

des Vorerben hat auch zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt; denn sie wurde 1932 geboren. Die dreißigjährige Frist des § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB konnte daher für einen zweiten Nacherbfall beliebig überschritten werden (*Palandt/Edenhofer* § 2109 Anm. 2).

5. Es bedarf keiner Zurückverweisung. Der Senat kann die Entscheidung treffen, weil keine weiteren Ermittlungen nötig sind (*Bassenge/Herbst* § 27 FGG Anm. III 3 b). Der Beschwerde war stattzugeben. Das Landgericht hätte den Beschluß des Amtsgerichts aufheben, über die Einziehung des Erbscheins und über die Erteilung eines neuen Erbscheins entscheiden müssen.

a) Das Nachlaßgericht war anzuweisen, den Erbschein vom 2.3.1966 als unrichtig einzuziehen (§ 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB)

aa) Diese Anordnung kann ergehen, obwohl seit der Erteilung des Erbscheins im Jahre 1966 ein langer Zeitraum vergangen ist (BayObLG FamRZ 1989, 99/102). Es steht auch nicht entgegen, daß die damaligen Beteiligten übereinstimmend davon ausgegangen sind, eine weitere Nacherbfolge sei nicht angeordnet (BGH NJW 1986, 1812/1813 [= DNotZ 1987, 109]). Dies gilt auch, wenn seitdem keine neuen Tatsachen eingetreten sind und die früher vom Nachlaßgericht vorgenommene Testamentsauslegung den Denkgesetzen nicht widersprochen hat (BayObLG a. a. O.).

bb) Der Erbschein ist mit dem zweiten Nacherbfall hinsichtlich der Erbfolge unrichtig geworden. Er war schon unrichtig, als er erteilt wurde, weil der gem. § 2363 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Nacherbenvermerk fehlte. Die Auslegung des Testaments ergibt, daß mit der Bezeichnung „weitere Nacherben“ eine weitere (zweite) Nacherbeneinsetzung erklärt und gewollt war. Nur auf diesem Wege konnte der Erblasser den eindeutigen erklärten Willen, ausschließlich Abkömmlinge als Erben einzusetzen, für einen möglichst langen Zeitraum verwirklichen. Die anderen vom Landgericht angeführten und zur Auslegung herangezogenen Umstände treten demgegenüber zurück. Insbesondere ist es unerheblich, daß der Erblasser in dem vom Notar formulierten Testament das Wort „Nachnacherbe“ nicht verwendet hat und nicht ein zweites Mal das Wort „belastet“. Das letztere kann schon damit erklärt werden, daß er eine Wortwiederholung vermeiden wollte und davon ausging, daß mit der Formulierung „weitere Nacherben“ auch die beabsichtigte zweite Nacherbfolge genügend deutlich gemacht war. Nach den Erfahrungen des Senats ist das Wort „Nachnacherbe“ jedenfalls unter bayerischen Notaren nicht gebräuchlich. Dies dürfte schon 1942 so gewesen sein. Daher muß dieser Ausdruck in einem notariellen Testament nicht vermißt werden. Die Aussagen der drei Töchter aus dem Jahre 1943 sind ebensowenig geeignet, die Auslegung des Testaments in dem Sinne zu stützen, daß nur eine einzige Nacherbfolge angeordnet sei. Der von ihnen behauptete Wille des Erblassers, in erster Linie für den Fall vorsorgen zu wollen, daß der Sohn und Vorerbe aus dem Krieg nicht heimkehre, steht der Anordnung einer zweiten Nacherbfolge nicht entgegen.

b) Das Nachlaßgericht war anzuweisen, der Beteiligten zu 1 den beantragten Erbschein zu erteilen, weil sie mit dem zweiten Nacherbfall, nämlich dem Tode eines Abkömmlings des Vorerben, den Erblasser allein beerbt hat (§ 2139 BGB). Sie war neben ihrer Halbschwester X die einzige Tochter des ersten Vorerben und infolgedessen einzige Nacherbin des weiteren (zweiten) Nacherbfalls. Sie hat daher mit dem Tode

ihrer Halbschwester am 7.10.1988 den Erblasser allein beerbt. Als alleinige Nacherbin war sie antragsberechtigt (§ 2353 BGB; *Palandt/Edenhofer* § 2363 Anm. 3). Der Inhalt des Antrags entspricht der wirklichen Nacherbfolge; er muß im übrigen nicht wörtlich dem zu erteilenden Erbschein entsprechen (*Palandt/Edenhofer* § 2353 Anm. 3 c). Da es sich um eine Nacherbfolge handelt, muß der Tag angegeben werden, an dem sie eintritt (BayObLGZ 1965, 77/86; *Soergel/Damrau* § 2363 Rdnr. 12). Eine dritte Nacherbfolge kann wegen § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB nicht mehr eintreten; so daß es keines weiteren Nacherbenvermerks (§ 2363 Abs. 1 BGB) bedarf.

