

Mayer | Bonefeld | Tanck [Hrsg.]

# Testaments- vollstreckung

Handbuch

5. Auflage



Nomos

Prof. Dr. Jörg Mayer | Dr. Michael Bonefeld  
Dr. Manuel Tanck [Hrsg.]

# Testamentsvoll- streckung

Handbuch

5. Auflage

**Dr. Michael Bonefeld**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und für Familienrecht, München | **Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher**, Universität Konstanz und Private Universität im Fürstentum Liechtenstein | **Katrin Heindl**, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht und für Familienrecht, München | **Prof. Dr. Ludwig Kroiß**, Präsident des Landgerichts, Traunstein | Dipl.-Kfm. **Peter Neubauer**, Steuerberater, München | **Dr. Stefan Poller**, Richter am Amtsgericht, Laufen | **Dr. Manuel Tanck**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Mannheim | **Dr. Anja Vassel-Knauf**, Rechtsanwältin und Steuerberaterin, München | **Lucas Wartenburger**, Notar, München | **Dr. Dietmar Weidlich**, Notar, Roth



**Nomos**

Die Formulierungsbeispiele in diesem Buch wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt, sie stellen jedoch lediglich Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Autoren und Verlag übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Buch enthaltenen Ausführungen und Formulierungsmuster.

**Hinweis zur Onlinenutzung:** Das Zugangsrecht zu diesem Werk ist eine zeitlich begrenzte Serviceleistung des Verlages, die automatisch mit Erscheinen der nächsten Auflage endet.

**Zitiervorschlag:** Mayer/Bonefeld/Tanck Testamentsvollstreckung-HdB/Bearbeiter § ... Rn. ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8369-4 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)  
ISBN 978-3-482-63633-2 (NWB Verlag GmbH & Co. KG, Herne)

Die Auflagen 1–4 sind beim zerb verlag, Bonn erschienen.

5. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort zur 5. Auflage

Vor Ihnen liegt nunmehr bereits die fünfte Auflage des von Prof. Dr. Jörg Mayer und Dr. Michael Bonefeld vor 20 Jahren begründeten Werkes. Gerade Prof. Dr. Jörg Mayer hat mit seinen zahlreichen Kapiteln in diesem Werk durch seine profunden wissenschaftlich versierten Ausführungen den Erfolg dieses Buches begründet. Kurz nach Erscheinen der vierten Auflage ist leider Prof. Dr. Jörg Mayer am 23.10.2015 völlig überraschend verstorben. Ihm und seiner werten Gemahlin, Frau Andrea Mayer, widmen wir daher mit großem Dank diese Neuauflage. Insbesondere der Witwe Frau Andrea Mayer sind wir zu Dank verpflichtet, da sie erst die Weiterführung dieses Werkes im Sinne von Prof. Dr. Jörg Mayer ermöglicht hat.

Ein weiterer Dank gilt Herrn Dr. Alfred Hoffmann und Herrn Frank Michel vom Nomos Verlag, der – nach rund 20 Jahren beim zerb Verlag – die aktuelle Neuauflage mit einem neuen Team ermöglicht hat.

Hoch erfreut haben wir auch die positive Resonanz, die die Voraufgabe in der Praxis, Wissenschaft und Rechtsprechung gefunden hat, zur Kenntnis genommen. In der Neuauflage haben wir daher zahlreiche Erweiterungen, die von erheblicher Praxisrelevanz sind, in das Werk aufgenommen. Zudem haben wir auf Wunsch das Werk auch um Excel-Tabellen zur Erleichterung der täglichen Arbeit als Testamentsvollstrecker erweitert. Als neuer Mitherausgeber fungiert nunmehr zusammen mit Herrn Dr. Michael Bonefeld Herr Dr. Manuel Tanck. Als zusätzliche Mitglieder im Autorenteam begrüßen wir Frau Rechtsanwältin Katrin Heindl sowie Herrn Präsident des Landgerichts Traunstein Prof. Dr. Ludwig Kroiß und den Richter am Amtsgericht Dr. Stefan Poller, sowie Herrn Notar Lucas Wartenburger und Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher. Alle neuen Autoren haben sich bereits in der Literatur durch zahlreiche Veröffentlichungen hervorgetan.

Verlag, Herausgeber und die Autoren sind dankbar, wenn auch die nunmehr vorgelegte fünfte Auflage vom juristischen Publikum erneut positiv aufgenommen würde. Für Anregungen und Kritik sind wir stets dankbar.

München, Mannheim, im Februar 2022

*Dr. Michael Bonefeld  
Dr. Manuel Tanck*

## Bearbeiterverzeichnis

Dr. *Michael Bonefeld*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und für Familienrecht, München (§§ 1–3; 11; 15; 21–23; 25–44)

Professor Dr. *Oliver Fehrenbacher*, Universität Konstanz und Private Universität im Fürstentum Liechtenstein (§ 48)

*Katrin Heindl*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht und für Familienrecht, München (§ 20)

Professor Dr. *Ludwig Kroiß*, Präsident des Landgerichts, Traunstein (§§ 4, 5; 7–9; 12, 13)

Dipl.-Kfm. *Peter Neubauer*, Steuerberater, München (§§ 45, 46 [gemeinsam mit *Vassel-Knauf*])

Dr. *Stefan Poller*, Richter am Amtsgericht, Laufen (§§ 6; 10; 14; 16, 17)

Dr. *Manuel Tanck*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Mannheim (§§ 18; 22 [gemeinsam mit *Bonefeld*]; 47)

Dr. *Anja Vassel-Knauf*, Rechtsanwältin und Steuerberaterin, München (§§ 45, 46 [gemeinsam mit *Neubauer*])

*Lucas Wartenburger*, Notar, München (§ 24)

Dr. *Dietmar Weidlich*, Notar, Roth (§ 19)

---

## Inhaltsübersicht

Vorwort zur 5. Auflage .....	5
Bearbeiterverzeichnis .....	7
Literaturverzeichnis .....	19
Allgemeines Abkürzungsverzeichnis .....	23
<b>Teil 1: Einführung in das erforderliche Wissen .....</b>	<b>29</b>
§ 1 Gesetzesübersicht, gesetzliche Neuregelungen .....	31
A. Gesetzesübersicht .....	31
B. Neue gesetzliche Regelungen zum Recht der Testamentsvollstreckung: Die Testamentsvollstreckung und die Neuregelungen in der EuErbVO .....	33
§ 2 Grundsätzliches zur Stellung des Testamentsvollstreckers und zum Zweck der Anordnung .....	35
A. Zwecke der Testamentsvollstreckung: Vor- und Nachteile .....	35
B. Die Aufgabenstellung bestimmt die Befugnisse .....	36
C. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers .....	37
D. Der Schutz des Erbenpflichtteils und die Anordnung der Testamentsvoll- streckung .....	44
§ 3 Arten der Testamentsvollstreckung .....	47
A. Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203, 2204 BGB) .....	47
B. Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 S. 1 Hs. 2 BGB) .....	48
C. Schlichte Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 S. 1 Hs. 1 BGB) .....	48
D. Nacherbentestamentsvollstreckung (§ 2222 BGB) .....	48
E. Vermächtnisvollstreckung (§ 2223 BGB) .....	48
F. Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabenkreis (§ 2208 BGB) ..	49
§ 4 Die Anordnung der Testamentsvollstreckung .....	51
A. Allgemeines .....	51
B. Der Unterschied von Testamentsvollstreckung und Testamentsvollstre- cker .....	52
C. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung .....	52
D. Wirksamkeit der Anordnung, Nachlassplanung .....	53
E. Die zweckmäßige Anordnung .....	54
§ 5 Ernennung des Testamentsvollstreckers, die Person des Testamentsvollstre- ckers .....	55
A. Die Ernennung des Testamentsvollstreckers .....	55
B. Die Person des Testamentsvollstreckers .....	65

## Inhaltsübersicht

---

	C. An der Person hängt (fast) alles .....	69
	D. Der vermeintliche Testamentsvollstrecker .....	69
§ 6	Der Beginn des Amtes .....	71
	A. Voraussetzungen .....	71
	B. Annahme des Amtes .....	71
	C. Rechtsgeschäfte vor Amtsbeginn .....	73
§ 7	Nachweis des Amtes .....	75
	A. Allgemeines .....	75
	B. Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) .....	75
	C. Verlautbarung im Erbschein .....	86
	D. Eintragung in das Handelsregister .....	87
	E. Eintragung im Grundbuch .....	90
	F. Sonstige Bekanntmachungen .....	91
	G. Sonstige Zeugnisse im Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung ...	91
§ 8	Die Konstituierung des Nachlasses .....	95
	A. Grundsätzliches .....	95
	B. Erstellung des Nachlassverzeichnisses .....	95
	C. Sonstige Verpflichtungen bei der Konstituierung .....	102
	D. Weitere Konstituierungshandlungen .....	103
§ 9	Die ordnungsgemäße Nachlassverwaltung durch den Testamentsvollstrecker ...	105
	A. Keine besonderen Anordnungen des Erblassers zur Verwaltung vorhanden	106
	B. Verwaltungsanordnungen .....	139
§ 10	Eingehung von Verbindlichkeiten durch den Testamentsvollstrecker .....	143
	A. Grundzüge des § 2206 BGB und der Verpflichtungsbefugnis .....	143
	B. Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers .....	144
	C. Einwilligung der Erben (§ 2206 Abs. 2 BGB) .....	147
	D. Beweislast .....	148
	E. Die erweiterte Verpflichtungsbefugnis (§ 2207 BGB) .....	148
	F. Reaktionsmöglichkeiten der Erben .....	149
§ 11	Prozessführung durch den Testamentsvollstrecker .....	151
	A. Aktivprozesse des Testamentsvollstreckers .....	151
	B. Prozessführungsrecht bei Passivprozessen (§ 2213 BGB) .....	157
§ 12	Informationspflichten: Benachrichtigung, Auskunft, Rechnungslegung .....	167
	A. Allgemeines zu den Informationspflichten .....	167
	B. Benachrichtigungs- und Anhörungspflicht (Aufklärungspflicht) .....	170

---

C. Auskunftspflicht .....	173
D. Rechnungslegung .....	177
§ 13 Beendigung der Testamentsvollstreckung .....	185
A. Vorbemerkung .....	185
B. Beendigungsgründe .....	186
§ 14 Möglichkeiten von abweichenden Anordnungen des Erblassers .....	205
A. Regelungsbedarf: Art der Testamentsvollstreckung und deren Aufgaben ....	205
B. Änderung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers .....	205
§ 15 Testamentsvollstreckung und Vollmachten .....	211
A. Testamentsvollstreckung und Vollmachten des Erblassers .....	211
B. Vom Testamentsvollstrecker erteilte Vollmachten .....	217
§ 16 Erbteilsvollstreckung .....	219
A. Anordnung .....	219
B. Aufgaben des Erbteilsvollstreckers .....	219
C. Pfändung des Erbteils .....	222
§ 17 Testamentsvollstreckung und Verfügung über Grundbesitz .....	227
A. Grundsätzliches .....	227
B. Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch .....	227
C. Risiken bei Rechtsgeschäften mit einem Testamentsvollstrecker .....	230
D. Weitere Einzelheiten zum Grundbuchverkehr .....	232
§ 18 Die Teilung des Nachlasses .....	239
A. Die Erbauseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker .....	239
B. Auseinandersetzungs- bzw. Teilungsverbote .....	241
C. Der Nichtauseinandersetzungsbeschluss der Erbengemeinschaft und sonstige teilungsbeeinflussende Vereinbarungen .....	241
D. Die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten .....	242
E. Herbeiführung der Teilungsreifen .....	245
F. Die Teilung der Erbengemeinschaft .....	246
G. Rechte der Erben bei Untätigkeit des Testamentsvollstreckers .....	253
§ 19 Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich .....	255
A. Allgemeines .....	255
B. Grundsätzliches Verhältnis von Testamentsvollstreckung zu Handelsgeschäft und Gesellschaftsanteil .....	256
C. Einzelkaufmännisches Unternehmen .....	257
D. Gesellschafter einer OHG, einer BGB-Gesellschaft, Komplementär einer KG .....	268

