

Schiffer/Rott/Pruns (Hrsg.)

Die Vergütung des Testamentsvollstreckers

Die Vergütung des Testamentsvollstreckers

Herausgegeben von

Rechtsanwalt Dr. K. Jan Schiffer, Bonn
Testamentsvollstrecker (AGT)

Rechtsanwalt Eberhard Rott, Bonn
FAErbR, FAStR, Testamentsvollstrecker (AGT)

Rechtsanwalt Matthias Pruns, Bonn

Mit Beiträgen von

Dipl.-Betw. (BA) Peter Hinrich Meier, Jockgrim
Rechtsanwalt Matthias Pruns, Bonn

Notar a.D. Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Regensburg
Rechtsanwalt a.D. Dr. Peter Reinfeldt, Hamburg

Rechtsanwalt Eberhard Rott, Bonn

Rechtsanwalt Dr. K. Jan Schiffer, Bonn

Rechtsanwalt Norbert Schönleber, Köln

Dipl.-Kfm. Thomas Terhaag, Düsseldorf

Rechtsanwalt Prof. Dr. Maximilian A. Werkmüller, LL.M.,
Düsseldorf

2. Auflage

zerb verlag

Hinweis:

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.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

Schiffer/Rott/Pruns (Hrsg.)

Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, 2. Auflage 2022
zerb verlag, Bonn

ISBN 978-3-95661-124-7

Juristische Fachmedien Bonn GmbH

Rochusstr. 2–4

53123 Bonn

© 2022 by zerb verlag – eine Marke der Juristische Fachmedien Bonn GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen

Vorwort

Dieses kleine Buch hat, wofür wir herzlich danken, eine ausgesprochen freundliche Aufnahme gefunden. Das und die Weiterentwicklung des Themas in der Praxis haben diese zweite Auflage erforderlich gemacht.

Nach wie vor werden die Vermögen der Nachkriegsgeneration vererbt. So ist jährlich in zehntausenden von Unternehmen und bei noch sehr viel mehr privaten Immobilien die Nachfolge zu regeln. Die Nachlässe werden zudem komplexer in ihrer Zusammensetzung. Das alles ist allseits bekannt und findet seinen Weg zunehmend auch in die Tagespresse und die anderen Alltagsmedien. Nach wie vor beschäftigen sich dennoch nur die wenigsten Menschen wirklich ausreichend mit ihrem Tod und dessen Folgen. Die Absicherung ihrer Familie liegt ihnen aber sehr am Herzen. Zwischen diesen beiden Punkten hin und her gerissen, fühlen sich viele Menschen bei der Frage nach ihrem letzten Willen wie gelähmt. Hier kann eine einfühlsame Beratung Wunder wirken. Ein Testamentsvollstrecker kann die Umsetzung des Erblasserwillens absichern, wie sich in der Praxis vielfach erfolgreich zeigt.

Sämtliche Ausführungen in dem Buch sind durchgesehen worden, auf den aktuellen Stand gebracht und zum Teil ausführlich ergänzt worden. Ein § 11 ist hinzugekommen. In der zweiten Auflage dieses Buches haben sich die Autoren, Anregungen aus der Praxis folgend, zudem vermehrt um weiterführende Literatur- und Rechtsprechungsnachweise bemüht. Dennoch ersetzt dieses Buch ersichtlich nicht die Lektüre und den Blick in eines der bekannten großen Bücher zur Testamentsvollstreckung und in Spezialbeiträge zu einzelnen Themen. Das gilt ganz besonders für den kleinen Überblick in § 1.

Testamentsvollstreckung ist eine Dienstleistung, und zwar eine sehr anspruchsvolle. Sie ist ein besonderes Tätigkeitsfeld (§ 1) und erfordert vor allem Verantwortungsbewusstsein, Durchsetzungsvermögen sowie wirtschaftlichen und rechtlichen Sachverstand. Die andauernd zunehmende Qualifizierung der Testamentsvollstrecker als zertifizierte Testamentsvollstrecker (AGT e.V.) oder Fachberater für Testamentsvollstreckung und Nachlassverwaltung (DStV e.V.) trägt dem Rechnung. Es steht daher außer Frage, dass eine derart verantwortungsvolle Tätigkeit grundsätzlich zu vergüten ist. Die gesetzliche Regelung ist kurz und einfach gehalten. § 2221 BGB bestimmt: „*Der Testamentsvollstrecker kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat.*“

Der Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung erscheint zunächst sehr einfach. Der Erblasser bestimmt, ob und ggf. welche Vergütung ein Testamentsvollstrecker erhält. Trifft der Erblasser in seinem Testament keine Aussagen, erhält der Testamentsvollstrecker nach § 2221 BGB eben eine angemessene Vergütung. Wohl gerade weil die gesetzliche Regelung so kurz ist, führt sie in der Praxis immer wieder zu vehementen Streitigkeiten. Der Testamentsvollstrecker fühlt

sich für seine Tätigkeit häufig nicht ausreichend vergütet, die Erben hingegen meinen, der Nachlass werde über Gebühr belastet. Gerichte und Notare fühlen sich oft überfordert, weil sie die „rasante“ Entwicklung,¹ die insbesondere die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung in den letzten rund zwanzig Jahren genommen hat, bislang oftmals noch gar nicht wahrgenommen haben. Der Erblasser selbst trifft eine passende Regelung nur selten. Zumeist wird bei dem Entwurf der letztwilligen Verfügung gar nicht über den Punkt Testamentsvollstreckerhonorar gesprochen oder es läuft in etwa so:

Rechtsanwalt: *„Und dann müssen wir noch über die Vergütung des Testamentsvollstreckers reden?“*

Erblasser. *„Was ist denn da üblich?“*

Rechtsanwalt: *„Oft verweist man auf die rheinische Notartabelle, die sich u.a. nach dem Wert des Nachlasses richtet.“*

Erblasser: *„Dann mache ich das auch so. Das wird dem XY schon reichen.“*

Chance verpasst, oder?

