

**letzte Aktualisierung:** 18.3.2022

BGH, Beschl. v. 23.2.2022 – IV ZB 24/21

**BeurkG §§ 7, 27; BGB § 2197**

**Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker**

Zur Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker in einem eigenhändigen Testament im Anschluss an die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung.



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZB 24/21

vom

23. Februar 2022

in der Nachlasssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

BeurkG §§ 7, 27; BGB § 2197 Abs. 1

Zur Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker in einem  
eigenhändigen Testament im Anschluss an die Beurkundung einer letzt-  
willigen Verfügung.

BGH, Beschluss vom 23. Februar 2022 - IV ZB 24/21 - OLG Düsseldorf  
AG Geldern

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richter-in Mayen, die Richterinnen Harsdorf-Gebhardt, Dr. Bußmann, die Richter Dr. Bommel und Rust

am 23. Februar 2022

beschlossen:

Den Beteiligten zu 1 und 3 wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Fristen zur Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerde gewährt.

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 3 gegen den Beschluss des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. April 2021 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Der Geschäftswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 409.034 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Beteiligte zu 1 ist die Ehefrau des Erblassers. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind die Kinder des Erblassers und der Beteiligten zu 1.
- 2 Der Erblasser und die Beteiligte zu 1 errichteten am 15. Oktober 2001 einen Erbvertrag, der vom Beteiligten zu 4 unter UR-Nr. 5424/2001

beurkundet wurde. Am selben Tag setzten die Eheleute ein von beiden unterzeichnetes handschriftliches Schreiben auf, das wie folgt lautet:

"Nachtrag zu dem Erbvertrag vom 15/10.01. (UR Nr. 5423 für 2001)  
Ordnet jeder von uns Testamentsvollstreckung an.  
Testamentsvollstrecker soll Notar [Beteiligter zu 4] sein."

3 Nach dem Tod des Erblassers hat der Beteiligte zu 4 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt. Das Nachlassgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 4 hat das Oberlandesgericht diese Entscheidung aufgehoben und das Nachlassgericht angewiesen, von den geäußerten Bedenken gegen die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses abzusehen und über den Antrag auf dessen Erteilung unter Berücksichtigung der Ausführungen im Beschwerdebeschluss erneut zu entscheiden.

4 Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 3, mit der sie die Zurückweisung der Beschwerde des Beteiligten zu 4 gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts beantragen.

5 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2021, 512 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, dass der Beteiligte zu 4 durch die letztwillige Verfügung des Erblassers und der Beteiligten zu 1, den privatschriftlichen "Nachtrag", wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Der Wirksamkeit des "Nachtrags" stünden die §§ 7, 27 BeurkG in Verbindung mit § 125 BGB nicht entgegen. Der Beteiligte zu 4 habe in Bezug darauf keine Beurkundungstätigkeit entfaltet. In der Vorgehensweise sei auch keine Umgehung der §§ 7, 27 BeurkG zu erkennen.

Die handschriftliche Erklärung nehme zwar in ihrer Überschrift auf den notariellen Erbvertrag Bezug, umgekehrt enthalte die notarielle Urkunde jedoch keine Bezugnahme auf eine zu erwartende privatschriftliche Erklärung, so dass der Notar insoweit nicht tätig geworden sei. Es sei auch durch Verbindung des Erbvertrages und des Nachtrages keine Urkundstätigkeit begründet worden. Hingen Urkunden mit anderen Urkunden inhaltlich zusammen, seien sie nicht gemäß § 44 BeurkG zu verbinden, sie könnten allerdings nach § 18 Abs. 2 Dienstordnung für Notarinnen und Notare (im Folgenden: DONot) mit der Haupturkunde verwahrt oder dieser angeheftet werden. Eine solche Verbindung führe nicht dazu, dass sodann eine einheitliche Urkunde vorliege und sich die Urkundstätigkeit des Notars auch auf die der Haupturkunde angeklebte oder angeheftete und mit ihr verwahrte Urkunde erstrecke.

6                    III. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

7                    1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Zwar ist sie nicht fristgerecht eingelegt und begründet worden, aber den Beteiligten zu 1 und 3 ist insoweit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Sie waren ohne eigenes oder diesem gleichgestelltes Verschulden ihrer Verfahrensbevollmächtigten an der Einhaltung der Fristen verhindert.

