

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2041, 2205; GmbHG § 55 – Testamentsvollstreckung bei GmbH-Anteilen; Reichweite bei Kapitalerhöhung; Kernbereichslehre; Surrogation; transmortale Vollmacht

BGB §§ 2316, 2057a – Ausgleichung von Pflegeleistungen; Auswirkung auf Pflichtteilsanspruch des übergangenen Geschwisters; Berechnung des Ausgleichungsanspruchs

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2041, 2205; GmbHG § 55 Testamentsvollstreckung bei GmbH-Anteilen; Reichweite bei Kapitalerhöhung; Kernbereichslehre; Surrogation; transmortale Vollmacht

I. Sachverhalt

Erblasser (E) ist verstorben und hinterließ umfangreiche Gesellschaftsbeteiligungen, u. a. eine Beteiligung an der A-GmbH und der B-GmbH. Alleinerbe ist ein Minderjähriger. Für den gesamten Nachlass ist Dauer-testamentsvollstreckung angeordnet. Die Befugnisse der Testamentsvollstrecker sind u. a. wie folgt (klarstellend) präzisiert:

„Die Befugnisse der Testamentsvollstrecker sollen so weit wie rechtlich möglich gehen. Sie sollen insbesondere auch berechtigt sein, das Stimmrecht in Gesellschafterver-

sammlungen so weit wie möglich auszuüben. Die rechtlichen Grenzen sind jedoch von ihnen zu beachten, insbesondere bei Maßnahmen, die den Kernbereich der Mitgliedschaft des Gesellschafternachfolgers berühren. Sie sind befugt, bei Kapitalerhöhungen mitzuwirken, sofern die Mittel aus dem Nachlass aufgebracht werden können; der aus der Kapitalerhöhung entstandene Gesellschafts- oder Geschäftsanteil unterfällt wiederum der Testamentsvollstreckung.“

Die gleichen Rechte wurden den Testamentsvollstreckern vorsorglich auch im Rahmen einer transmortalen Vollmacht erteilt.

Es soll nun die Beteiligung an der B-GmbH in die A-GmbH im Wege des sog. qualifizierten Anteilstausches (d. h. gegen Gewährung von neuen Gesellschafterrechten bei der A-GmbH, vgl. § 21 UmwStG) eingebracht werden. Hierzu wird das Stammkapital der A-GmbH im Wege der (Mini-)Barkapitalerhöhung erhöht und zugleich beschlossen, dass die Anteile an der B-GmbH im Wege des Sachagios mit einzubringen sind. Es wird klargestellt, dass auch der auf die Barkapitalerhöhung zu bezahlende Einbringungsbetrag aus Mitteln

des Nachlasses zu bezahlen ist. Ferner ist sichergestellt, dass mit dem Vorgang keine unentgeltliche Zuwendung verbunden ist, da der Minderjährige auch an der aufnehmenden A-GmbH in ausreichendem Umfang beteiligt ist. Beschlussfassung zur Kapitalerhöhung, Übernahmeerklärung und Einbringungsvertrag werden von den Testamentsvollstreckern vorgenommen.

Das Registergericht hat Zweifel, ob die Befugnisse der Testamentsvollstrecker die vorgenannten Maßnahmen decken, sodass evtl. die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter der minderjährigen Erben (hier sogar Ergänzungspfleger) erforderlich wäre.

II. Frage

Ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, an Kapital- und Einbringungsmaßnahmen mitzuwirken, wenn diese Maßnahmen sich ausschließlich auf nachlassgegenständliches Vermögen beziehen (insb. also Einbringung von Nachlassvermögen in eine ebenfalls nachlassgegenständliche Gesellschaft)?

III. Zur Rechtslage

Das folgende Gutachten geht nicht auf Fragen der BarKapitalerhöhung mit Sachagio ein (dazu etwa Heidinger/Knaier, FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467 ff.; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 5 Rn. 19; Szalai/Kreußlein, notar 2019, 223 ff. und 283 ff.; Heckschen/Heidinger/Berkefeld, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 11 Rn. 65-73; Lübberich, DNotZ 2016, 164), sondern konzentriert sich auf die gestellte erbrechtliche Frage.

1. Grenzen der Befugnisse eines Testamentsvollstreckers bei der Testamentsvollstreckung bzgl. eines GmbH-Anteils

Wir gehen zunächst davon aus, dass die Satzungen der beiden Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Ausübung von Gesellschafterrechten durch einen Testamentsvollstrecker nicht ausschließen oder beschränken (vgl. dazu Pauli, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 247). Ohne eine solche Einschränkung ist die **Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung – auch in Form der Dauervollstreckung – bei GmbH-Geschäftsanteilen allgemein anerkannt** (vgl. BGH ZEV 2014, 662 Rn. 14 und Rn. 22; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 560; MünchKommBGB/Zimmermann, 9. Aufl. 2022, § 2205 Rn. 52 f.). Es können auch mehrere Testamentsvollstrecker bestellt werden (vgl. § 2224 BGB).