Die sich im Zusammenhang mit der Vergütung stellenden Fragen offen mit dem künftigen Erblasser zu erörtern, setzt vor allem viel Detailkenntnis des Testamentsgestalters von den Aufgaben eines Testamentsvollstreckers, von der sich daraus ergebenden angemessenen Vergütung und gerade auch von den bestehenden auch modernen Vergütungsmöglichkeiten (§ 2 bis § 7) voraus. Die Praxis zeigt uns, dass es daran ganz oft fehlt (§ 10 gibt dazu erhellende empirische Erkenntnisse). Dem wollen wir mit dieser Schrift zum Nutzen der in der Praxis wirkenden (potentiellen) Testamentsvollstrecker, der Gerichte sowie vor allem der (potentiellen) Erblasser und der Erben entgegenwirken, wobei sich nachfolgend nicht nur die Sicht der Rechtsanwälte findet, sondern auch der Notare (§ 4) und der Banken (§ 5). Zudem hat die AGT ein Projekt zur zeitgemäßen angemessenen Testamentsvollstreckervergütung aufgesetzt (§ 11).

Nach wie vor gilt: Nur wer Bescheid weiß, kann sich hier im Einzelfall passend entscheiden. Es mag zwar einfach sein, ist aber eben in aller Regel nicht passend, sondern häufig sogar Streit fördernd, die Frage der Vergütung des Testamentsvollstreckers überhaupt nicht anzusprechen und die Auseinandersetzung mit der Thematik auf die Zeit nach dem Ableben des Erblassers zu vertagen. Nachfolgend findet der geneigte Leser deshalb zahlreiche Formulierungsbeispiele zur Testamentsvollstreckervergütung und zur Durchsetzung der Testamentsvollstreckervergütung (insb. § 7). Die Fragen der Besteuerung der Testamentsvollstreckervergütung (§ 8) sind für das tatsächliche wirtschaftliche Ergebnis der Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers mitentscheidend.

1 Siehe nur die Tagungsberichte zu den Deutschen Testamentsvollstreckertagen in Bonn.

In unserer täglichen Arbeit und bei unserer Vortragstätigkeit werden uns aus der Praxis immer wieder typische Einzelfragen zur Testamentsvollstreckervergütung gestellt. Solche Fragen (und Antworten) finden sich in § 9. Gerne können Sie uns Ihre weiteren einschlägigen Fragen, die von allgemeinem Interesse sind, über *info@agt-ev.de* schicken. Sie finden dann ggf. abstrakt auch Eingang in das AGT-Vergütungsprojekt auf der Homepage der Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge (AGT e.V.).² Auch sonst sind uns Ihre Anregungen und Ihre Kritik immer sehr willkommen.

Wir danken ganz herzlich Herrn Kollegen Uricher (BWNNotZ 6/2013, 187), Frau Kollegin Angela Voß (dierezesenten.blogspot.de, 28.8.2014) und Herrn Kollegen Dr. Stephan Schmidl (ZEV 6/2014, XII) für ihre freundlichen, motivierenden und anregenden Rezensionen.

Besonders danken wir auch unseren bisherigen und den neuen Mitautoren, die nachfolgend jeweils ihre eigenen Meinungen vertreten, für ihre ebenso fachlich fundierte wie engagierte Mitwirkung an der zweiten Auflage. Großer Dank geht auch an Frau cand. iur. Friederike Schanz, Frau Dipl.-Jur./Mag. Jur. Elena Weber sowie an Frau Albers und Frau Blaschko vom zerb verlag, ohne deren Geduld und Einsatz dieses Buch nicht rechtzeitig fertig geworden wäre. Unseren Familien danken wir einmal mehr ganz besonders für ihre Geduld mit unseren fachschriftstellerischen Ambitionen.

Bonn, im März 2022

*Dr. K. Jan Schiffer
Eberhard Rott
Matthias Pruns*

² www.agt-ev.de.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Verzeichnis der Formulierungsbeispiele	XI
Autorenverzeichnis	XIII
Allgemeines Literaturverzeichnis	XV
§ 1 Testamentsvollstreckung als ein besonderes Tätigkeitsfeld	1
§ 2 Grundlagen und aktuelle Erscheinungsformen der Testamentsvollstreckervergütung	39
§ 3 Vergütungstabellen	67
§ 4 Vergütung des Testamentsvollstreckers aus der Sicht der Notare	99
§ 5 Formulierungsbeispiele zur Testamentsvollstreckervergütung und zur Durchsetzung der Vergütung	109
§ 6 Testamentsvollstreckervergütung in der Bankpraxis	129
§ 7 Zeitvergütung für den Testamentsvollstrecker	145
§ 8 Besteuerung der Testamentsvollstreckervergütung	167
§ 9 Oft gestellte Fragen aus der Testamentsvollstreckerpraxis	185
§ 10 Empirisches	203
§ 11 Fortentwicklung der Empfehlungen zur Testamentsvollstreckervergütung	215
Literaturspiegel für Testamentsvollstrecker	223
Stichwortverzeichnis	233

