

JUS PRIVATUM

5

Karlheinz Muscheler

Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 5

Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung

von

Karlheinz Muscheler



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Muscheler, Karlheinz:

Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung / von Karlheinz Muscheler. –

Tübingen: Mohr, 1994

(Jus privatum; Bd. 5)

ISBN 3-16-146152-5

NE: Ius privatum

978-3-16-157883-0 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1994 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Times-Antiqua belichtet, auf säurefreies Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

Für H. R. M.
und G. E.

Vorwort

Diese Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 1991/92 als Habilitationsschrift vor. Sie wurde im August 1991 abgeschlossen. Rechtsprechung ist bis September 1993 nachgewiesen.

Die Themenstellung ergab sich während der Zeit meiner Anwaltstätigkeit. Das Recht der Testamentsvollstreckung ist, so zeigt die Erfahrung, jedenfalls in einzelnen seiner Teile ein klassisches Beispiel dafür, daß in der Praxis nicht unbedingt jene Fragen am häufigsten auftauchen, zu denen Rechtsprechung und Literatur sich ausführlich äußern, und daß umgekehrt spärliches Vorhandensein von Rechtsprechung und Literatur nicht zwingend für die Problematik einer Materie spricht.

Mein herzlicher Dank gilt vor allem meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Detlef Liebs. Seine Art, wissenschaftlich zu arbeiten, ist mir Vorbild. Bei ihm habe ich namentlich das rechtshistorische Handwerk gelernt. In einem gemeinsam mit Herrn Liebs abgehaltenen Seminar über Geschichte und Dogmatik der Testamentsvollstreckung erhielt ich wertvolle Anregungen. Herrn Prof. Dr. Albrecht Dieckmann danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Monika Johlen, Bettina Hecht und meine Frau haben Korrektur gelesen, Heike Hetterich und Ingrid Kellermeier die Reinschrift der Arbeit besorgt. Frau Kellermeier hat mit großer Umsicht und Geduld das Typoskript bis zum Schluß betreut. Ihnen allen danke ich herzlich.

Bochum, im November 1993

Karlheinz Muscheler

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.	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. 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- pflugschaft	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. 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)	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 Erbenselbstverwaltung und Testamentsvollstreckung	434
a) Erbenselbstverwaltung	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

§ 1

Einleitung

I. Das Problem

Obgleich von nicht geringer praktischer Bedeutung¹, zählt die Testamentsvollstreckung keineswegs zu den Brennpunkten der Erbrechtsdogmatik. Zwar widmet ihr das BGB über dreißig Paragraphen², und wir haben es hier mit dem wahrscheinlich einzigen Fall zu tun, in dem unsere bürgerliche Kodifikation zur Regelung eines Instituts mehr als fünf Mal so viele Vorschriften für nötig hielt wie das ansonsten so redselige preußische ALR³. Doch während noch die Doktrin des 19. Jahrhunderts sich mit zahllosen, bis ins Grundsätzliche hineinreichenden Streitfragen herumschlug⁴, breitete sich bald nach Inkrafttreten des BGB eine ebenso selbstzufriedene wie trügerische Ruhe aus. Allenthalben attestierte man dem Gesetzgeber, daß er sein selbstgesetztes Ziel, »Klarheit in ein dunkles Institut zu bringen«⁵, erreicht habe. Es setzte sich die Ansicht Strohals durch, der zu den einschlägigen Normen festgestellt hat: »Sie stehen unvergleichlich höher als die bisherigen gesetzgeberischen Leistungen auf diesem Gebiete und bilden eine wertvolle Errungenschaft des neuen Rechtes.«⁶

Nicht als ob dieses Lob ganz unverdient wäre. Im Gegenteil, verglichen mit seinen Vorgängern aus dem 18. und 19. Jahrhundert⁷, die die Testamentsvollstreckung aus den verschiedensten Gründen eher stiefmütterlich behandelt

¹ Dazu etwa: *OLG Hamburg*, JW 1934, 2247 (für Hamburger Verhältnisse); *Münch-Komm/Brandner*, vor § 2197 Rdnr. 2; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 66 pr.; *Langel/Kuchinke*, Erbrecht, § 29 II 2; *Blechner*, Die Testamentsvollstreckung in der Praxis; vgl. auch *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Erbrecht, 1, S. 446.

² Berücksichtigt man einmal nur die §§ 2197–2228; vgl. ferner §§ 83, 2306, 2338, 2364, 2368, 2376; wichtige gesetzliche Regelungen außerhalb des BGB: §§ 243, 327, 728, 748, 749, 779, 780, 863, 991 ZPO; §§ 217, 224 KO; §§ 35, 40, 52 GBO; §§ 76, 78, 80–82, 84–86 FGG; §§ 6, 109, 112, 113 KostO; § 1 BRAGO. Schon rein äußerlich fällt auf, daß die Testamentsvollstreckung im Recht der Erbenhaftung (§§ 1967 ff., 2058 ff.) an keiner Stelle erwähnt wird.

³ Dieses Verhältnis fiel schon *Eck* auf (Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, III, S. 141). Die einschlägigen Bestimmungen des ALR in I 12 §§ 557–562.

⁴ Vgl. etwa *Glück/Mühlenbruch*, Pandekten, XLIII, S. 390–448; *Dernburg*, Pandekten, III, §§ 124, 125; *Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht, III, § 182; *Windscheid/Kipp*, Pandekten, III, § 567; *Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, V, §§ 308, 309; *Roth*, Bayerisches Civilrecht, III, §§ 389–392.

⁵ *Motive*, V, S. 236.

⁶ Erbrecht, § 39 a. E.

⁷ Neben dem ALR (s. o. Fn. 3) vgl. etwa *ABGB* §§ 816f.; *Sächsisches BGB* §§ 2230–2245; *Codex Maximilianus Bavaricus*, III, 2, §§ 15–20; *Württembergisches Landrecht*, III, 27; *Badisches Landrecht*, Art. 1025–1034; zu den ausländischen Gesetzen jener Zeit: *Schubert*,

hatten, bedeutete das BGB mit seinen in sich klaren und sorgfältigen Regelungen (§§ 2197–2228) einen unverkennbaren Fortschritt. Aber diese Tatsache verstellt nur allzu leicht den Blick darauf, daß die Testamentsvollstreckung in einem romanistisch geprägten Erbrechtssystem, beherrscht von den Prinzipien »Universalsukzession« und »Vonselbsterwerb«, ein struktureller Fremdkörper⁸ ist und sein muß. Nicht umsonst wußte das römische Recht⁹, sieht man von vagen Anklängen ab, bis zuletzt nichts von ihr. Und auch im germanischen Recht¹⁰, aus dem sie stammt, liegen ihre Wurzeln – beliebter Ausweg bei fehlender und erst noch zu erkämpfender Testierfreiheit – eigentlich in einem Geschäft des Sachenrechts: der lebzeitigen Treuhandübertragung auf den »Salmann«, der, selber Eigentümer geworden, nach dem Tode des Verfügenden das Vermögen an die endgültig Bedachten auskehrte. Nachdem sich im mittelalterlichen Recht¹¹, in einem wie zähen und langwierigen Prozeß auch immer, Testament und Testierfreiheit durchgesetzt hatten, streifte das Institut zwar seine sachenrechtliche Einkleidung ab, gewann damit aber noch keineswegs an formaler Klarheit. Es konnte sich fortan in zwei Richtungen entwickeln: Entweder der Vollstrecker setzte sich an die Stelle des Erben und wurde selber, wenn auch nur vorläufig und treuhänderisch, zum »Universalsukzessor«; das hätte in der Logik der historischen Anfänge gelegen, und das angelsächsische Recht¹² ist diesen Weg in der Tat gegangen. Oder aber die materiellen Sukzessoren drängten den Vollstrecker an die Peripherie des Geschehens und beschnitten seine Rolle auf die einer mehr oder weniger einflußreichen Aufsichtsperson; auf diesem Weg, dessen Ziel noch nicht genau abzusehen war, bewegten sich die kontinentaleuropäischen Rechte¹³. Das BGB tat zuletzt einen folgenschweren Schritt, über dessen enorme Tragweite seine Verfasser freilich alles andere als klare Vorstellungen hatten: Es blieb zwar formal auf dem in Kontinentaleuropa fast überall akzeptierten Standpunkt stehen, wonach der Vollstrecker mit dem Erbfall nicht selber Rechtsinhaber, sondern lediglich

Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Erbrecht, I, S. 331; *Coing*, Europäisches Privatrecht, II, § 130 II.

⁸ Ähnlich *Planck/Flad*, vor § 2197 Anm. 1 (»innerer Gegensatz«); *MünchKomm/Brandner*, vor § 2197 Rdnr. 1; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 29 I 3.

⁹ Zur Geschichte der Testamentsvollstreckung im römischen Recht: *Kübler*, in: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, VA, 1010–1012; *Bruck*, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* (Grünhut) 40 (1913), 533–574; *Deutsch*, *Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im Römischen Recht*.

¹⁰ Zur Geschichte der Testamentsvollstreckung im germanischen Recht: *Beseler*, *Zeitschrift für deutsches Recht* 9 (1845), 144–155; *R. Hübner*, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, § 113; *A. Schultze*, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*.

