

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GNotKG § 29; BGB §§ 312 ff., 355, 312g – Verbraucherwiderrufsrecht und Beurkundungsauftrag

HeimG § 14; HGBP § 6; BGB § 2197 – Testamentarische Zuwendung an Pflegekraft eines ambulanten Pflegedienstes in Hessen; Testamentsvollstreckeberufung; Kenntnis des Verbotsadressaten

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 2205, 2223, 2147, 181 – Mitwirkung des Testamentsvollstreckers an der Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses für den Vermächtnisnehmer

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### GNotKG § 29; BGB §§ 312 ff., 355, 312g Verbraucherwiderrufsrecht und Beurkundungsauftrag

##### I. Sachverhalt

Ein Beteiligter erteilt einen Beurkundungs- oder Entwurfsauftrag. Die Beurkundung kommt nicht zustande. Gegen die Kostenrechnung (vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens oder Entwurf) verteidigt sich der Beteiligte mit dem Hinweis auf das Fernabsatzgesetz und erklärt: Es handele sich um einen Verbrauchervertrag; weil er nicht über die Widerrufsmöglichkeit belehrt worden sei, habe er ein noch nicht verfristetes Widerrufsrecht.

Der Kontakt mit dem Notar ist ausschließlich über Fernkommunikationsmittel zustande gekommen. Allerdings hatte der Beteiligte persönlichen Kontakt mit einem Makler, der seinerseits den Erstkontakt mit dem Notar und die Übermittlung des Auftrags, der Daten/

Unterlagen sowie des Entwurfs per E-Mail vermittelt hat.

##### II. Fragen

- Sind auf die Tätigkeit des Notars das Fernabsatzgesetz und ähnliche Vorschriften anzuwenden?
- Besteht ein Widerrufsrecht bzgl. eines Beurkundungs- und/oder Entwurfsauftrags?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Beurkundungsauftrag oder Entwurfsauftrag

Eine Gebühr für die vorzeitige Beendigung eines Beurkundungsverfahrens nach KV Nr. 21300 ff. GNotKG entsteht u. a., wenn der Notar mit einer Beurkundung beauftragt und der Beurkundungsauftrag vor Unterzeichnung der Niederschrift durch den Notar zurückgenommen wird (Vorbem. 2.1.3 Abs. 1 KV GNotKG). Hat der Notar zur Vorbereitung der Beurkundungsverhandlung bereits den Entwurf der beantragten Beurkundung gefertigt und an einen Beteiligten versandt, so fällt die Gebühr in gleicher Höhe an wie für die Beurkundung selbst (KV Nr. 21302 ff. GNotKG). Eine Entwurfsgebühr nach KV Nr. 24100 ff. GNotKG entsteht, wenn der Notar außerhalb eines Beurkundungsverfahrens einen Entwurf im Auftrag für ein bestimmtes

Rechtsgeschäft gefertigt hat (Vorbem. 2.4.1 Abs. 1 KV GNotKG). Sowohl die Gebühr für einen isolierten Vertragsentwurf nach KV Nr. 24100 i. V. m. KV Nr. 21100 i. V. m. Vorbem. 2.4.1 Abs. 1 S. 1 KV GNotKG als auch die Gebühr nach KV Nr. 21302 i. V. m. KV Nr. 21100 GNotKG für ein vorzeitig beendetes Beurkundungsverfahren (Vorbem. 2.1.3 Abs. 1 KV GNotKG) nach Entwurfsfertigung und Entwurfskommunikation (KV Nr. 21300 KV GNotKG) setzt einen Auftrag oder Antrag i. S. d. § 29 Nr. 1 GNotKG gegenüber dem Notar voraus – im erstgenannten Fall einen Entwurfsauftrag, im letztgenannten Fall einen Beurkundungsauftrag.

**Maßgeblich für das Entstehen der Gebühren** ist somit, dass der Beteiligte den **Notar** mit der entsprechenden Beurkundung oder der Fertigung eines Entwurfs **beauftragt** hat (§§ 29 Nr. 1, 4 GNotKG). Der Auftraggeber muss durch Wort oder Schrift zu erkennen geben haben, dass in seinem Interesse eine Beurkundung oder eine Entwurfserstellung vorgenommen werden soll (Korintenberg/Gläser, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 29 Rn. 18).

## 2. Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB

Der beteiligte Verbraucher hätte ein **Verbraucherwiderrufsrecht**, wenn es sich bei dem Beurkundungs- oder Entwurfsauftrag um einen Verbrauchervertrag und ein Fernabsatzgeschäft handelte (§§ 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB).

