

**letzte Aktualisierung:** 11.4.2024

OLG Hamburg, Urt. v. 27.7.2023 – 2 U 2/23

**BGB §§ 1923, 2227; GmbHG § 1**

**Einsetzung einer GmbH zum Alleinerben durch den Alleingesellschafter; Kein-Mann-GmbH**

1. Eine dem Erblasser als Alleingesellschafter gehörende GmbH kann als Alleinerbin eingesetzt werden, solange der hierdurch eintretende Zustand einer mitgliederlosen GmbH nicht auf Dauer angelegt ist.
2. Ein vollständiges Tätigkeitsverbot gegenüber dem Testamentsvollstrecker kann vor dem Prozessgericht nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, weil ein solches Tätigkeitsverbot dem dem Nachlassgericht vorbehaltenden Entlassungsverfahren nach § 2227 BGB vorgreifen würde.
3. Dies gilt auch für den Eilrechtsschutz. Ggf. ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach den §§ 49 ff. FamFG beim Nachlassgericht zu erwirken.

## Gründe

### I.

Die Parteien streiten im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens um verschiedene, von der Verfügungsklägerin gegenüber den Verfügungsbeklagten geltend gemachte Unterlassungsansprüche.

Hintergrund der Auseinandersetzung ist die Abwicklung des Nachlasses des am 27.7.2022 verstorbenen H.W.

H.W., im Folgenden der Erblasser, war Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft ... GmbH, die vom Erblasser als sein Lebenswerk betrachtet wurde. Die Gesellschaft hatte unter anderem den Zweck der Kulturförderung und wurde im Jahre 2009 gegründet.

Die Verfügungsklägerin ist die Patentochter des Erblassers, der Verfügungsbeklagte zu 1.), ein Wirtschaftsprüfer und Rechtsbeistand, sein langjähriger Berater.

Am 30.3.2022 errichtete der Erblasser ein handschriftliches Testament, in dem er die Gesellschaft als seine Alleinerbin einsetzte und verschiedene Vermächtnisse ausbrachte. Unter anderem ordnete er an, dass die Verfügungsklägerin im Wege des Vermächtnisses die GmbH-Anteile der ... erhalten sollte. Für den Fall, dass die ... GmbH nicht als gemeinnützig anerkannt werde, setze der Erblasser eine neu zu gründende gemeinnützige Gesellschaft als Alleinerbin ein. Weiter ordnete er Dauertestamentsvollstreckung durch den Verfügungsbeklagten zu 1.) an, die sich sowohl auf den Nachlass aber auch das Vermächtnis zugunsten der Verfügungsklägerin erstrecken sollte.

Das Testament hat folgenden Wortlaut:

„Testament

Ich, H.W., geboren am 1.9.1936 bestimme hiermit unter Aufhebung aller vorangegangener letztwilliger Verfügungen meinen letzten Willen wie folgt:

Ich setze zur alleinigen Erbin die gemeinnützige ... gGmbH, Hamburg ein. Für den Fall, dass diese nicht voll umfänglich als gemeinnützig anerkannt wird, setze ich eine neu zu gründende gemeinnützige GmbH als Alleinerbin ein mit der Maßgabe, dass diese im weitesten möglichen Sinne die gleichen Ziele verfolgt, wie die ... GmbH, welche mein Lebenswerk ist und sich fortsetzen soll.

Ich ordne folgende Vermächtnisse an:

Mein einziger Sohn M.W. erhält eine Leibrente von 6.000 € monatlich. Nach seinem Tode erhält dessen Ehefrau Dr. K. eine Leibrente von monatlich 3000 €.

Die einzige Tochter meiner verstorbenen Ehefrau M.W.-W., Frau N.H. erhält eine Leibrente von 4.000 € monatlich. Nach dem Tode von ihr erhält deren Tochter L.-M.H. eine Leibrente von monatlich 1.500 €.

Meine Schwester Frau P.J. erhält eine monatliche Leibrente von 3.000 €.

Die Renten sollen nach Ermessen des Testamentsvollstreckers ihre Kaufkraft beibehalten.

Die GmbH-Anteile an der ... gGmbH erhält L.-M.M, geboren am ... Kosten für entstandene Aufwendungen werden erstattet. Die Geschäftsanteile an der gGmbH unterliegen der Verwaltungs- und Dauertestamentsvollstreckung, die ich für den gesamten Nachlass gemäß § 2209 BGB anordne. Der Testamentsvollstrecker erhält die erweiterte Verpflichtungsbefugnis gemäß § 2207 BGB und ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich Herrn Wirtschaftsprüfer Dipl.-Kfm. Dr. L., ..., ... Hamburg. Ersatztestamentsvollstrecker soll ein Angehöriger der Bürogemeinschaft ..., der über die Qualifikation eines Wirtschaftsprüfers, Rechtsanwalts oder Steuerberaters verfügt. Die Vollstreckung soll mit dem Tod des Testamentsvollstreckers oder seines Ersatztestamentsvollstreckers enden. Als Konstitutionsgebühr bestimme ich 1,5% des Nachlasswertes, als Verwaltungsgebühr 1,5% der Bruttoerträge bzw. Vermögensgewinne.

Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es, die Vermächtnisse zu erfüllen und den Fortbestand der ... gGmbH unter deren Erfüllung der satzungsmäßigen Zwecke so sicherzustellen, wie es meinem Willen entspricht und wie ich es dem Testamentsvollstrecker in einer weiteren Anweisung aufgebe.

Hamburg, den 30. März 2022

H.W.“

In einem weiteren Testament vom 28.6.2022 (ASt 4) ordnete der Erblasser ergänzende Vermächtnisse an. Frau N.H. sollte eine Wohnung im ... in Hamburg sowie 400.000 €, Frau L.-M.H. eine Wohnung in der ... sowie 100.000 €, Herr K.H. 250.000 €, Herr K.T. 200.000 €, Frau M.H. 250.000 €, Herr M.W., der Sohn des Erblassers, 100.000 €, O.W. 20.000 € und die Verfügungsklägerin 50.000 € erhalten.

Der Erblasser hatte dem Verfügungsbeklagten zu 1.) zudem am 20.12.2021 eine über den Tod hinausreichende notarielle Generalvollmacht erteilt. Es wird insoweit auf die Anlage ASt 9 Bezug genommen.

In einer undatierten handschriftlichen Skizze führt der Erblasser aus (Anlage ASt 10):

„Im Bestand der Gesellschaftsverhältnisse (Vermögen) ...

Grundstücke

K... 10/12

K.... 14 (Vermietung)

S... 43 (Vermietung)

B... Vermietung ? Verkauf

Lagerhalle K... 12 (Vermietung)

## Gesellschaftsverhältnisse FdK

Ist Geschäftsführer: H.W.

Prokuristinnen: N.H.

S.D.

## Testament

Geschäftsführer: N.H.

S.D.

Gesellschafterin: L.U.

Zur Seite stehend: Dr. L. mit Generalvollmacht“

Die in der Skizze angegebenen Grundstücke standen ursprünglich im Eigentum verschiedener GbR, deren Gesellschafter der Erblasser sowie sein Sohn M.W. waren und zwar in Bezug auf die Grundstücke K... 10, 12, 14 und S... 43 zu 265/750 der Erblasser und zu 485/750 Herr M.W. In Bezug auf das Grundstück B... 112 war zusätzlich die ... GmbH Gesellschafter der GbR mit folgender Aufteilung: 106/300 Erblasser, 97/300 M.W., 97/300 ... GmbH. Mit notariellem Vertrag vom 20.12.2021 (Anlage OG 3) übertrug Herr M.W. seine Anteile an den jeweiligen Grundstücksgesellschaften auf die ... GmbH. Das Grundbuch wurde am 14.3.2023 entsprechend berichtet (Anlagenkonvolut OG 20). Den Übertragungsvertrag focht Herr M. W. später mit Erklärung vom 18.8.2022 wegen Irrtums über die Gemeinnützigkeit der ... GmbH nach § 119 Abs. 2 BGB an (Anlage B 6/AST 46).

Am 9.8.2022 lehnte das Finanzamt die (erneute) Anerkennung der Gemeinnützigkeit für die ... GmbH ab (Anlage B 9). Das diesbezügliche Anerkennungsverfahren lief schon seit längerer Zeit. Im Rahmen dieses Verfahrens forderte das Finanzamt bereits am 6.8.2021 die ... GmbH auf, ihre Satzung in bestimmten Punkten zu ändern, damit eine Gemeinnützigkeit satzungsmäßig gegeben sei (Anlage AST 14). Eine entsprechende Änderung der Satzung erfolgte nicht.