24. BeurkG §§ 7 Nr. 1, 27 (*Unwirksamkeit der Bestellung des Soziums des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker*)

**Die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Testamentsvollstreckerernennung ist unwirksam, wenn der beurkundende Notar mit dem ernannten Testamentsvollstrecker in einer Sozietät verbunden und an der im Testament vorgesehenen Testamentsvollstreckervergütung über die Sozietätseinkünfte beteiligt ist.**

OLG Oldenburg, Beschluß vom 26.10.1989 — 5 W 134/89 — (*rechtskräftig*) mitgeteilt vom Präsidenten des OLG Oldenburg

*Aus dem Tatbestand:*

In dem notariellen Testament vom 1.10.1985 — Ur-Nr. 540/85 des Notars H. — hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung angeordnet und den Antragsteller, der mit dem beurkundenden Notar in einer Sozietät verbunden ist, zum Testamentsvollstrecker ernannt.

Dazu heißt es in § 3 des Testaments:

„Zum Testamentsvollstrecker, dessen Tätigkeit angemessen honoriert werden soll, bestimme ich Herrn Rechtsanwalt X.“

Sollte der Testamentsvollstrecker zur Übernahme seines Amtes nicht in der Lage sein, so soll der Landgerichtspräsident in Osnabrück einen Testamentsvollstrecker bestimmen und zwar aus der Reihe der Juristen der Sozietät des beurkundenden Notars.“

Amtsgericht und Landgericht haben den Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückgewiesen, weil es sich um eine unzulässige selbstbegünstigende Beurkundung handele.

*Aus den Gründen:*

Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde ist gemäß §§ 27, 29 FGG zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist die Testamentsvollstreckerernennung zwar nicht wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 Ziff. 1 BeurkG unwirksam. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine reine Sollbestimmung, deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit einer Beurkundung führt, sondern lediglich Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann (vgl. BGH NJW 1985, 2027 [= DNotZ 1985, 231]; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 48. Aufl., § 3 BeurkG Anm. 1).

Die Beurkundung verstößt aber gegen das Verbot, Willenserklärungen zu beurkunden, die darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen, § 7 BeurkG, wobei § 27 BeurkG die Ernennung zum Testamentsvollstrecker ausdrücklich einer solchen vorteilhaften Zuwendung gleichstellt, weil sie regelmäßig mit der Erlangung

wirtschaftlicher Vorteile einhergeht (vgl. *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 9 unter Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 8 TestG abgedruckt in DJ 1938, 1255).

Hierzu haben die Tatsacheninstanzen verfahrensfreier festgestellt, daß die Vergütung aus der Testamentsvollstreckertätigkeit aufgrund der bestehenden Sozietätsverhältnisse zu den Einkünften der Sozietät gehören und damit dem Antragsteller wie auch dem beurkundenden Notar zufließt. Auf diese Erzielung von Einkünften war das Testament — wie § 3 ausweist — auch gerichtet. Das wird auch von der weiteren Beschwerde nicht in Frage gestellt. Auf dieser Grundlage ist die Auffassung der Vorinstanzen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, der beurkundende Notar habe eine selbstbegünstigende, weil auf die Erlangung eines rechtlichen Vorteils gerichtete, mithin unwirksame Beurkundung vorgenommen.

Zwar wird in der Kommentarliteratur ohne jegliche Begründung im Anschluß an eine, allerdings nur vorläufige Stellungnahme der Bundesnotarkammer die Ansicht vertreten, daß eine solche Beurkundung weder gegen das Beurkundungs- noch gegen das Ständerecht verstößt (vgl. BNotK DNotZ 1976, 264; *Huhn/Schuckmann*, BeurkG, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 5, die allerdings die gesetzliche Regelung des § 27 BeurkG, soweit sie die Testamentsvollstreckerernennung betrifft, für bedauerlich halten, vgl. § 27 Rdnr. 7). Höchstrichterlich ist eine vergleichbare Fallgestaltung, soweit ersichtlich, noch nicht beurteilt worden. Der Bundesgerichtshof hat lediglich die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Testamentsvollstreckerernennung nicht allein deshalb für unwirksam erklärt, weil der beurkundende Notar mit dem ernannten Testamentsvollstrecker in einer Notarsozietät verbunden war (siehe Urteil vom 4.2.1987 — IV a ZR 229/85 — WM 1987, 564 [= MittBayNot 1987, 154]). Die Möglichkeit einer Beteiligung des beurkundenden Notars an der Testamentsvollstreckervergütung war aber nach den Urteilsfeststellungen „zumindest zweifelhaft und ... nicht vorgetragen“. Ebensovienig war das Testament auf einen derartigen Vorteil gerichtet. Das ist aber der entscheidende Unterschied zu der hier gegebenen Sachlage, bei der eine solche Zuwendung im Sinne von §§ 7, 27 BeurkG gerade feststeht.

