

# Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung

von

Karlheinz Muscheler



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

# Inhaltsverzeichnis

§ 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.	Haftungverschonung 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 Verwaltungsauflage zur Verwaltungstestamentsvollstreckung . . . . .	28
I. Die mittelalterlichen Wurzeln der Testamentsvollstreckung . . . . .	28
II. Älteres gemeines Recht . . . . .	30
III. Jüngeres 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 Nachlaßverwaltungs- pflegschaft . . . . .	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 endgültig 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 Testamentsvollstreckter . . . . .	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 Nachlaß- gegenstandes . . . . .	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. Beispielsfälle . . . . .	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)	Dauerschuldverhältnisse . . . . .	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 vollstreckungsersetzenden 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 Erblasservollmacht . . . . .	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 Erblasservollmacht . . . . .	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 in 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 Vertretungs- macht . . . . .	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 aus § 139 HGB . . . . .	546
4. Vergleich mit der Haftungslage bei Selbstverwaltung des Erben . . .	549
III. Sprechen zwingende gesellschaftsrechtliche Gründe gegen die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung? . . . . .	 549
 Literaturverzeichnis . . . . .	 555
 Register . . . . .	 585