8                    Ein Rechtsanwalt muss Posteingänge selbst vollständig daraufhin durchsehen, ob der Ablauf von Fristen droht, und daher durch eine allgemeine Anweisung an sein Büropersonal sicherstellen, dass ihm Posteingänge gesondert vorgelegt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Februar 1994 - VII ZB 25/93, VersR 1994, 1368 unter 2 b [juris Rn. 11]). Nach dem glaubhaft gemachten Vortrag der Beteiligten zu 1 und 3 entsprach die

Kanzleiorganisation ihrer Verfahrensbevollmächtigten zweiter Instanz diesen Anforderungen. Danach bestand die allgemeine Anweisung, eingehende Telefaxe und E-Mails sofort an einen Anwalt weiterzuleiten, damit dieser überprüfen kann, ob Fristen oder Termine zu notieren sind. In diesem Fall hat dem weiteren Vortrag zufolge eine Mitarbeiterin weisungswidrig den per Telefax übersandten und in der Kanzlei über ein E-Mail-Programm eingegangenen Beschwerdebeschluss in einen Ablageordner verschoben, ohne ihn einem Anwalt vorzulegen. Legt eine sonst zuverlässige Büroangestellte des Verfahrensbevollmächtigten entgegen dessen Anweisung Eingänge nicht unmittelbar gesondert zur Weiterbearbeitung vor, trifft den Rechtsanwalt kein Vorwurf, dass er seine Sorgfaltspflicht verletzt hätte.

9                    2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass dem Beteiligten zu 4 das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen ist, da er durch letztwillige Verfügung des Erblassers zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Der Wirksamkeit seiner Ernennung stehen die §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG nicht entgegen.

10                   a) Nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG ist die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung insoweit unwirksam, als darin der Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker ernannt wird. Der Beteiligte zu 4 hat jedoch die Verfügung, durch die der Erblasser ihn zum Testamentsvollstrecker ernannt hat, nicht beurkundet. Wie das Beschwerdegericht zutreffend entschieden hat, ist dieser Teil der letztwilligen Verfügungen des Erblassers nicht gemäß § 2232 BGB zur Niederschrift eines Notars errichtet worden.

11           aa) Der vom Beteiligten zu 4 nach § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 2276 Abs. 1 Satz 2 BGB beurkundete Erbvertrag enthält keine Benennung eines Testamentsvollstreckers. Der so bezeichnete "Nachtrag zu dem Erbvertrag", in dem der Beteiligte zu 4 entsprechend benannt wird, wurde dagegen eigenhändig als Testament errichtet. Wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, ist dieser Nachtrag auch nicht gemäß § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB durch eine Übergabe an den Beteiligten zu 4 zum öffentlichen Testament geworden; es wurde keine notarielle Niederschrift über eine Übergabe erstellt (anders dagegen der Sachverhalt in OLG Bremen ErbR 2016, 100 unter II 2 b [juris Rn. 14]; FamRZ 2015, 533 unter II 2 a [juris Rn. 19]). Es ist daher für die Entscheidung ohne Bedeutung, auf welche Weise der "Nachtrag" in das Notariat des Beteiligten zu 4 gelangte.

12           bb) Das Beschwerdegericht hat außerdem zutreffend angenommen, dass sich die Urkundstätigkeit des Beteiligten zu 4 auch nicht deswegen auf das eigenhändige Testament erstreckte, weil dieses mit dem Erbvertrag verbunden und zusammen verwahrt wurde. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde wird ein Schriftstück allein durch die feste Verbindung mit einer notariellen Urkunde durch Schnur und Prägiesiegel nicht ein Teil dieser Urkunde, der dann vom Mitwirkungsverbot der §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG erfasst würde. Daher kann offenbleiben, ob der handschriftliche "Nachtrag", wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf den Vortrag in der Vorinstanz geltend macht, mit dem notariellen Erbvertrag durch Schnur und Prägiesiegel fest verbunden worden ist. Auch nach der Rechtsansicht des Beschwerdegerichts, das jedenfalls von einer Verbindung der beiden Schriftstücke ausging, war die genaue Ausgestaltung der Verbindung nicht entscheidungserheblich, so dass die Entscheidung auch nicht, wie die Rechtsbeschwerde rügt, auf einer Gehörsverletzung beruht.

