

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 741 ff., 744, 745, 1010, 1066 – Miteigentümergeinschaft zwischen Miteigentümern und Nießbraucher am Miteigentumsanteil; Drittberechtigung; Abgrenzung zur Vereinbarung des sog. Bruchteilsnießbrauchers mit dem Alleineigentümer

BGB §§ 2197, 2218, 664 – Testamentsvollstreckung durch eine GmbH; höchstpersönliche Ausführung

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB § 2314 – Notarielles Nachlassverzeichnis; Treuwidrigkeit des Hinzuziehungsverlangens; Umfang der Ermittlungspflicht des Notars

##### Literaturhinweis

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 741 ff., 744, 745, 1010, 1066

#### Miteigentümergeinschaft zwischen Miteigentümern und Nießbraucher am Miteigentumsanteil; Drittberechtigung; Abgrenzung zur Vereinbarung des sog. Bruchteilsnießbrauchers mit dem Alleineigentümer

##### I. Sachverhalt

V ist Eigentümer eines Einfamilienhauses, das seine Ehefrau E und er zu Wohnzwecken nutzen. Mit notariellem Kaufvertrag hat V unter Mitwirkung von E einen Miteigentumsanteil von 1/2 an der Immobilie an K veräußert. K ist ein kommerziell tätiger Anbieter sog. „Teilkauftverträge“ (vgl. im Einzelnen zum Geschäftsmodell Holthausen-Dux/Forschner, DNotZ 2021, 821 ff.). Im Kaufvertrag haben die Parteien zudem folgende Vereinbarungen getroffen: Im Rahmen des Kaufvertrags wurde ein Nießbrauch für V und E als Gesamtberechtigte

bestellt. Zudem soll zwischen V, E und K eine „Miteigentümergeinschaft“ gem. § 1010 BGB getroffen werden, wonach u. a. V und E zur alleinigen Nutzung des Grundbesitzes berechtigt sind und die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen ist, es sei denn es liegt ein wichtiger Grund vor. Das Grundbuchamt ist der Auffassung, dass eine Nutzungsregelung zugunsten eines Dritten (hier E) nicht im Grundbuch eingetragen werden könne.

##### II. Frage

Können in der im Grundbuch einzutragenden Miteigentümergeinschaft (§ 1010 BGB) auch Rechte zugunsten von E begründet werden?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. Dritte als dinglich Berechtigte einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 Abs. 1 BGB

a) Dinglich Berechtigter einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 Abs. 1 BGB kann zunächst jeder Miteigentümer sein, zu dessen Gunsten die Vereinbarung getroffen ist, d. h. der Miteigentümer, für den der Ausschluss des Aufhebungsrechts, die Verwaltungsvereinbarung oder die Benutzungsregelung wir-

ken soll (BayObLG MittBayNot 1981, 183; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1463). Die Vereinbarung kann auch zugunsten nur eines von mehreren Miteigentümern, aber auch zugunsten aller anderen Miteigentümer getroffen und eingetragen werden, und zwar sowohl für die derzeitigen Miteigentümer als auch für die jeweiligen übrigen Miteigentümer (BayObLG MittBayNot 1981, 183; BayObLG DNotZ 1976, 744; OLG Hamm DNotZ 1973, 546; Schöner/Stöber, Rn. 1463).

b) Ob ein **außenstehender Dritter dinglich Berechtigter einer Miteigentümergebarung** nach § 1010 Abs. 1 BGB sein kann, ist in Rechtsprechung und Schrifttum **umstritten** (dafür die wohl h. M.: OLG Hamm DNotZ 1973, 546 für eine Benutzungsregelung; Döbler, MittRhNotK 1983, 181, 189; MünchKommBGB/Schmidt, 8. Aufl. 2020, § 1010 Rn. 10; Tschon, RNotZ 2006, 206, 210; BeckOGK-BGB/P. Müller, Std.: 1.11.2021, § 1010 Rn. 25.2 allerdings mit dem Hinweis, dass der Dritte nicht als Vertragsschließender an der schuldrechtlichen Vereinbarung beteiligt sein könne, sondern i. S. v. § 328 BGB berechtigt sei [Dritter in diesem Sinne ist allerdings nicht der Nießbrauchsberechtigte an einem Miteigentumsbruchteil, vgl. dazu sogleich 2.]; Staudinger/Thole, BGB, 2019, § 1010, Rn. 35; dagegen: Schöner/Stöber, Rn. 1464; Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1010 Rn. 3; Pöschl, BWNotZ 1974, 79, 81; Fleitz, BWNotZ 1979, 36, 40; Ertl, Rpfleger 1979, 81; offen gelassen von BayObLG MittBayNot 1981, 183; BayObLG DNotZ 1976, 744, 746).

c) Gegen die zutreffende h. M. wird eingewandt, dass die dingliche Berechtigung außenstehender Dritter mit dem *numerus clausus* und Typenzwang dinglicher Rechtspositionen nicht zu vereinbaren sei. § 1010 BGB könne seinem Sinn nach nur interne Regelungen der Miteigentümer betreffen. Hiergegen führt P. Müller u. E. nach zutreffend aus, dass das alleinige Abstellen auf den *numerus clausus* der Sachenrechte und den Typenzwang dinglicher Rechte zirkelschlüssig erscheint (BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 25.3). Denn in einem ersten Schritt gilt es gerade erst festzulegen, welchen Inhalt das auf der Grundlage des § 1010 BGB im Grundbuch gesicherte Recht eigener Art überhaupt haben kann. Gleiches lässt sich dem Argument entgegenhalten, § 1010 BGB könne seinem Zweck nach allein interne Regelungen der Miteigentümer betreffen (zutreffend BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 25.3).

Die Frage kann hier aber letztlich offen bleiben, weil der **Nießbrauchsberechtigte** an einem Miteigentumsanteil

schon **nicht Dritter**, sondern vielmehr Teil der dinglichen Rechtsgemeinschaft am Grundstück ist.

## 2. Nießbrauchsberechtigter am Miteigentumsanteil als Beteiligter und/oder dinglich Berechtigter einer Mit“eigentümer“vereinbarung nach § 1010 Abs. 1 BGB

§ 1010 Abs. 1 BGB ist auf eine Vereinbarung zwischen Miteigentümer(n) und einem Nießbrauchsberechtigten an einem Miteigentumsanteil (jedenfalls sinngemäß) anwendbar. Dies wird allerdings – soweit ersichtlich – in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich thematisiert, sondern vielmehr stillschweigend unterstellt (so inzident wohl auch OLG Köln RNotZ 2016, 668, 670). Problematisiert wird lediglich die davon zu unterscheidende, streitige – hier aber nicht vorliegende – Konstellation des Bruchteilsnießbrauchs an einem ideellen Anteil des weiter im ungeteilten Eigentum stehenden Grundstücks des Alleineigentümers (dazu ausführlich DNotI-Report 2001, 98; die Anwendbarkeit des § 1010 Abs. 1 BGB insoweit zu Recht bejahend etwa Grüneberg/Herrler, BGB, § 1066 Rn. 4; Staudinger/Heinze, BGB, 2017, § 1066, Rn. 15 m. w. N.; dagegen wohl etwa OLG Köln RNotZ 2016, 668, 670).

In der vorliegenden Konstellation ergibt sich die **Anwendbarkeit des § 1010 Abs. 1 BGB** letztlich **unmittelbar aus** der gesetzlichen Regelung des **§ 1066 Abs. 1 BGB**. Eine etwaige – soweit ersichtlich aber nicht vertretene – Gegenauffassung würde letztlich jedenfalls auf einem Fehlverständnis des systematischen Zusammenhangs des Rechts der Gemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB und der – insoweit bloß ergänzenden – Sonderregel für das Miteigentum nach Bruchteilen an einem Grundstück gem. § 1010 Abs. 1 BGB beruhen.

a) Unstreitig führt der Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers nach dem Wortlaut des § 1066 Abs. 1 BGB dazu, dass der Nießbraucher die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben.

Hieraus zieht die wohl einhellige Ansicht den zutreffenden Schluss, dass damit jedenfalls die Ausübung der (Stimm-)Rechte hinsichtlich der §§ 743 bis 745 BGB gemeint ist, die zumindest sinngemäß gelten; diese Vorschriften regeln die gemeinschaftliche Verwaltung (§ 744 BGB) bzw. die Regelung der Verwaltung und Benutzung durch (nötigenfalls: Mehrheits-)Beschluss, § 745 BGB (statt aller KG NJW 1964, 1808, 1809, MünchKommBGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, § 1066 Rn. 23; Grüneberg/Herrler, BGB, § 1066 Rn. 2; dogmatisch lediglich leicht abweichend

MünchKommBGB/K. Schmidt, § 741 Rn. 75 ). Der BGH (MittBayNot 2002, 184, 186) führt insoweit wörtlich aus:

*„Im Fall des Bruchteils Eigentums nach dem BGB erhält der Nießbraucher durch § 1066 I BGB die Befugnis, an Stelle des belasteten Miteigentümers die Rechte auf Verwaltung und Benutzung der Sache nach §§ 743 bis 745 BGB auszuüben (vgl. Staudinger/Frank, § 1066 Rdnr. 3; Petzold, in: MünchKomm, § 1066 Rdnr. 3). Da kollektive Verwaltungsentscheidungen der Miteigentümer die Voraussetzungen der individuellen Nutzung schaffen (vgl. Karsten Schmidt, in: MünchKomm, §§ 744, 745 Rdnr. 4), stellt das Gesetz auf diese Weise sicher, dass das Nutzungsrecht des Nießbrauchers (§ 1030 I BGB) auch innerhalb einer Bruchteilsgemeinschaft Beachtung findet.“*

(Hervorhebung durch das DNotI).

Es dürfte damit allgemeiner Meinung entsprechen, dass ein Nießbraucher an einem Miteigentumsanteil gemeinsam mit den weiteren Bruchteilsberechtigten – insbesondere Bruchteils Eigentümern, ggfs. aber auch weiteren Nießbrauchern an Miteigentumsbruchteilen – Verwaltungs- und Benutzungsregelungen gem. (§ 1066 Abs. 1 i. V. m.) §§ 744, 745 BGB treffen kann.

Vieles spricht daher bereits an dieser Stelle dafür, dass das Gesetz in § 1066 Abs. 1 BGB damit auch einen unmittelbaren und lediglich – wie auch hinsichtlich der §§ 743 bis 745 BGB lediglich nicht verlautbarten – Verweis auf § 1010 Abs. 1 BGB enthält. Denn § 1010 BGB modifiziert die Vorschriften der §§ 743 ff. BGB nur für Grundstücksmiteigentum (Staudinger/Eickelberg, BGB, 2015, § 746 Rn. 2). Gründe für eine Differenzierung beim Umfang der Verweisung sind jedenfalls – wie die folgenden Ausführungen zeigen werden – nicht ersichtlich.

b) Nach der gesetzlichen Grundkonzeption des Rechts der Gemeinschaft nach Bruchteilen gem. §§ 741 ff. BGB wirken nach §§ 746, 751 S. 1 BGB **alle Regelungen**, die die **Verwaltung und Benutzung** (§ 746 BGB) des gemeinschaftlichen Gegenstands – unabhängig davon, ob sie gemeinschaftlich (§ 744 Abs. 1 BGB), mehrheitlich (§ 745 Abs. 1 BGB) oder auf Grund eines Leistungsurteils nach § 745 Abs. 2 BGB herbeigeführt worden sind (MünchKommBGB/K. Schmidt, § 746 Rn. 3; Grüneberg/Sprau, § 746 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Fehrenbacher, Std.: 1.11.2021, § 746 Rn. 7; dies entspricht auch der h. M. im Anwendungsbereich des § 1010 Abs. 1 BGB, vgl. BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 10, der insoweit selbst allerdings nur einstimmige

Vereinbarungen für eintragungsfähig hält) oder dessen Aufhebungsausschluss **betreffen** (§ 751 S. 1 BGB) **unmittelbar für und gegen einen Sonder(rechts)nachfolger**. Das Gesetz möchte durch diese dem Schuldrecht an sich fremde, faktische dingliche Wirkung (BeckOGK-BGB/Fehrenbacher, Std.: 15.7.2020, § 746 Rn. 1; ausführlich hierzu Tschon, RNotZ 2006, 206, 209) den einzelnen Teilhaber daran hindern, verbindliche Regelungen der gemeinsamen Verwaltung und Benutzung, durch Veräußerung des Anteils an einen Dritten zu vereiteln (Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 1 mit Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien).

c) Im Verhältnis zu §§ 746, 751 S. 1 BGB stellt § 1010 Abs. 1 BGB lediglich eine dem Schutz des Rechtsverkehrs dienende Sonderregelung für **Miteigentumsanteile an Grundstücken** dar (Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 2). Der wesentliche – über §§ 746, 751 S. 1 BGB hinausgehende – Normzweck ist der Schutz des einzelnen Sonderrechtsnachfolgers gegen ihm unbekannt **Vereinbarungen** (Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 2; MünchKommBGB/K. Schmidt, § 746 Rn. 3). Diese sollen – wegen der Bedeutung des Rechtserwerbs eines Grundstücksbruchteils – mit Wirkung **gegen Sonderrechtsfolger nur gelten**, wenn sie **aus dem Grundbuch ersichtlich** sind.

d) Hält man nun § 1010 Abs. 1 BGB auf Vereinbarungen zwischen Bruchteilsnießbrauchern und Bruchteils Eigentümern nicht für anwendbar, so wäre es folgerichtig, auf die *leges generales* der §§ 746, 751 S. 1 BGB zurückzugreifen. Dies hätte zur Folge, dass eine Vereinbarung gem. §§ 744, 745 BGB sogar ohne Grundbucheintragung Rechtswirkungen gegen einen Sonderrechtsnachfolger entfaltet – ein offensichtlich sinnwidriges und mit dem Normzweck des § 1010 Abs. 1 BGB (Schutz des Erwerbers vor unbekanntem, ihm gegenüber aber wirksamen Vereinbarungen) kaum schlüssig in Einklang zu bringendes Ergebnis.

Versuchte man solche Fälle durch teleologische Reduktion der §§ 746, 751 S. 1 BGB in der Weise zu lösen, dass Bestimmungen zu Lasten des Sonderrechtsnachfolgers ausnahmsweise diesem gegenüber keine Wirkung entfalten, so wäre ein etwaiger Sonderrechtsnachfolger eines Bruchteils Eigentümers ungerechtfertigt privilegiert: Er könnte sich zu seinen Gunsten auf eine bestehende Vereinbarung gem. §§ 744, 745, 746 BGB berufen (vgl. nur Grüneberg/Herrler, § 1010 Rn. 2; BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 27); gleichzeitig bestünde ohne seine schuldrechtliche Mitwirkung mangels Anwendbarkeit des § 1010 Abs. 1 BGB keinerlei Möglichkeit, eine Bindungswirkung zu seinen Lasten zu erreichen. Sogar bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des

§ 1010 Abs. 1 BGB müsste nämlich der Sonderrechtsnachfolger eine nicht eingetragene Regelung selbst dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kennen würde (OLG München NZG 1999, 395; Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 2). Somit würde der vom Gesetzgeber durch §§ 746, 751 S. 1 i. V. m. § 1066 Abs. 1 BGB beabsichtigte Schutz (dazu soeben oben b)) des – in der Gemeinschaft verbleibenden – Nießbrauchers an einem Miteigentumsanteil ohne Not ausgehöhlt, weil sich der ausscheidende Bruchteilseigentümer somit jederzeit seiner durch §§ 744, 745 BGB herbeigeführten Bindung entledigen kann.

Diese Probleme lassen sich mithin nur durch eine (jedenfalls sinnngemäße) Anwendung des § 1010 Abs. 1 BGB lösen.

### 3. Ergebnis

Nach alledem sind auch **Mit“eigentümer“vereinbarungen unter Beteiligung eines Nießbrauchers** an einem Miteigentumsanteil gem. §§ 1066 Abs. 1, 1010 Abs. 1 BGB im Grundbuch **grundsätzlich eintragungsfähig**, auch zugunsten des Nießbrauchers.

Ob Gleiches auch für Verwaltungs- und Benutzungsregelungen zwischen dem Bruchteilnießbraucher am ungeteilten Eigentum und dem Alleineigentümer gilt – wofür entsprechend der Ausführungen unter vorstehender Ziff. 2 Vieles spricht, weil auch in diesen Fällen die §§ 1066 Abs. 1 BGB, 741 ff. BGB nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 149 Rn. 10) entsprechend anwendbar sind –, kann hier offen bleiben. Denn vorliegend sind mit dem Verkäufer und dem Käufer nach Vollzug der Auflassung jedenfalls mehrere Personen Miteigentümer des Grundstücks.

Offen bleiben kann auch die Anwendbarkeit des § 1010 BGB bei einem eingeräumten Quotenießbrauch (vgl. ausführlich BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 8.2; auch hier gelten nach ganz h. M. die §§ 741 ff. BGB entsprechend, vgl. nur OLG Schleswig RNotZ 2009, 401; BeckOGK-BGB/Servatius, Std.: 1.11.2019, § 1030 Rn. 56 m. w. N.; wohl auch BGH DNotZ 2004, 140).

Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass nach h. M. Regelungen über die Kosten- und Lastentragung generell nicht mit Drittwirkung gem. § 1010 Abs. 1 BGB im Grundbuch eingetragen werden können (vgl. dazu ausführlich Tschon, RNotZ 2006, 206, 220 f.). Werden sie dennoch vereinbart, bleiben die übrigen drittwirkenden Vereinbarungen allerdings auch Dritten gegenüber wirksam (Tschon, RNotZ 2006, 206, 221).

---

## BGB §§ 2197, 2218, 664

### Testamentsvollstreckung durch eine GmbH; höchstpersönliche Ausführung

---

#### I. Sachverhalt

Der Beteiligte will ein Testament errichten und Testamentsvollstreckung anordnen. Der Testamentsvollstrecker ist Steuerberater/Wirtschaftsprüfer und betreibt die Praxis in einer GmbH. Er will die Testamentsvollstreckung nur übernehmen, wenn die GmbH selbst zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird. Der Beteiligte ist damit grundsätzlich einverstanden, will aber sicherstellen, dass nur der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer selbst für die GmbH handelt und nicht ein anderer Geschäftsführer oder der Prokurist der GmbH.

#### II. Frage

Kann die GmbH zum Testamentsvollstrecker bestimmt werden mit der Maßgabe, dass nur die näher bestimmte Person für die GmbH als Testamentsvollstrecker zu handeln berechtigt ist?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zulässigkeit der Einsetzung einer GmbH zum Testamentsvollstrecker

Gem. § 2197 Abs. 1 BGB kann der Erblasser durch ein Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen. Insoweit kommen nicht nur natürliche, sondern **auch juristische Personen als mögliche Testamentsvollstrecker** in Betracht (BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.10.2020, § 2197 Rn. 67; BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.11.2021, § 2197 Rn. 32; MünchKommBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2197 Rn. 9). Dies ergibt sich aus § 2210 S. 3 BGB, der auf § 2163 Abs. 2 BGB verweist, der eine spezifische Regelung für juristische Personen enthält. Mithin macht das Gesetz deutlich, dass das Amt des Testamentsvollstreckers nicht auf natürliche Personen begrenzt ist.

##### 2. Einschränkung der Testamentsvollstreckung auf die Wahrnehmung durch einzelne Personen

Das Amt des Testamentsvollstreckers ist grundsätzlich höchstpersönlich ausgestaltet. Gem. §§ 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecker im Zweifel zur persönlichen Amtsführung verpflichtet. Das Amt kann daher auch mit Zustimmung des Erben nicht als Ganzes auf einen Dritten übertragen werden (Staudinger/Reimann, BGB, 2016, § 2218 Rn. 10; BeckOGK-BGB/Tolksdorf, Std.: 1.12.2021, § 2218 Rn. 20). Wendet man dies auf die geplante Gestaltung an, nach der eine juristische Person Testamentsvollstreckerin sein soll, ist daher die juristische Person zur persönlichen Ausübung des Amtes verpflichtet. Dies



wird nur dann zu gewährleisten sein, wenn die gesetzlichen Vertreter der juristischen Person, mithin also ihre Organe, die Testamentsvollstreckung in eigener Person wahrnehmen. Bei einer **GmbH** sind daher in erster Linie die **Geschäftsführer zur Durchführung der Testamentsvollstreckung berufen**.

Zwar kann der Erblasser hiervon grundsätzlich Ausnahmen vorsehen, insbesondere dem Testamentsvollstrecker gestatten, seinen Nachfolger selbst zu ernennen (§ 2199 Abs. 2 BGB), allerdings soll vorliegend keine Erweiterung erfolgen, sondern eine Einschränkung. So ist geplant, der GmbH als Testamentsvollstreckerin ihre Befugnisse insoweit zu entziehen, als sie faktisch durch eine andere Person als die gewünschte natürliche Person ausgeübt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine derartige Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers zulässig ist.

Gem. § 2208 Abs. 1 S. 1 verfügt der Testamentsvollstrecker über die in §§ 2203 bis 2206 BGB genannten Rechte dann nicht, wenn anzunehmen ist, dass ihm diese nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen. Mithin kann der **Erblasser also die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers definieren**, indem er ihm einzelne Rechte zuweist oder entzieht. Dabei ist insbesondere anerkannt, dass das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers eingeschränkt werden kann (BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2208 Rn. 18). Soweit es allerdings um die Begrenzung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers geht, kann zwar die Zustimmung eines Anderen hierzu vorgesehen werden, dieser Andere muss allerdings Erbe oder Mittestamentsvollstrecker sein (BeckOK-BGB/Lange, § 2208 Rn. 7; Staudinger/Reimann, § 2208 Rn. 16).

Gleichwohl sagen diese Möglichkeiten für sich genommen noch nichts darüber aus, ob auch eine **personale Beschränkung**, wie sie in der angedachten Gestaltung vorgesehen ist, zulässigerweise vorgenommen werden kann. Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage haben sich nicht auffinden lassen. Eine zweifelsfreie Gestaltung ist daher auf dieser Grundlage nicht möglich. Geht man allerdings von der Grundwertung des § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB aus, so obliegt dem Erblasser die Bestimmung darüber, ob und in welchem Umfang der Testamentsvollstrecker über Befugnisse verfügen oder es ihm an diesen fehlen soll. Kann mithin der Erblasser einzelne Rechte des Testamentsvollstreckers gänzlich ausschließen, ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Erblasser nicht auch die tatsächliche Handlungsmöglichkeit einer juristischen Person auf die Tätigkeit einer bestimmten natürlichen Person als Organ dieser juristischen Person beschränken können sollte. Insoweit stellt sich diese Beschränkung als Minus zur Entziehung der

Testamentsvollstreckerbefugnis für die genannten Bereiche insgesamt dar, sodass dies **gem. § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB analog als zulässig** angesehen werden muss. Ein solches Verständnis deckt sich auch damit, dass der Erblasser die Testamentsvollstreckung sogar unter eine auflösende Bedingung stellen kann (BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2208 Rn. 24). Kann mithin der Erblasser die Testamentsvollstreckung schon insgesamt erlöschen lassen, wenn bspw. eine bestimmte Person nicht mehr Geschäftsführer der juristischen Person ist, so ist es demnach auch zulässig, die Ausübung der grundsätzlich zugewandten Befugnisse davon abhängig zu machen, dass eine bestimmte natürliche Person sie konkret ausübt. Daher dürfte eine derartige Gestaltung zulässig sein.

Um allerdings eine Fremddisposition des Testamentsvollstreckers zu verhindern, die grundsätzlich unzulässig ist, ist darauf zu achten, dass die **Testamentsvollstreckung** für die GmbH jedenfalls dann **beendet** wird, wenn die **gewünschte natürliche Person als verantwortlicher Geschäftsführer ausscheidet**. Wäre weiterhin auch dann nur eine Vornahme durch die natürliche Person möglich, würde der Testamentsvollstreckerin für den Fall, dass diese Person nicht mehr Geschäftsführer ist, die Möglichkeit zur Erfüllung ihrer Tätigkeiten entzogen und die Testamentsvollstreckung damit faktisch ausgeschlossen werden. Um damit einhergehende Zweifelsfragen nicht entstehen zu lassen, sollte daher die Testamentsvollstreckung in diesem Fall entweder insgesamt enden oder jedenfalls die Testamentsvollstreckung durch die GmbH beendet werden. In letzterem Fall wäre dann ein Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen oder das Gericht oder ein Dritter zu ermächtigen, einen neuen Testamentsvollstrecker zu benennen. Insoweit kommt es bei der Gestaltung auf die Wünsche der Beteiligten an.

Sollte ein Gericht entgegen der hier vertretenen Ansicht zu der Einschätzung gelangen, dass die Einsetzung des Testamentsvollstreckers in dieser Weise unzulässig ist, dürfte dies dazu führen, dass der Testamentsvollstrecker nicht wirksam benannt ist. Für eine unwirksame Benennung i. S. d. § 2201 BGB ist anerkannt, dass dies entweder dazu führt, dass die Testamentsvollstreckung insgesamt unwirksam ist oder dass bei einer konkludenten Benennungsbefugnis des Nachlassgerichts gem. § 2200 BGB dieses einen anderen Testamentsvollstrecker auswählen kann (siehe dazu BeckOGK-BGB/Leitzen, § 2201 Rn. 14). Sicherheitshalber sollte daher klargestellt werden, welche Rechtsfolge sich bei dieser Konstellation ergibt, obgleich wohl die Regelungen für den Fall des Erlöschens der Testamentsvollstreckung durch die GmbH einen erheblichen Auslegungshinweis geben wird.

# 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 Abruf-Gutachten.

## GmbHG § 58a

**Beachtung der Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbH bei einer vereinfachten Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Insolvenzplans**

Abruf-Nr.:

## EuErbVO Art. 21; EGBGB Art. 22; FamFG § 108

**Frankreich: Anerkennung einer in Frankreich auszusprechenden einfachen Adoption in Deutschland; erbrechtliche Folgewirkungen**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

## BGB § 2314

**Notarielles Nachlassverzeichnis; Treuwidrigkeit des Hinzuziehungsverlangens; Umfang der Ermittlungspflicht des Notars**

**1. Das Verlangen der Gläubigerin, zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses hinzugezogen zu werden, ist unter den gegebenen konkreten Umständen treuwidrig, da die Gläubigerin mit keinem der vom Notar vorgeschlagenen Termine einverstanden war und damit die Aufnahme des Verzeichnisses in ihrer Anwesenheit verhindert hat.**

**2. Der Notar ist bei Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nicht verpflichtet, ohne konkrete Anhaltspunkte in alle Richtungen zu ermitteln. Insbesondere ist er hier weder zur Anfrage an diverse Dachverbände von Banken bezüglich bestehender Kontoverbindungen noch zur Anforderung der Einkommensteuererklärungen und -bescheide des Erblassers der letzten 10 Jahre verpflichtet.**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.10.2021 – 10 W 29/21

## Problem

Die Schuldnerin ist durch rechtskräftiges Urteil insbesondere zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines notariellen Nach-

lassverzeichnisses gegenüber der pflichtteilsberechtigten Gläubigerin verurteilt worden. Ihrer Verpflichtung kam die Schuldnerin bzw. der von ihr beauftragte Notar zunächst nur unzureichend nach, sodass Zwangsgelder gegen die Schuldnerin verhängt worden sind. In der Folge teilte der Notar der Gläubigerin unter Übersendung eines Entwurfs des Nachlassverzeichnisses einen drei Tage später stattfindenden Termin zur Feststellung des Nachlassverzeichnisses mit. Dies lehnte die Schuldnerin wegen Urlaub ihres Anwalts ab und erbat die Mitteilung von drei Terminen mit einer Vorlaufzeit von vier Wochen. Der Notar schlug daraufhin mit einer Vorlaufzeit von ca. drei Wochen zwei weitere Termine vor. Der Anwalt der Gläubigerin beanstandete hierauf, dass dies nur zwei Termine seien und die erbetene Vorlaufzeit nicht eingehalten sei; außerdem erhob er diverse Einwendungen gegen den ihm übersandten Entwurf des Verzeichnisses. In der Folgezeit schlug der Notar insgesamt neun weitere Termine vor, die die Gläubigerin wegen urlaubsbedingter Abwesenheit bzw. unter Berufung auf die Corona-Pandemiesituation ablehnte. Sodann errichtete der Notar ohne Anwesenheit der Gläubigerin das Nachlassverzeichnis, welches die Schuldnerin ihr übersandte.

Daraufhin beantragte die Gläubigerin die Verhängung eines Zwangsgeldes gegen die Schuldnerin. Das LG Frankfurt a. M. verhängte – dem Antrag der Gläubigerin folgend – ein Zwangsgeld; das Nachlassverzeichnis habe keine Erfüllungswirkung, da die Gläubigerin insbesondere bei seiner Erstellung nicht zugegen gewesen sei. Hiergegen richtete sich die zulässige und in der Sache erfolgreiche sofortige Beschwerde der Schuldnerin.

## Entscheidung

Das OLG Frankfurt a. M. wies den Antrag der Gläubigerin auf Festsetzung von Zwangsmitteln zurück. Mit dem übersandten notariellen Nachlassverzeichnis habe die Schuldnerin der titulierten Verpflichtung genügt, obwohl die Gläubigerin bei der Aufnahme nicht zugegen gewesen sei. Indem die Gläubigerin dennoch die nochmalige Erstellung des Verzeichnisses unter ihrer Hinzuziehung verlange, verstoße sie gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Zur Begründung führte das Gericht zunächst aus, dass das auf den Titel gestützte Verlangen der Gläubigerin, zur Aufnahme des Verzeichnisses hinzugezogen zu werden, unter den konkret gegebenen Umständen treuwidrig gewesen sei; die Gläubigerin sei mit keinem der vom Notar vorgeschlagenen Termine einverstanden gewesen und habe damit die Aufnahme des Verzeichnisses in ihrer Anwesenheit verhindert (§ 242 BGB sowie Rechtsgedanke des § 162 Abs. 1 BGB). Es könne dabei letztlich dahinstehen, ob ein auf die Corona-Pandemie ge-

