

**DIE ENTLASTUNG
DES TESTAMENTSFULLSTRECKERS**

unter Berücksichtigung der Entlastung des Exekutors in
Österreich sowie des Willensvollstreckers in der Schweiz

von

Michael Bonefeld, München

im Wintersemester 2003/2004

im Fachbereich Rechtswissenschaften der
Universität Hamburg
zur Erlangung des akademischen Grades

Doktor der Rechte

vorgelegte Dissertation

Erstgutachter: Prof. Dr. Ulrich Magnus
Zweitgutachter: Prof. Dr. Gerhard Struck

Tag der mündlichen Prüfung: 28.01.2004

Meinen Eltern und meiner Frau gewidmet

Vorwort

Diese Arbeit hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg im Wintersemester 2003/2004 als Dissertation vorgelegen. Stand der Literatur und Rechtsprechung entsprechen April 2003.

Für die Betreuung der Promotionsschrift und die Unterstützung möchte ich mich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ulrich Magnus, Direktor des Max Planck Instituts für Internationale Rechtsvergleichung in Hamburg, herzlich danken. Trotz seiner zahlreichen Verpflichtungen hat er meine Arbeit jederzeit gefördert und immer ein offenes Ohr für meine Anliegen gehabt.

Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Gerhard Struck für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich danke ferner meinen Eltern ganz herzlich dafür, dass sie mich sowohl während meines Studiums und auch sonst in jeder Hinsicht so unterstützt haben, wie man es sich als Kind nur wünschen kann.

Schließlich danke ich meiner lieben Frau Heike für ihre Hilfe, ihre Geduld und ihr Verständnis für einen nicht nur einmal genervten promovierenden Ehemann. Sie hat in vielfacher Weise mein Leben bereichert und mir immer wieder das Licht am Ende des Tunnels gezeigt.

München, Januar 2004

Michael Bonefeld

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	I - VI
Literaturverzeichnis	VII – XX
Einleitung	1
Die Entlastung des Testamentsvollstreckers	2 - 179
1 Begriffsbestimmung der Entlastung	3
2 Die Rechtsnatur der Entlastung	6
2.1 Bisherige rechtsgeschäftliche Lösungsversuche hinsichtlich der Rechtsnatur der Entlastung	6
2.1.1 Die Entlastung als einseitiges Rechtsgeschäft	6
2.1.1.1 Der Entlastungsbeschluss als Genehmigung der Geschäftsführung	6
2.1.1.2 Die Entlastungserklärung als Billigung	8
2.1.1.3 Der Entlastungsbeschluss als einseitiger Verzicht	8
2.1.2 Die Entlastung als zweiseitiges Rechtsgeschäft	9
2.1.2.1 Die Entlastung als Erlassvertrag	9
2.1.2.2 Die Entlastung als negativer Schuldanerkenntnisvertrag	14
2.1.2.3 Der Entlastungsbeschluss als Vergleichsvertrag	17
2.1.3 Die Entlastung als Quittung	17
2.2 Der nichtrechtsgeschäftliche Lösungsansatz als Lösung für die Entlastung des Testamentsvollstreckers	18
2.3 Zwischenergebnis	19
3 Besonderheiten der Entlastung des Testamentsvollstreckers	20
3.1 Zuständigkeit für die Entlastung des Testamentsvollstreckers	20
3.1.1 Anspruchsinhaber Erbe	20
3.1.2 Vermächtnisnehmer als Entlastungsberechtigter	22
3.1.3 Erbteilserwerber, Pfändungsgläubiger	22
3.1.4 Testamentsvollstreckernachfolger	23
3.1.5 Kein Anspruch für Pflichtteilsberechtigten oder sonstige Dritte	23
3.1.6 Ausnahme Auflagenbegünstigter	24
3.1.7 Kein Anspruch für Nachlassinsolvenzverwalter und Nachlassverwalter	24
3.2 Entlastungszeitpunkt	26
3.2.1 Die Beendigung der Testamentsvollstreckung	28
3.2.1.1 Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers	28
3.2.1.1.1 Tod des Testamentsvollstreckers nach § 2225 1 Alt. BGB	29
3.2.1.1.2 Eintritt der Amtsunfähigkeit des Testamentsvollstreckers nach § 2225 2. Alt i.V.m. § 2201 BGB	29
3.2.1.1.3 Verlust der Rechtsfähigkeit bei juristischen Personen analog § 2225 BGB	30

3.2.1.1.4	Kündigung durch den Testamentsvollstrecker nach § 2226 BGB	30
3.2.1.1.5	Entlassung durch das Nachlassgericht nach § 2227 BGB	31
3.2.1.2	Beendigung der Testamentsvollstreckung durch Erledigung aller Aufgaben	31
3.2.1.2.1	Auswirkung einer negativen Auseinandersetzungsvereinbarung auf die Beendigung der Testamentsvollstreckung	32
3.2.1.2.2	Beendigung durch Zeitablauf oder Bedingung	35
3.2.2	Die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Information	35
3.2.2.1	Aufklärungspflicht	36
3.2.2.1.1	Zeitpunkt der Informationspflicht	37
3.2.2.1.2	Folgen ausdrücklicher Zustimmung nach Aufklärung	38
3.2.2.1.3	Besonderheiten bei zusätzlichen berufsspezifischen Pflichten	39
3.2.2.2	Auskunftspflicht und Vorlage eines Bestandsverzeichnisses	40
3.2.2.3	Rechenschaftslegung	44
3.2.2.3.1	Das Erfordernis einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung	44
3.2.2.3.2	Jährliche Rechnungslegung nach § 2218 Abs. 2 BGB	47
3.2.3	Verpflichtung des oder der Erben zur Überprüfung der Rechnungslegung durch den Testamentsvollstrecker?	48
3.2.4	Der Auseinandersetzungsplan und seine Bedeutung für die Entlastung	49
3.2.4.1	Die Auseinandersetzung als Regelaufgabe	49
3.2.4.2	Anhörungspflicht der Erben nach § 2204 Abs. 2 BGB zum Auseinandersetzungsplan	51
3.2.4.3	Durchführung des Auseinandersetzungsplanes	52
3.2.4.4	Auswirkung der Zustimmung der Erben zum Auseinandersetzungsplan	53
3.2.5	Der Auseinandersetzungsvertrag	54
3.3	Zwischenergebnis	56
4	<i>Vergleich mit den verschiedenen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Entlastungstatbeständen</i>	57
4.1	Die Entlastung des Vorstandes im Aktienrecht nach § 120 Abs. 2 AktG	57
4.1.1	Allgemeines	57
4.1.2	Rechtsfolgen der Entlastung	58
4.1.3	Anspruch auf Entlastung	60
4.2	Die Entlastung des GmbH-Geschäftsführers nach § 46 Abs. 5 GmbHG	60
4.2.1	Allgemeines	60
4.2.2	Rechtsfolgen der Entlastung	61
4.2.3	Anspruch auf Entlastung	64
4.3	Die Entlastung des Vorstandes im Genossenschaftsrecht nach § 48 GenG	69
4.3.1	Allgemeines	69
4.3.2	Rechtswirkung der Entlastung	70
4.3.3	Anspruch auf Entlastung	71
4.4	Die Entlastung des Verwalters im Wohnungseigentumsrecht	72
4.4.1	Allgemeines	72
4.4.2	Rechtsfolge der Entlastung	73
4.4.3	Anspruch auf Entlastung	76
4.5	Die Entlastung des Vorstandes im Vereinsrecht	77
4.5.1	Allgemeines	77
4.5.2	Rechtsfolgen der Entlastung	78
4.5.3	Anspruch auf Entlastung	79
4.6	Entlastung des Insolvenzverwalters nach § 66 InsO	80
4.6.1	Allgemeines	80

4.6.2	Rechtsfolgen der Entlastung	81
4.6.3	Anspruch auf Entlastung	82
4.7	Die Entlastung des Zwangsverwalters nach § 154 ZVG	82
4.7.1	Allgemeines	82
4.7.2	Rechtsfolgen der Entlastung	83
4.7.3	Anspruch auf Entlastung	83
4.8	Entlastung des Bevollmächtigten nach § 666 BGB	84
4.8.1	Allgemeines	84
4.8.2	Rechtsfolgen der Entlastung	85
4.8.3	Anspruch auf Entlastung	85
4.9	Entlastung für Vormund, Betreuer und Pfleger sowie Eltern	86
4.9.1	Die Entlastung des Vormundes nach § 1892 BGB	86
4.9.1.1	Allgemeines	86
4.9.1.2	Rechtsfolgen der Entlastung	88
4.9.1.3	Anspruch auf Entlastung	89
4.9.2	Die Entlastung des Betreuers nach §§ 1908i, 1892 BGB	90
4.9.3	Die Entlastung des Nachlasspflegers nach §§ 1915, 1892 BGB	90
4.9.3.1	Allgemeines	90
4.9.3.2	Rechtsfolgen der Entlastung	91
4.9.3.3	Anspruch auf Entlastung	91
4.9.4	Entlastung der Eltern bei Rechnungslegung nach § 1698 BGB	91
4.10	Entlastung des Vorerben durch den Nacherben nach § 2130 Abs. 2 BGB	92
4.11	Sonstige Rechnungslegungsansprüche mit Entlastungsmöglichkeit	93
4.12	Zwischenergebnis	93
5	<i>Folgerungen aus den bisherigen Ergebnissen für die Entlastung des Testamentsvollstreckers und deren Rechtsfolgen</i>	95
5.1	Die Präklusionswirkung aufgrund venire contra factum proprium	98
5.1.1	Vertrauensbildendes Vorverhalten bei der Entlastung des Testamentsvollstreckers	101
5.1.1.1	Ausdrückliche Entlastung durch die Erben	101
5.1.1.2	Keine konkludente Entlastung des Testamentsvollstreckers	104
5.1.2	Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Testamentsvollstreckers	107
5.1.2.1	Vorbehaltlose Entlastung trotz Kenntnis konkreter Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker	107
5.1.2.2	Entlastung bei Erkennbarkeit von Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers	109
5.1.2.3	Entlastung unter Vorbehalt	110
5.1.3	Die Billigkeitskontrolle als Korrektiv der Auswirkungen des venire contra factum proprium	111
5.1.4	Reichweite der Präklusionswirkung	111
5.1.4.1	Die Entlastung und deren Auswirkung auf § 2227 BGB	112
5.1.4.2	Keine Bindung des Gerichts an die Entlastung	115
5.2	Folgen bei verweigerter Entlastung	115
5.3	Zwischenergebnis	117
6	<i>Folgerungen aus den bisherigen Ergebnissen für bestimmte Konstellationen im Rahmen der Testamentsvollstreckung</i>	118
6.1	Die Entlastung bei Alleinerben als Testamentsvollstrecker	118

6.2	Die Entlastung bei Miterben als Testamentsvollstrecker	119
6.3	Entlastung nur durch einen Teil der Erben	120
6.3.1	Aufrechterhaltung der Erbengemeinschaft für Beschlussfassung über Entlastung	120
6.3.2	Geltung des Einstimmigkeitsprinzips bei der Beschlussfassung über die Entlastung	121
6.4	Die Entlastung des Testamentsvollstreckers als zugleich gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen Erben, Vormund oder Betreuer	123
6.4.1	Doppelfunktion als gesetzlicher Vertreter	123
6.4.2	Doppelfunktion als Vormund	126
6.4.3	Doppelfunktion als Betreuer	127
6.5	Probleme bei der Kollision der Testamentsvollstreckung mit Aufgaben aus Vollmachten oder anderen Geschäftsführungen	127
6.5.1	Der Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer einer Gesellschaft o.ä.	127
6.5.2	Der Testamentsvollstrecker als Beauftragter der Erben	128
6.5.3	Der Testamentsvollstrecker als Schiedsgutachter oder Schiedsrichter	129
6.6	Die Entlastung von mehreren Testamentsvollstreckern	130
6.7	Zwischenergebnis	131
7	<i>Beseitigungsmöglichkeiten der fehlerhafte Entlastung des Testamentsvollstreckers</i>	133
7.1	Anfechtbarkeit der Stimmabgabe	133
7.2	Fehlende Anfechtungsmöglichkeit des Entlastungsbeschlusses	134
7.3	Zwischenergebnis	136
8	<i>Bestehen eines Entlastungsanspruchs bei Beendigung der Testamentsvollstreckung</i>	138
8.1	Eigenständiger Anspruch auf Entlastung des Testamentsvollstreckers?	138
8.1.1	Rechtsprechung	138
8.1.1.1	Hanseatisches OLG Hamburg	138
8.1.1.2	Reichsgericht	139
8.1.1.3	OLG München	140
8.1.2	Stellungnahmen in der Literatur	142
8.1.2.1	Kommentarliteratur	142
8.1.2.1.1	Flad	142
8.1.2.1.2	Staudinger	142
8.1.2.1.3	Soergel	142
8.1.2.1.4	Münchener Kommentar	143
8.1.2.1.5	Alternativkommentar	143
8.1.2.1.6	Jauernig	143
8.1.2.1.7	Palandt	143
8.1.2.1.8	Erman	143
8.1.2.1.9	Bamberger/Roth	144
8.1.2.1.10	Klingelhöffer	144
8.1.2.2	Monographien zum Testamentsvollstreckerrecht	144
8.1.2.2.1	Haegeler/Winkler	144
8.1.2.2.2	Zimmermann	145
8.1.2.2.3	Bengel/Reimann	145
8.1.2.2.4	Mayer/Bonfeld/Daragan	145
8.1.2.3	Dissertationen und weitere Monographien zum Erbrecht	145
8.2	Eigene Stellungnahme	146
8.3	Zwischenergebnis	149

9	<i>Rechtsvergleich mit den Vorschriften über den Testamentsvollstrecker in Österreich und der Schweiz hinsichtlich der Entlastung</i>	150
9.1	Der Exekutor im österreichischen Recht	150
9.1.1	Stellung und Aufgaben des Exekutors	150
9.1.2	Verweis auf Vorschriften des Bevollmächtigungsvertrages	152
9.1.3	Kein Anspruch auf Entlastung des Exekutors	153
9.1.4	Möglichkeiten der Haftungsbefreiung des Exekutors	154
9.2	Der Willensvollstrecker im schweizerischen Recht	154
9.2.1	Stellung und Aufgaben des Willensvollstreckers	154
9.2.2	Verweis auf Bestimmungen über den Auftrag	155
9.2.3	Kein Anspruch auf Entlastung des Willensvollstreckers	156
9.2.4	Möglichkeiten der Haftungsbefreiung des Willensvollstreckers	157
9.3	Zwischenergebnis	158
10	<i>Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung</i>	159
10.1	Vereinbarung einer Entlastung mit Verzichtswirkung im Rahmen eines Auseinandersetzungsvertrages	159
10.1.1	Auseinandersetzungsvertrag	159
10.1.1.1	Zustimmungspflicht Dritter	160
10.1.1.2	Formulierung für die Kautelarpraxis	160
10.1.2	Generalbereinigungsvertrag	161
10.2	Gerichtliche Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung	162
10.2.1	Keine Durchsetzbarkeit mittels Leistungsklage	162
10.2.2	Durchsetzbarkeit mittels negativer Feststellungsklage	163
10.3	Kautelarjuristische Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung	167
10.3.1	Kein Anspruch auf Entlastung als Vermächtnis	168
10.3.2	Keine Verjährungsverkürzung per Vermächtnis	169
10.3.3	Kein Anspruch auf Entlastungsbeschluss in Form eines Vermächtnisses oder Auflage	171
10.4	Die Klage auf Einwilligung nach § 2206 Abs. 2 BGB als alternative Vorgehensweise	172
10.5	Entlastungsanspruch de lege ferenda?	176
10.5.1	Kontrolle der Rechnungslegung durch das Nachlassgericht?	176
10.5.2	Vermittlung der Rechnungsabnahme durch das Nachlassgericht?	177
10.6	Zwischenergebnis	178
	Zusammenfassung und Herausstellen der ausgearbeiteten Thesen	180

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abl.	ablehnende Anmerkung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e)
allg.M.	allgemeine Meinung
AK	Alternativkommentar
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauGB	Baugesetzbuch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts
BayVormO	Bayerische Vormundschaftsordnung
BB	Der Betriebs-Berater
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
bspw.	beispielsweise
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
ca.	circa
DAV	Der Amtsvormund

DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
einschr.	einschränkende Anmerkung
Einf	Einführung
ErbStG	Erbschaft- und Schenkungssteuergesetz
etc.	et cetera
f.	folgende (Seite)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende (Seiten)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Rundschau für GmbH, Monatschrift für Wirtschaft-, Steuer- und Handelsrecht
GrdstVG	Grundstücksverkehrsgesetz

III

Hans OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HGB	Handelsgesetzbuch
hM.	herrschende Meinung
HRspr	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HS	Halbsatz
ibidem	ebenda
i.E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.ü.	im übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl	Österreichische Juristenblätter
JFG	Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das juristische Büro
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindemaier, Möhring u.a. (Loseblattsammlung)
m.Anm.	mit Anmerkung
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts

MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Mot.	Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NZ	Österreichische Notariatzeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OR	Schweizerisches Obligationsrecht
Prot.	Protokolle der zweiten Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches
Rn	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RPflG	Rechtspflegergesetz
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen des obersten Gerichts in den deutschen Staaten
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
st.	ständig(e)
StGB	Strafgesetzbuch

StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
TV	Testamentsvollstrecker
u.a.	und andere
UmwG	Umwandlungsgesetz
UrhG	Urhebergesetz
usw.	und so weiter
v.	vor
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WährG	Währungsgesetz
WarnR	Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Sammlung von Warnemeyer
WE	Wohnungseigentum
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZErb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZfG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZMR	Zeitschrift für Mietrecht

ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|---|--|
| Adams, Stephani | Interessenkonflikte des
Testamentsvollstreckers, Dissertation,
Bochum 1996 |
| derselbe | Der Alleinerbe als Testamentsvollstrecker,
ZEV 1998, S. 321 – 325 |
| Ahrens, Hans-Jürgen | Vom Ende der Entlastungsklage des GmbH-
Geschäftsführers und einem Neubeginn des
BGH – Zugleich ein Beitrag zur negativen
Feststellungsklage, ZGR 1987, S. 129 –144 |
| Ann, Christoph | Die Erbengemeinschaft,
Köln/Berlin/Bonn/München 2001 |
| Autorenkollektiv | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 6, Erbrecht §§ 1922 – 2385 BGB,
Darmstadt, Neuwied 1990
Zitiert: Alternativkommentar/Bearbeiter
Paragraph Randnummer |
| Bärmann, Johannes/ Pick, Eckhart | Wohnungseigentumsgesetz, 15. Auflage,
München 2001 |
| Baltzer, Johannes | Die negative Feststellungsklage aus § 256 I
ZPO, Habilitation, Köln/München 1980 |
| Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert | Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297 –
2385, EGBGB, CISG, München 2003
Zitiert: Bearbeiter in: Bamberger/Roth
Paragraph Randnummer |
| Barner, Friedrich | Die Entlastung als Institut des
Verbandsrechts, Dissertation, Berlin 1989 |
| Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred/ Fastrich,
Lorenz/ Hueck, Götz/ Schulze-Osterloh,
Jochim/ Zöllner, Joachim | GmbH-Gesetz, 17. Auflage, München 2000
Zitiert: Baumbach/Hueck/Bearbeiter
Paragraph Randnummer |
| Bengel, Manfred/Reimann, Wolfgang | Handbuch der Testamentsvollstreckung,
2. Auflage, München 1998
Zitiert: Bearbeiter in: Bengel/Reimann
Handbuch Kapitel Randnummer |
| Beuthien, Volker | Genossenschaftsgesetz mit
Umwandlungsrecht, 13. Auflage, München
2000 |

Bing, Fritz	Anmerkung zu RG JW 1926, 2904 in: JW 1926, S. 2904 – 2905
Boesebeck, Ernst	Anmerkung zu RG JW 1935, 921 in: JW 1935, S. 921 – 923
derselbe	Die „Entlastung“ der Organe einer AG, GmbH oder Genossenschaft in neuer Betrachtung, ZAkDR 1935, S. 675 - 677
Boeters, Karl	Die Klage auf Erteilung der Entlastung, JW 1920, S. 699 – 701
Böttcher, Roland	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 3. Auflage, München 2000
Brambring, Günter	Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Erbrecht, ZEV 2002, S. 137 - 140
Braun, Erhard	Insolvenzordnung, München 2002
Breit, James	Anmerkung zu RG JW 1917, 657 in: JW 1917, S. 657 – 658
Brox, Hans	Probleme der Entlastung im Gesellschaftsrecht, BB 1960, S. 1226 – 1230
derselbe	Erbrecht, 19. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2001
Buchner, Herbert	Die Entlastung des Geschäftsführers in der GmbH, GmbHR 1988, S. 9 - 14
Burgard, Jens	Die Haftung des Erben für Delikte des Testamentsvollstreckers, FamRZ 2000, S. 1269 - 1273
Bydlinski, Franz	Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, S. 72 – 79
Canaris, Klaus-Wilhelm	Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971
Damrau, Jürgen	Auswirkungen des Testamentsvollstreckeramtes auf elterliche Sorge, Vormundsamt und Betreuung, ZEV 1994, S. 1 – 6

derselbe	Der Nachlaß vor Beginn des Testamentsvollstreckeramtes, ZEV 1996, S. 81 – 84
derselbe	Der Minderjährige im Erbrecht, Angelbachtal 2002
Daragan, Hanspeter/ Tanck, Manuel	Gestaltung der Nachfolge von Todes wegen durch Auflagen, ZErB 1999, S. 2 - 6
Dassler, Gerhard/ Schiffhauer, Horst/ Gerhardt, Walter/ Muth, Johannes	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1991 Zitiert: Dassler/Muth Paragraph Randnummer
Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Lepa, Manfred/ Ring, Gerhard	Schuldrecht, Bonn 2002 Zitiert: Dauner-Lieb/Bearbeiter Paragraph Randnummer
Deckert, Wolf-Dieter	Kontrollbefugnisse der Wohnungseigentümer und Verwalterentlastung, WE 1993, S. 120 – 125
Dernburg, Heinrich	Das bürgerliche Recht, Band 2.1., 4. Auflage, Halle/Saale 1909
Derrer, Bruno	Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstrecker und den Erbschaftsliquidator, Dissertation, Zürich 1985
Detle, Hans Walter	venire contra factum proprium nulli conceditur, Dissertation, Mainz 1985
Dietrich, Hugo	Anmerkung zu RG, Urteil vom 23.10.1940 HRspr 1940, 132 in: DR 1940, S. 510
Drasdo, Michael	Die Entlastung des Verwalters im Wohnungseigentumsrecht, ZMR 1987, S. 367 – 370
Duden, Konrad	Duden – Band 1, Deutsche Rechtschreibung, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2002
Ebenroth, Carsten Thomas	Erbrecht, München 1992
Eickmann, Dieter/ Flessner, Axel/ Irschlenger, Friedrich/ Kirchhof, Hans- Peter/ Kreft, Gerhardt/ Landfermann, Hans-Georg/ Marotzke, Wolfgang	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Heidelberg 2000

- | | |
|---|---|
| Ehn, Reinhard | Der Testamentsvollstrecker, JBl 1977, S. 36 – 38 |
| Erman, Walter | Handkommentar zum BGB,
1. Band, 10. Auflage, Köln 2000
2. Band, 10. Auflage, Köln 2000
Zitiert: Erman/Bearbeiter Paragraph
Randnummer |
| Fellmann, Walter | Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag Art. 394 – 406 OR, Bern 1992 |
| Fikentscher, Wolfgang | Schuldrecht, 9. Auflage Berlin/New York 1997 |
| Fischer, Robert/ Lutter, Marcus,
Hommelhoff, Peter | GmbH-Gesetz, 15. Auflage, Köln 2000
Zitiert: Lutter/Hommelhoff Paragraph
Randnummer |
| Flechtheim (ohne Vorname) | Die Klage auf Erteilung der Entlastung, JW 1920, S. 700 |
| Fleck, Hans-Joachim | Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, S. 224 - 235 |
| Flume, Werner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Teil 2 Die juristische Person, Berlin u.a. 1983 |
| Frank, Michael Adam | Verwaltungskompetenz des Testamentsvollstreckers und Organkompetenz, NZG 2002, S. 898 - 904 |
| Ganten, Hans | Prozessuale und inhaltliche Fragen zur Schadenshaftung des Verwalters, WE 1992, S. 122 – 129 |
| Garlichs, Erich Theodor | Der Testamentsvollstrecker privat, ZEV 1996, S. 447 – 449 |
| Gernhuber, Joachim | Die Erfüllung der Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Auflage, Tübingen 1994 |
| Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar | Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, München 1994 |

Geßler, Ernst/ Hefermehl, Wolfgang/ Eckhardt, Ulrich/ Kropff, Bruno	Aktienrecht, Band II §§ 76 – 147, München 1974
Gleißner, Helga	Entlastungserteilung für Vormund und Pfleger, Rechtspfleger 1986, S. 462 – 464
Hachenburg, Max Herausgegeben von Ulmer, Peter	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Zweiter Band § 35 – 52, 8. Auflage, Berlin, New York 1997 Zitiert: Hachenburg/Bearbeiter, Paragraph Randnummer
Haegele, Karl/Winkler, Karl	Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 16. Auflage, Regensburg/Bonn 2001
Hartung, F.	Anmerkung zu LG Hannover JR 1950, 693 in: JR 1950, S. 695 – 696
Heck, Philipp	Grundzüge des Schuldrechts, Tübingen 1929
Heckenberger, Richard	Die Entlastung bei den Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften m.b.H., Dissertation, Heidelberg 1909
Heilmann, Hans	Der Adressat der Schlussrechnung und die Entlastung des Verwalters nach der Konkursordnung und nach den Vorschlägen zur Insolvenzrechtsreform, ZRP 1988, S. 10 – 12
Herzfelder (ohne Vorname)	Anmerkung zu RG JW 1916, 673 ff. in: JW 1916, S. 673
Hettrich, Eduard/ Pöhlmann, Peter	Genossenschaftsgesetz, München 1995
Hoeniger (ohne Vorname)	Die Entlastung, DJZ 1922, S. 143 - 146
Hopt, Klaus J./ Wiedemann, Herbert	Aktiengesetz – Großkommentar, §§ 118 – 120 AktG, 14. Lieferung, Berlin 1999 Zitiert: GK/Bearbeiter Paragraph Randnummer
Hueck, Alfred	Die Entlastung im Recht der GmbH, GmbHHR 1959, S. 189 – 194

Hüffer, Uwe	Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002
derselbe	Anmerkung zu Urteil des BGH vom 14.12.1987 (BGH WM 1988, 531) in: WuB II L § 27 BGB 1.88
Ikels, Dirk	Die Rechnungslegung nach § 259 Abs.1 BGB, Dissertation, Hamburg 1976
Isele, Hellmut Georg	Geschäftsbesorgung, Umrisse eines Systems, Dissertation, Marburg 1935
Jochum, Günter/ Pohl, Kay-Thomas	Nachlasspflegschaft, 2. Auflage, Köln 2002
Jauernig, Othmar	Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, München 1999 Zitiert: Jauernig/Bearbeiter Paragraph Randnummer
Kaeslin, Theodor	Die AG und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationsrecht, Dissertation, Bern 1941
Kessler, Heinrich	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Erbrecht, DRiZ 1969, S. 278 - 283
Kipp, Thedor/Coing, Helmut	Erbrecht, 14. Auflage, Tübingen 1990
Kirchhof, Hans-Peter/ Lwowski, Hans-Jürgen/ Stürner, Rolf	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1-102 München 2001 Zitiert: Münchener Kommentar/Bearbeiter Paragraph InsO Randnummer
Kirchner, Jens	Vormundschaft und Testamentsvollstreckung im Elterntestament, MittBayNot 1997, S. 203 – 208
Klingelhöffer, Hans	Testamentsvollstreckung und Pflichtteilsrecht, ZEV 2000, S. 261 - 262
Klumpp, Hans-Hermann	Die obligatorische Gruppenvertretung, ZEV 1999, S. 305 - 307
Köhler, Wilfried	Die Entlastung des WEG-Verwalters – eine kritische Betrachtung, ZMR 1999, S. 293 – 300
Koziol, Helmut/ Welser, Rudolf	Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 12. Auflage, Wien 2001

Knoche, Dietrich	Die sog. „Verzichtswirkung“ der Entlastung im privaten und öffentlichen Recht, Dissertation, Mainz 1993
Krug, Walter	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Erbrecht, Angelbachtal 2002
derselbe	Vollzug der Erbteilung vor Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten, ZErB 2000, S. 15
Kübler, Bruno/Prütting, Hanns	Insolvenzordnung Vergütungsrecht, 13. Lieferung, Köln 2002
Kuhn, Georg/ Uhlenbruck, Wilhelm	Konkursordnung, 11. Auflage, München 1994
Künzle, Hans Rainer	Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Habilitation, Zürich 2000
Kutzner, Georg	Auskunft, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung, Dissertation, Erlangen 1908
Lang/Weidmüller/Metz, Egon/Schaffland, Hans-Jürgen	Genossenschaftsgesetz Kommentar, 33. Auflage, Berlin/New York 1997 Zitiert: Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland Paragraph Randnummer
Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt	Erbrecht, 5. Auflage, München 2001
Lauer, Carolin	Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse, Dissertation, Würzburg 1999
Larenz, Karl	Schuldrecht I, 14. Auflage, München 1987
Lavrenz (ohne Vorname)	Zur Testamentsvollstreckung, JW 1903, S. 411 – 414
Lehmann, Hannes	Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, AcP 188 (1988), S. 1 – 23
Lehmann, Heinrich	Anmerkung zu RG JW 1936, 1893 in: JW 1936, S. 1893 - 1894
Leipold, Dieter	Erbrecht, 13. Auflage, Tübingen 2000
v. Lübtow, Ulrich	Erbrecht, Berlin 1971

Lutter, Marcus	Blockabstimmung im Aktien- und GmbH-Recht, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, S. 845-855; Berlin/New York 1996
Lutter, Marcus/ Hommelhoff, Peter	GmbH-Gesetz Kommentar, 15. Auflage, Köln 2000
Mayer, Jörg/ Bonefeld, Michael/ Daragan, Hanspeter	Praxishandbuch Testamentvollstreckung, Angelbachtal 2000
Mayer, Jörg/ Süß, Rembert/ Tanck, Manuel/ Bittler, Jan/ Wälzholz, Eckard	Handbuch Pflichtteilsrecht, Angelbachtal 2003
Michalski, Lutz	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band II §§ 35-86 GmbHG Zitiert: Michalski/Bearbeiter Paragraph Randnummer
Möhring, Oskar/ Beisswingert, Rolf/ Klingelhöffer, Hans	Vermögensverwaltung in Nachlasssachen, 7. Auflage, Heidelberg 1992
Müller, Klaus	Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Dritter Band (§§ 43-64c), Bielefeld 1998
Müller, Klaus	Zur Heilung der fehlenden Verpflichtungsbefugnis eines Testamentvollstreckers, JZ 1981, S. 370 - 380
Muscheler, Karlheinz	Die Haftungsordnung der Testamentvollstreckung, Habilitation, Tübingen 1994
derselbe	Der Mehrheitsbeschluss in der Erbengemeinschaft, ZEV 1997, S. 169 – 175
Naegele, Stefan/ Nestel, Fred	Entlastung des GmbH-Geschäftsführers und des AG-Vorstands – Chancen und Risiken in der Praxis, BB 2000, S. 1253 - 1258
Neflin, Hermann	Die Verweigerung der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG und deren Rechtsfolgen, NJW 1959, S. 1666 – 1668
Nerlich, Jörg/ Röhrmann, Volker	Insolvenzordnung, München 2003

- Nipperdey, H. C. Stimmrecht des Miterben bei seiner Bestellung zum Verwalter in der Erbengemeinschaft AcP 143 (1937), S. 315 – 325
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch, II. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1929
- Offergeld, Astrid Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, Dissertation, Münster 1994
- Otte, Gerhard Anmerkung zu BGH ZEV 2002, 499 in: ZEV 2002, S.500 – 501
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002
Zitiert: Palandt/Bearbeiter Paragraph
Randnummer
- Peltzer, Martin Anmerkung zu BGH Urteil vom 20.05.1985 in: WuB II C. § 46 GmbHG, S. 280 - 282
- Piconi, Reno Der Entlastungsbeschluss (Decharge) im Recht der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Dissertation, Zürich 1945
- Pinner, A Entlastung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, DJZ 1903, S. 470 – 471
- Piotet, Paul Erbrecht, Erster Halbband, Basel/Stuttgart 1978
- Priester, Hans-Joachim Stimmverbot des GmbH-Gesellschafters bei Entlastungsbeschlüssen, Festschrift für Heinz Rowedder, S. 367 - 385, München 1994
- Rebmann, Kurt (Herausgeber) Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, München 1993 – 1997
Zitiert: MüKo/Bearbeiter Paragraph
Randnummer
- Reichert, Bernhard/ Dannecker, Franz/ Kühr, Christian Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 3. Auflage, Darmstadt/Neuwied 1984

Reimann, Wolfgang	Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftspraxis, 3. Auflage, Köln 1998 Zitiert: Reimann (Testamentsvollstreckung)
derselbe	Die Kontrolle des Testamentsvollstreckers, FamRZ 1995, S. 588 - 593
derselbe	Angebot und Vollmacht in der erbrechtlichen gestaltung, ZEV 1996, S. 420 - 422
derselbe	Beendigung der Testamentsvollstreckung durch Umwandlung?, ZEV 2000, S. 381 – 385
Riebel, Albrecht	Freiheit und Bindung des Testamentsvollstreckers, Dissertation, Frankfurt/Main 1999
RGRK (Herausgegeben von Mitgliedern des BGH)	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes 12. Auflage, Berlin/New York 1974 ff. Zitiert: RGRK/Bearbeiter Paragraph Randnummer
Rowedder, Heinz/ Schmidt-Leithoff, Christian	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage, München 2002
Rümker, Dietrich	Probleme der Entlastung im Bereich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, Festschrift für Klemes Pleyer, S. 99 – 114, Köln/Berlin Bonn/München 1986
Sarres, Ernst	Die Auskunftspflichten des Testamentsvollstreckers, ZEV 2000, S. 90 – 94
Sarres, Ernst/ Afraz, Nadja	Auskunftsansprüche gegenüber Vertragserben sowie gegenüber der Erblasserbank bei lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers, ZEV 1995, S. 433 – 436
Sauter, Eugen/ Schweyer, Gerhard	Der eingetragene Verein, 12. Auflage, München 1983
Schippert, Richard	Die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft, BB 1958, S. 1191 – 1192

- Tellis, Nikolaos Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung und die Entlastungsklage: ein Beitrag zur reformübergreifenden Betrachtung des Entlastungsinstituts, Dissertation, Hamburg 1987
- derselbe Die Entlastungsklage im GmbH-Recht, GmbHR 1989, S. 113 – 117
- derselbe Rezension zu Friedrich Barner, Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts, Dissertation, Berlin 1989 in: ZHR 1992, S. 256 – 260
- Thoene, Thomas Die Verwaltung des Testamentsvollstreckers, Dissertation, Freiburg 1999
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans Zivilprozessordnung, 24. Auflage, München 2002
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg Das Erbrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erste Abteilung, Die Erben, Art. 457 – 536, 12. Auflage, Bern 1995
- Trapp, Andreas Die post- und transmortale Vollmacht zum Vollzug lebzeitiger Zuwendungen, ZEV 1995, S. 314 – 319
- Uhlenbruck, Wilhelm Insolvenzordnung, 12. Auflage, München 2003
- Vorwerk, Volkert Geldzuwendung durch erbrechtliche Auflage, ZEV 1998, S. 297 – 298
- Wacke, Andreas Testamentsvollstreckung im deutschen und europäischen Recht, JURA 1989, S. 577 - 581
- Wagner, Josef Die Rechtsnatur der Entlastung im Gesellschaftsrecht, Dissertation, Bonn 1938
- Wehl, Albrecht Die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats nach dem Aktiengesetz, DJ 1937, S. 935 – 938
- Weisang, Andreas Zur Rechnungslegung nach der neuen Insolvenzordnung, BB 1998, S. 1149 - 1151
- Weitnauer, Hermann Wohnungseigentumsgesetz, 7. Auflage, München 1988

- Werkmüller, Maximilian
Die Mitwirkungsbefugnisse der
Bruchteils minderheit bei Beschlussfassungen
in der ungeteilten Erbengemeinschaft, ZEV
1999, S. 218 – 221
- Wieling, Hans Josef
Venire contra factum proprium und
Verschulden gegen sich selbst, AcP 176
(1976), S. 334 – 355
- Wimmer, Klaus
Frankfurter Kommentar zur
Insolvenzordnung, 3. Auflage, Neuwied 2002
- Winkler, Karl
Zu den Wirkungen eines erbrechtlichen
Auseinandersetzungsverbotes, DNotZ 2001,
S. 401 - 406
- Zankl, Wolfgang
Vertretungs- und schadensersatzrechtliche
Aspekte der Testamentsvollstreckung, JBl
1998, S. 293 - 299
- derselbe
Testamentsvollstreckung und
Nachlassverwaltung, NZ 1998, S. 71 - 73
- Zeller, Friedrich/Stöber, Kurt
Zwangsversteigerungsgesetz, 17. Auflage,
München 2002
- Zerhusen, Heinrich
Die Rechenschaftspflicht im Bürgerlichen
Gesetzbuche, Dissertation, Münster 1908
- Zimmermann, Walter
Die Testamentsvollstreckung, 2. Auflage,
Berlin 2003
- derselbe
Die Nachlasspflegschaft, Bielefeld 2001
Zitiert: Zimmermann (Nachlasspflegschaft)
- Zöller, Richard
Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Köln 2002

EINLEITUNG

Die Testamentsvollstreckung und das Erbrecht haben in der Vergangenheit immer mehr an Bedeutung gewonnen. Grund für die gestiegene Zahl der Testamentsvollstreckungen sind in Deutschland neben den erhöhten Erbmassen nicht zuletzt die zahlreichen Erbfälle ohne Hinterlassung von Abkömmlingen, bei denen das Instrument der Testamentsvollstreckung zur ordnungsgemäßen Verteilung des Nachlasses des Erblassers genutzt wird. Des weiteren wird die Testamentsvollstreckung zunehmend als Garant für eine friedvolle und korrekte Erbauseinandersetzung angesehen.

In der Praxis kommt es hingegen nicht selten zu Streit zwischen den von der Testamentsvollstreckung Betroffenen und dem Testamentsvollstrecker selbst. Der Testamentsvollstrecker wird in der Literatur als Person mit Machtfülle bezeichnet, zumal seine Stellung durch den Gesetzgeber im Rahmen von 32 Paragraphen sehr unabhängig ausgestaltet wurde. Aus diesem Grunde wird ihm regelmäßig viel Misstrauen entgegen gebracht. Die Gefahr für den Testamentsvollstrecker, in die Haftung gegenüber den Erben oder weiteren Personen zu geraten, ist trotz seiner besonderen Stellung groß. Nach Beendigung sämtlicher Geschäfte im Rahmen einer Testamentsvollstreckung steht der Testamentsvollstrecker vor dem Problem, wie er seine Testamentsvollstreckung insgesamt beenden kann, ohne in der Zukunft vermeintlichen Haftungsansprüchen der Erben ausgesetzt zu sein. So hat der BGH mit seiner Entscheidung vom 18.09.2002 festgestellt, dass Schadensersatzansprüche des Testamentsvollstreckers erst in 30 Jahren verjähren, auch wenn der Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt ist, für den bei anwaltlichen Pflichtverstößen lediglich nach § 51 b BRAO eine dreijährige Verjährung gilt.

Der Testamentsvollstrecker muss somit 30 Jahre lang warten, bis er Gewissheit darüber hat, ob die Erben gegen ihn Ersatzansprüche geltend machen oder nicht. Zudem muss er bei Beendigung der Testamentsvollstreckung seine Akten herausgeben. Für ihn wird, wenn er nicht die Akten als Kopie 30 Jahre lang behält, eine Verteidigung gegen Ersatzansprüche aus § 2219 BGB schwierig sein.

Als Möglichkeit sich Gewissheit über eine Haftung oder die tatsächliche Beendigung der Testamentsvollstreckung zu verschaffen, wird auf die Entlastung und einen vermeintlichen Anspruch des Testamentsvollstreckers hierauf verwiesen. Überwiegend wird die Entlastung qua-

si mit einer „Enthftung“ gleichgestellt. Diese einseitige Betrachtungsweise gilt es kritisch zu hinterfragen.

Die nachfolgende Arbeit geht zunächst der Frage nach, ob der in der Literatur anzutreffenden Gleichstellung zwischen Rechtsnatur und Rechtswirkung sowie der rechtsgeschäftlichen Deutung der Entlastung im Bereich der Testamentsvollstreckung zu folgen ist.

Anschließend werden die unterschiedlichen Entlastungskonstellationen und deren Auswirkungen untersucht. Dabei werden zahlreiche Vergleiche zu anderen möglichen Entlastungsansprchen von Geschäftsführern, Vorständen bzw. Treuhändern fremden Vermögens o.. insbesondere aus dem Gesellschafts-, Vereins-, Wohnungseigentumsgesetz sowie aus dem Bereich des Vormundschaftsrechts gezogen. Dabei wird besonders der Frage nachgegangen, ob ein eigenständiger Anspruch auf Entlastung besteht.

Nach diesen Vergleichen werden Folgerungen aus den bisherigen Ergebnissen für die Entlastung des Testamentsvollstreckers und deren Rechtsfolgen gezogen, wobei ein eigenständiger Ansatz zur Präklusionswirkung der Entlastung aufgezeigt wird. Im Rahmen dieser Untersuchung werden die zahlreichen Konstellationen, die bei einer Entlastung bestehen, näher erläutert und kritisch beleuchtet.

Nach einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und der Literatur, die zu der Problematik der Entlastung des Testamentsvollstreckers veröffentlicht wurde, wird ausgeführt, warum der Testamentsvollstrecker keinen Anspruch auf Entlastung hat.

Ein anschliender Rechtsvergleich mit dem sterreichischen Exekutor und dem schweizerischen Willensvollstrecker soll Aufschluss darüber geben, ob de lege ferenda eine Anpassung des deutschen Rechts im Bereich der Entlastung des Testamentsvollstreckers wünschenswert ist.

Abschließend werden die prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers aufgezeigt, um sich über seine Haftung Klarheit zu verschaffen und wie er faktisch eine Präklusionswirkung erreichen kann. Ferner werden Möglichkeiten des Erblassers auf die Entlastung des Testamentsvollstreckers per letztwilliger Verfügung Einfluss zu nehmen, kritisch beleuchtet.

DIE ENTLASTUNG DES TESTAMENTSVOOLLSTRECKERS

1 Begriffsbestimmung der Entlastung

Im Gesetz ist lediglich in § 120 Abs. 2 AktG der Begriff der Entlastung näher erläutert. In weiteren gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie § 48 GenG oder § 46 GmbHG wird zwar der Begriff „Entlastung“ im Rahmen einer Zuständigkeitsregelung erwähnt, nicht aber auf diesen näher eingegangen.¹ In zahlreichen Monographien² wird immer wieder der Begriff der Entlastung oder der Decharge bzw. Absolutorium erwähnt, ohne ihn aber genau zu definieren. Ursprünglich entstammt der Begriff der Entlastung dem öffentlichen Fiskalrecht. So wurde z.B. im alten Rom nach der Rechnungslegung der Quästoren gegenüber dem Senat die Entlastung in Form der sog. „probatio“ erteilt. Aus dieser „probatio“ wurde später in Preußen die „Decharge“ als Entlastung der für die Kassen- und Finanzwirtschaft verantwortlichen Beamten.³ Sowohl in Art. 104 Abs. 2 der Preußischen Verfassung von 1850 als auch in Art. 72 der Reichsverfassung von 1871 und in Art. 86 der Weimarer Reichsverfassung hat der Begriff Entlastung Einzug gefunden. Im heutigen Grundgesetz ist von der Entlastung in Art. 114 Abs. 2 GG die Rede, wonach der Bundesfinanzminister dem Bundestag und dem Bundesrat gegenüber zur Entlastung der Bundesregierung Rechnung zu legen hat. Im öffentlichen Recht ist somit die Entlastung eng mit der Rechnungslegung verknüpft. Eine Definition der Entlastung sucht man aber in all diesen Vorschriften vergeblich.

Die Entlastung wird im Zivilrecht häufig als eine im Rechtsleben anerkannte Übung betrachtet, ohne aber weder Rechtsnatur noch Rechtsauswirkungen näher zu beleuchten. Sowohl bei Körperschaften zivilrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher⁴ Natur findet die Entlastung Anwendung. Der Anwendungsbereich erstreckt sich im Zivilrecht von der Entlastung der Organe und Geschäftsführer am Ende einer Wirtschaftsperiode, über die Entlastung des Kommissionärs bis zum Geschäftsbesorgers. Allen Entlastungen ist gleich, dass sie am Ende

¹ Ebenso wurde der Begriff der Entlastung in den alten Vorschriften der §§ 248 Abs. 2 und 3; 252 Abs. 3 und 260 Abs. 1 HGB gebraucht, ohne ihn jedoch näher zu definieren.

² So z.B. die Dissertationen von Tellis, Die Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Entlastung und die Entlastungsklage (Hamburg 1987); Borsche, Die Entlastung im Recht der Personengesellschaft (Berlin 1989); Barner, Die Entlastung als Institut im Verbandsrecht (Berlin 1989); Knoche, Die sog. „Verzichtswirkung“, der Entlastung im privaten und im öffentlichen Recht (Mainz 1993).

³ Knoche S. 7 m.w.N..

⁴ Dazu ausführlich Knoche S. 116 ff..

einer Leistung des zu Entlastenden stehen. Gemeinsames Moment der Personen, denen Entlastung erteilt werden kann bzw. die Entlastung fordern, liegt in der Tätigkeit der entlasteten Person, die für gewisse Dauer im Interesse Dritter Geschäfte führt oder sonst Vermögen verwaltet und dabei u.U. sehr gewichtigen Einfluss auf fremde Vermögen hat.⁵

In der Vergangenheit war die Entlastung insbesondere hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen in einzelnen Rechtsvorschriften kodifiziert. So konnte der Verwalter fremder Sachen und Güter nach erfolgter Rechnungslegung nach I 14 § 145 des Preußischen Allgemeinen Landrechtes die Erteilung einer Quittung fordern. Die Quittungserteilung war dann gleichbedeutend mit der Decharge, also Entlastung.⁶ Auch im Bereich des Vormundschaftsrechts regelte das ALR in II 18 §§ 861 ff., dass nach Rechnungserteilung Quittung verlangt werden könne, was wegen § 886 ALR die Erteilung eines Verzichts bedeutete.⁷ Im Bereich des später eingeführten bürgerlichen Gesetzbuches sucht man vergeblich die Begriffe „Entlastungsanspruch“ oder „Entlastung“.

Für die Aktiengesellschaft wird nach § 120 AktG durch die Entlastung die Verwaltung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat und den Vorstand gebilligt. Demzufolge versteht man unter Entlastung regelmäßig die Billigung einer Verwaltung für eine in der Vergangenheit liegenden Periode. Nach der aktienrechtlichen Rechtsprechung⁸ kann auch in einer Entlastung ein Vertrauensbeweis für die zukünftige Tätigkeit gesehen werden, ohne dass damit gleichzeitig die Billigung der künftigen Verwaltung oder Geschäftsführung verbunden wäre. Dies kann nicht für die Entlastung des Testamentsvollstreckers gelten, da dieser nicht wie ein Vorstand durch die Erben gewählt, sondern von Dritter Seite den Erben „vorgesetzt“ wurde. Für einen künftigen Vertrauensbeweis ist daher wenig Platz. Diesen wird man nur in den Fällen der Dauertestamentsvollstreckung im Rahmen der möglichen Zwischenentlastungen sehen können.

Die Entlastung steht regelmäßig im Zusammenhang mit einer erfolgten Rechnungslegung, insbesondere im Rahmen der Durchführung fremder Geschäfte für Dritte. *Flume*⁹ und *Hauß*¹⁰

⁵ Knoche S. 6.

⁶ In den §§ 146 ff. ALR wurde anschließend der Umfang der Befreiung des Entlasteten von Ansprüchen Dritter geregelt.

⁷ Vgl. Motive Bd. 4 S. 1188. Ähnliche Regelungen wurden von landesrechtlichen Ordnungen übernommen wie z.B. in Art. 95 BayVormO.

⁸ BGH BB 1985, 1869.

⁹ Flume § 10 I 4.

¹⁰ Erman/Hauß § 666 Rn 3.

sprechen ebenso wie vor ihnen *Heck*¹¹ und *Oertmann*¹² daher von der Entlastung „*als Korrelat der Rechenschaftspflicht*“, d.h. „*Korrelat zu derjenigen Rechenschaftsleistung, die in Form von Rechnungslegung erfolgt*“. Überwiegend wird somit eine direkte starre Verbindung zwischen Rechnungslegung und Entlastung geknüpft. Eine derartige enge Verknüpfung und die Bezeichnung der Entlastung als Korrelat, also als etwas, welchem etwas als Ergänzung oder Entsprechung zugeordnet ist¹³, ist nicht geeignet, den Begriff der Entlastung genau zu bestimmen und engt ihn unnötig ein. Die Entlastung ist höchstens das Korrelat der Überwachungsbefugnisse der Entlastenden nicht aber der Rechnungslegung durch den zu Entlastenden.¹⁴ Wenn nämlich der oder die Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker ausdrücklich auf eine Rechnungslegung verzichtet haben¹⁵, ist dennoch eine Entlastung ohne Rechnungslegung möglich. Die in der Literatur überwiegende einseitige Begriffsbestimmung der Entlastung über den Begriff des Korrelats ist mithin abzulehnen.

Des weiteren wird häufig¹⁶ wegen des juristisch undifferenzierten Charakters¹⁷ der Entlastungserklärung die Begriffsbestimmung mit der Rechtswirkung der Entlastung verbunden. Jedoch auch diese Annäherung an den Begriff der Entlastung ist nicht richtig, da hierdurch eine einseitige Ausrichtung auf die einem negativen Schuldanerkenntnis ähnelnde Entlastungsfolge erfolgt.¹⁸ Der Begriff der Entlastung würde durch eine derartige Ausrichtung wiederum unzulässig eingeengt.

*Wagner*¹⁹ definiert die Entlastung als die „*Genehmhaltung einer über einen bestimmten Zeitraum sich erstreckenden selbständigen Verwaltung fremder Geschäfte*.“ Wenn in der vorliegenden Arbeit die Rede von „Entlastung“ ist, ist damit in Anlehnung an *Wagner* und an die aktienrechtliche Vorschrift und Rechtsprechung **die Billigung einer in der Vergangenheit liegenden Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker** gemeint.

Diese Begriffsbestimmung kommt dem Wesen der Entlastung am nächsten, ohne sie unnötig auf den Bereich der Rechnungslegung zu reduzieren und einzuengen.

¹¹ Heck S. 164.

¹² Oertmann § 259 Ziff. 4.

¹³ Vgl. Duden, Stichwort: Korrelat.

¹⁴ Vgl. Schmidt ZGR 1978, 432.

¹⁵ Dazu, dass die Rechnungslegung nicht Voraussetzung für eine Entlastung ist: BGH WM 87, 652.

¹⁶ Flume § 10 I 4.

¹⁷ So Boeters JW 1920, 699.

¹⁸ So richtig Schmidt ZGR 1978, 429; Tellis S. 42 ff.; derselbe ZHR 1992, S. 257 m.w.N..

Wie mehrfach betont, sind die Rechtsnatur bzw. Rechtsfolgen der Entlastung nicht damit zu verwechseln. Diese Punkte werden gesondert unter Bezugnahme auf die einzelnen Entlastungssituationen behandelt.

Wenn nachfolgend vorwiegend von der Entlastung durch die Erben gesprochen wird, dient dies lediglich der Vereinfachung und zur Vermeidung von langen Aufzählungen. Gemeint sind immer alle zur Entlastung zuständigen Personen, singular oder plural.

2 Die Rechtsnatur der Entlastung

In der Vergangenheit ist die Diskussion nicht zuletzt durch einige Dissertationen²⁰ auf dem Gebiet der Entlastung im Bereich des Gesellschaftsrecht neu entfacht worden. Dabei kam es zur verstärkten Kritik an den bisherigen rechtsgeschäftlichen Lösungsversuchen. Diese werden zunächst nachfolgend dargestellt.

2.1 Bisherige rechtsgeschäftliche Lösungsversuche hinsichtlich der Rechtsnatur der Entlastung

Im einzelnen kann man die Lösungsansätze in drei Kategorien aufteilen; nämlich die Deutung der Rechtsnatur der Entlastung als

- einseitiges Rechtsgeschäft,
- zweiseitiges Rechtsgeschäft sowie als
- kein Rechtsgeschäft.

Innerhalb dieser Kategorien kommt es wiederum zu unterschiedlichen Lösungsvorschlägen, die näher beleuchtet werden sollen.

2.1.1 Die Entlastung als einseitiges Rechtsgeschäft

2.1.1.1 Der Entlastungsbeschluss als Genehmigung der Geschäftsführung

Boesebeck²¹ hat in Ablehnung der bis dahin ergangenen Rechtsprechung im Entlastungsbeschluss kein zweiseitiges, sondern lediglich ein einseitiges Rechtsgeschäft gesehen. Der wirkliche Inhalt der Entlastung sei die Genehmigung der Geschäftsführung wie bspw. in §§ 678, 684 S. 2 BGB. Aus diesem Grunde sei die Entlastung im Bereich des Aktienrechts auch lediglich eine einseitige empfangsbedürftige organschaftliche Willenserklärung der Gesellschaft,

¹⁹ Wagner S. 7.

²⁰ Siehe Fußnote 2.

²¹ JW 1935, 921 ff. als Anmerkung zu RG JW 1935, 921.

die keiner Annahme bedarf.²² Es handle sich um eine Erklärung des Inhaltes, die Geschäfte seien vom Entlasteten „*treu und richtig*“ geführt.²³ Im Unterschied zu den Deutungsvarianten der Entlastung in der damaligen Zeit sieht *Boesebeck* die Entlastung vom Bestehen oder Nichtbestehen von Regressansprüchen losgelöst.

Auch bei diesem Lösungsansatz wird primär der Versuch gemacht, die Entlastung über ihre Rechtsfolge zu deuten. Durch die Rückwirkung der Genehmigung der Geschäftsführung nach § 684 S. 2 BGB und die damit verbundene Berechtigung von Anfang an, entfällt wegen § 678 BGB die Haftung des Geschäftsführers. Etwaige Schadensersatzansprüche können dann wegen mangelhafter Geschäftsführung aufgrund Untergangs nicht mehr geltend gemacht werden.²⁴

*Picenoni*²⁵ deutet die Entlastung zwar ebenfalls als Genehmigung, sieht aber inhaltlich keine Genehmigung nach § 684 S. 2 BGB, sondern eine Genehmigung wie bei einer vollmachtslosen Geschäftsführung nach § 177 BGB. Über § 184 Abs. 1 BGB werden die Rechtsgeschäfte durch die Geschäftsführung aufgrund der nachträglichen Genehmigung rückwirkend wirksam. In der Folgezeit wurde dieser Rechtsgedanke in der Literatur wegen der andersartigen Ausgangssituation bei der Entlastung nicht weiterverfolgt.

Entlastung und Genehmigung sind sich nur im Hinblick auf den Ungewissheitszustand bis zur Entlastung bzw. Genehmigung ähnlich.²⁶ Gegen die Gleichsetzung spricht, dass die Genehmigung zunächst nur eine Regelung für das Außenverhältnis treffen soll.²⁷ Ebenso ist die interne Genehmigung nach § 684 S. 2 BGB wegen der zu großen strukturellen Unterschiede und Interessenlage nicht mit der Entlastung gleichzusetzen.²⁸ Bei § 684 S. 2 BGB ist die Interessenlage dadurch geprägt, dass die Übernahme der Geschäftsführung weder aufgrund eines Auftrages erfolgte, noch berechtigt war.²⁹ Ganz anders ist dies bei der Entlastung des Testamentsvollstreckers. Hier erfolgte im Vorfeld eine Einsetzung durch den Erblasser nach Maßgabe des § 2197 BGB, die den Testamentsvollstrecker im Rahmen der §§ 2203 ff. BGB berechtigt und verpflichtet.

²² JW 1935, 922. Ebenso Brox BB 1960, 1226.

²³ Boesebeck ZAkDR 1935, 675.

²⁴ So Boesebeck JW 35, 922 und ZAkDR 35, 676.

²⁵ Picenoni S. 11 ff..

²⁶ Wagner S. 29; Borsche S. 45; Knoche S. 60 f..

²⁷ Borsche S. 46; Picenoni S. 12.

²⁸ Tellis S. 76; Barner S. 60 f..

2.1.1.2 Die Entlastungserklärung als Billigung

Des weiteren wird die Rechtslage der Entlastung mit derjenigen bei Abgabe der Billigungserklärung beim Kauf auf Probe wie bei § 495 BGB a.F. (bzw. § 454 BGB n.F.) verglichen.³⁰ Danach kann der Käufer bei Vorliegen der Voraussetzungen keine Sachmängelansprüche mehr durchsetzen. Einen ähnlichen Ansatz findet man auch bei *Buchner*³¹, der eine Parallele zu § 640 BGB zieht. Die Annahme der Leistung hat ebenfalls den Ausschluss vertraglicher Rechte zu Folge. Diese Ansicht verknüpft also wiederum die Rechtsnatur mit der Entlastungsfolge.

Die Begriffe der Billigung und Genehmigung sind nicht identisch, vielmehr ist die Billigung als minus zur Genehmigung zu verstehen. Die Billigung ist lediglich der Ausdruck des Einverständnisses und der Zufriedenheit mit der bisherigen geleisteten Arbeit, ohne dabei für die Wirksamkeit oder Ordnungsmäßigkeit eines Rechtsgeschäftes von Bedeutung zu sein.³² Sicherlich ähneln sich daher die Entlastung und die Billigung in gewisser Weise. Durch die §§ 495, 460 a.F. BGB und § 640 BGB wird aber der Ausschluss bestimmter Ansprüche gesetzlich geregelt, was bei der Entlastung wegen fehlender Kodifizierung nicht der Fall ist. Insofern käme lediglich eine Gesamtanalogie in Frage. Unabhängig davon, dass hierfür eine Regelungslücke bestehen müsste, also nicht einmal § 242 BGB greifen dürfte, sind die Interessenlagen zwischen Billigung und Entlastung für eine Analogie zu unterschiedlich. § 640 BGB ist zu sehr auf eine Abnahme körperlicher Werke zugeschnitten.³³ So erfolgt durch die Abnahme lediglich die Feststellung der Vertragsmäßigkeit der Leistung und nicht auch der Zweckmäßigkeit der Tätigkeit, die aber bei der Erteilung der Entlastung des Testamentsvollstreckers eine Rolle spielt.³⁴

2.1.1.3 Der Entlastungsbeschluss als einseitiger Verzicht

Bei der Konstruktion der Entlastung als einseitiger Verzicht kommt es zur Gleichstellung von Gegenstand und Rechtsfolge der Entlastung.³⁵ Dies ist in der Literatur³⁶ zu Recht auf Kritik gestoßen, weil so lediglich nach einer Konstruktion gesucht wird, die das Ergebnis,

²⁹ Vgl. Palandt/Sprau § 684 Rn 2 m.w.N.; Tellis S. 76.

³⁰ So Wagner S. 33 ff..

³¹ Buchner GmbHR 1988, 11.

³² Vgl. dazu MüKo/Westermann § 495 a.F. Rn 4; Erman/Grunewald § 495 a.F. Rn 4; Soergel/Huber § 495 a.F. Rn 6.

³³ So zu Recht Tellis GmbHR 1989, 114. Gegen eine Analogie auch Knoche S. 91 ff..

³⁴ Vgl. dazu Tellis GmbHR 1989, 114; Palandt/Sprau § 640 Rn 2 ff. m.w.N..

³⁵ Pinner DJZ 1903, 470 setzt beides auf eine Stufe indem er behauptet: „Entlastung ist Verzicht auf Ansprüche.“

³⁶ Schmidt ZGR 1978, 429; Borsche S. 52; Brox BB 1960, 1226.

nämlich den Verzicht von Ersatzansprüchen, trägt. Ein einseitiger Verzicht auf schuldrechtliche Ansprüche ist wegen § 397 BGB nicht zulässig, da hierzu ein Vertrag notwendig ist.³⁷ Ein Verzicht wird nach zutreffender Auffassung von *Hoeniger*³⁸ bei dieser Konstruktion den Parteien „*untergeschoben*“ und „*wider ihren Willen angedichtet*“. Verzichte sind niemals zu vermuten.³⁹ Nur in Ausnahmefällen kann ein einseitiger Verzicht möglich sein wie bspw. in §§ 517, 658, 959 BGB. Ohne die Rechtswirkungen bereits an dieser Stelle näher zu erläutern, ist eine einseitige Orientierung der Entlastung an eine Verzichtsfolge dogmatisch nicht vertretbar. Wie beim Erlass bedarf es zudem notwendigerweise als Voraussetzung für einen Verzicht zunächst das Vorliegen von Ersatzansprüchen, auf die verzichtet werden kann. War die Geschäftsführung ordnungsgemäß, gibt es gerade nichts, worauf verzichtet werden kann. Hier auf hat der *Bundesgerichtshof* in seiner Entscheidung zum Anspruch auf Entlastung eines GmbH-Geschäftsführers vom 20.05.1985 deutlich hingewiesen.⁴⁰

2.1.2 Die Entlastung als zweiseitiges Rechtsgeschäft

2.1.2.1 Die Entlastung als Erlassvertrag

Das *Reichsgericht*⁴¹ hat in seiner Entscheidung 02.02.1923 die Entlastung als Erlassvertrag im Sinne des § 397 Abs. 1 BGB gedeutet. Im einzelnen ging es in dieser Entscheidung primär um formelle Probleme, ob ein Aufsichtsratsmitglied bei der Abstimmung über die Entlastung mitstimmen darf oder nicht. Weiter heißt es: „*Allein die Genehmigung des von Vorstand und Aufsichtsrat über die Entwicklung und die gegenwärtige Lage der Gesellschaft erstatteten Berichts bedeutete nach der Sachlage, daß die Generalversammlung sich mit der Geschäftsführung der berichtenden Organe einverstanden erklärte und damit auf Ansprüche gegen sie verzichte Wenn dann die Versammlung über diese Proteste hinwegging und Genehmigung beschloß, so war damit ausgesprochen, dass die beanstandete Geschäftsführung als einwandfrei anerkannt werden sollte.*“⁴²

³⁷ Vgl. nur RGZ 72, 171; Wagner S. 31f..

³⁸ Hoeniger DJZ 1922, 144.

³⁹ MüKo/v. Feldmann § 397 Rn 2 m.w.N..

⁴⁰ BGH BB 1985, 1869 = WM 1985, 1200 = DB 1985, 2290 = ZIP 1985, 1325 = NJW 1986, 129.

⁴¹ RGZ 106, 262. Ebenso Schönle ZHR 126, 215.

⁴² RGZ 106, 262.

Diese Rechtsprechung setzte das *Reichsgericht* in der Folge fort.⁴³ Durch einen Erlass verzichtet der Gläubiger durch einen Vertrag mit dem Schuldner auf eine Forderung mit der Rechtsfolge des Erlöschens dieser Forderung.⁴⁴

Insbesondere in der gesellschaftsrechtlichen Literatur⁴⁵ ist die Konstruktion eines Erlassvertrages zu Recht auf Kritik gestoßen. Ein Erlassvertrag setzt nämlich das Bestehen von Ersatzansprüchen voraus, die erlassen werden können.⁴⁶ Demzufolge kann ein Erlassvertrag bereits in den Fällen nicht möglich sein, in denen sich der Geschäftsführer nicht pflichtwidrig verhalten hat bzw. keine Ersatzansprüche gegen ihn bestehen.

Nur unter besonderen Umständen kann man auf künftige Forderungen verzichten. Ein antizipierter Verzicht auf unbekannte Ansprüche ist nach herrschender Ansicht⁴⁷ dann zulässig, wenn sich die Parteien zumindest der Möglichkeit des Rechts bewusst waren. Gerade dieses Bewusstsein wird in der Regel bei der Entscheidung über die Entlastung fehlen, denn die Erben gehen auch bei dieser Konstruktion des zukünftigen Erlass vom Nichtbestehen von zukünftigen Ansprüchen gegen den Testamentsvollstrecker aus. Ein bewusster Verzicht auf später entstehende Ansprüche ist in der Praxis mit der Entlastung grundsätzlich nicht verbunden.

Selbst wenn man die Möglichkeit eines Erlassvertrages unterstellen würde, ergäben sich erhebliche rechtliche Schwierigkeiten. Um die rechtsgeschäftliche Konstruktion weiter zu widerlegen, soll zunächst der Entlastungstatbestand genau analysiert werden. Nach *Schönle*⁴⁸ ist der Entlastungsablauf in vier Tatbestandselemente aufzuteilen:

1. der rein interne Beschluss, durch den die Gesellschaft die Wirkungen einer Entlastung billigt,
2. der Beschluss mit Verpflichtungswillen nach außen,
3. der Beschluss mit Erklärungswillen, die Verpflichtung nach außen mitzuteilen sowie die
4. Erklärungshandlung.

⁴³ RGZ 115, 250.

⁴⁴ Staudinger/Kaduk § 397 Rn 6; Erman/Zeiss § 397 Rn 3; Palandt/Heinrichs § 397 Rn 4 m.w.N..

⁴⁵ Borsche S. 35 ff.; Schönle ZHR 126, 20199 ff.; Tellis S. 42 ff.; Barner S. 59 ff. mw.N.. Bereits Anfang des 2000. Jahrhunderts haben Zerhusen S. 144 und Kutzner S. 149 unter Berufung auf Dernburg S. 93 die Problematik der Entlastung als negatives Schuldanerkenntnis nachgewiesen.

⁴⁶ Statt aller Borsche S. 36 m.w.N..

⁴⁷ Palandt/Heinrichs § 397 Rn 2; MüKo/v. Feldmann § 397 Rn 5; Soergel/Schmidt § 397 Rn 5; Staudinger/Kaduk § 397 Rn 58; Erman/Zeiss § 397 Rn 5; Vgl. a. BGHZ 40, 330, der die alte Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 124, 326; 148, 262), die generell einen Verzicht auf zukünftige Ansprüche ausschloss, abänderte.

⁴⁸ Schönle ZHR 126, 202 f..

Der Entlastungsbeschluss der Erbgemeinschaft umfasst lediglich die ersten drei Beschlüsse, wovon sich der vierte als Entlastungserklärung unterscheidet. In der verbandsrechtlichen Praxis fallen die vier Tatbestandselemente zu einer Handlung zusammen. Dies gilt nicht für die Testamentsvollstreckung, denn der Testamentsvollstrecker ist bei der Beschlussfassung regelmäßig nicht zugegen. Zu unterscheiden ist demnach der eigentliche Beschluss und die Erklärung gegenüber dem Testamentsvollstrecker bzw. seine Reaktion.

Das eigentliche Problem der Entlastung als zweiseitiges Rechtsgeschäft im Form des Erlassvertrages ist, dass die entlasteten Personen i.d.R. auf die Entlastung schweigen. Der Testamentsvollstrecker fühlt sich bei positiver Bewertung seines Amtes und erfolgter Entlastung nicht veranlasst, die Entlastung an sich zu kommentieren oder sie ausdrücklich anzunehmen. Demzufolge kann nur dann ein Vertrag zustande kommen, wenn man entweder in der Übergabe der Rechnungslegungsunterlagen ein Angebot auf Erteilung der Entlastung sieht, oder den Entlastungsbeschluss als Vertragsangebot deutet.⁴⁹

Ein dahingehender animus obligandi, also Geschäfts- und Erklärungswille fehlt schlichtweg.⁵⁰ Die Abgabe der Rechnungslegung erfolgt aufgrund gesetzlicher Verpflichtung, sofern die Empfänger nicht auf die Rechnungslegung ganz verzichtet haben. Auf die Rechte des Erben hat sie keinerlei Einfluss. In der Rechnungslegung selbst eine Willenserklärung des zu Entlastenden auf Abschluss eines Erlassvertrages zu sehen, erscheint fraglich, da es sich um einen rein faktischen Vorgang handelt.⁵¹ Die Rechnungslegung verpflichtet selbst nicht, sondern klärt den Erben nur auf.⁵² Kutzner⁵³ hingegen sieht in der Entlastung einen Vertrag, dessen Antrag vom Rechnungsleger stammt. Danach sei der Parteiwille entscheidend, wie weit die Entlastungswirkung gehen soll. Hiergegen spricht bereits, dass ein Testamentsvollstrecker wohl kaum nur eine Teilentlastung anbietet, sondern immer eine vollständige Entlastung. Der Parteiwille des Testamentsvollstreckers hat keinerlei Auswirkungen auf die Reichweite der Entlastung. Die Erben werden nur dann das Erlassangebot annehmen, wenn sie davon ausgehen, es bestünden keine Ersatzansprüche.

Des weiteren vermag auch nicht die Deutung der Entlastungserklärung als Annahme eines Erlassangebotes zu überzeugen. Die Annahme eines Erlassangebotes muss grundsätzlich in

⁴⁹ So auch Schönle ZHR 126, 203.

⁵⁰ Köhler ZMR 1999, 293; Zerhusen S. 129.

⁵¹ Ebenso Knoche S. 52.

⁵² Ähnlich Zerhusen S. 130; Kutzner S. 146 f..

⁵³ Kutzner S. 145.

irgendeiner Weise erkennbar sein.⁵⁴ Ein Schweigen auf ein Angebot kann nur dann zur Annahme desselben führen, wenn gem. § 151 BGB nach der Verkehrssitte keine Annahmeerklärung zu erwarten ist bzw. wenn die sofortige Ablehnung des Vertragsangebotes wie z.B. bei § 663 BGB oder § 362 HGB erforderlich wäre.⁵⁵

In der Literatur⁵⁶ wird die Ansicht vertreten, dass das Vertragsprinzip nicht übertrieben werden dürfe. Danach müsse der Schuldner einen Verzicht des Gläubigers nicht besonders annehmen, um ihn wirksam zu machen. Der *Bundesgerichtshof* hat sich in seiner Entscheidung vom 12.10.1999⁵⁷ der Literaturansicht angeschlossen und deutlich gemacht, dass es für die Annahme eines lediglich vorteilhaften Angebotes nach § 151 S. 1 BGB gewöhnlich ausreicht, wenn dieses zugeht und nicht durch eine nach außen erkennbare Willensäußerung des Begünstigten abgelehnt wird. Eine Verkehrssitte würde nach dem Vorbild des § 516 Abs. 2 BGB im allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften bestehen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* ist etwa für die Annahme eines selbständigen Garantieversprechens⁵⁸ eines Schuldbeitritts⁵⁹ oder einer Bürgschaft⁶⁰ eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung gegenüber dem Antragenden nicht erforderlich. Für das mit einem abstrakten Schuldanerkennnis verbundene Angebot zur Abtretung einer Forderung könne nichts anderes gelten.⁶¹

Diese ständige Rechtsprechung führt jedoch nicht automatisch zu dem Ergebnis, dass ein Erlassvertrag ohne weiteres als abgeschlossen gelten kann. Für das Zustandekommen des Vertrages bedarf es auch in den Fällen des § 151 Satz 1 BGB der Annahme, d.h. eines als Willensbetätigung zu wertenden, nach außen hervortretenden Verhaltens des Angebotsempfängers, aus dem sich dessen Annahmewille unzweideutig ergibt.⁶² Dabei ist mangels Empfangsbedürftigkeit der Willensbetätigung nicht auf den Empfängerhorizont nach § 157 BGB, sondern darauf abzustellen, ob das Verhalten des Angebotsadressaten vom Standpunkt eines

⁵⁴ RGZ 72, 117; 73, 184; Erman/Zeiss § 397 Rn 4.

⁵⁵ Borsche S. 39.

⁵⁶ Erman/Zeiss § 397 Rn 4; Staudinger/Kaduk § 397 Rn 8; Gernhuber S. 341; Fikentscher § 39 IV I.

⁵⁷ BGH NJW 2000, 276.

⁵⁸ BGHZ 104, 85 m.w.N..

⁵⁹ BGH, Urteil vom 28. Oktober 1993 - VII ZR 192/92, WM 1994, 303, 305 f..

⁶⁰ BGH, Urteil vom 6. Mai 1997 - IX ZR 136/96, WM 1997, 1242 = NJW 1997, 2233.

⁶¹ BGH NJW 2000, 276 f..