### a) Verbrauchervertrag

Die Vorschriften über das Verbraucherwiderrufsrecht greifen nur dann ein, wenn der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB eröffnet ist und ein Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB über eine entgeltliche Leistung vorliegt (§ 312 Abs. 1 BGB). Verbraucherverträge sind Verträge zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB).

Bei der Frage, ob der Notar als Unternehmer i. S. v. § 14 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist, dürfte zu differenzieren sein. Soweit der Notar außerhalb seiner Tätigkeit als Amtsträger handelt und Rechtsgeschäfte zur Beschaffung der organisatorischen Grundlagen seiner Amtstätigkeit abschließt (z. B. Anmietung von Räumen, Beschaffung von Software etc.), wird man ihn als Unternehmer ansehen können. Anderes dürfte jedoch gelten, wenn der Notar seine **Amtstätigkeit** ausübt und eine Beurkundungshandlung vornimmt oder kraft eines Auftrags einen Entwurf erstellt. Insoweit geht es um ein **öffentlicht-rechtliches Auftragsverhältnis** (Neie, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 1). Es ist zwar anerkannt, dass

auch juristische Personen des öffentlichen Rechts Unternehmer sein können (BeckOGK-BGB/Alexander, Std.: 1.7.2018, § 14 Rn. 203 ff.; vgl. auch Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher), wobei die Abgrenzung im Einzelnen umstritten ist (Gutachten DNotI-Report 2014, 137, 139). Richtigerweise wird man aber auf den Zweck des Rechtsgeschäfts abstellen müssen. **Bezieht sich das Rechtsgeschäft auf einen öffentlichen Zweck, ist die Unternehmereigenschaft zu verneinen** (vgl. OLG Celle, Urt. v. 1.12.2017, BeckRS 2017, 134423, Tz. 44 = DNotI-Report 2018, 12). So liegen die Verhältnisse auch bei der notariellen Amtstätigkeit. Diese zielt auf die Errichtung einer öffentlichen Urkunde (§§ 415, 418 ZPO). Der Notar wird also von vornherein nicht wie ein Privater tätig, sondern als Organ der öffentlich-rechtlichen vorsorgenden Rechtspflege. Auch die **Gebühren erhebt der Notar in seiner dienstlichen und damit amtlichen Eigenschaft** (BGH NJW 2018, 1767 Tz. 9). Der Notar ist daher kein Unternehmer i. S. v. § 14 BGB, wenn er einen Beurkundungsauftrag entgegennimmt.

Außerdem würde ein Verbraucherwiderrufsrecht voraussetzen, dass der Beurkundungs- oder Entwurfsauftrag ein **Vertragsverhältnis i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB** darstellt. Die „Beauftragung“ eines Notars ist jedoch lediglich ein **verfahrensrechtlicher Antrag** auf Vornahme einer Amtshandlung, sie steht einem Antrag an ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit gleich. Es **fehlt** mithin an einem materiell-rechtlichen **Vertragsschluss** (vgl. OLG Köln RNotZ 2001, 56, 57; Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 14 Rn. 23; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, Einl. Rn. 28; Heit/Genske, in: Renner/Otto/Heinze, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 7; Otto, in: Renner/Otto/Heinze, § 4 Rn. 3; Rohs/Wedewer/Wudy, GNotKG, Std.: 6/2018, § 29 Rn. 22). Dafür spricht auch, dass das GNotKG die notarielle und die gerichtliche Tätigkeit in einem Gesetz bündelt und als systematisch miteinander verwandt ansieht. Die Gerichtskosten hängen ebenso von einem verfahrenseinleitenden Antrag ab (§ 22 Abs. 1 GNotKG). Es wäre kaum sachgerecht, die notarielle Amtshandlung anders als die gerichtliche Amtshandlung zu qualifizieren und den Antrag auf Erstellung eines Entwurfs als Verbrauchervertrag anzusehen. Insbesondere lässt sich nicht argumentieren, dass der Antrag auf Erstellung eines Entwurfs wie die Beauftragung eines privatrechtlich agierenden Rechtsberaters einzuordnen ist. Denn auch die Entwurfstätigkeit gehört zu den Amtsgeschäften des Notars. Sie ist daher konsequenterweise in einem Gebührentatbestand des GNotKG geregelt.

Dem Gebührentatbestand liegt folglich weder eine materiell-rechtliche Willenserklärung noch ein Vertrag zu-

grunde, es entsteht vielmehr ein **öffentlich-rechtliches Kostenschuldverhältnis** (Rohs/Wedewer/Wudy, § 29 Rn. 16). Vor diesem Hintergrund hat auch der BGH hervorgehoben, dass die Rechtssuchenden dem **Notar nicht als Vertragspartner** gegenüberstehen, sondern zu ihm in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis als Verfahrensbeteiligte stehen (BGH DNotZ 2003, 836, 837; ebenso LG Dortmund NJW 1978, 550; BeckOK-Kostenrecht/Toussaint, Std.: 15.5.2017, § 29 GNotKG Rn. 4). Dass es nicht um ein normales Vertragsverhältnis geht, zeigt sich ferner darin, dass das Entstehen der Gebühr nicht von der Geschäftsfähigkeit des Auftraggebers abhängt (OLG München ZEV 2012, 109 f. = Mitt-BayNot 2012, 68; Heit/Genske, § 29 Rn. 7).

