

# Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994. Jus Privatum, 5

## Inhalt

§ 1	Einleitung	1
I.	Das Problem	1
II.	Lösungsmethode	4
III.	Die Interessen der Beteiligten	5
1.	Die Interessen der Erben	6
a)	Eigenvermögensinteressen	6
b)	Nachlaßbezogene Interessen	6
2.	Die Interessen des Erblassers und des Testamentsvollstreckers	6
a)	Interessen des Erblassers	6
b)	Interessen des Testamentsvollstreckers	7
3.	Die Interessen der Erbeneigengläubiger	7
4.	Die Interessen der Nachlaßaltgläubiger	7
5.	Die Interessen der Nachlaßneugläubiger	7
IV.	Grundlegende Wertungen	8
1.	Private Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung	8
2.	In dubio pro executione	9
3.	Verwaltung fremden Vermögens	10
4.	Die Testamentsvollstreckung kein Verfahren im Interesse der Nachlaßgläubiger	10
5.	Haftungsverschonung als Ausgleich für geringen Einfluß des Erben	10
6.	Erbenselbstverwaltung als Maßstab für die Behandlung der Nachlaßaltgläubiger	11
7.	Keine Benachteiligung der Nachlaßneugläubiger gegenüber den Nachlaßaltgläubigern	12
8.	Ausschluß der Erbeneigengläubiger	12
V.	Gang der Untersuchung	13

### **Erstes Kapitel**

#### **Rechtsvergleichende, rechtsgeschichtliche und rechtstatsächliche Grundlagen**

§ 2	Die in den verschiedenen Rechtsordnungen anzutreffenden Testamentsvollstreckertypen	17
I.	Der Testamentsvollstrecker als Treuhand-Erbe	17
II.	Der Testamentsvollstrecker als Fremdverwalter kraft privaten Amtes mit umfassender Exekutions-, Verteilungs- und Verwaltungsbefugnis	20
III.	Der Testamentsvollstrecker im Rahmen eines Systems amtlicher Nachlaßfürsorge	21
1.	Österreichisches Recht	21
2.	Das Recht der nordischen Staaten	22
IV.	Der Testamentsvollstrecker als Kontrolleur der Erben mit schwach ausgeprägtem Verwaltungsrecht	24
1.	Französisches Recht	24

2. Der Vollstrecker als Mandatar der Erben	26
V. Zusammenfassung	26
§ 3 Von der Verwaltungsaufgabe zur Verwaltungstestamentsvollstreckung	28
I. Die mittelalterlichen Wurzeln der Testamentsvollstreckung	28
II. Älteres gemeines Recht	30
III. Jüngerer gemeines und preußisches Recht	32
1. Mandatstheorie	32
2. Lehre vom nudum praeceptum	33
3. Ablehnende Rechtsprechung	34
4. Umschwung im gemeinen Recht	36
5. Preußisches Recht	39
6. Verlängerung der Vormundschaft und Nachlaßverwaltungsverwaltungspflegschaft	42
IV. Entstehung des § 2209 BGB	45
1. Erster Entwurf des BGB	45
2. Der 21. Deutsche Juristentag	46
3. Zweite Kommission	47
4. Das Neue an der Regelung der zweiten Kommission	53
V. Reformvorschläge der Akademie für Deutsches Recht	57
§ 4 Gibt es in ausländischen Rechtsordnungen Entsprechungen zur selbständigen Verwaltungsvollstreckung des deutschen Rechts?	60
I. Der „testamentary trust“ des angelsächsischen Rechtskreises	60
1. Nachlaßabwicklung und Nachlaßverwaltung	60
2. Grundregeln des Trusts	61
3. Trustee und Verwaltungsvollstrecker	63
4. Beendigung des trust durch die Begünstigten	65
II. Der niederländische „bewindvoerder“	68
III. Schweizerisches Recht	72
IV. Rechtssysteme, die die selbständige Verwaltungsvollstreckung bewußt verhindern	77
V. Zusammenfassung	78
§ 5 Praktische Anwendungsfälle der selbständigen Verwaltungsvollstreckung	80
I. Schutz des Nachlasses gegenüber Erbengläubigern	80
II. Ausschluß gesetzlicher Vertreter	81
III. Der gesetzliche Vertreter als Vollstrecker (Familienoberhaupt)	86
IV. Dauervollstreckung zur Umgehung güterrechtlicher Komplikationen	86
V. Schutz von Erbteilungsverboten	87
VI. Dauervollstreckung und Vermächtnisnießbrauch	88
VII. Dauervollstreckung und Nachfolgerwahl	89
VIII. Schutz von Schluß- und Nacherben	90
IX. Faktische Verhinderung des Erben	91
X. Dauerverwaltung eines Vermächtnisses	91

