

Dokumentnummer: 549#  
letzte Aktualisierung: 20. November 2007

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZB 9/96  
18.12.1996

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch ...beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 4) wird der Beschuß der 3. Zivilkammer des Landgerichts Kiel vom 31. März 1995 aufgehoben.

Die Sache wird an das Landgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde überlassen bleibt.

### Gründe:

#### A.

Die Beteiligten zu 1) bis 3) haben beim Nachlaßgericht beantragt, den Beteiligten zu 4) als Testamentsvollstrecker zu entlassen. Die am 24. Januar 1991 verstorbene Erblasserin hatte in ihrem notariellen Testament vom 30. November 1989 die Beteiligte zu 1) als Vorerbin und die Beteiligten zu 2) und 3) als Nacherben eingesetzt. Zugleich hatte sie Testamentsvollstreckung für die Dauer der Vorerbschaft und eventuell darüber hinaus angeordnet, bis die Beteiligten zu 2) und 3) das 30. Lebensjahr vollendet haben. In diesem Testament wurde der Beteiligte zu 4), der als Sozius der Rechtsanwalts- und Notarsozietät des beurkundenden Notars angehörte, zum Testamentsvollstrecker ernannt.

Die Beteiligten zu 1) bis 3) haben ihren Entlassungsantrag auf die Behauptung mehrerer Pflichtverletzungen des Beteiligten zu 4) sowie darauf gestützt, daß der Erblasserin die Testierfähigkeit gefehlt und sie sich bei ihren Anordnungen zur Testamentsvollstreckung im Irrtum befunden habe. Das Amtsgericht hat den Entlassungsantrag zurückgewiesen. Mit der Beschwerde haben die Beteiligten zu 1) bis 3) zusätzlich geltend gemacht, die Ernennung des Beteiligten zu 4) als Testamentsvollstrecker sei wegen Verstoßes gegen §§ 7, 27 BeurkG unwirksam und außerdem nach der Neufassung des § 45 BRAO verboten. Das Landgericht hat in dem angegriffenen Beschuß unter Abänderung des amtsgerichtlichen Beschlusses festgestellt, daß die Ernennung des Beteiligten zu 4) zum Testamentsvollstrecker unwirksam sei. Im Anschluß an die Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg DNotZ 1990, 431, müsse davon ausgegangen werden, der beurkundende Notar erlange, wenn ein Sozius zum Testamentsvollstrecker ernannt werde, aufgrund des Soziätätsvertrages unmittelbar einen Anspruch auf einen Teil der Testamentsvollstreckervergütung und damit einen rechtlichen Vorteil i.S. von § 7 BeurkG. Der Beteiligte zu 4) habe seine Behauptung, er habe vor der Beurkundung des Testaments der Erblasserin mit dem beurkundenden Notar mündlich vereinbart, daß dieser an den Einnahmen aus der Testamentsvollstreckung nicht beteiligt sei, nicht durch eine Vorlage der Abrechnungsunterlagen der Soziätät belegt. Eine Vernehmung des als Zeugen benannten Notars komme nicht in Betracht, weil er bei der Höhe der jährlichen Einnahmen aus der Testamentsvollstreckung von circa 20.000 DM ein erhebliches Interesse am Ausgang des Verfahrens habe.

Gegen diesen, ihm am 13. April 1995 zugestellten Beschuß hat der Beteiligte zu 4) am 27. April 1995 beim Landgericht sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Nach seiner Auffassung ist das Rechtsmittel zulässig und begründet. Da § 45 BRAO nicht eingreife, komme es für die Entscheidung auf die Auslegung von §§ 7, 27 BeurkG an. Folge man der Ansicht des Oberlandesgerichts Oldenburg, müsse der Beschuß des Landgerichts aufgehoben und die Sache zur weiteren Klärung der Frage zurückverwiesen werden, ob der beurkundende Notar an der Testamentsvollstreckervergütung beteiligt sei. Das Landgericht habe die Vernehmung des Notars als Zeugen nicht aufgrund einer vorweggenommenen Beweiswürdigung ablehnen dürfen; dies verstößt gegen § 12 FGG. Das vorlegende Oberlandesgericht ist jedoch der Meinung, ein Verstoß gegen §§ 7, 27 BeurkG liege selbst dann nicht vor, wenn der Notar über den Sozietsvertrag an den Einnahmen aus der Testamentsvollstreckung beteiligt sei. Daher sei der Beschuß des Landgerichts aufzuheben und die Sache zurückzuverwisen, damit das Landgericht die Fragen der Testierfähigkeit der Erblasserin, der Anfechtung ihrer testamentarischen Bestimmungen und des wichtigen Grundes zur Entlassung des Beteiligten zu 4) klären könne, zu denen es bisher keine tatsächlichen Feststellungen getroffen habe.