## Inhaltsübersicht

---

	E. Beteiligung eines Kommanditisten .....	277
	F. Stille Gesellschaft .....	278
	G. GmbH und sonstige Kapitalgesellschaften .....	279
	H. Mischformen .....	286
	I. Gesellschaftsneubeteiligungen, Umwandlungen .....	286
	J. Auswirkungen der Reform des Personengesellschaftsrechts .....	288
§ 20	Die Haftung des Testamentsvollstreckers .....	293
	A. Haftungsgrundlagen .....	293
	B. Haftungsgläubiger .....	294
	C. Die zeitliche Dimension der Haftung des Testamentsvollstreckers .....	296
	D. Haftungsvoraussetzungen .....	298
	E. Haftungsfolgen .....	302
	F. Verjährung, Aufrechnung .....	302
	G. Befreiung von der Haftung .....	303
	H. Mitverschulden .....	304
	I. Haftung mehrerer Testamentsvollstrecker .....	304
	J. Der Haftpflichtprozess .....	304
	K. Exkurs: Haftung der Erben für Handlungen des Testamentsvollstreckers ...	306
§ 21	Die Vergütung des Testamentsvollstreckers .....	309
	A. Checkliste Testamentsvollstreckung .....	310
	B. Die Vergütungsanordnung des Erblassers .....	311
	C. Vereinbarung mit den Erben .....	315
	D. Vergütungsvereinbarung zwischen dem Erblasser und dem künftigen Testamentsvollstrecker .....	315
	E. Die angemessene Vergütung: Grundsatz der funktionsgerechten Vergütung	316
	F. Einzelheiten zum Vergütungsanspruch und seiner Durchsetzung .....	352
§ 22	Testamentsvollstreckung und Nacherbschaft .....	365
	A. Ziele der Vor- und Nacherbschaft .....	366
	B. Notwendigkeit der Kombination Testamentsvollstreckung und Anordnung der Vor- und Nacherbschaft, insbesondere beim überschuldeten Erben .....	367
	C. Schutz vor dem Zugriff des Erben .....	371
	D. Einräumung einer bevorzugten Stellung für den Testamentsvollstrecker .....	371
	E. Aufgabenbereiche des Testamentsvollstreckers .....	371
	F. Beendigung der Testamentsvollstreckung bei einer Vor- und Nacherbschaft	374
	G. Der Nacherbenvermerk im Grundbuch .....	374

---

H.	Zulässige Kombinationen von Vor- und Nacherben zum Testamentsvollstrecker .....	374
I.	Praktische Anwendungsmöglichkeiten der Kombination von Testamentsvollstreckung und Vor- und Nacherbschaft .....	375
§ 23	Der Rechtsanwalt als Testamentsvollstrecker .....	427
§ 24	Der Notar als Testamentsvollstrecker .....	431
A.	Berufsrecht .....	431
B.	Testamentsvollstreckung und notarielle Tätigkeit .....	432
C.	Versicherungsschutz .....	432
D.	Testamentsvollstreckervergütung .....	433
E.	Beurkundungsrechtliche Fragen, insbesondere zur Testamentsvollstreckerrernennung .....	433
§ 25	Der Steuerberater als Testamentsvollstrecker .....	437
A.	Berufsrecht .....	437
B.	Testamentsvollstreckung als Berufsausübung des Steuerberaters .....	438
C.	Versicherungsschutz .....	439
D.	Testamentsvollstreckervergütung .....	439
§ 25a	Die Bank oder Sparkasse als Testamentsvollstrecker .....	441
A.	Die Testamentsvollstreckung als Geschäftsfeld der Bank oder Sparkasse ....	441
B.	Exkurs: Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch Banken und Sparkassen .....	448
§ 25b	Testamentsvollstreckung und Stiftungsrecht .....	453
A.	Grundsätzliches .....	453
B.	Sonderprobleme .....	454
§ 26	Der Alltag des Testamentsvollstreckers (Kurzübersicht) .....	457
A.	Die bei der Übernahme des Amtes zu beachtenden Umstände .....	457
B.	Das tagtägliche Geschäft des Testamentsvollstreckers .....	458
C.	Testamentsvollstreckung und Bankkonten .....	459
<b>Teil 2:</b>	<b>Die praktische Tätigkeit des Testamentsvollstreckers anhand von Beispielen und Formulierungsbeispielen .....</b>	<b>465</b>
§ 27	Sofortmaßnahmen und Übersichten .....	467
§ 28	Die ersten Tätigkeiten als Testamentsvollstrecker .....	471
A.	Annahme der Testamentsvollstreckung .....	471
B.	Muster: Eidesstattliche Versicherung .....	474
C.	Überwachen der Eintragungen im Erbschein, Grundbuch und ins Handelsregister .....	480

## Inhaltsübersicht

---

	D. Überprüfung des eigenen Versicherungsschutzes .....	483
	E. Anlegen einer Testamentsvollstreckerakte .....	484
	F. Einrichtung eines Kontos für die Testamentsvollstreckung .....	486
	G. Vorbereitung der Bestattung .....	487
	H. Postnachsendauftrag .....	492
	I. Muster mit Übersicht für die ersten Schritte .....	493
§ 29	Die Sicherung und Ermittlung des Nachlasses .....	495
	A. Erfassung der Vermögenswerte .....	495
	B. Hilfestellungen für die Erbenermittlung .....	527
§ 30	Kündigungen, weitere Mitteilungen, Anfragen und Sicherungsmaßnahmen .....	531
	A. Checkliste: Kündigungen, Mitteilungen und Anfragen .....	531
	B. Begehung der Wohnung, erste Schritte .....	532
	C. Kündigung des Mietverhältnisses .....	535
	D. Kündigung der Versorgungsverträge mit Stadt- und Versorgungswerken, Telefonunternehmen etc. ....	541
	E. Mitteilung des Todes des Erblassers an einen Verein, eine Gewerkschaft oder eine Partei .....	542
	F. Kündigung von Versicherungsverträgen .....	543
	G. Kündigung von Zeitschriften- und Zeitungsabonnements sowie Streaming- diensten .....	547
	H. Mitteilung vom Tod des Erblassers .....	547
	I. Steuerberater .....	550
	J. Kriegsofferfürsorge .....	550
	K. Sozialamt .....	550
	L. Grundbuchamt; Katasteramt; Handelsregister .....	550
	M. Weitere Anfragen und Tätigkeiten .....	551
§ 31	Kontaktaufnahme mit den Erben, Vermächtnisnehmern oder Auflagenbegüns- tigten .....	553
	A. Allgemeines .....	553
	B. Kurzübersicht .....	553
	C. Kontaktaufnahme mit den Erben .....	554
	D. Kontaktaufnahme mit den Vermächtnisnehmern oder Auflagenbegünstig- ten .....	565
§ 32	Weitere Korrespondenz (Nachlassgericht) .....	569
§ 33	Die Erstellung des Nachlassverzeichnisses .....	571
	A. Allgemeines .....	571
	B. Muster: Nachlassverzeichnis .....	572

---

	C. Muster: Übersendungsschreiben mit Nachlassverzeichnis .....	578
	D. Muster: Ausführliches Nachlassverzeichnis mit Anlagen .....	581
	E. Muster: Einfaches vorläufiges Nachlassverzeichnis mit Anlagen .....	591
§ 34	Kontaktaufnahme mit den Gläubigern des Erblassers .....	593
	A. Allgemeines .....	593
	B. Muster: Anschreiben an Gläubiger .....	593
	C. Muster: Anschreiben an Gläubiger (Dreimonatseinrede) .....	597
	D. Muster: Antrag auf Nachlassinsolvenz durch den Testamentsvollstrecker ..	599
§ 35	Verwaltung des Vermögens und Geldanlage .....	601
	A. Kurzübersicht .....	601
	B. Muster: Kontoauflösungsantrag .....	603
§ 36	Der Testamentsvollstrecker im Prozess .....	617
	A. Allgemeines .....	617
	B. Herausgabe von Nachlassgegenständen .....	617
	C. Verfügung über Nachlassgegenstände und Verpflichtungsgeschäfte des Tes- tamentsvollstreckers .....	621
	D. Nach dem Prozess .....	623
	E. Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers .....	625
§ 37	Der Testamentsvollstrecker in der Zwangsvollstreckung .....	627
	A. Kurzübersicht .....	627
	B. Muster: Antrag auf Umschreibung einer Zwangsvollstreckungsklausel .....	628
	C. Muster: Umschreibung einer vollstreckbaren Ausfertigung für Erben nach Beendigung der Testamentsvollstreckung .....	628
	D. Muster: Klarstellung im Kostenfestsetzungsverfahren .....	629
	E. Muster: Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung .....	630
§ 38	Erfüllung von Vermächtnissen, Auflagen, Pflichtteilsansprüchen und Zuge- winn .....	633
	A. Erfüllung von Vermächtnissen .....	633
	B. Erfüllung von Auflagen .....	643
	C. Testamentsvollstreckung und Pflichtteilsrecht .....	644
	D. Erfüllung von Ansprüchen aus dem Zugewinn .....	651
§ 39	Die Abgabe der Steuererklärungen .....	653
	A. Kurzübersicht .....	653
	B. Berichtigung unrichtiger Steuererklärungen .....	654
	C. Abgabe der Erbschaftsteuererklärung .....	656

## Inhaltsübersicht

---

	D. Ausfüllen des Formulars zur Erbschaftsteuererklärung .....	656
	E. Steuer und Bewertung der Nachlassgegenstände .....	667
	F. Rechtsbehelfe gegen den Erbschaftsteuerbescheid .....	667
§ 40	Die Auseinandersetzung des Nachlasses .....	671
	A. Kurzübersicht .....	671
	B. Auseinandersetzungsplan .....	671
	C. Auseinandersetzungsvertrag .....	696
§ 41	Die Beendigung des Testamentvollstreckeramtes .....	703
	A. Allgemeines .....	703
	B. Kündigung durch Testamentvollstrecker .....	703
	C. Löschung des Testamentvollstreckervermerks im Grundbuch .....	704
	D. Rückgabe des Testamentvollstreckerzeugnisses .....	705
	E. Einvernehmliche Kündigung des Testamentvollstreckers .....	706
	F. Einvernehmliche Kündigung und Teilkündigung .....	707
	G. Herausgabe der Unterlagen nach Beendigung der Testamentvollstreckung .....	711
§ 42	Entlastung des Testamentvollstreckers und Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung .....	717
	A. Allgemeines .....	717
	B. Bestehen eines Entlastungsanspruchs .....	717
	C. Gerichtliche Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung .....	723
	D. Kautelarjuristische Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung .....	727
	E. Klage auf Einwilligung nach § 2206 Abs. 2 BGB als alternative Vorgehensweise .....	730
	F. Entlastungsanspruch de lege ferenda? .....	733
§ 43	Testamentvollstreckung und Kollisionsrecht .....	739
	A. Allgemeines .....	739
	B. Muster: Internationale Nachlassvollmacht (deutsche Fassung) .....	741
	C. Muster: Internationale Nachlassvollmacht (englische Fassung) .....	743
	D. Nachweis durch Europäisches Nachlassverzeichnis .....	744
§ 44	Anwaltliche Angriffsstrategien gegen den Testamentvollstrecker und Verteidigungsstrategien des Testamentvollstreckers .....	747
	A. Wirksame Anordnung der Testamentvollstreckung .....	747
	B. Weitere Maßnahmen, sofern Testamentvollstreckeranordnung wirksam ...	748
	C. Typische Fehlerquellen bei der Tätigkeit des Testamentvollstreckers .....	750
	D. Maßnahmen bei Kapitalanlageentscheidungen des Testamentvollstreckers	753

---

E. Vergütung des Testamentsvollstreckers .....	760
F. Entlassungsverfahren nach § 2227 BGB .....	778
<b>Teil 3: Die Testamentsvollstreckung im Steuerrecht .....</b>	<b>787</b>
§ 45 Die Vergütung des Testamentsvollstreckers im Steuerrecht .....	789
A. Einkommensteuer .....	789
B. Erbschaftsteuer .....	800
C. Der Testamentsvollstrecker als Unternehmenstreuhandler und Bevollmächtigter .....	803
D. Umsatzbesteuerung des Testamentsvollstreckers .....	806
E. Der Testamentsvollstrecker im Besteuerungsverfahren .....	814
F. Übersicht zur steuerlichen Behandlung der Testamentsvollstreckervergütung (Checkliste) .....	816
§ 46 Steuerliche Folgen der Testamentsvollstreckung .....	819
A. Einführung .....	820
B. Der Testamentsvollstrecker im Steuerverfahren .....	824
C. Informationspflichten und Auskunftsansprüche zwischen Erben und Testamentsvollstrecker .....	862
D. Besonderheiten bei der Betriebsaufspaltung .....	863
E. Steuerliche Haftungsgefahren für den Testamentsvollstrecker .....	864
F. Besonderheiten bei Fortsetzung eines Unternehmens durch den Testamentsvollstrecker .....	874
G. Steuerliche Problemfälle der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers .....	876
<b>4. Teil Testamentsvollstreckung in letztwilligen Verfügungen von Todes wegen .....</b>	<b>889</b>
§ 47 Die Anordnung der Testamentsvollstreckung .....	891
A. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung in Testament und Erbverträgen .....	892
B. Die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers .....	895
C. Die verschiedenen Arten der Testamentsvollstreckung .....	900
D. Überlassung bzw. Freigabe von Nachlassgegenständen (§ 2217 BGB) .....	920
E. Befreiungsmöglichkeiten und Zwingende Vorschriften (§ 2220 BGB) .....	921
F. Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, § 2221 BGB .....	922
<b>5. Teil Testamentsvollstreckung im internationalen Bereich .....</b>	<b>927</b>
§ 48 Testamentsvollstreckung mit internationalen Bezügen .....	929
Stichwortverzeichnis .....	961

dienstrechtlichen Konsequenzen und ggf. auch zu Schadensersatzansprüchen nach § 19 BnotO.<sup>25</sup> Somit ist kaum zu befürchten, dass sich Vertreter finden, die derartige Beurkundungen zu Umgehungszwecken vornehmen.