¹¹ Zur Geschichte der Testamentsvollstreckung im mittelalterlichen Recht: *Schönfeld*, *SZGerm* 42 (1921), 240ff.; *Hückstädt*, *Der Testamentsvollstrecker im deutschen Recht des Mittelalters*; *Stobbe*, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, V, § 308 I. Speziell zur Geschichte der Dauertestamentsvollstreckung s. u. § 3.

¹² S. u. § 2 I (S. 17ff.).

¹³ Nachweise bei *Schubert* u. *Coing* (o. Fn. 7).

Verwalter fremden Vermögens wurde. Gleichzeitig dehnte es aber dessen Verwaltungskompetenzen derart aus, daß dem »Universalsukzessor« fast nur noch ein nudum ius verblieb. Dies mußte sich um so gravierender auswirken, als man mit der *Dauertestamentsvollstreckung des § 2209*¹⁴ eine Art von Nachlaßtrust einführte, der die Entrechung des materiellen Sukzessors, wenn nicht perpetuiert, so doch auf Jahrzehnte hinaus verlängert (§ 2210). Durch § 2209 war, pointiert gesprochen, die Testamentsvollstreckung, obgleich eingepreßt in erbrechtliche Formen, wieder zu einem »lebzeitigen« Institut geworden, das seine Wirkungen allerdings nunmehr ausschließlich zu Lebzeiten des Erben entfaltete.

Daß dies alles störungsfrei mit den übrigen Partien des Erbrechts harmonisieren würde, hätte man von vornherein nicht erwarten dürfen. Besonders deutliche Systembrüche zeigen sich, wenn man versucht, die Testamentsvollstreckung in das *System der Erbenhaftung* (§§ 1967–2017, 2058 ff.) einzufügen.

Am Beginn der Auseinandersetzung mit dem Thema dieser Arbeit stand folgende Beobachtung: Bei Einzelkaufmännischen Unternehmen und Anteilen an Personengesellschaften lehnt eine seit langem herrschende Meinung die Testamentsvollstreckung (in der Gestalt des § 2209) ab, und zwar vor allem mit dem Argument, die bei ihr sich ergebende Haftung verstoße gegen handels- und gesellschaftsrechtliche Prinzipien¹⁵. Dabei fiel auf, daß man sich nicht die Mühe macht, die bei – unterstellter – Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung sich ergebende Haftung im einzelnen zu untersuchen. Die entsprechende Arbeit erspart man sich übrigens auch bei den sog. Ersatzlösungen (Vollmacht und Treuhand¹⁶), die eine eifrige Kautelarpraxis, gebilligt, ja angeleitet durch die Rechtsprechung, im Laufe der Zeit entwickelt hat, um den offensichtlich nicht zu unterdrückenden Bedürfnissen der Unternehmens- und Anteilshaber auf halbem Weg entgegenzukommen. Bei näherem Zusehen zeigte sich, daß diese Ausblendung erbrechtlicher »Details« nicht von ungefähr kommt. Es liegt hier ein *Versagen der Erbrechtsdogmatik* vor, die bisher nichts unternommen hat, um die erbrechtliche Haftung bei einer Testamentsvollstreckung zu analysieren. Einen entscheidenden Schritt weiter führte dann die Erkenntnis, daß dieses Versagen tiefer begründet liegt, und zwar darin, daß es dem *Gesetzgeber* selber nicht gelungen war, die Testamentsvollstreckung, namentlich die Dauertestamentsvollstreckung in das System der Erbenhaftung einzufügen. Denn so differenziert, um nicht zu sagen ausgeklügelt die Regelungen in diesem Bereich auch sind (§§ 1967–2017, 2058 ff.), an keiner Stelle rechnen sie mit der Möglichkeit, daß noch *Jahre oder Jahrzehnte nach dem Erbfall Nach-*

¹⁴ Näheres zu deren Entstehung in § 3 (S. 28 ff.).

¹⁵ Vgl. vorläufig (jew. m. w. N.) *MünchKomm/Brandner*, § 2205 Rdnr. 14 ff.; *Soergel/Damrau*, § 2205 Rdnr. 17 ff.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 29 V 7. Näheres im dritten und vierten Kapitel dieser Arbeit.

¹⁶ Dazu vorläufig *Haegeler/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rdnr. 349 ff.; *Palandt/Edenhofer*, § 2205 Rdnr. 8 f.; *Staudinger/Reimann*, vor §§ 2197 ff. Rdnr. 71 ff. Näheres in §§ 13, 14 (S. 295 ff., 342 ff.).

laßverbindlichkeiten entstehen – ein folgenreiches Versäumnis gerade angesichts des § 2209.

Diese Erkenntnis konnte theoretisch zu zwei unterschiedlichen Konsequenzen führen: Entweder man machte sich die im Handels- und Gesellschaftsrecht herrschenden Vorbehalte gegen die Dauertestamentsvollstreckung zu eigen und verallgemeinerte sie auf sämtliche Anwendungsfälle dieses Instituts. Oder aber man versuchte – mit Hilfe teils von Analogien, teils von teleologischen Reduktionen –, es einigermaßen sachgerecht in das System der Erbenhaftung einzupassen. Diese Arbeit geht den zweiten Weg, geleitet von der Überzeugung, daß die bewußte, wenngleich folgenblinde Entscheidung des Gesetzgebers für eine zeitliche und sachliche Ausdehnung der Macht des Vollstreckers und damit mittelbar auch der Testierfreiheit nicht einfach ignoriert werden darf, so sehr man gegen sie vielleicht auch rechtspolitische Bedenken haben mag. Es galt also primär, mit den Mitteln der Dogmatik eine vom Gesetzgeber versäumte Arbeit nachzuholen: die Entwicklung einer einigermaßen *stimmigen erbrechtlichen Haftungsordnung* für die Testamentsvollstreckung, namentlich die Dauertestamentsvollstreckung.

Hat man diese Aufgabe allgemein gelöst, und gelöst werden muß sie, wie gesagt, von Seiten des Erbrechts, dann kann man für das Handels- und Gesellschaftsrecht als konkrete Anwendungsfälle aufzeigen, welche haftungsrechtlichen Folgen die Testamentsvollstreckung hier im einzelnen zeitigt. Dabei soll das Ergebnis stets verglichen werden mit jenem, das bei Selbstverwaltung durch den Erben eintritt. Denn darin liegt ein zweiter Fehler, den man bisher in diesem Gebiet begangen hat, daß man nämlich die Testamentsvollstreckung immer nur mit jener Haftungsfrage verglich, die sich bei einem von Erbrecht nicht tangierten Geschäfts- und Anteilsinhaber ergibt. Wer sich der hier vorgeschlagenen Vergleichsmethode bedient, wird erkennen, daß die Testamentsvollstreckung für die Gläubiger, zu deren Sachwaltern man sich im Handels- und Gesellschaftsrecht gerne macht, durchaus auch Vorteile bringt gegenüber einer Verwaltung von Geschäft und Anteil durch den oder die Erben.

II. Lösungsmethode

Die zentrale Aufgabe der Arbeit lautet also: Entwicklung der allgemeinen Haftungsordnung, die sich bei der Testamentsvollstreckung, insbesondere der Dauertestamentsvollstreckung ergibt. Die Gefahr liegt nahe, daß man es sich bei ihrer Lösung zu einfach macht. Nichts wäre leichter, als sich zu Beginn einer jener allgemeinen Theorien zum Wesen der Testamentsvollstreckung anzuschließen, an denen ja bekanntlich kein Mangel herrscht¹⁷, um aus ihr dann bei der Behandlung von Einzelproblemen *offen zu deduzieren*. Für Haftungsfrage-

¹⁷ Überblick über die verschiedenen Theorien bei *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 29 III; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 66 III; *Schlüter*, Erbrecht, § 42 I 3; v. *Lübnow*, Erbrecht, S. 923 ff.; *Staudinger/Dittmann*, 11. Aufl., vor §§ 2197 ff. Rdnr. 12 ff.

gen würde sich etwa anbieten, den Testamentsvollstrecker, wenigstens bei § 2209, als »Organ« der juristischen Person »Nachlaß« anzusehen oder als »Stellvertreter des Erben« oder als »neutral« Handelnden oder als Verwalter eines »Sondervermögens« (dessen generelle Eigenschaften man zu kennen vorgibt). Wem ein solches Vorgehen nicht mehr ganz zeitgemäß erschiene, der könnte Zuflucht nehmen zur auch heute noch verbreiteten *Methode der simulierten Induktion verbunden mit dissimulierter Deduktion*: Man gibt sich bei Behandlung der Einzelprobleme den Anschein, als ob man unbefangen die vorhandenen Interessen würdigen würde, in Wirklichkeit aber schießt man nach der Vereinbarkeit mit einer abstrakten Theorie, die dann am Ende als schlüssige Zusammenfassung präsentiert wird, als eine das Vorhergehende »zwanglos« zusammenfassende Formel.

Solche Methoden, gerade bei der Testamentsvollstreckung so verführerisch naheliegend, sind abzulehnen. Sie mögen vielleicht gewissen logischen oder darstellungsästhetischen Bedürfnissen Genüge tun und besaßen gewiß in den Jahrhunderten vor dem BGB, als die Gesetzgeber die Dogmatik vollkommen im Stich ließen, ihre nicht zu unterschätzende Bedeutung für die Rechtsfindung. In einer wertend orientierten Dogmatik jedoch haben sie jedenfalls im Rahmen der Rechtsfindung nichts zu suchen.