Der Verfügungsbeklagte zu 1.) nahm durch Erklärung vom 18.8.2022 gegenüber dem Nachlassgericht das Amt als Testamentsvollstrecker an. Das Schreiben ging spätestens am 10.9.2023 beim Nachlassgericht ein.

Nach dem Tode des Erblassers kam es zu Unstimmigkeiten über die Zukunft der ... GmbH. Der Verfügungsbeklagte zu 1.) war der Meinung, dass die Gesellschaft wegen der aus seiner Sicht unüberwindbaren Schwierigkeiten im Rahmen der Gemeinnützigkeitsanerkennung abgewickelt werden müsse und ihr Vermögen auf eine neu zu gründende gemeinnützige Gesellschaft zu übertragen sei. Die beiden Prokuristinnen der Gesellschaft, Frau S.D. und Frau N.H. ebenso wie die Verfügungsklägerin waren demgegenüber der Meinung, dass die ... GmbH weitergeführt werden solle und auch die Gemeinnützigkeit noch erreicht werden könne.

Die Prokuristinnen Frau S.D. und Frau ... beantragten am 16.8.2022 beim Registergericht ihre Bestellung als Notgeschäftsführerinnen für die ... GmbH (Anlage BK 3). Das Registergericht bestellte daraufhin mit Beschluss vom 10.11.2022 beide zu Notgeschäftsführerinnen der

Gesellschaft. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Verfügungsbeklagten zu 1.) verwarf das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 20.4.2023 als unzulässig (Anlage BB 8).

Am 18.8.2022 gründete der Verfügungsbeklagte zu 1.) eine neue Gesellschaft mit dem Namen „H.W. Gedächtnis gemeinnützige GmbH“, deren Alleingesellschafter der Verfügungsbeklagte zu 1.) ist. Alleingeschäftsführerin der Gesellschaft ist die Verfügungsbeklagte zu 2.). Der Verfügungsbeklagte übertrug ebenfalls am 18.8.2022 im Namen der ... GmbH dieser neuen Gesellschaft die Immobilien K... 10, 12, 14, S... 43 sowie B... 112 (Anlage BB 5). Dabei ging der Verfügungsbeklagte zu 1. ausweislich der Vorbemerkungen zu dem Vertrag davon aus, dass die ... GmbH nach dem Tode des Erblassers Alleineigentümerin der Grundstücke geworden sei, die Anfechtung des Übertragungsvertrages M.W. W. in dem Übertragungsvertrag dahingehend, dass der Herrn M.W. zustehende anfechtungsbedingte Rückübertragungsanspruch dadurch erfüllt werde, dass die Gesellschaft die Immobilien insgesamt auf die neue Gesellschaft überträgt. Bezüglich dieses Übertragungsvorganges ist eine Eintragung im Grundbuch noch nicht erfolgt.

Ebenfalls am 18.8.2022 bestellte der Verfügungsbeklagte zu 1.) die Verfügungsbeklagte zu 2.) zur Geschäftsführerin der ... GmbH. Die Verfügungsbeklagte zu 2.) wiederum erteilte dem Verfügungsbeklagten zu 1.) noch am selben Tag eine Generalvollmacht zugunsten der Gesellschaft (B 13/ASt 29). Am 18.8./19.8.2022 widerrief der Verfügungsbeklagte zu 1.) die Prokura für Frau N.H. und Frau S.D.

Eine Eintragung der Verfügungsbeklagten zu 2.) als Geschäftsführerin der ... GmbH lehnte das Registergericht mit Beschluss vom 7.9.2022 (ASt 12) ab, die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Oberlandesgericht Hamburg mit Beschluss vom 11.1.2023 zurück (11 W 47/22).

Die beiden Prokurstinnen widerriefen ihrerseits am 25.8.2022 im Namen der Gesellschaft in ihrer Funktion als Alleinerbin die dem Verfügungsbeklagten am 20.12.2021 vom Erblasser erteilte Generalvollmacht (Anlage ASt 21).

Der Verfügungsbeklagte zu 1.) sprach am 26.8.2022 gegenüber den Prokurstinnen ein Hausverbot aus (ASt 22), die wiederum ihrerseits dem Verfügungsbeklagten zu 1.) ein Hausverbot erteilen (Ast 25).

Daraufhin beauftragte der Verfügungsbeklagte ein Sicherheitsunternehmen, welches den Zugang zum Gebäude kontrolliert. Nach einem polizeilichen Einsatz wurde der Einsatz des Sicherheitsdienstes am 18.10.2022 beendet.

Am 29./30.8.2022 kündigte der Verfügungsbeklagte zu 1.) allen Mitarbeitern der ... GmbH mit Ausnahme von Frau S.D. (Anlagenkonvolut ASt. 23). Die Mitarbeiter wehrten sich vor dem Arbeitsgericht gegen die Kündigungen. Nach Bestellung der beiden Notgeschäftsführerinnen für die ... GmbH einigte sich die ... GmbH mit den Mitarbeitern auf eine Weiterbeschäftigung.

Am 20.1.2023 erteilte das Nachlassgericht einen Erbschein, der die Gesellschaft als Alleinerbin ausweist (Anlage BB 1).

Mit Beschluss vom 20.1.2023 entließ das Nachlassgericht den Verfügungsbeklagten zu 1.) gem. § 2227 BGB als Testamentsvollstrecker (Anlage BB 2). Hiergegen wendet sich der Verfügungsbeklagte mit der Beschwerde und einem Befangenheitsantrag gegen die zuständige Nachlassrichterin. Die Beschwerde liegt dem Senat bislang noch nicht zur Entscheidung vor.

Herr Dr. L. erklärte am 28.4.2023 die Annahme des Amtes als Ersatztestamentsvollstrecker. Einen Ernennungsbeschluss gem. § 2200 BGB hat das Nachlassgericht noch nicht erlassen.

Am 5.5.2023 beantragte Herr Dr. L. beim Registergericht die Auswechselung der Notgeschäftsführerinnen.

**Die Verfügungsklägerin behauptet**, der Verfügungsbeklagte zu 1.) würde mit der Abwicklung der ... GmbH das Lebenswerk des Erblassers zerstören und gegen die Anordnungen im Testament verstößen. Das Immobilienvermögen der Gesellschaft betrage 10-15 Millionen Euro. Mit der Übertragung dieser Immobilien auf die vom Verfügungsbeklagten zu 1.) neu gegründete Gesellschaft überführe er rechtswidrig das Nachlassvermögen in sein eigenes Vermögen und schädige damit nicht zuletzt die Verfügungsklägerin als (designierte) Gesellschafterin der ... GmbH. Die vom Verfügungsbeklagten zu 1.) initiierte Abwicklung der ... GmbH sei nicht erforderlich. Die Schwierigkeiten im Rahmen der Gemeinnützigenanerkennung seien allein vom Verfügungsbeklagten zu 1.) verursacht worden. Er hätte als langjähriger Berater des Erblassers dafür Sorge tragen müssen, dass die Satzung, wie von der Finanzverwaltung gefordert, zeitnah geändert wird. Es dränge sich der Verdacht auf, dass der Verfügungsbeklagte zu 1.) bewusst die Anerkennung der Gemeinnützigkeit verhindere, um das Vermögen der Gesellschaft unter seine alleinige Kontrolle zu bringen. Auch die sonstigen wirtschaftlichen Umstände würden eine Abwicklung der Gesellschaft nicht gebieten. Die Gesellschaft sei allein durch die Mieteinnahmen aus den Immobilien in der Lage, monatliche Einnahmen in Höhe von 60.000 € zu erwirtschaften. Damit könnten die laufenden Kosten ohne weiteres gedeckt werden.