Insofern ist darauf hinzuweisen, dass sich die **Rechtslage bei der Testamentsvollstreckung in Bezug auf Ge-**

sellschaftsanteile eines persönlich haftenden Gesellschafters stark unterscheidet und dort deutlich engere Befugnisse des Testamentsvollstreckers bestehen. Dies mag auch ein Grund für die Bedenken des Registergerichts sein. Hinsichtlich der Testamentsvollstreckung über einen GmbH-Geschäftsanteil sind die Befugnisse des Testamentsvollstreckers hingegen deutlich weiter (vgl. zu den Unterschieden der Testamentsvollstreckung bei Personengesellschafts- und Kapitalgesellschaftsanteilen etwa Riemenschneider/Kämper in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 316-336; Pauli, § 5 Rn. 111; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 558 f.; Heckschen/Strnad, NZG 2014, 1201, 1203 f.; freilich sind im Hinblick auf Kommanditanteile wegen der Haftungsbeschränkung nach § 171 Abs. 1 HGB wiederum weitreichende Kompetenzen des Testamentsvollstreckers anerkannt, sodass nicht für alle Anteile an Personengesellschaften dieselben Maßstäbe gelten).

Die **Befugnisse des Testamentsvollstreckers bei der Testamentsvollstreckung über einen GmbH-Geschäftsanteil sind grundsätzlich umfassend**, sofern nicht im Einzelfall erbrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Beschränkungen seiner Verwaltungsbefugnisse bestehen (vgl. BGH ZEV 2014, 662 Rn. 14; OLG Frankfurt ZEV 2008, 606; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rn. 53). Deutlich wird dies auch bei Görner, der formuliert:

„Ist ein Geschäftsanteil Gegenstand einer Testamentsvollstreckung, so übt der Testamentsvollstrecker die Rechte aus dem Geschäftsanteil, die nicht höchstpersönlich sind, aus, die Erben können dies nur in Ausnahmefällen.“

(Herrler/Görner, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1416)

Ebenso klar hat der BGH spezifisch bzgl. des Stimmrechts zum Ausdruck gebracht:

„Der Testamentsvollstrecker verdrängt die Erben zwar nach allgemeiner Ansicht grds. auch hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts als Teil seiner umfassenden Befugnis zur Verwaltung des Nachlasses, es sei denn, ihm sind – wie hier nicht – durch § 2205 S. 3, § 2206 BGB und etwaige Anordnungen des Erblassers Grenzen gesetzt“

(BGH ZEV 2014, 662 Rn. 22)

In Bezug auf die hier interessierende Kapitalerhöhung werden demgemäß insbesondere zwei Problemkreise diskutiert: Die Abgabe der Übernahmeerklärung vor dem Hintergrund der Begründung einer Einlagever-

pflichtung des Erben (lit. a) sowie die mögliche Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG (lit. b). Nicht einschlägig ist hier die Grenze der höchstpersönlichen Rechte (dazu lit. c). Zudem findet sich in der Literatur die Idee eines „Kernbereichs“, welche sich jedoch insbesondere im hiesigen Kontext als Nebelkerze entpuppt (dazu lit. d).

a) Einlageverpflichtung durch Übernahmeerklärung gem. § 55 GmbHG

Der Testamentsvollstrecker ist gem. §§ 2206 f. BGB zur Eingehung von Verbindlichkeiten allenfalls für den Nachlass befugt. Ohne Mitwirkung der Erben ist der Testamentsvollstrecker zur Abgabe der **Übernahmeerklärung** nach § 55 GmbHG daher nur berechtigt, wenn die Einlage **sofort fällig** ist und **aus Mitteln des Nachlasses erbracht** werden kann oder hierfür analog § 2128 BGB **Sicherheit geleistet** wird (Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 575 m. w. N., vgl. auch Pauli, § 5 Rn. 245; Görner, § 6 Rn. 1417).

