

Sechster Titel: Testamentsvollstrecker

§ 2197 Ernennung durch Testament

(1) Der Erblasser kann durch Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen.

(2) Der Erblasser kann für den Fall, dass der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen anderen Testamentsvollstrecker ernennen.

Literaturhinweise:

Kirchner, Zur Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers bei (Mit-) Testamentsvollstreckung durch den gesetzlichen Vertreter des Erben, MittBayNot 2002, 368; *Watrin*, Berufsrechtliche Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch Steuerberater, DStR 2002, 422; *Piltz*, Zur steuerlichen Haftung des Testamentsvollstreckers, ZEV 2001, 262; *Stracke*, Testamentsvollstreckung und Rechtsberatung, ZEV 2001, 250; *Werkmüller*, Vollmacht und Testamentsvollstreckung als Instrumente der Nachfolgegestaltung bei Bankkonten, ZEV 2000, 305; *Adams*, Der Alleinerbe als Testamentsvollstrecker, ZEV 1998, 321; *Häfke*, Steuerliche Pflichten, Rechte und Haftung des Testamentsvollstreckers, ZEV 1997, 429; *Reimann*, Nachlassplanung als erbrechtsübergreifende Beratungsaufgabe, ZEV 1997, 129; *Skibbe*, Zur Kumulation von Testamentsvollstreckeraufgaben in einer Hand, FS Brandner, 1996, S. 769; *Trapp*, Die post- und transmortale Vollmacht zum Vollzug lebzeitiger Zuwendungen, ZEV 1995, 314; *Schaub*, Testamentsvollstreckung durch Banken, FamRZ 1995, 845; *Bork*, Testamentsvollstreckung durch Banken, WM 1995, 225; *Vortmann*, Testamentsvollstreckung durch Banken, ZBB 1994, 259; *Henssler*, Geschäftsmäßige Rechtsberatung durch Testamentsvollstrecker?, ZEV 1994, 261; *von Morgen/Götting*, "Gesplaltene" Testamentsvollstreckung bei gesamtdeutschen Nachlässen, DtZ 1994, 199; *Damrau*, Auswirkungen des Testamentsvollstreckeramtes auf elterliche Sorge, Vormundsamt und Betreuung, ZEV 1994, 1; *Meincke*, Steuerberater als Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter und Nachlasspfleger, Steuerberaterkongress-Report 1992, 209; *Merkel*, Die Anordnung der Testamentsvollstreckung – Auswirkungen auf eine postmortale Vollmacht ?, WM 1987, 1100; *Reithmann*, Testamentsvollstreckung und postmortale Vollmacht als Instrumente der Kautelarjurisprudenz, BB 1984, 1394;

Übersicht:

	Rn.
A. Allgemeines	1-26
I. Rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers	1
II. Zielsetzung der Testamentsvollstreckung	2-5
III. Rechtsverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker	6-8
IV. Testamentsvollstreckung und Vollmachten	9-11
V. Testamentsvollstreckerzeugnis, Grundbuch, Handelsregister	12-17
VI. Testamentsvollstreckung und Kollisionsrecht	18-20
VII. Vermeintlicher Testamentsvollstrecker	21-23
VIII. Testamentsvollstrecker und Steuerrecht	24-26
B. Tatbestand	27
I. Ernennung durch den Erblasser (Abs. 1)	27
1. Grundsätzliches	27-30
2. Persönliche Voraussetzungen des Testamentsvollstreckers	31-41
a) Natürliche und juristische Personen	31-33
b) Erben, Vermächtnisnehmer	34/35
c) Gesetzliche Vertreter	36
d) Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Banken	37-39
e) Rechtsanwälte, Notare	40
f) Heimleiter, Heimmitarbeiter, Schiedsrichter, Schiedsgutachter	41
II. Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers (Abs. 2)	42
C. Verfahrensfragen/Praktische Hinweise	43-46

A. Allgemeines

I. Rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers

Der in der Literatur andauernde Theorienstreit ist ohne praktische Bedeutung. Die älteren Theorien sollen an dieser Stelle nicht erwähnt werden (hierzu ausführlich: *Soergel/Damrau*, vor § 2197 Rn. 2 ff.; *Mayer/Bonefeld/Daragan*, PraxisHB Testamentsvollstreckung, Rn. 3). Nach Rspr. (BGH BGHZ 13, 203, BGH BGHZ 25, 275; BGH BGHZ 30, 67; BGH BGHZ 35, 296; BGH BGHZ 41, 23; BGH BGHZ 51, 214; BGH NJW 2000, 3781) und Schrifttum hat der Testamentsvollstrecker nach der sog. **Amtstheorie** die Stellung eines **Treuhänders** und ist **Inhaber eines privaten Amtes** (vgl. § 116 Nr. 1 ZPO). Er ist somit weder Vertreter des Erblassers, noch der Erben. Er handelt fremdnützig nach dem Gesetz und dem Willen des Erblassers gem. seiner letztwilligen Anordnungen. Zwar bleibt der Erbe eigentlicher Nachlassinhaber, der Testamentsvollstrecker steht jedoch an seiner Stelle. Aus diesem Grunde können Vertretungsvorschriften der § 166 Abs. 1, §§ 168 ff., § 181 sowie §§ 211, 254 und § 278 BGB analog auf den Testamentsvollstrecker angewandt werden (hierzu: *Soergel/Damrau*, Vor § 2197 Rn. 5). Demzufolge ist die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers der eines gesetzlichen Vertreters angenähert (*Bengel/Reimann/Bengel*, HB I, Rn. 12). Insgesamt hat der Testamentsvollstrecker jedoch eine freie und unabhängige Stellung gegenüber dem Erben. Der Erbe kann somit nicht die Ausführungen von Verfügungen oder Verwaltungshandlungen von seiner Zustimmung abhängig machen. Der der Verwaltung und Verfügung des Testamentsvollstreckers unterliegende Nachlass ist als Sondervermögen zu qualifizieren. Wegen seiner freien Stellung unterliegt der Testamentsvollstrecker nicht der Aufsicht durch das Nachlassgericht. Lediglich der Erbe und weitere Beteiligte haben über § 2227 Abs. 1 BGB die Möglichkeit, durch Einschaltung des Nachlassgerichts, den Testamentsvollstrecker zu

entlassen. In den §§ 2198, 2200, 2202 Abs. 2 Satz 1, 2202 Abs. 3, 2216 Abs. 2 Satz 2 und 3, 2224 Abs. 1, 2226 Satz 2, 2227 Abs. 1 und 2368 Abs. 1 BGB hat das Nachlassgericht in bestimmten Situationen Mitwirkungs- und Entscheidungsbefugnisse.