Der Verfügungsbeklagte zu 1.) habe die Abwicklung der ... GmbH von Anfang an geplant. Dies würden die zeitlichen Abläufe belegen. Bereits einen Tag nach dem Tode des Erblassers, dem 28.7.2022, habe ein Gespräch zwischen dem Verfügungsbeklagten zu 1.) und Frau N.H. stattgefunden, in dem der Verfügungsbeklagte zu 1.) eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft aus wirtschaftlichen Gründen ankündigte. Am 5.8. habe er im Rahmen einer Betriebsversammlung die Kündigung der Mitarbeiter und Einstellung des Geschäftsbetriebs bis Ende Oktober 2022 angekündigt. Neben der unstreitigen Übertragung der Immobilien der Gesellschaft am 18.8.2022 auf die neue Gesellschaft habe der Verfügungsbeklagte zu 1.) auch versucht, die Übertragung von Anteilen an Windenergiegesellschaften, die der ... GmbH gehörten, auf sich zu veranlassen. Auch habe der Verfügungsbeklagte zu 1.) Betriebsmittel beiseite geschafft und zwar u.a. einen 3D-Drucker im Wert von 5.000 € und mehrere Kassen mit Bargeld mit einem insgesamt mindestens vierstelligen Geldbetrag. Zudem habe der Verfügungsbeklagte zu 1.) bereits am 28.9.2022 unberechtigt Hinweisschilder auf die Gesellschaft entfernt. Auch habe er bereits gebuchte Ausstellungen und Veranstaltungen blockiert. Die Verfügungsbeklagte zu 2.) wirke hierbei mit dem Verfügungsbeklagten zu 1.) zusammen und lasse sich von diesem instrumentalisieren.

Der Verfügungsbeklagte zu 1.) würde mit seinem Handeln die Erfüllung des Vermächtnisanspruchs der Verfügungsklägerin auf Einräumung der Gesellschafterstellung an der ... GmbH vereiteln. Ihr bleibe letztlich nicht mehr als eine leere GmbH-Hülle.

In rechtlicher Hinsicht stehe der Verfügungsklägerin ein Anspruch auf Unterlassung gem. §§ 823, 826, 830 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffes in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Verbindung mit ihrem Vermächtnisanspruch gegenüber beiden Verfügungsbeklagten zu. Ihr stünde aus ihrem Vermächtnisanspruch ein Recht auf Überlassung einer unbeschadeten Gesellschaft und nicht einer letztlich leeren rechtlichen Hülle zu. Die §§ 823 ff. BGB würden auch designierte Gesellschafter schützen.

Zudem würden sich die Verfügungsbeklagten Rechte anmaßen, die ihnen nicht zustehen. Die Bestellung der Verfügungsbeklagten zu 2.) als Geschäftsführerin am 18.8.2022 sei unwirksam, weil der Verfügungsbeklagte zu 1.) sein Amt als Testamentsvollstrecker zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht wirksam angenommen hatte und eine Stimmrechtsausübung aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretung nach der Satzung der Gesellschaft ausgeschlossen sei. § 6 Abs. 6 S. 1 der Satzung der Gesellschaft regelt - insoweit unstrittig -, dass eine rechtsgeschäftliche Vertretung im Stimmrecht nicht zulässig ist. Dementsprechend sei auch die von der Verfügungsbeklagten zu 2.) erteilte Vollmacht vom 18.8.2022 an den Verfügungskläger zu 1.) unwirksam, Der Verfügungsbeklagte zu 1.) habe die beiden Prokurstinnen am 18.8.2022 daher auch nicht wirksam abberufen können. Als Testamentsvollstrecker habe der Verfügungsbeklagte zu 1.) zudem die Interessen des Erblassers wahrzunehmen und nicht den Erblasserwillen zu vereiteln.

**Die Verfügungsklägerin hat erstinstanzlich beantragt:**

1. Den Antragsgegnern wird jeweils einstweilen untersagt,
  - a. als rechtsgeschäftlicher und/oder organschaftlicher Vertreter der ... gGmbH aufzutreten, insbesondere wird dem Antragsgegner zu 1) hierbei untersagt, von der Generalvollmacht gemäß UR-Nr. 3411/2021 des H. Notars Dr. G. und/oder der Generalhandlungsvollmacht gemäß UR-Nr. 271/2022 der S. Notarin H. Gebrauch zu machen;
  - b. Rechtsgeschäfte im Namen der ... gGmbH zu tätigen;
  - c. Zugriff auf die IT-Systeme der ... gGmbH zu nehmen;
  - d. Weisungen an Mitarbeitende der ... gGmbH zu erteilen;
  - e. an Sitzungen der Geschäftsführung der ... gGmbH teilzunehmen
  - f. über finanzielle Mittel der ... gGmbH zu verfügen;
  - g. den Prokurstinnen (S.D., N.H) und den Mitarbeitenden der ... gGmbH, insbesondere auch Herrn M.H., den Zutritt zu den Geschäfts- und/oder Ausstellungsräumen der ... gGmbH zu verwehren und/oder Dienstleister zu beauftragen und/oder zu instruieren, den Zutritt zu erschweren und/oder zu verwehren;
  - h. Besuchern, Gästen und Ausstellern der ... gGmbH den Zutritt zu den Geschäfts- und/oder Ausstellungsräumen der ... gGmbH zu erschweren und/oder zu verwehren und/oder Dienstleister zu beauftragen und/oder zu instruieren, den Zutritt zu erschweren und/oder zu verwehren;
  - i. sich sonst das Hausrecht über die Geschäfts- und/oder Ausstellungsräume der ... gGmbH anzumaßen;
  - j. Mitarbeiter der ... gGmbH zu entlassen;
  - k. Schlösser der Eingangstüren der ... gGmbH auszuwechseln oder auswechseln zu lassen;

1. Veranstaltungen für die ... gGmbH abzusagen und/oder von dieser abgehaltene Veranstaltungen und/oder Ausstellungen zu stören;
  - m. Untervollmachten mit Wirkung für die ... gGmbH zu erteilen;
  - n. die Geschäftsräume der ... gGmbH zu betreten;
  - o. im eigenen oder fremden Namen Geschäftsräume und/oder Immobilien der ... gGmbH zur Vermietung zu inserieren;
  - p. zu behaupten, zu verbreiten oder zu praktizieren, dass der Geschäfts- und/oder Verwaltungssitz der ... gGmbH an einen anderen Ort als L... 1, ... Hamburg bzw. K... 10-12, ... Hamburg liege und/oder zur G... 178 in Hamburg verlegt sei;
  - q. zu behaupten, zu verbreiten oder zu praktizieren, dass Frau S.D. und Frau N.H. keine Prokurstinnen der ... gGmbH seien.
2. Dem Antragsgegner zu 1) wird einstweilen, solange er seine Amtsannahme als Testamentsvollstrecker des am 27. Juli 2022 verstorbenen H.W. noch nicht gegenüber dem Nachlassgericht des Amtsgerichts Hamburg unter Vorlage des Originals des Testaments des H.W. erklärt hat, untersagt, als Testamentsvollstrecker H.W. aufzutreten und/oder als (vermeintlicher) Testamentsvollstrecker Rechtsgeschäfte zu tätigen und/oder Erklärungen abzugeben.
  3. Dem Antragsgegner zu 1) wird vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Nachlassgerichts über den Entlassungsantrag der Antragstellerin vom 15. September

- a. die Anmaßung von Gesellschafterrechten der ... gGmbH untersagt, insbesondere
  - als Gesellschafter der ... gGmbH oder Vertreter der Gesellschafter der ... gGmbH aufzutreten;
  - vermeintliche Gesellschafterbeschlüsse der ... gGmbH zu fassen;
  - untersagt, sich eine rechtsgeschäftliche Vollmacht (insbesondere eine General- und/oder Generalhandlungsvollmacht) und/oder Untervollmacht von der ... gGmbH oder der ... gGmbH einer der Fabrik von bevollmächtigten natürlichen und/oder juristischen Person und/oder Gesellschaft erteilen zu lassen,
- b. untersagt, sich eine rechtsgeschäftliche Vollmacht (insbesondere eine General- und/oder Generalhandlungsvollmacht) und/oder Untervollmacht von der ... gGmbH oder von der ... gGmbH bevollmächtigten natürlichen und/oder juristischen Personen und/oder Gesellschaft erteilen zu lassen.

Das Landgericht Hamburg hat ohne Anhörung der Verfügungsbeklagten mit Beschluss vom 27.9.2022 die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Hiergegen haben die **Verfügungsbeklagten** mit Schriftsatz vom 29.9.2022 Widerspruch erhoben und beantragen,

die einstweilige Verfügung aufzuheben und die Anträge zurückzuweisen.