⁶² BGHZ 74, 356; 111, 101; BGH Urteil vom 6. Mai 1997, a.a.O. m.w.N..

unbeteiligten objektiven Dritten aufgrund aller äußeren Indizien auf einen "*wirklichen Annahmewillen*"⁶³ gemäß § 133 BGB schließen lässt.

Der Entlastete schweigt gewöhnlich vollends auf das für ihn lediglich vorteilhafte Angebot bzw. der Erklärung, gegen seine Geschäftsführung würden keine Einwände erhoben. Er nimmt es somit weder ausdrücklich an, noch lehnt er es ausdrücklich ab. Der *Bundesgerichtshof*⁶⁴ lässt es als Betätigung des endgültigen Annahmewillens in aller Regel ausreichen, wenn dem abwesenden Gläubiger z.B. eine Bürgschaftsurkunde zugeschickt wird und er sie behält. In dem Behalten der Urkunde liegt danach die Betätigung des Annahmewillens.

Dennoch weist die rechtsgeschäftliche Konstruktion des Erlassvertrages für den Bereich der Entlastung nicht in die richtige Richtung. Sie ist in sich unlogisch und widersprüchlich. Zum einen kann gegenüber einer Person nicht auf Ansprüche verzichtet werden, die überhaupt nicht bestehen. Zum anderen wird man in der Praxis gerade keinen Erlassvertrag mit einer Person schließen, gegen die Ersatzansprüche bestehen. Darüber hinaus muss man sich die weiteren Konsequenzen der Vertragskonstruktion vor Augen führen. Der Entlastete könnte das Angebot auf Entlastung theoretisch auch ablehnen, da kein Zwang zum Abschluss eines Vertrages besteht. Er müsste noch nicht einmal mit Konsequenzen rechnen, da ohnehin gegen ihn keine Ersatzansprüche bestehen, da andernfalls ihm keine Entlastung erteilt worden wäre. Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen oder schlüssigen Annahme eines vermeintlichen Vertragsangebotes erscheint somit widersinnig.⁶⁵

Auch für eine Anwendung des § 151 BGB auf dem Gebiete der Entlastung ist kein Platz. Ratio legis der Vorschrift des § 151 BGB ist, den Zugang der Annahmeerklärung zu ersetzen. Eine Entlastung zielt jedoch überhaupt nicht auf eine Entgegnung.⁶⁶ Es besteht auch keinerlei Verkehrssitte auf eine Entlastung zu entgegnen.⁶⁷ Knoche⁶⁸ unterstreicht zu Recht, dass der Entlastete nicht schweigt, weil dies so üblich ist, sondern weil es nichts zu sagen gäbe, dem eine rechtliche Bedeutung zukommen könnte.

Die Berufung auf § 151 BGB ist damit schon im Ansatz verfehlt, weil der Gesetzgeber bei der Einsetzung dieser Vorschrift den Gedanken verfolgte, bei besonderen Fällen die Schnel-

⁶³ BGHZ 111, 101.

⁶⁴ WM 1997, 1242 = NJW 1997, 2233.

⁶⁵ Allerdings haben selbstverständlich die Parteien die Möglichkeit, tatsächlich einen Erlassvertrag zu schließen. Dies spielt für die Vertragskonstruktion bei der Entlastung jedoch keine Rolle.

⁶⁶ Knoche S. 54.

⁶⁷ Ebenso Barner S. 52; Borsche S. 40 ff.; Knoche S. 54; Wagner S. 20ff..

⁶⁸ Knoche S. 54.

ligkeit des Rechtsverkehrs zu fördern und eine Verzögerung, die sich aus einer empfangsbedürftigen Erklärung ergeben würde, zu vermeiden und dadurch die Raschheit und Einfachheit des Verkehrs zu ermöglichen.⁶⁹ Gerade bei der Entlastung kommt es auf besondere Schnelligkeit überhaupt nicht an. Aus der Tatsache, dass im Regelfall die Entlasteten sich zum Entlastungsbeschluss nicht äußern, kann nicht auf eine Verkehrssitte geschlossen werden, wonach ein Entlastungsbeschluss ein Vertragsangebot sei. Dies wäre der falsche Umkehrschluss.⁷⁰ Ebenso ist eine Verpflichtung zur sofortigen Kundgabe der Ablehnung des Angebotes nicht ersichtlich. Entgegen § 147 Abs. 1 S. 1 BGB könnte man lediglich den Entlastungsbeschluss als unbefristetes Angebot ansehen, welches nicht sofort angenommen werden muss.

2.1.2.2 Die Entlastung als negativer Schuldanerkenntnisvertrag

Die gleichen Probleme bestehen bei der rechtsgeschäftlichen Konstruktion eines negativen Schuldanerkenntnisvertrages i.S.d. § 397 Abs. 2 BGB mit Ausnahme des Problems, wonach nicht auf Ersatzansprüche verzichtet werden kann, die nicht gegeben sind. Durch das negative Schuldanerkenntnis wird im Gegensatz zum Erlass gegenüber dem Gläubiger anerkannt, dass eine Schuld gerade nicht besteht.⁷¹ Die rechtsgeschäftliche Deutung der Entlastung als Vertrag ist somit wie bereits beim Erlass abzulehnen.

In der Literatur⁷² wird daher versucht, die Entlastung des zu einer Rechnungsstellung Verpflichteten differenzierter zu betrachten. Danach könne eine Entlastung ein negativer Schuldanerkenntnisvertrag sein, ohne aber sein zu müssen. Im einzelnen käme es auf den jeweiligen Entlastungstatbestand an. Die Ansicht übersieht, dass eine Entlastung strikt von einer Parteivereinbarung zu trennen ist. Selbstverständlich können die Parteien zusätzlich zur Entlastung eine Vereinbarung treffen, die einem Verzicht oder einem negativen Schuldanerkenntnis gleichkommt. Dies bedeutet aber nicht, dass automatisch beides miteinander verbunden sein muss.

Das *Reichsgericht*⁷³ und der *Bundesgerichtshof*⁷⁴ haben die Subsumtionsschwierigkeiten erkannt und ebenso wie ein Teil der Literatur⁷⁵ erklärt, die Entlastung sei eine einseitige, keiner An-

⁶⁹ Borsche S. 43 unter Bezugnahme auf Staudinger/Dilcher § 151 Rn 2.

⁷⁰ So zu Recht Borsche S. 41.

⁷¹ Staudinger/Kaduk § 397 Rn 79.

⁷² MüKo/v.Feldmann § 397 Rn 13; Soergel/Damrau § 1892 Rn 5; Staudinger/Kaduk § 397 Rn 95. Die teilweise Rechtsprechung (OLG Köln FamRZ. 1996, 249; RGZ 115, 371; RG JW 1926, 2904 mit zustimmender Anmerkung von Bing JW 1935, 921) ist beispielsweise auf dem Gebiet der Entlastung durch den Pflegling nach Aufhebung der Pflegschaft dem gefolgt, ohne den Problemkreis des § 151 BGB näher zu beleuchten.

⁷³ RG JW 1926, 2904; RG JW 1935, 921; RG DR 1941, 508; So auch Hans. OLG Hamburg BB 1960, 996.

nahme bedürftige organschaftliche Erklärung die jedoch wie ein Verzicht auf Ersatzansprüche oder wie das Anerkenntnis des Nichtbestehens derartiger Ansprüche wirkt. Danach wäre die Entlastung ein einseitiger schuldrechtlicher Verzicht sui generis und zugangsbedürftig.⁷⁶ Dies hat zur Folge, dass nicht die Beschlussfassung, sondern erst die Mitteilung des Beschlusses die Wirkungen nach § 397 Abs. 2 BGB hat. Auch bei diesem Lösungsansatz wird die Entlastung wiederum über ihre Rechtsfolge versucht, zu deuten. Die Mitteilung der Entlastung ist in Wahrheit ein reiner Informationsvorgang und kein Verzichtsgeschäfts. Andernfalls wäre die Entlastung ein Generalbereinigungsvertrag.⁷⁷

Gegen die Einstufung der Entlastung als Verzicht sui generis spricht zunächst die Gesetzes-systematik. Weder im Gesellschaftsrecht noch im Bürgerlichen Recht findet sich ein Zusammenhang der Entlastung mit einer Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder oder mit einem Verzicht.⁷⁸ Die Entlastung ist keine Unterart des Verzichtes. Zudem kann der Nachweis von dennoch bestehenden Verbindlichkeiten die Anerkennung des Nichtbestehens von Ansprüchen nach § 814 BGB entkräften.⁷⁹

Bereits an einem anderen Beispiel aus dem Erbrecht zeigt sich, dass die einseitige rechtsdogmatische Orientierung an der Rechtsfolge zur Beurteilung der Entlastung mit Verzichtswirkung nicht richtig ist. Im Erbrecht gibt es keinen einseitigen Verzicht auf Rechte. Der Erblasser kann allenfalls nach § 2343 BGB dem Erbunwürdigen verzeihen, gleiches gilt nach § 2337 BGB, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten trotz Vorliegen eines Entziehungsgrundes verzeihen hat.⁸⁰ Nach allgemeiner richtiger Auffassung⁸¹ handelt es sich bei der Verzeihung nicht um einen Verzicht mit rechtsgeschäftlicher Natur, sondern um einen Realakt, die keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat. Rechtsfolge ist der Fortfall des Rechts des Erblassers zur Entziehung des Pflichtteils bzw. der Verlust des Anfechtungsrechts der ansonsten Anfechtungsberechtigten nach § 2341 BGB.⁸² Kaum jemand würde die Verzeihung

⁷⁴ BGHZ 24, 54.

⁷⁵ Insbesondere die gesellschaftsrechtliche Literatur vgl Fußnote 2; Bing JW 1926, 2904; Erman/Zeiss § 397 Rn 13; MüKo/v. Feldmann § 397 Rn 13; Staudinger/Kaduk § 397 Rn 95 f m.w.N..

⁷⁶ Schönle ZHR 126, 213 ist insoweit inkonsequent, dass er einerseits eine Vertragskonstruktion ablehnt, andererseits aber die Wirkung erst mit Annahme durch den Entlasteten eintreten lässt.

⁷⁷ Vgl. dazu Scholz/Schmidt § 46 Rn 91.

⁷⁸ Hierzu ausführlich Tellis S. 52, der ebenfalls die Entlastung nicht als Unterart des Verzichts sieht.

⁷⁹ So Dernburg S. 93; i.E. ihm folgend Zerhusen S. 149.

⁸⁰ Des weiteren gibt es noch die Verzeihung im Schenkungsrecht nach § 532 BGB, die den Fortfall des Widerrufsrechts des Schenkers zur Folge hat.

⁸¹ Mayer in: Bamberger/Roth § 2337 Rn 2, § 2343 Rn 1; Staudinger/Olshausen § 2337 Rn4; Soergel/Dieckmann § 2337 Rn 1; MüKo/Frank § 2337 Rn 1 m.w.N..

⁸² Vgl. Soergel/Dieckmann § 2337 Rn 1; § 2343 Rn 1 jeweils m.w.N..

über ihre Rechtsfolge der Verzichtswirkung deuten, denn ansonsten müsste man die Verzeihung an § 397 BGB orientieren, und sie hätte rechtsgeschäftlichen Charakter.⁸³

Wesentlicher Punkt ist, dass die Entlastung selbst keine auf einen Anspruchsverzicht zielende Erklärung beinhaltet. Beim Beschluss gehen die Entlastenden davon aus, dass eben keine Ansprüche gegen den zu Entlastenden bestehen, ansonsten hätten sie ihm keine Entlastung erteilt.⁸⁴ Das negative Schuldanerkenntnis wie auch der Erlassvertrag setzt aber das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus, welches infolge des Anerkenntnisses erlöschen kann.⁸⁵ Wie bereits betont ist ein Verzicht niemals zu vermuten⁸⁶, da immer ein Verzichtswille vorhanden sein muss. Gerade in den Fällen, in denen die Personen, die über die Entlastung zu entscheiden haben, Ansprüche nicht erkannt haben, die objektiv aber bestehen, kann sicherlich nicht von einem Verzichtswillen ausgegangen werden.

Andererseits könnte man sich auf den Standpunkt stellen, ein Verzichtswille muss nur dann bestehen, wenn Ansprüche bestehen würden, weil ohnehin bei Nichtbestehen von Ansprüchen eine Entlastung keine Rechtswirkung entfalten braucht. Ein derartige Argumentation ist rechtsdogmatisch in sich nicht schlüssig und praxisfern, denn welcher Erbe würde einen Testamentsvollstrecker entlasten, wenn er Gründe für seine Haftung kennt? Nur wenn die Erben trotz Kenntnis von Haftungsgründen, den Testamentsvollstrecker entlasten, kann hierin ein gleichzeitiger Verzicht auf Ersatzansprüche zu sehen sein.⁸⁷

Selbst wenn man also die Vertragskonstruktion ablehnt und lediglich von der Entlastung mit „gewisser Verzichtswirkung“ ausgeht, ist die Verzichtskonstruktion nicht überzeugend und somit ebenfalls abzulehnen.

⁸³ Vgl. dazu auch Tellis S. 55. A.A. insbesondere Flume § 1,2, der generell die rechtliche Beurteilung an der Rechtsfolge ausrichtet.

⁸⁴ So für den Bereich der GmbH: Scholz/Schmidt § 46 Rn 91; Tellis S. 44 ff.

⁸⁵ So MüKo/v. Feldmann § 397 Rn 8; Staudinger/Kaduk § 397 Rn 80 ff. m.w.N..

⁸⁶ Rümker S. 103; Staudinger/Kaduk § 397 Rn 3 m.w.N..

⁸⁷ Vgl. Borsche S. 113; Köhler ZMR 1999, 293 ff.

2.1.2.3 *Der Entlastungsbeschluss als Vergleichsvertrag*

Teilweise wurde auch bei der Deutung der Rechtsnatur der Entlastung auf einen Vergleich im Sinne des § 779 BGB Bezug genommen.⁸⁸ Dieser Lösungsansatz ist aus den gleichen Gründen, wie den oben dargelegten abzulehnen.

2.1.3 **Die Entlastung als Quittung**

Nach *Hoeningner*⁸⁹ ist der Entlastungsbeschluss eine Quittung im Sinne des § 368 BGB. Eine Quittung ist lediglich ein schriftliches Empfangsbekenntnis und stellt als Wissenserklärung kein Rechtsgeschäft dar.⁹⁰ Ein elementarer Nachteil dieser Konstruktion besteht bereits darin, dass die Quittung eng an die Rechnungslegung gebunden ist. In den Fällen, in den vorab auf eine Rechnungslegung verzichtet wurde, bietet die Quittung keinerlei überzeugenden Lösungsansatz.

Zwar wird dogmatisch genau bei der Quittungskonstruktion zwischen Entlastungsgegenstand und Entlastungsfolge differenziert. *Hoeningner* übersieht, dass die Quittung zeitlich vor der Entlastung bzw. vor einer Prüfung der Rechnungslegung erfolgt. Durch eine Quittung im Sinne des § 368 BGB wird aber generell nicht der Inhalt der Rechnungslegung beurteilt. Demzufolge wäre eine zusätzliche rechtsgeschäftliche Abrede vonnöten, die mit der Quittungserteilung einhergehen kann.⁹¹

Zudem bestünde auch in den Fällen der nicht ordnungsgemäßen Geschäftsführung ein Anspruch auf Quittungserteilung, da die Entgegennahme der Rechnungslegung auf jeden Fall bestätigt werden muss.⁹² Man könnte allenfalls die Quittung als Bestätigung einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung ansehen.⁹³ Doch auch bei dieser Konstruktion bedarf es einer vorangehenden Prüfung der Rechnungslegung.

⁸⁸ Heckenberger S. 89 ff; Kaeslin S. 63 f..

⁸⁹ Hoeniger DJZ 1922, 143 ff. Ebenso Heck S. 164, der in der Entlastung die übliche Form der Quittung sieht.

⁹⁰ Palandt/Heinrichs § 368 Rn 2; OLG Frankfurt WM 1990, 2037; RGZ 108, 55.

⁹¹ Palandt/Heinrichs § 368 Rn 2; BGH DB 1985, 2402.

⁹² Larenz § 18 III; Palandt/Heinrichs § 368 Rn 6.

⁹³ So z.B. Isele S. 133.

2.2 Der nichtrechtsgeschäftliche Lösungsansatz als Lösung für die Entlastung des Testamentsvollstreckers

Richtigerweise ist zwischen der Rechtsnatur der Entlastung und der Rechtswirkung zu differenzieren. Wie oben ausgeführt überwiegen die Lösungsansätze, wonach einseitig über die Rechtsfolge die Rechtsnatur der Entlastung geklärt werden soll.

Als erster hat *Boesebeck*⁹⁴ den Grundgedanken geäußert, die herrschende Ansicht verwechsle eine Rechtsfolge der Entlastung, nämlich das Erlöschen etwaiger Schadensersatzansprüche, mit ihrem Inhalt. *Karsten Schmidt*⁹⁵ hat diesen Gedanken aufgegriffen und insbesondere die Notwendigkeit der Differenzierung präzisiert. Er unterscheidet zwischen der Billigung der Geschäftsführung und dem Entlastungsbeschluss für sich. Dabei kritisiert er die einseitige Ausrichtung der Diskussion wie die Verzichtswirkung der Entlastung schuldrechtlich zu erklären wäre. Als Schlüssel zum besseren Verständnis des Problemkreises können nicht die schuldrechtliche Begrifflichkeit, sondern vielmehr Funktion und Rechtsfolgen von Entlastungsbeschluss und Entlastungserklärung dienen.⁹⁶ Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, kann dem nur zugestimmt werden.

Auch *Schönle*⁹⁷ differenziert zwischen Rechtsnatur und Rechtswirkung der Entlastung in dem er einerseits die Entlastung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung deutet, andererseits aber inkonsequenterweise ihre Verzichtswirkung durch Vertrag nach § 397 BGB eintreten lässt.

In den jüngsten insbesondere zur Entlastung im Gesellschaftsrecht erschienenen Dissertationen zur Problematik der Entlastung von *Knoche*, *Tellis*, *Barner* und *Borsche*⁹⁸ wird unter Fortführung der These von *Schmidt* die Rechtsnatur strikt von der Entlastungswirkung getrennt.⁹⁹ In einer Entlastung ist kein Verzichtswille enthalten. Entlastung und Präklusionswirkung stimmen nicht überein und sind nicht kongruent. Im Rahmen der Entlastung des Testamentsvollstreckers handelt es sich bei der Entlastungserklärung der Erben etc. um eine schlichte Tat-handlung. Sie ist ein Realakt ohne rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Charakter. Im Unterschied zu einer Entlastung im Verbandsrecht beinhaltet die Entlastung aber

⁹⁴ JW 1935, 922.

⁹⁵ Schmidt ZGR 1978, 425 ff..

⁹⁶ Ibidem 432.

⁹⁷ Schönle ZHR 162, 210 und 215.

⁹⁸ Siehe Fußnote 2.

⁹⁹ Vgl. auch Rümker S. 103 ff.; Priester S. 371 .

keine zukunftsorientierte Aussage über die Amtstätigkeit, da der Testamentsvollstrecker nicht wie ein Vorstand durch die Erben gewählt und ihm in vornherein dadurch Vertrauen ausgesprochen wurde. Eine Vertrauenskundgabe für die Zukunft kann lediglich für eine Zwischenentlastung nach erfolgter jährlicher Rechnungslegung für die zurückliegende Periode gelten.

2.3 Zwischenergebnis

Die Entlastung ist die Billigung einer in der Vergangenheit liegenden Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker. Nur in den Fällen der Dauertestamentsvollstreckung kann im Rahmen einer Zwischenentlastung auch ein künftiger Vertrauensbeweis in der Entlastung liegen. Sie darf nicht über ihre Rechtsfolge erklärt werden. Rechtsnatur und Rechtswirkung der Entlastung sind voneinander strikt zu trennen. Eine rechtsgeschäftliche Deutung der Entlastung ist abzulehnen. Vielmehr handelt es sich bei der Entlastung um eine einseitige Erklärung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter, welche den Zweck hat, zwischen den Parteien Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu schaffen.

3 Besonderheiten der Entlastung des Testamentsvollstreckers

3.1 Zuständigkeit für die Entlastung des Testamentsvollstreckers

Nachdem die Rechtsnatur der Entlastung geklärt wurde, soll nunmehr dargelegt werden, welche Personen überhaupt berechtigt sind, den Testamentsvollstrecker zu entlasten.

Wie in der Einleitung dargelegt, ist die Entlastung das Korrelat der Überwachungsbefugnisse der Entlastenden. Insoweit liegt nahe, sich zunächst an den Vorschriften zu orientieren, die das Rechtsverhältnis und die Überwachungsbefugnisse gegenüber dem Testamentsvollstrecker regeln.

3.1.1 Anspruchsinhaber Erbe

Nach § 2218 Abs. 1 BGB finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben einschließlich Vorerben¹⁰⁰ die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664, 666 bis 668, 670 BGB sowie des § 673 S. 2 BGB und § 674 BGB Anwendung. Dem Nacherben stehen diese Ansprüche aus den vorgenannten Vorschriften erst nach Eintritt des Nacherbfalles zu.¹⁰¹ Dieser muss zunächst seine Rechte gegenüber dem Vorerben geltend machen, nicht jedoch vor Eintritt des Erbfalls gegen den Testamentsvollstrecker. Somit besteht zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker ein gesetzliches Schuldverhältnis, welches auf dem Willen des Erblassers beruht, hingegen durch das Gesetz ausgestaltet ist.¹⁰²

Verbindet man die Entlastung einseitig mit den Vorschriften aus § 2218 BGB und dem Auftragsrecht, so dürfte somit nur für die Erben die Möglichkeit gegeben sein, dem Testamentsvollstrecker Entlastung zu erteilen.

Eine derartige eingeschränkte Sichtweise ist jedoch falsch. Vielmehr ist ausschlaggebend, welche Stellung und welchen Aufgabenkreis der Testamentsvollstrecker hat. Zudem ist von Wichtigkeit, welchen Personen der Testamentsvollstrecker gegenüber informationspflichtig ist bzw. haften kann. Ein einseitiges Abstellen auf die Haftung nach § 2219 BGB ist hingegen nicht angezeigt, da eine Entlastung nicht immer mit einer vollständigen „Enthftung“ gleichzusetzen ist. Gerade der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers bestimmt seine Rechtsstellung und seinen Pflichtenkreis.

¹⁰⁰ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 31; Zimmermann Rn 311; Ebenroth Rn 678; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 210 ff.; Haegle/Winkler Rn 467 m.w.N.

¹⁰¹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 32; MüKo/Grunsky § 2127 Rn 3.

Obwohl auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben die für den Auftrag geltenden Vorschriften des Auftrags analog anwendbar sind, ist der Testamentsvollstrecker nicht Beauftragter des Erblassers oder des Erben.¹⁰³ Der Testamentsvollstrecker ist lediglich Treuhänder des hinterlassenen Vermögens und gleichzeitig Inhaber eines privaten Amtes. Die früheren Theorien, wie die sog. "Vertretertheorie", nach der der Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses oder der Erben handelt, oder die reine Treuhandtheorie, haben sich in der Rechtspraxis nicht durchgesetzt.¹⁰⁴ Der Testamentsvollstrecker übt somit kraft eigenen Rechts ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlass aus, und zwar unabhängig vom Willen der Erben.¹⁰⁵ Er muss aber darüber hinaus fremdnützig, d.h. nach dem Willen des Erblassers und dem Gesetz handeln. Dementsprechend ist er auch nicht der Vertreter des Erben oder des Erblassers, selbst wenn durch die Annahme des Amtes ein gesetzliches "Pflichtverhältnis eigener Art" begründet wird.¹⁰⁶ Die Stellung ist der eines gesetzlichen Vertreters angenähert.¹⁰⁷ Als Träger eines eigenen Amtes hat er gegenüber den Erben eine weitgehende freie Stellung.¹⁰⁸ Dabei orientiert sich die Ausübung des Amtes allein nach objektiven Gesichtspunkten¹⁰⁹ und dem wohlverstandenen Erblasserwillen. Somit bestimmt auch die Aufgabenstellung durch den Erblasser die Befugnisse und Pflichten des Testamentsvollstreckers.

Trotz fehlenden gesetzlichen Verweises in § 2218 BGB müssen auch weitere Personen gegenüber dem Testamentsvollstrecker ein Informationsrecht haben. Im einzelnen kommt es insbesondere darauf an, wer Haftungsgläubiger des Testamentsvollstreckers sein könnte. Nur bei Personen, die ggf. Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker haben, macht eine Entlastung Sinn.

¹⁰² Mayer in: Bamberger/Roth § 2218 Rn 1; RG JW 1936, 3390.

¹⁰³ Haegle/Winkler Rn 467; Bonefeld in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 694; Riebel S. 5; Schmucker S. 12 ff.; Ebenroth Rn 667; ausführlich Offergeld S. 51 ff..

¹⁰⁴ Zum Theorienstreit ausführlich Lange/Kuchinke § 31 III 2; Leipold Rn 560; Brox Rn 393; Ebenroth Rn 619 ff.; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan S. 7; insbesondere Offergeld S. 51 ff.; Schmucker S. 12 ff..

¹⁰⁵ Lange/Kuchinke § 31 III 2; Ebenroth Rn 620; Leipold Rn 561.

¹⁰⁶ BGHZ 25, 280; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 7; Kipp/Coing § 66 III.

¹⁰⁷ Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch II Rn 12; Staudinger/Reimann Vorbem. 15 zu §§ 2197 ff.; Offergeld S. 70; Schmucker S. 17 ff m.w.N..

¹⁰⁸ RGZ 133, 128; Adams S. 5 ff. m.w.N..

¹⁰⁹ Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch II Rn 11; Adams S. 9 ff..

3.1.2 Vermächtnisnehmer als Entlastungsberechtigter

Nicht immer muss der Testamentsvollstrecker den ganzen Nachlass in Besitz nehmen. Ihm steht bei beschränkt angeordneten Testamentsvollstreckungen wie z.B. der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers lediglich zu Überwachungszwecken der Erfüllung eines Vermächtnisses, weder ein Verwaltungs- noch ein Auseinandersetzungsrecht zu. Dann handelt es sich um eine schlichte Verwaltungsvollstreckung¹¹⁰ nach § 2209 S. 1, 1 HS. BGB hinsichtlich des Vermächtnisgegenstandes und er hat nur diesen Gegenstand in Besitz zu nehmen und das Vermächtnis zu erfüllen. Zudem muss der Testamentsvollstrecker lediglich die Gegenstände gemäß § 2215 Abs. 1 BGB in das Nachlassverzeichnis aufnehmen, die von seiner Verwaltung umfasst werden.

In solchen Fällen haftet der Testamentsvollstrecker bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2219 Abs. 1 BGB gegenüber dem Vermächtnisnehmer, soweit er das Vermächtnis zu vollziehen hat. Dies gilt auch für Unter- und Nachvermächtnisse.¹¹¹

Es ist anerkannt, dass der Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf Erstellung eines Nachlassverzeichnisses und auf Auskunftserteilung in den Fällen hat, in denen ihm gleichzeitig der Nießbrauch am Nachlass oder an einem Erbteil zugewendet worden ist.¹¹² Zudem ist dem Vermächtnisnehmer ein eigenständiges Auskunftsrecht und Rechenschaftsrecht zuzubilligen, wenn ein solches ausdrücklich oder aber wenigstens konkludent mitvermacht ist. Letztere Fälle sind insbesondere gegeben, wenn der Vermächtnisnehmer ohne Auskunft den Umfang oder den Gegenstand des Vermächtnisses selbst nicht bestimmen kann, weil es sich z.B. um ein Vermächtnis eines Sachinbegriffs mit wechselndem Bestand oder Bezugsgröße handelt.¹¹³

3.1.3 Erbteilserwerber, Pfändungsgläubiger

Des weiteren sind diejenigen Personen auskunfts- und rechenschaftsberechtigt, die den Erbteil erworben oder gepfändet haben. Wird der Erbteil oder die Erbschaft nach Maßgabe des § 2371 BGB an einen Dritten verkauft, so gehen ab Erfüllung und nicht schon durch den

¹¹⁰ Diese ist nicht zu verwechseln mit einer Vermächtnisvollstreckung nach § 2223 BGB.

¹¹¹ Mayer in: Bamberger/Roth § 2219 Rn 3; Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 15; Pickel S. 184 ff..

¹¹² Mayer in: Bamberger/Roth § 2215 Rn 3; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 35; Staudinger/Reimann § 2215 Rn 8; RGRK/Kregel § 2215 Rn 2.

¹¹³ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 37; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 213; Haegel/Winkler Rn 475.

schuldrechtlichen Vertrag die Informationsansprüche als Nebenrechte entsprechend §§ 413, 401 BGB durch Einzelübertragung der Sachen und Rechte über.¹¹⁴

Wird z.B. der Anteil eines Miterben durch einen Gläubiger gemäß § 859 Abs. 2 ZPO gepfändet, werden auch ohne ausdrückliche Erklärung automatisch die Hilfsansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung mitgepfändet.¹¹⁵ Eine isolierte Pfändung dieser Hilfsrechte ist jedoch nicht gemäß § 851 ZPO möglich.

3.1.4 Testamentsvollstreckernachfolger

Des weiteren sind nach einhelliger Auffassung¹¹⁶ die in § 2218 Abs. 1 BGB genannten Vorschriften auch auf das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und seinem Nachfolger anwendbar. Damit ist das Recht der Erben, selbst zusätzlich noch Rechnungslegung etc. zu verlangen nicht ausgeschlossen. Erteilt der Testamentsvollstreckernachfolger seinem Vorgänger Entlastung kann dies wegen der fehlenden Vertretungsbefugnis keine Auswirkungen auf Rechte der Erben gegenüber dem ehemaligen Testamentsvollstrecker haben. Ist ein Mittestamentsvollstrecker nicht gleichzeitig Miterbe, ist dieser nicht für eine Entlastung des weiteren Testamentsvollstreckers zuständig.¹¹⁷

3.1.5 Kein Anspruch für Pflichtteilsberechtigten oder sonstige Dritte

Dem Pflichtteilsberechtigten bzw. sonstigen Dritten steht kein Informationsrecht und damit auch keine Rechenschaftsrecht zur Seite.¹¹⁸ Zwar wird in der neueren Literatur zum Pflichtteilsrecht¹¹⁹ dem Pflichtteilsberechtigten mit Hilfe einer teleologische Reduktion des § 2213 Abs. 1 BGB ein direktes Auskunfts- und Wertermittlungsrecht gegenüber dem Testamentsvollstrecker zugestanden. Dennoch führt dies nicht zu einer Zuständigkeit für eine Entlastung, da weiterhin der Erbe gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten Zahlungs- und Haftungsschuldner ist. Der Testamentsvollstrecker haftet diesem Personenkreis gegenüber nicht nach

¹¹⁴ Palandt/Edenhofer Überblick vor § 2371 Rn 2; Staudinger/Reimann § 2218 Rn 15.

¹¹⁵ Staudinger/Reimann § 2218 Rn 15; RGRK/Kregel § 2218 Rn 6; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 40; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 214.

¹¹⁶ BGH NJW 1972, 1660; Palandt/Edenhofer § 2218 Rn 10; Staudinger/Reimann § 2218 Rn 8; Soergel/Damrau § 2218 Rn 19; Zimmermann Rn 312; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 215 m.w.N..

¹¹⁷ Zur Frage, wer bei mehreren Testamentsvollstreckern bei der Entlastung mitstimmen darf, vgl. Kap. 6.6.

¹¹⁸ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 213; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 34.

¹¹⁹ So z.B. Tanck in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz S. 548; Klingelhöffer ZEV 2000, 261 m.w.N..

§ 2219 BGB, sondern allenfalls nach §§ 823 BGB, sofern diese keinen Ersatzanspruch im Wege der Einzel- oder Sonderrechtsnachfolge erwerben.¹²⁰

3.1.6 Ausnahme Auflagenbegünstigter

Gleiches wird auch dem Auflagenbegünstigten verwehrt.¹²¹ Dies ist in seiner Absolutheit nicht richtig und ist bis dato in der Literatur – soweit ersichtlich – ignoriert worden. Wie beim Vermächtnisnehmer kann es des gleichen beim Auflagenbegünstigten Konstellationen geben, bei denen man diesem ein eigenständiges Informations- und Rechenschaftsrecht zubilligen muss. So kann z.B. durch eine Auflage einem Miterben oder einem Dritten ohne weiteres ein Vermögensvorteil zugewandt werden.¹²² Dies können sowohl Geld, als auch Sachleistungen sein.¹²³ Ist eine nicht rechtsfähige Vereinigung Zuwendungsempfänger kommt ohnehin ein Vermächtnis mit einklagbaren schuldrechtlichem Anspruch nicht in Betracht, sondern lediglich die Auflage. Wird aber z.B. eine Wertaufgabe zugewandt, deren Höhe von einer dem Auflagenbegünstigten unbekannten Bezugsgröße abhängig ist, so muss der Auflagenbegünstigte auch einen Anspruch auf Information analog nach §§ 2218, 666 BGB haben. Hier einen Unterschied zwischen Vermächtnisnehmer und Auflagenbegünstigten zu machen ist nicht sachgerecht.

Ein weiteres Argument für ein Recht zur Entlastung für den Auflagenbegünstigten liefert § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach der Auflagenbegünstigte als „anderer Beteiligter“ sogar ein Antragsrecht beim Nachlassgericht zum Außer Kraft setzen einer Verwaltungsanordnung des Testamentsvollstreckers hat.¹²⁴

3.1.7 Kein Anspruch für Nachlassinsolvenzverwalter und Nachlassverwalter

Weitere Probleme können sich dann ergeben, wenn eine Nachlassverwaltung oder das Nachlassinsolvenzverfahren angeordnet wurde.

Mit der Anordnung einer Nachlassverwaltung ruhen die Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Testamentsvollstreckers, sofern dieser nicht zum Nachlassverwalter bestellt wurde.¹²⁵ Zudem tritt eine rückwirkende Haftungsbeschränkung der Erben auf den Nachlass hinsichtlich der Nachlassverbindlichkeiten nach § 1975 BGB ein. Die Testamentsvollstreckung bleibt

¹²⁰ Mayer in: Mayer/Bonfeld/Daragan Rn 455 m.w.N..

¹²¹ Vgl. Fußnote 118.

¹²² Z.B. die sog. Daragansche Freibetragsaufgabe in DStR 1999, 393. Vgl. a. KG ZEV 1998, 306.

¹²³ Ausführlich zur Aufgabe als Gestaltungsmittel: Daragan/Tanck ZErB 1999, 2 ff.; Vorwerk ZEV 1998, 297.

¹²⁴ H.M.: BayObLGZ 1982, 461; Kipp/Coing § 73 2; Mayer in: Bamberger/Roth § 2216 Rn 33; Soergel/Damrau § 2216 Rn 15. Im übrigen kann der Testamentsvollstrecker gegenüber dem Auflagenbegünstigten nur aus §§ 823 ff. BGB haften (Mayer in: Bamberger/Roth § 2219 Rn 3 m.w.N.).

¹²⁵ Schmucker S. 176; Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 278 m.w.N..

während der Verwaltung bestehen. Gleichwohl schränkt der Nachlassverwalter die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ein im Hinblick auf den nach § 811 ZPO nicht geschützten Nachlassbestand.¹²⁶ Er kann somit den Nachlassverwalter selbst überprüfen. Ein umgekehrtes Überprüfungsrecht besteht nicht. Demzufolge wird dem Erben durch die Nachlassverwaltung nicht das Recht entzogen, über eine Entlastung des Testamentsvollstreckers zu befinden.

Ebenso wird durch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens die Testamentsvollstreckung nicht generell beendet.¹²⁷ Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers zur Feststellung des Nachlasses und die Besitznahme desselben gehen nebst des Verfügungs- und Befriedigungsrechts aus § 2205 BGB nach §§ 20, 80 Abs. 1 InsO auf den Nachlassinsolvenzverwalter über. Ist der Testamentsvollstrecker nicht gleichzeitig Insolvenzverwalter kann er somit nur noch die Testamentsvollstreckung über die nicht dem Insolvenzverfahren unterliegenden Vermögensteile ausüben. Rechtsprechung, wer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Entlastung des Testamentsvollstreckers zuständig ist, liegt nicht vor. Lediglich das *Kammergericht*¹²⁸ hat noch zur Zeit der Geltung der Konkursordnung entschieden, dass wegen § 6 Abs. 2 KO ausschließlich der Konkursverwalter für die Entlastung der Geschäftsführung einer KG zuständig sei. Diese Entscheidung kann jedoch nicht auf die Verhältnisse des Testamentsvollstreckers übertragen werden. Vielmehr bleibt auch nach der Insolvenzverfahrenseröffnung der Erbe für die Entlastung zuständig. Das *Kammergericht* hat unter dem Eindruck der damaligen herrschenden Auffassung von der Verzichtswirkung der Entlastung zu Unrecht einseitig einen rein vermögensbezogenen Erklärungsinhalt der Entlastung gesehen. Bei einer Entlastung geht es aber auch um eine Wertung der Tätigkeit im Vertrauensverhältnis zum Verwalter.¹²⁹ Das Recht, z.B. die Rechnungslegung des Testamentsvollstreckers zu rügen, geht als nicht vermögensbezogenes Recht nicht in die Insolvenzmasse. Streng davon zu trennen, ist die Rechtswirkung der Entlastung, denn diese kann ihre Grenzen beim Gläubigerschutz haben.¹³⁰

¹²⁶ Vgl. Schmucker S. 178 m.w.N..

¹²⁷ Schmucker S. 179; Mayer in: Bengel/Reimann Handbuch V Rn 407 ff..

¹²⁸ KG Berlin GmbHR 1959, 257.

¹²⁹ Vgl. a. Knoche S. 104 f..

¹³⁰ Vgl. dazu Kapitel 5.1.3.

3.2 Entlastungszeitpunkt

Die Entlastung als Billigung einer in der Vergangenheit liegenden Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker erfolgt regelmäßig am Schluss der Testamentsvollstreckung.¹³¹ Der Zweck der Entlastung ist auf die Schaffung von Klarheit in den Rechtsbeziehungen des Testamentsvollstreckers zu denjenigen, die die Entlastung gewähren, gerichtet.¹³² Insofern ist sie in der Regel vergangenheitsbezogen. Sie ist aber nicht zeitfixiert oder hat innerhalb einer bestimmten vorgegebenen Zeit zu erfolgen. So kann bereits vor Beendigung der Testamentsvollstreckung Entlastung oder Zwischenentlastung erteilt werden, wie z.B. in den Fällen des § 2218 Abs. 2 BGB bei jährlicher Rechnungslegung im Rahmen einer Dauertestamentsvollstreckung.

Die Entlastung steht regelmäßig im Zusammenhang mit einer erfolgten Rechenschaftslegung, also am Ende der Testamentsvollstreckung nachdem der Testamentsvollstrecker den Nachlass gemäß §§ 2218, 667 BGB an die Erben herausgegeben hat.

Keine derartige Rechenschaftslegung ist die Erstellung des Nachlassverzeichnisses nach § 2215 BGB. Akzeptieren die Erben das vom Testamentsvollstrecker erstellte Nachlassverzeichnis, ist darin keine Entlastung für die bisherige Tätigkeit zu sehen.

Der Ansicht von *Reimann*¹³³, in der Konstituierung des Nachlasses durch Vorlage eines Nachlassverzeichnisses sei ein Abrechnungskreis der Rechnungslegung zu sehen, ist nicht zu folgen. Zwar gibt das Nachlassverzeichnis die Basisinformationen und setzt die Maßstäbe für die spätere Rechnungslegung und die Herausgabe des Nachlassvermögens. Es hat aber lediglich die der Verwaltung unterliegenden Nachlassbestandteile zu erfassen¹³⁴ und gibt daher kein Bild der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers wieder. Der Testamentsvollstrecker legt durch das Nachlassverzeichnis gerade keine Rechenschaft ab.

Im Rahmen einer Testamentsvollstreckung besteht im Unterschied zu anderen Entlastungstatbeständen die Besonderheit, dass in praxi regelmäßig nicht die Rechenschaftslegung, sondern vielmehr ein Auseinandersetzungsplan des Testamentsvollstreckers die abschließende Rechnungslegung als Rechenschaftslegung ersetzt und der Vollzug des Auseinandersetzungsplanes die Testamentsvollstreckung beendet. Es erfolgt nur in den seltensten Fällen zusätzlich zum Auseinandersetzungsplan eine Rechnungslegung auf Verlangen der Erben, da

¹³¹ Zur Beendigung der Testamentsvollstreckung vgl. Kapitel 3.2.1.

¹³² Vgl. dazu Schönle ZHR 126, S. 206.

¹³³ Reimann (Testamentsvollstreckung) S. 137.

¹³⁴ Schmucker S. 87 ff.; Zimmermann Rn 350; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 100 m.w.N..

Teil eines Auseinandersetzungsplanes auch die Feststellung des Nachlasses mit sämtlichen Verpflichtungen und Rechten bzw. eine Schlussabrechnung ist.¹³⁵ Zudem ist der Erbe bereits durch das Nachlassverzeichnis nach § 2215 BGB über die Zusammensetzung des Nachlasses informiert, so dass er letztendlich lediglich ein Interesse daran hat, so schnell wie möglich, seinen Erbteil vom Testamentsvollstrecker zu erhalten.

Sofern die Erben dem Plan sogar ausdrücklich zustimmen, kommt ein Auseinandersetzungsvertrag zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben zustande, der nach dem Vollzug die Testamentsvollstreckung abschließt.¹³⁶

Bei Entlastungen in anderen Bereichen wie z.B. im Gesellschaftsrecht erfolgt die Entlastungsentscheidung meist nach folgenden Ablauf¹³⁷:

Geschäftsführung —> Rechenschaftslegung —> Kontrolle bzw. Bewertung der Tätigkeit —> Entlastung

Bei einer Testamentsvollstreckung erfolgt ein geänderter Ablauf:

Durchführung der Testamentsvollstreckung —> Rechenschaftslegung bzw. Vorlage eines Auseinandersetzungsplanes —> Kontrolle bzw. Bewertung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers —> Entlastung

Bei Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages kommt es wiederum zu einer Änderung der Abfolge. Der Vorlage eines Auseinandersetzungsvertrages wird regelmäßig die Vorlage eines Auseinandersetzungsplanes vorangehen. Entschließen sich die Erben zur ausdrücklichen Zustimmung kommt es anschließend zum Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages:

Durchführung der Testamentsvollstreckung —> Rechenschaftslegung bzw. Vorlage eines Auseinandersetzungsplanes —> Kontrolle bzw. Bewertung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers —> Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan mit Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages —> Entlastung

Dementsprechend besteht ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Entscheidung über das Ergebnis der Testamentsvollstreckung und der Entscheidung der Entlastung.

Bei Dauertestamentsvollstreckung ist gemäß § 2218 Abs. 2 BGB jährlich Rechnung zu legen. Die zur Entlastung Berechtigten haben somit die Möglichkeit, nicht nur am Ende der Testamentsvollstreckung, sondern bereits für den jeweiligen Rechnungslegungszeitraum dem Tes-

¹³⁵ Haegle/Winkler Rn 507 ff; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn354 ff..

¹³⁶ Zimmermann Rn 675.

¹³⁷ Vgl. Knoche S. 18.

tamentsvollstrecker die Entlastung zu erteilen. Es kommt daher bei Dauertestamentsvollstreckungen zu Zwischenentlastungen.

Ohnehin steht den zur Entlastung Berechtigten frei, ob sie bereits vor der Beendigung der Testamentsvollstreckung Entlastung erteilen oder nicht. In den Fällen der Dauertestamentsvollstreckung sieht die Abfolge somit wie folgt aus:

Durchführung der Testamentsvollstreckung ➡ Zwischenrechenschaftslegung ➡ Kontrolle bzw. Bewertung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ➡ Zwischenentlastung ➡ Zwischenrechenschaftslegung oder Endrechenschaftslegung bzw. Vorlage eines Auseinandersetzungsplanes ➡ Kontrolle bzw. Bewertung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ➡ Zwischenentlastung (dann weiter wie oben) oder (abschließende) Entlastung

3.2.1 Die Beendigung der Testamentsvollstreckung

Eine Gesamtbewertung der Testamentsvollstreckung kann regelmäßig erst am Schluss der Testamentsvollstreckung erfolgen. Die Entlastung steht zwar am Schluss der Testamentsvollstreckung oder der Abrechnungsperiode wie bei jährlicher Rechnungslegung nach § 2218 Abs. 2 BGB, ist aber selbst keine Voraussetzung für die Beendigung derselben. Dies bedeutet, auch ohne eine Entlastung kann die Testamentsvollstreckung beendet oder bei Dauertestamentsvollstreckung weitergeführt werden. Umgekehrt kann - abgesehen von der Zwischenentlastung - dem Testamentsvollstrecker erst am Schluss der Testamentsvollstreckung Entlastung erteilt werden.

Aus diesem Grunde wird nachfolgend die Beendigung näher beleuchtet. Zu differenzieren ist zwischen der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers und der Beendigung der Testamentsvollstreckung selbst.¹³⁸

3.2.1.1 Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers

Das Amt des Testamentsvollstreckers endet in den Fällen der §§ 2225, 2226 und 2227 BGB. Diese Vorschriften über die Amtsbeendigung enthalten keine abschließende Regelung.¹³⁹ Im einzelnen gibt es folgende Beendigungstatbestände:

¹³⁸ MüKo/Brandner § 2225 Rn 16; Mayer in: Bamberger/Roth § 2225 Rn 1.

¹³⁹ Zimmermann Rn 791; Schmucker S. 274 m.w.N..

3.2.1.1.1 *Tod des Testamentsvollstreckers nach § 2225 1 Alt. BGB*

Verstirbt der Testamentsvollstrecker erlischt das Amt des Testamentsvollstreckers nicht zuletzt wegen der Unvererblichkeit automatisch mit dem Tode. Der Erbe des Testamentsvollstreckers ist jedoch wegen §§ 2218, 673 S. 2 BGB gegenüber den Erben, die unter Testamentsvollstreckung standen, hinsichtlich des Todes des Testamentsvollstreckers anzeigepflichtig und auch besorgungspflichtig.¹⁴⁰ Diese Notbesorgungspflicht führt dazu, die Erben des Testamentsvollstreckers unaufschiebbare Maßnahmen so lange vorzunehmen haben, bis der Erbe oder der neue Testamentsvollstrecker handeln kann.¹⁴¹ Zudem ist der Erbe des Testamentsvollstreckers den Erben informationspflichtig ist, sofern nicht ein Mittestamentsvollstrecker eingesetzt ist, der die Geschäfte gem. § 2224 Abs. 2 BGB fortführen kann.¹⁴² Die Notbesorgungspflicht endet mit der Bestellung eines neuen Testamentsvollstreckers. Wegen der notwendigen Einarbeitungszeit für den Testamentsvollstrecker-Erbe ist für die Erfüllung seiner Rechenschaft ein weniger strenger Sorgfaltsmaßstab anzulegen, als für den „normalen“ Testamentsvollstrecker.¹⁴³

Kommt der Erbe des Testamentsvollstreckers seiner Pflicht nach, kann ihm somit ebenfalls nach Beendigung seiner Tätigkeit Entlastung erteilt oder versagt werden. Ergänzend ist gleichsam eine posthume Entlastung des ehemaligen Testamentsvollstreckers möglich, die gegenüber den Erben erklärt werden kann.

3.2.1.1.2 *Eintritt der Amtsunfähigkeit des Testamentsvollstreckers nach § 2225 2. Alt i.V.m. § 2201 BGB*

Wird der Testamentsvollstrecker geschäftsunfähig im Sinne des § 104 BGB oder wird er in seiner Geschäftsfähigkeit eingeschränkt, tritt Amtsunfähigkeit mit der Folge ein, dass das Amt des konkret berufenen Testamentsvollstreckers erlischt.¹⁴⁴ Gleiches gilt, wenn er nach § 1896 BGB zur Besorgung seiner sämtlichen Vermögensangelegenheiten einen Betreuer erhalten hat. Das Amt endet bereits mit der Bestellung eines vorläufigen Betreuers nach § 69 f FGG.¹⁴⁵ Ist das Amt nach § 2225 BGB weggefallen, kann es auch nicht wieder aufleben, wenn ein Unfähigkeitsgrund später wegfällt.

¹⁴⁰ MüKo/Brandner § 2225 Rn 4; Mayer in: Bamberger/Roth § 2225 Rn 5.

¹⁴¹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 258; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 279; Schmucker S. 275; Haegeler/Winkler Rn 782.

¹⁴² Riederer v. Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 26; Palandt/Sprau § 673 BGB Rn 2.

¹⁴³ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 260.

¹⁴⁴ Zimmermann Rn 832; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 280; Haegeler/Winkler Rn 784; Schmucker S. 275.

¹⁴⁵ BayObLG ZEV 1995, 63 mit zust. Anmerkung Damrau, ebenso zustimmend Schmucker S. 276.

Die Erben etc. haben bei Eintritt der Amtsunfähigkeit die Möglichkeit, dem Testamentsvollstrecker für seine bisher geleisteten Dienste Entlastung zu erteilen.

3.2.1.1.3 Verlust der Rechtsfähigkeit bei juristischen Personen analog § 2225 BGB

Sofern eine juristische Person zum Testamentsvollstrecker bestellt wurde, stellt sich die Frage, ob nicht für diese juristische Person diejenige Regelung anzuwenden ist, die für natürliche Personen gilt. Mit der herrschenden Ansicht¹⁴⁶ ist zu Recht § 2225 BGB analog der Verlust der Rechtsfähigkeit bei juristischen Personen, mit dem Tod des Testamentsvollstreckers gleichzusetzen. Ebenso erlischt in den Fällen der Umwandlung gleichzeitig die Testamentsvollstreckung mit dem untergehenden Rechtsträger.¹⁴⁷ Grundsätzlich bleibt aber die Testamentsvollstreckung erhalten, wenn der Rechtsträger erhalten bleibt. Ein Formwechsel hat wegen §§ 190 UmwG keine Auswirkungen auf die Testamentsvollstreckung.¹⁴⁸ Kommt es zu einer Verschmelzung durch Neugründung nach §§ 36 Abs. 1 S. 1, 20 Abs. 1 Nr.2 S. 1 UmwG erlischt hingegen die Testamentsvollstreckung.¹⁴⁹ Dies gilt nicht bei Verschmelzung durch Aufnahme gem. § 20 Abs. 1 Nr.1 UmwG, wenn der aufnehmende Rechtsträger Testamentsvollstrecker war.¹⁵⁰

Die Beendigung des konkreten Testamentsvollstreckeramtes führt nicht zwingend zu einem Ende der gesamten Testamentsvollstreckung. Hier kommt es im Einzelfall auf die Auslegung der letztwilligen Verfügung an, ob die Testamentsvollstreckung noch fort dauert oder nicht. Dann müsste ggf. das Nachlassgericht einen Nachtestamentsvollstrecker gemäß § 2200 BGB bestimmen. Eine Entlastung nach Verlust der Rechtsfähigkeit ist bei juristischen Personen nicht mehr möglich. Eine Ausnahme besteht in den Fällen, in denen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge die juristische Person auf einen anderen Rechtsträger übergeht oder die Handelsgesellschaft nach dem Umwandlungsgesetz umgewandelt wird.¹⁵¹

3.2.1.1.4 Kündigung durch den Testamentsvollstrecker nach § 2226 BGB

Hat sich der Testamentsvollstrecker entschlossen, bereits vor der Erledigung sämtlicher Aufgaben das Amt aufzugeben, kann er nach § 2226 S. 2 BGB durch einfache unwiderrufliche

¹⁴⁶ Haegeler/Winkler Rn 785; Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch VII Rn 6; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 282; Schmucker S. 277; Zimmermann Rn 831 m.w.N..

¹⁴⁷ Reimann ZEV 2000, 381 ff. m.w.N..

¹⁴⁸ Reinmann in: Bengel/Reimann Handbuch VII Rn 6; Schmucker S. 277; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 282.

¹⁴⁹ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 282 m.w.N..

¹⁵⁰ Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch VII Rn 6.

¹⁵¹ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 282; Schmucker S. 277; Zimmermann Rn 831.

Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht sein Amt kündigen.¹⁵² Wie auch in den Fällen der §§ 2225 BGB kann durch die Erben etc. ohne weiteres die Entlastung ausgesprochen werden, sofern die Voraussetzungen hierfür nach Ansicht des oder der Erben gegeben sind.

Eine gesetzliche Regelung für eine mögliche Teilkündigung durch den Testamentsvollstrecker fehlt. Letztendlich ist eine Teilkündigung nur dann zulässig, wenn einzelne abtrennbare Aufgabenbereiche vorliegen und ferner davon ausgegangen werden kann, dass eine Teilniederlegung des Amtes mit dem Erblasserwillen vereinbar ist. Eine unzulässige Teilkündigung führt wegen des fehlenden Willens, das Amt insgesamt aufzugeben nicht automatisch zur vollständigen Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes.¹⁵³ Will ein Testamentsvollstrecker sein Amt teilweise aufgeben, wird er schlechterdings nicht damit rechnen können, für den aufgegeben Teil von den Erben entlastet zu werden. Ein Testamentsvollstrecker wird vielmehr bei einer unzulässigen Teilkündigung insgesamt als ungeeignet zur Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes anzusehen sein, so dass die Erben einen Entlassungsantrag nach § 2227 BGB stellen können.¹⁵⁴

3.2.1.1.5 Entlassung durch das Nachlassgericht nach § 2227 BGB

Da der Entlassungsantrag das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 2227 BGB und damit insbesondere eine grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung durch den Testamentsvollstrecker voraussetzt, ist in der Praxis eine Entlassung durch den oder die Erben nicht zu erwarten.¹⁵⁵

3.2.1.2 Beendigung der Testamentsvollstreckung durch Erledigung aller Aufgaben

Die Beendigung der Testamentsvollstreckung selbst ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Das Amt des Testamentsvollstreckers endet von selbst mit der Ausführung der Aufgaben, die ihm der Erblasser zugewiesen hat, ohne dass es einer Aufhebung der Testamentsvollstreckung oder einer Entlassung des Testamentsvollstreckers bedarf.¹⁵⁶ Eine Mitteilung an die Erben oder das Nachlassgericht ist nicht notwendig.

¹⁵² Lange/Kuchinke § 31 VIII 2; Kipp/Coing § 75 III; Staudinger/Reimann § 2226 Rn 6; Brox Rn 391; Leipold Rn 567; Ebenroth Rn 639. Zur Problematik der Kündigung zur Unzeit siehe Kapitel 5.2.

¹⁵³ OLG Hamm OLGZ 1991, 388; Schmucker S. 279; Palandt/Edenhofer § 2226 Rn 1. A.A. Staudinger/Reimann § 2226 Rn 3; MüKo/Brandner § 2226 Rn 2.

¹⁵⁴ So auch Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch VII Rn 11; Schmucker S. 279.

¹⁵⁵ Zur Problematik der Entlastung und deren Auswirkung auf § 2227 BGB siehe Kapitel 5.1.4.1.

¹⁵⁶ Ganz h.M.: Ebenroth Rn 640; v. Lübtow S. 998; Kipp/Coing § 75 V; Schmucker S. 320; Lange/Kuchinke § 31 VIII 3 m.w.N..

Ausschlaggebend ist, welche Anordnungen bzw. Aufgaben der Erblasser dem Testamentsvollstrecker gegenüber gegeben hat.¹⁵⁷ Die in der Literatur umstrittene Frage, ob nach Erledigung aller Aufgaben die Testamentsvollstreckung insgesamt erlischt¹⁵⁸ oder ob sie ohne Aufgaben bis zum Tod des Testamentsvollstreckers fortbesteht¹⁵⁹, muss an dieser Stelle nicht geklärt werden. Für die Erben kommt es lediglich darauf an, dass der Testamentsvollstrecker seine Tätigkeit nicht mehr offiziell ausübt. Insofern spielt es keine Rolle, ob sie wieder auflieben kann. Lebt sie wieder auf, stellt sich dann wieder ein neuer Entlastungstatbestand dar, über den dann eine Entscheidung zu treffen ist.

Bei dem Normalfall der Abwicklungsvollstreckung obliegt dem Testamentsvollstrecker die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers nach § 2203 BGB, insbesondere die Erfüllung und Sicherstellung der angeordneten Auflagen und Vermächnisse sowie die Bewirkung der Auseinandersetzung unter den Erben nach § 2204 Abs. 1 BGB. Sind diese Aufgaben erledigt, ist die Testamentsvollstreckung abgeschlossen und beendet. Anschließend kommt es zur Entlastungsentscheidung. Die Vermächnisvollstreckung nach § 2223 BGB endet mit der Aufgabe, also der Ausführung der Beschwerung.¹⁶⁰ Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens haben sich sämtliche Aufgaben des Testamentsvollstreckers erledigt, so dass nach Insolvenzeröffnung Entlastung erteilt werden kann, wenn alle der Testamentsvollstreckung unterliegenden Vermögensanteile auch dem Insolvenzverfahren unterliegen.¹⁶¹

3.2.1.2.1 Auswirkung einer negativen Auseinandersetzungsvereinbarung auf die Beendigung der Testamentsvollstreckung

Problematisch sind die Fälle, bei denen die Erben nach §§ 2204 Abs. 1, 2204 Abs. 2, 2204 Abs. 2 BGB einvernehmlich untereinander vereinbaren, dass eine Auseinandersetzung unterbleiben soll. Dann hat der Testamentsvollstrecker den ungeteilten Nachlass der Erbengemeinschaft zu überlassen und – sofern die weiteren Aufgaben erledigt sind – die Testaments-

¹⁵⁷ BGHZ 41, 25; BayObLGZ 1953, 362; 1976, 71; 1988, 45 = BGH NJW 1964, 1316; BayObLG ZEV 1995, 370 mit zust. Anm. Winkler.

¹⁵⁸ So die h.M.: Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch Rn 39; v. Lübtow S. 998; MüKo/Brandner § 2225 Rn 1; Hartung JR 1950, 695; Schmucker S. 320; Mayer in: Bamberger/Roth § 2225 Rn 2 m.w.N.

¹⁵⁹ Soergel/Damrau § 2205 Rn 5; Zimmermann Rn 839.

¹⁶⁰ Zimmermann Rn 837; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 306; MüKo/Brandner § 2223 Rn 5 m.w.N..

¹⁶¹ OLG Hamm ZEV 2003, 27. Das Gericht spricht allerdings fälschlicherweise von der Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes und nicht der Testamentsvollstreckung selbst, obwohl keiner der Tatbestände der §§ 2225 – 2227 BGB gegeben ist.

vollstreckung ist nach der herrschenden Ansicht in der Rechtsprechung¹⁶² und Literatur¹⁶³ beendet.

In der Literatur ist die Bindungswirkung derartiger Vereinbarungen unter bestimmten Umständen anerkannt. Der Kompetenzausschluss der Erben reicht wegen § 2211 BGB nur so weit, wie die Befugnisse des Testamentsvollstreckers.¹⁶⁴ So soll zwar der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht an Vereinbarungen der Erben über die Auseinandersetzung gebunden sein und könne das Recht die letztwillige Verfügung des Erblassers sogar gegen den Willen der Erben durchsetzen.¹⁶⁵ Von diesem Grundsatz wird jedoch dann eine Ausnahme gemacht, wenn die Erben sich untereinander über eine abweichende Ausgleichspflicht oder über den Ausschluss oder Aufschub der Auseinandersetzung geeinigt haben.¹⁶⁶

Mag die Vereinbarung über die Ausgleichung bestimmter Zuwendungen der Vertragsfreiheit der Erben unterliegen, so ist dies bei Vereinbarungen über die Art und Weise der Teilung oder Nichtteilung sehr zweifelhaft.¹⁶⁷ Es würde der authentischen Befugnis des Testamentsvollstreckers geradezu widersprechen, den Willen des Erblassers nicht durchsetzen zu können. Es gilt weiterhin der Grundsatz der Unabhängigkeit von Weisungen des Erben.¹⁶⁸ Zudem wird zwar in § 2218 BGB auf die Bestimmungen des Auftragsrechts verwiesen, jedoch wurde § 665 BGB, der die Weisungsbefugnis gegenüber dem Beauftragten regelt, ausdrücklich nicht für anwendbar erklärt. Es ist somit zu untersuchen, ob durch eine derartige Vereinbarung die Stellung des Testamentsvollstreckers beeinträchtigt wird.

Durch die Testamentsvollstreckung wird wegen § 2211 BGB den Erben die Verfügungsbefugnis über die Nachlassgegenstände entzogen. Sie bleiben aber weiterhin Gesamthandseigentümer über diese Gegenstände. Sofern sie Verfügungen treffen sind diese schwebend unwirksam.¹⁶⁹ Verpflichtungsgeschäfte können somit ohne weiteres von den Erben durchge-

¹⁶² BayObLG 1953, 357; OLG München DNotZ 1936, 810; OLG Hamm Rpfleger 1958, 15; LG Hannover JR 1950, 693.

¹⁶³ Staudinger/Reimann § 2225 Rn 2; MüKo/Brandner § 2225 Rn 1; Mayer in: Bamberger/Roth § 2225 Rn 3.

¹⁶⁴ Lauer S. 195.

¹⁶⁵ Offergeld S. 100 f.; Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 245; Mayer in: Bamberger/Roth § 2204 Rn 7. A.A. Brox Rn 395, der ein generelles Auseinandersetzungsverbot für den Testamentsvollstrecker annimmt. Ebenso undifferenziert Lange/Kuchinke § 31 V 1.

¹⁶⁶ Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch II Rn 67; Palandt/Edenhofer § 2204 Rn 2; Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 250; Mayer in: Bamberger/Roth § 2204 Rn 7; Haegeler/Winkler Rn 542; Lauer S. 196; a.A. MüKo/Dütz § 2042 Rn 10; Kipp/Coing § 116 III 4.

¹⁶⁷ Zustimmend: RG WarnR 1934 Nr 21; BayObLG 1953, 357; OLG München JFG 14, 190; OLG Zweibrücken FGPrax 1997, 109 (110); MüKo/Brandner § 2205 Rn 22; RGRK/Kregel § 2205 Rn 2; ablehnend Krug in: Bonefeld/Kroiß/Tanck S. 207; Lawrenz JW 1903, 412. Bedenken hat ebenso Zimmermann Rn 660, 839.

¹⁶⁸ BGHZ 25, 275 (280); RGZ 133, 128 (134).

¹⁶⁹ Palandt/Edenhofer § 2211 Rn 5; MüKo/Brandner § 2211 Rn 7 m.w.N..

führt werden. Dem gemäß kann der Testamentsvollstrecker keine schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfte – worunter auch ein (Nicht-)Auseinandersetzungsvertrag fällt – abschließen und wäre tatsächlich hieran gebunden. Nach der herrschenden Ansicht¹⁷⁰ wird der Testamentsvollstrecker aber nicht dinglich, sondern nur schuldrechtlich an die Vereinbarung der Erbengemeinschaft auf Nichtauseinandersetzung gebunden, macht sich jedoch bei Verfügungen über den Nachlass wegen § 2219 BGB schadensersatzpflichtig. Die Erben haben zwar ein Recht auf Auseinandersetzung, hingegen keine Pflicht eine Auseinandersetzung zu dulden.¹⁷¹ Wenn der Erblasser eine Nichtauseinandersetzung der Erben vermeiden will, so soll ausreichen, wenn er die Durchführung der Auseinandersetzung ausdrücklich anordnet. Dann ist der Testamentsvollstrecker an die Vorgaben nach §§ 2203, 2204 BGB gebunden.¹⁷² Hiergegen könnte eingewandt werden, dass der Erblasser zwar ein Auseinandersetzungsverbot, nicht aber ein Auseinandersetzungsgebot erlassen könne, da § 2044 BGB hierauf nicht anwendbar ist. Am sichersten erscheint daher der Weg zu sein, die Erbenstellung des einzelnen davon abhängig zu machen, dass er nicht die Auseinandersetzung durch eine Vereinbarung vereitelt.

Bei Nichtvorliegen einer derartigen Anordnung kann es zu taktischen Überlegungen der Erben kommen, um sich eines Testamentsvollstreckers bei einer reinen Abwicklungsvollstreckung zu entledigen. Die Erbengemeinschaft könnte theoretisch nach Beendigung der Testamentsvollstreckung durch ihren Beschluss der Nichtauseinandersetzung im Rahmen eines *actus contrarius* diesen wieder aufheben und sich ohne Testamentsvollstreckung entgegen dem Erblasserwillen auseinandersetzen. Eine derartige Vorgehensweise widerspricht den gesetzlichen Regelungen in §§ 2225 bis 2227 BGB, wonach sich die Erben eines Testamentsvollstreckers nicht so ohne weiteres entledigen können. Entgegen der Rechtsprechung¹⁷³ und einem Teil der Literatur¹⁷⁴ lebt daher im Falle der späteren Auseinandersetzung die vermeintlich beendete Testamentsvollstreckung wieder auf.¹⁷⁵ Nach *Zimmermann*¹⁷⁶ ist durch die Vereinbarung die Testamentsvollstreckung erst gar nicht erloschen, sondern ruht. Für die Entlas-

¹⁷⁰ Vgl. Fußnote 166.

¹⁷¹ BayObLGZ 21, 312; OLG München DNotZ 1936, 810; Haegle/Winkler Rn 542; Mayer in: Bamberger/Roth § 2204 Rn 7; Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 249.

¹⁷² Vgl. dazu Mayer in: Bamberger/Roth § 2204 Rn 7; Haegle/Winkler Rn 542.

¹⁷³ BayObLG 1953, 357; OLG München JFG 14, 190; OLG Hamm Rpfleger 1958, 15.

¹⁷⁴ Staudinger/Reimann § 2204 Rn 5, ders. § 2225 Rn 2.

¹⁷⁵ Erman/Hense § 2204 Rn 2; Palandt/Edenhofer § 2204 Rn 2; Haegle/Winkler Rn 542; RGRK/Kregel § 2204 Rn 2.

¹⁷⁶ Zimmermann Rn 839.

tung spielt es hingegen keine Rolle, ob die Testamentsvollstreckung vorher erloschen ist oder nicht, wenn sie anschließend ohnehin wieder auflebt.

Der Testamentsvollstrecker muss lediglich das Nachlassgericht um Aushändigung des alten Testamentsvollstreckerzeugnisses bitten, um anschließend die Erbauseinandersetzung zu betreiben. Nach abschließender Auseinandersetzung kann dann abermals durch die Erben eine Entlastung erfolgen, ohne dass das Ergebnis dieser Entlastung Auswirkungen auf eine bereits erteilte Entlastung hat.

3.2.1.2.2 Beendigung durch Zeitablauf oder Bedingung

Des weiteren kommt es zur Beendigung der Testamentsvollstreckung, wenn durch Anordnung des Erblassers durch Zeitablauf erlöschen soll, die Testamentsvollstreckung also lediglich befristet ist.¹⁷⁷ Ebenso, wenn die Testamentsvollstreckung von einer Bedingung abhängig gemacht wurde.¹⁷⁸ Eine Auseinandersetzungsvollstreckung ist zeitlich unbegrenzt.¹⁷⁹ Die Verwaltungsvollstreckung ohne Auseinandersetzung ist hingegen wegen § 2210 BGB an eine 30 jährige Frist gebunden, so dass nach Fristablauf, die Testamentsvollstreckung beendet ist.¹⁸⁰

3.2.2 Die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Information

Wie mehrfach betont ist die Entlastung im unmittelbaren Zusammenhang mit der Rechenschaftslegung zu sehen, ohne aber deren Korrelat zu sein. Durch die Testamentsvollstreckung werden zahlreiche Rechte wie etwa das Verfügungsrecht des Erben erheblich eingeschränkt. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber den Erben bestimmte Rechte zuerkannt, die spiegelbildliche Pflichten beim Testamentsvollstrecker sind. § 2218 BGB verweist insoweit auf das Auftragsrecht, mithin § 666 BGB. Dem gemäß bestehen für den Testamentsvollstrecker drei Arten von Informationspflichten, worunter man auch die Auskunftserteilung im weiteren Sinne versteht¹⁸¹:

- die Aufklärungspflicht,

¹⁷⁷ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 304; Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch VII Rn 34 ff.. Die zeitliche Schranke des § 2210 BGB gilt freilich nur bei der Verwaltungsvollstreckung.

¹⁷⁸ Zimmermann Rn 841; Schmucker S. 323.

¹⁷⁹ Leipold Rn 641; Lange/Kuchinke § 31 V 2 m.w.N..

¹⁸⁰ Kipp/Coing § 69 III 2; Lange/Kuchinke § 31 V 2. Dies gilt ausnahmsweise nicht nach § 28 Abs. 2 UrhG, wonach bei unter das UrhG fallenden Werken, die unter Testamentsvollstreckung stehen, keine zeitliche Begrenzung besteht.

¹⁸¹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 54; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 208; Zimmermann Rn 318 ff.; Haegele/Winkler Rn 475 ff.; Schmucker S. 196 ff.; Offergeld S. 80 ff..

- die Auskunftspflicht und
- die Rechenschaftspflicht.

Verstößt der Testamentsvollstrecker gegen eine dieser elementaren Pflichten wird er kaum Chancen haben, von den Erben entlastet zu werden. Die Erfüllung der Rechenschaftspflicht bildet nicht selten die Grundlage der späteren Entlastung ohne aber deren Voraussetzung zu sein.

3.2.2.1 *Aufklärungspflicht*

Die Aufklärungspflicht besteht je nach Ausgestaltung des Einzelfalls aus einer Benachrichtigungspflicht, einer Anhörungspflicht sowie einer Warnpflicht.¹⁸²

Die Benachrichtigungspflicht ist vom Testamentsvollstrecker immer unverzüglich und unaufgefordert zu erfüllen. Sie kann sich auch auf Beziehungen zu Dritten erstrecken. Dies gilt insbesondere für Testamentsvollstreckungen im Unternehmensbereich, wo auf die Geschäftsbeziehungen zu anderen hingewiesen werden muss. Eine bestimmte Form für die Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben.

Der Testamentsvollstrecker ist im Unterschied zum Beauftragten nach § 666 BGB von Weisungen der Erben frei. § 665 BGB ist gerade nicht auf das Rechtsverhältnis zum Testamentsvollstrecker nach dem Gesetzeswortlaut des § 2218 BGB anwendbar.¹⁸³ Die Benachrichtigungspflicht ist also im Verhältnis zum Auftragsrecht inhaltlich abgeschwächt. Dennoch gilt die dem Auftragsrecht entlehnte Treuepflicht für den Testamentsvollstrecker gegenüber den Erben. Es besteht hingegen keine gegenseitige gesteigerte Treuepflicht wie bspw. im Gesellschaftsrecht zwischen Erben und Testamentsvollstrecker.¹⁸⁴

Nach herrschender Ansicht¹⁸⁵ gilt als Leitlinie analog zur Grundidee des § 666 BGB für die Benachrichtigungspflicht, dass der Testamentsvollstrecker dem Erben alle ihm bis dahin unbekannten Informationen zu geben hat, damit er jeweils über die Maßnahmen insgesamt, die der Testamentsvollstrecker ausführt, unterrichtet ist. Dabei muss der Erbe insbesondere über wichtige Einzelfragen und bedeutende anstehende Entscheidungen informiert werden. Insgesamt ist entscheidend, ob die jeweilige objektive wirtschaftliche und sonstige Situation des

¹⁸² Staudinger/Wittmann § 666 Rn 1; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 73.

¹⁸³ BGHZ 25, 279; BGH NJW 1959, 1429 = BGHZ 30, 72; MüKo/Brandner § 2218 Rn 1; Offergeld S. 75 m.w.N..

¹⁸⁴ Dies ergibt sich bereits aus der freien Stellung der beiden. Dazu ausführlich Offergeld S. 74 ff..

¹⁸⁵ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 58; MüKo/Seiler § 666 Rn 5; v. Lübtow S. 987; Kipp/Coing § 73 II 5; Haegele/Winkler Rn 477.