II. Zielsetzung der Testamentsvollstreckung

- 2 Durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers kann der Erblasser unterschiedliche Ziele verfolgen. Eine Testamentsvollstreckungsanordnung kann z.B. in den Fällen sinnvoll sein, in denen der Erblasser den Nachlassbestand auf längere Zeit erhalten will, der Erbe im Geschäftsverkehr unerfahren ist oder der Erblasser aus anderen Gründen befürchtet, der Erbe werde seine letztwilligen Anordnungen nicht oder nur unvollständig umsetzen. Ferner kann der Testamentsvollstrecker bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft vermittelnd wirken und versuchen, durch die Erstellung eines Auseinandersetzungsplanes Streit zwischen den Erben zu verhindern. Letztendlich erhofft sich der Erblasser durch das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung, dass hierdurch eine funktionierende Erbregelung erreicht wird. In der Praxis wird zunehmend Testamentsvollstreckung angeordnet, um den Zugriff von Eigengläubigern des Erben auf den Nachlass gem. § 2214 BGB zu verhindern, was insbesondere beim Behindertentestament oder beim Testament von überschuldeten Erben der Fall ist. Ferner kann die Unternehmensnachfolge durch die Testamentsvollstreckung gesichert werden, ebenso wie ein bestimmter Personenkreis unterstützt bzw. gestärkt werden kann.
- 3 Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers richten sich nach den Erblasserbestimmungen. Hat der Erblasser nichts anderes bestimmt, hat der Testamentsvollstrecker gem. § 2203 BGB die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Sind mehrere Erben vorhanden, hat er die Auseinandersetzung unter ihnen nach den Vorschriften der §§ 2042 bis 2056 BGB zu bewirken. Dieser Fall der **Abwicklungsvollstreckung** ist dem Gesetz nach der Regeltypus. Durch entsprechende Gestaltung im Rahmen seiner letztwilligen Verfügung kann der Erblasser den Aufgabenkreis über diesen Regeltypus auch insoweit erweitern, dass der Testamentsvollstrecker allein oder neben der Aufgabenerledigung die Nachlassverwaltung vorzunehmen hat. Neben der Abwicklungsvollstreckung steht die **schlichte Verwaltungsvollstreckung**, wo nach dem Testamentsvollstrecker die bloße Nachlassverwaltung übertragen wird, ohne dass ihm weitere Aufgaben zugewiesen wurden. Sie muss ausdrücklich angeordnet sein, damit nicht der Regeltypus der Abwicklungsvollstreckung unterstellt wird. In der Praxis wird die schlichte Verwaltungsvollstreckung häufig bis zum Eintritt der Volljährigkeit eines Erben zur Nachlassverwaltung eingesetzt sowie zur Verhinderung des Zugriffs von Eigengläubigern des Erben auf den Nachlass nach § 2214 BGB. Darüber hinaus hat die schlichte Verwaltungsvollstreckung im Rahmen der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nach § 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB Bedeutung.
- 4 Bei einer **Dauertestamentsvollstreckung** nach Maßgabe des § 2209 Satz 1 BGB beinhaltet die Erblasseranordnung, dass der Testamentsvollstrecker nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben die Verwaltung des Nachlasses fortzuführen hat. Die Abwicklungsvollstreckung und die Verwaltungsvollstreckung werden somit zeitlich nacheinander angefügt (vgl. MünchKomm/Brandner, § 2209 Rn. 2). Wegen der zeitlichen Befristung der Verwaltung ist auf die Erblasseranordnung abzustellen. Fehlt eine derartige Anordnung endet die Testamentsvollstreckung gem. § 2210 BGB 30 Jahre nach dem Erbfall.
- 5 Dem Testamentsvollstrecker kann aber auch die Aufgabe zugewiesen werden, gem. § 2222 BGB die Rechte und Pflichten der Nacherben bis zum Eintritt der Nacherbfolge gegenüber dem Vorerben wahrzunehmen. Der Nacherbenvollstrecker hat selbst kein allgemeines Verwaltungsrecht. Von der Nacherbenvollstreckung und der Anordnung der Testamentsvollstreckung für den Nacherbfall ist die Testamentsvollstreckung für den Vorerbfall abzugrenzen, welche eine Verwaltungsvollstreckung oder Dauertestamentsvollstreckung darstellt.
Ebenso kann Vermächtnisvollstreckung nach Maßgabe des § 2223 BGB angeordnet werden, um die Anordnung eines Untervermächtnisses gem. § 2186 BGB, eines Nachvermächtnisses gem. § 2191 BGB, eine Auflage gem. §§ 2192 ff. BGB sicherzustellen. Der Fall der Vermächtnisvollstreckung ist streng abzugrenzen von der Möglichkeit, den Testamentsvollstrecker mit der Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes, welcher sich in der Hand des Vermächtnisnehmers befindet, zu vertrauen. Dabei handelt es sich um eine bloße Verwaltungsvollstreckung. Schließlich kann neben der Erweiterung des Aufgabenkreises auch der Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers beschränkt werden. Gleiches gilt für seine Befugnisse.

III. Rechtsverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker

- 6 Zwischen Erben und Testamentsvollstrecker besteht **kein Auftragsverhältnis**, sondern ein **gesetzliches Schuldverhältnis eigener Art.**, da § 2218 BGB nur auf das Auftragsrecht verweist. Der Erbe wird durch die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gem. § 2211 BGB ausgeschlossen. Der Testamentsvollstrecker kann gegenüber den Erben die **Nachlassherausgabe** gem. § 2205 Satz 1 BGB ebenso verlangen, wie eine **angemessene Vergütung** gem. § 2221 BGB sowie den Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen gem. §§ 2218, 670 BGB. Die Rechte des Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker bzw. die Pflichten des Testamentsvollstreckers sind in den §§ 2215 bis 2219 BGB manifestiert und aufgrund § 2220 BGB nicht durch den Erblasser abänderbar.
- 7 Aufgrund des durch die Testamentsvollstreckungsanordnung entstehenden **Sondervermögens** haftet der Nachlass nur den Nachlassgläubigern, nicht aber den Privatgläubigern des Erben, vgl. § 2214 BGB. Eine Anordnung der **Nachlassverwaltung** schließt eine Testamentsvollstreckung nicht aus. Es kann Personenidentität zwischen Nachlassverwalter und Testamentsvollstrecker bestehen. Das Antragsrecht zur Nachlassverwaltung steht dem Erben auch gegen den Willen des Testamentsvollstreckers zu (vgl. Soergel/Damrau, Vor § 2197 Rn. 14). Ebenso wird durch die Öffnung des **Nachlassinsolvenzverfahrens** die Testamentsvollstreckung nicht ausgeschlossen.
- 8 Ist der Testamentsvollstrecker noch unbekannt, d.h. er ist noch nicht bestimmt, sind aber Notgeschäftsführungsmaßnahmen notwendig, ist nach hiesiger Auffassung gem. § 1913 BGB eine Pflegschaft für den **unbekannten Testamentsvollstrecker** anzuordnen, so dass nicht das Nachlassgericht, sondern das VormG sachlich für den Antrag zuständig ist (so Damrau, ZEV 1996, 81; Staudinger/Otte, § 1960 Rn. 7; a.A. Bengel/Reimann/Bengel, HB I, Rn. 15 – dort § 1960 BGB analog u. damit Zuständigkeit des Nachlassgerichts).

IV. Testamentsvollstreckung und Vollmachten

Der Erblasser kann ohne weiteres dem Testamentsvollstrecker eine **transmortale Vollmacht** (BGHZ 87, 18) oder eine **postmortale Vollmacht** (RGZ 114, 351) erteilen. Auch eine andere Person als die des Testamentsvollstreckers kann mit derartigen Vollmachten ausgestattet werden. Testamentsvollstreckung und Vollmacht stehen somit isoliert nebeneinander. Sofern einem Erben oder einem Dritten Vollmacht erteilt wurde, ist es Auslegungsfrage, inwieweit die Testamentsvollstreckung durch die Vollmacht (und umgekehrt) beschränkt werden soll. Kommt die Auslegung zu keinem Ergebnis, bleibt es bei dem isolierten Nebeneinander von Vollmacht und Testamentsvollstreckung. Durch Erteilung einer **Generalvollmacht** wird die Handlungsfähigkeit des Nachlasses nach dem Erbfall bis zum eigentlichen Amtsantritt des Testamentsvollstreckers erweitert. Im Unterschied zum Testamentsvollstrecker ist der Bevollmächtigte von Verfügungsbeschränkungen regelmäßig befreit. Er kann ohne weitere Nachweise, wie z.B. ein Testamentsvollstreckerzeugnis, seine Handlung vornehmen. Genehmigungen des VormG oder FamG sind entbehrlich. Eine Vollmacht kann jedoch jederzeit durch den Erben widerrufen werden. Besteht eine Erbengemeinschaft, hat jeder einzelne Erbe das Recht zum **Widerruf**. Widerruft ein Miterbe, wird die Vertretungsmacht für die anderen Miterben nicht gleichzeitig mit widerrufen und bleibt somit unberührt (RG JW 1938, 1892; *Bamberger/Roth/Mayer*, § 2197 Rn. 44). Der Widerruf eines Miterben führt aber zum Verlust der alleinigen Verfügungsbefugnis über die erbengemeinschaftlichen Nachlassgegenstände. Eine Generalvollmacht ist wie auch eine isolierte Vollmacht immer widerruflich. Sofern der Erblasser einen Widerruf verhindern will, kann er z.B. die Erbenstellung unter eine auflösende Bedingung für den Fall stellen, dass der Erbe die Vollmacht widerruft.

Die Vollmacht kann **formfrei** wegen § 167 Abs. 2 BGB erfolgen. Aufgrund der Nachweisproblematik sollte entweder eine **notarielle Beglaubigung** oder aber **Beurkundung** der Vollmacht erfolgen. Soll der Testamentsvollstrecker in **Grundbuchsachen** tätig werden, bedarf es ohnehin wegen § 29 GBO der notariellen Form. Aufgrund der Zugangsproblematik macht es wenig Sinn, im Rahmen einer letztwilligen Verfügung zusammen mit der Testamentsvollstreckung eine postmortale Vollmacht zu erteilen. Diese sollte in einer getrennten Urkunde erfolgen. Ebenso sollte das Verhältnis Vollmacht zur Testamentsvollstreckung klargestellt werden.