**Die Verfügungsbeklagten behaupten**, ihr Handeln verletzte weder die testamentarischen Anordnungen noch werde hierdurch der Vermächtnisanspruch der Verfügungsklägerin gefährdet. Es habe den testamentarischen Anordnungen entsprochen, dass im Falle der Nichtanerkennung der Gemeinnützigkeit der GmbH das Vermögen auf eine neue gemeinnützige Gesellschaft zu übertragen sei. Insofern sei schon zweifelhaft, ob die ... GmbH überhaupt Erbin geworden sei. Nicht der Verfügungsbeklagte zu 1.), sondern die Prokuristinnen hätten zudem die endgültig gescheiterte Anerkennung der Gesellschaft als gemeinnützig verhindert. Das Problem liege nicht ausschließlich in der bislang nicht geänderten Satzung, sondern darin, dass die Gesellschaft rein tatsächlich nicht ausschließlich gemeinnützige Zwecke verfolge. Es werde schwarz ein gewerblicher Kunsthandel betrieben und auch die Gehälter der Angestellten der GmbH seien unangemessen hoch. Um den Willen des Erblassers zu verwirklichen, sei daher die Gründung einer neuen gemeinnützigen Gesellschaft erforderlich gewesen. Auf diese sei zwingend das Vermögen der ... GmbH zu übertragen, damit diese den vom Erblasser intendierten Zweck seines Nachlasses, nämlich unter anderem die Kulturförderung, weiterverfolgen könne. Der Verfügungsbeklagte zu 1.) verwirkliche insofern treuhänderisch und auch nur vorübergehend als Alleingesellschafter dieser Gesellschaft den Erblasserwillen. Alle vorgenommenen Maßnahmen seien daher erforderlich und würden einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung bzw. Testamentsvollstreckung entsprechen. Keinesfalls hätten sich die Verfügungsbeklagten mit ihren Maßnahmen persönlich bereichern wollen. Da die beiden Prokuristinnen sich in der Vergangenheit persönlich bereichert hätten, sei der Widerruf der Prokura notwendig gewesen. Auch die Kündigung der Mitarbeiter der Gesellschaft sei erforderlich gewesen, weil sich diese an dem schwunghaften schwarzen Kunsthandel beteiligt hätten. Überdies habe es „Kumpanei“ der Mitarbeiter der Gesellschaft in Millionenhöhe mit Auftragnehmern über offensichtlich nutzlose Investitionen zu Lasten der Gesellschaft gegeben. Nicht er, sondern die Prokuristinnen und offenbar auch die Verfügungsklägerin hätten von Anfang an versucht, die ... GmbH und damit den Nachlass unter ihre Kontrolle zu bringen. Dies belege der bereits am 16.8.2022 beim Registergericht durch die beiden Prokuristinnen gestellte Antrag auf ihre Bestellung als Notgeschäftsführerinnen. Dass es ihm, dem Verfügungsbeklagten zu 1.), weder um eine persönliche Bereicherung noch um die Umgehung des Erblasserwillens gehe, zeige sich auch daran, dass er im Einvernehmen mit dem einzigen Sohn des Erblassers handele, wie sich insbesondere aus dem Übertragungsvertrag vom 18.8.2022 ergebe.

Es fehle der Verfügungsklägerin zudem an der Aktivlegitimation. Auf ihre Vermächtnisnehmerstellung könne sie sich nicht berufen, weil ihr noch kein Erbschein erteilt worden sei. Eigene Gesellschafterrechte könne sie nicht ausüben, weil ihre Anteile der Verwaltungsbefugnis des Verfügungsbeklagten zu 1.) im Rahmen der Testamentsvollstreckung unterliegen würden. Auch sei das Vermächtnis der Verfügungsklägerin nicht gefährdet, weil ihr das Vermögen der Gesellschaft mit Ausnahme des Stammkapitals in Höhe von 25.000 € wirtschaftlich gar nicht zustehe. Es sei an die Verwendung für gemeinnützige Zwecken gebunden. Das Stammkapital sei von den Vermögensübertragungen nicht betroffen.

**Das Landgericht Hamburg** hat mit Urteil vom 28.11.2022 die einstweilige Verfügung aufrechterhalten. Das Urteil ist den Verfügungsbeklagten am 6.12.2022 zugestellt worden. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Verfügungsklägerin als alleinige Gesellschafterin berechtigt sei, Ansprüche gegen die Verfügungsbeklagten aus §§ 823, 1004 BGB geltend zu machen, da in die Rechte der ... GmbH eingegriffen worden sei.

Der Verfügungsbeklagte zu 1.) sei als Testamentsvollstrecker verpflichtet, den Fortbestand der ... GmbH zu sichern. Die Verfügungsklägerin habe glaubhaft gemacht, dass der Fortbestand

durch die Arbeit der bisherigen Mitarbeiter gewährleistet werden solle. Der Verfügungsbeklagten zu 1.) habe durch seine Handlungen, insbesondere durch die Kündigungen, das Erteilen von Hausverboten und den Wechsel der Schlosser gegen die Interessen der ... GmbH gehandelt. Zudem habe der Verfügungsbeklagte zu 1.) gegen den Willen des Erblassers gehandelt, indem er die Verfügungsbeklagte zu 2.) als Geschäftsführerin eingesetzt habe. Indem die Verfügungsbeklagte zu 2.) dem Verfügungsbeklagten zu 1.) wiederum durch die Erteilung einer Generalvollmacht die wesentlichen Teile der Geschäftsführung übertrug, habe sie ebenfalls gegen den Willen des Erblassers gehandelt. Der Verfügungsbeklagte zu 1.) gefährde mit seinem Verhalten daher das Vermächtnis der Verfügungsklägerin.

Mit ihrer am 8.12.2022 beim Oberlandesgericht eingegangenen und am 30.1.2023 begründeten Berufung wenden sich die Verfügungsbeklagten gegen diese Entscheidung des Landgerichts.

**Die Verfügungsbeklagten** wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Verfügungsbeklagte zu 1.) habe nicht gegen den Willen des Erblassers gehandelt. Aus dem Testament ergebe sich, dass eine neue Gesellschaft zu gründen sei, wenn die ... GmbH nicht mehr als gemeinnützig anerkannt sei. Rechtswidrige Vermögensübertragungen seien daher nicht erfolgt, schon gar nicht zum Zwecke der persönlichen Bereicherung. Das Vermögen der neuen gemeinnützigen Gesellschaft sei an den gemeinnützigen Gesellschaftszweck gebunden und stehe daher nicht ihm, dem Verfügungsbeklagten zu 1.), zu. Gleiches gelte für das Vermächtnis der Verfügungsklägerin. Wegen des an die Gemeinnützigkeit gebundenen Gesellschaftsvermögens sei der Wert des Vermächtnisses mit Null anzusetzen, allenfalls mit dem Stammkapital von 25.000 €. Die Entlassungen der Mitarbeiter seien aufgrund ihrer Verfehlungen und ihrem überhöhten Gehalt erforderlich gewesen.

**Die Verfügungsbeklagten beantragen,**

das am 28.11.2022 verkündete und am 6.12.2022 zugestellte Urteil des Landgerichts Hamburg, Az.: 331 O 285/22 aufzuheben und den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

**Die Verfügungsklägerin beantragt,**

die Berufung zurückzuweisen.

**Die Verfügungsklägerin** meint, dass die einstweilige Verfügung zu Recht erlassen worden sei. Sie beruft sich auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und vertieft dieses. Selbst wenn die beantragten Unterlassungen einem Tätigkeitsverbot des Testamentsvollstreckers gleichkämen, könnten sie vom Prozess- nicht vom Nachlassgericht angeordnet werden. Dies folge schon daraus, dass der Verfügungsbeklagte zu 1.) als Testamentsvollstrecker vorläufig wirksam entlassen worden sei. § 513 Abs. 2 ZPO verwehre es dem Berufungsgericht überdies, seine Zuständigkeit im Verhältnis zum Nachlassgericht im Rahmen des Berufungsverfahrens zu prüfen. Zudem würde die Verfügungsklägerin nicht nur eigene, sondern konkludent im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft auch die Rechte der ... GmbH und damit der Alleinerbin geltend machen. Die ... GmbH sei mit der Antragseinreichung durch die Verfügungsklägerin jedenfalls einverstanden gewesen, weil die beiden Prokurstinnen von vornherein mit eingebunden gewesen seien und die Gesellschaft auch die Finanzierung des Verfahrens übernommen habe.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien das Verfahren im Hinblick auf den Antrag zu 2.) übereinstimmend für erledigt erklärt.

## II.

Die zulässige Berufung ist begründet und führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils und Abweisung des Antrages.

