

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 179972****letzte Aktualisierung: 22. Juni 2023****BGB §§ 2147, 1940, 705****Gesellschaftsgründungsklausel; Vermächtnisvollstreckung****I. Sachverhalt**

Der Erblasser (E) hat einen volljährigen Sohn (S) sowie zwei minderjährige Enkelkinder K1 und K2 (Kinder von S). E möchte S durch Testament als Alleinerben einsetzen. K1 und K2 sollen vermächtnisweise jeweils einen Barbetrag sowie eine oder mehrere vermietete Eigentumswohnungen erhalten; diese Wohnungen sind lastenfrei. Im Einzelnen hat E folgende Vorstellungen:

1. K1 und K2 sollen die Eigentumswohnungen nicht in Bruchteilsgemeinschaft erwerben, sondern in einer GbR, für die die gesetzlichen Bestimmungen gelten.
2. S soll zum Testamentsvollstrecker berufen werden und die Aufgabe haben, das Wohnungsvermächtnis im Namen von K1 und K2 geltend zu machen (Vermächtniserfüllung) und die Wohnungen sodann für beide zu verwalten, bis das jüngste von beiden Kindern das 21. Lebensjahr vollendet hat (Vermächtnisverwaltung).

II. Fragen

1. Ist es möglich, das Vermächtnis so zu gestalten, dass K1 und K2 die Wohnungen als Gesellschafter einer neu zu gründenden GbR erwerben? Wenn ja: Kann S, der sowohl Alleinerbe als auch Vater von K1 und K2 ist, als Testamentsvollstrecker im Rahmen der Vermächtniserfüllung mit Wirkung für die minderjährigen Kinder K1 und K2 die GbR gründen und die Auflassung an bzw. für die GbR erklären? Ist hierzu die Mitwirkung des Familiengerichts und/oder eines Ergänzungspflegers erforderlich?
2. Ändert sich die Beurteilung, wenn zwei Testamentsvollstrecker mit unterschiedlichen Aufgabenkreisen wie folgt bestellt werden:
 - Eine andere (familienfremde) Person wird zum Testamentsvollstrecker berufen mit der Aufgabe, das Vermächtnis für K1 und K2 geltend zu machen.
 - S wird zum Testamentsvollstrecker mit dem Aufgabenkreis (Dauer-)Vermächtnisverwaltung bestellt.

3. Wäre das folgende Vorgehen vorzugswürdig?
 - Die Geltendmachung des Vermächtnisses selbst wird nicht der Testamentsvollstreckung unterworfen. Dann könnten die Wohnungen zunächst vom Erben S auf K1 und K2 in Bruchteilsgemeinschaft übertragen werden. Hierbei würde auf Veräußererseite S allein auftreten und auf Erwerberseite würde S zusammen mit seiner Ehefrau F (= Mutter von K1 und K2) handeln. Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfte es dann ebenso wenig wie der Bestellung eines Ergänzungspflegers, weil in der Vermächtniserfüllung die Erfüllung einer Verbindlichkeit liegt.
 - Stattdessen wird lediglich Vermächtnisvollstreckung nach § 2223 BGB angeordnet und S insoweit zum Testamentsvollstrecker berufen, dessen Aufgabe es dann ist, die Wohnungen in eine zu diesem Zwecke zwischen K1 und K2 gegründete GbR einzubringen und sie sodann für K1 und K2 zu verwalten.
4. Könnte E im Testament konkrete Vorgaben zur Gestaltung des GbR-Vertrages machen, sodass für diesen nicht die gesetzlichen Bestimmungen gelten?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliches

Wir erlauben uns, einige Grundsätze voranzustellen, die für die aufgeworfenen Fragen relevant sind, bevor wir auf die spezifischen Probleme im Kontext einer Gesellschaftsgründungsklausel eingehen.

Grundsätzlich kann ein gesetzlicher Vertreter – hier der Vater der beiden Vermächtnisnehmer – zum Testamentsvollstrecker bestellt werden (BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.4.2022, § 2197 Rn. 81 ff. m. w. N.). Der BGH stellt auf den Interessenkonflikt im konkreten Einzelfall ab, der bei Einsetzung eines Elternteils als Testamentsvollstrecker nicht pauschal gegeben sein muss (vgl. DNotZ 2008, 782, 783).

Handelt der **gesetzliche Vertreter als Testamentsvollstrecker**, vertritt er **nicht** den Erben bzw. **Vermächtnisnehmer**. Damit sind die §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB nicht auf Rechtsgeschäfte zwischen dem gesetzlichen Vertreter als Testamentsvollstrecker mit sich im eigenen Namen anwendbar, sodass der Testamentsvollstrecker auch in diesen Fällen wirksam von § 181 BGB befreit werden kann (ausdrücklich BGH DNotZ 2008, 782, 783, der zwar erbrechtliche Konsequenzen wie die Abberufung des gesetzlichen Vertreters als Testamentsvollstrecker für möglich hält, aber gerade die Anwendung der §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2 i. V. m. 181 BGB – entsprechend der Rechtslage bis zum 31.12.2022 [seit 1.1.2023: §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 2, 181 BGB] – ausdrücklich ablehnt; Spornath, ZErb 2016, 1, 6).