Übersicht: Unterschiede

	Testamentsvollstrecker	Bevollmächtigter
Unterschiede in den Befugnissen TV/Bevollmächtigter	<ul style="list-style-type: none"> - Schenkungsverbot, § 2205 BGB - Zeitliche Begrenzung, § 2210 BGB - Verpflichtungsbefugnis nur hinsichtlich Nachlass 	<ul style="list-style-type: none"> - Gilt für Bevollmächtigten nicht - Keine zeitliche Begrenzung - Verpflichtungsbefugnis über den Nachlass hinaus
Amtsbeginn	Erst mit Amtsannahme gem. § 2202 BGB	Bei postmortaler Vollmacht mit Tod des Erblassers
Vollstreckungsschutz	Eigengläubiger des Erben können nicht in Nachlass vollstrecken	Kein Vollstreckungsschutz
Widerruf durch Erben	Nicht möglich	Möglich, wenn nicht ausdrücklich, unwiderruflich (nicht möglich bei Generalvollmacht)
Verbleibende Befugnisse der Erben für Rechtshandlungen	Werden im Rahmen der Aufgaben des TV grds. ausgeschlossen und zwar auch mit dinglicher Wirkung §§ 2211, 2208 BGB	<ul style="list-style-type: none"> - Können nicht genommen werden ; keine verdrängende Vollmacht - Möglich nur Strafklauseln bei abweichendem Verhalten

V. Testamentsvollstreckerzeugnis, Grundbuch, Handelsregister

Testamentsvollstrecker wird kraft Anordnung durch die Annahme des Amtes gem. § 2002 BGB Testamentsvollstrecker und nicht erst durch die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Damit sich der Testamentsvollstrecker im Rechtsverkehr legitimieren kann, erhält er ein Testamentsvollstreckerzeugnis. Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist mit öffentlichem Glauben in gewissem Umfang versehen, vgl. Ausführungen zu § 2368 BGB. Ebenso wird im Erbschein die Testamentsvollstreckung aufgeführt, vgl. § 2364 BGB. Des Weiteren ist wegen § 52 GBO im **Grundbuch** neben der Eintragung des Erben auch ein Testamentsvollstreckervermerk von Amts wegen mit einzutragen. Hierdurch wird ein gutgläubiger Erwerb vom Erben verhindert. Ähnliche Vermerke erfolgen aus § 55 **SchiffRegO** und § 56 **Abs. 1 LuftfzRG**.

Durch Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks nach § 52 GBO von Amts wegen im Grundbuch wird ein gutgläubiger Erwerb Dritter am Grundstück verhindert. Gleichzeitig wird der Erbe in das Grundbuch eingetragen. Auf den Testamentsvollstreckervermerk kann weder der Testamentsvollstrecker verzichten, noch kann der Erblasser diesen ausschließen. Ein Name des Testamentsvollstreckers wird nicht eingetragen. Sofern nicht der Fall einer Nacherbennvollstreckung vorliegt, wird auch nicht sein Wirkungskreis bzw. seine Befugnisse im Grundbuch vermerkt. Die Löschung des Testamentsvollstreckers erfolgt nach § 84 GBO von Amts wegen bei Gegenstandslosigkeit oder auf Antrag, wobei ein Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO vorgelegt werden muss. Der Testamentsvollstreckervermerk kann nicht gelöscht werden, wenn der Testamentsvollstrecker zwar die Löschung bewilligt, jedoch ein Unrichtigkeitsnachweis nicht beigebracht wurde. Durch den Testamentsvollstreckervermerk wird das Grundbuch gegen Eintragungen aufgrund von Verfügungen des Erben über das Grundstück oder das Recht, bei dem der Vermerk verlautbart ist, gesperrt (hierzu *Mayer/-Bonefeld/Daragan*, PraxisHB, Rn. 340).

Die Verfügungsbefugnis über ein Grundstück muss der Testamentsvollstrecker nicht ausschließlich nach § 35 Abs. 2 GBO durch Vorlage des Testamentsvollstreckers nachweisen, er kann auch den Nachweise durch Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift und Nachweis der Amtsannahme erbringen. Da der

Testamentsvollstrecker nicht zu unentgeltlichen Verfügungen befugt ist, ist die Entgeltlichkeit der Verfügung durch das Grundbuchamt nach § 12 FGG von Amts wegen zu prüfen. Abweichend von § 29 Abs. 1 GBO ist für den Nachweis der Entgeltlichkeit ausreichend, wenn etwaige Zweifel des Grundbuchamts an der Pflichtmäßigkeit des Testamentsvollstreckerhandels ausgeräumt werden können, was im Wege der freien Beweiswürdigung erfolgen kann (BayObLG NJW RR 1989, 587; zu weit. Risiken bei Rechtsgeschäften mit einem Testamentsvollstrecker vgl. *Mayer/Bonefeld/Daragan*, PraxisHB Testamentsvollstreckung, Rn. 342 ff.).

- 15 Sehr str. ist, ob die Testamentsvollstreckung im **Handelsregister** einzutragen ist, da es an einer gesetzlichen Regelung fehlt. Entgegen der h.M. in der Literatur (vgl. Palandt/*Edenhofer*, Vor § 2197 Rn. 13 m.w.N.) hat kein Testamentsvollstreckervermerk im Handelsregister zu erfolgen (so auch *Bamberger/Roth/Mayer*, § 2205 Rn. 14, *Damrau*, BWNotZ 1990, 69 ff.). In der Rspr. (vgl. KG Berlin ZEV 1996, 67) wird eine Eintragungsfähigkeit verneint, da weder ein dringendes Bedürfnis noch eine gesetzliche Anordnung bestehe.
- 16 Ist der Testamentsvollstrecker zur **Verwaltung eines Gesellschaftsanteils** oder eines **Handelsgeschäfts**, z.B. durch eine Ersatzlösung ausnahmsweise berechtigt, ist er gegenüber dem Registergericht zur Anmeldung verpflichtet (BGHZ 108, 187 = BGH 1989, 3152). Grundsätzlich haben Registeranmeldungen im Zusammenhang mit Handelsgeschäften durch den Erben zu erfolgen. Bei der **Treuhandlösung** ist der Testamentsvollstrecker Inhaber des Geschäfts. Insofern ist er auch ins Handelsregister einzutragen, aber erst, nachdem der Erbe als Geschäftsinhaber ins Handelsregister eingetragen wurde. Die Eintragung des Testamentsvollstreckers bei der Treuhandlösung in das Handelsregister wird sowohl durch den Testamentsvollstrecker als auch den Erben angemeldet. Da bei allen anderen Ersatzlösungen (Vollmachtlösung, Weisungsgeberlösung, Beaufsichtigung der Testamentsvollstreckung) Inhaber des Geschäfts die Erben bleiben, scheidet eine Eintragung des Testamentsvollstreckers aus. Bei einer reinen Abwicklungsvollstreckung scheidet ebenfalls eine Anmeldeberechtigung des Testamentsvollstreckers aus. Das Ausscheiden des Erblassers kann der Testamentsvollstrecker dagegen für die Erben auch dann anmelden, wenn er nur die eingeschränkte Aufgabe der Abwicklungsvollstreckung wahrnimmt. Soweit der Testamentsvollstrecker zur Anmeldung befugt ist, besteht kein eigenes Anmeldevermögen der Erben (*Mayer/Bonefeld/Daragan*, PraxisHB Testamentsvollstreckung, Rn. 91).
- 17 Sofern **Kommanditbeteiligungen** getroffen sind, muss der Testamentsvollstrecker die Anmeldepflichten erfüllen (BGHZ 108, 187). Problematisch ist, ob eine **postmortale Vollmacht** zu Gunsten des Testamentsvollstreckers ihn zur Vornahme von Handelsregisteranmeldungen ermächtigt. Dies wird von der neueren Rspr. (KG ZEV 2003, 204) abgelehnt, weil die richtige Rechtsnachfolge vom Registergericht zu überprüfen ist, was die Vorlage eines Erbscheins bzw. die Vorlage einer beglaubigten Abschrift einer notariellen Verfügung von Todes wegen i.V.m. der Eröffnungsniederschrift notwendig machen würde. Nach hiesiger Auffassung ist der postmortal bevollmächtigte Testamentsvollstrecker ohne weiteres antragsberechtigt, jedoch hilft ihm diese Berechtigung nur dann etwas, wenn die Rechtsnachfolge von ihm nachgewiesen werden kann. Des Weiteren ist streitig, ob die Registeranmeldungen durch den Testamentsvollstrecker bei einer **Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter** an einer OHG oder KG erfolgen kann. Bei der hier vertretenen Auffassung ist der Testamentsvollstrecker hierzu nicht berechtigt, was durch die Gerichtspraxis bestätigt wird, die eine Anmeldung des Erben verlangen (vgl. hierzu *Schaub*, ZEV 1994, 71).