## Zweites Kapitel Grundlagen der Haftungsordnung

§ 6	Testamentsvollstreckung und Erbenhaftung (I): Allgemeines	95
I.	Haftungsbeschränkung zu Lasten der Erbengläubiger	95
1.	Rechtslage	95
2.	Entstehungsgeschichte des § 2214	96
3.	Praktische Bedeutung des § 2214	98
4.	Nachlaßerträge	98
5.	Fällt der Nachlaß in die Masse des Erbeneigenkonkurses?	100
II.	Keine Beschränkung zu Lasten der Nachlaßgläubiger	103
1.	Rechtslage	103
2.	Rechtspolitische Würdigung	106
3.	Besonderheiten bei der Miterbengemeinschaft	108
§ 7	Testamentsvollstreckung und Erbenhaftung (II): Einzelkorrekturen des Haftungsregimes	117
I.	Korrekturen zum Schutz des Erben	117
1.	Verteidigungsmöglichkeiten des beklagten Erben	117
2.	Unbeschränkbare Haftung und vom Testamentsvollstrecker begründete Verbindlichkeiten	117
a)	Praktische Bedeutung des Problems	117
b)	Zweck der Inventarsanktion	120
c)	Teleologische Reduktion der §§ 1994, 2005	123
d)	Ansprüche des Testamentsvollstreckers	126
3.	Verlust des Inventarrechts durch falsche Auskunft des Testamentsvollstreckers?	127
4.	Der Erbe begleicht Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem Privatvermögen	128
5.	§§ 1978, 278	129
II.	Korrekturen zum Schutz des Vollstreckers	129
III.	Korrekturen zum Schutz der Nachlaßgläubiger	131
1.	Auf wen kommt es bei § 1981 II an?	131
2.	Die Zwei-Jahres-Frist der §§ 1981 II 2 BGB, 220 KO	134
3.	Keine endgültige haftungsbeschränkende Wirkung der Nachlaßverwaltung	140
4.	§ 224 I Nr. 5 KO	141
a)	Anwendungsbereich	141
b)	Rechtspolitische Fragwürdigkeit	143
c)	Einschränkung de lege lata	148
5.	Die Fünf-Jahres-Frist des § 1974	150
a)	Einführung in die Problematik	150
b)	Entstehungsgeschichte und ratio legis	153
c)	Allgemeine Argumente gegen die h.M.	154
d)	Spezielle Argumente für die Testamentsvollstreckung	157
6.	Dauerschuldverhältnis und Dauertestamentsvollstreckung	159
a)	Rechtslage bei Verwaltung durch den Erben	159
b)	Praktische Beispiele für die Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker	160
c)	Allgemeine Charakterisierung des Problems	165
d)	Lösung: Sonderkündigungsrecht	167
§ 8	Das System der Außenhaftung bei der Testamentsvollstreckung	173
I.	Darstellung der herrschenden Meinung	173
1.	Haftung des Erben	173
2.	Haftung des Testamentsvollstreckers	175