Zwar stehen der Verfügungsklägerin aus Deliktsrecht Unterlassungsansprüche gegenüber dem Verfügungsbeklagten zu 1.) zu (1.). Diese umfassen aber nicht die mit dem Antrag geltend gemachten Unterlassungsansprüche (2.). Gleiches gilt für auf § 2216 BGB gestützte Unterlassungsansprüche (3.). Ein auf § 2227 BGB gestütztes umfassendes Tätigkeitsverbot ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens (4.) und Ansprüche im Wege der Prozessstandschaft kann die Verfügungsklägerin aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht geltend machen (5.).

1. Der Verfügungsklägerin stehen keine Ansprüche auf Unterlassung gem. §§ 823, 830 BGB unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu (a.). Auch aus dem Vermächtnisanspruch als solchem ergeben sich zugunsten der Verfügungsklägerin keine deliktsrechtlichen Unterlassungsansprüche gegen die Verfügungsbeklagten (b.). Der Verfügungsklägerin stehen aber Unterlassungsansprüche gegen den Verfügungsbeklagten zu 1.) aus § 826 BGB i.V.m. § 1004 BGB zu (c.).

a) Der Verfügungsklägerin stehen keine Ansprüche auf Unterlassung aus §§ 823, 830 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegen die Verfügungsbeklagten zu. Ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb käme allenfalls dann in Betracht, wenn die Verfügungsklägerin bereits Gesellschafterin der ... GmbH wäre. Hieran fehlt es aber, weil ihr derzeit lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einräumung der Gesellschafterstellung zusteht. Die ... GmbH hat den Vermächtnisanspruch der Verfügungsklägerin noch nicht erfüllt und es ist auch nicht ersichtlich, dass sie anderweitig Inhaberin der Gesellschaftsanteile geworden wäre. Damit unterfällt sie aber noch nicht dem Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs. Gesellschafterin wäre die Verfügungsklägerin bereits jetzt nur dann, wenn sie nicht lediglich Vermächtnisnehmerin, sondern Alleinerbin geworden wäre. Dann wäre sie nämlich kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) in die Gesellschafterstellung eingerückt.

Nicht die Verfügungsklägerin, sondern die ... GmbH ist aber Alleinerbin und damit Inhaberin der Gesellschaftsanteile geworden. Dies folgt zunächst einmal aus dem Wortlaut des Testaments. Danach hat der Erblasser zugunsten der Klägerin lediglich ein Vermächtnis ausgebracht und die ... GmbH als seine Alleinerbin eingesetzt. Die Einsetzung der ... GmbH als Alleinerbin ist rechtlich möglich, weil auch juristische Personen grundsätzlich erbfähig sind (i.), der Umstand, dass die ... GmbH derzeit nicht als gemeinnützig anerkannt ist, führt nicht zu einer abweichenden Erbfolge (ii.) und auch der Umstand, dass zumindest derzeit die ... GmbH alle Anteile selbst hält, ist rechtlich nicht zu beanstanden (iii.).

i. Erbe kann gem. § 1923 Abs. 1 BGB jede Person sein, die zum Zeitpunkt des Erbfalls noch lebt. Nach einhelliger Ansicht bezieht sich § 1923 BGB nicht nur auf natürliche, sondern auch juristische Personen, so dass auch juristische Personen als Erbe eingesetzt werden können. Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 1923 BGB, aber daraus, dass verschiedene erbrechtliche Normen ausdrücklich von der Erbfähigkeit juristischer Person ausgehen (vgl.

insoweit § 2044 Abs. 2 S. 3, § 2101 Abs. 2, § 2106 Abs. 2 S. 2, § 2109 Abs. 2, § 2163 Abs. 2 BGB) (MüKoBGB/Leipold, § 1923 Rn. 36; Burandt/Rojahn/Große-Boymann, Erbrecht, § 1923 BGB Rn. 2). Erforderlich ist lediglich, dass die juristische Person zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits bestanden hat. Dies ist bzgl. der ... GmbH aber unstreitig der Fall.

ii. Die Erbeinsetzung der ... GmbH scheitert auch nicht deswegen aus, weil nach dem Testament für den Fall, dass die ... GmbH zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht „volumfähig allgemeinnützig anerkannt“ ist, eine neu zu gründende gemeinnützige GmbH Alleinerbin werden sollte. Hierin liegt zwar dem Wortlaut des Testaments nach eine bedingte Erbeinsetzung (§§ 2074, 2075 BGB). Selbst wenn man aber annehmen wollte, dass wegen der zum Zeitpunkt des Erbfalls unstreitig jedenfalls nicht abschließend geklärten Anerkennung der Gemeinnützigkeit diese nicht mehr als gemeinnützig im Sinne des Testaments anzusehen ist, schließt dies ihre Erbenstellung nicht aus. Denn die vom Erblasser hieran anknüpfende Rechtsfolge, dass dann eine andere gemeinnützige GmbH im Wege der Ersatzerbfolge (§ 2096 BGB) Alleinerbin werden sollte, ist rechtlich unmöglich. Denn Erbe kann nur eine bereits zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits bestehende Gesellschaft werden, was aus § 1923 Abs. 1 BGB folgt. Unstreitig war am 27.7.2022 aber noch keine Ersatzgesellschaft gegründet worden. Dies führt zur Auslegung des Testaments dahingehend, dass die ... GmbH doch Alleinerbin wird. Eine zu gründende andere Gesellschaft kommt auch nicht als Nacherbin für die Zeit ab ihrer Gründung in Betracht, da es eine potentiell unbegrenzte Anzahl gründbarer gemeinnütziger Gesellschaften gibt, der Erbe jedoch durch den Erblasser bestimmt werden muss (§ 2065 Abs. 2 BGB).

Bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen ist zwar zunächst vom Wortlaut auszugehen. Gem. § 133 BGB ist dabei aber der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, weshalb eine vom Wortsinn abweichende Auslegung zulässig ist, ohne dass es auf den einschränkenden Maßstab der Auslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) ankäme (BGH NJW 1981, 1736). Bei der Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers sind alle Umstände heranzuziehen, auch wenn sie außerhalb der Urkunde liegen. Dabei können neben dem Inhalt des Testaments und dem Aufbau seines Textes, auch frühere oder spätere Testamente oder sonstige schriftlichen Aufzeichnungen sowie mündliche Äußerungen des Erblassers vor oder nach Niederlegung seines letzten Willens von Bedeutung sein.

Die Auslegung ergibt, dass im Falle der fehlenden Gemeinnützigkeit der ... GmbH diese Alleinerbin bleibt. Zwar würde dann die in der Erbeinsetzung der ... GmbH liegende erbschaftsteuerrechtliche Zuwendung nicht gem. § 13 Abs. 1 Nr. 16b) ErbStG von der Erbschaftsteuer befreit sein, weil dies voraussetzt, dass die Gemeinnützigkeit der Gesellschaft zum Zeitpunkt des Erbfalls besteht. Dem Erblasser ging es nach dem Inhalt des Testaments neben steuerlichen Erwägungen aber auch darum, eine dauerhafte Bindung seines Vermögens an eine Gesellschaft zu erreichen, die den Gesellschaftszweck der ... GmbH dauerhaft weiter verwirklicht. Jedenfalls diesen Zweck kann die ... GmbH aber auch unabhängig von einer Anerkennung als gemeinnützig erfüllen, zumal dem Testament keine Anhaltspunkte entnommen werden können, wer bei einem Ausscheiden der ... GmbH als Erbe nach dem Willen des Erblassers als Ersatzerbe eintreten soll, falls hierfür eine andere Gesellschaft nicht zur Verfügung steht.