Diese Arbeit geht anders vor. Sie legt ihr Fundament, indem sie zunächst – rein deskriptiv – die im Umkreis des Themas tangierten *Interessen* zu erfassen versucht (s. sogleich u. III). In einem zweiten Schritt stellt sie einen Kanon *grundlegender Wertungen* vor (IV), die später die Erörterung der Einzelprobleme leiten werden, weil und sofern sie es ermöglichen, die jeweils beteiligten Interessen zu gewichten. Die betreffenden Wertungen sind das Extrakt rechtsvergleichender und rechtsgeschichtlicher Untersuchungen zur besonderen Struktur der deutschen Testamentsvollstreckung, namentlich der Dauertestamentsvollstreckung des § 2209 (wie sie im ersten Kapitel angestellt werden) sowie einiger für unseren Zusammenhang besonders wichtigen gesetzlichen Regelungen.

III. Die Interessen der Beteiligten

Wer bei der Testamentsvollstreckung mit Haftungsproblemen zu tun hat, sieht sich in geradezu exemplarischer Weise mit einem jener Fälle konfrontiert, in denen er die Interessen von mehr als zwei Parteien berücksichtigen muß. Involviert sind einmal Interessen der *Erben*, dann des *Erblassers* und des *Vollstreckers*, schließlich solche der *Gläubiger*. Es kompliziert den zu lösenden Konflikt beträchtlich, daß die Interessen der dritten Gruppe sich als alles andere denn homogen erweisen: Es stehen sich hier die *Eigengläubiger* der Erben, die *Nachlaßaltgläubiger* und die *Nachlaßneugläubiger* gegenüber. Die Angehörigen der ersten Untergruppe haben ihre Forderungen, sei es vor, sei es nach dem Erbfall, gegen den Erben persönlich, d. h. ohne Zusammenhang mit

der Verwaltung des Nachlasses erworben. Die Angehörigen der zweiten Untergruppe waren entweder bereits Gläubiger des Erblassers (sog. Erblasserschulden) oder wurden es mit dem Erbfall (sog. Erbfallschulden). Zur dritten Untergruppe zählen diejenigen, die ihre Forderungen durch Rechtsgeschäft des Testamentsvollstreckers erlangten; ihr Gewicht ist um so größer, je länger die Testamentsvollstreckung dauert, also namentlich groß im Fall des § 2209.

1. Die Interessen der Erben

a) Eigenvermögensinteressen

Das primäre Interesse der Erben geht dahin, daß ihr nicht aus Nachlaßbestandteilen bestehendes Vermögen (Eigenvermögen), das sie bereits vor dem Erbfall besaßen oder nach dem Erbfall hinzuerwarben, auf möglichst leichte und zugleich effektive Weise vor dem Zugriff sowohl der Nachlaßaltgläubiger als auch der Nachlaßneugläubiger geschützt wird (*Haftungsverschonungsinteresse*).

b) Nachlaßbezogene Interessen

Was den Nachlaß betrifft, so zielt das Interesse der Erben einmal dahin, die Fremdverwaltung des Nachlasses durch möglichst ausgedehnte Mitsprache- und Kontrollrechte beeinflussen zu können (*Mitverwaltungsinteresse*), weil sie damit in der Lage wären, auch ihre gleich zu erwähnenden weiteren Interessen zu fördern. Außerdem kommt es ihnen darauf an, daß das ererbte Vermögen nach dem Ende der Testamentsvollstreckung zumindest nicht kleiner, wenn möglich sogar größer ist als beim Erbfall (*Nachlaßerhaltungs- und mehrungsinteresse*). Schließlich wollen sie – möglichst schon während der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker – den Nachlaß, der ihnen ja materiell zusteht, als Kreditgrundlage verwenden können (*Krediterhöhungsinteresse*).

2. Die Interessen des Erblassers und des Testamentsvollstreckers

a) Interessen des Erblassers

Der Erblasser hat ein Interesse daran, daß die Testamentsvollstreckung in möglichst vielen Situationen, für möglichst alle oder jedenfalls die wichtigsten Nachlaßgegenstände und auf möglichst lange Zeit zulässig ist (*Zulässigkeitsinteresse*). Ferner soll die Testamentsvollstreckung möglichst effektiv sein, der Vollstrecker unbeeinflusst durch Eingriffe des Erben und amtlicher Aufsichtsorgane nach seinen, des Erblassers Richtlinien den Nachlaß verwalten können und dazu eine möglichst große, nur durch seine Anweisungen begrenzte Rechtsmacht besitzen (*Effektivitätsinteresse*). In diametralem Gegensatz ste-

hen die Absichten des Erblassers in der Regel zu dem Krediterhöhungsinteresse des Erben (*Nachlaßschutzinteresse*).

b) Interessen des Testamentsvollstreckers

Das Effektivitätsinteresse des Erblassers deckt sich mit den Wünschen des Vollstreckers. Ein genuin eigenes Interesse, das mit Interessen des Erblassers nicht unbedingt parallel läuft, hat der Vollstrecker daran, daß er aus der Verwaltung des Nachlasses nicht persönlich in Anspruch genommen wird (*Haftungsverschonungsinteresse*).

3. Die Interessen der Erbeneigengläubiger

Die Erbeneigengläubiger möchten möglichst bald den Nachlaß – immerhin Vermögen ihres Schuldners – als Vollstreckungsobjekt ansprechen können, zumindest insoweit, als der Nachlaß nicht zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger benötigt wird (*Zugriffsinteresse* bezüglich des Nachlasses). Auf der anderen Seite sähen sie es ungern, wenn sie das Eigenvermögen des Erben mit Nachlaßgläubigern teilen müßten (*Vorranginteresse* bezüglich des Erbeneigenvermögens).

4. Die Interessen der Nachlaßaltgläubiger

Den Nachlaßaltgläubigern kommt es darauf an, daß der Nachlaß primär ihrer Befriedigung dient, Erbeneigengläubiger und Nachlaßneugläubiger also nach ihnen rangieren (*Vorranginteresse*). Den Vorrang vor den Nachlaßneugläubigern werden sie jedenfalls dann beanspruchen, wenn die neuen Schulden zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses nicht erforderlich waren. Ferner ist ihnen daran gelegen, daß der Nachlaß wertmäßig mindestens in dem Umfang erhalten bleibt, den er im Zeitpunkt des Erbfalls hatte, und daß, wenn dies nicht der Fall sein sollte, entweder der Erbe oder der Vollstrecker persönlich für fehlerhafte Verwaltung haftet (*Nachlaßerhaltungsinteresse*). Schließlich haben sie ein Interesse daran, bei einer Testamentsvollstreckung, der sie ja nicht zugestimmt haben, nicht schlechter gestellt zu werden als in dem Fall, in dem der Erbe den Nachlaß selbst verwaltet (*Gleichbehandlungsinteresse*).

5. Die Interessen der Nachlaßneugläubiger

Den Nachlaßneugläubigern wäre es am liebsten, wenn ihnen entweder der Erbe oder der Vollstrecker persönlich hafteten, damit durch Erhöhung des Risikos für die Gegenseite einigermaßen sichergestellt wäre, daß sie nicht zum Opfer unkontrollierter Schuldenexpansion werden (*Risikoerhöhungsinteresse*). Gesteht man ihnen eine solche persönliche Haftung auf der Primärebene

(Erbe oder Vollstrecker als persönliche Schuldner mit gegenständlich unbeschränkbarer Haftung für das primär Geschuldete) nicht zu, so wird ihnen zumindest daran gelegen sein, vor den Erbeneigengläubigern, möglicherweise sogar vor den Nachlaßaltgläubigern zu rangieren (*Vorranginteresse*) oder auf der Sekundärebene gegen den Vollstrecker vorgehen zu können, wenn ihnen ein Schaden entsteht (*Schadensersatzinteresse*).

IV. Grundlegende Wertungen

1. Private Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung

Der liberale Gesetzgeber des BGB hat großen Wert auf die rein private Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung gelegt¹⁸. Das Gesetz kennt keine behördliche oder gerichtliche Dauerkontrolle des Vollstreckers, keine behördliche oder gerichtliche Genehmigung besonders wichtiger Geschäfte, keine Absetzung des Vollstreckers von Amts wegen. Wo dem Nachlaßgericht Aufgaben übertragen wurden, handelt es sich um Tätigkeiten, die vom Antrag eines Beteiligten abhängen und überwiegend von peripherer Bedeutung sind¹⁹. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Schutz von Erben und Nachlaßgläubigern primär durch eine sachgerechte privatrechtliche Haftungsordnung zu bewirken. Aber auch Einzelheiten dieser Haftungsordnung werden durch die geschilderte Entscheidung des Gesetzes beeinflusst: so etwa die Tatsache, daß die Testamentsvollstreckung als solche noch keine Haftungsbeschränkung zugunsten des Erben herbeiführt²⁰, ferner die in dieser Arbeit vorgenommene teleologische Reduktion des § 224 I Nr. 5 KO²¹, einer Vorschrift, die starke Anklänge an die (gerichtlich überwachte) Konkursverwaltung aufweist.