## B.

### I.

Die Vorlage ist gemäß § 28 Abs. 2 FGG zulässig.

1. Vor der Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg, von der das vorlegende Oberlandesgericht abweichen machte, hat der Bundesgerichtshof allerdings mit Urteil vom 4. Februar 1987 (IVa ZR 229/85 - LM BeurkG Nr. 22) entschieden, daß die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Testamentsvollstreckereinernebung nicht deshalb gemäß §§ 7, 27 BeurkG unwirksam sei, weil der beurkundende Notar und der ernannte Testamentsvollstrecke einer Soziätät angehörten. In jenem Fall handelte es sich jedoch um ein Verfahren vor dem Prozeßgericht; dort war nicht vorgetragen worden, daß der beurkundende Notar aufgrund des Sozietsverhältnisses etwa an der Vergütung des Testamentsvollstreckers beteiligt oder das Testament auf einen derartigen Vorteil i.S. von § 7 BeurkG gerichtet gewesen sei. Der Bundesgerichtshof hat dies in seinem Urteil ausdrücklich festgestellt und hinzugefügt, es sei zumindest zweifelhaft, ob von einer solchen Beteiligung des Urkundsnotars an der Testamentsvollstreckervergütung ausgegangen werden könne.

Im Falle des Oberlandesgerichts Oldenburg war dagegen festgestellt worden, daß die Testamentsvollstreckervergütung zu den Einkünften der Soziätät gehörte und damit auch dem Urkundsnotar zufloß. Davon ist auch das Landgericht im vorliegenden Fall ausgegangen.

Angesichts dieses Unterschieds im Sachverhalt steht das genannte Urteil des Bundesgerichtshofs der Vorlage nicht entgegen.

2. Der Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg, die auf weitere Beschwerde ergangen ist, lag ein Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckezeugnisses zugrunde, den das Oberlandesgericht wegen Verstoßes gegen §§ 7, 27 BeurkG und der sich daraus gemäß § 125 BGB ergebenden Nichtigkeit der testamentarischen Ernennung (§ 2197 Abs. 1 BGB) zurückgewiesen hat. Damit beruht die Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg auf der streitigen Rechtsfrage.

3. Im vorliegenden Fall ist die Wirksamkeit der Ernennung freilich nur eine Vorfrage für die Entscheidung gemäß § 2227 BGB über den Entlassungsantrag (vgl. BayObLG FamRZ 1988, 770 unter II 2 a aa m.w.N.). Diese Vorfrage ist hier aber nicht nur ein Begründungselement (wie im Beschuß des BGH vom 29.11.1955 - V ZB 16/55 - WM 1956, 98, 100 rechts oben; vgl. ferner BayObLG NJW-RR 1989, 1168, 1169 unter 2 a (4)). Sie führt vielmehr zu einer anderen Sachentscheidung, auch wenn nach Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts der Beschuß des Landgerichts in jedem Falle aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverwisen ist. Denn die beiden, vom vorlegenden Oberlandesgericht gegenübergestellten Entscheidungen wären von unterschiedlicher Tragweite (zu diesem Erfordernis BGHZ 82, 34, 37) Damit liegt eine erhebliche, die Vorlage rechtfertigende Abweichung vor. Die Vorlage setzt nicht voraus, daß die Lösung der streitigen Rechtsfrage zur Erledigung der weiteren Beschwerde unerlässlich wäre (Keidel/Kuntze, FGG 13. Aufl. § 28 Rdn. 14).

Damit hat der Bundesgerichtshof über die weitere Beschwerde zu entscheiden.