VI. Testamentsvollstreckung und Kollisionsrecht

- 18 Die Testamentsvollstreckung unterliegt dem **Erbstatut** (LG Heidelberg IPRax 1992, 171; BGH NJW 1963, 46). Somit hat das Erbstatut Bedeutung für die rechtliche Einordnung und die Beurteilung der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckerernennung, die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung selbst, die Einzelbefugnisse des Testamentsvollstreckers, seine Rechtsstellung nebst seiner Entlassung (BGH NJW 1963, 46). Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB wird auf das **Heimatrecht** des Erblassers verwiesen. Maßgeblich ist die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Todeszeitpunkt. Das Erbstatut ist somit unwandelbar. Sofern der Erblasser Deutscher war, kann somit auch aus deutscher Sicht eine Testamentsvollstreckung im Ausland nach deutschem Recht möglich sein und zwar soweit, wie der extraterritoriale Geltungsanspruch des deutschen Rechts reicht und nicht durch Art. 3 Abs. 3 EGBGB eingeschränkt ist (dazu v. *Oertzen*, ZEV 1995, 167 ff.). Ob letztendlich eine Testamentsvollstreckung faktisch im Ausland nach deutschem Recht möglich ist, bestimmt sich nicht nach dem deutschen Recht, sondern nach dem Recht des Ziellandes (v. *Oertzen*, ZEV 1995, 167, 170). Die Handlungsvollmacht des deutschen Testamentsvollstreckers kann durch international-verfahrensrechtliche Bestimmungen, durch eine andere Anknüpfung des Testamentsvollstreckungsstatus oder durch den ordre public stark beschränkt werden. Sofern, z.B. wegen ausländischer Staatsangehörigkeit oder Nachlassspaltung, nicht deutsches Recht im Ausland zur Anwendung kommt, sollte der Erbe mit der Auflage belegt werden, dem Testamentsvollstrecker eine **internationale Nachlassvollmacht nach dem Muster der Kommission für europäische Angelegenheiten (CAE) der internationalen Union des lateinischen Notariats (UINL)** für die Dauer der Testamentsvollstreckung zu erteilen. Damit die Vollmacht nicht ohne weiteres widerrufen werden kann, ist an eine Bedingung zu denken.
- 19 Auch eine gespaltene Testamentsvollstreckung ist möglich, so dass der deutsche Nachlass nach deutschem Recht und der ausländische Nachlass nach ausländischem Recht beurteilt werden muss (BayObLG ZEV 1999, 485). Kommt ausländisches Recht zur Anwendung, können deutsche Gerichte wegen der fehlenden **internationalen Zuständigkeit** keine Entlassung gem. § 2227 BGB vornehmen. Eine Sonderzuständigkeit kann sich jedoch entweder durch staatsvertragliche Regelung ergeben, oder aber, wenn die Entlassung dringend geboten ist und eine Entlassung auch nach dem ausländischen Recht möglich wäre (BayObLG ZEV 1999, 485). Sofern eine internationale Nachlassvollmacht erteilt wurde, sollte den Erben dann wenigstens die Möglichkeit zum Widerruf der Vollmacht gegeben werden, wenn auch die Voraussetzungen für § 2227 BGB vorliegen.
- 20 Das Erbstatut bestimmt auch über ausländische Rechtsinstitute, die im deutschen Recht kein unmittelbares Gegenstück haben, ihrem Sinn und Zweck nach aber die Funktion einer Testamentsvollstreckung besitzen (*Bengel/Reimann/Haas*, HB IX, Rn. 2). Für den anglo-amerikanischen Rechtskreis hat der trustee, der executor oder administrator ähnliche Befugnisse wie ein deutscher Testamentsvollstrecker. Hier kommt es auf den Einzelfall an. Bei den beiden letzten Begriffen ist im Zweifel aber nicht von der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers nach deutschem Vorbild auszugehen.

Sofern ein deutscher Erblasser mit ständigem Wohnsitz in der DDR im Zeitraum v. 01.01.1976 bis 02.10.1990 verstorben ist, kommt nach Maßgabe des Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB das Recht der früheren DDR zur Anwendung (hierzu ausführlich v. *Morgen/Götting*, DtZ 1994, 199).

VII. Vermeintlicher Testamentvollstrecker

Hat der Testamentvollstrecker das Amt angenommen und ist bereits tätig gewesen, stellt sich dann die Rechtsunwirksamkeit seiner Ernennung heraus, ist seine Rechtsstellung fraglich. Im Einzelnen wird **differenziert**, ob die **Anordnung des Erblassers von Anfang an unwirksam** war oder **das Amt nachträglich weggefallen** ist. Bei Unwirksamkeit von Anfang an handelt der Testamentvollstrecker **auf eigenes Risiko**, wenn die Erben der Testamentvollstreckung widersprochen haben (BGHZ 69, 235). Da kein fremdes Geschäft vorliegt, sind die Vorschriften über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** nach §§ 677 ff. BGB **nicht anwendbar**. Ebenso scheidet ein **Aufwendungsersatz** nach §§ 2218, 670 BGB oder **Vergütungsanspruch** nach § 2221 BGB aus.

Haben hingegen die Erben die Berechtigung des Testamentvollstreckers zur Amtsausübung bzw. die Anordnung insgesamt nicht bestritten, so soll wenigstens ein Aufwendungsersatz nach §§ 675, 612 BGB und ein Anspruch auf Vergütung aus § 2221 BGB entsprechend bestehen (vgl. BGH NJW 1963, 1615). Für die unmittelbare Anwendung der Geschäftsführungsregeln ist bei einer nichtigen Testamentvollstreckungsanordnung kein Raum (so auch Staudinger/*Wittmann*, vor §§ 677 bis 687 Rn. 23; *Bengel/Reimann/Bengel*, HB I, Rn. 236). Aufgrund §§ 2218 Abs. 1, 674 BGB kann zu Gunsten des Testamentvollstreckers die Fortdauer des Amtes solange unterstellt werden, bis er vom Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen musste, wobei leichte Fahrlässigkeit genügt (*Bengel/Reimann/Bengel*, HB I, Rn. 235). Eine analoge Anwendung der §§ 2218, 674 BGB kann dann gerechtfertigt sein, wenn der Testamentvollstrecker in gutem Glauben an die ordnungsgemäße Ernennung zum Testamentvollstrecker gehandelt hat (so auch *Soergel/Damrau*, § 2218 Rn. 20). Dabei ist jedoch eine **Analogie** nur dann zulässig, wenn die Ernennung nicht von Anfang an gegenstandslos ist (BGHZ 41, 23; a.A. BGH NJW 1963, 1615, wonach es auf das Bestreiten der Erben ankommt, ob ein Anspruch des Testamentvollstreckers besteht).

Zum **Schutze der Erben haftet** der vermeintliche Testamentvollstrecker analog § 2219 BGB. Die Wirksamkeit von Verfügungen und Verpflichtungen richten sich für das **Außenverhältnis** nach den allgemeinen Gut-Glaubens-Vorschriften (*Bamberger/Roth/Mayer*, § 2197 Rn. 37). Im Einzelnen kommt es darauf an, ob der Testamentvollstrecker sich durch Vorlage eines Testamentvollstreckers legitimiert hat. Hat er ein Testamentvollstreckerzeugnis vorgelegt, so gelten die Vorschriften über den Erbschein analog §§ 2368, 2365 BGB. Hat sich der Testamentvollstrecker bspw. durch die Vorlage eines Testamentes legitimiert, gelten die Grundsätze der **Anscheinsvollmacht** (*Staudinger/Reimann*, § 2197 Rn. 75). Das durch den vermeintlichen Testamentvollstrecker vorgenommene Rechtsgeschäft kann durch die Erben ebenso genehmigt werden, wie durch einen ordnungsgemäß ernannten Testamentvollstrecker. Gegenüber Dritten haftet der vermeintliche Testamentvollstrecker nach Maßgabe des § 179 BGB als **vollmachtloser Vertreter** (OLG Hamm NJW 1994, 666).

VIII. Testamentvollstrecker und Steuerrecht

Der Testamentvollstrecker ist lediglich **Vermögensverwalter** i.S.v. § 34 Abs. 3 AO. Er ist nicht Steuerschuldner, da er **kein Vermögensinhaber** ist. Der Testamentvollstrecker ist nur so weit Steuerpflichtiger, wie Steuergesetze ihn ausdrücklich verpflichten. Seine Verpflichtung geht nur soweit, wie auch sein Verwaltungsrecht als Testamentvollstrecker reicht. Ferner ist er nur berechtigt, steuerliche Rechte wahrzunehmen, wie ihn die Steuergesetze ausdrücklich ermächtigen. Gem. § 31 Abs. 5 ErbStG hat er die Erbschaftsteuererklärung abzugeben, wobei dies lediglich für den Erwerb von Todes wegen von Seiten des Erben gilt. Das FA kann verlangen, dass die Steuererklärung auch von einem oder mehreren Erben mit unterschrieben wird (§ 31 Abs. 5 Satz 2 ErbStG). Für andere Personen, wie Vermächtnisnehmer, ist er nur dann verpflichtet, wenn eine Vermächtnisvollstreckung nach § 2223 BGB angeordnet ist. Eine Erklärungspflicht für den pflichtteilsberechtigten Nichterben besteht somit für den Testamentvollstrecker nicht. Er ist nicht ohne Vollmacht der Erben befugt, gegen einen **Erbschaftsteuerbescheid** Rechtsbehelfe einzulegen. Ebenso ist er nicht berechtigt, einen entsprechenden Teil des Nachlasses an die Erben auszukehren, bevor die Bezahlung der Erbschaftsteuer nicht sichergestellt ist. Der Testamentvollstrecker hat somit im Steuerrecht eine Doppelrolle. Zum einen ist er wegen § 31 Abs. 5 ErbStG zur Abgabe der **Erbschaftsteuererklärung** für den Erben verpflichtet. Andererseits hat er aufgrund seiner Vergütung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG **Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit**.