Entgegen der vorgenannten Literaturansicht sieht der Senat weder Möglichkeit noch Anlaß, entgegen der gesetzlichen Regelung, die Beurkundung für wirksam zu erklären. Bereits die Auffassung, die Möglichkeit, daß der Notar sich zum Testamentsvollstrecker ernennen läßt, nur um sich den Vorteil der Testamentsvollstreckergebühren zuzuwenden, sei wegen des im Einzelfall bestehenden engen Vertrauensverhältnisses als gering einzuschätzen (vgl. *Huhn/Schuckmann* a. a. O., § 27 Rdnr. 7), vermag der Senat nicht zu teilen. Daß die Testamentsvollstreckergebühren einen mit der Ernennung auch erstrebten nicht zu vernachlässigenden Vorteil darstellen, erscheint nicht zweifelhaft. Abgesehen davon will diese Vorschrift eine Beeinflussung der Willensbildung und Willensäußerung des Erblassers zugunsten des Notars ausschließen (BGB RGRK-Kregel, 12. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 1; *Jansen*, a. a. O., § 27 Rdnr. 1). Diese Warn- und Sicherungsfunktion im Hinblick auf eine von der Urkundsperson weitgehend unabhängige Selbstbestimmung bei der Festlegung des Erblasserwillens wird auch dann noch erreicht, wenn — was überwiegend für zulässig angesehen wird — der Erblasser die Testamentsvollstreckerernennung in einem privatschriftlichen Zusatztestament vornehmen kann (vgl. *Staudinger/Firsching*, BGB, 12. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 2;

*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 12. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 9; *Burkart* in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 10: „nicht ratsam, wenn auch nicht ungültig“). Denn jedenfalls kann der Notar in diesen Fällen die entsprechende Klausel nicht mehr routinemäßig in den Urkundstext aufnehmen, sondern muß den Erblasser gesondert darüber belehren, warum bei einer so gewollten Testamentsvollstreckerernennung anders vorzugehen ist, damit sie wirksam ist. Eine Umgehung der gesetzlichen Formstrenge bedeutet dies entgegen der weiteren Beschwerde nicht.

Auch das von der Beschwerde weiterhin hervorgehobene besondere Vertrauensverhältnis ausschließlich zu dem beurkundenden Notar und dem benannten Sozium fällt demgegenüber ebensowenig ins Gewicht wie etwaige Schwierigkeiten, die Rechtslage einem Erblasser deutlich zu machen. Allein die gegebenen Möglichkeiten von Interessenkollisionen stehen der Zulässigkeit einer Beurkundung solcher Klauseln entgegen, die darauf gerichtet sind, die Einkünfte aus der Sozietät und damit auch die Einkünfte des beurkundenden Notars zu erhöhen. Für eine von der weiteren Beschwerde angeregte Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme der für den hiesigen Bezirk zuständigen Notarkammer war in der Rechtsbeschwerdeinstanz kein Raum. Daß die Tatsacheninstanzen von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben, bedeutet keinen Verfahrensfehler.

## B.

### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

25. BNotO § 21 (*Internationale Zuständigkeit für die Erteilung von Vertretungsbescheinigungen*)

**Ein deutscher Notar ist auch zuständig, unter Einsichtnahme in ausländische Register Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, die sich auf eine ausländische Gesellschaft beziehen.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Aachen, Beschluß vom 20.4.1988 — 3 T 20/88 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten zu 2) und 3) streiten sich vor dem Oberlandesgericht Frankfurt in II. Instanz über Räumungs- und Zahlungsansprüche der Beteiligten zu 3) gegen die Beteiligte zu 2). Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 27.10.1987 wurde der Beteiligten zu 3), einer Gesellschaft niederländischen Rechts in der Rechtsform einer BV, aufgegeben, ihre Vertretungsverhältnisse klarzustellen. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23.11.1987 überreichte sie eine Vertretungsbescheinigung des Beteiligten zu 1) vom 6.11.1987 über ihre Vertretungsverhältnisse.

Die Bet. zu 2) beantragte, den Bet. zu 1) anzuweisen, die erteilte Bescheinigung einzuziehen.

*Aus den Gründen:*

Der Antrag der Beteiligten zu 2) ist in analoger Anwendung von § 15 BNotO zulässig. Nach § 21 BNotO gehört es zu den Amtspflichten eines Notars, Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, sofern sich diese aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergibt. Verweigert der Notar seine Amtstätig-