¹⁸ *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Erbrecht, 1, S. 352, 335 ff. (338); *Motive*, V, S. 224f. Auch der Erblasser kann nicht durch besondere Anordnung den Testamentsvollstrecker der Aufsicht des Nachlaßgerichts unterstellen, da es sich beim Wirkungskreis des Nachlaßgerichts um öffentliches Recht handelt (*BayObLGZ* 1953, 357, 361; *BayObLGE* 21, 314; *KG*, *OLGE* 7, 360; *KG*, *OLGE* 14, 302; *KG*, *OLGE* 40, 136 Fn. 1; *KG*, *JR* 1951, 732; *Planck/Flad*, vor § 2197 Anm. 3 c; *Staudinger/Reimann*, vor §§ 2197 ff. Rdnr. 28). Die h. M. hält es auch für unzulässig, durch Anordnung einer Nachlaßpflegschaft nach § 1960 und Ernennung des Testamentsvollstreckers zum Nachlaßpfleger diesen mittelbar der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen (*KG*, *OLGE* 1973, 106; *Staudinger/Reimann*, vor §§ 2197 ff. Rdnr. 32) – zu Recht, da bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers in der Regel kein Bedürfnis für eine Nachlaßpflegschaft besteht. Eine mehr oder weniger ausgedehnte behördliche oder gerichtliche Aufsicht über den Testamentsvollstrecker sehen demgegenüber z. B. vor: das schweizerische ZGB (s. u. § 2 II = S. 20f.), das angelsächsische Recht (s. u. § 2 I = S. 19), das Recht der nordischen Staaten (s. u. § 2 III 2 = S. 22ff.).

¹⁹ §§ 2198 I 2, II; 2199 III; 2200; 2202 II, III; 2216 II; 2224 I 2; 2226 S. 2; 2227 I; 2228; 2368.

²⁰ S. u. § 6 II (S. 103ff.).

²¹ S. u. § 7 III 4c (S. 148ff.).

2. *In dubio pro executione*

Die zweite BGB-Kommission hat, im Gegensatz zur ersten, die Zulässigkeits- und Effektivitätsinteressen des Erblassers sehr stark gewichtet. Beträchtlich über andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen hinausgehend²², strebte sie danach, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers in sachlicher und zeitlicher Hinsicht so weit wie irgend möglich auszudehnen²³, als Ausgleich für eine schwach ausgeprägte staatliche Nachlaßfürsorge, fehlendes Trustrecht und die durch die Gesamthandskonstruktion verursachte Schwerfälligkeit der Erbgemeinschaft. Wer dieser Intention des Gesetzgebers gerecht werden will, muß in Zweifelsfällen der Devise folgen: *in dubio pro executione*. Für Haftungsprobleme ergibt sich daraus: Die Haftung von Erben und Vollstrecker muß so gestaltet sein, daß die Testamentsvollstreckung nicht durch Ineffektivität blockiert oder gar durch Verstoß gegen übergeordnete Rechtsgrundsätze unzulässig wird. Andererseits kann die starke und eigenständige Rolle des Vollstreckers durchaus zu dessen persönlicher Schadensersatzhaftung nach allgemeinen Regeln führen²⁴, zumindest im selben Umfang wie beim Konkursverwalter (zu ihm s. u. 4), der, von Gericht und Gläubigern überwacht, einen weit weniger großen Handlungsspielraum besitzt.

²² Dazu u. §§ 2 u. 4 (S. 17 ff. u. S. 60 ff.).

²³ Vgl. die Bemerkung v. *Schmitts* (Redaktor des Erbrechtsvorentwurfs) in *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, *Erbrecht*, 1, S. 334: Sein Entwurf habe »die amtliche Mitwirkung zur Nachlaßregulierung außerordentlich beschränkt. Eben deshalb erscheint geboten, die eigene Fürsorge des Erblassers in dieser Beziehung nicht zu beengen«. Dann v. a. für die zweite Kommission, die über die (im Ergebnis doch wieder sehr restriktive) Haltung der ersten Kommission entscheidend hinausging, *Protokolle*, V, S. 280f.; hier wird als »allgemeiner Standpunkt« der Kommissionsmehrheit Folgendes wiedergegeben: »Die geschichtliche Entwicklung des Instituts der Testamentsvollstreckung dränge dahin, die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers eher auszudehnen, als einzuschränken. Das Amt des Testamentsvollstreckers habe sich aus dem altdeutschen Institute des Treuhänders und des Salmanns entwickelt. Ursprünglich sei man deswegen davon ausgegangen, daß der Testamentsvollstrecker an den zur Nachlaßmasse gehörenden Gegenständen das Eigenthum erwerbe und erst demnächst sein Eigenthum insoweit aufgabe, als es zur Ausführung des letzten Willens des Erblassers erforderlich erscheine. Im Laufe der Rechtsentwicklung habe sich die Ueberzeugung Bahn gebrochen, daß es der Willensmeinung des Testators widerspreche, dem Vollstrecker die Rechtsstellung des Eigenthümers zu gewähren. Man sei nunmehr in dem Bestreben, den bisherigen Fehler zu vermeiden, in der deutschen Partikulargesetzgebung vielfach in den entgegengesetzten Fehler verfallen und habe die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers zu sehr eingeschränkt. Auch der Entw. habe sich der rückläufigen Bewegung in dieser Beziehung angeschlossen. Bei einer Neuordnung sei indessen an die geschichtliche Entwicklung anzuknüpfen und dem Vollstrecker eine freiere Stellung zu gewähren, welche sowohl den Zwecken seines Amtes als auch dem muthmaßlichen Willen des Erblassers entspreche. Der Erblasser berufe einen Testamentsvollstrecker, damit sein letzter Wille zur Ausführung gelange.«

²⁴ S. u. § 8 (S. 173 ff.).

3. Verwaltung fremden Vermögens

Das Gesetz hat den Vollstrecker, und zwar auch den Dauervollstrecker des § 2209, nicht zum (vorläufigen) materiellen Rechtsinhaber, nicht zum Treuhänderben gemacht, sondern ihn als Verwalter fremden Vermögens ausgebildet. Daraus folgt zum einen, daß der Vollstrecker primärer Schuldner weder der Nachlaßalt- noch der Nachlaßneugläubiger wird, zum anderen, daß die Haftung des Erben als des Vermögensinhabers konstruktiv im Vordergrund steht²⁵.

4. Die Testamentsvollstreckung kein Verfahren im Interesse der Nachlaßgläubiger

Die Testamentsvollstreckung ist, anders als Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung, kein Verfahren im Interesse der Nachlaßgläubiger²⁶. Daher gibt es – anders als in den §§ 82 KO, 1985 II BGB – keine Norm, die eine direkte Außenhaftung des Vollstreckers für fehlerhafte Verwaltung anordnet. Auch damit (s. schon o. 1) hängt es zusammen, daß die Testamentsvollstreckung als solche noch keine Haftungsbeschränkung zugunsten des Erben bewirkt. Was die Nachlaßneugläubiger angeht, so darf freilich eine wichtige Entwicklung bei der Konkursverwaltung nicht übersehen werden: Die Rechtsprechung²⁷ hat bekanntlich die Haftung des Konkursverwalters nach § 82 KO den neuen Gläubigern gegenüber stark eingeschränkt, so daß insoweit bezüglich der Gruppe der Neugläubiger, die gerade im Falle des § 2209 besonders wichtig ist, kein nennenswerter Unterschied mehr zwischen Konkursverwalter und Vollstrecker besteht. Gleichzeitig aber betont die Rechtsprechung, daß der Konkursverwalter unter Umständen nach allgemeinen Vorschriften (z. B. *cic*, *Delikt*) haften kann. Es wird daher auch bei der Testamentsvollstreckung zu untersuchen sein, wie es mit der persönlichen Haftung des Vollstreckers nach allgemeinen Vorschriften steht, weil diese mit der Tatsache nichts zu tun hat, daß die Testamentsvollstreckung nicht im primären Interesse der Nachlaßgläubiger durchgeführt wird²⁸.

5. Haftungsverschonung als Ausgleich für geringen Einfluß des Erben

Das Gesetz hat, bei großzügiger Ausgestaltung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers, die Kontroll- und Mitspracherechte des Erben relativ schwach ausgeprägt, als Ausgleich dafür aber das Haftungsverschonungsinter-

²⁵ S. u. §§ 6, 7 (S. 95 ff., 117 ff.).

²⁶ *Protokolle*, VI, S. 350.

²⁷ *BGHZ* 99, 151; *BGHZ* 100, 346 (351); *BGH*, WM 1987, 1404; *BGH*, WM 1987, 1567; *BGHZ* 103, 310 (314); *BGHZ* 106, 134; *BGH*, WM 1989, 1904; *BGH*, WM 1990, 329 (332); dazu näher u. § 15 II 2 b (S. 399 ff.).

²⁸ S. u. § 8 (S. 173 ff.).

Register

Hauptfundstellen sind *kursiv* gesetzt.

