

6. Testamentsvollstreckung

a) Bedeutung der Testamentsvollstreckung für das Einzelunternehmen

- 216** Mittels der Anordnung einer Testamentsvollstreckung entzieht der Erblasser dem Erben die Verfügungsbefugnis über den Nachlass. Im Bereich der Unternehmensnachfolge kann die Testamentsvollstreckung ein wichtiges Gestaltungsmittel sein, wenn etwa der gewünschte Nachfolger noch nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt, um das Unternehmen zu führen, oder sich erst noch eine Zeit lang unter Aufsicht des Testamentsvollstreckers bewähren soll.²⁴² Das Gesetz kennt drei Arten der Testamentsvollstreckung, die auch miteinander kombiniert werden können:²⁴³

Die Abwicklungsvollstreckung dient der Nachlassauseinandersetzung und der Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers, §§ 2203 f. BGB.

Die Verwaltungsvollstreckung dient der Verwaltung des Nachlassvermögens, § 2209 Abs. 1 HS 1 BGB.

Die Dauertestamentsvollstreckung dient ebenfalls der Verwaltung des Nachlassvermögens und gleichzeitig der Nachlassauseinandersetzung bzw. Ausführung der letztwilligen Verfügung des Erblassers, § 2209 Abs. 1 HS 2 BGB.

- 217** Für den Bereich der Unternehmensnachfolge muss hinsichtlich der vorgenannten Erscheinungsformen einer Testamentsvollstreckung differenziert werden zwischen einem kaufmännischen und nichtkaufmännischen Unternehmen einerseits sowie zwischen einer Abwicklungsvollstreckung und einer Verwaltungsvollstreckung andererseits.

b) Abwicklungsvollstreckung

- 218** Die bloße **Abwicklungsvollstreckung** ist sowohl an einem kaufmännischen als auch an einem nichtkaufmännischen Unternehmen zulässig.²⁴⁴ Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist hier nicht die Fortführung des Unternehmens, sondern lediglich die Herausgabe an die Erben, § 2217 BGB. Sofern eine entsprechende Erblasseranordnung vorliegt kann die Aufgabe des Testamentsvollstreckers auch darin bestehen, das Unternehmen zu verpachten, zu veräußern oder zu liquidieren und den Erlös unter den Erben zu verteilen.²⁴⁵ In jedem Fall ist der Abwicklungsvollstreckter lediglich für einen begrenzten Zeitraum tätig. Hat der Abwicklungsvollstreckter seine Aufgaben erledigt, endet sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Der unter Rn. 220 beschriebene Konflikt ist bei einer bloßen Abwicklungsvollstreckung damit wenig virulent.²⁴⁶ Da das Handelsrecht aber über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 HGB hinaus keine Haftungsbeschränkung des einzelkaufmännischen Unternehmens zulässt, muss der Testamentsvollstreckter richtigerweise in diesem Zeitraum die werbende Tätigkeit des Unternehmens einstellen.²⁴⁷ Ist die Abwicklung bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig durchgeführt, endet die Testamentsvollstreckung automatisch. Für Alt-

²⁴² *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 53.

²⁴³ *Wachter* in *Bonefeld/Wachter*, *Der Fachanwalt für Erbrecht*, § 18 Rn. 61.

²⁴⁴ *Beck'sches Formularbuch Erbrecht/Johansson* G. IX. 2. Anm. 4.

²⁴⁵ *Werkmüller* ZEV 2006, 491; eine Verpachtung, Veräußerung oder Liquidation ist auch ohne Erblasseranordnung möglich, wenn diese Maßnahmen einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung entsprechen.

²⁴⁶ *MK-BGB/Zimmermann*, § 2205, Rn. 18; str. siehe *Weidlich* NJW 2011, 641.

²⁴⁷ *Beck'scher OK/J. Mayer* § 2205 Rn. 27; *Bonefeld* in *Bonefeld/Wachter*, *Der Fachanwalt für Erbrecht*, § 17 Rn. 225.

schulden haften die Erben nicht nach § 27 Abs. 1 HGB, da der Testamentsvollstrecker das Unternehmen nicht als Vertreter der Erben „fortführt“. Geht der Testamentsvollstrecker im Rahmen der ordnungsgemäßen Abwicklung gemäß §§ 2206, 2207 BGB neue Geschäftsschulden ein, haftet dafür beschränkt der Nachlass.

c) Verwaltungsvollstreckung

Die **Verwaltungsvollstreckung an einem nichtkaufmännischen Unternehmen** ist zulässig. Die handelsrechtlichen Vorschriften sind mangels Kaufmannseigenschaft nicht anwendbar. Bei etwaigen Gläubigern kann nicht der Eindruck entstehen, dass die unbeschränkte handelsrechtliche Haftung greift. Vielmehr gelten lediglich die erbrechtlichen Vorschriften, die sich gerade dadurch auszeichnen, dass die Erben die Haftung auf den Nachlass beschränken können.²⁴⁸ **219**