Inwieweit die Teilnichtigkeit sich auf die übrige Verfügung von Todes wegen auswirkt, bestimmt sich nach den §§ 2085, 2298 BGB.<sup>26</sup> Die eintretende Unwirksamkeit ist unabhängig davon, ob der Notar weiß, dass er zum Testamentsvollstrecker ernannt werden soll; insbesondere gilt § 27 BeurkG auch dann, wenn die Verfügung von Todes wegen durch Übergabe einer verschlossenen Schrift erfolgt (§ 2332 BGB).<sup>27</sup>

## II. Der Urkundsnotar als Bestimmungsberechtigter nach § 2198 BGB

- 8 Das zwingende Verbot der §§ 7, 27 BeurkG kann nicht dadurch umgangen werden, dass sich der Urkundsnotar in der Verfügung von Todes wegen selbst zum **Bestimmungsberechtigten** (§ 2198 BGB) ernennen lässt.<sup>28</sup> Der rechtliche Vorteil, durch den der Urkundsnotar von der Beurkundung nach § 7 BeurkG ausgeschlossen ist, ergibt sich richtigerweise bereits allein daraus, dass ihm die Befugnis zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers iSv § 2198 Abs. 1 S. 1 BGB eingeräumt wird. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sei bei § 7 BeurkG „*ein strenger Maßstab geboten, um das Ansehen des Notarstandes zu wahren und eine Übervorteilung Beteiligter zu verhindern*“. Denn es gelte insbesondere zu verhindern, dass der Notar durch die Einräumung ihm ansonsten nicht zustehender rechtlicher Vorteile in der Urkunde in die Gefahr eines Konflikts zu seinen sonstigen Pflichten kommt, insbesondere zu den Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG. Für den Erblasser ergibt sich daraus kein relevanter Nachteil, da es ihm unbenommen bleibt, entweder selbst den Testamentsvollstrecker zu ernennen oder einen sonstigen Dritten – ggf. auch das Nachlassgericht – mit der Bestimmung zu betrauen.

## III. Ersatzlösungen

- 9 Dennoch wurde und wird in der Praxis verschiedentlich nach Wegen gesucht, die Benennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker auf andere Weise zu erreichen:<sup>29</sup>
- Der später als Testamentsvollstrecker vorgesehene Notar beurkundet in der Verfügung von Todes wegen nur, dass eine Testamentsvollstreckung ganz allgemein angeordnet wird. In einem **Ergänzungstestament** (eigenhändig oder vor einem anderen Notar) erfolgt dann erst die eigentliche Berufung des Notars zum Testamentsvollstrecker.<sup>30</sup> Wiederholt musste sich die Rechtsprechung mit Fällen beschäftigen, in denen ein privatschriftliches Testament (Benennung des Testamentsvollstreckers) mit einer notariellen Verfügung von Todes

25 Vgl. BGH Urt. v. 25.6.2015 – III ZR 292/14, DNotZ 2015, 792.

26 Frenz/Miermeister/Baumann BeurkG § 27 Rn. 11; Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 92; Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 24; Winkler BeurkG § 27 Rn. 14; Soergel/J. Mayer BeurkG § 27 Rn. 6.

27 Winkler BeurkG § 27 Rn. 13; Soergel/J. Mayer BeurkG § 27 Rn. 5; Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 93. Soweit das so übergebene Testament den Anforderungen eines eigenhändigen Testaments genügt (§ 2247 BGB), so ist die gesamte letztwillige Verfügung wirksam, wenn die Willensrichtung des Erblassers eines solche Umdeutung hinsichtlich der Form gestattet (Winkler BeurkG § 27 Rn. 14).

28 BGH NJW 2013, 52 = ZEV 2012, 657 = FamRZ 2013, 32 m. zust. Anm. W. Zimmermann; dazu auch Jabreis jurisPR-FamR 4/2013 Anm. 1.

29 Gutachten DNotI-Report 2012, 143; APS/Seeger BeurkG § 27 Rn. 6.

30 LG Göttingen DNotZ 1952, 445; Reimann DNotZ 1990, 433; MüKoBGB/Zimmermann § 2197 Rn. 12; Winkler, Testamentsvollstrecker, Rn. 93; zu weitgehend aber APS/Armbrüster BeurkG § 27 Rn. 7, Armbrüster/Leske ZNotP 2002, 46 (47), wonach der Urkundsnotar diese Gestaltung aber nicht vorschlagen dürfe.

wegen in einem Umschlag verschlossen an das Nachlassgericht abgeliefert worden ist. Im Ergebnis gehen die Obergerichte überwiegend davon aus, dass eine auf diese Weise zustande gekommene Benennung des Testamentsvollstreckers dann wirksam ist, wenn der privatschriftliche Teil für sich gesehen den Anforderungen des § 2247 BGB genügt.<sup>31</sup> Dies ist in der Sache auch das erbrechtlich richtige Ergebnis: Einen Zwang zur vollständigen Beurkundung aller Erklärungen gibt es bei § 2276 BGB – anders als bei § 311b BGB – gerade nicht. Eine Verfügung kann daher ohne Weiteres in einen beurkundeten und einen privatschriftlichen Teil aufgespalten werden, wonach für den privatschriftlichen Teil die Beschränkungen des Beurkundungsgesetzes nicht mehr gelten. Dass der Notar den privatschriftlichen Teil evtl. initiiert oder entworfen hat, spielt ebenfalls keine Rolle, denn die Nichtigkeitsfolge der §§ 3 BeurkG, 125 BGB umfasst nur die Beurkundungstätigkeit, nicht die sonstige Beratung/Betreuung. Dennoch sollte – angesichts der moderaten Gebühren für eine gesonderte Verwahrung des privatschriftlichen Testamentes – nach dem Gebot des sichersten Weges von einer solch streitanfälligen Gestaltung abgesehen werden.<sup>32</sup> Abgesehen davon erstreckt § 16 BNotO die Mitwirkungsverbote der §§ 7, 27 BeurkG auch auf sonstige Amtstätigkeiten, einschließlich der vorsorgenden Rechtsbetreuung (§ 24 BNotO).<sup>33</sup> Dass ein Notar, der die privatschriftliche Einsetzung seiner eigenen Person zum Testamentsvollstrecker mit der von ihm errichteten notariellen Verfügung gemeinsam in die amtliche Verwahrung gibt, gegen diese Berufspflicht verstoßen hat, dürfte zumindest naheliegend sein.

- Eine **Beurkundung** durch den **Notar-Sozius** hat der BGH zwar für wirksam gehalten, und zwar auch dann, wenn der beurkundende Sozius aufgrund des Sozietätsvertrags an der Vergütung des Testamentsvollstreckers später beteiligt ist.<sup>34</sup> Diese Entscheidung ist aber vor Einführung des **Mitwirkungsverbots gem.** (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG) ergangen.<sup>35</sup> Auch wenn ein Verstoß hiergegen zunächst die Wirksamkeit der Beurkundung unberührt lässt,<sup>36</sup> so ist es dem Notar doch versagt, diese Bestimmung bewusst zu missachten; bei einem Verstoß drohen disziplinarrechtliche Folgen bis hin zur Amtsenthebung, vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 9 lit. a BNotO.<sup>37</sup>
- Nicht formal von dem Mitwirkungsverbot umfasst ist die Benennung eines Notariatsangestellten zum Testamentsvollstrecker. Der Bundesgerichtshof sieht jedoch zu Recht auch hierin einen Verstoß gegen Berufspflichten, namentlich § 14 Abs. 1 S. 2 iVm Abs. 3 S. 2 BNotO, weil nach dem Rechtsgedanken des § 14 Abs. 4 S. 2 BNotO auch wirtschaftliche Eigeninteressen der Mitarbeiter die Unabhängigkeit des Notars nicht gefährden bzw. keinen entsprechenden Anschein erwecken dürfen.<sup>38</sup>

31 OLG Köln NJW RR 2018, 457; OLG Bremen NJW RR 2016, 979; OLG Düsseldorf ErbR 2021, 680 mit Anm. *Schönenberg-Wessel*; dagegen: OLG Bremen NJW RR 2016, 76.

32 *Reimann* DNotZ 1990, 433.

33 *Frenz/Miermeister* BNotO § 16 Rn. 1.

34 BGH DNotZ 1997, 466 mAnm *Reimann* = ZEV 1997, 113 mAnm *Kummer*. Dies war früher umstritten (ablehnend etwa OLG Oldenburg DNotZ 1990, 431).

35 Eingehend dazu *Winkler* BeurkG § 3 Rn. 73; *Bengel/Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 30.

36 *Winkler* Beurk § 3 Rn. 10; *Bengel/Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 30; *Frenz/Miermeister/Baumann* BeurkG § 27 Rn. 8; *APS/Armbrüster* BeurkG § 27 Rn. 7; *Soergel/J. Mayer* BeurkG § 27 Rn. 5; *Schippel/Bracker/Schäfer* BNotO § 16 Rn. 33; aA, offenbar *MüKoBGB/Zimmermann* § 2197 Rn. 12, der eine gegen das Mitwirkungsverbot verstößende Beurkundung ohne Auseinandersetzung mit der hM für unwirksam hält.

37 *Winkler*, Testamentsvollstrecker, Rn. 92; *Winkler* MittBayNot 1999, 1 (3); *Bengel/Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 30.