- Abfindungsanspruch 447f.
Abspaltungsverbot 462, 471f., 534
Abwicklungsvollstreckung 45, 96f., 119,
147, 165, 237ff., 243, 275, 476ff.
– Gesellschaftsanteil 476ff.
– Handelsgeschäft 401f.
Akademie für Deutsches Recht 57ff.
Amerikanisches Recht 19ff., 60ff.
– Behördliche Aufsicht 19
Amtstheorie 203 Fn. 101, 204, 213, 225
Fn. 184, 291, 422f., 426
Analogie 140, 167, 242, 244, 258, 266, 268,
278, 314, 324, 338, 351, 418, 495
Anerbenrecht 473
Antizipierte Abtretung 327
Antizipiertes Konstitut 328
Anwartschaftsrecht 234f., 333
Arbeitsvertrag 164f., 304 Fn. 38, 307
Auflage
– Eintritt in Gesellschaft 451
– Ersatzanspruch gegen Testamentsvoll-
strecker 180ff.
– Firmenfortführung 371
– Gesellschaftsanteil 465 Fn. 148
– Treuhandlösung 299f., 304, 306, 321
– Umwandlung in Kommanditanteil 461
Fn. 131
– Verwaltungsaufgabe 33ff., 45ff., 51f.,
54f., 357f.
– Vollmachtlösung 342ff., 346f., 348, 351,
355f., 360ff., 384
– Vollziehungsberechtigter 363f.
Aufopferungsanspruch 245
Aufrechnung 109, 210, 249, 280, 281f., 450
Aufwendungsersatz
– für Erben 110, 128, 144, 204, 233 Fn. 209,
272, 347f., 354, 359, 406, 412 Fn. 104, 414,
511 Fn. 114
– für Testamentsvollstrecker 126, 131, 143,
178, 204 Fn. 103, 233, 245, 299, 301,
315ff., 325, 329, 337
Auseinandersetzungsguthaben 440, 463,
465, 467, 469f., 471, 489, 523
– Singularsukzession 463, 489
Ausschlagung 362, 371, 495, 547, 550 Fn. 72
Außenseite 462f., 467, 478ff., 523 Fn. 158,
533f.
Aussonderung 326, 333ff.
Bedingung 299, 331, 332f., 342, 372, 455
Beirat 342, 464 Fn. 147
Beneficium separationis 105, 107, 134ff.,
153f.
Betreuung 84f.
Bewindvoerder 68ff.
BGB-Gesellschaft
– Altschulden 434f.
– Haftungsbeschränkung 554 Fn. 88
– Testamentsvollstreckung 434, 472, 554
Fn. 88
Cautela Socini 71, 74, 78, 99
Culpa in contrahendo 192, 195ff.
Custodian 170, 234 Fn. 215
Dauerschuldverhältnisse 12, 142, 159ff.,
309, 394, 424, 427f.
– Arbeitsvertrag s. dort
– Erbenseibstverwaltung 159f., 427f.
– Mietvertrag s. dort
– Pachtvertrag s. dort
– Sonderkündigungsrecht des Erben 159
Fn. 148
– Sonderkündigungsrecht der Gläubiger
167ff., 309, 394
– Versicherungsvertrag s. dort
– vom Vollstrecker begründete 427f.
Dauertestamentsvollstreckung 3f., 28ff.,
52f., 57ff., 61ff., 80ff., 96, 118ff., 123ff.,
139, 140f., 147, 150ff., 195, 211, 247, 253,
275, 357
– angelsächsisches Recht 61ff.
– Begriff 28
– französisches Recht 77
– Geschichte 28ff., 100
– Kritik und Reformvorschläge 52f., 57ff.
– niederländisches Recht 68ff.
– praktische Anwendungsfälle 80ff.

- schweizerisches Recht 72 ff.
- Trust s. dort
- Vermächtnis 91 f.
- Deliktshaftung
 - des Erben 142, 163, 174, 237 ff., 406
 - des Testamentsvollstreckers 142, 161, 163, 175, 182, 234 ff., 311, 317, 394
- Diligentia quam in suis 205 f., 436 f., 438, 526
- Dispensatores 28
- Drittschadensliquidation 181, 223 ff., 394
- Dritt widerspruchsklage 314, 326, 333 ff.
- Dürftigkeitseinrede 105, 109, 113, 140, 227, 268, 274

- Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb 323
- Einlage des Erblassers 493 ff.
- Eintrittsklausel 449 ff., 488, 497 f., 502 f.
- Elterliche Sorge
 - Ausschluß 81, 259 f.
 - Elternteil als Vollstreckter 86, 369
 - Gesellschaftsanteil 544
 - Grundgesetz 364 ff., 402, 544
 - Haftung s. dort
 - Offenkundigkeitsprinzip 264
 - Surrogation 267 ff.
- Empfangsbefugnis 170 Fn. 181, 518
- Englisches Recht 17 ff., 60 ff.
 - Erbenhaftung 18, 105 f.
 - Haftung des personal representative 18
 - personal representative s. dort
 - representative's year 18
- Erbeneigengläubiger
 - Antrag auf Nachlaßsonderung 137, 281 Fn. 25
 - Gesellschaftsneugläubiger 485, 511 ff., 536 f., 539, 549, 553
 - Interessen s. dort
 - Zugriffsverbot nach § 2214 BGB 11, 12, 56, 71, 76, 80, 92, 95 ff., 111, 133, 136 f., 138, 146, 215, 244, 247, 267, 280 Fn. 24, 337, 348, 352, 404 f., 512
- Erbengemeinschaft
 - Auseinandersetzung 131, 251
 - Erbenhaftung s. dort
 - fortgesetzte 111
 - GmbH 509 Fn. 106
 - Haftungsbeschränkung 413 ff.
 - Handelsgeschäft 296, 360, 364 f., 402, 408 ff., 457
 - Konfusion 274
 - Mehrheitsbeschluß 412, 414
 - Nachlaßerbenschuld 410 ff.
 - Nachlaßverwaltung 109, 113 ff.
 - Notgeschäftsführung 412, 414
 - Personengesellschaft 457, 463 Fn. 145, 466, 471 ff., 498 Fn. 57
 - Surrogation 258, 260
 - Teilrechtsfähigkeit 413
 - Testamentsvollstreckung nach Auseinandersetzung 111 f.
 - Verfügungsbefugnis 109, 126, 214 Fn. 138, 251
 - Vorkaufsrecht 221 Fn. 170, 251
- Erbenhaftung 3 f., 10, 11, 12, 105 ff., 117 ff., 129, 167, 174, 180 f., 183, 186, 205 ff., 212, 221 f., 231, 244, 250 f.
 - Auflage 361 ff.
 - Beschränkungsvereinbarung 118, 378, 383, 407, 411, 412 Fn. 109, 414, 524
 - culpa in contrahendo 192, 198 f.
 - Erbeneigengläubiger s. dort
 - Erbengemeinschaft 106 f., 108 ff., 152, 157 f., 244, 250 f., 393, 488 ff., 538 f., 549
 - Erbfallschulden s. dort
 - Erblasserschulden s. dort
 - Erblasservollmacht 378 ff.
 - Erbschafts Kauf 221 f.
 - handelsrechtliche (§§ 27, 25 HGB) 287, 291 ff., 305, 309 f., 320 f., 346 ff., 383, 393 ff., 427 f.
 - keine Haft.beschränkung qua Testamentsvollstreckung 10, 11, 13, 103 ff., 147, 242, 245, 267, 279 f.
 - Kommanditanteil 484 ff.
 - Liquidationsgesellschaft 401 f., 434 ff., 448
 - Nachlaßerbenschulden s. dort
 - Offene Handelsgesellschaft 434, 535 ff.
 - Rückgriffsansprüche des Erben 110, 128, 144, 204, 233 Fn. 209, 272
 - Schulden gegenüber Gesellschaft 495, 503, 524 ff., 537 f., 546
 - Testamentsvollstreckterlösung Handelsgeschäft 287, 393 ff., 417, 425, 427 f.
 - unbeschränkte qua Erblasseranordnung 362
 - Verwalterhaftung nach § 1978 BGB 12, 112, 121, 136 f., 146, 152 f., 157, 174, 209 ff., 229 ff., 268, 348, 384, 394, 511 Fn. 114
 - Verzicht auf Haftungsbeschränkung 122, 343, 508, 541 f.
 - vom Vollstreckter begründete Verbindlichkeiten 11, 12, 105, 117 ff., 167, 393, 424 Fn. 159, 543

- vom Vollstrecker begründete Verbindlichkeiten im Nachlaßkonkurs 11, 12, 141 ff., 245
- vorläufiger Erbe 220
- Zurechnung des Vollstreckerverschuldens (§ 278 BGB) 129, 174, 180 f., 183, 186, 205 ff., 212, 222 f., 231, 438, 526
- Erbenvertreter 444 ff., 507
- Erbfallschulden 118 f., 151, 155
- Erblasserschulden 119, 145, 148, 151, 155
- Erblasservollmacht
 - Arten 373 f.
 - Haftung 378 ff.
 - letztwillige Verfügung 373 f., 377
 - Umfang 378
 - unwiderrufliche 385 ff.
 - Vertretener 379 ff.
 - Widerruf 377, 381, 383, 385
 - Zulässigkeit 375 ff.
- Erbschaft 470
- Erbschaftsbesitzer 209, 265
- Erbschafts Kauf 221 f., 274, 337 f.
- Erbschaftsteuer 88, 175 ff.
- Erbteil
 - Pfändung durch Eigengläubiger 95, 110, 112, 413
 - Pfändung durch Nachlaßgläubiger 112, 115
 - Separationsverfahren 113 Fn. 53
 - Testamentsvollstreckung 251 ff.
- Erbteilungsverbot 87 f., 112, 413
- Exhereditatio bona mente 50, 58, 80, 92, 99, 286, 388, 404, 418 Fn. 130