Für die Abgabe der Erbschaftsteuererklärung hat er nach § 31 Abs. 1 ErbStG mindestens einen Monat Zeit. Aus praktischen Erwägungen sollte gleich ein **Stundungsantrag** gestellt werden. Soweit der Testamentvollstrecker nicht selbst über die notwendigen steuerrechtlichen Kenntnisse verfügt, ist er sogar verpflichtet und nicht nur berechtigt, auf Kosten des Nachlasses seinerseits steuerlichen Rat einzuholen. Bevor Steuererklärungen vom Testamentvollstrecker gefertigt werden, sollte nach einer Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse bzw. des Nachlassbestandes gegenüber dem Finanzamt geklärt werden, ob die Abgabepflichtung nicht entfallen kann. Bei der Nachfrage sollte das Nachlassverzeichnis beigelegt und das Finanzamt vorsorglich aufgefordert werden, Mitteilungen zu machen, wenn sich Abweichungen aufgrund der dem Finanzamt vorliegenden Anzeigen Dritter (z.B. Banken) zum Verzeichnis ergeben. Der Testamentvollstrecker hat seinerseits einen Auskunftsanspruch gegenüber den Erben wegen der Vorschenkung. Dabei muss der Testamentvollstrecker die Erben auch auf steuerliche Folgen **hinweisen** (Spekulationssteuer). Er ist gegenüber dem Finanzamt nicht zur **Geheimhaltung** verpflichtet. Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung **haftet** gem. § 69 AO der Testamentvollstrecker wegen der Steuerausfälle. Gleiches gilt für §§ 370, 378 AO bei **Steuerverkürzung**. Der Testamentvollstrecker haftet auch für die **Erbschaftsteuerschulden**. Erkennt der Testamentvollstrecker vor Ablauf der Festsetzungsfrist, dass Steuern verkürzt wurden, ist er zur **Richtigstellung** an das Finanzamt verpflichtet.

Zur Vermeidung von langwierigen Auseinandersetzungen und Einholung von weiteren Sachverständigengutachten etc., die zusätzliche Kosten verursachen, besteht die Möglichkeit, mit der Finanzbehörde Kontakt aufzunehmen und eine außergerichtliche Einigung herbeizuführen (= **sog. tatsächliche Verständigung**).

B. Tatbestand

I. Ernennung durch den Erblasser (Abs. 1)

1. Grundsätzliches

- 27 Zu unterscheiden ist zwischen der Anordnung der Testamentsvollstreckung an sich und der Ernennung einer bestimmten Person zum Testamentsvollstrecker. Wird eine Person zum Testamentsvollstrecker ernannt, liegt darin zugleich die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Die Anordnung selbst kann nach § 2065 BGB **nur durch den Erblasser** selbst erfolgen. Lediglich die Person des Testamentsvollstreckers kann unter den Voraussetzungen der §§ 2198 bis 2200 BGB durch Dritte bestimmt werden. Sofern die vom Erblasser bestimmte Person nicht das Amt antritt, muss durch Auslegung des Testamentes geklärt werden, ob dann auch die Testamentsvollstreckung insgesamt entfallen soll. Insofern ist anzuraten, im Rahmen der letztwilligen Verfügung klare Formulierungen diesbzgl. zu wählen.
Ist lediglich erklärt worden, dass Testamentsvollstreckung angeordnet wird, ist im Zweifel wegen § 2084 BGB davon auszugehen, dass das Nachlassgericht die Person des Testamentsvollstreckers ernennen soll.
- 28 Die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann mit auflösenden bzw. aufschiebenden **Bedingungen** ebenso versehen werden, wie mit einer Bestimmung eines Anfangs- oder Endtermins. Sofern sich eine beschränkte Zweckverfolgung nicht durch Auslegung im Rahmen der Andeutungstheorie ermitteln lässt, kann die Beschränkung nach den Vorschriften der §§ 2078 ff. BGB durch Anfechtung beseitigt werden, die der Erbe selbst gem. § 2080 BGB erklären kann. Eine Anordnung der Testamentsvollstreckung kann **nur durch Verfügung von Todes wegen** erfolgen. Zwar spricht das Gesetz in § 2197 Abs. 1 BGB lediglich von Testament, jedoch sind auch Anordnungen in gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen möglich. Die Aufführung des Wortes „Testamentsvollstrecker“ in der Ernennung ist nicht notwendig, so dass im Wege der Auslegung die Einsetzung eines Verwalters (BGH NJW 1983, 40), Pflegers (BayObLGZ 16, 128; OLG Rostock OLGE 26, 344), Treuhänders, Beistands oder Kurators als eine Einsetzung eines Testamentsvollstreckers umdeuten lässt. Dabei kommt es immer auf den Einzelfall an. Eine Übertragung der Hausverwaltung kann nicht als Testamentsvollstreckerernennung gewertet werden (OGHZ 4, 223).
- 29 Von der Ernennung zum Testamentsvollstrecker ist eine **letztwillige Zuwendung** abzugrenzen, ebenso von der familienrechtlichen Anordnung wie bspw. §§ 1639, 1803, 1909 Abs. 1 Satz 2, 1917 BGB. Keine Ernennung zum Testamentsvollstrecker, sondern eine letztwillige Zuwendung liegt vor, wenn nach dem Erblasserwillen das eigene Interesse des Berufenen im Vordergrund steht (MünchKomm/Brandner, § 2197 Rn. 7). Letztwillige Zuwendungen können somit vorliegen bei einer Erbeinsetzung, die mit einer Auflage verbunden ist (BayObLG ZEV 1996, 33), einer Zuwendung eines Vermächtnisses, insbesondere eines Verwaltungsvermächtnisses sowie einer Teilungsanordnung (vgl. Staudinger/Reimann, § 2197 Rn. 38 ff.; MünchKomm/Brandner, § 2197 Rn. 7). Sehr problematisch ist die Konstellation, wenn ein Nießbrauchvermächtnis mit einer Testamentsvollstreckung zusammen fällt oder vom Erblasser eigentlich eine Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge gewünscht war. Auch hier ist ausschlaggebend, in wessen Interesse die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bestehen soll. Von einer Vor- und Nacherbschaft ist dann auszugehen, wenn bspw. dem Ehegatten die uneingeschränkte Verfügung über den Nachlass sowie die Nutzung zustehen soll, wobei die Kinder lediglich den verbleibenden Rest erhalten (BayObLGZ 22, 75). Hingegen ist von einem Nießbrauch verbunden mit einer Testamentsvollstreckung auszugehen, wenn das Nutzungsrecht hauptsächlich im Interesse eines Dritten erfolgt (Staudinger/Reimann, § 2197 Rn. 42).
- 30 Ist eine Anordnung der Testamentsvollstreckung im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments erfolgt, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zum Erben eingesetzt haben, so ist mangels anderer Anhaltspunkte die Testamentsvollstreckung lediglich für den Erben des Überlebenden angeordnet worden (KG Berlin HRR 1937 Nr. 259). Bei fehlender gegenseitiger Erbeinsetzung ist von zwei Anordnungen in der Testamentsvollstreckung auszugehen (BayObLGZ 1985, 233; BayObLGZ 1997, 1). Eine Anordnung der Testamentsvollstreckung in einem gemeinschaftlichen Testament führt nicht dazu, dass diese **wechselseitig** sind, vgl. § 2270 Abs. 3 BGB. Als einseitige Verfügung kann sie jederzeit widerrufen werden. Gleiches gilt für die Anordnung im Rahmen eines Erbvertrages. Nach dem Tode des Erstversterbenden, kann der überlebende Ehegatte den Schlusserben nicht mehr durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränken, da die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers einem teilweisen Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes gleich kommt (KG Berlin HRR 1936 Nr. 340). Eine derartige Erbenbeschränkung ist nur dann zulässig, wenn das gemeinschaftliche Testament einen Vorbehalt enthält, aber auch, wenn die Umstände ergeben, dass dies dem Willen des Erstverstorbenen entspricht (KG Berlin DNotZ 1967, 438; Soergel/Damrau, § 2197 Rn. 4). Des weiteren ist eine **Beschränkung** zulässig in den Fällen, in denen ein Rücktritt wegen Verfehlungen des Bedachten (§ 2294 BGB) eine Pflichtteilsentziehung in der Form des § 2336 BGB sowie eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nach Maßgabe des § 2338 BGB möglich ist. Sofern keine rechtliche Benachteiligung damit verbunden ist, kann der überlebende Ehegatte die Person des Testamentsvollstreckers jederzeit auswechseln. Die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testamentes kann lediglich durch Ausschlagung durch den Ehegatten beseitigt werden (§ 2271 Abs. 2 BGB). Ferner durch Anfechtung nach § 2079 BGB wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten oder aber durch Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages nach § 2352 BGB mit dem Bedachten und ggf. Ersatzbedachten.