Es lässt sich daher festhalten, dass die **Entwurfsgebühr einen verfahrensrechtlichen Antrag voraussetzt und Gegenstand des Entwurfs eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit** ist. Die Rechtslage stellt sich insoweit nicht anders dar als bei einem Antrag auf Eintragung im Register (vgl. Otto, § 4 Rn. 3; Winkler, Einl. Rn. 28).

Dass der Notar Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinne ist (dazu Caroli, in: Renner/Otto/Heinze, Nr. 32014 GNotKG Rn. 1 ff.), spielt keine Rolle. Die steuerliche Betrachtung lässt keine Rückschlüsse auf die Beurteilung der notariellen Amtstätigkeit im Verhältnis zu den Beteiligten und auf den Charakter des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses zu.

Wir gehen also davon aus, dass der **Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB nicht eröffnet** ist, da es an einem Verbrauchervertrag fehlt (so auch Rohs/Wedewer/Wudy, § 29 Rn. 26a, Vorbem. 2.1.3-21304 KV [Std.: 3/2018] Rn. 44). Demzufolge kann der Beteiligte hinsichtlich des Beurkundungs- oder Entwurfsauftrags auch kein Verbraucherwiderrufsrecht ausüben.

### b) Fernabsatzgeschäft

Selbst bei Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB käme ein Widerrufsrecht nur dann in Betracht, wenn man die notarielle Tätigkeit als Fernabsatzgeschäft i. S. v. § 312c Abs. 1 BGB ansehen könnte. Im vorliegenden Fall sind zwar ausschließlich Fernkommunikationsmittel zum Einsatz gekommen. Das reicht für die Einordnung als Fernabsatzgeschäft aber nicht aus. Denn ein Fernabsatzgeschäft ist nur gegeben, wenn der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt (§ 312c Abs. 1 a. E. BGB). Über ein solches System werden Notare nicht verfügen. Macht sich der Unternehmer die Fernkommunikation nicht systematisch zunutze, sondern hält er lediglich auf seiner **Homepage Informationen** über

seine Leistungen und **Kontaktdaten** bereit sowie elektronische Postfächer und Fax- und Telefonanschlüsse, so **genügt dies nicht** für ein organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem (vgl. zum Anwaltsvertrag BGH NJW 2018, 690 Tz. 19; AG Berlin-Charlottenburg NJW-RR 2016, 184, 185; AG Brandenburg, Urt. v. 13.10.2017, BeckRS 2017, 127843, Tz. 52 f.; Münch-KommBGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312c Rn. 23; Ernst, NJW 2014, 817; s. auch Richtlinie 2011/83/EU, ErwG 20). Es lässt sich daher kaum sagen, dass der Notar seine Entwurfstätigkeit auf der Grundlage eines strukturierten Fernkommunikationssystems entfalten würde.

### 3. Ergebnis

Der Beteiligte kann die entstandene Gebühr nicht durch einen Verbraucherwiderruf aus der Welt schaffen.

## HeimG § 14; HGBP § 6; BGB § 2197

**Testamentarische Zuwendung an Pflegekraft eines ambulanten Pflegedienstes in Hessen; Testamentsvollstreckerberufung; Kenntnis des Verbotsadressaten**

### I. Sachverhalt

Die Erblasser (Ehemann und Ehefrau) haben ihre behinderte Tochter als Erbin eingesetzt. Als Nacherbin und Testamentsvollstreckerin wünschen sie sich eine langjährige Pflegekraft ihrer Tochter. Die nicht behinderte weitere leibliche Tochter der Erblasser ist bereits verstorben. Andere Verwandte oder Freunde kommen als Erben nicht in Betracht.

Die behinderte Tochter wird über einen ambulanten Pflegedienst betreut, der in drei Schichten arbeitet. Der Pflegedienst wird in Hessen betrieben. Die Dame (D), deren Einsetzung als Schlusserbin von den Erblassern gewünscht ist, gehört diesem Pflegedienst an, ist aber nicht rund um die Uhr in vollem Einsatz, sondern lediglich zeitweise. Zu D besteht aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit ein gefestigtes Vertrauensverhältnis. Die Erblasser haben D bereits ihre Erwägung mitgeteilt, sie zu bedenken oder auch als Bevollmächtigte einzusetzen.