## II.

Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

1. Mit Recht hat das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen § 45 BRAO (i.d.F. des Gesetzes vom 2. September 1994, BGBI. I, 2278) gesehen, der als Verbotsgebot i.S. von § 134 BGB gilt (Feuerich/Braun, Rechtsanwaltsordnung 3. Aufl. § 45 Rdn. 36). Die Vorschrift regelt die Berufsausübung der Rechtsanwälte zur Sicherung ihrer fachlichen Kompetenz und Integrität (vgl. BVerfG NJW 1993, 317 ff.).

a) § 45 Abs. 1 BRAO stellt Verbote zur Übernahme eines Rechtsanwaltsmandats in Fällen auf, in denen der Rechtsanwalt - oder ein Sozus (§ 45 Abs. 3 BRAO) - zuvor in anderer Funktion mit der Rechtssache oder der Angelegenheit befaßt war. Hier geht es dagegen um die Ernennung zum Testamentsvollstrecker und die Übernahme dieses Amtes. Dabei ist nicht entscheidend, ob auch die Testamentsvollstreckung eine anwaltliche Tätigkeit im weiteren Sinne ist, bei der es auf Sachlichkeit und Redlichkeit, Verschwiegenheit und Sorgfalt im Umfang mit den anvertrauten Vermögenswerten ankommt und die daher standesrechtlicher Aufsicht unterliegt (so Bengel/Reimann/Stockebrand, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 11. Kap. Rdn. 6 ff.). Jedenfalls handelt es sich nicht um die mit einem Mandat verbundene, auf Rechtsberatung oder Vertretung in einem Rechtsstreit gerichtete Tätigkeit als Rechtsanwalt, die in § 45 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 1 BRAO von anderen Tätigkeiten eines Rechtsanwalts wie z.B. gerade der als Testamentsvollstrecker unterschieden wird.

b) § 45 Abs. 2 BRAO untersagt dem Rechtsanwalt insbesondere in Nr. 1 auch andere Tätigkeiten wie die des Testamentsvollstreckers, wenn er zuvor als Rechtsanwalt gegen den Träger des zu verwaltenden Vermögens tätig geworden ist. Auch dieses Verbot schließt gemäß § 45 Abs. 3 BRAO die vorausgegangene Tätigkeit von Sozien ein. Die Beurkundung des Testaments der Erblasserin ist aber keine Rechtsanwaltstätigkeit gegen den Nachlaß. Eine Interessenkollision aufgrund früher erlangten Insiderwissens, deren Vermeidung die Vorschrift dient (Kleine-Cosack, NJW 1994, 2249, 2252), liegt hier nicht vor (vgl. BGH, Beschuß vom 11.12.1995 - AnwZ(B) 29/95 - N3W 1996, 2377 unter II 1 b). Daß der Beteiligte zu 4) oder einer seiner Sozien bereits als Rechtsanwalt mit Angelegenheiten des Nachlasses der Erblasserin befaßt gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Ohne Bedeutung ist insoweit, daß der Beteiligte zu 4) die Erblasserin im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung mit ihrem getrennt lebenden Ehegatten vertreten hat.

2. Die Ernennung des Beteiligten zu 4) im Testament ist auch nicht wegen Verstoßes gegen §§ 7, 27 BeurkG unwirksam

a) Bei Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches war in § 2235 bestimmt, daß als Notar bei der Errichtung eines Testaments nicht mitwirken könne, wer in dem Testament bedacht wird oder mit einem Bedachten verheiratet, verwandt oder verschwägert ist. Eine Ausdehnung dieses Mitwirkungsverbots auf den zum Testamentsvollstrecker Ernannten war als unbegründet und unpraktisch abgelehnt worden, da es wenigstens in Bayern durchaus zweckmäßig und gebräuchlich  
welcher bei der Errichtung des letzten Willens mitgewirkt habe; die Gebühren des Testamentsvollstreckers könnten, so weit sie sich in den Grenzen des Üblichen hielten, nicht als eine Zuwendung angesehen werden; soweit sie dieses Maß überschritten, sei der Mehrbetrag als ein Vermächtnis an eine mitwirkende Person abzusetzen (Prot. V, 334; Staudinger/Firsching, BGB 12. Aufl. nach 2246: § 7 BeurkG Rdn. 1 f.; § 27 BeurkG Rdn. 1). Erst das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938 erstreckte das Mitwirkungsverbot auch auf den im Testament zum Testamentsvollstrecker Ernannten. Zur Begründung wurde angeführt, die Testamentsvollstreckung sei in der Regel mit erheblichen Vorteilen verbunden, so daß sie einer Zuwendung im engeren Sinne gleichgestellt werden könne; der Notar solle in Zukunft nicht mehr dem Vorwurf ausgesetzt sein, daß er den Erblasser bewogen habe, ohne ausreichenden Grund einen Testamentsvollstrecker zu oder die Vergütung für dessen Tätigkeit unangemessen hoch festzusetzen (DJ 1938, 1254, 1255 zu § 8). Diese Regelung wurde später in § 2235 BGB aufgenommen, der dann von § 2, BeurkG abgelöst wurde (Staudinger/Firsching, § 27 BeurkG  
Rdn. 2; näher MünchXomm/Leipold, BGB 2. Aufl. Einl. vor § 1922 Rdn. 38 und 42).