Die Problematik der **Verwaltungsvollstreckung an einem kaufmännischen Einzelunternehmen** ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum unverändert umstritten.²⁴⁹ Die wohl noch h.M. hält die Verwaltungsvollstreckung an einem einzelkaufmännischen Unternehmen für unzulässig.²⁵⁰ Führt ein Testamentsvollstrecker ein einzelkaufmännisches Unternehmen fort, haftet er selbst nicht persönlich für die von ihm begründeten Verbindlichkeiten, §§ 2206, 2207 BGB. Die Erben als Unternehmensträger wiederum können ihre Haftung auf den Nachlass beschränken, §§ 1967, 1973 ff., 1980, 1990 BGB. Dem steht aber der Grundsatz der persönlichen Haftung des Kaufmanns mit seinem ganzen Vermögen entgegen, §§ 22, 25, 27 HGB, und würde im Ergebnis auf ein im Gesetz nicht verankertes „einzelkaufmännisches Unternehmen mit beschränkter Haftung“ hinauslaufen.²⁵¹ Darüber hinaus kann die angeordnete Testamentsvollstreckung nicht im Handelsregister des Kaufmanns eingetragen werden.²⁵² Anders ist dies allenfalls bei einem minderjährigen Erben. Hier ist der Grundsatz der unbeschränkbaren Haftung des Einzelkaufmanns wegen § 1629a BGB ohnehin durchbrochen, was für eine Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung in diesem Bereich spricht.²⁵³ Die genannten Argumente gegen die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen werden allerdings zunehmend angegriffen.²⁵⁴ **220**

Zur Lösung dieses Konflikts werden **Ersatzlösungen** vorgeschlagen, wonach entweder der Erbe (Vollmachtlösung, vgl. Rn. 222) oder der Testamentsvollstrecker (Treuhandlungslösung, vgl. Rn. 228) die unbeschränkte Haftung übernehmen. Als weitere Gestaltungsinstrumente werden die Weisungsgeberlösung (vgl. Rn. 236), die beaufsichtigende Testamentsvollstreckung (vgl. Rn. 240) und die Umwandlungsanordnung (vgl. Rn. 242) diskutiert. Ordnet der Erblasser Verwaltungstestamentsvollstreckung über sein einzelkaufmännisches Unternehmen an, ohne nähere Bestimmungen über die Art und Weise der Testamentsvollstreckung zu treffen, gilt im Zweifel die Treuhandlungslösung als angeordnet.²⁵⁵ **221**

248 *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 54.

249 *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 55; vgl. zum Meinungsstand *Staudinger/Reimann* § 2205 Rn. 92 ff.

250 *BGHZ* 12, 100; *Staudinger/Reimann* § 2205 Rn. 91.

251 *R. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, § 15 Rn. 112.

252 *Krafka/Willer/Kühn* Registerrecht Rn. 563; a.A. *Plank ZEV* 1998, 325.

253 *Lorz* in *Scherer MAH*, § 21 Rn. 225, str.

254 Siehe zuletzt *Weidlich* *NJW* 2011, 641, 645 mit dem Hinweis auf den abgeschwächten Gläubigerschutz durch Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), § 5a GmbHG.

255 *BGHZ* 24, 106, 112.

d) Vollmachtslösung

- 222 Vollmachtslösung** bedeutet, dass der Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft im Namen der Erben als deren Bevollmächtigter weiter. Es haften damit allein die Erben persönlich und unbeschränkt. Mittels Testamentsvollstreckung und Vollmacht kann der Verwaltungsvollstrecker damit sowohl den Nachlass als auch die Erben verpflichten. Die erforderliche (widerrufliche) Vollmacht kann entweder der Erblasser selbst mit Wirkung über seinen Tod hinaus erteilen oder die Erben durch Auflage oder auflösende Bedingung der Erbeinsetzung zur Erteilung einer entsprechenden Vollmacht an den Testamentsvollstrecker verpflichten.²⁵⁶ Ein Weisungsrecht der Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis sollte im Interesse der unabhängigen Führung des Unternehmens durch den Testamentsvollstrecker nicht angeordnet werden.
- 223 Formulierungsbeispiel postmortale Vollmacht in letztwilliger Verfügung:**²⁵⁷ „Zur Verstärkung der Position des Testamentsvollstreckers werde ich diesem in separaten Urkunde Vollmacht erteilen, vom Zeitpunkt meines Ablebens an in meinem Namen mit Wirkung für und gegen meine Erben alle Handlungen im weitest gesetzlich möglichen Sinne betreffend mein Unternehmen ... vorgetragen im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter HRA ... vorzunehmen. Ich weise den Notar an, dem Testamentsvollstrecker eine Ausfertigung der Vollmacht gegen Nachweis seiner Stellung als Testamentsvollstrecker zu erteilen. Der Nachweis ist erbracht, wenn dem Notar ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder eine beglaubigte Abschrift des Testaments und der Eröffnungsniederschrift vorgelegt ist. Ich mache meinen Erben zur Auflage, diese Vollmacht auf die Dauer der Testamentsvollstreckung zu dulden und nicht zu widerrufen.“
- 224** Die Erben bleiben bei der Vollmachtslösung Inhaber des Unternehmens und werden als solche im **Handelsregister** eingetragen. Nur die Erben, nicht auch der Testamentsvollstrecker müssen die Anmeldung zum Register vornehmen. Ein Testamentsvollstreckervermerk wird nach richtiger Ansicht nicht eingetragen.²⁵⁸
- 225 Haftungsrechtlich** gibt es keine Besonderheiten: Die Erben haften persönlich und unbeschränkt für Neuschulden. Für Altschulden, die vom Erblasser herrühren, haften die Erben erbrechtlich beschränkbar und handelsrechtlich nur, sofern sie die Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz übernehmen, jedoch mit der Möglichkeit nach §§ 25, 27 HGB eine Beschränkung der Haftung herbeizuführen (vgl. hierzu näher Rn. 14 ff.). Der Testamentsvollstrecker haftet weder für Alt- noch für Neuschulden.
- 226** Problematisch ist die Vollmachtslösung, wenn die Erben noch **minderjährig** sind. Zwar bedarf die Fortführung des ererbten Geschäfts auch in ungeteilter Erbengemeinschaft nicht der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1822 Nr. 3, 1823 (vgl. hierzu Rn. 38). Auch ist die Erteilung einer Vollmacht durch den Vermögenssorgeberechtigten eines Minderjährigen (§§ 1626, 1629 BGB) grds. nicht genehmigungspflichtig nach § 1822 BGB. Hier dient die Vollmacht allerdings dem selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so dass entsprechend dem Rechtsgedanken des § 112 S. 1 BGB eine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich sein wird.²⁵⁹ Darüber hinaus besteht das generelle Problem aus Sicht des Geschäftsverkehrs, dass der Min-