Verzeichnis der Formulieringsbeispiele

Einsetzung eines Testamentsvollstreckers	4
Vergütungsanordnung bei einer geschäftsmäßigen Abwicklungs- testamentsvollstreckung	113
Vergütungsanordnung bei einer geschäftsmäßigen Dauertestaments- vollstreckung (z.B. Banken und Vermögensverwalter)	114
Vergütungsanordnung bei einer geschäftsmäßigen Dauertestaments- vollstreckung (Variante)	116
Mittestamentsvollstrecker	118
Vergütungsvereinbarung mit den Erben	118
Schreiben eines Testamentsvollstreckers an die Erben zu seiner Vergütungsentnahme aus dem Nachlass	119
Vergütungsklage des Testamentsvollstreckers	121
Vergütung nach Zeitaufwand	155
Anordnung einer Zeitvergütung in der letztwilligen Verfügung	160

Autorenverzeichnis

Peter Hinrich Meier

Fachberater für Testamentvollstreckung und Nachlassverwaltung (DStV e.V.),
Diplom-Betriebswirt (BA), Steuerberater, Jockgrim

Matthias Pruns

Rechtsanwalt, Bonn

Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Notar a.D., Regensburg

Dr. Peter Reinfeldt

Rechtsanwalt a.D., Hamburg

Eberhard Rott

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Steuerrecht,
Testamentvollstrecker (AGT), Bonn

Dr. K. Jan Schiffer

Rechtsanwalt, Bonn

Norbert Schönleber

Rechtsanwalt, Köln

Christoph J. Schürmann

Rechtsanwalt, Bonn

Thomas Terhaag

Fachberater für Testamentvollstreckung und Nachlassverwaltung (DStV e.V.),
Diplom-Kaufmann, Steuerberater, Düsseldorf

Prof. Dr. Maximilian A. Werkmüller, LL.M.

Rechtsanwalt, Düsseldorf

Allgemeines Literaturverzeichnis

- Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Auflage 2020
- Birk*, Vergütung und Aufwendungsersatz des Testamentsvollstreckers, Diss., Konstanz 2002
- Brandis/Heuermann*, Ertragsteuerrecht, Kommentar, Loseblatt, Stand: Oktober 2021
- Damrau/Tanck*, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage 2020
- Dauner-Lieb*, Unternehmen im Sondervermögen (zugl. Habil.), 1998
- Deckenbrock/Henssler*, Rechtsdienstleistungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage 2021
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Auflage 2020
- Frieser* (Hrsg.), Formularbuch des Fachanwalts Erbrecht, 4. Auflage 2021
- Frieser* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Erbrecht, 4. Auflage 2013
- Fritz/Josten/Lang/Werkmüller*, Testamentsvollstreckung und Stiftungsmanagement durch Banken und Sparkassen, 2006
- Fritz/Prottegeier/Roller* (Hrsg.), Gesteuerte Vermögensübertragung, 2011
- Grüneberg* (vormals Palandt), Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Auflage 2022
- Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: EStG KStG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Dezember 2021
- jurisPK-BGB*, 9. Auflage 2020
- Kirchhoff/Söhn/Mellinghoff* (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, Kommentar, Loseblatt, Stand: Oktober 2021
- Korn*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Loseblatt, Stand: Dezember 2021
- Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler*, Anwaltformulare Erbrecht, 6. Auflage 2019
- Lange/Werkmüller*, Der Erbfall in der Bankpraxis, 2002
- Langenbacher/Bliesener/Spindler*, Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage 2020
- Littmann/Bitz/Pust* (Hrsg.), Das Einkommensteuerrecht (ESt), Kommentar, Loseblatt, Stand: Dezember 2021
- Mayer/Bonefeld*, Testamentsvollstreckung, 4. Auflage 2015
- Münchener Kommentar: BGB*, Band 11: Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, 8. Auflage 2020 (zit. MüKo/Bearbeiter)
- Muscheler*, Das neue Recht der Pflichtteilsentziehung, in: Bayer/Koch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Erbrechts, Schriften zum Notarrecht, Bd. 21 2010, S. 39–87

NomosKommentar BGB (zit. NK-BGB/*Bearbeiter*)

Band 1: Allgemeiner Teil – EGBGB, hrsg. von Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack,
4. Auflage 2021

Band 5: Erbrecht, hrsg. von Kroiß/Horn, 6. Auflage 2022

Nieder/Otto, Münchener Vertragshandbuch, 8. Auflage 2018

Reinfeldt, Die vom Erblasser bestimmte Vergütung des Testamentsvollstreckers,
Diss., Bonn 2013

Rott/Kornau/Zimmermann, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, 3. Auf-
lage 2022

Schiffer (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Auflage 2016

Schiffer, Mandatspraxis, Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation, 2. Auflage 2005

Schiffer (Hrsg.), Schiedsverfahren und Mediation, 2. Auflage 2005

Schiffer/Pruns/Schürmann, Die Reform des Stiftungsrechts, 2022

Schiffer/Schürmann, Hereditare-Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht,
2014

Schmidt, Einkommensteuergesetz: EStG, Kommentar, 40. Auflage 2021

Schol/Schmidt (Hrsg.), Praktikerhandbuch Marktfolge Passiv, 2011

Seibert (Hrsg.), Praktikerhandbuch Private Banking, 2013

Staudinger, BGB, Buch 5: Erbrecht, Kommentar, Neubearbeitung 2022

Storz, Autonomie und Heteronomie des Testamentsvollstreckers, jur. Diss., 2009

Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz:
ErbStG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Juli 2021

Wigand/Andersson/Martin, Generationen- und Stiftungsmanagement für Kredit-
institute und Finanzdienstleister, 2012

Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 23. Auflage 2020

Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 5. Auflage 2019

Zöller, ZPO, Kommentar, 34. Auflage 2022

S 1 Testamentsvollstreckung als ein besonderes Tätigkeitsfeld

Übersicht:	Rdn		Rdn
A. Einführung	1	2. Allseitiges Vertrauen	45
B. Einsetzung eines Testamentsvollstreckers	2	3. Durchsetzungsfähigkeit	48
C. Aufgaben des Testamentsvollstreckers	6	4. Menschliche Aspekte	50
I. Gesetzliche Grundlagen	6	5. Unabhängigkeit	51
II. Übersicht zu tatsächlichen Aufgaben in der Praxis	10	6. Bonität	53
D. Ein Blick auf besondere Tätigkeitsfelder in der Testamentsvollstreckung	12	7. Professionelle Infrastruktur	58
I. Testamentsvollstreckung und Unternehmensnachfolge	13	IV. Berufstypische Besonderheiten	60
II. Testamentsvollstreckung und Estate Planning	19	1. Berufrechtliche Zulässigkeit	61
III. Testamentsvollstreckung im Bereich privater Vermögen	22	2. Problem der Eigenmandatierung	63
IV. Testamentsvollstreckung und Stiftung	27	F. Oft übersehen: Haftungsgefahren für Testamentsvollstrecker	64
E. Erfolgsfaktoren bei der Testamentsvollstreckung	30	I. Haftungsproblem	65
I. Anforderungsprofil für einen Testamentsvollstrecker	31	II. Potentielle Anspruchsteller und Haftungsgegner	67
II. Wer wird Testamentsvollstrecker?	32	1. Erben und die Vermächtnisnehmer	67
1. Rechtsanwälte und Notare sowie Steuerberater	32	2. Finanzverwaltung	71
2. Bankkaufleute und Finanzdienstleister	34	3. Sonstige dritte Personen	72
3. „Neue Dienstleister“ nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz	37	III. Haftungsträchtige Punkte: Beispiele aus der Praxis	73
III. Wesentliche Erfolgsparameter bei der Testamentsvollstreckung	38	IV. Haftungsstreit	76
1. Fachliche Fähigkeiten und Zertifizierung	39	1. Zuständiges staatliches Gericht	76
		2. Letztwilliges Schiedsgericht?	78
		V. Haftungsvermeidungsstrategien für Testamentsvollstrecker	81
		1. Entlastung des Testamentsvollstreckers?	82
		2. Aufrechnung	84
		3. Haftungsbegrenzungsvereinbarungen	85
		4. Haftpflichtversicherung	86

A. Einführung

„Erben lohnt sich – bei aller Trauer im Todesfall“ sagen vielfach erfreute Kinder als Erben, wenn es eine reibungslose Abwicklung im Erbfall gegeben hat. 1

„Faires“ oder gar „gerechtes“ Vererben ist nicht leicht, klagen nicht selten Eltern in der Erbberatung, wenn sie denn überhaupt eine solche suchen.

Und leider ist es nicht immer einfach, die richtige fachliche Beratung zu finden. So berichtete eine ältere Dame: „Ich habe vor über zehn Jahren ein Testament gemacht und dies direkt bei einem [vermeintlichen] Fachmann. Dort habe ich aber keine wirkliche Beratung bekommen und schon damals ein komisches Gefühl. Endlich bin ich soweit, dass sich das Testament ein richtiger Fachmann anschauen soll und es mit mir so bearbeitet, dass ich beruhigt bin.“ Ersteres ist

Produktverkauf und das Zweite ist die aus unserer Sicht erforderliche gemeinsame Nachfolgegestaltung.

Ja, nach wie vor werden die oft erheblichen Vermögen der Nachkriegsgeneration vererbt – und das zu vererbende Vermögen scheint stetig zu steigen.¹ So ist jährlich in zehntausenden von Unternehmen und bei noch sehr viel mehr privaten Immobilien die Nachfolge zu regeln. Nur die wenigsten Menschen beschäftigen sich jedoch mit ihrem Tod und dessen Folgen. Die Absicherung ihrer Familie liegt ihnen aber dennoch sehr am Herzen. Zwischen diesen beiden Punkten hin und her gerissen fühlen sich viele Menschen bei der Frage nach ihrem letzten Willen wie gelähmt. Hier kann eine einfühlsame Beratung Wunder wirken. Ein Testamentsvollstrecker kann die Umsetzung des Erblasserwillens absichern.² Die Praxis zeigt, dass Erblasser das zunehmend wünschen.

In diesem Kapitel wollen wir vor allem betrachten, was ein Testamentsvollstrecker gegebenenfalls tut. Das ist ein Blick auf das, wofür der Testamentsvollstrecker vergütet wird. Erst dieser Blick ermöglicht eine fundierte Betrachtung der Testamentsvollstreckervergütung. Der Blick auf die etwaigen Aufgaben und Tätigkeiten eines Testamentsvollstreckers erscheint uns auch deshalb angebracht, weil selbst unter Fachleuten (Richter, Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer etc.) oftmals keine wirklich konkrete Vorstellung dazu besteht, wie teilweise höchst umfangreich und komplex die Aufgabenstellungen eines Testamentsvollstreckers in der Praxis sind. Wer hier keine passende Vorstellung hat, kann auch nicht beurteilen, ob ein konkretes Testamentsvollstreckerhonorar „angemessen“ iSv § 2221 BGB ist. Auch hier gilt die alte Volkweisheit: „Wissen hilft.“³ Vom „Normalfall“ oder einer „durchschnittlichen“ Testamentsvollstreckung als Ausgangspunkt für die Vergütungsbemessung zu sprechen, kann bei der Antwort auf die Frage nach der Angemessenheit eines Testamentsvollstreckerhonorars, die Richter, Anwälte, Testamentsvollstrecker und Erben geben müssen oder haben wollen, jedenfalls nur ansatzweise helfen.