2. Persönliche Voraussetzungen des Testamentsvollstreckers

a) Natürliche und juristische Personen

- 31 Zum Testamentsvollstrecker können sowohl **natürliche** als auch **juristische Personen** ernannt werden. Das Gesetz sieht in § 2201 BGB lediglich bei den Personen eine Einschränkung vor, die zur Zeit, in denen sie das Amt anzutreten hätten, **geschäftsunfähig** oder in der **Geschäftsfähigkeit beschränkt** sind oder wegen **Gebrechlichkeit nach § 1896 BGB** zur Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten haben. Wie aus § 2197 Abs. 1 BGB hervorgeht, kann der Erblasser zahlenmäßig unbegrenzt mehrere Personen zum Testamentsvollstrecker ernennen.
- 32 Neben juristischen Personen wie einer **Aktiengesellschaft** oder **GmbH**, können auch **Personengesellschaften** aufgrund § 124 Abs. 1 HGB wegen der Teilrechtsfähigkeit zum Testamentsvollstrecker ernannt werden, wie z.B. die **OHG, KG, EWIV** sowie die **Partnerschaftsgesellschaft**. Ein **nicht rechtsfähiger Verein** ist nicht ernennungsfähig (Soergel/Damrau, § 2197 Rn. 8, *Bamberger/Roth/Mayer*, § 2197 Rn. 27; a.A. *Bengel/Reimann/Reimann*, HB II, Rn. 180). Im Rahmen der Entscheidung des BGH v. 29.01.2001 (NJW 2001, 1056) zur Rechtsfähigkeit einer (Außen-)GbR wurde als Folge der

Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der **GbR** im Sinne einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, vergleichbar der OHG gem. § 128 Abs. 1 HGB entschieden. Insofern spricht einiges dafür, auch einer BGB-Gesellschaft die Ernennungsfähigkeit zum Amt des Testamentsvollstreckers zuzubilligen. Lehnt man eine Ernennungsfähigkeit ab, kann aber die Ernennung einer GbR dahingehend umgedeutet werden, dass die Gesellschafter Mitvollstreckter nach § 2224 BGB sein sollen (Soergel/Damrau, § 2197 Rn. 8, MünchKomm/Brandner, § 2197 Rn. 9; Staudinger/Reimann, § 2197 Rn. 50, der jedoch die Überschaubarkeit des Teilnehmerkreises postuliert).

Eine **Behörde**, wie z.B. das Nachlassgericht, kann wegen der fehlenden Befugnis des Erblassers, den gesetzlich festgesetzten Aufgabenkreis einer Behörde zu erweitern, nicht zum Testamentsvollstreckter ernannt werden. Inhaber eines bestimmten Amtes oder Notariats können zum Testamentsvollstreckter ernannt werden (BayObLGZ 20, 55). Demzufolge kann die Ernennung einer Behörde regelmäßig dahingehend umgedeutet werden, dass der jeweilige Amtsträger zum Testamentsvollstreckter ernannt werden sollte. 33

b) Erben, Vermächtnisnehmer

Zwar kann der Erblasser jede natürliche Person zum Testamentsvollstreckter ernennen, bestimmte Personen sind jedoch, entweder aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen, von der Übernahme des Amtes ausgeschlossen. So kann der **Alleinerbe**, weil er sich nicht selbst beschränken kann, nicht zum alleinigen Testamentsvollstreckter, hingegen aber zum Mitvollstreckter nach § 2224 BGB ernannt werden (RGZ 77, 177; RGZ 163, 57; a.M. Adams, ZEV 1998, 321). Im Rahmen einer **Vermächtnisvollstreckung** nach § 2223 BGB kann ein Alleinerbe wegen der fehlenden Erbenbeschränkung zum Testamentsvollstreckter ernannt werden (*Bamberger/Roth/Mayer*, § 2197 Rn. 32). Ebenso ist eine Einsetzung **aller Erben** wegen § 2224 Abs. 1 BGB möglich. Hingegen ist eine Einsetzung des **alleinigen Vorerben** zum Testamentsvollstreckter verwehrt. Gleiches gilt für die Ernennung als Nacherbenvollstreckter, weil durch diese Konstellation sämtliche Kontrollrechte des Nacherben ausgeschaltet werden (OLG Karlsruhe MDR 1981, 943). Mit weiteren Vollstreckern kann jedoch der alleinige Vorerbe wiederum zum Testamentsvollstreckter ernannt werden, wenn gewährleistet ist, dass der Wegfall der anderen Mitvollstreckter nicht zur alleinigen Vollstreckung durch den Vorerben führt (BayObLG NJW 1976, 1692). Die gleichzeitige Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstreckter und zum Nacherbenvollstreckter ist zulässig, wenn die Vollstreckung durch ein Kollegium von Testamentsvollstreckern ausgeübt wird (BayObLG NJW 1976, 1692). Der alleinige Nacherbe kann ebenfalls nicht Testamentsvollstreckter für die Nacherbschaft sein. Gleiches gilt für ihn als Nacherbenvollstreckter nach § 2222 BGB. Hingegen ist eine Ernennung zum Testamentsvollstreckter für den Vorerben und den alleinigen Nacherben möglich (BayObLG NJW 1959, 1920).

Ein **Vermächtnisnehmer** kann zum Testamentsvollstreckter berufen werden und zwar auch als Alleinvermächtnisnehmer. 35

c) Gesetzliche Vertreter

Gerichtliche **Genehmigungserfordernisse** entfallen, wenn ein **Vormund** oder ein **Familienangehöriger** zum Testamentsvollstreckter ernannt wird. Ggf. kann es aufgrund dieser Doppelstellung zum **Interessengegensatz** i.S.d. § 1796 BGB kommen, so dass im Einzelfall eine **Ergänzungspflegschaft** anzuordnen ist (dazu *Damrau*, ZEV 1994, 1). 36

d) Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Banken

Sehr umstritten ist die Frage, ob **Steuerberater** oder **Banken** das Amt des Testamentsvollstreckers übernehmen dürfen. Die Frage, ob die geschäftsmäßige Übernahme von Testamentsvollstreckungen gegen das RBERG verstößt, ist keine Frage der Zulässigkeit der Ernennung nach § 2197 BGB, sondern vielmehr eine Frage der Zulässigkeit der konkreten Durchführung (so richtig: *Bamberger/Roth/Mayer*, § 2197 Rn. 29). Die Rspr. legt bis dato entgegen der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 12 GG das RBERG extensiv aus. Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten darf geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde gem. Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG dazu die Erlaubnis erteilt wurde. Eine Rechtsbesorgung ist dann gegeben, wenn eine Tätigkeit darauf gerichtet und dazu geeignet ist, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten (BGH NJW 1989, 2125). Nach hiesiger Auffassung unterfällt wegen der Wiederholungsabsicht, dem fehlenden Hauptgeschäft zur Testamentsvollstreckung und des geschäftsmäßigen Handelns die Durchführung der Testamentsvollstreckung durch Banken dem Erlaubniszwang nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG, so dass regelmäßig die Durchführung des Amtes verboten ist (so auch OLG Karlsruhe NJW-RR 1995, 236).

Entgegen der Rspr. (OLG Düsseldorf ZErB 2000, 169) ist nicht generell die Durchführung durch Steuerberater unzulässig. Gleiches gilt für **Wirtschaftsprüfer**. Wie den gewerblichen Verwaltern von Eigentumswohnungen, ist diesen Berufsgruppen ebenfalls die **Erlaubnisfreiheit** ihrer Tätigkeit nach Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG zuzubilligen (so auch *Bamberger/Roth/Mayer*, § 2197 Rn. 30). Eine reine Verwaltungsvollstreckung nach § 2209 Satz 1 BGB wurde bereits als Vermögensverwaltung i.S.d. Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG und somit erlaubnisfrei gewertet (OLG Düsseldorf ZEV 2002, 27; vgl. hingegen OLG Hamm NJW-RR 2002, 1286). Sofern keine geschäftsmäßige Übernahme von Testamentsvollstreckung vorliegt, dürfte die Übernahme und Durchführung der Testamentsvollstreckung, sofern sie einzeln veranlasst ist, ohne weiteres erfolgen. Dies gilt insbesondere für die Fälle, wenn eine Bestimmung durch das Nachlassgericht nach Maßgabe des § 2200 BGB erfolgt ist.