256 R. Kössinger in Nieder/Kössinger, § 15 Rn. 114 f.; Wachter in Bonefeld/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, § 18 Rn. 117.

257 Basierend auf von Dickhuth-Harrach Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, § 33 Rn. 39.

258 Beck'scher OK/J. Mayer § 2197 Rn. 14 f., str.

259 R. Kössinger in Nieder/Kössinger, § 15 Rn. 118.

derjährige mit Eintritt der Volljährigkeit seine Haftung nach § 1629a BGB beschränken kann (vgl. hierzu Rn. 38).²⁶⁰

Praxishinweis: Die Vollmachtslösung ist nicht unproblematisch. Auch wenn die Erben wirksam eine Vollmacht erteilt haben (bzw. die Vollmacht des Erblassers nicht widerrufen), bleiben sie im Außenverhältnis weiterhin berechtigt, selbst Rechtsgeschäfte für das Einzelunternehmen zu tätigen.²⁶¹ Die Vollmacht hat also keine verdrängende Wirkung. Darüber hinaus wird zunehmend angezweifelt, ob ein Erbe mittels erbrechtlicher Verfügung gezwungen werden kann, gegen seinen Willen ein Handelsgeschäft selbst (wenn auch durch einen Vertreter) fortzuführen mit der Folge einer unbeschränkten persönlichen Haftung.²⁶²

227

e) Treuhandlösung

Bei der **Treuhandlösung** führt der Treuhänder das Unternehmen nach außen in eigenem Namen fort. Im Innenverhältnis handelt er für Rechnung und auf Risiko der Erben als deren Treuhänder. Da die Treuhandlösung damit über die gewöhnlichen Aufgaben einer Testamentsvollstreckung hinausgeht, sollte der Erblasser die Erben erbrechtlich (z.B. Auflage oder Bedingungen) verpflichten, dem Testamentsvollstrecker sämtliche zur Durchführung der Treuhand erforderlichen Befugnisse einzuräumen.

228

Fehlt es an einer solchen Bestimmung, enthält die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit Treuhandlösung im Zweifel zugleich die Auflage, die zur Durchführung des Treuhandverhältnisses erforderlichen Befugnisse zu gestatten.²⁶³ Im Übrigen unterscheidet sich der Treuhand-Testamentsvollstrecker nicht von einem normalen Verwaltungstestamentsvollstrecker.²⁶⁴ Insbesondere muss auch der Treuhand-Testamentsvollstrecker den Erben gegenüber die (haftungsträchtigen) Verpflichtungen der §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB erfüllen, von denen der Testamentsvollstrecker auch nicht befreit werden kann, § 2220 BGB. Sind die Erben minderjährig ist die Zustimmung des Familiengerichts zur Treuhandlösung nicht erforderlich. Der Minderjährige ist über § 1629a BGB ausreichend geschützt, so dass eine Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 3 BGB ausscheidet.²⁶⁵

229

Hinsichtlich der **Haftung** des Testamentsvollstreckers und der Erben im Rahmen der Treuhandlösung gilt folgendes: Für neu begründete Geschäftsschulden haftet der Testamentsvollstrecker unbeschränkt mit seinem gesamten Privatvermögen und darüber hinaus auch der Nachlass, sofern der Testamentsvollstrecker die Verbindlichkeiten im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft eingegangen ist.²⁶⁶ Für Altschulden des Erblassers kann der Testamentsvollstrecker die Haftung entsprechend §§ 27 Abs. 1, 25

230

²⁶⁰ Diese Haftungsbeschränkung gilt nicht für Verbindlichkeiten aus dem Betrieb eines selbstständigen Erwerbsgeschäfts, § 1629a Abs. 2 BGB, sofern wiederum der Minderjährige hierzu nach § 112 BGB ermächtigt war.