### II. Fragen

1. Ist die Einsetzung der Pflegekraft als Nacherbin vor dem Hintergrund des Heimgesetzes bedenklich?
2. Kann die Pflegekraft als Testamentsvollstreckerin eingesetzt werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Einsetzung der Pflegekraft als Nacherbin bzw. Schlusserbin

##### a) Rechtslage unter Geltung von § 14 HeimG (Bund)

§ 14 HeimG (Bund) war nur auf Heime anzuwenden, d. h. auf Einrichtungen, in denen pflegebedürftige Personen dauerhaft und stationär untergebracht waren.

Zwar bejahte man eine analoge Anwendung von § 14 Abs. 1 oder Abs. 5 HeimG auf sog. „**Umgehungstatbestände**“, wenn anstelle des Verbotsadressaten eine diesem **nahestehende natürliche oder mit ihm verbundene juristische Person** begünstigt wurde und sich die Zuwendung – wenn auch über den Umweg eines Dritten – als Zuwendung an die Verbotsadressaten selbst darstellte (vgl. OLG Düsseldorf MittBayNot 1998, 264; BayObLG NJW-RR 2001, 295; OLG Frankfurt DNotZ 2001, 716). Allerdings lehnte die Rechtsprechung eine analoge Anwendung von § 14 HeimG auf Sachverhalte ab, die mit der Heimsituation vergleichbar waren. So erachtete sie eine letztwillige Zuwendung an einen **ambulanten Pflegedienst**, der den Behinderten zu Hause versorgte, **nicht entsprechend § 14 HeimG für unwirksam** (vgl. OLG Düsseldorf NJW 2001, 2338; LG Bonn NJW 1999, 2977). Gleiches galt für Zuwendungen des behinderten Betreuten an seinen zivilrechtlichen Betreuer i. S. d. §§ 1896 ff. BGB (BayObLG DNotI-Report 1998, 82) oder für Zuwendungen des Vollmachtgebers an seinen Vorsorgebevollmächtigten (vgl. BayObLG DNotZ 2003, 439). Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprach vor allem, dass es in diesen Beispielsfällen an der für eine Analogie erforderlichen generellen Rechtsähnlichkeit der Sachverhalte fehlte, denn die Lebenssituation eines ambulant versorgten Betreuten oder Vollmachtgebers lässt sich nicht ohne Weiteres mit der besonders eingeschränkten Lebenssituation eines stationär untergebrachten Heimbewohners vergleichen (Burandt/Rojahn/G. Müller, Erbrecht, 2.Aufl. 2014, § 14 HeimG Rn. 31; Ludyga, NZS 2013, 201, 204 f.).

##### b) Rechtslage unter Geltung des Hessischen Gesetzes über Betreuungs- und Pflegeleistungen (HGBP)

Im Zuge der Ersatzung des Heimgesetzes (Bund) durch die **Landesheimgesetze** (dazu Keim, notar 2017, 119) hat sich die Rechtslage dadurch geändert, dass der Anwendungsbereich der jeweiligen Verbotsnormen teilweise abweichend vom Heimgesetz gestaltet worden ist. So erfasst bspw. die hier einschlägige **hessische Verbotsnorm des § 6 HGBP n. F.** (Hessisches Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen v. 7.3.2012, GVBl. S. 34; entspricht § 7 HGBP a. F.) **auch ambulante Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen** und die Betreuung und Pflege durch vermittelte Pflegekräfte. Während

§ 14 HeimG (Bund) – wie bereits ausgeführt – auf ambulante Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen und die Versorgung durch einen ambulanten Pflegedienst weder direkt noch analog anzuwenden war, unterfallen in Hessen auch ambulante Pflegedienste dem § 6 HGBP (= § 7 HGBP a. F.; ähnlich ist die Rechtslage in Hamburg, vgl. § 5a HmbWBG; Keim, notar 2017, 119, 122). Nach Ansicht des OLG Frankfurt (NJW 2015, 2351 = FamRZ 2015, 1840) widerspricht daher die Erbeinsetzung der Geschäftsführerin eines ambulanten Pflegedienstes § 7 HGBP a. F. und ist **gem. § 134 BGB unwirksam**. Dabei geht es nicht um eine analoge, sondern um eine **direkte Anwendung** der Verbotsnorm des § 7 Abs. 1 S. 2 HGBP a. F. (= § 6 Abs. 1 S. 2 HGBP n. F.).

Für **nicht geschäftsführende Mitarbeiter** eines ambulanten Pflegedienstes folgt dasselbe **Zuwendungsverbot aus § 6 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGBP n. F.** Auch die hier geplante Erbeinsetzung der Pflegekraft als Nacherbin bzw. Schlusserbin wäre daher gem. § 134 BGB unwirksam.