Kann im vorliegenden Fall ein etwaiger Vermächtnisvollstrecker bei der Entgegennahme der Auflassungserklärung anstelle des Vermächtnisnehmers handeln, so bedarf es daher keiner familiengerichtlichen oder sonstigen gerichtlichen Genehmigung (so speziell zur Entgegennahme der Auflassung OLG Hamm DNotZ 2011, 221, 223; ebenso generell zu einer den Erben beschränkenden Testamentsvollstreckung RGZ 61, 139, 144; BGH ZEV 2006, 262; BayObLGZ 1991, 390, 392). Hieran hat sich mit der Reform zum 1.1.2023 nichts geändert.

2. Zulässigkeit der Gesellschaftsgründungsklausel

Es ist anerkannt, dass der Erblasser einer Mehrzahl von Erben durch eine sogenannte Gesellschaftsgründungsklausel aufgeben kann, untereinander eine Gesellschaft mit einem bestimmten Gesellschaftsvertrag zu schließen und etwa Immobilienvermögen in diese Gesellschaft einzubringen; in diesem Rahmen können auch nähere Vorgaben zur Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages gemacht werden (vgl. etwa Scherer/Bregulla-Weber, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 188). Bei einer dahingehenden Verfügung handelt es sich um eine **Auflage i. S. d. § 1940 BGB** verbunden mit einer Teilungsanordnung i. S. d. § 2048 BGB (vgl. BGH DNotZ 2007, 858, 859; Strothmann, ZIP 1985, 969). Da außer einem Erben auch ein Vermächtnisnehmer durch eine Auflage beschwert werden kann, bestehen u. E. **keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, mehrere Vermächtnisnehmer**, denen anteilig ein bestimmter Grundbesitz vermacht ist, durch Auflage **zu verpflichten, untereinander eine GbR zu gründen** und den Grundbesitz einzubringen (wobei dieser Einbringungsakt als dinglicher Übertragungsakt durchaus durch den Vater als Vermächtnisvollstrecker bewirkt werden könnte, ohne dass es auf eine etwaige Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ankäme, denn der Vermächtnisvollstrecker handelte hier in Erfüllung einer Verbindlichkeit, und zwar des gegen ihn als Alleinerben gerichteten Vermächtniserfüllungsanspruchs aus § 2147 BGB). Insbesondere dürfte darauf zu achten sein, wem der Anspruch auf Vollziehung der Auflage zusteht bzw. zugewiesen wird (vgl. § 2194 BGB). Sind nicht allein die betroffenen Vermächtnisnehmer selbst berechtigt, die Vollziehung zu verlangen, so kann durch die Auflage verhindert werden, dass sich die Vermächtnisnehmer einvernehmlich der Umsetzung des Willens des Erblassers entgegenstellen. Da mehrere Vermächtnisnehmer keine Rechtsgemeinschaft wie etwa eine Erbengemeinschaft bilden, ist für eine Teilungsanordnung kein Raum.

Ergänzend sei noch auf Folgendes hingewiesen: Nach Ansicht von *Strothmann* (Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, 1983, S. 78, in Bezug genommen auch in der vorgenannten BGH-Entscheidung) kann derjenige, dem die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter auferlegt ist, analog § 139 HGB zwingend verlangen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird, also als hätte er den Anteil als persönlich haftender Gesellschafter geerbt. Selbst wenn man dem folgt (so etwa auch K. Schmidt, NJW 1985, 2785, 2792), dürfte Entsprechendes für eine vermögensverwaltende GbR nicht gelten; zum einen lehnt die (noch) herrschende Lehre eine analoge Anwendung des § 139 HGB auch in seinem eigentlichen Anwendungsbereich ab (vgl. Hopt/Roth, HGB, 42. Aufl. 2023, § 139 Rn. 8; inzwischen jedoch vertreten zahlreiche Autoren die Gegenauffassung, vgl. MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 139 Rn. 61 m. N.), zum anderen kann sich der Vermächtnisnehmer, dem lediglich der einzubringende Gegenstand vermacht ist, durch Ausschlagung des Vermächtnisses von der persönlichen Haftung in der GbR freihalten.

Eine **Alternative** liegt u. E. darin, dass der **Erblasser bereits zu seinen Lebzeiten mit dem künftigen Vermächtnisnehmer eine GbR** gründet. Rechtlich möglich wäre es dann, dieser GbR ein Vermächtnis zuzuwenden und außerdem den Gesellschaftsanteil, der dem Erblasser zusteht, einzelnen Bedachten letztwillig zuzuwenden. Dabei wäre auf Abstimmung mit dem Gesellschaftsvertrag der GbR zu achten. Zwar kommt bei der vermächtnisweisen Zuwendung keine Sondererbfolge infrage; doch wäre zumindest ein Eintrittsrecht des betreffenden Vermächtnisnehmers vorzusehen.