38 BGH Beschl. v. 13.11.2017 – NotSt(Brfg) 3/17, DNotZ 2018, 550.

- Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen (§ 2198 BGB), der nicht der Urkundsnotar ist. Der in diesem Zusammenhang mitbeurkundete unverbindliche **Wunsch** des Erblassers, der zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers Berufene möge nach Möglichkeit den Urkundsnotar ernennen, schadet nicht und führt nicht zur Unwirksamkeit der später ausgesprochenen Ernennung.<sup>39</sup> Geht der Erblasser jedoch darüber hinaus und unterwirft er den Bestimmungsberechtigten verbindlichen Beschränkungen, die dazu führen, dass letztlich nur der Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker ernannt werden kann, so werden wieder die §§ 27, 7 BeurkG eingreifen.<sup>40</sup>
- Die eigene Beurkundung einer **post-mortalen Vollmacht** für den Urkundsnotar selbst, den Nachlass nach Eintritt des Erbfalls zu regeln, fällt ebenfalls unter § 7 BeurkG und ist nichtig.<sup>41</sup>

#### IV. Mitwirkungsverbote des Notars bei sonstigen Tätigkeiten mit Testamentsvollstrecker Bezug

- 10 Aber auch bei sonstigen Beurkundungen bestehen **Mitwirkungsverbote**. Denn der Testamentsvollstrecker ist **Verwalter kraft Amtes**, nicht aber Vertreter der Erben. Bei Rechtsgeschäften des Testamentsvollstreckers, die den Nachlass betreffen, handelt er daher in eigenen Angelegenheiten.<sup>42</sup> Hieraus ergibt sich zum einen, dass der zum Testamentsvollstrecker bestellte Notar etwa nicht den Verkauf von Nachlassimmobilien oder sonstige beurkundungspflichtige Rechtsgeschäfte in Ausübung seines Amtes selbst beurkunden darf (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG). Zum anderen greift aber auch ein Mitwirkungsverbot ein, wenn die Beurkundung solcher Geschäfte durch einen Notar erfolgt, mit dem sich der Testamentsvollstrecker zur beruflichen Zusammenarbeit verbunden hat oder mit dem er gemeinsame Geschäftsräume unterhält (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG).<sup>43</sup> Außerdem aber besteht das **Vorbefassungsverbot** nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG. Hieraus ergeben sich weit reichende Mitwirkungsverbote auch nach Beendigung der Testamentsvollstreckung.<sup>44</sup> Das Vorbefassungsverbot besteht hier auch für den testamentsvollstreckenden **Nur-Notar**.<sup>45</sup>

39 OLG Stuttgart OLGZ 1990, 14 = DNotZ 1990, 430 mAnm *Reimann*; MüKoBGB/*Hagena* BeurkG § 27 Rn. 18; *Winkler* BeurkG § 27 Rn. 9; Bengel/*Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 26; APS/*Segger* BeurkG § 27 Rn. 6; *Winkler*, Testamentsvollstrecker, Rn. 92; krit. *Zimmermann*, Testamentsvollstreckung, Rn. 111; aA *Frenz/Miermeister/Baumann* BeurkG § 27 Rn. 8 ohne Begr.

40 *Reimann* DNotZ 1990, 433 (435); Bengel/*Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 26.

41 *Reimann* DNotZ 1990, 436.

42 *Arndt/Lerch/Sandkühler* BNotO § 16 Rn. 20; APS/*Armbrüster* BeurkG § 3 Rn. 24; *Schippel/Bracker/Schäfer* BNotO § 16 Rn. 34; *Soergel/J. Mayer* BeurkG § 3 Rn. 11.

43 *Mihm*, Berufsrechtliche Kollisionsprobleme beim Anwaltsnotar 2000, 101; Bengel/*Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 33.

44 Bengel/*Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 34.

45 Bengel/*Reimann* TV-HdB/*Sandkühler* § 11 Rn. 34; *Schippel/Bracker/Schäfer* BNotO § 16 Rn. 49.

## § 25 Der Steuerberater als Testamentsvollstrecker

A. Berufsrecht .....	1	C. Versicherungsschutz .....	6
I. Grundsätzliches .....	1	D. Testamentsvollstreckervergütung .....	8
II. Ausnahmen .....	2		
B. Testamentsvollstreckung als Berufsausübung des Steuerberaters .....	4		

### A. Berufsrecht

#### I. Grundsätzliches

Die Übernahme des Amtes des Testamentsvollstreckers ist idR berufsrechtlich zulässig.<sup>1</sup> Denn nach § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG ist eine treuhänderische Tätigkeit mit dem Steuerberaterberuf vereinbar. Da das Amt eines Testamentsvollstreckers als eine Aufgabe gesehen wird, die ohnehin zum Berufsbild des Steuerberaters gehört und eine typische Form einer treuhänderischen Tätigkeit ist, unterfällt die Testamentsvollstreckung daher dieser Vorschrift und ist demnach grds. zulässig.<sup>2</sup> § 57 Abs. 3 StBerG wird durch die Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer (BOSTb) vom 2.7.1997, in der Fassung vom 8.9.2010,<sup>3</sup> ergänzt und konkretisiert. § 15 S. 1 Nr. 8 BOSTb erklärt dementsprechend nochmals ausdrücklich die Wahrnehmung des Amtes als Testamentsvollstrecker mit dem Beruf eines Steuerberaters für vereinbar. § 15 S. 2 BOSTb stellt allerdings klar, dass die Erlaubnisvorschriften anderer Gesetze zu beachten sind.

#### II. Ausnahmen

Problematisch wird die Ausübung des Amtes aus berufsrechtlichen Gründen dann, wenn damit die **Führung eines Einzelunternehmens** oder die Übernahme der **vollen persönlichen Haftung** bei einer Personenhandelsgesellschaft verbunden ist. Überwiegend wird hierin ein Verstoß gegen § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG gesehen, wonach eine gewerbliche Tätigkeit mit dem Beruf des Steuerberaters oder Steuerbevollmächtigten unvereinbar ist.<sup>4</sup> Als unzulässig wird nicht nur eine formelle Geschäftsführung angesehen; berufswidrig soll auch der handeln, wer „in ähnlicher Weise“, zB als Generalbevollmächtigter, **Prokurist** oder Handlungsbevollmächtigter (§ 54 HGB) eines gewerblichen Unternehmens tätig wird.<sup>5</sup> Demgegenüber ist berufsrechtlich unproblematisch die Testamentsvollstreckung an einem **Kommanditanteil** oder an Anteilen von Kapitalgesellschaften. Sowohl das Halten von Geschäftsanteilen für Dritte als auch die daraus folgende Wahrnehmung von Gesellschafterrechten (zB Ausübung von Stimmrechten) sind als zulässige treuhänderische Tätigkeiten anzusehen.<sup>6</sup>

Allerdings kann die zuständige Steuerberaterkammer **Ausnahmen** von dem Verbot der Übernahme gewerblicher Tätigkeiten zulassen, soweit durch die Tätigkeit eine **Verletzung von Berufspflichten nicht zu erwarten** ist (§ 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG). Nach § 16 Abs. 1 BOSTb kann dies geschehen, soweit dadurch eine Verletzung von Berufspflichten nicht zu erwarten

1 Feiter DStR 2006, 484; Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 42; Staudinger/Reimann § 2197 Rn. 65; Reimann, WPK-Mitt. 1996, Sonderheft 7, 6 f.; Carlè KÖSDI 1989, 7556; Watrin DStR 2002, 422; Hering StB 2002, 94; Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 96.

2 Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 43 mwN.

3 Berufsordnung neu gefasst mit Wirkung vom 1.1.2011 durch Nr. 1 Beschl. v. 8.9.2010 (DStR 2010, 2659); genehmigt durch das Bundesfinanzministerium am 16.12.2010.

4 Streck DStR 1991, 593; Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 43; Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 96; für Zulässigkeit einer übergangsweisen Tätigkeit aber Heilgeist DStR-KR 2005, 5.

5 Feiter DStR 2006, 484 (485).

6 Feiter DStR 2006, 484 (485).

ist (§ 57 Abs. 4 Nr. 1, 2. Hs. StBerG). Eine Ausnahmegenehmigung kann unter dieser Voraussetzung insbesondere erteilt werden bei Ausübung gewerblicher Tätigkeiten im Rahmen vereinbarter Tätigkeiten; Ausübung vereinbarter Tätigkeiten in Gesellschaften, die nicht Berufsausübungsgesellschaften sind, dabei ist sicherzustellen, dass Steuerberater nicht in ihren Berufspflichten beeinträchtigt werden; gewerblichen Tätigkeiten, die gemessen an Art und Umfang und unter Beachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen nur geringfügig sind; vorübergehendem Betrieb von gewerblichen Unternehmen, die im Wege der Erbfolge auf den Steuerberater übergegangen sind, oder von Unternehmen naher Angehöriger des Steuerberaters oder die Übernahme der Notgeschäftsführung bei Mandantenunternehmen. Die Durchführung der Testamentsvollstreckung ist dort aber nicht ausdrücklich genannt.<sup>7</sup> Im Gegenteil: Im Hinblick auf das 8. Steuerberatungsänderungsgesetz hatte die Bundessteuerberaterkammer den Vorstoß unternommen, das Verbot der gewerblichen Tätigkeit punktuell zu lockern. Es wurde gefordert, dass es dem Steuerberater aus Wettbewerbsgründen erlaubt sein müsse, bei bestimmten vereinbarten Tätigkeiten Geschäftsführungsfunktionen wahrnehmen zu können. Dies gelte zB für die Testamentsvollstreckung, in deren Rahmen es erforderlich sein kann, ein zum Nachlass gehörendes Unternehmen als Geschäftsführer fortzuführen.<sup>8</sup> Diese Vorstellungen haben sich aber im Gesetzgebungsverfahren gerade nicht durchsetzen lassen.

§ 16 Abs. 3 BOSTb stellt weiter klar, dass eine Beteiligung an einem gewerblichen Unternehmen **keine gewerbliche Tätigkeit** im Sinne des § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG ist, wenn der Steuerberater **weder** nach den vertraglichen Vereinbarungen **noch** nach den tatsächlichen Verhältnissen für das Unternehmen **geschäftsführend** oder in ähnlicher Weise tätig wird.

## B. Testamentsvollstreckung als Berufsausübung des Steuerberaters

- 4 Die Übernahme des Amtes des Testamentsvollstreckers durch den Steuerberater im vorstehend als zulässig bezeichneten Umfang ist Teil seiner Berufsausübung.<sup>9</sup> Daher gelten auch **alle Berufspflichten** des Steuerberaters für die von ihm ausgeführte Testamentsvollstreckung, also die allgemeinen Grundpflichten nach § 57 Abs. 1 und 2 StBerG, und insbesondere die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkollisionen (§ 6 BOSTb), die Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 5 BOSTb, strafbewehrt nach § 203 StGB) und die Pflicht des Steuerberaters, ihm anvertraute fremde Vermögenswerte mit besonderer Sorgfalt zu behandeln und fremdes Geld oder fremde Wertpapiere auf einem Anderkonto oder in einem Anderdepot zu verwahren (§ 8 BOSTb).<sup>10</sup> Da es sich um Berufspflichten des Steuerberaters handelt, ist auch bei Verletzung dieser Pflichten bei Ausübung der Testamentsvollstreckung das Rügerecht der Steuerberaterkammer (§ 81 StBerG) und das berufsgerichtliche Verfahren (§§ 89 ff. StBerG) anwendbar.<sup>11</sup>
- 5 Nach der ausdrücklichen Regelung des § 5 Abs. 2 RDG ist nunmehr die Übernahme einer Testamentsvollstreckung durch einen Steuerberater eine **erlaubnisfreie Nebenleistung einer Rechtsdienstleistung**.<sup>12</sup> Durch die gesetzliche Neuregelung sind die Probleme entfallen, die sich nach dem früheren Rechtsberatungsgesetz bei einer Testamentsvollstreckung durch einen Steuerberater ergeben haben (siehe dazu → § 5 Rn. 34 ff.). Ein gewisses Korrektiv für die demnach grds. zulässige Testamentsvollstreckung durch Steuerberater ergibt sich allerdings

7 Zumindest missverständlich daher Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 44.

8 Kammerreport, Beihefter zu DStR 5/2005, S. 5.

9 Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 44; Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 96.

10 Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 45; Staudinger/Reimann § 2197 Rn. 65.

11 Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 45; Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 96.