B. Einsetzung eines Testamentsvollstreckers

- 2 Testamentsvollstrecker kann gem. § 2201 BGB jede natürliche Person werden, die bei Amtsantritt nicht geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit be-

1 Das derzeitige Vermögen der privaten Haushalte in Deutschland wird auf 7.700.000.000.000 EUR geschätzt (<https://www.n-tv.de/wirtschaft/Private-Haushalte-sind-so-reich-wie-nie-article23031731.html>, Abruf vom 6.1.2022).

2 Siehe zu den nachfolgenden Ausführungen auch schon *Rott/Schiffer*, in: Pruns, Tagungsband 3. Deutscher Testamentvollstreckertag 2009, S. 105 ff.; siehe etwa auch *J. Mayer*, in: Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, § 2.

3 Einen lesbaren knappen Überblick geben *Deringer/Deringer*, AnwZert ErbR 17/2018 Anm. 1.

schränkt ist oder die nach § 1896 BGB einen Betreuer zur Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten erhalten hat. Auch juristische Personen können, unabhängig von ihrer Rechtsform, Testamentvollstrecker werden.⁴ Der Erblasser kann die Auswahl der konkreten Person auch einem Dritten überlassen (§ 2198 BGB).

Die Frage, ob ein Verstoß gegen §§ 7, 27 BeurkG vorliegt, wenn der Notar die testamentarische Erklärung des Erblassers beurkundet, dieser werde die Person des Testamentvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen, und der Notar das ihm im Anschluss übergebene entsprechende Schriftstück zusammen mit dem Testament in amtliche Verwahrung gibt, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.⁵ Es dürfte auch hier einmal mehr der jeweils spezifische Sachverhalt entscheidend sein.

Der Erblasser kann einen oder, etwa in umfangreichen Erbsachen, z.B. zur Regelung der Unternehmensnachfolge, auch mehrere Testamentvollstrecker ernennen.⁶ Es handelt sich stets, d.h. auch bei einem Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testament, um eine einseitige, jederzeit frei widerrufbare Verfügung des Erblassers. Eine Testamentvollstreckung kann nicht nur ausdrücklich letztwillig verfügt werden, sondern sich im Einzelfall auch aus der Auslegung des Erblasserwillens ergeben.⁷ Es gilt auch hier die bekannte Andeutungstheorie.⁸ So erlaubt bei einem gemeinschaftlichen Testament bei einem entsprechenden Sachverhalt (§ 2306 BGB beachten!) die Formulierung „*Dem Längstlebenden von uns bleibt vorbehalten, abweichend insoweit von Todes wegen zu verfügen, als dadurch der Erbteil eines Abkömmlings nicht um mehr als ein Viertel verkürzt wird*“ dem überlebenden Ehegatten, sowohl den Erbteil entsprechend zu kürzen als auch Testamentvollstreckung anzuordnen.⁹

Angeraten ist natürlich in jedem Fall eine klare und eindeutige Formulierung in der letztwilligen Verfügung – beispielsweise eine solche, wie in der folgenden Randnummer angegeben (siehe Rdn 5).

4 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.5.2018 – I-3 Wx 10/18 für die Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft.

5 Siehe etwa OLG Bremen v. 24.9.2015 – 5 W 23/15, NJW-RR 2016, 76 (bejahend) und v. 10.3.2016 – 5 W 40/15, NJW-RR 2016, 979 (verneinend); siehe auch OLG Köln v. 5.2.2018 – 2 Wx 275/17, ZErB 2018, 94 ff.; OLG Düsseldorf v. 9.4.2021 – 3 Wx 61/20, http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2021/3_Wx_61_20_Beschluss_20210409.html.

6 Ausführlich dazu, wann in der Praxis Testamentvollstreckung angeordnet werden sollte, *Schleifenbaum*, ErbR 2015, 170 und ErbR 2015, 230.

7 Siehe nur *Roth*, NJW-Spezial 2020, 2020 mit zahlreichen Nachweisen auch zu Formulierungen aus der Praxis.

8 Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 BGB Rn 19.

9 Siehe dazu OLG Köln ZEV 2014, 255 ff. mit Anm. *Goez*.

- 4 Der Austausch der konkreten Person des Testamentsvollstreckers beeinträchtigt nicht grundsätzlich, ggf. aber im Einzelfall, die Rechtsposition eines bindend eingesetzten Vertragserben.¹⁰

Der Erblasser darf die Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten zuweisen (Beispiele: Präsident des örtlichen OLG oder Testamentsvollstrecker bestimmt seinen Nachfolger).

- 5 Für den Fall, dass ein ernannter Testamentsvollstrecker wegfällt, sollte der Erblasser Vorsorge treffen und zugleich einen **Ersatztestamentsvollstrecker** bestimmen.

Formulierungsbeispiele: Einsetzung eines Testamentsvollstreckers

Hiermit ordne ich Testamentsvollstreckung an. Zu meinem Testamentsvollstrecker ernenne ich Frau X. Für den Fall, dass Frau X vor oder nach Annahme des Testamentsvollstreckeramtes wegfällt, ernenne ich zum Ersatztestamentsvollstrecker Herrn Y.

Für den Fall, dass beide wegfallen, soll die Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge in Bonn (AGT) e.V. (www.agt-ev.de)¹¹ aus dem Kreis der von ihr zertifizierten Testamentsvollstrecker,¹² hilfsweise das Nachlassgericht (§ 2000 BGB), eine geeignete Person zum Testamentsvollstrecker bestimmen.