²⁶¹ *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 57; *Bamberger/Roth/J. Mayer* BGB § 2205 Rn. 28.

²⁶² *BGH* BB 1969, 733; *MK-BGB-Zimmermann* § 2205 Rn. 26; teilweise wird sogar ein Verstoß gegen § 138 BGB angenommen.

²⁶³ *Winkler* Der Testamentsvollstrecker, Rn. 328, str.

²⁶⁴ *KG* JW 1939, 104.

²⁶⁵ *Weidlich* in *Mayer/Bonefeld*, Testamentsvollstreckung, § 19 Rn. 17.

²⁶⁶ Str., zu den dogmatischen Schwierigkeiten, auch im Fall einer Nachlassinsolvenz, vgl. *Goebel* ZEV 2003, 261 ff.; *John* BB 1980, 759, 760.

Abs. 2 HGB auf den Nachlass beschränken.²⁶⁷ Für neu begründete Geschäftsschulden haften die Erben grds. nicht persönlich. Wenn allerdings der Testamentsvollstrecker nach Ende der Testamentsvollstreckung das Unternehmen den Erben überlässt (oder sonst freigibt), gilt dies als ein Erwerb unter Lebenden, auf den § 25 HGB anwendbar ist.²⁶⁸ Für Altschulden des Erblassers haften die Erben nicht persönlich, sofern die Begründung des Treuhandverhältnisses, i.e. die Einstellung des Betriebs, innerhalb der dreimonatigen Frist des § 27 Abs. 2 HGB erfolgt.²⁶⁹ Der Testamentsvollstrecker hat gegen die Erben einen Anspruch auf Befreiung von seiner unbeschränkten Außenhaftung für die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten, §§ 2218, 675, 670 BGB.²⁷⁰ Das Gleiche gilt für neue Geschäftsverbindlichkeiten, vorausgesetzt diese Verbindlichkeiten waren zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich. Das Risiko der Durchsetzbarkeit des Befreiungsanspruchs trägt der Testamentsvollstrecker. Umstritten ist, ob die Erben diese Haftung gegenüber dem Testamentsvollstrecker auf den Nachlass beschränken können. Richtigerweise muss man dies ablehnen, da diese Haftung aus dem neben dem gesetzlichen Schuldverhältnis aufgrund der Testamentsvollstreckung bestehenden vertraglichen Geschäftsbesorgungsverhältnis aufgrund der Treuhand resultiert.²⁷¹

- 231** In das **Handelsregister** wird nur der Testamentsvollstrecker als Inhaber des Handelsgeschäfts eingetragen. Die Testamentsvollstreckung sowie die Treuhänderstellung des Testamentsvollstreckers sind nicht eintragungsfähig.²⁷² Die Handelsregisteranmeldung nimmt allein der Testamentsvollstrecker vor, da nur er Inhaber des Handelsgeschäfts ist.²⁷³ Als solcher kann er auch Prokuren erteilen bzw. vom Erblasser erteilte Prokura widerrufen.
- 232** Die Treuhandlösung kennt zwei Spielarten: die **Vollrechtstreuhand** und die **Verwaltungs- oder Ermächtigungstreuhand**. Im Zweifel ist von einer bloßen Verwaltungs- oder Ermächtigungstreuhand auszugehen.²⁷⁴ Die Vollrechtstreuhand muss der Erblasser ausdrücklich anordnen. Ist eine Vollrechtstreuhand angeordnet, übertragen die Erben dem Testamentsvollstrecker alle Aktiva und Passiva des Unternehmens.²⁷⁵ Die für die jeweilige Einzelrechtsübertragung notwendige Form muss eingehalten werden, bei Immobilien etwa die notarielle Form. Sofern der Testamentsvollstrecker von § 181 BGB befreit ist, kann er die einzelnen Übertragungsakte ohne Mitwirkung der Erben vornehmen. Problematisch ist freilich, dass der Testamentsvollstrecker formal Eigentümer der Wirtschaftsgüter des Unternehmens wird und damit seine Eigengläubiger hierauf zugreifen können. Die Erben können allerdings in diesen Fällen wegen des bestehenden Treuhandverhältnisses Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben. Dies gilt sowohl für die Gegenstände, die der Testamentsvollstrecker vom Erben erlangt hat als auch für solche, an denen der Testamentsvollstrecker im Zuge der Unternehmensfortführung Eigentum erworben hat.²⁷⁶

267 *John* BB 1980, 759, str.

268 *MK-BGB/Zimmermann* § 2205 Rn. 27.

269 *Winkler* Der Testamentsvollstrecker, Rn. 304.

270 *BGHZ* 12, 100, 104; *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 56.

271 *Winkler* Der Testamentsvollstrecker, Rn. 308; *Beck'scher OK/J. Mayer* § 2205 Rn. 29, str.

272 *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 56.

273 *Krafka/Willer/Kühn* Registerrecht, Rn. 563; *AnwK-BGB/Weidlich* § 2205 Rn. 81.

274 *BGH* NJW 1975, 54; *R. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, § 15 Rn. 121.

275 *Siebert* ErbR 2011, 98, 100.