Ein Verstoß gegen das Zuwendungsverbot ist nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil im vorliegenden Fall Erblasser (Eltern) und Pflegeperson (Tochter) nicht identisch sind. Denn § 6 Abs. 2 HGBP erfasst (wie § 14 HeimG) **auch Zuwendungen Dritter zugunsten von Pflegepersonen** („von oder zugunsten von Betreuungs- und Pflegebedürftigen“).

##### c) Ausnahme bei fehlender Kenntnis des Verbotsadressaten

Eine wichtige Ausnahme vom Zuwendungsverbot hat der **BGH** in seinem noch **zu § 14 HeimG** ergangenen Beschluss vom 26.10.2011 (IV ZB 33/10, DNotZ 2012, 210 = MittBayNot 2012, 297 m. Anm. G. Müller = DNotI-Report 2012, 12) zugelassen:

§ 14 HeimG – wie auch § 6 Abs. 1 u. 2 HGBP – verbietet es, dass sich der Heimbetreiber bzw. Mitarbeiter eines Heimes oder ambulanten Pflegedienstes eine Leistung „**versprechen oder gewähren lässt**“. Aus dieser Formulierung hatte bereits die bis zur Entscheidung des BGH h. M. in Rechtsprechung und Literatur gefolgert, dass ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz nur dann vorliegt, wenn sich die Zuwendung auf ein **Einvernehmen zwischen Erblasser und Heimträger bzw. Mitarbeiter** stützt (BayObLG DNotZ 1992, 258; KG NJW-RR 1999, 2 = DNotI-Report 1998, 142). Dies ist nicht der Fall, wenn der Heimträger erst nach dem Tod des Erblassers von der Zuwendung Kenntnis erlangt.

Der BGH hat diese Ansicht in der vorgenannten Entscheidung ausdrücklich bestätigt. Weil der Heimträger

vor dem Tod des Erblassers nichts von dem Testament gewusst habe, habe er sich die Zuwendung nicht „versprechen oder gewähren lassen“; folglich sei keine Unwirksamkeit der Zuwendung anzunehmen. Ein solches Normverständnis gebiete eine **verfassungskonforme Auslegung** des § 14 HeimG, der nur deshalb verfassungsgemäß sei, weil **dem Heimbewohner das Recht verbleibe**, die letztwillige Verfügung dem begünstigten Heimträger oder Heimmitarbeiter nicht mitzuteilen, also „**still“ zu verfügen** (sog. „stilles Testament“; BGH DNotZ 2012, 210; vgl. auch BVerfG DNotZ 1999, 56; im Anschluss an den BGH OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.3.2013, BeckRS 2013, 20030 = MittBayNot 2014, 353 m. Anm. G. Müller zum HeimG BW; Tersteegen, RNotZ 2012, 376; a. A. noch OLG München DNotZ 2006, 933 für Zuwendungen von Dritten zugunsten von Heimbewohnern).

Diesen zu § 14 HeimG entwickelten Grundsatz hat nun das **OLG Frankfurt** (NJW 2015, 2351 Tz. 14) wegen des identischen Schutzzwecks **auf § 7 HGBP a. F. (= § 6 HGBP n. F.) übertragen**. Die im vorliegenden Fall beabsichtigte Verfügung zugunsten der Pflegeperson wäre nach der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung also dann wirksam, wenn die Begünstigte vor dem Tod der Erblasser davon **keine Kenntnis erlangen würde**. Die Erblasser müssten dabei absolute Diskretion gegenüber der Begünstigten bewahren.

Da die Erblasser laut Sachverhalt der Pflegekraft bereits mitgeteilt haben, dass man sie zu „bedenken“ erwäge, kann man eine „stille“ Verfügung von Todes wegen wohl nicht mehr annehmen. **Selbst die noch als unsicher dargestellte Begünstigung dürfte** im Hinblick auf den Schutzzweck des § 14 HeimG und der landesrechtlichen Nachfolgenormen bereits **genügen**, eine Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen zu begründen: § 6 HGBP n. F. soll ebenso wie § 14 HeimG verhindern, dass die Hilf- oder Arglosigkeit alter und pflegebedürftiger Menschen in finanzieller Hinsicht ausgenutzt wird (zu den Schutzzwecken des § 14 HeimG eingehend BVerfG DNotZ 1999, 56). Laut BVerfG soll § 14 HeimG diese Menschen vor der nochmaligen oder überhöhten Abgeltung von Pflegeleistungen bewahren (DNotZ 1999, 56, 57 m. Verw. auf BT-Drucks. 7/180, S. 12/15). Zweitens solle er verhindern, dass durch die Gewährung finanzieller Zusatzleistungen oder Zusatzversprechen die durch das Gesetz Geschützten unterschiedlich (privilegierend oder benachteiligend) behandelt würden. Drittens diene er auch dazu, die Testierfreiheit der Betroffenen zu sichern (DNotZ 1999, 56, 57). Die Vorschrift solle alte Menschen davor bewahren, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet werde (s. auch Gitter/Schmitt/