12 Ausführlich dazu Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 49 ff.; Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Rn. 98.

daraus, dass diese in begründeten Fällen aufgrund des für sie gegenüber den Erben bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses verpflichtet sind, sachkundigen Rechtsrat einzuholen.<sup>13</sup> Wird hiergegen schuldhaft verstoßen, so macht sich der Testamentvollstrecker nach § 2219 BGB haftbar. Nach wie vor nicht zulässig ist aber, wenn ein Steuerberater allgemein eine „Erbrechtsberatung“<sup>14</sup> vornimmt oder den Entwurf einer Verfügung von Todes wegen fertigt.<sup>15</sup>

### C. Versicherungsschutz

Auch der Steuerberater hat zu prüfen, ob die Tätigkeit als Testamentvollstrecker von seiner normalen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung mit **abgedeckt** ist. Gleiches gilt für die Höhe der Versicherungssumme. Die für den Steuerberater bestehende Versicherungspflicht nach § 67 StBerG erstreckt sich auch auf die mit der Steuerberatung nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 StBerG vereinbarten Tätigkeiten,<sup>16</sup> somit auch auf die Tätigkeit als Testamentvollstrecker. Nicht über die allgemeine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung abgedeckt sein dürfte aber die vom Steuerberater als Testamentvollstrecker ausgeübte gewerbliche Tätigkeit und zwar auch dann, wenn diese von der Steuerberaterkammer genehmigt ist.<sup>17</sup>

Allerdings ist zu beachten, dass eine unbefugte Rechtsberatung durch einen Steuerberater (→ Rn. 5 aE) grds. zum Verlust des Versicherungsschutzes führt. Jedoch sehen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung vor, dass der Versicherungsschutz nur bei bewusster Überschreitung der Grenzen der erlaubten Tätigkeit versagt wird.<sup>18</sup>

### D. Testamentvollstreckervergütung

Auch wenn ein Steuerberater der Testamentvollstrecker ist, gilt für deren Bemessung die Maßgeblichkeit des Erblasserwillens (→ § 21 Rn. 2); mangels einer entsprechenden Regelung hat er Anspruch auf eine angemessene Vergütung (§ 2221 BGB). Für die in Ausübung dieses Amtes erfolgte Tätigkeit gilt die **StBVV**<sup>19</sup> nicht kraft Gesetzes.<sup>20</sup> Anders ist es nur, wenn der Erblasser deren Geltung ausdrücklich anordnet. Für eine reine Steuerberatertätigkeit iRd Testamentvollstreckung kommt die StBVV nur bei einem ordnungsgemäß erteilten Auftrag in Betracht, wobei die Beachtung der sich aus § 181 BGB ergebenden Beschränkungen erforderlich ist.<sup>21</sup> Allerdings kommt hier auch eine **stillschweigende Befreiung** vom Verbot des Selbstkontrahierens durch den Erblasser in Betracht. Dies wird dann der Fall sein, wenn die Erteilung eines eigenen Auftrags an sich selbst bei strengen Maßstäben den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 BGB) entspricht und die Einschaltung eines Steuerberaters objektiv erforderlich war (eingehend zu dieser Frage oben → § 21 Rn. 87 ff.).<sup>22</sup>

13 Feiter DStR 2006, 484 unter Bezugnahme auf S. 77 des Referentenentwurfs zum RDG.

14 LG Hamburg NJW-RR 2002, 1144 = DStRE 2002, 1480 zum Recht vor dem RDG.

15 LG Freiburg NJW-RR 2006, 423 = MittBayNot 2006, 342 mAnm *Muscheler*; *Zimmermann*, Testamentvollstreckung, Rn. 98.

16 Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 46; *Zimmermann*, Testamentvollstreckung, Rn. 96; *Kuhls/Kuhls* StBerG § 67 Rn. 30.

17 Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 46; aA *Kuhls/Kuhls* StBerG § 67 Rn. 49.

18 Feiter DStR 2006, 484 (485).

19 Steuerberaterberatervergütungsverordnung vom 17.12.1981, BGBl. I S. 1442, FNA 610-10-7, zuletzt geändert durch VO vom 11.12.2012, BGBl. I S. 2637.

20 *Streck* DStR 1991, 592 (595); Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 47; *Zimmermann*, Testamentvollstreckung, Rn. 97; ebenso *Winkler*, Testamentvollstrecker, Rn. 570.

21 Bengel/Reimann TV-HdB/Sandkühler § 11 Rn. 48; *Zimmermann*, Testamentvollstreckung, Rn. 97.

22 *Zimmermann*, Testamentvollstreckung, Rn. 97.

## § 25b Testamentsvollstreckung und Stiftungsrecht

**Literatur:** *K.-W. Lange*, Stiftungerrichtung von Todes wegen und Testamentsvollstreckung, ZStV 2019, 85; *Muscheler*, Der Übergang von der unselbständigen Stiftung in die rechtsfähige Stiftung, ZEV 2018, 187; *Pauli*, Die Doppelstiftung als Unternehmensträger einer Doppelstiftung, ZERB 2010, 66; *Pauli*, Die Familienstiftung, FamRZ 2012, 344; *Pauli*, Stiftung und Testamentsvollstreckung als Gestaltungsmittel zur Sicherung des Erblasserwillens, ZEV 2012, 461; *Pauli*, Sonderfragen bei der Errichtung von Stiftungen, ZStV 2019, 41; *Schewe*, Stiftung und Dauertestamentsvollstreckung, ZEV 2012, 236; *Schwalm*, Stiftungsrechtsreform ante portas? – Kernbotschaften für die Stiftungspraxis, ZEV 2021, 68.

<b>A. Grundsätzliches</b> .....	1	<b>B. Sonderprobleme</b> .....	5
I. Stiftung als Testamentsvollstrecker .....	1	I. Dauervollstreckung am Stiftungsver-	
II. Doppelrolle Testamentsvollstrecker und		mögen .....	5
Stiftungsorgan .....	2	II. Aufgaben des Testamentsvollstreckers ....	10
III. Gründung einer Stiftung durch den Testamentsvollstrecker .....	4		

### A. Grundsätzliches

#### I. Stiftung als Testamentsvollstrecker

Auch eine **juristische Person wie eine Stiftung ist als Testamentsvollstrecker** ernennungsfähig, <sup>1</sup> wie sich bereits aus § 2210 S. 3 BGB ableiten lässt. Die Stiftung führt das Amt dann durch den Vorstand aus. Wegen der weiteren Besonderheiten wird auf die Ausführungen unter → § 25a Rn. 1 ff. verwiesen.<sup>1</sup> Ob die Durchführung von zahlreichen Testamentsvollstreckungen ggf. die Gemeinnützigkeit der Stiftung nach §§ 51 AO gefährden kann und auch die gleichzeitige Trägerschaft für eine andere unselbständige Stiftung möglich ist, ist einzelfallabhängig und hängt ua vom Stiftungszweck und vom Inhalt der Testamentsvollstreckung ab.

#### II. Doppelrolle Testamentsvollstrecker und Stiftungsorgan

Hat der Erblasser eine Stiftung als Erben eingesetzt und zugleich Abwicklungs- oder Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, kann der Vollstrecker grundsätzlich zugleich Organ der Stiftung (Vorstand, Beirat, Kuratoriumsmitglied) sein.<sup>2</sup> Dabei ist darauf zu achten, dass der Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen durch § 181 BGB befreit wurde, andernfalls kann er zB nicht bei seiner Wahl zum Stiftungsorgan mitwirken, sofern nicht ggf. der Erbe dies zulässt.<sup>3</sup>

Die Vorschrift des § 2210 BGB findet bei der Einsetzung des Testamentsvollstreckers als Stiftungsorgan keine Anwendung. Der Testamentsvollstrecker bleibt damit Stiftungsorgan, auch wenn sein Amt als Testamentsvollstrecker wegen § 2210 BGB oder aus anderen Gründen erloschen sein sollte.<sup>4</sup> Sofern der Erblasser dies nicht wünscht, ist dies gesondert anzuordnen bzw. an Ersatzlösungen zu denken.

#### III. Gründung einer Stiftung durch den Testamentsvollstrecker

Mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung will ein Erblasser in der Regel den Nachlass sichern. Einen ähnlichen Zweck verfolgt er mit der Gründung einer Stiftung. Insofern <sup>4</sup>

<sup>1</sup> Wegen der einzelnen Stiftungsformen wird auf: Bengel/Reimann TV-HdB/Pauli § 5 Rn. 302 ff. verwiesen.

<sup>2</sup> MüKoBGB/Zimmermann § 2197 Rn. 10.

<sup>3</sup> Bengel/Reimann TV-HdB/Pauli § 5 Rn. 326.

<sup>4</sup> *Wochner* MittRhNotK 1994, 89.

## 25B § 25b Testamentvollstreckung und Stiftungsrecht

werde beide Instrumente nicht selten zB für die Unternehmensnachfolge eingesetzt. In der Praxis finden sich Kombinationen zB in folgenden Konstellationen:

- Ein Testamentvollstrecker soll zugleich Stiftungsorgan werden oder ist dies bereits
- Aufgabe eines Testamentvollstreckers ist die Gründung einer selbstständigen Stiftung mit Anerkennungsverfahren und anschließender Einbringung von Nachlassvermögen (Abwicklung des Stiftungsgeschäftes)
- Aufgabe eines Testamentvollstreckers ist die Gründung einer unselbständigen Stiftung und die Vereinbarung eines Treuhandvertrages sowie anschließender Übertragung von Nachlassvermögen an den Treuhändern
- Aufgabe eines Testamentvollstreckers ist die Beaufsichtigung oder Verwaltung einer Stiftung durch Übernahme eines Amtes als Stiftungsorgan

### B. Sonderprobleme

#### I. Dauervollstreckung am Stiftungsvermögen

- 5 Sofern der Testamentvollstrecker den Wunsch des Erblassers nach der Gründung einer Stiftung von Todes wegen umzusetzen hat, ist darauf zu achten, dass nach der Rspr.<sup>5</sup> eine Dauervollstreckung über das der Stiftung zugewandte Vermögen unzulässig ist. Mit der Stiftung von Todes wegen ist eine Dauertestamentsvollstreckung für die Verwaltung des Nachlasses nicht vereinbar, weil dies mit der Aufgabe des Vorstands, das Stiftungsvermögen in Eigenverantwortung zu verwalten, und der staatlichen Aufsicht darüber in Widerspruch steht. Ein Testamentvollstrecker, dessen Aufgabe die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen ist, muss darum nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Stiftung die Verfügungsbefugnis über den als Stiftungsvermögen zugewendeten Teil des Nachlasses zugunsten der Stiftung freigeben.
- 6 Nach aA ist die Anordnung einer Dauervollstreckung nach § 2209 BGB mit der Einsetzung einer Stiftung zur Erbin vereinbar, da der Dauervollstreckung im Hinblick auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen eine eigenständige Funktion zukäme.<sup>6</sup> Dafür solle sprechen, dass der Erblasser- und Stifterwille für die Vereinbarkeit von Dauervollstreckung und Stiftung die oberste Leitlinie für die Nachlassverwaltung bilden.<sup>7</sup>
- 7 Sofern eine Stiftung zur Erbin eingesetzt wird, ist zumindest gleichzeitig eine begleitende Testamentvollstreckung anzuordnen, insbesondere um den Nachlass geordnet in die Stiftung zu überführen und das Anerkennungsverfahren mit den zumeist noch notwendigen Änderungen der Stiftungssatzung zu Ende zu bringen.<sup>8</sup>
- 8 Im Rahmen der geplanten Stiftungsrechtsreform soll nach § 81 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RefE die Stiftung ihr gewidmetes Vermögen „zur eigenen Verfügung“ erhalten müssen.<sup>9</sup> Der RefE betont, dass diese Regelung darauf abzielt, die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung bei gleichzeitiger Erbeinsetzung einer Stiftung von Todes wegen für unzulässig zu erklären. Wegen des Vorranges des sichersten Weges sollte daher vorsorglich vor der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung bei gleichzeitiger Erbeinsetzung einer Stiftung von Todes wegen Abstand genommen werden. Ausweichlösungen wären somit Stiftungsgründun-

5 OLG Frankfurt ZEV 2011, 605 mAnm *Reimann* sowie *Neuboff* ZErB 2013, 81.

6 So zB *Schewe* ZSt 2004, 301 ff.; *ders.* ZEV 2012, 234 ff.; *Ponath/Jestaedt* ZErB 2012, 253.

7 *Schewe* ZEV 2012, 236; vgl. auch *Palandt/Weidlich* BGB § 2205 Rn. 7.

8 *Reimann*, Anm. zu OLG Frankfurt ZEV 2011, 605 ff.

9 *Schwalm* ZEV 2021, 68 mwN zur Kritik und Auswirkungen des RefE.

gen bereits zu Lebzeiten und die Implementierung des späteren Testamentsvollstreckers als Stiftungsorgan.

