



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV ZB 14/12

vom

10. Oktober 2012

in der Nachlasssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 2198 Abs. 1; BeurkG § 7 Nr. 1

Die Regelung in einem notariellen Testament, dass der Notar die Person des Testamentsvollstreckers bestimmen soll (vgl. § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist wegen des Verbots der Verschaffung eines rechtlichen Vorteils zugunsten des Notars gemäß § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam.

BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2012 - IV ZB 14/12 - OLG Stuttgart
Notariat Aalen I -NachIG-

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richter Wendt, Felsch, die Richterin Harsdorf-Gebhardt und den Richter Dr. Karczewski

am 10. Oktober 2012

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4 gegen den Beschluss des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. März 2012 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Gegenstandswert: 694.337,77 €

Gründe:

- 1 I. Die Beteiligte zu 4 begehrt die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Am 29. Juli 2005 beurkundete der Beteiligte zu 5 ein Testament des Erblassers, in dem dieser unter anderem die Beteiligten zu 1 bis 3 als Erben einsetzte. Eine weitere eingesetzte Miterbin schlug die Erbschaft aus. Der Erblasser traf in §§ 5 und 7 des Testaments ferner Teilungsanordnungen und setzte in §§ 4, 6 und 8 Vermächtnisse aus. Außerdem ordnete er Testamentsvollstreckung an. Hierzu heißt es in § 9 des Testaments:

"Ich ordne in meinem Nachlass Testamentsvollstreckung an.

Der Testamentsvollstrecker ist durch den beurkundenden Notar, ersatzweise durch das zuständige Nachlassgericht zu ernennen, sofern ich nicht selbst noch einen Testamentsvollstrecker ernannt habe.

Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist die Abwicklung der in den § 5 und § 7 dieses Testaments enthaltenen Verfügungen und die Erfüllung der in den §§ 4, 6 und 8 angeordneten Vermächtnisse. Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Nachlassmittel zurückzuhalten, bis die Erbschaftsteuerschuld der Erben oder Vermächtnisnehmer beglichen ist. ..."

2 Nach dem Tod des Erblassers ernannte der Beteiligte zu 5 die Beteiligte zu 4 zur Testamentsvollstreckerin, die das Amt annahm. Sie beantragte am 9. November 2011 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Bereits zuvor hatte die Beteiligte zu 2 einen Antrag auf Entlassung der Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstreckerin gestellt.

3 Das Notariat Aalen I als Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 9. Februar 2012 die erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und der Beteiligten zu 4 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Ferner hat es die sofortige Wirksamkeit dieses Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des Zeugnisses bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das Beschwerdegericht diesen Beschluss abgeändert und den Antrag der Beteiligten zu 4 auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4.

4 II. Die gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen nach § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4 ist unbegründet. Letztere kann keine Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 Abs. 1 BGB verlangen. Der Beteiligte zu 5 war

nicht befugt, sie zur Testamentsvollstreckerin zu bestimmen, da die entsprechende Regelung in § 9 des notariellen Testaments vom 29. Juli 2005 wegen Verstoßes gegen § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam ist. Zwar kann der Erblasser gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. Eine Einschränkung dieses Bestimmungsrechts enthält jedoch § 7 Nr. 1 BeurkG. Hiernach ist die Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

5 1. Die überwiegende Meinung im Schrifttum entnimmt § 7 Nr. 1 BeurkG, dass dem beurkundenden Notar im notariellen Testament nicht das Recht zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers eingeräumt werden darf (Reimann, DNotZ 1994, 659, 664 f.; ders. Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung 4. Aufl. Kap. 2 Rn. 135; Staudinger/Reimann, BGB Stand 2012 § 2198 Rn. 3; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 5. Aufl. § 2198 Rn. 3; Bamberger/Roth/Mayer, BGB 3. Aufl. § 2198 Rn. 2; Weidlich in Nomos, Kommentar zum Erbrecht 3. Aufl. § 2198 Rn. 2; Damrau/Bonfeld, Praxiskommentar Erbrecht § 2198 Rn. 2). Das Recht zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers sei als unzulässiger rechtlicher Vorteil anzusehen. Demgegenüber vertreten das Oberlandesgericht Neustadt (DNotZ 1951, 339) sowie Teile des Schrifttums (Soergel/Damrau, BGB 13. Aufl. § 2198 Rn. 2; Winkler, Der Testamentsvollstrecker 19. Aufl. Rn. 46 Fn. 4) die Ansicht, auch der amtierende Notar könne im Testament um die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ersucht werden.