Nach dem geschilderten Sachverhalt ist der auf die Barkapitalerhöhung zu bezahlende Einbringungsbetrag aus Mitteln des Nachlasses zu erbringen. Dies korreliert auch mit der Anordnung in der letztwilligen Verfügung, wonach die Testamentsvollstrecker befugt sind, bei Kapitalerhöhungen mitzuwirken, sofern die Mittel aus dem Nachlass aufgebracht werden können. Demgemäß ist der Aspekt der Einlageverpflichtung vorliegend unproblematisch.

b) Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG. Es muss insofern sichergestellt sein, dass die durch den Testamentsvollstrecker begründete Einlageverpflichtung aus Nachlassmitteln erfüllt werden kann und zudem auch die übrigen Stammeinlagen vor der Anmeldung voll eingezahlt werden (Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 576 m. w. N.). Mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben gehen wir davon aus, dass dies vorliegend sichergestellt ist.

c) Höchstpersönliche Rechte

Es ist allgemein anerkannt, dass der Testamentsvollstrecker Rechte aus dem Geschäftsanteil nicht ausüben darf, die höchstpersönlich sind. Genannt wird insbesondere die Konstellation, dass **die Satzung das Stimmrecht dem Gesellschafter ausschließlich persönlich zuweist** (Pauli, § 5 Rn. 247; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 563). Hiervon ist auch der Fall betroffen, dass Stimmrechte nach der Satzung nur durch einen abschließenden Kreis von Vertretern wahrgenommen werden können. Fällt der Testamentsvollstrecker nicht unter diesen Personenkreis, so kann er die entsprechenden Gesellschafterrechte nicht ausüben (vgl. OLG Frankfurt

ZEV 2008, 606; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 563, Pauli, § 5 Rn. 247; Mayer, ZEV 2002, 209, 213). Wie bereits ausgeführt, wird indes davon ausgegangen, dass die Satzungen vorliegend keine entsprechenden Beschränkungen vorsehen.

d) Kernbereich

Strittig war, ob und inwieweit die sog. **Kernbereichslehre** der Testamentsvollstreckung Grenzen setzt (s. hierzu etwa Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 563 ff. m. w. N.; Pauli, § 5 Rn. 249). Überwiegend wird nun aber davon ausgegangen, dass in Bezug auf die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen eine solche Kernbereichslehre gar **nicht (mehr) gilt** (vgl. Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 564 f.; Kämper, RNotZ 2016, 625, 638 f.; Reimann, GmbHR 2011, 1297, 1300; Pauli, § 5 Rn. 249; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rn. 53).

Der **BGH** hat mit Urteil v. 13.5.2014 – II ZR 250/12, ZEV 2014, 662 = DNotI-Report 2014, 126 ausdrücklich entschieden, dass dem Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils das Stimmrecht sowie sonstige Gesellschafterbefugnisse **grundsätzlich umfassend** und in einer den oder die Miterben ausschließenden Weise zustehen. Auf Grenzen durch eine Kernbereichskontrolle hat der BGH dabei nicht (mehr) abgestellt (vgl. die Anm. von Reimann, ZEV 2014, 662, 667).

Damit **erübrigen** sich Fragen im Kontext eines etwaigen Kernbereichs. Rein ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der „Kernbereich“ ohnehin nur bei solchen Maßnahmen von Relevanz hätte sein können, bei denen unmittelbare Nachteile für den Erben begründet werden – insbesondere wurden insofern Eingriffe in mitgliedschaftliche Sonderrechte oder unentziehbare Mitgliedschaftsrechte, die Einführung von Abtretungsbeschränkungen, die nachträgliche Zulassung der Einziehung von Geschäftsanteilen oder die Einführung von Abfindungsregelungen genannt (vgl. Mayer, ZEV 2002, 209, 213; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 564). Doch auch auf Basis dieser Kernbereichslehre war anerkannt, dass eine Zustimmung der betroffenen Erben obsolet war, sofern die neu begründeten Leistungspflichten allein aus Nachlassmitteln erfüllt werden konnten (vgl. Mayer, ZEV 2002, 209, 213 m. w. N.) – dies ist hier der Fall (s. o.).

Damit kann für die Ansicht des Registergerichts die Kernbereichslehre in doppelter Hinsicht nicht herangezogen werden. Zum einen, weil sie insofern gar nicht (mehr) gilt; zum anderen, weil sie inhaltlich nicht einschlägig wäre.

2. Keine abweichende Reichweite in letztwilliger Verfügung festgelegt

Von diesen Befugnissen der Testamentsvollstrecker wurde vorliegend u. E. auch keine Ausnahme statuiert. Dies ist zwar letztlich Frage der Auslegung der letztwilligen Verfügung, die dem zuständigen Gericht vorbehalten bleibt. Allerdings dürfte u. E. insoweit wohl Folgendes gelten: Der in der letztwilligen Verfügung enthaltene Passus, wonach die Testamentsvollstrecker befugt sind, bei Kapitalerhöhungen mitzuwirken, sofern die Mittel aus dem Nachlass aufgebracht werden können, stellt sich als bloß deklaratorische Klarstellung der gesetzlichen Ausgangslage dar.