Durch das Beurkundungsgesetz wurde außerdem u.a. § 1 FGG aufgehoben, wonach allgemein bei Beurkundungen etwa c Notar derjenige nicht mitwirken konnte, zu dessen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird. An die Selle: dieser Vorschrift ist § 7 BeurkG getreten (Jansen, FGG 2. Aufl. § 7 BeurkG Rdn. 1, 3; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG Teil B 12. Aufl. § 7 BeurkG Rdn. 1, 3).

b) Diese Entstehungsgeschichte erhellt, daß die Mitwirkung des im Testament zum Testamentsvollstrecker Ernannten als Notar gemäß § 27 BeurkG unabhängig davon unwirksam ist, ob es sich bei der Bestellung des Notars zum Testamentsvollstrecker für diesen um einen rechtlichen Vorteil handelt oder nicht (so BGH, Urteil vom 4.2.19~37, aaO unter I 1 a.E.). Das Mitwirkungsverbot für den zum Testamentsvollstrecker Ernannten im früheren § 2235 BGB setzte die Feststellung konkreter Vorteile nicht voraus. Auch § 27 BeurkG ordnet für die Ernennung zum Testamentsvollstrecker lediglich die entsprechende Geltung des § 7 BeurkG an, auch wenn es sich dabei nicht in jedem Fall um einen rechtlichen Vorteil handelt (MünchKomm/Burkart, nach § 2233: § 27 BeurkG Rdn. 1 a.E.). Aus § 27 BeurkG folgt also nicht, daß die Ernennung zum Testamentsvollstrecker stets ein rechtlicher Vorteil i.S. von § 7 BeurkG sei.

Bei der Anwendung des § 27 BeurkG kann dem beurkundenden Notar dessen Sozus nicht gleichgestellt werden. Dies ginge über den Wortlaut des Gesetzes hinaus und wäre aus Gründen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit auf dem Gebiet des Beurkundungsrechts nicht vertretbar (BGH, Urteil vom 4.2.1987, aaO). Für das verfahrensrechtliche Mitwirkungsverbot des § 27 BeurkG kann es nicht darauf ankommen, ob dem beurkundenden Notar durch die Ernennung eines Sozus zum Testamentsvollstrecker ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil zufießt.

c) Prüft man die Wirksamkeit der Ernennung des Sozus zum Testamentsvollstrecker unter den Gesichtspunkten des § 7 BeurkG, ist zu klären, ob eine Beteiligung des beurkundenden Notars an der Testamentsvollstreckervergütung aufgrund des Soziätätsverhältnisses als rechtlicher Vorteil angesehen werden kann, auf den die beurkundete Willenserklärung objektiv "gerichtet" ist. Schon das Reichsgericht hat zu dem Vorläufer des heutigen § 7 BeurkG, dem § 171 FGG, entschieden, daß die Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs verlange, Zweifel über die Rechtsbeständigkeit einer Urkunde nach Möglichkeit zu vermeiden; mithin müsse es sich um einen rechtlichen Vorteil handeln, der sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergebe und nicht erst als deren Folge eintrete oder gar erst eintreten könne (RGZ 88, 147, 150 f.; so auch zum BeurkG Jansen, aaO § 7 BeurkG Rdn. 3, 4; Keidel/Kuntze/Winkler, aaO § 7 BeurkG Rdn. 3 und 6). Diesen Gesichtspunkt hebt das vorlegende Oberlandesgericht mit Recht hervor. Die Ernennung zum Testamentsvollstrecker richtet sich aber unmittelbar lediglich darauf, daß der Sozus nach dem Erbfall Testamentsvollstrecker wird, wenn das Testament bestehen bleibt. Seine Vergütung ergibt sich nicht aus dem Testament, sondern erst als eine gesetzliche Rechtsfolge aus der Amtsführung gemäß § 2221 BGB. Vor allem versteht sich auch bei einem Soziätätsverhältnis nicht von selbst, daß der beurkundende Notar an der Testamentsvollstreckervergütung beteiligt ist; vielmehr hängt dies - wie der vorliegende Fall zeigt - jeweils von den Vereinbarungen der Sozien im Einzelfall ab, die sich auch nach der Beurkundung des Testaments noch ändern können. Deshalb bringt die beurkundete Willenserklärung des Erblassers, auch wenn er im Testament eine über den Rahmen des § 2221 BGB hinausgehende Vergütung des Testamentsvollstreckers festlegt, dem Notar unmittelbar keinen Vorteil und kann darauf insbesondere nicht i.S. von § 7 BeurkG "gerichtet" sein. Wie der Testamentsvollstrecker über die Vergütung verfügt und welche Verpflichtungen er gegenüber seinen Sozien eingeht, kann durch die testamentarischen Anordnungen des Erblassers nicht beeinflußt werden.