Kann das Amt durch einen Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer durchgeführt werden, ist jedoch das Gewerbeverbot aus § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG sowie § 43 Abs. 3 Nr. 1 WPO zu beachten. 39

e) Rechtsanwälte, Notare

Keine Probleme mit dem RBERG haben naturgemäß **Rechtsanwälte** und **Notare**, für die die Übernahme des Amtes als Testamentsvollstreckter grundsätzlich zulässig ist. Allerdings kann der Rechtsanwalt des Testamentsvollstreckers wegen § 45 Abs. 2 BRAO nicht ausüben, wenn er zuvor gegen den Träger des zu verwaltenden Vermögens tätig geworden ist. Aufgrund § 45 Abs. 3 BRAO erstreckt sich dieses Verbot auch auf einen Sozium. Der Notar, der die Verfügung von Todes wegen beurkundet hat, ist wegen §§ 7, 27 BeurkG daran gehindert, das Amt durchzuführen. Der Verstoß gegen das **Mitwirkungsverbot** führt nicht dazu, dass die vollständige Verfügung von Todes wegen unwirksam ist. § 2085 BGB ist zu beachten. Wird jedoch der Notar in einem weiteren Testament zum Testamentsvollstreckter ernannt und hat er dieses 40

Testament nicht beurkundet, so darf er das Amt ausführen. Gleiches gilt für den Fall, in dem er ein Testament beurkundet hat, in dem das Nachlassgericht nach § 2200 BGB gebeten wird, den Notar zum Testamentsvollstrecker zu ernennen (OLG Stuttgart DNotZ 1990, 430; OLG Oldenburg DNotZ 1990, 431). Da § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG lediglich eine Soll-Vorschrift ist, führt die Bestimmung eines **Sozius** des beurkundenden Notars nicht zur Unwirksamkeit der Ernennung, hingegen zu disziplinarrechtlichen Maßnahmen (*Bengel/Reimann/Sandkühler*, HB XI, Rn. 30).

f) Heimleiter, Heimmitarbeiter, Schiedsrichter, Schiedsgutachter

- 41 Sowohl ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG sowie gegen § 14 HeimG liegt vor, wenn ein **Heimleiter** oder **Heimmitarbeiter** das Amt des Testamentsvollstreckers übernimmt, sofern der Erblasser die Vergütung nicht ausgeschlossen hat (*Zimmermann*, Testamentsvollstreckung, Rn. 115; *Bengel/Reimann/Reimann*, HB II, Rn. 198). Ein **Schiedsrichter** und **Schiedsgutachter** als bei der Nachlassregulierung Beteiligter, kann Testamentsvollstrecker sein (*Bengel/Reimann/Reimann*, HB II, Rn. 199; *Soergel/Damrau*, § 2197 Rn. 14).

II. Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers (Abs. 2)

- 42 Nach § 2197 Abs. 2 BGB kann der Erblasser für den Fall, dass der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen anderen Testamentsvollstrecker ernennen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Erblasser den Testamentsvollstrecker ernannt hat, oder ob dieser von Dritten nach Maßgabe der §§ 2198 ff. BGB bestimmt wurde. Unter **Wegfall** i.S.d. Abs. 2 ist auch die Nichtannahme des Amtes zu verstehen. Gleiches gilt für den Fall, dass die Ernennung des ersten Testamentsvollstreckers entweder unwirksam ist oder aber der Testamentsvollstrecker an der Durchführung des Amtes gehindert ist. Der Erblasser kann einen oder zahlenmäßig unbeschränkt mehrere Personen nacheinander zu Ersatztestamentsvollstreckern ernennen.

C. Verfahrensfragen/Praktische Hinweise

- 43 Ist die Verfügung von Todes wegen, die die Testamentsvollstreckungsanordnung beinhaltet, ungültig oder der ernannte Testamentsvollstrecker kann wegen des Mitwirkungsverbot aus § 27 BeurkG das Amt nicht ausüben, ist die Ernennung zum Testamentsvollstrecker unwirksam. Vor Annahme des Amtes sollte daher der Testamentsvollstrecker die **Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen überprüfen**. Gleiches gilt für die Erben. Häufig wird die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB übersehen, wonach die Anordnung einer Testamentsvollstreckung bzgl. eines pflichtteilsberechtigten Erben unwirksam ist, wenn diesem nur die Hälfte des gesetzlichen Erbteils oder weniger hinterlassen wurde, es sei denn, es wurde mit ihm ein **Pflichtteilsverzicht** vereinbart (*J. Mayer*, ZEV 2000, 263). Ist durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nur ein pflichtteilsberechtigter Miterbe betroffen, die anderen aber nicht, bleibt im Zweifel gegenüber den anderen Miterben die Anordnung der Testamentsvollstreckung bestehen (BayObLG NJW-RR 1991, 6).
- 44 Sofern es zu einem **Interessengegensatz** aufgrund der Doppelstellung als gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker kommen kann, ist es ratsam für den Fall des Interessengegensatzes und der Verhinderung des Testamentsvollstreckers, vorsorglich einen Nebenvollstrecker zu ernennen. Der Aufgabenkreis des Nebenvollstreckers kann auf den Bereich des Interessengegensatzes beschränkt werden (ausführlich *Kirchner*, MittBayNot 1997, 203). Der Erblasser kann zu seinen Lebzeiten nicht die Anordnung der Testamentsvollstreckung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vornehmen (*Bengel/Reimann/Reimann*, HB II, Rn. 15). Allerdings kann ein derartiges Rechtsgeschäft als **postmortale Vollmacht** umgedeutet werden. Eine solche ist jedoch durch den Erben wegen § 671 BGB jederzeit widerruflich.
- 45 Da durch den Widerruf eines Miterben das Vertretungsrecht des Bevollmächtigten hinsichtlich der übrigen Miterben nicht berührt wird, kann die Rückgabe der Vollmachtsurkunde nicht verlangt werden. Hier ist unbedingt auf die **Eintragung eines einschränkenden Vermerks** zu achten (BGH NJW 1990, 507). Ggf. kann die Ernennung zum Testamentsvollstrecker nach Maßgabe der §§ 2087 ff. BGB **angefochten** werden. Im Einzelnen kommt es auf die Beweggründe für die Testamentsvollstreckung an. Liegen bei dem Ersatzerben nach Wegfall des Erben die für die Anordnung der Testamentsvollstreckung ausschlaggebenden Gründe nicht mehr vor, ist ein Anfechtungsgrund gegeben (so auch MünchKomm/*Brandner*, § 2197 Rn. 17). Durch die Anfechtung wird regelmäßig nur die Anordnung der Testamentsvollstreckung beseitigt (im Einzelfall ist auf § 2085 BGB abzustellen).
- 46 Die Gebührenfreiheit für eine Grundbucheintragung der Erben des Grundstückseigentümers erstreckt sich nicht auf die gleichzeitig gem. § 52 GBO von Amts wegen erfolgte Eintragung der Testamentsvollstreckung. Die Eintragung der Testamentsvollstreckung ist nach § 65 Abs. 1 KostO auch dann gebührenpflichtig, wenn der Vermerk im Zusammenhang mit einer nach § 60 Abs. 4 KostO gebührenfreien Maßnahme erfolgt (OLG Düsseldorf Rpfleger 2003, 220).

§ 2198 Bestimmung durch einen Dritten

- (1) Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.**
- (2) Das Bestimmungsrecht des Dritten erlischt mit dem Ablauf einer ihm auf Antrag eines der Beteiligten von dem Nachlassgerichte bestimmten Frist.**

Übersicht:	Rn.
A. Allgemeines	1
B. Tatbestand	2-6
I. Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers (Abs. 1)	2-4
1. Dritter	2
2. Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht	3
3. Form der Erklärung	4
II. Frist (Abs. 2)	5/6

A. Allgemeines

Grundsätzlich ist die Vertretung des Erblassers im Willen und in der Erklärung gem. § 2065 BGB ausgeschlossen. § 2198 BGB enthält hiervon eine Abweichung, wonach dem Erblasser es gestattet ist, die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten zu überlassen. Nicht von § 2198 BGB ist die Anordnung der Testamentsvollstreckung als solche umfasst. Diese kann nur der Erblasser selbst vornehmen.

B. Tatbestand

I. Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers (Abs. 1)

1. Dritter

Jede **geschäftsfähige natürliche** und **juristische** Person kann zum Dritten i.S.d. § 2198 Abs. 1 BGB durch den Erblasser bestimmt werden. Demzufolge können auch der **Erbe** nebst **Vorerben** Dritte sein. Eine mögliche **Interessenkollision** macht die Ernennung durch den Dritten nicht unwirksam. Der Dritte kann sich auch selbst zum Testamentsvollstrecker ernennen, sofern er nicht Alleinerbe ist. Juristische Personen bestimmen durch ihr Vertretungsorgan. Zwar ist eine **Behörde** selbst nicht bestimmungsberechtigt, jedoch kann dem jeweiligen Leiter der Behörde als natürliche geschäftsfähige Person das Bestimmungsrecht durch den Erblasser übertragen werden.