II. Außenhaftung des Testamentsvollstreckers (I): einzelnen Gläubigern gegenüber	175
1. Steuerhaftung	175
2. Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Vermächtnisnehmer	179
a) Hintergrund	179
b) Keine Außenhaftung bei der Auflage	180
c) Dogmatische Einordnung der Haftung	182
3. Haftung aus § 179	187
a) Rechtsprechung zu § 2206 I	187
b) „Schadensersatzrechtliche“ statt „vertretungsrechtliche“ Lösung	191
4. Haftung aus culpa in contrahendo	195
a) Die Auffassung Ballerstedts	196
b) Entbindung des Erben von der Haftung	198
c) Die Rechtsprechung zur Vertreterhaftung bei cic	199
d) Testamentsvollstreckung und „institutionalisiertes Vertrauen“	201
5. Haftung aus Vertrag	203
a) Der Vollstrecker legt seine Amtseigenschaft nicht offen	203
b) Zurechnung nach § 278	205
c) Die Auffassung Dölles	206
d) Konsequenzen des „institutionalisierten Vertrauens“ für die Haftung aus pVV	208
III. Außenhaftung des Testamentsvollstreckers (II): der Gesamtgläubigerschaft gegenüber	209
1. Die Verwalterhaftung des § 1978	209
a) § 1978 bei Verwaltung durch den Erben	209
b) Darstellung der h.M. bei Verwaltung durch den Vollstrecker	211
c) Haftungsregelungen bei Fremdverwaltung	218
d) Nichtanwendbarkeit des § 278	222
e) Drittschadensliquidation	223
f) Verbleibende Fälle persönlicher Haftung des Erben	229
2. Verletzung der Konkursantragspflicht (§ 1980)	230
IV. Haftung für deliktisches Verhalten des Testamentsvollstreckers	234
1. Haftung des Vollstreckers	234
2. § 31 und die Abwicklungsvollstreckung	237
3. Binnenorientierte und außenorientierte Testamentsvollstreckung	243
4. Rang der außerkontraktlichen Schuld und Innenausgleich	245
§ 9 Verpflichtungsmacht des Vollstreckers bei gegenständlich beschränkter Verwaltung	247
I. Verpflichtungsbefugnis des Vollstreckers	247
II. Verwaltung eines noch nicht auseinandergesetzten Nachlaßgegenstandes	249
III. Verwaltung von Gegenständen eines einzelnen Miterben	251
IV. Verwaltung eines Vermächtnisgegenstandes	254
§ 10 Zum Haftungsobjekt: Das Problem der Surrogation	257
I. Kompetenzsurrogation	257
1. Kompetenzsurrogation und materielle Surrogation	257
2. Kompetenzsurrogation analog § 2041?	258
3. Analogie zu § 1638 II	259
4. „Beziehungssurrogation“	260
5. Erblasserwille	260
6. Kompetenzsurrogation und Nachlaßnutzungen	261
7. Gegenleistung wirksamer Erbenverfügungen	262
II. Materielle Surrogation	262

1. Beispielfälle	263
2. Bedürfnis	264
3. Unzulässigkeit der materiellen Surrogation	265
§ 11 Konfusion und Konsolidation	274
I. Sondervermögen und Ausschluß der Konfusion	274
II. Herrschende Meinung	275
III. Ablehnung der herrschenden Meinung	277
1. Entstehungsgeschichte	277
2. Rechtsgrund der Konfusion	278
3. Unzulässigkeit der Analogie zu § 1976	279
IV. § 185 II 3. Alt.	282

### **Drittes Kapitel Testamentsvollstreckung im Handelsrecht**

§ 12 Die herrschende Meinung: ihre Entwicklung und ihr zentrales Argument	285
I. Überblick über den Meinungsstand	285
II. Die Rechtslage bis 1931	287
III. Der Umschwung der Rechtsprechung	290
IV. Voraussetzungen für die Richtigkeit der h.M.	294
§ 13 Die Treuhandlösung	295
I. Was versteht die Rechtsprechung unter der Treuhandlösung?	295
II. Die Begründung der Treuhand	301
III. Haftung für Altschulden	304
1. Der Testamentsvollstrecker führt das Geschäft unmittelbar nach dem Erbfall fort	304
a) Allgemeine Rechtslage	304
b) Haftung des Testamentsvollstreckers	307
2. Der Testamentsvollstrecker übernimmt das Geschäft erst nach einer Fortführung durch den Erben	309
a) Haftung des Erben	309
b) Haftung des Testamentsvollstreckers	310
IV. Haftung für Neuschulden	311
1. Eigenhaftung des Treuhänders	311
2. Haftung des Nachlasses	312
3. Der Befreiungsanspruch des Treuhänders	315
4. Wirkungen einer Firmenfortführung durch den Erben nach dem Ende der Treuhandschaft	320
5. Dingliche Zuordnung des Neuerwerbs	321
a) Interesse der neuen Geschäftsgläubiger	321
b) Keine dingliche Surrogation	321
c) Allgemeine Regeln der mittelbaren Stellvertretung	323
d) Rechtsübertragung auf den Erben	327
e) Geschäft als solches und Firma	329
V. Kritische Würdigung der Treuhandlösung	329
VI. Die Vollrechtstreuhand	330
1. Der Vorschlag Uwe Johns	330
2. Grundsätzliche Einwände	331