Küfner-Schmitt, Heimrecht des Bundes und der Länder, Std.: 6/2016, § 7 HGBP Rn. 10). Diese gesetzlichen Schutzzwecke dürften bereits bei einer als unsicher dargestellten Begünstigung tangiert sein.

## 2. Einsetzung der Pflegekraft als Testamentsvollstreckerin

Zur Frage, ob und inwieweit die Einsetzung als Testamentsvollstrecker von § 14 HeimG bzw. den landesrechtlichen Nachfolgenormen erfasst ist, existiert nach unserer Kenntnis bisher keine Rechtsprechung. Die Literatur zum hessischen HGBP enthält sich einer Stellungnahme.

In der allgemeinen Aufsatzzliteratur wird die Frage kontrovers diskutiert. So führt etwa *Rossak* (MittBayNot 1998, 407) zu § 14 HeimG aus, dass als geldwerte Leistung in diesem Sinne auch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers anzusehen sei, soweit der Testamentsvollstrecker einen **Vergütungsanspruch** für seine Tätigkeit habe (vgl. § 2221 BGB). Noch weitergehend vertritt *G. Müller* (FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, 2003, S. 153, 160), dass selbst bei fehlendem Vergütungsanspruch ein – verbotener – Vermögensvorteil naheliege (vgl. § 27 BeurkG).

Dem zuletzt genannten Standpunkt widerspricht *Everts* (ZEV 2006, 544, 545) im Hinblick auf die unterschiedlichen Schutzzwecke der beurkundungsrechtlichen Vorschriften und des § 14 HeimG sowie auf verfassungsrechtliche Gesichtspunkte (da § 14 HeimG als Einschränkung der grundgesetzlich geschützten Testierfreiheit prinzipiell restriktiv ausgelegt werden müsse). Für den Fall der entgeltlichen Testamentsvollstreckung tendiert aber auch *Everts* eher zur Annahme eines von § 14 HeimG verbotenen Vermögensvorteils (ZEV 2006, 544, 545 f.). Neuere Stellungnahmen in der Literatur gibt es nach unserer Kenntnis nicht.

Im Ergebnis dürfte die Literatur in der Einsetzung der Pflegekraft als Testamentsvollstreckerin zumindest dann einen Verstoß gegen § 6 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (u. 2) HGBP erkennen, wenn die Führung des Amts mit einem Vergütungsanspruch verbunden ist (was bei Einsetzung familienfremder Personen regelmäßig der Fall ist).

Tatfrage ist, ob die von der Rechtsprechung zugelassene Ausnahme für „stille“ Zuwendungen zumindest die Testamentsvollstreckereinsetzung erfassen könnte. Nach dem Sachverhalt erscheint dies eher unsicher.

## 3. Weitere allgemeine Voraussetzungen

Das Zuwendungsverbot aus § 6 Abs. 2 HGBP ist nur

dann einschlägig, wenn die Leistungen „für die Erfüllung der Pflichten aus dem Vertrag mit der Betreiberin oder dem Betreiber“ versprochen oder gewährt werden (es sich also um eine unzulässige „Doppelvergütung“ handelt). Damit ist bei der Erbeinsetzung ein **Zusammenhang mit der Erfüllung der Verpflichtung aus dem Vertrag** notwendig. Dieser Zusammenhang wird jedoch bis zum Beweis des Gegenteils **vermutet** (OLG Frankfurt NJW 2015, 2351 Tz. 14; BGH NJW 1990, 1603; OLG Frankfurt DNotZ 2001, 716). Für die Widerlegung der Vermutung ist der volle Beweis des Gegenteils erforderlich (s. etwa BayObLG NJW-RR 2004, 1591, 1593 = DNotI-Report 2004, 147).

Den Beweis des Gegenteils wird man im konkreten Fall wohl nicht führen können. Ein vertrauensvolles oder freundschaftliches Verhältnis zur Zuwendungsempfängerin reicht dafür noch nicht aus. Es muss sich nachweisen lassen, dass kein Zusammenhang zwischen Erbvertrag bzw. Testament und Pflegeleistung bestanden hat (OLG Frankfurt NJW 2015, 2351 Tz. 17). Der vorliegende Sachverhalt spricht hingegen für einen solchen Zusammenhang, da das Vertrauensverhältnis zur Pflegekraft „aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit“ besteht.