276 *Beck'scher OK/J. Mayer* § 2205 Rn. 31; *Winkler* Der Testamentsvollstrecker, Rn. 306.

Bei der Verwaltungs- oder Ermächtigungstreuhand hingegen bleiben die Erben Eigentümer der Wirtschaftsgüter des Unternehmens und übertragen dem Testamentsvollstrecker lediglich die Verfügungsbefugnis über diese Gegenstände.²⁷⁷ Eine Einzelrechtsübertragung, etwa Auflösung bei Grundstücken, findet nicht statt. Der Testamentsvollstrecker ist nicht uneingeschränkt über die Nachlassgegenstände Verfügungsberechtigt, sondern nur insoweit, als eine bestimmte Verfügung einem ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb entspricht. In diesem Rahmen kann der Testamentsvollstrecker dabei auch Gegenstände für das Geschäftsvermögen erwerben.²⁷⁸ Gläubiger des Testamentsvollstreckers können nicht auf das Betriebsvermögen zugreifen, da weiterhin die Erben Eigentümer desselben sind.²⁷⁹

Formulierungsbeispiel Verwaltungstreuhand: Ich ordne Testamentsvollstreckung in Form der Verwaltungsvollstreckung an. Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, mein Unternehmen ..., vorgetragen im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter HRA ... als Treuhänder der Erben, also im eigenen Namen, jedoch für Rechnung der Erben, zu verwalten. Die Erben bleiben Eigentümer des Betriebsvermögens. Im Wege einer Auflage verpflichte ich die Erben, die Treuhandfunktion des Testamentsvollstreckers zu dulden und sämtliche zur Durchführung der Testamentsvollstreckung erforderlichen Befugnisse einzuräumen. Im Innenverhältnis haben die Erben den Testamentsvollstrecker von seiner nach außen bestehenden unbeschränkten Haftung freizustellen, soweit er im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung handelt. Zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird ...

Praxishinweis: Die Treuhandlösung ist für den Testamentsvollstrecker riskant, da er im Außenverhältnis unbeschränkt persönlich haftet. Darüber hinaus wird der Freistellungsanspruch gegen die Erben oftmals wertlos sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Testamentsvollstreckung lediglich als Brücke dient, bis ein geschäftsunerfahrener Erbe die Unternehmensnachfolge antreten kann. Nicht immer wird sich daher eine qualifizierte Person finden, die die Treuhänderstellung übernehmen möchte. Zumindest sollte der Erblasser das persönliche Haftungsrisiko des Testamentsvollstreckers bei dessen Vergütung angemessen berücksichtigen (z.B. durch eine Beteiligung an den Erträgen des Unternehmens).

f) Weisungsgeberlösung

Weisungsgeberlösung bedeutet, dass der Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft im Außenverhältnis freigibt, § 2217 BGB, und lediglich im Innenverhältnis den Erben Weisungen erteilt.²⁸⁰ Als Unternehmer treten damit allein die Erben auf, die auch im Handelsregister eingetragen werden.²⁸¹ Dogmatisch lässt sich die Weisungsgeberlösung in § 2208 Abs. 2 BGB verorten, wonach der Testamentsvollstrecker von den Erben die Ausführung von Verfügungen verlangen kann. Zum Abschluss eines konkreten Rechtsgeschäfts, das zu einer persönlichen Haftung der Erben führen würde, kann der Testamentsvollstrecker nicht anweisen.²⁸² Verstoßen die Erben gegen Weisungen des Testamentsvollstreckers, berührt dies die Wirksamkeit des durch die Erben getätigten Rechtsgeschäfts nicht. Der Erblasser muss demnach seine Erben durch erbrechtliche Gestaltungsmittel (Auflage, Bedingung) anhalten, sich an die Weisungen des Erblassers zu halten. Minderjährige Erben benötigen zur

277 Beck'sches Formularbuch Erbrecht/Johansson G. IX. 2. Anm. 4.

278 MK-BGB/Zimmermann § 2205 Rn. 27.

279 Beck'scher OK/J. Mayer § 2205 Rn. 30.

280 AnwK-BGB/Weidlich § 2205 Rn. 40; Weidlich ZEV 1998, 339, 342.

281 Die Registeranmeldung müssen der Testamentsvollstrecker und die Erben vornehmen.

282 Weidlich ZEV 1994, 212.

Fortführung des Unternehmens die Zustimmung des Familiengerichts, §§ 1822 Nr. 3, 1643 Abs. 1 BGB.

237 Formulierungsbeispiel: Ich ordne bzgl. meines einzelkaufmännischen Unternehmens ..., eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter HRA ... Testamentsvollstreckung an. Der Testamentsvollstrecker übt alle ihm nach Gesetz zustehenden Rechte aus, insbesondere die Verwaltung der Vermögensrechte. Kann der Testamentsvollstrecker Rechte bzgl. des vorgenannten Unternehmens nicht unmittelbar ausüben, hat sie der Erbe, soweit gesetzlich zulässig, nach den Weisungen des Testamentsvollstreckers auszuüben.