3. Treuwidrige Verfügungen	332
4. Die Haftungslage	333
a) Allgemeines	333
b) Anwendung der Grundsätze auf den Testamentsvollstrecker-Treuhänder	336
§ 14 Die Vollmachtlösung	342
I. Was versteht die Rechtsprechung unter der Vollmachtlösung?	342
II. Vollstreckungsersetzende Vollmacht – Vollstreckungsergänzende Vollmacht	345
1. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen	345
a) Gemeinsamkeiten	346
b) Rechtsfolgen der vollstreckungsersetzenden Vollmacht	348
c) Rechtsfolgen der vollstreckungsergänzenden Vollmacht	352
2. Ablehnung der vollstreckungsergänzenden Vollmacht	356
III. Kritik der vollstreckungsergänzenden Vollmacht	358
1. Nachteile für die Geschäftsgläubiger im Vergleich zur Testamentsvollstreckung	359
2. Unzulässigkeit der vollstreckungsersetzenden Vollmacht	360
a) Mögliche erbrechtliche Einwände	361
b) Rechtslage bei Minderjährigkeit des Erben	364
c) Verfassungskonforme Auslegung der §§ 1940, 2192 ff.	369
IV. Die Erblässervollmacht	372
1. Trans- und postmortale Vollmacht	373
a) Begriff und Zwecke	373
b) Zulässigkeit der transmortalen Vollmacht	375
c) Zulässigkeit der postmortalen Vollmacht	375
2. Die Haftung des Erben	377
a) Inhaltlicher Umfang der Vollmacht	378
b) Art der vom Vertreter begründeten Verbindlichkeiten	378
c) Zustimmungsakte des Erben	383
d) Unter welchen Voraussetzungen entstehen Nachlaßverbindlichkeiten?	384
3. Die unwiderrufliche Erblässervollmacht	385
§ 15 Die Zulässigkeit der echten Testamentsvollstreckung	389
I. Öffentlichrechtliche Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung über Gewerbebetriebe	389
II. Die These des RG vom handelsrechtlich unzulässigen Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung	392
1. „Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung?“	392
2. Das Dogma von der zwingenden Unbeschränkbarkeit der Haftung	395
a) Altschulden	395
b) Neuschulden	397
3. Technische Einzelprobleme der Haftungsbeschränkung	402
III. Vergleich der Testamentsvollstreckung mit der Selbstverwaltung des Erben	404
IV. Vergleich der Testamentsvollstreckung mit der Selbstverwaltung mehrerer Erben in Form der Miterbengemeinschaft	408
1. Zulässigkeit der Fortführung der Miterbengemeinschaft	408
2. Haftungslage bei Fortführung durch Miterbengemeinschaft	410
a) Haftung des Nachlasses	410
b) Persönliche Haftung der Erben	413
c) Deliktsschulden	415
d) Folgerungen für die Testamentsvollstreckung	416
V. Einzelheiten zur „echten“ Testamentsvollstreckung	416

1. Register- und Firmenfragen	417
a) Inhaberschaft des Erben	417
b) Vollstreckervermerk im Handelsregister	418
c) Registerrechtliche Kompetenzen des Vollstreckers	421
2. Materiellrechtliche Fragen	422
a) Erteilung von Prokura und Handlungsvollmacht	422
b) Der Erbe als Kaufmann	426
c) § 27 HGB und Dauerschuldverhältnisse	427