Eine **Ausnahmegenehmigung**, erteilt von der Heimaufsichtsbehörde, kommt **nicht** in Betracht, wenn – wie hier – die Leistungen durch Herstellung des Einvernehmens mit der Pflegekraft **bereits versprochen** worden sind (vgl. den Wortlaut des § 6 Abs. 4 HGBP n. F., wonach die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sein dürfen).

#### 4. Ergebnis

Die geplante Erbeinsetzung der Mitarbeiterin des ambulanten Pflegedienstes dürfte wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 HGBP nach § 134 BGB unwirksam sein; insbesondere ist mit der Mitarbeiterin bereits über die geplante Erbeinsetzung gesprochen worden. Ebenso unwirksam ist die Berufung zur Testamentsvollstreckerin, sofern der Testamentsvollstreckerin ein Vergütungsanspruch zustehen soll (was bei familienfremden Personen regelmäßig der Fall sein wird) und die Mitarbeiterin zu Lebzeiten der Erblasser Kenntnis von der Zuwendung erlangt (hier Tatfrage).

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

### BGB § 181

**Generalvollmacht ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB**

Abruf-Nr.: **162141**

### BGB §§ 544 Abs. 1, 581 Abs. 2, 1018, 1090

**Sicherungsdienstbarkeiten zum Schutz gegen Sonderkündigungsrecht aus §§ 544 S. 1, 581 Abs. 2 BGB; aufschiebend bedingter Löschungsanspruch des Eigentümers für den Fall der Kündigung des Pachtvertrages durch Pächter; Anwendbarkeit der §§ 544 S. 1, 581 Abs. 2 BGB auf das Kausalverhältnis**

Abruf-Nr.: **164104**

## Rechtsprechung

### BGB §§ 2205, 2223, 2147, 181

**Mitwirkung des Testamentsvollstreckers an der Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses für den Vermächtnisnehmer**

**Ist in einer letztwilligen Verfügung der mit der Erfüllung von Grundstücksvermächtnissen beauftragte Testamentsvollstrecker ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so spricht dies für die Auslegung, dass der Erblasser ihm nicht nur zur Erklärung der Auflassung für die Erben, sondern auch zur Annahme der Auflassung auf Seiten der Vermächtnisnehmer befugt sein soll.**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 2.1.2018 – 20 W 331/17

### Problem

Die Erblasserin setzte mit notariellem Testament drei Personen zu gleichen Teilen als Erben ein. Im Hinblick auf Grundstücke im Nachlass setzte sie zudem für jeden Erben ein Vorausvermächtnis aus. Ferner ordnete sie Testamentsvollstreckung an. Der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Testamentsvollstrecker sollte die Erbauseinandersetzung zwischen den Mitern durchführen und die angeordneten Vermächtnis-

se erfüllen. In einem privatschriftlichen Testament vom gleichen Tage ernannte die Erblasserin den Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker.

Nach dem Tod der Erblasserin übertrug der Testamentsvollstrecker durch notariellen Vertrag die durch Vorausvermächtnis zugewandten Immobilien jeweils an die als Vorausvermächtnisnehmer eingesetzten Erben. Er handelte bei der Annahme der Eigentumsübertragung und der Auflassung ausdrücklich auch für die Vorausvermächtnisnehmer. Das Grundbuchamt lehnte die anschließend beantragte Eintragung des Eigentumswechsels mit der Begründung ab, die vom Testamentsvollstrecker allein erklärte Auflassung sei unwirksam. Die Kompetenz des Testamentsvollstreckers zur Vertretung des Vermächtnisnehmers bei der Entgegennahme der Auflassung bestehe nur, wenn der Testamentsvollstrecker nicht lediglich für die Vollziehung des Vermächtnisses zu sorgen habe, sondern auch aufseiten des Vermächtnisnehmers eine entsprechende Aufgabe wahrnehmen müsse, sodass die Erfüllung des Vermächtnisses nur eine „zwingende Vorstufe“ dazu sei. Dies sei hier aber gerade nicht der Fall.

### **Entscheidung**

Das OLG Frankfurt teilt diese Auffassung nicht. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes hält es bereits aus formellen Gründen für unwirksam. Es äußert sich aber auch dahin, dass die vom Testamentsvollstrecker erklärte Auflassung nicht unwirksam sein dürfte.