Angesichts dieser Klarstellung zur Mitwirkungsbefugnis der Testamentsvollstrecker an Kapitalerhöhungen dürfte es insofern auch nicht darauf ankommen, ob die ebenfalls im Testament enthaltene Bezugnahme auf den „Kernbereich“ lediglich deklaratorisch die gesetzlichen Bestimmungen wiederholt oder ob hieraus eine eigenständige, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers einschränkende Regelung abgeleitet werden kann.

3. Exkurs: Handeln aufgrund Vollmacht

Im Sachverhalt wurde geschildert, dass den Testamentsvollstreckern dieselben Befugnisse auch im Wege einer transmortalen Vollmacht eingeräumt wurden.

Eine transmortale Vollmacht zeichnet sich dadurch aus, dass sie über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortgilt (Weidlich, ZEV 2016, 57). Seine Vertretungsmacht erstreckt sich nur auf den Nachlass, nicht aber auf das persönliche Vermögen des jeweiligen Erben (BGH NJW 1962, 1718, 1719; Weidlich, ZEV 2016, 57, 59). Die GmbH-Geschäftsanteile gehören bereits wegen der zwingenden Norm des § 15 Abs. 1 GmbHG zum Nachlass.

Es ist anerkannt, dass die **Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch die Erteilung einer Vollmacht erweitert werden können**, sodass etwa auch – entgegen § 2205 S. 3 BGB – unentgeltliche Geschäfte abgeschlossen werden können (vgl. etwa Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 567; R. Kössinger/Zintl, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 100). Gemäß den vorstehenden Ausführungen kommt es auf diese neben der Testamentsvollstreckung bestehende Vollmacht (zum Nebeneinander vgl. BGH NJW 2022, 3436 Rn. 24; Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, Einf. vor § 2197 Rn. 12) allerdings gar nicht an. Dies wäre nur der Fall, wenn ein *gesetzliches* Hindernis für den Testamentsvollstrecker bestünde, was – wie aufgezeigt – hier nicht der Fall ist.

4. Exkurs: Gesetzliche Reichweite der Testamentsvollstreckung und Surrogation

Gem. § 2205 BGB erstreckt sich die Testamentsvollstreckung grundsätzlich allein auf den Nachlass. Der Testamentsvollstrecker ist nach § 2205 S. 2 BGB berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über Nachlassgegenstände zu verfügen. Für die Reichweite der Testamentsvollstreckung ist damit **entscheidend, ob auch die neu gebildeten GmbH-Geschäftsanteile Teil des Nachlasses** sind. Entscheidend kommt es damit auf die Vorschrift des **§ 2041 BGB** an, welche auch im Rahmen der Testamentsvollstreckung anzuwenden ist (vgl. nur R. Kössinger/Zintl, § 15 Rn. 44).

Bei einer sog. **Mittelsurrogation, bei der aus Mitteln des Nachlasses der Erwerb durchgeführt wird, ist stets ein ausreichender Zusammenhang gegeben**, sodass es auf die subjektive Komponente des Erben nicht mehr ankommen soll (OLG Hamm ZEV 2001, 275; in dieser Richtung auch schon BGH NJW 1968, 1824; ähnlich auch BGH ZEV 2012, 103, 104, der eine entgegenstehende Anweisung im Testament für unbeachtlich hält). Infolgedessen ist davon auszugehen, dass § 2041 S. 1 Var. 3 BGB jedenfalls alle Erwerbsvorgänge erfasst, bei denen der Gegenstand mit Mitteln aus der Erbschaft erworben wird, unabhängig davon, ob subjektiv für den Nachlass gehandelt werden soll. Darüber hinaus ist **anerkannt, dass unter § 2041 S. 1 Var. 3 BGB auch eine Kapitalerhöhung fallen kann**, soweit sie eine ausreichende Beziehung zum Nachlass aufweist (so schon OLG Hamm OLGZ 1975, 164, 166; ebenso BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Std.: 1.9.2023, § 2041 Rn. 10.18; Burandt/Rojahn/Flechtner, ErbR, 4. Aufl. 2022, § 2041 Rn. 13).

Wir gehen daher davon aus, dass zumindest solche neu geschaffenen Geschäftsanteile ihrerseits wiederum der Testamentsvollstreckung unterliegen, die aus Mitteln geschaffen wurden, die der Testamentsvollstreckung unterliegen (§ 2041 S. 1 Var. 3 BGB). Auf den geschilderten Sachverhalt bezogen bedeutet dies, dass die neu geschaffenen Gesellschafterrechte an der A-GmbH wiederum der Testamentsvollstreckung unterfallen. Damit stellt sich die in der letztwilligen Verfügung enthaltene Aussage, dass der aus der Kapitalerhöhung entstandene Gesellschafts- oder Geschäftsanteil wiederum der Testamentsvollstreckung unterfällt, ebenfalls als bloß deklaratorische Wiedergabe der gesetzlichen Surrogationsgrundsätze dar.