iii. Die Einsetzung der ... GmbH als Alleinerbin scheitert vorliegend auch nicht daran, dass sich hierdurch im Erbfall das gesamte Vermögen des Erblassers in der ... GmbH - einschließlich seiner Gesellschaftsanteile an dieser GmbH - vereinigt. Zwar liegt dann eine sogenannte

gesellschafterlose bzw. „Keinmann“-GmbH vor, die von dem in § 1 GmbHG geregelten Leitbild einer GmbH abweicht, nach dem der GmbH stets wenigstens eine andere Person als Gesellschafter zugeordnet sein muss. Der Senat schließt sich aber der h.M. an, dass eine GmbH lediglich nicht von Anfang an gesellschafterlos gegründet werden kann, eine nachträglich entstehende gesellschafterlose GmbH aber nur dazu führt, dass diese nicht dauerhaft gesellschafterlos bestehen bleiben kann und anderenfalls aufzulösen ist (vgl. MüKoGmbHG/Fleischer, § 1 Rn. 83 ff. m.w.N.). Für diese h.M. spricht maßgeblich, dass das GmbHG in § 33 den Erwerb eigener Anteile durch die GmbH grundsätzlich für zulässig erklärt, es also nur um die Frage geht, ob der Erwerb aller Anteile durch eine GmbH mit den Grundsätzen dieser Gesellschaftsform derart im Widerspruch steht, dass ein solcher Vorgang stets rechtlich auszuschließen ist. Dies ist aber nicht der Fall. Zwar sieht das Gesellschaftsrecht als Gesellschaftsform für eine vermögenstragende juristische Person ohne Mitglieder nach § 80 BGB allein die Stiftung vor und unterstellt diese - als Kompensation zur fehlenden Kontrollmöglichkeit durch eigene Mitglieder - der staatlichen Stiftungsaufsicht (§§ 80 Abs. 2, 87a BGB). In dieses gesetzliche Gefüge wird aber nur dann unzulässig eingegriffen, wenn eine GmbH von Anfang an oder auf Dauer gesellschafter- und damit mitgliedslos geführt werden soll. Handelt es sich demgegenüber lediglich um einen vorübergehenden Zeitraum, bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken, eine gesellschafterlose GmbH zuzulassen. Im vorliegenden Fall soll die ... GmbH nach den testamentarischen Anordnungen aber nicht dauerhaft, sondern nur vorübergehend gesellschafterlos bestehen. Denn nach dem Testament soll der Verfügungsklägerin die Gesellschafterstellung im Wege des Vermächtnisses eingeräumt werden. Die ... GmbH wird durch die Einsetzung als Alleinerbin auch nicht handlungsunfähig, weil mangels Gesellschafter weder Gesellschafterbeschlüsse gefasst werden könnten noch - mangels Geschäftsführer - die Gesellschaft nach außen hin vertreten werden könnte. Denn es besteht in jedem Fall die Möglichkeit, der Gesellschaft - wie vorliegend auch geschehen - einen Notgeschäftsführer gem. §§ 29, 35 GmbHG zu bestellen. Dieser kann dann als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft die Gesellschaftsanteile an einen Dritten überragen (vgl. hierzu MüKo-GmbHG/Roßkopf/Notz GmbHG § 33 Rn. 169 ff.) und damit den mitgliedlosen Zustand der Gesellschaft beenden.

b) Unterlassungsansprüche aus §§ 823, 830 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stehen der Verfügungsklägerin auch nicht aus ihrem Vermächtnisanspruch gegen die Verfügungsbeklagten und damit aus ihrem Recht als designierte Gesellschafterin zu. Zwar folgt aus dem Vermächtnis ein Anspruch des Vermächtnisnehmers auf Erfüllung des Vermächtnisses. Hieraus lassen sich auch flankierende Unterlassungsansprüche ableiten, soweit sie zur Sicherung des Vermächtnisanspruchs notwendig sind. Sowohl der Erfüllungsanspruch als auch der etwaige Unterlassungsanspruch richten sich aber allein gegen die Erbin und nicht gegen dritte Personen, wie hier die Verfügungsbeklagten. Es handelt sich um kein absolut wirkendes Recht, sondern nur um ein relativ wirkendes Recht, weshalb aus seiner Verletzung auch kein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hergeleitet werden kann.

c) Der Verfügungsklägerin stehen aber Unterlassungsansprüche gegen den Verfügungsbeklagten zu 1.) aus §§ 826 i.V.m. 1004 BGB zu. Denn dem Verfügungsbeklagten zu 1.) ist es verwehrt, die Verfügungsklägerin durch eigene Handlungen vorsätzlich und sittenwidrig zu schädigen. Anders als § 823 Abs. 1 BGB schützt § 826 BGB auch das Vermögen und damit den Anspruch der Verfügungsklägerin aus dem Vermächtnis auf Einrücken in die Gesellschafterstellung als Teil ihres Vermögens. Indem der Verfügungsbeklagte zu 1) aber wesentliche Teile des Vermögens der ... GmbH auf eine von ihm gegründete andere Gesellschaft übertragen hat, deren alleiniger Gesellschafter er ist, hat er das Vermögen der Verfügungsklägerin vorsätzlich

und sittenwidrig geschädigt. Auch vor dem Hintergrund der gescheiterten oder zumindest fraglichen Anerkennung der ... GmbH als gemeinnützig und der daraus folgenden Konsequenz, dass das Vermögen nach dem Willen des Erblassers auf eine neue gemeinnützige Gesellschaft zu übertragen ist, ist es gänzlich unvertretbar, dass der Verfügungsbeklagte zu 1.) die Übertragung auf eine Gesellschaft vornimmt, an der er selbst als Alleingesellschafter ausschließlich berechtigt ist. Träger des Nachlassvermögens sollte nach dem Willen des Erblassers eindeutig allein die Verfügungsklägerin sein. Sie sollte Alleingesellschafterin der ... GmbH werden und hätte daher auch zwingend als Alleingesellschafterin der neuen Gesellschaft eingesetzt werden müssen. Nach dem Inhalt des Testaments ist es ausgeschlossen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1.) in irgendeiner Weise Inhaber des Nachlasses werden sollte. Ihm soll nach dem Testament allein die Funktion eines Verwalters, nicht aber diejenige des Inhabers des Nachlassvermögens zukommen. Indem sich der Verfügungsbeklagte zu 1.) mit der Übertragung der Immobilien(anteile) auf die von ihm beherrschte neue GmbH in erheblicher Weise zu Lasten der Verfügungsklägerin über den Erblasserwillen hinweggesetzt hat, hat er die Verfügungsklägerin vorsätzlich und sittenwidrig in ihrem Vermögen geschädigt. Hierbei kommt es nicht darauf an, dass die Verfügungsklägerin aufgrund der testamentarischen Regelungen wirtschaftlich auf absehbare Zeit keine Vorteile aus ihrer Gesellschafterstellung ziehen soll.

Einen Verstoß der Verfügungsbeklagten zu 2. gegen § 826 BGB vermag der Senat demgegenüber nicht festzustellen. Es bleibt insbesondere in subjektiver Hinsicht unklar, vor welchem Hintergrund die Verfügungsbeklagte zu 2.) gehandelt hat.

2. Allerdings folgt aus einem Verstoß gegen § 826 BGB als Unterlassungsanspruch nur ein Anspruch auf zukünftige Unterlassung weiterer vorsätzlicher sittenwidriger Schädigungen der Verfügungsklägerin durch den Verfügungsbeklagten zu 1.). Gegenstand eines aus § 826 BGB folgenden Unterlassungsanspruchs kann daher nur das Verbot konkreter weiterer vorsätzlicher und sittenwidriger Schädigungshandlungen sein. Dem Verfügungsbeklagten könnte mithin allenfalls untersagt werden, weitere Vermögensverschiebungen zu Lasten der Verfügungsklägerin vorzunehmen. Solche auf konkrete Handlungen bezogene Unterlassungsansprüche macht die Verfügungsklägerin aber nicht geltend. Die Verfügungsklägerin macht mit ihren Anträgen vielmehr deutlich weitergehende Unterlassungsansprüche gelten, die letztlich jegliches Tätigwerden des Verfügungsbeklagten zu 1.) für die ... GmbH unterbinden sollen. Konkret stellt sich nicht jegliches Auftreten des Verfügungsbeklagten zu 1) als rechtsgeschäftlicher und/oder organschaftlicher Vertreter der ... gGmbH (Antrag zu 1a), jeglicher Abschluss von Rechtsgeschäften im Namen der ... gGmbH (Antrag zu 1b), jeglicher Zugriff auf die IT-Systeme der ... gGmbH (Antrag zu 1c), jegliche Weisung an Mitarbeitende der ... gGmbH (Antrag zu 1d), jegliche Teilnahme an Sitzungen der Geschäftsführung der ... gGmbH (Antrag zu 1e), jegliche Verfügung über finanzielle Mittel der ... gGmbH (Antrag zu 1f), jegliche Zutrittserschwerung und Zutrittsverweigerung zu Lasten der Prokuristinnen S.D. und N.H., den Mitarbeitenden der ... gGmbH und sonstigen Personen (Antrag zu 1g und h), jegliche Hausrechtsausübung (Antrag zu 1i), jegliche Entlassung von Mitarbeitern der ... gGmbH (Antrag zu 1j), jeglicher Austausch von Schlössern der Eingangstüren der ... gGmbH (Antrag zu 1k), jegliche Absage von Veranstaltungen für die ... gGmbH ((Antrag zu 1l), jegliche Erteilung von Untervollmachten mit Wirkung für die ... gGmbH (Antrag zu 1m), jegliches Betreten der Geschäftsräume der ... gGmbH (Antrag zu 1n), jegliches Inserieren im eigenen oder fremden Namen von Geschäftsräumen und/oder Immobilien der ... gGmbH (Antrag zu 1o), jegliches Behaupten, Verbreiten oder Praktizieren, dass der Geschäfts- und/oder Verwaltungssitz der ... gGmbH an einen anderen Ort als L... 1, ... Hamburg bzw. K... 10-12, ... Hamburg liege und/oder zur G... 178 in Hamburg verlegt sei (Antrag zu 1p), jegliches Behaupten, dass Frau S.D. und Frau N.H. keine Prokuristinnen der ... gGmbH seien (Antrag zu 1q), jegliche