- Fiducia s. Vollrechtstreuhand
- Firma 302 f., 304 f., 329, 417, 421, 435
- Fortsetzungsklausel 447 f.
- Französisches Recht 24 f., 77
- Freigabe 117, 148, 157, 260 f., 289 Fn. 21, 310, 342, 345
- Freigabeanspruch (§ 2217 BGB) 96, 99, 101, 262, 342, 345, 452, 477, 480
- Freistellungsanspruch 315 ff., 329
 - Konkurs 318 f.
- Fünfundzwanzigjahresgrenze 65, 66, 83, 343

- Gefährdungshaftung 163, 169 Fn. 178, 234 f., 394
- Germanisten 37, 46 f., 56 f., 110
- Gesamthand 110, 274, 545
- Gesamtschuldner 178, 245, 456
- Geschäft für den, den es angeht 324, 327 f.
- Geschäftsführung
 - außergewöhnliche 512 ff.
 - laufende 507 f., 514 ff.
 - Geschäftsführung ohne Auftrag 209, 216 f.
- Geschichte der Testamentsvollstreckung 2, 9 Fn. 23, 28 ff., 96 f., 100, 179 f., 247 f., 255, 277, 357 f., 541 f.
 - preußisches ALR 1, 39 ff.
 - römisches Recht 2
 - Salmann s. dort
- Gesellschaftsanteil
 - Einheitlichkeit 465, 467, 480
 - Einzelrechtsnachfolge 487, 500 f., 518
 - Erbeneingläubiger 463, 472, 479, 481
 - Kündigungsrecht 463, 477, 479, 488, 507, 519, 522
 - Pfändung 472, 480, 485, 488 ff., 510, 536, 537
 - Verfügung 463, 477, 479, 507, 522
- Gesellschaftsvertrag
 - Änderung 480, 504 ff.
 - Unentgeltliche Verfügung s. dort
- Gläubigeraufgebot 109, 150, 156, 362
- GmbH 251 Fn. 13, 399, 476, 498, 508 f., 519, 525
- Grundbuch 290 f., 298, 418 ff., 480
- Gütergemeinschaft 87, 550 f.
- Güterstand der Verwaltung und Nutznießung 532 Fn. 192, 552 f.
- Gutgläubiger Erwerb 419 f.

- Haftung
 - Beauftragter 218, 220
 - Eltern 218, 220, 371
 - Erbe s. Erbenhaftung
 - Erbschaftsverkäufer s. Erbenhaftung
 - Geschäftsbesorger 218
 - Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder 218 f., 226, 228, 232, 235 f.
 - Konkursverwalter s. dort
 - Liquidatoren 218, 228
 - Nachlaßverwalter s. Nachlaßverwaltung
 - Pfleger 218
 - Testamentsvollstrecker s. dort
 - Vorerbe s. Vorerbschaft
 - Vormund 218, 220
- Handelsgeschäft
 - Begriff 288, 290
 - Erbengemeinschaft s. dort
 - Nachlaßkonkurs 350 f., 406
 - Nachlaßzugehörigkeit 288, 290
 - Prokura s. dort

- Testamentsvollstreckerlösung 142, 151, 164, 286, 329, 389ff.
- Treuhandlösung s. dort
- Verfügung 292 f., 301, 350, 352 f., 409, 421
- Vollmachtlösung s. dort
- Handelsregister**
 - Anmeldebefugnis bei Handelsgesellschaft 289, 293, 417
 - Anmeldebefugnis bei Kommanditanteil 417 Fn. 128, 465 Fn. 149, 466 Fn. 156, 477 Fn. 35, 521 f.
 - Eintrittsklausel 454 f.
 - fortgesetzte Erbengemeinschaft 408 f.
 - Fortsetzungsklausel 448
 - Kommanditistenhaftung vor Eintragung 467, 487 Fn. 12, 449ff., 522
 - Liquidationsgesellschaft 436, 442, 446
 - Nachfolgevermerk 487 f., 498, 524
 - Publizität 419 f., 448, 454, 484, 492, 502, 537, 539
 - rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel 456
 - Vollstreckervermerk bei Handelsgesellschaft 286 Fn. 2, 289, 290ff., 346, 397, 401, 418ff.
 - Vollstreckervermerk bei Kommanditanteil 465 Fn. 149, 509 f., 514, 518
 - Vollstreckervermerk bei OHG-Anteil 548, 552
 - Zeichnung 289, 417, 419
- Insihgeschäft** 62, 303, 310, 316, 327 f., 331, 333, 426
- Interessen**
 - Effektivitätsinteresse 6, 9
 - der Erben 6
 - der Erbeneingläubiger 7, 12, 136
 - des Erblassers 6 f.
 - Gleichbehandlungsinteresse 7, 12, 270
 - Haftungsverschonungsinteresse 6, 7, 10 f.
 - Krediterhöhungsinteresse 6, 12
 - Mitverwaltungsinteresse 6, 10 f.
 - der Nachlaßaltgläubiger 7, 10, 11, 12
 - Nachlaßerhaltungs- u. mehrungsinteresse 6
 - der Nachlaßgläubiger 10, 133, 202, 225, 270 f.
 - der Nachlaßneugläubiger 7 f., 10, 12
 - Nachlaßschutzinteresse 6 f.
 - Risikoerhöhungsinteresse 7
 - Schadensersatzinteresse 8
 - Vorranginteresse 7, 8
 - Zugriffsinteresse 7
 - Zulässigkeitsinteresse 6, 9
- Inventar**
 - Antragsbefugnis 119, 152, 156, 315
 - Inhalt 119
 - Inventarverfehlung 109, 117ff., 152, 316, 393, 484 Fn. 2, 543
 - Inventarverfehlung und nachträgliche Vollstreckerschulden 117 ff., 543
 - Inventarverfehlung und Vollstreckerauspruch 126, 316
 - Kritik der gesetzlichen Regelung 124
- Inversionsverfahren** 472 Fn. 15
- Jakubezky** 49, 53, 156
- Juristische Person** 5, 54, 239, 241 f.
- Kapitalanlagegesellschaft** 268, 270
- Kaufmann** 295, 296, 304, 390 f., 397, 426
- Kernbereichslehre** 467, 504ff., 520, 554 Fn. 88
- Kommanditanteil**
 - Ausschlußklage gegen Vollstrecker 532
 - Innenverhältnis 475, 485, 524 ff.
 - Rechtsgeschäftlicher Erwerb durch Vollstrecker 509 Fn. 104
 - Testamentsvollstreckung 464 ff., 480, 482ff.
- Kommanditeinlage** 493 ff., 516 ff., 520 ff., 525 f.
 - Erhöhung 520 ff., 525 f.
 - Rückzahlung 516 ff.
- Kommission** 323
- Konfusion** 146, 274ff., 480
 - Rechtsgrund 278 f.
- Konkurs**
 - Erbeneigenkonkurs 141 Fn. 81, 349 f., 406, 493, 498
 - Erbenkonkurs 100ff., 139, 141 Fn. 81, 347
 - Nachlaßkonkurs s. dort
- Konkursverwalter**
 - Begrenzung der Vertretungsmacht 191
 - Firma 421
 - Haftung 9, 10, 197, 201 f., 218, 220, 228, 399ff.
 - Surrogation 266ff.
 - Unternehmensfortführung 288, 399
- Konsolidation** 274 ff.
- Konvaleszenz** 282, 382, 443
- Liquidationsgesellschaft**
 - Erbenhaftung s. dort
 - Fortsetzungsbeschluß 446 f.
 - Pflichten des Erben 436, 442 f.
 - Testamentsvollstreckung 438 ff.
- Liquidator** 188 f., 218, 438 f., 443ff.