13           Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich nicht aus § 44 BeurkG, dass der Beteiligte zu 4 durch die Verbindung der beiden Schriftstücke eine einheitliche Urkunde geschaffen hätte. Nach § 44 Satz 1 BeurkG sollen Urkunden, die aus mehreren Blättern bestehen, mit Schnur und Prägesiegel miteinander verbunden werden. Der Anwendungsbereich dieser Regelung setzt also voraus, dass es sich bei den Blättern bereits um eine einheitliche Urkunde handelt. Beigefügte Unterlagen gelten nur dann als Teil der notariellen Niederschrift, wenn in der Niederschrift auf sie verwiesen wird, § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 37 Abs. 1 Satz 2 und 3 BeurkG; unter diesen Voraussetzungen sind auch sie nach § 44 Satz 2 BeurkG fest mit der Niederschrift zu verbinden. An einer solchen Verweisung des Erbvertrages auf den handschriftlichen Nachtrag fehlt es hier aber. Die Verbindung von Unterlagen durch den Notar hat dagegen als solche keine Folgen für die rechtliche Einordnung der verbundenen Unterlagen. § 44 BeurkG hat keine konstitutive Wirkung; diese Sollvorschrift dient nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. V/3282 S. 38) nur dem Zweck, einem Verlust einzelner Blätter vorzubeugen, da sich andere Arten der Verbindung als nicht ausreichend zuverlässig erwiesen haben (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1997 - XII ZR 234/95, BGHZ 136, 357 unter II 5 [juris Rn. 34]).

14           Sind mehrere Schriftstücke durch Schnur und Prägesiegel miteinander verbunden worden, kann daraus auch nicht geschlossen werden, dass es sich dabei bereits um eine einheitliche Urkunde gehandelt hätte. Ein Notar kann auch andere Unterlagen, die keine einheitliche Urkunde sind, auf diese Weise verbinden. Dieselbe feste Verbindung erlaubte § 18 Abs. 2 DONot (in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung) in bestimmten Fällen auch zwischen Urkunden und anderen Urkunden oder Unterlagen, so etwa wenn diese die Haupturkunde ergänzen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 Spiegelstrich 3 DONot a.F.) oder für die Durchführung des darin



beurkundeten Rechtsvorgang von Bedeutung sind (§ 18 Abs. 2 Satz 1 Spiegelstrich 2 DONot a.F.). Auch wenn aufgrund der Regelung in § 44 BeurkG die fehlende feste Verbindung eines formlosen Dokuments mit einer notariellen Urkunde als Indiz dafür gewertet werden kann, dass es sich bei dem Dokument nicht um einen Teil der beurkundeten Niederschrift handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2019 - XII ZB 310/18, BGHZ 221, 308 Rn. 24), lässt dies daher entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht den Umkehrschluss zu, dass die Verbindung von Schriftstücken mit Schnur und Prägesiegel das Bestehen einer einheitlichen Urkunde belegt.

15            b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde liegt in der hier vorgenommenen Gestaltung keine Umgehung des Mitwirkungsverbots aus den §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG. Diese Vorschriften sind daher nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Umgehungsgeschäfte entsprechend auf die Ernennung des Testamentsvollstreckers im eigenhändigen Testament anzuwenden und können nicht zur Unwirksamkeit dieser Verfügung führen.

16            Eine Gesetzesumgehung bildet dann einen Nichtigkeitsgrund, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird; dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein vom Gesetz missbilligter Erfolg nicht durch die Umgehung des Gesetzes erreicht werden darf (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1990 - IX ZR 44/90, NJW 1991, 1060 unter II 2 c aa [juris Rn. 25]). Das Geschäft ist daher grundsätzlich nur dann nichtig, wenn das Verbot die Verwirklichung des beabsichtigten praktischen Erfolges überhaupt verhindern, nicht dagegen, wenn es nur eine bestimmte Geschäftsform untersagen will (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 1955 - VI ZR 95/54, WM 1956, 25 unter 4 c).