Nachlasses und der darauf bezogenen Geschäfte für einen umsichtigen und gewissenhaften Testamentsvollstrecker eine Information des Erben gebietet, damit dieser seine Rechte wahrnehmen, Pflichten erfüllen und sachgerechte Entscheidungen treffen kann.¹⁸⁶

Er muss die Übersicht über das Geschehen be- und erhalten¹⁸⁷, um insbesondere auch die Frage prüfen zu können, ob der Testamentsvollstrecker sein Amt ordnungsgemäß ausübt. Mehrfache mündliche Besprechungen über die finanzielle Situation genügen bis zum Auskunftsverlangen der Erben zur Erfüllung der Benachrichtigungspflicht.¹⁸⁸

3.2.2.1.1 Zeitpunkt der Informationspflicht

Problematisch ist, wann der Testamentsvollstrecker die Erben im voraus über bestimmte Entscheidungen zu informieren hat. Nach der Rechtsprechung¹⁸⁹ kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. So kann die Pflicht bestehen, die Erben unverlangt auch bei bloß vorbereitenden Verwaltungsmaßnahmen zu benachrichtigen und sogar anzuhören, um deren Vorstellungen bei der Entscheidung mit zu berücksichtigen. Besonders in den Fällen, bei denen der Testamentsvollstrecker selbst Miterbe ist und vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB befreit ist, ist eine Vorausinformationspflicht zu bejahen.¹⁹⁰ Die Intensität dieser Pflicht steigert sich immer dann, wenn über die gewöhnliche Amtsführung hinaus objektiv die Gefährdung von Interessen der Erben möglich erscheint, besonders bei Geschäften, die nur für einzelne der Erben vorteilhaft erscheinen (ungerechtfertigte Bevorzugung) oder gar bei „Insichgeschäften“ des Testamentsvollstreckers. Gleiches gilt bei risikobehafteten Geschäften, insbesondere spekulativer Art, die besonders vor- aber auch nachteilig für den Nachlass sein können.

Will der Testamentsvollstrecker wesentlich von dem vom Erblasser angenommenen Lauf der Dinge im Rahmen seiner Verwaltung abweichen, so ist ebenfalls eine vorherige Anhörungspflicht gegeben.¹⁹¹ Bei der Aufstellung des Auseinandersetzungsplans zur Vorbereitung der Erbauseinandersetzung nach Maßgabe des § 2204 Abs. 2 BGB ist die vorherige Anhörung

¹⁸⁶ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 216; MüKo/Seiler § 666 Rn 5.

¹⁸⁷ BGHZ 109, 266 = NJW 1990, 510; BayObLG ZEV 1998, 348; Klumpp in Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 58.

¹⁸⁸ BayObLG ZEV 1998, 349; Sarres ZEV 2000, 91. Dabei ist aus Beweisgründen für den Testamentsvollstrecker die schriftliche Information vorzuziehen.

¹⁸⁹ BGH NJW 1959, 1429 = BGHZ 30, 72.

¹⁹⁰ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 69; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 217; Zimmermann Rn 318; Haegele/Winkler Rn 477; Schmucker S. 197.

¹⁹¹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 70; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 216; Zimmermann Rn 318; Haegele/Winkler Rn 477; Schmucker S. 198.

gesetzlich vorgeschrieben. Ansonsten hat der Testamentsvollstrecker den oder die Erben kontinuierlich zu unterrichten.¹⁹²

Der Testamentsvollstrecker, der auf seine spätere Entlastung sinnt, ist somit gut beraten, wenn er bei allen wichtigen Einzelfragen und vor bedeutsameren Entscheidungen, die über den „Alltag“ der Testamentsvollstreckung hinausgehen, die Erben bereits im Vorfeld zu informieren. Hierdurch erhalten die Erben das Gefühl, auch in den Entscheidungsprozess des Testamentsvollstreckers eingebunden zu werden.¹⁹³ Diese Vorgehensweise vermeidet nicht zuletzt auch etwaige Schadensersatzklagen oder Klagen aus § 2216 BGB wegen nicht ordnungsgemäßer Verwaltung der Erben gegen den Testamentsvollstrecker sowie Entlassungsanträge nach § 2227 BGB.

3.2.2.1.2 Folgen ausdrücklicher Zustimmung nach Aufklärung

Was ist, wenn der Erbe nach erfolgter Aufklärung durch den Testamentsvollstrecker der beabsichtigten Maßnahme des Testamentsvollstreckers ausdrücklich zustimmt? Wenn man unter der Entlastung die Billigung einer in der Vergangenheit liegenden Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker versteht, wird man eine derartige Billigung nicht unter den Begriff der Entlastung subsumieren können, da keine in der Vergangenheit, sondern in der Zukunft liegende geplante Verwaltung gebilligt wird. Im Prinzip liegen lediglich die Unterschiede vor, wie sie aus dem Vergleich der Einwilligung im Sinne des § 183 BGB und der Genehmigung im Sinne des § 184 BGB bekannt sind. Wird die Einwilligung im voraus erteilt, so handelt es sich bei einer Genehmigung um eine nachträgliche Zustimmung.¹⁹⁴ Die Zustimmung ist lediglich der Oberbegriff für beide Erklärungen. Stimmt der Erbe einer geplanten Verwaltungsmaßnahme des Testamentsvollstreckers nach erfolgter Anhörung oder Aufklärung zu, so ist in der ausdrücklichen Zustimmung eine Entlastung lediglich im weiteren Sinne zu sehen. Damit ist aber keine Aussage getroffen worden, wie die Testamentsvollstreckung in ihrer Gesamtheit bis dato beurteilt wird. Die Zustimmung führt dazu, dass der Erbe nach den Grundsätzen des *venire contra factum proprium*¹⁹⁵ keine Möglichkeit hat, gegen den Testamentsvollstrecker einen diesbezüglichen Haftungsanspruch nach § 2219 BGB durchzusetzen,

¹⁹² Klumpp in Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 61; Staudinger/Reimann § 2218 Rn 16.

¹⁹³ Klumpp in Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 62; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 218.

¹⁹⁴ Palandt/Heinrichs Einf v § 182 Rn 1 m.w.N..

¹⁹⁵ Dazu ausführlich Kapitel 5.1.

da er in diesem Fall mit Einverständnis der Erben bzw. auf ausdrückliche Weisung hin gehandelt hat.¹⁹⁶

3.2.2.1.3 Besonderheiten bei zusätzlichen berufsspezifischen Pflichten

Unterliegt der Testamentsvollstrecker berufsspezifischen Pflichten, so kann dies auch Auswirkungen auf seine Benachrichtigungspflichten haben. Derartige berufsspezifische Pflichten, wie die eines Rechtsanwaltes oder Steuerberaters überlagern die besonderen Pflichten des Testamentsvollstreckers, die ihn sonst treffen.¹⁹⁷

Ist ein Steuerberater oder Rechtsanwalt zum Testamentsvollstrecker berufen worden, ist dies regelmäßig deshalb erfolgt, weil der Erblasser damit gewisse Hoffnungen und Erwartungen an die Fachkompetenz und die damit verbundene besondere Pflichterfüllung dieser Berufsgruppen geknüpft hat.

Die Rechtsprechung¹⁹⁸ hat mehrfach deutlich gemacht, dass ein Rechtsanwalt oder Steuerberater seinen Mandanten auf mögliche, gegen ihn gerichtete Schadensersatzansprüche wegen einer fehlerhaften Beratung hinzuweisen hat. Verstößt er gegen diese Hinweispflicht, obwohl er seinen Fehler zu einer Zeit entdeckte, in der der Regressanspruch noch nicht verjährt war, so liegt ein erneuter Pflichtenverstoß vor, für den der Berufsträger nach § 280 BGB wegen einer Pflichtverletzung schadensersatzpflichtig wird. Demzufolge ist er so zu stellen, als sei der Regressanspruch aus der ersten Pflichtverletzung noch nicht verjährt. Dieser Sekundäranspruch verjährt nach § 51 b 1. Alt. BRAO drei Jahre nach der Verjährung des Primäranspruchs, wenn das Mandat noch fortbesteht, spätestens jedoch drei Jahre nach Beendigung des Mandats.¹⁹⁹ Hat der Berufsträger seinen Mandanten wiederum nicht auf die Möglichkeit des Vorliegens eines Sekundäranspruchs und dessen Verjährung hingewiesen, so begründet dies allerdings keinen „Tertiäranspruch“.²⁰⁰ Nach Beendigung des Mandats trifft den Steuerberater, soweit kein Anschlussmandat über den gleichen Gegenstand erfolgt, keine Prüfungs- und Hinweispflicht auf einen u.U. bestehenden Regressanspruch und dessen Verjährung mehr.²⁰¹

¹⁹⁶ So auch Schmucker S. 227; MüKo/Brandner § 2219 Rn 3; Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 35.

¹⁹⁷ Klumpp in Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 75; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 222.

¹⁹⁸ BGHZ 83, 17 = NJW 1982, 1285; BGHZ 96, 298 = NJW 1986, 1162 = LM SteuerberatungsgG Nr. 29; BGH NJW-RR 1987, 86.

¹⁹⁹ BGHZ 94, 389 = NJW 1985, 2250; BGH NJW 1988, 266.

²⁰⁰ BGH NJW-RR 1991, 91 = LM SteuerberatungsgG Nr. 40.

²⁰¹ BGH BB 1996, 1859. Auch einen Architekten als Testamentsvollstrecker treffen gesteigerte Hinweis- und Benachrichtigungspflichten; insbesondere ist er verpflichtet, den Bauherren bei der Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen um-

Sofern der Testamentsvollstrecker gegen seine Aufklärungspflichten verstößt, kann eine Informationserteilung nicht eingeklagt werden, jedoch kann der Verstoß einen Schadensersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2219 BGB begründen.²⁰² Ein unter Verletzung dieser Pflicht abgeschlossenes Rechtsgeschäft macht dieses selbst aber nicht unwirksam.²⁰³

3.2.2.2 *Auskunftspflicht und Vorlage eines Bestandsverzeichnisses*

Im Unterschied zu den Anhörungspflichten setzt die Auskunftspflicht ein entsprechendes Verlangen des Berechtigten voraus, wodurch auch der Inhalt der Auskunftspflicht bestimmt wird.²⁰⁴ Dabei kann jeder einzelne Erbe ohne Mitwirkung der anderen die Ansprüche geltend machen, allerdings mit der Einschränkung, lediglich Leistung an alle Miterben verlangen zu können.²⁰⁵ Es handelt sich um eine absolute Pflicht des Testamentsvollstreckers. Die Erben als Berechtigte haben keinen Anspruch darauf, zu jeder Zeit alles umgehend zu erfahren. Das Auskunftsrecht wird durch den Zweck begrenzt, dem Berechtigten die Nachrichten und den Kenntnisstand zu verschaffen, den er benötigt, um seine jeweilige Rechtsposition und seine tatsächliche Stellung während der Dauer der Testamentsvollstreckung richtig und vollständig beurteilen zu können.²⁰⁶ Dabei erfasst die Auskunftspflicht auch künftige Geschäfte.²⁰⁷ Aus dem allgemeinen Schikaneverbot und dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben sich etwaige Beschränkungen des Auskunftsbegehrens. Sofern die Erben die Auskunft instrumentalisieren und durch permanente Nachfragen lediglich erreichen wollen, dass der Testamentsvollstrecker ein Amt zur Verfügung stellt, liegt Missbräuchlichkeit hinsichtlich des Auskunftsbegehrens vor.²⁰⁸ Dabei ist jedoch auf den Einzelfall abzustellen, da selbstverständlich die Erben immer über den Stand der Testamentsvollstreckung informiert sein müssen, so dass notfalls der Testamentsvollstrecker seine Auskunftserteilung wiederholen muss.²⁰⁹

fassend zu beraten und zu informieren, und zwar auch dann, wenn sich solche gegen ihn selbst richten können (Planungsfehler): Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 78.

²⁰² BGHZ 30, 67, 73 = NJW 1959, 1429; BGH DB 1959, 706; MüKo/Brandner § 2218 Rn 9; Soergel/Damrau § 2218 Rn 4.

²⁰³ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 81; zu Sonderfällen, ders. Rn 68; Sarres ZEV 2000, 91.

²⁰⁴ MüKo/Seiler § 666 Rn 7.

²⁰⁵ BGH NJW 1965, 396; Offergeld S. 80.

²⁰⁶ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 83 unter Bezug auf BGHZ 109, 260, 266 zum Auskunftsanspruch bei Unterhalt; Sarres ZEV 2000, 91 f..

²⁰⁷ Soergel/Damrau § 2218 Rn 5.

²⁰⁸ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 84; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 229 f.; Zimmermann 319 f.; Haegeler/Winkler Rn 479 f..

²⁰⁹ BGH NJW-RR 1988, 1073.

Für das Auskunftsverlangen gilt ferner der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. So muss der Testamentsvollstrecker nicht bei jeder noch so bedeutungslosen Angelegenheit Auskunft erteilen. Das Begehren ist unberechtigt, wenn der Nachlass durch die Auskunft offensichtlich in keiner Weise berührt wird.²¹⁰ Im einzelnen kommt es darauf an, ob das Interesse der Erben an der Auskunft von so untergeordneter Bedeutung, dass es in keinem angemessenen Verhältnis zum Aufwand für die Erfüllung dieser Verpflichtung steht.²¹¹ Eine Pflicht zur Offenbarung besteht sogar dann, wenn er damit eine eigene Straftat aufdecken würde.²¹² Ein etwaiges Aussageverweigerungsrecht i.S.d. StPO oder der ZPO wird dem Testamentsvollstrecker zu Recht nicht zugebilligt, andernfalls insbesondere bei schweren Verstößen der Normzweck des § 666 BGB nicht erfüllt werden.²¹³ Der Rechtsschutzanspruch des betroffenen Erben hat insoweit Vorrang vor dem Schutz des Auskunftspflichtigen vor Selbstbeziehung.²¹⁴ Ist der Testamentsvollstrecker eine Person mit besonderer Berufsverschwiegenheit – wie z.B. ein Rechtsanwalt – so greift die dadurch gebotene Schweigepflicht erst dann ein, wenn es um die Wahrung von Geheimnissen Dritter geht.²¹⁵

Der Auskunftsanspruch ist nicht auf einzelne Geschäftstätigkeiten beschränkt, sondern umfasst prinzipiell alle Aufgaben des Testamentsvollstreckers.²¹⁶ Inhalt und Grenzen der Auskunftspflicht bestimmen sich zunächst nach dem Verlangen des Erben unter Beachtung der Besonderheiten des zwischen Testamentsvollstrecker und ihm bestehenden Rechtsverhältnisses, wobei auch der Zweck des Auskunftsrechts zu berücksichtigen ist.²¹⁷

Der Umfang der Auskunft hängt regelmäßig von der gestellten Einzelfrage ab. Je präziser diese ist, umso präziser und konkreter ist diese zu beantworten. Wenn der Testamentsvollstrecker weitreichende Entscheidungen plant, so muss er insbesondere die Motive und Abwägungskriterien umfangreicher darlegen. Der Auskunftsberechtigte kann seine Fragen auf die gesamte Amtsausführung und alle damit zusammenhängende Fragen beziehen.²¹⁸ Allerdings besteht keine Auskunftspflicht, wenn die gewünschte Auskunft gestellte Frage unter keinen Gesichtspunkten den Anspruch des Berechtigten berühren kann.²¹⁹

²¹⁰ Thoene S. 106.

²¹¹ MüKo/Seiler § 666 Rn 7.

²¹² Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 86.

²¹³ BGHZ 41, 323 = NJW 1964, 1459.

²¹⁴ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 87.

²¹⁵ BGH NJW 1990, 510, 511.

²¹⁶ Thoene S. 107; Sarres ZEV 2000, 91.

²¹⁷ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 89; MüKo/Seiler § 666 Rn 7.

²¹⁸ Schmucker S. 201 ff.; Klumpp in Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 97.

²¹⁹ BGH NJW 1982, 573.

Den Testamentsvollstrecker trifft auch eine Wissensverschaffungspflicht, wonach er sich die zur Auskunftserteilung notwendigen Kenntnisse notfalls zu beschaffen hat.²²⁰

Eine bestimmte Form ist für die Auskunftserteilung grundsätzlich nicht vorgeschrieben.²²¹

Aus Beweisgründen empfiehlt sich aber auch hier schon die Wahrung der Schriftform. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO ist nach Ansicht der Rechtsprechung²²² die Auskunft eine Wissenserklärung, die der Schriftform bedarf und vom Auskunftspflichtigen persönlich zu unterzeichnen ist.

Inhaltlich muss die Auskunft keine Wertangaben enthalten, aber zu jedem Gegenstand alle wertbildenden Faktoren angeben.

Für den Auskunftserteilungsanspruch findet sich eine Sonderregelung in § 260 Abs. 1, 2. HS BGB hinsichtlich des Bestands eines Sondervermögens, unter dem der Begriff des Nachlasses zu subsumieren ist. Demzufolge ist ein Bestandsverzeichnis vorzulegen. Nach § 2215 BGB hat der Testamentsvollstrecker bereits bei Übernahme des Amtes ein Nachlassverzeichnis den Erben vorzulegen. Hierdurch ist seine Auskunftspflicht nicht erschöpft. Sofern die Erben einige Zeit nach Beginn der Testamentsvollstreckung ein Bestandsverzeichnis fordern, reicht die Vorlage eines nach § 2215 BGB erstellten Nachlassverzeichnisses nicht aus, um den Anspruch zu erfüllen, da es sich um zwei verschiedene Verpflichtungen handelt.²²³

Insbesondere bei Umstrukturierung des Nachlasses oder bei Neuerwerb des Bestands spiegelt ein Nachlassverzeichnis nicht mehr den tatsächlich vorhandenen Nachlass wider.

Die Gliederung des Bestandsverzeichnisses orientiert sich an der des Nachlassverzeichnisses. Es ist mithin insbesondere nach Aktiven und Passiven gegliedert²²⁴ und mit einer Untergliederung nach einzelnen Sachgruppen versehen., wobei seit Erstellung des Nachlassverzeichnisses eingetretene Veränderung immer zu dokumentieren sind.²²⁵

²²⁰ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 101. Vgl. auch BGHZ 107, 104 ff. = NJW 1989, 1601 hinsichtlich Verhältnis Erbe/Pflichtteilsberechtigter; Sarres ZEV 2000, 91; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 233; Haegeler/Winkler Rn 481.

²²¹ Zimmermann Rn 319; Sarres ZEV 2000, 91; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 117. Differenzierend Palandt/Heinrichs, § §§ 259-261 Rn 20: in einfachen Fällen mündlich.

²²² OLG München FamRZ 1995, 737.

²²³ MüKo/Brandner § 2218 Rn 8; Soergel/Damrau § 2218 Rn 5; Sarres ZEV 2000, 92..

²²⁴ Das Bestandsverzeichnis kann nach BGH NJW 1962, 2456 vom Testamentsvollstrecker auch abschnittsweise erstellt werden, wenn die einzelnen Teilverzeichnisse in ihrer Gesamtheit nur den Auskunftsanspruch erfüllen.

²²⁵ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 108; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 235.

Zur Vorlage von Belegen ist der Testamentsvollstrecker nicht verpflichtet, es sei denn, die bisherigen Angaben waren unvollständig oder der Besitz solcher Belege²²⁶ ist für den Erben erforderlich, um seine Lage richtig einschätzen und danach handeln zu können.²²⁷

Diese Kosten der Auskunft trägt grundsätzlich der Verpflichtete.²²⁸ Aus § 2314 Abs. 2 BGB und einer analogen Anwendung des § 2215 Abs. 5 BGB hinsichtlich der Kosten eines Nachlassverzeichnisses wird zu Recht²²⁹ gefolgert, dass im Verhältnis Testamentsvollstrecker zum Erben der Erbe die Kosten zu tragen habe. Wenn aber der Testamentsvollstrecker zu Unrecht Auskunft verweigert oder nur eingeschränkt erbracht hat, so trägt dieser die Kosten des Rechtsstreits.²³⁰

Dem Testamentsvollstrecker steht auch kein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich seines Vergütungs- oder Aufwendungsanspruchs gegenüber dem Auskunftsanspruch zu, da er vorleistungspflichtig ist.²³¹

Der Auskunftsanspruch verjährt auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz weiterhin nach 30 Jahren gem. § 197 Abs. 1 S. 2 BGB, da auch der Hauptanspruch erbrechtlicher Natur ist.²³² Verjährt der Hauptanspruch früher als das Auskunftsrecht, gilt die kürze Frist nicht für den Auskunftsanspruch, weil dieser selbständig verjährt. Nach Verjährung des Hauptanspruchs fehlt aber regelmäßig ein Informations- oder Rechtsschutzinteresse für die Durchsetzung des Auskunftsanspruchs.²³³

Ist der Testamentsvollstrecker zugleich Miterbe bleibt seine Auskunftspflicht hiervon unberührt, selbst wenn die Miterben untereinander in der Regel nicht auskunftspflichtig sind.²³⁴

Hat der Erbe einen berechtigten Grund zur Annahme, dass das Bestandsverzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt wurde, so hat der Testamentsvollstrecker nach § 260 Abs. 2 BGB, die über §§ 2218, 666 BGB auch für den Testamentsvollstrecker Geltung haben, auf Verlangen zu Protokoll die Richtigkeit an Eides Statt zu versichern. Der Testamentsvollstrecker muss dem gemäß für jede Auskunftsverpflichtung, auch eine Einzelaus-

²²⁶ Wie z.B. Steuerbescheide, Verwaltungsakte, Urteile oder Urkundsausfertigungen.

²²⁷ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 111.

²²⁸ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 237 m.w.N..

²²⁹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 113 f.; ebenso Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 237;

²³⁰ Garlichs ZEV 1996, 447, 448.

²³¹ BGH LM Nr. 1 zu § 2221 BGB; Soergel/Damrau § 2218 Rn 9; Staudinger/Reimann § 2218 Rn 21.

²³² Noch zur alten Regelung: BGHZ 108, 399.

²³³ BGHZ 108, 399 = NJW 1990, 180; Palandt/Heinrichs, § 261 Rn 27.

²³⁴ Hierzu Sarres/Afraz ZEV 1995, 433.

kunft, auf Verlangen eine eidesstattliche Versicherung abgeben. verlangt werden kann.²³⁵ Bei Angelegenheiten von geringer Bedeutung ist sie hingegen nach § 259 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

3.2.2.3 *Rechenschaftslegung*

Als dritten Unterpunkt der Informationsrechte aus §§ 2218, 666 BGB ergibt sich die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Rechenschaftslegung. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn der Testamentsvollstrecker Miterbe ist.

3.2.2.3.1 *Das Erfordernis einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung*

Die Aufklärungs-, Auskunft- und Rechenschaftslegungspflicht unterscheiden sich nur graduell, sowohl in der Pflichtentstehung und dem Zeitpunkt ihrer Erfüllung. Sie sind lediglich unterschiedliche Ausgestaltungen einer einheitlichen Auskunftsverpflichtung im weiteren Sinne.²³⁶ Im Gegensatz zur Aufklärungspflicht, die retrospektiv und auf früheres Verhalten sowie Aufklärung von Umständen, die dem Erben bislang verborgen geblieben sind, gerichtet ist²³⁷, sind die Auskunft- und Rechenschaftslegungspflicht nach vorne gerichtet. Beide Informationspflichten sollen Informationen über den Erben noch unbekannte Umstände geben, damit er neue Dispositionen treffen kann.²³⁸ Die Rechenschaftspflicht geht in ihrer Intensität weiter als der einfache Auskunftsanspruch. Wurde Rechenschaft abgelegt, ist der Auskunftsanspruch verbraucht²³⁹ und es kann kein Anspruch mehr auf Auskunft hinsichtlich des gleichen Sachverhalts geltend gemacht werden. Bezüglich der Beschränkungen des Rechenschaftsanspruchs gelten die gleichen Grundsätze wie beim besonderen Auskunftsanspruch.

Ein weiterer Unterschied zur Aufklärungspflicht ist, dass die Rechenschaft immer schriftlich und nur auf Verlangen abgelegt werden muss. Inhaltlich erfordert sie genauere Informationen als die Auskunftspflicht.²⁴⁰ Dabei müssen der gesamte Ablauf und alle Ergebnisse der Geschäftstätigkeit genau dargestellt werden.²⁴¹ Nicht ausreichend ist, wenn Belege ohne eine

²³⁵ OLG Hamburg NJW-RR 1993, 829; Palandt/Heinrichs § 261 Rn 29 ff.

²³⁶ MüKo/Seiler § 666 Rn 2; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 240.

²³⁷ Klumpp in Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 239; Offergeld S. 81 f.; Schmucker S. 207.

²³⁸ Haegele/Winkler Rn 551; Schmucker S. 207; Zimmermann Rn 320; Sarres ZEV 2000, 92.

²³⁹ Vgl. auch BGHZ 93, 327 = NJW 1985, 1693; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 280.

²⁴⁰ BGHZ 39, 92 ff. = NJW 1963, 950.

²⁴¹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 242; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 247 ff.; Schmucker 208 f; Offergeld S. 82; Sarres ZEV 2000, 92.

übersichtliche Aufstellung quasi ungeordnet vorgelegt werden, verbunden mit dem Angebot, diese mündlich zu erläutern.²⁴² Inhaltlich muss die Rechenschaftslegung vollständig²⁴³ sein, mithin alle erheblichen Tatsachen enthalten, richtig und damit mit größtmöglicher Sorgfalt erteilt, übersichtlich und verständlich sein.²⁴⁴ Des weiteren muss derjenige, dem gegenüber die Rechenschaft abgelegt wird, den Inhalt nachprüfen können.

Sofern die Rechenschaftslegung eine Schlussrechnung darstellt, muss sie alles enthalten, was Relevanz zum Nachlass hat oder auch nur haben kann.²⁴⁵

Muss der Testamentsvollstrecker eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung durchführen, ist eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben im Rahmen der Rechnungslegung zu erteilen. Die Vorlage von Belegen muss nur in den üblichen Fällen nach § 259 Abs. 1 BGB erfolgen, wobei die Möglichkeit der Einsichtnahme ausreichend ist.²⁴⁶ Hinsichtlich des Umfangs der Rechenschaftsablegung ist in den vorgenannten Fällen § 259 Abs. 1 BGB neben § 666 BGB anzuwenden.²⁴⁷ Sind erforderliche Belege verlorengegangen, so sind sie zu rekonstruieren oder Ersatz zu beschaffen.²⁴⁸ In diesem Zusammenhang wird von Rechnungslegung als Spezialfall der Rechenschaftsablegung gesprochen.²⁴⁹

Liegt eine Erbengemeinschaft vor, so kann jeder Miterbe vom Testamentsvollstrecker den Rechenschaftsanspruch geltend machen. Da es sich um einen Anspruch aus dem Nachlass handelt kann aber wegen § 2039 BGB nur Leistung an alle Miterben verlangt werden.²⁵⁰ Sofern dies keine besonderen Mühen und Kosten bedeutet, ist es anerkannt, dass der Testamentsvollstrecker jedem Berechtigten einen Rechenschaftsbericht zukommen zu lassen hat.²⁵¹ Wegen der heutigen kostengünstigen Möglichkeiten bei der Fertigung von Kopien oder Mailen ist grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker eine Mitteilung an jeden Erben zumutbar.²⁵²

²⁴² BGHZ 39, 95 = NJW 1963, 950; OLG Köln NJW-RR 1989, 568.

²⁴³ Nach Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 242; MüKo/Seiler § 666 Rn 8.

²⁴⁴ Haegeler/Winkler Rn 483; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 247.

²⁴⁵ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 296.

²⁴⁶ Haegeler/Winkler Rn 483; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 244; Ikels S. 161; Schmucker S. 208.

²⁴⁷ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 246; Ikels S. 161 f.; Schmucker S. 208.

²⁴⁸ BGHZ 39, 94 (insbesondere bei Bankunterlagen); Schmucker S. 209; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 271.

²⁴⁹ MüKo/Seiler § 666 Rn 10; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 250.

²⁵⁰ MüKo/Brandner § 2218 Rn 13; Haegeler/Winkler Rn 483.

²⁵¹ MüKo/Keller § 259 Rn 24; BGH WM 1981, 992.

²⁵² Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 255.

Da das Bestehen einer Erbengemeinschaft wegen § 2039 BGB die Erfüllung des Rechnungslegungs- und Rechenschaftslegungsanspruchs behindern kann, werden in der Kautelarpraxis sog. Vertreterklauseln in die letztwillige Verfügung aufgenommen. Danach bestimmt der Erblasser, dass nur ein gemeinsamer Vertreter der Erbengemeinschaft den jährlichen Rechnungslegungsanspruch geltend machen kann und dieser auch nur gegenüber diesem zu erfüllen ist. Sofern der Erblasser nicht die Person des Vertreters bestimmt, verstößt eine derartige Klausel nicht gegen § 2220 BGB, da hierdurch lediglich die gesetzlichen Erbenrechte modifiziert, nicht aber ausgeschlossen werden.²⁵³ Allerdings können die Erben wiederum jeder für sich die Rechte dann ausüben, wenn der Vertreter selbst untätig ist oder aber keine Einigung auf einen Vertreter erzielt werden kann.²⁵⁴

Nur die Personen, die Rechenschaft vom Testamentsvollstrecker verlangen können, haben auch das Recht auf die Rechenschaftsablegung zu verzichten. Ein Verzicht für die Erben etc. im Rahmen einer letztwilligen Verfügung durch den Erblasser ist nicht möglich.²⁵⁵

Ist der Testamentsvollstrecker zugleich gesetzlicher Vertreter eines minderjährigen Erben, so ist er gem. §§ 1795 Abs. 2, 181, 1629 Abs. 2 BGB nicht gehindert, dessen Rechenschaftsablegungsanspruch gegen sich geltend zu machen.²⁵⁶

Hat der Erbe Anlass zur Annahme, dass die erteilte Rechnungslegung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erstellt wurden, so bleibt ihm als einziges Zwangsmittel, eine richtige Rechnungslegung zu erzwingen, das Verlangen zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 259 Abs. 2 BGB.²⁵⁷

Nach §§ 2218, 666 BGB muss der Testamentsvollstrecker die Rechenschaft nach Beendigung seines Amtes erteilen, allerdings nur auf Verlangen der Erben. Dieses Verlangen kann auch konkludent erfolgen, so dass der Testamentsvollstrecker zumindest immer dann, wenn die Testamentsvollstreckung die Vornahme von Einnahmen und Ausgaben zur Folge hatte, von sich aus die Rechenschaftsablegung vornehmen sollte.²⁵⁸ Auf das Verlangen muss der Testamentsvollstrecker innerhalb einer angemessenen Frist reagieren und den Anspruch erfüllen.

²⁵³ Reimann (Testamentsvollstreckung) Rn 645; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 266. Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 316 geht sogar noch weiter und ist der Ansicht, der Erblasser könne den Erben einen Vertreter dann aufzwingen, wenn der Vertreter aus der Erbengemeinschaft stammt, da dann das Prinzip der Selbstorganschaft beachtet sei.

²⁵⁴ Klumpp ZEV 1999, 307.

²⁵⁵ Haegel/Winkler Rn 142; Staudinger/Reimann § 2220 Rn 5; Schmucker S. 210.

²⁵⁶ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 264.

²⁵⁷ Klumpp in Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 279; Schmucker S. 208.

²⁵⁸ So Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 259.

Der Erbe braucht somit keine besondere Frist setzen.²⁵⁹ Was wiederum als angemessene Frist angesehen kann, hängt wiederum von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere vom Umfang des Nachlasses, seiner Zusammensetzung und Übersichtlichkeit, Zahl und Art der vom Testamentsvollstrecker durchgeführten Geschäfte.²⁶⁰

3.2.2.3.2 *Jährliche Rechnungslegung nach § 2218 Abs. 2 BGB*

Bei einer Testamentsvollstreckung, die länger als ein Jahr dauert, kann der Erbe – unabhängig davon, ob es sich um eine Verwaltungs- oder reine Abwicklungsvollstreckung handelt - aufgrund § 2218 Abs. 2 BGB eine jährliche Rechnungslegung verlangen.²⁶¹ Für die jährliche Rechnungslegung gelten dieselben Grundsätze wie für die Rechenschaftsablegung als Schlussabrechnung. Sie ist lediglich eine Art Zwischenbilanz. Bei unveränderten Beständen²⁶² käme es jedes Jahr zu Wiederholungen. Aus diesem Grunde müssen unveränderte Bestände nicht immer wieder neu aufgelistet werden. Es kann dann auf die bereits bekannte unveränderte Angabe verwiesen werden. Weiterhin müssen aber sämtliche jährlichen Einnahmen und Ausgaben genau angegeben werden. Ebenso sind Zu- und Abflüsse von Vermögen in einer zeitlich-chronologischen Aufstellung vorzulegen. Zu jedem Jahresende ist ein neuer Vermögensstatus in Form einer geordneten Vermögensübersicht zu erstellen, damit die Entwicklung und das Ergebnis der vermögensbezogenen Vorgänge des vergangenen Jahres für den Erben erkennbar ist.²⁶³ Die Bestimmungen der §§ 1840, 1841 BGB über die mindestens einmal jährliche Berichterstattung und Rechnungslegung des Vormunds sind nicht ohne weiteres auf den Testamentsvollstrecker anwendbar.²⁶⁴

Hat der Erbe die Rechnungslegung jahrelang nicht gefordert, so kann die anschließende Geltendmachung gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßen. Jedoch kann in einem solchen Fall die Nachholung dann verlangt werden, wenn der Erbe Tatsachen nachweist, die

²⁵⁹ RGZ 56, 118; MüKo/Seiler § 666 Rn 11.

²⁶⁰ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 293; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 260.

²⁶¹ Staudinger/Reimann § 2218 Rn 36; Schmucker S. 210; Zimmermann Rn 320; Klingelhöffer § 2218 Rn 288.

²⁶² Wie z.B. eine Bibliothek oder eine Sammlung.

²⁶³ Staudinger/Reimann § 2218 Rn 36; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 297; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 261; Klingelhöffer § 2218 Rn 288.

²⁶⁴ So h.M. RG WarnR 1936 Nr. 159; RG SeuffA 90 Nr. 172; Soergel/Damrau § 2218 Rn 7; Haegeler/Winkler Rn 483; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 261; Schmucker S. 211. Nach MüKo/Brandner § 2218 Rn 11 können diese Vorschriften lediglich als Orientierungshilfe herangezogen werden. A.A.: Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 300. Er fordert eine „vorsichtige analoge Anwendung der inhaltlichen Kriterien von §§ 1840, 1841 BGB“, mildert aber gleichzeitig die Anforderungen Zumutbarkeitskriterien ab.

geeignet sind, Zweifel an der Zuverlässigkeit des Testamentsvollstreckers und seine Amtsführung zu erwecken.²⁶⁵

Der Testamentsvollstrecker hat bei seiner Rechnungslegung alle Einnahmen und Ausgaben lückenlos mit Datum versehen aufzulisten.²⁶⁶ Sofern z.B. Gebäude im Nachlass sind, muss er die einzelnen Posten wie Mieteinnahmen, Reparaturaufwendungen, Nebenkostenabrechnung, Steuern, Erschließungskosten, Versicherungen im Rahmen der Einnahmen und Ausgabenaufstellung getrennt aufführen.²⁶⁷ Liegt bereits eine Handelsbilanz vor, so kann der Testamentsvollstrecker auf die kaufmännische Buchführung Bezug nehmen, sofern es sich nicht um eine reine Steuerbilanz handelt, die nicht die tatsächliche Ist-Situation widerspiegelt. Er kann dann auf den Jahresabschluss in Form einer Bilanz nach §§ 266 ff. HGB oder einer Gewinn- und Verlustrechnung schlicht verweisen. Bei nicht buchführungspflichtigen Unternehmen wie z.B. Freiberuflern ist eine Einnahme-/Überschussabrechnung ausreichend.

Was die Frist zur jährlichen Rechnungslegung nach § 2218 Abs. 2 BGB angeht, so hat diese wie die Schlussabrechnung ebenfalls innerhalb einer angemessenen Frist beginnend ab Verlangen zu erfolgen.²⁶⁸ Dabei sind aber weitere Umstände zu berücksichtigen. So ist § 149 Abs. 2 AO vom Testamentsvollstrecker zu beachten, da bis zum 31.05 eines Jahres die jährliche Einkommensteuererklärung abzugeben ist. Bei Kapitalgesellschaften muss die Jahresabrechnung innerhalb der Frist des § 264 HGB erstellt werden.²⁶⁹

3.2.3 Verpflichtung des oder der Erben zur Überprüfung der Rechnungslegung durch den Testamentsvollstrecker?

Nach *Klump*²⁷⁰ kann der Testamentsvollstrecker vom Erben verlangen, den Rechenschaftsbericht nicht nur schlicht entgegenzunehmen, sondern auch in angemessener Zeit zu über-

²⁶⁵ Vgl. BGHZ 39, 87 ff. = NJW 1963, 950; BGHZ 10, 385; RG Warn. 1, 277; RG Warn. 30, 186. Nach RG HRspr 1941 Nr. 628 ist auch bei jahrelanger Entgegennahme von Leistung ohne Rechnung keine Verwirkung gegeben, wenn nicht weitere Anhaltspunkte dafür gegeben sind. Bereits 1916 hatte das Reichsgericht (JW 1916, 673) hinsichtlich § 2215 Abs. 4 BGB erklärt, das jahrelange Begnügen mit einem privaten Verzeichnis, schließt das Fordern eines amtlichen Nachlassverzeichnisses nicht aus. Die Literatur (insb. Herzfelder JW 1916, 673) hat dem zugestimmt. Nach neuester Rspr. des BGH (BGH FamRZ 2003, 449) setzt Verwirkung neben einem Zeitablauf auch vertrauensbildendes Verhalten voraus.

²⁶⁶ Vgl. Klump in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 301 – 305; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 262; Klingelhöfer § 2218 Rn 286; Sarres ZEV 2000, 92.

²⁶⁷ Eine solche nach dem Objekt der Verwaltung differenzierende, detaillierte jährliche Rechnungslegung ist schon deshalb erforderlich, weil die Erben diese i.d.R. für die Abgabe ihrer Einkommensteuererklärung brauchen; so Klump in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 306; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 263.

²⁶⁸ BayObLG ZEV 1998, 348.

²⁶⁹ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 265; Staudinger/Reimann § 2218 Rn 38.

²⁷⁰ Klump in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 333.

prüfen.²⁷¹ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Einen Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Überprüfung durch die Erben gibt es nicht. *Klump* verkennt, dass eine Überprüfungspflicht allenfalls aus einer Treuepflicht abgeleitet werden kann. Dies mag bei einem Auftragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten so sein. Ein derartiges gegenseitiges Treuepflichtverhältnis besteht aber zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben nicht.

3.2.4 Der Auseinandersetzungsplan und seine Bedeutung für die Entlastung

3.2.4.1 Die Auseinandersetzung als Regelaufgabe

Die Erbauseinandersetzung gehört nach § 2204 BGB zur Regelaufgabe des Testamentsvollstreckers, wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Erblasser die Auseinandersetzung nicht ausgeschlossen hat. Zudem muss dem Testamentsvollstrecker die Testamentsvollstreckung bezüglich des gesamten Nachlasses zustehen.²⁷² Dabei kann die Erbauseinandersetzung sogar dann betrieben werden, wenn der Testamentsvollstrecker selbst Miterbe ist.²⁷³

Zunächst hat der Testamentsvollstrecker einen Auseinandersetzungsplan aufzustellen. Er genügt seiner Pflicht, wenn der von ihm aufgestellte Plan einer möglichen Auslegung des Erblasserwillens entspricht.²⁷⁴ Dabei handelt es sich um ein einseitiges, gegenüber den Miterben mitzuteilendes Rechtsgeschäft, welches formlos ist. Dies gilt auch dann, wenn zum Nachlass Grundstücke gehören.²⁷⁵ Dem Auseinandersetzungsplan kommt lediglich schuldrechtliche Wirkung zu. Dementsprechend bedarf es noch weiterer Verfügungsakte wie z.B. Auflassung und Grundbuchumschreibung etc.

Hat der Erblasser keine Auseinandersetzungsanordnungen vorgegeben, hat der Testamentsvollstrecker nach der überwiegenden Ansicht²⁷⁶ grundsätzlich die gesetzlichen Regeln der §§ 2042 - 2046 BGB und §§ 770 - 758 BGB zu beachten und darf hiervon nicht abweichen. Demzufolge sind zunächst alle Nachlassverbindlichkeiten nach § 2046 BGB zu berichtigen.²⁷⁷

²⁷¹ Auch Hoeniger S. 147 sieht eine Obliegenheit zur Rechnungslegungsüberprüfung.

²⁷² Hat der Testamentsvollstrecker nur die Testamentsvollstreckung über einen Erbteil steht ihm lediglich das Recht zu, eine Auseinandersetzung zu verlangen.

²⁷³ Haegeler/Winkler Rn 508; Schmucker S. 93; Lauer S. 85; Adams S. 81 ff.

²⁷⁴ Zimmermann Rn 650; OLG Köln ZEV 1999, 226.

²⁷⁵ Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 221; Schmucker S. 94; Offergeld S. 93 f.

²⁷⁶ Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 905; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 360; Soergel/Damrau § 2204 Rn 9; Staudinger/Reimann § 2204 Rn 12; Muscheler AcP 95 (1995), 68; Lafrenz JW 1903, 412; Lauer S. 84 ff.; A.A. Lange/Kuchinke § 29 V 6; Haegeler/Winkler Rn 512; Zimmermann Rn 663.

²⁷⁷ Nach Soergel/Damrau § 2204 Rn 17 darf aber der Testamentsvollstrecker auch nicht die Auseinandersetzung so lange verzögern, bis alle Nachlassverbindlichkeiten berichtigt sind.

In diesem Zusammenhang besteht für den Testamentsvollstrecker eine erhöhte Haftungsgefahr, denn die Miterben können wegen § 2059 BGB nur bis zur Teilung des Nachlasses den Zugriff der Nachlassgläubiger auf ihr Eigentum verhindern.²⁷⁸ Die Folge der Beachtungspflicht der §§ 2042 ff. BGB ist, dass der Testamentsvollstrecker ggf. Gegenstände per Pfandverkauf oder Immobilien per Teilungsversteigerung zu einer teilbaren Masse in Natur machen muss. Eine Zuteilung der Nachlassgegenstände an die Erben ist nur zulässig, wenn der Erblasser hierfür dem Testamentsvollstrecker freie Hand gegeben hat. Verstößt der Testamentsvollstrecker gegen die Regel der Nachlassaufteilung nach billigem Ermessen ist der Auseinandersetzungsplan unwirksam und es fehlt an der Rechtsgrundlage für die Nachlassverfügungen.

Nach der hier vertretenen Ansicht wird der Testamentsvollstrecker nicht durch die Teilungsregeln der § 2204 i.V.m. §§ 2042 ff. BGB in seiner Verfügungsmacht beschränkt, so dass seine Nachlassaufteilung selbst dann wirksam ist, wenn er die gesetzlichen Regeln nicht beachtet. Eine derartige Vorgehensweise ist recht haftungsträchtig, und zwar insbesondere dann, wenn sich nachträglich abweichende Werte der zugeteilten Nachlassgegenstände ergeben. Demzufolge ist es bei fehlender Zustimmung der Erben ein Kondiktionsanspruch gegeben.

Anordnungen des Erblassers wirken selbst nicht dinglich, sondern nur schuldrechtlich und schränken die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nicht ein. Demzufolge kann nach einem Teil des Schrifttums²⁷⁹ der Testamentsvollstrecker auch bei nach § 2208 BGB eingeschränkter Verfügungsbefugnis der Erblasseranordnung widersprechende Teilungsanordnungen durchführen und entgegen einem Veräußerungs- oder Teilungsverbot auch ohne Zustimmung der Erben anderweitig verfügen. Der *Bundesgerichtshof*²⁸⁰ hingegen beurteilt die Rechtslage anders. Dem Testamentsvollstrecker ist durch § 2208 BGB die Verfügungsbefugnis genommen worden. Danach können nur der Testamentsvollstrecker und die Erben gemeinsam verfügen. Das Auseinandersetzungsverbot sei wegen § 137 BGB nur ein rechtsgeschäftliches Verbot, welches keine dingliche Beschränkung hat. Diese Rechtsprechung ist in Teilbereichen auf Kritik gestoßen, da nicht einzusehen sei, warum der Erblasser dem Testamentsvollstrecker nicht wirksam Rechte entziehen könne und argumentieren mit dem Wortlaut des § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Testamentsvollstrecker durch die Einschränkung bestimmte Rechte nicht hat und eben nicht lediglich nicht ausüben soll.²⁸¹ Diese An-

²⁷⁸ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 357; Krug ZErb 2000, 15.

²⁷⁹ Vgl. dazu Lehmann AcP 188 (1988), 17; Winkler DNotZ 2001, 403 m.w.N.. A.A. insbes. Lange/Kuchinke § 31 V 1 m.w.N.

²⁸⁰ BGHZ 56, 275; BGH NJW 1984, 2464. Ebenso OLG Zweibrücken DNotZ 2001, 399.

²⁸¹ Schmucker S. 100.

sicht vermag nicht zu überzeugen, denn § 2208 BGB kann nicht von der zwingenden Vorschrift des § 137 BGB oder des Sachenrechts entbinden.²⁸² Im übrigen bleibt es dem Erblasser unbenommen eine bedingte Nacherbfolge eines Dritten für den Fall der Abweichung von Erblasseranordnungen letztwillig zu verfügen, um sicher zu gehen, dass die Anordnungen befolgt werden.

3.2.4.2 *Anhörungsspflicht der Erben nach § 2204 Abs. 2 BGB zum Auseinandersetzungsplan*

Bevor der Teilungsplan durchgeführt werden kann, hat der Testamentsvollstrecker nach § 2204 Abs. 2 BGB die Erben zu hören und ihnen die Möglichkeit einzuräumen, Kritik und Anregungen vorzubringen.²⁸³ Vernünftigerweise hat die Anhörung bereits vor endgültiger Planaufstellung zu erfolgen. Die Anhörungspflicht besteht gegenüber denjenigen Erben, die von der Auseinandersetzung tatsächlich betroffen sind. Für abwesende, ungeborene und - falls deren gesetzliche Vertreter an der Erbengemeinschaft beteiligt sind - minderjährige Erben ist eine Pflegerbestellung nach §§ 1909, 1911 ff. BGB erforderlich.²⁸⁴ Dabei ist für jeden betroffenen minderjährigen, abwesenden oder ungeborenen Miterben ein besonderer Pfleger zu bestellen.²⁸⁵ Ändert der Testamentsvollstrecker aufgrund der Anhörung nach Erstellung des neuen Auseinandersetzungsplanes die Erben wiederum anzuhören.

Wird die Anhörung unterlassen, führt dies nicht zur Unwirksamkeit des Auseinandersetzungsplans. Ggf. begründet die aber eine Haftung des Testamentsvollstreckers.²⁸⁶ Ebenso ist eine Genehmigung des Plans durch die Erben nicht erforderlich. Der Testamentsvollstrecker kann sogar den Plan auch gegen Einwendungen der Erben vollziehen.²⁸⁷

Sind als Miterben minderjährige oder unter Betreuung stehende Personen vorhanden, so bedarf der Plan keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sofern der Testamentsvollstrecker einen Plan aufstellte, der sich im Rahmen seiner Befugnisse hält. Sind im Plan jedoch besondere Vereinbarungen enthalten, die den Anordnungen des Erblassers oder den gesetzlichen Vorschriften widersprechen oder sich nicht im Rahmen der Verfügungsbefugnis des

²⁸² So auch Lehmann AcP 188 (1988), 18.

²⁸³ Vgl. Offergeld S. 106; Pickel S. 149; Lauer S. 85; Schmucker S. 95.

²⁸⁴ Staudinger/Reimann § 2204 Rn 31; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 362.

²⁸⁵ A.M. für den Teilungsplan Damrau ZEV 1994, 4: Dieser begründet seine Ansicht damit, dass die minderjährigen Kinder "auf derselben Seite" stünden.

²⁸⁶ Pickel S. 149; Lauer S. 86 m.w.N..

²⁸⁷ Haegeler/Winkler Rn 519; Lafrenz JW 1903, 412.

Testamentsvollstreckers halten oder ein regelrechter Auseinandersetzungsvertrag geschlossen wird, bedarf es einer vormundschaftlichen Genehmigung.²⁸⁸

3.2.4.3 Durchführung des Auseinandersetzungsplanes

Sofern die Erben selbst eine Vereinbarung über die Auseinandersetzung treffen, ist diese vom Testamentsvollstrecker nur dann zu beachten, wenn es sich um eine abweichende Ausgleichspflicht nach §§ 2050 ff. BGB handelt²⁸⁹, da diese dispositiver Natur ist. Ferner, wenn die Erben sich gerade nicht auseinandersetzen wollen. Sind alle Erben damit einverstanden, kann der Testamentsvollstrecker nach vorheriger Zustimmung entgegen etwaiger Vorgaben zur Auseinandersetzung des Erblassers eine anderweitige Auseinandersetzung planen.²⁹⁰ An eine derartige Vereinbarung der Erben ist er aber nicht gebunden.²⁹¹

Hat der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse einen Auseinandersetzungsplan aufgestellt, so ersetzt dieser den eigentlich für eine Erbauseinandersetzung erforderlichen Auseinandersetzungsvertrag. Der Plan verpflichtet und berechtigt die Erben. Erst wenn der Testamentsvollstrecker den Plan für endgültig erklärt hat, ist dieser verbindlich, so dass die Erbauseinandersetzung nach dem Plan durchgeführt werden kann. Eine spätere Berichtigung ist nicht mehr möglich.²⁹²

Ist ein Auseinandersetzungsplan aufgestellt, enthält dieser ebenso eine Rechenschaftslegung. Für eine weitere Rechenschaftslegung ist daher kein Rechtsschutzbedürfnis mehr vorhanden, so dass ein zusätzlicher Bericht nicht mehr gefordert werden kann. Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen die Auseinandersetzung bereits durchgeführt wird, um Verzögerungen zu vermeiden, obwohl noch nicht alle Nachlassverbindlichkeiten ausgeglichen sind. Dann hat auf jeden Fall noch eine abschließende Rechenschaft zu erfolgen, damit der Erbe vom Erlöschen der Verbindlichkeit erfährt. Wie oben ausgeführt, sind die Erben anzuhören.

²⁸⁸ BGHZ 56, 275; Haegel/Winkler Rn 531; Palandt/Edenhofer § 2204 Rn 4.

²⁸⁹ Soergel/Damrau § 2204 Rn 20; Staudinger/Reimann § 2204 Rn 25.

²⁹⁰ Vgl. BGHZ 40, 115; BGHZ 56, 275.

²⁹¹ Zimmermann Rn 675; Lafrenz JW 1903, 412 f., der dies ausführlich mit den Protokollen zu § 2204 BGB begründet, wonach ausdrücklich der Testamentsvollstrecker von den Weisungen der Erben unabhängig sein soll und die Pflicht zur Auseinandersetzung hat.

²⁹² RG Warn 1939 Nr. 9; Haegel/Winkler Rn 522 Fn. 6; Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 243; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 366.

3.2.4.4 *Auswirkung der Zustimmung der Erben zum Auseinandersetzungsplan*

Es bestehen für die Erben zwei Möglichkeiten. Entweder sind sie mit dem Auseinandersetzungsplan einverstanden oder nicht. Sofern sie mit dem Auseinandersetzungsplan einverstanden sind, können sie diese Zustimmung entweder ausdrücklich oder konkludent erklären. Entgegen *Zimmermann*²⁹³ kann nicht bereits ein Schweigen auf den Plan innerhalb einer angemessenen Frist als Zustimmung aufzufassen sein.²⁹⁴ Ein bloßes Schweigen zum Plan reicht nur dann als Zustimmung, wenn der Erbe verpflichtet gewesen wäre, gegenüber dem Testamentsvollstrecker seinen ablehnenden Willen zu äußern.²⁹⁵ Eine derartige Pflicht des Erben besteht nicht. Der Testamentsvollstrecker kann zudem ohne oder sogar gegen den Willen der Erben den Auseinandersetzungsplan durchführen. Dementsprechend muss eine Fristsetzung durch den Testamentsvollstrecker grundsätzlich rechtlich folgenlos für den Erben bleiben. Regelmäßig werden die späteren Verfügungen zur Durchführung des Auseinandersetzungsplans geduldet, worin ggf. eine konkludente Zustimmung liegen kann.²⁹⁶ Eine Annahme eines Auflassungsangebotes muss aber nicht zwingend eine Zustimmung zum gesamten Auseinandersetzungsplan sein, denn der Erbe nimmt nur eine Teilleistung entgegen.

Ebenso liegt keine Zustimmung vor, wenn der Testamentsvollstrecker Vermögenswerte an den Erben überträgt oder ihm Geld überweist und dieser die Gegenstände oder Geldbeträge nicht zurückgibt.

Der herrschenden Ansicht²⁹⁷, die eine Zustimmung und damit einen konkludent geschlossenen Auseinandersetzungsvertrag aufgrund der Mitwirkungshandlung zum Auseinandersetzungsplan recht schnell annimmt, ist entgegen zu halten, dass der einzelne Erbe zwar bei der Ausführung des Auseinandersetzungsplanes mitwirkt, aber doch nur deshalb, damit er seinen Anteil erhält. Ob er gleichzeitig zusammen mit den weiteren Erben – und dies ist entscheidend – einen Vertrag mit dem Testamentsvollstrecker und gleichzeitig mit den Miterben schließen will, ist häufig fraglich. Daher muss ein gemeinsamer Vertragswille auf jeden Fall bei der konkludenten Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan deutlich werden. Das einseitige Abstellen auf die einzelne Mitwirkungshandlung der Erben ist falsch.

²⁹³ So Zimmermann Rn 675.

²⁹⁴ Falsch ist es übrigens, was immer wieder in der Praxis aber so formuliert wird, dass nach Ablauf der gesetzten Frist von der Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan ausgeht. Richtigerweise müsste der Testamentsvollstrecker deutlich machen, dass er nach Ablauf der Frist mit der Durchführung des Auseinandersetzungsplanes beginnt, denn er ist nicht von einer Zustimmung abhängig.

²⁹⁵ Vgl. Palandt/Heinrichs Einf 10 v § 116

²⁹⁶ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1981, 1278.

²⁹⁷ Vgl. nur Zimmermann Rn 683; Haegeler/Winkler Rn 518 m.w.N..

Erteilen die Erben ihre Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan ist fraglich, ob damit auch gleichzeitig eine Entlastung erklärt wird. Ein Zustimmung ist die Einverständniserklärung zu dem von einem anderen vorgenommenen Rechtsgeschäft.²⁹⁸ Der Auseinandersetzungsplan ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, zu deren Wirksamkeit keine Zustimmung Dritter notwendig ist. Der Auseinandersetzungsplan hat aber für die Erben den Zweck die Art und Weise der Auseinandersetzung zu erfahren. Er sagt nichts darüber aus, wie die gesamte Testamentsvollstreckung an sich verlaufen ist. Mit der Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan kann daher auch keine Entlastung verbunden sein.²⁹⁹

Sofern die Erben ihre ausdrückliche Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan erteilen, wird damit regelmäßig ein Auseinandersetzungsvertrag abgeschlossen.³⁰⁰ Voraussetzung ist dabei die Mitwirkung und Einigung aller Erben.³⁰¹ Dieser Vertrag tritt dann an die Stelle des Auseinandersetzungsplans.

3.2.5 Der Auseinandersetzungsvertrag

Der Auseinandersetzungsvertrag selbst ist formlos, soweit keine Vereinbarungen enthalten sind, die nach allgemeinen Bestimmungen formbedürftig³⁰² sind. Andernfalls sind die besonderen Formvorschriften einzuhalten.³⁰³ Sind jedoch Gegenstände betroffen, für deren Verfügung oder Verpflichtung eine bestimmte Form vorgesehen ist, muss auch der Auseinandersetzungsvertrag diese Form einhalten. Wenn im Rahmen der Erbausinandersetzung ein Miterbe alle Erbanteile übernimmt, ist dies kein nach § 2371 BGB formbedürftiger Erbteilsverkauf sein, sondern ein grundsätzlich formfreier Auseinandersetzungsvertrag.³⁰⁴

Besteht hinsichtlich eines Miterben Betreuung oder Pflegschaft oder Vormundschaft, so bedarf der Auseinandersetzungsvertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 2 BGB, nicht jedoch, wenn Eltern i.S.d. § 1643 Abs. 1 BGB für ihre Kinder handeln. Wenn die Eltern selbst oder ein Verwandter von ihnen aus gerader Linie neben den Kindern an der Erbengemeinschaft beteiligt, so besteht ein Vertretungsverbot nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB. Somit muss ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB bestellt

²⁹⁸ Palandt/Heinrichs Einf v § 182 Rn 1.

²⁹⁹ Dazu unten 5.1.

³⁰⁰ BayObLG ZEV 1995, 371; Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 259; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 372; Zimmermann Rn 675.

³⁰¹ Haengele/Winkler Rn 518; Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 259.

³⁰² Bei Grundstücken nach § 311 b BGB, bei Geschäftsanteilen einer GmbH nach § 15 GmbHG.

³⁰³ Palandt/Edenhofer § 2042 Rn 4; Staudinger/Reimann § 2204 Rn 43.

³⁰⁴ Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 263; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 375; Schmucker S. 107; Haengele/Winkler Rn 518; Staudinger/Reimann § 2204 Rn 43.

werden, wobei für jeden Minderjährigen eine eigener Pfleger bestellt werden muss.³⁰⁵ Etwaige Genehmigungserfordernisse und Zustimmungspflichten zum Auseinandersetzungsvertrag richten sich nach den allgemeinen Rechtsbestimmungen.³⁰⁶ An Genehmigungserfordernissen kommen insbesondere in Betracht bei land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücken eine solche nach § 2 GrdstVG, bei Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel eine solche nach § 3 WährG, bei einer Grundstücksteilung eine nach § 19 BauGB.³⁰⁷

Die Vorteile eines Auseinandersetzungsvertrages sind vielfältig: So kann ohne weiteres von dem Willen des Erblassers abgewichen werden.³⁰⁸ Nicht zu unterschätzen ist die Befriedungsfunktion und ein weitreichender Ausschluss Haftungsgefahr für den Testamentsvollstrecker. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch die Zuteilung ein Miterbe mehr erhält, als seiner Teilungsquote entspricht.³⁰⁹

Hinsichtlich des Vertrages besteht ein Zustimmungsbedürfnis durch alle Miterben, auch die Nacherben müssen mitwirken³¹⁰, ebenso auch die Vermächtnisnehmer sofern die Vermächtnisse noch nicht erfüllt sind.³¹¹

Der Auseinandersetzungsvertrag bedarf wie der Teilungsplan wegen seiner rein schuldrechtlichen Wirkung eines Vollzugs durch Abgabe der entsprechenden dinglichen Verfügungsgeschäfte, also etwa der Auflassung von der Erbengemeinschaft an den einzelnen erwerbenden Erben.³¹²

Sofern kein ausdrücklicher Haftungsverzicht oder eine ausdrückliche Entlastung im Vertrag aufgenommen wurden, ist mit Abschluss des Auseinandersetzungsvertrages keinerlei Entlastung verbunden. Hier gilt das gleiche wie beim Auseinandersetzungsplan.

³⁰⁵ BGHZ 21, 229.

³⁰⁶ Es besteht insbesondere eine Zustimmungspflicht nach § 1365 BGB, wenn ein Miterbe im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt und sein Erbteil das ganze oder doch das wesentliche Vermögen bildet. BGHZ 35, 135. Nach BGH NJW 1991, 1739 besteht die Zustimmungspflicht dann, wenn der Ehegatten hierbei über mehr als 85 % seines Vermögens verfügt.

³⁰⁷ Nach der ab dem 1.1.1998 geltenden Neufassung des BauGB (§§ 19 ff.) besteht eine Genehmigungspflicht nur noch in bestimmten Fällen, insbesondere ist erforderlich, dass die Gemeinde eine solche ausdrücklich durch Satzung begründet hat. Dazu Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 376.

³⁰⁸ Haegle/Winkler Rn 530.

³⁰⁹ Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 260.

³¹⁰ BGHZ 57, 84; BayObLG FamRZ 1987, 104.

³¹¹ Haegle/Winkler Rn 518 ; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 374.

³¹² Schaub in: Bengel/Reimann Handbuch IV Rn 269.

3.3 Zwischenergebnis

Der Testamentsvollstrecker kann nicht nur von einem Erben entlastet werden. Neben dem Erben müssen trotz des fehlenden Verweises in § 2218 BGB auch Personen die Möglichkeit der Entlastung haben, die durch die Testamentsvollstreckung konkret betroffen sind, wie z.B. der Vermächtnisnehmer oder der Wertauflagenbegünstigte.

Die Entlastung erfolgt regelmäßig nach der Rechenschaftslegung durch den Testamentsvollstrecker bzw. nach Beendigung der Testamentsvollstreckung von Seiten der Erben.

Der Testamentsvollstrecker ist seinerseits zur umfassenden Information der Erben verpflichtet. So trifft ihn eine Aufklärungspflicht, einer Auskunfts- und Rechenschaftspflicht. Während die beiden ersten Pflichten unaufgefordert erfüllt werden müssen, muss der Testamentsvollstrecker nur auf Verlangen Rechnung legen. Die Aufklärungspflicht orientiert sich im Einzelfall an der Verantwortlichkeit und kann bei geplanten Risikogeschäften des Testamentsvollstreckers weitergehende Hinweis- und Beantwortungspflichten auslösen.

Entgegen einer verbreiteten Ansicht hat der Testamentsvollstrecker keinen Anspruch auf Überprüfung der Rechnungslegung durch die Erben. Zwischen Erben und Testamentsvollstrecker besteht gerade kein gegenseitiges Treueverhältnis wie im Auftragsrecht.

Des weiteren ist der Testamentsvollstrecker zur Aufstellung eines Auseinandersetzungsplanes verpflichtet, zu denen vorab die Erben nach § 2204 Abs. 2 BGB angehört werden müssen. Ein Schweigen auf einen Auseinandersetzungsplan innerhalb einer angemessenen Frist ist entgegen der Literaturansicht nicht als Zustimmung aufzufassen. Ein bloßes Schweigen zum Plan würde nur dann als Zustimmung ausreichen, wenn der Erbe verpflichtet gewesen wäre, gegenüber dem Testamentsvollstrecker seinen ablehnenden Willen zu äußern. Eine derartige Pflicht des Erben besteht nicht. Mit der Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan kann somit keine Entlastung verbunden sein

Erhebliche Vorteile hat ein Auseinandersetzungsvertrag, der besondere Befriedungsfunktion hat. Das einseitige Abstellen der Literatur auf die Mitwirkungshandlung im Form der Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan der Erben ist nicht zur Begründung eines Auseinandersetzungsvertrages ist geeignet. Vielmehr muss ein diesbezüglicher Wille deutlich werden. Sofern kein ausdrücklicher Verzicht auf eine Haftung des Testamentsvollstreckers im Vertrag aufgenommen wurde, muss dieser nicht zwingend eine Entlastung enthalten.

4 Vergleich mit den verschiedenen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Entlastungstatbestände

Nachdem festgestellt wurde, dass die Entlastung im allgemeinen ihrer Rechtsnatur nach keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat, soll nunmehr im besonderen auf die einzelnen Entlastungstatbestände der verschiedenen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften eingegangen werden. Im Vordergrund der Ausarbeitung stehen dabei die unterschiedlichen Tatbestände, die der jeweiligen Entlastung zu Grunde liegen. Ferner soll die in der Rechtsprechung und Literatur mit der Entlastung vertretene Ansicht hinsichtlich der Rechtswirkung näher beleuchtet werden, um mögliche Schlussfolgerungen für die Entlastungssituation beim Testamentsvollstrecker ziehen zu können.

4.1 Die Entlastung des Vorstandes im Aktienrecht nach § 120 Abs. 2 AktG

4.1.1 Allgemeines

Vor Einführung des Aktiengesetzes galt für die Entlastung des Geschäftsführers einer Aktiengesellschaft § 260 HGB in seiner Fassung vom 10.05.1887. Danach hatte die Generalversammlung über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates zu bestimmen. In seiner Entscheidung vom 06.02.1917³¹³ erklärte das *Reichsgericht* die Befugnis des Vorstandes, die von der Generalversammlung verweigerte Entlastung einzuklagen. In seiner Begründung führte es aus, das Gesetz lasse deutlich erkennen, „daß der Verwaltung, die durch die Vorlage der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie durch die Abgabe der sonst etwa erforderlichen Erklärungen eine, soweit zu sehen, einwandfreie Geschäftsführung nachgewiesen hat, die Entlastung nicht aus Willkür verweigert werden darf.“

Einen Anspruch auf Entlastung wurde somit in den Fällen bejaht, in denen einerseits der Vorstand die Rechenschaftspflicht erfüllt hat und andererseits kein eine Schadensersatzpflicht begründendes Verhalten des Vorstandes vorliegt, wofür die Gesellschaft darlegungs- und beweispflichtig ist.³¹⁴

Die Folge dieser Rechtsprechung des *Reichsgerichts* war, dass im Falle der ausgesprochenen Entlastung für eine bestimmte Geschäftsführungszeit der Gesellschaft diesbezüglich keinerlei Schadensersatzansprüche mehr zustehen.³¹⁵

Mit der Einführung des Aktiengesetzes vom 30.01.1937 wurde die Entlastung näher geregelt.

³¹³ RGZ 89, 396. Zuvor bereits obiter dictum in RGZ 76, 247.

³¹⁴ Dazu Buchner GmbHR 1988, 9.

³¹⁵ Vgl. Wehl DJ 1937, 936.

Nach §§ 119 Abs. 1 Nr.3, 120 AktG hat die Hauptversammlung alljährlich in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates für das vergangene Geschäftsjahr zu beschließen. Wegen § 120 Abs. 3 AktG soll die Verhandlung über die Entlastung mit der Verhandlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes verbunden werden. Im Rahmen der Neufassung des Aktienrechts im Jahre 1965 kam es zu einer Neuregelung der Rechtsfolgen der aktienrechtlichen Entlastung. Die Bestimmung des § 120 AktG ist weit auszulegen.³¹⁶ So wird nicht nur die Entlastungsfolge an sich geregelt, sondern auch die Beschränkung der Abberufungsmöglichkeit des Vorstandes ausgeschlossen.³¹⁷ Der Entlastungsbeschluss muss dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat nicht besonders mitgeteilt werden, zumal diese nach § 118 Abs. 2 AktG verpflichtet sind, an der Hauptversammlung teilzunehmen. Demzufolge reicht eine formlose Kundgabe.³¹⁸ Über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat ist jeweils getrennt abzustimmen. Die Organe der Gesellschaft können sich nicht gegenseitig Entlastung erteilen. Über die Entlastung entscheidet die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit gem. § 133 AktG. In der Feststellung des Jahresabschlusses und seiner Billigung soll keine Entlastung liegen. Einem Stimmverbot unterliegen nach § 136 AktG die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates, die gleichzeitig Aktionäre sind. Sie dürfen lediglich bei Einzelentlastung der anderen Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder mitstimmen.³¹⁹ Die Entlastung ist keinesfalls Voraussetzung für die Beendigung des Amtes eines Aufsichtsratsmitglieds o.ä.. Nach der neueren Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes*³²⁰ endet die Zugehörigkeit des Aufsichtsratsmitgliedes auch ohne Entlastungsbeschluss spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Hauptversammlung für das vierte Geschäftsjahr seit seinem Amtsantritt hätte beschließen müssen.

4.1.2 Rechtsfolgen der Entlastung

Nach der Rechtsprechung³²¹ bezieht sich die Entlastung als Billigung der Verwaltung notwendigerweise auf die Vergangenheit, also regelmäßig auf das abgelaufene Geschäftsjahr.³²²

³¹⁶ Nägele/Nestel BB 2000, 1254; zu der alten Rechtslage ab 1937: Wehl DJ 1937, 936 ff.

³¹⁷ GK AktG/Mülbert § 120 Rn 32 ff.; Nägele/Nestel BB 2000, 1254.

³¹⁸ Hüffer § 120 Rn 4; Schuler NJW 1960, 601. Die Befürworter des angeblichen rechtsgeschäftlichen Charakters der Entlastung fordern hingegen zu Unrecht noch zusätzlich eine rechtsgeschäftliche Erklärung und deren Zugang.

³¹⁹ Pinner DJZ 1903, 470.

³²⁰ BGH NZG 2002, 916.

³²¹ BGH NJW 1986, 129 = BGHZ 94, 324 ff.

³²² Hüffer § 120 Rn 2; Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 120 Rn 11 ff.

Ferner ist aber auch mit der Entlastung eine Vertrauenskundgabe für die künftige Verwaltung der Gesellschaft verbunden.³²³

Nach § 120 Abs. 2 S. 2 AktG enthält die Entlastung keinen Verzicht auf Ersatzansprüche. Dementsprechend gibt es im Unterschied zum Recht der GmbH keine Präklusionswirkung.³²⁴ Etwaige gegen einen Vorstand gerichtete Ansprüche bestehen auch nach erfolgter Entlastung. Selbst ein Entlastungsbeschluss, der nach Ablauf der in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG geregelten dreijährigen Sperrfrist mit einfacher Mehrheit ergeht, hat keine Schadensersatz ausschließende Wirkung.³²⁵

Somit spielt auch die sehr umstrittene rechtsdogmatische Einordnung der Entlastung im Gesellschaftsrecht im Rahmen des Aktienrechts keine weiterführende Rolle. Die Billigung der Verwaltung ist lediglich die gesetzliche Folge des gegenüber den Organmitgliedern kundgemachten Hauptversammlungsbeschlusses.³²⁶ Insofern ist es eher eine moralische als eine rechtliche Billigung der Verwaltung.³²⁷

Wird die Stimmenmehrheit nach Maßgabe des § 133 AktG im Rahmen der Hauptversammlung erreicht, gilt automatisch die Entlastung als erteilt. Andernfalls gilt sie als verweigert. Diese Verweigerung der Entlastung bleibt jedoch ohne direkte rechtliche Folgen für die Amtsstellung des jeweiligen Betroffenen.³²⁸ Eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern fällt ohnehin nicht in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung, sondern ist dem Aufsichtsrat wegen § 84 AktG vorbehalten. Allerdings kann eine Entlastungsverweigerung ein Vertrauensentzug sein, der wiederum ein wichtiger Grund für einen Widerruf der Bestellung i.S.d. § 84 Abs. 3 S. 2, 3. Alt. AktG sein kann.

Die Hauptversammlung kann nicht nach Belieben Entlastung erteilen, sondern die Entlastung setzt nach herrschender Ansicht³²⁹ ein gesetz- und satzungsmäßiges Verhalten des zu Entlastenden voraus. Letztendlich spielt dies aber keine Rolle, da nach dem Wortlaut des § 120 Abs. 2 S. 1 AktG die Entlastung keinerlei Verzicht auf Ersatzansprüche nach sich zieht. Da die Entlastung also folgenlos bleibt, sind die Voraussetzungen für eine Entlastung ohne Relevanz.

³²³ BGHZ 94, 324; BGH WM 1977, 361 ff.

³²⁴ Vgl. zur alten Rechtslage noch Schippert BB 1958, 1192, der die Wirkung eines negativen Schuldanerkenntnis annimmt. Ebenso Wehl DJ 1937, 937.

³²⁵ Noch zur fünfjährigen Sperrfrist in § 84 Abs. 4 AktG a.F. vgl. dazu BGH NJW 1959, 192.

³²⁶ Hüffer § 120 Rn 4.

³²⁷ Nägele/Nestel BB 2000, 1254 m.w.N..

³²⁸ Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 120 Rn 43; Hüffer § 120 Rn 16.

³²⁹ Buchner GmbHR 1988, 12; Hueck GmbHR 1959, 189; Hüffer Aktiengesetz § 120 Rn 11 m.w.N..

Eine Teilentlastung ist nur dann zulässig, wenn es sich um sachlich oder zeitlich abgrenzbare Teilbereiche handelt, über die gesondert entlastet werden kann. Andernfalls verstößt eine Teilentlastung gegen § 120 Abs. 2 S. 1 AktG, da nicht Kernbereiche ausgeklammert werden können.³³⁰

4.1.3 Anspruch auf Entlastung

Ein Anspruch auf Entlastung besteht nach einhelliger Auffassung im Aktienrecht nicht.³³¹ Wenn § 120 Abs. 2 S. 2 AktG keine Verzichtsfolgen an die Entlastung knüpft, hat der Entlastende lediglich durch die Entlastung einer Vertrauenskundgabe. Eine derartige Kundgabe kann aber gerade nicht zwangsweise eingefordert werden.

4.2 Die Entlastung des GmbH-Geschäftsführers nach § 46 Abs. 5 GmbHG

4.2.1 Allgemeines

Im Gegensatz zur aktienrechtlichen Regelung hat der Gesetzgeber sich entschieden, keine entsprechende Vorschrift in das GmbHG einzufügen. Insofern gibt es kein einheitliches Verständnis von der Entlastung im Kapitalgesellschaftsrecht.³³² Nach § 46 Abs. 5 GmbHG wird lediglich der Aufgabenkreis der Gesellschafter dahingehend geregelt, dass diese die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben bestimmen. Im Unterschied zum Aktienrecht gibt es somit keinen Bezug der Norm auf die Mitglieder anderer Gesellschaftsorgane wie etwa die eines Aufsichtsrates.³³³ Wie bei allen gesellschaftsrechtlichen Entlastungen handelt es sich bei der Entlastung um einen „innenpolitischen Akt“ der Gesellschaft³³⁴ als Bestandteil der allgemeinen Aufsicht der Gesellschafter. Nach der herrschenden Ansicht in Literatur³³⁵ und Rechtsprechung³³⁶ enthält die Entlastung nicht nur eine vergangenheitsbezogene, sondern auch eine Zukunftskomponente. Es wird also nicht nur die

³³⁰ Dazu ausführlich Sethe ZIP 1996, 233 ff.; a.A. Pinner DJZ 1903, 470, der nur er eine Entlastung der einzelnen Mitglieder des Organs statt des gesamten Organs für möglich hält.

³³¹ Ganz h.M.: Statt aller: Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 120 Rn 33 ff.; Hüffer § 120 Rn 4 m.w.N.; Anders noch wegen der alten Rechtslage RGZ 89, 396; RG JW 1936, 1893; BGH NJW 1959, 1082; OLG Hamburg BB 1960, 996; Schuler NJW 1960, 602; Neßlin NJW 1959, 1666.

³³² Michalski/Römermann § 46 Rn 263.

³³³ Allerdings ergibt sich die Kompetenz zur Entlastung dieser Personen aus der Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung.

³³⁴ Scholz/Schmidt § 46 Rn 89.

³³⁵ Schmidt ZGR 1978, 429; Lutter/Hommelhoff § 46 Rn 14; Rowedder/Koppensteiner § 46 Rn 22; Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 55; Sigle DStR 1992, 469. Kritisch hingegen Buchner GmbHR 1988, 13.

³³⁶ BGHZ 94, 326ff m.w.N..

vergangene Amtsführung gebilligt, sondern auch für die künftige das Vertrauen ausgesprochen.

Auch die Entlastung im GmbH-Recht setzt eine Rechnungslegung voraus, die regelmäßig im Zusammenhang mit der Feststellung des Jahresabschlusses für das abgelaufene Geschäftsjahr erteilt wird. Allerdings kann eine Entlastung auch für eine kürzere oder längere Rechnungslegungsperiode erfolgen. Die Feststellung des Jahresabschlusses muss nicht zwingend gleichzeitig auch eine Entlastung nach sich ziehen.³³⁷ Der Beschluss bedarf vorbehaltlich einer anderweitigen Satzungsregelung der einfachen Stimmenmehrheit, wobei der betroffene Geschäftsführer wegen § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG selbst kein Stimmrecht hat.

4.2.2 Rechtsfolgen der Entlastung

Nicht nur die Rechtsnatur der Entlastung ist Rechtsprechung und Schrifttum höchst umstritten, sondern insbesondere auch die zutreffende Zuordnung der allgemein anerkannten Präklusionswirkung. Dies liegt darin begründet, dass die überwiegenden Versuche, die Rechtsnatur der Entlastung zu deuten, über deren Rechtsfolgen erfolgen. Die einzelnen Problemkreise sind bereits in Ziffer 2 eingehend erläutert worden, so dass nachfolgend lediglich auf die Rechtsfolge an sich Bezug genommen wird. Die unterschiedlichen Lösungsansätze stimmen nur im Punkt der Präklusionswirkung der Entlastung überein und darin, dass wegen Fehlens einer wie in § 120 Abs. 2 AktG erfolgten Regelung ein eigenständiges Entlastungsverständnis im Recht der GmbH besteht. Die zwischenzeitlich vorwiegend vertretene Ansicht in der Literatur stützt sich auf die Entscheidung des *Bundesgerichtshofes*³³⁸ vom 20.05.1985, die wiederum auf den Ausführungen von *Karsten Schmidt*³³⁹ zur Entlastung fußt. Danach erfolgt im Bereich der GmbH keine rechtsgeschäftliche Erklärung der Wirkung der Entlastung im Sinne eines Erlassvertrages oder negativen Schuldanerkenntnisses mehr, sondern bei der Entlastung soll es sich um ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Institut handeln, welches sich einer Einordnung in die vertragsrechtlichen Kategorien des BGB entzieht.³⁴⁰

Durch die Entlastung begibt sich die GmbH des Rechts, aus den zum Gegenstand der Entlastungsentscheidung gemachten Maßnahmen oder Versäumnissen des Geschäftsführers Rechtsfolgen gegen ihn herzuleiten.³⁴¹ Unabhängig davon, ob man die Entlastung rechtsge-

³³⁷ RGZ 112, 26; Fleck GmbHR 1974, 228; Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 60; Rowedder/Koppensteiner § 46 Rn 23; Scholz/Schmidt § 46 Rn 96.

³³⁸ BGHZ 94, 324 ff. = NJW 1986, 126 ff.

³³⁹ In der ZGR 1978, 425 ff.

³⁴⁰ Michalski/Römermann § 46 Rn 265; Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 57; Scholz/Schmidt § 46 Rn 90; Baumbach/Hueck/Zöller § 46 Rn 26; Schönle ZHR 126, 210.

³⁴¹ So Scholz/Schmidt § 46 Rn 89.

schäftlich begründet oder nicht, so ist es nach allen Auffassungen zur Begründung entweder eines Rechtsgeschäfts oder aber eines Vertrauenstatbestandes notwendig, den Beschluss dem Geschäftsführer mitzuteilen, damit eine Präklusionswirkung eintreten kann.

Welchen Umfang die Präklusionswirkung der Entlastung tatsächlich haben soll, bleibt im Schrifttum häufig im nebulösen. Teilweise wird schlicht von „*gewissen Präklusionswirkungen*“³⁴² gesprochen, ohne aber dies zu präzisieren. Teilweise wird behauptet, die Entlastung habe eine „*ähnliche Wirkung wie ein Verzicht auf Ersatzansprüche*“.³⁴³ Im einzelnen sind Rechtsprechung und Literatur sich dahin einig, dass die GmbH keine Schadensersatzansprüche mehr gegen den Geschäftsführer geltend machen kann. Zudem erfolgt die Wirkung der Präklusion einseitig, d.h. nur in Richtung des Geschäftsführers. Insoweit liegt gerade keine Generalvereinbarung zwischen den beteiligten Personen und der Gesellschaft vor.

Die von der Präklusion erfassten Tatsachen betreffen ebenso nur den Zeitraum, auf den sich die Entlastung bezieht. Da die Gesellschafter im Rahmen der Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung besonders kontrollieren oder zuvor die Durchsicht der Geschäftsunterlagen vornehmen, da sie hierzu nicht imstande sind, umfasst die Präklusion grundsätzlich nicht alle in Betracht kommenden objektiv bestehenden Ansprüche.³⁴⁴ Aus diesem Grunde kann sich die Präklusion nur auf solche Tatsachen erstrecken, die die Gesellschafter aufgrund der Berichterstattung durch die Geschäftsführung oder aus den von ihnen vorgelegten Unterlagen kennen oder bei sorgfältiger Prüfung hätten erkennen können.³⁴⁵

Was im einzelnen erkennbar ist, wurde von der Rechtsprechung und Literatur dahingehend präzisiert, Erkennbarkeit sei anzunehmen, wenn die Informationen und Unterlagen ersichtlich unklar oder unvollständig sind.³⁴⁶ Dann besteht die Pflicht zur Nachfrage und Nachforschung. Andernfalls gelten die Unzulänglichkeiten als bewusst in Kauf genommen.³⁴⁷ Wenn allerdings der Geschäftsführer etwaigen aufkommenden Fragen und Zweifeln der Gesellschafter mit bewusst unvollständigen oder falschen Angaben begegnet, hat eine derartig erschlichene Entlastung keine Präklusionswirkung.

³⁴² So Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 26.

³⁴³ Insbes. RG HRspr 1941 Nr 132.

³⁴⁴ Michalski/Römermann § 46 Rn 279; Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 62.

³⁴⁵ So die allgemeine Ansicht: BGHZ 94, 326; BGHZ 97, 384; RG DR 1941, 50; Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 26; Lutter/Hommelhoff § 46 Rn 14; Rowedder/Koppensteiner § 46 Rn 22; Scholz/Schmidt § 46 Rn 94 m.w.N..

³⁴⁶ Scholz/Schmidt § 46 Rn 94 m.w.N..

³⁴⁷ Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 62; Scholz/Schmidt § 46 Rn 94.

Sofern die Gesellschafter außerhalb der erteilten Auskünfte und der Rechnungslegung durch den Geschäftsführer Kenntnis von relevanten Tatsachen erhalten, die seine anstehende Entlastung zweifelhaft erscheinen lassen, kommt es richtiger Weise darauf an, ob alle Gesellschafter, d.h. auch nicht mitstimmende oder überstimmte, positive Kenntnis von den Tatsachen bei der Entlastung hatten.³⁴⁸ Wenn der Gesellschafter diese auf der Gesellschafterversammlung, bei der über die Entlastung entschieden wird, hierzu schweigt, darf dies nicht zu Nachteilen für alle Gesellschafter führen. Dennoch hat die höchstgerichtliche Rechtsprechung³⁴⁹ gewisse Einschränkungen gemacht. So soll für die Präklusion für die Gesellschaft ausreichend sein, wenn der Mehrheitsgesellschafter in seiner Eigenschaft als Mitgeschäftsführer eigene positive Kenntnis von relevanten Tatsachen hatte. Im Schrifttum wird diese Ansicht zu Recht kritisiert.³⁵⁰ Nur für die Fälle in denen die in Frage stehende Tatsache auch andere Geschäftsführer und nicht nur den Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer belastet, mag eine Präklusion richtig sein. Eine ordnungsgemäße Willensbildung über die Entlastung ist aber nicht möglich, wenn nur ein Teil der Gesellschafter hiervon Kenntnis hat, sei es auch der überwiegende.³⁵¹ Die (Minderheits-)Gesellschafter müssen sich nicht die Kenntnis der anderen Gesellschafter als eigene zurechnen lassen, da die Gesellschafterversammlung die Entlastung erteilt und nicht die (Mit-)Geschäftsführer.

Bei den von der Präklusion erfassten Ansprüchen handelt es sich vorwiegend um Schadensersatzansprüche der GmbH gegen den Entlasteten. Zudem ist der GmbH auch ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung und Ansprüche aus §§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 BGB durch die Entlastung genommen.³⁵² Ebenso sind etwaige Auskunftsansprüche, Einsichtnahmerechte und der Anspruch auf Rechnungslegung präkludiert.³⁵³ Allerdings besteht hier eine Art Akzessorietät, die vorgenannten Ansprüche können nur in dem Maße wegfallen, wie sie aus den Schadensersatzansprüchen etc. gegen den Geschäftsführer resultieren. Somit fällt bspw. das weitgehende Informationsrecht aus § 51 a GmbHG nicht durch eine Entlastung des Geschäftsführers fort.

³⁴⁸ BGH NJW 1959, 192; BGH NJW 1986, 129 = BGHZ 94, 324.

³⁴⁹ BGH NJW 1969, 131.

³⁵⁰ Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 63; Scholz/Schmidt § 46 Rn 94 m.w.N..

³⁵¹ So zu Recht Michalski/Römermann § 46 Rn 285.

³⁵² BGHZ 97, 382 ff.; Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 62; Michalski/Römermann § 46 Rn 287; Sigle DStR. 1992, 471.

³⁵³ Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 62; Scholz/Schmidt § 46 Rn 94 m.w.N..

Die Gesellschafter können ferner nach erfolgter Versammlung eine Abberufung, sofern diese laut Anstellungsvertrag begründet sein muss oder eine Kündigung nicht auf Tatsachen stützen, die den Zeitraum betrifft, der von der Entlastung umfasst wird.³⁵⁴

Allerdings hat die Präklusionswirkung auch Grenzen. So können die Gesellschafter nicht über solche Ansprüche Verfügungen treffen, die Ihnen nicht zustehen. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen Gesellschaftsgläubiger betroffen sind, also es um die Sicherung der Interessen Dritter geht. Wenn die Geschäftsführer gegen die Vorschriften der Kapitalerhaltung oder –aufbringung aus §§ 9 b, 43 Abs. 3 GmbHG verstoßen, so hat eine Entlastung gegenüber dem Geschäftsführer nicht die Folge, dass der Geschäftsführer nach erfolgter Entlastung nicht mehr diesbezüglich haftet.³⁵⁵ Ebenso bleibt es bei der Haftung des Geschäftsführers bei einem Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht aus § 64 Abs. 2 GmbHG. Hier kommt es dann jedoch darauf an, ob sich zum Zeitpunkt der Entlastungsentscheidung die GmbH bereits in einer Insolvenzlage befand. Wenn dies der Fall war, tritt in dem Umfang keine Präklusionswirkung ein, in dem der gegen den Geschäftsführer bestehende Anspruch zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird.^{356 357}

4.2.3 Anspruch auf Entlastung

Zunächst bestand in Rechtsprechung³⁵⁸ und Literatur Einigkeit³⁵⁹ darüber, dass der Geschäftsführer einer GmbH einen Anspruch auf Entlastung hat, der notfalls mittels einer Leistungsklage durchsetzbar ist. Durch das Urteil vom 20. Mai 1985 des 2. Zivilsenates des *Bundesgerichtshofes*³⁶⁰ wurde klargestellt, dass der Geschäftsführer einer GmbH gegen diese keinen mit einer Leistungsklage durchsetzbaren Anspruch auf Entlastung hat. Ferner stellte es fest, dass ein Geschäftsführer ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung nur dann habe, wenn sich die Gesellschafter Ersatzansprüche berühren, die aus konkret bezeichneten Pflichtverletzungen entstanden sind. Es könne dabei aber nur darum gehen, dass die be-

³⁵⁴ BGHZ 94, 326; BGH NJW 1969, 131; Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 26; Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 62; Michalski/Römermann § 46 Rn 289 f.; Scholz/Schmidt § 46 Rn 94.

³⁵⁵ Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 64; Michalski/Römermann § 46 Rn 292 f.; Scholz/Schmidt § 46 Rn 95.

³⁵⁶ So Michalski/Römermann § 46 Rn 293; Scholz/Schmidt § 46 Rn 95.

³⁵⁷ Auch bei den Autoren, die die Entlastung richtigerweise nicht rechtsgeschäftlich deuten, kommt in diesen Fällen zudem eine Anfechtung der Entlastung nach § 132 Abs. 2 InsO in Betracht, da es sich bei der Entlastung wenigstens um eine anfechtbare „Rechtshandlung“ im Sinne der InsO handelt (vgl. Michalski/Römermann § 46 Rn 293; Scholz/Schmidt § 46 Rn 95 m.w.N.).

³⁵⁸ RGZ 89, 397; OLG Hamburg BB 1960, 996.

³⁵⁹ Brox BB 1960, 1226; Hueck GmbHR 1959, 190 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 29 mw.N..

³⁶⁰ II ZR 165/84 = BGHZ 94, 324-330 = WM 1985, 1200-1201 = EBE/BGH 1985, 346-347 = BB 1985, 1869-1871 = DB 1985, 2290-2291 = ZIP 1985, 1325-1327 = NJW 1986, 129-130 = MDR 1986, 125-125 = WuB II C § 46 GmbHG 1.86 279-280.

zeichneten Ansprüche nicht bestehen. Eine weitergehende Feststellung, dass der Gesellschaft aus einer Entlastungsperiode auch sonstige Ansprüche, derer sie sich nicht berührt hat, nicht zustehen, kommt daneben nicht in Betracht.

Gegen die alte aktienrechtliche Rechtsprechung des *Reichsgerichts*³⁶¹, die eine Entlastungsklage für zulässig erachtet hatte, hatte nun der *Bundesgerichtshof* die Kritik in der Literatur aufgegriffen und übereinstimmend erklärt, dass die Entlastungsklage nichts anderes sei als eine Klage auf Verzicht der Gesellschaft auf etwaige ihr zustehende Ansprüche, auf den der Geschäftsführer keinen Anspruch habe.³⁶² Hat die Gesellschaft Ersatzansprüche, so sei kein Grund ersichtlich, weshalb sie darauf verzichten sollte; müssten andererseits die Gesellschafter verzichten, weil die Geschäftsführung ordnungsgemäß war, so gäbe es nichts, worauf sie verzichten könnten.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Geschäftsführer einer GmbH klagte gegen die GmbH auf Entlastung für das Jahr 1981, hilfsweise auf Feststellung, dass der GmbH aus seiner Geschäftsführung im Jahre 1981 keine Ersatzansprüche erwachsen sind. Die GmbH erteilte dem Geschäftsführer auf der Gesellschaftsversammlung keine Entlastung mit der Begründung, er habe durch eine pflichtwidrige Handlung der GmbH Schaden zugefügt. Die Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben. Die Revision der GmbH führte zur Abweisung der Klage. Der *Bundesgerichtshof* führte zur Begründung aus, ein Recht auf Entlastung wäre weder mit deren Zweck vereinbar noch um der an sie geknüpften - im Belieben aller Gesellschafter stehenden und deshalb nicht erzwingbaren - Rechtsfolgen willen geboten. Die Gesellschafter würden ähnlich wie beim § 120 Abs. 2 AktG bei der Entlastung des Geschäftsführers seine Amtsführung für die Dauer der zurückliegenden Entlastungsperiode billigen und sprechen ihm gleichzeitig für die künftige Geschäftsführung ihr Vertrauen aus, sofern nicht im Einzelfall die Umstände ergeben, dass nur eine Entscheidung für die Vergangenheit gewollt ist. Nicht jeder Pflichtenverstoß des Geschäftsführers führt zwangsläufig zur Verweigerung der Entlastung. Insoweit steht sich der Geschäftsführer einer GmbH besser als der einer Aktiengesellschaft.³⁶³

Die Aufgabe der Rechte der GmbH, die durch die Präklusion betroffen sind, kann der Geschäftsführer von der Gesellschaft ebensowenig fordern, wie den eigentlichen Beschlussgegenstand, nämlich die Billigung der bisherigen und das Vertrauen in die künftige Geschäfts-

³⁶¹ RGZ 89, 396 = JW 1917, 658 m. Anm. Breit, JW 1917, 657; Boeters und Flechtheim, JW 1920, 699 und 700.

³⁶² Unter Bezugnahme auf Schmidt, ZGR 1978, 441.

³⁶³ Grunewald NZG 2000, 1137.

führung. Vertrauen ließe sich nicht erzwingen. Aber auch die Geschäftsführung der zurückliegenden Entlastungsperiode wird nicht nur danach beurteilt, ob der Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG angewandt und über sie ordnungsgemäß Rechnung gelegt hat. Die Gesellschafterversammlung befindet, wenn sie den Geschäftsführer entlastet, auch darüber, ob dieser innerhalb der Grenzen, die Gesetz, Satzung oder Einzelanweisung seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und Verantwortung ziehen, seine unternehmerischen Entscheidungen zweckmäßig getroffen, ob er - mit anderen Worten - bei der Führung des Unternehmens eine „glückliche Hand“ gehabt hat.³⁶⁴

Das Gericht billigte zudem bei der Beurteilung der Entlastungsfrage der Gesellschafterversammlung eine breite Spanne des Ermessens zu, die es ihr erlaubt, die Entlastung zu erteilen oder zu verweigern, ohne einen Gesetzesverstoß zu begehen. Der 18. Zivilsenat des *OLG Köln*³⁶⁵ hat in seinem Urteil vom 13. Juli 2000^{18 U 37/00} diese Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass ein Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Entlastung des Geschäftsführers ist nur dann anfechtbar sei, wenn das weite Ermessen der Gesellschafterversammlung bei der Beschlussfassung soweit reduziert ist, dass ausschließlich die Verweigerung der Entlastung ermessensfehlerfrei ist.³⁶⁶ Der mit der Entlastung verbundene Verzicht auf Schadensersatzansprüche aus bekannten oder bei sorgfältiger Prüfung erkennbaren Vorgängen schränkt den insoweit bestehenden Ermessenspielraum der Gesellschafterversammlung nicht ein, zumal § 120 Abs. 2 S. 2 AktG keine entsprechende Anwendung findet. Der Ermessenspielraum der Gesellschafterversammlung ist zudem größer als derjenige des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Dies ist bereits wegen der unterschiedlichen Stellung der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats richtig. Die für einen Minderheitsgesellschafter missliche Lage lässt jedoch nicht durch eine analoge Anwendung, des auf eine ganz andere Situation zugeschnittenen § 147 AktG verbessern. Hierfür ist kein Platz, denn die Rechtsposition eines Minderheitsgesellschafters lässt sich ohne weitere durch entsprechende Satzungsregeln ausbauen. Allenfalls kommt in Einzelfällen, wie z.B. bei enger Verbindung von Ge-

³⁶⁴ So ausdrücklich BGH NJW 1986, 129 f. = BGHZ 94, 324 f..

³⁶⁵ 18 U 37/00 in: NZG 2000, 1135-1137 = DB 2001, 31-32 = GmbHR 2001, 112-114 = OLGR Köln 2001, 80-81 = VersR 2001, 905-906 = DStZ 2001, 99. Die Entscheidung liegt auf der Linie der Judikatur des BGH wie z.B. der sog. ARAG-Entscheidung (BGH ZIP 1997, 883). Nach OLG Düsseldorf DB 1996, 974-975 = ZIP 1996, 1083-1091 = AG 1996, 373-378 = GmbHR 1996, 689-697 = EWIR 1996, 555 = ZIP 1997, 887 kann ebenfalls das der Gesellschafterversammlung einer GmbH prinzipiell eingeräumte Ermessen im Einzelfall "bis auf Null" schrumpfen und sich insoweit zu einer Pflicht verdichten, und zwar mit der Folge, dass ein Beschluss, mit dem ein entsprechender Antrag abgelehnt wird, seinem Inhalt nach als entsprechender Antrag abgelehnt wird, seinem Inhalt nach als gesetzwidrig und damit nichtig anzusehen ist.

³⁶⁶ Zustimmend Grunewald NZG 2000, 1137.

schaftsführer und Mehrheitsgesellschafter, eine Reduktion des weiten Ermessens in Betracht.³⁶⁷

Nach alledem hat der Geschäftsführer keine Möglichkeit, die innerhalb des Ermessensrahmens liegende Versagung der Entlastung gerichtlich nachprüfen zu lassen. Etwas anderes gilt auch nicht bei willkürlicher Versagung der Entlastung also aus offenbar unsachlichen Gründen. Hierin könnte zwar eine Verletzung des Dienstverhältnisses zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH liegen, die den Geschäftsführer zur Niederlegung seines Amtes, zur fristlosen Kündigung oder zum Schadensersatz gemäß § 628 BGB berechtigen könnte. Eine Klage auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, mithin Entlastung, kommt jedoch auch in diesen Fällen nicht in Betracht, in denen die Willkür der Gesellschafter regelmäßig zugleich indiziert, dass ihr Vertrauen in die Geschäftsführung - wenn auch unbegründet - unwiederbringlich verschüttet ist.³⁶⁸

Trotz dieser Entscheidung des *Bundesgerichtshofes* vom 20.05.1985 ist ein Teil der Literatur immer noch der Ansicht, der Geschäftsführer einer GmbH habe einen Anspruch auf Entlastung der mittels einer Leistungsklage durchgesetzt werden könne. Dies wird u.a. damit begründet, dass andernfalls der Geschäftsführer der willkürlichen Beurteilung durch die Gesellschafterversammlung überantwortet wird.³⁶⁹ Eine Entlastungsverweigerung ohne ersichtlichen sachlichen Grund sei eine unzulässige Diskriminierung und damit Verletzung der Treuepflicht der GmbH. Angesichts des Entlastungsgegenstandes sei dem Geschäftsführer ein Entlastungsanspruch zuzuerkennen, vorausgesetzt, er habe seiner Rechenschaftspflicht genügt, und es ergebe sich aus der Rechenschaftsablegung keine Pflichtwidrigkeit der Geschäftsführung. Aus diesem Grunde müsse eine rechtsstaatliche Verteidigung möglich sein.³⁷⁰ Eine derartige Leistungsklage hat dann die Wirkungen nach § 894 ZPO.³⁷¹

Andere schlagen hingegen vor, dass der Geschäftsführer in derartigen Fällen lediglich eine Auskunftsklage hinsichtlich des Vorwurfes von Pflichtverletzungen einreichen kann.³⁷² Eine Leistungsklage scheitere bereits am fehlenden materiell-rechtlichen Entlastungsanspruch.

³⁶⁷ Vgl. Grunewald NZG 2000, 1137.

³⁶⁸ BGHZ 94, 325 ff = NJW 1986, 130.

³⁶⁹ So Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 29.

³⁷⁰ Neben Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 29; auch Buchner GmbH 88, 14; Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 68; Peltzer WuB II C § 46 GmbHG 1.86.

³⁷¹ Grundlegend dazu RGZ 89, 396 f. = JW 1917, 657 f.; vgl. a. Schuler NJW 1960, 602.

³⁷² Vgl. Ahrens ZGR 87, 132.

Die Ansichten vermögen nicht zu überzeugen, denn immerhin ist auch nach verweigerter Entlastung ein Geschäftsführer nicht rechtlos. So kann er ohne weiteres den Anstellungsvertrag kündigen, Schadensersatzansprüche anmelden bzw. das Amt niederlegen. Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Entlastung ist daneben kaum begründbar.³⁷³

Das überwiegende Schrifttum³⁷⁴ hat sich der Ansicht des *Bundesgerichtshofes* angeschlossen, wenn auch teilweise mit Modifikationen. Danach ist nur eine negative Feststellungsklage möglich, da richtigerweise die Entlastung selbst keine rechtsgeschäftliche Erklärung beinhaltet. Diese negative Feststellungsklage lautet dahingehend, dass der GmbH für den fraglichen Zeitraum keinerlei Ansprüche gegen den Geschäftsführer zustehen. Unterschied bestehen lediglich bei der Begründung des Feststellungsinteresses. Nach *Karsten Schmidt*³⁷⁵ liegt ein Feststellungsinteresse bereits dann nach § 256 ZPO vor, wenn die Gesellschafterversammlung die Entlastung verweigert. Begründet wird dies mit einem dem Geschäftsführer aus der Sonderrechtsbeziehung zur Gesellschaft erwachsenen Recht, dass diese sich gegen Rechnungslegung von Seiten des Geschäftsführers über etwaige Ersatzansprüche gegen ihn erkläre.

Demgegenüber hat der *Bundesgerichtshof*³⁷⁶ eine negative Feststellungsklage nur dann für zulässig erachtet, wenn die Entlastung wegen ganz konkret behaupteter Gesellschaftsansprüche versagt wurde. Ein Feststellungsinteresse sei nach allgemeinen Grundsätzen immer dann zu bejahen, wenn die Gesellschaft sich konkreter Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer berührt und dieser festgestellt wissen will, dass diese Ansprüche nicht bestehen. Dabei hat das Gericht jedoch keinerlei Ausführungen gemacht, wie es im Falle einer grundlosen Entlastungsverweigerung oder bei pauschalen Hinweis auf Schadensersatzansprüche die Rechtslage beurteilen würde.³⁷⁷ Es sei sinnlos, einen Verzicht auf Ansprüche davon abhängig zu machen, dass es diese Ansprüche nicht gibt. Der *Bundesgerichtshof*³⁷⁸ führt dazu aus: „*Kommt somit der Verzicht gerade dann nicht in Betracht, wenn die GmbH Forderungen hat, auf die sie verzichten könnte, so kann es dem Geschäftsführer, dem die Entlastung versagt worden ist, sinnvollerweise nicht um die Beseitigung von Ansprüchen, sondern nur um die gerichtliche Feststellung gehen, daß solche Ansprüche (auch ohne Entlas-*

³⁷³ So zu Recht: Michalski/Römermann § 46 Rn 308 m.w.N..

³⁷⁴ Scholz/Schmidt § 46 Rn 102; Lutter/Hommelhoff § 46 Rn 15; Priester S. 371; Tellis GmbH 1989, 115 ff. m.w.N..

³⁷⁵ Schmidt ZGR 1978, 439 ff sowie in Scholz/Schmidt § 46 Rn 101f. Zustimmung auch Rowedder/Koppensteiner § 46 Rn 25.

³⁷⁶ BGHZ 94, 324 ff = NJW 1986, 130. Dem zustimmend Lutter/Hommelhoff § 46 Rn 15.

³⁷⁷ Nach Michalski/Römermann § 46 Rn 312 reicht die pauschale Behauptung aus, es würden Schadensersatzansprüche bestehen.

³⁷⁸ BGHZ 94, 326 = NJW 1986, 130.

tung) nicht bestehen. Das Mittel hierfür ist aber nicht die Entlastungsklage, sondern die Klage auf negative Feststellung.“

4.3 Die Entlastung des Vorstandes im Genossenschaftsrecht nach § 48 GenG

4.3.1 Allgemeines

Im Bereich des Genossenschaftsrechts beschließt ausschließlich die Generalversammlung der Genossenschaft nach § 48 Abs. 1 S. 2 GenG über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates, wobei dieses Ausschließlichkeitsprinzip auch nicht durch eine Satzung abgeändert werden kann. Einem anderen Genossenschaftsorgan kann somit die Beschlussfassung über die Entlastung nicht übertragen werden. Wegen § 27 Abs. 2 S. 2 GenG ist aber für die Entlastung sonstiger Genossenschaftsorgane, also außer Vorstand und Aufsichtsrat, möglich. Die Regelungen des GenG ähneln denen des GmbHG, insbesondere in § 46 GmbHG.

Die Entlastung erfolgt per Beschlussfassung. Im Rahmen der Generalversammlung ist mit einfacher Mehrheit über die Entlastung abzustimmen. Wegen § 43 Abs. 6 GenG darf derjenige nicht mitstimmen, der entlastet werden soll.³⁷⁹ Ebenso dürfen Vorstandsmitglieder auch nicht bei der Entlastung des Aufsichtsrates mitstimmen und umgekehrt.³⁸⁰ Das einzelne Organmitglied hat das Recht, auf der Generalversammlung die Beschlussfassung über seine Entlastung zu beantragen.³⁸¹

Dabei wird die einzelne Person und nicht lediglich das Organ entlastet.³⁸² Der Beschluss, der zur Entlastung führt, kann wegen § 48 GenG nur in Bezug auf den Aufsichtsrat und den Vorstand ergehen, wobei einzeln und getrennt abgestimmt wird.³⁸³

Die Beschlussfassung der Generalversammlung erfolgt nach Rechenschaftslegung des Aufsichtsrates und des Vorstandes. Dies hat zur Konsequenz, dass eine Entlastung auch erst nach der Vorlage des Jahresabschlusses und des Lageberichtes sowie ggf. nach dem zusätzlichen Bericht des Aufsichtsrates erfolgen kann.³⁸⁴ In der Genehmigung des Jahresabschlusses

³⁷⁹ Nägele/Nestel BB 2000, 1256.

³⁸⁰ Beuthien § 48 GenG Rn 7.

³⁸¹ Brox DB 1965, 732, Müller § 48 GenG Rn 70 d.

³⁸² Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland § 48 GenG Rn 17; Müller § 48 GenG Rn 70 b.

³⁸³ Müller § 48 GenG Rn 70. Allerdings kann durch Satzung abweichende Bestimmungen über die Entlastungsabstimmung enthalten.

³⁸⁴ Müller § 48 GenG Rn 71 unter Bezugnahme auf Hachenburg/Hüffer § 120 AktG Rn 15.

der Genossenschaft liegt aber nicht zugleich die Entlastung des Vorstandes.³⁸⁵ Es bedarf einer separaten Beschlussfassung über die Entlastung.³⁸⁶

4.3.2 Rechtswirkung der Entlastung

Nach der Rechtsprechung³⁸⁷ und Literatur³⁸⁸ bedeutet die Entlastung im Genossenschaftsrecht einen Verzicht auf die Regressnahme soweit die Generalversammlung die Haftungstatbestände kannte oder erkennen konnte, wobei ebenfalls, konkurrierende Bereicherungsansprüche oder auch eine fristlose Entlassung betroffen sind. Insgesamt kommt durch die Entlastung zum Ausdruck, dass die Tätigkeit des Vorstandes bzw. des Aufsichtsrates der Genossenschaft im Zusammenhang mit der Führung der Amtsgeschäfte unter dem Aspekt einer interessengerechten Wahrnehmung des Amtes gebilligt wird.³⁸⁹

Auch im Genossenschaftsrecht wird nicht positivrechtlich als Rechtsfolge der Entlastung ein Verzicht auf etwaige Ansprüche gegen den Vorstand etc. angeordnet. Ob eine Analogie zu § 120 Abs. 2 S. 2 AktG zulässig ist, ist in der Literatur umstritten. So wird wegen der generellen Vergleichbarkeit einer Generalversammlung einer Genossenschaft in Bezug auf die Fähigkeit, die Ausgestaltung der Haftungsverantwortlichkeit der Organträger zu überblicken, eine Analogie zum Aktienrecht für gerechtfertigt erachtet, da eine größere Nähe zur Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft bestehen würde.³⁹⁰ Die Entlastung hätte dann keinerlei präkludierende Wirkung. Eine Ausnahme wird allerdings in den Fällen gemacht, in denen alle Genossen der Entlastung zustimmen und damit zum Ausdruck bringen, dass sie aus der vorangegangenen Geschäftsführung keinerlei Ersatzansprüche mehr abgeleitet werden sollen. Eine weitere Konsequenz aus dieser Ansicht ist, dass die Genossenschaft aufgrund der fehlenden Relevanz der Entlastung keinerlei Möglichkeit zur Leistungsklage auf Entlastung haben. Ebenso besteht kein Rechtsschutzbedürfnis an einer Feststellungsklage des Organträgers auf das Nichtbestehen von Schadensersatzansprüchen.³⁹¹

³⁸⁵ Beuthien § 48 GenG Rn 7.

³⁸⁶ Hettrich/Pöhlmann § 48 GenG Rn 10; Müller § 48 GenG Rn 71 a.

³⁸⁷ BGH BB 1986, 1252; BGH NJW 1959, 192 (193).

³⁸⁸ Beuthien § 48 GenG Rn 8; Hettrich/Pöhlmann § 48 GenG Rn 12; Müller § 48 GenG Rn 72 m.w.N. sowie Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland § 48 GenG Rn 19, der jedoch noch zusätzlich eine Quittungserteilung für die ordnungsgemäße Rechnungslegung in die Entlastung hineininterpretiert.

³⁸⁹ RGZ 167, 166; BGHZ 29, 390; Brox DB 1967, 942; Beuthien § 48 GenG Rn 8; Müller § 48 GenG Rn 72 m.w.N..

³⁹⁰ So Müller § 48 GenG Rn 72 c.

³⁹¹ Ibidem.

Nach überwiegender und zutreffender Ansicht³⁹² ist eine Analogie zu § 120 AktG nicht zulässig, da die gesetzlichen Regelungen des Genossenschaftsrechts dem des GmbHG ähneln. Im übrigen handelt es sich bei § 120 AktG um eine ausschließlich für das Aktienrecht gebildete Ausnahmegesetz, die im übrigen Gesellschaftsrecht keine Entsprechung hat.

Dementsprechend hat die Entlastung auch im Bereich des Genossenschaftsrechts eine präkludierende Wirkung. Die Entlastung beinhaltet neben der Billigung der Geschäftsführung bzw. Aufsichtsrats Tätigkeit sowie Vertrauensbekundung für die zukünftige Tätigkeit bei fortdauernder Organstellung auch einen Verzicht auf Regressnahme insbesondere aus den §§ 34 Abs. 2 und 41 GenG, soweit die Generalversammlung Haftungstatbestände kannte oder erkennen konnte. Hier gilt das unter 4.2.2 gesagte, da auf diese Rechtsprechung und Literatur Bezug genommen werden kann. So erfasst die Entlastung keine Präklusionswirkung hinsichtlich der im Interesse der Genossenschaftsgläubiger bestehenden unverzichtbaren Ansprüche. Ergänzend ist lediglich hervorzuheben, dass eine Entlastung nicht zur Umkehr der Beweislast nach § 34 Abs. 2 S. 2 GenG führt.³⁹³

Die Generalversammlung kann auch Geschäftsführern, welche nicht Mitglied des Vorstands sind, Entlastung erteilen. Dann hat aber ein derartiger Entlastungsbeschluss lediglich eine Billigung und eine Vertrauenskundgebung, nicht aber auch einen Verzicht auf Regressansprüche zur Folge.³⁹⁴ Über einen Verzicht auf Schadensersatzansprüche kann nur das Organ entscheiden, welches für die Anstellung des Geschäftsführers zuständig ist.³⁹⁵

4.3.3 Anspruch auf Entlastung

Die Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder haben lediglich einen Anspruch auf Beschlussfassung über die Entlastung. Wie bereits im Recht der GmbH besteht aber nach heutiger einhelliger Auffassung³⁹⁶ hingegen kein Anspruch auf Entlastung, da eine Vertrauensbekundung nicht erzwingbar ist, selbst wenn die Entlastung willkürlich verweigert wird.

³⁹² BGH NJW 1959, 193; ähnlich BGH WM 1976, 737; BGH GmbHR 1985, 357; Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 GmbHG Rn 26; Beuthien § 48 GenG Rn 8; Nägele/Nestel BB 2000, 1256.

³⁹³ Hettrich/Pöhlmann § 48 GenG Rn 12.

³⁹⁴ Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland § 48 GenG Rn 18, wobei fälschlicherweise zusätzlich in die Entlastung noch eine Quittungserteilung für die ordnungsgemäße Rechnungslegung interpretiert wird.

³⁹⁵ Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland § 48 GenG Rn 18.

³⁹⁶ Beuthien § 48 GenG; Müller § 48 GenG Rn 74; Hettrich/Pöhlmann § 48 GenG Rn 12; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland § 48 GenG Rn 22 m.w.N.. A.A. noch die alten und durch BGH NJW 1986, 129 überholten Entscheidungen des OLG Hamburg BB 1960, 996 mit zust. Anmerkung Schnorr von Carolsfeld; LG München ZfG 1975, 232.

Eine Entlastungsverweigerung führt nicht zwingend zu rechtlichen Konsequenzen für den Geschäftsführer oder das Aufsichtsratsmitglied. Es liegt weiterhin im Ermessen der Generalversammlung, ob rechtfertigende Gründe für einen Widerruf der Organstellung oder einer fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages vorliegen.³⁹⁷

4.4 Die Entlastung des Verwalters im Wohnungseigentumsrecht

4.4.1 Allgemeines

Im Wohnungseigentumsgesetz ist der Begriff der Entlastung nicht aufgeführt, spielt aber eine bedeutende Rolle im Rahmen der Verwaltung. Unter Entlastung wird die Billigung der Verwaltungstätigkeit für das vergangene Wirtschaftsjahr verstanden.³⁹⁸ Sie ist eine einseitige und nicht annahmbedürftige auf die Kundgabe des Vertrauens gerichtete Willenserklärung.³⁹⁹ Nach § 28 Abs. 3 WEG hat der Verwalter neben der Erstellung eines Wirtschaftsplanes für ein Kalenderjahr auch eine Abrechnung aufzustellen. Die Wohnungseigentümer haben zudem durch Mehrheitsbeschluss das Recht, gem. § 28 Abs. 4 WEG vom Verwalter eine Rechnungslegung zu fordern. Hierüber können sie dann durch Stimmenmehrheit einen Beschluss fassen.

Die Wohnungseigentümergeinschaft entscheidet meist im Rahmen der jährlichen Wohnungseigentümerversammlung nach § 23 WEG über die Entlastung, die regelmäßig ein eigenständiger Tagesordnungspunkt ist. Die Entscheidung über die Entlastung kann nicht auf den Verwaltungsbeirat übertragen werden.⁴⁰⁰ Die Entlastung wird somit lediglich am Ende der Jahresperiode des Verwalters erteilt und nicht wie beim Testamentsvollstrecker generell am Ende der gesamten Amtszeit. Die Entlastung kann sich demnach nur auf die Vergangenheit beziehen.⁴⁰¹ Sofern dem Verwalter Entlastung erteilt wird, erfolgt dies durch ausdrücklichen Beschluss, der vorwiegend schlicht „*Dem Verwalter wird Entlastung erteilt*“ lautet. Ausnahmeweise kann ein Beschluss auch außerhalb einer Versammlung erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 WEG gegeben sind, wenn alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung zum Beschluss schriftlich erklärt haben.

³⁹⁷ Beuthien § 48 GenG Rn 8; Hettrich/Pöhlmann § 48 GenG Rn 12.

³⁹⁸ BayObLGZ 75, 161; Drasdo ZMR 1987, 367 m.w.N..

³⁹⁹ BayObLGZ 87, 94; KG NJW-RR 1993, 404; Staudinger/Bub § 28 WEG Rn 432.

⁴⁰⁰ BayObLG NJW-RR 1988, 1169; Soergel/Stürner WEG § 28 Rn 9.

⁴⁰¹ Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 439.

Zeitlich kann die Entlastung erst erfolgen, wenn der Verwalter ein vollständige Abrechnung erteilt hat. Ist dennoch trotz unvollständiger Auskunft Entlastung erteilt worden, so soll ein derartiger Beschluss nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen.⁴⁰² Demzufolge kann ein solcher Entlastungsbeschluss nach erfolgter Anfechtung ungültig.

Ein Verwalter, der selbst Wohnungseigentümer ist, hat ein Stimmrechtsverbot hinsichtlich seiner eigenen Entlastung.⁴⁰³

Sofern ein eigener Beschluss über die Entlastung nicht erfolgt, kommt es aber wenigstens zur Billigung der Jahresabrechnung. Dann ist fraglich, ob mit dem Beschluss über die Jahresabrechnung gleichzeitig auch eine Entlastung des Verwalters ausgesprochen wird. Nach der Rechtsprechung⁴⁰⁴ stellt die Billigung der Jahresabrechnung gleichzeitig die Entlastung des Verwalters dar. Ein Teil der Literatur⁴⁰⁵ ist dem Argument entgegengetreten, dass die Entlastung in ihrer Wirkung sehr viel weiter geht als ein Abrechnungsbeschluss.

Auch beim umgekehrten Fall soll nach Ansicht des *BayObLG*⁴⁰⁶ in einem Entlastungsbeschluss zugleich eine Billigung der Jahresabrechnung enthalten sein. Die Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich. Das *Kammergericht Berlin*⁴⁰⁷ hingegen lehnt eine Gleichsetzung ab.

4.4.2 Rechtsfolge der Entlastung

Nach nahezu einhelliger Rechtsprechung⁴⁰⁸ wirkt die Entlastung wie ein negatives Schuldanerkenntnis der Wohnungseigentümer gegenüber dem Verwalter, das im Umfang der Entlastung jegliche Schadensersatzansprüche und konkurrierende Ansprüche wegen solcher Vorgänge ausschließt, die bei der Beschlussfassung den Wohnungseigentümern bekannt oder für sie bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt erkennbar waren. Dieser Rechtsprechung hat sich die überwältigende Mehrheit im Schrifttum⁴⁰⁹ meist ohne nähere Begründung angeschlossen.

⁴⁰² Soergel/Stürmer WEG § 28 Rn 8.

⁴⁰³ Deckert WE 1993, 123; Soergel/Stürmer WEG § 25 Rn 10.

⁴⁰⁴ BayObLG NJW-RR 1988, 81; BayObLG WuM 1990, 175; BayObLG WuM 1993, 92; OLG Köln NJW 1986, 328. Zustimmend Soergel/Stürmer WEG § 28 Rn 8; Bärman/Pick WEG § 28 Rn 28 m.w.N..

⁴⁰⁵ Köhler ZMR 1999, 294.

⁴⁰⁶ BayObLG WuM 1992, 329 m.w.N.

⁴⁰⁷ KG WuM 1986, 356 = NJW-RR 1986, 1337.

⁴⁰⁸ BGH NJW 1997, 2108; BayObLG FGPrax 2001, 106 f = NZM 2001, 537 = WuM 2001, 300 f. = ZMR 2001, 567 f.; BayObLG ZMR 2000, 318; BayObLG WE 1988, 76.

⁴⁰⁹ Palandt/Bassenge WEG § 26 Rn 15; Soergel/Stürmer WEG § 28 Rn 8; Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 438; Bärman/Merle § 28 Rn 112; Deckert WE 1993, 123.

Die herrschende Ansicht überwindet die Probleme bei der rechtsgeschäftlichen Konstruktion eines negativen Schuldanerkenntnisvertrages nach § 397 Abs. 2 BGB dahingehend, dass das Schuldanerkenntnis nicht Gegenstand des Entlastungsbeschlusses sein soll, sondern nur die Präklusionsfolge der Vertrauenskundgebung.⁴¹⁰ Demzufolge wird lediglich davon gesprochen, die Entlastung wirke wie ein negatives Schuldanerkenntnis.

Im einzelnen soll der Verwalter nicht mehr verpflichtet sein, über Vorkommnisse, die zeitlich vor der Entlastung liegen Rechenschaft abzulegen. Gleiches gilt in Bezug auf die Erteilung von Auskünften⁴¹¹, die Gegenstand der Abrechnung und der hieran anknüpfenden Entlastung sind.⁴¹² Das negative Schuldanerkenntnis sei sogar dann gegeben, wenn die Abrechnung materiell unrichtig ist.⁴¹³

In abweichenden Stellungnahmen in der Literatur⁴¹⁴ wird die Ansicht vertreten, zwar müsse der Verwalter nach Entlastung keine Rechenschaft mehr ablegen, aber ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche sei mit der Entlastung nicht verbunden. Andere argumentieren, die Wohnungseigentümergeinschaft sei eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 1008, 741 ff. BGB, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitze. Demnach würden etwaige Schadensersatzansprüche jedem einzelnen Wohnungseigentümer zustehen. Die Wohnungseigentümergeinschaft könne daher nicht über den Verzicht auf Ansprüche nicht mit einfachem Mehrheitsbeschluss abstimmen. Wenn auf einer Versammlung ein Entlastungsbeschluss mit der Wirkung eines negativen Schuldanerkenntnisses erfolgt, handele es sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter. Nur wenn in der Teilungserklärung oder im Verwaltervertrag eine Regelung enthalten sei, die der Entlastung einen Verzichts- oder Erlasscharakter beimisst, sei ein Beschluss wirksam.⁴¹⁵

Bezahlt bspw. der Verwalter über viele Jahre hinweg die Beträge, die dem Bauträger in Grundsteuerbescheiden in Rechnung gestellt sind, und nimmt die Ausgaben unter der Position "Grundsteuer" in die jeweilige Jahresabrechnung auf, sind Schadensersatzansprüche gegen ihn dann ausgeschlossen, wenn ihm im Zusammenhang mit der jeweiligen Jahresabrechnung

⁴¹⁰ Staudinger/Bub § 28 WEG Rn 438.

⁴¹¹ Nach BayObLG WE 1989, 181; OLG Celle OLGZ 1983, 179 bleibt der Verwalter aber zur Auskunft verpflichtet, wenn in der genehmigten Abrechnung Angaben zum Anfangs- oder Endbestand oder zur Entwicklung des Instandhaltungsrückstellungskontos fehlen. Ebenso wird das Recht auf Einsicht in die Verwaltungsunterlagen durch die Entlastung nicht eingeschränkt.

⁴¹² Bärman/Pick/Merle WEG § 28

⁴¹³ OLG Frankfurt OLGZ 79, 136.

⁴¹⁴ So MüKo/Röll § 28 WEG Rn 7a.

⁴¹⁵ Drasdo ZMR 1987, 368.

Entlastung erteilt wurde.⁴¹⁶ Hat der Verwalter hingegen sich strafbar verhalten, so soll der Entlastungsbeschluss keinerlei Wirkung entfalten.⁴¹⁷

Der zeitliche und gegenständliche Umfang der Entlastung ist immer gesondert zu ermitteln. Ist über die Abrechnung früherer Jahre in der Versammlung nicht gesprochen worden und haben diese Abrechnungen noch nicht vorgelegen, dann kommt dem Entlastungsbeschluss keine Genehmigungswirkung zu.⁴¹⁸ Mit einer Entlastung in bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum ist auch nicht automatisch eine Entlastung über eine mögliche Verwaltung über das Sondereigentum verbunden.⁴¹⁹ Wenn die Entlastung in der Billigung der Jahresabrechnung enthalten ist, so beschränkt sich die Entlastung lediglich auf das Verwalterhandeln, welches in der Abrechnung seinen Niederschlag gefunden hat.⁴²⁰

Das Risiko, das Ausmaß etwaiger Verfehlungen des Verwalters und des durch ihn verursachten Schadens bei der Beschlussfassung nicht zu überblicken, tragen die Wohnungseigentümer. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG ist nicht auf die Regelungen im WEG analog anwendbar, wonach vor Ablauf von drei Jahren nach Entstehung nicht auf Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder verzichtet werden darf.⁴²¹

Im einzelnen kommt es wie im Gesellschaftsrecht darauf an, inwieweit etwaige Ansprüche gegen den Verwalter erkennbar waren. Erkennbar sind dabei solche Umstände, die sich aus Vorlagen und erstatteten Berichten gegenüber der Wohnungseigentümerversammlung ergeben.⁴²² Ferner die bei einer möglichen sorgfältigen Prüfung der Abrechnungs- und sonstigen Verwaltungsunterlagen durch die Wohnungseigentümer ohne besondere Fachkunde offenbar werden.⁴²³ Dabei kommt es aber auf die Kenntnis aller Wohnungseigentümer zum Zeitpunkt der Beschlussfassung an. Verfügen einzelne über Sonderwissen, ist dieses nicht der Gemeinschaft anzurechnen.⁴²⁴ Allerdings soll analog § 166 Abs. 1 BGB die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Verwaltungsbeirates den Wohnungseigentümern anzurechnen sein.⁴²⁵ Ob § 166 BGB tatsächlich analog anzuwenden ist, erscheint fraglich, da es sich bei der Entlastung nicht um eine rechtsgeschäftliche Erklärung handelt. Im Einzelfall wird es darauf ankommen,

⁴¹⁶ BayObLG ZMR 2000, 317-318.

⁴¹⁷ Bärman/Merle § 28 WEG Rn 112 m.w.N..

⁴¹⁸ OLG Düsseldorf NZM 2000, 175.

⁴¹⁹ BayObLG ZMR 1988, 69; OLG Hamm WE 1992, 258.

⁴²⁰ Deckert WE 1993, 122; Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 438.

⁴²¹ Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 440.

⁴²² BayObLG WE 1988, 31; BayObLG WuM 1990, 180 m.w.N..

⁴²³ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 746.

⁴²⁴ BayObLG WuM 1990, 180.

⁴²⁵ Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 443.

ob der Verwaltungsbeirat als Wissensvertreter angesehen werden kann oder nicht. Die Wirksamkeit eines Entlastungsbeschlusses hängt zudem nicht davon ab, dass der Verwalter die Wohnungseigentümer über mögliche Schadensersatzansprüche gegen ihn belehrt hat.

4.4.3 Anspruch auf Entlastung

Nach der einhelligen Rechtsprechung⁴²⁶ hat der Verwalter grundsätzlich keinen Anspruch auf Entlastung.

Wenn auch der Verwalter keinen Rechtsanspruch auf eine Entlastung haben soll, so ist eine solche Entlastung dennoch immer dann zulässig, soweit sie sich im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung hält, sofern keine Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen des Verwalters ersichtlich sind.⁴²⁷ Der Verwalter soll dann aber einen Anspruch auf Entlastung haben, wenn dies im Verwaltervertrag oder in der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergemeinschaft besonders vereinbart ist.⁴²⁸ Derartige Fällen dürften aber in praxi so gut wie nicht vorkommen.

Problematisch sind hingegen die Fälle, bei denen es bereits eine langjährige Übung gibt, über die Entlastung des Verwalters zu entscheiden. Allerdings gibt auch eine entsprechende Übung nach richtiger Ansicht keinen einklagbaren Rechtsanspruch auf Entlastung, sondern lediglich einen Anspruch, dass über eine Entlastung, sei es positiv oder negativ, entschieden wird.⁴²⁹

In der Literatur⁴³⁰ wird ebenfalls überwiegend ein Anspruch auf Entlastung abgelehnt. Dies wird damit begründet, dass es kein allgemeines Rechtinstitut des Inhalts gibt, jeder, der fremde Vermögensinteressen treuhänderisch wahrnimmt, hätte in bestimmten Intervallen oder nach Beendigung seiner Tätigkeit einen Rechtsanspruch auf Entlastung. Zudem seien die Verhältnisse bei einer Aktiengesellschaft oder GmbH nicht mit denen bei einer Wohnungseigentümergemeinschaft vergleichbar.

⁴²⁶ BayObLG FGPrax 2000, 61 = ZMR 2000, 317-318 = BayObLGR 2000, 25 = FWW 2000, 79; OLG Köln NZM 1998, 877-878; OLG Düsseldorf ZMR 1996, 622 -623 = WuM 1996, 723-724 = WE 1996, 465-466 = FGPrax 1996, 219-220 = OLGR Düsseldorf 1997, 1-2 = NJW-RR 1997, 525.

⁴²⁷ OLG Köln NZM 1998, 877-878.

⁴²⁸ OLG Düsseldorf ZMR 1996, 622 = WuM 1996, 723.

⁴²⁹ OLG Düsseldorf ZMR 1996, 622 = WuM 1996, 723. A.A. Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 451 m.w.N..

⁴³⁰ Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 452; Soergel/Stürner WEG § 28 Rn 8; Palandt/Bassenge WEG § 26 Rn 15; Bärman/Merle § 28 Rn 116; A.A. Weitnauer/Hauger WEG § 28 Rn 32 unter Bezugnahme auf die Reichsgerichtsentscheidung.

Diejenigen⁴³¹, die einen Anspruch des Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft auf Entlastung befürworten, stützen ihre Ansicht auf eine angebliche Verpflichtung der Wohnungseigentümergeinschaft zu ordnungsgemäßer Verwaltung oder verweisen auf – die bereits durch Urteil des *Bundesgerichtshofes*⁴³² vom 20.05.1985 überholte - Entscheidung des *Reichsgerichts*^{433 434}, in der das Gericht dem Vorstand einer Aktiengesellschaft die Entlastung zubilligte.

Ein Beschluss durch den dem Verwalter die Entlastung verweigert wird, ist mangels Rechtsschutzbedürfnis nicht gemäß § 43 WEG anfechtbar. Der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft kann jedoch nach § 256 ZPO analog gerichtliche Feststellung beantragen, wenn sich die Eigentümer konkreter Ansprüche gegen den Verwalter berühren.⁴³⁵ Zudem hat der Verwalter bei Vorliegen einer willkürlichen oder grundlosen Entlastungsverweigerung die Möglichkeit, sein Amt aus wichtigem Grund niederzulegen und den Verwaltervertrag zu kündigen.⁴³⁶

4.5 Die Entlastung des Vorstandes im Vereinsrecht

4.5.1 Allgemeines

Im Vereinsrecht finden sich ebenfalls keine Normen, die ausdrücklich eine Entlastung des Vorstandes aufführen. Nach § 27 Abs. 3 BGB finden ähnlich wie bei § 2218 BGB die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB auf die Geschäftsführung des Vorstandes entsprechende Anwendung. Aus diesem Grunde billigt regelmäßig am Ende der Amtszeit des Vorstandes, des Geschäftsjahres oder nach Erledigung einer Angelegenheit die Mitgliederversammlung, die hierzu ausschließlich zuständig ist⁴³⁷, dem Vorstand für die Dauer der Entlastungsperiode Entlastung zu, sofern die Amtsführung keinen Anlass für Einwendungen gibt. In der Praxis geschieht die Entlastung im Anschluss an die Beschlussfassung über den Rechenschafts- und Geschäftsführungsbericht des Vorstandes.

⁴³¹ So insbesondere Ganten WE 1992, 128 m.w.N..

⁴³² BGHZ 94, 324 ff. = NJW 1986, 129 f.

⁴³³ RGZ 89, 396.

⁴³⁴ So z.B. Weitnauer/Hauger § 28 WEG Rn 32.

⁴³⁵ OLG Düsseldorf ZMR 1996, 622.

⁴³⁶ Staudinger/Bub WEG § 28 Rn 454 m.w.N..

⁴³⁷ MüKo/Reuter § 27 Rn 23; Soergel/Hadding § 27 Rn 24 m.w.N.. Es sei denn, die Vereinssatzung bestimmt etwas anderes. Eine Übertragung der Entlastungsentscheidung auf den Vorstand ist aber unzulässig.

Die Entlastung kann sich entweder auf ein einzelne Geschäfte beziehen oder auf die ganze Geschäftsführungstätigkeit beziehen.⁴³⁸ Gleiches gilt für den Bezug auf die gesamte Amtsdauer oder auf bestimmte Zeitabschnitte. Bei der Abstimmung kann entweder das einzelne Vorstandsmitglied oder der Vorstand pro toto entlastet werden. Wird statt einer Entlastung durch die Mitgliederversammlung beschlossen, dass gegenüber dem Vorstand wegen schlechter Geschäftsführung keine Maßnahme ergriffen werden sollen, so ist darin lediglich eine interne Anweisung, nicht aber eine gleichzeitige Entlastung zu sehen.⁴³⁹ Das Vorstandsmitglied ist bei der Abstimmung über seine eigene Entlastung selbst nicht stimmberechtigt. Bei der Feststellung der Mehrheit sind Stimmenthaltungen nicht zu berücksichtigen.⁴⁴⁰ Für die Wirksamkeit des Entlastungsbeschlusses ist es nicht erforderlich, dass ausdrücklich das Wort „Entlastung“ im Beschluss aufgenommen worden ist. Nach den Auslegungsregeln ist ausreichend, wenn sich nur der Wille deutlich ergibt, aus der Führung der Geschäfts durch den Vorstand keine Ansprüche zu erheben. Ein derartiger Fall ist bspw. gegeben, wenn im Anschluss an den Rechenschafts- und Geschäftsführungsbericht die Geschäftsführung insgesamt gebilligt wird.⁴⁴¹ Stillschweigende Entlastungen sollen aber keine Bedeutung haben.⁴⁴² Unbeschadet der Streitfrage, ob es überhaupt einen klagbaren Anspruch auf Entlastung gibt, steht es in der Entscheidungsgewalt einer Mitgliederversammlung, ob sie einem Vorstand insgesamt volle Entlastung oder nur eine Teilentlastung hinsichtlich bestimmter Vorstandsmitglieder, einzelner Geschäfte oder Geschäftsbereiche oder bestimmter Zeiträume erteilen will.⁴⁴³

4.5.2 Rechtsfolgen der Entlastung

Der *Bundesgerichtshof*⁴⁴⁴ hat bereits im Jahre 1957 die alte Rechtsprechung des *Reichsgerichts*⁴⁴⁵ fortgeführt, wonach im Vereinsrecht die Entlastung den Sinn habe, etwa bestehende Ersatzansprüche zum Erlöschen zu bringen. Daher wirke die Entlastung wie ein Verzicht oder ein negatives Schuldanerkenntnis. Das Gericht hat sich also nicht festlegen wollen, wie denn genau eine Entlastung zu werten ist. Statt die rechtliche Qualifikation zu klären, wurde nur die Rechtsfolge der Entlastung undifferenziert festgestellt. Genauso undifferenziert hat sich ein

⁴³⁸ Sauter/Schweyer Rn 289.

⁴³⁹ Sauter/Schweyer Rn 289.

⁴⁴⁰ Hüffer WuB II L § 27 BGB 1.88.

⁴⁴¹ Sauter/Schweyer Rn 289; Reichert/Dannecker/Kühr Rn 960 m.w.N..

⁴⁴² Reichert/Dannecker/Kühr Rn 960 unter Hinweis auf die Ausführungen von Schmidt in: Scholz/Schmidt § 46 GmbHG Rn 75.

⁴⁴³ OLG Celle NJW-RR 1994, 1545-1547 = OLGR Celle 1994, 190-192 = NdsRpfl 1994, 210-212.

⁴⁴⁴ BGH NJW 1957, 832 = BGHZ24, 47 ff.

⁴⁴⁵ RG DR 1941, 506.

Großteil des Schrifttums⁴⁴⁶ dieser Ansicht angeschlossen, als ob es keinen inhaltlichen Unterschied beim Verzichtsvertrag und bei negativen Schuldanerkenntnisvertrag gäbe.

Die Entlastung hat ferner nicht nur zur Folge, dass Ersatzansprüche und Kündigungsgründe ausgeschlossen sind, die zum Zeitpunkt der Erteilung der Entlastung bekannt oder erkennbar waren, sondern sie geht darüber hinaus und bedeutet die Billigung der bisherigen und gegebenenfalls das Vertrauen in die künftige Amtsführung.⁴⁴⁷

4.5.3 Anspruch auf Entlastung

Nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung⁴⁴⁸ und Literatur⁴⁴⁹ besteht auch im Vereinsrecht kein Anspruch auf Entlastung, es sei denn ein solcher ergibt sich ausdrücklich aus der Satzung oder aus einer ständigen Übung⁴⁵⁰. Nur eine Minderheitsmeinung vertritt die Auffassung, bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung würde generell ein Anspruch auf Entlastung bestehen, der mittels Leistungsklage einklagbar wäre.⁴⁵¹ Allerdings gewährt auch diese Auffassung einen Entlastungsanspruch nur, wenn die Entlassungsvoraussetzungen nach Abschluss aller Vorgänge, die für die Beurteilung der Amtstätigkeit des zu entlastenden Organs von Bedeutung sein können, gegeben sind.

Andererseits kann nach der Rechtsprechung⁴⁵² der Vorstand bei verweigerter Entlastung eine negative Feststellungsklage im Hinblick auf das Nichtbestehen von Schadensersatzansprüchen erheben, wenn nicht ausgeschlossen werden könne, dass seitens des Vereins solche Ansprüche geltend gemacht werden. Damit hat die Judikatur den Mittelweg zwischen den in der Literatur vertretenden Auffassungen beschritten. Danach kann eine derartige negative Feststellungsklage nur unter den allgemeinen strengen Voraussetzungen des besonderen Feststellungsinteresses erfolgen, also nur, wenn sich der Verein ganz konkreter Ansprüche be-

⁴⁴⁶ So z.B. Stöber Rn 132; Hüffer WuB II L § 27 BGB 1.88; Erman/Wetsermann § 27 Rn 8; Soergel/Hadding § 27 Rn 24; Reichert/Dannecker/Kühr Rn 958; Sauter/Schweyer Rn 289.

⁴⁴⁷ So OLG Celle NJW-RR 1994, 1545; Hüffer WuB II L § 27 BGB 1.88; Soergel/Hadding § 27 Rn 24; Palandt/Heinrichs § 27 Rn 5; Sauter/Schweyer Rn 289; Reichert/Dannecker/Kühr Rn 959.

⁴⁴⁸ OLG Köln NJW-RR 1997, 483 = JuS 1997, 658 mit zust. Anmerkungen Schmidt JuS 1997, 658 f.; OLG Celle NJW-RR 1994, 1545.

⁴⁴⁹ Hüffer WuB II L § 27 BGB 1.88; Stöber Rn 133; Soergel/Hadding § 27 Rn 25; Palandt/Heinrichs § 27 Rn 5; MüKo/Reuter § 27 Rn 23.

⁴⁵⁰ RG HRR 1936 Nr. 863 = JW 1936, 1893 mit zustimmenden Anmerkungen Lehmann; Stöber Rn 133; Soergel/Hadding § 27 Rn 24; Reichert/Dannecker/Kühr Rn 958.

⁴⁵¹ Erman/Wetsermann § 27 Rn 8; Flume § 10 I; Reichert/Dannecker/Kühr Rn 970.

⁴⁵² OLG Köln NJW-RR 1997, 483 = JuS 1997, 658; OLG Celle NJW-RR 1994, 1545. Im Ergebnis so auch im Bereich der GmbH: BGHZ 94, 324.

rühmt.⁴⁵³ Nach der anderen Ansicht ist ein solches Rechtsschutzbedürfnis generell bei Entlastungsverweigerung gegeben.⁴⁵⁴

4.6 Entlastung des Insolvenzverwalters nach § 66 InsO

4.6.1 Allgemeines

Die Vorschriften bezüglich einer Entlastung eines Konkurs- bzw. Insolvenzverwalters sind im Laufe der Zeit erheblichen Änderungen unterworfen gewesen. Nach der alten Regelung des § 86 S. 1 KO hatte der Verwalter bei der Beendigung seines Amtes einer Gläubigerversammlung Schlussrechnung zu legen. Eine derartige Rechnung musste dann mit Belegen versehen und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt war, mit dessen Bemerkungen spätestens drei Tage vor dem Termin auf der Geschäftsstelle zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden. Der Gemeinschuldner sowie jeder Konkursgläubiger und der Konkursverwalternachfolger waren berechtigt, gegen diese Rechnung Einwendungen zu erheben. Wurden bis zu dem Termin keine Einwendungen erhoben, galt die Rechnung nach § 86 S. 4 KO als anerkannt. Die Rechnungslegung hatte somit nach der alten Konzeptionierung des § 86 KO eine Entlastungsfunktion.⁴⁵⁵ Wurden keine Einwendungen erhoben, bewirkte die Schlussrechnung eine endgültige Befreiung des Konkursverwalters von allen aus der Amtsführung gegen ihn entstandenen Ansprüchen der Konkursmasse.⁴⁵⁶ Jedoch war die Entlastung auf das beschränkt, worüber der Konkursverwalter Rechnung gelegt hat bzw. Rechnung legen musste. Präkludiert waren zudem nur die zur Masse gehörenden Ansprüche und nicht die weiteren Ansprüche einzelner Beteiligter.⁴⁵⁷ Je umfangreicher die Schlussrechnung des Konkursverwalters war, umso umfangreicher war auch die Präklusionswirkung.

Durch die Einführung der Insolvenzordnung wurde § 86 KO abgeändert. Doch auch nach der neuen Regelung des § 66 InsO bleibt der Insolvenzverwalter bei Beendigung des Amtes einer Gläubigerversammlung gegenüber zur Rechnungslegung verpflichtet. Dabei trifft ihn nunmehr eine zweifache Rechnungslegungspflicht, eine spezifisch insolvenzrechtliche interne und eine allgemeine handelsrechtliche externe Rechnungslegung.⁴⁵⁸ Vor der Gläubigerver-

⁴⁵³ So z.B. Thomas/Putzo § 256 ZPO Rn 15 m.w.N..

⁴⁵⁴ Schmidt ZGR 1978, 442 ff..

⁴⁵⁵ Heilmann ZRP 1988, 10; Kuhn/Uhlenbruck KO § 86 Rn 9; Schmidt KO § 86 Anm 1 b.

⁴⁵⁶ Kuhn/Uhlenbruck KO § 86 Rn 9; Schmidt KO § 86 Anm 1 b.

⁴⁵⁷ BGHZ 74, 316; BGH NJW 1979, 2212 = BB 1979, 1006; OLG Köln ZIP 1980, 96; Heilmann ZRP 1988, 10 m.w.N..

⁴⁵⁸ Weisang BB 1998, 1151.

sammlung prüft nun nach § 66 Abs. 2 InsO das Insolvenzgericht die Schlussrechnung des Verwalters, da die Gläubiger sachkundiger Hilfe bedürfen.⁴⁵⁹ Die Prüfung erfolgt hinsichtlich der Voraussetzung für die Schlussverteilung, also ob die Verwertung der Masse beendet ist oder noch Vermögen zur Masse gezogen werden muss.⁴⁶⁰ Eine Entlastung des Verwalters aufgrund der Schlussrechnung gibt es nicht mehr.⁴⁶¹ Begründet wurde dies in der Reform Kommission damit, dass die alte Regelung in § 86 KO zu einer Vielzahl von Schwierigkeiten und Streitigkeiten geführt habe.⁴⁶² Der Wegfall der bisherigen Entlastungsfunktion einer ohne Beanstandung durch die Gläubigerversammlung abgenommenen Schlussrechnung der Verwalters im alten § 86 Abs. 4 KO wird damit begründet, dass die Gläubiger bei der alten Regelung im Hinblick auf die weitreichenden Wirkungen einer solchen Entlastung zu wenig Zeit bei der Prüfung der Schlussrechnung bliebe. Folge hiervon ist, dass der Insolvenzverwalter über die abgenommene Schlussrechnung hinaus trotzdem einer Gefahr der Inanspruchnahme ausgesetzt ist. Allerdings wurde durch § 62 InsO die Verjährungsregelung dahingehend modifiziert, dass nur noch eine dreijährige Verjährungsfrist besteht. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter verjährt dann gem. § 62 S. 1 InsO in drei Jahren, von dem Zeitpunkt an, in dem der Verletzte von dem Schaden und den Umständen, welche die Ersatzpflicht des Verwalters begründen, Kenntnis erlangt hat.⁴⁶³

Im Schlusstermin geht es dann um die Abnahme der Schlussrechnung. Nunmehr können auch noch nach dem Termin Einwendungen vorgebracht werden. Gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 1 InsO können aber nur gegen das Schlussverzeichnis Einwendungen erhoben werden. Einwendungen gegen die Schlussrechnung im übrigen müssen im Wege der Schadensersatz- oder Feststellungsklage beim Prozessgericht erhoben werden.⁴⁶⁴

4.6.2 Rechtsfolgen der Entlastung

Die Rechnungslegung stellt immer noch die Grundlage für die Entlastung im Insolvenzrecht dar.⁴⁶⁵ Zwar sieht das Gesetz nun kein automatisches Anerkenntnis bei Nichtvorbringen von Einwendungen mehr vor, die Gläubigerversammlung kann den Insolvenzverwalter allerdings ausdrücklich die Entlastung erteilen, was jedoch in praxi sehr selten vorkommt. In der Litera-

⁴⁵⁹ Smid § 66 InsO Rn 1 ff.

⁴⁶⁰ Uhlenbruck § 66 InsO Rn 31.

⁴⁶¹ Heidelberger Kommentar § 66 InsO Rn 15; MüKo/Nowak § 66 InsO Rn 2; Schmid § 66 InsO Rn 22; Uhlenbruck § 66 InsO Rn 42; Braun § 66 InsO Rn 26; Nerlich/Röhrmann/Delhaes § 66 InsO Rn 24.

⁴⁶² Heilmann ZRP 1988, 11 verweist insoweit auf Punkt B II 3.3.7 Abs. 3 der Reformvorschläge der Kommission. Ebenso Nerlich/Röhrmann/Delhaes § 66 InsO Rn 24 m.w.N..

⁴⁶³ Dazu Heidelberger Kommentar § 66 InsO Rn 15 m.w.N..

⁴⁶⁴ Uhlenbruck § 66 InsO Rn 42; Wimmer § 66 InsO Rn 26; MüKo/Nowak § 66 Rn 34 m.w.N..

⁴⁶⁵ MüKo/Nowak § 66 Rn 1; Schmidt KO § 86 Anm 1 b.

tur zum Insolvenzrecht wird daher – soweit ersichtlich – diese Möglichkeit noch nicht einmal problematisiert. Lediglich *Holzer*⁴⁶⁶ ist der Ansicht, dass die Schlussrechnung bei Unterbleiben von Einwendungen mit der Folge anerkannt ist, dass der Verwalter entlastet ist und keine Haftung nach § 60 InsO mehr unterliegt. Diese Meinung dürfte jedoch im Hinblick auf die Gesetzesbegründung kaum haltbar sein. Sofern eine Entlastung ausdrücklich erklärt wird, hat diese die Wirkung, dass kein Schadensersatz aus § 60 InsO mehr gegen den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann.

4.6.3 Anspruch auf Entlastung

Da auch die Abnahme der Schlussrechnung durch die Gläubigerversammlung keinerlei Entlastungsfunktion mehr nach der Neuregelung hat, besteht auch kein Anspruch des Insolvenzverwalters auf Entlastung. Ebenso scheidet ein Anspruch wegen Fehlens einer ständigen Übung nach Entlastung aus.

4.7 Die Entlastung des Zwangsverwalters nach § 154 ZVG

4.7.1 Allgemeines

Auch den Zwangsverwalter trifft nach dem ZVG eine Verpflichtung zur Rechnungslegung. So hat er nach § 154 S. 2 ZVG dem Gläubiger und dem Schuldner jährlich und nach der Beendigung der Verwaltung Rechnung zu legen. Diese Rechnung ist dem Gericht einzureichen und von diesem dem Gläubiger und dem Schuldner vorzulegen. Die Rechnungslegung an sich erfolgt aber gegenüber den betreibenden Gläubigern und Vollstreckungsschuldnern.⁴⁶⁷ Andere Beteiligte haben keinen Anspruch auf Rechnungslegung, können aber Einsichtnahme in die Abrechnung verlangen.⁴⁶⁸ § 154 ZVG ist in erster Linie eine Haftungsvorschrift für den Zwangsverwalter, denn er ist danach für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten gegenüber verantwortlich. Die Abrechnung wird durch den Rechtspfleger rechnerisch und sachlich überprüft. Sofern sich Pflichtwidrigkeiten ergeben hat das Vollstreckungsgericht einzuschreiten.⁴⁶⁹ § 154 S. 2 ZVG gibt sogar dem Gläubiger und dem Schuldner, die am Zwangsverwaltungsverfahren beteiligt sind, einen einklagbaren Anspruch auf Rechnungs-

⁴⁶⁶ Holzer in: Kübler/Prütting § 197 InsO Rn 4.

⁴⁶⁷ Dazu Zeller/Stöber § 154 Rn 3 m.w.N..

⁴⁶⁸ Zeller/Stöber § 154 Rn 3.1; Dassler/Muth § 154 Rn 10.

⁴⁶⁹ Zeller/Stöber § 154 Rn 3.4; Dassler/Muth § 154 Rn 12.

legung gegen den Zwangsverwalter.⁴⁷⁰ Dabei wird die klageweise Geltendmachung des Anspruchs nicht durch § 154 S. 3 ZVG ausgeschlossen, denn die Beteiligten brauchen sich nicht darauf verweisen zu lassen, eine ordnungsgemäße Rechnungslegung ausschließlich unter Einschaltung des Vollstreckungsgericht zu verlangen.

Auch im Bereich des Rechtes der Zwangsverwaltung wird zwischen der Abnahme einer Rechnungslegung und der Anerkennung der Richtigkeit unterschieden. Die Abnahme wird lediglich als formelle Erklärung gewertet, die Rechnung sei im Sinne des § 259 BGB rechnerisch richtig und vollständig, mithin formell nicht zu beanstanden.⁴⁷¹ Die sachliche Richtigkeit wird damit aber nicht bekundet, so dass gerade keine Entlastung des Zwangsverwalters eintritt.⁴⁷² Kommt es zu Beanstandungen vermittelt regelmäßig das Vollstreckungsgericht. Bei erfolgloser Vermittlung verbleibt nur die Möglichkeit des Klageweges.⁴⁷³

4.7.2 Rechtsfolgen der Entlastung

Das Anerkennen der Rechnungslegung als richtig wird in der Regel durch das Vollstreckungsgericht vermittelt. Nur die Anerkennung der sachlichen Richtigkeit der Rechnung hat die Entlastung zur Folge.⁴⁷⁴ Kommt es dann zu einem ausdrücklichen Anerkenntnis, liegt darin auch gleichzeitig – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Vermittlung der Abrechnung im Vormundschaftsrecht – ein negatives Schuldanerkentnis. Eine Nichtäußerung auf die Rechnungsvorlage bedeutet nicht deren Annahme. Ein Anerkennen der Rechnung durch schlüssiges Handeln wird aber von der herrschenden Meinung⁴⁷⁵ zugelassen, wenn z.B. nicht innerhalb der Fristsetzung durch das Gericht Einwendungen erhoben werden.

4.7.3 Anspruch auf Entlastung

Ein Schweigen gilt nicht als Anerkennung der Richtigkeit. Eine Regelung wie in der alten Konkursordnung – dort in § 86 KO – fehlt im ZVG, so dass im Schweigen nicht ohne weiteres eine Anerkennung bedeutet. Nach Auffassung eines Teils im Schrifttum⁴⁷⁶ hat der Zwangsverwalter aber einen Anspruch auf klare Verhältnisse, so dass sich Gläubiger und

⁴⁷⁰ OLG Celle OLGR 1996, 263. Dabei wird die klageweise Geltendmachung des Anspruchs auch nicht durch § 154 S. 3 ZVG ausgeschlossen, denn die Beteiligten brauchen sich nicht darauf verweisen zu lassen, eine ordnungsgemäße Rechnungslegung ausschließlich unter Einschaltung des Vollstreckungsgericht zu verlangen.

⁴⁷¹ Zeller/Stöber § 154 Rn 3.5.

⁴⁷² Zeller/Stöber § 154 Rn 3.5; Böttcher § 154 Rn 11.

⁴⁷³ Dassler/Muth § 154 Rn 17.

⁴⁷⁴ Steiner/Hagemann § 154 Rn 42; Böttcher § 154 Rn 11.

⁴⁷⁵ Steiner/Hagemann § 154 Rn 46; Böttcher § 154 Rn 11. A.A. Dassler/Muth § 154 Rn 18.

⁴⁷⁶ Zeller/Stöber § 154 Rn 3.6.

Schuldner erklären müssen. Woher dieser Anspruch herrührt, wird nicht überzeugend vertieft. Wenn sich die Beteiligten nicht binnen einer angemessenen Frist melden würden, gelte die Abrechnung als anerkannt. Nach anderer Ansicht⁴⁷⁷ ist dies gerade nicht der Fall, da kein Anspruch auf Entlastung besteht. In der Praxis setzt aber das Vollstreckungsgericht ohnehin den Beteiligten eine Frist zur Stellungnahme, wenn nämlich dem Gericht die Rechnungslegung vorliegt und hiervon die Beteiligten informiert werden. Meistens drängt das Gericht auch auf Klärung, ob die Beteiligten tatsächlich die Abrechnung als richtig anerkennen oder nicht.

4.8 Entlastung des Bevollmächtigten nach § 666 BGB

4.8.1 Allgemeines

Nach § 2218 Abs. 1 BGB finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664, 666 bis 668, 670 BGB, des § 673 S. 2 BGB und des § 674 BGB entsprechende Anwendung. Insoweit ist die Entlastung des Bevollmächtigten nach erfolgter Geschäftsführung von großem Interesse. Auch andere Rechtsverhältnisse beziehen sich ausdrücklich auf die Vorschriften des Auftragsrechts. Entweder haben sie eine unmittelbare Anwendung oder lediglich eine entsprechende Anwendung dieser Auftragsvorschriften zur Folge. So sind die §§ 663, 665 bis 670 BGB, 672 bis 674 BGB sowie § 671 Abs. 2 BGB auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, nach § 675 BGB anwendbar.

Die §§ 664 bis 670 BGB gelten auch für die Geschäftsführung des Vorstands und der Liquidatoren eines Vereins oder einer Stiftung gemäß §§ 27 Abs. 3 bzw. 48 Abs. 2 und § 86 BGB. Gleiches gilt auch für die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters nach § 713 BGB.⁴⁷⁸

Der Beauftragte hat nach § 666 BGB nach Beendigung des Auftrages bzw. nach der Ausführung des Auftrages hierüber auf Verlangen des Auftraggebers Rechenschaft abzulegen.⁴⁷⁹ Zentraler Punkt ist also auch im Auftragsrecht die Rechenschaftsablegung. Nach einem großen Teil der Kommentarliteratur⁴⁸⁰ kann sich nach § 242 BGB eine Entlastung des Beauf-

⁴⁷⁷ Dasser/Muth § 154 Rn 18.

⁴⁷⁸ Vgl dazu MüKo/Seiler § 666 Rn 4; Staudinger/Wittmann Vorbem zu §§ 662 ff. Rn 30. Auf die weitere Darstellung dieser Vorschriften wird zur Vermeidung von Wiederholungen verzichtet.

⁴⁷⁹ RGZ 56, 118; BGH LM Nr. 8 zu § 666 BGB; MüKo/Seiler § 666 Rn 6; Staudinger/Wittmann § 666 Rn 8

⁴⁸⁰ RGRK-Steffen § 666 Rn 26; Staudinger/Wittmann § 666 Rn 11; Soergel/Beuthien § 666 Rn 13; MüKo/Seiler § 666 Rn 12.

tragten gegeben, wenn der Auftraggeber die Prüfung und Beanstandung der Rechnungslegung in angemessener Zeit unterlässt. Gleiches soll bei der vorbehaltlosen Erstattung der geforderten Aufwendungen des Auftragnehmers gelten.⁴⁸¹ Der Auftraggeber kann wegen der Abdingbarkeit des § 666 BGB auf eine Rechnungslegung verzichten. Durch einen derartigen Verzicht kommt es jedoch nur dazu, dass der Auftraggeber vom Beauftragten keine Rechnung mehr fordern kann, ohne aber auf sein Recht auf Entlastung oder Nichtentlastung zu verzichten.⁴⁸²

4.8.2 Rechtsfolgen der Entlastung

Rechtsfolge der Entlastung ist dann der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen, die bei Überprüfung der Rechnungslegung aufgrund mangelhafter Geschäftsführung. Informationsansprüche sind durch die Entlastung hingegen nicht ausgeschlossen, wenn sie auf Informationen gerichtet sind, die bei der Entlastungserklärung nicht bekannt waren.⁴⁸³ Die Entlastung eines Bevollmächtigten ist ihrem Inhalte nach die Anerkennung eines Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses im Sinne des § 812 BGB.⁴⁸⁴

Nach anderer Ansicht⁴⁸⁵ soll angesichts der Unklarheit des Entlastungsbegriffs außerhalb des Gesellschafts- und Handelsrechts von einer Entlastung keinerlei Präklusionswirkung auf alle Informations-, Schadensersatz- und sonstigen Ansprüchen beigemessen werden.

4.8.3 Anspruch auf Entlastung

In zahlreichen Monographien zum Schuldrecht wird zwar die Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht des Beauftragten ausführlich behandelt, eine Stellungnahme oder Erörterung der Problematik der Entlastung fehlt.

In einem Großteil der Literatur⁴⁸⁶ zu Beginn des 20. Jahrhunderts wird einfach eine Übung bei der Rechenschaftslegung über eine Geschäftsbesorgung unterstellt, dass der Geschäftsherr dem Geschäftsherrn gegenüber erklärt, er erhebe keine Ansprüche gegen ihn. In dieser Erklärung sei eine Entlastung bzw. Decharge zu sehen. Zwar erwähne das BGB die Entlastung nicht ausdrücklich. Aber ein Recht auf Entlastung ergebe sich bereits aus der handels-

⁴⁸¹ RGRK/Steffen § 666 Rn 26.

⁴⁸² Vgl. dazu Soergel/Beuthien § 666 Rn 14.

⁴⁸³ RGRK/Steffen § 666 Rn 26; Erman/Ehmann § 666 Rn 53.

⁴⁸⁴ RG Das Recht 1915 Nr 1527.

⁴⁸⁵ Erman/Ehmann § 666 Rn 53.

⁴⁸⁶ Heck S. 164; Dernburg § 40; Oertmann zu § 259, 4.

rechtlichen Praxis.⁴⁸⁷ Auch der überwiegende Teil der Kommentarliteratur⁴⁸⁸ hat sich dieser Ansicht angeschlossen und sieht einen Anspruch auf Entlastung als Korrelat zur Rechnungslegung. Aus diesem Grunde könne derjenige Geschäftsbesorger, der über eine rechnungspflichtige Verwaltung ordnungsgemäß Rechnung gelegt hat, auch Entlastung beanspruchen.⁴⁸⁹

4.9 Entlastung für Vormund, Betreuer und Pfleger sowie Eltern

Im Unterschied zu den meisten zuvor behandelten Entlastungen, richtet sich der Wunsch nach Entlastung nicht gegen Mitglieder einer Gesellschaft oder Vereins o.ä., sondern vielmehr gegenüber einer Einzelperson oder Behörde. Die Entlastung für Vormund, Betreuer und Pfleger haben eine gemeinsame Schnittstelle bei § 1892 BGB, da die Vorschriften hinsichtlich des Betreuers bzw. des Pflegers auf § 1892 BGB Bezug nehmen.

4.9.1 Die Entlastung des Vormundes nach § 1892 BGB

4.9.1.1 Allgemeines

Nach § 1892 Abs. 1 BGB hat der Vormund die Rechnung, die er dem Gegenvormund vorgelegt hat, dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Anschließend erfolgt eine Prüfung durch das Vormundschaftsgericht über die erteilte Rechnung in rechnungsmäßiger und sachlicher Hinsicht. nach Maßgabe des § 1843 Abs. 1 BGB. Des weiteren muss es die Abnahme durch Verhandlung mit den Beteiligten unter Zuziehung des Gegenvormundes vermitteln. Nach § 1892 Abs. 2 S. 2 BGB hat das Vormundschaftsgericht das Anerkenntnis zu beurkunden, wenn und soweit die Rechnung als richtig anerkannt wird. Das Mündel hat sowohl die Möglichkeit auf eine Rechnungslegung zu verzichten, oder aber die Rechnung ausdrücklich inhaltlich anzuerkennen.⁴⁹⁰ Ein Verzicht auf eine Rechnungslegung soll aber nach einem Teil des Schrifttums⁴⁹¹ wirkungslos sein. Nach anderer Auffassung⁴⁹² ist sie wirksam, hat aber vormundschaftliche Maßnahmen dergestalt zur Konsequenz, dass das Vormundschaftsge-

⁴⁸⁷ So wohl auch Erman/Ehmann § 666 Rn 61, der ein Recht auf Entlastung nach Beendigung der Geschäftsbesorgung annimmt, hierfür aber keine Begründung liefert und nur auf die gesellschaftsrechtlichen Normen verweist.

⁴⁸⁸ Erman/Hauß (8. Auflage) § 666 Rn 3; RGRK/Steffen § 666 Rn 26; Staudinger/Keßler § 713 Rn 9; MüKo/Seiler § 713 Rn 9; RGRK/von Gamm § 713 Rn 3

⁴⁸⁹ So auch Hoeniger DJZ 1922, 146; Isele S. 132f..

⁴⁹⁰ Vgl. dazu Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer S. 83.

⁴⁹¹ Palandt/Diederichsen § 1892 Rn 2.

⁴⁹² Soergel/Zimmermann § 1890 Rn 7 m.w.N..

richt dem neuen Vormund eine solche Erklärung zu untersagen hat und keine Genehmigung nach § 1812 BGB erteilen darf.⁴⁹³

Sofern Ansprüche die zwischen dem Vormund und dem Mündel streitig bleiben, können diese schon vor Beendigung des Vormundschaftsverhältnisses im Rechtswege geltend gemacht werden.⁴⁹⁴ Hat das Gericht also die Rechnungslegung des Vormundes als ordnungsgemäß anerkannt, ist damit keine Entlastung ausgesprochen.⁴⁹⁵ Es steht hierdurch lediglich fest, dass kein Anlass zum Einschreiten nach § 1837 Abs. 2 BGB besteht.⁴⁹⁶

Sinn und Zweck der Abnahmevermittlung ist die Prophylaxe von Rechtsstreitigkeiten. Allerdings kann das Vormundschaftsgericht nicht durch Zwangsmittel die Teilnahme an den Abnahmeverhandlungen erzwingen.

Für eine ausdrückliche Entlastung benötigt der Gegenvormund wegen des angeblichen Verfügungscharakters nach allgemeiner Ansicht⁴⁹⁷ die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1812 BGB. Die Entlastung ist dann zu beurkunden. In der Praxis sehen sich die Vormundschaftsgerichte häufig aus Gründen der Zweckmäßigkeit veranlasst, nicht nur die Rechnung zu überprüfen, sondern auch die Herausgabe von Vermögen und Entlastungsverträge zu vermitteln.⁴⁹⁸ Wegen der Gefahr der Staatshaftung aus § 839 BGB, Art. 34 GG, wenn das Gericht seine Pflichten bei der Rechnungsprüfung verletzt, wird häufig vom Vormundschaftsgericht bei der Vermittlung des Entlastungsvertrages folgender Tenor aufgenommen: „*Dem Vormund und dem Vormundschaftsgericht erteile ich Entlastung*“.⁴⁹⁹ Damit soll dann auch der Verzicht auf Ansprüche gegenüber dem Vormundschaftsgericht ausgesprochen worden sein. Allerdings sind derartige Beurkundungen im Eigeninteresse rechtspolitisch bedenklich, so dass die Vormundschaftsgerichte zurückhaltend damit umgehen sollten.

⁴⁹³ Dazu Gleißner Rpfleger 1986, 464. Hintergrund dafür ist, dass der neue Vormund seiner Rechnungslegungspflicht ansonsten nicht nachkommen kann. Eine Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts nach § 1892 BGB kann also bei Fortbestehen der Vormundschaft niemals entfallen.

⁴⁹⁴ Soergel/Zimmermann, § 1843 Rn 2; Staudinger/Engler § 1843 Rn 7.

⁴⁹⁵ Soergel/Zimmermann, § 1843 Rn 2; Staudinger/Engler § 1843 Rn 9.

⁴⁹⁶ Ibidem.

⁴⁹⁷ Staudinger/Engler § 1892 Rn 26; MüKo/Schwab § 1892 Rn 6; Palandt/Diederichsen § 1892 Rn 5; Bettin in: Bamberger/Roth § 1892 Rn 4 m.w.N..

⁴⁹⁸ So Gerngruber/Coester-Waltjen § 73 III 3.

⁴⁹⁹ So Gleißner Rpfleger 1986, 463.

4.9.1.2 *Rechtsfolgen der Entlastung*

Die ausdrückliche Anerkennung der Rechnungslegung als richtig kann als Verzicht auf alle materiellen Ansprüche zu verstehen sein.⁵⁰⁰ Ebenso soll im Einzelfall die Erteilung einer Quittung gemäß § 368 BGB als Verzichtserklärung gegenüber dem Vormund ausgelegt werden.⁵⁰¹ Die Reichweite dieses Verzichts hängt davon ab, inwieweit die Rechnung als richtig anerkannt wurde.⁵⁰² Durch die Entlastung wird aber auch das Jugendamt von weiteren Tätigkeiten im Rahmen der Vermögensverwaltung, insbesondere von weiteren Auskünften entbunden.⁵⁰³ Sofern das Mündel auf die Rechnungslegung verzichtet, entfällt gleichzeitig auch die Pflicht des Staates zur Rechnungslegung.⁵⁰⁴ In der bloßen Erklärung des Mündels gegenüber dem Vormundschaftsgericht, auf eine weitere Überprüfung der Rechnungslegung zu verzichten, liegt nur eine einseitige Verfahrenshandlung, ohne dass damit ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche verbunden ist.⁵⁰⁵ Hieran zeigt sich deutlich die rechtsgeschäftliche Deutung der Entlastung im Vormundschaftsrecht. So liegt danach immer dann keine wirksame Entlastung vor, wenn die Erklärung nicht dem Vormund zur Kenntnis gelangt ist und von diesem angenommen wurde.⁵⁰⁶

Die Entlastung in Vormundschaftssachen wird nach einhelliger Auffassung⁵⁰⁷ als negativer Schuldanerkenntnisvertrag im Sinne des § 397 Abs. 2 BGB gewertet, so dass aus dem bisherigen Verhalten des Rechenschaftspflichtigen, so weit dies übersehbar ist, keine Ansprüche mehr abgeleitet werden können. Allerdings wird weder im Schrifttum, noch in der Judikatur die Rechtsfolge der Entlastung problematisiert. Sofern entlastet wird, enthält die Entlastung nicht notwendig eine Genehmigung bisher unwirksamer Verfügungen des Vormundes.⁵⁰⁸

⁵⁰⁰ RGZ 115, 371; Palandt/Diederichsen § 1892 Rn 6.

⁵⁰¹ Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer S. 83. Dagegen hegt zu Recht Palandt/Diederichsen § 1892 Rn 6 erhebliche Bedenken, da in der Quittungsforderung lediglich ein bloßes Bekenntnis liegt, die Schlussrechnung erhalten zu haben.

⁵⁰² Staudinger/Engler § 1892 Rn 21. Nach Soergel/Damrau und nun auch Soergel/Zimmermann § 1892 Rn 5 betrifft die Präklusionswirkung alle bekannten und unbekannten Forderungen des Mündels.

⁵⁰³ So LG Kiel DAV 1982, 189; Zustimmend Palandt/Diederichsen § 1892 Rn 6.

⁵⁰⁴ Soergel/Zimmermann § 1892 Rn 7.

⁵⁰⁵ Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer S. 83.

⁵⁰⁶ Gleißner Rpfleger 1986, 463.

⁵⁰⁷ Vgl. dazu Lehmann JW 1936, 1893; Staudinger/Engler § 1892 Rn 21; Soergel/Damrau § 1892 Rn 5; Erman/Holzhauser § 1892 Rn 4; Palandt/Diederichsen § 1892 Rn 6; Gleißner Rpfleger 1986, 462; MüKo/Schwab § 1892 Rn 6; Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer S. 83; OLG Köln FamRZ 1996, 249.

⁵⁰⁸ MüKo/Schwab § 1892 Rn 7 unter Hinweis auf RG LZ 1930, 1390.

Die Folge eines Bestehens eines negativen Schuldanerkenntnisvertrages wäre, dass dieser nach Maßgabe des § 119 BGB anfechtbar und gem. § 812 Abs. 2 BGB kondizierbar wäre sowie die Wirkung einer Beweislastumkehr hat.⁵⁰⁹

4.9.1.3 *Anspruch auf Entlastung*

Bereits aus den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁵¹⁰ wird deutlich, dass der Gesetzgeber im Unterschied zu den bisherigen Landesrechten wie z.B. in § 69 Abs. 2 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 05.07.1875 dem Vormund bewusst keinen Rechtsanspruch auf Entlastung einräumen wollte. Sowohl in der heutigen Rechtsprechung⁵¹¹ als auch im aktuellen Schrifttum⁵¹² wird daher ein Anspruch auf Entlastung für das Gericht oder für den Vormund abgelehnt. Dennoch wurde anfänglich in der Rechtsprechung⁵¹³ eine Verpflichtung des Vormundschaftsgericht in den Fällen angenommen, in denen die Rechnung als richtig anerkannt wird. Begründet wurde dies mit § 1892 Abs. 2 BGB, wonach das Vormundschaftsgericht die Rechnung des bisherigen Vormundes rechnungsmäßig und sachlich prüft und deren Annahme durch Verhandlung mit den Beteiligten vermittelt. Im einzelnen ging es im wesentlichen bei den anfänglichen Entscheidungen, um die Beantwortung der Frage, inwieweit das Vormundschaftsgericht berechtigt ist, eine Erklärung des Mündels über eine allgemeine Entlastung des Vormundes herbeizuführen.⁵¹⁴ Erstmalig wurde mit den Entscheidungen des *OLG Naumburg*⁵¹⁵ und des *Kammergerichts Berlin*⁵¹⁶ deutlich gemacht, dass kein Anspruch des Vormundes auf Entlastung besteht, weil das neue Bürgerliche Gesetzbuch keine derartige Verpflichtung kenne. Das *Reichsgericht* hat sich mit Beschluss vom 06.01.1927⁵¹⁷ der ablehnenden Ansicht unter Übernahme der dortigen Argumentation angeschlossen. Es sei

⁵⁰⁹ Erman/Holzhauser § 1892 Rn 4; Soergel/Zimmermann § 1892 Rn 5 m.w.N..

⁵¹⁰ Motive Band 4 S. 1188f.. Hierzu ausführlich auch Zerhusen S. 140; Kutzner S. 153.

⁵¹¹ OLG Köln FamRZ 1996, 249 m.w.N..

⁵¹² Staudinger/Engler § 1892 Rn 15; Palandt/Diederichsen § 1892 RN 4; Bettin in: Bamberger/Roth § 1892 Rn 4; Gerngruber/Coester -Waltjen § 73 III 3.

⁵¹³ OLG Rostock, Beschluss vom 04.09.1900, OLGZ 1, 313.

⁵¹⁴ Vgl. dazu auch OLG Darmstadt, Beschluss vom 12.11.1909, OLGZ 21, 191; OLG Hamburg OLGZ 44, 179; OLG Kiel OLGZ 35, 383.

⁵¹⁵ OLG Naumburg OLGZ 21, 295.

⁵¹⁶ KGJ 51, 42.

⁵¹⁷ RGZ 115, 368 ff.

dem Mündel schlichtweg nicht zumutbar, unter Zeitdruck und ohne gehörige Prüfung der vorgelegten Rechnung eine Entlastungserklärung abgeben zu müssen.⁵¹⁸

4.9.2 Die Entlastung des Betreuers nach §§ 1908i, 1892 BGB

Die Vorschrift des § 1892 BGB gilt für den Betreuer über § 1908 i BGB entsprechend. Insofern bestehen keine Besonderheiten und es kann auf die Ausführungen unter 4.9.1 verwiesen werden.

4.9.3 Die Entlastung des Nachlasspflegers nach §§ 1915, 1892 BGB

Auf die Nachlasspflegschaft finden wegen der Verweisung in § 1915 BGB die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften Anwendung, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Wegen des erbrechtlichen Näheverhältnisses zum Testamentsvollstrecker soll trotz der analogen Anwendung des unter 4.9.1 zuvor erörterten § 1892 BGB hierzu näher eingegangen werden. Im übrigen ergeben sich zum Vormundschaftsrecht Besonderheiten.

4.9.3.1 Allgemeines

Im Unterschied zum Testamentsvollstrecker ist der Nachlasspfleger vielfach von der Genehmigung durch das Nachlassgericht abhängig. Zudem wird er vom Nachlassgericht nach Maßgabe des § 1837 BGB überwacht. So versteht es sich, dass das Nachlassgericht über die Beendigung der Nachlasspflegschaft hinaus eine Fürsorgepflicht hat, die sich auch noch auf die Abwicklung erstreckt.⁵¹⁹ Nach §§ 1915, 1892 BGB hat der Vormund die Rechnung dem Nachlassgericht einzureichen, wobei zuvor der Gegen-Nachlasspfleger diese erhalten hat. In der Praxis ist der Fall des Gegen-Nachlasspflegers sehr selten. Eine Bestellung eines Gegen-Nachlasspflegers kommt bspw. dann in Betracht, wenn nach § 1792 BGB nicht nur eine geringfügige Vermögensverwaltung. Der Gegen-Nachlasspfleger hat lediglich die Rechnung des Nachlasspflegers zu prüfen, hat aber wegen § 1842 S. 2 BGB die Aufstellung selbst nicht durchzuführen oder zu verantworten.

Die eigentliche Entlastung hat direkt durch die Erben zu erfolgen und nicht durch das Nachlassgericht. Das Nachlassgericht hat lediglich durch Verhandlungen mit den Beteiligten nach Maßgabe des § 1892 Abs. 2 S. 1 BGB zu vermitteln. Die Entlastung erfolgt durch ausdrückliche Erklärung, dass die Rechnungslegung akzeptiert wird, wobei es eine Auslegungsfrage ist,

⁵¹⁸ RGZ 115, 371.

ob auch durch schlüssiges Verhalten die Akzeptanz der Rechnungslegung ausgedrückt wurde. Ist die Rechnung als richtig anerkannt worden, hat das Nachlassgericht gem. § 1892 Abs. 2 S. 2 BGB das Anerkenntnis zu beurkunden. Diese Beurkundung des Anerkenntnisses hat nur deklaratorische, nicht aber konstitutive Wirkung, so dass auch bei unterbliebener Beurkundung die erteilte Entlastung wirksam ist.⁵²⁰

4.9.3.2 *Rechtsfolgen der Entlastung*

Nach einhelliger Auffassung⁵²¹ ist Rechtsfolge der Entlastung beim Nachlasspfleger wie beim Vormund ein negatives Schuldanerkenntnis.

4.9.3.3 *Anspruch auf Entlastung*

Die Erben können den Nachlasspfleger nach freien Belieben bestimmen, ob sie die Rechnungslegung des Nachlasspflegers akzeptieren und ihn entlasten. Dabei ist eine Entlastung unter Vorbehalt bestimmter Ansprüche möglich.⁵²² Nach der Rechtsprechung⁵²³ und Literatur⁵²⁴ hat der Nachlasspfleger keinen Anspruch auf Erteilung einer Entlastungserklärung. Wird der Nachlasspfleger also nicht entlastet, hätte er lediglich die Möglichkeit der Einreichung einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO.⁵²⁵

4.9.4 **Entlastung der Eltern bei Rechnungslegung nach § 1698 BGB**

Der bislang zur Vermögenssorge berufene Elternteil nach § 1698 Abs. 1 BGB ist sowohl rechenschafts-, als auch herausgabepflichtig, wenn seine Vermögensverwaltung z.B. durch Eintritt der Volljährigkeit des Kindes endet oder z.B. durch Ruhen der elterlichen Sorge nach §§ 1673 ff. BGB unterbrochen wird. Die Rechenschaftspflicht besteht nur auf Verlangen des volljährigen Kindes oder des minderjährigen Kindes, vertreten durch einen neuen gesetzlichen Vertreter.⁵²⁶ Nach überwiegender Ansicht⁵²⁷ kann bereits ein hinreichender Verdacht auf eine Vermögenssorge einen Rechenschaftsanspruch begründen.

⁵¹⁹ Zimmermann (Nachlasspflegschaft) Rn 902.

⁵²⁰ MüKo/Schwab § 1892 Rn 6; Zimmermann (Nachlasspflegschaft) Rn 903.

⁵²¹ Zimmermann (Nachlasspflegschaft) Rn 903 unter Bezugnahme auf OLG Köln FamRZ 1996, 249 (Entlastung des Vormundes).

⁵²² Soergel/Damrau § 1892 Rn 4.

⁵²³ RGZ 115, 368; KGJ 51, 42; LG Stuttgart DAV 1974, 672; AG Neukölln BtPrax 1992, 77.

⁵²⁴ Jochum/Pohl Rn 738; Zimmermann (Nachlasspflegschaft) Rn 903; MüKo/Schwab § 1892 Rn 6.

⁵²⁵ Soergel/Damrau § 1892 Rn 6.

⁵²⁶ MüKo/Finger § 1698 Rn 6; Veit in: Bamberger/Roth § 1698 Rn 2.

⁵²⁷ Erman/Michalski § 1698 Rn 10; MüKo/Hinz § 1698 Rn 4; Soergel/Strätz § 1698 Rn 5; Veit in: Bamberger/Roth § 1698 Rn 2. A.A. Staudinger/Coester § 1698 Rn 11.

Inhaltlich richtet sich die Rechenschaftspflicht nach §§ 259, 261 BGB. Einen Gegenanspruch der Eltern auf Abschluss eines Entlastungsvertrages oder der Erteilung einer Entlastung besteht nicht. Eine derartige Behauptung auf Anspruch auf Entlastung ist in der Literatur – soweit ersichtlich – noch nicht einmal postuliert worden. Das volljährige Kind pflegt lediglich, seinen Eltern die Rechenschaftspflicht zu erlassen. Ob allerdings damit eine Verwirkung der Rechenschaftsforderung einhergeht, ist umstritten, wird aber überwiegend wegen der besonderen Situation im Familienverbund mit seinen gesteigerten Rücksichtspflichten nur bei ungewöhnlicher Fallgestaltung zugebilligt.⁵²⁸

Ebenso wird die tatsächliche Entlastung bei § 1698 BGB von der Literatur nicht problematisiert. Dies mag daran liegen, dass eine solche Entlastung in praxi sehr selten ist und stattdessen auf die Rechenschaftslegung verzichtet ist. Kommt es aber zur Entlastung durch den Volljährigen muss man aber konsequenterweise ebenfalls die besondere Situation im Familienverbund sehen und eine Präklusionswirkung nur in Ausnahmefällen zulassen. Die Präklusionswirkung tritt somit bei § 1698 BGB – im Gegensatz zu den oben erwähnten gesellschaftsrechtlichen Konstellationen – nicht automatisch mit der Entlastung ein, sondern bedarf besonderer Rechtfertigung.

4.10 Entlastung des Vorerben durch den Nacherben nach § 2130 Abs. 2 BGB

Auch im Erbrecht findet sich neben den Regelungen zum Testamentsvollstrecker, Nachlassinsolvenzverwalter oder Nachlasspfleger eine Rechenschaftspflicht, die die Frage nach einer Entlastung aufwirft. Soweit ersichtlich fehlt in der Literatur eine Stellungnahme zur Frage der Entlastung des Nacherben gegenüber dem Vorerben.

Nach § 2130 Abs. 2 BGB hat der Vorerbe nach dem Eintritt der Nacherbfolge auf Verlangen Rechenschaft abzulegen.⁵²⁹ Diese Rechenschaftslegung erfolgt ebenfalls nach §§ 259 bis 261 BGB, wobei der Vorerbe vom Erblasser von dieser Pflicht befreit werden kann. Jedoch hat der Nacherbe die Möglichkeit ausdrücklich auf die Rechnungslegung zu verzichten. Die Pflicht zur Rechenschaftslegung bezieht sich selbst nur auf die Nachlasssubstanz, nicht auf die dem Vorerben zustehenden Nutzungen.⁵³⁰ Hat bereits der Vorerbe auf Verlangen des

⁵²⁸ OLG München NJW 1974, 703; Gernhuber § 63 II 4; Staudinger/Coester § 1698 Rn 12; MüKo/Hinz § 1698 Rn 6 m.w.N..

⁵²⁹ Auch bei weiteren erbrechtlichen Auskunftsansprüchen gibt es mitunter eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung mit der Möglichkeit einer Entlastung. Eine Rechenschaftslegungspflicht ergibt sich z.B. für einen Miterben nach §§ 2038, 681, 666 BGB, wenn dieser die Verwaltung alleindurchführt. Gleiches gilt für den Anspruch des endgültigen Erben gegenüber dem vorläufigen Erben nach §§ 1959, 681, 666 BGB. Hier sei aber auf die Ausführung zur Entlastung im Auftragsrecht verwiesen. (vgl. dazu mit weiteren Hinweisen Krug in: Bonefeld/Kroiß/Tanck S. 113 ff.)

⁵³⁰ Litztenburger in: Bamberger/Roth § 2230 Rn 6; MüKo/Grunsky § 2130 Rn 8; Soergel/Harder § 2130 Rn 7; Palandt/Edenhofer § 2130 Rn 6.

Nacherben gem. § 2121 Abs. 1 BGB ein Nachlassverzeichnis errichtet und seinerseits Auskunft nach § 2127 BGB erteilt, kann er im Rahmen seiner Rechnungslegung hierauf Bezug nehmen und lediglich die Abweichungen, die sich zwischenzeitlich ergeben haben, deutlich machen.⁵³¹

Auch eine prozessuale Durchsetzung der Rechnungslegungspflicht des Vorerben z.B. mittels Stufenklage nach § 254 ZPO ist für den Nacherben möglich.

4.11 Sonstige Rechnungslegungsansprüche mit Entlastungsmöglichkeit

Neben den vorgenannten Entlastungsbereichen bestehen auch in weiteren Vorschriften ein Rechnungslegungspflicht mit anschließender Entlastungsmöglichkeit. So hat nach § 8 der Makler- und Bauträgerverordnung der Gewerbetreibende, der zur Ausführung seines Auftrages Vermögenswerte des Auftraggebers erhalten oder verwendet hat, dem Auftraggeber gegenüber bei entsprechender Anwendung des § 259 BGB Rechnung zu legen. Diese Verpflichtung entfällt nach § 8 Abs. 2 MaBV, soweit der Auftraggeber nach Beendigung des Auftrages dem Gewerbetreibenden gegenüber schriftlich darauf verzichtet oder der Gewerbetreibende mit dem Vermögenswerten des Auftraggebers eine Leistung zu einem Festpreis zu erbringen hat.

Des weiteren finden sich auch im HGB zahlreiche Rechnungslegungspflichten, wie z.B. die des Kommissionärs nach § 384 Abs. 2 HGB, wonach dieser dem Kommittenten nicht nur die erforderlichen Nachrichten und Anzeige über die Ausführung der Kommission zu erteilen hat, sondern insbesondere auch über das Geschäft Rechnung legen muss. Ebenso ist im Recht der Handelsvertreter nach § 87 c Abs. 1 S. 2 HGB eine ausdrückliche Rechnungslegungspflicht verankert.

Besondere Ausführungen zur Entlastung fehlen diesbezüglich in der Literatur, weil die Entlastung hier nicht im Praxismittelpunkt steht. All diesen Vorschriften ist der nahe Bezug zu § 259 BGB gleich. Insofern kann lediglich auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.

4.12 Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber hat lediglich im Bereich des Aktienrechts und der Insolvenzordnung deutlich gemacht, dass der Entlastung keine automatische Präklusionswirkung zukommt. In den

⁵³¹ Litztenburger in: Bamberger/Roth § 2230 Rn 6; MüKo/Grunsky § 2130 Rn 8 m.w.N..

anderen geprüften Bereichen aus dem Gesellschafts-, Vereins- oder Wohnungseigentumsrecht konnte festgestellt werden, dass die Rechtsprechung meist ohne auf die tatsächliche Rechtsnatur der Entlastung einzugehen, die Rechtsfolge der Entlastung mehr umschrieben als deutlich gemacht hat. So soll die Entlastung z.B. im Vereinsrecht und Gesellschaftsrecht lediglich eine Wirkung wie ein Verzicht oder ein negatives Schuldanerkenntnis haben, ohne aber ein solcher Vertrag zu sein. Dies wird damit begründet, dass in diesen Fällen die Entlastung ein einseitiges keiner Annahme bedürftiges Rechtsgeschäft ist. Vertragsfiktion und einseitiges Rechtsgeschäft dürften sich aber rechtsdogmatisch ausschließen. Eine im Gesellschaftsrecht erteilte Entlastung kann sogar im Unterschied zu den anderen Entlastungen aufgrund eines Verstoßes gegen die Treuepflicht unwirksam sein.

Einfacher und klarer sind die Verhältnisse, wenn Gerichte das Anerkennen der Rechnungslegung vermitteln, wie z.B. im Vormundschaftsrecht. Dort kommt es dann regelmäßig zu ausdrücklichen Entlastungsverträgen, die in der Tat negative Schuldanerkenntnisverträge sind. Dementsprechend wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass außerhalb des Vereins- und Gesellschaftsrechts die Entlastung ein negativer Schuldanerkenntnisvertrag im Sinne des § 397 Abs. 2 BGB ist.

Ganz überwiegend wird ein Anspruch auf Entlastung abgelehnt, da ein Vertrauensbeweis nicht erzwingbar sei. Lediglich einzelne Stimmen billigen dem Gesellschaftergeschäftsführer, Verwalter oder Vorstand dann einen Anspruch auf Entlastung zu, wenn er sich tatsächlich nichts zu Schulden gekommen hat. Im Bereich des Vereinsrechts und des Rechts der WEG soll danach eine Entlastung der ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen. Anders ist dies im Bereich des Auftragsrechts. Hier wird von der herrschenden Ansicht ein Anspruch auf Entlastung des Geschäftsbesorgers mit dem nicht zu folgenden Argument gebilligt, da die Entlastung das Korrelat zur Rechnungslegung sei.

5 Folgerungen aus den bisherigen Ergebnissen für die Entlastung des Testamentsvollstreckers und deren Rechtsfolgen

Die von der herrschenden Ansicht vertretene Auffassung der Entlastung mit Wirkung eigener Art, die einem negativem Schuldanerkenntnis nach § 397 Abs. 2 BGB gleichkommt, ist nicht für das Recht des Testamentsvollstreckers anwendbar. Ebenso wurde unter 2.1.1.1 dargelegt, dass die Entlastung nach ihrer Rechtsnatur keine Genehmigung sein kann. Gleiches gilt unisono für die Rechtswirkung. Der Fortfall einer Tatbestandsvoraussetzung der schadensbegründenden Norm infolge rückwirkender Genehmigung gibt es bei der Entlastung nicht.⁵³² Eine Genehmigung nach § 177, 184 BGB scheidet zudem aus, da der Testamentsvollstrecker oder Geschäftsführer kein fremdes Geschäft ausübt, sondern kraft Gesetzes oder Vertrages berechtigt und verpflichtet ist, seine Handlungen als Testamentsvollstrecker bzw. Geschäftsführer vorzunehmen. Eine derartige Genehmigung käme nur dann in Betracht, wenn der Testamentsvollstrecker entgegen der Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung nach Maßgabe des § 2206 Abs. 1 den Nachlass verpflichtet hat. Dann können die Erben diese nicht ordnungsgemäße Verwaltung einvernehmlich nachträglich gemäß §§ 177, 184 BGB genehmigen, mit der Folge, dass eine Nachlasserbenschuld begründet wird.⁵³³

In der Praxis geht der Testamentsvollstrecker nicht selten den Weg des § 2206 Abs. 2 BGB, wonach vor Ausführung einer Aufgabe die Erben befragt werden, ob sie ihre Einwilligung zur Eingehung der Verbindlichkeit zu erteilen. Eine Einwilligung ist aber mit der Genehmigung nicht vergleichbar, da die Genehmigung nachträglich erteilt wird.⁵³⁴ Die Genehmigung beseitigt auch nicht die Verschuldenshaftung für die Ausführung, so dass nur teilweise ein Fehlverhalten des Beauftragten durch die Genehmigung gedeckt ist.⁵³⁵ Gerade diese Tatsache spricht ganz wesentlich gegen die Genehmigungstheorie, da die Entlastung eine weitergehende Wirkung und Intention hat.⁵³⁶

Rechtsprechung zu den Rechtswirkungen der Entlastung im Bereich der Testamentsvollstreckung gibt es wenige. Meistens ging es um die Frage, ob ein Anspruch auf Entlastung be-

⁵³² So richtig bereits Knoche S. 60.

⁵³³ Palandt/Edenhofer § 2206 Rn 5 m.w.N. Ebenso führt eine ex post Genehmigung dazu, dass der ehemals nichtberechtigte Geschäftsführer nun nach den Grundsätzen der berechtigten GoA behandelt wird (MüKo/Seiler § 684 Rn 11 m.w.N.).

⁵³⁴ Vgl. hierzu nur Palandt/Heinrichs Einf v § 182 Rn 1 m.w.N..

⁵³⁵ Barner S. 64; RGRK/Steffen § 684 Rn 19; Schönle ZHR 126, 215; Staudinger/Wittmann § 684 Rn 11.

⁵³⁶ Dazu Barner S. 65 m.w.N..

steht.⁵³⁷ Der *Bundesgerichtshof*⁵³⁸ hat in einer unveröffentlichten Entscheidung zu den Wirkungen der Entlastung eines Testamentsvollstreckers einmalig Stellung genommen.

Hintergrund war folgender Sachverhalt: Im Rahmen einer Erbauseinandersetzung hatte der Testamentsvollstrecker einen Auseinandersetzungsvertrag vorgeschlagen, da erhebliche Zweifel daran bestanden, ob das Testament nicht aufgrund Übergehung von Pflichtteilsberechtigten anfechtbar gewesen wäre. Nachdem der Vormundschaftsrichter den ersten Auseinandersetzungsvertrag nicht genehmigt hat, kam es anschließend im gerichtlichen Verfahren zu einer Abänderung des Auseinandersetzungsvertrages. Zusätzlich zu der Erklärung, dass sie im Verhältnis zueinander durch diese Abmachungen wegen ihrer jeweiligen Erbansprüche voll abgefunden seien, erteilten sämtliche Beteiligte „*dem Testamentsvollstrecker wegen der in dem Verträge getroffenen Regelung Entlastung.*“ Die Klägerin warf anschließend dem Testamentsvollstrecker vor, er hätte bei der gebotenen Prüfung nicht verkennen können, dass die weiteren am Vertrag Beteiligten viel mehr erhalten hätten als ihre Pflichtteile ausmachen. Sie selbst habe im Rahmen der von der Erblasserordnung abweichenden Verteilung statt 11/16 nur die Hälfte des Nachlasses erhalten. Die Klägerin nahm den Testamentsvollstrecker wegen des fehlenden Restbetrages, der ihr bei Durchführung der Erblasseranordnungen zugestanden hätte, zusammen mit ihrem Rechtsanwalt, der ihr zu dem Vertrag geraten hatte, in Regress. Die Klage wurde in jeder Instanz zurück gewiesen.

Das Erstgericht hatte erklärt, in der ausdrücklichen Entlastung liege ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche nach § 2219 BGB. Das Berufungsgericht führte aus, der Testamentsvollstrecker habe zwar seine Pflichten dadurch verletzt, dass er den Nachlass abweichend von der Erblasserordnung verteilt habe. Er habe aber entsprechend einer Vereinbarung der Erben gehandelt und nach vereinbarungsgemäßer Verteilung Entlastung erhalten.⁵³⁹ Die Tatsache der Einwilligung bedeute, dass keiner der Erben Schadensersatzansprüche wegen einer testamentswidrigen Verteilung gegen den Testamentsvollstrecker stellen könne. Die Klägerin müsse die Entlastung gegen sich gelten lassen, selbst wenn die Initiative zum Auseinandersetzungsvertrag vom Testamentsvollstrecker stammt. Zudem sei bei Abgabe der Entlastungserklärung der Sachverhalt bekannt gewesen. Der *Bundesgerichtshof* hat sich der Ansicht des Berufungsgerichts angeschlossen und führt selbst in den Entscheidungsgründen aus⁵⁴⁰, dass eine Haftung des Testamentsvollstreckers durch die Entlastung entfällt, ohne aber die Rechtsnatur der Entlastung näher zu beleuchten. Zu der Rechtswirkung der Entlastung erklärt es:

⁵³⁷ Siehe dazu Kapitel 8.1.1.

⁵³⁸ BGH Urteil vom 04.11.1968 Az.: III ZR 93/66

⁵³⁹ Ibidem, S. 15 des Urteils.

⁵⁴⁰ Ibidem, S. 25 des Urteils.

„Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, die Entlastung wäre ganz wertlos, wenn sie nicht auch auf das Tätigwerden bei der Vorbereitung des Vergleichs hätte erstrecken sollen, und wirke unter dem Gesichtspunkt gegen die Klägerin, daß der Zweitbeklagte (Hinweis: der Rechtsanwalt der Klägerin) beim Abschluß der Verhandlungen und der Abgabe der Entlastungserklärungen die von dem Erstbeklagten (Hinweis: den Testamentsvollstrecker) entwickelte Tätigkeit gekannt habe. Der Einwand der Revision, nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) könne sich der Erstbeklagte nicht auf eine durch seine unrichtige Belehrung herbeigeführte Entlastung berufen, würde die Entlastung als inhaltsleer erscheinen lassen. Letztlich kommt dem Erstbeklagten auch insoweit zugute, dass seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker nicht als eine.....schuldhaft unrichtige Sachbehandlung (§ 2219 BGB) angesprochen werden kann.

Der *Bundesgerichtshof* hat es vermieden, hier ausdrücklich Rechtsnatur und Rechtswirkung der Entlastung juristisch näher zu klären. Hauptgegenstand des Verfahrens war auch vielmehr die Haftung des Rechtsanwaltes der Klägerin, der ihr zu diesem Auseinandersetzungsvertrag geraten hatte. Da diesem kein Fehler nachzuweisen war, entfiel nach Ansicht des Gerichts damit auch ein etwaiger Haftungsanspruch gegen den Testamentsvollstrecker. Vorsorglich unterstrich es noch das Fehlen eines Haftungsgrundes nach § 2219 BGB aus sachlichen Gründen. Auf die erteilte Entlastung kam es demnach nicht entscheidend an. Mit der Behauptung des Erstgerichts, in der Entlastung liege ein Verzicht, hat es sich wie auch das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Es stellt aber klar, dass der Erbe nach erteilter Entlastung keinerlei Schadensersatzansprüche aus § 2219 BGB gegen den Testamentsvollstrecker geltend machen kann. Es billigt somit der Entlastung Präklusionswirkung zu.

Interessant an dieser Entscheidung ist jedoch die Auseinandersetzung mit § 242 BGB. Die Begründung, die Entlastung sei ansonsten inhaltsleer, überzeugt nicht. Sie mag bei der Konstellation des beurteilten Sachverhaltes gerechtfertigt erscheinen, darf jedoch keinesfalls generalisiert werden, denn es gibt Konstellationen, bei denen der Einwand des § 242 BGB eine Präklusionswirkung der Entlastung ausschließen kann. Im einzelnen kommt es auf eine Interessenabwägung an und nicht darauf, ob sonst die Entlastung inhaltsleer wäre. Positiv lässt sich aus der Begründung hingegen ableiten, dass offensichtlich die Klarstellungsfunktion der Entlastung für den *Bundesgerichtshof* von großer Wichtigkeit ist.

Nachfolgend soll daher einmal die Präklusionswirkung unter dem Aspekt des *venire contra factum proprium* näher beleuchtet werden.

5.1 Die Präklusionswirkung aufgrund venire contra factum proprium

Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, herrscht Übereinstimmung hinsichtlich einer Präklusionswirkung der Entlastung. Fraglich ist lediglich, von welcher Rechtsgrundlage sich diese Rechtsfolge ableiten lässt. Ein rechtsgeschäftlicher Lösungsansatz scheidet nach dem Zwischenergebnis aus. Demzufolge bleibt zu prüfen, ob ein nichtrechtsgeschäftlicher Lösungsansatz das Problem der Präklusionswirkung der Entlastung löst.

Bereits *Hoeniger*⁵⁴¹ hat 1922 die Entlastung als reine Wissenserklärung gedeutet und sie als Quittung angesehen. Zur Begründung der Rechtswirkung der Entlastung argumentierte er mit Hilfe der Lehre von der Rechtsverwirkung.⁵⁴² Die Wirkungen der Entlastung haben aber nichts mit einer Zeitkomponente zu tun und treten unabhängig von dieser ein. Dieser Lösungsansatz kann daher nicht überzeugen.

Ebenso kritisierten *Schnorr von Carolsfeld*⁵⁴³ und *Schippert*⁵⁴⁴ die herrschende Ansicht der rechtsgeschäftlichen Deutung und stellten klar, dass eine Berufung auf Treu und Glauben notwendig sei. In seiner Entscheidung vom 21.04.1986 begründete der *Bundesgerichtshof*⁵⁴⁵ die Verzichtswirkung der Entlastung ebenfalls damit, dass es ein Widerspruch in sich wäre, „wenn sie (gemeint sind die entlastenden Personen) *dennoch nachträglich geltend machen könnten, sie seien zwar mit jeder seiner Geschäftsführungsmaßnahmen einverstanden, gleichwohl habe er sich durch seine Tätigkeit auf Kosten der GmbH rechtswidrig bereichert und sei deshalb zum Ausgleich dieser Bereicherung verpflichtet.*“⁵⁴⁶ Das Gericht macht deutlich, dass eine Entlastung als positive Beurteilung auch einen Vertrauenstatbestand zugunsten des Entlasteten nach sich zieht. Wenn aber ein Vertrauenstatbestand geschaffen wird, ist dieser schutzwürdig.⁵⁴⁷ Nachfolgend soll nunmehr dargelegt werden, warum das Verbot des venire contra factum proprium auf die Entlastung des Testamentsvollstreckers anzuwenden ist und nur hierdurch die Rechtswirkungen der Entlastung des Testamentsvollstreckers zutreffend beschrieben werden können.

Nach der Rechtsprechung⁵⁴⁸ ist das Verbot des venire contra factum proprium ein Teilaspekt des Rechtsmissbrauches. Demzufolge ist die Ausübung eines Rechts dann unzulässig, wenn

⁵⁴¹ Hoeniger DJZ 1922, 145 ff.. Ebenso später Boesebeck JW 1935, 921 ff, allerdings mit Zustimmungskonstruktion der Entlastung. Auch Heck, S. 164 sieht in der Entlastung die übliche Form der Quittung.

⁵⁴² Ibidem S. 147.

⁵⁴³ Schnorr von Carolsfeld ZfG 1957, 223.

⁵⁴⁴ Schippert BB 1958, 1192. Vgl. auch Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 61.

⁵⁴⁵ BGHZ 97, 382 ff..

⁵⁴⁶ BGHZ 97, 388.

⁵⁴⁷ Ebenso Borsche S. 120.

⁵⁴⁸ Vgl nur BGH NJW 1980, 2408. Dazu Teichmann JA 1985, 498.

sich der Berechtigte hierdurch in treuwidriger Weise zu seinem eigenen vorherigen Verhalten in Widerspruch setzt. Allerdings kann nicht der Widerspruch zum vorherigen Verhalten allein das Kriterium für eine Präklusionswirkung sein.⁵⁴⁹ Immerhin kann jeder seine Meinung ändern, ohne dass dies verwerflich oder verboten sein muss. Die Rechtsordnung lässt auch widersprüchliches Verhalten ohne weiteres grundsätzlich zu.⁵⁵⁰ Wenn aber ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, ist widersprüchliches Verhalten missbräuchlich. Die herrschende Meinung⁵⁵¹ hat einige Kriterien aufgestellt, die eine berechenbare Rechtsanwendung der Rechtsfigur des venire contra factum proprium ermöglichen. Übertragen auf die Entlastung des Testamentsvollstreckers müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

Zunächst muss ein vertrauensbildendes Vorverhalten bestehen, welches gegenüber dem Testamentsvollstrecker geäußert wird. Dabei muss der Testamentsvollstrecker von der Beständigkeit der Entlastungserklärung ausgehen können, also dass sich die Erben künftig an die Erklärung halten werden. Ein Vertrauenstatbestand entsteht dabei regelmäßig durch die Mitteilung des Entlastungsbeschlusses der Erbgemeinschaft an den Testamentsvollstrecker. So kann ohne weiteres ein Beschluss der Erbgemeinschaft hinsichtlich der Entlastung vor Kundgabe an den Testamentsvollstrecker zurückgenommen und abgeändert werden. Hier zeigt sich der Unterschied zu der Auffassung, die Entlastung sei ein Angebot desjenigen, der die Entlastung begehrt, welches lediglich angenommen werden muss. Dort ist keine Rücknahme der Entscheidung mehr möglich.

Durch die Kundgabe darf der Testamentsvollstrecker vertrauen, die Testamentsvollstreckung ist insgesamt beendet und die Erbgemeinschaft wird keine Ersatzansprüche gegen ihn erheben. Unter besonderen Umständen kann auch ein Unterlassen in Betracht kommen, wenn nämlich eine vertrauensverhindernde oder vertrauenszerstörende Handlung der Erben geboten war.⁵⁵² Ein solcher Fall könnte gegeben sein, wenn bspw. der Testamentsvollstrecker den Erben bei der Rechnungslegung erklärt hat, wenn er binnen einer Frist von 14 Tagen keine Beanstandungen seiner Testamentsvollstreckertätigkeit erfährt, gehe er von einer Entlastung aus. Da hier eindeutig auf die Entlastung und nicht nur auf die Richtigkeit der Rechnungsle-

⁵⁴⁹ HM: MüKo/Roth § 242 Rn 239; Soergel/Teichmann § 242 Rn 321 m.w.N.; A.A. Wieling AcP 176 (1976), 342 ff., der eine rechtsgeschäftliche Verzichtserklärung desjenigen propagiert, der sich zum Vorverhalten in Widerspruch setzt.

⁵⁵⁰ Palandt/Heinrichs § 242 Rn 55; Teichmann JA 1985, 501.

⁵⁵¹ Teichmann JA 1985, 498; Dette S. 39 ff.; Canaris 287 ff.; Siebert S. 98.

⁵⁵² Vgl. Knoche S. 73; Dette S. 58 ff.; Teichmann JA 1985, 501.

gung abgestellt wurde, könnte es den Erben obliegen, sich hier explicit zu äußern, zudem wenn zu keiner Zeit die Testamentsvollstreckung beanstandet wurde.⁵⁵³

Ein Entstehen eines Vertrauenstatbestandes hinsichtlich der Entlastung ist wegen Fehlens einer ausdrücklichen Erklärung abzulehnen. Das Rechtsinstitut des *venire contra factum proprium* ist in derartigen Fällen nicht anwendbar. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang von Verwirkung und dem Verlust des Rückrechts aufgrund illoyaler Verspätung der Rechtsausübung auszugehen.⁵⁵⁴ Beides ist streng von einander zu trennen. Das *venire contra factum proprium* beinhaltet keine Zeitkomponente wie die Verwirkung.

Der Testamentsvollstrecker muss ferner tatsächlich auf die Nichterhebung von Ansprüchen gegen ihn vertraut haben. Doch es ist nicht ausreichend lediglich vertraut zu haben, vielmehr ist ein Vertrauendürfen von Nöten. Ein Testamentsvollstrecker, der Pflichtwidrigkeiten geschickt verschleiert, damit diese nicht entdeckt werden, ist nicht schutzwürdig.

Vorwiegend⁵⁵⁵ wird vertreten, dass der später Enttäuschte aufgrund seiner Vertrauenserwartung eine Disposition getroffen haben muss. Dabei wird der Begriff der Disposition sehr weit gefasst. Hierzu muss nicht eine Verfügung getroffen werden, eine tatsächliche Handlung, die sich in der Vermögenssphäre auswirkt oder die Unterlassung bestimmter Maßnahmen sind ausreichend. Wenn Entlastung erteilt wird und der Testamentsvollstrecker sein Amt beendet, gibt er auch sämtliche Unterlagen nach §§ 2218, 667 BGB an die Erben heraus. Mit fortschreitender Zeit wird also automatisch die Verteidigung gegen Ansprüche der Erben schwieriger. Zudem unterlässt es der entlastete Testamentsvollstrecker, gegen die Erben eine negative Feststellungsklage einzureichen, dass keine Ansprüche gegen ihn bestehen.

Letztendlich muss es dem Testamentsvollstrecker unzumutbar sein, sich an die neue Rechtslage anzupassen. Demzufolge ist eine abschließende Billigkeitskontrolle vorzunehmen.⁵⁵⁶

Sind die vorgenannten Kriterien erfüllt, muss sich derjenige, der den Vertrauenstatbestand geschaffen hat, daran festhalten lassen.⁵⁵⁷ Die ursprünglich einmal bestandene Forderung ist damit untergegangen bzw. erloschen.⁵⁵⁸

⁵⁵³ Strikt hiervon zu trennen ist die Fallkonstellation, wenn der Testamentsvollstrecker eine Frist zur Stellungnahme zur Rechnungslegung setzt und die Erben schweigen. Vgl. dazu unten: 5.1.1.2.

⁵⁵⁴ Vgl. BayObLG ZEV 1998, 349; Palandt/Heinrichs § 242 Rn 87.

⁵⁵⁵ Canaris S. 13 ff.; Teichmann JA 1985, 501; Dette S. 60; a.A. MüKo/Roth § 242 Rn 299.

⁵⁵⁶ BGH WM 1970, 253; BGH WM 1980, 341.

⁵⁵⁷ Knoche S. 73.

Die Rechtswirkungen der Entlastung im Zusammenhang mit der Rechtsfigur des *venire contra factum proprium* sollen nun anhand der verschiedenen Entlastungsformen näher beleuchtet und untersucht werden:

5.1.1 Vertrauensbildendes Vorverhalten bei der Entlastung des Testamentsvollstreckers

5.1.1.1 *Ausdrückliche Entlastung durch die Erben*

Die ausdrückliche Entlastung durch die Erben etc. als Billigung einer in der Vergangenheit liegenden Verwaltung des Testamentsvollstreckers erfolgt in praxi sehr selten. Eine entsprechende permanente Übung gibt es schlichtweg nicht.⁵⁵⁹ Auch wenn in der Literatur⁵⁶⁰ zum Auftragsrecht immer wieder die Entlastung als ständige Übung dargestellt wird, so ist diese tatsächlich in der Praxis nur sehr selten ausdrücklich anzutreffen. Die im Vereinsrecht entstandene und vom *Reichsgericht*⁵⁶¹ festgestellte gewohnheitsrechtliche Übung zur Entlastung ist nicht auf das Recht des Testamentsvollstreckers übertragbar. Der angebliche Entlastungsanspruch wurde durch das Gericht ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung gerechtfertigt, weil sich im Vereinsrecht eine Observanz bilden kann, d.h. eine autonome gewohnheitsrechtliche Satzungsbestimmung erfolgt. Einen derartigen Rechtsgestaltungswillen der Erbengemeinschaft zu unterstellen und damit einen gewohnheitsrechtlichen Anspruch auf Entlastung, ist praxisfern. Tatsächlich gibt es ihn nicht.

Die zur Entlastung berechtigten Personen haben selbst von sich aus keine Veranlassung, dem Geschäftsführer bzw. Testamentsvollstrecker eine Erklärung dahingehend abzugeben, dass er alles gut und richtig gemacht hat. Die tatsächliche rechtliche Lage wird dabei nicht festgestellt, sondern nur die wirkliche Sachlage.⁵⁶² Insofern ist es eine zu einseitige Betrachtungsweise, den Zweck der Entlastung einzig darin zu sehen, „*dem Geschäftsführer Gewissheit zu verschaffen, ob er aus der Geschäftsführung beansprucht werden kann*“⁵⁶³. Ob mit der Entlastung tatsächlich auch Haftungsansprüche untergehen ist nicht eine Frage des Zwecks, sondern vielmehr

⁵⁵⁸ Rechtsvernichtende Einwendung: BGH WM 1974, 247; Teichmann JA 1985, 502; Staudinger/Schmidt § 242 Rn 599; Palandt/Heinrichs § 242 Rn 97; Larenz § 13 IV a 3; Dette S. 83 ff..

⁵⁵⁹ Im Rahmen der Testamentsvollstrecker-Lehrgänge der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V. in den Jahren 2000 bis 2003 wurden die ca. 400 Teilnehmer gefragt, ob sie in ihrer Praxis als Testamentsvollstrecker schon einmal ausdrücklich außerhalb eines Auseinandersetzungsvertrages entlastet wurden. Keiner der befragten Teilnehmer konnte diese Fragen bejahen.

⁵⁶⁰ So z.B. Erman/Ehmann § 666 Rn 53.

⁵⁶¹ RG JW 1936, 1893.

⁵⁶² RG JW 1926, 2904.

⁵⁶³ So OLG Celle OLGR 27, 350.

der Rechtsfolgen der Entlastung. Die Entlastung ist allenfalls eine dahin zielende Absichtserklärung.⁵⁶⁴

Richtig ist, dass die Entlastung den Zweck der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hat.⁵⁶⁵ Die Entlastung hat somit Klarstellungs- sowie Abschluss- oder Abgrenzungsfunktion. Hier ist bei der Interessenlage der Beteiligten weiter zu differenzieren. Für den Erben hat die Entlastung eine Abschlussfunktion, in praxi hat aber die Entlastung nur für den Testamentsvollstrecker selbst auch eine eigene Klarstellungsfunktion. Erhält er die Entlastung, so sieht er dies als Schlussakt unter seine Testamentsvollstreckung an. Die Erben haben von sich aus nicht das originäre Bedürfnis, den Testamentsvollstrecker von seiner Arbeit und einer etwaigen Haftung zu entlasten. Diese haben keinerlei Vorteil durch eine Entlastung und sind in der Regel lediglich daran interessiert, dass der Nachlass auseinandergesetzt und die Testamentsvollstreckung so schnell wie möglich beendet wird. Die Interessenlage der Erben ist meist so, dass diese nur dann aktiv werden, wenn gerade keine Entlastung gewährt würde und Regressansprüche geltend gemacht werden.

Die Argumentation, eine Entlastung habe auch Vorteile für den Geschäftsherrn ist im Rahmen des Testamentsvollstreckerrechtes nicht anwendbar, da unterschiedliche Interessenlagen gegeben sind. Wird ein Geschäftsführer nicht entlastet, so muss der Geschäftsherr fürchten, einen neuen Geschäftsführer zu suchen. Insofern können die finanziellen Folgen einer Entlastungsverweigerung negativer sein, als eine Entlastung trotz geringfügiger Haftungsansprüchen gegen den Geschäftsführer.⁵⁶⁶

Im Rahmen der Testamentsvollstreckung kommt es nur in den Fällen der Dauertestamentsvollstreckung wegen § 2218 Abs. 2 BGB bei jährlicher Rechnungslegung zu einer Zwischenentlastung. Im Regelfall wird nur einmal Entlastung erteilt und zwar am Schluss der Testamentsvollstreckung. Zudem würde es auch nicht Aufgabe der Erben sein, einen neuen Testamentsvollstrecker zu suchen, wenn dieser nach nichterfolgter Entlastung plötzlich sein Amt freigibt. Der positive psychologische Effekt einer periodischen Entlastung für die künftige Tätigkeit bei Geschäftsführern ist bei dem Testamentsvollstrecker nur im Ausnahmefall der Dauertestamentsvollstreckung gegeben. Wie oben bereits erläutert, erfolgt die Entlastung am Schluss der Testamentsvollstreckung, ohne aber eine Voraussetzung für die Beendigung der Testamentsvollstreckung zu sein.

⁵⁶⁴ Knoche S. 27.

⁵⁶⁵ Ebenso Knoche S. 23; Hueck GmbHR 1959, 190.

⁵⁶⁶ Knoche S. 27.

Übersendet der Testamentsvollstrecker den Berechtigten nach vorangegangenem ausdrücklichem Verlangen der Berechtigten seine Rechnungslegung oder seinen Rechenschaftsbericht, erfolgt dennoch meist keine positive Reaktion. Regelmäßig reagiert der Berechtigte nur dann, wenn er die Rechnungslegung kritisieren will, mit dem Ergebnis also nicht zufrieden ist. Um eine Klarstellung zu erhalten, liegt es also am Testamentsvollstrecker selbst, eine ausdrückliche Entlastung zu fordern, damit er diese erhält. In der Praxis erfolgt dies häufig im Rahmen eines Auseinandersetzungsvertrages.

Anders ist dies regelmäßig beim Auseinandersetzungsplan, bei dem die Erben nach § 2204 Abs. 2 BGB angehört werden müssen. Meist erklären sich die Erben erstmalig, sei es positiv oder negativ. Bei einer ausdrücklichen Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan des Testamentsvollstreckers kommt regelmäßig ein Auseinandersetzungsvertrag zustande.⁵⁶⁷

Dann bedarf es nicht eines Rückgriffes auf die Rechtsfigur des *venire contra factum proprium*, wenn eine Präklusionswirkung ausdrücklich im Vertrag aufgenommen wurde. Ist dies nicht geschehen und ein einfacher Auseinandersetzungsvertrag abgeschlossen worden, liegt hingegen keine gleichzeitige Entlastung vor, denn es wurde nur zugestimmt, dass die Auseinandersetzung in der vom Testamentsvollstrecker vorgeschlagenen Form so erfolgen kann. Ein mögliches Vertrauen des Testamentsvollstreckers auf Entlastung kann somit nicht auf die Zustimmung zur Auseinandersetzung stützen.

*Köhler*⁵⁶⁸ ist insoweit zu widersprechen, wenn er behauptet, in der Entlastung als Vertrauenskundgabe könne nicht der Wille hineininterpretiert werden, auch dann keine Ansprüche geltend machen zu wollen, wenn die Entlastenden später erkennen sollten, dass das Vertrauen enttäuscht worden ist. Ausschlaggebend ist wie bspw. bei der Anscheinsvollmacht, wie der Testamentsvollstrecker die Entlastungserklärung verstehen durfte. Auf einen rechtsgeschäftlichen Willen kommt es nicht an. Die Erben sind nicht zu einer Erklärung verpflichtet.⁵⁶⁹ Wenn sie dennoch ausdrücklich Entlastung erklären, darf der Testamentsvollstrecker davon ausgehen, es handelt sich nicht um eine Entlastung ins Blaue hinein, sondern um eine Entlastung nach erfolgter Prüfung. Dies gilt umso mehr in den Regelfällen, bei denen eine Rechnungslegung des Testamentsvollstreckers vorangegangen ist. Dann ist die Schutzbedürftigkeit der Erben entsprechend geringer.

⁵⁶⁷ Dazu Kapitel 3.2.4.4.

⁵⁶⁸ Köhler ZMR 1999, 298.

⁵⁶⁹ Dazu ausführlich unten Kapitel 8.

Eine bestimmte Form der Entlastung ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Sie kann mündlich oder schriftlich gegenüber dem Testamentsvollstrecker geäußert werden. Im Gesellschaftsrecht wird die Entlastung regelmäßig durch einen Beschluss herbeigeführt. Dieser lautet dann „*Herrn/Frau X wird hinsichtlich ihrer Geschäftsführung von ... bis ... Entlastung erteilt*“. Eine derartige eindeutige Beschlussfassung von Seiten der Erben ist nur in den seltensten Fällen in der Praxis zu finden.

Wenn aber die Erben tatsächlich eine ausdrückliche Entlastung erklären, ist diese Kundegabe ohne weiteres geeignet, beim Testamentsvollstrecker ein Vertrauen aufzubauen, welches zukünftig nicht zerstört werden darf. Anders ist es wie bei der Zustimmung zur Auseinandersetzung, wenn lediglich die Rechnungslegung als richtig bezeichnet wird. Dann entsteht ein Vertrauenstatbestand nur hinsichtlich der Bereiche, die von der Rechnungslegung umfasst sind. Diese müssen nicht notwendigerweise mit der kompletten Testamentsvollstreckertätigkeit, die bei der Entlastung bewertet wird, kongruent sein.

5.1.1.2 Keine konkludente Entlastung des Testamentsvollstreckers

Aus dem Fehlen konkreter Formerfordernisse der Entlastung könnte geschlossen werden, dass ohne weiteres eine konkludente Entlastung möglich ist. Dementsprechend wird überwiegend⁵⁷⁰ eine konkludente Entlastung des Testamentsvollstreckers für möglich gehalten. Im Bereich der Entlastung im Recht der Personengesellschaften ist dies bestritten worden.⁵⁷¹ Auch bei den Kapitalgesellschaften wird eine konkludente Entlastung überwiegend abgelehnt.⁵⁷² Richtigerweise wird man ebenso für den Bereich des Testamentsvollstreckerrechtes eine konkludente Entlastung ablehnen müssen.

Grundlage der Entlastung ist und bleibt der Beschluss des oder der Erben. Das Wesen der Entlastung liegt insbesondere in deren Klarstellungsfunktion. Würde man eine konkludente Entlastung annehmen, bliebe diese Klarstellung weiterhin fraglich, da eben keine ausdrücklich Erklärung vorliegt und Streit darüber entstehen kann, ob tatsächlich ein schlüssiges Handeln der Erben vorliegt.

Die Vertreter der Ansicht, eine konkludente Entlastung sei möglich, verwechseln die Entlastung mit dem Verwirkungsgedanken. Die Verwirkung ist im Unterschied zur Entlastung immer von bestimmten Zeitfaktoren abhängig. Wie schon beim Problem der Bestimmung der

⁵⁷⁰ So Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 340; Staudinger/Wittmann § 666 Rn 11; RGRK/Steffen § 666 Rn 26; Sigle DStR 1992, 470..

⁵⁷¹ Borsche S. 85. Für das Vereinsrecht lehnen Reichert/Dannecker/Kühr Rn 960 eine stillschweigende Entlastung ab.

⁵⁷² Dazu Schmidt ZGR 1978, 434. A.A: Fleck GmbH 1974, 228

Rechtsnatur der Entlastung, wird bei dieser Lösung fälschlicherweise die konkludente Entlastung mit einer Rechtsfolge, nämlich der Verwirkung, begründet. Um sowohl die Klarstellungs-, als auch Abschlussfunktion der Entlastung herbeizuführen, bedarf es einer Äußerung. Wird also über die Entlastung durch die oder den Erben nichts beschlossen oder geäußert, liegt keine Entlastung vor. Dies ist auch der Grund, warum ein Unterlassen allein nicht ausreichend für ein *venire contra factum proprium* ist. Eine Pflicht zur Überprüfung der Rechnungslegung durch die Erben besteht nicht. Nach der Rechtsprechung⁵⁷³ und der herrschenden Auffassung in der Literatur⁵⁷⁴ kann nach einem gewissen, den Umständen des Einzelfalls angepassten Zeitablauf der Erbe nach § 242 BGB das Rückrecht verlieren. Dies ist jedoch nicht gleichbedeutend mit einer Entlastung.

Stillschweigen zur Rechnungslegung kann im übrigen auch nur dann als Zustimmung der Rechnungslegung selbst gewertet werden, wenn das Schweigen nach den Umständen vernünftigerweise keine andere Auslegung als die der Zustimmung zulässt.⁵⁷⁵ Dies wird in den seltensten Fällen gegeben sein, denn eine Pflicht zur Zustimmung oder Überprüfung der Rechnungslegung gibt es eben nicht.

Doch selbst eine ausdrückliche Zustimmung zur Rechnungslegung beinhaltet nicht gleichzeitig eine Entlastung des Testamentsvollstreckers. Zwar erfolgt teilweise im WEG-Recht durch die Rechtsprechung⁵⁷⁶ eine Gleichstellung von Billigung der Jahresabrechnung und Entlastung. Dem ist aber im Bereich der Testamentsvollstreckung entgegenzuhalten, dass die Entlastung mit ihrer Klarstellungs- und Beendigungsfunktion weiter geht als eine Billigung der gelegten Rechnung. So kann ohne weiteres die Rechnung richtig sein und dennoch aufgrund einer allgemeinen persönlichen Unzufriedenheit die Entlastung verweigert werden.

Zwar findet bei den Erben in der Regel im Unterschied zu den Gesellschaftern einer Kapital- oder Personengesellschaft keine Versammlung statt, auf der über die Verwaltung des Testamentsvollstreckers abgestimmt wird. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen keine Erbengemeinschaft vorliegt, sondern nur Alleinerbschaft gegeben ist. Ebenso, wenn der Testamentsvollstrecker lediglich Vermächtnisse erfüllen muss. Aber dies kann nicht als Argument

⁵⁷³ BayObLG ZEV 1998, 348 ff.. Bloßer Zeitablauf ist nicht ausreichend. Nach neuester Rspr. des BGH (BGH FamRZ 2003, 449) setzt die Verwirkung zusätzlich voraus, dass zum Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen.

⁵⁷⁴ Staudinger/Wittmann § 666 Rn 13; MüKo/Seiler § 666 Rn 12; RGRK/Steffen § 666 Rn 26; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 333.

⁵⁷⁵ Vgl. nur Erman/Palm Vor § 116 Rn 9 ff.; MüKo/Kramer Vor § 116 Rn 25 m.w.N..

⁵⁷⁶ Vgl. dazu Kapitel 4.4.

dafür dienen, eine konkludente Entlastung für möglich zu halten. Es bedarf für die Entlastung immer einer Handlung. Dies bedeutet, dass ein Nichtstun der Erben nicht in eine Akzeptanz der Testamentsvollstreckung gedeutet werden kann. Vielmehr liegt eben noch keine rechtsverbindliche Erklärung über eine Entlastung vor. Zu einer Klarstellung bedarf es immer eines aktiven Prozesses.

Aber auch die in der Literatur angeführten Beispiele für eine konkludente Entlastung des Testamentsvollstreckers können nicht überzeugen. *Klumpp*⁵⁷⁷ führt an, eine konkludente Entlastung liege in der vorbehaltlosen Erstattung der Aufwendungen des Testamentsvollstreckers. Dieses Beispiel ist ohnehin praxisfern, da nämlich der Testamentsvollstrecker nach §§ 2218, 670 BGB seine Aufwendungen in Form der Auslagen eigenständig aus dem Nachlass nehmen kann⁵⁷⁸, zumal dieser Anspruch wegen § 271 BGB sofort fällig ist.⁵⁷⁹ Nur für den seltenen Fall, dass der Testamentsvollstrecker die Auslagen aus seinem eigenen Vermögen vorstreckt, kann er sie anschließend direkt gegen die Erben geltend machen. Doch selbst wenn in diesem Fall die Erben die Aufwendungen erstatten, ist damit noch keine Aussage über die gesamte Testamentsvollstreckung verbunden, sondern lediglich über die Berechtigung der Aufwendungen an sich. Sich auf ein Zurückbehaltungsrecht zu stützen, ist nicht gleichbedeutend mit einer Entlastung.

Gleiches gilt bei der Zahlung der Testamentsvollstreckervergütung direkt durch die Erben aus dem Privatvermögen, wenn im Nachlass selbst nichts mehr an Vermögensmasse vorhanden ist. Durch die Zahlung der Testamentsvollstreckervergütung kann nur ein etwaiger Rückforderungsanspruch wegen § 814 BGB oder § 242 BGB untergehen. Dennoch können unter Umständen noch Schadensersatzansprüche aus § 2219 BGB geltend gemacht werden. Zwar kann der Testamentsvollstrecker seinen Vergütungsanspruch aus § 2221 BGB bei einer Haftung aus § 2219 BGB wegen Verwirkung verlieren⁵⁸⁰, dies lässt aber nicht den Rückschluss zu, er könne nicht mehr haften, wenn er bereits seine Vergütung erhalten habe. Die Zahlung der Vergütung hat keine Klarstellungsfunktion.

Sofern die Erben nach erfolgter Anhörung nach § 2204 Abs. 2 BGB ihre Zustimmung zu einem Auseinandersetzungsplan erteilen, so liegt darin regelmäßig ein konkludenter Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages. Die Frage nach einer gleichzeitigen Entlastung stellt sich auch hier nicht, wenn im Rahmen der Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan nicht

⁵⁷⁷ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 340.

⁵⁷⁸ Zimmermann Rn 734.

⁵⁷⁹ BGH LM § 2221 Nr. 1.

⁵⁸⁰ Vgl. Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 535.

gleichzeitig ausdrücklich etwas zur Entlastung erklärt wird. Ein etwaiger Verlust eines Rüge-rechtes ist nicht mit der Entlastung gleichzusetzen.

5.1.2 Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Testamentsvollstreckers

Das Vertrauen des Testamentsvollstreckers ist nur dann schutzwürdig, wenn diesem das vertrauensbildende Vorverhalten bekannt war, da andernfalls sich kein Vertrauen entwickeln kann. Ein weitere Interessenabwägung findet dann bei der Frage statt, ob der Testamentsvollstrecker vertrauen durfte. Diese Interessenabwägung fällt insbesondere dann positiv für den Testamentsvollstrecker aus, wenn dieser alles für die notwendige Aufklärung der Erben unternommen hat. Hat er ohne für ihn negative Tatsachen zu verschweigen, den Erben Auskunft erteilt und ordnungsgemäß Rechnung abgelegt, dann kann schlechterdings die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens nach erfolgter Entlastung nicht in Abrede gestellt werden. Die Schutzwürdigkeit des Testamentsvollstreckers und die Interessenabwägung haben somit Auswirkungen auf die Präklusionswirkung in sachlicher Hinsicht. Dies wird nachfolgend näher untersucht.

5.1.2.1 Vorbehaltlose Entlastung trotz Kenntnis konkreter Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker

Wird der Testamentsvollstrecker durch die Erben entlastet, obwohl alle diese Pflichtwidrigkeiten kannten, wird die Schutzwürdigkeit des Testamentsvollstreckers nicht bezweifelt werden können. Für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist es ohne Belang, ob die Erben die Kenntnis der Pflichtwidrigkeiten durch die kritische Überprüfung der Rechnungslegung also mittelbar durch den Testamentsvollstrecker selbst erlangt haben oder aber durch Dritte. Wesentlich ist nur, was die Entlastungsentscheidung beeinflusst hat.

Problematisch sind aber die Fälle, in denen entweder ein Dritter zur Überprüfung der Amtstätigkeit des Testamentsvollstreckers beauftragt wurde und dieser die Pflichtwidrigkeit verspätet oder nicht mitteilt oder nicht alle Erben Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit haben. Hat der Erbe einen Rechtsanwalt mit der Überprüfung der Rechnungslegung beauftragt und hat dieser eine Pflichtwidrigkeit entdeckt, aber dem Erben erst nach Erteilung der Entlastung davon Mitteilung gemacht, so ist ihm das Wissen seines Rechtsanwaltes nicht zuzurechnen. Auch hier kommt es auf den Einzelfall an, ob eine Zurechnung der Kenntnis nach § 166 Abs. 1 BGB erfolgen kann. Der Rechtsanwalt ist, wenn er nicht nach außen gegenüber dem Testa-

mentsvollstrecker aufgetreten ist, kein Wissensvertreter und § 166 BGB ist nicht analog anwendbar.⁵⁸¹

Wie bereits im Verbandsrecht ist auch beim Recht der Testamentsvollstreckung die Kenntnis aller Erben zu fordern, denn es kommt auf die umfassende Meinungsbildung innerhalb der Gemeinschaft an. Hatte ein Erbe keine Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit des Testamentsvollstreckerverhaltens, dann besteht auch keine Schutzwürdigkeit eines Vertrauens des Testamentsvollstreckers.

In den seltensten Fällen kennt der Testamentsvollstrecker bei seiner Entlastung die Motive der Erbengemeinschaft, es sei denn es wurden diese ihm erläutert. Gerade dies kann in praxi zu Problemen führen, ob tatsächlich ein Vertrauenstatbestand gegeben ist. In jedem Fall muss eine Interessenabwägung erfolgen. *Knoche*⁵⁸² wendet zu Recht ein, dass entgegen der herrschenden Meinung eine Präklusionswirkung nicht immer zwingend bei Kenntnis des Geschäftsherrn gegeben sein muss. Abzustellen ist richtigerweise auf eine doppelte Kenntnis, der Erben einerseits von der Pflichtwidrigkeit, andererseits des Testamentsvollstreckers davon, dass der Erbe hiervon Kenntnis hatte. Liegt eine doppelte Kenntnis nicht vor, kann eine Interessenabwägung dazu führen, dass das Vertrauen des Testamentsvollstreckers nicht schutzwürdig ist und keine Präklusionswirkung eintritt. Hat bspw. der Alleinerbe privat Kenntnis von Pflichtwidrigkeiten des Testamentsvollstreckers erlangt und seine Kenntnis nicht kundgetan und ihn dennoch entlastet, ist das Vertrauen des Testamentsvollstreckers in die Entlastung nur dann schutzwürdig, wenn er nicht insgeheim gehofft hat, der Erbe würde seine Pflichtwidrigkeiten wegen der beschönigenden Rechnungslegung nicht erkennen. Ob man allerdings in praxi dem Testamentsvollstrecker ein derartiges Verhalten nachweisen kann, bleibt fraglich. Anders sieht es freilich aus, wenn der Erbe trotz Kenntnis von Pflichtwidrigkeiten den Testamentsvollstrecker entlastet und ihm seine Kenntnis verschweigt. Hier ist das Vertrauen des redlichen Testamentsvollstreckers weiterhin schutzwürdig.

An diesem Beispiel zeigt sich besonders deutlich, dass die herrschende Verzichtskonstruktion der Entlastung in die falsche Richtung geht, da dort keinerlei Interessenabwägung oder Billigkeitskontrolle wie bei der Rechtsfigur des *venire contra factum proprium* erfolgt. Nach der bis dato herrschenden Ansicht von der einseitigen Verzichtswirkung wäre ohne weiteres eine Präklusion eingetreten.

⁵⁸¹ RGZ 152, 282; Schönle ZHR 126, 217; Knoche S. 77; Palandt/Heinrichs § 166 Rn 6 ff.

⁵⁸² Knoche S. 78.

5.1.2.2 *Entlastung bei Erkennbarkeit von Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers*

Nach der Rechtsprechung und überwiegender Auffassung in der Literatur zum Gesellschaftsrecht tritt die Präklusionswirkung nicht nur bei positiver Kenntnis der Geschäftsherrn, sondern auch hinsichtlich der Ansprüche, die bei sorgfältiger Prüfung der vorgelegten Unterlagen oder der Berichtserstattung erkennbar waren.⁵⁸³ Mit *Barner*⁵⁸⁴ ist aber diese herrschende Ansicht zu hinterfragen, denn erkennbar ist eben nicht erkannt. Insofern ist fraglich, ob tatsächlich die Entlastungserteilung der richtige Anknüpfungspunkt für das Entstehen eines schützwürdigen Vertrauens sein kann, da kein positives Verzichtzeichen gesetzt werden konnte. Es stellt sich somit die Frage, ob es tatsächlich gerechtfertigt sein kann, den Erben ein Berufen auf Umstände abzuschneiden, die sie noch nicht einmal kannten.⁵⁸⁵

Nach der hier vertretenen Auffassung muss die Kundgabe der Entlastung an den Testamentsvollstrecker der richtige Anknüpfungspunkt sein. Wesentlich ist nur, wie er diese Kundgabe verstehen konnte und durfte. Auch hier kommt es auf den Einzelfall an, und es ist wiederum eine Interessenabwägung nach Treu und Glauben notwendig. Waren Ersatzanprüche bereits aufgrund der Rechnungslegung offenkundig, erscheint es keinen vernünftigen Grund zu geben, der Entlastung keine Präklusionswirkung beizumessen. Doch auch bei nur schwer erkennbaren Ansprüchen der Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker führt eine Interessenabwägung dazu, dass der Erbe zu Recht mit einer nachträglichen Anspruchstellung ausgeschlossen sein muss. Die Rechnungslegung erfolgt nämlich gerade zum Schutz des Erben. Die Erben wissen zudem, dass der Testamentsvollstrecker selbstverständlich davon ausgeht, sie hätten vor Erklärung der Entlastung die Rechnungslegung ordnungsgemäß überprüft. Wenn aber die Erben die Rechnungslegung nicht ordnungsgemäß überprüft haben, kann dies bei einer Interessenabwägung nicht zu Lasten des Testamentsvollstreckers gehen. Insofern ist die Kundgabe der Entlastung immer mit einem Risiko für die Erben verbunden, was aber ohne weiteres sachgemäß ist und die Erben nicht benachteiligt, da sie die Möglichkeit hatten rechtzeitig eine sorgfältige Prüfung zu unternehmen. Es besteht zwar keine Pflicht zur Rechnungsüberprüfung, wird aber eine Aussage getroffen, müssen sich die Erben daran halten. Gleiches gilt auch für eine Entlastung, die ohne vorherige Rechnungslegung erfolgte, da hierauf verzichtet wurde. Hier ist den Erben vorzuwerfen, dass sie bewusst auf einen Schutz, der durch die Rechnungslegung gewährleistet werden sollte, verzichtet haben. Die Erben können sich dann jedenfalls nicht darauf berufen, sie wären nicht richtig informiert

⁵⁸³ Vgl. Fußnote 345

⁵⁸⁴ Barner S. 73.

⁵⁸⁵ Vgl. dazu Knoche S. 80; Rümker S. 110.

gewesen und hätten daher fälschlicherweise den Testamentsvollstrecker entlastet. Des weiteren bedeutet bereits der spätere Verzicht auf Rechnungslegung eine Kundgabe besonderen Vertrauens gegenüber dem Testamentsvollstrecker, so dass er nach einer Entlastung besonders schutzwürdig ist.

Die Erkennbarkeit der Ansprüche basiert einseitig auf der Rechnungslegung des Testamentsvollstrecker bzw. auf seinen Angaben. Einzige für die Präklusionswirkung zurechenbare Erkenntnisquelle für den Erben ist der Testamentsvollstrecker, andernfalls ist eine Präklusionswirkung nicht gerechtfertigt. Wenn also der Erbe außerhalb der Rechnungslegung Kenntnis von Ersatzansprüchen erlangt, kommt es – wie soeben erläutert – darauf an, ob sich beim Testamentsvollstrecker Vertrauen entwickeln konnte.

Sofern Ersatzansprüche nicht erkennbar waren, kann sich ebenfalls kein schutzwürdiges Vertrauen entwickeln. Insofern scheidet zu Recht eine Präklusionswirkung aus. Eine Ausnahme für diesen Grundsatz kann nur für die Fälle gelten, in denen die Erben unabhängig von einer Kenntnis ohnehin und auf jeden Fall die Entlastung erteilt hätten bzw. bei der Entlastung erklärt haben, dem Testamentsvollstrecker „ohne wenn und aber“ Entlastung zu erteilen. Derartige Fälle sind, unabhängig von deren Beweisbarkeit, in der Praxis sehr selten.

5.1.2.3 Entlastung unter Vorbehalt

Ein Vertrauen auf die Abschlussfunktion der Entlastung kann sich in den Fällen nicht entwickeln, wenn die Erben den Testamentsvollstrecker nur unter Vorbehalt entlasten. Im eigentlichen Sinne liegt formal eine Nichtentlastung vor. Die Entlastung kann gerade nicht ihre Abschlussfunktion entwickeln, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist noch ungeklärt. Es kommt jedoch darauf an, ob es sich um einen Total- oder nur um einen erklärten Teilvorbehalt handelt. Bei einem Totalvorbehalt machen die Erben deutlich, auf keinen Fall irgendwelcher Ansprüche verlustig gehen zu wollen. Der Entlastungsbeschluss unter Totalvorbehalt hat keinerlei Präklusionswirkung. Eine Präklusionswirkung kann nur für diejenigen Umstände eintreten, die Gegenstand der Entlastung waren. Wird ein Teilvorbehalt erklärt, machen die Erben deutlich, dass diesbezüglich noch Aufklärungsbedarf besteht und der nicht vom Vorbehalt erfasste Rest der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ordnungsgemäß war. Insofern kann auch nur eine partielle Präklusionswirkung eintreten.

5.1.3 Die Billigkeitskontrolle als Korrektiv der Auswirkungen des *venire contra factum proprium*

Zum Abschluss der dreistufigen Prüfung erfolgt eine Billigkeitskontrolle als letztes Korrektiv des *venire contra factum proprium*. Im Rahmen der Interessenabwägung wurde geprüft, ob der Testamentsvollstrecker im Hinblick auf die Erteilung der Entlastung durch die Erben schutzwürdig ist. Nunmehr muss geprüft werden, ob der Vertrauensschutz des Testamentsvollstreckers möglicherweise höherrangigen Normen und Interessen entgegensteht. Die Befürworter einer Verzichtskonstruktion im Gesellschaftsrecht behelfen sich bei der Frage, ob die Präklusionswirkung auch Ansprüche umfasst, die zur Gläubigerbefriedigung notwendig sind, mit den Verichtsverboten aus §§ 64 Abs. 2, 43 Abs. 3 und § 9 b Abs. 1 GmbHG.⁵⁸⁶ Die Grenze der Präklusionswirkung wird zudem wegen der rechtsgeschäftlichen Deutung der Entlastung durch § 138 BGB, also durch den Verstoß gegen die guten Sitten, gezogen. Nach der hier vertretenden Ansicht kommt es wegen des *venire contra factum proprium* nicht zur Präklusionswirkung, wenn die Entlastungsfolge keine reine Binnenwirkung, sondern negative Außenwirkung hat. Die Billigkeitsprüfung führt dann zu dem Ergebnis, dass der Testamentsvollstrecker bzw. sein Vertrauendürfen auf die Entlastung nicht schutzwürdig ist. Allerdings ist auch hier auf die Kenntnis des Testamentsvollstreckers von der Außenwirkung abzustellen. Erfolgt also eine Entlastung des Testamentsvollstreckers nur deshalb um eine Forderungspfändung der Ersatzansprüche eines Erben (bei ansonsten wertlosen Nachlass) nach §§ 829, 835 ZPO zu verhindern, liegt in der Entlastung eine Gläubigerbenachteiligung mit der Folge, dass keine Präklusionswirkung eintritt.⁵⁸⁷

5.1.4 Reichweite der Präklusionswirkung

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung der Rechtswirkung der Präklusion bedarf es einer näherer Bestimmung. Die sachliche Reichweite der Präklusionswirkung hängt – wie oben nachgewiesen – von der Schutzwürdigkeit des Testamentsvollstreckers und der Interessenabwägung im Einzelfall ab. Die Bestimmung der Reichweite der Entlastung in zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht ist unproblematisch. Ausschlaggebend ist, ob die Entlastung nur für eine bestimmte zeitliche eingegrenzte Periode oder für die gesamte Tätigkeit des Testamentsvollstreckers erteilt wurde.⁵⁸⁸

Wie mehrfach betont sind die Erben mit der Geltendmachung sämtlicher Ersatzansprüche ausgeschlossen. Hierunter fallen nicht nur Schadensersatzansprüche aus § 2219 BGB oder §

⁵⁸⁶ Hachenburg/Hüffer § 46 Rn 64 m.w.N..

⁵⁸⁷ Vgl. auch Knoche S. 88.

⁵⁸⁸ Wegen des Zeitpunktes der Entlastung wird auf 3.2 verwiesen.

823 BGB, der Testamentsvollstrecker ist auch nicht mehr nach §§ 2218, 667 BGB verpflichtet, das aus der Geschäftsführung, aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung Erlangte herauszugeben. Die untergegangene Herausgabepflicht umfasst neben den Gewinnen, Früchten und Zubehör auch die Akten, die der Testamentsvollstrecker mit der Amtsannahme erhalten hat.⁵⁸⁹ Ferner entfällt nach §§ 2218, 668 BGB die Pflicht zur Verzinsung der Gelder, die der Testamentsvollstrecker für sich verwendet hat. Sofern die Erben neben dem Testamentsvollstrecker aus dem Gesichtspunkt des § 278 BGB oder ggf. über § 31 BGB analog gegenüber Dritten haften, können sie im Innenverhältnis nach erteilter Entlastung keine Freistellung mehr vom Testamentsvollstrecker hinsichtlich der Schadensersatzansprüche Dritter verlangen.⁵⁹⁰

5.1.4.1 Die Entlastung und deren Auswirkung auf § 2227 BGB

Bei der Entlastung wird lediglich über einen Teilbereich der möglichen Entlassungsgründe nach § 2227 BGB entschieden, nämlich über das Bestehen oder Nichtbestehen von Ersatzansprüchen.⁵⁹¹ Deshalb ist fraglich, ob eine Entlastung Auswirkungen auf ein Entlassungsverfahren haben kann. In Betracht kommt lediglich die Zwischenentlastung beim Dauertestamentsvollstrecker oder die Entlastung bei bereits eingeleitetem Entlassungsverfahren. Ist die Testamentsvollstreckung beendet, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für ein Entlassungsverfahren⁵⁹² bzw. bei laufendem Verfahren gilt es als erledigt.⁵⁹³ In den Fällen der periodischen Entlastung während laufender Dauertestamentsvollstreckung ist ein Entlastungsantrag weiterhin zulässig.

Der Testamentsvollstrecker kann gegen seinen Willen nur nach Maßgabe des § 2227 BGB entlassen werden. Das Antragsverfahren wird durch formlosen Antrag beim Nachlassgericht eingeleitet, welches bis zur Rechtskraft der Entscheidung kann der Entlassungsantrag jederzeit zurückgenommen werden kann.⁵⁹⁴ Über den Entlassungsantrag entscheidet nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 RPflG der Nachlassrichter, der nach Vorliegen eines Antrages alle erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen und sich nicht auf die Prüfung der im

⁵⁸⁹ BGH NJW 1972, 1660; Offergeld S. 83; Zimmermann Rn 312.

⁵⁹⁰ Vgl. zur Haftung der Erben neben dem Testamentsvollstrecker: Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 482; Pickel S. 187; Burgard FamRZ 2000, 1269 ff; Soergel/Damrau § 2219 Rn 8; Erman/Schmidt § 2219 Rn 7; RGRK/Kregel § 2219 Rn 1; Zimmermann Rn 784. Die Haftung der Erben aus § 831 BGB wird zu Recht überwiegend abgelehnt (vgl. nur Palandt/Edenhofer § 2219 Rn 5; Soergel/Damrau § 2219 Rn 8; a.A. Burgard FamRZ 2000, 1271; Staudinger/Reimann § 2219 Rn 28). Statt dessen wird eine Analogie des § 31 BGB in Betracht gezogen (vgl. MüKo/Brandner § 2219 Rn 18 m.w.N.).

⁵⁹¹ Borsche S. 135.

⁵⁹² Vgl. KG HRspr 1937 Nr. 259; BayObLGZ 1953, 362.

⁵⁹³ BayObLG ZEV 1995, 370; Mayer in: Bamberger/Roth § 2227 Rn 17; Schmucker S. 316.

Antrag enthaltenen Gründe beschränken darf, wobei ihm allerdings vom Gesetzgeber Ermessen zugebilligt wurde.⁵⁹⁵ Er hat somit auch die erteilte Entlastung zu bewerten.

Voraussetzung, dass ein Testamentsvollstrecker durch das Nachlassgericht nach § 2227 BGB entlassen werden kann, ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes, insbesondere eine grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung durch den Testamentsvollstrecker.⁵⁹⁶ Die Aufzählung dieser beiden Beispielsfälle in § 2227 Abs. 1 BGB ist nicht abschließend, wie sich bereits aus dem Wort „insbesondere“ ergibt. Vielmehr ist eine Gesamtschau aller Umstände durchzuführen, ob die Merkmale des unbestimmten Rechtsbegriffes „wichtiger Grund“ erfüllt sind.

Der Testamentsvollstrecker begeht eine grobe Pflichtverletzung, wenn er sich schuldhaft verhält und hierbei die Belange der Beteiligten erheblich gefährdet. Dies ist vor allem bei strafbarer Untreue gem. § 266 StGB, aber auch bei minder schweren Verstößen, wie bspw. bei der Nichtbefolgung von Erblasseranordnungen oder ordnungswidriger Verwaltung gegeben.⁵⁹⁷

Zu den anerkannten Entlassungsgründen zählen insbesondere auch der schwerwiegende Verstoß gegen Anhörungspflichten nach § 2204 Abs. 2 BGB⁵⁹⁸, die mangelhafte Erstellung eines Nachlassverzeichnisses, die Weigerung, den Erben ein Nachlassverzeichnis mitzuteilen⁵⁹⁹ sowie die hartnäckige Verweigerung der Auskunft- und Rechenschaftslegung über den Stand der Verwaltung gem. §§ 2218, 666 BGB⁶⁰⁰.

Die Rechtsprechung hat zu den in § 2227 BGB aufgeführten Fällen drei weitere verschuldensunabhängige Fallgruppen gebildet. Danach liegen andere wichtige Gründe im Sinne von § 2227 BGB vor bei objektiv gerechtfertigtem Misstrauen, Feindschaft zwischen Testamentsvollstrecker und Erben oder Mitvollstreckern sowie bei Interessengegensatz.

⁵⁹⁴ RGZ 133, 128; MüKo/Brandner § 2227 Rn 2, Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 287.

⁵⁹⁵ Palandt/Edenhofer § 2227 Rn 9; OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 472; OLG Oldenburg FamRZ 1999, 472.

⁵⁹⁶ Grundvoraussetzung ist selbstverständlich, dass zunächst der Testamentsvollstrecker ordnungsgemäß ernannt wurde und nicht anderweitig bereits eine Erlöschung des Amtes vorliegt.

⁵⁹⁷ BayObLGZ 1976, 73; BayObLG Rpfleger 1980, 152; OLG Köln FamRZ 1992, 723; Mayer in: Bamberger/Roth § 2227 Rn 8; Soergel/Damrau § 2227 Rn 8; Lange/Kuchinke § 31 VIII 2 b; v. Lübtow S. 997; Staudinger/Reimann § 2227 Rn 10.

⁵⁹⁸ RGZ 130, 131.

⁵⁹⁹ BayObLG FamRZ 1998, 325.

⁶⁰⁰ BayObLG NJW-RR 1988, 645. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Auskunft- und Rechnungslegungspflicht nur auf Verlangen geschuldet werden und nicht sofort, sondern innerhalb angemessener Frist zu erbringen ist.

In der Judikatur wurden wegen Fehlens einer Legaldefinition zur näheren Bestimmung hierzu drei Formeln entwickelt:⁶⁰¹

Ein wichtiger Grund liegt nach der ersten Formel immer dann vor, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass ein längeres Verbleiben im Amt der Ausführung des letzten Willens des Erblassers hinderlich ist oder sich dadurch eine Schädigung oder wenigstens eine erhebliche Gefährdung der Interessen der an der Ausführung oder dem Nachlass Beteiligten ergeben würde.⁶⁰² Nach der zweiten Formel ist eine Entlassung zulässig, wenn Umstände vorliegen, die den Erblasser, wenn er lebte, mutmaßlich zum Widerruf der erwählten Testamentsvollstreckerernennung veranlasst hätten und objektiv betrachtet diesen Widerruf so erscheinen ließen, dass er im Interesse der Erben oder sonst Beteiligten liegt.⁶⁰³ Tatsachen, die dem Erblasser bei der Berufung des Testamentsvollstreckers bekannt waren, berechtigen nach der dritten Formel in der Regel keine Entlassung. Es muss hierbei vielmehr berücksichtigt werden, ob der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht ernannt hätte, wenn er die späteren Auswirkungen dieser Tatsachen gekannt hätte.⁶⁰⁴

Die Rechtsprechung legt hier berechtigterweise einen sehr strengen Maßstab ein, da anderenfalls jeder Erbe durch Vorwürfe und z. B. Strafanzeigen einen Entlassungsgrund herbeiführen könnte.⁶⁰⁵ Der Erbe muss sich sogar gefallen lassen, dass der Erblasser sein Intimfeind zum Testamentsvollstrecker ernennt.⁶⁰⁶ Eine Feindschaft kommt daher als Kündigungsgrund nur dann in Frage, wenn eine grobe Pflichtverletzung vorliegt oder eine zentrale Pflicht des Testamentsvollstreckers gerade die Aufrechterhaltung eines Vertrauensverhältnisses oder der besonderen persönlichen Beziehung ist.⁶⁰⁷

⁶⁰¹ Diese Formeln sind teilweise in der Literatur (Muscheler AcP 197 (1997), 266 ff.; Mayer in: Bamberger/Roth § 2227 Rn 12) auf erhebliche Kritik gestoßen sind. Nach der Kritik basieren die von der Rechtsprechung gefundenen Lösung selbst nicht auf den Ausgangsformeln und seien wenig überzeugend. Im einzelnen kommen aber auch die Kritiker zu den herausgearbeiteten genannten drei Fallgruppen zurück.

⁶⁰² BayObLGZ 1957, 319; BayObLGZ 1976, 76; BayObLGZ 1985, 302; OLG Düsseldorf ZEV 1994, 303; OLG Hamm Rpfleger 1994, 214; Palandt/Edenhofer § 2227 Rn 2; Reimann in: Bengel/Reimann VII Rn 16; Muscheler AcP 197 (1997), 263 (dort Fn 123 m.w.N.).

⁶⁰³ BayObLG ZEV 1995, 366; BayObLG NJW-RR 1988, 645; BayObLGZ 1985, 307; BayObLGZ 1976, 73; OLG Düsseldorf ZEV 1994, 303 m.w.N..

⁶⁰⁴ BayObLG NJW-RR 1996, 715; BayObLG FamRZ 1991, 491; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1964, 505. Ebenso Palandt/Edenhofer § 2227 Rn 2; Lange/Kuchinke § 31 VIII 2 b; Soergel/Damrau § 2227 Rn 3.

⁶⁰⁵ Hierzu ausführlich Bonefeld/Kroiß/Tanck S. 519 ff.; Klingelhöffer § 2227 Rn 365; Schmucker S. 298 ff.; Muscheler AcP 197 (1997), 227 ff..

⁶⁰⁶ Zimmermann Rn 802; Schmucker S. 298 m.w.N..

⁶⁰⁷ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 301; MüKo/Brandner § 2227 Rn 11; Lange/Kuchinke § 31 VIII 2 b; Ebenroth Rn 638.

5.1.4.2 Keine Bindung des Gerichts an die Entlastung

Das Nachlassgericht ist selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 2227 BGB nicht verpflichtet, den Testamentsvollstrecker zu entlassen. Aufgrund der Formulierung in § 2227 BGB besteht ein Versagungsersessen, wobei das Gericht im Rahmen seiner pflichtgemäßen Ermessensprüfung abwägen muss, ob nicht überwiegende Gründe für das Verbleiben des Testamentsvollstreckers sprechen oder nicht.⁶⁰⁸ Zunächst ist der mutmaßliche Wille des Erblassers als Abwägungskriterium zu berücksichtigen. Ferner sind die Interessen der Antragsteller und der Erben abzuwägen⁶⁰⁹, die an eine Testamentsvollstreckung ggf. festhalten wollen und ob der Erbe den Nachlass selbst ordnungsgemäß verwalten könne.⁶¹⁰ Bei dieser Interessenabwägung spielt ebenfalls die von den Erben erteilte Entlastung eine Rolle.

Auch nach einer Entlastung durch die Erben kann der Nachlassrichter im Rahmen seiner eigenen Ermessensentscheidung ohne weiteres den Testamentsvollstrecker entlassen. Eine „Verzeihung“ von Pflichtwidrigkeiten von Seiten der Erben oder das Aussprechen eines Vertrauens durch die Erben hindern ihn nicht, einen Entlassungsgrund nach § 2227 BGB annehmen zu können. Er ist nicht daran gebunden. Abwägungskriterium ist insbesondere der Erblasserwille. So hat sich der Nachlassrichter zu fragen, ob der Erblasser den Testamentsvollstrecker bei Kenntnis des pflichtwidrigen Verhaltens als Testamentsvollstrecker im Amt belassen hätte. Dabei kann es unter Umständen von Relevanz sein, ob eine Ersatztestamentsvollstreckerregelung getroffen wurde oder nicht. Ebenso, ob der Erblasser möglicherweise eine mangelhafte Verwaltung nicht einem völligen Wegfall der Testamentsvollstreckung vorgezogen hätte. Der Wunsch oder die Entlastung durch die Erben können somit nicht die alleinigen Kriterien sein.

Demzufolge kann ein Entlassungsantrag nach § 2227 BGB auch auf solche Gründe gestellt werden, die zeitlich vor dem Entlastungsbeschluss liegen.

5.2 Folgen bei verweigerter Entlastung

*Deckert*⁶¹¹ ist der Ansicht, die Gemeinschaft könne mit der Entlastungsverweigerung sich Rechte vorbehalten und damit den Verwalter zu neuerlichen Korrekturen und anderen Ver-

⁶⁰⁸ Haegeler/Winkler Rn 800; Staudinger/Reimann § 2227 Rn 32; Soergel/Damrau § 2227 Rn 7 m.w.N.. Nach Lange/Kuchinke § 31 VIII 2 b soll das Gericht sogar ein freies Ermessen haben.

⁶⁰⁹ BayObLG FamRZ 1987, 101.

⁶¹⁰ Eine etwaige mangelnde Kooperationsbereitschaft der Erben kann zu deren Lasten berücksichtigt werden (OLG Düsseldorf ZEV 1999, 226; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 303).

⁶¹¹ Deckert WE 1993, 123 in Bezug auf die Wohnungseigentümergeinschaft.

haltensweisen zwingen. Mag der ersten Schlussfolgerung wegen der fehlenden Präklusionswirkung noch zuzustimmen sein, so kann ein Verwalter oder Testamentsvollstrecker sicherlich nicht zu einem anderen Verhalten gezwungen werden. Die verweigerte Entlastung ist schlichtweg für den Testamentsvollstrecker zunächst folgenlos, es sei denn die Erbengemeinschaft stellt erfolgreich einen Entlassungsantrag nach § 2227 BGB. Einen derartigen Antrag können sie nach Beendigung der gesamten Testamentsvollstreckung aber nicht mehr stellen.⁶¹² Ihnen bleibt dann lediglich die Möglichkeit nach § 2219 BGB den Testamentsvollstrecker in die Haftung zu nehmen, sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sind.

Bei der Entlastungsverweigerung bei laufender Dauertestamentsvollstreckung hingegen ist ein Entlassungsantrag noch möglich. Der Testamentsvollstrecker kann seiner Entlassung durch Kündigung des Amtes nach § 2226 BGB durch gleichlautende Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht vorbeugen. Hierdurch erledigt sich das Entlassungsverfahren.

Wie § 2226 S. 1 BGB deutlich macht, hat der Testamentsvollstrecker zudem jederzeit, die Kündigungsmöglichkeit, und zwar unabhängig davon, warum die Entlastung nicht erteilt wurde. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes wie bspw. bei § 626 BGB ist nicht erforderlich, er wird aber schadensersatzpflichtig, wenn seine Kündigung zur Unzeit erfolgt. Dies ergibt sich aus dem Verweis in § 2226 S. 3 BGB auf § 671 Abs. 2 BGB. Die Kündigung kann danach nur zu einem Zeitpunkt erklärt werden, zu dem der Erbe für die Besorgung der dem Testamentsvollstrecker übertragenen Aufgaben anderweitige Vorsorge treffen kann.⁶¹³ Dieses Verbot der Kündigung zur Unzeit könnte aber in den Fällen der unberechtigten Entlastungsverweigerung entfallen, wenn in der Entlastungsverweigerung ein wichtiger Grund im Sinne des § 671 Abs. 2 S. 1 BGB liegen würde. Im Schrifttum⁶¹⁴ zur Entlastung im Verbandsrecht findet man vorwiegend die Ansicht, die Grundlage der Tätigkeit, nämlich das gegenseitige Vertrauen, sei durch die Entlastungsverweigerung zerstört und demzufolge bestehe ein wichtiger Grund zur Kündigung. Die Entlastung ist indessen nicht generell Vertrauenskundgabe, so dass der Vertrauensverlust nur mittelbar durch die Entlastung erfolgt. Vice versa bedeutet dies, eine Entlastungsverweigerung ist nicht ein Vertrauensentzug. Hier bedarf es wieder einer Einzelfallbetrachtung.⁶¹⁵ Hintergrund der Vorschrift ist der Schutz der Auftraggeber vor Schadensersatzansprüchen Dritter, weil die Auftraggeber nach der Kündigung nicht rechtzeitig Vorsorge treffen konnten.⁶¹⁶ Erfolgt eine Verweigerung der Entlastung trotz Billigung der

⁶¹² Vgl. dazu BayObLG ZEV 1995, 370. Das Entlassungsverfahren ist im übrigen in der Hauptsache erledigt, wenn das Amt während des Verfahrens beendet ist.

⁶¹³ So Mayer in: Bamberger/Roth § 2226 Rn 2; Staudinger/Reimann § 2226 Rn 4; Kipp/Coing § 75 III; Schmucker S. 277.

⁶¹⁴ Neflin NJW 1959, 1667; Schmidt ZGR 1978, 439.

⁶¹⁵ Vgl. Peltzer WuB II C § 46 GmbHG 1.86 S. 281.

⁶¹⁶ Vgl. dazu Palandt/Sprau § 671 Rn 1ff..

Testamentsvollstreckertätigkeit, wird also die Entlastung willkürlich verweigert, heißt dies nicht, dass die Erben in jedem Fall durch die Verweigerung der Entlastung auf diesen Schutz verzichten wollen. Daher bleibt der Testamentsvollstrecker nach §§ 2218, 671 Abs. 2 S. 2 BGB unter Umständen schadensersatzpflichtig.⁶¹⁷ Haben die Erben gleichzeitig einen Entlastungsantrag nach Maßgabe des § 2227 BGB gestellt, machen sie hingegen deutlich, nicht weiter auf die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers bauen zu wollen und verzichten gleichzeitig auf den Schutz des § 671 BGB.

Ob der Testamentsvollstrecker nach willkürlicher Entlastungsverweigerung einen durchsetzbaren Anspruch auf Entlastung hat, wird an späterer Stelle, nämlich unter Punkt 8, erörtert.

5.3 Zwischenergebnis

Die Präklusionswirkung ist aus dem Verbot des *venire contra factum proprium* herzuleiten. Zunächst bedarf es eines vertrauensbildenden Vorverhaltens der Erben bei der Entlastung des Testamentsvollstreckers. Sofern eine ausdrückliche Entlastung erklärt wird, darf der Testamentsvollstrecker auf die Abschlussfunktion dieser Erklärung über die Testamentsvollstreckung vertrauen. Eine Entlastung bedarf aktiven Handelns bzw. eines Beschlusses, so dass eine konkludente Entlastung ausscheidet.

Die Reichweite der Präklusion wird durch die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Testamentsvollstreckers bestimmt. Sofern der Erbe trotz Kenntnis konkreter Ersatzansprüche oder bei Erkennbarkeit von Pflichtverletzungen den Testamentsvollstrecker dennoch entlastet, kann er keine Ansprüche mehr gegen den Testamentsvollstrecker geltend machen. Wird eine Entlastung nur unter Vorbehalt erteilt kann hingegen kein Vertrauen auf die Abschlussfunktion der Entlastung entstehen.

Abschließend ist eine Billigkeitskontrolle durchzuführen, die als Korrektiv dient. Danach ist zu prüfen, ob dem Vertrauensschutz des Testamentsvollstreckers höherrangige Normen und Interessen entgegenstehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Entlastungsfolge keine reine Binnenwirkung, sondern Außenwirkung hat und bspw. Gläubiger der Erben durch die Entlastung benachteiligt würden.

Durch die Präklusionswirkung sind die Erben mit der Geltendmachung sämtlicher Ersatzansprüche ausgeschlossen. Hierunter fallen nicht nur Schadensersatzansprüche aus § 2219 BGB oder § 823 BGB, der Testamentsvollstrecker ist auch nicht mehr nach §§ 2218, 667 BGB verpflichtet, das aus der Geschäftsführung, aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung Erlangte herauszugeben.

⁶¹⁷ Dennoch muss immer eine Einzelfallbetrachtung erfolgen, ob ggf. dem Testamentsvollstrecker durch die willkürliche Verweigerung einer Entlastung die weitere Tätigkeit zumutbar ist und daher ein wichtiger Grund gegeben ist.

Ein Entlassungsantrag nach § 2227 BGB kann auch auf solche Gründe gestellt werden, die zeitlich vor dem Entlastungsbeschluss liegen. Das Gericht ist nicht an einen Entlastungsbeschluss der Erben gebunden.

6 Folgerungen aus den bisherigen Ergebnissen für bestimmte Konstellationen im Rahmen der Testamentsvollstreckung

6.1 Die Entlastung bei Alleinerben als Testamentsvollstrecker

Nach herrschender Ansicht⁶¹⁸ wird die Personalunion von Alleinerben und Testamentsvollstrecker für unzulässig erachtet. Dies wird damit begründet, dass die Rechtsmacht des Erben und die des Testamentsvollstreckers fast kongruent seien. Dementsprechend sei es sinnlos, den Erben als Vollstrecker die Rechte ausüben zu lassen, die ihm als Erbe entzogen worden sind. Ferner setzten die §§ 2211 ff BGB eine Personenmehrheit voraus. Zudem geht aus dem Wortlaut der §§ 2306 Abs. 1 S. 1, 2376 Abs. 1 BGB hervor, dass die Testamentsvollstreckung gerade als Beschränkung der Erbenrechte gedacht sei, die der Erbe selbst nicht beschränken kann.

*Adams*⁶¹⁹ tritt dem entgegen und behauptet, eine Personenmehrheit sei nicht zwingend. Sie verweist zu Recht auf die anerkannten Konstellationen, bei denen eine Alleinerbenvollstreckung für zulässig erachtet wird. Im einzelnen ist dies die Vermächtnisvollstreckung durch den Alleinerben im Sinne des § 2223 BGB.⁶²⁰ Ferner kann ein Alleinerbe ohne weiteres Testamentsvollstrecker sein, wenn er die Testamentsvollstreckung zusammen mit anderen Mitvollstreckern ausübt.⁶²¹ Dann üben alle Testamentsvollstrecker wegen §§ 2224 Abs. 1 S. 1 BGB die Rechte aus, die dem Alleinerben entzogen wurden.

Nach Ansicht *Adams* basiert die Ablehnung der Personalunion fast ausschließlich darauf, dass der Nachlass auch für die sog. Eigenschulden des Erben haftet.⁶²² Die Interessen der Erbeneigengläubiger müssten hinter denen der anderen Beteiligten aber zurückstehen. Somit gäbe es auch keine Rechtsfertigung, dem Erblasser die Anordnung einer Alleinerbenvollstre-

⁶¹⁸ RGZ 77, 178; KG SeuffA 62 Nr. 140; BayObLG Recht 1920 Nr. 2457; OLG München HRspr 1937 Nr. 637; Zimmermann Rn 109; Dernburg S. 381 ff.; Haegeler/Winkler Rn 91; Plack/Flad § 2197 Anm 8; Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer S. 170; Lange/Kuchinke § 31 IV 3 a; Staudinger/Reimann § 2197 RN 19; RGRK/Kregel § 2197 Rn 4; AK/Finger § 2197 Rn 33; v. Lübtow S. 935; Palandt/Edenhofer § 2197 Rn 3; Jauernig/Stürner § 2197 Anm. 4; MüKo/Brandner § 2197 Rn 11 m.w.N..

⁶¹⁹ Adams S. 84 ff; ebenso ZEV 1998, 321 ff..

⁶²⁰ KGJ 33, 163.

⁶²¹ BayObLGZ 20, 246; KG JFG 11, 127.

⁶²² Adams S. 86; ders. ZEV 1998, 325.

ckung zu verbieten. Im einzelnen ist hingegen fraglich, ob nicht tatsächlich durch eine Alleinerbenvollstreckung rechtsmissbräuchliche Ziele verfolgt werden, die zur Unzulässigkeit führen, denn in der Regel sollen die Eigengläubiger geschädigt werden, indem keine Vollstreckung wegen § 2214 BGB möglich ist. Ferner macht es kaum Sinn, dem Alleinerben seine Rechtsmacht zu entziehen, sie aber ihm wieder als Testamentsvollstrecker zu übertragen.⁶²³

Diese Frage muss im Rahmen dieser Arbeit nicht geklärt werden, denn es wird praktisch nicht vorkommen, dass sich der Alleinerbe als Testamentsvollstrecker nicht selbst Entlastung erteilt oder gar Schadensersatzansprüche gegen sich geltend macht. Gleiches gilt für die Entlastung des Alleinerbentestamentsvollstreckers als Mittestamentsvollstrecker. Des weiteren kann keine Präklusionswirkung durch die Entlastung entstehen, da kein schützenswertes Vertrauen zu sich selbst gebildet werden kann.

Problematisch sind lediglich die Fälle der oben beschriebenen Überwachungstestamentsvollstreckung im Sinne des § 2223 BGB. Dabei erschöpft sich die Aufgabe des Testamentsvollstreckers in der Überwachung der Ausführung einer einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerung wie z.B. einem Untervermächtnis, Nachvermächtnis oder Auflage. Somit erfolgt die Testamentsvollstreckung im Interesse derjenigen, die von der Ausführung der Beschwerung einen Nutzen haben. Wie in Kapitel 3.1 erläutert, ist dem Vermächtnisnehmer und dem Auflagenbegünstigten unter ganz bestimmten Umständen ein Informations- bzw. Entlastungsrecht zuzubilligen. Sofern eine dieser seltenen Konstellationen gegeben ist, richtet sich z.B. der mitvermachte Informationsanspruch gegen den Beschwerten, also z.B. den mit einem Untervermächtnis beschwerten Vermächtnisnehmer, welcher aber vom Testamentsvollstrecker zu erfüllen ist.⁶²⁴ In diesen Fällen kann dann der Untervermächtnisnehmer über die Entlastung des Alleinerben als Testamentsvollstreckers entscheiden.

6.2 Die Entlastung bei Miterben als Testamentsvollstrecker

Ist der Testamentsvollstrecker zugleich Miterbe, ist fraglich, ob dieser überhaupt über seine eigene Entlastung mitentscheiden darf. Die Entlastung selbst ist ein Realakt. Die Beschlussfassung hingegen erfolgt durch Stimmabgabe, d.h. empfangsbedürftige Willenserklärungen, die sich an alle Miterben als Adressaten wenden.⁶²⁵ Bei Stimmrechtsverboten innerhalb der Erbengemeinschaft wendet die herrschende Ansicht zu Recht die Vorschriften des § 34 BGB

⁶²³ Ebenso Zimmermann Rn 109.

⁶²⁴ MüKo/Brandner § 2218 Rn 23; Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 38.

⁶²⁵ Allgemeine Ansicht: Vgl. Muscheler ZEV 1997, 172; Ann S. 20; MüKo/Ulmer § 709 Rn 67; OLG Hamm BB 1969, 514.

sowie § 47 Abs. 4 GmbHG analog an.⁶²⁶ *Priester*⁶²⁷ will hingegen bei der Entlastung, die eine reine Vertrauenskundgabe ist, dem GmbH-Geschäftsführer nicht von der Stimmabgabe ausschließen, da andernfalls kein Schutz gegen ein diskreditierendes Minderheitsdiktat bestehen würde. Im übrigen würde den Gesellschaftern durch die Entlastung weder bei den Mitgesellschaftern noch bei Dritten zu Rechtsnachteilen führen. Diese Ansicht ist für das Recht der Entlastung des Testamentsvollstreckers nicht übertragbar und ist nicht überzeugend, denn die Entlastung hat eine de facto Auswirkung für die Miterben, nämlich die Präklusionswirkung. Des weiteren ist das Argument des Minderheitsdiktales ohne Belang, wenn der Miterbentestamentsvollstrecker mit Mehrheitserbteil ohnehin nur mit einem einstimmigen Erbenbeschluss entlastet werden kann. Dies soll anschließend unter Punkt 6.3 geklärt werden.

6.3 Entlastung nur durch einen Teil der Erben

Praktische Probleme bei der Entlastung eines Testamentsvollstreckers können sich insbesondere dann ergeben, wenn ein Teil einer Erbengemeinschaft Entlastung erteilen will, der andere aber nicht. Damit werden weitere rechtliche Probleme aufgeworfen, die vorab zu klären sind.

6.3.1 Aufrechterhaltung der Erbengemeinschaft für Beschlussfassung über Entlastung

Zunächst ist zu prüfen, ob zum Zeitpunkt der Entlastung überhaupt noch eine Erbengemeinschaft besteht oder sie nicht bereits durch die Testamentsvollstreckung auseinandergesetzt ist. Handelt es sich um eine reine Abwicklungsvollstreckung, gilt die Erbengemeinschaft spätestens mit Vollzug des Auseinandersetzungsplanes als auseinandergesetzt. Da die Entlastung nach erfolgter Erbauseinandersetzung erfolgt, könnte man annehmen, bei der Entlastung käme es nicht auf eine Beschlussfassung aller Erben an.

Hiergegen sprechen jedoch folgende Gründe: Wenn Schadensersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker nach seiner Entlassung geltend gemacht werden, fällt dieser Anspruch wegen des Surrogationsprinzips des § 2041 BGB in den Nachlass und kann nur vom Testamentsvollstrecker-Nachfolger geltend gemacht werden. Braucht kein Nachfolger bestimmt zu werden, da die Testamentsvollstreckung insgesamt wegfällt, so lebt die bereits auseinandergesetzte Erbengemeinschaft für die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker persönlich wieder auf. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn nur ein Erbe einen Schaden z.B. durch eine fehlerhafte Ausgleichung erlitten hat.

⁶²⁶ MüKo/Dütz § 2038 Rn 37; Muscheler ZEV 1997, 174. Anderer Ansicht ist Nipperdey AcP 143 (1937), 316, der eine Analogie zum Aktienrecht fordert. Vgl. dazu *Priester* S. 379 ff.

⁶²⁷ *Priester* S. 380 f.

Dann fällt dieser Schadensersatzanspruch nicht in den Nachlass und der einzelnen betroffene Erbe kann mit einer Klage Leistung an sich verlangen.⁶²⁸

Durch die Entlastung soll Klarheit für die gesamte Erbengemeinschaft geschaffen werden. Insofern wäre es unsinnig, wenn jeder einzelne Erbe separat den Testamentsvollstrecker entlastet. Dann könnte nämlich keine Klarheit geschaffen werden. Die Erbengemeinschaft bleibt somit für die Beschlussfassung zur Entlastung bestehen, auch wenn der Auseinandersetzungsplan oder – vertrag bereits vollzogen ist. Ferner ist die Überprüfung des Nachlassverzeichnisses oder der Rechnungslegung ebenso wie die Beschlussfassung über die Entlastung, Aufgabe der gesamten Erbengemeinschaft. Sie ist damit eine Art der Nachlassverwaltung und unterliegt den Regelungen der §§ 2038 ff. BGB. Unter den Begriff der Verwaltung des Nachlasses fallen alle rechtlichen und tatsächlichen Maßnahmen, die auf Erhaltung und Mehrung des Nachlassvermögens gerichtet sind.⁶²⁹ Auch Realakte wie die Entlastung oder die Besitzaufgabe können daher Verwaltung im Sinne des § 2038 BGB sein. Eine Abweichung vom Grundsatz des gemeinschaftlichen Handelns aller Miterben ist also nicht gegeben.

6.3.2 Geltung des Einstimmigkeitsprinzips bei der Beschlussfassung über die Entlastung

Eine weitere Frage ist, um welche gemeinschaftliche Verwaltungsmaßnahme im Sinne des § 2038 BGB es sich handelt. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob ein Entlastungsbeschluss einstimmig oder nur mehrheitlich durch die Erbengemeinschaft erfolgen muss.

Grundsätzlich gilt für die Verwaltung des Nachlasses das Mehrheitsprinzip nach Maßgabe der §§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 BGB. Für Verfügungen ist hingegen nach § 2040 Abs. 1 BGB gemeinschaftliches Handeln vorgesehen. Das Verwaltungshandeln nach § 2038 BGB und das Verfügungshandeln nach § 2040 Abs. 1 BGB sind voneinander strikt zu trennen. Dies ist im Einzelfall äußerst problematisch, da auch das Verhältnis dieser beiden Vorschriften zueinander umstritten ist. Im einzelnen kann es sich entweder bei § 2040 Abs. 1 BGB um einen Unterfall des § 2038 BGB handeln, oder aber beide Begriffe überschneiden sich. Nach wohl herrschender Meinung⁶³⁰ berechtigt ein wirksamer Mehrheitsbeschluss die Erbenmehrheit grundsätzlich mit Wirkung für und gegen die Gesamthandsgemeinschaft zu handeln. Bei

⁶²⁸ Zimmermann Rn 780; Pickel S. 193; Muscheler S. 257 ff..

⁶²⁹ BGH FamRZ 1965, 267; Muscheler ZEV 1997, 172; Staudinger/Werner § 2038 Rn 4; Ann S. 14.

⁶³⁰ Staudinger/Werner § 2038 Rn 40; MüKo/Dütz § 2038 Rn 53 m.w.N..

Verfügungen über Nachlassgegenstände sind die Erben auf die Mitwirkung der nicht zustimmenden Miterben angewiesen, mit der Folge, dass diese bei weiterer Weigerung deren Mitwirkungspflicht nach Maßgabe des § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB einklagen müssen.

Kommt es zu Überschneidungen, ist also eine Verfügung zugleich eine Verwaltung, ist grundsätzlich § 2040 Abs. 1 BGB vorrangig, so dass Einstimmigkeit beim Beschluss gilt.⁶³¹ Hiervon wird lediglich dann eine Ausnahme gemacht, wenn es sich um Notgeschäftsführungsmaßnahmen handelt.⁶³²

Vorliegend wird man die Entlastung als Verfügung i.S.d. § 2040 Abs. 1 BGB werten müssen. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein bestehendes Recht mit unmittelbarer Wirkung übertragen, belastet, inhaltlich verändert oder aufgehoben wird.⁶³³ Für die Vertreter der Theorie der Entlastung als negatives Schuldanerkenntnis nach § 397 Abs. 2 BGB ist die Rechtslage eindeutig. Nach der hier vertretenden Auffassung von der Entlastung als Realakt könnten sich aufgrund der strikten Ablehnung der rechtsgeschäftlichen Deutung der Entlastung Probleme ergeben. Doch wird man hier nicht auf die Rechtsnatur, sondern tatsächlich auf die Wirkung der Entlastung, also deren Präklusionswirkung abstellen müssen. Ein Verfügung kann auch eine Erklärung sein, die ein Schuldverhältnis umgestaltet.⁶³⁴ Die Entlastung hat kraft Präklusion Gestaltungswirkung, so dass § 2040 Abs. 1 BGB anwendbar ist.

Doch selbst wenn man eine Verwaltungshandlung der Erbengemeinschaft unterstellen würde, ist vom Einstimmigkeitsprinzip auszugehen. Unter Verwaltung versteht man regelmäßig alle Maßnahmen, die zur Verwaltung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung des Nachlasses sowie zur Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten erforderlich oder geeignet sind.⁶³⁵ Hierunter können auch Handlungen fallen, die die Nachlasssubstanz durch Veräußerung oder Belastung von Nachlassgegenständen dinglich verändern.⁶³⁶ Bei einem Entlastungsbeschluss kann es sich aber nicht um eine ordnungsgemäße Verwaltung mit der Folge des Mehrheitsprinzips handeln, da die Präklusionsfolge der Entlastung nicht unbedingt im Interesse aller Erben nach billigem Ermessen ist. Es würde dann bei

⁶³¹ Palandt/Edenhofer § 2038 Rn 1 Staudinger/Werner § 2038 Rn 1; Erman/Schlüter § 2038 Rn 3; Lohmann in: Bamberger/Roth § 2038 Rn 2; MüKo/Dütz § 2038 Rn 2. A.A. Soergel/Wolf § 2038 Rn 5.

⁶³² BGH NJW 1989, 2694 = BGHZ 108, 21 ff; Lange/Kuchinke § 43 IV 3; Palandt/Edenhofer § 2038 Rn 1; MüKo/Dütz § 2038 Rn 3 m.w.N..

⁶³³ Vgl nur BGHZ 1, 294 ff; MüKo/Dütz § 2038 Rn 4; Lange/Kuchinke § 43 IV 1 a; Lohmann in: Bamberger/Roth § 2038 Rn 3 m.w.N..

⁶³⁴ BGH ZEV 2000, 63; MüKo/Dütz § 2038 Rn 11.

⁶³⁵ BGH FamRZ 1965, 267; Lange/Kuchinke § 43 I; Palandt/Edenhofer § 2038 Rn 3 m.w.N..

⁶³⁶ BGH FamRZ 1965, 267.

unterstellter Anwendbarkeit des § 2038 BGB sich vielmehr um eine außerordentliche Verwaltungsmaßnahme nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB, für die ebenfalls das Einstimmigkeitsprinzip gilt.⁶³⁷

Es bleibt somit festzuhalten, dass ein Beschluss einer Erbengemeinschaft immer einstimmig erfolgen muss. Wollen einzelne Erben dem Testamentsvollstrecker Entlastung erteilen, um eine mögliche gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Testamentsvollstrecker zu vermeiden, haben sie die Möglichkeit zur Mitwirkungsklage gegen den Miterben.⁶³⁸ Des weiteren können sie gegenüber dem Testamentsvollstrecker erklären, ihn nicht in die Haftung nehmen zu wollen, denn nur der nicht zustimmende Erbe braucht dann vom Testamentsvollstrecker verklagt werden.⁶³⁹

6.4 Die Entlastung des Testamentsvollstreckers als zugleich gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen Erben, Vormund oder Betreuer

6.4.1 Doppelfunktion als gesetzlicher Vertreter

Sofern ein Testamentsvollstrecker zugleich gesetzlicher Vertreter eines minderjährigen Erben ist, stellt sich die Frage, ob er als gesetzlicher Vertreter sich selbst als Testamentsvollstrecker entlasten darf oder ob ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, damit eine ausdrückliche Entlastung erfolgen kann. Wie oben festgestellt handelt es sich bei der Entlastung nicht um ein rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern sie ist lediglich eine reine Tathandlung. Jedoch ist die Entlastung nicht generell rechtsfolgenlos, da sie Vertrauen bilden und Präklusionswirkung haben kann. Problematisch ist somit, ob folglich § 181 BGB anwendbar ist.

Nach der Rechtsprechung⁶⁴⁰ ist grundsätzlich bei Doppelstellung als gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker immer eine Ergänzungspflegschaft anzuordnen. Dies wird mit dem Interessengegensatz im Sinne von § 1629 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 1796 BGB begründet. Dieser Gegensatz sei so erheblich, dass er die Wahrung der Aufgaben der beiden Ämter durch ein und dieselbe Person ausschließt. Demgegenüber hält das neuere Schrifttum⁶⁴¹ fast einhellig die Bestellung eines Ergänzungspflegers in den Fällen für entbehrlich, in denen der

⁶³⁷ Vgl. Lohmann in: Bamberger/Roth § 2038 Rn 14; Palandt/Edenhofer § 2038 Rn 3.

⁶³⁸ Lohmann in: Bamberger/Roth § 2038 Rn 14; Soergel/Wolf § 2038 Rn 23 m.w.N..

⁶³⁹ BGH FamRZ 1992, 50. Andernfalls droht dem Testamentsvollstrecker bei einer Klage gegen die entlastungswilligen Erben ein sofortiges Anerkenntnis nach § 93a ZPO mit negativer Kostenfolge.

⁶⁴⁰ Vgl. OLG Nürnberg ZEV 2002, 158; OLG Hamm FamRZ 1993, 1122; BayObLG Rpfleger 1977, 440. Nach OLG Nürnberg MittBayNot 2002, 403 soll dies sogar gelten, wenn der gesetzliche Vertreter nur Mitvollstrecker ist.

⁶⁴¹ Damrau ZEV 1994, 1; Kirchner MittBayNot 1997, 203; Schlüter ZEV 2002, 158; MüKo/Brandner § 2215 Rn 9; Staudinger/Reimann § 2215 Rn 8; Haegle/Winkler Rn 491; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 112 m.w.N..

betreffende Elternteil unabhängig von seiner Stellung als Testamentsvollstrecker nach § 1640 Abs. 1 BGB ohnehin verpflichtet ist, ein Verzeichnis über das von Todes wegen erworbene Vermögen zu erstellen und dieses mit der Versicherung und Vollständigkeit dem Familiengericht vorzulegen. Sofern der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Doppelfunktion als gesetzlicher Vertreter das Nachlassverzeichnis entgegennimmt, ist § 181 BGB nicht anwendbar, da die Überprüfung des Nachlassverzeichnisses selbst kein Rechtsgeschäft darstellt.⁶⁴² Gegen die Bestellung eines Ergänzungspflegers spricht zudem, dass die ein gesetzlicher Vertreter über die Dauer seiner elterlichen Gewalt dem Vormundschaftsgericht gegenüber nicht rechenschaftspflichtig sind. Eine Ausnahme bilden lediglich die §§ 1666, 1667 BGB, wonach die Eltern, dann rechenschaftspflichtig sind, wenn sie ihr Vermögenssorgerecht missbraucht haben.

Mit dem Fall der Entlastung ist der Fall der Prüfung der Rechenschaft nicht zu vergleichen. Es ist eine differenzierte Betrachtung notwendig. Bei der Entlastung selbst handelt es sich zwar ebenfalls nur um eine Tathandlung, sie hat auch keinen rechtsgeschäftsähnlichen Charakter. Insoweit sind die Regelungen der Stellvertretung und damit die des § 181 BGB weder direkt noch analog anwendbar. Jedoch ist auf die Stimmabgabe bei der Beschlussfassung zur Entlastung abzustellen. Hierin liegt im Unterschied zur Entgegennahme des Nachlassverzeichnisses eine Willenserklärung. Dennoch ist keine Ergänzungspflegschaft notwendig, denn der Minderjährige hat keinerlei Nachteile durch die Entlastung, die von seinem gesetzlichen Vertreter ausgesprochen wird, der zugleich Testamentsvollstrecker ist. Zum einen wäre ein Testamentsvollstrecker, wenn dieser gleichzeitig Miterbe wäre, vom Stimmrecht bei der Beschlussfassung ausgeschlossen. Zum anderen kann durch die ausgesprochene Entlastung durch den gesetzlichen Vertreter in Personalunion nur insoweit Präklusionswirkung entfaltet werden, wie Vertrauen entstehen konnte. Dies führt zu der paradoxen Situation, dass ein Minderjähriger mehr Vorteile durch eine Entlastung von Seiten seines gesetzlichen Vertreters als Testamentsvollstrecker hätte, als durch eine Entlastung, die durch einen Ergänzungspfleger erteilt wird. Letztere kann nach den Grundsätzen des *venire contra factum proprium* Präklusionswirkung hinsichtlich der Ersatzansprüche, die dem Minderjährigen zustehen, entfalten. Da aufgrund der Personalunion vollständige Kenntnis aller Umstände besteht, kann bei der ersten Konstellation kein Vertrauen entstehen. Der Testamentsvollstrecker hat also mehr Vorteile, wenn der Rechtsprechung folgend ein Ergänzungspfleger bestellt würde und er durch ihn entlastet wird.

⁶⁴² So auch Damrau Rn 189; Kirchner MittBayNot 1997, 205; Schlüter ZEV 2002, 159. A.A. Zimmermann Rn 357 m.w.N..

Das *OLG Hamm*⁶⁴³ geht einen ganz anderen Weg und argumentiert, dass nach § 1629 Abs. 2 BGB der Vater und die Mutter das minderjährige Kind insoweit nicht vertreten können, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist; außerdem kann das Vormundschaftsgericht beiden Eltern nach § 1796 BGB die Vertretung entziehen. Dies bedeutet, dass ein Elternteil das Kind bei Rechtsgeschäften oder Rechtsstreitigkeiten mit dem anderen Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie nicht vertreten kann, ausgenommen den Fall, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 1795 Abs. Nr. 1 und 3 BGB besteht. Eine Pflegerbestellung, die eine Beschränkung der Vertretungsmacht unmittelbar gemäß § 1794 BGB zur Folge hat, wird nur dann entbehrlich, wenn kein Interesse des Kindes zu dem Interesse der Eltern im erheblichen Gegensatz steht. Dabei genügt nicht jeder Interessengegensatz, sondern es muss eine Verschiedenheit der Interessen in der Art vorliegen, dass die Förderung des einen Interesses nur auf Kosten des anderen geschehen kann.⁶⁴⁴ Das *OLG Hamm* führt ferner zu diesem Problemkreis dazu aus, es gehöre zu den Aufgaben des gesetzlichen Vertreters der minderjährigen Erben, deren Rechte gegenüber dem Testamentsvollstrecker geltend zu machen. Dieser Pflicht zur Wahrnehmung der Rechte der Kinder als Erben steht das gemäß §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB für die Eltern der Kinder geltende Verbot des Selbstkontrahierens an sich nicht generell entgegen, da diese Interessenwahrnehmung noch nicht als Rechtsgeschäft anzusehen ist und das Verbot des Selbstkontrahierens sich nur auf Rechtsgeschäfte bezieht. Die Vorfrage, ob und wann Ansprüche auf Einhaltung oder solche aus der Verletzung von entsprechenden Pflichten geltend gemacht werden sollen, kann grundsätzlich der Inhaber der elterliche Sorge selbst beantworten, weil seine Entscheidung nicht Teil eines Rechtsgeschäfts und auch keine geschäftsähnliche Rechtshandlung ist und daher nicht dem § 181 BGB unterliegt.⁶⁴⁵ Bereits aus den vorgenannten Pflichten des Testamentsvollstreckers ergibt sich, dass bei der Doppelstellung als Testamentsvollstrecker einerseits und als gesetzlicher Vertreter der Erben andererseits ein Interessengegensatz i. S. des § 1796 BGB besteht, der so erheblich ist, dass er die Wahrnehmung beider Aufgaben durch ein und dieselbe Person ausschließt, denn die dem durch seinen gesetzlichen Vertreter vertretenen minderjährigen Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker zustehenden Überwachungs- und Auskunftsrechte und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche kann der Testamentsvollstrecker nicht gegen sich selbst geltend machen bzw. ausüben, da niemand sein eigener Aufseher sein kann.

⁶⁴³ OLG Hamm FamRZ 1993, 1122.

⁶⁴⁴ Vgl. BayObLG Rpfleger 1977, 440 = DAV 1978, 470, 474.

⁶⁴⁵ OLG Hamm FamRZ 1993, 1122 unter Hinweis auf BayObLGZ 1967, 231, 238; LG Mannheim, MDR 1977, 579.

Bei dieser Argumentation wird aber übersehen, dass auch der Umweg über § 1796 BGB zur Umgehung der Problematik des § 1795 Abs. 2 BGB nicht weiterführt. Als Tatbestandsvoraussetzung bei § 1796 BGB wird ein Rechtsgeschäft, nämlich eine rechtsgeschäftliche Vertretung im Sinne des § 1796 Abs. 1 BGB und nicht nur eine Tathandlung benötigt, die hier nicht gegeben ist.⁶⁴⁶

Als Möglichkeit wäre nun zu erörtern, ob den Eltern als gesetzlichen Vertretern die Vermögenssorge insoweit nach § 1667 BGB entzogen werden muss, als es um die Überprüfung der Rechenschaftslegung einerseits und der Entlastung andererseits geht. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1667 BGB sind aber nicht gegeben, denn es fehlt an einer Pflichtverletzung mit der Folge der Vermögensgefährdung.⁶⁴⁷ Die bloße Möglichkeit eines Interessenkonfliktes ist kein ausreichender Grund, dem gesetzlichen Vertreter die Vermögenssorge zu entziehen.⁶⁴⁸

Sofern dem Testamentsvollstrecker eine ausdrückliche Entlastung erteilt werden soll, ist bei einer Doppelfunktion mithin kein Ergänzungspfleger zu bestellen.

Sind etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2219 BGB geltend zu machen, weil er gegen seine Pflichten aus den §§ 2215 ff. BGB verstoßen hat, so ist selbstverständlich für diesen Fall ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Diese Fälle sind von dem Fall der Entlastung strikt zu trennen.

6.4.2 Doppelfunktion als Vormund

Ein Testamentsvollstrecker kann zugleich auch Vormund sein, da er lediglich elternähnlicher Gesamtvertreter ist und der Testamentsvollstrecker nur einzelne Rechte in Bezug auf einen Teil des Vermögens, nämlich den Nachlass, ausübt.⁶⁴⁹ Sowohl Vormund gemäß § 1890 BGB als auch der Testamentsvollstrecker gemäß §§ 2218, 666 BGB müssen am Ende der Amtszeit insgesamt Rechenschaft ablegen. Diese Rechnungslegung des Vormundes wird nach § 1892 BGB vom Vormundschaftsgericht überprüft. Eine Bestellung eines Ergänzungspfleger wäre

⁶⁴⁶ Palandt/Diederichsen § 1796 Rn 1.

⁶⁴⁷ Damrau ZEV 1994, 2; Schlüter ZEV 2002, 159.

⁶⁴⁸ Dies unterstreicht auch die unter Fußnote 645 zitierte Rechtsprechung.

⁶⁴⁹ Kirchner MittBayNot 1997, 203; Zimmermann Rn 196; Damrau ZEV 1994, 5.

diesbezüglich ohne Sinn.⁶⁵⁰ Für die Entlastung gilt auch hinsichtlich des Vormundes als Testamentsvollstreckers in Personalunion das unter 6.4.1 gesagte.

6.4.3 Doppelfunktion als Betreuer

Da die Bestellung des Betreuers nach § 1897 Abs. 1 BGB durch das Vormundschaftsgericht erfolgt, sind die Fälle einer Personalunion zwischen Betreuer und Testamentsvollstrecker sehr selten. Sie ist aber ohne weiteres rechtlich zulässig und möglich.⁶⁵¹ Wegen § 1908 i BGB sind die Vorschriften über die Vormundschaft anzuwenden, so dass auch auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann. Ist Betreuung angeordnet, scheidet die Bestellung eines Ergänzungspflegers ohnehin aus. Sofern die Voraussetzungen der §§ 1795, 1796 181 BGB gegeben wären, was aber bei der Entlastung ausscheidet, wäre ein Mitbetreuer nach § 1899 Abs. 1 BGB zu bestellen.

6.5 Probleme bei der Kollision der Testamentsvollstreckung mit Aufgaben aus Vollmachten oder anderen Geschäftsführungen

War der Testamentsvollstrecker zugleich auch Geschäftsführer einer Gesellschaft oder Bevollmächtigter der Erben und ist durch einen Beschluss dem Geschäftsführer etc. ausdrücklich Entlastung erteilt worden, ist fraglich, ob damit nicht auch gleichzeitig dem Testamentsvollstrecker Entlastung gewährt wurde.

6.5.1 Der Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer einer Gesellschaft o.ä.

Im Rahmen einer Doppelfunktion als Testamentsvollstrecker und Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Gesellschaft bestehen keine Überschneidungen der Entlastungsbeschlüsse, denn selbst wenn alle Erben Gesellschafter wären, so bedarf es zu einem Entlastungsbeschluss immer einer Gesellschafterversammlung, die sowohl von der Tagesordnung als auch vom Inhalt her nicht einer Versammlung einer Erbengemeinschaft gleicht. Wird dem Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer einer Gesellschaft Entlastung erteilt, hat dies nicht automatisch seine Entlastung als Testamentsvollstrecker zur Folge. Sind allerdings Gesellschafter und Erben kongruent und umfasst die Testamentsvollstreckung nur die Gesellschaftsanteile, so ist regelmäßig auch gleichzeitig eine beiderseitige Entlastung ausgesprochen. Der Testamentsvollstrecker unterliegt bei der Abstimmung einem Stimmverbot. Nach der Recht-

⁶⁵⁰ Damrau ZEV 1994, 5; a.A. Zimmermann Rn 196.

⁶⁵¹ Damrau ZEV 1994, 6.

sprechung⁶⁵² soll dies nicht gelten, wenn er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden ist. Wenn die Erben die Übernahme der Geschäftsführung durch den Testamentsvollstrecker gestatten, kann von einer konkludenten Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens ausgegangen werden.⁶⁵³ Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft gleichzeitig Testamentsvollstrecker für die Anteile von Aktionärs-Erben nimmt er in der Hauptversammlung fremde Stimmrechte wahr. Bei seiner Entlastung unterliegt er den Beschränkungen des § 136 AktG, § 181 BGB.⁶⁵⁴

6.5.2 Der Testamentsvollstrecker als Beauftragter der Erben

Anders sieht dies aus, wenn der Testamentsvollstrecker zugleich Beauftragter der Erben ist. Die Zulässigkeit von transmortalen und postmortalen Vollmachten des Erblassers ist unbestritten.⁶⁵⁵ Des weiteren kann der Erblasser die Erben zur Erteilung einer Vollmacht an den Testamentsvollstrecker verpflichten⁶⁵⁶, was häufig im Rahmen von Unternehmensnachsorgen bzw. bei Geschäftsbeteiligungen anzutreffen ist. Der so Bevollmächtigte vertritt dann die Erben.⁶⁵⁷

Vollmacht und Testamentsvollstreckung stehen völlig isoliert nebeneinander. Die ist die herrschende und zutreffende Auffassung.⁶⁵⁸ Wenn ein Teil der Literatur⁶⁵⁹ erklärt, der Bevollmächtigte könne als Vertreter der Erben nach dem Tode des Erblassers nur im Rahmen der Verfügungsmacht der Erben handeln, ist dem zu widersprechen, da der Testamentsvollstrecker seine Rechtsmacht nicht von den Erben, sondern direkt vom Erblasser herleitet. Ist der Testamentsvollstrecker zugleich Erben-Bevollmächtigter hat er durch die Vollmacht ggf. erweiterte Rechte. So kann er entgegen § 2206 BGB die Erben über den Nachlass hinaus verpflichten.⁶⁶⁰ Auch das Schenkungsverbot des § 2205 S. 3 BGB gilt nicht für den Bevollmäch-

⁶⁵² BGH NJW 1989, 2694; zust. Frank NZG 2002, 900; Lauer S. 104 m.w.N..

⁶⁵³ BGHZ 108, 25; MüKo/Schramm § 181 Rn 32 ff.; Frank NZG 2002, 900; Skibbe FS Brandner S. 775, der zwar eine Aufgabekumulation für zulässig hält, sie jedoch wegen erheblicher und unübersichtlicher Haftungsrisiken nicht für eine empfehlenswerte Gestaltungsmöglichkeit erachtet.

⁶⁵⁴ Frank NZG 2002, 901 geht sogar so weit, dass er wegen der Interessenkonflikte eine generelle Unzulässigkeit der Kumulation von Testamentsvollstreckung und Vorstandsamt sieht. Dem widerspricht zu Recht Adams S. 91 ff.

⁶⁵⁵ Vgl. BGHZ 87, 18; RGZ 114, 351 (zur Aufassungsvollmacht); Trapp ZEV 1995, 314 ff.; Damrau ZEV 1994, 8 f; Reimann ZEV 1996, 420 ff.; Palandt/Edenhofer vor § 2197 Rn 16; Staudinger/Reimann vor § 2197 Rn 53.

⁶⁵⁶ Die Erteilung der Vollmacht wird regelmäßig durch eine bedingte Erbenstellung gesichert. Ebenso um einen Widerruf zu vermeiden. Hierzu kritisch: Zimmermann Rn 500.

⁶⁵⁷ BGHZ 87, 19; OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 331..

⁶⁵⁸ BGH WM 1962, 860; RGZ 88, 345; 106, 186; Soergel/Damrau § 2205 Rn 62; Palandt/Edenhofer vor § 2197 Rn 19; AK/Finger § 2197 Rn 22 ff.; Haegle/Winkler Rn 253; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 329.

⁶⁵⁹ So z.B. Staudinger/Reimann vor § 2197 Rn 68 sowie § 2211 Rn 12.

⁶⁶⁰ Vgl. Haegle/Winkler Rn 14 sowie 244 ff..

tigten. Im Einzelfall kommt es zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn der Testamentsvollstrecker nicht jedes Mal deutlich gemacht hat, ob er als Bevollmächtigter oder als Testamentsvollstrecker handelt.

Letztendlich wird es darauf ankommen, wie der zeitliche Zusammenhang ist. Nach § 2210 BGB endet eine Testamentsvollstreckung spätestens nach 30 Jahren, eine Vollmacht hat keine zeitliche Begrenzung. Regelmäßig ist jedoch die Vollmachtserteilung an das Amt des Testamentsvollstreckers gebunden. Die Vollmacht endet dann mit Beendigung der Testamentsvollstreckung. Wenn nun die Erben Entlastung erteilen, ist es grundsätzlich notwendig, genau zu differenzieren, wem sie die Entlastung gewähren. Allerdings sind kaum Sachverhalte vorstellbar, bei denen die Erben dem Bevollmächtigten, nicht aber dem Testamentsvollstrecker Entlastung erteilen wollen. Demzufolge hat eine Entlastung des Testamentsvollstreckers auch eine Entlastung des Testamentsvollstreckers als Bevollmächtigten zur Folge und umgekehrt. Lediglich in den Fällen, bei denen zeitlich unterschiedliche Beendigungen gegeben sind, kann eine Entlastung für das eine Amt nicht gleichzeitig für das andere Amt gelten.

6.5.3 Der Testamentsvollstrecker als Schiedsgutachter oder Schiedsrichter

Bei der Teilungsanordnung kommt es nicht selten zu Streit, welcher über den Erbteil hinausgehende Wert ausgeglichen werden muss. Daher wird häufig der Testamentsvollstrecker zugleich als Schiedsgutachter oder Schiedsrichter für die verbindliche Festlegung eines Ausgleichungswertes eingesetzt. Es handelt sich dabei um eine Sonderfunktion des Testamentsvollstreckers.⁶⁶¹ Diese Personalunion führt allerdings bei den Fällen der Interessenkollision – der Testamentsvollstrecker ist bspw. zugleich Miterbe – zum Ausschluss vom Schiedsgutachteramt.⁶⁶² Auch hier ist streng zwischen der Tätigkeit als Testamentsvollstrecker oder als Schiedsrichter bzw. –gutachter zu unterscheiden. Macht der Testamentsvollstrecker als Schiedsgutachter einen Fehler, darf dies bei der Entlastung bei der rechtlichen Beurteilung seiner Amtsführung eigentlich nicht berücksichtigt werden. Etwaiges Misstrauen wirkt sich indes auf die Entlastungssituation immer im ganzen aus, sei sie berechtigt oder nicht. Hiergegen kann sich der Testamentsvollstrecker nicht zur Wehr setzen, da Vertrauen nicht herbeibeschworen werden kann. Wesentlich wird für ihn sein, ob etwaige Pflichtwidrigkeiten als Schiedsgutachter oder Schiedsrichter nach dem Haftungsmaßstab des § 2219 BGB gemessen werden, oder lediglich eine Haftung aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 ff. BGB begründen können. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob beide Stellungen voneinan-

⁶⁶¹ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 328; Pickel S. 60; Lauer S. 78.

⁶⁶² Der Testamentsvollstrecker kann also nicht Richter in eigener Sache sein. Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch II Rn 199; Pickel S. 63; A.A. Kipp/Coing § 78 III 5, die eine generelle Unzulässigkeit der Personalunion sehen.

der isoliert betrachtet werden können. Dies wird man wie bei der Vollmachtserteilung neben der Testamentsvollstreckung bejahen müssen, so dass keine Haftung aus § 2219 BGB als Schiedsgutachter, der gleichzeitig Testamentsvollstrecker ist, in Betracht kommt.

6.6 Die Entlastung von mehreren Testamentsvollstreckern

Sofern mehrere Testamentsvollstrecker durch den Erblasser eingesetzt sind, können die Erben die Testamentsvollstrecker entweder im Rahmen einer Gesamtentlastung bzw. Blockentlastung oder aber im Rahmen einer Einzelentlastung die Entlastung aussprechen. Die Gesamt- oder Blockentlastung bedeutet, dass über die Entlastung der Testamentsvollstrecker in einem Abstimmungsvorgang entschieden wird. Bei der Einzelentlastung wird hingegen personenbezogen abgestimmt.⁶⁶³ Fraglich ist aber, ob beide Abstimmungsmodi zulässig sind. Nach der Rechtsprechung⁶⁶⁴ kann eine Blockabstimmung im Aktienrecht als so normal angesehen werden, dass ihr gegenüber eine Einzelabstimmung rechtsmissbräuchlich sein kann. Genau umgekehrt wird teilweise bei Blockabstimmungen im GmbH-Recht geurteilt. Bei der Frage der Zulässigkeit von Blockabstimmungen muss berücksichtigt werden, dass es wegen der Zusammenfassung sachliche Verschiebungen im Kreis der Stimmberechtigten durch Stimmverbote entstehen können.⁶⁶⁵ Stimmverbote gelten nämlich bei Beschlussgegenständen immer, selbst wenn der vom Stimmverbot Betroffene nur mitbetroffen ist. Vice versa wirkt das Stimmverbot dann nicht über den Betroffenen hinaus, wenn getrennt abgestimmt wird.⁶⁶⁶ Von entscheidender Bedeutung ist daher, ob der Testamentsvollstrecker Miterbe ist oder nicht. Ist er nicht Miterbe, dann besteht keinerlei rechtliche Problematik hinsichtlich des Modus der Abstimmung. Die Erbengemeinschaft kann ohne Stimmrechtsverbote entscheiden wie sie es für richtig hält.

Anders sieht es im umgekehrten Fall aus. Ist der Mittestamentsvollstrecker zugleich Miterbe könnte er möglicherweise den Ausspruch des Misstrauens gegenüber dem weiteren Testamentsvollstrecker mit seiner Stimme verhindern, wenn es zu einer Einzelabstimmung kommt. Wäre aber eine Blockabstimmung durchgeführt worden, wäre er nicht stimmberechtigt gewesen. Im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht, wo eine Satzung die Art der Abstimmung bestimmen kann, besteht im Recht der Testamentsvollstreckung tatsächlich kein praktisches Problem, denn eine Gesamt- bzw. Blockabstimmung ist nur dann zulässig, wenn alle

⁶⁶³ Vgl. zur diesen Begrifflichkeiten im Aktienrecht: Hüffer § 120 Rn 8 ff.

⁶⁶⁴ So OLG München BB 1995, 1048 = DB 1995, 1020.

⁶⁶⁵ Lutter FS Odersky S. 846 m.w.N. unter Bezugnahme auf OLG Naumburg, Urteil vom 25.04.1995.

⁶⁶⁶ Lutter FS Odersky S. 846.

Mitglieder der Erbengemeinschaft einvernehmlich eine derartige Abstimmung wünschen. Bei dieser Abstimmung haben die Testamentsvollstrecker als Miterben weiterhin ihr Stimmrecht. Eine Blockabstimmung mit der Folge des Stimmverbotes für alle Testamentsvollstrecker als Miterben kann also nicht gegen ihren Willen durchgesetzt werden.

Des weiteren kommt es auf die Aufgabenkreise der Testamentsvollstrecker an. Sind diese unterschiedlich wird in praxi lediglich eine Einzelentlastung in Frage kommen, da die Erfüllung der Aufgaben der einzelnen Testamentsvollstrecker bereits eine andere ist und diese unterschiedlich zu beurteilen sind. Bei identischen Aufgabenkreisen bietet sich hingegen eine Gesamtentlastung an.

6.7 Zwischenergebnis

Sofern nicht gleichzeitig ein Entlassungsantrag nach § 2227 BGB erfolgreich gestellt wird oder Ersatzansprüche durchgesetzt werden, bleibt die Verweigerung der Entlastung für den Testamentsvollstrecker folgenlos. Der Testamentsvollstrecker kann seinerseits die sofortige Kündigung aussprechen.

Die Beschlussfassung über die Entlastung ist eine Art der Nachlassverwaltung und unterliegt damit den Regelungen der §§ 2038 BGB ff.. Die Erbengemeinschaft bleibt in Anbetracht des Surrogationsprinzips aus § 2041 BGB für die Beschlussfassung zur Entlastung bestehen, auch wenn der Auseinandersetzungsplan oder – vertrag bereits vollzogen ist. Die Entlastung ist, obwohl Realakt, als Verfügung i.S.d. § 2040 Abs. 1 BGB zu werten. Sie hat kraft Präklusion Gestaltungswirkung, so dass § 2040 Abs. 1 BGB anwendbar ist. Dies hat zur Folge, dass das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Im Unterschied zum Gesellschaftsrecht können keine sachfremden Abstimmungen zum Schaden der Minderheit vorgenommen werden. Wollen einzelne Erben dem Testamentsvollstrecker Entlastung erteilen, um eine mögliche gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Testamentsvollstrecker zu vermeiden, haben sie die Möglichkeit zur Mitwirkungsklage gegen den Miterben.

Ist der Testamentsvollstrecker zugleich gesetzlicher Vertreter, Vormund oder Betreuer des Erben ist eine Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht notwendig, denn der Minderjährige bzw. Betreute etc. hat keinerlei Nachteile durch die Entlastung, die von seinem gesetzlichen Vertreter bzw. Vormund oder Betreuer ausgesprochen wird, der zugleich Testamentsvollstrecker ist. Einerseits ist ein Testamentsvollstrecker, wenn dieser gleichzeitig Miterbe wäre, vom Stimmrecht bei der Beschlussfassung ausgeschlossen. Andererseits kann durch die Entlastung durch den gesetzlichen Vertreter etc. in Personalunion nur insoweit Präklusionswir-

kung entfaltet werden, wie Vertrauen entstehen konnte. Dies führt zu der paradoxen Situation, dass ein Minderjähriger oder Betreuer etc. mehr Vorteile durch eine Entlastung von Seiten seines gesetzlichen Vertreters etc. als Testamentsvollstrecker hätte, als durch eine Entlastung, die durch einen Ergänzungspfleger erteilt wird. Der Testamentsvollstrecker hat also mehr Vorteile, wenn der Rechtsprechung folgend ein Ergänzungspfleger bestellt würde und er durch ihn entlastet wird. Zu trennen sind hiervon die Fälle, bei denen Schadensersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2219 BGB geltend gemacht werden. Hier ist wegen der Interessenkollision ein Ergänzungspfleger zu bestellen.

Wird dem Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Gesellschaft Entlastung erteilt, hat dies nicht automatisch seine Entlastung als Testamentsvollstrecker zur Folge. Sind allerdings Gesellschafter und Erben kongruent und umfasst die Testamentsvollstreckung nur die Gesellschaftsanteile, so ist regelmäßig auch gleichzeitig eine beiderseitige Entlastung ausgesprochen. Der Testamentsvollstrecker unterliegt bei der Abstimmung zur Entlastung einem Stimmverbot.

Eine Entlastung des Testamentsvollstreckers hat auch eine Entlastung des Testamentsvollstreckers als Bevollmächtigter zur Folge und umgekehrt. Lediglich in den Fällen, bei denen zeitlich unterschiedliche Beendigungen gegeben sind, kann eine Entlastung für das eine Amt nicht gleichzeitig für das andere Amt gelten.

Eine Gesamt- bzw. Blockabstimmung ist nur dann zulässig, wenn alle Mitglieder der Erbengemeinschaft einvernehmlich eine derartige Abstimmung wünschen. Die Testamentsvollstrecker als Miterben sind bei dieser Abstimmung weiterhin stimmberechtigt. Eine Blockabstimmung mit der Folge des Stimmverbotes für alle Testamentsvollstrecker als Miterben kann also nicht gegen ihren Willen durchgesetzt werden.

7 Beseitigungsmöglichkeiten der fehlerhafte Entlastung des Testamentsvollstreckers

Sofern sich nach Erteilung der Entlastung herausstellt, dass gegen den Testamentsvollstrecker doch Haftungsansprüche bestehen, weil dieser während seiner Amtszeit pflichtwidrig gehandelt hat und sich auf die Entlastung beruft, stellt sich die Frage für den oder die Erben, ob sie die Entlastung rückgängig machen können. Im einzelnen kommt es entscheidend darauf an, ob der Beschluss überhaupt wirksam ist, andernfalls müsste er nicht gesondert beseitigt werden.

7.1 Anfechtbarkeit der Stimmabgabe

Nach der hier vertretenden Ansicht handelt es sich bei der Entlastung um einen Realakt. Auf Realakte sind zwar die Regeln für Rechtsgeschäfte grundsätzlich unanwendbar⁶⁶⁷, es muss aber noch weiter zwischen der Beschlussfassung der Entlastung und deren Bekanntgabe differenziert werden. Die Beschlussfassung erfordert eine Stimmabgabe des Erben. Die Stimmabgabe selbst ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung⁶⁶⁸, welche sich an alle Miterben als Adressaten wendet.⁶⁶⁹ Dementsprechend kann eine derartige Willenserklärung noch solange widerrufen werden, wie sie dem oder den anderen Miterben zugegangen ist. Ist der Entlastungsbeschluss dem Testamentsvollstrecker noch nicht mitgeteilt worden, kann ebenfalls die Stimmabgabe noch vom einzelnen Erben widerrufen werden, sofern ein wichtiger Grund vorliegt.⁶⁷⁰ Ein wichtiger Grund könnte zum einen bei einer erst nach Stimmabgabe ergebenden Änderung der Verhältnisse gegeben sein. Gleiches gilt, wenn ein Erbe nach erfolgter Stimmabgabe die Rechnungslegung des Testamentsvollstreckers noch einmal überprüft, und diese Überprüfung zu einer ernsthaften Befürchtung führt, der Testamentsvollstrecker habe gegen seine Pflichten verstoßen.⁶⁷¹ Sowohl für Abgabe und Zugang der Stimmabgabe gelten die Regelungen in den §§ 116 ff. BGB. Dies hat zur Folge, dass eine Stimmabgabe nach Maßgabe der §§ 119 ff., 142 f. BGB anfechtbar ist.

Letztendlich kann sich der Erbe, der die positive Stimmabgabe zum Entlastungsbeschluss be-reut also nur als Einwand einen Erklärungs- oder Inhaltsirrtum bzw. der Drohung und arglis-

⁶⁶⁷ Palandt/Heinrichs Überbl v § 104 Rn 10 m.w.N..

⁶⁶⁸ Dies ist unstreitig, vgl. nur OLG Hamm DB 1969, 300.

⁶⁶⁹ Muscheler ZEV 1997, 172; Ann S. 20; MüKo/Ulmer § 709 Rn 67 m.w.N..

⁶⁷⁰ So Muscheler ZEV 1997, 172.

⁶⁷¹ H.M. bezüglich der Regelungen bei einer BGB-Gesellschaft, die hier ohne weiteres ebenfalls Anwendung finden kann. Vgl. dazu MüKo/Ulmer § 709 Rn 67 m.w.N..

tigen Täuschung vorbringen. Derartige Irrtümer sind aber in praxi bei der Beschlussfassung von Erbengemeinschaften sehr gering. Der Erbe kann somit nicht damit gehört werden, hätte er gewusst, dass der Testamentsvollstrecker tatsächlich eine Pflichtenverletzung begangen die seine Haftung zur Folge hat, hätte er nicht für seine Entlastung gestimmt. Dabei handelt es sich um einen nicht geschützten Motivirrtum.

7.2 Fehlende Anfechtungsmöglichkeit des Entlastungsbeschlusses

Der Entlastungsbeschluss selbst lässt sich hingegen nicht anfechten.⁶⁷² Auch hier kann der Erbe nicht damit gehört werden, es hätte der ordnungsgemäßen Verwaltung der Erbengemeinschaft nach § 2038 BGB widersprochen, dem Testamentsvollstrecker die Entlastung zu erteilen.

Nach der hier vertretenen Ansicht bedarf es bei dem Beschluss der Erbengemeinschaft über die Entlastung nicht der einfachen Mehrheit, sondern wegen des Verfügungscharakters des Beschlusses aufgrund der Präklusionswirkung nach den Gesichtspunkten des venire contra factum proprium der Einstimmigkeit. Kann ein Erbe seine Stimmabgabe wegen Erklärungs- oder Inhaltsirrtums bzw. wegen Drohung etc. erfolgreich anfechten, hat dies folglich auch Auswirkungen auf den gesamten Beschluss.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Minderheitsmeinung⁶⁷³ sollen die Regelung zur Beschlussfassung aus dem Körperschaftsrecht, wie in §§ 34, 35 BGB, § 47 Abs. 4 GmbHG, ergänzend herangezogen werden. Danach könnte eine Beschlussfassung der Erbengemeinschaft nur auf besonders berufenen eigenen Versammlungen erfolgen. Hintergrund dieser Ansicht ist die Vermeidung, dass ansonsten ein Miterbe von dem vor der Beschlussfassung stattfindenden Meinungsbildungsprozess ausgeschlossen werden könnte.

Dieser Ansicht ist zu widersprechen, da de lege lata die Rechtslage eindeutig ist, denn § 2038 BGB kennt gerade keine Formerfordernisse für die Beschlussfassung.⁶⁷⁴ Zudem stellt die Nichtanhörung der Minderheit eine Verletzung des zwischen den Erben bestehenden Schuldverhältnisses dar.⁶⁷⁵ Demzufolge können richtigerweise Beschlüsse der Erbengemeinschaft formfrei und jederzeit erfolgen.

⁶⁷² H.M. vgl. nur Scholz/Schmidt § 46 Rn 99; Piconi S. 87 ff. So bereits das Reichsgericht in RG HSpr 1941 Nr 132 = DR 1941, 506 mit zust. Anm. Dietrich DR 1941, 510.

⁶⁷³ Werkmüller ZEV 1999, 218 m.w.N..

⁶⁷⁴ Ann S. 82; Muscheler ZEV 1997, 173.

⁶⁷⁵ Ann S. 84; Muscheler ZEV 1997, 173.

Kommt es bei der Beschlussfassung zu einem Verfahrensmangel, macht dieser nach herrschender Auffassung den Beschluss selbst nicht unwirksam.⁶⁷⁶ Hingegen kann ein Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB den Beschluss insgesamt nichtig machen.

Hier zeigt sich der grundlegende Unterschied zu der gesellschaftsrechtlichen Problematik der Entlastung. Bei einer gesellschaftsrechtlichen Entlastung im Rahmen des Mehrheitsprinzips kann eine Mehrheit durch einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegen die Minderheit sachfremde Abstimmungen zum Schaden der Minderheit vornehmen. Dies ist bei dem in der Erbengemeinschaft im Rahmen der Entlastung bestehenden Einstimmigkeitsprinzip nicht möglich. Sofern die Erbengemeinschaft in Kenntnis von Schadensersatzansprüchen gegen den Testamentsvollstrecker auf diese verzichtet und hierdurch Nachlassgläubiger geschädigt werden, weil die Erben von ihrem Recht vom Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung nach § 1978 BGB Gebrauch machen, stellt sich die Frage, ob ein derartiger Beschluss nicht gegen die guten Sitten verstößt und damit nichtig ist. Auf eine Nichtigkeit des Beschlusses kommt es jedoch vorliegend nicht an, denn die Präklusionswirkung des Beschlusses findet bereits ihre Grenzen im Gläubigerschutz. Des weiteren bleibt auch bei der Entlastung des Testamentsvollstreckers durch die Erben ein Anspruch Dritter aus den §§ 823 ff. BGB bestehen, so dass die Entlastung gegenüber Dritten keine Wirkung entfaltet.

War der Ersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker nicht erkennbar, weil einzelne Erben über das Vorhandensein dieser Ansprüche durch den Testamentsvollstrecker arglistig getäuscht wurde, so erfolgt keine Korrektur des Ergebnisses durch eine Anfechtung nach § 123, 142 BGB.⁶⁷⁷ Wegen des Einstimmigkeitsprinzips innerhalb der Erbengemeinschaft führt dies zum Ausschluss der Präklusionswirkung, sofern auch nur einer der Miterben getäuscht wurde.

Waren hingegen die Ersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker ohne weiteres erkennbar, hat keine arglistige Täuschung durch den Testamentsvollstrecker vorgelegen, scheidet ohnehin eine Anfechtbarkeit scheidet. Wie bereits dargelegt sind die Erben mit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen in solchen Fällen aufgrund des venire contra factum proprium ausgeschlossen. Eine nachträgliche Beseitigung der Entlastung ist nicht möglich und nicht zuzulassen, da andernfalls die Entlastung völlig bedeutungslos wäre.⁶⁷⁸ Doch auch bei fehlender Erkennbarkeit wäre die Präklusionswirkung des Beschlusses nicht zu beseitigen

⁶⁷⁶ Staudinger/Werner § 2038 Rn 38; Soergel/Wolf § 2038 Rn 16; MüKo/Dütz § 2038 Rn 38; A.A. Ann S. 86; Muscheler ZEV 1997, 173; MüKo/Schmidt §§ 744, 745 Rn 16 für den Bereich der Bruchteilsgemeinschaft.

⁶⁷⁷ Schmidt ZGR 1978, 435 wendet hier den Arglistenwand ein, der die Entlastungswirkung ausschließt.

⁶⁷⁸ Borsche S. 151.

und zwar deshalb, weil die Entlastungswirkung sich nur auf die Ersatzansprüche beziehen kann, die erkennbar waren. Andernfalls kann sich der Erbe nicht zu seinem vorherigen Verhalten in Widerspruch setzen.

Diejenigen, die die Entlastung als negatives Schuldanerkenntnis im Sinne des § 397 Abs. 2 BGB ansehen, beseitigen die Rechtswirkungen der Entlastung nicht durch eine Anfechtung, die für unzulässig erachtet wird, sondern durch die Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung nach den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB.⁶⁷⁹ Um trotz der Entlastung einen Anspruch z.B. auf Rechnungslegung erheben zu können, müssten die Erben zunächst beweisen, dass sie die Entlastung tatsächlich ohne rechtlichen Grund erteilt haben.⁶⁸⁰ Ein solcher Anspruch wäre aber unbegründet, wenn sie bei der Entlastungserteilung gewusst hätten, zur Entlastung nicht verpflichtet gewesen zu sein. Wird die Entlastung trotz Kenntnis des Bestehens oder möglichen Bestehens weiterer Ansprüche erteilt, ist das negative Schuldanerkenntnis regelmäßig nicht kondizierbar, da sich der Rechtsgrund entweder aus § 518 BGB oder § 779 BGB ergibt, sofern nicht bereits die Voraussetzungen des § 814 BGB gegeben sind.⁶⁸¹ Wenn dem negativen Schuldanerkenntnis ein unwirksames Kausalgeschäft zugrunde liegt, wäre ggf. eine Kondizierung möglich. Die Entlastung eines Testamentsvollstreckers wird aber in den seltensten Fällen mit einem weiteren Kausalgeschäft wie z.B. Zahlung einer Abfindungssumme im Zusammenhang stehen. Wurde die Entlastung fälschlicherweise erteilt, weil man glaubte, ein Ersatzanspruch sei zum Zeitpunkt der Entlastungserteilung erloschen gewesen, so ist ein Kondiktionsanspruch ebenfalls ausnahmsweise gegeben.⁶⁸² Allerdings dürfte der Nachweis eines Irrtums neben dem eigentlichen Ersatzanspruch in der Praxis sehr schwer zu führen sein.

7.3 Zwischenergebnis

Im Rahmen der Beseitigungsmöglichkeiten einer fehlerhaften Entlastung muss zwischen der Beschlussfassung und der Kundgabe derselben an den Testamentsvollstrecker differenziert werden. Ist der Entlastungsbeschluss dem Testamentsvollstrecker noch nicht mitgeteilt worden, kann ebenfalls die Stimmabgabe noch vom einzelnen Erben widerrufen werden, sofern ein wichtiger Grund vorliegt. Die Stimmabgabe ist nach Maßgabe der §§ 119 ff., 142 f. BGB anfechtbar. Der Entlastungsbeschluss lässt sich hingegen nicht anfechten. Der Erbe kann

⁶⁷⁹ Vgl. nur RG Recht 1915 Nr. 1527; OLG Köln FamRZ 1996, 249.

⁶⁸⁰ Ibidem.

⁶⁸¹ Palandt/Heinrichs § 397 Rn 9 m.w.N..

⁶⁸² Vgl. dazu RGZ 83, 116; RGZ 108, 107.

nicht damit gehört werden, es hätte der ordnungsgemäßen Verwaltung der Erbengemeinschaft nach § 2038 BGB widersprochen, dem Testamentsvollstrecker die Entlastung zu erteilen. Der Beschluss der Erbengemeinschaft über die Entlastung kann formfrei und jederzeit erfolgen. War der Ersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker erkennbar, wurden aber einzelne Erben über das Vorhandensein dieser Ansprüche durch den Testamentsvollstrecker arglistig getäuscht, so erfolgt keine Korrektur des Ergebnisses durch eine Anfechtung nach § 123, 142 BGB, sondern es kann sich der Testamentsvollstrecker wegen des *venire contra factum proprium* nach Maßgabe des § 242 BGB nicht auf eine Präklusionswirkung berufen. Eine Anfechtung ist mithin nicht notwendig. Wegen des Einstimmigkeitsprinzips innerhalb der Erbengemeinschaft führt dies immer zum Ausschluss der Präklusion, auch wenn nur ein einzelner Erbe getäuscht wurde. Waren hingegen die Ersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker ohne weiteres erkennbar, hat keine arglistige Täuschung durch den Testamentsvollstrecker vorgelegen. Dann scheidet eine Anfechtbarkeit aus. Da die Entlastung nicht rechtsgeschäftlich gedeutet werden kann, ist sie auch nicht kondizierbar.

8 Bestehen eines Entlastungsanspruchs bei Beendigung der Testamentsvollstreckung

Ob ein Testamentsvollstrecker einen eigenständigen und ggf. einklagbaren Anspruch auf Entlastung hat, wird in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Nachfolgend soll zunächst der Meinungsstand dargestellt und anschließend unter Berücksichtigung der bisherigen Ergebnisse kritisch beleuchtet werden.

8.1 Eigenständiger Anspruch auf Entlastung des Testamentsvollstreckers?

8.1.1 Rechtsprechung

In der Rechtsprechung finden sich zur Entlastung des Testamentsvollstreckers nur wenige veröffentlichte Entscheidungen, wovon zwei Urteile noch aus dem ersten Jahrzehnt des letzten Jahrhundert stammen. Teilweise wurde eher beiläufig, ohne auf die Problematik der Entlastung an sich einzugehen, in den Urteilsgründen Stellung genommen. So hat das *Bayerische Oberste Landesgericht*⁶⁸³ im Jahre 1995 obiter dictum unter Bezugnahme auf die Literaturstelle bei *Haegel/Winkler*⁶⁸⁴ erklärt: „Daß die Erben der von B 3 verlangten Entlastung nicht zugestimmt haben, ist insoweit ohne Bedeutung, weil der Testamentsvollstrecker keinen Anspruch auf Entlastung hat.“ Eine weitere Begründung erfolgte nicht. Nachfolgend soll daher näher auf die Entscheidungen eingegangen werden, bei denen die Entlastung für die Entscheidung des Testamentsvollstreckers von Bedeutung war.

8.1.1.1 Hanseatisches OLG Hamburg

Der zweite Senat des *Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg* hat in seinem Urteil vom 03.03.1908⁶⁸⁵ die Klage eines Testamentsvollstreckers auf Entlastung und Anerkennung der Abrechnung abgewiesen. Es führte in seiner Begründung aus, regelmäßig sei das berechtigte Interesse des Rechnungstellers durch sein Recht auf Erteilung einer Quittung über seine Leistungen geschützt. Ein Anerkenntnis, die Schuld bestehe nicht oder sei erloschen, könne nur in den Fällen verlangt werden, wo das Gesetz dies ausdrücklich ausspricht. Eine gesetzliche Regelung zugunsten des Testamentsvollstreckers würde gerade fehlen. Dabei stützt sich das Urteil auch auf die Motive des BGB⁶⁸⁶ hinsichtlich der dortigen Ausführungen zum Vor-

⁶⁸³ BayObLG Beschluss vom 29.06.1995 (1 Z BR 158/94), ZEV 1995, 371.

⁶⁸⁴ Dort Rn 484, 554.

⁶⁸⁵ Hans. OLG Hamburg OLGZ 16, 281.

⁶⁸⁶ Dort in Motive 4 S. 1188.

mundschaftsrecht. Die Aufnahme einer Bestimmung, welche dem Vormund einen Anspruch darauf gibt, dass der Mündel im Wege eines negativen Anerkenntnisvertrages die Richtigkeit der geführten Vormundschaft erklärt, sei für entbehrlich erachtet worden. Dementsprechend sei auch dem Testamentsvollstrecker kein zivilrechtlicher Anspruch auf Genehmigung der Abrechnung und auf Entlastung zuzubilligen.

Der vom Kläger gestellte Antrag auf Anerkennung der Rechnung wurde ebenfalls zurückgewiesen und ausgeführt, der Testamentsvollstrecker könne keine Klage auf Dechargeerteilung, wohl aber eine negative Feststellungsklage einreichen, wenn der Erbe behauptet, ihm würden noch Ansprüche aus der Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker zustehen.⁶⁸⁷

8.1.1.2 *Reichsgericht*

In dem vom *Reichsgericht*⁶⁸⁸ knapp ein Jahr später entschiedenen Fall hatte ein Testamentsvollstrecker eine offene Handelsgesellschaft an eine Bank zu einem Preis von 1.100.000,00 M übertragen und forderte die Zustimmung der Erben zu dieser Maßnahme. Diese Zustimmung wurde nicht erteilt, da der Buchwert über den Kaufpreis hinausging. Der Testamentsvollstrecker führte das Übertragungsgeschäft trotz der Bedenken der Erben durch und machte von seinem vertraglichen Rücktrittsrecht keinen Gebrauch. Anschließend hat der Testamentsvollstrecker gegen die Erben Klage erhoben, mit dem Ziel festzustellen, dass sie wegen des vorgenannten Geschäftsabschlusses keine Ansprüche hätten.

Nachdem die Vorinstanzen die Klage wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses abgewiesen haben, hob das *Reichsgericht* die Entscheidungen wiederum auf und unterstrich ein Interesse des Klägers an der Feststellung, dass die Erben keinerlei Ersatzansprüche an ihn stellen könnten. Dabei wurde auch dargelegt, es könne nicht darauf ankommen, ob die Erben sich nur lediglich Ersatzansprüche vorbehalten hätten. Es reiche für ein Rechtsschutzinteresse des Testamentsvollstreckers aus, zu erfahren, ob nach Prüfung der Rechenschaftsablegung durch die Erben diese noch tatsächlich Ersatzansprüche geltend machen können oder nicht.

Im Rahmen des Prozesses kam auch die ausreichende Information des Testamentsvollstreckers der Erben gegenüber entscheidende Bedeutung zu.⁶⁸⁹ Nur bei ausreichender Information also Auskunft seien die Erben in der Lage die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers richtig zu beurteilen.

⁶⁸⁷ OLG Hamburg OLGZ 16, 282.

⁶⁸⁸ RG JW 1909, 75

⁶⁸⁹ RG JW 1909, 76.

Aus diesen Ausführungen des *Reichsgerichts* kann dementsprechend gefolgert werden, dass somit ein Entlastungsanspruch des Testamentsvollstreckers nicht ohne vorherige hinreichende Rechnungslegung und Auskunft entstehen kann.

Abschließend hat das *Reichsgericht* weiter differenziert und klargestellt, dass der Testamentsvollstrecker als Kläger nicht anstelle der Feststellungsklage eine Leistungsklage auf Entlastung als sog. Decharge hätte einreichen müssen. Ein Streit über die Entlastung könne sich nur an die Rechnungslegung über die gesamte Verwaltung des Testamentsvollstreckers gemäß §§ 2218, 666, 259 BGB anschließen. Im vorliegenden Fall handelte es sich aber um den Streit *„über die gehörige Pflichterfüllung bei Gelegenheit eines einzelnen Geschäftes, der unabhängig von der Testamentsvollstrecker obliegenden Rechnungslegung auf dessen Klage dann zum Austrage gebracht werden kann, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 256 ZPO vorliegen.“*⁶⁹⁰

8.1.1.3 OLG München

Als einzige Entscheidung aus neuerer Zeit hat das *OLG München*⁶⁹¹ explizit einen Entlastungsanspruch des Testamentsvollstreckers abgelehnt. Dabei hat es in seiner Entscheidung besonders die gesetzlichen Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers hervorgehoben. So sei die zentrale Aufgabe des Testamentsvollstreckers regelmäßig die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken. Diese habe nach den §§ 2204, 2042 bis 2056 BGB zu erfolgen. Aus diesem Grunde habe der Testamentsvollstrecker kein Ermessen hinsichtlich des Zeitpunkts der Auseinandersetzung.

Der Senat des *OLG München* hat sich anschließend der Auffassung in der Literatur angeschlossen, dass ein Anspruch auf Entlastung nicht besteht, da es andernfalls zu einer sinnlosen Blockade der Auseinandersetzung kommen kann. In vielen Fällen diene die Testamentsvollstreckung gerade dazu, dass der Testamentsvollstrecker eine Regelung treffen kann, zu der eine Mehrheit von Erben von sich aus wegen Meinungsverschiedenheiten nicht in der Lage ist. Das Gericht führte weiter aus:

„Wenn der Testamentsvollstrecker in solche Fälle eine Teilungsregelung treffen muß, weil sich die Erben nicht verständigen können und mit einer solchen Regelung die Forderung nach seiner Entlastung verbindet, besteht die Gefahr, daß der unzufriedene Teil der Erben die Entlastung verweigert und damit, wenn der Testamentsvollstrecker hierauf besteht, letztlich die Auseinandersetzung verhindert. Es besteht auch kein Bedarf für eine Entlastung, da der unzufriedene Erbe die Möglichkeit, aber auch

⁶⁹⁰ Ibidem.

⁶⁹¹ OLG Report (OLG München) 1994, 225.

*das Risiko hat, gegen den Testamentsvollstrecker im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage seine behaupteten Rechte geltend zu machen.*⁶⁹²

Die Entscheidung, die lediglich in sehr verkürzter Version veröffentlicht wurde, ist offensichtlich häufig fehlinterpretiert worden.

Zwar heißt es im nicht amtlichen Leitsatz: „*Der Testamentsvollstrecker hat gegen die Erben im Rahmen der Auseinandersetzung keinen Anspruch auf Entlastung.*“ Dennoch wurde diese Entscheidung für die generelle Ablehnung eines Anspruches auf Entlastung herangezogen.

Richtigerweise muss differenziert werden und zwar zwischen einem vermeintlichen Entlastungsanspruch zum Zeitpunkt der Auseinandersetzung und einem Entlastungsanspruch nach erfolgter Auseinandersetzung.

Das Gericht ist vorliegend davon ausgegangen, dass ein Testamentsvollstrecker nicht die Durchführung der Auseinandersetzung des Nachlasses durch einen vermeintlichen Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Entlastung verzögern kann. Dieser Schlussfolgerung ist ohne weiteres zuzustimmen. Ob letztendlich aufgrund dieser Argumentation ein Entlastungsanspruch des Testamentsvollstreckers generell abgelehnt werden kann, ist fraglich.

Der Testamentsvollstrecker hat spätestens zum Zeitpunkt der Auseinandersetzung des Nachlasses Rechenschaft zu legen.⁶⁹³ Der Erbe kann dabei eine Rechnungslegung gemäß § 259 BGB auch schon dann fordern, wenn die Aufgaben des Testamentsvollstreckers noch nicht völlig, aber wenigstens in der Hauptsache erledigt sind. Gleiches gilt, wenn ein Teil der Verwaltungstätigkeit des Testamentsvollstreckers abgeschlossen ist, selbst wenn sich eine Verwaltungsvollstreckung noch anschließt.⁶⁹⁴ Das *OLG München* musste aufgrund des von Kläger geschilderten Sachverhaltes davon ausgehen, dass der vom Kläger eingeforderte Entlastungsanspruch nicht bereits zum Zeitpunkt der Auseinandersetzung besteht, da es andernfalls zu einer Blockade der Auseinandersetzung kommen könnte. Eine derartige Blockade kann aber in den Fällen nicht gegeben sein, in denen ein Nachlass quasi komplett abgewickelt ist. Dementsprechend ist diese Argumentation des *OLG München* zur generellen Ablehnung eines Entlastungsanspruches nicht geeignet.

⁶⁹² OLG München OLG Report 1994, 226.

⁶⁹³ Haegeler/Winkler Rn 551; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 246.

⁶⁹⁴ Staudinger/Reimann § 2218 Rn 19; Klumpp in: Bengel/Reimann VI Rn 291.

8.1.2 Stellungnahmen in der Literatur

In der Literatur werden zahlreiche unterschiedliche Meinungen vertreten, ob der Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf Entlastung hat und wie er ihn ggf. gerichtlich durchsetzen könnte. Nachfolgend wird eine Übersicht über den derzeitigen Meinungsstand im Schrifttum gegeben.

8.1.2.1 Kommentarliteratur

8.1.2.1.1 Flad

Als erster in der Kommentarliteratur hat *Flad*⁶⁹⁵ ausdrücklich Stellung zu der Problematik eines Entlastungsanspruchs des Testamentsvollstreckers genommen und einen Anspruch bejaht. Eine Begründung findet sich dafür allerdings nicht.⁶⁹⁶ Lediglich ein Hinweis auf die Vorschrift der Quittungslegung nach § 368 BGB erfolgt in Klammern. Er widerspricht ebenfalls ohne Begründung dem Urteil des *Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg* OLGZ 16, 281. Ferner führt er aus, dass der Testamentsvollstrecker als Alternative die Möglichkeit habe, bei Streit mit den Erben eine Klage einzureichen, mit der Feststellung es würden keine Ansprüche aus der Erledigung eines bestimmten Geschäfts gegen ihn bestehen.

8.1.2.1.2 Staudinger

*Reimann*⁶⁹⁷ stellt in seiner Kommentierung zu § 2218 BGB ohne stützende Literatur- und Rechtsprechungshinweise und ohne weitere Auseinandersetzung mit der Problematik fest, der Testamentsvollstrecker habe keinen Entlastungsanspruch.

8.1.2.1.3 Soergel

*Damrau*⁶⁹⁸ vertritt die Ansicht, der Testamentsvollstrecker habe deshalb keinen Anspruch auf Entlastung durch den Erben, weil ihm das Gesetz nicht wie in anderen Gesetzen erfolgt ausdrücklich dieses Recht verliehen hat. Allerdings erkennt er ohne weitere Begründung dem Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf Entlastung bezüglich eines einzelnen Geschäfts zu, wobei die Vorschrift des § 2206 Abs. 2 BGB zu beachten sei.

⁶⁹⁵ Planck/Flad § 2218 Anm 2 b.

⁶⁹⁶ Umso mehr verwundert es, dass diese Fundstelle für weitere Kommentatoren als Verweis bzw. Unterstützung für die eigene Meinung benutzt wurde.

⁶⁹⁷ Staudinger/Reimann § 2218 Rn 20.

⁶⁹⁸ Soergel/Damrau § 2218 Rn 7.

8.1.2.1.4 *Münchener Kommentar*

Brandner⁶⁹⁹ billigt dem Testamentsvollstrecker nach vollständiger Rechenschaftslegung einen Anspruch auf Entlastung zu, da die Ungewissheit über eine mögliche Haftung aus der Amtsführung nicht zumutbar sei.

8.1.2.1.5 *Alternativkommentar*

Mit einem Verweis auf die gegenteilige Kommentierung des § 2218 BGB im Münchener Kommentar wird ein Anspruch auf Entlastung des Testamentsvollstreckers ohne Begründung, aber mit einem Hinweis auf die Entscheidung des *Reichsgerichts* JW 1909, 75 verneint.⁷⁰⁰

8.1.2.1.6 *Jauernig*

In der von Stürner⁷⁰¹ gefertigten Kommentierung findet sich lediglich ein Hinweis darauf, dass der Erbe seinen Anspruch auf Haftung des Testamentsvollstreckers durch eine Entlastung verlieren kann. Dabei stützt er seine Ansicht auf die oben⁷⁰² erläuterte unveröffentlichte Entscheidung des *Bundesgerichtshofes* vom 04.11.1968⁷⁰³, die sich allerdings tatsächlich nicht mit dem Anspruch auf Entlastung, sondern nur mit deren Rechtsfolgen beschäftigt.

8.1.2.1.7 *Palandt*

Im Standardkommentar *Palandt* findet sich keinerlei Stellungnahme zur Entlastung des Testamentsvollstreckers.⁷⁰⁴

8.1.2.1.8 *Erman*

Unter Hinweis auf die Entscheidung des *Reichsgerichts* in JW 1909, 75 und die Ansicht von Brandner im Münchener Kommentar⁷⁰⁵ vertritt M. Schmidt⁷⁰⁶ die Ansicht, dem Testamentsvollstrecker sei ein Entlastungsanspruch zuzubilligen, den er im Anschluss an die Rechnungslegung geltend machen kann. Dem Testamentsvollstrecker soll die Möglichkeit gegeben werden, das Bestehen einer aus seiner Verwaltung des Nachlasses herrührenden Schuld auszuschließen. Hauptargument für M. Schmidt ist insbesondere die Haftungsfrage des Testaments-

⁶⁹⁹ MüKo/Brandner § 2218 Rn 14.

⁷⁰⁰ AK/Finger § 2218 Rn 9.

⁷⁰¹ Jauernig/Stürner § 2219 Rn 1.

⁷⁰² Siehe Kapitel 5.

⁷⁰³ Diese Entscheidung des BGH Az: III 93/66 wird aufgeführt bei Kessler DRiZ 1969, 281: „Ein Miterbe kann in der Regel keinen Schadensersatzanspruch gegen den TV herleiten, daß er bei der Verteilung des Nachlasses schlechter gestellt worden ist, als dem Testament entsprach, wenn er der getroffenen Regelung zugestimmt und dem TV hinsichtlich dieser Regelung Entlastung erteilt hat (§ 2219).“

⁷⁰⁴ Lediglich die Auskunftspflicht und Rechenschaftspflicht des Testamentsvollstreckers wird in Palandt/Edenhofer § 2218 Rn 3 näher erläutert.

⁷⁰⁵ MüKo/Brandner § 2218 Rn 14.

⁷⁰⁶ Erman/Schmidt § 2218 BGB Rn 4.

vollstreckers hinsichtlich einzelner Geschäfte, so soll der Testamentsvollstrecker ein Anspruch auf Feststellung der gehörigen Pflichterfüllung haben.

Damit hat er die bis zur 7. Auflage von *Hense*⁷⁰⁷ vertretene Ansicht eingeschränkt. Damals hatte *Hense* unterstrichen, die Haftung würde der Entlastung entsprechen, welche von jedem Testamentsvollstrecker verlangt werden könnte. Der Entlastungsanspruch würde sogar schon vor Beendigung des Amtes bestehen, wenn bestimmte Maßnahmen durchgeführt worden sind oder sonst wie die Ersatzpflicht für einen Abschnitt der Testamentsvollstreckung streitig werden könnte.

8.1.2.1.9 *Bamberger/Roth*

In der neuesten Kommentierung zum BGB, dem *Bamberger/Roth*, lehnt *Mayer*⁷⁰⁸ einen Anspruch auf Entlastung unter Bezugnahme auf eine angeblich bestehende herrschende Meinung ohne Begründung ab. Er erkennt jedoch dem Testamentsvollstrecker eine Klagemöglichkeit auf Feststellung, dass keine Ansprüche gegen ihn nach erfolgter Rechnungslegung bestehen, zu.

8.1.2.1.10 *Klingelhöffer*

In der neuen Kommentierung der Vermögensverwaltung in Nachlasssachen findet sich ebenfalls wie im *Palandt* keine Stellungnahme zur Problematik der Entlastung.

8.1.2.2 *Monographien zum Testamentsvollstreckerrecht*

8.1.2.2.1 *Haegeler/Winkler*

Ein Entlastungsanspruch wird von *Winkler*⁷⁰⁹ abgelehnt. Allerdings soll nach seiner Auffassung der Testamentsvollstrecker unabhängig von der Rechnungslegung bei Streit über die ordnungsgemäße Pflichterfüllung oder die Richtigkeit der Abrechnung gegen den Erben auf Feststellung klagen können, dass keine weiteren Ansprüche gegeben sind. Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen relativiert er die generelle Ablehnung und konstatiert, dass „auf alle Fälle nicht bezüglich eines einzelnen Geschäfts“⁷¹⁰ ein Entlastungsanspruch bestehe.

⁷⁰⁷ Erman/Hense (7. Auflage) § 2219 Rn 5.

⁷⁰⁸ Mayer in: Bamberger/Roth § 2218 Rn 8.

⁷⁰⁹ Haegeler/Winkler Rn 484, 554.

⁷¹⁰ Vgl. dort Rn 554.

8.1.2.2.2 Zimmermann

Zimmermann lehnt ebenfalls einen abstrakten Entlastungsanspruch mit der Begründung ab, es fehle an einer speziellen Bestimmung zugunsten des Testamentsvollstreckers. Auch er vertritt unter Hinweis auf die Entscheidung des *Reichsgerichts* in JW 1909, 75 die Ansicht, dass aber wenigstens der Testamentsvollstrecker die Erben auf Feststellung verklagen kann, es würden keine weiteren Ansprüche bestehen.

8.1.2.2.3 Bengel/Reimann

Entschieden befürwortet wird ein Anspruch auf Entlastung des Testamentsvollstreckers von *Klumpp*⁷¹¹. Er hält es für sachgerecht, dem Testamentsvollstrecker sogar einen förmlichen Anspruch auf Entlastung zuzubilligen, um künftige Streitigkeiten über seine korrekte und endgültige Pflichterfüllung auszuschließen. Dabei hält er es jedoch einschränkend nicht für erforderlich, dem Testamentsvollstrecker nach der jährlichen Rechnungslegung einen alljährlichen Entlastungsanspruch, sondern lediglich am Schluss der Testamentsvollstreckung zu gewähren. *Klumpp* begründet seine Ansicht mit der rechtsdogmatisch nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlung zwischen einem schlichtem Beauftragten und einem Testamentsvollstrecker.⁷¹² Des weiteren muss der Testamentsvollstrecker, der häufig über viele Jahre lang mit großem Aufwand und Engagement fremde Vermögensinteressen vertreten hat, einen Anspruch darauf haben, dass bei der Beendigung seiner Tätigkeit ein formeller Schlussstrich gezogen wird, wie dies auch bei dem Vorstand einer Kapitalgesellschaft der Fall sei.⁷¹³

8.1.2.2.4 Mayer/Bonefeld/Daragan

Im einzelnen wird unter Bezugnahme auf die Argumentation von *Klumpp* ein Entlastungsanspruch befürwortet.⁷¹⁴

8.1.2.3 Dissertationen und weitere Monographien zum Erbrecht

In ihrer Dissertation zur Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers unterstreicht *Offergeld*⁷¹⁵ ebenso wie *Thoene*⁷¹⁶ in seiner Arbeit zur Verwaltung des Testamentsvollstreckers einen vermeintlichen Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Entlastung. Mit Rücksicht darauf, dass ansonsten selbst nach vollständiger Rechnungslegung der Testamentsvollstrecker einer

⁷¹¹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 333 ff..

⁷¹² Derselbe Rn 336.

⁷¹³ Derselbe Rn 337.

⁷¹⁴ Bonefeld in: Mayer/Bonefeld/Daragan S. 430 ff..

⁷¹⁵ Offergeld S. 83 f..

⁷¹⁶ Thoene S. 108.

andauernden Ungewissheit über eine mögliche Haftung aus seiner Amtszeit ausgesetzt wäre, sei ihm ein Recht auf Entlastung zuzubilligen. *Schmucker*⁷¹⁷ stellt in seiner Arbeit „*Testamentsvollstrecker und Erbe*“ fest, dass es weder im Erbrecht noch bei den auftragrechtlichen Vorschriften eine gesetzliche Regelung für einen Anspruch auf Entlastung gäbe. Die Belastungssituation des Testamentsvollstreckers, sich möglicherweise 30 Jahre lang Ansprüchen gegenüber zu sehen, hält er für hinnehmbar. Für einen Anspruch wäre wegen der Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben, auch kein Platz.⁷¹⁸ Als Korrektiv einer umfassenden Rechnungslegungspflicht könne zwar nach *Pickel*⁷¹⁹ ein Anspruch auf Entlastung befürwortet werden, allerdings sprächen die fehlende gesetzliche Regelung und das fehlende besondere Schutzbedürfnis des Testamentsvollstreckers dagegen.

In den weiteren Monographien zum Erbrecht findet sich lediglich in *Lange/Kuchinke*⁷²⁰ ein eigenständiger Hinweis zur Entlastung des Testamentsvollstreckers. Dort heißt es: „*Dem Vollstrecker muss indessen ein Recht auf Entlastung zuerkannt werden.*“ Eine Begründung erfolgt nicht.⁷²¹ *Kipp/Coing*⁷²² führt ebenfalls ohne Begründung im Rahmen einer kurzen Fußnotenankündigung aus, der Testamentsvollstrecker habe keinen Anspruch auf Anerkennung der Abrechnung und Entlastung. Weitere Auseinandersetzung mit diesem Themenkreis fehlen.

8.2 Eigene Stellungnahme

Dem Testamentsvollstrecker ist kein Anspruch auf Entlastung zuzubilligen.⁷²³ Die Befürworter eines solchen Anspruchs fußen ihre Argumentation entweder auf der nicht zu folgender Behauptung, im Auftragsrecht habe der Beauftragte einen Entlastungsanspruch oder sie halten einen Anspruch schlichtweg für notwendig.

Wie bereits unter Punkt 4.8.3 dargelegt, hält die überwiegende Literaturansicht einen Anspruch des Geschäftsbesorgers für gegeben. Dieser Meinung ist zu widersprechen. Die Art der Argumentation erscheint eher befremdlich, denn ein Anspruch auf Entlastung dient häufig als Prämisse und nicht als Resultat. Nach § 194 BGB ist ein Anspruch ein Recht, ein Tun

⁷¹⁷ Schmucker S. 213 f..

⁷¹⁸ Schmucker S. 215.

⁷¹⁹ Pickel (Die Haftung des Testamentsvollstreckers und seine Versicherung) S. 209 f..

⁷²⁰ Lange/Kuchinke § 31 VII 2.

⁷²¹ Es wird lediglich im Rahmen einer Fußnote der derzeitige Meinungsstand hierzu dargestellt. Im übrigen schließt sich Lange/Kuchinke lediglich Klumpp (oben 8.1.2.2.3) und Bonefeld (oben 8.1.2.2.4) an, auf die er in der Fußnote hinweist.

⁷²² Kipp/Coing § 73 IV, dort Fn 41. In den weiteren Standardwerken zum Erbrecht wie z.B. von Leipold, Brox, v. Lübtow oder Ebenroth findet man keine Auseinandersetzung mit diesem Thema.

⁷²³ Meine in Mayer/Bonefeld/Daragan S. 430 ff. und ZErb 2000, 184 geäußerte anderslautende Ansicht wird somit aufgegeben.

oder Unterlassen verlangen zu können. Ein solcher Anspruch kann sich entweder direkt aus dem Gesetz ergeben oder wie im Vereinsrecht aus einer ständigen gewohnheitsrechtlichen Übung.⁷²⁴ Einen gesetzlichen Anspruch, und dies ist unstreitig, gibt es nicht. Eine entsprechende Übung gibt es im Recht der Testamentsvollstreckung ebenso nicht. Auch wenn dies immer wieder im Bereich des Auftragsrechts und des Vereinsrecht behauptet wird⁷²⁵, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass man im Bereich der Testamentsvollstreckung keinen gewohnheitsrechtlichen Anspruch auf eine Entlastung hat. Zwar werden Personen wie Geschäftsbesorger oder der Vorstand regelmäßig dann entlastet, wenn sie ordnungsgemäß Rechenschaft abgelegt haben und ihre Arbeit nicht zu beanstanden war. Dies bedeutet aber nicht, dass es ein Brauch ist, auf jeden Fall zu entlasten. Wenn die Entlastung ausgesprochen wird, so liegt es an der persönlichen Leistung des Entlasteten und nicht an einer ständigen Übung. Man kann höchstens einen Anspruch auf eine Erklärung zubilligen, wie die Erben die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers bewerten. Es handelt sich um nicht judizierbare psychologische Tatbestände. Der Testamentsvollstrecker hätte selbst bei unterstellter ständiger Übung in der Rechtspraxis lediglich einen Anspruch zu erfahren, ob er entlastet wird oder nicht. Damit ist ihm aber regelmäßig nicht geholfen, da der Anspruch für ihn nicht weit genug reicht. Das Hauptproblem in praxi ist zudem, dass sich die Erben größtenteils nicht zu der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers erklären. Ihnen geht es lediglich um deren Beendigung und/oder die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft.

Nach der hier vertretenden Ansicht handelt es sich bei der Entlastung um einen Realakt. Wie man eine Verzeihung nach §§ 2337, 2343 BGB als Realakt nicht einfordern kann, kann man auch keine Vertrauenskundgebung einfordern. In diesem Zusammenhang kann ohne weiteres auf die im Recht der GmbH erfolgte *BGH*-Rechtsprechung (BGHZ 94, 324) zurückgegriffen werden, wonach ein Recht auf Entlastung weder mit deren Zweck, noch um der an sie geknüpften im Belieben aller Gesellschafter (oder im übertragenden Sinn: aller Erben) stehenden und deshalb nicht erzwingbaren Rechtsfolgen Willen geboten ist.⁷²⁶

Bei der Entscheidung der Erbengemeinschaft über die Entlastung handelt es sich um eine reine Ermessensentscheidung. Im Bereich des Rechts der WEG wird teilweise die Ansicht vertreten, ein Anspruch des Verwalters auf Entlastung ergebe sich aus der Verpflichtung der Eigentümergemeinschaft auf ordnungsgemäße Verwaltung.⁷²⁷ Auch dieser Auffassung ist zu widersprechen. Es wird die reine Innenwirkung der Beschlussfassung der Gemeinschaft, sei

⁷²⁴ So ausdrücklich RG JW 1936, 1893; Lehmann JW 1936, 1894.

⁷²⁵ Vgl. dazu Brox BB 1960, 1227.

⁷²⁶ BGHZ 94, 324 = NJW 1986, 129.

⁷²⁷ So Ganten WE 1992, 128.

es eine Eigentümergemeinschaft oder Erbengemeinschaft, verkannt. Einen Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung haben nach § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich der Miterbe, nicht aber der Testamentsvollstrecker. Dieser kann nur im Rahmen des § 2206 BGB vorgehen. Selbst wenn der Testamentsvollstrecker Miterbe wäre, würde ihm nur seine Miterbenstellung einen Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung nicht aber einen Anspruch auf Entlastung als Testamentsvollstrecker geben. Der einzelne Miterbe kann selbstverständlich gerichtlich die Zustimmung der anderen einfordern. Dies hat aber nichts mit einem Anspruch des Testamentsvollstreckers zu tun. Unabhängig davon greift das Argument der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung nicht, weil ein Entlastungsbeschluss wegen seines Verfügungscharakters einer außerordentlichen Verwaltungsmaßnahme nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB näher ist als einer ordentlichen.

Auch das von den Gegnern⁷²⁸ dieser BGH-Rechtsprechung ins Feld geführte Argument, dass es sich bei einer willkürlichen Entlastungsverweigerung um eine rechtsmißbräuchliche Diskriminierung und eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht handele, die einen Entlastungsanspruch des Geschäftsführers nach sich ziehen muss, ist im Bereich des Testamentsvollstreckerrechts schon deshalb nicht stichhaltig, weil keinerlei gesteigerte Treuepflicht zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben besteht. Zwischen beiden besteht zwar ein gesetzliches Schuldverhältnis, aber gerade kein Vertragsverhältnis, welches eine Treuepflicht nach sich ziehen könnte. Wenn eine besondere Treue- und Mitwirkungspflicht von Seiten der Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker bestehen würde, hätte der Gesetzgeber z.B. nicht ausdrücklich in § 2215 Abs. 1 BGB die Beihilfepflicht der Erben bei der Aufnahme des Inventars regeln müssen.

Des weiteren kann nicht überzeugend behauptet werden, der Testamentsvollstrecker habe deshalb einen Entlastungsanspruch, weil dieser ein Korrelat zur Rechnungslegung sei. Eine solche starre Verbindung zwischen Rechenschaftslegung und Entlastung zu knüpfen, ist nicht geeignet einen Anspruch auf Entlastung zu begründen. Die Entlastung ist höchstens das Korrelat der Überwachungsbefugnisse der Entlastenden nicht aber der Rechnungslegung durch den zu Entlastenden.⁷²⁹ Die Erben können ohne weiteres gegenüber dem Testamentsvollstrecker ausdrücklich auf eine Rechnungslegung verzichtet haben⁷³⁰, dann ist dennoch eine Entlastung ohne Rechnungslegung möglich. Eine Entlastung hinsichtlich der kompletten

⁷²⁸ Vgl nur Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 29 m.w.N..

⁷²⁹ Vgl Schmidt ZGR 1978, 432.

⁷³⁰ Dazu, dass die Rechnungslegung nicht Voraussetzung für eine Entlastung ist: BGH WM 87, 652.

Testamentsvollstreckung wäre nur nicht möglich, wenn die Erben nicht auf Rechnungslegung verzichtet hätten und diese noch nicht erfolgt ist.

Letztendlich besteht zudem kein Bedürfnis nach einem Anspruch auf Entlastung. Unabhängig davon, welche Ansicht man vertritt, so wird doch dem Testamentsvollstrecker ein gerichtlicher Anspruch auf Klärung seines Rechtsverhältnisses, sei es durch eine Leistungs- sei es durch eine Feststellungsklage, zugebilligt. Ebenso vermögen die teilweise angeführten Zumutbarkeitserwägungen nicht zu überzeugen. Zwar ist die Verjährungsfrist von 30 Jahren recht lang, doch hat sich der Gesetzgeber auch im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nicht für eine Verkürzung der erbrechtlichen Verjährungsfristen entschieden, da es nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB weiterhin bei der 30 jährigen Verjährungsfrist bleibt. Aus der Begründung hierfür – dass sich die maßgeblichen Verhältnisse im Erbrecht mitunter erst lange Zeit nach der Anspruchsentstehung klären lassen – lässt sich die generelle Zumutbarkeit einer derartig langen Verjährungsfrist folgern.

8.3 Zwischenergebnis

Dem Testamentsvollstrecker ist kein Anspruch auf Entlastung zuzubilligen. Die Befürworter eines solchen Anspruchs fußen ihre Argumentation entweder auf der nicht zu folgenden Behauptung, im Auftragsrecht habe der Beauftragte einen Entlastungsanspruch oder sie halten einen Anspruch schlichtweg für notwendig. Der dort propagierte Anspruch auf Entlastung dient häufig als Prämisse und nicht als Resultat. Wenn die Entlastung ausgesprochen wird, so liegt es an der persönlichen Leistung des Entlasteten und nicht an einer ständigen Übung, die es in der Praxis nicht gibt. Es handelt sich um nicht judizierbare psychologische Tatbestände. Wie man eine Verzeihung nach §§ 2337, 2343 BGB als Realakt nicht einfordern kann, kann auch keine Vertrauenskundgebung eingefordert werden. Auf die in diesem Zusammenhang GmbH-Recht erfolgte *BGH*-Rechtsprechung (BGHZ 94, 324) darf zurückgegriffen werden, wonach ein Recht auf Entlastung weder mit deren Zweck, noch um der an sie geknüpften im Belieben aller Gesellschafter (oder im übertragenden Sinn: aller Erben) stehenden und deshalb nicht erzwingbaren Rechtsfolgen Willen geboten ist. Etwaige Zumutbarkeitserwägungen wegen der 30jährigen Verjährungsfrist vermögen nicht zu überzeugen.

Bei der Entscheidung der Erbengemeinschaft über die Entlastung handelt es sich um eine reine Ermessensentscheidung.

9 Rechtsvergleich mit den Vorschriften über den Testamentsvollstrecker in Österreich und der Schweiz hinsichtlich der Entlastung

Nachfolgend soll das Recht der Testamentsvollstreckung in den beiden weiteren deutschsprachigen Ländern Österreich und der Schweiz näher beleuchtet werden. Möglicherweise ergeben sich hierbei Wertungen, die für das deutsche Recht der Testamentsvollstreckung fruchtbar gemacht werden können, um die Kontrolle, die Rechnungslegung und die Entlastung des Testamentsvollstreckers ggf. anders zu gestalten.

9.1 Der Exekutor im österreichischen Recht

Der Testamentsvollstrecker heißt in Österreich Exekutor. Im Unterschied zum deutschen BGB, welches 32 Regelungen zum Testamentsvollstreckerrecht kennt, widmet das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) lediglich dem Exekutor einen einzigen Paragraphen. § 816 ABGB lautet:

„Hat der Erblasser einen Vollzieher (Exekutor) seines letzten Willens ernannt; so hängt es von dessen Willkür ab, dieses Geschäft auf sich zu nehmen. Hat er es übernommen, so ist er schuldig, entweder als ein Machthaber, die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen, oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben.“

9.1.1 Stellung und Aufgaben des Exekutors

Der Exekutor hatte in Österreich zunächst eine geringe Bedeutung, da bereits das Nachlassgericht im großen Umfang alle Aufgaben eines Testamentsvollstreckers übernimmt.⁷³¹ So wird die sog. *inheritas iacens*, also die ruhende Erbschaft, erst nach einem gerichtlichen Verfahren, der sog. Verlassenschaftsabhandlung mit einer Erbserklärung dem Erben eingantwortet.⁷³² In den letzten Jahren sind Testamentsvollstreckungen im erheblichen Maße gestiegen, was sich auch in über 50 Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in der jüngsten Vergangenheit niederschlägt.⁷³³

Der Erblasser kann mithin nach § 816 ABGB einen sog. Exekutor oder Vollzieher im Rahmen eines Testamentes oder Erbvertrages einsetzen.⁷³⁴ Der Exekutor bzw. Testamentsvoll-

⁷³¹ Wacke JURA 1989, 578; Muscheler S. 21..

⁷³² Vgl. dazu Ehn NZ 1977, 36.

⁷³³ Zankl JBl 1998, 293; ders. NZ 1998, 71.

⁷³⁴ Dittrich/Tades § 816 E 1; Schwimann/Eccher § 816 Rn 1.

strecker, der sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person⁷³⁵ sein kann, muss sein Amt höchstpersönlich ausführen⁷³⁶ und hat die Erfüllung der Erblasseranordnungen zu überwachen sowie das Abhandlungsgericht zu unterstützen.⁷³⁷ Die Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker ist wie im BGB zulässig. Eine Bestellung durch das Gericht bedarf es für den Testamentsvollstrecker nicht, er erlangt seine Stellung qua Erbfall,⁷³⁸ wobei er die Amtssannahme nicht gegenüber dem Gericht erklären muss.⁷³⁹

Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers ist sehr umstritten. Nach überwiegender Auffassung⁷⁴⁰ hat der Exekutor bzw. Testamentsvollstrecker die Rechtsstellung eines Machthabers gem. §§ 1002 ff. ABGB. Dies bedeutet, die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag sind analog anwendbar. Insofern gibt es eine Parallele zum deutschen Recht, wo in § 2218 BGB ebenfalls die Anwendung bestimmter Vorschriften aus dem Auftragsrecht für anwendbar erklärt wird. Auch wenn der Testamentsvollstrecker die Stellung eines Machthabers innehat, so tritt er hinter das Verwaltungs- und Benützungsrecht der Erben, welches diesen nach § 810 ABGB⁷⁴¹ zusteht, zurück, sofern der Erbe nach Einantwortung die Vollmacht widerruft und ihm gleichzeitig keine eigene Vollmacht erteilt bzw. konkurrierende Anordnung trifft.⁷⁴² Es verbleibt somit regelmäßig nur eine reine Überwachungsfunktion des Testamentsvollstreckers.⁷⁴³ Vom Verlassenschaftsgericht kann er ebenso wie die Erben zur gerichtlichen Inventur hinzugezogen werden und hat mit den Erben zusammen dem Gericht genau bestimmte sog. Ausweisungen zu erstatten.⁷⁴⁴ Um die Stellung des Testamentsvollstreckers zu stärken und um einen Widerruf durch die Erben zu verhindern⁷⁴⁵, hat sich in der

⁷³⁵ Im Unterschied zum deutschen Recht darf der Testamentsvollstrecker, selbst wenn er nicht Erbe ist, nicht erbunwürdig sein (Kralik S. 273).

⁷³⁶ Rummel/Welser § 816 Rn 2; Schwimann/Eccher § 816 Rn 3.

⁷³⁷ Schwimann/Eccher § 816 Rn 5.

⁷³⁸ Bydlinski JBl 1982, 73.

⁷³⁹ Will er jedoch das Amt ablehnen bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung gegenüber dem Verlassenschaftsgericht (Kralik S. 273).

⁷⁴⁰ OGH ÖJZ 1990, 116; Kralik S. 275; Schwimann/Eccher § 816 Rn 6; Bydlinski JBl 1981, 72 ff.; Sprung/Fink JBl 1996, 205 ff.; Zankl JBl 1998, 294.

⁷⁴¹ § 810 ABGB lautet: „Wenn der Erbe bei Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweist, ist ihm die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft zu überlassen.“

⁷⁴² Vgl. dazu OGH JBl 1993, 310; Zankl JBl 1998, 294 ff.

⁷⁴³ Rummel/Welser § 816 Rn 5; Dittrich/Tades § 816 E 11.

⁷⁴⁴ Muscheler S. 21.

⁷⁴⁵ Streitig: für Widerruf: Bydlinski JBl 1981, 73 ff; Sprung/Fink JBl 1996, 205 ff; OGH JBl 1993, 310 dagegen: Zankl JBl 1998, 294; Welser S. 475.

Praxis die Anordnung von Bedingungen, Auflagen und Sozinischen Klauseln durchgesetzt.⁷⁴⁶

Damit der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Überwachungsfunktion auch handlungsfähig ist, wird ihm ein Klagerecht zugebilligt, mit denen er die widerstreitenden Erben zur Einhaltung des Erblasserwillens gerichtlich verpflichten kann.⁷⁴⁷ Er kann jedoch nicht den Nachlass verwalten, da dies nicht in seinen Wirkungskreis fällt. So ist ihm bspw. die Beitreibung von Forderungen nicht möglich. Eine Ausnahme wird von diesem Grundsatz in den Fällen gemacht, in denen dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung besonders übertragen wurde.⁷⁴⁸ Er ist dann verwaltender Testamentsvollstrecker⁷⁴⁹, der aber im wesentlichen nur die Funktion eines Liquidations- und nicht eines Verwaltungsvollstreckers nach deutschem Vorbild hat.⁷⁵⁰ Wegen der dem Verlassenschaftsgerichts anvertrauten Abhandlungspflege steht auch die verwaltende Testamentsvollstreckung unter deren Aufsicht und bedarf der gerichtlichen Ermächtigung für bestimmte Einzelakte.⁷⁵¹ Wurde dem Testamentsvollstrecker durch den Erblasser die Verwaltung des gesamten Nachlasses anvertraut, so gelten die Vorschriften des Verlassenschaftskuratel, einer Art Nachlasspflegschaft, analog.

Das Amt des Testamentsvollstreckers endet entweder durch Zeitbestimmung, Tod des Testamentsvollstreckers, Verlust der Geschäftsfähigkeit, Entlassung durch das Verlassenschaftsgericht oder mit Erledigung der Aufgabe.⁷⁵² Es erlischt nicht mit der Einantwortung, denn er hat weiterhin die Erben wegen der Einhaltung des Erblasserwillens zu überwachen.⁷⁵³

9.1.2 Verweis auf Vorschriften des Bevollmächtigungsvertrages

Das System der Testamentsvollstrecker in Österreich ist somit stark in die Vorschriften zum Bevollmächtigungsvertrag eingebettet.⁷⁵⁴ Verletzt der Testamentsvollstrecker seine Pflichten, so haftet er nach § 816 i.V.m. §§ 1009⁷⁵⁵, 1012⁷⁵⁶ ABGB. Da der Testamentsvollstrecker re-

⁷⁴⁶ Die aber nur im Rahmen der Grenzen des Pflichtteilsrechts und der Sittenwidrigkeit zulässig sind (vgl. Bydlinski JBl 1981, 72; Sprung/Fink JBl 1996, 205 ff.; Zankl NZ 1998, 72).

⁷⁴⁷ Vgl. OGH JBl 1993, 311; Schwimann/Eccher § 816 Rn 6.

⁷⁴⁸ Rummel/Welser § 816 Rn 6; Kralik S. 274f.; Schwimann/Eccher § 816 Rn 6.

⁷⁴⁹ Rummel/Welser § 816 Rn 10; Dittrich/Tades § 816 E 9a.

⁷⁵⁰ Offergeld S. 207.

⁷⁵¹ Rummel/Welser § 816 Rn 10; Bydlinski JBl 1981, 77.

⁷⁵² Rummel/Welser § 816 Rn 14; Kralik S. 276 m.w.N..

⁷⁵³ Bydlinski JBl 1981, 73.

⁷⁵⁴ Vgl. Zankl JBl 1998, 295.