6 2. Die überwiegende Ansicht trifft zu. Dem Urkundsnotar kann das Bestimmungsrecht des § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht wirksam einge-

räumt werden, da ihm hiermit ein rechtlicher Vorteil gemäß § 7 Nr. 1 BeurkG gewährt wird.

7 a) Der Wortlaut von § 7 BeurkG verbietet einschränkungslos die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils. Rechtlicher Vorteil ist jede Verbesserung der Rechtsposition durch die Einräumung vorher nicht bestehender Rechte oder die Verminderung bestehender Verpflichtungen (Lerch, Beurkundungsgesetz 4. Aufl. § 7 Rn. 4; Winkler, Beurkundungsgesetz 5. Aufl. § 7 Rn. 3). Dieser rechtliche Vorteil muss sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben und nicht erst als deren Folge eintreten oder gar erst eintreten können (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 - IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230, 237; Winkler aaO Rn. 6). Nicht erforderlich ist demgegenüber eine auf Zuwendung des Vorteils gerichtete Absicht der Beteiligten. Vielmehr genügt es, dass nach der objektiven Rechtslage aus dem Rechtsgeschäft unmittelbar ein rechtlicher Vorteil erwächst (Winkler aaO Rn. 4; Lerch aaO Rn. 5). Unerheblich ist es ferner, ob der rechtliche Vorteil für den Notar mit einer wirtschaftlichen Besserstellung verbunden ist oder keine Auswirkungen auf sein Vermögen hat (Reimann in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung Kap. 2 Rn. 135; Winkler aaO Rn. 5; Lerch aaO Rn. 4; Staudinger/Hertel, BGB Stand 2012 Vorbem. zu §§ 127a, 128 Beurkundungsgesetz Rn. 322). Der Vorteil muss nicht einmal auf vermögensrechtlichem Gebiet liegen (Winkler aaO Rn. 3).

8 In einem Fall wie dem hier zu entscheidenden ergibt sich der rechtliche Vorteil für den Notar daraus, dass ihm die Befugnis zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers i.S. von § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeräumt wird. Eine derartige rechtliche Möglichkeit, auf die Person des Testamentsvollstreckers Einfluss zu nehmen, hätte der Notar ohne

die entsprechende Verfügung des Erblassers nicht gehabt. Seine Rechtsposition wird damit, ohne dass hierauf ein vertraglicher oder gesetzlicher Anspruch bestand, verbessert. Dieser rechtliche Vorteil wird dem Notar unmittelbar durch die Urkunde eingeräumt. Schließlich ist es unerheblich, dass mit der Einräumung des rechtlichen Vorteils zugleich die Verpflichtung des Notars zum Tätigwerden, nämlich der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers, verbunden ist. Das Gesetz stellt ausschließlich darauf ab, dass dem Notar durch die beurkundete Willenserklärung überhaupt ein rechtlicher Vorteil verschafft wurde. Anders als bei § 107 BGB ist nicht erforderlich, dass es sich "lediglich" um einen rechtlichen Vorteil handeln muss.

9 b) Aus der Systematik des § 7 BeurkG ergibt sich keine Veranlassung für dessen einschränkende Auslegung. In § 27 BeurkG ist lediglich geregelt, dass unter anderem § 7 BeurkG entsprechend für Personen gilt, die in einer Verfügung von Todes wegen bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden. Diese an die Stelle des früheren § 2235 BGB getretene Regelung hat zum Inhalt, dass die Mitwirkung des im Testament zum Testamentsvollstrecker Ernannten als Notar unabhängig davon unwirksam ist, ob es sich bei der isolierten Bestellung des Notars zum Testamentsvollstrecker für diesen um einen rechtlichen Vorteil handelt oder nicht (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 - IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230, 236; Senatsurteil vom 4. Februar 1987 - IVa ZR 229/85, DNotZ 1987, 768 unter I 1). Der Anwendungsbereich des § 7 BeurkG im Übrigen wird von § 27 BeurkG nicht berührt, da die beiden Vorschriften nebeneinander stehen (vgl. auch Lerch aaO Rn. 2).

10 Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 18. Dezember 1996 entschieden hat, dass die notarielle Beurkundung einer testamentari-

schen Ernennung zum Testamentsvollstrecker nicht deshalb gegen §§ 7, 27 BeurkG verstößt, weil ein Sozius des Notars zum Testamentsvollstrecker ernannt wird und der Notar an dessen Vergütung aufgrund entsprechender Vereinbarung beteiligt ist (IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230; so bereits Senatsurteil vom 4. Februar 1987 - IVa ZR 229/85, DNotZ 1987, 768), steht dies nicht im Widerspruch dazu, dass die Einräumung eines Bestimmungsrechts gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB nach § 7 BeurkG unwirksam ist. Auf den der Entscheidung des Senats vom 18. Dezember 1996 zugrunde liegenden Sachverhalt war § 7 BeurkG bereits deshalb nicht anwendbar, weil die im Testament vorgesehene Ernennung zum Testamentsvollstrecker sich unmittelbar lediglich darauf richtete, dass der Sozius des Notars nach dem Erbfall Testamentsvollstrecker wird. Ein unmittelbarer rechtlicher Vorteil für den Urkundsnotar liegt hierin nicht. Die dem Sozius des Urkundsnotars zufließende Vergütung in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker ergibt sich ferner nicht unmittelbar als rechtlicher Vorteil aus dem Testament, sondern erst als gesetzliche Rechtsfolge aus der Amtsführung gemäß § 2221 BGB. Auf weitere wirtschaftliche Folgen, etwa eine Beteiligung des Urkundsnotars an der Vergütung des Testamentsvollstreckers durch die Verbindung in einer Sozietät, kommt es im Rahmen von § 7 BeurkG ohnehin nicht an. Demgegenüber wird dem Urkundsnotar durch das Bestimmungsrecht des § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar durch das Testament ein rechtlicher Vorteil eingeräumt.

11

c) Der Sinn und Zweck von § 7 BeurkG spricht ebenfalls dafür, dass die Vorschrift das dem Urkundsnotar eingeräumte Bestimmungsrecht des § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB erfasst. Der Notar soll nicht durch den Inhalt der von ihm beurkundeten letztwilligen Verfügungen Rechtspositionen erhalten, auf die er ansonsten keinen Anspruch hätte. Nach

dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist bei § 7 BeurkG "ein strenger Maßstab geboten, um das Ansehen des Notarstandes zu wahren und eine Übervorteilung Beteiligter zu verhindern" (BT-Drucks. V/3282 S. 3, 29). Insbesondere gilt es zu verhindern, dass der Notar durch die Einräumung ihm ansonsten nicht zustehender rechtlicher Vorteile in der Urkunde in die Gefahr eines Konflikts zu seinen sonstigen Pflichten kommt, insbesondere zu den Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG.