17            Nach diesem Maßstab liegt hier keine Umgehung vor. Das Gesetz verbietet weder die Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker noch dessen Tätigwerden in diesem Amt, also das vom Erblasser mit seiner letztwilligen Verfügung angestrebte Ziel. Die §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG schließen lediglich einen bestimmten Weg zur Erreichung dieses Zieles aus, nämlich eine Beurkundung der Ernennungserklärung durch den betreffenden Notar (vgl. OLG Köln ZEV 2018, 271 Rn. 19; Reimann in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung 7. Aufl. § 2 Rn. 223). Eine materielle Einschränkung der Testierfreiheit ist diesen Vorschriften nicht zu entnehmen; vielmehr handelt es sich bei den §§ 27, 7 BeurkG (nur) um eine verfahrensrechtliche Regelung über Mitwirkungsverbote bei der Beurkundung (vgl. Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 - IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230 unter II 2 d [juris Rn. 20]).

18            Dies entspricht dem Zweck der §§ 27, 7 BeurkG, das Beurkundungsverfahren von Interessenkonflikten freizuhalten. Es gilt 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 (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Oktober 2012 - IV ZB 14/12, FamRZ 2013, 32 Rn. 11). Die Gefahr eines Widerspruchs zwischen den Interessen des Erblassers sowie möglichen Eigeninteressen des Notars ist in solchen Fällen nicht von vornherein auszuschließen. Einen derartigen möglichen Interessengegensatz wollte der Gesetzgeber durch § 7 BeurkG von Anfang an verhindern (Senatsbeschluss vom 10. Oktober 2012 aaO Rn. 12). Diesem Rechtsgedanken hat der Gesetzgeber dagegen im materiellen Erbrecht keinen Vorzug vor der Testierfreiheit des Erblassers eingeräumt (vgl. auch OLG Bremen, FamRZ 2016, 1505, 1506 [juris Rn. 13]; Staudinger/Dutta, BGB (2021) § 2197 Rn. 91).

19 Die §§ 27, 7 BeurkG dienen dagegen nicht dem Zweck, den Erblasser vor einer Beeinflussung durch den als Testamentsvollstrecker vorgesehenen Notar bei der Errichtung eines eigenhändigen Testaments zu schützen. Wenn der Erblasser durch falsche Beratung zu einer überflüssigen Testamentsvollstreckung bewogen worden ist, kann das Testament gemäß § 2078 BGB angefochten werden (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 - IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230 unter II 2 d [juris Rn. 21]). Ist eine Testamentsvollstreckung dagegen sachgerecht, ist es erfahrungsgemäß meist ein Anliegen des Erblassers, dass der Notar, dem er zu Lebzeiten seine Angelegenheiten anvertraut hat, auch seinen letzten Willen vollziehen soll (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 aaO).

20 Der Wirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung in einem eigenhändigen Testament steht es daher nicht entgegen, wenn dieses in den Räumen des Notars in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung vom Erblasser abgefasst wurde (vgl. OLG Köln ZEV 2018, 271 Rn. 18; Sandkühler in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung 7. Aufl. § 11 Rn. 28a; Reimann aaO § 2 Rn. 223: "in zeitlicher Nähe"; a.A. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung 5. Aufl. Kap. D. Rn. 94a) oder der Notar den Text des eigenhändigen Testaments entworfen hat (vgl. BeckOK-BeurkG/Seebach, § 27 Rn. 45.10 (Stand: 1. November 2021); Fröhler in Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung 5. Aufl. Kap. 3 Rn. 364; a.A. BeckOGK/Grziwotz, BeurkG § 27 Rn. 15 (Stand: 1. Oktober 2021): "ohne Veranlassung des Urkundsnotars").

21 Es kann daher offenbleiben, ob - wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf den Vortrag in der Vorinstanz geltend macht - der Erblasser im Anschluss an die Beurkundung des Erbvertrages den handschriftlichen Nachtrag im Notariat des Beteiligten zu 4 mit einem von diesem diktierten

Text erstellt hat. Da dies auch nach der Rechtsansicht des Beschwerdegerichts nicht entscheidungserheblich war, ist die diesbezügliche Gehörsrüge unbegründet.

Mayen

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Bußmann

Dr. Bommel

Rust

Vorinstanzen:

AG Geldern, Entscheidung vom 26.11.2019 - 26 VI 867/19 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 09.04.2021 - I-3 Wx 61/20 -