Alternativ:

Für den Fall, dass beide wegfallen, soll das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker bestimmen mit der Maßgabe, dass dieser aus der von der AGT geführten Liste zertifizierter Testamentsvollstrecker (www.testamentsvollstreckerliste.de) auszuwählen ist.

C. Aufgaben des Testamentsvollstreckers

I. Gesetzliche Grundlagen

- 6 Der vom Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung bestimmte Testamentsvollstrecker (§§ 2197 ff. BGB) hat dessen Anordnungen zur Ausführung zu bringen

10 Ausführlich dazu und zu dem betreffenden Meinungsstreit mit zahlreichen Nachweisen *Keim*, ZEV 2021, 129 ff.

11 Der Hinweis auf die Homepage einer im Testament genannten Organisation ermöglicht es dem Nachlassgericht, i.d.R. schnell und zuverlässig die aktuellen Kontaktdaten zu ermitteln.

12 An dieser Stelle kann alternativ oder ergänzend bspw. auch auf die Fachberater Testamentsvollstreckung und Nachlassverwaltung (DStV e.V.) hingewiesen werden.

(§ 2203 BGB). Die Aufgaben und die Gestaltungsmöglichkeiten zur Testamentsvollstreckung sind vielfältig.¹³

Es ist wohl *Zimmermann*, der das schöne Schlagwort des „superbefreiten und superermächtigten Testamentsvollstreckers“ geprägt hat, dem letztwillig die maximal mögliche Rechtsposition eingeräumt worden ist.¹⁴

Aber auch Beschränkungen des Testamentsvollstreckers (Bindung und Dauer sowie Ersetzung und Bedingung) sind zu bedenken, wie etwa *Wendt* unter dem ebenfalls anschaulichen Schlagwort „Der Regent und sein Vollstrecker: regieren aus dem Grab – unbegrenzt?“ dargestellt hat.¹⁵

Das Testamentsvollstreckeramt **beginnt**, wenn der Ernannte das Amt durch – regelmäßig privatschriftliche – Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht angenommen hat (§ 2202 BGB). Da das Amt mit dem Tod des Testamentsvollstreckers, bei juristischen Personen mit deren Liquidation oder Verschmelzung (§§ 36 Abs. 1 S. 1, 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG) erlischt, ist die Bestimmung eines Ersatztestamentsvollstreckers so überaus wichtig. 7

Praxishinweis

Aus dem Kreis unerfahrener Testamentsvollstrecker ist immer wieder zu hören, dass er mit seiner Aufgabe erst beginnen könne, wenn ihm ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorliege. Diese Auffassung ist falsch. Das Amt und bspw. die Pflicht zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses beginnt bereits mit der Amtsannahme.¹⁶

Im Übrigen **endet** das Amt mit der Erfüllung der Aufgaben oder zu dem vom Erblasser bestimmten Termin oder Ereigniseintritt. 8

Praxishinweis

Erben und Testamentsvollstrecker können nicht das Ende der Testamentsvollstreckung vereinbaren.¹⁷ Das wäre grundsätzlich ein Verstoß gegen den Erblasserwillen, den der Testamentsvollstrecker auszuführen hat. Die Praxis greift in solchen Fällen mitunter zu Ausweichlösungen („wechselseitiges Einvernehmen“), die allerdings durchaus streitanfällig sind:¹⁸ Ggf. ist schon der Wortlaut

13 Siehe etwa *Rott*, ErbR 2015, 346 ff.; *Eberhard Rott/Melissa Rott*, NWB-EV 2018, 370 ff.; *dies.*, NWE-EV 2019, 386 ff.; *Wendt*, ErbR 2018, 178; *Klinger*, ZEV 2021, 148.

14 *Zimmermann*, ZEV 2021, 141 ff. und 222 ff. (ein absolut lesenswerter Überblick).

15 *Wendt*, ErbR 2018, 178 ff. und 242 ff. Siehe auch *Schmidl*, ZErB 2020, 153 ff., 196 ff. und 273 ff. (Entscheidungshoheit und Ermessen(-einschränkung) des Dauertestamentsvollstreckers bei der Nachlassverhaltung – Teil 1–3).

16 So ausdrücklich OLG Hamburg, Beschl. v. 28.8.2019 – 2 B 66/18.

17 Näher dazu *Keller*, ErbR 2021, 573 ff., siehe dort auch zu ggf. doch bestehenden Möglichkeiten und Gefahren in dem Zusammenhang.

18 Sehr instruktiv: OLG Hamm, Beschl. v. 11.11.2007 – 15 W 242/07, im Ergebnis bestätigend KG Berlin, Beschl. v. 18.12.2012 – 6 W 192/12.

der „Vereinbarung“ nicht zweifelsfrei. Eine etwaige „ergänzende Auslegung des Vertrages“ ist i.d.R. mit Unsicherheiten verbunden.

Bei der sog. **Auseinandersetzungsvollstreckung** (§ 2204 BGB) hat der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung des Nachlasses und die Verteilung an die Miterben zu bewirken. Bei der **Dauertestamentsvollstreckung** (§ 2205 BGB) gilt es, den Nachlass nach der Inbesitznahme entsprechend den Anordnungen des Erblassers auf längere Zeit zu verwalten (§ 2216 BGB).

- 9 Die Frage, inwieweit der Testamentsvollstrecker zur verbindlichen **Auslegung** letztwilliger Verfügungen ermächtigt werden kann, ist umstritten.¹⁹ Klare Regelungen in der letztwilligen Verfügung sind, was auch hier betont werden soll, immer vorzuziehen. Der zur Gestaltung der letztwilligen Verfügung hinzugezogene Berater sollte unbedingt darauf drängen.