12 Die Gefahr eines Widerspruchs zwischen den Interessen des Erblassers sowie möglichen Eigeninteressen des Notars ist in derartigen Fällen nicht von vornherein auszuschließen. Der Urkundsnotar selbst kann ein eigenes Interesse an der Person des von ihm zu bestimmenden Testamentsvollstreckers haben, wenn im Rahmen der Testamentsvollstreckung Tätigkeiten erforderlich sind, die ihrerseits einer notariellen Beurkundung bedürfen. So hat es der Erblasser hier in § 9 als Aufgabe des Testamentsvollstreckers bezeichnet, verschiedene Teilungsanordnungen durchzuführen, die sich im Wesentlichen auf seinen nicht unerheblichen Grundbesitz beziehen. Hierzu sind notarielle Vollzugsgeschäfte erforderlich. Einen derartigen möglichen Interessengegensatz wollte der Gesetzgeber durch § 7 BeurkG von Anfang an verhindern. Daran vermag auch der Umstand, dass der Notar in seiner Eigenschaft als Amtsperson tätig wird, nichts zu ändern.

13 Schließlich wird die Rechtsposition des Erblassers nicht in einer mit den praktischen Bedürfnissen nicht mehr zu vereinbarenden Art und Weise beschnitten. Diesem bleibt es unbenommen, entweder selbst den Testamentsvollstrecker zu ernennen oder einen Dritten außer dem Urkundsnotar mit der Bestimmung gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB zu be-

trauen. Sollte dem Erblasser hierzu keine geeignete Person bekannt sein, so kann er - wie das in § 9 des Testaments auch hilfsweise geschehen ist - das Nachlassgericht als Bestimmungsberechtigten einsetzen.

14 d) Auf die entgegenstehende Entscheidung des Oberlandesgerichts Neustadt vom 4. April 1951 (DNotZ 1951, 339) kann bereits deshalb nicht abgestellt werden, weil der hier zur Beurteilung stehende § 7 BeurkG erst mit dem Beurkundungsgesetz zum 1. Januar 1970 in Kraft getreten ist. Sie befasst sich außerdem im Wesentlichen nur mit der Frage, ob für die Form der Erklärung gemäß § 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB bei einem Bestimmungsrecht des Notars eine Erklärung in öffentlich beglaubigter Form erforderlich ist oder nicht.

15 Aus § 171 FGG a.F., der Vorgängervorschrift des § 7 BeurkG, kann für die Beurteilung ebenfalls nichts Abweichendes hergeleitet werden. Hiernach war von der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts derjenige ausgeschlossen, zu dessen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wurde. Der Gesetzgeber des Beurkundungsgesetzes wollte den Begriff der Verfügung ausdrücklich vermeiden, weil darunter in der Regel nur solche Rechtsgeschäfte verstanden werden, durch die ein Recht übertragen, inhaltlich verändert oder aufgehoben wird (BT-Drucks. V/3282 S. 3, 29). Vielmehr sollte durch die Fassung des § 7 BeurkG klargestellt werden, dass alle Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, die ihrem Inhalt nach darauf gerichtet sind, einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen (aaO). Ein derartiger rechtlicher Vorteil liegt - wie oben gezeigt - in der Einräumung des Bestimmungsrechts eines Testamentsvollstreckers zugunsten des Urkundsnotars. Soweit die Rechtsbeschwerde darauf abstellt, nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts sei der

Notar durch § 171 FGG a.F. nicht daran gehindert gewesen, zugleich eine Vollmacht auf sich selbst zu beurkunden (vgl. RGZ 155, 172, 178 f.; 121, 30, 34 f.), kann offen bleiben, ob dies auch für den Anwendungsbereich des Beurkundungsgesetzes gilt (so etwa Winkler aaO Rn. 8). Die Einräumung eines Rechts des Notars zur Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers führt jedenfalls unmittelbar zu einem rechtlichen Vorteil des Notars durch Verbesserung seiner bisherigen Rechtsstellung und dient nicht lediglich der Umsetzung des bereits feststehenden Erblasserwillens durch den Notar als bevollmächtigter Vertreter.

Mayen

Wendt

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Karczewski

Vorinstanzen:

Notariat Aalen I -NachIG-, Entscheidung vom 21.12.2011 - I NG 247/10 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 29.03.2012 - 8 W 112/12 -