In Rechtsprechung und Literatur würden verschiedene Ansichten zu der Rechtsfrage vertreten, ob sich bei einem Grundstücksvermächtnis und angeordneter Testamentsvollstreckung die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, zu dessen Aufgabe die Erfüllung von Vermächtnissen gehöre, **auch auf die Entgegennahme der Auflassung durch den Vermächtnisnehmer** erstrecke. Der Senat meint, dass sich diese Rechtsfrage nicht generell beantworten lasse, sondern nur im **Einzelfall**. Dabei komme es entscheidend darauf an, welche Aufgaben und Befugnisse dem Testamentsvollstrecker vom Erblasser in der letztwilligen Verfügung eingeräumt worden seien. Dies sei durch **Auslegung der letztwilligen Verfügung** zu bestimmen. Bei der Auslegung könne zwar nicht außer Betracht bleiben, dass es grundsätzlich allein der Entscheidungskompetenz des Vermächtnisnehmers und nicht des Testamentsvollstreckers obliege, ob er das Vermächtnis annehme oder nicht. Es spreche auch einiges für die Ansicht des Grundbuchamts, dass der Testamentsvollstrecker **jedenfalls dann** zur Entgegennahme der Auflassung für die Vermächtnisnehmer befugt sei, **wenn** der vermächtnisweise zugewandte Vermögensgegenstand dem

Bedachten **nicht zur freien Verfügung überlassen** werden solle, sondern diesbezüglich durch das Testament weitere Beschränkungen oder Belastungen angeordnet seien (bspw. durch Untervermächtnisse, Nachvermächtnisse, Dauervollstreckung). Denn in diesem Fall könne nur bei einer solchen weiten Auslegung der Testamentsvollstreckerbefugnisse für eine **balige und vollständige Umsetzung des Erblasserwillens** gesorgt werden.

Allerdings sei dies – anders als das Grundbuchamt anneme – nicht der einzige Fall, in dem von einer umfassenderen Testamentsvollstreckerbefugnis auszugehen sei. Vorliegend sei für die Auslegung auch bedeutsam, dass der Testamentsvollstrecker **von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit** worden sei. Da der eingesetzte Testamentsvollstrecker weder Erbe noch Vermächtnisnehmer sei, ergebe dies nur dann Sinn, wenn dem Testamentsvollstrecker damit die **Möglichkeit der zügigen Erledigung seiner Aufgaben** gerade auch bei der von der Erblasserin beabsichtigten Zuweisung der Grundstücke an einzelne Miterben als Vorausvermächtnis eingeräumt werde. Daher sei nach Auslegung davon auszugehen, dass zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers auch die Erklärung der Auflassung aufseiten der jeweiligen Miterben und Vorausvermächtnisnehmer gehöre.

### **Praxishinweis**

In der Praxis dürfte es trotz der im Ergebnis zu begrüßenden weiten Auslegung des OLG Frankfurt zu empfehlen sein, die gewünschten Befugnisse des Testamentsvollstreckers ausdrücklich im Testament oder Erbvertrag aufzuführen und ausdrücklich klarzustellen, inwieweit dieser auch bei der Erfüllung von Vermächtnissen für die Vermächtnisnehmer soll handeln können.

Zur Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker durch Testament im Anschluss an die Beurkundung einer notariellen Verfügung von Todes wegen verweisen wir auf die Entscheidung des OLG Köln vom 5.2.2018 (RNotZ 2018, 336 = BWNotZ 2018, 13).

## **Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

# **Veranstaltungen**

Weitere Termine für **Oktober 2018** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 ([www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)).

**16. Jahresarbeitstagung des Notariats** (Basty/Born/Bosch/Brockmöller/Bülte/Drescher/Galke/Heckschen/Herrmann/Holthausen-Dux/Keim/Kesseler/Loose/Schmidt-Räntsche/Sommer/Stresemann/Wälzholz/Weber), 4.-6.10.2018 Berlin

**Update Grundstückskaufvertrag** (Sikora), 12.10.2018 Heusenstamm, 13.10.2018 Berlin

**Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis** (Schreinert), 12.10.2018 Bochum, 26.10.2018 Kassel

**Update WEG** (Elzer/Hügel), 15.10.2018 Berlin

**Aktuelle Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr** (Büttner/Seebach), 22.10.2018 Kiel

**Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen** (Tondorf), 22.10.2018 Bochum, 26.10.2018 Oldenburg

**Aktuelles Kostenrecht im Notariat** (Sikora), 25.10.2018 Berlin

**Die Notarprüfung** (Blaeschke), 26.10.2018 Heusenstamm

**Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht** (Schmidt/Tondorf), 29.10.2018 Heusenstamm

**38. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung – Teil 1** (Bosch/Monreal/Schlögel/Weber/Wengenmayer), 29.10.-3.11.2018 Kiel

**Fachbezogenes Englisch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat** (O'Connolly), 30.10.2018 Köln

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

---

### **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

### **Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

### **Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

### **Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungsstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

### **Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

### **Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit