

# **Der Testamentsvollstrecker in der Umwandlung**

Dissertation  
zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät  
der Universität Regensburg

vorgelegt von Robert Wenninger

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Peter Gottwald

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Februar 2002

## Vorwort

An dieser Stelle möchte ich mich bei allen bedanken, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Mein ganz besonderer Dank gilt dabei Prof. Dr. Wolfgang Reimann, der mich davon überzeugte, dass eine Dissertation auch neben der normalen beruflichen Belastung möglich ist und mir stets für Fragen zur Verfügung stand. Vor allem seine stets prompte Unterstützung bei Problemen und die zügige Gutachtenerstellung haben wesentlich zum erfolgreichen Abschluss meiner Arbeit beigetragen. Auch Prof. Dr. Peter Gottwald als Zweitkorrektor gilt hier mein Dank.

Nicht vergessen möchte ich meine Eltern, die mir mein Studium und damit auch eine Promotion überhaupt erst ermöglicht haben. Diese Arbeit ist der Beweis, dass Ihre Bemühungen nicht vergebens waren. Auch bei allen anderen, die mir während der Erstellung dieser Arbeit mit Rat, Tat und Zuspruch zur Seite gestanden haben – allen voran mein Schwiegervater – möchte ich mich ganz herzlich bedanken.

Zu guter Letzt danke ich meiner Frau Isabell, der ich diese Arbeit widme: ohne ihre ständige Aufmunterung und Durchhalteparolen, ihrer geduldigen In-Kauf-Nahme eingeschränkter gemeinsamer Freizeit und ihrer Unterstützung, wann immer sie nötig war, hätte ich diese Arbeit wohl nicht beendet.

München, im Februar 2002

Robert Wenninger

	<b>Seite</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	II
<b>Literaturverzeichnis</b>	XII
<b>Einleitung</b>	1
<b>Teil 1: Überblick über die Umwandlungsmöglichkeiten und die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen</b>	
<b>A. Überblick über das Umwandlungsrecht</b>	5
<b>I. Die Novelle des Umwandlungsrechtes 1995</b>	5
1. Gesetzgebungsverfahren	5
2. Gründe und Ziele der Reform	6
2.1. Zusammenfassung und Strukturierung	6
2.2. Erweiterung der normierten Umwandlungsmöglichkeiten	7
2.3. Erweiterung des Anleger- und Gläubigerschutzes	8
2.4. Internationale Gültigkeit	9
<b>II. Umwandlungsmethoden</b>	9
1. Verschmelzung (§§ 2-122 UmwG)	10
2. Spaltung (§§ 123-173 UmwG)	10
2.1. Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG)	10
2.2. Abspaltung (§ 123 Abs. 2. UmwG)	11
2.3. Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG)	11
3. Vermögensübertragung (§§ 174-189 UmwG)	11
4. Formwechsel (§§ 190-304 UmwG)	12

<b>III.</b>	<b>Stationen der Umwandlung</b>	12
1.	Vorbereitungsphase	12
2.	Beschlussphase	13
3.	Vollzugsphase	13
<b>B.</b>	<b>Derzeitiger Stand der Rechtsprechung und Literatur zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung bei Gesellschaftsanteilen</b>	14
<b>I.</b>	<b>Testamentsvollstreckung an Anteilen von Personengesellschaften</b>	14
1.	Vererblichkeit der Anteile	14
1.1.	Persönlich haftende Anteile	14
1.2.	Kommanditanteile	16
2.	Die Gesellschaftsanteile als Nachlassbestandteil	17
3.	Der Haftungskonflikt	19
3.1.	Kommanditbeteiligung	19
3.2.	Persönlich haftende Beteiligung	19
3.3.	Ersatzkonstruktionen	22
3.3.1.	Vollmachtslösung	22
3.3.2.	Treuhandlösung	23
3.3.3.	Weisungsgeberlösung	24
3.4.	Kein Haftungskonflikt bei Abwicklungstestamentsvollstreckung	25
4.	Gesellschaftsrechtliche Schranken	25
4.1	Zustimmung der Mitgesellschafter	25
4.2	Kernbereichslehre	26
5.	Erbrechtliche Schranken	27
<b>II.</b>	<b>Testamentsvollstreckung an Kapitalgesellschaften</b>	28
1.	GmbH-Anteile	28
2.	Aktien	29

<b>Teil 2:</b>	<b>Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Umwandlung</b>	
<b>A.</b>	<b>Problemstellung</b>	30
<b>B.</b>	<b>Die Kernbereichslehre</b>	31
<b>I.</b>	<b>Geschichtliche Entwicklung</b>	31
1.	Entscheidung des BGH vom 14.05.1956	31
2.	Weiterentwicklung durch die Literatur	31
<b>II.</b>	<b>Inhalt und Umfang des Kernbereichs der Mitgliedschaft</b>	32
1.	Einteilung der Mitgliedschaftsrechte	32
1.1.	Zwingende Mitgliedschaftsrechte	33
1.2.	Mehrheitsfeste Mitgliedschaftsrechte	33
1.3.	Stimmrechtsfeste Mitgliedschaftsrechte	34
2.	Der Kernbereich der Mitgliedschaft	34
3.	Relevanz der Kernbereichslehre für den Um- wandlungsbeschluss	37
<b>C.</b>	<b>Die Kernbereichslehre als Schranke für den Testamentsvollstrecker?</b>	37
<b>I.</b>	<b>Befürwortende Meinung zur Anwendung der Kernbe- reichslehre im Rahmen der Testamentsvollstreckung</b>	37
1.	Argumentation	37
2.	Folgen der Beschränkung der Rechtsmacht des Testa- mentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre	41
2.1.	Alleinzuständigkeit des Gesellschaftererben	41
2.2.	Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe	41
2.3.	Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers	42

<b>II.</b>	<b>Ablehnende Meinung zur Anwendung der Kernbereichslehre im Rahmen der Testamentsvollstreckung</b>	43
1.	Argumentation	43
2.	Folgen für die Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers	47
2.1.	Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers	47
2.2.	Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe	47
<b>III.</b>	<b>Eigene Stellungnahme</b>	48
1.	Fehlende Rechtfertigung eines beim Erben verbleibenden Zustimmungs-rechtes aus der Kernbereichslehre	48
1.1.	Generelle Anwendbarkeit der Kernbereichslehre im Recht der Testamentsvollstreckung trotz fehlender Normierung	48
1.2.	Das Zustimmungsrecht unterliegt der Verwaltungsbefug- nis des Testamentsvollstreckers	50
1.2.1.	Kein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot	50
1.2.2.	Übertragbarkeit des Zustimmungsrechtes	51
2.	Keine Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvoll- streckers durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Kernbereichslehre	53
2.1.	Keine analoge Anwendung der Kernbereichslehre im Recht der Testamentsvollstreckung	54
2.2.	Keine Ausdehnung der Rechtsfortbildung auf das Institut der Testamentsvollstreckung	55
2.2.1.	Interesse des Gesellschaftererben am Ausschluss des Tes- tamentsvollstreckers bezüglich kernbereichsrelevanter Bereiche	56
2.2.2.	Fehlende Rechtfertigung der Anwendung der Kernbereichs- lehre auf das Institut der Testamentsvollstreckung	57
2.2.2.1.	Rechtfertigungsgründe für die Einschränkung der Rechts- macht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbe- reichslehre	57
2.2.2.1.1.	Entmündigung Gesellschaftererbe	57

2.2.2.1.2.	Kein gleichwertiger Gesellschafterschutz durch erbrechtliche Vorschriften	58
	(1) Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft sind dem Testamentsvollstrecker auch bei Einhaltung der erbrechtlichen Vorschriften möglich	58
	(2) Kein adäquater Schutz des Gesellschaftererben bei Überschreitung der erbrechtlichen Schranken durch den Testamentsvollstrecker	59
2.2.2.2.	Gründe gegen die Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre	63
2.2.2.2.1.	Freiwilliger Verzicht des Erben auf die Ausübung seines Zustimmungsrechtes	63
	(1) Unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte	64
	(2) Unentziehbare Mitgliedschaftsrechte	65
2.2.2.2.2.	Konflikt zur ordnungsgemäßen Verwaltung für den Testamentsvollstrecker bei Einbeziehung des Gesellschaftererben	66
	(1) Anordnungen des Erblassers § 2216 Abs. 2 BGB	67
	(2) Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	68
	(3) Lückenschließung zum kaufmännischen Testamentsvollstrecker	69
2.2.2.2.3.	Rechtsunsicherheit für Mitgliedschaften	70
2.2.2.2.4.	Beschränkungsmöglichkeit der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre verstößt gegen den Erblasserwillen	71
2.2.2.2.5.	Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft sind dem Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Rechtsmacht erlaubt	73
3.	Zusammenfassung	74

<b>D.</b>	<b>Folgen für die Befugnisse des Testamentvollstreckers im Rahmen der Testamentvollstreckung</b>	78
<b>I.</b>	<b>Verbot der unentgeltlichen Verfügung (§2205 S. 3 BGB)</b>	78
1.	Definition der unentgeltlichen Verfügung	78
1.1.	Verfügungscharakter	78
1.2.	Unentgeltlichkeit	78
2.	Unentgeltliche Verfügungen im Umwandlungsverfahren	79
2.1.	Vorbereitungsphase	79
2.2.	Beschlussphase	79
2.2.1.	Verfügungscharakter	79
2.2.1.1.	Unmittelbarkeit des Umwandlungsbeschlusses	79
2.2.1.2.	Stimmabgabe	80
2.2.1.3.	Zustimmungen	82
2.2.1.4.	Ausübung des Lösungsrechtes	82
2.2.2.	Unentgeltlichkeit	83
2.2.2.1.	Unentgeltlichkeit der Barabfindung / des Veräußerungs- erlöses	83
2.2.2.2.	Unentgeltlichkeit durch Verschlechterung der Gesellschaf- terstellung	85
2.3.	Vollzugsphase	86
3.	Folgen eines Verstoßes gegen das Verbot der unentgelt- lichen Verfügung	86
4.	Zusammenfassung	88
<b>II.</b>	<b>Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 BGB)</b>	89
1.	Definition der ordnungsgemäßen Verwaltung	89
2.	Ordnungsgemäße Verwaltung im Umwandlungsverfahren	90
2.1.	Vorbereitungsphase	90
2.2.	Beschlussphase	92
2.3.	Vollzugsphase	92
2.3.1.	Anmeldung der Umwandlung	92

2.3.2.	Nachprüfungs- und Klagerechte	93
2.3.2.1.	Nachprüfungsrechte	93
2.3.2.2.	Klagerechte	93
3.	Folgen eines Verstoßes gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung	94
4.	Zusammenfassung	95
<b>III.</b>	<b>Verbot der persönlichen Verpflichtung des Gesellschaftererben (§ 2206 BGB)</b>	95
1.	Definition der persönlichen Verpflichtung	95
2.	Persönliche Verpflichtungen im Rahmen der Umwandlung	96
2.1.	Persönliche Verpflichtungen tatsächlicher Art	96
2.2.	Persönliche Verpflichtungen finanzieller Art	96
2.2.1.	Umwandlung auf / in eine Personengesellschaft	96
2.2.1.1.	Einräumung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters	96
2.2.1.2.	Einräumung einer Kommanditistenstellung	97
2.2.2.	Umwandlung auf / in eine Kapitalgesellschaft	98
2.2.2.1.	Umwandlung auf / in eine Kapitalgesellschaft	98
2.2.2.1.1.	Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG	98
2.2.2.1.2.	Differenzhaftung aus §§ 56 i.V.m. 9 GmbHG	99
2.2.2.2.	Umwandlung unter Neugründung einer Kapitalgesellschaft	100
3.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Gebot der persönlichen Verpflichtung	101
4.	Zusammenfassung	101
<b>E.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	102

<b>Teil 3:</b>	<b>Änderung des Umfangs der Testamentsvollstreckung durch die Umwandlung der einer Testamentsvollstreckung unterliegenden Gesellschaft?</b>	
<b>A.</b>	<b>Verbleib des Gesellschaftsanteils im Nachlass</b>	106
<b>I.</b>	<b>Das Surrogationsprinzip</b>	106
<b>II.</b>	<b>Auswirkungen auf die einzelnen Umwandlungsformen</b>	108
1.	Formwechselnde Umwandlung (§ 190 ff UmwG)	108
2.	Verschmelzung (§ 20 ff UmwG)	109
3.	Spaltung (§ 123 ff. UmwG)	109
4.	Vermögensübertragung (§ 174 ff UmwG)	109
<b>B.</b>	<b>Auswirkungen der Umwandlung auf den Umfang der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers</b>	110
<b>I.</b>	<b>Meinungsstand der Rechtsprechung und Literatur</b>	111
1.	Umwandlung eines beschränkt haftenden Gesellschaftsanteils in eine Gesellschaftsbeteiligung mit unbeschränkter Haftung	111
2.	Umwandlung eines unbeschränkt haftenden Gesellschaftsanteils in eine Gesellschaftsbeteiligung mit beschränkter Haftung	113
<b>II.</b>	<b>Eigene Stellungnahme</b>	114
1.	Rechtfertigung des Versteinerungsgrundsatzes?	114
1.1.	„Versteinerung“ als Erblasserwille?	114
1.1.1.	Rechtfertigungsgründe	114
1.1.2.	Gegenargumentation	116
1.2.	„Versteinerungsgrundsatz“ contra legem?	118

2.	Eigener Lösungsvorschlag	119
2.1.	Folge für die Umwandlung eines Gesellschaftsanteils mit beschränkter Haftung in eine Beteiligung mit unbeschränkter Haftung	120
2.2.	Folge für die Umwandlung eines Gesellschaftsanteils mit unbeschränkter Haftung in eine Beteiligung mit beschränkter Haftung	121
<b>C.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	123
<b>Teil 4:</b>	<b>Fortbestand der Testamentsvollstreckung nach Umwandlung der mit einer Testamentsvollstreckung betrauten Gesellschaft</b>	
<b>A.</b>	<b>Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch eine Gesellschaft</b>	126
<b>B.</b>	<b>Beendigung der Testamentsvollstreckung</b>	128
<b>I.</b>	<b>Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes bei natürlichen Personen</b>	128
1.	Gesetzliche Beendigungsgründe	128
2.	Gesetzlich nicht normierte Beendigungsgründe	129
<b>II.</b>	<b>Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes bei juristischen Personen oder Handelsgesellschaften</b>	130
1.	Formwechselnde Umwandlung	132
2.	Verschmelzung	133
2.1.	Erbrechtliche Literatur	133
2.2.	Umwandlungsrechtliche Literatur	134
3.	Spaltung	135
3.1.	Erbrechtliche Literatur	135
3.2.	Umwandlungsrechtliche Literatur	136

<b>C.</b>	<b>Ansicht des Verfassers</b>	137
<b>I.</b>	<b>Verlust der Rechtsfähigkeit von juristischen Personen und Handelsgesellschaften als Beendigungsgrund gemäß § 2225 BGB analog</b>	137
1.	Analoge Anwendung des § 2225 BGB für juristische Personen und Handelsgesellschaften	137
2.	Folgen für die Testamentsvollstreckung	139
3.	Keine abweichende Beurteilung bei Verlust der Rechtsfähigkeit der Testamentsvollstreckergesellschaft durch Umwandlung	140
3.1.	Generelle Fortsetzung der Testamentsvollstreckung führt zu Wertungswiderspruch	141
3.2.	Kontinuitätsinteresse kein Rechtfertigungsgrund	141
3.3.	Keine konkludente Ermächtigung gemäß § 2199 Abs. 2 BGB	142
<b>II.</b>	<b>Bedeutung für die einzelnen Umwandlungsformen</b>	144
1.	Formwechselnde Umwandlung	145
2.	Verschmelzung	145
3.	Spaltung	145
<b>D.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	146
	<b>Schlussbetrachtung</b>	149
	<b>Lebenslauf</b>	

## Literaturverzeichnis

- Baumbach/Hopt      Handelsgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage,  
München, 2000; (*zit.: Baumbach/Duden, HGB*)
- Baumbach/Hueck     GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Auflage,  
München, 2000; (*zit.: Baumbach/Hueck/Autor,  
GmbHG*)
- Bengel/Reimann     Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2.  
Auflage, München; (*zit.: Bengel/Reimann/Autor,  
Handbuch*)
- Brandner, Erich     Die Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil  
ist zulässig, Festschrift für Alfred Kellermann,  
1991, S. 37 ff.; (*zit.: Brandner, FS Kellermann*)
- Brandner, Erich     Das einzelkaufmännische Unternehmen unter  
Testamentsvollstreckung, Festschrift für Walter  
Stimpel, 1985, S. 991 ff.  
(*zit.: Brandner, FS Stimpel*)
- Dehmer, Hans        Umwandlungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage,  
München, 1996; (*zit.: Dehmer; UmwG*)
- Dörrie, Robin        Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei Verschmel-  
zung, Spaltung und Formwechsel, GmbHR 1996,  
245 ff.
- Dörrie, Robin        Die Testamentsvollstreckung im Recht der Perso-  
nenhandelsgesellschaften und der GmbH, Berlin,  
1994; (*zit.: Dörrie, Testamentsvollstreckung*)

- Dörrie, Robin Reichweite der Kompetenzen des Testamentvollstreckers an Gesellschaftsbeteiligungen, ZEV 1996, 370 ff.
- Esch, Günter Handbuch der Vermögensnachfolge, 5. Auflage, Berlin, 1997; (*zit.: Esch, Handbuch*)
- Eschelbach, Thomas Die Testamentvollstreckung am Kommanditanteil, Bonn, 1990  
(*zit.: Eschelbach, Testamentvollstreckung*)
- Haegele/Winkler Der Testamentvollstrecker, 15. Auflage, Regensburg 1999; (*zit.: Haegele/Winkler, Testamentvollstrecker*)
- Hehemann,  
Heinrich Testamentvollstreckung bei Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften, BB 1995, 1301 ff.
- Kallmeyer, Harald Das neue Umwandlungsgesetz, ZIP 1994, 1746 ff.
- Kallmeyer, Harald Umwandlungsgesetz, Kommentar, Köln, 1997  
(*zit.: Kallmeyer/Autor, UmwG*)
- Lange/Kuchinke Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage, München 1995; (*zit.: Lange/Kuchinke, Lehrbuch*)
- Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, 1995; (*zit.: Larenz/Canaris, Methodenlehre*)

- Lockowandt, Peter Stimmrechtsbeschränkung im Recht der Personengesellschaften, Kernbereichslehre und Stimmrechtsausschluss, Berlin, 1996;  
(*zit.: Lockowandt, Stimmrechtsbeschränkungen*)
- Lorz, Rainer Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, München, 1995; (*zit.: Lorz, Testamentsvollstreckung*)
- Lorz, Rainer Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 10.01.1996, ZEV 1996, 110 ff.
- Lorz, Rainer Der Testamentsvollstrecker und der Kernbereich der Mitgliedschaft, Festschrift für Karlheinz Boujong, München, 1996, S. 319 ff.;  
(*zit.: Lorz, FS Boujong*)
- Lutter/Hommelhoff GmbHG, Kommentar, 14. Auflage, Köln, 1995  
(*zit.: Lutter/Hommelhoff, GmbHG*)
- Lutter, Marcus Zur Beschränkung des Vorerben im Gesellschaftsrecht, ZGR 1982, 108 ff.
- Mayer, Dieter Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, ZIP 1990, 976 ff.
- Mayer/Bonefeld/  
Daragan Praxishandbuch der Testamentsvollstreckung, Angelbachtal, 2000; (*zit.: Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch*)

- Muscheler,  
Karl-Heinz Die Haftungsanordnung der Testamentsvollstreckung, Tübingen, 1994; (*zit.: Muscheler, Haftungsanordnung*)
- Münchener  
Kommentar Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar, München, 1996; (*zit.: MünchKomm/Autor, GmbHG*)
- Münchener  
Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, München 1997; (*zit.: MünchKomm/Autor, BGB*)
- Palandt Kommentar zum BGB, 60. Auflage, München, 2001; (*zit.: Palandt/Autor, BGB*)
- Plank, Susanne Testamentsvollstreckung und Handelsregister, Dissertation, Aachen, 1998
- Priester,  
Hans-Joachim Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil, Festschrift für Walter Stimpel, Berlin, 1985, S. 991 ff.; (*zit.: Priester, FS Stimpel*)
- Quack, Norbert Die Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, BB 1989, 2271 ff.
- Reimann,  
Wolfgang Ende der Testamentsvollstreckung durch Umwandlung?, ZEV 2000, 381 ff.

- Reimann, Wolfgang Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftspraxis, 3. Auflage, Köln, 1998 (*zit.: Reimann, Wirtschaftspraxis*)
- Rowedder, Heinz GmbH-Kommentar, 3. Auflage, München, 1997 (*zit.: Rowedder, GmbHG*)
- Röttger, Robert Die Kernbereichslehre im Recht der Personenhandelsgesellschaft, Heidelberg, 1989 (*zit.: Röttger, Kernbereichslehre*)
- Schmalz, Dieter Methodenlehre, 4. Auflage, Baden-Baden, 1998 (*zit.: Schmalz, Methodenlehre*)
- Schmidt, Karsten Handelsrecht, 5. Auflage, Köln, 1999 (*zit.: Schmidt, Handelsrecht*)
- Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8. Auflage, Köln, 1993; (*zit.: Scholz/Autor, GmbHG*)
- Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 7. Auflage, Köln, 1988; (*zit.: Scholz/Autor, 7. Aufl., GmbHG*)
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Auflage, 1992; (*zit.: Soergel/Autor, BGB*)
- Staudinger Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Bearbeitung, Berlin, 1996; (*zit.: Staudinger/Autor, BGB*)
- Ulmer, Peter Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, NJW 1990, 73 ff.

- Weidlich, Dietmar Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaft, Dissertation, Köln, 1993,  
(*zit.: Weidlich, Testamentsvollstreckung*)
- Weidlich, Dietmar Beteiligung des Testamentsvollstreckers und des Erben bei der formwechselnden Umwandlung von Personenhandelsgesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, MittBayNot 1996, 1 ff.
- Weidlich, Dietmar Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 10.01.1996, MittBayNot 1996, 118, 121
- Wenninger, Robert Anmerkung zu LG Mannheim vom 10.11.1998, ZEV 1999, 445 ff.
- Widmann/Mayer Umwandlungsgesetz, Kommentar, München  
(*zit.: Autor/Widmann/Mayer, UmwG*)
- Zimmermann,  
Walter Die Testamentsvollstreckung, Berlin, 2001  
(*zit.: Zimmermann, Testamentsvollstreckung*)

## Einleitung

Die vorliegende Arbeit soll die Auswirkungen von Umwandlungsvorgängen auf Gesellschaftsbeteiligungen, die einer Testamentsvollstreckung unterliegen, beleuchten. Die Verwaltung von Gesellschaftsbeteiligungen durch einen Testamentsvollstrecker besitzt in der Praxis erhebliche Bedeutung. Das Motiv des Erblassers, eine Testamentsvollstreckung wegen Minderjährigkeit des Erben oder aufgrund dessen mangelnder Eignung zur Verwaltung eines Nachlassgegenstandes anzuordnen, spielt gerade bei Gesellschaftsbeteiligungen häufig eine entscheidende Rolle. Auch das Instrument der Umwandlung wird in der Praxis vielfach eingesetzt. Es dient den Gesellschaftern, die Struktur ihres Unternehmens an veränderte Rahmenbedingungen anzupassen und auf wirtschaftliche, steuerliche oder anderweitige Änderungen zu reagieren. Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen zählt noch immer zu den am meisten diskutierten Themenbereichen innerhalb des Rechts der Testamentsvollstreckung. Die Überarbeitung des Umwandlungsrechtes, verbunden mit seiner einheitlichen Kodifikation im Umwandlungsgesetz 1995, liefert zusätzlichen Diskussionsstoff. Wie wirken sich die Rechtsfolgen aus der Umwandlung einer der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gesellschaftsbeteiligung auf die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers aus? Die Problematik betrifft nicht nur die Befugnisse des Testamentsvollstreckers bezüglich der Beteiligung am Umwandlungsvorgang selbst. Auch wie sich die Umwandlung auf die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers an der umgewandelten Gesellschaftsbeteiligung auswirkt, ist umstritten. Schließlich muss hinterfragt werden, welche Folgen die Umwandlung einer mit einer Testamentsvollstreckung beauftragten Gesellschaft hat.

Um die verschiedensten mit einer Umwandlung verknüpften Problemkreise beleuchten zu können, wurde die nachfolgende Arbeit in vier Schwerpunkte untergliedert:

Teil 1 der Arbeit stellt lediglich eine deskriptive Darstellung der allgemeinen Probleme der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen dar und bietet einen Überblick über das Umwandlungsrecht. Er schildert die Historie der Schaffung des Umwandlungsgesetzes 1995 und erläutert sowohl die einzelnen Umwandlungsmethoden als auch den formalen Ablauf einer Umwandlung. Erst indem die Palette der verschiedenen Umwandlungsmöglichkeiten durch das neue Umwandlungsgesetz erweitert wurde, entstand zusätzliches Konfliktpotential zum Recht der Testamentsvollstreckung. Anschließend wird auf die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an verschiedenen Formen von Gesellschaftsbeteiligungen eingegangen. Dabei wurde auf eine ausführliche Abhandlung der Problematik der Zulässigkeit einer Verwaltungstestamentsvollstreckung an voll haftenden Gesellschaftsbeteiligungen verzichtet. Die Rechtsprechung und die herrschende Literatur verneinen hier immer noch eine Verwaltung der Mitgliedschaft an der „Innenseite“ (= mitgliedschaftliche Befugnisse) und Beschränken die Befugnisse des Testamentsvollstreckers auf die Verwaltung der „Außenseite“ (= aus der Beteiligung resultierende Vermögensrechte)<sup>1</sup>. Die voll umfängliche Verwaltung einer Gesellschaftsbeteiligung erfordert danach noch immer die Lösung über eine Ersatzkonstruktion. Auf die im Vordringen befindliche Meinung, die eine haftungsrechtliche Divergenz zwischen der unbeschränkten Gesellschafterhaftung gemäß §§ 27, 28 HGB und der auf den Nachlass beschränkten Erbenhaftung gemäß § 2206 BGB als Hinderungsgrund für eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung auch an persönlich haftenden Gesellschaftsbeteiligungen verneint, wird hingewiesen<sup>2</sup>. Als Grundlage für diese Arbeit dient die noch immer herrschende Meinung.

Teil 2 der Arbeit befasst sich mit den Befugnissen des Testamentsvollstreckers im Rahmen des Umwandlungsvorganges. Die Problematik wird anhand der Umwandlungsvorgänge kraft Rechtsgeschäft betrachtet. Dies sind die im Umwandlungsgesetz geregelten Fälle der Verschmelzung,

---

<sup>1</sup> BGHZ 98, 48 ff.; BGHZ 108, 187 ff.

<sup>2</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, 504 ff.; Brandner, FS Kellermann, 37 ff.

Spaltung, Vermögensübertragung und des Formwechsels. Auf Umwandlungen kraft Gesetz<sup>3</sup> wird nicht näher eingegangen. Ein derartiger Rechtsformwechsel tritt z.B. dann ein, wenn eine BGB-Gesellschaft den Betrieb eines Handelsgewerbes aufnimmt und im Handelsregister eingetragen wird. Dies zieht automatisch ihre Umwandlung in eine OHG nach sich. Umwandlungen kraft Gesetz finden auch statt, sobald der vorletzte Gesellschafter aus einer Personengesellschaft ausscheidet. Dem verbleibenden Gesellschafter wächst das Gesellschaftsvermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an („Anwachungsmodell“). Je nach Rechtsform des verbleibenden Gesellschafters wird das Unternehmen als Einzelunternehmen oder Kapitalgesellschaft fortgeführt. In der Praxis wird dieses Modell häufig verwendet, um eine GmbH & Co. KG in eine GmbH umzuwandeln.

In der Literatur ist die Kompetenz des Testamentsvollstreckers zur Fassung des Umwandlungsbeschlusses stark umstritten. Die angebotenen Lösungsmöglichkeiten reichen von der Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers über die zwingende Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe bis hin zur Alleinzuständigkeit des Erben. Besonders problematisch ist die Frage, ob zur Entscheidung der Zuständigkeitsfrage die Kernbereichslehre herangezogen werden darf. Kann ein aus dem Gesellschaftsrecht zum Schutz der Minderheitsgesellschafter entwickeltes Instrument die durch erbrechtliche Normen und den Erblasserwillen vorgegebene Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers beschränken? Soweit ersichtlich, hat sich die Rechtsprechung zu dieser Frage erst einmal konkret geäußert. Um die nötige Rechtssicherheit für Umwandlungen unter der Beteiligung eines Testamentsvollstreckers zu erzielen, wird daher die Zulässigkeit der Kernbereichslehre als weiteres Kriterium zur Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers neben den erbrechtlichen Beschränkungen erörtert. Anschließend wird untersucht, in welchen Fällen der Testamentsvollstrecker im Rahmen einer Umwandlung gegen das Gebot der ord-

---

<sup>3</sup> vgl. dazu eingehend: Baumbach/Hopt, HGB, Einl. § 105/Rn. 19 ff.

nungsgemäßen Verwaltung verstößt, unentgeltlich über den Nachlass verfügt oder den Gesellschaftererben persönlich verpflichtet.

Teil 3 betrachtet schließlich die Auswirkungen einer erfolgten Umwandlung auf die Befugnisse des Testamentsvollstreckers an der umgewandelten Gesellschaftsbeteiligung. Die Rechtsprechung hat sich zu dieser Problematik noch nicht geäußert. Die erbrechtlichen Vertreter in der Literatur gehen hier überwiegend vom „Versteinerungsgrundsatz“ aus. Danach bleiben die Befugnisse des Testamentsvollstreckers in demselben Umfang erhalten, wie er sie auch vor der Umwandlung hatte. Diese „Versteinerung“ soll unabhängig davon gelten, ob die Rechtsform dem Testamentsvollstrecker dem Grunde nach ein Mehr oder Weniger an Befugnissen einräumen würde. Ob diese Ansicht gerechtfertigt ist, bedarf einer genaueren Erörterung. Es ist für den Testamentsvollstrecker von erheblicher praktischer Bedeutung, die Rechtsfolgen einer Umwandlung auf seine Verwaltungsbefugnis abschätzen zu können. Auch für den allgemeinen Rechtsverkehr muss eindeutig geklärt sein, inwieweit der Testamentsvollstrecker nach einer Umwandlung noch zur Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung befugt ist.

Abschließend beschäftigt sich Teil 4 der Arbeit mit den Auswirkungen einer Umwandlungen auf eine Gesellschaft, die selbst mit einer Testamentsvollstreckung beauftragt wurde. Auch zu dieser Problematik besteht keine einschlägige Rechtsprechung. In der Literatur werden zwei verschiedene Ansichten vertreten. Die Ergebnisse hängen im wesentlichen von der gewählten Umwandlungsmethode ab. Nach Ansicht der erbrechtlichen Vertreter ist das Erlöschen des Testamentsvollstreckeramtes an das Schicksal des mit der Testamentsvollstreckung beauftragten Rechtsträgers gekoppelt. Die umwandlungsrechtliche Literatur vertritt dagegen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und befürwortet überwiegend den Übergang des Testamentsvollstreckeramtes auf die nach der Umwandlung verbleibende Gesellschaft. Auch die Klärung dieser Frage ist von erheblicher Bedeutung für die Rechtsicherheit.

# **Teil 1: Überblick über die Umwandlungsmöglichkeiten und die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen**

## **A. Überblick über das Umwandlungsrecht**

Einleitend werden im folgenden die Novelle des Umwandlungsrechtes, die verschiedenen Umwandlungsmöglichkeiten sowie die einzelnen Stationen des Umwandlungsverfahrens behandelt.

### **I. Die Novelle des Umwandlungsrechtes 1995**

#### **1. Gesetzgebungsverfahren**

Die Neustrukturierung und Zusammenfassung des Umwandlungsrechtes in einem einzigen Gesetz geht auf den Auftrag des Bundestages aus dem Jahre 1980 zurück, der anlässlich der damaligen Verabschiedung der GmbH-Novelle die Notwendigkeit einer Überarbeitung erkannt hatte<sup>4</sup>. Verzögert durch die Herausforderung der Deutschen Einheit, die eine Bündelung der Kräfte für diese Aufgabe verlangte<sup>5</sup>, vor allem aber auch wegen Streitigkeiten bezüglich bestimmter Regelungsfolgen<sup>6</sup> aus der Umwandlung, wurde schließlich am 06.11.1994 das Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechtes (UmwBerG)<sup>7</sup> verabschiedet. Es zog zahlreiche Änderungen in diversen Gesetzen (z.B. BGB, HGB, GmbHG, AktG, GWB, BetrVerfG) nach sich. Vollständig aufgehoben wurden das Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (KapErhG) sowie das bis dahin existierende Umwandlungsgesetz (UmwG 1969). An

---

<sup>4</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 12

<sup>5</sup> Schwarz, DStR 1994, 1694, 1694

<sup>6</sup> Streitig war vor allem die angemessene Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen, insbesondere die Frage, wie sich Umwandlungen auf die Mitbestimmung auswirken. Erst in der Sitzung des Vermittlungsausschusses vom 31.08.1994 konnte mit der Einführung des § 325 UmwG eine Einigung erzielt werden.

<sup>7</sup> vgl. BGBl. 1994, 3209 ff.

dessen Stelle wurde mit Art. 1 UmwBerG das neue Umwandlungsgesetz (UmwG 1995; nachfolgend: UmwG) verkündet. Es trat gemäß Art. 20 UmwBerG zum 01.01.1995 in Kraft. Für Umwandlungen, die bereits vor diesem Stichtag eingeleitet waren, blieb es bei der Anwendung des alten Rechts (§ 318 UmwG).

## 2. Gründe und Ziele der Reform

Die Gesetzesbegründung zum Umwandlungsgesetz<sup>8</sup> nennt drei Ziele, die durch die Novelle des Umwandlungsrechtes 1995 erreicht werden sollten: die Zusammenfassung und Systematisierung des bestehenden Umwandlungsrechtes, die Erweiterung der Umstrukturierungsmöglichkeiten sowie ein erweiterter Anleger- und Gläubigerschutz. Daneben spielten auch europarechtliche Vorgaben und die Deutsche Wiedervereinigung – vor allem die in diesem Zusammenhang gegebene Notwendigkeit eines normierten Umwandlungsrechtes für die erforderlichen Umstrukturierungsmaßnahmen<sup>9</sup> – eine Rolle.

### 2.1 Zusammenfassung und Strukturierung

Vor der Novelle des Umwandlungsrechtes fanden sich die rechtlichen Grundlagen für eine Umwandlung eines Unternehmens in fünf verschiedenen Gesetzen (AktG, KapErhG, GenG, UmwG (1969), VVaG) wieder. Dies führte zwangsläufig zu einer mangelnden Übersichtlichkeit und fehlenden Strukturierung des Umwandlungsrechtes. Mit Einführung des neuen Umwandlungsgesetzes wurde nicht nur das gesamte Umwandlungsrecht in einem einheitlichen Kodifikat zusammengefasst. Von besonderer Bedeutung war auch die rechtsdogmatische Klärung der verschiedenen Umstrukturierungsmöglichkeiten<sup>10</sup>. Der gemeinsame Oberbegriff „Umwandlung“ wurde eingeführt, unter den die verschiedenen Umstrukturierungsmöglichkeiten subsumiert werden (§ 1 UmwG). Abgeschied wurde auch von der Bezeichnung „Unternehmen“ für die einzelnen Umwandlungssubjekte genommen. Die neue Bezeichnung „Rechtsträger“ vermeidet zum einen Schwierigkeiten bei der Begriffsdefinition.

---

<sup>8</sup> BT-Drs. 12/6699, 71

<sup>9</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 12

<sup>10</sup> Schwarz, DStR 1996, 1694, 1695

Nicht alle Umwandlungssubjekte sind Unternehmen im betriebswirtschaftlichen oder rechtlichen Sinn<sup>11</sup>. Zum anderen umschreibt der Begriff „Rechtsträger“ treffend die Voraussetzungen, die ein Umwandlungssubjekt mindestens zu erfüllen hat: die Eigenschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Wesentlich zur Strukturierung des Umwandlungsrechtes hat auch die Gesetzssystematik beigetragen. Die gewählte „Baukastentechnik“<sup>12</sup> enthält für jede Umwandlungsart einen allgemeinen Teil. Daneben besteht jeweils ein besonderer Teil, der speziell auf bestimmte Unterfälle der Umwandlungsart, abhängig von den beteiligten Rechtsträgern, eingeht. So lässt sich leicht ein Umwandlungsschema in Form einer Checkliste aus den kumulativ anzuwendenden Regelungsteilen zusammenstellen.

## 2.2 Erweiterung der normierten Umwandlungsmöglichkeiten

Der Typenzwang des deutschen Gesellschaftsrechtes verlangt für den Wechsel der Rechtsform einer Gesellschaft zwingend eine gesetzliche Grundlage. Besteht diese nicht, kann der Gesellschafter sein Unternehmen an geänderte wirtschaftliche Bedingungen – unabdingbare Voraussetzung in Zeiten des fortschreitenden nationalen und internationalen wirtschaftlichen Wandels – nur durch eine Liquidation und Neugründung anpassen<sup>13</sup>. Dieser Mangel an unternehmerischer Flexibilität wurde durch die Erweiterung des Kataloges der Umwandlungsmöglichkeiten beseitigt. Das Umwandlungsgesetz bietet nunmehr eine gesetzliche Grundlage für 332 Umwandlungsvarianten gegenüber den zuvor lediglich 61 normierten Möglichkeiten<sup>14</sup>. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Zulassung von Personenhandelsgesellschaften als Rechtsträger von Verschmelzungsvorgängen (sowohl untereinander als auch auf Kapitalgesellschaften) sowie die weitgehende Gleichstellung im Rahmen von Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel von eingetragenen Genossenschaften mit Kapitalgesellschaften<sup>15</sup>. Nach altem Recht war es den eingetragenen Genossenschaften lediglich erlaubt, untereinander zu

---

<sup>11</sup> vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 12/6699, 71

<sup>12</sup> Schwarz, DStR 1994, 1694, 1700

<sup>13</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 14

<sup>14</sup> Schwarz, DStR 1994, 1694, 1696 (Fn. 33)

<sup>15</sup> Schwarz, DStR 1994, 1694, 1696

verschmelzen oder einen Formwechsel in eine Aktiengesellschaft durchzuführen. Herausragende Neuerung war jedoch die Einführung des Rechtsinstitutes der Spaltung, mehrfach als „Filetstück“<sup>16</sup> der Novelle des Umwandlungsrechtes bezeichnet.

### 2.3 Erweiterung des Anleger- und Gläubigerschutzes

Dem Erfordernis eines verbesserten Schutzes der Anleger und Gläubiger des umgewandelten Rechtsträgers wurde durch die Novelle des Umwandlungsrechtes ebenfalls Rechnung getragen. Erreicht wurde dies durch eine Mehrung der Informations- und Prüfungspflichten. So besteht für alle Umwandlungsarten die obligatorische Pflicht der Geschäftsleitung des übertragenden Rechtsträgers, einen detaillierten Umwandlungsbericht abzufassen (§§ 8, 127, 176, 194 UmwG). Des Weiteren besteht die Pflicht, die Umwandlung von einem sachverständigen Dritten prüfen zu lassen (§§ 9-12, 176 UmwG). Um eine Benachteiligung der Anteilseigner auszuschließen, erstreckt sich die Prüfung sowohl auf die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses (§ 12 Abs. 2 UmwG), als auch einer eventuellen Barabfindung an die ausgeschiedenen Minderheitsgesellschafter (§ 30 Abs. 2 UmwG). Die Barabfindung (§§ 29, 125, 176, 207 UmwG) wurde zum Schutz der Minderheitsgesellschafter eingeführt, um sie nicht gegen ihren Willen zu zwingen, die Folgen einer Umwandlung zu tragen. Aufgrund des umfassenden Schutzes der Anteilseigner hat der Gesetzgeber die Anfechtungsmöglichkeiten der Minderheitsgesellschafter erheblich eingeschränkt (§§ 14, 16 Abs. 3, 125, 176, 195 UmwG). Diese Maßnahme soll die Stabilität der durchgeführten Umwandlung gewährleisten<sup>17</sup>.

Zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft für Forderungen, die vor dem Zeitpunkt der Umwandlung entstanden, wurde die Sicherheitsleistung eingeführt (§§ 22, 123, 204 UmwG). Meldet der Gläubiger seine Ansprüche innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung der Umwandlung schriftlich an, ist ihm Sicherheit zu leisten, soweit er die Gefährdung

---

<sup>16</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 16; Schwarz, DStR 1994, 1694, 1696

<sup>17</sup> Schwarz, DStR 1994, 1694, 1696

seiner Ansprüche durch die Umwandlung glaubhaft machen kann. Entfällt durch die Umwandlung der persönlich haftende Gesellschafter, ordnen die §§ 45, 133, 224 UmwG eine fünfjährige Nachhaftung an.

#### 2.4 Internationale Gültigkeit

Das Ziel, mit dem neuen Umwandlungsrecht eine Rechtsgrundlage für Umwandlungen auf internationaler Ebene zu schaffen, ist nicht geglückt. § 1 UmwG beschränkt seine Anwendbarkeit nur auf nationale Rechtsträger. Bei der Kodifikation des Umwandlungsrechtes wurden weitgehend die 2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie zum Kapitalschutz von Aktiengesellschaften, die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie zur Verschmelzung von Aktiengesellschaften, die 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinie zur Spaltung von Aktiengesellschaften sowie die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14.07.1977 zur Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen berücksichtigt<sup>18</sup>. Die Richtlinien, die sich auf Einzelfälle beziehen, wurden vom deutschen Gesetzgeber verallgemeinert und in den jeweiligen allgemeinen Teil des Umwandlungsgesetzes eingearbeitet.

## **II. Umwandlungsmethoden**

Das Umwandlungsgesetz bietet in seiner jetzigen Fassung die Verschmelzung, die Spaltung, die Vermögensübertragung sowie den Formwechsel als Möglichkeit an, ein Unternehmen umzustrukturieren. Als entscheidender Unterschied zu Vermögensübertragungen nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln, die neben dem Umwandlungsgesetz weiterhin anwendbar bleiben, erfordert das Umwandlungsgesetz keine Einzelübertragung der Vermögensgegenstände. Als wesentliche Erleichterung ermöglicht es den Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Zudem werden alle Rechtsfolgen einer Umwandlung mit der Eintragung im Handelsregister gleichzeitig wirksam<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 8

<sup>19</sup> Schwarz, DStR 1994, 1694, 1698

### 1. Verschmelzung (§§ 2-122 UmwG)

Die Verschmelzung war auch schon dem alten Umwandlungsrecht bekannt<sup>20</sup>. Durch die Verschmelzung wird das Vermögen eines oder mehrerer<sup>21</sup> Rechtsträger auf den aufnehmenden Rechtsträger (= Verschmelzung durch Aufnahme, § 2 Nr. 1 UmwG) oder den neu zu gründenden Rechtsträger (= Verschmelzung durch Neugründung, § 2 Nr. 2 UmwG) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Der übertragende Rechtsträger erlischt mit Eintragung der Verschmelzung ohne weitere Abwicklung (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Im Gegenzug werden die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers Anteilhaber des aufnehmenden bzw. neuen Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).

### 2. Spaltung (§§ 123-173 UmwG)

Die Spaltung wurde durch die Novelle des Umwandlungsrechtes 1995 neu in das Umwandlungsgesetz aufgenommen. Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich auf alle Rechtsträger, die auch an einer Verschmelzung teilnehmen könnten (§ 124 UmwG). Das Gesetz unterscheidet zwischen drei verschiedenen Spaltungsmöglichkeiten:

#### 2.1 Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG)

Die Aufspaltung stellt das Gegenstück zur Verschmelzung dar. Ohne Abwicklung wird ein Rechtsträger aufgelöst. Sein Vermögen wird im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf (mindestens) zwei bestehende Rechtsträger (= Aufspaltung durch Aufnahme, § 123 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) oder neu zu gründende Rechtsträger (= Aufspaltung durch Neugründung, § 123 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) gegen Anteilsübernahme an dem aufnehmenden oder neuen Rechtsträger übertragen. Es ist auch zulässig, beide Übertragungsarten zu mischen (§ 2 Abs. 4 UmwG).

---

<sup>20</sup> vgl. z.B. § 339 AktG a.F.

<sup>21</sup> § 3 Abs. 4 UmwG

## 2.2 Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG)

Die Abspaltung unterscheidet sich von der Aufspaltung dadurch, dass der übertragende Rechtsträger nicht aufgelöst wird. Er überträgt durch partielle Gesamtrechtsnachfolge lediglich Teile seines Vermögens. Auch die Abspaltung kann unter Aufnahme durch einen bestehenden Rechtsträger oder unter dessen Neugründung erfolgen.

## 2.3 Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG)

Die Ausgliederung stellt eine Abwandlung der Abspaltung dar. Der Unterschied zur Abspaltung liegt darin, dass die Anteile am übernehmenden oder neu zu gründenden Rechtsträger nicht dem Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers zustehen, sondern dem übertragenden Rechtsträger selbst. Auf diese Weise entsteht faktisch ein Mutter-Tochter-Konzernverhältnis.

Der Wegfall des Erfordernisses der Einzelübertragung von Vermögensgegenständen durch die Einführung der Gesamtrechtsnachfolge wirkt sich bei Spaltungsvorgängen technisch gesehen nur bedingt aus. Die Spaltung erfordert eine konkrete und umfassende Bezeichnung aller zu übertragenden Vermögensgegenstände im Spaltungsvertrag (§ 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG). Dieser Mangel kann auch durch die Eintragung der Spaltung nicht geheilt werden (§ 131 Abs. 2 UmwG)<sup>22</sup>.

## 3. Vermögensübertragung (§§ 174-189 UmwG)

Die Vermögensübertragung in Form der Vollübertragung (§ 174 Abs. 1 UmwG) ist vergleichbar mit der Verschmelzung<sup>23</sup>. Die in § 174 Abs. 2 UmwG vorgesehene Teilübertragung entspricht ihrem Wesen nach der Spaltung<sup>24</sup>. Die Vermögensübertragung stellt ein Sonderinstitut für bestimmte Rechtsträger der Versicherungswirtschaft und des öffentlichen Rechts dar (§ 175 UmwG). Ihnen ist ein Anteilstausch gesetzlich verboten, so dass die Gegenleistung für die Vermögensübertragung in anderer

---

<sup>22</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 68

<sup>23</sup> vgl. §§ 176, 178, 180, 188 UmwG

<sup>24</sup> vgl. §§ 179, 177, 184, 189 UmwG

Form, in der Regel durch Zahlung einer Barabfindung (§ 181 UmwG), erfolgt.

#### 4. Formwechsel (§§ 190- 304 UmwG)

Abweichend von den drei vorgenannten Umwandlungsarten findet bei einem Formwechsel kein Vermögensübergang statt. Die wirtschaftliche Identität des Rechtsträgers bleibt bestehen, lediglich sein „Rechtskleid“ ändert sich<sup>25</sup>. Es handelt sich nach wie vor um den selben Rechtsträger, der von den bisherigen Anteilseignern in ihrer bisherigen Zusammensetzung in einer anderen Rechtsform weitergeführt wird. Der Formwechsel war auch schon dem alten Umwandlungsrecht bekannt. Der Kreis der formwechselnden Rechtsträger wurde jedoch erheblich erweitert<sup>26</sup>.

### **III. Stationen der Umwandlung**

#### 1. Vorbereitungsphase

Die Umwandlung stellt ein Rechtsgeschäft dar<sup>27</sup>. Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung setzen daher als rechtsgeschäftliche Grundlage einen Vertrag bzw. Plan<sup>28</sup> voraus, der einen gesetzlich festgelegten Mindestgehalt enthalten muss. Bei der formwechselnden Umwandlung stellt dagegen der Umwandlungsbeschluss der Anteilseigner selbst die rechtsgeschäftliche Grundlage dar<sup>29</sup>. Hier sind keine weiteren Rechtsträger beteiligt (einseitiges Rechtsgeschäft), so dass der Abschluss eines Vertrages mangels Vertragspartner nicht in Frage kommt. Bei den anderen Umwandlungsarten stellt der Umwandlungsbeschluss lediglich die Genehmigung der Anteilseigner dar.

Die Vorbereitungsphase umfasst die Erstellung des Umwandlungsberichtes. Dieser Akt ist für alle Umwandlungsformen zwingend vorgeschrieben (§§ 8, 127, 162, 176, 177, 192 UmwG). Die Pflicht trifft die

---

<sup>25</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 36

<sup>26</sup> ausführlich: Schwarz, DStR 1994, 1694, 1699 (Fn. 79)

<sup>27</sup> K. Schmidt, AcP 191, 495, 502

<sup>28</sup> Vertrag: §§ 4-7, 125, 126, 176, 177 UmwG; Plan: § 136 UmwG (= Spaltung zur Neugründung)

<sup>29</sup> Schwarz, DStR 1994, 1694, 1700

Geschäftsleitung des übertragenden Rechtsträgers. Der Bericht muss einen detaillierten Ablauf der Umwandlung enthalten und die Gründe darlegen, weshalb die Umwandlung durchgeführt werden soll. Insbesondere muss das Umtauschverhältnis erläutert werden. Der Umwandlungsbericht soll sowohl den Anteilseignern des übertragenden als auch denen des übernehmenden Rechtsträgers die Folgen der Umwandlung erläutern und ihnen eine objektive Grundlage für ihr Abstimmungsverhalten liefern. Daher ist die Geschäftsleitung von der Pflicht, einen Umwandlungsbericht zu verfassen, nur befreit, wenn alle Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger auf ihn verzichten. Des Weiteren sind die gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen (§§ 9-12 UmwG) von einem unabhängigen Sachverständigen durchzuführen. Schließlich muss auch die Zustimmung des Betriebsrates zur geplanten Umwandlung eingeholt werden (§§ 5 Abs. 3, 126 Abs. 3, 176, 194 Abs. 2 UmwG).

## 2. Beschlussphase

Die Beschlussfassung ist das Kernstück des Umwandlungsvorganges. Sie ist unabdingbare Voraussetzung für das Wirksamwerden der Umwandlung und erfolgt stets in einer Gesellschafterversammlung. Den Gesellschaftern ist vor Durchführung der beschlussfassenden Gesellschafterversammlung die Möglichkeit einzuräumen, den Umwandlungsvertrag, -plan und -bericht einzusehen<sup>30</sup>. Der Umwandlungsbeschluss und eventuelle Zustimmungserklärungen einzelner Anteilseigner müssen notariell beurkundet werden<sup>31</sup>.

## 3. Vollzugsphase

In die Vollzugsphase fallen neben der Anmeldung der Umwandlung zum Registergericht und ihrer Eintragung auch die Ausübung von Klage- und Nachprüfungsrechten. So kann die Nichtigkeitserklärung der Umwandlung als solche angestrebt werden (§§ 14 Abs. 1, 125, 176 Abs. 1, 195 Abs. UmwG). Daneben besteht die Möglichkeit, im Wege des gerichtlichen Spruchverfahrens die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses

---

<sup>30</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 48

<sup>31</sup> vgl. §§ 13 Abs. 3, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 192 Abs. 3, 193 Abs. 3 UmwG

der Gesellschaftsanteile (§§ 15, 125, 196 UmwG) sowie der angebotenen Barabfindung (§§ 34, 125, 212 UmwG) prüfen zu lassen. Um die Umwandlung wirksam werden zu lassen, ist die Anmeldung bei dem zuständigen<sup>32</sup> Registergericht und ihre Eintragung nötig. Erst mit der Eintragung treten die Rechtsfolgen der Umwandlung ein<sup>33</sup>. Um die Rechtsicherheit der eingetragenen Umwandlung zu erhöhen, sieht das Umwandlungsgesetz eine weitgehende Heilung für Mängel in der Vorbereitungs- und Beschlussphase vor<sup>34</sup>. So kann der Umwandlungsbeschluss nicht unter Berufung auf ein zu niedrig bemessenes Umtauschverhältnis oder eine unangemessene Barabfindung (§§ 14 Abs. 2, 195 Abs. 2, 210 UmwG) angefochten werden.

## **B. Derzeitiger Stand der Rechtsprechung und Literatur zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung bei Gesellschaftsanteilen**

Das Thema der vorliegenden Arbeit unter anderem die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Umwandlung ist, wird im folgenden Abschnitt die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung hinsichtlich der verschiedenen Gesellschaftsformen abgehandelt.

### **I. Testamentsvollstreckung an Anteilen von Personengesellschaften<sup>35</sup>**

#### **1. Vererblichkeit der Anteile**

##### **1.1 Persönlich haftende Gesellschaftsanteile**

Bei Tod eines GbR-Gesellschafters sieht das Gesetz in § 727 Abs. 1 BGB primär vor, dass die Gesellschaft aufgelöst wird. Aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen ist es den Gesellschaftern jedoch möglich, die

---

<sup>32</sup> ausführlich: Schwarz, DStR 1994, 1694, 1701

<sup>33</sup> vgl. oben, A II Nr. 1-4

<sup>34</sup> MünchKomm/Mayer, GmbHG, § 75/Rn. 68

<sup>35</sup> gemeint sind hier OHG, KG und GbR

Gesellschaft weiter fortzusetzen. Zu diesem Zweck kann eine Fortsetzungs- oder Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Nachfolgeklauseln<sup>36</sup> ermöglichen die Aufnahme des Erben in die Gesellschaft. Sie können allgemein gehalten werden und ermöglichen somit die generelle Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils. Zulässig ist auch, eine qualifizierte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag zu verankern. Dadurch beschränkt sich die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils auf einen bestimmten Personenkreis. Tritt der Erbfall ein, geht der Gesellschaftsanteil automatisch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben über. Handelt es sich um mehrere Erben, erfolgt der Übergang anteilig entsprechend der Erbquote auf den einzelnen Miterben, da die Erbengemeinschaft nicht Gesellschafter einer Personengesellschaft sein kann. Insofern wird hier das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge (§ 2031 Abs. 1 BGB) durchbrochen<sup>37</sup>. Auch Fortsetzungsklauseln<sup>38</sup> verhindern, dass die Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters erlischt. Im Gegensatz zur Nachfolgeklausel wird die GbR jedoch nur mit den verbleibenden Gesellschaftern ohne die Erben fortgesetzt. In diesem Fall ergeben sich keine Konflikte zwischen Testamentsvollstreckung und Gesellschaftsrecht, da der dem Erben zustehende Abfindungsanspruch (§ 738 Abs. 1 S.2 BGB) in den Nachlass fällt. Dieses Vermögensrecht unterliegt der Verwaltung des Testamentsvollstreckers<sup>39</sup>.

Auch für OHG- und Komplementärbeteiligungen sah das Gesetz in §§ 161 Abs. 2, 131 Nr. 4 HGB a.F. ursprünglich bei Tod eines Gesellschafters die selben Rechtsfolgen wie bei der GbR vor. Durch das HRefG vom 22.06.1998<sup>40</sup> wurde § 131 HGB grundlegend geändert. Galt bislang das Prinzip „Auflösung der Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters“, sieht § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB nunmehr bei einer fehlenden Nachfolgeklausel vor, dass der Gesellschafter mit seinem Tod aus der Gesellschaft ausscheidet. Die Fortsetzungsklausel ist somit obsolet, da sie als gesetzliche Rechtsfolge für diesen Fall normiert wurde. Durch die

---

<sup>36</sup> MünchKomm/Ulmer, BGB, § 727/Rn. 21 ff.

<sup>37</sup> BGH, NJW 1983, 2376; Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 524

<sup>38</sup> MünchKomm/Ulmer, BGB, § 727/Rn. 39 ff.

<sup>39</sup> Staudinger/Reimann, BGB § 2205/Rn. 106

<sup>40</sup> BGBl 1998, 1474 ff.

Novelle des 4. Titels des HGB wurde dem wirtschaftlichen Bedürfnis der Praxis Rechnung getragen. Fehlende vertragliche Regelungen für die Fortsetzung der Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters zogen bisher die Auflösung der Gesellschaft nach sich. Finanzielle und wirtschaftliche Nachteile durch die Reorganisation und Fortführung des Geschäftsbetriebes in einer neuen Gesellschaft waren die Folge. Dieses Dilemma wurde durch die Reform behoben. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Nachfolgeklausel, scheidet der Erbe aus der Gesellschaft aus. Ihm steht wie bei der GbR ein Abfindungsanspruch zu<sup>41</sup>. Vorhandene Nachfolgeklauseln werden durch § 139 HGB ergänzt. Er ermöglicht den Gesellschaftererben ein außerordentliches Kündigungsrecht (§ 139 Abs. 2 HGB), wenn es die Mitgesellschafter ablehnen, dem Erben die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen. Zweck dieser Vorschrift ist es, die Erben ungewollt in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters zu drängen. Anderenfalls bliebe ihnen nur der Ausweg, die Erbschaft auszuschlagen.

Persönlich haftende Gesellschaftsbeteiligungen sind somit vererblich, wenn eine entsprechende Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde.

## 1.2 Kommanditanteile

Abweichend zu den persönlich haftenden Gesellschaftsanteilen sah das Gesetz im Fall der Kommanditbeteiligung bei Tod des Gesellschafters auch schon vor seiner Änderung keine Auflösung der Gesellschaft vor (§ 177 HGB a.F.). § 177 HGB n.F. bestimmt nun ausdrücklich, dass die Gesellschaft bei Tod eines Kommanditisten mit den Erben fortgesetzt wird. Ohne dass es einer Nachfolgeklausel bedarf, geht der Kommanditanteil direkt im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf den Erben über<sup>42</sup>. Anderweitige gesellschaftsvertragliche Regelungen, z.B. eine Fortsetzungsklausel ohne den Erben, sind aber möglich.

---

<sup>41</sup> vgl. oben zur GbR

<sup>42</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 177/Rn. 2 f

## 2. Die Gesellschaftsanteile als Nachlassbestandteil

Die Frage, ob Gesellschaftsanteile einer Personengesellschaft zum Nachlass gehören, ist inzwischen geklärt. Sie wurde sowohl vom Gesellschaftsrechts-<sup>43</sup> als auch vom Erbrechtssenat<sup>44</sup> des Bundesgerichtshofes übereinstimmend und abschließend bejaht. In diesen Entscheidungen wurde zwar die Zugehörigkeit der vererbten Gesellschaftsanteile zum Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft aufgrund der geltenden Sondererbfolge – die einen unmittelbaren Übergang auf die Erben bewirkt – ausgeschlossen. Der BGH hat jedoch ausdrücklich betont, dass Gesellschaftsanteile zum Nachlass gehören. Damit hat er bestätigt, dass die Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen grundsätzlich zulässig ist.

Umstritten ist die Konstellation, in welcher der Erbe des Gesellschaftsanteils bereits vor Erbfall selbst Gesellschafter war. Der II. Zivilsenat des BGH hat die Testamentsvollstreckung an einer Kommanditbeteiligung in diesem speziellen Fall für unzulässig befunden<sup>45</sup>. Er begründet seine Ansicht mit dem Verweis auf das Dogma der Einheitlichkeit der Gesellschaftsbeteiligung. Im Gegensatz zu einer Kapitalgesellschaft, an der sich ein Gesellschafter mit mehreren Anteilen beteiligen kann (vgl. z.B. § 15 Abs. 2 GmbHG), ist die Beteiligung an einer Personengesellschaft stets einheitlich<sup>46</sup>. Zuwächse, z.B. durch Schenkung, Kauf oder Vererbung, vermitteln keinen neuen Anteil an der Gesellschaft. Sie vergrößern nur den bereits bestehenden Gesellschaftsanteil. Der Testamentsvollstrecker könne aber allenfalls den ererbten Gesellschaftsanteil verwalten. Die bereits bestehende Gesellschaftsbeteiligung des Erben sei dessen Privatvermögen zuzuordnen und unterliege dessen freier Verfügung. Da die Gesellschaftsbeteiligung nicht in einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers und einen der Verwaltung des Gesellschaftererben unterliegenden Teil getrennt werden kann, scheidet die Testamentsvollstreckung insgesamt aus. Dieser Ansicht des BGH schließt sich auch

---

<sup>43</sup> BGHZ 108, 187

<sup>44</sup> BGH, NJW 83, 2376

<sup>45</sup> BGHZ 24, 106, 113

<sup>46</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 124/Rn. 16

ein Teil der Literatur an<sup>47</sup>. Sie schlägt als Lösungsmöglichkeit vor, auf die Ersatzkonstruktionen zurückzugreifen<sup>48</sup>, mittels derer der Gesellschaftererbe die gesamte Gesellschaftsbeteiligung auf den Testamentsvollstrecker überträgt.

Eine andere Auffassung vertritt der für das Erbrecht zuständige IV. Senat des BGH<sup>49</sup>. Das „Einheitlichkeitsdogma“ stehe der Testamentsvollstreckung nicht generell entgegen. Der IV. Senat bejaht zumindest die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an dem ererbten Kommanditanteil, soweit es sich um die mit diesem verknüpften Vermögensrechte handelt. Weite Teile der Literatur schließen sich dieser Meinung an<sup>50</sup>. Sie befürworten die Lösung, die Gesellschaftsbeteiligung vermögensmäßig in den bereits vorhandenen und den ererbten Anteil zu trennen sowie die Testamentsvollstreckung an den Vermögensrechten des letzteren zuzulassen. Für eine Teilung der Verwaltungsbefugnis spricht zum einen, dass die Gesellschaftsbeteiligung anerkanntermaßen nicht als Ganzes bei einem Verkauf übertragen werden muss. Auch Teilveräußerungen sind unter Vervielfältigung der Verwaltungsrechte möglich<sup>51</sup>. Zum anderen würde die Verneinung der Testamentsvollstreckung in diesen Fällen dazu führen, dass die Privatgläubiger des Gesellschaftererben nicht auf den Nachlass zugreifen könnten<sup>52</sup>. Dies kann nur erreicht werden, wenn die beiden Vermögensmassen Nachlass – Privatvermögen des Gesellschaftererben getrennt werden<sup>53</sup>. Solange sich jedoch der Erbrechts- und Gesellschaftsrechtssenat diesbezüglich nicht auf eine einheitliche Linie geeinigt haben, empfiehlt Mayer<sup>54</sup>, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf die zu verwaltenden Vermögensrechte klar und eindeutig festzulegen.

---

<sup>47</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 77; Mayer, ZIP 1990, 976, 977; Baumbach/Hopt, HGB, § 139/Rn. 26

<sup>48</sup> zu den Ersatzlösungen vgl. Fn. 72

<sup>49</sup> BGH, ZEV 1996, 110, 111

<sup>50</sup> Mayer/Bengel/Reimann, Handbuch, V/Rn. 186 ff.; Lorz, ZEV 1996, 110, 113; Esch, BB 1993, 664 ff; Weidlich, Testamentsvollstreckung, 98 f.

<sup>51</sup> BGH, NJW 1986, 2431, 2433

<sup>52</sup> Mayer/Bengel/Reimann, Handbuch, V/Rn. 186; Weidlich, Testamentsvollstreckung, S. 99

<sup>53</sup> Ulmer, NJW 1984, 1501

<sup>54</sup> Mayer/Bengel/Reimann, Handbuch, V/Rn. 188

### 3. Der Haftungskonflikt

Sind in einem der Testamentsvollstreckung unterliegendem Nachlass Anteile an einer Personengesellschaft enthalten, entsteht eine Schnittstelle zwischen zwei verschiedenen Rechtsgebieten: dem Erbrecht einerseits und dem Gesellschaftsrecht auf der anderen Seite. Vor allem die unterschiedlichen Prinzipien bezüglich der Haftungsgrundsätze führen hier zu Konflikten.

#### 3.1 Kommanditbeteiligung

Für die Kommanditbeteiligung gilt seit der Grundsatzentscheidung des BGH – der wegen der auf seine Einlage beschränkten Haftung des Kommanditisten gemäß § 171 Abs. 1 HGB keine Haftungskollision mit dem Erbrecht sieht<sup>55</sup> – die Testamentsvollstreckung in der Literatur allgemein als zulässig<sup>56</sup>. Im Fall des geschäftsführenden Kommanditisten würde der Testamentsvollstrecker mit Anordnung der Testamentsvollstreckung aufgrund seiner ausschließlichen Verwaltungsbefugnis (§§ 2205, 2209, 2211 BGB) auch die Geschäftsführung wahrnehmen. Seine geschäftsführende Tätigkeit könnte eine unbeschränkte Haftung des Erben nach sich ziehen<sup>57</sup> und damit einen Haftungskonflikt auslösen. Die Konstellation des geschäftsführenden Kommanditisten ist jedoch für die Praxis wenig bedeutsam. In der Regel wird die Übertragung der Geschäftsführerstellung auf den Testamentsvollstrecker schon an dem Umstand scheitern, dass diese als höchstpersönliches Recht ausgestaltet ist und somit nicht vererbt werden kann. Die herrschende Meinung sieht daher in diesen Fällen keinen Hinderungsgrund für eine Testamentsvollstreckung<sup>58</sup>.

#### 3.2 Persönlich haftende Beteiligung

Bei der Fremdverwaltung von persönlich haftenden Gesellschaftsanteilen besteht dagegen noch immer ein Konflikt zwischen der handelsrechtlich gebotenen Vollhaftung des Gesellschafters und der erbrechtlich nur

---

<sup>55</sup> BGHZ 108, 187

<sup>56</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn 125, MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 37

<sup>57</sup> Lorz, Testamentsvollstreckung, S.198

<sup>58</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 76; Baumbach/Hopt, HGB, § 139/Rn. 26

beschränkten Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers. Im Handelsrecht gilt die uneingeschränkte persönliche Haftung des Einzelkaufmanns und des persönlich haftenden Gesellschafters gemäß §§ 25, 27, 128, 130, 161 HGB. Diese kann sich auch auf das Privatvermögen des Gesellschafters erstrecken. Das Erbrecht erlaubt dem Testamentsvollstrecker zwar, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen (§ 2205, 2206 BGB). Die Haftung für diese Verbindlichkeiten beschränkt sich wegen §§ 2206, 2207 BGB aber nur auf den Nachlass. Der Testamentsvollstrecker kann den Erben gegen seinen Willen nicht persönlich verpflichten<sup>59</sup>. Dies führte schon nach Ansicht des Reichsgerichts<sup>60</sup> zu dem mit dem Handelsrecht unvereinbaren Ergebnis, dass die Haftung des an sich unbeschränkt haftenden Gesellschafters durch die Testamentsvollstreckung begrenzt wurde<sup>61</sup>. Im Verhältnis zum Handelsrecht tritt dabei das Erbrecht – im Hinblick auf das Postulat der Unabdingbarkeit der persönlichen Haftung des Einzelkaufmanns und voll haftenden Personengesellschafters – wegen § 2 EGHGB zurück<sup>62</sup>, auch wenn in der Literatur kritische Stimmen dazu laut werden<sup>63</sup>. Nach gegenwärtig herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur scheidet daher eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung an einem einzelkaufmännischen Unternehmen oder einer persönlich haftenden Beteiligung aus<sup>64</sup>.

Als Konsequenz dieses Haftungskonfliktes haben sowohl der Erbrechts- als auch der Gesellschaftsrechtssenat<sup>65</sup> des BGH die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an persönlich haftenden Gesellschaftsanteilen nicht gänzlich abgelehnt. In seiner Grundsatzentscheidung vom 14.05.1986<sup>66</sup> hat der BGH verneint, dass die Testamentsvollstreckung an OHG-Beteiligungen generell ausgeschlossen sei. Sie beschränke sich vielmehr nur auf die „Außenseite“ des Gesellschaftsanteils. In diesen von

---

<sup>59</sup> Priester, FS Stimpel, S. 477; Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 90

<sup>60</sup> RGZ 132, 145 f.

<sup>61</sup> Esch, Handbuch, Rn. 1419

<sup>62</sup> h.M.: Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 16; Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 90; Lorz, Testamentsvollstreckung, S. 34

<sup>63</sup> Brandner, FS Stimpel, S. 991 ff; Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, S. 158 ff

<sup>64</sup> Reimann, Skript, Rn. 335; Priester, FS Stimpel, 463, 464; BGHZ 12, 100; Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 37

<sup>65</sup> vgl. Fn. 43 und 44

<sup>66</sup> BGH, NJW 1986, 2431 ff.

der Literatur als unscharf kritisierten Bereich<sup>67</sup> fallen alle verkehrsfähigen Vermögensansprüche wie z.B. der Gewinn oder zukünftige Auseinandersetzungsguthaben<sup>68</sup>. Dieses Ergebnis gilt auch für die Testamentsvollstreckung an Komplementärsbeteiligungen sowie für Anteile an BGB-Gesellschaften. Für die BGB-Gesellschaft hat der BGH seine Ansicht zuletzt in seinem Beschluss vom 10.01.1996<sup>69</sup> ausdrücklich bestätigt. Dagegen führt seine Entscheidung vom 29.01.2001<sup>70</sup>, der BGB-Gesellschaft Teilrechtsfähigkeit zuzugestehen, im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung nicht dazu, dass die Befugnisse des Testamentsvollstreckers ausgedehnt werden. Zwar kann die BGB-Gesellschaft nun ebenso wie die OHG oder Kommanditgesellschaft selbst Träger von Rechten und Pflichten sein. Dies vermag aber nicht über den bestehenden Haftungskonflikt hinweg zu helfen. Um eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung zu erreichen, muss nach ganz herrschender Meinung weiterhin auf die entworfenen Ersatzlösungen zurückgegriffen werden<sup>71</sup>. Von besonderer Bedeutung ist hier die Entscheidung des BGH<sup>72</sup> vom 27.09.1999: Eine Haftungsbeschränkung für die BGB-Gesellschafter könne nicht durch einen entsprechenden Namenszusatz (mbH) herbeigeführt werden. Diese könne nur durch Individualvereinbarungen mit dem jeweiligen Vertragspartner der GbR entstehen. Wirtschaftlich betrachtet wird dies in der Praxis in den meisten Fällen nicht durchführbar sein, so dass der BGB-Gesellschafter in der Regel der persönlichen Haftung unterliegen wird.

Nachfolgend werden die in der Praxis gängigsten Modelle mit Hinweis auf vorhandene Probleme in einem kurzen Überblick dargestellt<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Lorz, ZEV 1996, 110, 113; Weidlich, MittBayNot 1996, 118, 121 f; Soergel/Damrau, BGB, § 2205 / Rn. 37

<sup>68</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn. 159

<sup>69</sup> ZEV 1996, 110 ff.

<sup>70</sup> DSStR 2001, 310 ff.

<sup>71</sup> Lorz, ZEV 1996, 110, 112

<sup>72</sup> BGH, DSStR 1999, 1704

<sup>73</sup> dazu ausführlich: Plank, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, S. 8 ff.

### 3.3 Ersatzkonstruktionen

#### 3.3.1 Vollmachtslösung

Die Vollmachtslösung beruht auf einer Auflage des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung an den Erben, dem Testamentsvollstrecker eine entsprechende Weisung zu erteilen, aufgrund der es dem Testamentsvollstrecker möglich wird, die Gesellschafterrechte als dessen Bevollmächtigter auszuüben sowie das Privatvermögen des Erben zu verpflichten<sup>74</sup>. Sie verdrängt die Testamentsvollstreckung nicht, sondern ergänzt diese in den Bereichen, in denen sie ansonsten unzulässig wäre. Man spricht daher auch von einer vollstreckungsbegleitenden Vollmacht<sup>75</sup>. Folglich gilt für Handlungen des bevollmächtigten Testamentsvollstreckers die dingliche Sperre der §§ 2211, 2214 BGB. Dem Testamentsvollstrecker steht die Aktivlegitimation (§ 2212 BGB) zu und er kann Verbindlichkeiten für den Nachlass begründen (§ 2206 BGB). Für neue Gesellschaftsschulden haftet der Erbe voll umfänglich. Nur für Altschulden kann er die Haftung auf den Nachlass beschränken<sup>76</sup>.

Kritik erfährt die Vollmachtslösung vor allem dahingehend, dass es dem Testamentsvollstrecker durch die Vollmacht ermöglicht wird, seine Verpflichtungsmacht über den gesetzlichen Rahmen des § 2206 S.1 BGB auch auf das Privatvermögen des Erben auszudehnen, sowie hinsichtlich der Problematik der Sittenwidrigkeit unwiderruflich und unbefristet erteilter Generalvollmachten<sup>77</sup>. Den Bedenken wird zur Rechtfertigung entgegengehalten, es liege stets in der Hand der Erben, den Testamentsvollstrecker zu entlassen (§ 2227 BGB) oder die Erbschaft auszu-schlagen<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Reimann, Skript, Rn. 359, 389

<sup>75</sup> Plank, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, S. 12

<sup>76</sup> Lorz, Testamentsvollstreckung, S. 39

<sup>77</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 24b; Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn. 134; Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 314

<sup>78</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn.18; Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn.97

### 3.3.2 Treuhandlösung

Bei der Treuhandlösung<sup>79</sup> ordnet der Erblasser an, dass der Testamentsvollstrecker im eigenen Namen und unter eigener Haftung für die Erben tätig wird. Unterliegt der Testamentsvollstreckung ein Einzelhandelsgeschäft, wird der Testamentsvollstrecker als dessen Inhaber – nicht in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker – in das Handelsregister eingetragen<sup>80</sup>. Liegt eine Personengesellschaft vor, wird der Testamentsvollstrecker für Rechnung der Erben Gesellschafter, soweit die Mitgesellschafter der Übertragung zustimmen<sup>81</sup>. Das Treuhandmodell existiert in zwei Varianten: der Ermächtigungstreuhand und der Vollrechtstreuhand.

Bei der Ermächtigungstreuhand wird lediglich das Verfügungsrecht über die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände auf den Testamentsvollstrecker übertragen. Dessen Rechtstellung ähnelt dadurch der eines Pächters: Seine Verfügungsmacht geht nur so weit, wie sie ihm als Testamentsvollstrecker zustünde<sup>82</sup>. Überschreitet der Testamentsvollstrecker seine Rechtsmacht, haftet das Nachlassvermögen nicht. Die Ermächtigungstreuhand kommt damit dem Erblasserwillen am nächsten<sup>83</sup>.

Bei der Vollrechtstreuhand werden alle Rechte an den Nachlassgegenständen auf den Testamentsvollstrecker übertragen. Liegt ein Einzelhandelsgeschäft vor, muss dies im Wege der Einzelübertragung erfolgen. Eine Gesamtrechtsnachfolge ist nicht möglich<sup>84</sup>. Dies ist unter Umständen nicht nur aufwendig, sondern kann auch erhebliche Kosten nach sich ziehen (z.B. bei Betriebsgrundstücken). Durch die Vollrechtsübertragung wird der Testamentsvollstrecker Eigentümer des Handelsgeschäftes bzw. der Gesellschaftsbeteiligung.

---

<sup>79</sup> eingehend zur Treuhandlösung vgl. Lorz, Testamentsvollstreckung, S. 73 ff

<sup>80</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 301

<sup>81</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 349

<sup>82</sup> Plank, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, S. 9

<sup>83</sup> Reimann, Skript, Rn. 344

<sup>84</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 307

Beide Versionen der Treuhandlösung haben jedoch zur Folge, dass der Testamentsvollstrecker den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet<sup>85</sup>. Dies stellt ein für den Testamentsvollstrecker nicht zu unterschätzendes Risiko dar. In der Praxis dürfte dieses Haftungsrisiko einen Großteil der mit einer Testamentsvollstreckung beauftragten Personen von der Übernahme des Amtes abhalten. Weitere Voraussetzung ist die Zustimmung der Mitgesellschafter zur treuhänderischen Übernahme des Gesellschaftsanteils durch den Testamentsvollstrecker, da dieser anstelle des Erben Gesellschafter wird<sup>86</sup>.

Diskutiert wird auch die Problematik der Übertragung der unbeschränkten Haftung des Testamentsvollstreckers auf den Erben über den Weg des Auslagenersatzes (§§ 2218, 670 BGB). Während ein Teil der Literatur den Aufwendungsersatz nicht auf den Nachlass begrenzt, da es sich um zwei verschiedene Rechtsverhältnisse (Treuhand und Testamentsvollstreckung) handelt<sup>87</sup>, spricht sich die Gegenmeinung zumindest analog für eine Begrenzung aus<sup>88</sup>.

### 3.3.3 Weisungsgeberlösung

Der Testamentsvollstrecker übt hier lediglich im Innenverhältnis Weisungsrechte gegenüber dem Gesellschaftererben aus. Der Erbe wird durch entsprechende Auflagen gezwungen, diese zu befolgen<sup>89</sup>.

Die Weisungsgeberlösung erfordert, dass der Testamentsvollstrecker den Gesellschaftsanteil gemäß §2217 Abs. 1 BGB frei gibt. Er kann vom Erben aber danach nicht verlangen, dass ihm die Stellung als Testamentsvollstrecker wieder eingeräumt wird<sup>90</sup>. Damit hängt es zum großen

---

<sup>85</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 349

<sup>86</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn.108; Reimann, Skript, Rn. 388

<sup>87</sup> Brandner, FS Stimpel, 991, 1004; Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 308

<sup>88</sup> Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch, Rn. 397; Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 34

<sup>89</sup> Reimann, Skript, S.391

<sup>90</sup> Bengel/Reimann/Klumpp, Handbuch, VI/Rn. 213

Teil vom guten Willen der Erben ab, ob die Weisungsgeberlösung verwirklicht werden kann<sup>91</sup>.

#### 3.4 Kein Haftungskonflikt bei Abwicklungstestamentsvollstreckung

Der Haftungskonflikt zwischen Handelsrecht und Erbrecht tritt nur auf, wenn es sich um einen Fall der Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung (§§ 2209, 2210 BGB) handelt. Liegt dagegen der Regelfall einer reinen Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203, 2204 BGB) vor, so ist nach ganz herrschender Meinung auch im Bereich der persönlich haftenden Gesellschaftsbeteiligung eine Testamentsvollstreckung möglich<sup>92</sup>. Begründet wird dies mit der nur kurzen Teilnahme des Testamentsvollstreckers am Rechtsverkehr. Er wird in diesem Fall nicht unternehmerisch tätig, sondern tritt vielmehr nur als Abwickler des letzten Willens des Erblassers auf<sup>93</sup>. § 27 Abs. 2 HGB erlaubt dem Erben die Haftung für die während der Abwicklung vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken.

### 4. Gesellschaftsrechtliche Schranken

#### 4.1 Zustimmung der Mitgesellschafter

Wird die Gesellschaft aufgrund einer im Gesellschaftsvertrag verankerten Nachfolgeklausel mit den Erben fortgesetzt, hat dies zwar die Vererblichkeit der Beteiligung zur Folge. Um deren Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker zu ermöglichen, müssen jedoch die Mitgesellschafter der Testamentsvollstreckung zustimmen. Ratio des Zustimmungserfordernisses ist der höchstpersönliche Charakter der Gesellschafterbeziehung. Er verhindert, dass die Zusammensetzung des Gesellschafterbestandes gegen den Willen der Gesellschafter geändert wird<sup>94</sup>. Handelt es sich um eine Gesellschaftsbeteiligung mit unbeschränkter Haftung und hat der Gesellschaftererbe dem Testamentsvollstrecker seine Verwaltung mittels einer Ersatzkonstruktion<sup>95</sup> ermöglicht,

---

<sup>91</sup> Reimann, Skript, Rn. 366

<sup>92</sup> Reimann, Skript, Rn. 336; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 14

<sup>93</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 91; Brandner, FS Stimpel, 991, 997; Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 16 (allerdings beschränkt auf drei Monate)

<sup>94</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 75

<sup>95</sup> vgl. oben, Teil 1, B I 3.3

ist die Zustimmung der Mitgesellschafter ebenso unabdingbare Voraussetzung<sup>96</sup> für die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung, wie bei einer Kommanditbeteiligung<sup>97</sup>. Anderenfalls beschränkt sich die Testamentsvollstreckung nur auf die Außenseite der Beteiligung<sup>98</sup>. Dazu müssen die Mitgesellschafter ebenso wenig zustimmen<sup>99</sup>, wie der Verwaltung des Abfindungsanspruches des Gesellschaftererben<sup>100</sup>, wenn dieser aufgrund einer fehlenden Nachfolgeklausel aus der Gesellschaft ausscheidet.

Die Zustimmung der Mitgesellschafter kann bereits im Gesellschaftsvertrag erteilt werden oder erst ad hoc durch die Gesellschafter erfolgen<sup>101</sup>. Sie kann auch stillschweigend erteilt werden. Dies ist in aller Regel zu bejahen, wenn es sich um frei veräußerbare Anteile einer Publikums-KG handelt<sup>102</sup>. Mitunter soll es auch genügen, dass nur eine eingeschränkte Nachfolgeklausel oder gar keine erbrechtliche Nachfolgeregelung vorliegt<sup>103</sup>.

#### 4.2 Kernbereichslehre

Neben dem Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter zur Verwaltung eines Gesellschaftsanteils durch den Testamentsvollstrecker wird auch die Kernbereichslehre dazu herangezogen, die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers zu begrenzen. Ursprünglich zum Schutz der Minderheitsgesellschafter entwickelt, soll die Anwendung der Kernbereichslehre auf das Verhältnis Testamentsvollstrecker – Erbe gewährleisten, dass dem Gesellschaftererben ein Mindestmaß an Mitspracherechten verbleibt. In den Kernbereich der Mitgliedschaft fallen „alle Rechte, die geeignet sind, die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst in seinem Bestand zu erhalten“<sup>104</sup>. Dazu gehören nach herrschender Meinung z.B. die Kontroll- und Informationsrechte des Gesellschafters

---

<sup>96</sup> MünchKomm/Schmidt, HGB, § 2205/Rn. 32 a

<sup>97</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 139/Rn. 26; Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch, Rn. 416

<sup>98</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 126

<sup>99</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 121

<sup>100</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 139/Rn. 22

<sup>101</sup> Mayer, ZIP 1990, 976, 977

<sup>102</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 76

<sup>103</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 37

<sup>104</sup> Quack, BB 1989, 2271, 2273; Priester, FS Stimpel, 463, 482

(§§ 118 Abs. 1, 166 HGB) oder das Antragsrecht auf Auflösung der Gesellschaft (§ 133 Abs. 1, 3 HGB)<sup>105</sup>.

Die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen, inwieweit die Kernbereichslehre geeignet ist, die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers einzuschränken, sind äußerst konträr und umstritten. Die Problematik stellt einen Kernpunkt dieser Arbeit dar und wird in Teil 2 eingehend erörtert. Nach der derzeit noch herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung wird die Kernbereichslehre als Schranke für das Handeln des Testamentsvollstreckers betrachtet<sup>106</sup>, während der zunehmende Kreis der Vertreter der Gegenmeinung eine ablehnende Haltung vertritt<sup>107</sup>.

#### 5. Erbrechtliche Schranken

Im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit hat der Testamentsvollstrecker die sich aus den erbrechtlichen Vorschriften ergebenden Schranken zu berücksichtigen. Dazu gehören das Verbot der persönlichen Verpflichtung des Erben (§§ 2206, 2207 BGB) sowie das Verbot der unentgeltlichen Verfügung über Nachlassgegenstände (§ 2205 S. 3 BGB). Daneben hat der Testamentsvollstrecker das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 BGB) zu befolgen. Inhalt und Grenzen der ordnungsgemäßen Verwaltung werden dabei nach objektiven Maßstäben bestimmt. Innerhalb dieses Rahmens ist der Testamentsvollstrecker in seinen Entscheidungen frei<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III/S. 477; Mayer, ZIP 1990, 976, 978

<sup>106</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 122,129; Schmidt, Handelsrecht, § 45 V / S. 1349; Quack, BB 1989, 2271, 2273; Priester, FS Stimpel, 463, 482 ff., Mayer, ZIP 1990, 976, 978; Esch, Handbuch, Rn. 1440; Haegele / Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 370; Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, § 193/Rn. 27

<sup>107</sup> MünchKomm/Ulmer, BGB, § 705/Rn. 89; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 35 a; Hehemann, BB 1995, 1301, 1309; Dörrie, ZEV 1996, 370, 376; Muscheler, Haftungsanordnung, S. 506 f; Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch, Rn. 416

<sup>108</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 2; Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 3 f

## II. Testamentsvollstreckung an Kapitalgesellschaften

### 1. GmbH-Anteile

Die Vererblichkeit des GmbH-Anteils und damit seine Zugehörigkeit zum Nachlass ist in § 15 GmbHG gesetzlich geregelt. Sind mehrere Erben vorhanden, fällt der GmbH-Anteil der Erbengemeinschaft zur Gesamthand zu (§ 18 Abs. 1 GmbHG). Im Gegensatz zur Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen müssen die Mitgesellschafter einer Testamentsvollstreckung an GmbH-Anteilen nicht zustimmen. Dies gilt auch bei einer personalistischen Struktur der GmbH<sup>109</sup>.

Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers wird auch bei der Verwaltung von GmbH-Anteilen begrenzt. Dies betrifft sowohl die erbrechtlichen als auch die gesellschaftsrechtlichen Schranken. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen<sup>110</sup> verwiesen werden. Soweit die Literatur die Kernbereichslehre als Schranke für das Handeln des Testamentsvollstreckers bejaht, sieht sie dessen Handlungsmacht auch für die Verwaltung von GmbH-Anteilen begrenzt<sup>111</sup>.

Eine weitere gesellschaftsrechtliche Beschränkung kann sich aus der Satzung selbst ergeben. Enthält diese Klauseln, die eine höchstpersönliche Ausübung von Mitgliedschaftsrechten vorsehen oder die Gesellschaftervertretung auf einen bestimmten Personenkreis begrenzen, ist eine Testamentsvollstreckung ausgeschlossen<sup>112</sup>. Zulässig bleibt in diesen Fällen weiterhin die Testamentsvollstreckung an der Außenseite des Gesellschaftsanteils<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 468 f.

<sup>110</sup> vgl. unter Teil I B I 4 und 5

<sup>111</sup> Haegele/Winkler, Handbuch, Rn. 404; Priester, FS Stimpel, 463, 482

<sup>112</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 43

<sup>113</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 142

Die Befugnis des Testamentsvollstreckers, eine GmbH zu gründen, ist umstritten<sup>114</sup>. Die wohl herrschende Meinung lässt dies zu, soweit durch Abschluss des GmbH-Vertrages eine persönliche Verpflichtung des Gesellschaftererben gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG (z.B. die Übernahme der Geschäftsführung) ausgeschlossen ist. Daneben darf die Gründung nicht zu einer Ausfallhaftung gemäß § 24 GmbHG führen. Diese Gefahr besteht nicht, wenn die Stammeinlage entweder bereits voll einbezahlt ist oder aus dem Nachlass bestritten werden kann<sup>115</sup>.

## 2. Aktien

Der Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers bei der Testamentsvollstreckung an Aktien entspricht dem für GmbH-Anteile<sup>116</sup>. Insofern wird auf obige Ausführungen verwiesen. Insbesondere übt der Testamentsvollstrecker – im erbrechtlich zulässigen Rahmen – das Stimmrecht (§ 134 AktG) und das Bezugsrecht (§ 186 AktG) für den Erben aus<sup>117</sup>.

Abweichend zur GmbH darf der Testamentsvollstrecker aufgrund der strengen Gründerhaftung (§ 46 AktG) keine Aktiengesellschaft gründen<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> zum Meinungsstreit vgl. Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 405 f

<sup>115</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 146

<sup>116</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 52; Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 143

<sup>117</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2205/Rn. 25

<sup>118</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 410

## **Teil 2: Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Umwandlung**

### **A) Problemstellung**

Auch wenn eine Testamentsvollstreckung an Anteilen von Kapitalgesellschaften und an Kommanditanteilen in Rechtsprechung und Literatur inzwischen anerkannt ist<sup>119</sup>, bestehen weiterhin große Meinungsunterschiede bezüglich der Möglichkeiten, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers zu beschränken. Neben den Schranken, die dem Testamentsvollstrecker bereits durch erbrechtliche Bestimmungen gesetzt werden, wird vielfach als zusätzliches Instrument zum Schutz der Gesellschaftererben die Kernbereichslehre herangezogen. Sowohl ihre Anwendung im Bereich der Testamentsvollstreckung als auch ihre begrifflich klare Abgrenzung bereiten der Literatur allerdings große Probleme. Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung<sup>120</sup> vom 03.07.1989 zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen nicht dazu beigetragen, den dazu bestehenden Meinungsstreit zu beseitigen. Der ihm vorgelegte Fall war diesbezüglich nicht entscheidungsrelevant. Der BGH hat sich nur dahingehend festgelegt, dass eine Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre nicht generell der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung entgegensteht. In der Literatur finden sich die unterschiedlichsten Lösungsansätze zu diesem Problem. Sowohl die Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers als auch die des Gesellschaftererben wird vertreten. Häufig wird auch ihre Doppelzuständigkeit vorgeschlagen. Diese Situation birgt für die Praxis eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Würde die Kernbereichslehre als Schranke für die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers zugelassen, hätte dies folgende Konsequenzen: Als kleinster gemeinsamer Nenner der verschiedenen Literaturmeinungen könnte der Testamentsvollstrecker in alleiniger Zuständigkeit nur die laufende Verwaltung des Gesellschaftsanteils wahrnehmen. Dies

---

<sup>119</sup> vgl. Teil 1, B I. 1.2

<sup>120</sup> BGHZ 108, 187, 198 f.

wird dem Testamentsvollstrecker in der Literatur<sup>121</sup> auch empfohlen, um eventuelle Haftungsfälle zu vermeiden. Auch für Umwandlungsfälle, an denen der Testamentsvollstreckung unterliegende Gesellschaftsanteile beteiligt sind, ist die Beantwortung der Frage, wie sich die Kernbereichslehre auf die Befugnisse des Testamentsvollstreckers auswirkt, von Bedeutung. Das Schrifttum sieht durch Umwandlungsbeschlüsse regelmäßig den Kernbereich der Mitgliedschaft betroffen<sup>122</sup>.

## **B) Die Kernbereichslehre**

### **I. Geschichtliche Entwicklung**

#### **1. Entscheidung des BGH vom 14.05.1956**

Die Kernbereichslehre ist nicht normiert, sondern Ergebnis einer langjährigen gesetzesübersteigenden oder auch rechtsergänzenden Rechtsfortbildung<sup>123</sup>. Ihr Ursprung<sup>124</sup> liegt in der Entscheidung des BGH vom 14.05.1956. Darin statuiert der BGH ein Teilnahmerecht des Kommanditisten an Beschlussfassungen, die gravierend in seine Rechtsstellung als Gesellschafter eingreifen, indem sie zum Beispiel „seine Beteiligung als Kommanditist oder seine Haftsumme durch Neufassung des Gesellschaftsvertrages ändern oder indem sie auf diesem Wege seine Gewinnbeteiligung oder die Höhe seines Auseinandersetzungsguthabens schmälern“<sup>125</sup>. Es widerspräche dem Rechtsgedanken, wonach weder die wirtschaftliche noch die persönliche Freiheit des Gesellschafters beliebig eingeschränkt werden können<sup>126</sup>, einen Gesellschafter von derartig schwerwiegenden Entscheidungen vollständig auszuschließen.

#### **2. Weiterentwicklung durch die Literatur**

Aufbauend auf dieser Entscheidung wurde von der Literatur ein umfassender Minderheitenschutz für das Gesellschaftsrecht entwickelt. Er

---

<sup>121</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn. 179

<sup>122</sup> vgl. Teil 2, B II 3

<sup>123</sup> zum Begriff: Larenz, Methodenlehre, S. 232 ff.; Schmalz, Methodenlehre, Rn. 416 f

<sup>124</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 4

<sup>125</sup> BGHZ 20, 363, 369 f.

<sup>126</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 4

reicht wesentlich weiter als die vom BGH ursprünglich vorgesehene Stimmrechtsgarantie des Gesellschafters. Für Beschlüsse, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, besteht nach herrschender Meinung ein Zustimmungserfordernis des betroffenen Gesellschafters<sup>127</sup>. Anderenfalls stünde der Minderheitsgesellschafter bei wirksamer gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung von Mehrheitsentscheidungen der Mehrheitsherrschaft weiterhin schutzlos gegenüber. Das zwingende Stimmrecht wäre nur Makulatur, da es dem Minderheitsgesellschafter nicht vor zulässigen Mehrheitsentscheidungen schützt. Objektiv betrachtet kann es die Position des Minderheitsgesellschafters nicht wesentlich verbessern, sondern es wäre nur mit dem olympischen Motto „dabei sein ist alles“ gleichzusetzen. Die Notwendigkeit eines zwingenden Zustimmungserfordernisses für bestimmte Eingriffe in die Gesellschafterstellung wird inzwischen auch von der Rechtsprechung anerkannt<sup>128</sup>. Sie begründet die Einschränkung der Mehrheitsherrschaft unter anderem mit dem Rechtsgedanken der §§ 35 BGB, 53 Abs. 3 GmbHG oder mit der sittenwidrigen Knebelung durch den vollständigen Ausschluss des Stimmrechts<sup>129</sup>.

## **II. Inhalt und Umfang des Kernbereichs der Mitgliedschaft**

### **1. Einteilung der Mitgliedschaftsrechte**

Nach wie vor bereitet die genaue Definition des Kernbereichs der Mitgliedschaft der Rechtsprechung und Literatur Probleme. Bereits in seiner Ausgangsentscheidung<sup>130</sup> hat der BGH darauf verzichtet, die ein zwingendes Stimmrecht des Gesellschafters auslösenden Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren. Um den Kernbereich der Mitgliedschaft praxisgerecht eingrenzen zu können, werden in Anlehnung an *Röttger*<sup>131</sup>,

---

<sup>127</sup> Wiedemann, Übertragung, S. 33; MünchKomm/Ulmer, BGB, § 709/Rn. 77, Schmidt, Handelsrecht, § 16 III b, S. 479

<sup>128</sup> BGH, NJW 1985, 974

<sup>129</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S.7 m.w.N.

<sup>130</sup> BGHZ 20, 363

<sup>131</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 95 ff; Röttger verwendet allerdings schon für die abgegrenzten Bereiche den Terminus Kernbereich, die sich aber begrifflich vom Kernbereich der Mitgliedschaft unterscheiden

*Schmidt*<sup>132</sup> und *Weidlich*<sup>133</sup> die Mitgliedschaftsrechte in drei Bereiche aufgeteilt, abgestuft nach ihrer jeweiligen Schutzintensität.

### 1.1 Zwingende Mitgliedschaftsrechte

In dieser Kategorie finden sich die unabdingbaren Rechte des Gesellschafters, die ihm einen Mindestschutz seiner Interessen garantieren. Sie können weder durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, noch steht ihr Verzicht zur Disposition des Gesellschafters<sup>134</sup>.

Als unverzichtbare Rechte gelten zum Beispiel die Informationsrechte des Gesellschafters (§§ 716 Abs. 2 BGB, 118 Abs. 2 HGB, 51a Abs. 3 GmbHG, 131 AktG), das Recht zur Teilnahme an Versammlungen (Anwesenheits-, Rede- und Antragsrecht) und das Recht zur außerordentlichen Kündigung der Mitgliedschaft<sup>135</sup>.

### 1.2 Mehrheitsfeste Mitgliedschaftsrechte

Die mehrheitsfesten oder unentziehbaren Mitgliedschaftsrechte dürfen nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters beschnitten werden. Eine Einschränkung durch entsprechende Regelungen in der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag ist möglich. Allgemein wird darin eine vorab erteilte Zustimmung des Gesellschafters gesehen<sup>136</sup>. In den mehrheitsfesten Bereich der Mitgliedschaftsrechte fallen nicht nur die aus der Gesellschafterstellung resultierende Rechte. Ein Zustimmungserfordernis wird auch ausgelöst, wenn ein Gesellschafter mit zusätzlichen oder neuen Pflichten belastet wird<sup>137</sup>. Das Bestreben, bestimmte Mitgliedschaftsrechte zu unentziehbaren Rechtspositionen zu erklären, soll die Gesellschafterstellung vor jeglicher Verschlechterung schützen. Dies gelte unabhängig davon, ob der Gesellschafter durch ein „Weniger“ an Rechten oder ein „Mehr“ an Pflichten belastet werden soll.

---

<sup>132</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III, S. 477 ff.

<sup>133</sup> Weidlich, Testamentsvollstreckung, S. 42 ff.

<sup>134</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 96

<sup>135</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 184 f, 190 f, 206 f, m.w.N.

<sup>136</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III, S. 478

<sup>137</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 99

Unentziehbare Mitgliedschaftsrechte sind etwa die Vorzugs- und Sonderrechte des Gesellschafters sowohl organisationsrechtlicher (z.B. das Entsendungsrecht von Organmitgliedern) als auch vermögensrechtlicher Art (z.B. das Recht auf eine höhere Liquidationsquote)<sup>138</sup>.

### 1.3 Stimmrechtsfeste Mitgliedschaftsrechte

Stimmrechtsfeste Mitgliedschaftsrechte garantieren dem Gesellschafter nur das Recht, an der Beschlussfassung und der Stimmabgabe teilzunehmen. Wird der Gesellschafter überstimmt, hat er sich dem Willen der Mehrheit zu beugen. Dieses garantierte Stimmrecht gewinnt eine eigenständige Bedeutung für die Fälle, in denen unentziehbare Mitgliedschaftsrechte durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung wirksam ausgeschlossen wurden<sup>139</sup>. Auch wenn der Gesellschafter dadurch auf unentziehbaren Rechte verzichtet hat, soll ihm ein Recht zur Mitentscheidung bleiben. Durch die Teilnahme an der Willensbildung der Gesellschafter kann er auch als Minderheitsgesellschafter durch entsprechende Beiträge den Entscheidungsprozess der Mehrheit beeinflussen.

## 2. Der Kernbereich der Mitgliedschaft

Anhand der vorgenannten Merkmale versucht die Literatur, den Kernbereich der Mitgliedschaft einzugrenzen und zu katalogisieren.

*Schmidt*<sup>140</sup> hält den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte grundsätzlich für nicht entziehbar. Aber auch mehrheitsfeste Rechtspositionen werden von ihm erfasst. Er bejaht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH<sup>141</sup> ein Zustimmungserfordernis des Gesellschafters zu Beschlüssen, die den Kernbereich der Mitgliedschaft betreffen, ohne diese jedoch näher zu konkretisieren.

---

<sup>138</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III, S. 478

<sup>139</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III, S. 482

<sup>140</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III, S. 478 f.

<sup>141</sup> BGH, NJW 1985, 974

*Röttger*<sup>142</sup> kommt de facto zum selben Ergebnis. Auch er ordnet die unentziehbaren Gesellschafterrechte dem Kernbereich der Mitgliedschaft zu. Allerdings verfolgt er eine differenziertere Betrachtungsweise. Er sieht einen Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft nicht nur dann für gegeben, wenn ein mehrheitsfestes Recht unmittelbar geändert werden soll. Der Gesellschafter muss auch dann zustimmen, wenn Beschlüsse von wesentlicher Bedeutung für die Gesellschafterstellung allgemein getroffen werden. So stellt zum Beispiel der Zweck der Gesellschaft kein gesetzlich geschütztes Mitgliedschaftsrecht dar. Dennoch hat dessen Änderung wesentlichen Einfluss auf die Gesellschafterstellung. Ein Zustimmungserfordernis bestehe daher sowohl für Beschlüsse mit unmittelbarer Wirkung auf seine geschützte Rechtsposition, als auch für Beschlüsse, die sein Mitgliedschaftsrecht zwar nur mittelbar, aber gleichwohl schwerwiegend belasten.

*Weidlich*<sup>143</sup> ordnet die dem Gesellschafter zustehenden Mindestrechte zwei Kategorien zu: den unentziehbaren Schutzrechten, die bei jeder Gesellschafterstellung bestehen müssen und den mehrheitsfesten Mitgliedschaftsrechten, die zwar abgeändert werden können, dazu aber der Einwilligung des Betroffenen bedürfen. Welche dieser Schutzrechte jedoch in den Kernbereich der Mitgliedschaft fallen, vermag auch *Weidlich* nicht abschließend festzulegen. Zwar zieht er als übergeordnetes Abgrenzungskriterium alle Mitgliedschaftsrechte heran, die für den jeweiligen Gesellschaftsanteil bestimmend sind und ihm sein Gepräge geben<sup>144</sup>. Die mehrheitsfesten Mitgliedschaftsrechte zu katalogisieren, könne aber nur Anhaltspunkte für eine mögliche Kernbereichsrelevanz bieten. Letztendlich sei stets eine wertende Einzelfallbetrachtung nötig, welche die Gesamtumstände und die Gesellschaftsform berücksichtigt. Als Beispiel führt *Weidlich* die Aufnahme eines neuen Gesellschafters an. Bei einer Personengesellschaft, die insbesondere auf die Mitarbeit der Gesellschafter ausgelegt ist, stellt die Beschlussfassung eine den Kernbereich der Mitgliedschaft betreffende Maßnahme dar. Handelt es

---

<sup>142</sup> Kernbereichslehre, S. 98 ff.

<sup>143</sup> Weidlich, Testamentsvollstrecker, S. 43 ff.

<sup>144</sup> Weidlich, Testamentsvollstrecker, S. 43

sich dagegen um eine Publikums-KG, die von vorne herein auf einen ständigen Wechsel des Gesellschafterbestandes ausgelegt ist, liegt kein kernbereichsrelevanter Vorgang vor.

Auch Vertreter der Literatur, die in der Kernbereichslehre eine Schranke für die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers sehen, vermögen den Kreis der Maßnahmen, die ein Zustimmungserfordernis des Gesellschafters auslösen, nicht genau abzugrenzen. Sie subsumieren einhellig unter den Kernbereich der Mitgliedschaft „alle Rechte, die geeignet sind, die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst in ihrem Bestand zu erhalten“<sup>145</sup>. Allerdings sieht *Priester* den Gesellschafter durch die Kernbereichslehre nur vor Eingriffen geschützt, die gesetzlich normierte Gesellschafterrechte betreffen. Das Stimmrecht für satzungsändernde Beschlüsse, für die das Gesetz nicht explizit ein Zustimmungserfordernis vorsieht, kann auch auf Dritte übertragen werden<sup>146</sup>. Ist die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung auch gegen den Willen des einzelnen Gesellschafters gesetzlich normiert, lägen insoweit keine schützenswerten Interessen des Gesellschafters vor.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine einheitliche und abschließende Katalogisierung der Rechte, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft fallen, nicht vorliegt. *Muscheler*<sup>147</sup> hält dies gar für unmöglich, da die Definition im einzelnen von der jeweiligen Gesellschaftsstruktur abhängt. Dieser Auffassung schließt sich auch *Weidlich*<sup>148</sup> an, der trotz der bestehenden Versuche, einen Katalog der kernbereichsrelevanten Mitgliedschaftsrechte zu erstellen, eine Einzelfallprüfung für unabdingbar hält. Im Interesse der Rechtssicherheit muss der Kernbereich möglichst eng ausgelegt werden. Der herrschenden Literatur folgend unterliegen daher dem Schutz des Kernbereichs der Mitgliedschaft die unverzichtbaren und unentziehbaren Gesellschafterrechte. Dies gilt

---

<sup>145</sup> Quack, BB 1989, 2271, 2273; Mayer, ZIP 1990, 976, 978; Priester, FS Stimpel, 463, 482; Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch, Rn. 416

<sup>146</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 483; zustimmend auch Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 404

<sup>147</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, S. 505

<sup>148</sup> Weidlich, Testamentsvollstrecker, S. 44

unabhängig davon, ob es sich um eine unmittelbare oder mittelbarer Beeinträchtigung<sup>149</sup> handelt.

### 3. Relevanz der Kernbereichslehre für den Umwandlungsbeschluss

Auch wenn sich der Katalog der Gesellschafterrechte, die durch die Kernbereichslehre geschützt werden, nicht eindeutig abgrenzen lässt, ist sich die Literatur darüber einig, dass der Beschluss zur Umwandlung einer Gesellschaft in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreift. Als eine die Gesellschaftsstruktur ändernde Maßnahme lässt sich die Relevanz der Kernbereichslehre aus der allgemeinen Definition ihres Anwendungsbereiches ableiten<sup>150</sup>. Konkret wird ein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft durch einen Umwandlungsbeschluss zum Beispiel von *Weidlich*<sup>151</sup> und *Winkler*<sup>152</sup> bejaht.

## **C) Die Kernbereichslehre als Schranke für den Testamentsvollstrecker?**

### **I. Befürwortende Meinungen zur Anwendung der Kernbereichslehre im Rahmen der Testamentsvollstreckung**

#### 1. Argumentation

Die Vertreter der Literatur, welche die Kernbereichslehre als notwendiges Instrument zur Begrenzung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers befürworten, stellen zur Zeit die noch überwiegende Meinung<sup>153</sup> zu diesem äußerst kontrovers diskutierten Thema dar. Angesichts der wachsenden Zahl der Anhänger der Gegenmeinung, die in jüngster Zeit auch Unterstützung durch die Rechtsprechung<sup>154</sup> erfährt, kann momentan eine eindeutig herrschende Meinung nicht mehr statuiert werden. Im folgenden werden daher die Vertreter, die eine Anwendung der

---

<sup>149</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 80

<sup>150</sup> vgl. oben, Teil 2, B II; Lorz, FS Boujong, 319, 321

<sup>151</sup> Weidlich, MittBayNot 1996, 1, 2

<sup>152</sup> Haegeler/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 410a

Kernbereichslehre im Recht der Testamentsvollstreckung bejahen, als „befürwortende Meinung“ bezeichnet, die ablehnenden Vertreter als „Gegenmeinung“.

*Quack*<sup>155</sup> argumentiert wie folgt: Der Gesellschafter einer KG oder GmbH müsse durch die Kernbereichslehre davor geschützt werden, dass ihm seine elementaren Grundrechte entzogen werden. Ihr Verlust würde gleichzeitig zu einer Aufhebung des Charakters der Mitgliedschaft führen, die sich aus einer Vielzahl von Rechten und Pflichten zusammensetzt. Wenn diese elementaren Kernrechte nicht einmal durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag dem Gesellschafter entzogen werden können, dann könne auch eine Übertragung der Rechte auf den Testamentsvollstrecker nicht möglich sein. Die Mitgliedschaftsrechte, die dem Schutz der Kernbereichslehre unterliegen, könnten nur von dem Gesellschafter selbst „kraft eigenen Willens“ als deren Rechtsinhaber ausgeübt werden. *Quack* schließt damit zwingend den Testamentsvollstrecker von der Wahrnehmung unverzichtbarer und unentziehbarer Gesellschafterrechte aus. Daher muss, folgt man *Quack*, das Stimmrecht vom Gesellschafter selbst ausgeübt werden, wenn der Beschluss die Beendigung seiner Mitgliedschaft, die Verkürzung seiner Gewinn- oder Kapitalbeteiligung oder einen sonstigen gravierenden Eingriff zur Folge hätte. Mehrheitsfeste Mitgliedschaftsrechte, die einem Zustimmungsvorbehalt des Gesellschafters unterliegen, könnten jedoch grundsätzlich vom Gesellschaftererben auf den Testamentsvollstrecker übertragen werden. Enthält zum Beispiel der Gesellschaftsvertrag eine Klausel, in der die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung positiv geregelt ist, sei darin ein Verzicht des Gesellschafters auf die Ausübung seiner mehrheitsfesten Rechte zu sehen<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Dörrie, ZEV 1996, 370, 374

<sup>154</sup> LG Mannheim, ZEV 1999, 463 ff.

<sup>155</sup> Quack, BB 1989, 2271, 2273 f

<sup>156</sup> Quack, BB 1989, 2271, 2273

Auch *Priester*<sup>157</sup> gesteht dem Gesellschafter einen unabdingbaren Kern von Mitwirkungsbefugnissen zu: Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft dürften nur mit seiner Zustimmung erfolgen. Würde man ihm seine durch die Kernbereichslehre geschützten Rechte vollständige entziehen, käme dies einer Entmündigung des Gesellschafters gleich. Dies sei mit dem persönlichen Charakter der Gesellschafterstellung – der sich sowohl in der Beteiligung an einer Personengesellschaft als auch an einer Kapitalgesellschaft widerspiegelt – nicht vereinbar<sup>158</sup>. Das vielfach von der Gegenmeinung<sup>159</sup> angeführte Argument, wenn der Testamentsvollstrecker schon zum Verkauf des Gesellschaftsanteils befugt sei, dann müsse ihm auch ein weniger einschneidender Schritt wie dessen Inhaltsänderung erlaubt sein, hält *Priester* für nicht stichhaltig. Eine Veräußerung des Gesellschaftsanteils hätte eine weniger belastende Wirkung für den Erben zur Folge, da der Testamentsvollstrecker hier der Kontrolle des § 2205 S. 3 BGB unterliegt. Danach ist der Testamentsvollstrecker verpflichtet, ein adäquates Entgelt zu erzielen. Es könnte sich wesentlich nachteiliger für den Gesellschaftererben auswirken, den Inhalt der Gesellschafterstellung zu verändern, als sie bei entsprechendem Vermögensausgleich vollständig aufzugeben<sup>160</sup>.

*Eschelbach*<sup>161</sup> befürwortet die Notwendigkeit der Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre unter folgendem Aspekt: Für den Gesellschaftererben sei es im Ergebnis unerheblich, ob er selbst direkt von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen oder ob das Stimmrecht vom Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit ausgeübt werde. In beiden Fällen bleibe es ihm versagt, tatsächlich an der Beschlussfassung mitzuwirken. Die Kernbereichslehre solle aber gerade die persönliche Mitwirkung des Gesellschafters an der Beschlussfassung sichern, um ihm

---

<sup>157</sup> *Priester*, FS Stimpel, 463, 481 ff

<sup>158</sup> *Priester*, FS Stimpel, 463, 484

<sup>159</sup> MünchKomm/Ulmer, BGB, § 705/Rn. 89; Muscheler, Haftungsanordnung, S. 507

<sup>160</sup> *Priester*, FS Stimpel, 463, 482

<sup>161</sup> *Eschelbach*, Testamentsvollstreckung, S. 99 ff

die Möglichkeit zu geben, willkürliche Verletzungen seiner Interessen zu verhindern<sup>162</sup>.

*Weidlich*<sup>163</sup> sieht ein mögliches Konfliktpotential für das Verhältnis Testamentsvollstreckung – Kernbereichslehre von vorne herein nur bezüglich der Mitgliedschaftsrechte, die dem Gesellschafter zwingend zustehen müssen. Der Gesellschaftererbe werde nicht unzulässig beschwert, soweit der Testamentsvollstrecker Mitgliedschaftsrechte ausübt, die durch gesellschaftsvertragliche Regelungen oder Mehrheitsentscheidungen abgedungen werden können. Ist dagegen die Zustimmung des Erben zwingend für eine Beschlussfassung vorgeschrieben, erfordere die Erhaltung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des Gesellschaftererben, dass die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre begrenzt wird. Würde der Erbe in diesen Belangen von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen, bestünde die Gefahr, dass er sich dem Gesellschaftsverband stärker unterordnen muss, als er beabsichtigt hatte. Der Gesellschaftererbe solle aber grundsätzlich selbst entscheiden dürfen, in welchem Umfang er durch die Eingliederung in die Gesellschaft beschränkt werden soll<sup>164</sup>. *Weidlich* hält die Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre auch mit den erbrechtlichen Grundsätzen für vereinbar: § 2208 Abs.1 S.1 BGB eröffne ausdrücklich die Möglichkeit, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers einzuschränken. Diese Beschränkung müsse nicht ausdrücklich durch eine Anordnung des Erblassers erfolgen, sondern könne sich auch aus dessen Willen ergeben. Ebenso lasse sich § 2211 Abs.1 BGB nicht entnehmen, dass die Verfügungsbefugnis zwingend entweder nur dem Erben oder dem Testamentsvollstrecker zustehe. Dies weise darauf hin, dass die Verfügungen des Testamentsvollstreckers von der Zustimmung des Erben abhängig gemacht werden können<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> Eschelbach, Testamentsvollstreckung, S. 100

<sup>163</sup> Weidlich, Testamentsvollstrecker, S. 46

<sup>164</sup> Weidlich, Testamentsvollstrecker, S. 48

<sup>165</sup> Weidlich, Testamentsvollstrecker, S. 70

Ulmer<sup>166</sup> geht stillschweigend unter Verweis auf *Priester* davon aus, dass die Kernbereichslehre für die Testamentsvollstreckung an GmbH-Anteilen anwendbar ist und überträgt diese Behauptung im Wege des „Erst-Recht-Schlusses“ auf Kommanditbeteiligungen. Weitere Literaturstimmen<sup>167</sup> führen für die Einschränkung der Verfügungsmacht durch die Kernbereichslehre keine weitergehende Begründung an. Sie verweisen im wesentlichen auf oben aufgeführte Quellen.

## 2. Folgen der Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre

### 2.1 Alleinzuständigkeit des Gesellschaftererben

Für Beschlüsse, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, hält eine Mindermeinung in der Literatur den Gesellschaftererben für allein zuständig: Würde man dem Testamentsvollstrecker und dem Gesellschaftererben eine gemeinsame Entscheidungsbefugnis zugestehen, bestünde bei divergierenden Entscheidungen eine Rechtsunsicherheit, die den Mitgesellschaftern nicht zumutbar sei<sup>168</sup>. Darüber hinaus sei die Beteiligung des Testamentsvollstreckers am Entscheidungsprozeß nicht mit dem Grundsatz der Unentziehbarkeit der Kernrechte in Einklang zu bringen<sup>169</sup>.

### 2.2 Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe

Der überwiegende Teil der Literatur<sup>170</sup>, der sich für die Einschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre ausspricht, befürwortet die Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe in kernbereichsrelevanten Fragen. Verfahrenstechnisch verbleibt dabei das Stimmrecht beim Testamentsvollstrecker. Er übt es bei der Beschlussfassung tatsächlich aus.

---

<sup>166</sup> Ulmer, NJW 1990, 75, 78 ff

<sup>167</sup> Mayer, ZIP 1990, 976, 978; Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 122, 129, 141; Schmidt, Handelsrecht, § 35 II, S. 1054; Dehmer, UmwG, § 17/Nr. 4 cc

<sup>168</sup> Quack, BB 1989, 2271, 2273

<sup>169</sup> Eschelbach, Testamentsvollstreckung, S. 106

<sup>170</sup> Weidlich, ZEV 1994, 205, 208; Priester, FS Stimpel, 463, 484; Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 370; Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 122; Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch, Rn. 417

Daneben ist aber eine Zustimmung des Erben notwendig<sup>171</sup>. Dies garantiert, dass die Interessen beider Parteien berücksichtigt werden. Der Erbe kann so eine Umgestaltung seiner Gesellschafterstellung gegen seinen Willen verhindern. Auf der anderen Seite wird sichergestellt, dass sich der Erbe nicht über den Willen des Testamentsvollstreckers und damit auch den des Erblassers hinwegsetzen kann. Erfolgt keine Einigung, kommt der Beschluss nicht wirksam zustande<sup>172</sup>.

### 2.3 Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers

Selbst wenn Maßnahmen in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, wird dem Testamentsvollstrecker in gewissen Situationen die alleinige Entscheidungsbefugnis zugestanden.

So sollen dem Testamentsvollstrecker Beschlüsse, die zu einer Leistungsmehrung des Gesellschaftererben führen, ohne Zustimmung des Erben möglich sein, soweit diese Belastung vollständig aus dem Nachlass beglichen werden kann. Hier sehen Literatur<sup>173</sup> und Rechtsprechung<sup>174</sup> den Gesellschaftererben ausreichend durch §§ 2205, 2216 BGB geschützt. Verpflichtungen über den Nachlass hinaus bleiben ihm erspart. Zudem berge gerade eine Beschränkung des Testamentsvollstreckers im Bereich der Durchführung von Umwandlungsmaßnahmen ein erhebliches Konfliktpotential. Sie sind oft wirtschaftlich geboten oder vom Erblasser angeordnet. Es wäre für den Testamentsvollstrecker nicht mit dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Geschäftsführung (§ 2216 BGB) vereinbar, wenn er hier von der Entscheidungsbefugnis ausgeschlossen wäre<sup>175</sup>.

Mangels klarer Abgrenzungskriterien für den Kernbereich der Mitgliedschaft schlägt *Ulmer*<sup>176</sup> vor, die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nur dann einzuschränken, wenn die Beschlussfassung nach Art

---

<sup>171</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn. 177

<sup>172</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 484; Mayer, ZIP 1990, 976, 978

<sup>173</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 147; Haegeler/Winkler, TV, Rn. 402, 404

<sup>174</sup> BayObLG, NJW 1976, 1692 ff

<sup>175</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 147

<sup>176</sup> Ulmer, NJW 1990, 75, 80

und Umfang geeignet ist, auch nach Beendigung der Testamentsvollstreckung die Gesellschafterstellung des Erben unmittelbar zu ihrem Nachteil zu verändern. Für die Dauer der Testamentsvollstreckung müsse der Erbe sowieso die Beschränkung seiner Rechte durch den Testamentsvollstrecker akzeptieren.

Schließlich erfährt das Prinzip der Doppelzuständigkeit eine weitere Einschränkung durch die restriktive Auslegung des Begriffs Kernbereich der Mitgliedschaft. So wird eine Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers zur Vornahme von Satzungsänderungen von *Priester* bejaht<sup>177</sup>, wenn das Gesetz für die entsprechende Änderung nicht an eine besondere Zustimmung des Gesellschafters anknüpft. Dies würde zum Beispiel dem Testamentsvollstrecker die Zustimmung zu einer formwechselnden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft ermöglichen, soweit der Gesellschafter die Stellung eines Kommanditisten erhält. § 233 Abs. 2 UmwG sieht für die Fassung des Umwandlungsbeschlusses lediglich eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der anwesenden Gesellschafter vor.

## **II. Ablehnende Meinung zur Anwendung der Kernbereichslehre im Rahmen der Testamentsvollstreckung**

### **1. Argumentation**

Die Gegenmeinung – der sich erstmals auch die Rechtsprechung<sup>178</sup> angeschlossen hat – hält die Übertragung der Kernbereichslehre auf die Testamentsvollstreckung als Instrument zur Einschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers für unzulässig. Sie ist der Ansicht, dass der Gesellschaftererbe nicht durch die Kernbereichslehre geschützt werden muss. Er sei durch die Vorschriften des Erbrechts ausreichend gegen unzumutbare Eingriffe in seine Mitgliedschaftsrechte abgesichert.

---

<sup>177</sup> *Priester*, FS Stimpel, 463, 482

<sup>178</sup> LG Mannheim, ZEV 1999, 443 ff.

Ausführlich begründet diese Ansicht *Hehemann*<sup>179</sup>. Er stellt zum einen darauf ab, dass sich das Schutzziel der Kernbereichslehre nicht auf das Verhältnis Testamentsvollstrecker – Erbe übertragen lasse. Die Kernbereichslehre wurde als Institut des Minderheitenschutzes zum Schutz des Gesellschafters vor Beeinträchtigungen durch die Mitgesellschafter entwickelt. Im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker sei der Rechtsgedanke des Minderheitenschutzes aber nicht anwendbar. Es gehe „nicht um den Willen der Mehrheit, sondern um den Willen des Erblassers“<sup>180</sup>. Zum anderen schränke der Testamentsvollstrecker den Bestand der Rechte des Kernbereichs der Mitgliedschaft der Erben nicht ein. Vielmehr führe die Anordnung der Testamentsvollstreckung nur dazu, dass der Erbe durch den Testamentsvollstrecker vollständig aus seiner Rechtsstellung verdrängt werde. Der Testamentsvollstrecker übe die mit dem Nachlass verbundenen Rechte und Pflichten (§§ 2209, 2211 BGB) nur für den Erben aus. Vor einer Beeinträchtigung seiner Rechte sei der Erbe ausreichend durch §§ 2205 S.3, 2216, 2219, 2227 BGB geschützt. Eine zusätzliche Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre sei nicht geboten. Hätte der Erblasser beabsichtigt, gewisse Bereiche von der Verwaltung des Testamentsvollstreckers auszunehmen, könnte er dies im Wege eines Vorausvermächtnisses (§ 2150 BGB) bewerkstelligen. Auch stehe es dem Erben frei, sich der umfassenden Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers unterzuordnen. Schließlich habe er die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen.

*Brandner*<sup>181</sup> argumentiert in dieselbe Richtung. Er sieht ebenfalls keine rechtliche Grundlage im Bereich des Erbrechts, die eine Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers über die dingliche Schranke des § 2205 S. 3 BGB rechtfertigen würde. Der Rechtsgedanke des Minderheitenschutzes sei im Rahmen der Testamentsvollstreckung nicht anwendbar. Nimmt der Erbe die Erbschaft in Kenntnis der angeordneten

---

<sup>179</sup> Hehemann, BB 1995, 1301 ff

<sup>180</sup> Hehemann, BB 1995, 1301, 1309

<sup>181</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 32, 35a, 38; Brandner, FS Kellermann, 37, 45 f

Testamentsvollstreckung an, so begibt er sich freiwillig unter die Herrschaft des Testamentsvollstreckers.

Daneben sehen *Lorz*<sup>182</sup> und *Ulmer*<sup>183</sup> – der sich entgegen früherer Ansicht<sup>184</sup> inzwischen der Gegenmeinung angeschlossen hat – einen weiteren Widerspruch, wenn der Testamentsvollstrecker durch die Kernbereichslehre in seinen Befugnissen beschnitten wird: Ist dem Testamentsvollstrecker die Veräußerung eines Gesellschaftsanteils als Ganzes in alleiniger Zuständigkeit erlaubt, dann müsse er erst Recht zu weniger einschneidenden Maßnahmen befugt sein.

*Muscheler*<sup>185</sup> hält aus oben genannten Gründen den Testamentsvollstrecker in kernbereichsrelevanten Fragen ebenfalls für allein entscheidungsbefugt. Die von *Priester*<sup>186</sup> vorgetragene Besonderheit der personenrechtlichen Beziehungen und Bindungen einer Mitgliedschaft würden kein Schutzbedürfnis des Gesellschaftererben fordern. Vielmehr verursache diese Besonderheit ein Schutzbedürfnis der Mitgesellschafter vor der Einbeziehung des Testamentsvollstreckers in die Gesellschaft. Bei einer Personengesellschaft sei diesem mit der Zustimmung der Mitgesellschafter zur Testamentsvollstreckung ausreichend gedient. Die Kernbereichslehre vermöge auch nicht zu klären, warum ausnahmsweise für die Verwaltung von Gesellschaftsbeteiligungen die absolute Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers (§§ 2209, 2211 BGB) durchbrochen werden soll. Daneben würde der Testamentsvollstrecker bei der Anordnung einer „echten“ Testamentsvollstreckung schlechter gestellt sein, als bei dem Umweg über die Treuhandlösung. Bei dieser scheitere ein Schutz des Gesellschaftererben durch die Kernbereichslehre<sup>187</sup>. Der Testamentsvollstrecker nimmt hier nicht nur die Rechte aus dem Gesell

---

<sup>182</sup> Lorz, FS Boujong, 319, 325 ff

<sup>183</sup> MünchKomm/Ulmer, BGB, § 705/Rn. 89

<sup>184</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 79

<sup>185</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, S. 504 ff

<sup>186</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 481

<sup>187</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, S. 506

schaftsanteil für den Erben wahr, sondern wird selbst Gesellschafter<sup>188</sup> und damit persönlich Inhaber der Rechte des Kernbereichs der Mitgliedschaft. Auch dürfe die Berücksichtigung des Erblasserwillens nicht vernachlässigt werden. Würde dieser eine Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers wünschen, so könne er diese problemlos herbeiführen, indem er die Testamentsvollstreckung auf einen bestimmten Teil des Nachlasses begrenzt (§ 2208 Abs. 1 BGB).

Auch *Mayer*<sup>189</sup> hält die Kernbereichslehre im Bereich der Testamentsvollstreckung für unanwendbar. Ihre Übertragung aus dem Gesellschaftsrecht auf die Testamentsvollstreckung lasse sich dogmatisch nicht rechtfertigen. Außerdem bestehe auch gar keine Notwendigkeit, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre einzuschränken, da der Gesellschaftererbe durch die erbrechtlichen Vorschriften der §§ 2205 S.3, 2206, 2216, 2218, 2219 BGB ausreichend geschützt sei.

Schließlich gibt *Dörrie*<sup>190</sup> neben den bereits geschilderten Argumenten zu bedenken, dass es auch dem Testamentsvollstrecker nicht möglich ist, auf die zwingenden Gesellschafterrechte zu verzichten. Wenn dies schon dem Gesellschafter selbst nicht möglich ist, kann der Verzicht auch nicht durch einen mit der Verwaltung des Gesellschaftsanteils betrauten Dritten erfolgen. Damit sei zumindest der engste Kreis der elementaren Mitgliedschaftsrechte geschützt.

Die Rechtsprechung hat mit der Entscheidung des LG Mannheim<sup>191</sup> vom 10.11.1998 erstmals zu der Frage Stellung genommen, inwieweit der Testamentsvollstrecker innerhalb seiner Verfügungsbefugnis des § 2205 BGB berechtigt ist, unter Ausschluss der Erben Entscheidungen zu treffen, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen. Die Urteilsbegründung stellt im wesentlichen<sup>192</sup> eine Zusammenfassung der oben

---

<sup>188</sup> Hehemann, BB 1995, 1301, 1310

<sup>189</sup> Mayer/Bonfeld/Daragan, Praxishandbuch, RN. 416

<sup>190</sup> Dörrie, Testamentsvollstreckung, S. 123

<sup>191</sup> LG Mannheim, ZEV 1999, 443 f.

<sup>192</sup> Begründung stark angelehnt an Hehemann, BB 1995, 1301 ff.

dargestellten Literaturmeinungen dar. Die Kammer kommt zu dem Ergebnis, dass die Kernbereichslehre als Instrument des Minderheitenschutzes nicht auf die Testamentsvollstreckung übertragen werden kann. Der Testamentsvollstrecker übe die Rechte aus dem Gesellschaftsanteil für den Erben aus. Letzterer sei durch die Regularien des Erbrechts ausreichend geschützt. Auch die Tatsache, dass der Testamentsvollstrecker die Möglichkeit besitzt, den Gesellschaftsanteil zu veräußern, spreche gegen eine Beschneidung seiner Befugnisse für weniger einschneidende Maßnahmen. Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft dürften jedoch nicht zu einer persönlichen Haftung des Erben führen.

## 2. Folgen für die Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers

### 2.1 Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers

Die Vertreter der Gegenmeinung sprechen dem Testamentsvollstrecker die alleinige Entscheidungsbefugnis für alle Angelegenheiten zu, die mit der Verwaltung des Gesellschaftsanteils zusammenhängen. Dies gelte auch dann, wenn die Entscheidung Rechte des Erben berühren, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft fallen<sup>193</sup>.

### 2.2 Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe

Eine Zustimmung des Erben ist nur für die Fälle erforderlich, in denen der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers auch durch erbrechtliche Vorschriften Grenzen gesetzt sind. Damit scheiden zum Beispiel unentgeltliche Verfügungen (§ 2205 S. 3 BGB) des Testamentsvollstreckers oder die persönliche Verpflichtung des Erben (§ 2216 BGB) aus. Eine Doppelzuständigkeit für Angelegenheiten, welche die elementarsten Grundrechte des Gesellschaftererben betreffen, sei aus Gründen der Rechtssicherheit und dem Erfordernis einer klaren Zuständigkeitsverteilung abzulehnen<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Lorz, FS Boujong, 319, 334; Dörrle, ZEV 1996, 370, 376

<sup>194</sup> Brandner, FS Kellermann, 37, 46

### III. Eigene Stellungnahme

#### 1. Fehlende Rechtfertigung eines beim Erben verbleibenden Zustimmungsrechtes aus der Kernbereichslehre

##### 1.1 Generelle Anwendbarkeit der Kernbereichslehre im Recht der Testamentsvollstreckung trotz fehlender Normierung

Das Erbrecht enthält keine Regelung, die eine Beteiligung des Erben an Entscheidungen, die sich auf den Kernbereich der Mitgliedschaft auswirken, vorschreibt. Diese Argumentation der Gegenmeinung<sup>195</sup> ist zutreffend, wird aber von der befürwortenden Meinung auch gar nicht bestritten. Allein die Tatsache, dass ein derartiges Mitspracherecht im Bereich des Erbrechts keinen Niederschlag im Gesetz gefunden hat, schließt die Existenz eines Zustimmungsvorbehaltes des Erben zu Maßnahmen des Testamentsvollstreckers, die Kernrechte berühren, noch nicht aus.

Auch im Gesellschaftsrecht ist das Zustimmungsrecht des Gesellschafters für Angelegenheiten, die den Kernbereich der Mitgliedschaft betreffen, nicht normiert. Nachdem Rechtsprechung<sup>196</sup> und Literatur<sup>197</sup> die Notwendigkeit des Schutzes eines unantastbaren Bereichs von Mitgliedschaftsrechten erkannt hatten, wurde im Wege der Rechtsfortbildung ein Zustimmungserfordernis des Gesellschafters für bestimmte Beschlüsse eingeführt. Auch ohne gesetzliche Normierung stellt die Kernbereichslehre als Ergebnis einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung eine normative Grundlage dar, aus der sich Rechte und Pflichten ableiten lassen<sup>198</sup>. Über den Bestand des Kernbereichs der Mitgliedschaft und das Erfordernis seines Schutzes sind sich sowohl die befürwortende Meinung als auch die Gegenmeinung einig. Zwar wurde die Kernbereichslehre als Instrument des Minderheitenschutzes entwickelt, um den Minderheitsgesellschafter vor willkürlichen Eingriffen in seine Kernrechte durch die Mehrheit zu schützen. Der Kernbereichslehre selbst lässt sich aber nicht entnehmen, dass dieser Schutz nur gegenüber Beeinträchti-

---

<sup>195</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, S. 576; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn.

<sup>196</sup> BGHZ 20, 363 ff

<sup>197</sup> vgl. oben, Teil 2 B I 2

<sup>198</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 375

gungen durch die Mitgesellschafter bestehen soll. Vielmehr garantiert die Kernbereichslehre dem Gesellschafter ein Zustimmungsrecht für alle Fälle, in denen seine Kernrechte beeinträchtigt werden. Dass dabei Beeinträchtigungen durch Mitgesellschafter gemeint sind, liegt zwar nahe, ist jedoch nicht zwingend. Dies kann der Argumentation *Muschelers*<sup>199</sup> entgegengehalten werden, der keinen einleuchtenden Grund erkennen kann, warum eine Lehre, die vor dem Erbfall den Erblasser vor dem Willen der Mitgesellschafter schützt, nach dem Erbfall den Erben vor den Anordnungen des Erblassers schützen soll.

Darüber hinaus ist die Kernbereichslehre auch nicht als Minderheitenschutz im wörtlichen Sinn zu verstehen. Diese Auslegung würde dazu führen, dass nur Gesellschafter, deren Beteiligung unterhalb der Sperrminorität liegt, unter den Schutz der Kernbereichslehre fallen. Die mehrheitsfesten Rechte, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft fallen, können aber keinem Gesellschafter – unabhängig von seiner Beteiligungsgröße – ohne seine Zustimmung entzogen werden<sup>200</sup>. Daher ist die Kernbereichslehre zwar als Instrument des Minderheitenschutzes zu verstehen. Sie dient aber nicht nur dem Minderheitsgesellschafter zum Schutz vor Eingriffen in seine Kernrechte. Die Argumentation, die Kernbereichslehre sei auf das Recht der Testamentsvollstreckung nicht übertragbar, da der Minderheitenschutz in diesem Bereich keine Anwendung finde<sup>201</sup>, geht insoweit fehl.

Deshalb ist es grundsätzlich nicht abwegig, dem Gesellschaftererben ein aus der Kernbereichslehre abgeleitetes, generelles Zustimmungsrecht – auch gegenüber dem Testamentsvollstrecker – einzuräumen, sobald Beschlüsse zu treffen sind, die den Kernbereich der Mitgliedschaft berühren.

---

<sup>199</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, S. 507

<sup>200</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III, S. 475

<sup>201</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 32; Hehemann, BB 1995, 1301, 1309

## 1.2 Das Zustimmungsgeschäft unterliegt der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

Dennoch kann die Kernbereichslehre die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers nicht einschränken. Die Kernbereichslehre garantiert dem Gesellschafter den Bestand der Kernrechte nur insoweit, als es sich um den Kreis der zwingenden Mitgliedschaftsrechte handelt. Da diese Rechte aber generell, selbst mit ausdrücklicher Zustimmung des Gesellschafters nicht abdingbar sind<sup>202</sup>, kann auch der Testamentsvollstrecker sie nicht beschneiden. Insofern kann der Testamentsvollstrecker die unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechte unproblematisch wahrnehmen. Ihre Beeinträchtigung durch den Testamentsvollstrecker ist ausgeschlossen. Soweit es sich um mehrheitsfeste Mitgliedschaftsrechte handelt, manifestiert die Kernbereichslehre nur ein Zustimmungsgeschäft des Gesellschafters für derartige Beschlüsse. Dieses Zustimmungsgeschäft als solches geht dem Gesellschaftererben mit Anordnung der Testamentsvollstreckung auch nicht verloren. Der Testamentsvollstrecker verdrängt den Gesellschaftererben nur aus seiner Rechtsstellung (§§ 2209, 2211 BGB). Unter Ausschluss des Erben nimmt er im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit alle Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsanteil für ihn wahr<sup>203</sup>. Dazu zählt auch das aus der Kernbereichslehre resultierende Zustimmungsgeschäft. Dem steht weder das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot noch eine unzulässige Übertragung des Zustimmungsgeschäfts auf den Testamentsvollstrecker entgegen.

### 1.2.1 Kein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot

Das Abspaltungsverbot verbietet es, einzelne Mitgliedschaftsrechte auf außenstehende Dritte zu übertragen. Es widerspricht den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen<sup>204</sup>, die Mitgliedschaft in einzelne Gesellschafterrechte zu zerlegen und diese isoliert auf mehrere Personen zu verteilen. Die Mitgliedschaftsrechte sind zwingend und untrennbar mit dem jeweiligen Gesellschaftsanteil verbunden<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 96

<sup>203</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205 / Rn. 6, MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 4, 32

<sup>204</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 119/Rn. 19 f, § 109/Rn. 16

<sup>205</sup> Lutter, GmbHG, § 47/Rn. 2

Eine Übertragung des Stimmrechts vom Erben auf den Testamentsvollstrecker findet aber gerade nicht statt. Im Fall der angeordneten Testamentsvollstreckung bleibt der Erbe Gesellschafter. Sie führt nur dazu, dass Rechtsinhaberschaft und Rechtsausübung auseinander fallen. Es findet kein rechtsgeschäftlicher – von der Gesellschafterstellung losgelöster – Übergang von Mitgliedsbefugnissen statt, sondern der „Rechtsinhaber wird auf kodifizierten Bahnen in der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ersetzt“<sup>206</sup>. Der Erbe bleibt also als Gesellschafter Inhaber sämtlicher Mitgliedschaftsrechte, die aufgrund der §§ 2209, 2211 BGB vom Testamentsvollstrecker wahrgenommen werden. Die bloße Ausübung von Gesellschaftsrechten ist generell auch durch Dritte, zum Beispiel im Wege der Vertretung, erlaubt<sup>207</sup>.

### 1.2.2 Übertragbarkeit des Zustimmungsrechtes

Das Zustimmungsrecht ist nicht höchstpersönlicher Natur. Dies würde einer Ausübung durch den Testamentsvollstrecker entgegenstehen. Höchstpersönliche Rechte unterliegen nicht der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers<sup>208</sup>.

Spräche man dem aus der Kernbereichslehre abgeleitete Zustimmungsrecht des Gesellschafters einen höchstpersönlichen Charakter zu, entfielen von vorne herein die Möglichkeit, es zu vererben. Höchstpersönliche Rechte können nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) übertragen werden<sup>209</sup>. Systematisch handelt es sich bei dem Zustimmungsrecht um ein mit der Mitgliedschaft verbundenes subjektives Recht<sup>210</sup>. Daher ist das Zustimmungsrecht nicht an der Person des Gesellschafters selbst festzumachen, sondern mit der Mitgliedschaft zu verknüpfen. Da die Mitgliedschaft beziehungsweise der Gesellschaftsanteil selbst vererblich sind, gilt dies auch für das mit dem Gesellschaftsanteil

---

<sup>206</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 471

<sup>207</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 119/Rn. 20

<sup>208</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 17; Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 5

<sup>209</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 1922/Rn. 40

<sup>210</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 171

verbundene Zustimmungsgesellschaft. Einer vom Gesellschaftsanteil getrennten Vererbung würde auch das Abspaltungsverbot<sup>211</sup> entgegenstehen.

Zu den höchstpersönlichen Rechten zählen auch die Rechte, die mit Eintritt des Erben in die Rechtsposition des Erblassers fortwirken und deren Ausübung aufgrund ihrer persönlichen Natur nur dem Erben möglich ist<sup>212</sup>. Auch sie können nicht der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker unterstellt werden<sup>213</sup>. Eine derartige Verknüpfung mit der Person des Erben ist nicht ersichtlich. Zwar bezeichnet *Hopt*<sup>214</sup> das Stimmrecht als eines der wichtigsten Gesellschafterrechte, das höchstpersönlich ist und nicht übertragen werden kann. Die Höchstpersönlichkeit ist aber dahingehend zu verstehen, dass das Stimmrecht untrennbar mit dem Gesellschaftsanteil verbunden ist<sup>215</sup>. Wenn der mit der Stellung des Testamentsvollstreckers vergleichbare gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen mitgliederschaftliche Verwaltungsrechte wie das Stimmrecht für diesen wahrnehmen kann<sup>216</sup>, so muss dies auch für den Testamentsvollstrecker im Bezug auf das Zustimmungsgesellschaftsrecht des Erben gelten. Auch der Kernbereichslehre selbst lässt sich nicht entnehmen, dass das Zustimmungsgesellschaftsrecht durch den Gesellschafter persönlich ausgeübt werden muss.

Eine Ausnahme ist nur geboten, wenn im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung vorgesehen ist, dass Mitgliedschaftsrechte höchstpersönlich durch den Gesellschafter ausgeübt werden müssen<sup>217</sup>. Ist dies nicht der Fall, obliegt ihre Wahrnehmung dem Testamentsvollstrecker. Ein Ausschluss des Testamentsvollstreckers von der Verwaltung eines Mitgliedschaftsrechtes wegen dessen höchstpersönlicher Natur ist nur dann angebracht, wenn dieses auch von einem Dritten im Wege einer rechtsgeschäftlichen Vertretung nicht ausgeübt werden könnte<sup>218</sup>.

---

<sup>211</sup> vgl. Teil 2, C III 1.2.1

<sup>212</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 17

<sup>213</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 9

<sup>214</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 119/Rn. 5

<sup>215</sup> vgl. vgl. Teil 2, C III 1.2.1

<sup>216</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 105/Rn. 27

<sup>217</sup> Priester, FS für Stimpel, 463, 471

<sup>218</sup> Brandner, FS Kellermann, 37, 45

Damit kann aus der Kernbereichslehre nicht direkt die fehlende Übertragbarkeit des Zustimmungsvorbehalts des Gesellschaftererben auf den Testamentsvollstrecker abgeleitet werden. Die Kernbereichslehre garantiert dem Gesellschafter lediglich ein im Wege der Rechtsfortbildung entwickeltes, nicht gesetzlich normiertes Mitgliedschaftsrecht in Form des Zustimmungsvorbehalts für kernbereichsrelevante Beschlüsse. Die Ausübung dieses Zustimmungsvorbehalts geht mit Anordnung der Testamentsvollstreckung auf den Testamentsvollstrecker über, da dem Testamentsvollstrecker ausschließlich die Verwaltung des Nachlasses obliegt. Eine Ausnahme ergibt sich nur, wenn Satzung oder Gesellschaftsvertrag die Zustimmung durch den Gesellschafter persönlich vorschreiben.

2. Keine Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Kernbereichslehre

Aus der Kernbereichslehre direkt ergibt sich damit kein den Testamentsvollstrecker von seiner Verwaltungsbefugnis ausschließendes Zustimmungsvorbehalt des Erben für kernbereichsrelevante Maßnahmen. Das Zustimmungsvorbehalt des Erben unterliegt – wie oben ausgeführt – ebenfalls der Testamentsvollstreckung. Fraglich ist, ob die Kernbereichslehre den erbrechtlichen Grundsatz, dass der Testamentsvollstrecker den Erben aus seiner Rechtsposition verdrängt und die mit dem Nachlass verbundenen Rechte für ihn wahrnimmt<sup>219</sup>, durchbrechen kann. Nur so ließe sich ein beim Gesellschaftererben verbleibendes Zustimmungsvorbehalt in kernbereichsrelevanten Bereichen begründen. Es ist daher zu untersuchen, ob die im Bereich des Gesellschaftsrechts aus der Kernbereichslehre abgeleiteten Folgen auch auf das Institut der Testamentsvollstreckung übertragbar sind. Dies könnte im Wege der analogen Anwendung der Kernbereichslehre oder allgemein aufgrund der Übernahme von Rechtsgedanken und Strukturprinzipien der Kernbereichslehre im Wege der Rechtsfortbildung geschehen. Eine Untersuchung dieser Möglichkeiten zeigt jedoch, dass beide Alternativen nicht zu einer Einschränkung der

---

<sup>219</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 6

Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre führen.

## 2.1 Keine analoge Anwendung der Kernbereichslehre im Recht der Testamentsvollstreckung

Analogien erfordern eine Gesetzeslücke, eine vergleichbare Interessenlage sowie einen Rechtfertigungsgrund für die analoge Anwendung<sup>220</sup>. Die erste grundlegende Voraussetzung für die analoge Anwendung eines Rechtssatzes, das Fehlen einer gesetzlichen Regelung, trifft für den Ausschluss des Testamentsvollstreckers von Beschlussfassungen für kernbereichsrelevante Maßnahmen zu. Aus der fehlenden Normierung des Schutzes der Mitgliedschaftsrechte vor Eingriffen des Testamentsvollstreckers im Erbrecht kann aber nicht automatisch eine Übertragung der Kernbereichslehre zur Einschränkung seiner Verfügungsmacht abgeleitet werden. Nicht jede faktische Lücke im Gesetz kann durch die Übertragung eines Rechtssatzes geschlossen werden<sup>221</sup>. Dazu bedarf es weiterer Voraussetzungen.

Eine analoge Anwendung der Kernbereichslehre scheitert aber schon daran, dass die Kernbereichslehre selbst nicht analogiefähig ist. Die Analogie dient dazu, planwidrige Gesetzeslücken zu schließen. Dies bedeutet, es muss eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem Anwendungsfall und dem Normzweck der Vorschrift, die analog angewendet werden soll, bestehen<sup>222</sup>. Analogiefähig sind daher nur Vorschriften im Sinne von gesetzlich normierten Regelungen<sup>223</sup>. Die Kernbereichslehre ist jedoch gesetzlich nicht normiert, sondern das Ergebnis einer Rechtsfortbildung<sup>224</sup>. Ihr fehlt damit die Qualität einer Gesetzesbestimmung.

---

<sup>220</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 389; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202 ff.

<sup>221</sup> Larenz/Canaris, S. 191 ff

<sup>222</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 386, 389; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202 ff

<sup>223</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 380, 453; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 203

<sup>224</sup> vgl. Teil 2, B. I

## 2.2 Keine Ausdehnung der Rechtsfortbildung Kernbereichslehre auf das Institut der Testamentsvollstreckung

Fehlen notwendige Rechtsnormen und sind analogiefähige Vorschriften nicht vorhanden, besteht bisweilen trotzdem aufgrund eines gegebenen Entscheidungszwanges die Notwendigkeit, eine Rechtsgrundlage für bestimmte – nicht nur auf den Einzelfall bezogene – Bereiche zu schaffen<sup>225</sup>. Dies kann im Wege der Rechtsfortbildung geschehen. Voraussetzung für eine Rechtsfortbildung bzw. Rechtsergänzung ist – wie bei der Analogie – das Fehlen einer gesetzlichen Regelung. Dabei entfällt hier das Erfordernis der planwidrigen Lücke, da es für den Bereich, auf den die Rechtsergänzung angewendet werden soll, gerade keine gesetzlichen Vorschriften gibt<sup>226</sup>. Eine Rechtsergänzung ist daher zulässig, wenn einerseits keine gesetzliche Regelung vorliegt, andererseits zwingende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die Natur der Sache oder grundlegende Rechtsprinzipien eine Rechtsfortbildung über das geschriebene Recht erfordern<sup>227</sup>. Derartige über das Gesetz hinausgehende Erweiterungen bedürfen stets einer besonderen Abwägung zwischen den verschiedenen Interessen. Auch der Gesetzgeber wäre zu einer umfassenden Interessenabwägung bei Erlass einer entsprechenden Norm verpflichtet gewesen. Die Rechtsfortbildung bewegt sich zwar „extra legem“ aber „intra ius“<sup>228</sup>. Sie muss sich, will sie nicht das rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung ( Art. 20 Abs. 2 S.2, Abs. 3, Art. 100 GG) verletzen, möglichst eng an die geschriebenen Gesetze und die bestehende Rechtsordnung halten<sup>229</sup>.

Die Kernbereichslehre selbst ist Ergebnis einer Rechtsfortbildung. Es muss daher untersucht werden, ob die Gründe, die ihre Entwicklung und Anwendung für den Bereich des Gesellschaftsrechts rechtfertigten (Minderheitenschutz), auch im Recht der Testamentsvollstreckung ihre Berechtigung finden. Dies ist dann der Fall, wenn überwiegende Gründe bestehen, die es zwingend erfordern, die Befugnisse des Testamentsvoll-

---

<sup>225</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 416

<sup>226</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 421

<sup>227</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 236 ff., 233 ff., 240 ff

<sup>228</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 232

<sup>229</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 424

streckers in kernbereichsrelevanten Entscheidungen entgegen dem Prinzip der §§ 2209, 2211 BGB einzuschränken. Derart gewichtige Gründe liegen jedoch nicht vor.

### 2.2.1 Interesse des Gesellschaftererben am Ausschluss des Testamentsvollstreckers bezüglich kernbereichsrelevanter Bereiche

Zweck der Kernbereichslehre ist der Schutz der elementaren Kernrechte des Gesellschaftererben vor Beeinträchtigungen gegen seinen Willen. Sie sichert ihm die wirtschaftliche Selbstbestimmung im Rahmen des Kernbereichs der Mitgliedschaft<sup>230</sup>. Auch wenn der Erbe nach angeordneter Testamentsvollstreckung seine Mitgliedschaftsrechte als Inhaber weiterhin behält, verliert er die Möglichkeit, frei über den Gesellschaftsanteil zu verfügen und die mit ihm verbundenen Mitgliedschaftsrechte wahrzunehmen. Ihre Ausübung muss er dem Testamentsvollstrecker überlassen. Dies gilt auch für die Ausübung des Zustimmungsrechtes für Belange, die den Kernbereich der Mitgliedschaft betreffen<sup>231</sup>. Der Erbe selbst hat keinen direkten Einfluss darauf, wie der Testamentsvollstrecker seine Verwaltungsbefugnis wahrnimmt. Es steht dem Testamentsvollstrecker sogar offen, entgegen dem ausdrücklichen Willen des Erben zu entscheiden<sup>232</sup>. Dadurch besteht für den Gesellschaftererben grundsätzlich die Gefahr, dass durch eine Entscheidung des Testamentsvollstreckers ein beeinträchtigender Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft erfolgt. Wenn *Hehemann*<sup>233</sup> behauptet, die Kernbereichslehre schütze vor dem Willen der Mitgesellschafter, die Testamentsvollstreckung diene dagegen dem Willen des Erblassers, so ist dies sicher richtig. Hier ist jedoch *Eschelbach*<sup>234</sup> zuzustimmen, dass es für den Gesellschaftererben im Ergebnis keinen Unterschied macht, durch wen die Beeinträchtigung seiner Mitgliedschaftsrechte erfolgt. Der Ausschluss seiner Mitentscheidungsbefugnis aufgrund angeordneter Testamentsvollstreckung wiegt für ihn de facto genauso schwer, wie der Ausschluss durch seine Mitge-

---

<sup>230</sup> Lorz, FS Boujong, 319, 330

<sup>231</sup> vgl. Teil 2, C II 1

<sup>232</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2203/Rn. 35 ; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2203/Rn. 14

<sup>233</sup> Hehemann, BB 1995, 1301, 1309

<sup>234</sup> Eschelbach, Testamentsvollstreckung, S. 100

sellschafter. Diese Situation begründet eine vergleichbare Interessenlage des Gesellschafters zum Schutz seiner Kernrechte auch im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker.

### 2.2.2 Fehlende Rechtfertigung der Anwendung der Kernbereichslehre auf das Institut der Testamentsvollstreckung

Auch wenn grundsätzlich ein Interesse des Gesellschaftererben an einem Verbleib des aus der Kernbereichslehre resultierenden Zustimmungsrechtes in seinem alleinigen Zuständigkeitsbereich zu bejahen ist, scheidet eine erweiterte Anwendung der Kernbereichslehre auf das Recht der Testamentsvollstreckung aus. Die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre zu beschneiden, geht über die im Erbrecht verankerten Schranken der §§ 2205 S.3, 2206, 2216 BGB hinaus. Der Grundsatz des Testamentsvollstreckerrechtes sieht eine ausschließliche Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker vor. Es ist daher systemfremd, den Erben in Angelegenheiten, die von der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gedeckt sind, zu beteiligen. Eine derartige Erweiterung der Schranken für das Handeln des Testamentsvollstreckers stellt eine den Gesetzeswortlaut unterschreitende Rechtsfortbildung dar<sup>235</sup>. Sie bedarf einer ausführlichen Begründung, um im Recht der Testamentsvollstreckung Gültigkeit zu beanspruchen. Ein derartiges überwiegendes und unabdingbares Interesse des Erben an einem den Testamentsvollstrecker verdrängenden Zustimmungsrecht für kernbereichsrelevante Vorgänge vermag die befürwortende Meinung nicht zu begründen.

#### 2.2.2.1 Rechtfertigungsgründe für die Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre

##### 2.2.2.1.1 Entmündigung Gesellschaftererbe

Für eine Erweiterung der Schranken zur Begrenzung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre spricht vor allem das Argument des persönlichen Charakters der Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft stellt ein Bündel der verschiedensten Rechte und Pflichten

---

<sup>235</sup> Lorz, FS Boujong, 319,330

der Gesellschafter untereinander dar. Die Gesellschafterstellung geht verloren, wenn die Mitgliedschaftsrechte eines Teilhabers in einer Art und Weise reduziert werden, so dass sie sachlich von einer nur schuldrechtlichen Beteiligung an der Gesellschaft nicht mehr unterschieden werden kann<sup>236</sup>. Mitgliedschaftsrechte in einem derartigen Umfang auszuhöhlen ist nicht zulässig<sup>237</sup>. Es widerspricht dem obigen Leitgedanken, den Gesellschafter gänzlich von der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte kraft eigenen Willens auszuschließen<sup>238</sup>. Auch *Priester*<sup>239</sup> hält „eine völlige Entmündigung des Erben in Bezug auf seine Mitgliedschaftsrechte nicht mit dessen persönlicher Gesellschafterstellung vereinbar“. Wie oben ausgeführt, bleibt der Erbe zwar Gesellschafter. Er muss jedoch sämtliche Mitgliedschaftsrechte dem Testamentsvollstrecker zur Ausübung überlassen. Diese Situation kommt einer Entmündigung des Gesellschaftererben gleich. Er hat keine Möglichkeit der Einflussnahme auf den Testamentsvollstrecker, um dessen Entscheidungen in seinem Interesse zu steuern. Maßgebend für den Testamentsvollstrecker ist nicht der Wille des Erben, sondern der des Erblassers<sup>240</sup>.

#### 2.2.2.1.2 Kein gleichwertiger Gesellschafterschutz durch erbrechtliche Vorschriften

Auch das Argument der Gegenmeinung, der Gesellschaftererbe sei durch die erbrechtlichen Vorschriften ausreichend abgesichert und dem Testamentsvollstrecker nicht völlig schutzlos ausgeliefert, vermag über dieses Manko nicht hinweg zu helfen.

(1) *Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft sind dem Testamentsvollstrecker auch bei Einhaltung der erbrechtlichen Vorschriften möglich.*

Es trifft zwar zu, dass dem Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 S.3 BGB unentgeltliche Verfügungen über den Nachlass untersagt sind. Auch wird er über § 2216 BGB zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung

---

<sup>236</sup> BGHZ 20, 363, 369 f

<sup>237</sup> Lockowandt, Stimmrechtsbeschränkungen, S. 153

<sup>238</sup> Quack, BB 1989. 2271, 2273

<sup>239</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 484

<sup>240</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2203/Rn. 35

des Nachlasses angehalten und §§ 2206, 2207 BGB verbieten ihm die persönliche Verpflichtung des Erben. Wie sich der Testamentsvollstrecker jedoch letztendlich in kernbereichsrelevanten Fragen entscheidet, liegt nicht in der Hand des Erben. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass der Testamentsvollstrecker auch im Rahmen seiner erbrechtlichen Befugnisse kernbereichsrelevante Entscheidungen trifft, die nicht dem Willen des Erben entsprechen. Trotzdem muss der Erbe als Gesellschafter die Folgen dieser Entscheidungen tragen. Diese können sich auch über das Ende der Testamentsvollstreckung hinaus auswirken und zu einer dauerhaften Belastung des Erben werden. Stimmt zum Beispiel der Testamentsvollstrecker für die Änderung des Gesellschaftszweckes<sup>241</sup> – vorausgesetzt, es handelt sich dabei nicht um eine die erbrechtlichen Schranken überschreitende Maßnahme – kann der Erbe nach Beendigung der Testamentsvollstreckung die Änderung nicht ohne die Mitgesellschafter rückgängig machen. Dagegen hätte der Erbe die Maßnahme auch allein verhindern können, wenn seine persönliche Zustimmung zu dieser Änderung Voraussetzung für einen wirksamen Beschluss wäre. Dazu müsste er nur seine Zustimmung verweigern. Ist nun der neue Gesellschaftszweck nicht mit den ethischen und moralischen Grundsätzen des Gesellschafters vereinbar, bedeutet dies eine erhebliche Belastung für ihn.

(2) *Kein adäquater Schutz des Gesellschaftererben bei Überschreitung der erbrechtlichen Schranken durch den Testamentsvollstrecker*

Die erbrechtlichen Vorschriften können dem Gesellschaftererben auch keinen adäquaten Schutz vor Beeinträchtigungen seiner elementaren Mitgliedschaftsrechte bieten. Die Kernbereichslehre gewährt dem Gesellschafter in Angelegenheiten des Kernbereichs der Mitgliedschaft ein Zustimmungsrecht, welches als zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung für das Zustandekommen eines Gesellschafterbeschlusses ausgestaltet ist<sup>242</sup>. Verweigert der Gesellschafter seine Zustimmung, kann er

---

<sup>241</sup> hier handelt es sich um eine kernbereichsrelevante Maßnahme, die sich zumindest mittelbar auf die Gesellschafterstellung des Erben auswirkt; vgl. oben Teil 2 B II

<sup>242</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 171

dadurch eine wirksame Beschlussfassung verhindern<sup>243</sup>. Überschreitet der Testamentsvollstrecker die erbrechtlichen Schranken, zieht dies jedoch nicht automatisch die Unwirksamkeit seiner Verwaltungshandlung nach sich.

➤ Unentgeltliche Verfügungen § 2205 S.3 BGB

Trifft der Testamentsvollstrecker eine unentgeltliche Verfügung über einen Nachlassgegenstand, überschreitet er die dingliche Schranke des § 2205 S. 3 BGB. Diese Vorschrift entfaltet ihre Wirkung nicht nur auf der Ebene Erbe – Testamentsvollstrecker, sondern sie gilt auch gegenüber Dritten. Unentgeltliche Verfügungen sind daher ohne Zustimmung des Erben schwebend unwirksam<sup>244</sup>. Insofern ist die Situation vergleichbar mit dem Zustimmungserfordernis des Gesellschafters zu kernbereichsrelevanten Maßnahmen. Stellt die Stimmabgabe des Testamentsvollstreckers zu einem Beschluss eine unentgeltliche Verfügung dar, wird sie ohne Zustimmung des Gesellschaftererben nicht wirksam.

§ 2205 S. 3 BGB schützt den Erben jedoch nicht vor allen Verwaltungshandlungen des Testamentsvollstreckers. Er setzt eine Verfügung des Testamentsvollstreckers als Tatbestandsmerkmal voraus. Veräußert dieser Gesellschaftsanteile als Ganzes, liegt unzweifelhaft eine Verfügung vor. Fraglich ist jedoch, ob auch die Ausübung des Zustimmungsrechts zu kernbereichsrelevanten Maßnahmen durch den Testamentsvollstrecker Verfügungsqualität besitzt. Unter Verfügung versteht das BGB ein Rechtsgeschäft, welches unmittelbar eine Übertragung, Belastung oder Änderung eines Rechtes zur Folge hat<sup>245</sup>. Unter den weit gefassten Verfügungsbegriff fällt auch die Stimmabgabe des Testamentsvollstreckers, wenn der Beschluss eine Änderung der Satzung oder der Gesellschaftsstruktur bezweckt<sup>246</sup>. Hinzu kommt das Erfordernis, dass die Stimmabgabe des Testa-

---

<sup>243</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47 / Rn. 41

<sup>244</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 39

<sup>245</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 32; MünchKomm/Brandner, § 2205/Rn. 52

<sup>246</sup> Lorz, FS Boujong, 319, 326

mentsvollstreckers ausschlaggebend für das Zustandekommen des Beschlusses war<sup>247</sup>. Dies ist regelmäßig der Fall bei Alleingesellschaftern oder wenn die Einstimmigkeit gesetzlich beziehungsweise gesellschaftsvertraglich festgelegt ist. Spielt dagegen die Stimme des Testamentsvollstreckers keine Rolle für das Abstimmungsergebnis, fehlt es an der für eine Verfügung erforderlichen Unmittelbarkeit für die Rechtsänderung. Die Stimmabgabe kann für sich allein nicht die einer Verfügung gleich kommende Wirkung auslösen. Der Schutz des § 2205 S.3 BGB entfällt daher, wenn die Zustimmung des Testamentsvollstreckers zu einer die Gesellschaftsstruktur ändernden Maßnahme nicht ausschlaggebend für die Beschlussfassung war.

Überschreitet der Testamentsvollstrecker durch die Zustimmung seine Befugnisse, ist die Stimmabgabe zwar erbrechtlich gesehen schwebend unwirksam. Dies schlägt sich jedoch nicht zwangsläufig auf die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit des Beschlusses durch. Die Rechtsfolgen einer unwirksamen Stimmabgabe für den Beschluss als solchen hängen von der jeweiligen Gesellschaftsform ab. Nur die unwirksame Stimmabgabe innerhalb einer Personengesellschaft hat auch die schwebende Unwirksamkeit des Beschlusses selbst zur Folge<sup>248</sup>. Handelt es sich dagegen bei dem vom Testamentsvollstrecker verwalteten Gesellschaftsanteil um einen Anteil an einer GmbH oder Aktiengesellschaft, zieht die unwirksame Stimmabgabe lediglich die Anfechtbarkeit des Beschlusses nach sich. Der Beschluss selbst bleibt wirksam<sup>249</sup>. Vom Ergebnis her gesehen kann der Gesellschaftererbe daher auch bei missbräuchlicher Ausübung des Zustimmungsrechtes durch den Testamentsvollstrecker noch den Beschluss beseitigen. Versäumt er aber die Anfechtungsfrist<sup>250</sup>, weil er zum Beispiel keine Kenntnis von der Zustimmung durch den Testamentsvollstrecker hatte, bleibt ihm nur die Möglichkeit, Schadens-

---

<sup>247</sup> Dörrie, Testamentsvollstreckung, S. 110; Priester, FS Stimpel, 463,475

<sup>248</sup> Dörrie, Testamentsvollstreckung, S. 115

<sup>249</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47/Rn. 41; Priester, FS Stimpel, 463, 477

<sup>250</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47/Rn. 59; Baumbach/Hopt, HGB, § 119/Rn.

ersatz vom Testamentsvollstrecker zu verlangen (§ 2219 BGB) oder ihn zu entlassen (§ 2227 BGB).

➤ Ordnungsgemäße Verwaltung § 2216 BGB

Im Gegensatz zu § 2205 S. 3 BGB stellt das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung keine dingliche Schranke für das Handeln des Testamentsvollstreckers dar. Verstöße gegen § 2216 BGB berühren daher nicht die Wirksamkeit der Verwaltungshandlung des Testamentsvollstreckers<sup>251</sup>. Sie lösen nur schuldrechtliche Folgen gegenüber dem Erben aus<sup>252</sup>. Daher ist ein Beschluss, dem der Testamentsvollstrecker unter Missachtung des Gebotes der ordnungsgemäßen Verwaltung zustimmt, wirksam. Dem Gesellschaftererben steht nur die Möglichkeit offen, den Testamentsvollstrecker auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen (§ 2219 BGB) oder ihn aus seinem Amt zu entlassen (§ 2227 BGB). Ein Verstoß gegen § 2216 BGB führt nur ausnahmsweise zu einer Unwirksamkeit der Verwaltungshandlung, wenn auch dem Dritten erkennbar war, dass der Testamentsvollstrecker seine Rechtsmacht überschritten hat<sup>253</sup>.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für eine Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre der Ausschluss des Willens des Erben spricht. Es ist nicht mit dem persönlichen Charakter der Mitgliedschaft vereinbar, den Gesellschaftererben von Entscheidungen über seinen Gesellschaftsanteil vollständig auszuschließen. Die erbrechtlichen Schranken stellen den Gesellschaftererben zwar nicht schutzlos vor Handlungen des Testamentsvollstreckers. Bei einer angeordneten Testamentsvollstreckung ist es dem Gesellschaftererben nur in gewissen Grenzen möglich, die Unwirksamkeit eines gegen seinen Willen gefassten Beschlusses herbeizuführen. Statt der Möglichkeit, eine gegen seinen Willen stehende Beschlussfassung zu verhindern, wird ihm jedoch meist nur ein Schadensersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker zustehen. Voraussetzung dafür

---

<sup>251</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2216/Rn. 17

<sup>252</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 13

<sup>253</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 17

ist aber stets eine Überschreitung der erbrechtlichen Befugnisse durch den Testamentsvollstrecker. Solange sich der Testamentsvollstrecker innerhalb der ihm durch das Erbrecht gesetzten Schranken bewegt, hat der Erbe keine Möglichkeit, auf kernbereichsrelevante Entscheidungen Einfluss zu nehmen.

#### 2.2.2.2 Gründe gegen die Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre

Die Tatsache, dass der Gesellschaftererbe die Kernrechte nicht frei nach seinem Willen ausüben kann und dass ihm anstelle der Möglichkeit, einen Beschluss in kernbereichsrelevanten Bereichen selbst zu verhindern, indem er seine Zustimmung verweigert, nur ein Anfechtungsrecht oder ein Schadensersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker bei Überschreitung seiner Rechtsmacht zusteht, rechtfertigt es nicht, dem Gesellschaftererben eine (Mit-) Entscheidungsbefugnis in kernbereichsrelevanten Fragen einzuräumen. Die Beschneidung seiner Mitgliedschaftsrechte hat der Gesellschaftererbe hinzunehmen.

##### 2.2.2.2.1 Freiwilliger Verzicht des Erben auf die Ausübung seines Zustimmungsrechtes

Wie bereits oben<sup>254</sup> festgestellt, verliert der Gesellschaftererbe mit Anordnung der Testamentsvollstreckung seine Mitgliedschaftsrechte nicht. Der Testamentsvollstrecker übt sie nur für die Dauer der Testamentsvollstreckung für den Erben aus. Richtig ist, dass der Gesellschaftererbe keinen Einfluss darauf hat, wie der Testamentsvollstrecker sich in Fragen entscheidet, die den Kernbereich der Mitgliedschaft betreffen. Dies kann durchaus als Entmündigung des Gesellschafters gesehen werden. Man darf jedoch nicht aus den Augen verlieren, dass der Ausschluss des Erben von der Verfügungsbefugnis über den Nachlass gerade das Kernelement der Testamentsvollstreckung darstellt. Dieser Ausschluss gilt für alle Rechte und Pflichten, die sich aus dem Nachlass ergeben. Er stellt nicht die Ausnahme, sondern die Regel dar. Dieser Umstand ist dem Gesellschaftererben auch bekannt. Eine „Entmündigung“ des

---

<sup>254</sup> vgl. Teil 2 C III 1.2

Gesellschafter kann nur als Argument für eine Anwendung der Kernbereichslehre im Recht der Testamentsvollstreckung herangezogen werden, wenn sie dem Gesellschaftererben aufgezwungen wird und ihm daraus Nachteile erwachsen. Freiwillige Beschränkungen oder Beschränkungen, die für den Erben keine nachteilige Auswirkungen haben, erfordern keinen Schutz des Gesellschaftererben.

Der Kernbereich der Mitgliedschaft ist ein Sammelsurium der verschiedensten Rechte und Pflichten. Er enthält sowohl unverzichtbare Rechtspositionen als auch Rechte, die nur mit Zustimmung des Gesellschafters entzogen werden können. Insoweit bedarf es einer eingehenderen Betrachtung, ob der Ausschluss des Gesellschaftererben von der persönlichen Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte, insbesondere im Hinblick auf das aus der Kernbereichslehre abgeleitete Zustimmungserfordernis, wirklich einer Entmündigung gleich kommt und ob sich die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker nachteilig auswirkt.

#### *(1) Unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte*

Auf die zwingenden Mitgliedschaftsrechte kann der Gesellschaftererbe weder ausdrücklich, noch durch gesellschaftsvertragliche Regelungen verzichten<sup>255</sup>. Die Beschneidung dieser Rechtspositionen kann daher auch nicht durch den Testamentsvollstrecker erfolgen<sup>256</sup>, der die Mitgliedschaftsrechte nur für den Gesellschaftererben ausübt. Insofern kann der Testamentsvollstrecker diese Rechte unproblematisch wahrnehmen, da ihre Beeinträchtigung durch seine Verwaltungstätigkeit ausgeschlossen ist<sup>257</sup>.

Am Beispiel des gesellschaftsrechtlichen Informationsrechts (§§ 716 BGB, 118 HGB, 51a GmbHG, 131 AktG) wird deutlich, dass die Ausübung durch den Testamentsvollstrecker keinen Nachteil für den Gesellschaftererben bedeutet. Das Recht der Testamentsvollstreckung stellt ihm

---

<sup>255</sup> Röttger, Kernbereichslehre, S. 96

<sup>256</sup> Dörrie, Testamentsvollstreckung, S. 123

<sup>257</sup> Weidlich, Testamentsvollstrecker, S. 69

in §§ 2218 i.V.m. 666 BGB einen gleichwertigen Ersatz zur Verfügung. Danach ist der Testamentsvollstrecker dem Erben nicht nur auf dessen Nachfrage hin auskunftspflichtig. Der Testamentsvollstrecker ist vielmehr gesetzlich dazu angehalten, den Erben unabhängig von dessen Informationsverlangen unverzüglich und umfassend über seine Verwaltungstätigkeit zu berichten. Die Reichweite dieser Pflicht umfasst alle dem Testamentsvollstrecker bekannten Informationen, die es dem Erben ermöglichen, sich ein Bild von der Verwaltungstätigkeit des Testamentsvollstreckers zu machen, insbesondere in Bezug auf wichtige Einzelfragen und anstehende Entscheidungen<sup>258</sup>. Der Erbe ist damit sogar besser gestellt als durch das gesellschaftsrechtliche Informationsrecht. Wichtige Informationen erhält er auch unaufgefordert. Auf Anfrage ist der Testamentsvollstrecker dem Erben zu allen Verwaltungsmaßnahmen umfassend auskunftspflichtig. Damit ist es dem Gesellschaftererben unproblematisch möglich, sich über alle für ihn relevanten Geschäftsvorfälle zu informieren. Fehlen dem Testamentsvollstrecker selbst die Informationen, weil er sein Informationsrecht gegenüber der Gesellschaft nicht ausgeübt hat, verstößt er gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs.1 BGB). Er macht sich unter Umständen schadensersatzpflichtig. Daneben können die Gesellschaftererben verlangen, dass der Testamentsvollstrecker seinen Verpflichtungen nachkommt und die gewünschten Informationen beschafft<sup>259</sup>.

## (2) *Unentziehbare Mitgliedschaftsrechte*

Im Gegensatz zu den zwingenden Mitgliedschaftsrechten kann der Gesellschafter auf seine unentziehbaren Rechte verzichten. Dies geschieht, indem er dem seine Kernrechte beschneidenden Gesellschafterbeschluss zustimmt. Möglich ist aber auch ein Verzicht vorab, wenn in der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung getroffen wird<sup>260</sup>. In diesen Fällen liegt von vorne herein kein Konflikt zur Kernbereichslehre vor, da der Gesellschafter zumindest konkludent dem Testamentsvollstrecker die Ausübung seines Zustimmungsrechtes

---

<sup>258</sup> Bengel/Reimann/Klumpp, Handbuch, VI/Rn.58

<sup>259</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2205/Rn.2

<sup>260</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 16 III, S. 478

überträgt<sup>261</sup>. Durch die Ausübung des Zustimmungsvorbehaltes für kernbereichsrelevante Beschlussgegenstände durch den Testamentsvollstrecker verzichtet der Erbe nicht auf seine unentziehbaren Rechte. Die Beeinträchtigung erfolgt auf einer niedrigeren Stufe: Der Erbe kann nur nicht mehr selbst bestimmen, ob die erforderliche Zustimmung durch den Testamentsvollstrecker erteilt wird oder nicht.

Tritt ein Gesellschafter in Kenntnis einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, die seine unentziehbaren Rechte beschneidet, einer Gesellschaft bei, nimmt er diese Minderung seiner mitgliedschaftlichen Position freiwillig in Kauf. Nicht anders verhält es sich aber bei Anordnung der Testamentsvollstreckung über einen Gesellschaftsanteil. Der Erbe muss sich darüber im Klaren sein, dass er durch den Testamentsvollstrecker aus seiner Rechtsstellung verdrängt wird. Der Erbe ist aber nicht gezwungen, sich dem Diktat des Testamentsvollstreckers zu unterwerfen. Will er dies vermeiden, steht es ihm offen, die Erbschaft auszuschlagen (§§ 1943, 1945 BGB)<sup>262</sup>. Nimmt er dagegen die Erbschaft trotz angeordneter Testamentsvollstreckung an, verzichtet er freiwillig auf die persönliche Wahrnehmung seiner Mitgliedschaftsrechte und damit auch der persönlichen Ausübung des Zustimmungsrechtes. Von einer Entmündigung des Gesellschaftererben kann daher nicht gesprochen werden.

#### 2.2.2.2.2 Konflikt zur ordnungsgemäßen Verwaltung für den Testamentsvollstrecker bei Einbeziehung des Gesellschaftererben

§ 2216 Abs.1 BGB verpflichtet den Testamentsvollstrecker zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses. Inhalt und Umfang der Verpflichtung richten sich dabei nach dem Sinn der vom Erblasser übertragenen Aufgabe sowie nach seinen etwaig erteilten Verwaltungsanordnungen (§ 2216 Abs.2 BGB)<sup>263</sup>. Der Testamentsvollstrecker hat diese Aufgabe mit besonderer Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt durchzuführen.

---

<sup>261</sup> Quack, BB 1989, 2271, 2273

<sup>262</sup> Hehemann, BB 1995, 1301, 1308; Brandner, FS Kellermann, 37, 47

<sup>263</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 2

ren<sup>264</sup>. Er hat den Nachlass nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu erhalten und zu sichern<sup>265</sup>. Würde man dem Testamentsvollstrecker das alleinige Stimmrecht für Beschlüsse, die den Kernbereich der Mitgliedschaft berühren, absprechen, kann dies zu Konflikten für den Testamentsvollstrecker mit seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses führen. Gewährt man dem Gesellschaftererben ein eigenes zusätzliches oder gar ausschließliches Zustimmungsrecht, kann dieser Maßnahmen des Testamentsvollstreckers unterbinden, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses notwendig wären. Wenn aber die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen bejaht wird, ist es nur konsequent, dem Testamentsvollstrecker seinen durch die erbrechtlichen Vorschriften bestimmten Handlungsspielraum zuzugestehen.

*(1) Anordnungen des Erblassers § 2216 Abs. 2 BGB*

Am deutlichsten tritt der Konflikt zu Tage, wenn der Erblasser im Wege einer Anordnung in seiner letztwilligen Verfügung explizit eine Maßnahme anordnet, die sich auf den Kernbereich der Mitgliedschaft auswirkt. Innerhalb seiner sonst freien Verwaltungstätigkeit ist der Testamentsvollstrecker zwingend gebunden, die Anordnung des Erblassers auszuführen, gegebenenfalls auch gegen den Willen des Erben<sup>266</sup>. Das Zugeständnis eines Zustimmungsrechtes des Gesellschaftererben für kernbereichsrelevante Fragen könnte es dem Testamentsvollstrecker unmöglich machen, eine letztwillige Anordnung zu verwirklichen. Abgesehen davon, dass das Zustimmungserfordernis des Erben das Prinzip der alleinigen Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (§§ 2209, 2211 BGB) durchbricht, würde es auch dem Erben die Möglichkeit eröffnen, den Erblasserwillen zu umgehen. Hätte der Erblasser dem Erben die persönliche Ausübung des Zustimmungsrechtes überlassen wollen, hätte er die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gemäss § 2208 BGB begrenzen können. Auch die Berufung auf § 2 Abs.1 EGHGB, der den handelsrechtlichen Vorschriften den Vorrang

---

<sup>264</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 167

<sup>265</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 4

<sup>266</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 19

gegenüber den erbrechtlichen Regelungen des BGB einräumt, rechtfertigt nicht die Umgehung des Erblasserwillens durch die Kernbereichslehre. § 2 EGHGB rechtfertigt das Zurücktreten der Regelungen des BGB hinter die des HGB nur, soweit eine im HGB kodifizierte Norm eine zum BGB abweichende Behandlung vorsieht. Die Kernbereichslehre ist aber nur Ergebnis einer Rechtsfortbildung, die im HGB nicht verankert ist. Zudem ist zumindest fraglich, ob dieser Vorrang auch für reine Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis der Gesellschafter Geltung beanspruchen kann.

### (2) *Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht*

Die Kernbereichslehre garantiert dem Gesellschaftererben auch keine absolute Durchsetzung seines Willens. Erweist sich eine Maßnahme, die sich auf den Kernbereich der Mitgliedschaft auswirkt, als für die Gesellschaft überlebensnotwendig, darf der Minderheitsgesellschafter seine Zustimmung nicht verweigern. Dieses Ergebnis wird aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht abgeleitet, an die jeder einzelne Gesellschafter gebunden ist<sup>267</sup>. Die Treuepflicht ist zentrales Element des Gesellschaftsrechts und strahlt auf alle Mitgliedschaftsrechte aus. Dies gilt sowohl für die Ausübung der uneigennütigen als auch der eigennütigen Gesellschaftsrechte (z.B. Stimmrecht, Gewinnbezugsrecht)<sup>268</sup>. Die Treuepflicht verbietet es daher dem Gesellschafter, sich über die Interessen der Gesellschaft rücksichtslos hinwegzusetzen<sup>269</sup>. Auch der Testamentsvollstrecker ist bei der Verwaltung von Gesellschaftsbeteiligungen an diese Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft gebunden<sup>270</sup>. Erweist sich eine Maßnahme für die Gesellschaft als dringend erforderlich und wird dem Testamentsvollstrecker aufgrund der Kernbereichslehre eine Entscheidungsbefugnis vorenthalten, gerät er in einen doppelten Konflikt. Er verstößt nicht nur gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB), da er eine objektiv notwendige Maßnahme zur Erhaltung des Nachlasses unterlässt. Er verletzt

---

<sup>267</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 109/Rn. 23 ff.

<sup>268</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 81

<sup>269</sup> BGHZ 30, 201

<sup>270</sup> Lorz, FS Boujong, 319, 324

gleichzeitig auch die ihm gegenüber der Gesellschaft obliegende Treuepflicht.

(3) *Lückenschließung zum kaufmännischen Testamentsvollstrecker*

Die Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre würde zu weiteren Differenzen zwischen Handelsrecht und Erbrecht führen<sup>271</sup>. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht wird vor allem bei Testamentsvollstreckungen an Personengesellschaften kritisiert, dass der Testamentsvollstrecker vom typischen Bild des unternehmerischen Kaufmanns abweiche. Die handelsrechtliche Vorstellung des Kaufmanns geht von seiner Selbstverantwortlichkeit aus<sup>272</sup>. Der Kaufmann muss sich durch freie Entscheidungen im Wettbewerb behaupten, die Risiken und Chancen des Handelsverkehrs abschätzen und sein Unternehmen auch unter Eingehung von Risiken voranbringen. Im Vordergrund steht der Vermögenszuwachs, nicht sein bloßer Erhalt. Das Bild des Testamentsvollstreckers dagegen ist von der „Mündelsicherheit“ geprägt<sup>273</sup>. Zwar zählt zu den pflichtgemäßen Aufgaben des Testamentsvollstreckers im Rahmen einer Dauervollstreckung auch die Mehrung des Nachlasses<sup>274</sup>. Im Vordergrund steht jedoch noch immer sein Erhalt. Die Lücke zum unternehmerischen, dynamischen Kaufmann wurde von der Rechtsprechung<sup>275</sup> teilweise geschlossen. Sie räumt dem Testamentsvollstrecker zumindest einen gewissen unternehmerischen Ermessenspielraum innerhalb seiner Verwaltungstätigkeit ein. Danach ist die Eingehung eines kalkulierbaren Risikos noch von dem Grundsatz der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung gedeckt. Würde man dem Testamentsvollstrecker die alleinige Entscheidungsbefugnis in kernbereichsrelevanten Bereichen entziehen, würde der Testamentsvollstrecker seine unternehmerische Freiheit verlieren.

---

<sup>271</sup> Wenninger, ZEV 1999, 443, 445

<sup>272</sup> Baumbach/Hopt, HGB, Einl. v. § 1/Rn. 4

<sup>273</sup> Reimann, Wirtschaftspraxis, Rn. 28

<sup>274</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 2

<sup>275</sup> BGHZ 25, 275, 283

#### 2.2.2.2.3 Rechtsunsicherheit für Mitgesellschafter

Es würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit gegenüber den Mitgesellschaftern führen, wenn die Entscheidungsbefugnis für kernbereichsrelevante Maßnahmen auf den Gesellschaftererben verlagert bzw. eine Doppelzuständigkeit bejaht werden würde. Diese Rechtsunsicherheit lässt sich mit dem Manko der fehlenden Katalogisierung der Rechte des Kernbereichs der Mitgliedschaft begründen. Dies gilt unabhängig davon, ob dem Gesellschaftererben in diesen Fällen ein alleiniges Zustimmungsrecht eingeräumt wird oder ob von einer Doppelzuständigkeit mit dem Testamentsvollstrecker auszugehen ist. Es ist den Mitgesellschaftern nicht zumutbar, jede Zustimmung des Testamentsvollstreckers zu einem Gesellschafterbeschluss oder einer anderen Maßnahme dahingehend zu untersuchen, ob sie sich auf den Kernbereich der Mitgliedschaft des Gesellschaftererben auswirkt. Erst nach Klärung dieser Frage könnten die Mitgesellschafter entscheiden, ob der Gesellschaftererbe und / oder der Testamentsvollstrecker ihre Zustimmung erteilen müssen. In diesem Fall entsteht auch folgendes Problem: Kann die Kernbereichsrelevanz der Maßnahme von den Mitgesellschaftern selbst mittels Mehrheitsbeschluss entschieden werden? Dies ist zu verneinen, da sonst Sinn und Zweck der Kernbereichslehre ad absurdum geführt werden würden. Der Minderheitenschutz läuft ins Leere, wenn die Mehrheit entscheiden kann, ob eine Maßnahme die elementaren Grundrechte eines Gesellschafters berührt oder nicht. Dies erfordert bei dahingehenden Streitigkeiten eine Klärung vor Gericht. Dadurch würde die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft erheblich eingeschränkt werden. Eine ordentliche Beschlussfassung in angemessener Zeit, die ein gewisses Maß an Rechtssicherheit bietet, wäre nicht mehr zu verwirklichen.

Bei der Testamentsvollstreckung von Anteilen an Personengesellschaften ist darüber hinaus *Muscheler*<sup>276</sup> zuzustimmen: Bei einer Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe sieht er die Rechtssicherheit aus einem anderen Blickwinkel gefährdet. Das Argu-

---

<sup>276</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, S. 506

ment der befürwortenden Meinung<sup>277</sup>, der persönliche Charakter der Mitgliedschaft erfordere den Verbleib eines Zustimmungsrechts für kernbereichsrelevante Maßnahmen beim Gesellschaftererben, hält *Muscheler* für nicht anwendbar. Vielmehr führe diese Argumentation gerade zu einem gegenteiligen Ergebnis. Das Zustimmungsrecht kann nur vom Testamentsvollstrecker ausgeübt werden. Diese Ansicht ist konsequent. Grundvoraussetzung für die Zulassung der Testamentsvollstreckung an Personengesellschaften ist die Zustimmung der Mitgesellschafter<sup>278</sup>. Gegen ihren Willen müssen sie sich keinen weiteren Gesellschafter aufzwingen lassen. Ermöglichen die Mitgesellschafter durch ihre Erlaubnis erst eine Testamentsvollstreckung, müssen sie sich auch darauf verlassen können, dass der Testamentsvollstrecker ihr entscheidungsbefugter Ansprech- und Verhandlungspartner für alle Gesellschaftsangelegenheiten ist. Streitigkeiten, die sich auf die Kompetenzen des Testamentsvollstreckers beziehen, sollen sich nur auf der Ebene Testamentsvollstrecker – Erbe auswirken. Eine Verlagerung auf die Gesellschaftsebene führt nur zu einer nicht zu rechtfertigenden Rechtsunsicherheit. Auch im Fall der treuhänderischen Verwaltung des Gesellschaftsanteils wäre der Testamentsvollstrecker nur im Innenverhältnis gegenüber dem Erben verantwortlich. Dritte müssen die Entscheidungsbefugnis des Treuhänders nicht hinterfragen.

#### 2.2.2.2.4 Beschränkungsmöglichkeit der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch die Kernbereichslehre verstößt gegen den Erblasserwillen

Eine Übertragung der Kernbereichslehre auf das Institut der Testamentsvollstreckung widerspricht auch dem Erblasserwillen. Das Erbrecht ermöglicht durch § 2208 Abs. 1 BGB, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers auf bestimmte Bereiche zu beschränken. Diese Beschränkung tritt ein, wenn der Erblasser sie ausdrücklich in seine letztwillige Verfügung aufnimmt. Der Erblasser kann durch sie dem Testamentsvollstrecker einen Teil seiner Rechte entziehen oder für bestimmte

---

<sup>277</sup> Priester, FS Stimpel, 463 ff.; Quack, BB 1989, 2271 ff.

<sup>278</sup> vgl. oben Teil 1 B I 1

Bereiche ein Zustimmungserfordernis der Erben anordnen<sup>279</sup>. Auch wenn nach dem Willen des Erblassers nur anzunehmen ist, dass ein bestimmter Bereich von der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ausgeschlossen sein soll (§ 2208 Abs. 1S. 1 BGB), genügt dies für eine Beschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers. Es müssen aber zumindest Indizien dafür sprechen, dass der Erblasser eine derartige Beschränkung des Testamentsvollstreckers im Sinn hatte. Die Motive des Erblassers, für den Nachlass eine Testamentsvollstreckung anzuordnen, liegen aber in der Praxis generell darin, den Erben von dessen Verwaltung auszuschließen<sup>280</sup>. Verzichtet der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung, einen Zustimmungsvorbehaltes der Erben in kernbereichsrelevanten Bereichen anzuordnen oder überträgt er diese Bereiche nicht zur alleinigen Verwaltung auf die Erben, spricht dies gerade gegen einen dahingehenden mutmaßlichen Willen des Erblassers. Generell muss gelten: Hätte der Erblasser eine Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers gewollt, hätte er dies durch entsprechende Maßnahmen auch festlegen können.

Die Annahme eines mutmaßlichen Willens des Erblassers, die alleinige Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers solle in Kernbereichsangelegenheiten ausgeschlossen sein, würde die voll umfänglichen Testamentsvollstreckung gegenüber dem Treuhandmodell benachteiligen. Geschäftsbeteiligungen mit persönlicher Haftung unterliegen aufgrund der bekannten Konfliktsituation zum Gesellschaftsrecht nur mit ihren Vermögensrechten der Testamentsvollstreckung<sup>281</sup>. Der Erblasser ordnet in diesen Fällen in der Regel die treuhänderische Übertragung des Gesellschaftsanteils durch den Erben auf den Testamentsvollstrecker an. Durch die treuhänderische Übertragung wird der Testamentsvollstrecker selbst Gesellschafter. Der Erbe kann sich daher nicht auf die Kernbereichslehre berufen<sup>282</sup>. Ihm bleibt nur der Rückgriff auf die allgemeinen erbrechtlichen Schutzvorschriften. Innerhalb derer kann er den

---

<sup>279</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2208/Rn. 1

<sup>280</sup> Reimann, Wirtschaftspraxis, Rn. 10

<sup>281</sup> vgl. oben, Teil 1 B I 3.3

<sup>282</sup> Muscheler, Haftungsanordnung, S. 506

Testamentsvollstrecker dazu anhalten, den Kernbereich der Mitgliedschaft nicht zu verletzen.

2.2.2.2.5 Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft sind dem Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Rechtsmacht erlaubt

Die befürwortende Meinung sieht den Gesellschaftererben durch die erbrechtlichen Vorschriften nicht ausreichend abgesichert. Auch wenn sich der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner erbrechtlichen Befugnisse bewegt, sind Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft möglich, die nicht im Einklang mit dem Willen des Gesellschaftererben stehen<sup>283</sup>. Doch auch hier ist zu beachten, dass es gerade dem Grundprinzip der Testamentsvollstreckung entspricht, den Erben von der Verfügungsbefugnis über den Nachlass auszuschließen. Solange sich der Testamentsvollstrecker innerhalb der ihm vom Erblasser und Gesetz gesteckten Grenzen bewegt, hat der Erbe dies zu akzeptieren. Würde man für den Bereich des Gesellschaftsrechts dem Testamentsvollstrecker sämtliche Handlungen – obwohl prinzipiell von seiner Rechtsmacht gedeckt – untersagen, die dem Willen des Gesellschaftererben zuwider laufen, müsste diese Einschränkung auch auf andere Bereiche der Nachlassverwaltung ausgedehnt werden. Was wäre die Folge, wenn eine Immobilie der Testamentsvollstreckung unterliegt und der Testamentsvollstrecker diese in einer Weise verwendet, die nicht mit den ethischen und moralischen Grundsätzen des Erben vereinbar ist? Die Auswirkungen, die sich aus den Verfügungen des Testamentsvollstreckers ergeben, können gerade bei Immobilien (z.B. durch langfristige Mietverträge) noch über die Dauer der Testamentsvollstreckung hinauswirken. Konsequenter Weise müsste den Erben auch für Immobilien- oder Geldvermögen ein Kernbereich zugestanden werden, der ihm ein zwingendes Mitspracherecht einräumt, wenn seine Verletzung droht. Es ist nicht ersichtlich, warum nur für den Bereich der Gesellschaftsbeteiligungen ein Mitspracherecht in besonders sensiblen Bereichen bei den Gesellschaftererben verbleiben soll, während im übrigen sein Ausschluss von der Verfü-

---

<sup>283</sup> vgl. oben, Teil 2 C III 2.2.2.1.2

gungsbefugnis über den Nachlass durch den Testamentsvollstrecker allgemein akzeptiert wird. Solange der Testamentsvollstrecker die Anordnungen des Erblassers beachtet und sich an die gesetzlichen Grenzen hält, kann der Testamentsvollstrecker frei über den Nachlass verfügen, ohne auf den Erben Rücksicht zu nehmen. Er kann Verfügungen über Nachlassgegenstände treffen, deren wirtschaftliche, finanzielle und persönliche Folgen den Gesellschaftererben massiver und nachhaltiger berühren können, als ein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft. Würde die Kernbereichslehre als Instrument zur Beschränkung der Befugnisse der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers anerkannt, erhielten Gesellschaftsbeteiligungen gegenüber anderen Nachlassbestandteilen eine Sonderstellung. Diese ließe sich jedoch dogmatisch nicht begründen.

### 3. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist *Brandner, Hehemann, Lorz, Muscheler* und *Ulmer*, den Vertretern der Gegenmeinung, zuzustimmen. Der Kernbereich der Mitgliedschaft kann nicht dazu herangezogen werden, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers über die im Erbrecht vorgesehenen Schranken hinaus zu begrenzen. Sie wurde entwickelt, um den Gesellschafter vor Eingriffen in seine elementaren Mitgliedschaftsrechte gegen seinen Willen zu schützen. Ihm wurde daher ein Kreis von Mitgliedschaftsrechten und -pflichten zugestanden, der ohne seine ausdrückliche Zustimmung nicht abgeändert werden kann. Wird nun eine Testamentsvollstreckung über den Gesellschaftsanteil angeordnet, schließt der Testamentsvollstrecker als Amtstreuhand den Gesellschaftererben vollständig von seiner Verfügungsbefugnis über die Beteiligung aus. Es ist eine im Erbrecht normierte Rechtsfolge (§§ 2205, 2209, 2211 BGB), dass der Testamentsvollstrecker den Erben verdrängt und an seiner Stelle alle Rechten und Pflichten aus dem Nachlass für den Erben wahrnimmt. Dazu zählt auch die Ausübung des aus der Kernbereichslehre abgeleiteten Zustimmungsrechtes des Gesellschafters. Es muss klar zwischen der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers und der Kernbe-

reichslehre getrennt werden. Die Testamentsvollstreckung führt nicht zu einem Verlust der Kernrechte der Mitgliedschaft. Sie verschiebt nur die Zuständigkeit bezüglich der Ausübung des Zustimmungrechtes. Eine andere Beurteilung würde zwei verschiedene Rechtsgebiete vermischen.

Es ist daher möglich, dass der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Nachlassverwaltung Maßnahmen trifft, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft des Gesellschaftererben eingreifen. Die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen des Testamentsvollstreckers beurteilt sich jedoch allein anhand der erbrechtlichen Schranken. Auch die befürwortende Meinung<sup>284</sup> erlaubt dem Testamentsvollstrecker in alleiniger Zuständigkeit den Gesellschaftsanteil zu kündigen oder einer Kapitalerhöhung zuzustimmen. Sie schränkt diese Befugnis nur dahingehend ein, dass der Erbe eine angemessene Abfindung erhalten muss bzw. nicht persönlich verpflichtet wird. Für diese kernbereichsrelevanten Aktionen greift auch die befürwortende Meinung auf die allgemeinen erbrechtlichen Schranken zur Begrenzung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers zurück. Warum sollte sich die Entscheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers daher nicht für alle gesellschaftsrechtlichen Bereich an den erbrechtlichen Schranken orientieren?

Die Kernbereichslehre ist nicht in der Lage, den im Recht der Testamentsvollstreckung normierten Ausschluss der Verfügungsmacht der Erben zu beseitigen. Die analoge Anwendung der Kernbereichslehre ist unzulässig. Als Ergebnis einer Rechtsfortbildung ist sie nicht normiert und daher auch nicht analogiefähig. Für eine Ausdehnung der Grundsätze der Kernbereichslehre auf das Recht der Testamentsvollstreckung müssten besondere Umstände vorliegen, die eine Einschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers über die im Gesetz geregelten Beschränkungen hinaus rechtfertigen würden. Diese liegen jedoch nicht vor. Eine von der befürwortenden Meinung vorgebrachte Entmündigung des Gesellschaftererben scheidet als Argument aus. Der Rechtsfolge des Verlustes seiner Verfügungsbefugnis über den Nachlass kann der Erbe

---

<sup>284</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 122, 147; Priester, FS Stimpel, 463, 472

entgehen, indem er die Erbschaft ausschlägt. Zudem schützen die erbrechtlichen Vorschriften den Gesellschaftererben ausreichend. Sie mögen zwar bisweilen nicht so weitgehend ausgestaltet sein, wie ein persönliches Zustimmungsrecht des Gesellschaftererben in kernbereichsrelevanten Angelegenheiten. Der Testamentsvollstrecker kann gegen den Willen des Erben entscheiden, solange er die erbrechtlichen Schranken einhält. Dies ist aber auch gerechtfertigt, da sich der Erbe freiwillig der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers unterwirft. Außerdem müsste dem Erben auch für andere Bereiche des Nachlasses ein Kernbereich zugestanden werden, der ihm ein zwingendes Mitspracherecht garantiert. Irreparable Interessensverletzungen der Erben durch rechtmäßige Verwaltungshandlungen des Testamentsvollstreckers können z.B. auch bei Immobilien- oder Geldvermögen vorkommen. Die Akzeptanz der Kernbereichslehre als Instrument zur Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers bevorzugt daher nur Gesellschaftsbeteiligungen gegenüber anderem Nachlassvermögen. Gründe, die eine derartige Bevorzugung rechtfertigen, liegen nicht vor.

Schließlich ist zu beachten, dass eine Rechtsfortbildung sich möglichst eng an die bestehende Rechtsordnung zu halten hat. Maßgeblich im Bereich der Testamentsvollstreckung ist nicht der Wille des Gesellschaftererben, sondern der des Erblassers. In § 2208 BGB sieht das Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit für den Erblasser vor, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers in seiner letztwilligen Verfügung zu beschränken. Fehlt eine entsprechende Anordnung, würde der Testamentsvollstrecker gegen den Willen des Erblassers verstoßen, falls die Kernbereichslehre zwingend auf das Recht der Testamentsvollstreckung anzuwenden wäre. Daher ist auch in kernbereichsrelevanten Bereichen grundsätzlich von der Alleinzuständigkeit des Testamentsvollstreckers auszugehen. Der Gesellschaftererbe muss nur zustimmen, wenn dies die allgemeinen erbrechtlichen Schranken erfordern. Dieses Ergebnis stärkt die Rechtssicherheit. Mangels einer Katalogisierung der Rechte der Kernbereich der Mitgliedschaft kann in der Praxis nicht immer zweifelsfrei entschieden werden, ob sich der Gesellschafter auf den Kernbereich

der Mitgliedschaft berufen kann. Gesteht man dem Testamentsvollstrecker eine generelle Alleinentscheidungsbefugnis auch für diesen Bereich zu, beschränken sich eventuelle Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Verwaltungshandlung des Testamentsvollstreckers nur auf das Innenverhältnis Testamentsvollstrecker – Gesellschaftererbe.

Überlegenswert wäre jedoch, dem Gesellschaftererben für kernbereichsrelevante Entscheidungen oder zumindest, soweit diese betroffen sein könnten, ein Teilnahme- und Rederecht in der beschlussfassenden Gesellschafterversammlung zuzugestehen. Die Gesellschafterversammlung stellt ein zentrales Forum für die Willensbildung der Gesellschafter dar. Durch die Teilnahme des Gesellschaftererben an der Versammlung und seinen Redebeitrag wird die Alleinentscheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht berührt. Den Mitgesellschaftern wird jedoch Gelegenheit gegeben, die Bedenken und Vorschläge des Gesellschaftererben in ihr Abstimmungsverhalten mit einzubeziehen. Außerdem verbessert die Einbeziehung des Gesellschaftererben das Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben. Hinzu kommt, dass der Testamentsvollstrecker sein Haftungsrisiko mindern kann. Er ist in der Lage, bei gegenteiliger Meinung des Gesellschaftererben seine Position nochmals zu überdenken bzw. sich in den strittigen Positionen nochmals abzusichern.

## **D. Folgen für die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Testamentsvollstreckung**

Wie oben erläutert, schränkt die Kernbereichslehre die Befugnisse des Testamentsvollstreckers nicht über die erbrechtlichen Schranken hinaus ein. Nur an diesen ist die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen, die der Testamentsvollstrecker im Rahmen einer Umwandlung trifft, zu messen. Konkret bedeutet dies, dass sie sich im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses bewegen müssen (§ 2216 BGB). Daneben dürfen die Verwaltungshandlungen keine unentgeltliche Verfügung über den Nachlass darstellen (§ 2205 S. 3 BGB) oder den Erben persönlich verpflichten (§ 2206 Abs. 1 BGB).

### **I. Verbot der unentgeltlichen Verfügung (§ 2205 S. 3 BGB)**

#### **1. Definition der unentgeltlichen Verfügung**

##### **1.1 Verfügungscharakter**

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, welche unmittelbar die Belastung, Änderung oder Übertragung eines Rechtes zur Folge haben<sup>285</sup>. Darunter fallen zum Beispiel der Verkauf eines Geschäftsanteils oder die Kündigung der Mitgliedschaft. Der Verfügungsbegriff ist für Verwaltungshandlungen des Testamentsvollstreckers weit zu fassen. Auch die Stimmabgabe zu einem die Gesellschaftsstruktur ändernden Beschluss kann eine Verfügung darstellen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Stimmabgabe ausschlaggebend für die Beschlussfassung war<sup>286</sup>. Anderenfalls fehlt es am Kriterium der Unmittelbarkeit.

##### **1.2 Unentgeltlichkeit**

Unentgeltlichkeit liegt vor, wenn der Nachlass objektiv geschmälert wird, ohne dass die eingetretene Verringerung der Nachlasssubstanz durch einen adäquaten Vorteil ausgeglichen wird<sup>287</sup>. Neben die objektive Komponente der Unentgeltlichkeit tritt kumulativ eine subjektive Tatbestandsvoraussetzung. Gehen die Beteiligten davon aus, dass die erbrach-

---

<sup>285</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 32; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 52

<sup>286</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 475

<sup>287</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2205/Rn. 33

ten Leistungen gleichwertig sein sollen, liegt keine unentgeltliche Verfügung vor. Der Testamentsvollstrecker verstößt daher nicht gegen § 2205 S. 3 BGB, wenn er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt und unter Beachtung der Maßstäbe einer ordnungsgemäßen Verwaltung von der Gleichwertigkeit der Gegenleistung ausgehen konnte<sup>288</sup>. Die Gegenleistung muss wieder Nachlassbestandteil werden<sup>289</sup>. Neben der objektiven Schmälerung des Nachlasses durch den Abgang von Vermögensgegenständen wird von der Rechtsprechung und Literatur auch die Verschlechterung der Gesellschafterstellung ohne gleichwertige Kompensation dieses Nachteils als unentgeltlich eingestuft<sup>290</sup>.

## 2. Unentgeltliche Verfügungen im Umwandlungsverfahren

### 2.1 Vorbereitungsphase

In die Vorbereitungsphase<sup>291</sup> fallen die Erstellung des Umwandlungsberichtes (§§ 8, 127, 162, 176, 177, 192 UmwG), die Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungshandlungen (§§ 9-12 UmwG), die Einholung der Zustimmung des Betriebsrates (§§ 5 Abs. 3, 126 Abs. 3, 176, 194 Abs. 2 UmwG) sowie der Entwurf eines Vertrages (§ 4 Abs. 2, 126, 176, 177 UmwG) beziehungsweise Plans (§ 136 UmwG) für die Umwandlung. Keine dieser Maßnahmen besitzt jedoch Verfügungscharakter. Die vorbereitenden Handlungen vermögen keine unmittelbare Rechtsänderung herbeizuführen. Verfügungen finden erst in einem späteren Stadium der Umwandlung statt.

### 2.2 Beschlussphase

#### 2.2.1 Verfügungscharakter

##### 2.2.1.1 Unmittelbarkeit des Umwandlungsbeschlusses

Die Fassung des Umwandlungsbeschlusses als zwingende Voraussetzung für alle Umwandlungsarten<sup>292</sup> ändert ebenfalls nicht unmittelbar die Gesellschaftsstruktur. Er begründet lediglich die Rechtsgrundlage für die

---

<sup>288</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 198; Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 42

<sup>289</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn. 66

<sup>290</sup> MünchKomm/Ulmer, BGB, § 705/Rn. 89

<sup>291</sup> vgl. Teil 1, A III

<sup>292</sup> vgl. oben, Teil 1, A III 2

Umwandlung. Im Falle des Formwechsels führt der Umwandlungsbeschluss selbst zur nötigen Rechtsgrundlage. In den übrigen Fällen genehmigt er lediglich den Umwandlungsvertrag<sup>293</sup>. Dadurch entfaltet die Umwandlung jedoch noch keine Rechtswirkung nach außen. Erst ihre Eintragung in das Handelsregister löst gleichzeitig alle mit der Umwandlung verknüpften Rechtsfolgen aus (§§ 19, 130, 202 UmwG). Die Vorschrift des § 2205 S. 3 BGB würde jedoch ihre gesellschaftsrechtliche Bedeutung verlieren, wenn dem Umwandlungsbeschluss selbst nicht Verfügungsqualität zuzubilligen wäre<sup>294</sup>. An der die Rechtsänderung unmittelbar herbeiführenden Eintragung wirken jedoch die Gesellschafter nicht mit. Sie wird von der Geschäftsleitung beantragt und vom Registerbeamten vorgenommen. Würde man die Verfügungsqualität des Umwandlungsbeschlusses verneinen, könnte sich der Erbe nicht auf den Schutz des § 2205 S. 3 BGB berufen.

#### 2.2.1.2 Stimmabgabe

Die bloße Stimmabgabe des Testamentsvollstreckers zum Umwandlungsbeschluss hat jedenfalls dann Verfügungsqualität, wenn sie ausschlaggebend für die Beschlussfassung war. Dieses Kriterium ist zwangsläufig erfüllt, soweit der Testamentsvollstrecker allein über die notwendige Stimmenmehrheit verfügt oder Einstimmigkeit für den Umwandlungsbeschluss vorgesehen ist. Gesetzlich ist die Einstimmigkeit für die Beschlussfassung bei der Verschmelzung durch Neugründung (§§ 76 Abs. 2, 98 UmwG) und bei Umwandlungen unter der Beteiligung von Personengesellschaften vorgesehen (§§ 43 Abs. 1, 217 Abs. 1 S. 1, 233 Abs. 1 UmwG). Letzteres gilt jedoch nur, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht abweichend vom Einstimmigkeitsprinzip eine Mehrheitsentscheidung mit mindestens  $\frac{3}{4}$  der Stimmen erfordert (§§ 43 Abs. 2, 217 Abs. 1 S. 2, 233 Abs. 3 UmwG). In den übrigen Fällen sieht das Umwandlungsgesetz regelmäßig eine Beschlussfassung mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit vor<sup>295</sup>. Erfordert eine Satzungsänderung laut Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit (vgl. z.B. § 53 Abs. 2 GmbHG), muss dies auch für die

---

<sup>293</sup> vgl. oben, Teil 1, A III 2

<sup>294</sup> Lutter, ZGR 1982, 108, 119 ff.

<sup>295</sup> Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1755

Fassung des Umwandlungsbeschlusses beachtet werden. Problematisch ist die Frage, ob auch eine positive Stimmabgabe, die nicht ausschlaggebend für die Beschlussfassung war (z.B. stimmt neben dem Testamentsvollstrecker auch der zu 90 % beteiligte Mehrheitsgesellschafter der Umwandlung zu), ebenfalls Verfügungsqualität besitzt.

Hier besteht erhebliche Rechtsunsicherheit. Teile der Literatur<sup>296</sup> plädieren dafür, jede positive Stimmabgabe an den Kriterien der §§ 2205 S. 3, 2213 Abs. 2 BGB zu prüfen. Überwiegend wird jedoch der Verfügungscharakter einer nicht ausschlaggebenden positiven Stimmabgabe verneint<sup>297</sup>. Mangels unmittelbarer Rechtsänderung läge in diesem Fall zumindest im rechtstechnischen Sinn keine Verfügung vor. Dennoch sollte aus Gründen der Rechtssicherheit jede positive Stimmabgabe des Testamentsvollstreckers, soweit der Beschluss zustande kommt, zumindest im übertragenen Sinn als Verfügung gewertet werden. Ein Beschluss stellt das Zusammenwirken mehrerer rechtsgeschäftlicher Erklärungen an einem Verfügungstatbestand dar. In der Praxis kann es vorkommen, dass sich nicht nachvollziehen lässt, ob die Stimme des Testamentsvollstreckers ausschlaggebend für die Beschlussfassung war oder nicht. Der Testamentsvollstrecker kann bei der Stimmabgabe unter Umständen auch gar nicht einschätzen, ob seine Stimme letztendlich ausschlaggebend für das Zustandekommen des Beschlusses sein wird. Um diese Rechtsunsicherheit zu vermeiden und den Schutz des Erben zu stärken, ist es gerechtfertigt, jede positive Mitwirkung des Testamentsvollstreckers an einem zustande gekommenen Beschluss als Verfügung zu qualifizieren. Stimmt der Testamentsvollstrecker mit „Ja“, äußert er den Willen, die Verfügung durchführen zu wollen. Er muss sich daher über die möglichen Konsequenzen seines Verhaltens im Klaren sein. Hinzu kommt, dass in den Fällen, in denen zwar ein Umwandlungsbeschluss unter positiver, aber nicht ausschlaggebender Mitwirkung des Testamentsvollstreckers gefasst wird, der Erbe nicht durch die §§ 2213, 2205 S. BGB geschützt wäre. Dieses Ergebnis wäre nicht sachgerecht.

---

<sup>296</sup> Lutter, ZGR 1982, 108, 119

<sup>297</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 474; Dörrie, GmbHR 1996, 245, 250

### 2.2.1.3 Zustimmungen

Keine Probleme bereitet die Einordnung von Zustimmungen des Testamentsvollstreckers zum Umwandlungsbeschluss. In bestimmten Fällen sieht das Umwandlungsgesetz die Zustimmung des Gesellschafters als zwingendes Wirksamkeitserfordernis vor. Beispielhaft genannt seien die Zustimmung zu Umwandlungen,

- durch die der Gesellschafter einer persönlich unbeschränkten Haftung unterworfen wird (§§ 217 Abs. 2, 233 Abs. 1, Abs. 2 S. 3, 240 Abs. 1, 2 UmwG)
- durch die der Gesellschafter seine Sonderrechte verliert (§ 50 Abs. 2 UmwG)
- die ein abweichendes Beteiligungsverhältnis nach dem Formwechsel nach sich ziehen (§§ 241, 242 UmwG)
- bei denen im Gesellschaftsvertrag die Zustimmung bestimmter Anteilseigner vorgesehen ist (§§ 13 Abs. 2, 193 Abs. 2 UmwG).
- wenn die Einlagen des aufnehmenden Rechtsträgers nicht vollständig einbezahlt sind (§ 51 Abs. 1 UmwG).

Wird vom Gesetz eine Zustimmung zwingend vorgeschrieben, liegt in ihrer Erteilung durch den Testamentsvollstrecker eine Verfügung. Sie ist in diesem Fall stets ausschlaggebend für die Beschlussfassung.

### 2.2.1.4 Ausübung des Lösungsrechtes

Das Umwandlungsgesetz sieht ein Lösungsrecht für die Gesellschafter vor, die gegen die Umwandlung gestimmt haben. Da kein Gesellschafter gegen seinen Willen gezwungen werden kann, nach der von ihm abgelehnten Umwandlung weiter Mitglied der Gesellschaft zu bleiben, sieht das Umwandlungsgesetz für diese Fälle das Angebot einer Abfindung in Geld vor (§§ 29 ff., 125, 207 ff. UmwG). Nimmt der Testamentsvollstrecker das Angebot an, scheidet der Erbe aus der Gesellschaft aus. Der Austritt aus der Gesellschaft und der damit verbundene Verlust der

Gesellschafterstellung des Erben stellt unproblematisch eine Verfügung dar<sup>298</sup>.

## 2.2.2 Unentgeltlichkeit

### 2.2.2.1 Unentgeltlichkeit der Barabfindung bzw. des Veräußerungserlöses

Der Gesellschafter scheidet nicht unentgeltlich aus der Gesellschaft aus, wenn der Testamentsvollstrecker auf eine Barabfindung insgesamt verzichtet. Auch die lediglich zu niedrig bemessene Abfindung ist als unentgeltlich einzustufen. Teiltunentgeltliche Verfügungen sind insgesamt bis zur Zustimmung des Gesellschaftererben unwirksam. In der Praxis wird das Problem der Unentgeltlichkeit in der Regel an der subjektiven Komponente des § 2205 S. 3 BGB scheitern. Für die Fälle der Barabfindung sieht das Umwandlungsgesetz die Prüfung durch einen unabhängigen Dritten vor (§§ 30 Abs. 2, 125, 208 UmwG). Dem Urteil des Sachverständigen muss der Testamentsvollstrecker vertrauen können. Befindet der Prüfer das Angebot als angemessen und nimmt der Testamentsvollstrecker es an, obwohl es in tatsächlicher Hinsicht objektiv hinter dem Wert der Gesellschaftsbeteiligung zurückbleibt, liegt keine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers vor. Auch ein Dritter hätte sich auf das Urteil des Sachverständigen verlassen dürfen. Dies gilt allerdings nur, soweit der Testamentsvollstrecker die Fehlbeurteilung nicht kannte oder hätte erkennen müssen.

Verzichtet der Testamentsvollstrecker auf die Prüfung des Barabfindungsangebotes durch einen unabhängigen Sachverständigen oder wählt er die anderweitige Veräußerung an einen Dritten (§§ 33, 125, 211 UmwG), bestehen bezüglich der subjektiven Komponente der Unentgeltlichkeit Probleme. Wann kann der Testamentsvollstrecker zu Recht davon ausgehen, dass die erhaltene Gegenleistung für die Gesellschaftsbeteiligung angemessen ist? Die Rechtsprechung und die Literatur exkulpieren den Testamentsvollstrecker vom Verbot der unentgeltlichen Verfügung, wenn dieser die erforderliche Sorgfalt unter Beachtung des

---

<sup>298</sup> Dörrie, GmbHR 1996, 245, 250

Maßstabes der ordnungsgemäßen Verwaltung bei seiner Beurteilung der Gegenleistung beachtet hat. Diese Definition ist sehr weit gehalten. Der Testamentsvollstrecker kann die Angemessenheit wohl allein beurteilen, wenn er selbst die Qualifikation eines Prüfers im Sinne von § 9 Abs. 1 UmwG besitzt. Ansonsten müssen Kriterien vorliegen, die dem Testamentsvollstrecker die Beurteilung des objektiven Wertes der Gegenleistung in einer für den Gesellschaftererben nachvollziehbaren Weise ermöglichen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn gleichartig beteiligte Mitgesellschafter ein Prüfungsgutachten erstellen lassen und der Testamentsvollstrecker sich an dessen Werten orientiert. Zum Schutz der Erben sind die Anforderungen an den Testamentsvollstrecker bezüglich seiner Angemessenheitsprüfung hoch anzusetzen. In der Praxis ist dem Testamentsvollstrecker daher stets zu empfehlen, das Gutachten eines Sachverständigen zur Frage der Angemessenheit der Gegenleistung einzuholen.

Eine unentgeltliche Verfügung liegt schließlich auch bei folgender Konstellation vor: Der Testamentsvollstrecker hat die Wahl zwischen einer Barabfindung durch die Gesellschaft oder der freien Veräußerung der Gesellschaftsanteile an einen außenstehenden Dritten. Beide Alternativen enthalten für sich betrachtet eine adäquate Gegenleistung. Der Testamentsvollstrecker entscheidet sich für die Alternative mit dem geringeren Erlös. Zwar gibt der Testamentsvollstrecker in diesem Fall die Gesellschaftsbeteiligung nicht unter ihrem objektiven Wert auf. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Gegenleistung muss der Testamentsvollstrecker aber auch den Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung beachten, der die Mehrung des Nachlassvermögens beinhaltet. Daher ist er auch im Rahmen der Angemessenheitsprüfung der Gegenleistung verpflichtet, die für den Erben günstigste Möglichkeit zu wählen<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> Dörrie, ZEV 1996, 370, 372

#### 2.2.2.2 Unentgeltlichkeit durch Verschlechterung der Gesellschafterstellung

Wird durch die Umwandlung die Gesellschafterstellung des Gesellschaftererben verschlechtert, liegt ebenfalls eine unentgeltliche Verfügung vor. Darunter fallen zum Beispiel der Untergang besonderer Stimm- oder Gewinnbezugsrechte durch die Umwandlung. Eine Unentgeltlichkeit in diesen Fällen entfällt nur dann, wenn die Verschlechterung für alle Gesellschafter einen gleichmäßig belastenden Eingriff darstellt<sup>300</sup>. Der eigenen Rechtseinschränkung steht dann kein Vorteil der Mitgesellschafter gegenüber. Es wird kein Einzelner benachteiligt. In der Regel ist dies bei Umwandlungen auch der Fall, da die Umwandlungsfolgen alle Gesellschafter im Verhältnis ihrer Gesellschaftsbeteiligung treffen. Teilweise<sup>301</sup> wird die Unentgeltlichkeit der Verfügung auch dann verneint, wenn der Eingriff zwar einseitig belastend für den Gesellschaftererben ist, der Verzicht auf eine adäquate Gegenleistung sich aber im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses als wirtschaftlich notwendig oder zweckmäßig erweist. Diese Auffassung wird zu Recht als zu weitgehend empfunden<sup>302</sup>. Der Verstoß gegen das Verbot unentgeltlicher Verfügungen zieht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes auch gegenüber Dritten nach sich<sup>303</sup>. Bewegt sich der Testamentsvollstrecker dagegen außerhalb der Schranken der ordnungsgemäßen Verwaltung, berührt dies nur das Innenverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererbe. Damit hinge die Wirksamkeit einseitig belastender Verfügungen entgegen den gesetzlichen Bestimmungen allein von den subjektiven Vorstellungen des Testamentsvollstreckers ab. Dieses Ergebnis würde den Erbenschutz erheblich einschränken.

Ausnahmsweise wird der für den Gesellschaftererben einseitig belastende Eingriff nicht als unentgeltliche Verfügung zu qualifizieren sein, wenn auch der Erbe unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen<sup>304</sup>

---

<sup>300</sup> Lutter, ZGR 1982, 108, 115

<sup>301</sup> BGHZ 78, 177, 183 ff.; Priester, FS Stimpel, 463, 475 f.

<sup>302</sup> Paschke, ZIP 1958, 129, 136; Dörrie, GmbHR 1996, 245, 251

<sup>303</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 39

<sup>304</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 109/Rn. 23 ff.

Treuepflicht der einseitigen Beschneidung seiner Rechte hätte zustimmen müssen. Hier ist aber nicht das Wohl des Nachlasses maßgeblicher Rechtfertigungsgrund, sondern das Wohl der Gesellschaft. Hätte sich auch der Gesellschaftererbe nicht gegen die Verschlechterung seiner Position aus gesellschaftsrechtlicher Sicht wehren können, darf auch der Testamentsvollstrecker zustimmen. Der Testamentsvollstrecker übt die Gesellschaftsrechte nur für den Erben aus und ist daher ebenfalls an die Treuepflicht gebunden.

### 2.3 Vollzugsphase

In die Vollzugsphase fällt die Anmeldung und Eintragung der Umwandlung, sowie die Ausübung der Klage- und Nachprüfungsrechte<sup>305</sup>. Auch wenn erst mit der Eintragung der Umwandlung sämtliche Rechtsgeschäfte unmittelbar ausgelöst werden, liegen in diesem Umwandlungsabschnitt keine Verfügungen der Gesellschafter vor. Zum Schutz des Gesellschaftererben wird der Verfügungstatbestand auf die Fassung des Umwandlungsbeschlusses vorverlagert<sup>306</sup>.

### 3. Folgen einer unentgeltlichen Verfügung

§ 2205 S. 3 BGB ist eine dingliche Schranke für die Verwaltungshandlungen des Testamentsvollstreckers. Verfügt der Testamentsvollstrecker daher unentgeltlich über einen Nachlassgegenstand, ist die Verfügung schwebend unwirksam. Verweigern die Erben<sup>307</sup> die Genehmigung der Verfügung, wird sie entgeltig unwirksam<sup>308</sup>. Ein entgegenstehender guter Glaube des Dritten kann die mangelnde Verfügungsmacht nicht ersetzen<sup>309</sup>. Diese absolute Unwirksamkeit der unentgeltlichen Verfügung wird jedoch durch die umwandlungsrechtlichen Vorschriften modifiziert. Klagen gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses müssen innerhalb eines Monats nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses erhoben werden (§§ 14 Abs. 1, 125, 195 Abs. 1 UmwG). Nach

---

<sup>305</sup> vgl. oben, Teil 1, A III 3

<sup>306</sup> vgl. oben, Teil 2, D I 2.2.1

<sup>307</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/72: einschließlich aller Nacherben und noch nicht befriedigter Vermächtnisnehmer

<sup>308</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn. 40

<sup>309</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 81

Ablauf der Monatsfrist kann ein Verstoß des Testamentsvollstreckers gegen das Verbot der unentgeltlichen Verfügung nicht mehr als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden.

Das Klagerecht steht dem Erben im Hinblick auf die kurze Ausschlussfrist neben dem Testamentsvollstrecker persönlich zu<sup>310</sup>. Auch wenn im übrigen sämtliche Mitgliedschaftsrechte vom Testamentsvollstrecker in alleiniger Zuständigkeit ausgeübt werden, ist bezüglich des Klagerechtes eine Ausnahme zu machen. Der Testamentsvollstrecker wird dadurch in seinen Rechten nicht beschnitten. Macht der Erbe geltend, dass der Testamentsvollstrecker unentgeltlich über den Gesellschaftsanteil verfügt hat, erfolgt eine Nichtigerklärung des Umwandlungsbeschlusses durch das angerufene Gericht zu Recht. Bei Beachtung seiner erbrechtlichen Befugnisse hätte der Testamentsvollstrecker der Umwandlung nicht zustimmen dürfen. Um zu vermeiden, dass die dingliche Schranke des § 2205 S. 3 BGB durch die Ausschlussfrist der §§ 14 Abs. 1, 125, 195 Abs. 1 UmwG ausgehebelt wird, ist ein eigenständiges Anfechtungsrecht des Erben zu bejahen. In der Praxis wird der Testamentsvollstrecker selbst das Klagerecht auch nicht ausüben, da er, wenn er der Umwandlung zugestimmt hat, subjektiv von der Rechtmäßigkeit seiner Entscheidung ausgeht. Handelt er bewusst pflichtwidrig, wird er ebenfalls keine Klage erheben.

Versäumt der Gesellschaftererbe rechtzeitig Klage zu erheben, bleibt ihm der Schadensersatzanspruch aus § 2219 BGB. Eine Schadensersatzpflicht wird nur bei einer schuldhaften Pflichtverletzung begründet. Das Verschulden orientiert sich dabei nach § 276 BGB, d.h., der Testamentsvollstrecker hätte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, dass er unentgeltlich über den Nachlass verfügt. Fehlen dem Testamentsvollstrecker die nötigen Kenntnisse, muss er zu schwierigen Entscheidungen, die über seine eigenen Fachkenntnisse hinaus gehen, den Rat eines Experten einholen<sup>311</sup>. Neben der Schadensersatzforderung kann

---

<sup>310</sup> Weidlich, MittBayNot 1996, 1, 4; Dörrie, ZEV 1996, 370, 373

<sup>311</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2219/Rn. 2

der Erbe die Entlassung des Testamentsvollstreckers beim Nachlassgericht (§ 2227 BGB) beantragen. Die Entlassung setzt eine grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers oder ein generelles Unvermögen zur korrekten Führung seines Amtes voraus. Die Pflichtverletzung muss schuldhaft erfolgen und sich in besonders erheblicher Weise auf den Nachlass auswirken<sup>312</sup>. Die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung setzt dagegen kein Verschulden des Testamentsvollstreckers voraus. Sie muss sich aber erheblich und nachhaltig auf die Testamentsvollstreckung des Nachlasses auswirken<sup>313</sup>. Ob in der unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers ein Entlassungsgrund im Sinne von § 2227 BGB gegeben ist, bedarf jeweils der Einzelfallprüfung.

#### 4. Zusammenfassung

Im Rahmen der Umwandlung kann der Testamentsvollstrecker bei der Fassung des Umwandlungsbeschlusses und bei einem in diesem Zusammenhang gewählten Ausscheiden des Erben aus der Gesellschaft unentgeltlich über den Nachlass verfügen. Beide Verwaltungshandlungen, die Herbeiführung des Ausscheidens aus der Gesellschaft und die Erteilung gesetzlich zwingend vorgeschriebener Zustimmungen, haben unproblematisch Verfügungscharakter. Für die reine Stimmabgabe gilt dies nur, soweit sich der Gesellschafter positiv an dem Umwandlungsbeschluss beteiligt und dieser auch zustande kommt. Dadurch werden Unklarheiten, ob die Stimme des Testamentsvollstreckers letztendlich ausschlaggebend für die Beschlussfassung war oder nicht, vermieden. Unentgeltlich ist die Verfügung nur, wenn eine einseitige Belastung des Gesellschaftererben vorliegt oder keine angemessene Gegenleistung in den Nachlass gelangt und der Testamentsvollstrecker dies bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können. An die Angemessenheitsprüfung des Testamentsvollstreckers sind zum Schutz des Erben hohe Anforderungen zu stellen. Verzichtet der Testamentsvollstrecker daher, die gesetzlich vorgesehenen Prüfgutachten einzuholen und bestehen Zweifel bezüglich

---

<sup>312</sup> BayObLG, FamRZ 1991, 235, 615

<sup>313</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2227/Rn. 4

der Angemessenheit der Barabfindung oder des Umtauschverhältnisses, ist die Verfügung grundsätzlich als unentgeltlich einzustufen, soweit nicht andere objektive Kriterien die Entscheidung des Testamentsvollstreckers rechtfertigen. Die unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers ist ohne Genehmigung der Gesellschaftererben unwirksam. Allerdings können die Gesellschaftererben die Unwirksamkeit nur innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung geltend machen. Nach Ablauf der Frist kann der Erbe vom Testamentsvollstreckter Schadensersatz verlangen oder seine Entlassung beantragen.

## **II. Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 BGB)**

### **1. Definition der ordnungsgemäßen Verwaltung**

Im Rahmen der ihm übertragenen Testamentsvollstreckung entscheidet der Testamentsvollstreckter grundsätzlich über die zu treffenden Verwaltungsmaßnahmen. Seine Entscheidungsfreiheit wird durch den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) und der bestehenden Bindung des Testamentsvollstreckers an die vom Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung getroffenen Anordnungen (§ 2216 Abs. 2 BGB) begrenzt. Der Testamentsvollstreckter kann sich über die Anordnungen des Erblassers nur im Einvernehmen mit allen Erben hinwegsetzen<sup>314</sup> oder wenn die Befolgung der Anordnung objektiv den Nachlass ernsthaft gefährden würde<sup>315</sup>. Letzterenfalls können der Testamentsvollstreckter oder die Erben die Außerkraftsetzung beim Nachlassgericht beantragen. Innerhalb der ihm vom Erblasser zugewiesenen Aufgaben hat der Testamentsvollstreckter wie ein ordentlicher Verwalter fremden Vermögens seine Handlungen an dem Ziel auszurichten, das Nachlassvermögen zu mehren und alles zu verhindern, was sich nachteilig für die Erben auswirken könnte<sup>316</sup>. Im Vordergrund steht das Nachlassinteresse. Ob das Verhalten des Testamentsvollstreckers ordnungsgemäß und dem Nachlass dienlich ist, ist primär objektiv auszulegen<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 17

<sup>315</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 26, 27

<sup>316</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 2

<sup>317</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 5

Unterliegt eine Gesellschaftsbeteiligung der Testamentsvollstreckung, ist der Maßstab für die ordnungsgemäße Verwaltung relativ weit gefasst. Er richtet sich nach dem Leitbild des dynamischen Kaufmanns, der zur Wahrung von Geschäftschancen auch kalkulierbare Risiken eingehen muss<sup>318</sup>.

## 2. Ordnungsgemäße Verwaltung im Umwandlungsverfahren

### 2.1 Vorbereitungsphase

Die in der Vorbereitungsphase<sup>319</sup> vorzunehmenden Handlungen sind in der Regel nicht bedeutsam für die Beziehung zwischen Testamentsvollstrecker und Gesellschaftererben. Entwurf und Abschluss der Umwandlungsverträge obliegen jeweils der Geschäftsführung der Gesellschaft (§ 4 Abs. 1 UmwG). Auch die Erstellung des Umwandlungsberichtes ist Pflicht der Vertretungsorgane, ebenso die Einholung der Zustimmung des Betriebsrates. Sollte der Testamentsvollstrecker die Geschäftsleitung innehaben, ist er zwar zur Vornahme dieser Handlungen verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht aber gegenüber der Gesellschaft selbst, nicht gegenüber dem Gesellschaftererben. Sie resultiert aus der Organstellung des Geschäftsführers, nicht aus der Amtsstellung des Testamentsvollstreckers. In der Praxis ist dieses Problem auch von untergeordneter Bedeutung. Das Amt des Geschäftsführers ist höchstpersönlicher Natur und geht nicht im Wege der Erbfolge auf den Gesellschaftererben über. Es wird daher auch nicht Nachlassbestandteil. Die Stellung des Geschäftsführers muss dem Testamentsvollstrecker daher auf andere Weise übertragen werden. Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker lassen sich dann aus dem die Geschäftsführerstellung begründenden Rechtsverhältnis herleiten. Gesellschaftsbeteiligungen, die automatisch mit einer Geschäftsführungsbefugnis verknüpft sind (Komplementäranteil, Anteil an einer OHG oder BGB-Gesellschaft), unterliegen der Testamentsvollstreckung bezüglich ihrer organschaftlichen Mitgliedschaftsrechte nur über Hilfskonstruktionen.

---

<sup>318</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 169a; Klump, ZEV 1994, 69 f.

<sup>319</sup> vgl. oben, Teil 1, A III 1

Verzichtet der Testamentsvollstrecker auf den Umwandlungsbericht, kann er dadurch seine Verwalterpflichten verletzen. Dessen Erstellung kann nur entfallen, wenn alle Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger auf ihn verzichten (§§ 8 Abs. 3, 127 S.2, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 192 Abs. 3 UmwG). Ziel der gesetzlichen Verpflichtung zur Erstellung eines Umwandlungsberichtes ist die ausreichende Information der Gesellschafter über die Gründe und Folgen der Umwandlung. Der Testamentsvollstrecker unterliegt ebenfalls einer Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftererben (§ 2218 BGB). Der Testamentsvollstrecker muss den Erben unabhängig von seinem Informationsverlangen unverzüglich und umfassend über seine Verwaltungstätigkeit unterrichten. Er muss an den Erben alle ihm bekannten Informationen weitergeben, die es dem Erben ermöglichen, sich ein klares Bild von der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers zu machen. Diese Informationspflicht besteht insbesondere in Bezug auf wichtige Einzelfragen und anstehende Entscheidungen<sup>320</sup>. Gerade die Umwandlung stellt kein alltägliches Geschäft dar. Sie zieht weitreichende Konsequenzen für die Gesellschaftsbeteiligung des Erben nach sich. Insofern besteht ein gesteigerter Informationsbedarf für den Erben. Der Umwandlungsbericht bietet ein geeignetes Instrument, diesen Informationsbedarf in angemessener Weise zu decken, da er eine umfassende Abhandlung über Motive und Ziele der Umwandlung enthalten muss. Daher wird der Testamentsvollstrecker in der Praxis selten auf die Erstellung des Umwandlungsberichtes verzichten. Falls doch, verstößt er damit nicht zwangsläufig gegen § 2216 BGB. Der Testamentsvollstrecker kann auch aufgrund eigener Sachkenntnis in der Lage sein, dem Erben die Folgen einer Umwandlung für seine Gesellschaftsbeteiligung in adäquater Weise darzulegen. Ist dies nicht der Fall, verstößt der Testamentsvollstrecker durch seinen Verzicht auf den Umwandlungsbericht gegen § 2218 BGB und handelt damit pflichtwidrig.

---

<sup>320</sup> Bengel/Reimann/Klumpp, Handbuch, VI/Rn. 58

## 2.2 Beschlussphase

Im Rahmen des Umwandlungsbeschlusses ist zu prüfen, ob die Entscheidung des Testamentsvollstreckers für oder gegen die Umwandlung von § 2216 BGB gedeckt ist. Liegt gleichzeitig eine Verfügung des Testamentsvollstreckers vor, erfolgt die Prüfung der ordnungsgemäßen Verwaltung zusammen mit der Angemessenheitsprüfung der Gegenleistung für die Verfügung. Die subjektive Komponente der Angemessenheit richtet sich nach dem Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung. Insofern kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.

Liegt keine Verfügung des Testamentsvollstreckers vor, weil zum Beispiel Einstimmigkeit des Umwandlungsbeschlusses erforderlich ist und der Testamentsvollstrecker gegen ihn stimmt, muss der Testamentsvollstrecker im Interesse des Nachlasses handeln. Er muss darlegen können, warum er sich in dieser Weise entschieden hat. Besteht eine entsprechende Anordnung des Erblassers, ist der Testamentsvollstrecker verpflichtet, die Auswirkungen ihrer Befolgung für den Nachlass zu überprüfen. Stellen sich ihre Folgen als gravierend nachteilig für den Nachlass heraus, muss er die Aussetzung der Anordnung beim Nachlassgericht beantragen. Die Tatsache, dass in der Praxis Umwandlungen regelmäßig aus steuerlichen oder wirtschaftlichen Gründen erfolgen, hat nicht zwangsläufig zur Folge, dass die Umwandlung auch im Interesse des Nachlasses geschieht.

## 2.3 Vollzugsphase

### 2.3.1 Anmeldung der Umwandlung

In Bezug auf die Anmeldung zur Umwandlung besteht ebenfalls kein Spannungsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben. Wie die Erstellung des Umwandlungsberichtes ist auch die Anmeldung der Umwandlung zum Registergericht vom Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft vorzunehmen. Meldet der geschäftsführende Testamentsvollstrecker die Umwandlung nicht an, verstößt er nur gegen seine Geschäftsführerpflichten gegenüber der Gesellschaft.

## 2.3.2 Nachprüfungs- und Klagerechte

### 2.3.2.1 Nachprüfungsrechte

Bestehen objektive Zweifel an der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses (§§ 15, 125, 196 UmwG) oder der Barabfindung bei Ausscheiden aus der Gesellschaft (§§ 34, 125, 212 UmwG), ist der Testamentsvollstrecker verpflichtet, diese im gerichtlichen Spruchverfahren überprüfen und festsetzen zu lassen. Andernfalls verletzt er seine Fürsorgepflicht gegenüber dem Nachlass. Fühlen sich die Erben benachteiligt, besteht die Pflicht, eine gerichtliche Überprüfung zu beantragen nur dann, wenn sich objektive Anhaltspunkte für eine Schlechterstellung der Erben ergeben. Der Testamentsvollstrecker ist in seinen Entscheidungen unabhängig von den Wünschen und Forderungen der Erben. In der Praxis empfiehlt es sich jedoch, diesem Verlangen nachzukommen, soweit es sich nicht um offensichtlich querulantische Forderungen handelt. Dies schließt nicht nur die Gefahr der Regressnahme aus, sondern fördert auch das Verhältnis zu den Erben. Wurden die fraglichen Positionen durch einen sachverständigen Dritten geprüft, sind die Anforderungen an den Testamentsvollstrecker nicht zu hoch zu stellen. Nur bei einem offensichtlichen Missverhältnis muss der Testamentsvollstrecker trotz eines vorliegenden Gutachtens eine gerichtliche Überprüfung beantragen.

### 2.3.2.2 Klagerechte

Wird die Nichtigkeit der Umwandlung als solche angestrebt, kann der Testamentsvollstrecker Klage innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung erheben (§§ 14 Abs. 1, 125, 195 Abs. 1 UmwG). Die Nichtigkeit kann allerdings nicht auf die Unangemessenheit der Barabfindung oder des Umtauschverhältnisses gestützt werden. Bestehen andere Gründe, die eine Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses zur Folge hätten, ist es fraglich, ob der Testamentsvollstrecker gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung verstößt, wenn er keine Klage erhebt.

Wird die Nichtigkeit des Beschlusses auf die fehlende Befugnis des Testamentsvollstreckers gestützt, weil er unentgeltlich über den Gesellschaftsanteil verfügt hat, muss der Testamentsvollstrecker die Umwandlung anfechten. Erkennt der Testamentsvollstrecker zum Beispiel erst

nach der Beschlussfassung, dass die Gegenleistung objektiv zu niedrig bemessen ist, ist er gemäß § 2216 BGB verpflichtet, Klage zu erheben. Beruht die Nichtigkeit dagegen lediglich auf verletzten Formvorschriften bei der Beschlussfassung, die ihre Ursache nicht in der Übertretung einer erbrechtlichen Befugnis des Testamentsvollstreckers haben, liegt der Sachverhalt anders. Klagt der Testamentsvollstrecker in diesen Fällen nicht, handelt er nur pflichtwidrig, wenn sich die Umwandlungsfolgen trotz des nichtigen Umwandlungsbeschlusses als für den Nachlass nachteilig erweisen. Es ist auszuschließen, dass der Nachlass allein aufgrund derartiger Formverstöße benachteiligt wird.

### 3. Folgen eines Verstoßes gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung

Im Gegensatz zur unentgeltlichen Verfügung wirkt sich ein Verstoß gegen die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses nicht auf dinglicher Ebene aus. Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften kann gegenüber Dritten nicht auf einen Verstoß des Testamentsvollstreckers gegen § 2216 BGB gestützt werden. Die Maßnahme als solche bleibt wirksam und löst nur schuldrechtliche Folgen auf der Ebene Testamentsvollstrecker – Erbe aus<sup>321</sup>. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Dritte sich der Pflichtüberschreitung des Testamentsvollstreckers bewusst ist<sup>322</sup>. In diesem Fall ist die Maßnahme des Testamentsvollstreckers auch im Außenverhältnis unwirksam.

Der Gesellschaftererbe kann vom Testamentsvollstrecker die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten beziehungsweise das Unterlassen des pflichtwidrigen Verhaltens verlangen und dies notfalls auch gerichtlich durchsetzen<sup>323</sup>. Daneben besitzt der Erbe einen Schadensersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker, falls dieser seine Verwaltungsverpflichtung schuldhaft verletzt (§ 2219 BGB). Die Haftung ist auch bei objektiven Pflichtverletzungen ausgeschlossen, wenn sie dem Willen des

---

<sup>321</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 13

<sup>322</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 17

<sup>323</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 11

Erblassers entsprechen<sup>324</sup>. In schwerwiegenden Fällen kann der Erbe auch die Entlassung des Testamentsvollstreckers beim Nachlassgericht beantragen (§ 2227 BGB).

#### 4. Zusammenfassung

Eigenständige Bedeutung gewinnt § 2216 BGB im Rahmen der Umwandlung vor allem in der Vorbereitungs- und Vollzugsphase. Innerhalb der Beschlussfassung fällt die Prüfung der ordnungsgemäßen Verwaltung regelmäßig mit der Feststellung der Angemessenheit der Gegenleistung (Umtauschverhältnis, Abfindung) zusammen. Nur soweit der Testamentsvollstrecker durch seine Stimmabgabe nicht verfügt, ist dessen Handeln auf seine Ordnungsmäßigkeit hin gesondert zu prüfen. Im übrigen kann der Testamentsvollstrecker gegen § 2216 BGB verstoßen, wenn er auf den Umwandlungsbericht verzichtet oder die Barabfindung beziehungsweise das Umtauschverhältnis nicht auf ihre Angemessenheit im gerichtlichen Spruchverfahren prüfen lässt. Verstößt der Testamentsvollstrecker schuldhaft, macht er sich gegenüber den Gesellschaftererben schadensersatzpflichtig. In besonders schwerwiegenden Fällen kann er auch aus dem Amt entlassen werden.

### **III. Verbot der persönlichen Verpflichtung des Gesellschaftererben (§ 2206 BGB)**

#### 1. Definition der persönlichen Verpflichtung

Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers ist nur auf den Nachlass beschränkt. In die Privatsphäre des Gesellschaftererben darf der Testamentsvollstrecker nur mit dessen ausdrücklicher Zustimmung eingreifen. Das Verbot der persönlichen Verpflichtung bezieht sich sowohl auf die persönliche Verpflichtung des Erben im finanziellen Bereich als auch im wörtlichen Sinn. Dem Testamentsvollstrecker ist es nicht gestattet, durch sein Handeln den Erben in Person zu einer Duldung oder Leistung zu verpflichten. Finanzielle persönliche Verpflichtungen der Erben sind dem Testamentsvollstrecker nur möglich, soweit sie aus Mitteln des

---

<sup>324</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2219/Rn. 6

Nachlasses beglichen werden können<sup>325</sup>. In diesen Fällen hat der Erbe seine Zustimmung zu erteilen.

## 2. Persönliche Verpflichtungen im Rahmen der Umwandlung

### 2.1 Persönliche Verpflichtungen tatsächlicher Art

Der Testamentsvollstrecker hat darauf zu achten, dass durch die Umwandlung dem Erben weder persönliche Leistungs- noch Duldungsverpflichtungen auferlegt werden. In Betracht kommen zum Beispiel die Übernahme der Geschäftsführung, der Verzicht auf besondere Stimm- und Kontrollrechte oder die Einhaltung eines Wettbewerbsverbotes.

### 2.2 Persönliche Verpflichtungen finanzieller Art

#### 2.2.1 Umwandlung auf / in eine Personengesellschaft

##### 2.2.1.1 Einräumung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters

Es ist dem Testamentsvollstrecker untersagt, einer Umwandlung zuzustimmen, durch die der Gesellschaftererbe in die Rechtstellung eines unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafters rücken würde. Ansonsten entsteht die haftungsrechtliche Divergenz zwischen der gesellschaftsrechtlich unbeschränkten Haftung einerseits und der erbrechtlich auf den Nachlass beschränkten Haftung andererseits. Ausnahmsweise wird der Erbe nicht persönlich verpflichtet, wenn Zielrechtsträger eine BGB-Gesellschaft ist, der Testamentsvollstrecker aber durch vertragliche Vereinbarungen mit den Mitgesellschaftern die Haftung des Gesellschaftererben im Außenverhältnis auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt<sup>326</sup>. Im Gegensatz zum OHG-Gesellschafter (§ 128 S. 2 HGB) oder Komplementär kann die unbeschränkte Haftung des BGB-Gesellschafters auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden<sup>327</sup>. Diese Beschränkung muss, um Dritten gegenüber Wirksamkeit zu entfalten, nach außen deutlich erkennbar sein<sup>328</sup>. Allerdings gibt

---

<sup>325</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 402; Priester, FS Stimpel; 463, 477; Dörrie, ZEV 1996, 370, 373

<sup>326</sup> Bengel/Reimann/Mayer, V/Rn. 260

<sup>327</sup> Hehemann, BB 1995, 1301, 1307

<sup>328</sup> BGH, ZIP 1990, 610, 613

Dörrie<sup>329</sup> zu Recht zu bedenken, dass die persönlich unbeschränkte Haftung der Gesellschaftererben nach den allgemeinen Regeln der Anscheins- oder Duldungsvollmacht<sup>330</sup> aufleben kann, wenn die Haftungsbeschränkung nur mangelnd kenntlich gemacht wurde. Kann diese Risiko nicht – zum Beispiel durch einen entsprechenden Firmenzusatz „mbH“ – ausgeschlossen werden, darf der Testamentsvollstrecker der Umwandlung nicht zustimmen. Im Hinblick auf die neuere BGH-Rechtsprechung<sup>331</sup> kann das Modell, die Haftung durch einen Namenszusatz zu beschränken, als überholt und nicht mehr anwendbar betrachtet werden.

#### 2.2.1.2 Einräumung einer Kommanditistenstellung

Ist Zielrechtsträger der Umwandlung eine Kommanditgesellschaft, hat der Testamentsvollstrecker darauf hinzuwirken, dass der Gesellschaftererbe die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt erhält. Das Umwandlungsgesetz eröffnet diese Möglichkeit bei Verschmelzungen ausdrücklich in § 43 Abs. 2 UmwG. Durch die Haftungsbegrenzung des Kommanditisten auf seine Einlage (§§ 171 Abs. 1, 173 HGB) wird eine persönlich unbeschränkte Haftung des Erben grundsätzlich ausgeschlossen. Die im Rahmen der Umwandlung zu erbringende Sacheinlage in den aufnehmenden Rechtsträger wird aus den Vermögenswerten des übertragenden Rechtsträgers erbracht. Sie befreit den Gesellschaftererben in Höhe ihres wahren Wertes<sup>332</sup> gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (§ 171 Abs.1 2. HS HGB)<sup>333</sup>. Daher haftet der Gesellschaftererbe nicht persönlich, soweit die eingebrachten Vermögensgegenstände nicht überbewertet sind oder eine über das übertragene Vermögen hinausgehende Haftsumme vereinbart wird. In diesen Fällen ergibt sich eine Differenzhaftung des Kommanditisten, die zur persönlichen Inanspruchnahme führt<sup>334</sup>. Kann allerdings der Differenzbetrag aus Nachlassmitteln

---

<sup>329</sup> Dörrie, GmbHR 1996, 245, 249

<sup>330</sup> vgl. dazu im Einzelnen: Palandt/Heinrichs, BGB, § 173/Rn 11 ff., 14 ff.

<sup>331</sup> BGH, DStR 1999, 1704

<sup>332</sup> BGHZ 109, 334 f.

<sup>333</sup> Bengel/Reimann/Mayer, V/Rn. 259

<sup>334</sup> Dörrie, GmbHR 1996, 245, 249

erbracht werden, scheidet eine persönliche Verpflichtung des Gesellschaftererben durch den Testamentsvollstrecker aus.

Die Problematik der persönlich unbeschränkten Haftung des Gesellschaftererben aus § 176 HGB entsteht bei Umwandlungen auf beziehungsweise in eine Kommanditgesellschaft nicht. § 176 Abs. 2 HGB begründet eine persönliche Haftung des Kommanditisten für Verbindlichkeiten, die zwischen seinem Eintritt in die bereits bestehende Gesellschaft und der Eintragung im Handelsregister entstehen. Im Rahmen der Umwandlung werden aber alle Rechtsakte erst mit Eintragung der Umwandlung wirksam<sup>335</sup>. Daher tritt der Gesellschaftererbe erst mit Eintragung der Umwandlung der Kommanditgesellschaft bei. Für die Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB besteht somit kein Raum. Der Erbe haftet auch bei Verschmelzungen und Spaltungen zur Neugründung nicht gemäß § 176 Abs. 1 HGB, da Haftungsschuldner für Geschäfte, die vor Eintragung der Umwandlung vorgenommen wurden, allenfalls die übertragenden Rechtsträger sind<sup>336</sup>.

### 2.2.2 Umwandlung auf / in eine Kapitalgesellschaft

Grundsätzlich besteht für Umwandlungen auf beziehungsweise in eine Kapitalgesellschaft kein unbeschränktes persönliches Haftungsrisiko für den Gesellschaftererben. Seine Haftung ist auf die Kapitaleinlage beschränkt. Nur in Ausnahmefällen kann es zu einer unbeschränkten persönlichen Verpflichtung kommen.

#### 2.2.2.1 Umwandlung auf / in bestehende Kapitalgesellschaft

##### 2.2.2.1.1 Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG

§ 24 GmbHG sieht eine Ausfallhaftung der Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitaleinlage für den Fall vor, dass ein Gesellschafter seine Stammeinlage nicht voll erbracht hat. Für diesen Betrag haften die GmbH-Gesellschafter unbeschränkt persönlich<sup>337</sup>. Diesem Risiko ist im Umwandlungsgesetz durch das Zustimmungserfordernis des § 5 Abs. 1

---

<sup>335</sup> Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1756

<sup>336</sup> Dörrie, GmbHR 1996, 245, 249

<sup>337</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 1/Rn. 46

S. 1 und 3 UmwG Rechnung getragen. Sind bei einer Verschmelzung oder Spaltung auf eine bestehende GmbH die Einlagen nicht in voller Höhe bewirkt, müssen für eine wirksame Umwandlung alle in der Gesellschafterversammlung anwesenden Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers zustimmen. Entsprechendes gilt im Fall der reinen GmbH-Verschmelzung oder –Spaltung, wenn die Einlagen der übertragenden GmbH noch nicht voll einbezahlt sind. Allerdings scheidet auch hier ein Verstoß des Testamentsvollstreckers gegen das Verbot der persönlichen Verpflichtung des Erben aus, wenn der Testamentsvollstrecker die noch nicht geleistete Einlage aus Nachlassmitteln aufbringen kann. Der Testamentsvollstrecker kann unter anderem das Haftungsrisiko für den Gesellschaftererben in analoger Anwendung des § 2218 Abs. 2 BGB durch entsprechende Leistung einer Sicherheit ausschließen<sup>338</sup>.

#### 2.2.2.1.2 Differenzhaftung aus §§ 56 i.V.m. 9 GmbHG

Bisweilen erfordert die Durchführung einer Verschmelzung oder Spaltung eine Kapitalerhöhung der Kapitalgesellschaft (§§ 55, 69, 125 UmwG). Diese wird durch Sacheinlage des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers bewirkt. Dabei kann es vorkommen, dass das übergehende Vermögen zu hoch bewertet wird. § 56 Abs. 1 i.V.m. § 9 GmbHG sehen bei überbewerteten Sacheinlagen im Rahmen einer Kapitalerhöhung eine Nachschussverpflichtung des einlegenden Gesellschafters in Geld bis zum Erreichen des tatsächlichen Wertes vor. Diese Differenzhaftung kann auch bei Umwandlungsfällen entstehen. Sie entsteht aber nach herrschender Meinung erst mit Eintragung der Umwandlung<sup>339</sup>. Weist daher das Registergericht die Eintragung mangels Überbewertung der Sacheinlage ab, löst die Zustimmung des Testamentsvollstreckers zum Umwandlungsbeschluss trotz der Unterbewertung noch keine Haftung des Gesellschaftererben aus.

---

<sup>338</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn. 257

<sup>339</sup> Scholz/Priester, GmbHG, § 56/Rn. 85; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 9/Rn. 9; Hachenburg/Ulmer, § 9/Rn. 9; a.A.: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 9/Rn. 5; Scholz/Winter, GmbHG, § 8/Rn. 18

#### 2.2.2.2 Umwandlung unter Neugründung einer Kapitalgesellschaft

Das Umwandlungsgesetz verweist bei Spaltung und Verschmelzung zur Neugründung sowie beim Formwechsel jeweils auf die Gründungsvorschriften des übernehmenden Rechtsträgers (§§ 36 Abs. 2, 135 Abs. 2, 197 UmwG). Während die Gründung einer Kapitalgesellschaft außerhalb des Umwandlungsgesetzes dem Testamentsvollstrecker generell erlaubt ist<sup>340</sup>, soweit er persönliche Verpflichtungen des Erben vermeidet, die nicht durch den Nachlass gedeckt sind, kann der Testamentsvollstrecker nach herrschender Meinung aufgrund der strengen Haftung des § 46 AktG keine Aktiengesellschaft gründen<sup>341</sup>. Wird dagegen eine GmbH formwechselnd in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, hat das BayObLG<sup>342</sup> dem Testamentsvollstrecker die alleinige Mitwirkung unter Ausschluss der Gesellschaftererben an der Umwandlung erlaubt, soweit durch diese die Erben nicht weitergehend verpflichtet werden. Da auch die Neugründung einer GmbH im Wege der Umwandlung durch eine Sacheinlage des übertragenden Rechtsträgers erfolgt<sup>343</sup>, hat der Testamentsvollstrecker das eventuell bestehende Risiko einer Differenzhaftung (§ 56 i.V.m. § 9 GmbHG) auszuschließen. Wird im Falle eines Formwechsels die Einbringung einer zusätzlichen Bar- oder Sacheinlage vereinbart, muss der Testamentsvollstrecker sicher stellen, dass diese aus Nachlassmitteln erbracht werden kann.

Bei der formwechselnden Umwandlung in eine Aktiengesellschaft oder GmbH stehen die Vorschriften der Gründerhaftung (§§ 46, 50, 51 AktG, § 9a GmbHG) der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers nicht entgegen. Zwar stellen §§ 219, 245 Abs. 1 S. 1 UmwG die Gesellschafter, die der Umwandlung zugestimmt haben, den Gründern der Gesellschaft gleich. Da aber sowohl § 9a Abs. 3 GmbHG als auch § 46 Abs. 3 AktG die Haftung von der Kenntnis beziehungsweise dem Kennen müssen des haftungsbegründenden Tatbestandes abhängig machen, haftet der Gesellschaftererbe regelmäßig dann nicht, wenn er keine positive Kennt-

---

<sup>340</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 406

<sup>341</sup> Staudinger/Reimann, BGB, §, 2205/Rn. 143; Soergel/Damrau, BGB, § 2205/Rn. 51

<sup>342</sup> BayObLG, NJW 1976, 1692 ff.

<sup>343</sup> Dörrie, GmbHR 1996, 245, 247

nis hatte. Eine Wissenszurechnung<sup>344</sup> des Testamentsvollstreckers entsprechend § 166 Abs. 3 BGB scheidet aus<sup>345</sup>. In Betracht kommt allenfalls eine auf den Nachlass beschränkte Haftung des Testamentsvollstreckers entsprechend der Zurechnung eines schuldhaften Verhaltens für den Erben<sup>346</sup>.

### 3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot der persönlichen Verpflichtung

Verpflichtet der Testamentsvollstrecker den Erben persönlich, handelt er über seine Rechtsmacht hinaus, da er nur den Nachlass verpflichten kann. Maßnahmen, die eine persönliche Verpflichtung des Erben zur Folge haben, sind ohne dessen Zustimmung schwebend unwirksam<sup>347</sup>. Der Erbe kann – wie bei einer unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers – innerhalb eines Monats nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses Klage erheben<sup>348</sup>. Versäumt er diese Frist, kann er bei schuldhafter Pflichtverletzung durch den Testamentsvollstrecker Schadensersatz verlangen (§ 2219 BGB) oder dessen Entlassung beantragen (§ 2227 BGB).

### 4. Zusammenfassung

Bei einer Umwandlung, durch die der Gesellschaftererbe in die Stellung eines persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafters rückt, handelt der Testamentsvollstrecker pflichtwidrig. Bei einer Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft wird der Erbe entgegen früherer Auffassung auch dann persönlich verpflichtet, wenn der Testamentsvollstrecker die Haftung auf den Nachlass in einer nach außen deutlich erkennbaren Weise beschränkt und der Nachlass für die vereinbarte Haftungssumme ausreicht. Im Falle der Umwandlung in oder auf eine Kapitalgesellschaft hat der Testamentsvollstrecker darauf zu achten, dass eine eventuell entstehende Ausfallhaftung (§ 24 GmbHG) oder Differenzhaftung (§ 9 GmbHG) durch Nachlassmittel gedeckt sind. Die Gründerhaftung der

---

<sup>344</sup> vgl. dazu Soergel/Damrau, BGB, vor § 2197/Rn. 14

<sup>345</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn. 254

<sup>346</sup> Dörrie, GmbHR 1996, 245, 248

<sup>347</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 478

<sup>348</sup> vgl. oben, Teil 2, D I 3

§ 9a GmbHG, § 46 AktG lösen keine Haftung des Gesellschaftererben mangels Zurechnung des Handelns des Testamentsvollstreckers aus, es sei denn, der Testamentsvollstrecker hat den Gesellschaftererben über alle relevanten Umstände informiert.

### **E) Zusammenfassung**

Die ursprünglich von der Rechtsprechung als bloßes Teilnahmerecht für bestimmte Beschlussgegenstände ins Leben gerufene Kernbereichslehre wurde von der Literatur zu einem umfassenden Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht weiterentwickelt. Die noch überwiegende Meinung in der Literatur zieht die Kernbereichslehre dazu heran, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung von Gesellschaftsanteilen einzuschränken. Nur so könne dem persönlichen Charakter der Mitgliedschaft Rechnung getragen werden. Anderenfalls würde der Gesellschaftererbe durch den Testamentsvollstrecker entmündigt. Die erbrechtlichen Beschränkungen, denen der Testamentsvollstrecker unterliegt, könnten dieses Manko nicht beseitigen, so dass in kernbereichsrelevanten Bereichen stets der Gesellschaftererbe zustimmen müsse. Wie die vorangehende Untersuchung gezeigt hat, ist diese Auffassung nicht zutreffend. Die Kernbereichslehre kann die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers neben den erbrechtlichen Vorschriften nicht zusätzlich beschränken. Wird klar zwischen der Kernbereichslehre auf der einen Seite und der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auf der anderen Seite unterschieden, ist diese Aussage einleuchtend. Die Kernbereichslehre schützt nur den Bestand der elementaren Mitgliedschaftsrechte als solche. Sie gehen dem Gesellschaftererben nicht verloren, sondern werden nur vom Testamentsvollstrecker für ihn ausgeübt. Dieses Ergebnis entspricht dem allgemeinen Grundsatz der Testamentsvollstreckung, wonach der Testamentsvollstrecker unter Ausschluss des Erben die alleinige Verfügungsbefugnis über den Nachlass erhält. Der Erbe wird durch die erbrechtlichen Vorschriften ausreichend geschützt.

Verstößt der Testamentsvollstrecker gegen die Interessen des Erben, hat dieser die Beeinträchtigung hinzunehmen, solange sich der Testamentsvollstrecker in den vom Erblasser und Erbrecht gesetzten Grenzen bewegt. Für die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen kann hier keine Ausnahme gelten. Anderenfalls würde die Kernbereichslehre Gesellschaftsanteile gegenüber anderem Nachlassvermögen bevorzugen, da nur diese vor Verfügungen des Testamentsvollstreckers, die den Interessen des Erben zuwider laufen, durch das zwingende Zustimmungserfordernis geschützt wären. Diese Bevorzugung ließe sich nicht erklären. Beispielhaft seien hier rechtmäßige Verfügungen des Testamentsvollstreckers über Immobilien im Nachlassvermögen genannt: Auch diese können schwerwiegend gegen die Interessen des Erben verstoßen, ohne dass er sich dagegen zur Wehr setzen kann. Hinzu kommen die Schwierigkeiten, die sich bei der Abgrenzung der kernbereichsrelevanten Maßnahmen des Testamentsvollstreckers ergeben. Zwar werden die Mitgliedschaftsrechte heute in zwingende, mehrheitsfeste und stimmfeste Rechte eingeteilt. Ob jedoch der Kernbereich der Mitgliedschaft verletzt wird, sobald der Testamentsvollstrecker in eines dieser Rechte eingreift, kann nicht generell festgelegt werden. Es bedarf stets einer Einzelfallbetrachtung. Dies führt zu einer Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten, die vermieden werden kann, wenn dem Testamentsvollstrecker generell gestattet wird, auch die Kernrechte für den Gesellschaftererben auszuüben.

Bei seiner Verwaltungstätigkeit hat der Testamentsvollstrecker darauf zu achten, dass er nicht unentgeltlich über den Nachlass verfügt (§ 2205 S.3 BGB). Zu Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker kann es im Rahmen einer Umwandlung nur kommen, wenn dieser den Gesellschaftsanteil aus der Gesellschaft ausscheiden lässt oder wenn er für den Umwandlungsbeschluss stimmt und dieser auch zustande kommt. In diesen Fällen hat der Testamentsvollstrecker darauf zu achten, dass der Gesellschaftererbe durch die Umwandlung nicht benachteiligt wird. Nicht nur eine unentgeltliche Verfügung im wörtlichen Sinn ist dem Testamentsvollstrecker untersagt. Auch wenn sich die Umwandlung

einseitig belastend auf die Gesellschafterstellung des Erben auswirkt, verstößt er gegen § 2205 BGB. Dies kann vom Testamentsvollstrecker in der Praxis vermieden werden, indem er nicht auf die obligatorische Prüfung des Umwandlungsvorganges durch einen Sachverständigen verzichtet. Befindet dieser z.B. das Abfindungsangebot für angemessen, handelt der Testamentsvollstrecker nicht schuldhaft. Ein Schadensersatzanspruch des Gesellschaftererben scheidet aus. Daneben darf die Umwandlung weder zu einer persönlichen Verpflichtung des Gesellschaftererben in tatsächlicher noch in finanzieller Hinsicht führen (§ 2206 BGB). Dazu kommt es stets, wenn der Erbe durch die Umwandlung persönlich unbeschränkt haftender Gesellschafter wird. Aber auch wenn ihm die Stellung eines beschränkt haftenden Gesellschafters eingeräumt wird, muss der Testamentsvollstrecker dafür sorgen, dass keine Differenz- oder Ausfallhaftung entsteht, die nicht durch Nachlassmittel abgedeckt werden kann. Das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs.1 BGB) gewinnt neben dem Verbot der unentgeltlichen Verfügung vor allem in der Vorbereitungs- und Vollzugsphase von Umwandlungen eine eigenständige Bedeutung. Insbesondere wenn der Testamentsvollstrecker auf den Umwandlungsbericht verzichtet oder wenn er es unterlässt, das Abfindungsangebot richterlich prüfen zu lassen, kann er gegen seine Verwaltungspflichten verstoßen.

Überschreitet der Testamentsvollstrecker seine Befugnisse, steht den Erben ein Schadensersatzanspruch zu (§ 2219 BGB), soweit der Verstoß schuldhaft geschieht. In besonders schwerwiegenden Fällen kann der Gesellschaftererbe auch die Entlassung des Testamentsvollstreckers beim Nachlassgericht beantragen (§ 2227 BGB). Hat der Testamentsvollstrecker unentgeltlich über den Nachlass verfügt oder den Gesellschaftererben persönlich verpflichtet, ist die Maßnahme bis zu dessen Zustimmung schwebend unwirksam. Versäumt es der Erbe, innerhalb eines Monats nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses Klage zu erheben, wird die Verwaltungshandlung des Testamentsvollstreckers auch gegenüber Dritten wirksam. Die Umwandlung kann vom Erben nicht mehr unter dem Hinweis auf die fehlende Rechtsmacht des Testamentsvoll-

streckers rückgängig gemacht werden. Im Hinblick auf die Gefahr der Regressnahme durch den Gesellschaftererben und unter dem Aspekt, ein möglichst konfliktfreies Verhältnis zwischen Testamentvollstrecker und Erben zu schaffen, ist es empfehlenswert, den Erben informativ oder beratend am Umwandlungsverfahren zu beteiligen. Dadurch wird die Rechtsmacht des Testamentvollstreckers nicht beschnitten. Der Erbe erhält dagegen die Möglichkeit, seine Anregungen und Bedenken in die Entscheidungsfindung der Gesellschafter mit einfließen zu lassen.

### **Teil 3: Änderung des Umfangs der Testamentsvollstreckung durch die Umwandlung der einer Testamentsvollstreckung unterliegenden Gesellschaft?**

#### **A. Verbleib des Gesellschaftsanteils im Nachlass**

Vorab stellt sich die Frage, ob durch die Umwandlung der Gesellschaftsanteil aus dem Nachlass ausscheidet oder ob er auch nach Umwandlung des Unternehmens weiterhin Bestandteil des vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlasses bleibt. Würde es durch die Umwandlung zu einem Ausscheiden aus dem Nachlass kommen, unterläge die Beteiligung grundsätzlich nicht mehr der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers. Diese beschränkt sich gesetzlich nur auf Nachlassgegenstände (§ 2205 S. 1 BGB). Es ist daher zu untersuchen, welches Schicksal die Unternehmensbeteiligung nach der Umwandlung im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung erfährt. Dies hängt im wesentlichen von der Art der vorgenommenen Umwandlung ab. Entscheidend ist auch, ob es sich bei den Gesellschaftsanteilen um eine Beteiligung am übertragenden oder am aufnehmenden Rechtsträger handelt.

#### **I. Das Surrogationsprinzip**

Der Testamentsvollstreckung wären zu starre Grenzen gesetzt, wenn sich die Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nur auf die Vermögensgegenstände und Rechte beziehen würde, die sich zum Zeitpunkt des Beginns der Testamentsvollstreckung im Nachlass befinden. Dies hätte zur Folge, dass alle Bestandteile des Nachlasses, die der Testamentsvollstrecker mit Nachlassmitteln und für den Nachlass erwirbt, der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers entzogen würden. Sie unterlägen somit den Verfügungen der Erben, da die erworbenen Gegenstände nicht mehr zum vererbten Vermögen des Erblassers gehören. Hier würde die Testamentsvollstreckung ad absurdum laufen,

wenn es für den Testamentsvollstrecker aus wirtschaftlichen oder gesetzlichen Gründen zwingend nötig wäre, ein Rechtsgeschäft zu tätigen, aufgrund dessen ein Gegenstand aus dem Nachlass – und damit seiner Verfügungsbefugnis – ausscheidet, auf der anderen Seite jedoch die Gegenleistung seiner Rechtsmacht entzogen wird.

In anderen Bereichen des Erbrechts ist die Rechtsfolge in diesen Fällen gesetzlich geregelt. Für die Miterbengemeinschaft ordnet § 2041 BGB an, dass das Surrogat, das als Ersatz für die Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung eines Nachlassgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, welches sich auf den Nachlass bezieht, ebenfalls dem Nachlass zuzuordnen ist. Die gleiche Rechtsfolge sieht § 2111 BGB für das Rechtsgebiet der Vorerbschaft vor. Auch für den Erbschaftsbesitzer ist das Surrogationsprinzip in § 2019 BGB normiert.

Dagegen findet sich im Recht der Testamentsvollstreckung keine gesetzliche Regelung des Surrogationsprinzips. Es entspricht jedoch der herrschenden Meinung, dass die Rechtsfolgen der §§ 2019, 2041, 2111 BGB auch für die Testamentsvollstreckung anzuwenden sind<sup>349</sup>. Wird ein Rechtsgeschäft durch den Testamentsvollstrecker mit Mitteln des Nachlasses und für diesen vorgenommen, tritt wie bei der Erbengemeinschaft oder beim Nacherben Mittelsurrogation ein. Dies gilt selbst bei entgegengesetztem Willen des Testamentsvollstreckers oder der Erben<sup>350</sup>.

Umwandlungen erfolgen durch Rechtsgeschäft, da sie stets einen Beschluss der Gesellschafter und – außer bei der formwechselnden Umwandlung – einen gegenseitigen Vertrag vorsehen (§§ 4, 126, 136, 178 Abs. 1 UmwG). Wird daher eine Gesellschaft umgewandelt – unabhängig von der gewählten Form der Umwandlung – unterliegt auch die aus der Umwandlung hervorgehende Gesellschaftsbeteiligung zumindest als Surrogat der Testamentsvollstreckung. Eine Ausnahme ergibt sich allerdings bei Umwandlungen, deren Zielrechtsträger eine Personenge-

---

<sup>349</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2205/Rn 15; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2205/Rn 6; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2205/Rn 1

<sup>350</sup> Haegel/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn 290

sellschaft ist. Gesellschafter einer Personengesellschaft müssen sich nicht gegen ihren Willen einen neuen Gesellschafter aufdrängen lassen. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Fortsetzungsklausel oder stimmen die übrigen Gesellschafter dem Eintritt des Erben als Gesellschafter nicht zu, scheidet der Gesellschaftererbe daher aus dem Unternehmen aus<sup>351</sup>. In diesem Fall unterliegt aber zumindest der Abfindungsanspruch als Surrogat weiterhin der Testamentsvollstreckung<sup>352</sup>. Nachfolgend wird daher unterstellt, dass für den Fall der Umwandlung auf oder in eine Personengesellschaft eine entsprechende Zustimmung im Gesellschaftsvertrag oder durch die übrigen Gesellschafter vorliegt.

## **II. Auswirkungen auf die einzelnen Umwandlungsformen**

Im Ergebnis steht damit fest, dass Gesellschaftsbeteiligungen nach einer Umwandlung – soweit eine Testamentsvollstreckung an ihnen möglich ist – zumindest im Wege der Surrogation weiterhin Bestandteil des Nachlasses sind. Nachfolgend soll kurz auf die Bedeutung innerhalb der jeweiligen Umwandlungsmethode eingegangen werden.

### **1. Formwechselnde Umwandlung (§ 190 ff UmwG)**

Durch die formwechselnde Umwandlung ändert sich nicht das Rechtssubjekt. Nur die Rechtsform der Gesellschaft wird in eine andere transformiert. Dasselbe Unternehmen wird „in einem neuen Rechtskleid“ weitergeführt<sup>353</sup>. Die formwechselnde Umwandlung erfolgt unter der Identitätswahrung der Gesellschafter. Diese Kontinuität der Gesellschafterzusammensetzung ist sogar zwingende Voraussetzung für einen Formwechsel. Nur wenn an dem Unternehmen vor und nach Durchführung der Umwandlung derselbe Gesellschafterkreis beteiligt ist<sup>354</sup>, kann der Formwechsel vollzogen werden<sup>355</sup>. Dadurch scheidet die Beteiligung

---

<sup>351</sup> Dörrie, GmbHR 1996, 245, 255

<sup>352</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2205/Rn 14

<sup>353</sup> Vgl. oben, Teil I A II 4

<sup>354</sup> Das Ausscheiden eines Gesellschafters gegen Abfindung stellt keine Durchbrechung dieses Grundsatzes dar, da ein der Umwandlung widersprechender Gesellschafter auch an der Umwandlung teilnimmt. Erst die Beteiligung an der umgewandelten Gesellschaft unterliegen dem Angebot der Barabfindung (vgl. § 207 Abs. 1, S. 1 UmwG)

<sup>355</sup> Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 190/Rn. 23

nicht aus dem Nachlass aus. Die Beteiligung verbleibt in geänderter Form unter der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (§ 202 Abs. 1 Nr. 1, Nr.2 S. 1 UmwG). Auf das Surrogationsprinzip muss somit nicht zurückgegriffen werden<sup>356</sup>.

#### 2. Verschmelzung (§ 20 ff UmwG)

Wie bei der formwechselnden Umwandlung muss im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme (§ 20 Abs. 1 UmwG) nicht das Surrogationsprinzip bemüht werden, wenn es sich bei den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Beteiligungen um Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft handelt. Auch hier scheidet die Beteiligung erst gar nicht aus dem Nachlass aus. Die Beteiligung ändert sich nur qualitativ oder quantitativ. Handelt es sich dagegen um Anteile an der übertragenden Gesellschaft oder liegt eine Verschmelzung durch Neugründung vor (§ 20 Abs. 2 UmwG), unterliegen die durch den Umwandlungsvorgang erhaltenen Gesellschaftsanteile als Surrogat dem Nachlass<sup>357</sup>.

#### 3. Spaltung (§ 123 ff. UmwG)

Bei allen Unterarten der Spaltung (Aufspaltung § 123 Abs. 1 UmwG, Abspaltung § 123 Abs. 2 UmwG, Ausgliederung § 123 Abs. 3 UmwG) stellen die im Gegenzug für die Vermögensübertragung erhaltenen Gesellschaftsanteile an dem aufnehmenden Rechtsträger ein in den Nachlass des übertragenden Rechtsträgers fallendes Surrogat dar<sup>358</sup>. Dagegen wirkt sich die Umwandlung nicht auf die Testamentsvollstreckung aus, wenn es sich um Anteile am aufnehmenden Rechtsträger handelt, da diese Gesellschaftsanteile den Nachlass nicht verlassen.

#### 4. Vermögensübertragung (§ 174 ff UmwG)

Die Ausführungen zur Spaltung gelten entsprechend. Auch hier stellen die im Gegenzug für die übertragenen Vermögensgegenstände erhaltenen Gesellschaftsanteile ein in den Nachlass fallendes Surrogat dar. Für Gesellschaftsbeteiligungen des aufnehmenden Rechtsträgers stellt sich

---

<sup>356</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 379; Weidlich, MittBayNot 1996, 1

<sup>357</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn 254

<sup>358</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn 254

die Surrogationsproblematik mangels Ausscheiden aus dem Nachlass nicht.

## **B) Auswirkungen der Umwandlung auf den Umfang der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers**

Auch wenn durch die Umwandlung der Gesellschaftsanteil nicht aus dem Nachlass ausscheidet bzw. die im Zuge der Umwandlung erhaltenen Gesellschaftsanteile als Surrogat in den Nachlass fallen, stellt sich folgende Frage: Setzt sich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers an dem nach der Umwandlung im Nachlass befindlichem Gesellschaftsanteil in dem selben Umfang fort, wie er vor der Umwandlung bestand? Ausschlaggebendes Kriterium für die Beurteilung des Umfangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers an Gesellschaftsanteilen ist ihr jeweiliger Haftungsumfang. Falls sich durch den Umwandlungsvorgang das Wesen des Gesellschaftsanteils als voll haftende bzw. beschränkt haftende Beteiligung nicht ändert, ergeben sich keine Probleme. Wird also z.B. eine GmbH in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt, in welcher der Gesellschafter die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt erhält, ändert sich die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers nicht<sup>359</sup>. Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Verwaltung dieser Beteiligungen sind identisch. Eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung ist hier von Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt. Da die Testamentsvollstreckung an KG-Anteilen jedoch die Zustimmung der Mitgesellschafter voraussetzt, muss der Testamentsvollstreckers diese erst einholen, soweit sie nicht schon durch eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist. Es spricht jedoch vieles dafür, dass bei einer formwechselnden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft die Zustimmung der Mitgesellschafter

---

<sup>359</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn 252; Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 20/Rn. 365, § 202/Rn. 177

entfällt. Das Zustimmungserfordernis soll verhindern, dass sich der Gesellschafterbestand gegen den Willen der Mitgesellschafter ändert<sup>360</sup>. Der Formwechsel vollzieht sich jedoch gerade ohne dessen Änderung, so dass ein Schutzbedürfnis der Mitgesellschafter entfällt.

Wird der Haftungsumfang der Beteiligung durch die Umwandlung geändert, stellt sich jedoch die Frage, ob dies auch Konsequenzen für die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers nach sich zieht. Durch die Verknüpfung der Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen mit deren Haftungsumfang könnte sich durch dessen Änderung im Rahmen einer Umwandlung auch parallel dazu die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers bezüglich seiner Verwaltungsbefugnis an der Beteiligung verändern. Vorliegende Problematik tritt daher auf, wenn ein voll haftender Gesellschaftsanteil in einen beschränkt haftenden Gesellschaftsanteil umgewandelt wird, bzw. dann, wenn eine beschränkt haftende Gesellschaftsbeteiligung (GmbH, AG, Kommanditanteil) durch die Umwandlung der vollen Haftung unterworfen wird. Als mögliche Rechtsfolge der Umwandlung käme für den Testamentsvollstrecker entweder eine Beschränkung seiner Rechtsmacht entsprechend des Haftungsrahmens der Gesellschaftsbeteiligung oder ihre unveränderte Beibehaltung wie vor dem Umwandlungsvorgang („Versteinerungsgrundsatz“) in Betracht.

## **I. Meinungsstand der Rechtsprechung und Literatur**

### **1. Umwandlung eines beschränkt haftenden Gesellschaftsanteils in eine Gesellschaftsbeteiligung mit unbeschränkter Haftung**

Durch die Umwandlung einer Gesellschaftsbeteiligung mit limitierter Haftung in eine voll haftende Beteiligung ergibt sich eine Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers aus dem Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht. Die voll umfassende Verwaltung einer Gesellschaftsbeteiligung mit unbeschränkter Haftung

---

<sup>360</sup> Ulmer, NJW 1990, 73, 75; Mayer, ZIP 1990, 976, 977

ist dem Testamentsvollstrecker verwehrt<sup>361</sup>. Die Testamentsvollstreckung umfasst in diesen Fällen nach herrschender Meinung in der Literatur und Rechtsprechung nicht mehr den voll umfänglichen Geschäftsanteil. Sie beschränkt sich nur auf die Verwaltung der vermögensrechtlichen Seite (Außenseite des Geschäftsanteils)<sup>362</sup>.

*Winkler*<sup>363</sup> sieht in diesen Fällen die Möglichkeit einer Wahrnehmung sämtlicher mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte durch den Testamentsvollstrecker gegeben, soweit der Gesellschaftererbe den Testamentsvollstrecker entweder dazu bevollmächtigt oder seinen Geschäftsanteil auf den Testamentsvollstrecker treuhänderisch überträgt. Die Mehrheit der Literatur geht sogar noch einen Schritt weiter. Sie räumt dem Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf die treuhänderische Übertragung des Geschäftsanteils ein, um dessen Verwaltung auch auf Ebene der Mitgliedschaftsrechte weiterhin zu ermöglichen<sup>364</sup>. Diese Auffassung ist Ausfluss des „Versteinerungsgrundsatzes“. Allein durch den Umwandlungsvorgang soll die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers nicht verändert werden können<sup>365</sup>. Indem man dem Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf treuhänderische Übertragung des Geschäftsanteils zugebilligt, wird seine Verwaltungsbefugnis in dem selben Umfang wiederhergestellt, wie sie schon zum Zeitpunkt vor der Umwandlung bestand. Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers wird daher in dem Zustand eingefroren bzw. „versteint“, wie sie bei Anordnung der Testamentsvollstreckung bestand. Eine weitergehende Begründung für diesen Übertragungsanspruch liefern die in Fn. 365 zitierten Literaturstellen allerdings nicht.

---

<sup>361</sup> vgl. Teil 1, B I

<sup>362</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/254; Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn 410a; Weidlich, MittBayNot 1996, 1, 2

<sup>363</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn 410a

<sup>364</sup> Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn 254; Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 202 / Rn 177; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2205 / Rn 25

<sup>365</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn 379; Weidlich, MittBayNot 1996, 2

Zum selben Ergebnis – einer weiterhin voll umfänglichen Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen mit persönlicher Haftung auch nach Umwandlung – kommt ebenso *Weidlich*<sup>366</sup>, wenn auch auf anderem Weg: Um die persönliche Haftung eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft durch eine formwechselnde Umwandlung herbeizuführen, muss der betroffene Gesellschafter zwingend der Umwandlung zustimmen (§ 233 II S.3 UmwG). Bei voll haftenden Beteiligungen verwaltet der Gesellschaftererbe seine Mitgliedschaftsrechte auf der Innenseite selbst. Somit nimmt er, wenn er dem Umwandlungsbeschluss zustimmt, freiwillig die unbeschränkte Haftung der §§ 128, 130 HGB in Kauf. Deshalb stehe § 2206 Abs. 2 BGB der Möglichkeit des Testamentsvollstreckers, den Erben auch mit seinem Privatvermögen zu verpflichten, nicht entgegen, wenn er die Verwaltung der Mitgliedschaftsrechte des unbeschränkt haftenden Gesellschaftsanteils übernimmt.

## 2. Umwandlung eines unbeschränkt haftenden Gesellschaftsanteils in eine Gesellschaftsbeteiligung mit beschränkter Haftung

Im umgekehrten Fall – ein Gesellschaftsanteil mit unbeschränkter Haftung wird in eine Beteiligung mit beschränkter Haftung umgewandelt – würde die Gesetzeslage zwar prinzipiell eine voll umfängliche Verwaltung des Gesellschaftsanteils durch den Testamentsvollstrecker zulassen. Hier sieht aber von den oben genannten Literaturstimmen<sup>367</sup> nur *Vossius*<sup>368</sup> als Vertreter der gesellschaftsrechtlichen Literatur den Testamentsvollstrecker unproblematisch für befugt, die Gesellschaftsbeteiligung sowohl im Bezug auf die Vermögens- als auch auf die Mitgliedschaftsrechte zu verwalten. Die erbrechtlichen Vertreter<sup>369</sup> dagegen folgen dem „Versteinerungsgrundsatz“ und sehen die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers auch nach der Umwandlung auf die Vermögensrechte des Gesellschaftsanteils beschränkt. Übereinstimmend vertreten sie die Ansicht, dass der Umwandlungsvorgang keine Grundlage bietet, die eine Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers

---

<sup>366</sup> Weidlich, MittBayNot 1996, 1, 5

<sup>367</sup> vgl. Fn. 322

<sup>368</sup> Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 202/Rn 177, § 20/Rn 364, 365

<sup>369</sup> Haegele/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn 379; Bengel/Reimann/Mayer, Handbuch, V/Rn 253; Weidlich, MittBayNot 1996, 1, 2

rechtfertigen würde. Eine weitergehende Begründung ihrer Ansicht wird auch hier nicht abgegeben.

## **II. Eigene Stellungnahme**

### **1. Rechtfertigung des Versteinerungsgrundsatzes?**

Um die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers auf dem Status einzufrieren, der zum Zeitpunkt der Anordnung der Testamentsvollstreckung bestand, ermangelt es einer ausreichenden rechtlichen Grundlage. Die herrschende Literaturmeinung unter den Vertretern des Erbrechts<sup>370</sup> betont nur, dass die Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch einen Umwandlungsvorgang nicht abgeändert werden können. Eine Begründung dieser Aussage wird nicht geliefert.

#### **1.1 „Versteinerung“ als Erblasserwille?**

##### **1.1.1 Rechtfertigungsgründe**

Zur Rechtfertigung des „Versteinerungsgrundsatzes“ kann der für die Testamentsvollstreckung als Leitlinie fungierende Erblasserwille, nach dem sich der Testamentsvollstrecker zu richten hat<sup>371</sup>, herangezogen werden. Es könnte dahingehend argumentiert werden, dass dem Erblasser bei Anordnung der Testamentsvollstreckung das spätere Schicksal der Gesellschaftsbeteiligung nicht bekannt ist. Änderungen, welche die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers erweitern oder beschränken, können vom Erblasser nicht mehr beeinflusst werden. Wohl ist ihm aber bei Anordnung der Testamentsvollstreckung das Ausmaß der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers an der Gesellschaftsbeteiligung bekannt. Enthält also das Testament keine dahingehende Anordnung des Erblassers, dass sich die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers an der jeweiligen Rechtsform der Gesellschaftsbeteiligung zu orientieren hat, kann darin ein Argument für die Anwendung des Versteinerungsgrundsatzes gesehen werden. Hätte der Erblasser gewünscht, dass die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unabhängig von der

---

<sup>370</sup> vgl. Fn. 320

<sup>371</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2203/Rn 13

Rechtsform der Gesellschaft sein soll, hätte er dies durch entsprechende Gestaltung seiner letztwilligen Verfügung herbeiführen können.

Befindet sich im Nachlass eine Gesellschaftsbeteiligung mit unbeschränkter Haftung (z.B. Komplementäranteil) und ordnet der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung nicht an, dass der Gesellschaftererbe diesen auf den Testamentsvollstrecker treuhänderisch zu übertragen oder ihm eine Vollmacht einzuräumen hat, spricht dies dafür, dass der Erblasser nur eine Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung durch den Testamentsvollstrecker bezüglich der Vermögensrechte beabsichtigt hat. Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte soll dem Gesellschaftererben persönlich vorbehalten sein. Wird nun die Gesellschaft in eine Rechtsform umgewandelt, die dem Testamentsvollstrecker prinzipiell auch die Verwaltung der Innenseite des Gesellschaftsanteils ermöglichen würde, liefe die Ausdehnung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers auf den gesetzlich erlaubten Umfang dem Willen des Erblassers zuwider. Dieses Problem tritt insbesondere dann zu Tage, wenn die Umwandlung durch den Testamentsvollstrecker initiiert wird, um die ihm auferlegten Beschränkungen zu umgehen und der Gesellschaftererbe von den Mitgesellschaftern durch Mehrheitsbeschluss zu einer Umwandlung der Gesellschaft gegen seinen Willen gezwungen wird. Daher ist es vertretbar, die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auf die Vermögensrechte auch nach Umwandlung in eine Gesellschaftsbeteiligung mit beschränkter Haftung zu beschränken.

Gleiches gilt für den umgekehrten Fall. Unterliegt eine Gesellschaftsbeteiligung mit beschränkter Haftung der Testamentsvollstreckung, ohne dass der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung den Umfang der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers beschränkt hat, kann der Erblasserwille dahingehend ausgelegt werden, dass der Testamentsvollstrecker die Beteiligung auch nach Umwandlung der Gesellschaft im gesetzlich zugelassenen Umfang sowohl bezüglich der Vermögens- als auch der Mitgliedschaftsrechte verwalten soll. Der Versteinerungsgrundsatz würde einen Erhalt der vom Erblasser gewünschten Befugnisse des

Testamentsvollstreckers für den Fall garantieren, dass durch ein vom Erblasser nicht vorhersehbares Ereignis die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers eingeschränkt wird.

### 1.1.2 Gegenargumentation

Es bestehen zumindest Zweifel, ob der Erblasserwille so undifferenziert als Rechtfertigungsgrund für den Versteinerungsgrundsatz dienen kann. Obige Argumentation, dass bei einer fehlenden Auflage des Erblassers an den Erben, dem Testamentsvollstrecker den persönlich haftenden Gesellschaftsanteil treuhänderisch zu übertragen, der Wille des Erblassers dahingehend zu interpretieren sei, die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers „für immer“ auf die Vermögensrechte zu beschränken, mag noch einleuchten. Sie verkehrt sich aber ins Gegenteil, wenn es sich um eine Gesellschaftsbeteiligung mit beschränkter Haftung handelt, ohne dass der Erblasser eine weitere Aussage über den Umfang der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers trifft. Hier ist dem Testamentsvollstrecker eine voll umfängliche Verwaltung der Gesellschaftsanteile gesetzlich prinzipiell erlaubt. Ein expliziter Wille des Erblassers, dass der Testamentsvollstrecker auch zu einer voll umfänglichen Verwaltung des Gesellschaftsanteils nach Umwandlung in eine Beteiligung mit unbeschränkter Haftung befugt sein soll, lässt sich wohl nur dann begründen, wenn auch eine dahingehende Anordnung im Testament besteht. Es darf nicht übersehen werden, dass sich der Testamentsvollstrecker zwar nach dem Willen des Erblassers zu richten hat. Aufgaben sowie Art und Weise der Durchführung der Testamentsvollstreckung werden durch Verwaltungsanordnungen des Erblassers festgelegt, wobei auch der mutmaßliche Wille mit zu berücksichtigen ist<sup>372</sup>. Bindend für den Testamentsvollstrecker sind aber nur Anordnungen, die der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung getroffen hat<sup>373</sup>. Bloße Wünsche des Erblassers sind dagegen vom Testamentsvollstrecker nicht zwingend zu befolgen<sup>374</sup>. Regelt daher der Erblasser nicht ausdrücklich den Umfang

---

<sup>372</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2203/Rn 4

<sup>373</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn 19, 20

<sup>374</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn 20; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn 15

der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers bezüglich einer Gesellschaftsbeteiligung für den Fall, dass sich deren Rechtsform ändert, mag die Annahme, dass eine unveränderte Weiterführung der Testamentsvollstreckung dem Wunsch (und Willen) des Erblassers entspricht, nicht abwegig sein. Eine klare Anordnung, die der Testamentsvollstrecker zwingend zu befolgen hätte, liegt aber nicht vor. Der Erblasser kann eine „Versteinerung“ der Befugnisse des Testamentsvollstreckers jederzeit durch entsprechende Anordnungen herbeiführen (§ 2208 Abs. 1 BGB).

Der Testamentsvollstrecker ist bei der Ausführung seines Amtes neben dem Willen des Erblassers auch an das Gesetz gebunden. Wird z.B. eine beschränkt haftende Gesellschaftsbeteiligung in eine Komplementärsbeteiligung umgewandelt, kann der mutmaßliche Wille des Erblassers an einem Weiterbestand der voll umfänglichen Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker nicht das Defizit der gesetzlichen Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf die Vermögensrechte überwinden. Dazu bedürfte es klarer Anweisungen. Diese können schon zu Lebzeiten des Erblassers getroffen werden. Der Erblasser kann den Erben durch entsprechende Auflagen verpflichten, im Falle einer Umwandlung seines Beteiligungsunternehmens dem Testamentsvollstrecker eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung weiterhin zu ermöglichen. Dem Erblasser muss eine gewisse unternehmerische Weitsicht unterstellt werden. Es liegt nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass eine Gesellschaft ihre Rechtsform wechselt und dadurch Folgewirkungen für die Testamentsvollstreckung eintreten. Regelt er diese Folgen nicht durch entsprechende Anordnungen in seiner letztwilligen Verfügung, kann dies ebenso für den Willen des Erblassers sprechen, dass sich die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers am jeweiligen Haftungsumfang des Gesellschaftsanteils orientieren soll.

Hinzu kommt, dass sich Erben und Testamentsvollstrecker einverständlich auch über Anordnungen des Erblassers hinwegsetzen können<sup>375</sup>. So

---

<sup>375</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2203/Rn 8; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2203/Rn 4

kann der Erbe dem Testamentsvollstrecker auch die Ausübung der organ-schaftlichen Mitgliedschaftsrechte an einer OHG-Beteiligung freiwillig mittels treuhänderischer Übertragung einräumen, selbst wenn der Erblasser dies nicht vorgesehen hat. Auf der anderen Seite kann auch der Testamentsvollstrecker dem Erben gestatten, Mitgliedschaftsrechte aus einer GmbH-Beteiligung wahrzunehmen. Daher kann der Erblasserwille allenfalls ein Argument für den „Versteinerungsgrundsatz“ darstellen. Er ist jedoch keineswegs zwingend für seine Anwendung.

### 1.2 „Versteinerungsgrundsatz“ contra legem?

Des weiteren könnte man für die Anwendung des Versteinerungsgrundsatzes anführen, dass die Umwandlung einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang darstellt. Dieser soll sich auf die im Erbrecht geregelte Beziehung zwischen Testamentsvollstrecker und Erbe, die durch den Erblasserwillen besonders geprägt wird, nicht auswirken. Ein durch das Erbrecht festgelegter status quo soll nicht durch gesellschaftsrechtliche Gegebenheiten abänderbar sein.

Auch diese Begründung kann nicht überzeugen. Schon das oben<sup>376</sup> erläuterte Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht bezüglich der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen zeigt, dass das Gesellschaftsrecht die Stellung des Testamentsvollstreckers stark beeinflusst. Es ist daher nicht verständlich, warum zwar bei Anordnung der Testamentsvollstreckung allgemein anerkannte Grenzen für die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers zu beachten sind, die durch Regelungen außerhalb des Erbrechts gezogen werden, im Verlauf der Testamentsvollstreckung aber Veränderungen der diese Grenzen bestimmenden Determinanten keine erbrechtlichen Auswirkungen haben sollen. Warum soll die Umwandlung nicht auch erbrechtliche Folgen nach sich ziehen? Die Anwendung des Versteinerungsgrundsatzes würde bedeuten, dass nur auf der Ebene des Erbrechts die Auswirkungen einer Umwandlung ignoriert werden, während in allen anderen Rechtsbereichen die Rechtsform des umgewandelten Gesell-

---

<sup>376</sup> Teil I B I 1

schaftsanteils maßgebend für die zukünftige Beurteilung von Rechtsfolgen ist. Wird z.B. eine Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, erzielt der Erbe ab diesem Zeitpunkt nicht mehr Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sondern die Ausschüttungen stellen Einnahmen aus Kapitalvermögen dar. Zwar steht in anderen Rechtsbereichen dem Erblasser keine Wahlmöglichkeit bezüglich bestimmter Rechtsfolgen zur Verfügung, da diese zwingend mit der jeweiligen Rechtsform seiner Gesellschaftsbeteiligung verknüpft sind (z.B. die Besteuerung). Hier liegt aber der wesentliche Unterschied zum Erbrecht, welches bestimmt, dass sich die Testamentsvollstreckung primär nach dem Willen des Erblassers zu richten hat. Will der Erblasser aber bestimmte Rechtsfolgen ausschließen, muss er dies auch eindeutig zum Ausdruck bringen.

## 2. Eigener Lösungsvorschlag

Den Versteinerungsgrundsatz als zwingende Rechtsfolge anzuwenden, geht zu weit, wenn geschriebene Normen unzweifelhaft eine andere Rechtsfolge erlauben oder gebieten. Konsequenter Weise muss sich daher das „Dürfen“ des Testamentsvollstreckers an der jeweiligen Rechtsform der verwalteten Gesellschaftsbeteiligung orientieren. Es ist nicht gerechtfertigt, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers nur aufgrund der Auslegung des mutmaßlichen Erblasserwillens einzuschränken. Will der Erblasser von seinem Wahlrecht Gebrauch machen, in welchem Umfang er dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung seines Nachlasses übertragen will, muss er dies auch deutlich mittels einer Anordnung in seiner letztwilligen Verfügung zum Ausdruck bringen. Trifft der Erblasser keine Regelung, wie sich eine Änderung des Haftungsrahmens auf die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers auswirken soll, kann nur spekuliert werden, was vom Erblasser gewollt ist. Es lässt sich sicher die Auffassung vertreten, dass bei einer fehlenden Anordnung der Wille des Erblassers dahingehend zu interpretieren ist, dass die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers unabhängig von einem Wechsel der Rechtsform der Gesellschaftsbeteiligung unverändert weiterbestehen soll. Genauso lässt sich aber argumentieren, dass der Erblasser davon ausgegangen ist, die Rechtsmacht wird au-

tomatisch durch die Änderung der Gesellschaftsform beschränkt oder erweitert. Eine Regelung durch ihn wäre also überflüssig. Liegt keine konkrete Anordnung des Erblassers vor, kann die Versteinerung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers nur als sein Wunsch verstanden werden. Dieser ist für den Testamentsvollstrecker nicht bindend. Jedenfalls kann die Anknüpfung des Versteinerungsgrundsatzes an den Erblasserwillen zu Rechtsstreitigkeiten führen, zum Beispiel wenn sich Erbe und Testamentsvollstrecker nicht einig sind, was der Erblasser wirklich beabsichtigt hat. Selbst wenn der Erblasserwille dahingehend auszulegen wäre, dass der Erblasser die von ihm angeordneten Befugnisse für den Testamentsvollstrecker „versteinern“ möchte, könnten sich Erbe und Testamentsvollstrecker einvernehmlich darüber hinwegsetzen. Dem kann der Erblasser nur durch zusätzliche Auflagen begegnen.

## 2.1 Folge für die Umwandlung eines Gesellschaftsanteils mit beschränkter Haftung in eine Beteiligung mit unbeschränkter Haftung

Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen mit unbeschränkter Haftung lässt nach herrschender Meinung nur eine Verwaltung der Beteiligung an der Außenseite zu<sup>377</sup>. Dadurch verliert der Testamentsvollstrecker prinzipiell seine Befugnis, die Mitgliedschaftsrechte an der Innenseite zu verwalten, wenn die letztwillige Verfügung des Erblassers keine anderweitige Anordnung enthält.

Hier erweist sich der Lösungsansatz von *Weidlich*<sup>378</sup> als praktikabel. Er sieht in der zwingend erforderlichen Zustimmung (gem. § 233 II S. 3 UmwG) des Gesellschaftererben bei einer formwechselnden Umwandlung, in deren Zuge er eine Gesellschaftsbeteiligung mit unbeschränkter Haftung erhalten soll, gleichzeitig die Einwilligung, dem Testamentsvollstrecker weiterhin die voll umfängliche Verwaltung der Beteiligung zu gestatten. Dieses zwingende Zustimmungserfordernis besteht für jede Umwandlungsform, sobald ein Gesellschafter durch die Umwandlung

---

<sup>377</sup> vgl. oben, Teil 1, B I

<sup>378</sup> Weidlich, MittBayNot 1996, 1, 5

der persönlichen Haftung unterworfen werden soll<sup>379</sup>. Mit seiner Zustimmung akzeptiert der Erbe freiwillig die unbeschränkte Haftung der §§ 128, 130 HGB. Allein daraus lässt sich noch nicht ableiten, dass sich der Gesellschaftererbe mit der weiterhin voll umfänglichen Verwaltung der Beteiligung durch den Testamentsvollstrecker einverstanden erklärt. Dem Umwandlungsbeschluss muss hier aber auch der Testamentsvollstrecker zustimmen<sup>380</sup>. Stimmen beide Parteien zu, liegt darin die einvernehmliche Einigung, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers unverändert fortbestehen zu lassen. Der Testamentsvollstrecker könnte den Verlust seiner Verwaltungsbefugnis der Beteiligung an der Innenseite dadurch vermeiden, dass er den Gesellschaftsanteil gegen Abfindung ausscheiden lässt<sup>381</sup>. Auf der anderen Seite kann der Gesellschaftererbe verlangen, dass ihm eine Stellung als Kommanditist eingeräumt wird. Daneben kann er den Anteil gegen Abfindung aus der Gesellschaft ausscheiden lassen, indem er seine Zustimmung verweigert.

## 2.2 Folge für die Umwandlung eines Gesellschaftsanteils mit unbeschränkter Haftung in eine Beteiligung mit beschränkter Haftung

Hier ist zu unterscheiden, ob dem Testamentsvollstrecker mittels Vollmacht oder treuhänderischer Übertragung bereits vor Umwandlung der Beteiligung eine uneingeschränkte Testamentsvollstreckung eingeräumt worden war oder nicht.

Bestand bereits eine Vollmacht oder ein Treuhandverhältnis zugunsten des Testamentsvollstreckers, ändert sich an seinen Befugnissen durch den Umwandlungsvorgang nichts. Eine voll umfängliche Verwaltung an dem Gesellschaftsanteil mit unbeschränkter Haftung war ihm vor der Umwandlung aufgrund einer Hilfskonstruktion möglich. Auf diese könnte nach durchgeführter Umwandlung verzichtet werden.

---

<sup>379</sup> entsprechend für die Umwandlung im Wege der Verschmelzung: (§§ 43 Abs. 1 und 2 S. 3, 40 Abs. 2 UmwG); für die Spaltung (§§ 125, 135 i.V.m. §§ 43 Abs. 1 und 2 S. 3, 40 Abs. 2 UmwG)

<sup>380</sup> vgl. oben, Teil 2 C III 3

<sup>381</sup> §§ 29 ff, 125, 207 ff UmwG

War dem Testamentsvollstrecker vor der Umwandlung eine Testamentsvollstreckung an der Innenseite der persönlich haftenden Gesellschaftsbeteiligung versagt, werden seine Befugnisse durch die Umwandlung ausgedehnt. Dies lässt sich mitunter damit begründen, dass dem Testamentsvollstrecker eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung an beschränkt haftenden Gesellschaftsanteilen nach übereinstimmender Meinung in Rechtsprechung und Literatur erlaubt ist. Der Testamentsvollstrecker nimmt nach der Umwandlung sein Amt nur in dem Umfang wahr, den ihm Rechtsprechung und Literatur für die Testamentsvollstreckung an beschränkt haftenden Gesellschaftsanteilen zubilligen. Hinzu kommt, dass der Gesellschaftererbe in diesen Fällen zumindest konkludent einer Übertragung seiner mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte auf den Testamentsvollstrecker zustimmt. Der Erbe nimmt vor Umwandlung der Gesellschaft die mitgliedschaftlichen Rechte auf der Innenseite in Alleinzuständigkeit wahr. Somit liegt es allein in seiner Entscheidungssphäre, ob eine Umwandlung seines geerbten Nachlassbestands stattfindet oder nicht. Stimmt er einer Umwandlung der Gesellschaft zu, die seine Haftung beschränkt, ist darin gleichzeitig die Zustimmung des Gesellschaftererben zur Wahrnehmung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker zu sehen. Will der Gesellschaftererbe dieser Rechtsfolge entgehen, kann er verlangen, dass er gegen Abfindung aus der umgewandelten Gesellschaft ausscheidet (§§ 29 Abs.1, 125 S. 1, 207 Abs. 1 UmwG). Zwar kann dieser Argumentation entgegengehalten werden, dass der Gesellschaftererbe – will er die Wahrnehmung der organschaftlichen Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker vermeiden – gezwungen wird, aus der Gesellschaft auszuschneiden. Dieses Ergebnis ist aber nicht unbillig für den Erben. Er wird dadurch nicht benachteiligt. Es entspricht dem Wesen der Testamentsvollstreckung, dass der Testamentsvollstrecker den Erben aus seiner Rechtsposition verdrängt und alle Rechte aus dem Nachlass für diesen wahrnimmt. Bestehen rechtliche Hindernisse für dieses Grundprinzip, welche die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers beschränken und fallen diese Hindernisse weg, so wächst der Testamentsvollstrecker in die ihm angestammte Rolle mit dem Wegfall hinein.

Der Testamentsvollstrecker ist zudem jederzeit berechtigt, den Gesellschaftsanteil gegen Ausgleichszahlung zu veräußern<sup>382</sup>. Bei einer angemessenen Ausgleichszahlung wird der Erbe nicht benachteiligt. Der Gesellschaftererbe wird durch die erbrechtlichen Schranken, die der Testamentsvollstrecker zu beachten hat, ausreichend geschützt<sup>383</sup>.

### **C. Zusammenfassung**

Durch die Umwandlung einer Gesellschaft scheidet der Gesellschaftsanteil nicht aus dem Nachlass aus. Handelt es sich um eine Beteiligung am aufnehmenden Rechtsträger, ergeben sich schon deshalb keine Auswirkungen, weil der Gesellschaftsanteil nie den Nachlass verlässt. Er unterliegt allenfalls einer qualitativen oder quantitativen Veränderung. Dies gilt auch für eine Beteiligung am übertragenden Rechtsträger, soweit eine formwechselnde Umwandlung vorgenommen wird. Erfolgt dagegen eine Verschmelzung oder Spaltung, fallen die als Gegenleistung erhaltenen Gesellschaftsanteile als Surrogat in den Nachlass und unterliegen somit weiterhin der Testamentsvollstreckung.

Der Umfang der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers orientiert sich neben den Anordnungen des Erblassers primär an dem Haftungsumfang der verwalteten Gesellschaftsbeteiligung. Eine Umwandlung kann daher nur die Befugnisse des Testamentsvollstreckers ändern, wenn sie sich auf den Haftungsumfang der Beteiligung auswirkt. Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers kann aufgrund der Anknüpfung an den Haftungsumfang nicht auf dem status quo vor Umwandlung eingefroren werden. Lässt die Rechtsform der Beteiligung nach Umwandlung eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung zu, erstreckt sich die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach Umwandlung sowohl auf deren Außen- als auch auf deren Innenseite.

---

<sup>382</sup> Priester, FS Stimpel, 463, 472

<sup>383</sup> vgl. oben, Teil 2 C III 2.2.2

Für den umgekehrten Fall – der Umwandlung einer Beteiligung mit limitierter Haftung in eine Beteiligung mit unbeschränkter Haftung – ist es dem Testamentsvollstrecker zwar aufgrund der gesetzlichen Vorgaben nur gestattet, die Beteiligung auf der vermögensrechtlichen Außenseite zu verwalten. Dennoch kann er auch eine voll haftenden Beteiligung weiterhin in dem selben Umfang wie vor der Umwandlung verwalten. Dieses Ergebnis leitet sich hier jedoch nicht aus dem „Versteinerungsgrundsatz“ ab, der eine Ausdehnung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch Umwandlungsvorgänge ablehnt. Vielmehr kann die „Versteinerung“ der Befugnisse des Testamentsvollstreckers in diesem Fall auf den Umstand gestützt werden, dass der Gesellschaftererbe dem Testamentsvollstrecker die voll umfängliche Verwaltung freiwillig überlässt. Indem er als zukünftig voll haftender Gesellschafter dem Umwandlungsbeschluss selbst zustimmt, erklärt sich der Erbe konkludent damit einverstanden, dass der Testamentsvollstrecker die Beteiligung auch weiterhin komplett verwaltet. Ansonsten hätte er den Anteil gegen eine Abfindung aus der Gesellschaft ausscheiden lassen können. Da sich Erbe und Testamentsvollstrecker diesbezüglich einig sind, können sie sich sogar über eine anders lautende Anordnung des Erblassers hinweg setzen, soweit diese nicht durch entsprechende Auflagen abgesichert sind.

Ein eventuell einer Änderung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers entgegenstehender Erblasserwille kann den Versteinerungsgrundsatz nicht rechtfertigen. Der Erblasser hat es selbst in der Hand hat, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers zu begrenzen (§ 2208 Abs. 1 BGB). Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, richtet sich die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers zum einen nach den konkreten Anordnungen des Erblassers. Zum anderen wird sie durch den Haftungsumfang der Gesellschaftsbeteiligung begrenzt. Mutmaßungen über den wahren Erblasserwillen werden dadurch vermieden. Nur wenn schwerwiegende Anhaltspunkte bestehen, die eine Beibehaltung der Befugnisse als Erblasserwille bestätigen, ist eine „Versteinerung“ geboten. Den Versteinerungsgrundsatz als Regelfall heranzuziehen, geht

jedoch zu weit. Gegen den Versteinerungsgrundsatz als Regelfall spricht auch, dass sich die Rechtsfolgen einer Umwandlung auch in anderen Bereichen nach der neuen Rechtsform der Gesellschaft richten. Warum die Umwandlung nur im Bereich der Testamentsvollstreckung keine Rechtsfolgen auslösen sollte, ist nicht ersichtlich.

## **Teil 4: Fortbestand der Testamentsvollstreckung nach Umwandlung der mit einer Testamentsvollstreckung betrauten Gesellschaft**

### **A. Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch eine Gesellschaft**

Die §§ 2197 – 2201 BGB, in denen die Ernennung des Testamentsvollstreckers geregelt ist, enthalten keine ausdrückliche Bestimmung, wem die Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes übertragen werden kann. Es bestehen neben § 2201 BGB keine gesetzlichen Regelungen, die Kriterien für die Eignung zum Amt des Testamentsvollstreckers enthalten<sup>384</sup>. Demnach kann als Testamentsvollstrecker grundsätzlich sowohl eine natürliche Person als auch eine juristische Person oder Handelsgesellschaft ausgewählt werden.

Aus dem Verweis in § 2210 S.3 BGB auf die Vorschrift des § 2163 Abs. 2 BGB lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber auch die Möglichkeit der Ernennung einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker für zulässig erachtet hat. In § 2163 Abs. 2 BGB wird die Gültigkeit von Vermächnissen, die unter einer aufschiebenden Bedingung erteilt wurden, auf maximal 30 Jahre begrenzt, falls eine juristische Person durch das Vermächtnis beschwert oder bedacht ist. Eine entsprechende Anwendung dieser Begrenzung im Rahmen einer Dauertestamentsvollstreckung setzt voraus, dass letztere auch von einer juristischen Person ausgeübt werden kann<sup>385</sup>.

Somit wird der Kreis der Auswahlmöglichkeiten nur durch die gesetzliche Schranke des § 2201 BGB begrenzt, der die Ernennung zum Testamentsvollstrecker für die Fälle der Geschäftsunfähigkeit, der

---

<sup>384</sup> Lange/Kuchinke, Lehrbuch, § 31, 636

beschränkten Geschäftsfähigkeit oder einer angeordneten Betreuung für unwirksam erklärt. In entsprechender Anwendung dieses Rechtsgedankens kommt es daher für die Zulässigkeit der Übertragung des Testamentsvollstreckeramtes auf Gesellschaften, Körperschaften, etc. auf deren Rechtsfähigkeit an. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts besitzen eine der natürlichen Person im wesentlichen gleichgestellte Rechtsfähigkeit. Ihnen stehen alle Rechte und Rechtstellungen offen, soweit diese nicht die menschliche Natur ihres Trägers voraussetzen<sup>386</sup>. Es ist daher allgemein anerkannt, dass das Testamentsvollstreckeramt durch eine juristische Person wahrgenommen werden kann<sup>387</sup>. Es besteht auch die Möglichkeit, eine OHG oder Kommanditgesellschaft – obwohl keine juristischen Personen – mit einer Testamentsvollstreckung zu beauftragen<sup>388</sup>. Diese werden aufgrund der ihnen zugestandenen Teilrechtsfähigkeit gemäß § 124 Abs. 1 bzw. § 161 Abs. 2 HGB als selbständige Träger von Rechten und Pflichten den juristischen Personen gleichgestellt<sup>389</sup>. Seit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001<sup>390</sup>, in der er auch der BGB-Gesellschaft Rechtsfähigkeit zuspricht, soweit sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, wird wohl auch die BGB-Gesellschaft als Testamentsvollstrecker in Frage kommen. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Zulässigkeit der Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes durch eine BGB-Gesellschaft äußern werden. Da aber der BGH die BGB-Gesellschaft aktiv und passiv parteifähig erklärt und sie in seiner Urteilsbegründung bezüglich der Teilrechtsfähigkeit im wesentlichen der OHG und KG gleichgestellt hat, spricht vieles dafür. Als Träger von Rechten und Pflichten kann die BGB-Gesellschaft selbst mit dem Amt des Testamentsvollstreckers betraut werden.

---

<sup>385</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2197/Rn. 3

<sup>386</sup> Soergel/Hadding, BGB, Einf. § 21/Rn. 11

<sup>387</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, Einf. § 21/Rn. 9

<sup>388</sup> Reimann, Wirtschaftspraxis, Rn. 183

<sup>389</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 124/Rn. 2

<sup>390</sup> BGH, DSStR 2001, 310 ff.

## **B. Beendigung der Testamentsvollstreckung**

### **I. Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes bei natürlichen Personen**

#### **1. Gesetzliche Beendigungsgründe**

Gesetzliche Beendigungstatbestände enthalten die §§ 2225-2227 BGB. Danach erlischt das Testamentsvollstreckeramt, wenn der Testamentsvollstrecker stirbt (§ 2225 1. HS BGB), wenn er seine volle Geschäftsfähigkeit verliert (§ 2225 2. HS i.V.m. § 2201 BGB) oder wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt niederlegt (§ 2226 S. 1 BGB). Daneben ist auch eine Entlassung durch das Nachlassgericht aus wichtigem Grund möglich (§ 2227 BGB). Dabei ist zu beachten, dass in diesen Fällen zwar das Amt des Testamentsvollstreckers beendet wird. Dies hat jedoch nicht automatisch die Beendigung der Testamentsvollstreckung als solche zur Folge. Es ist zu unterscheiden zwischen dem konkreten Amt des Testamentsvollstreckers, aus dem dieser seine Befugnisse ableitet und der Testamentsvollstreckung als ganzem, aus der sich die Verfügungsbeschränkungen des Erben ergeben<sup>391</sup>. Wird die Nachlassverwaltung von mehreren Testamentsvollstreckern gemeinschaftlich ausgeübt, sieht § 2224 Abs. 1 S. 2 BGB vor, dass der/die verbleibende(n) Testamentsvollstrecker die Testamentsvollstreckung fortführen. Daneben kann der Erblasser für die Fälle, die eine Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes gem. §§ 2225-2227 BGB nach sich ziehen würden, geeignete Maßnahmen in seiner letztwilligen Verfügung treffen, um die Testamentsvollstreckung weiterhin aufrecht zu erhalten. Das Gesetz eröffnet ihm diese Möglichkeit in den §§ 2197-2200 BGB. Wie bereits oben erwähnt, kann der Erblasser dem Risiko einer ungewollten Beendigung der Testamentsvollstreckung durch Tod oder Kündigung des Testamentsvollstreckers vorbeugen, indem er mehrere Testamentsvollstrecker ernennt (§ 2197 Abs. 1 BGB). Will der Erblasser jedoch nur einer einzelnen Person seines Vertrauens die Verwaltung seines Nachlasses übertragen, z.B. um Kompetenzstreitigkeiten unter den Testa-

---

<sup>391</sup> Lange/Kuchinke, Lehrbuch, § 31, 635; Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch, Rn. 277

mentsvollstreckern zu vermeiden, kann er die Fortsetzung der Testamentsvollstreckung bei Ausfall der von ihm beauftragten Person auf verschiedene Wege erreichen:

§ 2197 Abs. 2 BGB sieht die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers vor. Dabei muss sich der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung noch nicht konkret auf dessen Person festlegen. Der Erblasser kann die Auswahl dem (Erst-)Testamentsvollstrecker selbst (§ 2199 BGB), dem Nachlassgericht (§ 2200 Abs. 1 BGB) oder einem Dritten (§ 2198 Abs. 1 BGB) überlassen. Nur wenn der Erblasser von keiner dieser Möglichkeiten, einen Mit- oder Ersatztestamentsvollstrecker zu ernennen, Gebrauch macht, endet mit Tod, Kündigung oder Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht nur sein Amt als solches, sondern die Testamentsvollstreckung insgesamt<sup>392</sup>.

Einen weiteren Beendigungsgrund stellt die zeitliche Befristung der Testamentsvollstreckung dar. Primär endet diese zu dem vom Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung festgesetzten Zeitpunkt. Daneben sieht § 2210 S. 1 BGB eine Höchstdauer von 30 Jahren vor. Diese Frist stellt allerdings keine absolute Obergrenze dar. Zum einen gilt § 2210 S.1 BGB nur für Dauervollstreckungen. Reine Abwicklungsvollstreckungen unterliegen keiner zeitlichen Begrenzung, da hier davon ausgegangen wird, dass sie zeitnah erledigt werden<sup>393</sup>. Zum anderen kann der Erblasser die Testamentsvollstreckung gemäß § 2210 S. 2 BGB verlängern.

## 2. Gesetzlich nicht normierte Beendigungsgründe

Neben den in §§ 2210, 2225-2227 BGB festgelegten Tatbeständen endet die Testamentsvollstreckung der Natur der Sache nach, wenn alle dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben erledigt oder die Nachlassmittel erschöpft sind<sup>394</sup>. Die von *Zimmermann*<sup>395</sup> vertretene Ansicht, dass die Testamentsvollstreckung in diesen Fällen nicht von

---

<sup>392</sup> Bengel/Reimann/Reimann, Handbuch, VII/Rn. 61

<sup>393</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2210/Rn. 1

<sup>394</sup> Reimann, ZEV 2000, 381, 382 ; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2225/Rn. 1

<sup>395</sup> Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 837

selbst erlischt, sondern lediglich ohne weitere Ausübung fortlebe, da die Testamentsvollstreckung schließlich nachträglich – z.B. bei zu verfolgenden Rückerstattungsansprüchen – wieder aufleben kann, ist nur von dogmatischer Bedeutung. Für die Praxis spielt es keine Rolle, ob die Testamentsvollstreckung in diesen Fällen lediglich ruht oder erloschen ist, da beide Ansichten ein Wiederaufleben der Testamentsvollstreckung in bestimmten Fällen zulassen.

Eine partielle Beendigung der Testamentsvollstreckung liegt vor, wenn der Testamentsvollstrecker Gegenstände des Nachlasses veräußert oder gemäß § 2217 Abs. 1 BGB für die Erben freigibt. Schließlich führt auch das „Hinauswachsen“ des Nachlasses zu einer Beendigung der Testamentsvollstreckung. Dies ist dann der Fall, wenn die Erträge aus dem Nachlass im Verhältnis zum ursprünglichen Umfang des Nachlasses erheblich sind<sup>396</sup>. Beispielhaft sei hier die ständige Thesaurierung von Gewinnen eines Unternehmens aufgeführt, die den Wert des vom Testamentsvollstrecker verwalteten Anteils konstant steigern.

## **II. Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes bei juristischen Personen oder Handelsgesellschaften**

Wie bei der Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes durch eine natürliche Person endet das Testamentsvollstreckeramt bei Wahrnehmung durch eine juristische Person oder durch eine Handelsgesellschaft ebenfalls aus den gesetzlich normierten Gründen (§§ 2210 S.1, 2225-2227 BGB) oder der Natur der Sache nach<sup>397</sup>. Dabei ist jedoch zu beachten, dass hier bei Dauervollstreckungen aus Gründen des Gläubigerschutzes die in § 2210 S.1 BGB festgesetzten Frist nicht verlängert werden kann. 30 Jahre stellen für Dauervollstreckungen, die von einer juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft durchgeführt werden, das Höchstmaß dar<sup>398</sup>. Während die gesetzlichen Beendigungsgründe Kündigung (§ 2226 BGB) und Entlassung (§ 2227 Abs. 1 BGB) unproblematisch

---

<sup>396</sup> Bengel/Reimann/Reimann, VII/Rn. 53

<sup>397</sup> vgl. oben, Teil 4 B I 2

<sup>398</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2210/Rn. 4

tisch auf juristische Personen und Handelsgesellschaften anwendbar sind, wirft § 2225 BGB diesbezüglich Probleme auf: Wann stirbt eine Gesellschaft? Diese Frage wird in der Literatur einstimmig beantwortet: Der Verlust der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person bzw. der Teilrechtsfähigkeit einer Handelsgesellschaft steht dem Tod einer natürlichen Person gleich<sup>399</sup>. Daher endet die Testamentsvollstreckung grundsätzlich mit dem Verlust der (Teil-)Rechtsfähigkeit der juristischen Person bzw. Handelsgesellschaft, soweit der Erblasser keinen Mit- oder Ersatztestamentsvollstrecker bestimmt hat.

Allerdings besteht in der Literatur für Umwandlungen von mit einer Testamentsvollstreckung betrauten Gesellschaften Uneinigkeit darüber, wie sich die Umwandlung konkret auf den Fortbestand der Testamentsvollstreckung auswirkt. Zu der Problematik der Fortdauer einer angeordneten Testamentsvollstreckung bei Umwandlung des mit der Testamentsvollstreckung betrauten Unternehmens gibt es bis zum heutigen Zeitpunkt keine Rechtsprechung. Dies gilt sowohl für Umwandlungen nach dem klassischen System (Einzelrechtsnachfolge bzw. Anwachsung) als auch für die im Umwandlungsgesetz geregelten Fälle (Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel). Die von *Damrau*<sup>400</sup> unter Fußnote 7, 8 zitierten Urteile sind durchwegs älter als 50 Jahre und können nicht als gefestigte Rechtsprechung gewertet werden.

In der Literatur fällt auf, dass hierbei die erbrechtlichen Vertreter im allgemeinen differenzierter und teilweise eingeschränkt von einer Fortdauer der Testamentsvollstreckung trotz Umwandlung der Gesellschaft ausgehen, während die umwandlungsrechtlichen Vertreter ein Fortbestehen der Testamentsvollstreckung fast durchgehend bejahen. Abhängig ist die Beurteilung der Frage, ob die Testamentsvollstreckung durch Umwandlung der Testamentsvollstrecker-Gesellschaft endet, von der jeweiligen Form der gewählten Umwandlung. Zu den einzelnen

---

<sup>399</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2225/Rn.1; Soergel/Damrau, BGB, § 2225/Rn. 2; Bengel/Reimann/Reimann, VII/ Rn. 6; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2225/Rn.4; Dehmer, UmwG, § 5/Nr. 8 e; Staudinger/Reimann, BGB, § 2225/Rn. 15

<sup>400</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2225/Rn. 2

Umwandlungsvarianten werden in der Literatur folgende Auffassungen vertreten:

#### 1. Formwechselnde Umwandlung

Einigkeit besteht in der gesamten Literatur dahingehend, dass sich eine formwechselnde Umwandlung nicht auf das Amt des Testamentsvollstreckers auswirkt<sup>401</sup>. Einschränkungen ergeben sich nur, falls die Umwandlung zum Verlust der Rechtsfähigkeit der Testamentsvollstreckergesellschaft führt. Begründet wird dies mit der einhelligen Auffassung in der Literatur, dass der Verlust der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person mit dem Tod einer natürlichen Person gleichzusetzen ist<sup>402</sup>. Nur vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass trotz Verlustes der Rechtsfähigkeit im Zuge einer Umwandlung die Testamentsvollstreckung fortbestehen soll. *Damrau*<sup>403</sup>, der sich generell für den Fortbestand der Testamentsvollstreckung trotz Umwandlung der Testamentsvollstreckergesellschaft ausspricht, begründet dies mit dem Argument, dass die Wahl des Erblassers auf eine juristische Person als Testamentsvollstrecker weitgehend deshalb fällt, weil diese nicht stirbt. Diese Auffassung findet in der übrigen erbrechtlichen Literatur jedoch keine Zustimmung. Die Aussage *Reimanns*<sup>404</sup>, der Formwechsel habe keine Auswirkung auf die Testamentsvollstreckung, ist dagegen unter der Prämisse zu verstehen, dass der neue Rechtsträger die Ausübung einer Testamentsvollstreckung erlaubt.

Im Falle der formwechselnden Umwandlung in eine BGB-Gesellschaft (gem. § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) stellte sich bis zur Entscheidung des BGH vom 29.01.2001<sup>405</sup> die Situation wie folgt dar: Grundsätzlich endete in diesen Fällen das Amt des Testamentsvollstreckers auch durch die formwechselnde Umwandlung, da die neue Gesellschaft nach der

---

<sup>401</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2225/Rn. 15; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2225/Rn. 4; Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 202/Rn. 126; Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 831

<sup>402</sup> vgl. oben, Teil 4 B

<sup>403</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2225/Rn. 2

<sup>404</sup> Staudinger/Reimann, § 2225/Rn. 15 a.E.; vgl. dazu Kommentierung zu Beginn Rn.

15

<sup>405</sup> BGH, DStR 2001, 310 ff.

Umwandlung eine Rechtsform besaß, die nicht zur Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes berechtigte<sup>406</sup>. Unter Umständen konnte jedoch durch Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers eine Fortführung der Testamentsvollstreckung durch die Mitgesellschafter der BGB-Gesellschaft bejaht werden. Auch wenn die BGB-Gesellschaft das Amt des Testamentsvollstreckers selbst mangels Rechtsfähigkeit nicht ausüben konnte, sollte eine Übertragung auf ihre einzelnen Gesellschafter als Mittestamentsvollstrecker im Einzelfall zulässig sein<sup>407</sup>. Dieses Ergebnis wurde zumindest dann als vertretbar erachtet, wenn es sich um einen überschaubaren Kreis von Mitgesellschaftern handelte<sup>408</sup>. Nachdem der BGH nun die Teilrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft anerkannt hat, ist dieser Umweg nicht mehr nötig. In seiner Urteilsbegründung<sup>409</sup> hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die von ihm nunmehr vertretene Auffassung in der Lage ist, die identitätswahrende Umwandlung unter Beteiligung einer BGB-Gesellschaft zu erklären. Aufgrund ihrer Teilrechtsfähigkeit kann sie selbst Träger von Rechten und Pflichten sein und damit auch selbst das Amt des Testamentsvollstreckers ausüben. Ein Formwechsel mit einer BGB-Gesellschaft als Zielrechtsträger bleibt daher in Zukunft ohne Auswirkung auf den Fortbestand der Testamentsvollstreckung, soweit Rechtsprechung und Literatur aus der Entscheidung des BGH die Zulässigkeit der BGB-Gesellschaft als Testamentsvollstrecker ableiten.

## 2. Verschmelzung

### 2.1 Erbrechtliche Literatur

Überwiegend sehen die Vertreter der erbrechtlichen Literatur bei Erlöschen des umgewandelten Rechtsträgers einen Beendigungsgrund für das Amt des Testamentsvollstreckers<sup>410</sup>. Daher sei stets zu fragen, ob die mit der Testamentsvollstreckung beauftragte Gesellschaft als Rechtsträger

---

<sup>406</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2225/Rn. 1, Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 202/Rn. 2

<sup>407</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2197/Rn. 50

<sup>408</sup> Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 202/Rn. 127

<sup>409</sup> BGH, DStR 2001, 310, 311

<sup>410</sup> so allgemein: MünchKomm/Brandner, § 2225/Rn. 4; differenzierter: Staudinger/Reimann, § 2225/Rn. 15; a.A.: Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 831

weiter existiert oder durch die Verschmelzung erlischt. Im Einzelnen bedeutet dies:

- Erfolgt eine Verschmelzung durch Aufnahme (§§ 4 ff UmwG) oder durch Neugründung (§§ 36 – 38 UmwG) und ist die Testamentsvollstreckergesellschaft der übertragende Rechtsträger, endet das Amt als Testamentsvollstrecker, da in diesen Fällen der übertragende Rechtsträger gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG erlischt.
- Ist die Testamentsvollstreckergesellschaft dagegen aufnehmender Rechtsträger, ändert sich an der Stellung als Testamentsvollstrecker nichts, da der Rechtsträger – in veränderter Form – weiter existiert.

Eine von der erbrechtlichen Literatur abweichende Meinung vertritt *Damrau*<sup>411</sup>: Er ist der Auffassung, dass auch für den Fall der Testamentsvollstreckergesellschaft als übertragender Rechtsträger im Zweifel das Amt des Testamentsvollstreckers auf den aufnehmenden Rechtsträger übergeht. Anderenfalls würde die Testamentsvollstreckung erlöschen, was dem Willen des Erblassers widerspräche.

## 2.2 Umwandlungsrechtliche Literatur

In der umwandlungsrechtlichen Literatur wird dagegen der Standpunkt vertreten, dass auch für den Fall der Testamentsvollstreckergesellschaft als übertragender Rechtsträger das Amt des Testamentsvollstreckers auf den aufnehmenden Rechtsträger übergeht<sup>412</sup>. Als Argument für die Übertragung des Testamentsvollstreckeramtes auf den neuen Rechtsträger wird zum einen der Rechtsgedanke des § 2199 Abs. 2 BGB herangezogen<sup>413</sup>. Danach ist zumindest durch Auslegung eine Ermächtigung des Erblassers abzuleiten, wonach der übernehmende Rechtsträger das Amt des Testamentsvollstreckers weiter ausüben soll. Zum anderen steht nicht die persönliche Beziehung für den Erblasser als Auswahlkriterium im

<sup>411</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2225/Rn. 2

<sup>412</sup> Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 20/Rn. 276; Lutter/Hommelhoff, UmwG, 13. Aufl., Anh. Verschm., § 25 KapErhG / Rn. 7; Scholz / Priester, 7. Aufl., Anh. Umw., § 25 KapErhG / Rn. 9

<sup>413</sup> Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 20/Rn. 263

Vordergrund, wenn das Testamentsvollstreckeramt von einer juristischen Person ausgeübt wird. Vielmehr wird er in diesen Fällen von dem Motiv geleitet, dass die Organisationsform „juristische Person“ eine fachmännische Durchführung und größere Kontinuität der Testamentsvollstreckung besser gewährleistet, als dies eine natürliche Person vermag<sup>414</sup>. Das Amt des Testamentsvollstreckers sei in den Fällen, in denen es von einer juristischen Person ausgeübt wird, nicht als höchstpersönliches Recht zu qualifizieren. Der mutmaßliche Parteiwille spreche dafür, dass das Testamentsvollstreckeramt auf die aufnehmende Gesellschaft übergehe<sup>415</sup>.

Ein weiterer Aspekt der Vertreter der umwandlungsrechtlichen Literatur, der für den Fortbestand der Testamentsvollstreckung durch die aufnehmende Gesellschaft spreche, sei die unternehmensrechtliche Betrachtungsweise. Danach sei das Erlöschen einer Kapitalgesellschaft durch Verschmelzung nicht mit dem Tod eines Gesellschafters i.S.v. § 131 HGB gleichzusetzen<sup>416</sup>. Es wird vielmehr fingiert, dass der übertragende Rechtsträger in der übernehmenden Gesellschaft weiterlebt<sup>417</sup>.

### 3. Spaltung

#### 3.1 Erbrechtliche Literatur

Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei einer Umwandlung im Wege der Verschmelzung, d.h., erlischt der mit der Testamentsvollstreckung beauftragte Rechtsträger durch die Spaltung, endet auch hier das Amt des Testamentsvollstreckers<sup>418</sup>. Für die einzelnen Spaltungsmöglichkeiten bedeutet dies:

- Ist die Testamentsvollstreckerengesellschaft übertragender Rechtsträger und erfolgt eine Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG), so erlischt der übertragende Rechtsträger gem. § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG. War die

---

<sup>414</sup> Dehmer, UmwG, § 5/Nr. 8 e

<sup>415</sup> Scholz, 7. Aufl., Anh. UmwG, § 25 KapErhG/Rn. 9

<sup>416</sup> Ulmer, Großkommentar HGB, § 131/Rn. 86 f

<sup>417</sup> Dehmer, UmwG, § 20/Rn. 51

<sup>418</sup> Reimann, ZEV 2000, 381, 382 ; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2225/Rn. 1

Testamentsvollstrecker-gesellschaft dagegen aufnehmender Rechts-träger, tritt keine Änderung des Testamentsvollstreckeramtes ein.

- Im Falle der Abspaltung (§ 123 Abs. 2) und der Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) gehen gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UmwG die abgespaltenen bzw. ausgegliederten Vermögensteile auf den aufneh-menden Rechtsträger über. *Reimann*<sup>419</sup> befürwortet, hier den Rechts-gedanken des § 131 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 UmwG heranzuziehen, der für den Fall der fehlenden Übertragbarkeit eines Vermögensteils durch Rechtsgeschäft einen Verbleib bei dem übertragenden Rechtsträger vorsieht. Darunter falle auch das Amt des Testamentsvollstreckers.

### 3.2 Umwandlungsrechtliche Literatur

Mit derselben Begründung wie für die Umwandlung durch Verschmel-zung bejaht die umwandlungsrechtliche Literatur auch bei einer Spaltung den Übergang des Testamentsvollstreckeramtes auf die aufnehmende Gesellschaft<sup>420</sup>, falls der mit der Testamentsvollstreckung beauftragte Rechtsträger durch die Spaltung erlischt. Sie differenziert nicht zwischen Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung. Da die umwand-lungsrechtliche Literatur jedoch den höchstpersönlichen Charakter des Testamentsvollstreckeramtes bei juristischen Personen verneint<sup>421</sup>, liegt es nahe, dass auch in den Fällen der Abspaltung und Ausgliederung das Testamentsvollstreckeramt auf den aufnehmenden Rechtsträger überge-hen soll. Insoweit kann jedoch keine Aussage getroffen werden.

---

<sup>419</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2225/Rn. 15

<sup>420</sup> Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 131/Rn. 154

<sup>421</sup> Dehmer, UmwG, § 5/Nr. 8 e

## C. Ansicht des Verfassers

Der herrschenden Ansicht in der erbrechtlichen Literatur, die den Fortbestand der Testamentsvollstreckung vom Erlöschen bzw. vom Weiterbestehen des mit der Testamentsvollstreckung beauftragten Rechtsträgers abhängig macht und damit an den Fortbestand der Rechtsfähigkeit der Testamentsvollstrecker-Gesellschaft anknüpft, ist der Vorzug zu geben.

### I. Verlust der Rechtsfähigkeit von juristischen Personen und Handelsgesellschaften als Beendigungsgrund gemäß § 2225 BGB analog

Sowohl die erbrechtliche als auch die umwandlungsrechtliche Literatur stellen den Verlust der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft außerhalb der Umwandlung dem Tod einer natürlichen Person gleich<sup>422</sup>. Auch *Damrau*<sup>423</sup>, der für den Fall des Verlustes der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person durch einen Umwandlungsvorgang vom Weiterbestehen der Testamentsvollstreckung ausgeht, stimmt hier mit der herrschenden Meinung überein. Dieses Ergebnis wird über den Weg der Analogie abgeleitet.

#### 1. Analoge Anwendung des § 2225 BGB für juristische Personen und Handelsgesellschaften

Aus dem Gesetz selbst lässt sich die Gleichbehandlung des Todes einer natürlichen Person mit dem Erlöschen einer juristischen Person nicht entnehmen. Insofern liegt eine Gesetzeslücke vor. Diese ist Voraussetzung für die analoge Anwendung eines Rechtssatzes. Da aber nicht jede faktische Lücke im Gesetz durch die Übertragung eines Rechtssatzes geschlossen werden kann, darf es sich um keine bewusste Lücke des Gesetzgebers handeln<sup>424</sup>. Davon kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Gründe, die ein bewusstes Schweigen des Gesetzgebers zur Thematik der Beendigung der Testamentsvollstreckung bei Aus-

---

<sup>422</sup> vgl. oben, Teil 4, II

<sup>423</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2225/Rn. 2

<sup>424</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 191 ff

übung durch eine juristische Person oder Handelsgesellschaft bei deren Erlöschen nahe legen, sind nicht ersichtlich<sup>425</sup>.

Eine Analogie ist weiterhin nur zulässig, wenn sich der gesetzlich geregelte und der nicht geregelte Tatbestand vergleichen lassen und hinsichtlich der wesentlichen Übereinstimmungen eine Gleichbehandlung der Tatbestände angebracht ist, während die Unterschiede als unwesentlich einzustufen sind. Besteht eine vergleichbare Interessenlage, die eine Gleichbehandlung von Tod des Testamentsvollstreckers und Erlöschen der Testamentsvollstreckergesellschaft vom Gesetzeszweck her rechtfertigt, liegt eine planwidrige Lücke vor, die durch eine analoge Anwendung des § 2225 BGB zu schließen ist<sup>426</sup>.

Die erforderliche Vergleichbarkeit der Tatbestände „Tod einer natürlichen Person“ und „Erlöschen einer juristische Person“ ist gegeben. Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen natürlichen Personen (§§ 1 ff. BGB) und juristischen Personen (§§ 21 ff. BGB). Dabei stellt er als entscheidendes Kriterium für die rechtliche Existenz – der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein – jeweils auf die Rechtsfähigkeit ab. Sie beginnt für natürliche Personen mit Vollendung der Geburt (§ 1 BGB) und endet mit ihrem Tod. Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person hängen von ihrer jeweiligen Rechtsform ab (i.d.R. Koppelung an die Eintragung im entsprechenden Register, § 21 BGB, § 11 GmbHG). Dabei wird die juristische Person oder Handelsgesellschaft nicht beendet, wenn sie aufgelöst wird, sondern nur wenn sie erlischt<sup>427</sup>. Mit Verlust der (Teil-)Rechtsfähigkeit entfällt die Fähigkeit der juristischen Person oder Handelsgesellschaft, als eigenständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilzunehmen. Sie ist auch nicht mehr Träger eigener Rechte und Pflichten, der elementaren Grundlage des Wesens der juristischen Person<sup>428</sup>. Diese Situation ist durchaus mit dem Tod einer natürlichen Person gleichzusetzen. Da die Zulässigkeit der

---

<sup>425</sup> Reimann, ZEV 2000, 381, 383

<sup>426</sup> Schmalz, Methodenlehre, Rn. 386, 389; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202 ff

<sup>427</sup> Reimann, ZEV 2000, 381, 383

<sup>428</sup> Palandt / Heinrichs, Einf. § 21 / Rn. 1

Testamentsvollstreckung durch eine juristische Person oder Handelsgesellschaft an das Merkmal der Rechtsfähigkeit anknüpft<sup>429</sup>, ist ihre Beendigung bei Wegfall der Rechtsfähigkeit nur logische Konsequenz. Durch die rechtssystematische Gleichbehandlung des Gesetzgebers von Verlust der (Teil-) Rechtsfähigkeit einer juristischen Person / Handelsgesellschaft und dem Tod einer natürlichen Person ist die analoge Anwendung des § 2225 BGB auf den Verlust der Rechtsfähigkeit einer Testamentsvollstreckergesellschaft gerechtfertigt.

## 2. Folgen für die Testamentsvollstreckung

Mit dem Tod des Testamentsvollstreckers erlischt das Testamentsvollstreckeramt, unabhängig davon, ob es von einer natürlichen Person oder von einer Gesellschaft ausgeübt wird. Es geht nicht auf den Rechtsnachfolger über. Nach der vorherrschenden Amtstheorie ist der Testamentsvollstrecker Treuhänder und Inhaber eines persönlichen Amtes<sup>430</sup>. Diese Amtsstellung hat höchstpersönlichen Charakter und ist daher nicht übertragbar<sup>431</sup>. Sie kann bei Tod einer natürlichen Person nicht im Wege der Universalsukzession auf die Erben übertragen werden<sup>432</sup>. Gleiches gilt für die Übertragung höchstpersönlicher Ämter, die von einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft wahrgenommen werden. Weder durch eine Anwachsung (§ 738 BGB) noch durch die Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) können höchstpersönliche Rechte auf den Rechtsnachfolger übertragen werden. § 738 BGB sieht vor, dass nur das anteilige Gesellschaftsvermögen übergeht. Gleiches gilt für die Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung oder Spaltung. Auch hier wird nur das Vermögen des umgewandelten Rechtsträgers auf den neuen Rechtsträger übertragen. Unter Vermögen im Sinne des Umwandlungsgesetzes sind dabei das Aktivvermögen und die Verbindlichkeiten zu verstehen. Der Begriff Aktivvermögen ist dabei weit zu fassen. Er um-

---

<sup>429</sup> Reimann, Wirtschaftspraxis, Rn. 184

<sup>430</sup> BGHZ 25, 275

<sup>431</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2225/Rn. 13; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2225/Rn. 1; MünchKomm/Brandner, BGB, § 2225/Rn. 4

<sup>432</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 1922/Rn. 43; MünchKomm/Brandner, BGB, § 1922/Rn. 29

fasst die gesamten technischen und wirtschaftlichen vermögenswerten Grundlagen der Gesellschaft<sup>433</sup>. Die Wahrnehmung eines privaten Amtes stellt keine vermögenswerte Grundlage dar.

Verdeutlicht wird dieses Ergebnis durch den Vergleich *Reimanns*<sup>434</sup> mit der Vollmachtserteilung an einen Rechtsträger vor Umwandlung. Auch die Vollmacht erlischt durch die Umwandlung gemäß §§ 168 S.1 i.V.m. 673 S.1 BGB, außer es handelt sich um ein neutrales Geschäft für den Vollmachtgeber. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung stellt aber gerade kein neutrales Geschäft des Erblassers dar, da er über seinen Tod hinaus Einfluss auf das Schicksal seines Nachlasses nehmen will.

### 3. Keine abweichende Beurteilung bei Verlust der Rechtsfähigkeit der Testamentsvollstreckerengesellschaft durch Umwandlung

Mit Erlöschen der Testamentsvollstreckerengesellschaft und dem damit verbundenen Verlust ihrer (Teil-)Rechtsfähigkeit endet ihr konkretes Testamentsvollstreckeramt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Testamentsvollstreckung als solche aufgrund der Anordnung von Ersatzvollstreckern oder der Existenz eines Mittestamentsvollstreckers weiterbesteht. Es kann nicht auf den Rechtsnachfolger übertragen werden. Auch durch Umwandlung einer Testamentsvollstreckerengesellschaft entsteht unter Umständen die Situation, dass die neue Gesellschaft zwar rechtsfähig ist, der mit der Testamentsvollstreckung beauftragte Rechtsträger aber aufgrund gesetzlicher Bestimmung (§§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) erlischt. Warum der Verlust der Rechtsfähigkeit durch eine Umwandlung zu einem anderen Ergebnis führen soll, ist nicht nachzuvollziehen. Voraussetzung, die analoge Anwendung des § 2225 BGB für die Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes bei Erlöschen juristischer Personen durch Umwandlung zu durchbrechen, wäre ein übergeordnetes Interesse an der Fortführung der Testamentsvollstreckung durch den neuen Rechtsträger. Nur dann wäre eine abweichende Behandlung gerechtfertigt. Derartige sachliche Gründe liegen nicht vor.

---

<sup>433</sup> Mayer/Widmann/Mayer, UmwG, § 5/Rn. 13

<sup>434</sup> Reimann, ZEV 2000, 381, 384

### 3.1 Generelle Fortsetzung der Testamentsvollstreckung führt zu Wertungswiderspruch

*Damrau*<sup>435</sup> führt als Argument an, dass der Erblasser bei der Beauftragung einer juristische Person mit der Testamentsvollstreckung besonders von dem Gedanken geleitet wird, dass diese nicht stirbt. Um dem Willen des Erblassers an einer dauerhaften Testamentsvollstreckung gerecht zu werden, soll daher die Testamentsvollstreckung durch den neuen Rechtsträger – selbst wenn dieser nicht rechtsfähig ist – fortgeführt werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine nicht rechtsfähige Gesellschaft eben gerade nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann<sup>436</sup>, somit auch kein neuer „Rechtsträger“ im eigentlichen Sinn vorliegt. Eine nicht rechtsfähige Gesellschaft ist rechtlich gar nicht in der Lage, das Amt des Testamentsvollstreckers auszuüben<sup>437</sup>. Das Testamentsvollstreckeramt durch den Rechtsnachfolger generell fortzuführen steht im Wertungswiderspruch zu den gesetzlichen Regelungen.

Zu bedenken ist auch der Aspekt des Gläubigerschutzes des Nachlasses. Während die Dauervollstreckung durch natürliche Personen über die 30-jährige Frist des § 2210 Abs. 1 BGB verlängert werden kann, scheidet diese Möglichkeit aus Gründen des Gläubigerschutzes des Nachlasses bei Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes durch eine Gesellschaft aus<sup>438</sup>. Würde das Testamentsvollstreckeramt bei Erlöschen der Testamentsvollstrecker-Gesellschaft auf ihren Rechtsnachfolger übertragen werden, käme dies vom Ergebnis her einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Verlängerung gleich.

### 3.2 Kontinuitätsinteresse kein Rechtfertigungsgrund

Der Argumentation der umwandlungsrechtlichen Literatur, das Interesse des Erblassers an einer möglichst kontinuierlichen Testamentsvollstreckung überwiege bei der Auswahl einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker<sup>439</sup> und rechtfertige damit den unbedingten Fortbe-

---

<sup>435</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2225/Rn. 2

<sup>436</sup> Palandt/Thomas, BGB, § 705/Rn. 2

<sup>437</sup> Reimann, Wirtschaftspraxis, Rn. 184

<sup>438</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2210/Rn. 4

<sup>439</sup> Dehmer, UmwG, § 5/Nr. 8e

stand des Testamentsvollstreckeramtes durch Übergang auf den neuen Rechtsträger, ist folgendes entgegenzuhalten:

Das Interesse an einer dauerhaften Testamentsvollstreckung mag durchaus leitendes Motiv des Erblassers für die Auswahl einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft als Testamentsvollstrecker sein. Dennoch verhält es sich nicht so, dass eine „Gesellschaft nicht stirbt“<sup>440</sup>. Die Liquidation einer Gesellschaft steht dem Tod einer natürlichen Person gleich<sup>441</sup>. Das Risiko der Liquidation, gleichbedeutend mit dem Erlöschen des Rechtsträgers, besteht durch Gesellschafterbeschluss oder durch Insolvenz und liegt auch nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung. Der Erblasser muss dieses Risiko bei der Bestimmung eines Testamentsvollstreckers genauso in Kauf nehmen, wie das Risiko des Todes einer natürlichen Person. Zwar mag die Wahrscheinlichkeit der Liquidation einer juristische Person während ihrer Tätigkeit als Testamentsvollstrecker geringer einzustufen sein, als der Tod einer natürlichen Person. Allein auf diesen Umstand lässt sich jedoch ein automatischer Übergang des Testamentsvollstreckeramtes auf einen Dritten nicht stützen. Hinzu kommt, dass auch eine Testamentsvollstreckerengesellschaft jederzeit ihr Amt durch Kündigung (§ 2226 BGB) niederlegen kann. Das Kontinuitätsinteresse des Erblassers darf daher nicht zu hoch bewertet werden.

### 3.3 Keine konkludente Ermächtigung gemäß § 2199 Abs. 2 BGB

Weiter wird von der umwandlungsrechtlichen Literatur – in Verbindung mit dem Kontinuitätsinteresse – der Rechtsgedanke des § 2199 Abs. 2 BGB herangezogen<sup>442</sup>: Der Erblasser ermächtigt zumindest konkludent den Testamentsvollstrecker, seinen Nachfolger zu bestimmen. Wie schon oben ausgeführt, besteht jedoch für den Erblasser in § 2197 Abs. 2 BGB die Möglichkeit, einen Ersatztestamentsvollstrecker zu benennen. Auf die Konstruktion einer konkludenten Ermächtigung des Erblassers für eine Nachfolgeregelung muss daher nicht zurückgegriffen werden. Bestehen keine konkreten Anhaltspunkte, die eindeutig auf den Willen des

<sup>440</sup> Soergel/Damrau, BGB, § 2225/Rn. 2

<sup>441</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2197/Rn. 50

<sup>442</sup> Vossius/Widmann/Mayer, UmwG, § 20/Rn. 276

Erblassers hinweisen, dass er im Falle der Umwandlung der von ihm mit der Testamentsvollstreckung beauftragten Gesellschaft eine Fortsetzung durch den Rechtsnachfolger wünscht („Vergessen“ der Anordnung eines Ersatz-vollstreckers), spricht die fehlende Bestimmung eines Ersatzvollstreckers grundsätzlich gegen eine konkludente Ermächtigung.

Zweifelhaft ist, ob durch Auslegung eine Ermächtigung des Erblassers an den Testamentsvollstrecker für die Bestimmung eines Nachfolgers erfolgen kann. Die §§ 2197 – 2200 BGB stellen den *numerus clausus* des zur Ernennung des Testamentsvollstreckers befugten Kreises dar. Sowohl die Ernennung durch den Erblasser selbst (§ 2197 BGB) als auch die Überlassung der Auswahl an einen Dritten (§§ 2198 – 2200 BGB) muss vom Erblasser in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich angeordnet sein<sup>443</sup>. Zwar wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass für den Fall der bloßen Anordnung der Testamentsvollstreckung ohne Ernennung einer bestimmten Person das Nachlassgericht befugt ist, einen Testamentsvollstrecker zu bestimmen<sup>444</sup>. Diese Ansicht gilt jedoch auch nur eingeschränkt. Ist dem Nachlassgericht noch eine Auswahlbefugnis aufgrund seiner Kompetenz (Erfahrung, Sorgfalt) per Auslegung in diesem Sonderfall zuzugestehen, so ist einer Ausweitung dieser Ausnahme auf andere Fälle, z.B. den Ausfall eines Testamentsvollstreckers ohne Nachfolgeregelung, zu widersprechen.

Das Interesse des Erblassers an einer kontinuierlichen Testamentsvollstreckung ist zwar unter Umständen das maßgebliche Motiv für die Auswahl einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker. Es stellt aber nur einen Wunsch des Erblassers dar. Diese Hoffnung des Erblassers ist in der letztwilligen Verfügung des Erblassers nicht manifestiert. Wünsche und Hoffnungen des Erblassers sind für den Testamentsvollstrecker jedoch nicht wie Verwaltungsanordnungen gemäß § 2216 Abs. 2 BGB bindend<sup>445</sup>. Dies spricht ebenfalls dagegen, den Rechtsgedanken des

---

<sup>443</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2198/Rn. 1; Reimann, *Wirtschaftspraxis*, Rn 152

<sup>444</sup> Bengel/Reimann, II/Rn. 1 ff.

<sup>445</sup> MünchKomm/Brandner, BGB, § 2216/Rn. 2; Staudinger/Reimann, BGB, § 2216/Rn. 20

§ 2199 Abs. 2 BGB – einer konkludenten Ermächtigung zur Erfüllung des mutmaßlichen Erblasserwillens – heranzuziehen.

Schließlich spielt auch der „persönliche“ Aspekt bei der Beauftragung einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft mit einer Testamentsvollstreckung eine Rolle. Das Argument *Dehmers*<sup>446</sup>, die Organisationsform „juristische Person“ gewährleiste eine fachmännische Durchführung besser, als dies eine natürliche Person vermag, ist sicher nicht abwegig. Setzt der Erblasser eine juristische Person als Testamentsvollstrecker ein, berücksichtigt er bei deren Auswahl sicher ihre Kompetenz und ihren Ruf. Es ist aber nicht garantiert, dass die Kompetenz der ausgewählten Gesellschaft nach einer Umwandlung, durch die sie erlischt, weiterhin gewährleistet ist. Wird zum Beispiel die mittelständische Hausbank des Erblassers auf eine Grossbank verschmolzen, treten in der Regel Umstrukturierungseffekte auf (Personalwechsel, Tätigkeitsbereich, etc.), aufgrund derer der übertragende Rechtsträger seine unternehmerische Eigenständigkeit verliert. Insofern ist auch die Argumentation, die Umwandlung fingiere aus unternehmensrechtlicher Sicht ein Weiterleben des übertragenden Rechtsträgers in der übernehmenden Gesellschaft<sup>447</sup>, nur eingeschränkt heranzuziehen. *Reimann*<sup>448</sup> vergleicht eine starke innere Veränderung der Testamentsvollstrecker-Gesellschaft mit dem Hinauswachsen des Vermögens des Erben aus dem Nachlass. Dies kann zu einer Beendigung der Testamentsvollstreckung aus der Natur der Sache führen, da die Kriterien, die für die Auswahl der juristischen Person als Testamentsvollstrecker nicht mehr den Motiven des Erblassers entsprechen.

## II. Bedeutung für die einzelnen Umwandlungsformen

Ob die Testamentsvollstreckung bei Umwandlung der Testamentsvollstrecker-Gesellschaft fortbesteht, richtet sich nach dem Schicksal ihrer Rechtsfähigkeit.

---

<sup>446</sup> Dehmer, UmwG, § 5/Rn. 8e

<sup>447</sup> Dehmer, UmwG, § 20/Rn. 51

<sup>448</sup> Reimann, ZEV 2000, 381, 385

### 1. Formwechselnde Umwandlung

Hier ist der herrschenden Literatur zuzustimmen: Durch die formwechselnde Umwandlung ändert sich nur die Rechtsform der Gesellschaft, der Rechtsträger als solcher bleibt bestehen. Die Testamentsvollstreckung wird von der umgewandelten Gesellschaft fortgesetzt. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die formwechselnde Umwandlung den Verlust der Rechtsfähigkeit zur Folge hat, da die Gesellschaft in diesem Fall das Testamentsvollstreckeramt wahrnehmen kann<sup>449</sup>.

### 2. Verschmelzung

Auch hier ist auf das Schicksal des mit der Testamentsvollstreckung beauftragten Rechtsträgers abzustellen: Nur im Falle der Testamentsvollstreckergesellschaft als aufnehmender Rechtsträger besteht die Testamentsvollstreckung weiter, ansonsten erlischt sie.

### 3. Spaltung

Bei der Aufspaltung ist wieder zu unterscheiden, ob die Testamentsvollstreckergesellschaft übertragender oder aufnehmender Rechtsträger ist. Nur in letztgenanntem Fall besteht die Testamentsvollstreckung fort.

Für die Fälle der Abspaltung und Ausgliederung ist *Reimann*<sup>450</sup> zuzustimmen, der das Amt des Testamentsvollstreckers als nicht übertragbar im Sinne von § 131 Abs. 1 Nr.1 S. 2 UmwG sieht. Höchstpersönliche Rechte gehen nicht auf den anderen Rechtsträger über. Die umwandlungsrechtliche Literatur verneint den höchstpersönlichen Charakter des Testamentsvollstreckeramtes, wenn es von einer juristischen Person ausgeübt wird<sup>451</sup>. Dafür – und damit gegen eine Übertragbarkeit des Testamentsvollstreckeramtes – spricht die Tatsache, dass es nicht in der Macht des Testamentsvollstreckers liegt, sein Amt frei auf Dritte zu übertragen<sup>452</sup>. Dies ist dem Testamentsvollstrecker nur ausnahmsweise erlaubt,

---

<sup>449</sup> Reimann, Wirtschaftspraxis, Rn. 184

<sup>450</sup> Staudinger/Reimann, BGB, § 2225/Rn.15; Reimann, ZEV 2000, 381, 384

<sup>451</sup> Dehmer, UmwG, § 5/Nr. 8 e

<sup>452</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, § 2197/Rn. 1

wenn der Erblasser ihn dazu ermächtigt (§ 2199 Abs. 2 BGB) oder selbst durch letztwillige Verfügung eine Nachfolgeregelung getroffen hat (§ 2197 Abs. 2 BGB).

#### **D. Zusammenfassung**

Sowohl natürliche als auch juristische Personen können das Amt des Testamentsvollstreckers ausüben. Die OHG und die Kommanditgesellschaft können aufgrund ihrer Teilrechtsfähigkeit (§§ 124 Abs.1, 161 Abs.2 HGB) ebenfalls als Testamentsvollstrecker bestimmt werden. Nachdem der BGH neuerdings auch der BGB-Gesellschaft Teilrechtsfähigkeit zugestanden hat, ist davon auszugehen, dass in Zukunft auch BGB-Gesellschaften für das Amt des Testamentsvollstreckers in Frage kommen. Für natürliche Personen sieht das Gesetz in § 2225 BGB vor, dass ihr Tod das Testamentsvollstreckeramt beendet. Getrennt davon ist der Fortbestand der Testamentsvollstreckung als solcher zu beurteilen. Dieser hängt davon ab, ob der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung einen Mit- bzw. Ersatzvollstrecker benannt oder die Auswahl einem Dritten überlassen hat. Hat er keine dementsprechende Anordnung getroffen, endet mit dem Tod der natürlichen Person die Testamentsvollstreckung insgesamt.

Diese Grundsätze sind auch auf eine juristische Person übertragbar. Eine analoge Anwendung des § 2225 BGB auf das Erlöschen einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft<sup>453</sup>, der dieses Ereignis mit dem Tod einer natürlichen Person gleichsetzt, ist gerechtfertigt. Dies hat zur Folge, dass mit dem Verlust der Rechtsfähigkeit der Testamentsvollstrecker-gesellschaft ihr Amt als Testamentsvollstrecker endet. Auch wenn die Testamentsvollstrecker-gesellschaft durch eine Umwandlung erlischt, richtet sich die Fortsetzung der Testamentsvollstreckung – unabhängig von der Beendigung des konkreten Testamentsvollstreckeramtes – nach den allgemeinen Regeln. Eine konkludente

---

<sup>453</sup> seit BGH, DStR 2001, 310 ff. wohl auch die BGB-Gesellschaft

Ermächtigung des Erblassers an die Testamentsvollstrecker-Gesellschaft oder einen Dritten, einen Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen, ist nur in Ausnahmefällen möglich. Dies ist dann der Fall, wenn aus dem Erblasserwillen eindeutig hervorgeht, dass er im Falle der Umwandlung der Testamentsvollstrecker-Gesellschaft wünscht, dass die Testamentsvollstreckung fortgesetzt wird. Eine allgemeine Fortführung der Testamentsvollstreckung durch den neuen Rechtsträger allein aus dem mutmaßlichen Kontinuitätsmotiv des Erblassers genügt dafür jedoch nicht. Weder die fachmännischere Durchführung der Testamentsvollstreckung durch eine juristische Person noch das Kontinuitätsinteresse des Erblassers an einer dauerhaften Testamentsvollstreckung sind geeignet, abweichend von der analogen Rechtsfolge des § 2225 BGB eine generelle Fortsetzung der Testamentsvollstreckung durch den übernehmenden Rechtsträger zu rechtfertigen. Der Erblasser kann die Fortsetzung der Testamentsvollstreckung auch bei einer Umwandlung der Testamentsvollstrecker-Gesellschaft durch entsprechende Anordnungen in seiner letztwilligen Verfügung garantieren. Dementsprechend ist der Interpretationsspielraum für einen mutmaßlichen Erblasserwillen bei einer fehlenden ausdrücklichen Bestimmung, die Testamentsvollstreckung auch durch die umgewandelte Gesellschaft fortzusetzen, entsprechend gering. Gerade das vermeintliche Kontinuitätsinteresse des Erblassers bei Auswahl einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker ist bei genauer Betrachtung nicht zwingend geeignet, eine Fortsetzung der Testamentsvollstreckung durch die umgewandelte Gesellschaft zu rechtfertigen: Weder liegt die Liquidation außerhalb jeder Lebenserfahrung noch ist garantiert, dass die fachliche Kompetenz der Gesellschaft aufgrund der bei Umwandlungen regelmäßig anfallenden Strukturveränderungen erhalten bleibt.

Für die einzelnen Umwandlungsfälle bedeutet dies folgendes: Die Verschmelzung einer Testamentsvollstrecker-Gesellschaft durch Aufnahme (§§ 4 ff. UmwG) oder Neugründung (§§ 36-38 UmwG) beendet das Testamentsvollstreckeramt, soweit die Gesellschaft übertragender Rechtsträger war. Gleiches gilt für die Aufspaltung (§ 123 Abs.1

UmwG). Keine Auswirkung auf das Testamentvollstreckeramt hat dagegen die Beteiligung einer Testamentvollstrecker-gesellschaft an einer formwechselnden Umwandlung oder wenn sie als aufnehmender Rechtsträger an einer Verschmelzung oder Spaltung beteiligt ist. Fehlt eine Klausel des Erblassers, die die Ernennung eines Ersatzvollstreckers vorsieht oder besteht kein Mittestamentvollstrecker, endet auch die Testamentvollstreckung als solche, wenn die Testamentvollstrecker-gesellschaft erlischt.

## Schlussbetrachtung

Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers wird nur durch die erbrechtlichen Schranken begrenzt, innerhalb deren er unter Ausschluss der Erben den Nachlass nach freiem Ermessen verwaltet. Seine Maßnahmen müssen sich daher innerhalb des Rahmens einer ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne von § 2216 BGB bewegen. Daneben darf er den Gesellschaftererben weder persönlich verpflichten (§ 2206 BGB), noch sind ihm unentgeltliche Verfügungen über den Nachlass erlaubt (§ 2205 S. 3 BGB). Diese Beschränkungen hat der Testamentsvollstrecker auch bei der Beteiligung an einer Umwandlung zu beachten. Eine weitergehende Beschneidung seiner Verwaltungsbefugnisse über oben genannte Grenzen hinaus durch die Kernbereichslehre ist nicht zulässig. Dieses gesetzlich nicht geregelte Instrument zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern kann nicht auf das Verhältnis Testamentsvollstrecker – Gesellschaftererbe übertragen werden. Durch die Kernbereichslehre soll der Gesellschaftererbe nicht vor Eingriffen des Testamentsvollstreckers in seine Mitgliedschaftsrechte geschützt werden. Vielmehr übt der Testamentsvollstrecker das aus der Kernbereichslehre resultierende Zustimmungsgeschäft nur für den Erben aus. Allerdings muss der Testamentsvollstrecker prüfen, ob er sich noch innerhalb der erbrechtlichen Schranken bewegt, wenn er einer kernbereichsrelevanten Maßnahme zustimmt. Dadurch wird der Erbe auch bei Verwaltungshandlungen des Testamentsvollstreckers mit Kernbereichsrelevanz nicht schutzlos gestellt. Ein ausreichender Schutz seiner Gesellschafterinteressen wird durch die erbrechtlichen Beschränkungen der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers gewährleistet. Auch wenn dieser Schutz bisweilen nicht so weitreichend sein mag, wie ein eigenes Zustimmungsgeschäft des Gesellschaftererben bei Entscheidungen, die den Kernbereich der Mitgliedschaft betreffen, muss der Erbe dieses „Weniger“ hinnehmen. Dies liegt in der Natur der Sache der Testamentsvollstreckung, die den Erben generell von der Verfügungsbefugnis über den Nachlass ausschließt. Dieser „Bevormundung“ durch den Testamentsvollstrecker kann sich der Erbe dadurch entziehen, indem er die Erbschaft ausschlägt. Es bestehen keine

ausreichenden Rechtfertigungsgründe für eine über die erbrechtlichen Schranken hinausgehende Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung von Gesellschaftsbeteiligungen. Würde man die Kernbereichslehre als Instrument zur Beschränkung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers akzeptieren, hätte dies zur Folge, dass die Gesellschaftsbeteiligung gegenüber anderem Nachlassvermögen bevorzugt wird. Durch rechtmäßige Verfügungen kann der Testamentsvollstrecker auch gegen die Interessen des Erben in einer Art und Weise in das Nachlassvermögen eingreifen, die in ihrer Intensität mit einem Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft vergleichbar oder sogar stärker sind. Trotzdem kann sich der Erbe nicht dagegen wehren. Dies wird von Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, da es dem Wesen der Testamentsvollstreckung entspricht. Warum gerade Gesellschaftsbeteiligungen bevorzugt werden sollen, lässt sich nicht rechtfertigen. Daher ist der Testamentsvollstrecker auch für alle Umwandlungsmaßnahmen grundsätzlich allein zuständig, solange sich diese innerhalb seiner Rechtsmacht bewegen. Auch wenn dem Gesellschaftererben keine Mitentscheidungsbefugnis zusteht, empfiehlt es sich in der Praxis für den Testamentsvollstrecker, den Erben in die Entscheidungsfindung mit einzubeziehen. Dies kann auf informatorischer oder beratender Basis geschehen. Da die Alleinentscheidungsbefugnis beim Testamentsvollstrecker verbleibt, wird er durch die Beteiligung des Erben nicht in seiner Verwaltungsmacht beschnitten. Die Zuziehung des Erben führt aber dazu, dass das Verhältnis zwischen ihm und dem Testamentsvollstrecker verbessert wird. Außerdem minimiert es das Haftungsrisiko des Testamentsvollstreckers. Er ist in der Lage, bei gegenständlicher Meinung des Gesellschaftererben seine Position zu überdenken und sich in strittigen Punkten nochmals abzusichern.

Wie die Untersuchung ergeben hat, geht der Versteinerungsgrundsatz zu weit. Der Umfang der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers orientiert sich an den Anordnungen des Erblassers und am jeweiligen Haftungsumfang der Gesellschaftsbeteiligung. Erlaubt diese nach Umwandlung eine voll umfängliche Testamentsvollstreckung, ist nicht

ersichtlich, warum generell die Verwaltungsbefugnis weiter nur auf die Vermögensrechte beschränkt sein soll. Eine derartige Beschränkung ist nur bei einem dahingehenden Willen des Erblassers gerechtfertigt. Dieser Wille muss sich jedoch konkret aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers ergeben. Eine generelle Interpretation des Erblasserwillens, die eine Versteinerung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers auf den Stand bei seiner Anordnung der Testamentsvollstreckung gebietet, ist zu weitgehend. Hätte der Erblasser dies beabsichtigt, hätte er diese Rechtsfolge in seiner letztwilligen Verfügung regeln können. Wird der Erbe durch die Umwandlung unbeschränkt persönlich haftender Gesellschafter, verwaltet der Testamentsvollstrecker die Gesellschaftsbeteiligung auch weiterhin auf der Innenseite. Dieses Ergebnis ist aber nicht Ausfluss des Versteinerungsgrundsatzes. Umwandlungen erfordern in diesen Fällen stets die Zustimmung des Gesellschaftererben. Erteilt er diese, erklärt er sich konkludent mit der Beibehaltung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers einverstanden.

Bei der Frage, wie sich die Umwandlung einer Testamentsvollstreckergesellschaft auswirkt, ist zwischen dem Amt des Testamentsvollstreckers und der Testamentsvollstreckung als solche zu differenzieren. Die Testamentsvollstreckung selbst wird nur beendet, wenn durch die Umwandlung die Testamentsvollstreckergesellschaft erlischt und der Erblasser von der Möglichkeit, einen Mit- oder Ersatzvollstrecker zu benennen, keinen Gebrauch gemacht hat. Davon zu unterscheiden ist das Schicksal der Testamentsvollstreckergesellschaft. Der Gesetzgeber hat den Tod einer juristischen Person dem Tod einer natürlichen Person gleichgestellt. Daher richtet sich das Schicksal der Testamentsvollstreckergesellschaft danach, ob sie durch den Umwandlungsvorgang erlischt oder nicht. Nur so kann aus Gründen der Rechtsicherheit die Frage, ob die Testamentsvollstreckung nach Umwandlung der Testamentsvollstreckergesellschaft fortbesteht, zweifelsfrei beantwortet werden. Sowohl die Frage, ob die Testamentsvollstreckergesellschaft durch die Umwandlung erlischt, als auch die Frage, ob ein Mit- oder Ersatzvollstrecker besteht, lässt sich anhand des Gesetzes beziehungsweise anhand

der letztwilligen Verfügung des Erblassers ohne Probleme klären. Ein Rückgriff auf die mutmaßlichen Motive des Erblassers an einer dauerhaften Testamentsvollstreckung bei Bestimmung einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker, da eine Gesellschaft „nicht stirbt“, widerspricht der Gesetzessystematik und beinhaltet ein Interpretationsrisiko des mutmaßlichen Erblasserwillens.

## Lebenslauf

### Persönliche Daten:

<b>Name</b>	Robert Wenninger
<b>Geburtsdatum</b>	11.09.1971
<b>Geburtsort</b>	Wertingen
<b>Staatsangehörigkeit</b>	deutsch
<b>Familienstand</b>	verheiratet

### Ausbildung und Beruf:

1981 – 1990	Simpert-Kraemer-Gymnasium Krumbach
1990 – 1991	Wehrdienst
1991 – 1996	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Augsburg; Abschluss: Erstes Juristisches Staatsexamen im Freiversuch
ab 04.1996	Rechtsreferendar im OLG-Bezirk München
Termin 1997/2	Zweites Juristisches Staatsexamen
seit 01.09.1998	Rechtsanwalt in einer Münchener Steuer- berater- und Wirtschaftsprüfungskanzlei