Wegen § 7 BeurkG kann ein **Notar**, der die Verfügung von Todes wegen abgefasst hat, nicht gleichzeitig das Recht zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers übertragen werden (Staudinger/Reimann, § 2298 Rn. 3; a.A. MünchKomm-/Brandner, § 2198 Rn. 3; Soergel/Damrau, § 2198 Rn. 2). Der Dritte kann alle diejenigen Personen zum Testamentsvollstrecker ernennen, die auch der Erblasser hätte ernennen können, es sei denn, er hat dem Dritten genaue Anweisungen gemacht oder seine Rechte eingeschränkt. Demzufolge kann der Dritte dem Testamentsvollstrecker auch unter einer Bedingung oder auf Zeit berufen. Ebenso kann er die Testamentsvollstreckung sich auch nur auf bestimmte Nachlassteile beziehen lassen. Für eine fehlerhafte Auswahl eines Testamentsvollstreckers **haftet** der Dritte nur nach Maßgabe des § 826 BGB, der im Einzelfall kaum nachzuweisen sein wird. Ist der Testamentsvollstrecker nicht geeignet, so steht den Erben die Entlassungsmöglichkeit des § 2227 BGB zur Seite.

2. Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht

Die Bestimmung durch den Dritten erfolgt gegenüber dem örtlich und sachlich zuständigen Nachlassgericht nach Maßgabe der §§ 72, 73 FGG. Eine vor einem **unzuständigen Gericht** abgegebene Bestimmung ist unwirksam. Eine beim örtlich unzuständigen Gericht abgegebene Bestimmung kann wirksam werden, wenn die Erklärung durch Weiterleitung an das zuständige Gericht innerhalb einer etwaigen gesetzten Frist nach § 2198 Abs. 2 BGB erfolgt. Die Erklärung kann nicht unter einen Widerrufsvorbehalt gestellt werden. Sie ist **unwiderruflich**. Hat der Dritte seine Erklärung zur Bestimmung abgegeben, so ist das Bestimmungsrecht erschöpft. Ausnahmsweise kann aber der Dritte dann nochmals eine Bestimmung vornehmen, wenn die alte Bestimmung wegen eines Verstoßes nach § 2201 BGB unwirksam ist oder aber eine Person benannt wurde, die nicht zum Testamentsvollstrecker werden sollte, da dies nicht dem Erblasserwillen entsprach. Hat der vom Dritten benannten Testamentsvollstrecker das Amt anschließend beendet, so kann das Bestimmungsrecht durch den Dritten **erneut** ausgeübt werden, sofern nicht die letztwillige Verfügung eine abweichende Anordnung enthält oder die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet werden soll. Eine **Stellvertretung** bei der Ausübung der Willensbildung des Dritten ist nicht möglich. Hingegen kann aber sich der Dritte bei der Erklärungsabgabe beim Nachlassgericht vertreten lassen.

3. Form der Erklärung

Der Dritte muss die Erklärungen in **öffentlich beglaubigter Form** nach Maßgabe des § 129 BGB, §§ 39 ff. BeurkG abgeben. Eine Erklärung im Rahmen eines handschriftlichen Testamentes ist daher nicht ausreichend. Ist die Erklärung nicht formwirksam abgegeben, so muss das Nachlassgericht auf diesen Mangel per **Zwischenverfügung** hinweisen. Hat der Erblasser statt der ausreichenden öffentlichen Beglaubigung eine notarielle Beurkundung zur Testamentsvollstreckerbestimmung angeordnet, so bleibt trotzdem die öffentliche Beglaubigung ausreichend, da hierdurch dem Sicherungszweck Genüge getan ist. Die Bestimmung kann in einer **öffentlichen Verfügung von Todes wegen** getroffen werden. Voraussetzung ist jedoch, dass diese öffentliche Verfügung von Todes wegen mit Willen des Dritten dem Nachlassgericht zugeht. Umstritten ist, ob eine Beglaubigung entbehrlich ist, wenn die Bestimmung in einer **öffentlichen Urkunde** getroffen wird, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit von Gerichten, Ämtern, Amtsinhabern, oder Behörden errichtet werden. So bestimmt in der Praxis häufig der Notar mittels einer Eigenurkunde den Testamentsvollstrecker. In der Rspr. (OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 7) wird keine Beglaubigung der öffentlichen Urkunde gefordert, wenn durch den Präsidenten des OLG die Bestimmung erfolgt. Bei der Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch den Amtsgerichtsdirektor (OLG Hamm DNotZ 1965, 487) wurde eine Beglaubigung nach § 129 BGB für erforderlich gehalten. Voraussetzung für die Entbehrlichkeit einer besonderen Beglaubigung ist, dass die Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch den Leiter einer öffentlichen Behörde Teil seiner amtlichen Aufgabe ist.

II. Frist (Abs. 2)

Grundsätzlich hat der Dritte **keine Frist** bei der Ausübung seines Bestimmungsrechts zu beachten. Der Erblasser kann bereits im Testament dem Dritten eine Frist zur Ausübung des Bestimmungsrechts setzen, welche jedoch vom Nachlassgericht verkürzt oder verlängert werden kann, da ungemessen lange oder kurze Fristen einer Nichtanordnung einer Frist gleichstehen. Des weiteren haben nach Abs. 2 Beteiligte die Möglichkeit, dem Dritten zur Ausübung des Bestimmungsrechts eine Frist zu setzen, nach deren Ablauf das Bestimmungsrecht entfällt. **Beteiligter** ist jeder, der ein rechtliches und nicht lediglich wirtschaftliches Interesse an der Klarstellung bzw. Testamentsvollstreckung hat. Hierunter fallen der **Erbe** inkl. **Vor- und Nacherbe**, **Pflichtteilsberechtigte**, **Vermächtnisnehmer**, **Auflagenvollziehungsberechtigte** nebst **Auflagenbegünstigten** (a.A. Soergel/Damrau, Rn. 9) sowie der **Nachlassgläubiger**. Der **gesetzliche Vertreter** ist nur

dann antragsberechtigt, wenn ihm nicht die Verwaltung der Erbschaft nach Maßgabe der §§ 1638, 1803 BGB entzogen wurde (BGHZ 106, 96).

- 6 Der **Rechtspfleger** entscheidet über die Anordnung der Frist mittels **Beschluss** gem. § 3 Nr. 2 c RPflG. Der Beschluss wird nach Maßgabe des § 16 Abs. 1 FGG bekannt gegeben. Gegen eine Fristsetzung kann sich der Dritte und jeder Beteiligte mittels der **sofortigen Beschwerde** zur Wehr setzen (§§ 22, 80 FGG). Die **Beschwerdefrist** beginnt mit der Bekanntmachung des Beschlusses an den jeweiligen Beteiligten. Hat der Rechtspfleger eine Fristsetzung abgelehnt, muss einfache Beschwerde gem. §§ 19, 22 FGG eingereicht werden, welche wegen § 20 Abs. 2 FGG nur dem Antragsteller zusteht. Nimmt der Dritte sein Recht zur Ernennung innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht wahr oder erklärt er vor Fristablauf oder generell, er werde keinen zum Testamentsvollstrecker ernennen, so **erlischt** sein **Bestimmungsrecht**. Hierdurch entfällt auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung insgesamt, sofern sich aus der letztwilligen Verfügung nach dem Willen des Erblassers nichts anderes ergibt. Der Dritte ist somit nicht verpflichtet, eine Person zum Testamentsvollstrecker zu benennen.

C. Verfahrensfragen/Praktische Hinweise

- 7 Die **Kosten der Beglaubigung** und die **Kosten für die Entgegennahme** der Erklärung bei Gericht richten sich nach §§ 112 Abs. 1 Nr. 6, 115 KostO. Diese hat der Erklärende zu tragen, der jedoch von den Erben nach Auftragsrecht einen **Erstattungsanspruch** hat. Die Gebühren für das Fristsetzungsverfahren richten sich nach den §§ 113, 115 KostO. Da der Dritte alle Rechte bei der Bestimmung des Testamentsvollstreckers hat, wie auch der Erblasser und damit auch die Testamentsvollstreckung nur auf bestimmte Nachlassteile beschränken kann, sollte bei der Testamentsgestaltung deutlich gemacht werden, ob nicht die Bestimmung durch den Dritten lediglich die Bestimmung der Person beinhalten soll, sonst aber eine Befristung oder Beschränkung nicht gewünscht ist. Eine Klarstellung ist daher vorsorglich aufzunehmen. Da der Erblasser auf gewisse Schutzrechte aus § 2198 BGB verzichten kann, ist zu prüfen, wenn ein Amtsinhaber oder eine Behörde bzw. Gericht die Bestimmung vornehmen soll, dass im Einzelfall auf eine Beglaubigung der Bestimmungserklärung von Seiten des Erblassers verzichtet wird.