3. Sonstige Vorschläge

Hinsichtlich der übrigen vorgeschlagenen Konstruktionen haben wir **Bedenken**, soweit der Testaments- bzw. Vermächtnisvollstrecker auch **als Dauervollstrecker die GbR-Beteiligungen** der beiden Kinder **verwalten soll**.

Die **Verwaltungsvollstreckung** an einem Vermächtnisgegenstand ist heute **anerkannt**, sie wird auch in der Literatur kaum noch in Abrede gestellt (BGHZ 13, 203 = NJW 1954, 1036; Staudinger/Dutta, BGB, 2021, § 2205 Rn. 51). Auch die Grundsätze über die **dingliche Surrogation** (die hier einschlägig wären, weil die GbR-Beteiligungen nicht unmittelbar Vermächtnisgegenstand sind, sondern unter Einbringung der vermächtnisweise erworbenen Bruchteile an den Immobilien erst geschaffen werden sollen) lassen sich jedenfalls nach h. M. auf die Vermächtnisverwaltungsvollstreckung anwenden (BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.5.2023, § 2205 Rn. 7 m. w. N.; a. A. Stiebitz, Die Surrogation im Erbrecht, 2006, S. 194 ff.). Ganz in diesem Sinne formuliert der BGH: „*Der Wert des Sondervermögens und nicht seine konkrete Erscheinungsform ist das Ausschlaggebende*“ (NJW 1990, 514, 515). Dies spricht bei der Vermächtnisverwaltungsvollstreckung dafür, dass die Surrogation jedenfalls dann möglich ist, wenn und soweit es dem Erblasser darauf ankommt, den Wert des Vermächtnisses (oder zumindest bestimmte Surrogate) und nicht nur den konkret vermachten Nachlassgegenstand der Verwaltungstestamentsvollstreckung zu unterwerfen.

Ist für die Surrogation der Wert und nicht der Einzelgegenstand ausschlaggebend, so dürfte in Bezug auf das Vermächtnis nicht entscheidend sein, dass der einzubringende Gegenstand zunächst in das Vermögen des Vermächtnisnehmers dinglich übertragen und anschließend in die GbR eingebracht wird; vielmehr müsste es ebenso möglich sein, den Gegenstand **unter Abkürzung der Leistungswege direkt einzubringen**. Stellungnahmen zu dieser speziellen Frage haben wir in Rechtsprechung oder Literatur allerdings nicht ausmachen können, sodass diese Aussage letztlich ungesichert ist. Daher wäre es wohl der sicherste Weg, dem Vermächtnisnehmer den einzubringenden Anteil unmittelbar zu vermachen und zu übertragen, sodass dieser ihn anschließend erst in die GbR einbringen kann – ungeachtet der sonstigen Unsicherheiten der Gestaltung.

Das Hauptbedenken gegen das angestrebte Ziel, den Anteil an einer noch zu gründenden GbR der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker zu unterwerfen, sehen wir in der Frage, **ob die Gründung einer GbR** angesichts der grundsätzlichen persönlichen Haftung der Gesellschafter **mit der Verwaltungs- und insbesondere der (auf den Nachlass beschränkten) Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers zu vereinbaren** ist. So macht etwa *Zimmermann* (in: MünchKommBGB, 9. Aufl. 2022, § 2205 Rn. 57) die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Gründung von Gesellschaften und wohl auch die Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker als solche davon abhängig, dass keine unbeschränkte persönliche Haftung der Erben für die Gesellschaftsschulden begründet wird; für zulässig hält er ausdrücklich (nur) den Surrogationserwerb einer aus Mitteln des Nachlasses volleingezahlten Kommanditbeteiligung sowie die Beteiligung an Kapitalgesellschaften. Dies steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH, die bislang nur den surrogationsweisen Erwerb einer Kommanditistenstellung ausdrücklich behandelt und anerkannt hat (NJW 1990, 514). Ergänzend ist auf die Entscheidung BGHZ 108, 187 = NJW 1989, 3152 des Gesellschaftsrechtssenats des BGH hinzuweisen, in der dieser die Dauertestamentsvollstreckung in Bezug auf Kommanditanteile, die im Wege der Sondererbfolge auf den Erben übergegangen sind, mit darin näher angeführten Grenzen für zulässig gehalten hat (bestätigend BGH DNotZ 2012, 788). In seiner Entscheidung BGHZ 108, 187 stellt der BGH entscheidend darauf ab, ob die Testamentsvollstreckung „mit der Ausgestaltung der Rechtsstellung eines Kommanditisten vereinbar ist“, insbesondere im Hinblick auf die persönliche Haftung.

Insgesamt bleibt es **ungeklärt**, inwieweit die Testamentsvollstreckung über einen GbR-Anteil, der im Wege der Surrogation erworben wird, zulässig ist. Eine darauf gestützte Gestaltung ist daher mit einer Reihe von Unwägbarkeiten belastet.