d) Die große Bedeutung, die dem öffentlichen Testament im Rechtsverkehr z.B. gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zukommt, würde in Fällen einer Ernennung zum Testamentsvollstrecker entwertet, wenn sich die Wirksamkeit der Beurkundung nicht verhältnismäßig leicht aus dem Inhalt der Urkunde feststellen ließe, sondern nähere Aufklärung darüber voraussetze, welche möglicherweise nur mündlich getroffenen Vereinbarungen über die Testamentsvollstreckervergütung innerhalb der Soziät bestanden haben. Käme es auf eine Beteiligung des Urkundsnotars an der Testamentsvollstreckervergütung oder darauf an, ob ihm der zum Testamentsvollstrecker Ernannte sonstige Vorteile gewährt, müßte dies nicht nur innerhalb von Soziätäten und nicht nur bei der Bestellung von Anwaltskollegen zum Testamentsvollstrecker geprüft werden. Das kann nicht der Sinn einer verfahrensrechtlichen Regelung über Mitwirkungsverbote bei der Beurkundung sein.

Wenn der Erblasser durch falsche Beratung zu einer überflüssigen Testamentsvollstreckung bewogen worden ist, kann das Testament gemäß § 2078 BGB angefochten werden. 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 (OLG Stuttgart DNotZ 1990, 430). Das schließt seine Vergütung ein. Nicht sie ist das eigentliche Übel, sondern das Hinwirken auf eine Testamentsvollstreckung in Fällen, die dafür keinen Anlaß bieten. § 27 BeurkG beugt diesem Übel durch eine generalisierende Regelung vor, die auch Fälle sinnvoller Testamentsvollstreckung erfaßt. Sein Anwendungsbereich wird nicht eingeengt, wenn weitere, schwieriger feststellbare Fälle möglicher Interessenkollisionen

aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht schon durch das Beurkundungsgesetz ausgeschlossen werden.

Der Entscheidung des Oberlandesgericht Oldenburg (DNotZ 1990, 431) ist nur eine Minderheit von Autoren gefolgt (Soergel/Harder, § 27 BeurkG Rdn. 4; Palandt/Edenhofer, BGB 55. Aufl. § 2197 Rdn. 3; Moritz, NJW 1992, 3215 f.; Jauernig/Stürner, BGB 7. Aufl. § 2197 Anm. 4). Nach überwiegender Meinung ist die Ernennung eines Sozius im notariellen Testament zum Testamentsvollstrecker auch dann wirksam, wenn der beurkundende Notar an der zu erwartenden Testamentsvollstreckervergütung beteiligt ist (Soergel/Damrau, § 2197 Rdn. 19; Erman/M. Schmidt, BGB 9. Aufl. 2. Bd. § 27 BeurkG Rdn. 4; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl. § 31 II 1 c in Fn. 35; Ebenroth, Erbrecht Rdn. 632 -n Fn. 39; Reimann DNotz 1990, 433 ff.; 1994. 659 ff.; Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker 12. Aufl. Rdn. 93; Reithmann/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl. Hdn. 1227; Huhn/v. Schuckmann, Beurkundungsgesetz 3. Aufl. § 27 Rdn. 7 unter b; Mecke/Lerch, Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. § 7 Rdn. 6).

Damit ist dem vorlegenden Oberlandesgericht zuzustimmen. Das Landgericht wird sich mit den weiteren, gegen die Wirksamkeit des Testaments vorgebrachten Gesichtspunkten und gegebenenfalls mit den behaupteten Entlassungsgründen auseinandersetzen müssen.