Sofern dennoch eine Stiftung lediglich von Todes wegen gegründet werden soll, müssen entweder atypische Lösungen, zB die gegenständlich beschränkte Dauertestamentsvollstreckung, gewählt oder auf eine Abwicklungsvollstreckung zurückgegriffen werden. Soll eine Dauertestamentsvollstreckung die Stimmrechtsausübung in Familiengesellschaften absichern, sind etwaige gesellschaftsrechtliche Auswirkungen zu bedenken.<sup>10</sup>

Ein Testamentsvollstrecker kann bei der Dauervollstreckung auch nach Entstehung der Stiftung zu Satzungsänderungen befugt sein, sofern der Erblasser den Testamentsvollstrecker hierzu ermächtigt hat. Allerdings wird man die spätere Satzungsänderungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auch bei ausdrücklicher Anordnung durch den Erblasser nur annehmen können, soweit nicht die Essentialia des Stiftungsgeschäftes (Zweckbindung etc) betroffen sind.<sup>11</sup> Zielt der originäre Stifterwille ausschließlich auf die Stiftungsform der „Ewigkeitsstiftung“, bietet das Recht für einen über die ergänzende Auslegung des Stifterwillens beabsichtigten Wechsel zu einer Verbrauchsstiftung keinen Raum.<sup>12</sup>

## II. Aufgaben des Testamentsvollstreckers

Um eine Stiftung zu errichten, bedarf es des Abschlusses eines Stiftungsgeschäfts, welches neben der Satzung und Benennung der Stiftungsorgane auch die Zusage der Widmung von Vermögen an die Stiftung enthält, und die Anerkennung durch die staatliche Stiftungsbehörde.<sup>10</sup>

Der Erblasser kann eine solche Errichtung einer Stiftung im Rahmen einer letztwilligen Verfügung durch eine Stiftung von Todes wegen anordnen und dem Testamentsvollstrecker die Aufgabe der Errichtung geben und ihn auch als Stiftungsorgan einsetzen. Hat er keinen Testamentsvollstrecker ernannt, hat das Nachlassgericht nach § 1960 BGB einen Nachlasspfleger zu bestellen oder die Bestellung eines Pflegers für die Stiftung gemäß § 1913 BGB zu veranlassen.

Dem Testamentsvollstrecker kann wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB nicht freies Ermessen eingeräumt werden, ob das Stiftungsgeschäfts in Kraft treten soll oder nicht.<sup>13</sup> Alternativ bleibt nur der Weg über ein Bestimmungsvermächtnis nach § 2151 BGB.

Grundsätzlich muss er sich um die Anerkennung durch die jeweilig zuständige Stiftungsbehörde nach Maßgabe der §§ 83 ff. BGB kümmern. Etwaige Änderungen an der Gründungssatzung, die Teil der letztwilligen Verfügung sind,<sup>14</sup> dürfen vom Testamentsvollstrecker vorgenommen werden.<sup>15</sup> Bei einer gemeinnützigen Stiftung hat er zudem das Feststellungsverfahren nach § 60a AO zur Anerkennung der Gemeinnützigkeit einzuleiten und durchzuführen.

Ist der Zweck einer Stiftung hinreichend bestimmt, so ist die Errichtung einer unselbstständigen Stiftung aufgrund letztwilliger Verfügung auch in der Weise möglich, dass der Erblasser

10 Schwalm ZEV 2021, 68.

11 O. Schmidt ZEV 2000, 438; Palandt/Weidlich § 2209 Rn. 7.

12 VG Gelsenkirchen (12. Kammer) 12.7.2018 – 12 K 499/18, ErbR 2018, 610 = ZEV 2018, 547.

13 Bengel/Reimann TV-HdB/Pauli § 5 Rn. 318.

14 Wobei nach OLG Stuttgart ZEV 2010, 200 die Stiftungssatzung nicht der Form des § 2247 BGB entsprechen muss und die Regeln der erläuternden Auslegung angewendet werden können, wenn die Satzung zB als Ausdruck dem Testament beigefügt ist und darauf in der Verfügung Bezug genommen wurde.

15 Bengel/Reimann TV-HdB/Pauli § 5 Rn. 320.

## 25B § 25b Testamentsvollstreckung und Stiftungsrecht

---

einem Testamentsvollstrecker die Auswahl des Stiftungsträgers und die inhaltliche Fassung der Stiftungssatzung überlässt.<sup>16</sup>

Die letztwillige Verfügung sollte genaue Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker beinhalten, insbesondere auch zu der Frage, ob dieser bspw. den Treuhandvertrag aus-handeln bzw. einen bestehenden kündigen kann.<sup>17</sup>

- 12 Der Erblasser wird in der Regel den Erben oder einen Vermächtnisnehmer durch eine Auflage beschweren, der Stiftung das gewidmete Vermögen zu übertragen. Die Stiftung hat nach § 1940 BGB selbst kein eigenes Recht auf die Leistung. Der Testamentsvollstrecker hat dann die Auflage wegen § 2203 BGB zur Ausführung zu bringen. Verfolgt die Stiftung gemeinnüt-zige oder mildtätige Zwecke iSd §§ 51 ff. AO, könnte die Vollziehung der Auflage sogar im öffentlichen Interesse liegen, so dass gemäß § 2194 S. 2 BGB auch die zuständige Behörde den Vollzug der Auflage verlangen kann.

---

16 OLG München 28.5.2014 – 31 Wx 144/13, ZEV 2014, 605. Zu den Folgen aus dieser Entscheidung ausführlich: *Muscheler* ZEV 2014, 573.

17 Zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers bei der Abwicklungsvollstreckung: *Trappe* ErbR 2014, 209.

## § 36 Der Testamentsvollstrecker im Prozess

A. Allgemeines .....	1	II. Muster: Anschreiben mit Einverständniserklärung .....	14
B. Herausgabe von Nachlassgegenständen .....	2	D. Nach dem Prozess .....	15
I. Kurzübersicht: Aktiv-Prozess des Testamentsvollstreckers .....	4	I. Rechtswirkungen von Urteilen .....	15
II. Kurzübersicht: Der Testamentsvollstrecker im Passiv-Prozess .....	5	II. Klauselumschreibung .....	16
III. Muster: Herausgabeklage (inklusive Auskunft) .....	10	1. Muster: Klauselumschreibung (für Testamentsvollstrecker) .....	17
C. Verfügung über Nachlassgegenstände und Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers .....	11	2. Muster: Klauselumschreibung (gegen Testamentsvollstrecker) .....	18
I. Muster: Zustimmungsklage .....	13	E. Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers .....	19

### A. Allgemeines

Der Testamentsvollstrecker wird nicht selten vor der Situation stehen, dass Erben oder Dritte etwas aus dem Nachlass genommen haben, ohne hierzu berechtigt zu sein. Häufig wird von diesen eingewandt, man würde ohnehin diesen Gegenstand als Erbe erhalten. Es ist in diesen Fällen dann fraglich, ob der Testamentsvollstrecker verpflichtet ist, den Erben zur Herausgabe aufzufordern bzw. eine Herausgabeklage einzureichen. 1

### B. Herausgabe von Nachlassgegenständen

Hierzu folgender Fall: 2

**Abwandlung des Ausgangsbeispiels:** Der Testamentsvollstrecker stellt fest, dass der Erbe F vermutlich eine wertvolle Vase im Werte von 25.000 EUR aus dem Nachlass entfernt hat und plant, diese zu veräußern. Da das Nachlassverzeichnis noch nicht erstellt war, kann der Testamentsvollstrecker den Gegenstand nicht genau bezeichnen. Trotz Aufforderung gibt F den Gegenstand nicht heraus.

Zunächst sollen durch die nachfolgenden **Kurzübersichten** die Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers im Prozess rekapituliert werden: 3

- § 2212 BGB gilt für Aktivprozesse
- § 2213 BGB gilt für Passivprozesse

#### I. Kurzübersicht: Aktiv-Prozess des Testamentsvollstreckers

- Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht kann nur vom Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden (§ 2212 BGB). 4
- Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter der Erben, sondern **Partei kraft Amtes** (§ 116 S. 1 Nr. 1 ZPO).
- somit Klage **im eigenen Namen** und auf Leistung an sich
- Der Testamentsvollstrecker kann als Partei vernommen werden (§§ 445 ff. ZPO).
- Der Erbe ist **Zeuge**, sofern nicht Streitgenosse oder (wie im Beispiel) Beklagter.
- **Prozesskostenhilfe** möglich
- Nicht nach § 2212 BGB, sondern **im eigenen Namen** klagt der Testamentsvollstrecker bei persönlichen Rechten.

Beispiele:

- Aufwendungsersatzanspruch (§§ 2218, 670 BGB)
- Schadensersatz (§ 2219 BGB)
- wirksame Ernennung als Testamentsvollstrecker
- Der Testamentsvollstrecker ist **Kostenschuldner** bei Unterliegen. Eine Beschränkung der Erbenhaftung muss hier wohl nicht vorbehalten werden (analog § 780 Abs. 2 ZPO).
- Mehrere Testamentsvollstrecker sind bei gemeinsamer Testamentsvollstreckung **notwendige Streitgenossen**.
- Alleiniges **Klagerecht** eines Testamentsvollstreckers bei alleiniger Testamentsvollstreckung
- Bei Beendigung des Testamentsvollstrecker-Amtes tritt Erbe nach §§ 239, 246 ZPO in Prozess ein.
- **Rechtskraft** des Urteils wirkt für und gegen den Erben, wenn Verwaltung des Nachlasses betroffen (§ 327 ZPO)
- Wichtig: § 2212 BGB abdingbar → Zuweisung des Prozessführungsrecht nach § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB möglich
- Ermächtigung im Rahmen der **gewillkürten Prozessstandschaft**
- Testamentsvollstrecker darf **jede Art** von gerichtlichen Ansprüchen geltend machen (zB Arrest/Mahnbescheid/Vollstreckungsbescheid/Aufrechnung/sonstige Einreden)
- Zivil- und Verwaltungsrechtsweg eröffnet; ebenso: Finanzgerichtliches Verfahren, FamFG-Verfahren, Schiedsgerichtsverfahren
- Testamentsvollstrecker darf **Verzicht**, **Anerkenntnis** oder **Vergleich** erklären, sofern keine Einschränkung durch Erblasser erfolgt ist; für materiellrechtliche Wirkungen kommt es aber auf den Umfang seines Verwaltungsrechts an
- Kein Prozessführungsrecht des Testamentsvollstreckers, wenn Verwaltungsrecht fehlt oder über Gesellschaftsstreitigkeiten
- Besonderer Gerichtsstand (§ 27 ZPO)
- Schadensersatzpflicht nach § 2219 BGB bei pflichtwidriger Prozessführung (zB Prozessverzögerung)

**Bei Prozessunterbrechung gilt:**

- Prozess des Erblassers: bei Eintritt Testamentsvollstreckung Unterbrechung nach § 239 ZPO → Übernahmerecht nach §§ 249, 241 ZPO
- Bei Wechsel des Testamentsvollstreckers Unterbrechung nach § 239 ZPO oder Aussetzungsantrag nach § 246 ZPO
- Verjährungshemmung: § 211 BGB – Verjährung wird nicht vor Ablauf von 6 Monaten seit Amtsannahme beendet

## II. Kurzübersicht: Der Testamentsvollstrecker im Passiv-Prozess

5 § 2213 BGB ist „dreigeteilt“:

- (1) bei Anspruch gegen den Nachlass → Geltendmachung sowohl gegen Erben als auch gegen Testamentsvollstrecker (Abs. 1 S. 1)
  - (2) wenn Testamentsvollstrecker kein Verwaltungsrecht hat → nur Klage gegen Erben (Abs. 1 S. 2)
  - (3) Pflichtteilsansprüche und Nebenrechte nur gegen Erben (Abs. 1 S. 3)
- Klage gegen Erben vor Annahme nicht zulässig, aber wegen § 2213 Abs. 2 BGB gegen Testamentsvollstrecker, sofern Amt angenommen
  - bei Ansprüchen gegen Testamentsvollstrecker ist § 2213 BGB nicht anwendbar

- bei **gegenständlich beschränkter** Testamentsvollstreckung:
- Duldungstitel gegen Testamentsvollstrecker notwendig (§ 748 Abs. 2 ZPO)
- oder Zwangsvollstreckung in Eigenvermögen der Erben
  - oder Zwangsvollstreckung in nicht vom Testamentsvollstrecker verwaltenden Teil
- **Umdeutung** einer unzulässigen Leistungsklage in Duldungsklage möglich, wobei Testamentsvollstrecker alle materiellen Einwendungen und Einreden hat
- wie in § 2212 BGB ist **Testamentsvollstrecker Prozesspartei**
- Beitritt als Streithelfer nach § 66 ZPO oder Streitverkündung nach § 72 ZPO zulässig
- Erbe und Testamentsvollstrecker sind keine Streitgenossen!
- Klage gegen Erben und Testamentsvollstrecker kann einheitlich (§ 59 ZPO) oder getrennt geführt werden.
- besonderer **Gerichtsstand** der Erbschaft (§§ 27, 28 ZPO)
- nach **Unterbrechung** durch Tod: Testamentsvollstrecker oder Erben können fortführen – Kläger kann Testamentsvollstrecker durch Anzeige der Fortsetzungsabsicht auch gegen den Willen in den Prozess einbeziehen!