## **Viertes Kapitel**

### **Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften**

§ 16 Die möglichen Gestaltungen beim Tode eines Gesellschafters	431
I. Überblick	431
II. Die Auflösung der Gesellschaft	431
1. Der Anteil an der Liquidationsgesellschaft als Nachlaßbestandteil	432
2. Die Haftung bei Erbensebstverwaltung und Testamentsvollstreckung	434
a) Erbensebstverwaltung	434
b) Testamentsvollstreckung	438
c) Die Auffassung Webers	438
d) Auflösung der Gesellschaft nach dem Erbfall	440
3. Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers	441
a) Die Rechte des Erben als Gesellschafter und Beteiligter und die §§ 137 HGB, 727 II	441
b) Wer wird Liquidator?	443
c) Fortsetzungsbeschluß	446
III. Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern	447
IV. Die Eintrittsklausel	449
1. Allgemeines	449
2. Die Rolle des Testamentsvollstreckers bei der Eintrittsklausel	451
a) Ausübung des Eintrittsrechts	451
b) Abfindungsanspruch	452
c) Der durch Eintritt erworbene Gesellschaftsanteil	452
V. Die ausnahmsweise zulässige rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel	455
VI. Die erbrechtliche Nachfolgeklausel	456
1. Die Rechtsprechung zur Vererbung des Anteils an der werbenden Personengesellschaft	456
2. Stand der Rechtsprechung zur Frage der Testamentsvollstreckung über Personengesellschaftsanteile	460
a) Anteile persönlich haftender Gesellschafter	460
b) Kommanditanteile	464
§ 17 Allgemeine Vorfragen der Testamentsvollstreckung über Personengesellschaftsanteile	469
I. Die Nachlaßzugehörigkeit des Gesellschaftsanteils	469
II. Die Zustimmung der Mitgesellschafter	474
III. Zulässiger Umfang einer von den Mitgesellschaftern nicht gebilligten Testamentsvollstreckung	476
1. Die Abwicklungsvollstreckung	476
2. Dauertestamentsvollstreckung über die „Außenseite“ des Gesellschaftsanteils	478
§ 18 Haftungsrechtliche Probleme der Testamentsvollstreckung über einen Kommanditanteil	482

I. Haftung beim Erwerb eines Kommanditanteils im Zusammenhang mit dem Erbfall	482
1. Notwendige Differenzierungen	482
2. Welche Schulden sind (zumindest auch) „Nachlaßverbindlichkeiten“ i.S. des § 1967?	484
a) Der Erbe erwirbt den Anteil durch Ausübung seines Wahlrechts gem. § 139 HGB	484
b) Automatische Anteilsumwandlung mit dem Erbfall	486
c) Bereits der Erblasser war Kommanditist	486
d) Erwerb durch Eintrittsrecht	488
e) Geschäftsfremde Nachlaßgläubiger	488
3. Persönliche Haftung des Erben	491
a) Altschulden der Gesellschaft	491
b) Neuschulden der Gesellschaft	498
c) Schulden gegenüber der Gesellschaft	503
d) Sonstige Nachlaßschulden	503
II. Die Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker	504
1. Kernbereichslehre	504
2. Haftung im Außenverhältnis	508
a) Nicht oder nicht voll eingezahlte Hafteinlage	508
b) Zustimmung des Testamentsvollstreckers zu außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen	512
c) Kommanditanteil mit Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht	514
d) Die Zurückzahlung der Hafteinlage	516
e) Erhöhung der Hafteinlage	520
f) Haftung bei verzögerter Registeranmeldung	522
g) Kündigung und Übertragung des Kommanditanteils	522
3. Haftung im Innenverhältnis	524
a) Begründung neuer Gesellschafterpflichten	524
b) Pflichtverletzungen	526
§ 19 Haftungsrechtliche Probleme der Testamentsvollstreckung über einen OHG-Anteil	534
I. Rechtslage bei Selbstverwaltung des Erben	535
1. Altschulden der Gesellschaft	535
2. Neuschulden der Gesellschaft	536
3. Interne Schulden der Gesellschaft gegenüber	537
4. Nachlaßschulden, die nichts mit der Gesellschaft zu tun haben	538
5. Besonderheiten bei mehreren Erben	538
a) Einfache Nachfolgeklausel	538
b) Qualifizierte Nachfolgeklausel	539
II. Haftung bei unterstellter Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung	539
1. Überblick über den Streitstand	539
2. Haftet der Erbe persönlich für die vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten?	540
3. Erbrechtliche Haftung des Erben	545
a) Die Schulden des Erben aus § 128 HGB als Nachlaßverbindlichkeiten	545
b) Das Wahlrecht des Erben nach § 139 HGB	546
4. Vergleich mit der Haftungslage bei Selbstverwaltung des Erben	549
III. Sprechen zwingende gesellschaftsrechtliche Gründe gegen die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung?	549
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>555</b>
<b>Register</b>	<b>585</b>