238 Praxishinweis: Die Weisungsgeberlösung kann eine Auswechlösung sein, wenn weder der Testamentsvollstrecker als Treuhänder unbeschränkt persönlich haften möchte noch die Erben dem Testamentsvollstrecker eine umfassende Vollmacht erteilen möchten. Im Einzelnen ist bei der Weisungsgeberlösung noch vieles umstritten, namentlich welche Sanktionen bei Nichtbeachtung der Weisungen des Testamentsvollstreckers eintreten.

239 Formulierungsbeispiel Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen mit Wahlmöglichkeit Treuhandlösung, Vollmachtlösung, Weisungsgeberlösung:²⁸³ Weiterhin wird Testamentsvollstreckung auch hinsichtlich meines im Zeitpunkt der Testamenterrichtung bestehenden Einzelunternehmens ... (gegenständlich beschränkte Testamentsvollstreckung) bzw. einer Nachfolgegesellschaft angeordnet, so dass alle Erben in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt sind. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung gilt nur für den Fall, dass das Unternehmen sich im Zeitpunkt des Erbfalls noch in meinem Vermögen befindet.

Zum Testamentsvollstrecker wird bestimmt: ... Ersatztestamentsvollstrecker ist ...

Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, dieses Unternehmen fortzuführen, zu leiten, und ggf. darüber zu verfügen, sei es durch Verkauf oder Verpachtung. Er ist auch berechtigt, den Betrieb einzustellen, sofern eine Fortführung keine Aussicht auf wirtschaftlich tragfähige Resultate hat. Es handelt sich um eine Dauervollstreckung nach § 2209 BGB. Sie endet spätestens mit Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall.

Die Verwaltung des Nachlasses bezieht sich auf sämtliche in den Nachlass befindlichen Unternehmensrechte. Dabei kann der Testamentsvollstrecker hinsichtlich des einzelkaufmännischen Unternehmens frei entscheiden, ob er

als Treuhänder handelt, also im eigenen Namen auftritt, jedoch für die Rechnung der Erben handelt, sei es in Form der sog. Vollrechtstreuhand oder Ermächtigungstreuhand (Treuhandlösung),

als Bevollmächtigter, also im Namen und für Rechnung der Erben handelt (Vollmachtlösung),

die Erben nach außen als Unternehmer auftreten lässt, sich jedoch die Entscheidungsbefugnis im Innenverhältnis vorbehält (Weisungsgeberlösung).

Die Erben haben nach Ausübung des Wahlrechtes durch den Testamentsvollstrecker diesem alle Vollmachten zu erteilen, die erforderlich sind, bzw. vom Erblasser erteilte Vollmachten nicht zu widerrufen bzw. alle Rechtshandlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, damit der Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses nach seiner getroffenen Wahl effektiv wahrnehmen kann. Die Verpflichtung erfolgt durch Auflage. Die Erfüllung dieser Auflage kann selbst vorgenommen werden.

In jedem Fall sind Verfügungen der Erben über das einzelkaufmännische Unternehmen ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers unzulässig. Der Testamentsvollstrecker kann sich für einzelne Angelegenheiten einer fachkundigen Beratung bedienen. Die Kosten gehen dabei zu Lasten des Nachlasses. Der Testamentsvollstrecker kann auch die Ausei-

²⁸³ In Anlehnung an *Wachter* in Bonefeld/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, § 18 Rn. 126.

nersetzung unter den Miterben entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen herbeiführen. Dabei ist er insbesondere berechtigt, die Auseinandersetzung des Nachlasses nach billigem Ermessen (§§ 2204 Abs. 1, 2048 S. 2 BGB) vorzunehmen. Im Rahmen der so vorzunehmenden Auseinandersetzung, aber auch bereits früher, ist der Testamentsvollstrecker auch berechtigt, das in den Nachlass fallende einzelkaufmännische Unternehmen nach billigem Ermessen umzustrukturieren, also in eine Gesellschaft oder mehrere Gesellschaften, auch im Rahmen einer Betriebsaufspaltung, umzuwandeln; die Beteiligungsverhältnisse müssen, soweit dies rechtlich möglich ist, mit den Erbquoten übereinstimmen. Richtlinien für die Umstrukturierung des in den Nachlass fallenden Unternehmens werden dem Testamentsvollstrecker nicht vorgegeben.

Der Testamentsvollstrecker ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. In der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass ist der Testamentsvollstrecker nicht beschränkt. Der Testamentsvollstrecker erhält eine Vergütung in Höhe von ... Führt der Testamentsvollstrecker das Unternehmen in eigenem Namen fort (Treuhandlung), erhält er eine zusätzliche Vergütung i.H.v. 10 % des in der Handelsbilanz ausgewiesenen Gewinns des Einzelunternehmens.

g) Beaufsichtigende Testamentsvollstreckung

Der BGH²⁸⁴ lässt an einem Personengesellschaftsanteil eine Verwaltungsvollstreckung an der „Außenseite“ zu (vgl. hierzu 2. Kap. Rn. 225 f.). Diese Rechtsprechung überträgt die Literatur teilweise auf ein einzelkaufmännisches Unternehmen (**beaufsichtigende Testamentsvollstreckung**).²⁸⁵ Dies hat zur Folge, dass der Erbe zwar das Unternehmen selbstständig ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers fortführt, die Testamentsvollstreckung jedoch alle Wirtschaftsgüter des Unternehmens erfasst. Diese Wirtschaftsgüter sind damit der Verfügungsbefugnis des Unternehmensnachfolgers entzogen. Der Unternehmensnachfolger kann nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers über das Unternehmen oder dessen Wirtschaftsgüter verfügen. Darüber hinaus sind die Wirtschaftsgüter dem Zugriff von Eigengläubigern des Erben entzogen. 240