stützter Verlegungswunsch gerechtfertigt gewesen wäre, wenn es sich bei den in die zweite Coronawelle fallenden Terminen um die ersten Terminvorschläge des Notars gehandelt hätte. Denn bei der Bewertung des Verhaltens der Gläubigerin als treuwidrig sei ihr Gesamtverhalten zu berücksichtigen. Zwar sei die Ablehnung des ersten vorgeschlagenen Termins gerechtfertigt gewesen, nicht aber der Verlegungswunsch bezüglich der beiden weiteren sodann vorgeschlagenen Termine. Es gebe keine feststehende Regel, wonach ein Notar einem Gläubiger drei Termine mit einer vierwöchigen Vorlaufzeit vorschlagen müsse. Der Notar habe zwar im Rahmen der Verpflichtung seines Auftraggebers zur Hinzuziehung des Pflichtteilsberechtigten auf dessen Interessen Rücksicht zu nehmen. Insoweit möge man auch verlangen können, dass der **Notar** dem Pflichtteilsberechtigten **mehrere Termine mit einer angemessenen Vorlaufzeit vorschlagen** müsse. Diesen Anforderungen habe indes die Mitteilung zweier Termine mit einer Vorlaufzeit von mehr als drei Wochen entsprochen. Des Weiteren könne sich die Gläubigerin nicht mit ihrer pauschalen Berufung auf die Corona-Pandemie entschuldigen. Es sei insbesondere nicht ersichtlich, warum ihr oder ihrem Prozessbevollmächtigten die (An-)Reise unzumutbar gewesen wäre. Im Übrigen wäre der Schuldnerin eine Verlegung auf unbestimmte Zeit nicht zuzumuten gewesen.

Sodann betonte das Gericht, dass das erstellte Nachlassverzeichnis die Anforderungen der titulierten Verpflichtung erfülle. Soweit die Gläubigerin moniere, der Notar habe entgegen seiner Verpflichtung über die von ihm durchgeführten Ermittlungen hinaus nicht bei diversen Dachverbänden von Banken bezüglich bestehender Kontoverbindungen angefragt, sei dem nicht zu folgen. Der **Notar** sei gerade **nicht verpflichtet**, ohne konkrete Anhaltspunkte **in alle Richtungen zu ermitteln**. Der Notar sei außerdem – entgegen der Auffassung der Gläubigerin – auch nicht zur Anforderung der Einkommensteuererklärungen und -bescheide der letzten zehn Jahre verpflichtet gewesen. Denn ohne weitere Anhaltspunkte sei nicht ersichtlich, inwiefern sich aus diesen etwas für den Nachlassbestand im Todeszeitpunkt ergeben solle, das nicht bereits aus den eingesehenen Kontounterlagen deutlich werde, wie bspw. die im Nachlassverzeichnis aufgeführten Steuererstattungen.

### **Praxishinweis**

Die Ermöglichung der Anwesenheit des Pflichtteilsberechtigten bei der Errichtung des Nachlassverzeichnisses durch den Notar macht eine vorherige Terminkoordination unumgänglich. Hierfür soll nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. der Vorschlag zweier Termine mit einer Vorlaufzeit von mehr als drei Wochen gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten grds. genügen. Absa-

gen seitens des Pflichtteilsberechtigten unter pauschaler Berufung auf die Corona-Pandemie können unter Berücksichtigung der Gesamtumstände unbeachtlich sein (vgl. zur Frage der vorübergehenden Unmöglichkeit der Wahrnehmung eines solchen Termins durch einen Erben bei behaupteter Gefährdung durch Covid-19, OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2020, 1072). Ferner verdeutlicht die vorliegende Entscheidung einmal mehr, dass der Notar gerade nicht verpflichtet ist, ohne konkrete Anhaltspunkte in alle Richtungen zu ermitteln. Art und Umfang seiner Ermittlungspflichten werden vielmehr maßgeblich durch die konkreten Umstände des Einzelfalles bestimmt.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **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. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

**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 Erscheinungstermin 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