**Vertiefung:** Siehe § 11.

**Lösung des Abwandlungsbeispiels:** Grundsätzlich besteht aufgrund § 2211 BGB ein Verfügungsverbot der Erben ab dem Erbfall. Aber es besteht die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 2211 Abs. 2, 932 BGB, der nicht an § 935 Abs. 1 BGB scheitert, wenn der Testamentsvollstrecker die einzelnen Nachlassgegenstände noch nicht selbst in Besitz genommen hat (§ 857 BGB verschafft kraft Gesetzes nur den Erben den Erbenbesitz). Daher ist eine Herausgabeklage des Testamentsvollstreckers geboten und möglich. Da wegen § 857 BGB der Besitz mit dem Erbfall auf alle Erben übergeht, müssen alle Erben, also auch die Putzfrau P mitverklagt werden. Es besteht insoweit eine notwendige Streitgenossenschaft nach § 2040 BGB, § 62 ZPO. Somit muss der Testamentsvollstrecker die Herausgabeklage gegen alle Erben zur Leistung an sich richten, wobei das Prozessgericht und nicht das Nachlassgericht zuständig ist. 6

Ohnehin sollte in der Praxis so rasch wie möglich der Nachlass vom Testamentsvollstrecker in unmittelbaren Besitz genommen werden, um Besitzschutzrechte ausüben zu können. Meist haben die Erben aber schon zuvor unmittelbaren Besitz ergriffen. Dann kann der Testamentsvollstrecker keine eigenen Besitzschutzrechte geltend machen, so dass andernfalls verbotene Eigenmacht des Vollstreckers vorliegen kann. Hier gilt es, bereits zu Lebzeiten des Erblassers zB durch Vollmachten für den späteren Testamentsvollstrecker und ggf. durch Einräumung von Mitbesitz Vorsorge zu treffen.

Allerdings droht dann regelmäßig ein sofortiges Anerkenntnis des Erben, der nicht im unmittelbaren Besitz des herauszugebenden Gegenstandes ist, aber selbst herausgabebereit wäre. Insofern ist es besser, wenn man zuvor diesen Erben anschreibt und ihn erklären lässt, dass er im Falle des unmittelbaren Besitzes zur Herausgabe des Gegenstandes bereit sei. Dann braucht nur der unwillige Erbe verklagt zu werden,<sup>1</sup> wobei die weiteren Umstände und die Herausgabewilligkeit des Weiteren Erben selbstverständlich dargelegt werden müssen. 7

Sind die weggenommenen Gegenstände unbekannt, so ist eine Stufenklage notwendig. Der Auskunftsanspruch des Testamentsvollstreckers ergibt sich aus § 260 BGB. Eventuelle Besitzschutzrechte der §§ 859 ff. BGB stehen dem Testamentsvollstrecker erst nach Erlangung der tatsächlichen Gewalt zu.

Bevor eine Herausgabeklage eingereicht wird, ist zunächst zu prüfen, ob der Erbe oder Dritte 8 Einreden geltend machen können. Diese sind zB:

1 BGH NJW 1982, 441 ff.

## 36 § 36 Der Testamentsvollstrecker im Prozess

- Einrede wegen § 2217 BGB<sup>2</sup>
- *dolo agit qui petit quod statim rediturus est*<sup>3</sup> (§ 242 BGB)
- Gegenstand unterliegt nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers
- Dritte können Zurückbehaltungsrecht wegen Aufwendungen für Nachlass haben.

Werden Gegenstände zur Erfüllung der Testamentsvollstrecker-Aufgaben nicht gebraucht, hat der Testamentsvollstrecker auf Verlangen den Erben diese zur freien Verfügung stellen – §§ 2217, 2220 BGB („offenbar“). Eine Freigabe aus freien Stücken durch den Testamentsvollstrecker ist möglich.

- 9 Nachlassgegenstände werden grundsätzlich gebraucht, um Auflagen oder Vermächtnisse zu erfüllen und um Nachlassverbindlichkeiten auszugleichen. Die Freigabe von Gegenständen scheidet somit bei folgenden Fällen aus:
- wenn Gegenstände für Vermächtnis- oder Aufлагenerfüllung benötigt werden
  - bei Abwicklungs-Testamentsvollstreckung
  - bei Auseinandersetzungs-Testamentsvollstreckung bis zur Schlussverteilung
  - bei Dauer-Testamentsvollstreckung gem. § 2209 S. 1 1. Alt. BGB.

### III. Muster: Herausgabeklage (inklusive Auskunft)

10

► An das Landgericht München I



#### Klage

des Rechtsanwalts R, als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am 28.2.2021 verstorbenen Herrn Otto Normalerblasser, ... (*Adresse*)

– Kläger –

gegen

- 1.) Herrn F ... (*Adresse*)
- 2.) Frau P ... (*Adresse*)

– Beklagte –

wegen Auskunft und Herausgabe von Nachlassgegenständen

Als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am 28.2.2021 verstorbenen Otto Normalerblasser erhebe ich Klage und werde beantragen:

Die Beklagten werden verurteilt,

- 1) dem Kläger über den Bestand des Nachlasses des am 28.2.2021 in München verstorbenen Otto Normalerblasser sowie über den Verbleib der Nachlassgegenstände Auskunft zu erteilen,
- 2) erforderlichenfalls an Eides Statt zu versichern, dass die Auskunft vollständig und richtig ist,
- 3) an den Kläger die nach Erteilung der Auskunft noch zu bezeichnenden Gegenstände herauszugeben.

(Es folgen ggf. Anträge zur Sicherheitsleistung, Versäumnisurteil, Einzelrichter etc)

#### Begründung

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker des am 28.2.2021 in München verstorbenen Otto Normalerblasser.

2 Gegebenenfalls kann der Besitzer gem. § 2217 Abs. 2 BGB zur Vermeidung einer Herausgabe Sicherheit an den Testamentsvollstrecker leisten.

3 Sinngemäß: Derjenige handelt unredlich, der eine Sache herausfordert, die er sofort zurückgeben müsste. Eine sofortige Herausgabeverpflichtung des Testamentsvollstreckers dürfte aber in der Praxis eher die Ausnahme sein.

**Beweis:** Testamentsvollstreckerzeugnis des Amtsgerichts München (Anlage 1)

Die Beklagten sind laut notariellem Testament vom 19.2.2010 des Notars Dr. Wachtelhofen Erben.

**Beweis:** Notarielles Testament vom 19.2.2010 (Anlage 2)

Am 23.4.2021 nahm der Beklagte zu 1) einen Gegenstand aus der Wohnung des Erblassers, ohne hierzu berechtigt zu sein. Er gab zu, einen Gegenstand aus der Wohnung entfernt zu haben, weigerte sich jedoch trotz Aufforderung, den Gegenstand näher zu bezeichnen und wieder an den Kläger herauszugeben. Die Klage ist daher geboten.

**Beweis:** Aufforderungsschreiben vom ... (*Datum*)

Dem Beklagten zu 1.) steht kein Recht an dem Gegenstand zu.

Der aus der Wohnung entfernte Gegenstand unterliegt der Verwaltung des Testamentsvollstreckers und wird zur Erfüllung seiner Aufgaben noch gebraucht.

Da der Gegenstand wegen § 2040 BGB nur einheitlich herausgegeben werden kann, ist die Klage gegen beide Erben zu richten.

Die Beklagte zu 2.) hat sich im Übrigen im Vorfeld nicht bereit erklärt, im Falle der unmittelbaren Besitzerlangung des o.g. Gegenstandes, diesen an den Testamentsvollstrecker herauszugeben.

Rechtsanwalt ◀

### C. Verfügung über Nachlassgegenstände und Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers

Praxistipp Bei Zweifeln über die Verpflichtungsbefugnis sollten die Erben zur Einwilligung in das Geschäft oder die Verfügung aufgefordert und ggf. bei Weigerung verklagt werden (§ 2206 Abs. 2 BGB). Die Einverständniserklärungen der Erben sind schriftlich festzuhalten und zur Akte zu nehmen. 11

Dem Testamentsvollstrecker ist grundsätzlich anzuraten, bei Zweifeln über den Umfang seiner Verpflichtungsbefugnis die Erben zur Einwilligung in das Geschäft aufzufordern.<sup>4</sup> Notfalls ist sogar eine Klage auf Zustimmung nach § 2206 Abs. 2 BGB einzureichen, welche an das Prozessgericht und nicht an das Nachlassgericht zu richten ist. Bei einem Unterliegen trägt allerdings der Testamentsvollstrecker die Kosten des Verfahrens.

**Abwandlung des Ausgangsbeispiels:** Der Erblasser hat eine Wohnung in München hinterlassen, die seit mehreren Wochen leer steht, und derzeit nur mit Verlust verkauft werden könnte. Der Testamentsvollstrecker will die Wohnung für die Dauer von zwei Jahren zunächst vermieten. Die Erbin Putzfrau P stimmt nicht zu. 12

Hierzu folgender Lösungsvorschlag:

#### I. Muster: Zustimmungsklage

► An das Amtsgericht München

Klage

des Rechtsanwalts R, ... (*Adresse*)

– Kläger –

gegen

die Frau P, ... (*Adresse*)

– Beklagte –

4 So auch Bengel/Reimann TV-HdB/Schaub § 4 Rn. 111.

## 36 § 36 Der Testamentsvollstrecker im Prozess

wegen Zustimmung.

Ich erhebe Klage und werde beantragen:

Die Beklagte wird verurteilt, ihre Zustimmung zu dem vom Kläger als Testamentsvollstrecker mit dem Herrn Michael Mieter noch abzuschließenden Mietvertrag über die zum Nachlass des am 28.2.2021 verstorbenen Otto Normalerblasser gehörende Wohnung in der Arabellastr. 2 in München, 2. Stock links, gegen einen Kalt-Mietzins von monatlich 800 EUR und mit einer Befristung von zwei Jahren, zu erteilen.

(Es folgen ggf. Anträge zur Sicherheitsleistung, Versäumnisurteil etc)

### Begründung

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker des am 28.2.2021 in München verstorbenen Otto Normalerblasser.

**Beweis:** Testamentsvollstreckerzeugnis des Amtsgerichts München (Anlage 1)

Die Beklagten sind laut notariellem Testament vom 19.2.2010 des Notars Dr. Wachtelhofen Erben.

**Beweis:** Notarielles Testament vom 19.2.2010 (Anlage 2)

Im Nachlass befindet sich eine Wohnung in der Arabellastr. 2 in München, 2. Stock links, welche der Kläger an Herrn Michael Mieter zu einem Kalt-Mietzins von monatlich 800 EUR und einer Befristung von zwei Jahren vermieten will.

**Beweis:** Grundbuchauszug des AG München

Die Beklagte hat ihre Zustimmung zur Vermietung der Wohnung mit dem Argument verweigert, der Testamentsvollstrecker habe hierzu keine Verpflichtungsbefugnis.

Die Vermietung der leerstehenden Wohnung entspricht ordnungsgemäßer Verwaltung. Klage ist daher geboten.

Rechtsanwalt ◀

## II. Muster: Anschreiben mit Einverständniserklärung

14

► An den

82

... (*Erben*)

Betr.: Mietobjekt Arabellastr. 2, München

Sehr geehrter Erbe ... (*Name*),

als Testamentsvollstrecker bin ich zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet und kann nach § 2206 BGB Verbindlichkeiten für den Nachlass eingehen.

Bekanntlich befindet sich im Nachlass des Herrn Otto Normalerblasser eine Wohnung in München, Arabellastr. 2. Diese Wohnung steht bereits seit einigen Wochen leer. Es ist daher sicherlich auch in Ihrem Interesse, dass der Nachlass nicht weiter durch fehlende Einnahme bei bleibenden Verbindlichkeiten aufgrund der Nebenkosten für die Wohnung belastet wird. Ein Verkauf der Wohnung ist derzeit nur mit erheblichen wirtschaftlichen Verlusten verbunden, so dass ich mich um eine Vermietung der Wohnung bemüht habe.