Soweit es für die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist, ist der Testamentsvollstrecker im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung oder entsprechender Erblasseranordnungen berechtigt, **Verbindlichkeiten für den Nachlass** einzugehen (§§ 2206, 2207 BGB). Auch **einzelkaufmännische Unternehmen und Gesellschaftsbeteiligungen** können grundsätzlich der Testamentsvollstreckung unterliegen. Allerdings sind hier die Einzelheiten für die Verwaltungsvollstreckung kompliziert und je nach Gesellschaftsform z.T. umstritten. Denkbar sind vor allem Vollmacht- und Treuhandgestaltungen und die Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf einzelne Gegenstände. Immer ist darauf zu achten, welche Regelungen der **Gesellschaftsvertrag** zur Testamentsvollstreckung enthält.

II. Übersicht zu tatsächlichen Aufgaben in der Praxis

- 10 Vorweg: Ein Testamentsvollstrecker sollte, um die nachfolgend angesprochenen Aufgaben erfüllen zu können, über eine professionelle Infrastruktur verfügen, die ihn in die Lage versetzt, jeweils umgehend und präzise agieren und reagieren zu können.²⁰

Was tut der Testamentsvollstrecker typischerweise, wenn er von dem Tod des Erblassers erfahren hat, der ihn zum Testamentsvollstrecker eingesetzt hat?

- 11 Man kann die Maßnahmen und Aufgaben zugleich im Sinne einer **Checkliste**, die allerdings wegen der vielfältigen Sachverhaltskonstellationen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann, wie folgt unterscheiden:²¹

19 Siehe dazu etwa *Uffmann*, ErbR 2020, 218 ff. sowie BGH, Beschl. v. 23.5.2001 – IV ZR 144/00.

20 Siehe dazu etwa *Rott/Kornau/Zimmermann*, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, § 10 Rn 1.

21 Siehe dazu ganz ausführlich *Rott/Kornau/Zimmermann*, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, § 10 Rn 11 ff.

Checkliste: Maßnahmen und Aufgaben

a) Sofortmaßnahmen

- Testamentsvollstreckerakte anlegen
- Passenden Bankkontakt herstellen und Anderkonto als Sonderkonto für den Nachlass anlegen und verzinsliche Tages-/Festgeldkonten ermöglichen
- ggf. Testamentseröffnung veranlassen
- Testamentsvollstreckerzeugnis beantragen, soweit erforderlich
- ggf. Bestattung veranlassen
- Postnachsendauftrag einrichten

b) Inbesitznahme des Nachlasses und Bestandsaufnahme²²

- Inbesitznahme von Immobilien (Wohnung, Haus etc.), ggf. Schlösser austauschen
- Kontaktaufnahme insbesondere zu Verwandten, Arbeitgeber, Vermieter, Steuerberater, Berufsgenossenschaft, Kfz-Meldestelle, Kirche, Krankenkasse, Bank etc.
- Ermittlung der Nachlassaktiva. Das ist in unserem globalisierten Reisezeitalter nicht selten recht schwierig, weil das Vermögen auch im Ausland verstreut ist. Von „verschwiegenem Vermögen“ ganz zu schweigen.
- Ermittlung der Nachlasspassiva
- Beendigung von Vertragsverhältnissen, damit der Nachlass nicht mit unnötigen Kosten belastet wird
- Etwaige vertragliche **Vereinbarungen zwischen Testamentsvollstrecker und Erben** – etwa betreffend Amtsführung, Haftungsfreistellung oder Vergütung.²³ Hier ist allerdings Vorsicht geboten, denn der Testamentsvollstrecker hat den letzten Willen des Erblassers auszuführen (siehe Rdn 6).

c) Errichtung des Nachlassverzeichnisses

Das ist eine der „Kardinalpflichten“ des Testamentsvollstreckers (§§ 2215, 2220 BGB).

d) Führung der Geschäfte für den Nachlass

Der Testamentsvollstrecker führt die Geschäfte für den Nachlass nach den letztwilligen Anordnungen des Erblassers entsprechend dem Zweck der Vollstreckung und den Umständen des konkreten Einzelfalles.

e) Informationspflichten des Testamentsvollstreckers

Nach den §§ 2218, 666 BGB hat der Testamentsvollstrecker zu benachrichtigen, Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen.

²² Hier hilft es ganz besonders, wenn der Erblasser die erforderlichen Informationen in einer Notfallakte zusammengestellt hat, siehe dazu etwa *Schiffer*, StuB 2007, 120.

²³ Näher dazu *Steiner*, ZEV 2020, 330 ff.; *Rott*, ErbR 2015, 398–407.

f) Auseinandersetzung des Nachlasses

Hier ist besonders auf die Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen zur Erbauein-
einandersetzung, aber auch oft ein ggf. letztwillig nach § 1066 ZPO angeordnetes
oder ad hoc unter den Kontrahenten vereinbartes Schiedsgericht hinzuweisen.²⁴

Die materielle Wirksamkeit und der Grundbuchvollzug von **Grundstücksverfü-
gungen** des Testamentsvollstreckers kann in der Praxis zu erheblichen prakti-
schen Problemen für den Testamentsvollstrecker und den beurkundenden Notar
führen.²⁵

g) Klärung von Steuerfragen

Es stellen sich i.d.R. vielfältige steuerliche Fragen, die sich keineswegs in einer
(einfachen) Erbschaftsteuererklärung erschöpfen. Regelmäßig sind zumindest
Einkommensteuererklärungen für zurückliegende Zeiträume vor dem Tod des
Erblassers zu erstellen, bei unternehmerischer Tätigkeit auch Umsatzsteuererklä-
rungen. Auch die Erklärungspflichten nach § 153 AO im Zusammenhang mit
tatsächlich nicht erklärten Einkünften spielen in der Praxis eine große Rolle,
ebenfalls die richtige steuerliche Behandlung der Erbauein- und der Ausein-
andersetzung. Auf die Frage, ob und ggf. wann hier Steuerberater beauftragt werden können/sollten
und welche Auswirkung dieser Umstand auf die Vergütungsfrage hat, wird nach-
folgend unter Rdn 32 ff. eingegangen.