Wahrnehmung von Gesellschafterrechten der ... gGmbH oder das Erteilenlassen von Vollmachten für die ... GmbH bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Nachlassgerichts über den Entlassungsantrag (Antrag zu 3) als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB dar. Ein Unterlassungsantrag, der aber einschränkungslos eine Vielzahl möglicher Fallgestaltungen erfasst, unter die zumindest auch Sachverhalte fallen, in denen sich der Antrag als unbegründet erweist, ist als sogen. Globalantrag aber insgesamt als unbegründet abzuweisen (BAG, NZA 2021, 213 Rn. 22). Da nach den vorstehenden Überlegungen begründete Unterlassungsanträge auf sehr unterschiedliche Weise formuliert werden könnten, sind solche Anträge in den wesentlich zu weit gefassten tatsächlichen Anträgen auch nicht als „Minus“ enthalten, vielmehr würde durch eine eingeschränkte Tenorierung nach die Grenze des § 308 ZPO überschritten.

3. Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche folgen auch nicht aus § 2216 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog. Aus der Pflichtenstellung des Verfügungsbeklagten zu 1.) als Testamentsvollstrecke steht der Verfügungsklägerin zwar ein Anspruch aus § 2216 BGB auf ordnungsgemäße Verwaltung ihres Vermächtnisses zu. Dies umfasst auch und insbesondere die Pflicht des Verfügungsbeklagten zu 1.), den Vermächtnisanspruch der Verfügungsklägerin zu erfüllen und ihn gerade nicht zu vereiteln. Verstößt der Testamentsvollstrecke gegen § 2216 BGB, kann sich der Begünstigte hiergegen mit Unterlassungsansprüchen zur Wehr setzen. Auf § 2216 BGB gestützte Unterlassungsansprüche können sich dabei aber ebenso wie aus § 826 BGB abgeleitete Unterlassungsansprüche nur auf einzelne konkrete Handlungen beziehen, nicht aber dem Testamentsvollstrecke jegliches Handeln im Rahmen der Testamentsvollstreckung untersagen (BeckOGK/Suttmann § 2216 Rn. 7). Auch insofern ist die Antragsstellung deutlich zu weit gefasst und es handelt sich um einen unzulässigen Globalantrag, der insgesamt zurückzuweisen ist.

4. Ein vollständiges einstweiliges Tätigkeitsverbot kann die Verfügungsklägerin auch nicht unter Verweis auf § 2227 BGB und die mögliche Entlassung des Testamentsvollstreckers erlangen.

Soll dem Testamentsvollstrecke jegliches Handeln für den Nachlass untersagt werden, ist hierfür die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB herbeizuführen. Die Entlassungsentscheidung kann demgegenüber nicht dadurch bewirkt werden, dass gestützt auf Pflichtwidrigkeiten dem Testamentsvollstrecke vom Prozessgericht die Amtsausübung untersagt wird. Dies wäre mit der gesetzlichen Systematik nicht zu vereinbaren, die ein gänzliches Unterbinden der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers an seine Entlassung durch das Nachlassgericht nach § 2227 BGB knüpft. Solange über die Entlassung noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, ist damit aber auch für Unterlassungsansprüche, die ein einstweiliges Tätigkeitsverbot zum Gegenstand haben, allein das Nachlassgericht zuständig. Die §§ 49 ff. FamFG bieten hierfür eine ausreichende verfahrensrechtliche Grundlage. Es wäre systemwidrig und nicht verfahrensökonomisch, wenn die Hauptsacheentscheidung über die Entlassung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht zu treffen wäre, etwaige Eilmäßignahmen in diesem Zusammenhang aber dem Prozessgericht obliegen würden. Nichts anderes folgt aus den von der Verfügungsklägerin in ihrem Schriftsatz vom 7.6.2023 auf Seite 4 f. angeführten Zitaten. Dort wird lediglich ausgeführt, dass das Nachlassgericht nicht befugt ist, dem Testamentsvollstrecke einzelne Verwaltungsmaßnahmen im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen. Hierfür ist zutreffenderweise auf Grundlage des § 2216 BGB das Prozessgericht zuständig.

Diesem Ergebnis steht auch § 513 Abs. 2 ZPO nicht entgegen. Denn diese Norm bezieht sich nicht auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Streitgerichten und den Gerichten der

freiwilligen Gerichtsbarkeit (MüKoZPO/Rimmelspacher, § 513 Rn. 19; Stein/Jonas/Althammer, § 513 Rn. 17). Anwendbar wäre allenfalls § 17a Abs. Abs. 6 i.V.m. Abs. 5 GVG, der eine dem § 513 Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung enthält. Das Landgericht hat aber mit seiner Entscheidung nicht an Stelle des Nachlassgerichts über einen Eilantrag im Rahmen des Entlassungsverfahrens nach Maßgabe des § 2227 BGB entschieden, sondern es hat auf Grundlage des Vortrages der Verfügungsklägerin lediglich über Unterlassungsansprüche auf deliktsrechtlicher Basis befunden, wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt („kann die Verfügungsklägerin einen Unterlassungsanspruch ... aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog im Wege der einstweiligen Verfügung geltend machen“). Diese tragen lediglich die geltend gemachten Unterlassungsanträge nicht. Streitgegenstand dieses Verfahrens ist damit nicht ein etwaiges Tätigkeitsverbot im Hinblick auf einen Anspruch auf Entlassung nach § 2227 BGB, sondern lediglich aus deliktischen Verstößen folgende Unterlassungen. Auf § 17a Abs. 6 i.V.m. Abs. 5 GVG kommt es daher nicht an.

Auch eine Umdeutung des Antrages in einen Antrag auf Eilrechtschutz im Entlassungsverfahren scheidet aus, weil zwar eine fehlerhafte Prozesshandlung in eine zulässige und wirksame umgedeutet werden kann, die Umdeutung aber dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen muss und ihr keine schutzwürdigen Interessen des Gegners entgegenstehen dürfen. Schutzwürdige Interessen, die einer Umdeutung entgegenstehen, liegen hier jedoch vor, da das Verfahren nach dem FamFG sowohl einen anderen Prüfungsgegenstand hat als auch anderen Verfahrensgrundsätzen folgt, insbesondere dem Amtsermittlungsgrundsatz (BGH, NJW 2017, 260 Rn. 28 zur Abgrenzung § 985 BGB (ZPO) zu § 1361b BGB (FamFG)).