Die beaufsichtigende Testamentsvollstreckung führt zu dem auf den ersten Blick seltsam anmutenden Ergebnis, dass die Erben bei getätigten Geschäften zwar persönlich haften, das der Testamentsvollstreckung unterliegende Betriebsvermögen aber nicht der Vollstreckung durch die Gläubiger zur Verfügung steht, § 2214 BGB. Faktisch läuft dies auf einen Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung hinaus. Dem lässt sich entgegenhalten, dass der gute Glaube des Rechtsverkehrs lediglich in die unbeschränkte, persönliche Haftung des Unternehmers geschützt ist, nicht aber in die zur Verfügung stehende Haftungsmasse.²⁸⁶ Der Erblasser kann die beaufsichtigende Testamentsvollstreckung im Übrigen auf einzelne Gegenstände des Unternehmens beschränken (z.B. wertvolle Betriebsgrundstücke oder Gerätschaften) und diese damit dem Vollstreckungszugriff der Eigengläubiger der Erben entziehen. 241

h) Umwandlungsanordnung

Die Erben können mittels Auflage verpflichtet werden, das Unternehmen in eine neu zu gründende GmbH oder GmbH & Co. KG überzuführen (Gesellschaftsgründungsklausel, vgl. Rn. 79 ff.). Umstritten ist die Frage, ob der Testamentsvollstrecker schon 242

²⁸⁴ BGH NJW 1985, 1953.

²⁸⁵ D. Mayer in Bengel/Reimann, HB Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 146.

²⁸⁶ Beck'scher OK/J. Mayer § 2205 Rn. 34; kritisch *Bonefeld* in Bonefeld/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, § 17 Rn. 239.

kraft seines Amtes berechtigt ist, das Einzelunternehmen in eine andere Rechtsform umzuwandeln (Ausgliederung zur Neugründung nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG), ohne dass es einer ausdrücklichen Erlaubnis durch den Erblasser bedürfe (Umwandlungsanordnung). Die Testamentsvollstreckung würde sich dann an dem neu gegründeten Unternehmen bzw. Geschäftsanteil fortsetzen. Für die Praxis ist die Umwandlungsanordnung, abgesehen von steuerlichen Erwägungen, insofern interessant als die Testamentsvollstreckung an Anteilen einer Kapitalgesellschaft deutlich unkomplizierter möglich ist als an einem Einzelunternehmen bzw. an einem Personengesellschaftsanteil.²⁸⁷ Die Literatur ist weitgehend einig, dass eine „normale“ Verwaltungsvollstreckung nicht ausreicht, um eine Umwandlung durchzuführen. Vielmehr müssen die Erben entweder den Testamentsvollstrecker zur Ausübung der Gesellschafterrechte bevollmächtigen oder ihm diese treuhänderisch übertragen.²⁸⁸ Teilweise wird in der Folge vertreten, dass nur ein Testamentsvollstrecker als Treuhänder eine Umwandlungsanordnung vornehmen könne, weil Umwandlung das Eigentum des übertragenden Rechtsträgers, i.e. des Testamentsvollstreckers, an den Wirtschaftsgütern des Unternehmens voraussetze, § 152 UmwG.²⁸⁹ Konsequenterweise könnte dann aber auch nur ein Vollrechtstreuhandler eine Umwandlung vornehmen, weil nur dieser formell Eigentümer des Betriebsvermögens wird. Im Fall der Ermächtigungstreuhand bleiben die Erben Eigentümer des Betriebsvermögens. Fehlt es in der letztwilligen Verfügung an einer Umwandlungsanordnung, kann der Testamentsvollstrecker eine Umwandlung nur dann vornehmen, wenn diese Maßnahme einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung entspricht, § 2216 BGB.²⁹⁰

243 Formulierungsbeispiel: Im Anschluss an Anordnung Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen, vgl. Rn. 239.

Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, mein Einzelunternehmen nach freiem Ermessen in eine Personen- oder Kapitalgesellschaft umzuwandeln, an dem die Erben zu gleichen Teilen beteiligt sind. Wandelt der Testamentsvollstrecker mein Unternehmen in eine Personengesellschaft um, ist die ordentliche Kündigung durch die Gesellschafter auf maximale Zeit ausgeschlossen. Gesellschaftsanteile dürfen von Todes wegen lediglich auf Abkömmlinge in gerader Linie und Ehegatten übergehen. Der Abfindungsanspruch ist im Todesfall ausgeschlossen. Der Testamentsvollstrecker übt die Stimmrechte meiner Erben aus. Er bestimmt eine beliebige Person, gegebenenfalls auch sich selbst, zum gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft. Die Testamentsvollstreckung erstreckt sich auch auf die Erträge der Gesellschaft, längstens jedoch bis zum Erreichen des 25. Lebensjahres des jeweiligen Erben.