Ich freue mich, Ihnen mitteilen zu können, dass ich einen solventen Mieter, und zwar Herrn Michael Mieter, gefunden habe, der bereit ist, einen auf zwei Jahre befristeten Mietvertrag zu einem Kalt-Mietzins von monatlich 800 EUR umgehend abzuschließen.

Wie ich Ihnen bereits in meinem ersten Schreiben mitgeteilt habe, möchte ich Sie über alle Bereiche meiner Tätigkeit informieren, obwohl ich hierzu grundsätzlich nicht verpflichtet bin. Ich denke aber, dass eine Vermietung der Wohnung auch in Ihrem Interesse liegt, und bitte daher rein vorsorglich um Ihr schriftliches Einverständnis.

Anliegend übersende ich Ihnen eine Einverständniserklärung, die Sie bitte bis zum

... (Frist)

an mich zurücksenden. Ein Freiumschlag ist beigefügt.

Nur der guten Ordnung halber weise ich darauf hin, dass der Erbe nach § 2206 Abs. 2 BGB zur Zustimmung von Verpflichtungsgeschäften, die der ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen, verpflichtet ist. Die Zustimmung kann notfalls auch vom Testamentsvollstrecker eingeklagt werden, wenn ein Erbe zu Unrecht seine Zustimmung verweigert.

Da ich den Mietvertrag ohne weitere Zeitverzögerung abschließen möchte, bitte ich um Einhaltung der Frist.

Für Rückfragen stehe ich wie immer gerne zur Verfügung.

Rechtsanwalt

#### Anlagen:

Einverständniserklärung

1. des Erben F
2. der Erbin P

Die Erben F und P erklären hiermit ausdrücklich ihr Einverständnis, dass der Testamentsvollstrecker mit Herrn Michael Mieter einen befristeten Mietvertrag über zwei Jahre zu einem Kalt-Mietzins über monatlich 800 EUR hinsichtlich der Wohnung in der Arabellastr. 2 in München, 2. Stock links, abschließt. Die Erträge fließen dem Nachlass zu und sollen nach Ausgleich der Steuerverbindlichkeiten des Erblassers aus dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2009 und nach Abzug einer Instandhaltungsrücklage von monatlich 300 EUR monatlich den beiden Erben zu je  $\frac{1}{2}$  ausgezahlt werden.

Unterschriften ◀

## D. Nach dem Prozess

### I. Rechtswirkungen von Urteilen

Ergeht ein Leistungsurteil über ein der Verwaltung unterliegendes Nachlassrecht des Testamentsvollstreckers, hat dieses Urteil nach § 327 Abs. 2 ZPO auch Rechtswirkung für und gegen den Erben. Dementsprechend kann in den Nachlass nach § 748 Abs. 1 ZPO vollstreckt werden. § 748 ZPO gilt ab dem Tod des Erblassers und nicht erst ab Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker nach § 2202 Abs. 1 BGB.<sup>5</sup>

Einen Duldungstitel gegen den Testamentsvollstrecker wirkt nicht gegen den Erben hinsichtlich einer Vollstreckung in sein eigenes Vermögen.<sup>6</sup>

### II. Klauselumschreibung

Das Leistungsurteil gegen den Testamentsvollstrecker kann jederzeit gegen den Erben umgeschrieben werden, sofern der Titel nach § 327 Abs. 2 ZPO auch gegen ihn wirkt. Aus diesem umgeschriebenen Titel ist dann auch eine Zwangsvollstreckung in das Eigenvermögen des Erben möglich, wobei allerdings nunmehr der Erbe die Beschränkung seiner Haftung geltend machen kann, auch wenn dies im ursprünglichen Urteil nicht nach § 780 Abs. 2 ZPO vorbehalten war.<sup>7</sup> Haftet der Erbe zB nach § 2013 BGB unbeschränkt, ist eine auf die Haftungsbeschränkung gestützte Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO unbegründet.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Zöller/Seibel ZPO § 748 Rn. 2.

<sup>6</sup> Staudinger/Reimann BGB § 2213 Rn. 13.

<sup>7</sup> Palandt/Weidlich BGB § 2213 Rn. 8.

<sup>8</sup> Staudinger/Reimann BGB § 2213 Rn. 9.

## 36 § 36 Der Testamentsvollstrecker im Prozess

### 1. Muster: Klauselumschreibung (für Testamentsvollstrecker)

17 ► An das

83  
Amtsgericht

In dem Rechtsstreit

Willi Meier./ Otto Normalerblasser

Az.: ...

beantrage ich als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am 24.2.2021 verstorbenen Otto Normalerblasser nach §§ 749, 727 ZPO

die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des für den am 24.2.2021 verstorbenen Otto Normalerblasser ergangenen und in der Anlage im Original beigefügten rechtskräftigen Urteiles des Amtsgerichts München, Az.: ..., vom 11.11.2020 für mich als Testamentsvollstrecker.

Der obsiegende Beklagte Otto Normalerblasser ist am 24.2.2021 verstorben. Ausweislich der beigefügten Urkunde wurde der Unterzeichner mit Testamentsvollstreckerzeugnis vom 15.4.2021 zum Testamentsvollstrecker des Nachlasses bestellt. Eine Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers wurde nicht angeordnet.

Der Unterzeichner hat das Amt des Testamentsvollstreckers mit Erklärung vom 26.2.2015 gegenüber dem Nachlassgericht angenommen und führt nunmehr das Amt des Testamentsvollstreckers.

Testamentsvollstrecker ◀

### 2. Muster: Klauselumschreibung (gegen Testamentsvollstrecker)<sup>9</sup>

18 ► An das

84  
Amtsgericht

In dem Rechtsstreit

Willi Meier./ Otto Normalerblasser

Az.: ...

beantrage ich als Prozessbevollmächtigter des Klägers Willi Meier nach §§ 749, 727 ZPO die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des gegen den am 24.2.2021 verstorbenen Otto Normalerblasser ergangenen und in der Anlage im Original beigefügten rechtskräftigen Urteiles des Amtsgerichts München, Az. ..., vom 11.11.2020 zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen den Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt R über den Nachlass des am 24.2.2021 verstorbenen Otto Normalerblasser.

#### Begründung

Der Beklagte Otto Normalerblasser ist am 24.2.2021 verstorben. Rechtsanwalt R wurde mit Testamentsvollstreckerzeugnis vom 15.4.2021 zum Testamentsvollstrecker über den gesamten Nachlass des Erblassers bestellt.

Eine Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers wurde nicht angeordnet. Rechtsanwalt R hat das Amt des Testamentsvollstreckers mit Erklärung vom 26.2.2021 gegenüber dem Nachlassgericht angenommen und führt nunmehr das Amt des Testamentsvollstreckers.

Auf die in der Anlage auf Antrag des Gläubigers gem. § 357 FamFG erteilte Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses wird Bezug genommen.

<sup>9</sup> Vgl. KRKB AnwForm ErbR/Littig § 13 Rn. 75.

Der Gläubiger benötigt eine vollstreckbare Ausfertigung des bereits gegen den Erblasser ergangenen Urteiles zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in den insgesamt vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass nach § 749 ZPO.

Rechtsanwalt ◀

Vertiefung: Siehe § 11.

## E. Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers

In manchen Konstellationen stellt sich für den Testamentsvollstrecker die Frage, ob er ggf. eine Feststellungsklage einreichen soll. Dies bietet sich insbesondere bei der Vorbereitung eines Auseinandersetzungsplanes an, um feststellen zu lassen, ob und welche Ausstattungen bestehen und zu berücksichtigen sind. Hier ist eine Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage grundsätzlich zu bejahen. 19

Teilweise wird in der Praxis neben oder alternativ zum FamFG-Verfahren zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses eine Feststellungsklage beim Zivilgericht eingereicht, wenn die Erben die Anordnung einer Testamentsvollstreckung in Abrede stellen. Bei derartigen Konstellationen ist jedoch Vorsicht geboten. Eine Klage auf Feststellung, dass eine bestimmte Person Testamentsvollstrecker geworden ist, dürfte unzulässig sein, denn es geht in einer solchen Klage nicht um die Feststellung oder das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 256 ZPO. Ein Rechtsverhältnis ist die Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache, die ein subjektives Recht enthält. Tatsachen oder abstrakte Rechtsfragen können nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein, auch nicht bloße Vorfragen oder Elemente einer Rechtsbeziehung. Daher wird es in der Kommentarliteratur<sup>10</sup> als sachgerecht angesehen, richtigerweise nur konkrete rechtliche Streitpunkte, die für die Beziehung zwischen den Parteien von Bedeutung sind und nicht anderweitig wirksam geklärt werden könnten, für deren Feststellung also ein rechtliches Interesse besteht, einer Klage als zugänglich zu erachten. Gerade diese Besonderheit führt dazu, dass zwar eine Erbenfeststellungsklage zulässig ist, nicht aber eine Klage auf Feststellung, dass die Kläger Testamentsvollstrecker geworden sind. 20

So hielt zB das Landgericht Tübingen<sup>11</sup> auch eine negative Feststellungsklage bereits im Hinblick auf die Feststellung, dass eine bestimmte Person überhaupt nicht Testamentsvollstrecker geworden sei, für unzulässig und zwar wegen fehlenden Feststellungsinteresses. Das Gericht stellt klar, dass die Feststellungsklage an sich nur subsidiär ist. Wenn der Kläger sein Ziel aufgrund besserer Rechtsschutzmöglichkeiten erreichen kann, fehlt das Feststellungsinteresse. 21

Nach *Reimann*<sup>12</sup> ist die Möglichkeit der Erben oder des Testamentsvollstreckers, durch Bemühen der streitigen Gerichtsbarkeit die Amtsführung des Testamentsvollstreckers zu beeinflussen, dadurch eingeschränkt, dass die §§ 2197 ff. BGB dem Nachlassgericht eine ausschließliche Zuständigkeit zuweisen würden. Auch hierin liegt der Unterschied zu einer Erbenfeststellungsklage. So kann auch nicht ein Zivilgericht wegen § 2227 BGB und der Zuständigkeit des Nachlassgerichts über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers entscheiden. Insofern kommt auch er zu dem Ergebnis, dass eine Feststellungsklage vor einem Zivilgericht, wonach eine bestimmte Person Verwaltungsvollstrecker sei, unzulässig ist. Gegen die Zulässigkeit dürften auch Gründe der Prozessökonomie sprechen, da es dem Kläger unter Beachtung seines Rechtsschutzinteresses möglich und zumutbar ist, das für den Tes- 22

10 Vgl. nur *Zöller* ZPO § 256 Rn. 3.

11 LG Tübingen Ur. v. 9.7.2019 - 3 O 40/19, BeckRS 2019, 31583.

12 *Staudinger/Reimann* § 2203 Rn. 38.

## 36 § 36 Der Testamentsvollstrecker im Prozess

---

tamentsvollstrecker vorrangige nachgerichtliche Verfahren abzuwarten. Ein Erbe kann zudem seine Erbenstellung idR nicht nachträglich verlieren, wenn zuvor seine Erbenstellung zu Recht festgestellt wurde. Demzufolge ist eine Erbenfeststellungsklage möglich und zulässig, da es grundsätzlich nicht zu Friktionen mit dem Nachlassgericht kommen dürfte. Dies liegt aber beim Amt des Testamentsvollstreckers anders. Sofern zB ein Entlassungsverfahren rechtshängig ist, besteht die Gefahr, dass durch ein Urteil die Eigenschaft des Testamentsvollstreckers rechtswirksam festgestellt werden könnte, das Amt aber später zB nach § 2227 BGB entfallen könnte. Dann würde ein Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB automatisch (im Unterschied zu einem Erbschein!) kraftlos. Ein Feststellungsurteil wäre dann aber als Nachweis der Amtsstellung weiterhin in der Welt und könnte zB nach Ablauf von 5 Jahren noch nicht einmal mehr durch eine Restitutionsklage beseitigt werden. Aus der Wertung des § 2368 BGB geht somit hervor, dass Zivilgerichte nicht entscheiden können, ob eine Testamentsvollstreckung wirksam angeordnet ist oder nicht bzw. Personen Testamentsvollstrecker geworden sind oder nicht. Dies bleibt ausschließlich den Nachlassgerichten überlassen.