- Mandatstheorie 26, 32 f.
Mandatum post mortem 376
Mietvertrag 159 f., 166, 167
Minderkaufmann 397 Fn. 43, 421
Mißbrauch der Vertretungsmacht 62, 173, 322, 517
Mittelbare Stellvertretung 204, 206, 313, 323 ff.
- Nachfolgeklausel
– einfache 456, 474 f., 538 f.
– erbrechtliche 456 ff.
– qualifizierte 453 f., 456 ff., 486, 499, 539
– rechtsgeschäftliche 455 f., 458 f.
- Nachfolgerwahl 89
- Nachlaß
– Begriff 253, 470 f.
– Nachlaßzugehörigkeit s. dort
- Nachlaßerbenschulden 11, 98, 113, 134, 137, 143, 145, 151, 155, 159 f., 204, 317, 345 ff., 353 f., 378 ff., 384 f., 405 f., 410 ff., 425, 437
– Erbeneigen- u. Nachlaßkonkurs 493, 498, 536, 537 Fn. 18, 549 Fn. 67
– Handelsgeschäft 406, 410 ff.
– Kommanditanteil 492 ff., 509 f.
– OHG-Anteil 406 Fn. 75, 535 f., 538
- Nachlaßerträge 98 ff., 261 f.
- Nachlaßgläubiger
– Treuhand 312 ff.
– Vorteile durch Testamentsvollstreckung 11 f., 225
- Nachlaßkonkurs
– Antragsbefugnis 101, 152 Fn. 124, 231, 313, 315
– Beantragungspflicht 113, 141, 174 f., 230 ff., 404
– Eröffnungsgrund 402 f.
– Haftung für Verwalterschulden 118, 401
– Konfusion 274, 276, 279
– Konkursverwalter s. dort
– Kündigung des Gesellschaftsanteils 471 f.
– nach Teilung 473
– vom Vollstrecker begründete Verbindlichkeiten 11, 12, 102, 141 ff., 150, 166 f., 318, 347 Fn. 16, 349, 354, 359, 385, 401, 406
– Zweijahresfrist für Gläubigerantrag 12, 112, 134 ff., 407
- Nachlaßpfleger 8 Fn. 18, 167, 219, 266, 399
– Außenhaftung 144, 219, 233, 399 Fn. 54
– Haftpflichtversicherung 405 Fn. 69
– Haftung für Pflegerschulden 118, 141, 144, 167 Fn. 170, 222 f., 399
– Surrogation 266 ff.
– Unternehmensfortführung 399
- Nachlaßverbindlichkeiten
– vom Erben während Testamentsvollstreckung eingegangene Verbindlichkeiten 98, 352
– Erbfallschulden s. dort
– Erblasserschulden s. dort
– gemeinschaftliche 249 ff., 486, 538 f.
– Kommanditanteil 484 ff., 510 ff., 518 f.
– Nachlaßerbenschulden s. dort
– OHG-Anteil 536 f., 538, 545, 549, 553
- Nachlaßvergleich 12 Fn. 41, 146, 274, 393 Fn. 18
- Nachlaßverwaltung
– Antragsbefugnis 101, 102, 106, 109, 113 f., 115, 116, 129 ff., 133, 250 f., 254, 313, 315, 338, 384 f.
– Außenhaftung des Verwalters 10, 144, 215, 218, 220, 399 ff.
– Dauer der Haftungsbeschränkung 115, 140 f., 393
– Entstehungsgeschichte 104 f.
– Erbengemeinschaft 109, 113 ff., 250 f., 254, 489 f.
– Firma 421 f.
– Haftung für Verwalterschulden 399
– Haftpflichtversicherung für Verwalter 405 Fn. 69
– Innenhaftung des Verwalters 220
– Konfusion 274, 276, 279
– Liquidationsgesellschaft 440 Fn. 39
– Surrogation 266 ff.
– und Testamentsvollstreckung 104 f., 114, 130 f.
– Unternehmensfortführung 288, 392, 399
– Vertretungsmacht des Verwalters 191
– Verwalterschulden im Nachlaßkonkurs 141, 144 f., 401
– Zweijahresfrist für Gläubigerantrag 112, 134 ff., 407
- Nachlaßverwaltungsverpflegschaft 42 ff.
- Nachlaßverzeichnis 147, 270
- Nachlaßzugehörigkeit
– Gesellschaftsanteil qua Eintritt 451 f.
– Gewinne u. Wertsteigerungen eines Gesellschaftsanteils nach Erbfall 440, 463 Fn. 145, 479 Fn. 44, 511 f.
– Handelsgeschäft 288, 290, 350 f., 406, 409
– Liquidationsgesellschaftsanteil 432 f., 435, 440 f.
– Personengesellschaftsanteil 455, 461 ff., 469 ff.

- Wahlrecht aus § 139 HGB 547
- Niederländisches Recht 68 ff.
- Haftung bei bewind 70 f.
- Niederlassung 421
- Nießbrauchsvermächtnis 88 f.
- Nordische Staaten 22 ff.
- Nudum praeceptum 33 ff.

- Österreichisches Recht 21 f.
- Offene Handelsgesellschaft
 - Altschulden 535 f., 542
 - Innenverhältnis 475, 537 f.
 - Interne Schulden 537 f., 546
 - Neuschulden 536 f.
 - Schulden nach Vollstreckungsende 547
 - Testamentsvollstreckung 534 ff., 539 ff.
 - Testamentsvollstreckung bis zur Wahl nach § 139 HGB 549 Fn. 71
 - Wahlrecht (§ 139 HGB) 435, 451, 484, 491, 535, 542 f., 546 ff.
 - Zwischenneuschulden 537, 548, 550 Fn. 71
- Offenkundigkeitsprinzip 203 ff., 264, 272, 312, 322
 - elterliche Sorge s. dort
 - Vormund s. Vormundschaft
- Offerte 382
- Ordnungsgemäße Verwaltung 117, 147, 150, 248, 262, 316 f., 339, 359, 384, 410 ff.

- Pachtvertrag 160 f., 166 f., 168 f.
- Personal representative 17 ff., 60 f.
- Pfleger
 - u. elterliche Sorge 81 ff.
 - Haftpflichtversicherung 405 Fn. 69
 - Haftungs s. dort
 - Surrogation 268 f.
- Pflichtteilsrecht 71, 73 f., 81, 99, 275, 456
- Positive Vertragsverletzung 183, 186, 208, 210
- Präventivklage des Erben 185
- Probate 18 f.
- Procuratores 29
- Prokura
 - mit Gesellschaftsanteil verbundener Anspruch auf Prokura 514 ff.
 - Prokurist als Testamentsvollstrecker 297, 344, 375, 426
 - vom Testamentsvollstrecker erteilte 287 f., 296, 304, 344, 351, 352 f., 422 ff.
 - Treuhandlösung 295 f.
- Provisores 29

- Prozeßrecht
 - Aktivprozesse des Testamentsvollstreckers 104, 142, 353
 - Passivprozesse des Erben 56, 103, 115, 117, 249, 314 f., 353
 - Passivprozesse des Testamentsvollstreckers 56, 103, 105, 142, 314 f., 353, 528 ff.

- Repräsentantenhaftung 238, 242

- Saisine 24 f.
- Salmann 2, 9 Fn. 23, 28
- Schenkung auf den Todesfall 374, 455 f., 459
- Schweizerisches Recht 20, 72 ff.
 - behördliche Aufsicht 20
 - Dauertestamentsvollstreckung 72 ff.
 - Haftung bei Dauervollstreckung 75 f.
- Selbstbestimmungsrecht 365 f., 370 ff.
- Singularsukzession 433, 440 f., 457 f., 463 Fn. 145, 466, 471 ff., 477, 488 f., 506, 509 Fn. 106
- Sittenwidrigkeit 342 f., 370, 386 f., 461 Fn. 131, 550 Fn. 72
- Sondervermögen 5, 257, 266 f., 274, 280
- Steuerschulden 142, 175 ff.
- Stiftung 51, 239, 243
- Stimmrecht 464 Fn. 147, 505, 520
- Surrogation 12, 62, 109, 209 Fn. 120, 256 Fn. 25, 257 ff., 321 ff., 349 ff.
 - Kompetenzsurrogation bei Testamentsvollstreckung 257 ff.
 - materielle Surrogation bei Testamentsvollstreckung 262 ff.
 - Treuhandlösung 321 ff., 334

- Teilung 119, 158, 250 f., 473, 488 ff., 538 f.
- Teilungsanordnung 251, 450, 477 f.
- Teleologische Reduktion 113, 123, 250
- Testamentsvollstrecker
 - Amtsannahme 442 f.
 - Amtsende 207, 242, 419 f., 423 ff., 427, 445, 547
 - Auskunftspflicht 184 f., 320
 - beaufsichtigender 182
 - behördliche (gerichtliche) Aufsicht 8, 19, 20 f., 22 ff., 58, 108, 267
 - culpa in contrahendo 199 ff., 394
 - Drittschadensliquidation 223 ff., 405
 - Einstandspflicht für Hilfspersonal 182 f., 236
 - Empfangsbefugnis s. dort