D. Ein Blick auf besondere Tätigkeitsfelder in der Testamentsvollstreckung

- 12 Alles das, was vorstehend angedeutet wurde, kann im Einzelfall in besonderen
Tätigkeitsfeldern ein ganz besonderes Ausmaß annehmen. Dabei meinen wir
noch nicht einmal bestimmte „Sondernachlässe“ und „Sonderfragen“,²⁶ wie etwa
den Umgang mit digitalen Nachlässen, Kunstinachlässe, Prozessführungen,
Pflichtteilsfragen²⁷ und z.B. überschuldete Nachlässe, sondern die nachfolgend
angesprochenen Sonderkonstellationen.

24 *Schiffer*, Mandatspraxis Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation, S. 160 ff.; *Schiffer*, Schieds-
verfahren: Letztwillige Schiedsklauseln, in: Frieser Formularbuch des Fachanwalts Erb-
recht, S. 1144 ff.; *Schiffer*, ZErB 2014, 292; *Schiffer/Schürmann*, Hereditare-Jahrbuch für
Erbrecht und Schenkungsrecht, S. 39 ff.; *Zimmermann*, ZEV 2021, 141, 144.

25 Siehe dazu etwa *Kollmeyer*, NJW 2018, 2289 ff.

26 Siehe dazu *Rott/Kornau/Zimmermann*, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, § 11.

27 Die Regulierung von Pflichtteilsansprüchen gehört zwar nicht zu den einem Testaments-
vollstrecker kraft Gesetzes zugewiesenen Aufgaben (vgl. § 2213 Abs. 1 S. 3 BGB), wird
ihm aber bei gut gestalteten Nachlassregelungen häufig per sog. Pflichtteilsvollmacht zuge-
wiesen. Zu den Vorteilen einer solchen Gestaltung vgl. instruktiv LG Stuttgart, Beschl. v.
17.7.2009 – 1 T 61/09, ZErB 2009, 306–308.

I. Testamentvollstreckung und Unternehmensnachfolge

Eine Testamentvollstreckung liegt insbesondere im Zusammenhang mit einer Unternehmensnachfolge²⁸ nahe. Dieses Tätigkeitsfeld ist angesichts der regelmäßig höheren Werte, um die es dabei geht, typischerweise auch besonders lukrativ. 13

Es gibt keinen feststehenden Begriff der „Unternehmensnachfolge“. Typischerweise wird darunter der Übergang der Unternehmerstellung – insbesondere eines Einzelkaufmännischen Unternehmens oder einer Gesellschaftsbeteiligung – an einen Nachfolger verstanden.

Das Institut für Mittelstandsforschung (IfM) Bonn schätzt seit Beginn der 1990er Jahre in regelmäßigen Abständen die Anzahl der anstehenden Unternehmensübertragungen in Deutschland. Die vorliegende Schätzung für den Zeitraum 2018 bis 2022 kommt zum Ergebnis, dass etwa 150.000 Unternehmen mit rund 2,4 Mio. Beschäftigten zur Übergabe anstehen. Dies entspricht 30.000 Übergaben pro Jahr. Etwa 18 % der Familienunternehmen werden von Mitarbeitern übernommen und die restlichen 29 % werden an Externe verkauft.²⁹ 14

Wie jeder andere Vermögensübergang ist der Übergang des unternehmerischen Vermögens durch lebzeitige Übertragung oder durch Übergang von Todes wegen möglich. Das menschliche Sein bringt es mit sich, dass es häufig nicht in der Macht des Unternehmers liegt, welche der beiden Wege er beschreitet. Richtigerweise müsste er also auf beide Situationen gleichermaßen vorbereitet sein. Dass dies eine Illusion ist, zeigt ein Blick auf die Statistik: Jede vierte Unternehmensnachfolge führt zu einer Unternehmenskrise, jede sechste endet innerhalb von fünf Jahren in der Insolvenz.³⁰ 15

Wesentliche **Gründe** für ein **Scheitern der Unternehmensnachfolge** sind u.a.: 16

- Die Nachfolge wird nicht rechtzeitig angegangen. Mindestens fünf Jahre sind für eine erfolgversprechende Nachfolge einzuplanen.
- Die Nachfolgeplanung genießt nicht den Charakter eines Unternehmensziels; ihr liegt kein Businessplan zu Grunde.
- Die Nachfolge wird vom Unternehmer in finanzieller Hinsicht nur halbherzig angegangen.
- Emotionale Gründe behindern die Beschäftigung mit der eigenen Nachfolge.
- Streit unter den Erben und Nachfolgern – insbesondere mangels klarer und abgestimmter Regelung.

28 *Schiffer*, AnwZert ErbR 8/2020 Anm. 1.

29 Nachzulesen auf www.ifm-bonn.org Stichworte „Statistik“ und „Unternehmensnachfolge“.

30 Vgl. Creditreform 12/2006 „Spezial Unternehmensnachfolge“, S. 1 unter Hinweis auf eine Studie der KfW Mittelstandsbank, Frankfurt.