Etwas anderes folgt nicht aus § 17 II 1 GVG. Zwar hat nach dieser Norm das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Daraus folgt, dass das rechtswegzuständige Gericht seine materielle Prüfung nicht auf diejenigen Rechtsnormen beschränken darf, derentwegen der Rechtsweg zu ihm eröffnet ist. Vielmehr hat es den Rechtsstreit in eigener Zuständigkeit auch unter Berücksichtigung derjenigen Normen des materiellen Rechts zu entscheiden, für die es originär keine eigene Rechtswegzuständigkeit hat. Daraus folgt aber nicht, dass das Prozessgericht auch zu prüfen hätte, ob sich ein Anspruch auf Unterlassung nicht auch im Zusammenhang mit einer möglichen Entlassung aus § 2227 BGB ergeben könnte. Zwar teilt der Senat die obergerichtlich bislang einhellig vertretene Auffassung, dass § 17 II 1 GVG auch im Verhältnis des Prozessgerichts zur freiwilligen Gerichtsbarkeit analog anzuwenden ist (vgl. insofern auch Senat, NJW-RR 2020, 203 Rn. 41 ff.), auch wenn es sich im Verhältnis insoweit nicht um verschiedene Rechtswege handelt. Aus der Wertung des § 17 a VI GVG folgt nämlich, dass der Gesetzgeber die Regelungen zur Rechtswegzuständigkeit auch auf das dieses Verhältnis angewendet wissen wollte, was auch im Rahmen des § 17 II 1 GVG zu gelten hat (Senat, NJW-RR 2020, 203 Rn. 42; OLG Celle NJOZ 2011, 2075; OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 20.5.2010 - 5 UF 26/10, BeckRS 2010, 27552; OLG Brandenburg NJW 2016, 3541). Die in § 17 II 1 GVG geregelte rechtswegübergreifende Zuständigkeit des angerufenen Gerichts findet aber jedenfalls ihre Grenze im jeweiligen Streit- bzw. Verfahrensgegenstand. § 17 II 1 GVG ermächtigt das angerufene Gericht lediglich, im Rahmen des anhängigen Streit- bzw. Verfahrensgegenstands rechtswegfremde Ansprüche zu prüfen. Sie ermächtigt das rechtswegzuständige Gericht allerdings nicht, außerhalb des eigentlichen Streit- bzw. Verfahrensgegenstands rechtswegfremde Normen eines anderen Streit- bzw. Verfahrensgegenstands zu prüfen. Bei auf deliktische Normen gestützten Unterlassungsansprüchen einerseits und Unterlassungsansprüchen im Zusammenhang mit einer möglichen Entlassungsentscheidung nach § 2227 FamFG andererseits handelt es sich aber um verschiedene und nicht um einen einheitlichen Streit- bzw. Verfahrensgegenstand, so dass § 17 II 1 GVG keine Anwendung findet. Nach dem

zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff des BGH, dem sich der Senat anschließt, bestimmt sich der Streitgegenstand durch den Antrag, in dem sich die in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger bzw. Antragsteller die begehrte Rechtsfolge herleitet (z.B. BGHZ 98, 353 [358 f.] = NJW 1987, 120; BGHZ 117, 1 [6] = NJW 1992, 1172; BGHZ 123, 137 [141] = NJW 1993, 2684). Unerheblich ist in aller Regel deswegen die materiell-rechtliche Anspruchsnorm, auf die sich der Antrag stützt. Lässt sich der mit dem Antrag begehrte Rechtsfolgenausspruch mithin auf verschiedene materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen gleichermaßen stützen, liegt dennoch nur ein einheitlicher Streitgegenstand vor. Das Gericht ist in diesem Fall frei, seine Entscheidung auf eine beliebige Anspruchsnorm zu stützen, und es ist insofern auch nicht an die Rechtsansicht des Klägers bzw. Antragstellers gebunden. Dieser kann dem Gericht mit seinem Sachvortrag insbesondere keine bestimmte Prüfungsreihenfolge hinsichtlich der materiell-rechtlichen Anspruchsnormen vorgeben (BeckOK ZPO/Elzer, 1.7.2019, § 308 Rn. 19 m.w.N.). Gestaltet die materiell-rechtliche Regelung aber bei einheitlichem Lebenssachverhalt und insoweit identischem Antrag zusammentreffende materiell-rechtliche Ansprüche erkennbar unterschiedlich aus und räumt dem Gläubiger damit die Möglichkeit ein, sich auf einen von ihnen zu beschränken, dann liegt nicht ein einzelner, sondern es liegen mehrere Streitgegenstände vor (Zöller/Vollkommer, ZPO, Einl. Rn. 70). Es handelt sich dann um eine materiell-rechtliche Verselbstständigung von Ansprüchen, die auch Auswirkungen auf den prozessualen Streitgegenstand hat (Zöller/Vollkommer, Einl. 75). Der materiell-rechtliche Anspruch bildet dann ausnahmsweise auch den Streitgegenstand ab, was dem Kläger die ansonsten nicht mögliche gesonderte Verfolgung des betreffenden Anspruchs ermöglicht, ihm damit seine Rechtsverfolgung erleichtert und dem Gericht die Prüfungsreihenfolge vorgibt. Eine solche Verselbstständigung liegt auch hier vor. Bei auf die §§ 823 ff. BGB i.V.m. § 1004 BGB gestützten Unterlassungsansprüchen handelt es sich um gewöhnliche zivilrechtliche Unterlassungsansprüche. Das Entlassungsverfahren nach § 2227 BGB stellt demgegenüber einen hoheitlichen Gestaltungsakt dar, so dass es sich auch bei hiermit zusammenhängenden Unterlassungsansprüchen um hoheitliche Maßnahmen handelt.

5. Auch soweit sich die Verfügungsklägerin letztlich darauf beruft, sie mache keine eigenen, sondern die Ansprüche der ... GmbH im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Die Auslegung der bisherigen Schriftsätze ergibt gerade nicht, dass die Verfügungsklägerin fremde Rechte (nämlich der ... GmbH) in eigenem Namen geltend macht, sondern lediglich eigene Rechte geltend gemacht hat. Schon der Einleitungssatz des Antragschriftsatzes ist eindeutig: „Mit dem vorliegenden Antrag ... setzt sich die Antragstellerin als Vermächtnisnehmerin im Eilverfahren gegen den ... Antragsgegner zu 1.) zur Wehr.“ In der rechtlichen Würdigung auf Seite 21 f. lautete es: „Die Antragstellerin hat gegen den Antragsgegner einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch u.a. gem. §§ 823, 830 BGB i.V.m. § 1004 BGB ...“ Soweit sich die Verfügungsklägerin nunmehr darauf berufe, sich mache Ansprüche (auch) im Wege der Prozessstandschaft für die ... GmbH geltend, handelt es sich um eine Klagänderung, die nur nach Maßgabe des § 533 ZPO im Berufungsverfahren zulässig ist. Die Voraussetzungen des § 533 ZPO liegen aber nicht vor, weil weder der Gegner eingewilligt hat noch die Klagänderung sachdienlich ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91, 92 ZPO. Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, weil sie unterlegen ist. Hinsichtlich des Antrages zu 2. beruht die Kostenentscheidung nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien auf § 91a ZPO. Auch insoweit entspricht es unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes der Billigkeit, der Verfügungsklägerin die Kosten aufzuerlegen, denn sie wäre mit ihrem Antrag unterlegen gewesen. Der Antrag war von Anfang an unbegründet. Die

Verfügungsklägerin hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 26.9.2022 beim Landgericht anhängig gemacht. Nach ihrem eigenen Vortrag ist die Amtsannahmeerklärung des Verfügungsbeklagten zu 1.) aber spätestens am 10.9.2022 beim Nachlassgericht eingegangen, so dass ihr Antrag auf Unterlassung eines Tätigwerdens des Verfügungsbeklagten zu 1. als Testamentsvollstreckter vor Erklärung der Amtsannahme von vornherein unbegründet war.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 6, 713 ZPO.

Gem. § 542 Abs. 2 ZPO scheidet die Zulassung der Revision aus.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO und entspricht dem wirtschaftlichen Interesse der Verfügungsklägerin an der geltend gemachten Unterlassung. Die Verfügungsklägerin hat mit der Antragsschrift vorgetragen, dass die Gesellschaft über ein Immobilienvermögen von etwa 10-15 Millionen Euro verfüge. Dem stehen Pflichtteilsansprüche des einzigen Sohnes des Erblassers in Höhe von 50% sowie die Erfüllung der weiteren Vermächtnisse gegenüber, so dass der Senat von einem grob geschätzten Nettovermögen der Gesellschaft von etwa 2 Mio. Euro ausgeht. Da Gegenstand des Verfahrens nicht die unmittelbare Einräumung der Gesellschafterstellung und damit die Erfüllung des Vermächtnisses ist, sondern lediglich die Sicherung desselben zum Gegenstrand hat und es sich zudem nur um ein Verfahren im Rahmen des einstweiligen Rechtschutzes handelt, ist es angemessen, als Streitwert lediglich  $\frac{1}{4}$  des geschätzten Nettovermögens der Gesellschaft anzusetzen und damit 500.000 Euro. Dass das Vermögen nach dem Testament und gemeinnützige Zwecke gebunden ist, ist unerheblich, weil die Verfügungsklägerin als künftige Alleingesellschafterin Inhaberin der Gesellschaft und damit auch des - zweckgebundenen - Vermögens wird.