- Entlassung 116, 133, 145, 182, 183, 203, 343, 344 f., 356, 532
- Entlastung 229
- Erweiterung seiner Rechtsmacht 45 f., 47, 56 Fn. 73, 541
- Erwerbsermächtigung 258, 262, 271, 325, 328, 354, 424
- Haftung bei Auflage 180 ff., 224 Fn. 181
- Haftung gegenüber Erben 119, 157, 173 f., 212 ff., 223 ff., 258, 263, 394, 405, 517
- Haftung gegenüber Mitgesellschaftern 445, 527
- Haftung gegenüber Nachlaßgläubigern 223 ff.
- Haftung gegenüber Vermächtnisnehmer 179 ff., 213, 224 Fn. 181, 227 f.
- Haftpflichtversicherung 203, 225, 229, 405
- mehrere 296, 322, 344, 426, 446
- Person 107, 228, 261, 344, 405 Fn. 69
- Steuerhaftung 175 ff.
- Unwirksamkeit der Ernennung 187 f., 216 f., 420, 424 f.
- Vergütung 203, 217, 229 Fn. 193, 256 Fn. 24, 351, 356
- Verfügungsmacht s. dort
- Verpflichtungsmacht s. dort
- Vertragshaftung 206 ff., 394
- Vertreterhaftung (§ 179 BGB) 187 ff., 192, 383, 424 f.
- Testamentsvollstreckerlösung Handelsgeschäft
 - Erbenhaftung s. dort
 - Handelsregister 417 ff.
 - Kaufmann 426
 - öffentliches Recht 389 ff.
 - Vergleich mit Erbengemeinschaft 408 ff.
 - Vergleich mit Erbenverwaltung 404 ff.
- Testamentsvollstreckerzeugnis 187 f., 303, 344, 417, 419 f., 425 Fn. 165
- Testamentsvollstreckung
 - Anteil an GmbH 251 Fn. 13, 399, 476, 508 f., 525
 - Anteil an Liquidationsgesellschaft 431 ff.
 - Anteil an OHG 460 ff., 534 ff.
 - BGB-Gesellschaft 434, 472, 554 Fn. 88
 - Dauertestamentsvollstreckung s. dort
 - Eintrittsklausel 449 ff.
 - Geschichte s. dort
 - Handelsgeschäft s. dort
 - Interessen s. dort
 - Kommanditanteil 464 ff., 480, 482 ff.
 - praktische Bedeutung 1
 - Teilnachlaß 148, 247 ff., 394 f., 406, 528 ff.
 - Theorien zum Wesen 4 f., 26, 30 f., 32 f., 54
 - über Vorerben 90 f., 263
- Todeserklärung 155 f.
- Treuepflicht 503, 527 ff.
 - Rechtsfolgen der Verletzung 529
- Treuhandlösung 3, 126, 143, 149, 161, 164, 291, 293 f., 295 ff., 343, 467, 527, 534
 - Altschulden 295, 301, 305, 310
 - Arbeitsverträge 164 f., 307
 - Begründung der Treuhand 161, 164, 299, 301 ff., 315 f.
 - Dauerschuldverhältnisse 161, 164, 307 ff.
 - Ende der Treuhand 314, 320 f., 326 Fn. 125
 - Gesellschaftsanteil 300, 461, 463, 467 f., 477 Fn. 23, 506, 534, 550 Fn. 72
 - Handelsgeschäft 301 ff., 306, 310, 320, 329
 - Handelsregister 295, 301, 303
 - Handelsvermögen 296 ff., 301, 312, 322
 - Nachlaßkonkurs 143
 - Neuerwerb 321 ff., 330
 - Neuschulden 143, 295, 311 ff.
 - Rechtsprechung 291, 293 f., 295 ff.
 - Rückgriffsanspruch 126, 143, 299, 301, 315 ff., 325, 329, 337 ff., 344
 - Treuhandvertrag 303, 316, 326
 - Vollrechtstreuhand s. dort
- Trust 9, 60 ff., 78
 - Abgrenzung zur executorship 60 f.
 - Beendigung 65 ff.
 - breach of trust 61 f., 332
 - equitable interest 61 f.
 - Haftung 62 f., 106
 - und Verwaltungsvollstreckung 63 f.
- Unentgeltliche Verfügung
 - Begriff 191
 - aus Gesellschaftsvermögen 546 Fn. 56
 - Gesellschaftsvertragsänderung 504, 554 Fn. 88
 - Gutgläubigkeit des Vertragspartners 190 f.
 - Treuhandlösung 297, 326, 331
 - Trust 62
 - Zustimmung des Erben 214
- Ungerechtfertigte Bereicherung 142, 144 f., 181 f., 455, 483 Fn. 1
- Universalsukzession 2, 57, 162, 376, 382, 386
- Unmittelbarkeitsprinzip 333 ff., 339

- Vererblichkeit 432, 456, 458, 470, 514 f., 540
Fn. 31
- Verfügungen
- Erben unter Testamentsvollstreckung 100, 247, 282, 352, 419 f., 479
 - zugunsten Dritter 455, 459
- Verfügun^gs^macht des Testamentsvollstreckers 56, 62, 173, 214, 247, 264 f., 272, 298, 326
- In^sich^geschäft s. dort
 - Miß^brauch der Vertretungsmacht s. dort
 - Teil^verwaltung 247
 - Unentgeltliche Verfügungen s. dort
 - Verschweigung der Amtseigenschaft 264 f., 272 Fn. 56, 298, 326, 423
Fn. 158
 - Zustimmung des Erben 214
- Verjäh^rung
- ausgeschiedener Gesellschafter 308, 484 ff., 523 Fn. 160
 - Haftung des Konkursverwalters 228
 - Haftung des Testamentsvollstreckers 228 f.
 - Mangelfolgeschäden 156 f.
- Vermächⁿis
- Dauertestamentsvollstreckung 91 f., 254 ff., 453
 - Erbenhaftung 109
 - Ersatzanspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Testamentsvollstrecker 179 ff.
 - Gesellschaftsanteil 477, 497
 - Haftung des Vermächtnisnehmers für Testamentsvollstrecker 252, 254 ff.
 - Quotenvermächtnis 185, 275
 - Vor- u. Nachvermächtnis 91
- Vermögensübernahme 335 ff.
- Verpflichtungsermächtigung 205, 312 f., 354, 424
- Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers
- Beschränkung 297 f., 317
 - Dauervollstrecker 148 f., 173, 188, 248, 316, 325, 340, 353, 405, 546 Fn. 56
 - Gutgläubensschutz 149 f., 173, 188 ff., 194, 316, 439
 - In^sich^geschäft s. dort
 - Miß^brauch der Vertretungsmacht s. dort
 - Nachlaßkonkurs s. dort
 - Normalfall 148 f., 173, 188, 243
 - persönliche Erbenhaftung 224, 461, 510, 513 f., 517 f., 521, 523 Fn. 160, 540 ff., 548
 - Teilnachlaßverwaltung 247 ff., 394 f.
 - Vermächtnisverwaltung 252, 254 ff.
 - Verschweigung der Amtseigenschaft 173 f., 203 ff., 272, 312, 398, 424
 - Zustimmung des Erben 193 f., 214
- Verschweigung 109, 150 ff.
- altgermanisches Recht 154 Fn. 135
 - ratio legis 153 f.
 - Rechtsfolgen 152
- Versicherungsvertrag 161 ff., 169 f., 307
- Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall 449, 455
- Vertrag zu Lasten Dritter 376, 382, 386, 455
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 183
- Verwaltung 170 Fn. 81, 409 f.
- Verwaltungstestamentsvollstreckung s. Dauertestamentsvollstreckung
- Verzug 161, 186
- Vogtei 29 f.
- Vollkaufmann 161, 164, 397 Fn. 43
- Vollmacht 304, 325, 342 ff., 422 ff.
- Anscheinsvollmacht 384, 412, 425
 - Duldungsvollmacht 384, 412, 425
 - Erblasservollmacht s. dort
 - Handlungsvollmacht 347, 422
 - isolierte 355
 - Prokura s. dort
 - vom Testamentsvollstrecker erteilte 287 f., 296, 304, 344, 380, 422 ff.
 - Untervollmacht 423 f.
 - unwiderrufliche 351, 356 f., 370, 385 ff.
 - verdrängende 348
 - Vollmachtlösung s. dort
- Vollmachtlösung 3, 143, 149, 164, 293 f., 299, 316, 342 ff.
- Altschulden 344, 346, 359
 - Arbeitsverträge 164
 - Ende 344 f., 356
 - Erbengemeinschaft 416
 - Erblasservollmacht s. dort
 - Gesellschaftsanteil 342 f., 372 Fn. 85, 461, 463, 467, 468, 534, 550 Fn. 72
 - Handelsregister 344, 346, 351, 355, 358
 - Innenverhältnis 351, 355 f.
 - Minderjährigkeit des Erben 364 ff., 368 f.
 - Nachlaßkonkurs 143
 - Neuerwerb 349 ff., 354 f.
 - Neuschulden 143, 346, 353 f., 359
 - vollstreckungsergänzende Vollmacht 345 ff., 352 ff.
 - vollstreckungsersetzende Vollmacht 345 ff., 348 ff.
 - Zeugnis 344 f., 351
- Vollrechtstreuhand 309 Fn. 58, 311, 327, 330 ff.

- Haftung 333 ff.
- Mißbrauch der Vertretungsmacht 322
- Nachlaßkonkurs 335, 338
- Neugläubiger 337 ff.
- Rückübereignungsanspruch 335, 337 ff.
- Treugutskonkurs 340
- Vorerbschaft 48, 73, 90 f., 95, 105, 110, 125, 220, 267, 271, 275 Fn. 5, 280, 394
- Beschränkungen 48, 73, 504, 544 Fn. 48
- Haftung des Vorerben 125 Fn. 27, 220
- Konfusion 274, 275 Fn. 5, 276 f., 280
- Nachlaßerbenschuld 410 ff.
- Surrogation 267, 271 f.
- Vorebengläubiger 95, 105, 110, 281, 282 Fn. 26
- Wahlrecht nach § 139 HGB 548 Fn. 63
- Zweijahresfrist für Nachlaßsonderung 138
- Vorläufiger Erbe 204, 268, 394
- Vormundschaft 84, 197, 217, 264, 268 f., 544
 - Gesellschaftsanteil 544
 - Haftpflichtversicherung für Vormund 405 Fn. 69
 - Offenkundigkeitsprinzip 264
 - Surrogation 268 ff.
- Vormundschaftstheorie 30 f.
- Willensvollstrecker s. schweizerisches Recht
- Zeitgrenzen 18, 24, 31 f., 45, 47 ff., 51, 72
- Zugewinnngemeinschaft 87
- Zustimmung der Mitgesellschafter 438, 441, 462, 465, 474 ff., 515, 525, 532 f., 534
 - Abwicklungsvollstreckung 478
 - Außenseite 478
 - Widerruf 476, 532 f.
- Zwischenneuschulden 484, 492, 535, 537, 548, 550 Fn. 71