i) Testamentsvollstreckervergütung

244 Die Höhe der Verwaltungsgebühr orientiert sich regelmäßig am verwalteten Vermögen, an den erzielten Einkünften oder an beiden Komponenten. Sofern sich die Gebühr nach dem Nachlasswert bestimmt, wird oft eine ½ %ige Gebühr vorgeschlagen; wenn sich die Gebühr nach den Einnahmen bestimmt, wird eine jährliche 2-4 %ige Gebühr genannt.²⁹¹ Führt der Testamentsvollstrecker als Treuhänder das Unternehmen fort, empfiehlt sich angesichts der unbeschränkten persönlichen Haftung eine laufende, den Gehältern entsprechender leitender Angestellter orientierte

287 Beck'scher OK/J. Mayer § 2205 Rn. 35.

288 Winkler Der Testamentsvollstrecker, Rn. 379.

289 Widmann/D. Mayer § 152 UmwG Rn. 46.

290 Lorz in Scherer, MAH § 19 Rn. 231.

291 Sudhoff/Scherer Unternehmensnachfolge, § 9 Rn. 35; MK-BGB/Zimmermann § 2221 Rn. 14.

Vergütung. Ergänzend kann der Erblasser eine Beteiligung am Reingewinn²⁹² oder sogar vermächtnisweise Zuwendung einer stillen Beteiligung bestimmen.

Praxishinweis: Die Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen ist mit zahlreichen dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten verbunden. Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, kann jeder Miterbe seinen Anteil am Nachlass veräußern, § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB. Der veräußerte Anteil unterliegt zwar weiterhin der Testamentsvollstreckung, nicht jedoch der erzielte Erlös. Mittels einer Erbanteilsveräußerung kann ein Miterbe also problemlos eine unerwünschte Testamentsvollstreckung umgehen.²⁹³ Aus gestalterischer Sicht sollte daher über Alternativen zur Testamentsvollstreckung nachgedacht werden. Zu denken wäre etwa an die Einrichtung eines Beirats oder eine mittels Auflage/Bedingung durchsetzbar Verpflichtung der Erben, das Unternehmen für eine bestimmte Zeit zu verpachten. Gegebenenfalls kann sich der Erblasser durchringen, seine Unternehmen bereits zu Lebzeiten in eine GmbH umzuwandeln (etwa auch durch Gründung einer Vorratsgesellschaft). Die vorbeschriebenen Probleme der Testamentsvollstreckung stellen sich bei einer Kapitalgesellschaft nicht in dieser Schärfe.

245

7. Pflichtteilsrecht

a) Unternehmensbewertung

Für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs ist der tatsächliche Verkehrswert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend, § 2311 Abs. 1 BGB. Ein einzelkaufmännisches Unternehmen ist daher grds. mit seinem vollen Wert einschließlich etwaiger stiller Reserven und des good will zu bewerten.²⁹⁴ Auf Buch- oder Bilanzwerte ist nicht abzustellen. Auch kann der Erblasser nicht eine abweichende Wertbestimmung anordnen, § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB. Wie der volle Wert eines Unternehmens für Zwecke der Pflichtteilsberechnung ermittelt wird, ist im Gesetz – insbesondere im Vergleich zum steuerlichen Bewertungsrecht – kaum geregelt.²⁹⁵ Im Idealfall lässt sich der Wert eines Unternehmens durch einen zeitnahen Verkaufspreis feststellen. Bis zu welchem Zeitpunkt ein zeitnaher Verkauf angenommen werden kann, ist von der Rechtsprechung bislang nicht einheitlich beurteilt worden. Teilweise wurden Betriebsveräußerungen fünf Jahre, in einem Einzelfall sogar sechseinhalb Jahre nach dem relevanten Stichtag, noch als ein Verkauf in zeitlicher Nähe eingestuft.²⁹⁶ Der ein bis zwei Jahre nach dem Erbfall vereinbarte Kaufpreis kann wohl mit Sicherheit als zulässiger Bewertungsmaßstab herangezogen werden.²⁹⁷

246

Lässt sich der Unternehmenswert nicht aus einem zeitnahen Verkaufspreis ableiten, stehen für die Bewertung eines Unternehmens im Wesentlichen folgende Bewertungsmethoden zur Verfügung:

247

Beim **Ertragswertverfahren** werden die künftig zu erwartenden Überschüsse aus den in der Vergangenheit (i.d.R. in den letzten drei bis fünf Jahren²⁹⁸ vor dem Erbfall) liegenden Überschüssen hochgerechnet. Diese Überschüsse werden dabei um Abschrei-

248

292 *LG Hamburg* MDR 1959, 761; vgl. auch *BGH* DNotZ 1964, 171.

293 *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 60.

294 *BGH* NJW 1982, 575; *BGH* NJW 1973, 509.

295 *Hausmann/Hohloch* Kapitel 22 Rn. 70.

296 *BGH* NJW-RR 1993, 131; ein Jahr: *BGH* NJW 1982, 2497, 2498; sechseinhalb Jahre: *OLG Düsseldorf* FamRZ 1989, 1181.

297 Beck'scher OK/J. Mayer § 2311 Rn. 24.

298 *BGH* NJW 1982, 2441.