⁷⁵⁵ § 1009 ABGB lautet: „Der Gewalthaber ist verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erteilten Vollmacht gemäß emsig und redlich zu besorgen, und allen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen. Er ist, ob er gleich eine beschränkte

gelmäßig nur eine reine Überwachungsfunktion ausfüllt, trifft ihn bei reiner Testamentsvollstreckung keine Rechnungslegungspflicht. Anders ist dies, wenn er verwaltender Testamentsvollstrecker ist. Dann hat er die Möglichkeit über die Einantwortung hinaus die Anordnungen des Erblassers als Machthaber selbst zu vollziehen⁷⁵⁷ und die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag sind entsprechend anwendbar.⁷⁵⁸ Nach § 1012 ABGB ist der Gewalthaber, mithin der Bevollmächtigte, verpflichtet, über das von ihm besorgte Geschäft Rechnung zu legen, d.h. er hat ziffernmäßig genau über die zugeflossenen Werte und die Ausgaben zu berichten.⁷⁵⁹ Der Umfang der Rechnungslegungspflicht wird allgemein nicht restriktiv beurteilt und bestimmt sich nach deren Zweck, der Natur des Geschäfts und danach, was nach den Umständen des Falles verkehrsüblich und angemessen ist.⁷⁶⁰ Demzufolge muss der Testamentsvollstrecker die Erben durch seine Rechnungslegung so in die Lage versetzen, dass diese eventuelle Rechte ihm gegenüber erkennen zu können.⁷⁶¹ Ist die Rechnungslegung unvollständig, kann Ergänzung, hingegen keine neuerliche Rechnungslegung verlangt werden.⁷⁶² Zeitpunkt der Rechnungslegungspflicht ist spätestens der Zeitpunkt der Beendigung des Geschäfts.⁷⁶³ Ohne auf die Einzelheiten der Rechnungslegungspflicht im Österreichischen Recht einzugehen, ist für die vorliegende Arbeit von Interesse, ob eine Entlastung des Exekutors vorgesehen ist und ob die Erben oder der Erblasser den Testamentsvollstrecker von einer Haftung befreien kann.

9.1.3 Kein Anspruch auf Entlastung des Exekutors

Eine Entlastung ist im Recht des Exekutors sowie beim Bevollmächtigungsvertrag nicht vorgesehen. Es bleibt freilich den Erben überlassen, ob sie einen Haftungsanspruch gegen den Testamentsvollstrecker durchsetzen wollen oder nicht. Die Problematik der Entlastung wird in den Großkommentaren zum ABGB⁷⁶⁴ noch nicht einmal diskutiert, weil sie in der Praxis offensichtlich keine Rolle spielt. Im Unterschied zum deutschen Schrifttum wird nicht die

Vollmacht hat, berechtigt, alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäfts notwendig verbunden, oder der erklärten Absicht des Machgebers gemäß sind. Überschreitet er aber Grenzen der Vollmacht; so haftet er für die Folgen.“

⁷⁵⁶ § 1012 ABGB lautet: „Der Gewalthaber ist schuldig, dem Machgeber den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen, und die bei dem Geschäfte vorkommenden Rechnungen, sooft dieser es verlangt, vorzulegen.“

⁷⁵⁷ Bydlinski JBl 1981, 73 ff; Sprung/Fink JBl 1996, 208; Zankl JBl 1998, 294.

⁷⁵⁸ Rummel/Strasser § 1002 Rn 34a.

⁷⁵⁹ Schwimann/Apathy § 1012 Rn 11.

⁷⁶⁰ OGH JBl 1987, 174; Schwimann/Apathy § 1012 Rn 14.

⁷⁶¹ Vgl OGH JBl 1982, 330; Dittrich/Tades § 1012 E 9a.

⁷⁶² Dittrich/Tades § 1012 E 18.

⁷⁶³ Dittrich/Tades § 1012 E 19.

⁷⁶⁴ Wie z.B. Rummel ABGB Kommentar oder Schwimann ABGB Praxiskommentar oder Dittrich/Tades ABGB.

Entlastung nicht als Korrelat zur Rechnungslegungspflicht gesehen. Demzufolge ist dem Testamentsvollstrecker auch keinen Anspruch auf Entlastung.

9.1.4 Möglichkeiten der Haftungsbefreiung des Exekutors

Allerdings wird in der Literatur⁷⁶⁵ es für möglich gehalten, dass neben den Erben auch der Erblasser den Testamentsvollstrecker von seiner Haftung befreien kann. Begründet wird diese Ansicht mit der Testierfreiheit des Erblassers. Wenn der Erblasser dem Erben durch ein Legat einen Teil des Nachlasses entziehen könne und diesen Teil dem Legatar als Dritten zuwenden darf, so muss es auch möglich sein in Form eines Befreiungsvermächtnis einen Dritten, nämlich den Testamentsvollstrecker als Schädiger, zu begünstigen, um dem Erben Schadensersatzansprüche zu nehmen.⁷⁶⁶

9.2 Der Willensvollstrecker im schweizerischen Recht

Dem deutschen Testamentsvollstrecker ähnelt am meisten der schweizerische Willensvollstrecker.⁷⁶⁷ Ein Vergleich mit dem schweizerischen Recht ist daher wegen der ähnlichen Regelung der Abwicklungsvollstreckung von Interesse. Nach Art. 517, 518 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) kann der Erblasser einen sog. Willensvollstrecker durch letztwillige Verfügung einsetzen.⁷⁶⁸ In Art. 518 ZGB heißt es:

„(1) Die Willensvollstrecker stehen, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters.

(2) Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach den Vorschriften des Gesetzes auszuführen.“

9.2.1 Stellung und Aufgaben des Willensvollstreckers

Ist der Erblasser verstorben wird dem ausgewählten Willensvollstrecker die Ernennung von Amts wegen mitgeteilt.⁷⁶⁹ Er muss sich dann binnen 14 Tagen entscheiden, ob der das Amt annehmen oder ablehnen will. Schweigt er, gilt dies nach Art. 517 Abs. 2 ZGB als Annahme. Wie im österreichischem Recht ist die Regelung der Testamentsvollstreckung bzw. Willens-

⁷⁶⁵ Zankl JBl 1998, 299, der aber offensichtlich der einzige ist, der sich mit dieser Problematik auseinandergesetzt zu haben scheint.

⁷⁶⁶ Ibidem.

⁷⁶⁷ Zu den Ähnlichkeiten und Vergleichbarkeit: BayObLG DNotZ 1991, 546; Muscheler S. 20.

⁷⁶⁸ Wacke JURA 1989, 578; Schömmel/Bauer Rn 204.

⁷⁶⁹ Tuor/Schnyder/Schmid S. 500.

vollstreckung recht knapp gehalten. Sie verweist ihrerseits auf die Regelung der Erbschaftsverwaltung. Danach kann der Erblasser die Willensvollstreckung ganz allgemein anordnen oder diese auf bestimmte Tätigkeiten beschränken. Auch insoweit ähneln die schweizerischen Vorschriften denen des deutschen BGB.

Im Unterschied zum österreichischen ABGB steht dem Willensvollstrecker auch die dingliche Verfügungsmacht zu. Ihm obliegen die Erbschaftsverwaltung, die Forderungseinziehung sowie die Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten ebenso wie die Erteilung und die Erfüllung etwaiger Vermächtnisse. Gegenüber dem Erben ist er zur korrekten Verwaltung verpflichtet und darf nicht über die Erbgüter verfügen oder Verbindlichkeiten für den Nachlass eingehen, die über das zur Erfüllung seines Auftrages Nötige hinausgehen. Überschreitet er seine Rechte, haftet der Willensvollstrecker dem Erben auf den entstandenen Schaden.⁷⁷⁰

Die Rechtsnatur der Willensvollstreckung ist umstritten. Sie reicht von der Deutung als Auftrag und Vertretung bis hin zur Treuhand o.ä.. Nach wohl überwiegender Auffassung übt der Willensvollstrecker ein eigenes selbständiges Recht aus und ist nicht an Weisungen der Erben gebunden.⁷⁷¹ Er ist eine Art Treuhänder, der im Interesse der Erben, aber eigenverantwortlich handelt.

9.2.2 Verweis auf Bestimmungen über den Auftrag

Der Wirkungskreis des Willensvollstrecker ist von den Anordnungen des Erblassers abhängig. Nach Art. 394 ff. des Obligationsrechts (OR) finden die Bestimmungen über den Auftrag entsprechende Anwendung. Dies gilt auch für eine Haftung gegenüber den Erben aus Art. 398 Abs. 2 OR⁷⁷². Ferner besteht eine Auskunftspflicht des Willensvollstreckers gegenüber den Erben.⁷⁷³ Dies Auskunft kann mündlich erteilt werden. Der Erbe hat jedoch je nach Notwendigkeit einen Anspruch auf weitergehende Leistung wie z.B. Einsichtnahme in die Unterlagen oder das Fertigen oder Erhalten von Kopien.⁷⁷⁴ Der Vollstrecker muss unter Umständen den Erben auch ohne Aufforderung Informationen erteilen, sofern dies zur Aufklärung der Erben notwendig ist. Insofern besteht eine Mitteilungspflicht, wenn der Erbananspruch oder Erbenrechte betroffen sind.⁷⁷⁵

⁷⁷⁰ Piotet S. 161; Stierlin S. 94 ff.

⁷⁷¹ Tuor/Schnyder/Schmid S. 500; Derrér S. 38 m.w.N..

⁷⁷² Art. 398 Abs. 2 OR lautet: „Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts.“

⁷⁷³ Künzle S. 264 mit zahlreichen Nachweisen auf die ergangene Rechtsprechung.

⁷⁷⁴ Künzle S. 265.

⁷⁷⁵ Fellmann Art. 400 Rn 66; Künzle S. 266.

Des weiteren hat der Willensvollstrecker nach Art. 400 Abs. 1 OR⁷⁷⁶ die notwendigen Aufzeichnungen zu führen, welche es ihm ermöglichen sollen, dem Erben gegenüber jederzeit Rechenschaft ablegen zu können. So muss ein Inventar mit Aktiva und Passiva aufgenommen werden. Bei größeren Vermögen wird sogar die Vorlage von Bankauszügen nicht mehr für ausreichend erachtet, sondern die Führung einer eigenen Buchhaltung für notwendig gehalten.⁷⁷⁷

Die Rechenschaftspflicht bleibt auch nach Auftragsbeendigung bzw. Beendigung der Willensvollstreckung bestehen, dann hat der Erbe allerdings den dadurch verursachten Aufwand zu entschädigen.⁷⁷⁸

In der schweizerischen Literatur ist umstritten, ob die Schlussrechnung als genehmigt gilt, wenn innerhalb einer angemessenen Prüfungszeit keine Einwendungen erhoben werden. *Gautschi*⁷⁷⁹ nimmt ohne weiteres eine Genehmigung an, während bspw. *Fellmann*⁷⁸⁰ dieser Ansicht widerspricht. Auch das *Schweizerische Bundesgericht*⁷⁸¹ hat deutlich gemacht, ein Stillschweigen auf die Zusendung einer unrichtigen Rechnung bedeute nicht, sie sei verbindlich anerkannt.

9.2.3 Kein Anspruch auf Entlastung des Willensvollstreckers

Einhelligkeit besteht hingegen bei der Ablehnung eines Anspruches auf Entlastung bzw. Decharge wegen Fehlens einer einschlägigen Regelung. Der Beauftragte und damit auch der Willensvollstrecker haben keinen Rechtsanspruch auf Genehmigung, Anerkennung und Entlastung, auch wenn sie noch so erfolgreich die Geschäfte geführt haben, die Abrechnung einwandfrei sei und die Saldierung richtig sind.⁷⁸² Die Rechtswirkung einer Decharge sei ebenso nach einmütiger Auffassung⁷⁸³ ein Verzicht. Eine Feststellungsklage zur Erteilung der Entlastung wird für unzulässig erachtet.⁷⁸⁴

In dem Stillschweigen auf eine Rechnungslegung liegt keine Quasi-Decharge-Erteilung.⁷⁸⁵

⁷⁷⁶ Art. 400 Abs. 1 OR lautet: „Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinen Grunde zugekommen ist, zu erstatten.“

⁷⁷⁷ Künzle S. 332 m.w.N..

⁷⁷⁸ Fellmann Art. 400 Rn 63 m.w.N..

⁷⁷⁹ Gautschi Art. 400 Rn 32 b.

⁷⁸⁰ Fellmann Art. 400 Rn 70.

⁷⁸¹ BGE 88 II 89.

⁷⁸² Vgl. nur Fellmann Art. 400 Rn 70; Gautschi Art. 400 Rn 36 b. Das Schweizerische Bundesgericht hat die Frage der Decharge im Urteil BGE 78 II 378 geprüft, aber offengelassen.

⁷⁸³ Tuor/Schnyder/Schmid S. 89 ff.; Gautschi Art. 400 Rn 36 b; Siegert S. 103; Fellmann Art. 400 Rn 70 m.w.N..

⁷⁸⁴ Gautschi Art. 400 Rn 36 c.

⁷⁸⁵ Fellmann Art. 400 Rn 70 ff.

9.2.4 Möglichkeiten der Haftungsbefreiung des Willensvollstreckers

Aufgrund des Fehlens einer § 2220 BGB ähnelnden Vorschrift ist eine Haftungsbefreiung durch den Erblasser in Form eines Vermächtnisses nach Art. 484 ZGB möglich.

Die Entlastung führt zum Erlöschen der Schadensansprüche aus Art. 398 OR. Es kommt hier zur rein rechtsgeschäftlichen Deutung als Verzicht, wonach es sich bei der Entlastung um einen Anwendungsfall des Art 115 OR handeln soll, bei dem durch Übereinkunft die Obligation als aufgehoben gilt.⁷⁸⁶

Im Unterschied zum deutschen Recht untersteht die Tätigkeit des Willensvollstreckers in entsprechender Anwendung der Regeln über die amtliche Erbschaftsverwaltung gem. Art. 595 Abs. 3 ZGB der Aufsicht der kantonalen Behörde⁷⁸⁷, obwohl es sich um eine privatrechtliche Tätigkeit des Vollstreckers handelt. Von dieser Aufsicht kann der Erblasser den Willensvollstrecker nicht per letztwilliger Verfügung befreien.⁷⁸⁸ Der Willensvollstrecker hat von dieser Behörde auf Antrag eines Erbschaftsbeteiligten⁷⁸⁹ oder von Amts wegen Weisungen entgegen zu nehmen. So ist die Behörde berechtigt, vom Willensvollstrecker Aufschluss über seine Tätigkeit zu verlangen. Er kann unter Umständen auch von seinem Amt entlassen werden, wenn er bspw. grob Pflichtverletzungen begeht oder unfähig ist, das Amt des Willensvollstreckers ordnungsgemäß auszuüben. Ferner sind sogar die Erteilung eines Verweises oder die Auferlegung einer Buße möglich. Eine Zwangsvollstreckung durch die Aufsichtsbehörde ist nicht möglich.⁷⁹⁰ Es aber nicht die eigentliche Aufgabe der Behörde, den Willensvollstrecker permanent zu überwachen oder gar ihre Einwilligung zu einzelnen Handlungen zu erteilen. Sie greift daher regelmäßig nur auf eine Beschwerde hin ein.⁷⁹¹

Die Behörde prüft lediglich die Zweckmäßigkeit der vom Vollstrecker getroffenen oder geplanten Maßnahmen, wobei sie ihm eine gewisse Ermessensfreiheit zubilligt.⁷⁹² Im Rahmen dieser Überprüfung wird besonders Augenmerk auf die Sorgfalt der Geschäftsführung gelegt.⁷⁹³ Die Sorgfaltspflicht ist erfüllt, wenn der Willensvollstrecker alles unternimmt, was ob-

⁷⁸⁶ Gautschi Art. 400 Rn 34 a; BGE 69 II 377.

⁷⁸⁷ Schömmel/Bauer Rn 212; Offergeld S. 208; Piotet S. 154 ff.; Stierlin S. 70, 86 ff.; Derrér S. 3 ff..

⁷⁸⁸ Derrér S. 10; Muscheler S. 20.

⁷⁸⁹ Dies kann auch ein Vermächtnisnehmer oder Destinär sein, der am Streitpunkt interessiert ist (Piotet S. 154).

⁷⁹⁰ Derrér S. 60.

⁷⁹¹ Derrér S. 13; Muscheler S. 20.

⁷⁹² Piotet S. 155.

⁷⁹³ Derrér S. 42 ff.

ektiv erforderlich ist, um den gewünschten Erfolg zu erreichen und alles unterlässt, was diesen Erfolg gefährdet.⁷⁹⁴

Das Amt des Willensvollstreckers endet mit der Erledigung aller ihm zugedachten Aufgaben, Zeitablauf, Tod des Vollstreckers, Verlust der Handlungsfähigkeit, durch Rücktritt des Vollstreckers oder durch Abberufung durch die kantonale Behörde aus wichtigem Grund. Eine Abberufung von Seiten der Erben ist nicht möglich. Wie bei § 2218 BGB hat der Willensvollstrecker auch nach schweizerischem Recht den Erben eine Schlussrechnung zu erteilen, welche die Einnahmen und Ausgaben ausweist. Darüber hinaus kann bei länger dauernder Verwaltung vom Willensvollstrecker eine jährliche Schlussrechnung verlangt werden.⁷⁹⁵

Neben dem jederzeitigen Auskunftsrecht der Erben haben diese auch die Möglichkeit eines Rekurses, mithin Anrufung, der Aufsichtsbehörde.⁷⁹⁶

9.3 Zwischenergebnis

Nach dieser Untersuchung wird deutlich, dass weder das österreichische, noch das schweizerische Recht dem Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf Entlastung zubilligt. Jedoch hat der Erblasser seinerseits die Möglichkeit, im Rahmen seiner letztwilligen Verfügung, die Haftung des Testamentsvollstreckers durch ein Vermächtnis quasi auszuschließen.

Der Exekutor in Österreich hat im Unterschied zum deutschen Vollstrecker erheblich eingeschränkte Möglichkeiten. Lediglich bei dem sog. verwaltenden Testamentsvollstrecker bestehen weitere Pflichten aus dem Auftragsrecht. Der Rechtsvergleich mit Österreich zeigt, dass dort die Entlastung nicht als Korrelat zur Rechnungslegung betrachtet wird. Ein Recht auf Entlastung gibt es im ABGB nicht und wird auch im Schrifttum nicht propagiert. Allerdings wird in der Literatur ein Befreiungsvermächtnis von Seiten des Erblassers zugunsten des Exekutors zur Haftungsbefreiung für möglich erachtet.

Der Willensvollstrecker des schweizerischen ZGB ähnelt dem deutschen Testamentsvollstrecker in vielerlei Hinsicht. Auch er muss spätestens bei Beendigung der Vollstreckung Rechenschaft ablegen. Ein Entlastungsanspruch wird dem Willensvollstrecker nach einhelliger Auffassung nicht zugebilligt. Im Unterschied zum deutschen Recht untersteht er der Kontrolle der zuständigen kantonalen Behörde, wobei diese in praxi nur auf Anrufung durch die Erben eingreift.

⁷⁹⁴ Derrér S. 42 m.w.N..

⁷⁹⁵ Künzle S. 333; Piotet S. 159.

⁷⁹⁶ Piotet S. 159.

10 Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung

Nachdem das Fehlen eines Anspruches auf Entlastung des Testamentsvollstreckers festgestellt werden konnte, gilt es nunmehr aus der Sicht des Testamentsvollstreckers Möglichkeiten einer Entlastung im Sinne einer Enthftung zu untersuchen, denn dieser ist regelmäßig gerade daran interessiert, nicht 30 Jahre lang sich einer möglichen Haftung auseinanderzusetzen zusehen.

10.1 Vereinbarung einer Entlastung mit Verzichtswirkung im Rahmen eines Auseinandersetzungsvertrages

Am einfachsten ist es freilich für den Testamentsvollstrecker mit den Erben eine Vereinbarung darüber zu treffen, nicht zu haften. Dabei bieten sich zwei Möglichkeiten an. Zum einen ein Auseinandersetzungsvertrag mit einer ausdrücklichen Erklärung zur Nichthaftung, zum anderen der im Gesellschaftsrecht entwickelte Generalbereinigungsvertrag.

10.1.1 Auseinandersetzungsvertrag

Unter 3.2.5 wurden bereits die Vorteile und die Voraussetzungen eines Auseinandersetzungsvertrages dargelegt. Für den Testamentsvollstrecker bedeutet dies, die Erbengemeinschaft davon zu überzeugen, nicht nur den Auseinandersetzungsplan zu befürworten, sondern darüber hinaus einen Auseinandersetzungsvertrag zu schließen. Hierdurch werden eventuelle Streitigkeiten oder Unsicherheiten vermieden. Durch die Möglichkeit zusammen mit den Erben eine einvernehmliche Regelung über die Aufteilung des Nachlasses verringert sich das Haftungsrisiko des Testamentsvollstreckers erheblich.

Wie bereits festgestellt, können Erben und Testamentsvollstrecker auch von Anordnungen des Erblassers bewusst abweichen, was häufig eine sachgerechtere Lösung darstellt, als die vom Erblasser gewünschte. Durch den Auseinandersetzungsvertrag kann somit die Auseinandersetzung flexibler gestaltet werden und die Erben können Einfluss darauf nehmen.

Ein Auseinandersetzungsvertrag macht auch Auseinandersetzungen wirksam, bei denen möglicherweise gegen das Verbot der unentgeltlichen Verfügungen aus § 2205 BGB versto-

Ben wurde.⁷⁹⁷ Ein Rückgängigmachen des Vertrages ist nur unter den Voraussetzungen der §§ 119, 123 BGB möglich.

10.1.1.1 *Zustimmungspflicht Dritter*

Fraglich ist nur, ob ggf. Dritte wie der Nacherbe oder gar der Vermächtnisnehmer dem Auseinandersetzungsvertrag ebenfalls zustimmen müssen.

Weder der Testamentsvollstrecker wegen § 2205 BGB, noch der Erbe nach § 2211 BGB haben einzeln eine Verfügungsmacht zur unentgeltlichen Verfügung. Gemeinsam ist eine Verfügung möglich.⁷⁹⁸ Nach der Rechtsprechung⁷⁹⁹ ist dann die Zustimmung des Nacherben und des noch nicht befriedigten Vermächtnisnehmers notwendig. Nach überwiegender Ansicht⁸⁰⁰ hat ein Nacherbe seine Zustimmung zu erteilen, wenn die anderen Erben und der Testamentsvollstrecker von Erblasseranordnungen abweichen wollen.

Entgegen der vorgenannten Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* ist keine Zustimmung des noch nicht befriedigten Vermächtnisnehmers erforderlich, denn der Vermächtnisnehmer hat selbst keine Verfügungsbefugnis. Er ist nicht Eigentümer der zum Nachlass gehörenden Sachen und hat lediglich einen schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch. Es ist ausreichend, wenn der Testamentsvollstrecker gegenüber dem Vermächtnisnehmer aus § 2219 BGB haftet und wegen § 2216 BGB zur ordnungsgemäßen Verwaltung verpflichtet ist. Zudem könnte bei späterer Fälligkeit des Vermächtnisses der Vermächtnisnehmer ansonsten immer ein einvernehmliche Auseinandersetzung im Rahmen eines Vertrages verhindern. Gleiches muss auch für einen Auflagenbegünstigten einer Wertauflage gelten.

10.1.1.2 *Formulierung für die Kautelarpraxis*

Im einzelnen wird es dem Testamentsvollstrecker nicht auf die Entlastung als Vertrauenskundgabe und Bewertung seiner Tätigkeit ankommen, sondern vielmehr darauf, dass durch eine vertragliche Vereinbarung seine Haftung ausgeschlossen wird, damit er auch für sich die Testamentsvollstreckung insgesamt als abgeschlossen betrachten kann. Für die Kautelarpraxis sind deutliche Formulierungen notwendig. Wird in einem Auseinandersetzungsvertrag lediglich davon gesprochen: „*Dem Testamentsvollstrecker wird Entlastung erteilt*“ wird im Rahmen einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung zu prüfen sein, wie weit die Präklusionswir-

⁷⁹⁷ Zimmermann Rn 683.

⁷⁹⁸ BGHZ 57, 84.

⁷⁹⁹ Ibidem.

⁸⁰⁰ BayObLGZ 1987, 104; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 374 m.w.N..

kung dieser ausdrücklich erklärten Entlastung gehen soll. Eine Entlastung muss nicht unbedingt gleichbedeutend mit einer vollständigen „Enthftung“ sein. Günstiger ist eine Formulierung, die die Reichweite deutlich macht und zudem klärt, dass die Erben keine Ersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker mehr geltend machen können. Ein solche Formulierung könnte nach erfolgter ausdrücklicher Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan im Rahmen eines Auseinandersetzungsvertrages z.B. lauten:

„Hiermit erkennen wir, die Erben A, B, C, an, dass Herr/Frau X, der/die als Testamentsvollstrecker/in über den Nachlass des am(Datum).... verstorbenen Erblassers(Name)..... uns gegenüber ordnungsgemäß nach §§ 2218, 666 BGB Rechnung gelegt hat. Wir haben uns von der ordnungsgemäßen Tätigkeit durch Durchsicht der Unterlagen am ...(Datum)... des Testamentsvollstreckers überzeugt und erkennen an, dass dieser pflichtgemäß gehandelt hat. Hiermit erklären wir, dass keinerlei Haftungsansprüche - gleich welcher Art, gleich ob bekannt oder unbekannt – gegenüber dem Testamentsvollstrecker von unserer Seite bestehen und wir keinerlei Haftungsansprüche geltend machen werden.“

Alternativ kann auch ein vertraglicher Verzicht mit einem vorsorglich erklärten pactum de non petendo formuliert werden:

„Hiermit erkennen wir, die Erben A, B, C, an, dass Herr/Frau X, der/die als Testamentsvollstrecker/in über den Nachlass des am(Datum).... verstorbenen Erblassers(Name)..... uns gegenüber ordnungsgemäß nach §§ 2218, 666 BGB Rechnung gelegt hat. Wir haben uns von der ordnungsgemäßen Tätigkeit durch Durchsicht der Unterlagen am ...(Datum)... des Testamentsvollstreckers überzeugt und erkennen an, dass dieser pflichtgemäß gehandelt hat. Hiermit verzichten wir auf alle eventuell bestehenden Haftungsansprüche – gleich welcher Art, gleich ob bekannt oder unbekannt - gegenüber dem Testamentsvollstrecker und machen diese nicht geltend.“

10.1.2 Generalbereinigungsvertrag

Sofern tatsächlich Haftungsansprüche gegen den Testamentsvollstrecker bestehen, die Erben aber diese nicht geltend machen wollen, besteht die Möglichkeit einer ausdrücklichen Generalbereinigung, was in der Praxis sehr selten vorkommt. Eine Generalbereinigung unterscheidet sich von der Entlastung dadurch, dass hier wirklich ein schuldberreinigender Vertrag zustande kommt. Der Inhalt richtet sich danach, ob vom Nichtbestehen oder von Bestehen von Ersatzansprüchen der Erbengemeinschaft gegen den Testamentsvollstrecker ausgegangen wird. Dann handelt es sich entweder um einen negativen Schuldanerkenntnisvertrag oder um einen Erlass- bzw. Verzichtsvertrag. Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass ein Gene-

ralbereinigungsvertrag gerade nicht die Ordnungsmäßigkeit der Testamentsvollstreckung konstatiert, sondern auf die Beseitigung von Ersatzansprüchen zielt. Hier ist nicht die Präklusion Folge einer Entlastung, sondern der Verzicht ist Gegenstand des von den Erben erklärten Willen. Ferner erfolgt eine Generalbereinigung nur nach Beendigung der gesamten Testamentsvollstreckung und erfolgt nicht periodisch, wie dies bei der Entlastung eines Dauer-testamentsvollstreckers der Fall ist. Ein Anspruch auf Abschluss eines Generalbereinigungs-vertrages besteht freilich nicht. Die Erben werden in praxi allerdings selten einen einseitigen Verzicht erklären, sondern fordern auch von Seiten des Testamentsvollstreckers eine Erklärung, dass dieser selbst keine Ansprüche gegen die Erben stellt.

10.2 Gerichtliche Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung

Haben die Erben die Entlastung nicht erteilt oder wollen sie keinen Vertrag mit Verzichtswirkungen zugunsten des Testamentsvollstreckers abschließen, ist aber der Testamentsvollstreckter der Ansicht, er habe keine Pflichtenverletzungen begangen bzw. er habe einen Anspruch auf eine Entlastung, bleibt ihm nur noch die Möglichkeit der gerichtlichen Klärung.

10.2.1 Keine Durchsetzbarkeit mittels Leistungsklage

Noch zum alten Aktienrecht hatte das *Reichsgericht*⁸⁰¹ entscheiden, eine Entlastung könne mittels Leistungsklage geltend gemacht werden. Vorwiegend im Schrifttum⁸⁰² zum GmbH-Recht wird teilweise immer noch die These der Durchsetzung einer Entlastung mittels Leistungsklage vertreten. Diese Autoren sehen auch nach der Entscheidung des *Bundesgerichtshof*⁸⁰³ einen Anspruch auf Entlastung, ohne den freilich keine Leistungsklage erfolgreich eingereicht werden kann. Danach sei eine Entlastungsverweigerung nach erfolgter korrekter Rechnungslegung eine unzulässige Diskriminierung.

Entgegen eines Großteils in der Literatur ist ein Anspruch auf Entlastung abzulehnen. Wie oben bereits erläutert kommt eine Entlastungsklage bereits wegen fehlenden Anspruchs auf Entlastung nicht in Frage. Es ist sinnlos, einen Verzicht auf Ersatzansprüche davon abhängig zu machen, dass es diese Ansprüche nicht gibt.⁸⁰⁴ Ein Entlastungsbeschluss ist keine Willenserklärung. Eine Entlastungsklage wäre nur dann zulässig, wenn für die Vollstreckungsfol-

⁸⁰¹ RGZ 89, 396 = JW 1917, 657 ff.

⁸⁰² Buchner GmbH 1988, 14; Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 28; Schuricht S. 79. Für die Testamentsvollstreckung: Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 341.

⁸⁰³ BGHZ 94, 324 ff. = NJW 1986, 130 ff..

⁸⁰⁴ Hoeniger DJZ 1922, 144; Schmidt ZGR 1978, 441; Borsche S. 158.

ge nach § 894 Abs. 1 ZPO eine Willenserklärung erfolgt. Inhalt einer Leistungsklage könnte somit die Verpflichtung zur Abgabe der einzelnen Stimmabgabe, die eine Willenserklärung wäre. Als Alternative käme bei Annahme eines Erfüllungsanspruches folgender Klageantrag in Betracht: *“... die Beklagten zu verurteilen, sich gegenüber dem Kläger zu erklären, ob die Entlastungsverweigerung für die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am verstorbenen Erblassersfür die Rechnungslegungsperiodemit dem Bestehen von Ersatzansprüchen gegen den Kläger begründet wird, wenn ja, mit welchen Ansprüchen konkret.”*⁸⁰⁵ Im einzelnen müsste dann eine Handlung und nicht eine Willenserklärung ausgeurteilt werden, die nach § 888 ZPO zu vollstrecken wäre.⁸⁰⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht hat aber der Testamentsvollstrecker keinen Anspruch auf Begründung, warum keine Entlastung erfolgt ist.

10.2.2 Durchsetzbarkeit mittels negativer Feststellungsklage

Der Testamentsvollstrecker kann richtigerweise eine Entlastungsklage nur in Form einer Feststellungsklage beim Zivilgericht einreichen. Eine derartige Klage kann nur negative Feststellungsklage sein und zwar in Bezug auf sämtliche Haftungstatbestände innerhalb der Entlastungsperiode.⁸⁰⁷

Nach der überwiegenden Auffassung im Recht der Testamentsvollstreckung⁸⁰⁸ kann der Testamentsvollstrecker bei Streit über seine Abrechnung durch eine Feststellungsklage klären lassen, ob der Erbe über die erfolgte Abrechnung hinaus weitere Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker hat. Klumpp⁸⁰⁹ befürchtet angesichts der oben angeführten Rechtsprechung, dass auch die allgemeine negative Feststellungsklage wegen der zu hohen Anforderungen an ein Rechtsschutzbedürfnis genommen werden könnte. In der Tat hat die Rechtsprechung zum GmbH-Recht für eine negative Feststellungsklage nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis anerkannt, wenn sich die nicht entlastende Gesellschaft etc. ganz konkreter Ansprüche berührt.⁸¹⁰

⁸⁰⁵ In Anlehnung an Ahrens ZGR 1987, 135.

⁸⁰⁶ Ahrens ZGR 1987, 136.

⁸⁰⁷ So bereits Breit JW 1917, 658; Schmidt ZGR 1978, 439; Dernburg § 40 I; Borsche S. 167; Tellis S. 130 ff. m.w.N. Eine positive Feststellung scheidet wegen des übereinstimmenden Inhalts mit einer Leistungsklage von vornherein aus.

⁸⁰⁸ Staudinger/Reimann § 2218 Rn 20.

⁸⁰⁹ Klumpp in: Bengel/Reimann Handbuch VI Rn 343.

⁸¹⁰ Vgl. Thomas/Putzo § 256 ZPO Rn 15; Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rn 30 m.w.N., der zudem darauf hinweist, dass sich richtige Beurteilung, ob tatsächlich Ersatzansprüche gegeben sind, den Gesellschaftern entzieht.

Ein Großteil in der Literatur⁸¹¹ ist dem entgegengetreten und sieht generell bei Entlastungsverweigerung ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Nach der im Bereich des Vereinsrechts entwickelten vermittelnden Rechtsprechung⁸¹² kann bei verweigerter Entlastung eine negative Feststellungsklage im Hinblick auf das Nichtbestehen von Schadensersatzansprüchen erhoben werden, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass solche Ansprüche geltend gemacht werden können.

Ein Rechtsschutzbedürfnis ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das Urteil auf die Feststellungsklage geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.⁸¹³ Bei der negativen Feststellungsklage kann somit ein Rechtsschutzbedürfnis nur aus einer von den beklagten Erben aufgestellten Bestandsbehauptung der vom Testamentsvollstrecker verneinten Rechtslage entstehen. Die Erben müssen sich somit eines konkreten Anspruches berühren, damit der Testamentsvollstrecker Klage erheben kann. Die Generalklausel des Feststellungsinteresses muss einzelfallbezogen konkretisiert werden. *Baltzer*⁸¹⁴ hebt zu Recht bei der Definition des Berühmens darauf ab, ob „*die Äußerung des Beklagten nach Inhalt, Gegenstand, Art und Wirkung so beschaffen*“ ist, „*daß der Kläger bei verständiger Würdigung der Umstände berechtigterweise zu der Annahme gelangen kann, der Beklagte trete seiner Situationsbeurteilung entschieden und mit dem Anspruch, seinerseits im Recht zu sein, hindernd in den Weg und werde die Gegenposition von sich aus, ohne das Zutun eines Dritten auch nicht aufgeben.*“ Im einzelnen kommt es also darauf an, wie der Testamentsvollstrecker die Nichterteilung der Entlastung verstehen konnte. Hierzu ist eine Fallgruppenbildung erforderlich, die nachfolgend erörtert wird.

Eindeutig ist der Fall, wenn die Erben Ersatzansprüche allgemein zum Anlass nehmen, die Entlastung zu verweigern. Dann ist nach allen Ansichten eine negative Feststellungsklage möglich. Die Nennung eines konkreten Haftungstatbestandes ist nicht erforderlich.

Häufigster Fall ist jedoch das Schweigen der Erben, denn eine Entlastungsentscheidung erfolgt nicht wie bei der AG oder der GmbH aufgrund gesetzlicher bzw. satzungsmäßiger Anordnung. Demzufolge fehlt eine irgendwie geartete Äußerung der Erben. Dies bedeutet: Ohne Erklärung kein Berühren und damit kein Feststellungsinteresse. Ein Schweigen oder passives Verhalten genügt nicht,⁸¹⁵ es sei denn der Testamentsvollstrecker darf eine

⁸¹¹ So z.B. Schmidt ZGR 1978, 442 ff.; Breit JW 1917, 658; Tellis S. 139 ff.; derselbe GmbHR 1989, 116; Borsche S. 171 ff.; Rowedder/Koppensteiner § 46 Rn 25.

⁸¹² Vgl zum Vereinsrecht: OLG Köln NJW-RR 1997, 483 = JuS 1997, 658; OLG Celle NJW-RR 1994, 1545.

⁸¹³ BGHZ 69, 147; BGH NJW 1984, 1118; BGH WM 1986, 690.

⁸¹⁴ Baltzer S. 136.

sives Verhalten genügt nicht,⁸¹⁵ es sei denn der Testamentsvollstrecker darf eine klarstellende anderslautende Äußerung nach Treu und Glauben erwarten.⁸¹⁶ Der Testamentsvollstrecker hat einerseits keinen Anspruch auf Entlastung. Andererseits spricht gegen ein generelles Feststellungsinteresse des Testamentsvollstreckers, dass die Erben nicht zu einer irgendwie gear- teten Stellungnahme gezwungen werden können. Denn die im GmbH-Recht zur Begrün- dung eines generellen Feststellungsinteresses angeführte Sonderrechtsbeziehung zwischen Geschäftsführer und GmbH gibt es zwischen Testamentsvollstrecker und Erben nicht. Der Testamentsvollstrecker ist vom Erben unabhängig und kann sich noch nicht einmal diesen vertraglich völlig unterwerfen oder auf seine Unabhängigkeit rechtswirksam verzichten.⁸¹⁷ In- sofern besteht auch kein Anspruch des Testamentsvollstreckers, dass die Erben nach verwei- gerter Entlastung diesem erklären, warum sie ihn nicht entlasten.

Wurde die Entlastung nicht erteilt und haben die Erben die Verweigerung mit haftungsirrele- vanten Zweckmäßighkeitsbedenken oder konkreten vertrauensstörenden Vorkommnissen be- gründet, die selbst objektiv keine Haftung nach § 2219 BGB begründen, besteht kein Fest- stellungsinteresse. Dem Testamentsvollstrecker wird hierdurch schlichtweg nur das Vertrau- en nicht ausgesprochen bzw. die Art und Weise der Amtsführung wird nicht gebilligt. Etwai- ge Ersatzansprüche werden gerade nicht angedeutet, so dass auch nach der Definition von *Baltzer* Gegenstand der Beurteilung keine Ersatzansprüche, sondern rein subjektive Befind- lichkeiten der Erben ausschlaggebend waren.

Der Unterschied zwischen einer negativen Feststellungsklage auf Feststellung, dass der oder die Erben keinen Ansprüche mehr gegen den Testamentsvollstrecker haben, und einem Ent- lastungsanspruch bzw. der ausdrücklich erklärten Entlastung ist erheblich. So soll einem Feststellungsurteil regelmäßig eine weitertragende Bedeutung zukommen als einem Dechar- geanspruch.⁸¹⁸ Danach soll sich ein Urteil nicht nur auf die erkennbaren Ansprüche beziehen, sondern auch sämtliche Ersatzansprüche umfassen.⁸¹⁹ Nach überwiegender Ansicht⁸²⁰ wird also das umstrittene materielle Recht schlechthin verneint. Dieser Ansatz ist teilweise in der Literatur⁸²¹ auf Kritik gestoßen. Da dem Gericht dieselben Informationsquellen wie die Ent-

⁸¹⁵ OLG München OLGR 2002, 171f..

⁸¹⁶ Vgl. BGHZ 69, 46; RG JW 1909, 76; Baltzer S. 138.

⁸¹⁷ Staudinger/Reimann § 2218 Rn 8; Offergeld S. 75; BGHZ 25, 280; RGZ 81, 170.

⁸¹⁸ So RGZ 89, 396 ff. = JW 1917, 657 ff; OLG Hamburg OLGZ 16, 282.

⁸¹⁹ RGZ 89, 397 = JW 1917, 658.

⁸²⁰ Zöller/Greger § 322 Rn 12, OLG Celle NdsRpfl 1976, 196; a.A. Stein/Jonas/Leipold § 322 Rn 106.

⁸²¹ Wagner S. 64 f.; Flechtheim JW 1920, 700; Breit JW 1917, 658; Hueck GmbHR 1959, 193; Borsche S. 179 f..

lastenden bei der Entscheidung zur Verfügung stehen, dürfe auch das Urteil nur so weit wirken wie ein Entlastungsbeschluss. Dem gemäß wirke es nur soweit sich aus den Unterlagen und den sonstigen Informationsquellen die Vorgänge erkennen lassen.⁸²²

In der Tat spricht gegen eine weitergehende Wirkung, dass andernfalls der Testamentsvollstrecker angehalten wird, den Erben und dem Gericht Pflichtwidrigkeiten zu verheimlichen. Bei einem Entlastungsbeschluss würde eine Interessenabwägung bei einem solchen Sachverhalt zu einer fehlenden Präklusionswirkung führen. Des weiteren würde es aus taktischen Gründen für die Erben immer besser sein, den Testamentsvollstrecker zu entlasten, um sich anschließend auf eine Nichterkennbarkeit von Ersatzansprüchen zu berufen.

Die Reichweite der Rechtskraft des Urteils einzugrenzen, ist der falsche Ansatz. Zum einen ist die generelle Nichtfeststellung von Pflichtwidrigkeiten des Testamentsvollstreckers Streitgegenstand, sofern nicht im Antrag nur auf eine bestimmte Handlung des Testamentsvollstreckers Bezug genommen wurde. Eine Beschränkung auf eine Nichtfeststellung von Ansprüchen, die sich aus den vorgelegten Unterlagen und Informationen ergeben könnten, ist somit nicht mehr möglich. Zum anderen haben Urteile Klarstellungsfunktion und sollen den Parteien Rechtsklarheit geben. Aus diesem Grunde lässt der Gesetzgeber es auch nur in den Fällen der §§ 578 ff. ZPO unter sehr eingeschränkten Möglichkeiten zu, ein rechtskräftiges Urteil nachträglich abzuändern. Würde über dem Urteil der negativen Feststellungsklage weiterhin das Damoklesschwert der möglichen nicht vollständigen Klärung des Rechtsverhältnisses schweben, wäre dem Rechtsfrieden nicht gedient. Insofern muss der unterlegene Beklagte alle Anstrengungen im Prozess unternehmen, um seinerseits alles zu beleuchten und Pflichtwidrigkeiten zu erkennen. Es ist außerdem kein Grund ersichtlich, warum der Beklagte einer negativen Feststellungsklage mehr geschützt werden sollte als ein Beklagter einer Leistungsklage. Auch dort besteht die Möglichkeit, dass der Kläger sich im Prozess Vorteile durch einen nicht vollständigen Tatsachenvortrag verschafft. Der Erbe hat im übrigen die Möglichkeit als Antwort auf eine negative Feststellungsklage seinerseits mit einer Leistungsklage zu antworten. Dann muss er konkrete Ansprüche im Rahmen der Klage geltend machen. Bleibt er passiv und wird der negativen Feststellungsklage stattgegeben, dann wird durch das Urteil der ganze Tatsachenstoff erledigt, der der betreffenden Entlastungsperiode objektiv angehört.⁸²³ Dies ist nur recht und billig.

⁸²² Borsche S. 182; Flechtheim JW 1920, 700.

⁸²³ So auch Schmidt ZGR 1978, 445; Boeters JW 1920, 700; Tellis S. 131 f..

Die oben beschriebene Diskrepanz besteht hingegen dann nicht, wenn wie hier in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zur Entlastung eines GmbH-Geschäftsführers ein konkretes Berühren eines Ersatzanspruches für das Rechtsschutzinteresse gefordert wird. Obsiegt nämlich der Testamentsvollstrecker mit seiner negativen Feststellungsklage, dann ist dem Tenor und den Gründen des Urteils zu entnehmen, welches Recht rechtskraftfähig verneint wurde.⁸²⁴ Ließe man eine negative Feststellungsklage bereits in den Fällen der Möglichkeit von Ersatzansprüchen ohne konkretes Berühren oder gar generelles Feststellungsinteresse bei Entlastungsverweigerung zu, müsste man die Diskrepanz in Kauf nehmen. Muss sich hingegen der Erbe eines Ersatzanspruches konkret berühren und erfolgt anschließend daraufhin eine negative Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers, würde im Falle seines Obsiegens auch nur über den Anspruch geurteilt, dessen sich der Erbe berührt hatte. Wird später eine andere Pflichtwidrigkeit offenbar, kann dann der Testamentsvollstrecker durch den Erben verklagt werden. Dies wäre unmöglich, wenn man dem Testamentsvollstrecker ein generelles Feststellungsinteresse zubilligen und im Rahmen einer Klage vom Gericht bestätigt würde, dass keine Ansprüche gegen ihn bestehen.

Ein weiterer Unterschied zwischen Leistungs- und Feststellungsklage wäre, dass eine Anerkennung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers mit gleichzeitiger Entlastung wegen Irrtums oder aus anderen Gründen angefochten werden kann, während dies für ein Feststellungsurteil nicht gilt.

10.3 Kautelarjuristische Möglichkeiten zur Durchsetzung einer Entlastung

Der Erblasser kann nur sehr eingeschränkt im Rahmen seiner Verfügung von Todes wegen die Rechte des Testamentsvollstreckers erweitern. Durch das Befreiungsverbot des § 2220 BGB ist dem Erblasser es nicht möglich, den Testamentsvollstrecker von seinen Verpflichtungen aus den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB zu befreien. Dabei handelt es sich um zwingendes Recht. Der Erblasser kann daher weder innerhalb, noch außerhalb seiner Verfügung von Todes wegen den Erben ihre Rechte aus den vorgenannten Vorschriften entziehen. Hintergrund des Befreiungsverbotes aus § 2220 BGB ist, dass der Erbe nicht der Willkür des Testamentsvollstreckers ausgeliefert sein soll.⁸²⁵ Die Erben können selbstverständlich auf den Schutz des § 2220 BGB verzichten und jederzeit mit dem Testamentsvollstrecker einen Verzichtvertrag über etwaige Haftungsansprüche schließen oder ihm Haftungserleichterungen

⁸²⁴ Vgl. BGH NJW 1994, 659; BayObLGZ 87, 333; Zöller/Greger § 322 Rn 12.

⁸²⁵ Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 83; Pickel S. 207 f.; Staudinger/Reimann § 2220 Rn 1 m.w.N..

gewähren.⁸²⁶ Insbesondere am Beginn der Amtsübernahme sollte der Testamentsvollstrecker neben einer Vergütungsvereinbarung auch versuchen, mit den Erben etc. eine Vereinbarung zu treffen, wonach seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt wird. Derartige Vereinbarungen sind allerdings nicht die Regel, sondern vielmehr die Ausnahme. Insofern ist von Interesse, ob der Erblasser nicht einseitig zugunsten des Testamentsvollstreckers Verfügungen treffen darf.

10.3.1 Kein Anspruch auf Entlastung als Vermächtnis

Fraglich ist, ob der Erblasser zugunsten des Testamentsvollstreckers ein Vermächtnis dahingehend zubilligen kann, wonach dieser von seiner Haftung befreit würde. Ein derartiges „legatum liberationis“ stellt nach einhelliger Auffassung⁸²⁷ ein Verstoß gegen das Befreiungsverbot dar. In dem grundlegenden Urteil des *Reichgerichts*⁸²⁸ hierzu heißt es:

„Dieser Vorschrift (gemeint ist § 2220 BGB) ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, nicht zuzulassen, daß ein Erblasser dem Erben mit gebundenen Händen dem ausgedehnten Machtbereich des Testamentsvollstreckers überliefert. Die den weitgehenden Befugnissen des letzteren entsprechenden Verpflichtungen werden vom Gesetz als so bedeutungsvoll angesehen und mit so großer Bestimmtheit aufgestellt, daß es auch dem Erblasser verboten sein soll, zum Nachteil des Erben daran etwas zu ändern. Ist aber dies die Absicht des Gesetzes, so liegt darin auch der Wille, dem Erblasser jede Beschränkung des Erben in der Geltendmachung derjenigen Rechte gegen den Testamentsvollstrecker zu verwehren, die sich aus der Verletzung der gedachten Verpflichtungen ergeben.“

Ein Befreiungsvermächtnis würde im übrigen auch kaum von Bedeutung sein, da im Rahmen eines Separationsverfahrens der Vermächtnisnehmer hinter die übrigen Nachlassgläubiger zurückgesetzt ist.⁸²⁹ Zwar kennt das österreichische ABGB ein Befreiungsvermächtnis in § 663 ABGB, aber keine § 2220 BGB entsprechende Vorschrift. Gleiches gilt für das schweizerische Recht. Insofern scheitert ein positiver Rechtsvergleich. Hat der Erblasser dem Testamentsvollstrecker ein unwirksames „legatum liberationis“ zubilligen wollen, ist auch eine Umdeutung in eine Auflage zugunsten des Testamentsvollstreckers wegen des Umgehungsverbotes nicht möglich.⁸³⁰

⁸²⁶ Mayer in: Bamberger/Roth § 2220 Rn 7; Staudinger/Reimann § 2219 Rn 15 ff. m.w.N..

⁸²⁷ RGZ 133, 128 ff; Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 81; Zimmermann Rn 777; Pickel S. 208; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan S. 221; Staudinger/Reimann § 2219 Rn 15 f; Soergel/Damrau § 2220 Rn 3; Muscheler S. 214; Kipp/Coing § 73 II 7; v. Lübtow S. 990; Brox Rn 419; Haegle/Winkler Rn 566 m.w.N..

⁸²⁸ RGZ 133, 135.

⁸²⁹ So Muscheler S. 214; Pickel S. 208.

⁸³⁰ Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 84.

Wegen § 2220 BGB scheitert auch der Versuch, durch Anordnung einen anderen Haftungsmaßstab für den Testamentsvollstrecker zu erreichen und ihn nur für Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften zu lassen.⁸³¹

10.3.2 Keine Verjährungsverkürzung per Vermächtnis

Wenn kein Befreiungsvermächtnis möglich ist, stellt sich die Frage, ob der Erblasser die Verjährungsfrist für die Haftung des Testamentsvollstreckers von 30 Jahren⁸³² reduzieren darf. Diejenigen Autoren, die einen Entlastungsanspruch befürworteten, haben als Argument immer wieder die unzumutbare Situation der 30 jährigen Ungewissheit für den Testamentsvollstrecker ins Feld geführt.

Hierin könnte wiederum ein Versuch zur Umgehung des Befreiungsverbotes nach § 2220 BGB gesehen werden, denn die durch § 2220 BGB geschützten Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers dürfen in keiner Weise eingeschränkt oder ausgehöhlt werden.⁸³³ *Riederer von Paar*⁸³⁴ setzt sich hingegen für eine nicht zu strenge Auslegung des Gesetzeswortlautes ein, damit es nicht zu ungerechten Ergebnissen kommt. Der Erblasser wolle nicht zuletzt durch eine Anordnung zugunsten des Testamentsvollstreckers nicht die Erben schwächen, sondern vielmehr Streit vermeiden helfen. Auch nach seiner Ansicht kommt ein Befreiungsvermächtnis aber nicht in Frage. Beispiele, was dann für den Erblasser erlaubt sei, nennt er nicht.

Eine Möglichkeit könnte für den Erblasser sein, dem Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf Abschluss eines Verjährungsfristverkürzungsvertrages mit den Erben oder Vermächtnisnehmern im Wege eines Vermächtnisses oder einer Auflage zu geben. Aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes kam es zur Reform des Verjährungsrechts, welche auch Auswirkungen auf das Erbrecht hat.⁸³⁵ Bereits vor der Reform hat die Rechtsprechung⁸³⁶ Vereinbarungen zur Verkürzung der Verjährung zugelassen. Nach § 202 Abs. 1 BGB kann aber die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erteilt werden. Es bliebe somit nur die Möglichkeit, eine Verjährungsverkürzung für die Fälle der Fahr-

⁸³¹ MüKo/Brandner § 2220 Rn 2; Pickel S. 207; Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 82 m.w.N..

⁸³² Durch seine Entscheidung vom 18.09.2002 (ZErb 2002, 356 f.) hat der BGH nunmehr entgegen zahlreicher Stimmen in der Literatur mit der herrschenden Ansicht festgestellt, dass Schadensersatzansprüche nach § 2219 Abs. 1 BGB gegen den Testamentsvollstrecker in 30 Jahren verjähren. So auch: Soegel/Damrau § 2219 Rn 10; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan S. 220; Palandt/Edenhofer § 2219 Rn 1; Staudinger/Reimann § 2219 Rn 22; MüKo/Brandner § 2219 Rn 15. A.A. Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 77 ff; Pickel S. 198 ff.. Kritische Anmerkung von Otte (ZEV 2002, 500 f.), der keinen genuin erbrechtlichen Anspruch in § 2219 BGB, sondern einen rein schuldrechtlichen Anspruch sieht.

⁸³³ So MüKo/Brandner § 2220 Rn 3 m.w.N..

⁸³⁴ Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 83.

⁸³⁵ Hierzu Krug S. 50.

⁸³⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs § 276 Rn 57.

lässigkeit im Voraus zu vereinbaren. Die nachträgliche Vereinbarung ist hingegen immer möglich,⁸³⁷ spielt aber vorliegend für den Testamentsvollstrecker keine Rolle. Es sind gleichwohl Grenzen der Verjährungsverkürzung zu beachten. Zwar hat der Gesetzgeber keine Mindestfristen vorgesehen, es findet aber bei vorgegebenen verkürzten Fristen eine Kontrolle über § 242 BGB statt, um eine unangemessene Verkürzung zum Nachteil des Anspruchsinhabers zu vermeiden.⁸³⁸ Im einzelnen kommt es bei der Beantwortung der Frage einer unangemessenen Abkürzung darauf an, ob durch die Verjährungsverkürzung die Durchsetzung der Ansprüche weitgehend verhindert werden sollen.

Der *Bundesgerichtshof*⁸³⁹ hat erst kürzlich festgestellt, dass für den Anspruch aus § 2219 BGB keine besondere Verjährungsvorschrift vorgesehen ist und bezog sich anschließend auf die alte Regelfrist von 30 Jahren. Im weiteren Verlauf seiner Begründung nimmt er Stellung, warum für eine entsprechende Anwendung des § 852 Abs. 1 BGB und § 51 b BRAO kein Platz ist und zieht eine Parallele zur Verjährungsfrist für die Haftung eines Geschäftsführers nach Auftragsrechts, die nach der alten Regelung in § 195 BGB a.F. ebenfalls 30 Jahre lang betrug. Nach der Reform verjähren erbrechtliche Ansprüche, zu denen auch Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker gehören, gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB nach 30 Jahren.⁸⁴⁰ Ein vermögensrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer nach Auftragsrecht verjährt aber nunmehr nicht mehr in 30 Jahren, sondern wegen § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB⁸⁴¹ spätestens nach 10 Jahren. Dabei beginnt im Unterschied zu der Regelverjährungsfrist von drei Jahren diese Verjährungsfrist kenntnisunabhängig von ihrer Entstehung an.

Diese Tatsache könnte es gerechtfertigt erscheinen lassen, eine Verjährungsreduzierung für die Testamentsvollstreckerhaftung von 30 auf 10 Jahre für nicht unangemessen anzunehmen.⁸⁴² Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen innerhalb dieser Frist ist den Erben etc. ohne weiteres zumutbar und verhindert nicht generell deren Durchsetzung. Allerdings ist eine Verjährungsverkürzung mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, da sich

⁸³⁷ Palandt/Heinrichs § 202 Rn 3.

⁸³⁸ Vgl hierzu: Dauner-Lieb/Mansel § 202 Rn 17 ff. w.w.N..

⁸³⁹ BGH ZErB 2002, 356 = ZEV 2002, 499.

⁸⁴⁰ BGH ZErB 2002, 356 = ZEV 2002, 499; Palandt/Heinrichs § 197 Rn 8; Brambring ZEV 2002, 137; Krug S. 43. Nicht zu folgen insoweit Riederer von Paar in: Bengel/Reimann Handbuch XII Rn 80 b, der von einer höchstens 10 jährigen Verjährungsfrist ausgeht. Otte (ZEV 2002, 501) will § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB teleologisch reduzieren, so dass § 2219 BGB nicht unter diese Norm fällt. Eine derartige teleologische Reduktion dürfte aber nicht durch die Motive zu § 197 BGB n.F. zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gedeckt sein, da an der alten Rechtslage des § 197 BGB a.F. diesbezüglich keine Änderungen vorgenommen wurden.

⁸⁴¹ Nach § 197 Abs. 3 Nr. 2 BGB spätestens aber nach 30 Jahren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Begehung der Handlung, Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist immer die früher endende Frist.

noch keine eindeutige Rechtsprechung nach der Reform gebildet hat. Ferner kommt es zu keiner geltungserhaltenden Reduktion, wenn die gewählte Frist zu kurz und damit unangemessen geraten ist.⁸⁴³ Ausschlaggebend ist schließlich, ob das Befreiungsverbot des § 2220 BGB überhaupt irgendeine Verkürzung der Rechte der Erben zulässt. Nach hiesiger Auffassung lässt in Ablehnung der geäußerten Ansicht von *Riederer von Paar* § 2220 BGB keinerlei Spielraum für eine Reduzierung der Rechte der Erben zu. Jedwede Einschränkung der Haftung ist unzulässig.⁸⁴⁴ Hierzu gehört auch, die Durchsetzung von Ansprüchen zu erschweren.

10.3.3 Kein Anspruch auf Entlastungsbeschluss in Form eines Vermächtnisses oder Auflage

Abschließend ist fraglich, ob dem Testamentsvollstrecker ein Anspruch auf Entlastungsbeschluss in Form eines Vermächtnisses oder Auflage vom Erblasser zugewendet werden kann. Eine Vermächtniszugewendung dürfte daran scheitern, dass die Entlastung nur eine Realhandlung ist. Inhalt eines Vermächtnisses kann aber nur eine Zuwendung eines Vermögensvorteils oder Forderung etc. werden.⁸⁴⁵ Dementsprechend bliebe lediglich die Möglichkeit einer Auflage, mit der ein Tun zugunsten des Testamentsvollstreckers – mithin die Herbeiführung eines Entlastungsbeschlusses – angeordnet wird. Der Nachteil dieser Konstruktion könnte auf den ersten Blick darin liegen, dass der begünstigte Testamentsvollstrecker keinen Anspruch auf die Leistung nach § 1940 BGB hat. Nach § 2194 BGB ist der Testamentsvollstrecker aber selbst vollzugsberechtigt.⁸⁴⁶ Freilich kann wegen § 2220 BGB den Erben nicht vorgegeben werden, wie der Beschluss auszufallen hat. Die Auflage zugunsten des Testamentsvollstreckers kann lediglich ein Nichtstun der Erben verhindern. Im Ergebnis würde der Testamentsvollstrecker nur ein sehr stumpfes Schwert in der Hand haben, um eine Entlastung herbeizuführen, da er eine Billigung seiner Geschäftsführung nicht erzwingen kann.

Nach alledem wird deutlich, dass der Erblasser eigentlich nur den Testamentsvollstrecker faktisch von einer Haftung dadurch befreien kann, in dem er ihm ein Vermächtnis zukommen lässt, wonach er einen Geldbetrag erhält, den der Abschluss einer umfassenden Haft-

⁸⁴² Nach Ansicht von Palandt/Heinrichs § 202 Rn 11 kann hingegen bei Schadensersatzansprüchen eine kenntnisunabhängig beginnende Verjährung die Frist zwar abgekürzt werden, zulässig sei aber höchstens eine Halbierung der Verjährungsfrist.

⁸⁴³ Dauner-Lieb/Mansel § 202 Rn 19; Palandt/Heinrichs § 202 Rn 1ff.

⁸⁴⁴ So wohl im Ergebnis auch MüKo/Brandner § 2220 Rn 3; Mayer in: Bamberger/Roth § 2220 Rn 3; Palandt/Edenhofer § 2220 Rn 1.

⁸⁴⁵ Palandt/Edenhofer Einf v § 2147 Rn 6 m.w.N..

⁸⁴⁶ MüKo/Brandner § 2194 Rn 4.

pfllichtversicherung kostet.⁸⁴⁷ Ebenso könnten alternativ die Erben mit einem Verschaffungsvermächtnis belastet werden, wonach diese zugunsten des Testamentsvollstreckers eine Haftpflichtversicherung abschließen müssten. In diesem Zusammenhang könnten allerdings wiederum erbschaftssteuerliche Probleme für den Testamentsvollstrecker auftreten, wenn der zugewendete Vermögensvorteil seinen Freibetrag aus § 16 ErbStG überstiegen wird.

10.4 Die Klage auf Einwilligung nach § 2206 Abs. 2 BGB als alternative Vorgehensweise

§ 2206 BGB gibt dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit sein Haftungsrisiko nach § 2219 BGB zu minimieren, indem er bereits während, d.h. vor Abschluss seiner Amtstätigkeit, gerichtlich klären lässt, ob die von ihm durchzuführende oder bereits durchgeführte Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht. In zahlreichen Fällen wird zweifelhaft sein, ob der Testamentsvollstrecker den Nachlass verpflichten kann. Aus diesem Grunde ist häufig eine Zustimmungs- oder Einwilligungsklage des Testamentsvollstreckers gegen die Erben geboten, die keine Zustimmung bzw. Einwilligung zur geplanten Maßnahme erteilen wollen. Haben die Erben ihre Zustimmung oder Einwilligung nicht erteilt, ist regelmäßig auch nicht damit zu rechnen, dass der Testamentsvollstrecker durch sie entlastet wird. Aus diesem Grunde bietet sich gerade diese Vorgehensweise für den Testamentsvollstrecker an, der Sicherheit über seine Haftung erhalten und nicht auf das Gutdünken der Erben angewiesen zu sein. Die Einwilligung ist aber nicht Voraussetzung für das Entstehen der Nachlassverbindlichkeit.⁸⁴⁸

Der Testamentsvollstrecker wird aber nur dann Erfolg haben, wenn die Voraussetzungen nach § 2206 Abs. 1 BGB gegeben sind. So darf er gem. § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB nur über Nachlassgegenstände verfügen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung erforderlich ist oder eine erweiterte Verpflichtungsbefugnis nach den Vorschriften der §§ 2207, 2209 S. 2 BGB vorliegt.⁸⁴⁹

Dementsprechend ist hinsichtlich der vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verpflichtungsgeschäften zu unterscheiden:

- Handelt es sich um eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB oder
- um ein sonstiges Verpflichtungsgeschäft, durch den der Nachlass verpflichtet wird.

⁸⁴⁷ So auch Zimmermann Rn 777.

⁸⁴⁸ Lange/Kuchinke § 31 dort Fn. 276.

⁸⁴⁹ z. B. Miet-, Dienst- und Darlehensverträge. Ebenso die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten für den Nachlass, Schuldanerkenntnisse, Vergleiche und Anerkenntnisse. Offergeld S. 148. Zu den Grauzonen der rechtlichen Befugnisse des Testamentsvollstreckers: Lauer S. 193 ff..

Der Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung ist grundsätzlich nach § 2216 Abs. 1 BGB anzulegen. Erweist sich dabei, dass für die Eingehung der Verbindlichkeit objektiv nicht erforderlich war, kann trotzdem eine wirksame Nachlassverbindlichkeit vorliegen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Vertragspartner des Testamentsvollstreckers annimmt oder ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, die Eingehung sei zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich.⁸⁵⁰ Leichte Fahrlässigkeit ist dabei bereits schädlich.⁸⁵¹

In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob eine Prüfungspflicht besteht. Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet. Der überwiegende Teil in der Literatur⁸⁵² verneint zu Recht eine Prüfungspflicht. Eine Minderheitsmeinung im Schrifttum⁸⁵³ befürwortet eine derartige Prüfungspflicht. Eine Prüfungs- oder Nachforschungspflicht des Vertragspartners sei je eher zu bejahen, desto mehr durch die erkennbaren Verhältnisse der Verdacht der Ordnungswidrigkeit der Maßnahme für eine verständigen Vertragspartner nahegelegt wird. Hat dann der Testamentsvollstrecker beim Vertragschluss außerhalb seiner Verpflichtungsbefugnis gehandelt, so haftet er persönlich aus § 179 BGB als falsus procurator⁸⁵⁴.

Richtigerweise wird man aber eine persönliche Haftung des Testamentsvollstreckers aufgrund § 179 Abs. 3 BGB scheitern lassen müssen, da die Erkennbarkeit der Ordnungswidrigkeit zugleich die der fehlenden Verpflichtungsmacht bedingt.⁸⁵⁵

Nach § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Testamentsvollstrecker auch Verfügungen über einen Nachlassgegenstand treffen. Dann entspricht nach § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB die Verpflichtungsbefugnis der Verfügungsbefugnis des § 2205 S. 2 BGB.⁸⁵⁶ Dabei erfolgt eine Beschränkung der Verpflichtungsbefugnis nur durch das Schenkungsverbot nach § 2205 S. 3 BGB oder durch mögliche Anordnungen des Erblassers nach § 2208 BGB.

Wenn der Testamentsvollstrecker ein Grundstück veräußern oder belasten will⁸⁵⁷, muss ebenso für die Wirksamkeit der Verpflichtung nach außen die Eingehung des Verpflichtungsgeschäftes zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich gewesen sein.

⁸⁵⁰ BGH NJW 1983, 40; Staudinger/Reimann § 2206 Rn 11; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 156.

⁸⁵¹ Soergel/Damrau § 2206 Rn 3; Offergeld S. 148.

⁸⁵² Soergel/Damrau § 2206 Rn 3; Lange/Kuchinke § 31 VI 3 c; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 156.

⁸⁵³ MüKo/Brandner § 2206 Rn 7; Staudinger/Reimann § 2206 Rn 11.

⁸⁵⁴ Haegele/Winkler Rn 193; Palandt/Edenhofer § 2206 Rn 1.

⁸⁵⁵ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 156; MüKo/Brandner § 2206 Rn 8.

⁸⁵⁶ Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 157.

⁸⁵⁷ Aufgrund des Trennungsprinzips, gilt dies nicht für eine Kreditaufnahme, die durch ein Grundpfandrecht abgesichert wird, weil das Sicherungsgeschäft von der Darlehensaufnahme zu trennen ist.

Bei Verfügungen über Nachlassgegenständen ist die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers hinsichtlich des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäftes nicht auf solche Geschäfte beschränkt, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Eine Ausnahme gilt hier für kollusives Zusammenwirken zwischen dem Testamentsvollstrecker und seinem Vertragspartner. Kannte der Dritte die rechtsmissbräuchliche Ausübung oder musste er sie zumindest kennen, kann er keine Rechte gegen den Nachlass geltend machen.⁸⁵⁸ Die Verfügung ist dann insgesamt unwirksam und der Dritte könnte lediglich den Testamentsvollstrecker nach § 179 BGB persönlich in Anspruch nehmen, wobei auch hier angesichts des § 179 Abs. 3 BGB Zweifel bestehen.^{859 860}

Hat der Testamentsvollstrecker gesetzesgemäß gehandelt, hat er einen Anspruch auf Einwilligung nach § 2206 Abs. 2 BGB. Er kann somit erzwingen, dass der Erbe in die Eingehung dieser Verbindlichkeit einwilligt bzw. zustimmt. Eine Verpflichtung zur Einwilligung besteht aber nur dann, sofern die Eingehung der Verbindlichkeit tatsächlich zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist. Dabei sind nur Erben und der Vorerbe einwilligungspflichtig.⁸⁶¹ Willigt der Erbe ein, entlastet diese Einwilligung gleichzeitig den Testamentsvollstrecker von seiner Haftung nach § 2219 BGB.⁸⁶² Der Erbe verliert jedoch nicht die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung.

Da die Einschränkung der Verpflichtungsbefugnis allein im Interesse der Erben erfolgt, ist eine nachträgliche Einwilligung zu einer Verfügung möglich, die der Testamentsvollstrecker ohne Verpflichtungsbefugnis vorgenommen hat.⁸⁶³

Große Probleme machen in der Praxis auch vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Vergleiche. Gerade für einen Vergleich kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass er eine (ganz oder teilweise) unentgeltliche und daher unwirksame Verfügung enthält. So hat bereits das *Reichsgericht*⁸⁶⁴ erklärt, es sei falsch, den Schulderlass durch einen Vorerben schon deshalb als entgeltlich anzusehen, weil er nach dem Willen der Beteiligten die Abfin-

⁸⁵⁸ BGH NJW 1983, 40; BGH NJW-RR 1989, 642 f; MüKo/Brandner § 2206 Rn 5.

⁸⁵⁹ Vgl. Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Fn 323 mit weiteren Hinweisen.

⁸⁶⁰ Auch trifft den Vertragspartner keine besondere Nachforschungs- oder Prüfungspflicht, wie weit der Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis gebunden ist. Ein guter Glaube des Vertragspartners an das Bestehen der Verfügungsbefugnis ist nicht geschützt (Staudinger/Reimann § 2206 Rn 12; MüKo/Brandner § 2206 Rn 5.) Da Verfügungsbeschränkungen aus Anordnungen des Erblassers nach § 2208 BGB herrühren ist eine Eintragung in das Testamentsvollstreckerzeugnis notwendig. Insoweit ist es ratsam, vor einer Verfügung sich das Testamentsvollstreckerzeugnis vorlegen zu lassen. Beim Verstoß gegen das Schenkungsverbot nach § 2205 Satz 3 BGB kommt es nach h. M. (BGH NJW 1963, 1614; MüKo/Brandner § 2205 Rn 63; Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 159.) nicht darauf an, dass der Dritte die Unentgeltlichkeit erkennen konnte. Unentgeltlichkeit ist danach bereits bei der kleinsten Divergenz von Leistung und Gegenleistung gegeben..

⁸⁶¹ Palandt/Edenhofer § 2206 Rn 3; Zimmermann Rn 406.

⁸⁶² Lange/Kuchinke § 31 VI f; Planck/Flad § 2206 Anm. 18; v. Lübtow S. 954; Staudinger/Reimann § 2206 Rn 14 m.w.N..

⁸⁶³ MüKo/Brandner § 2206 Rn 11; Müller JZ 1981, 371.

dung für Gegenansprüche habe bilden sollen. Wenn es dem rein subjektiven, sei es auch gutgläubigen Ermessen des Vorerben anheim gestellt bleibe, über die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zu befinden, dann werde das unter Umständen zur schwersten Benachteiligung des Nacherben und damit zur Vereitelung des Gesetzeszwecks führen können. Der *Bundesgerichtshof*⁸⁶⁵ hat dieser Rechtsprechung ausdrücklich mit der weiteren Maßgabe zugestimmt, für § 2205 S. 3 BGB könne nichts anderes gelten.

Eine genaue Grenzziehung, wann eine Verfügung, die ein Testamentsvollstrecker in einem Vergleich trifft, als unentgeltlich anzusehen ist, ist nicht genau möglich. Regelmäßig ist die Grenze ist jedenfalls überschritten, wenn der Nachlass infolge des Vergleichs nahezu zwei Drittel des Wertes der aufgegebenen Forderung eingebüßt hat.⁸⁶⁶

Die Möglichkeit zum Abschluss von Vergleichen ist dem Testamentsvollstrecker nicht gänzlich abgeschnitten, zumal ihm ein gewisser Ermessensspielraum zuzubilligen ist.

Es ist daher auf jeden Fall für den Testamentsvollstrecker ratsam, von dieser Möglichkeit des § 2206 BGB Gebrauch zu machen um vor späteren Vorwürfen sicher zu sein.⁸⁶⁷

Ein nach Maßgabe des § 2206 Abs. 2 BGB erstrittener Titel vollstreckt sich quasi selbst nach § 894 ZPO. Wurde der Erbe zur Abgabe der Einwilligung als Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Vorgehensweise nach § 2206 BGB bietet sich somit insbesondere zur Klarstellung der Fälle an, in denen zweifelhaft ist, ob der Testamentsvollstrecker im Sinne einer ordnungsgemäßen Verwaltung handelt, dieser sich aber seiner Sache sicher ist. Geht die Klage verloren, muss er mit einem Entlassungsantrag nach § 2227 BGB rechnen, der nicht zwingend zur Entlassung führt.⁸⁶⁸ Eine Klage nach § 2206 BGB wird zudem nicht unbedingt das Vertrauensverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker als Basis für eine Entlastung stärken. Angesichts des fehlenden Anspruchs auf Entlastung wird dem Testamentsvollstrecker zur Vermeidung einer Haftung dieser Weg allerdings anzuraten sein.

⁸⁶⁴ RGZ 81, 364.

⁸⁶⁵ BGH NJW 1991, 842.

⁸⁶⁶ BGH NJW 1991, 842.

⁸⁶⁷ Der Vertragspartner ist generell im Streitfall beweispflichtig, gleiches gilt auch für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung. (Bengel in: Bengel/Reimann Handbuch I Rn 86; Palandt/Edenhofer § 2206 Rn 1; Soergel/Damrau § 2206 BGB Rn 3; Haegele/Winkler Rn 184).

⁸⁶⁸ Seinen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 2218, 670, 257 BGB wegen der Verfahrenskosten verliert er nur dann, wenn er den Prozess pflichtwidrig geführt hat, also bei überflüssiger, leichtfertiger oder durch persönliche Interessen beeinflusster Prozessführung (vgl. Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan Rn 186 m.w.N.).

10.5 Entlastungsanspruch de lege ferenda?

Gegen eine gesetzliche Verankerung eines ausdrücklichen Entlastungsanspruchs spricht die in der Rechtsprechung immer wieder zu Recht hervorgehobene fehlende Möglichkeit Vertrauen einzufordern. Wie die Untersuchung gezeigt hat, findet sich daher aus gutem Grund keine gesetzliche Regelung, die einem Verwalter oder Vorstand einen einklagbaren Anspruch zubilligt. Im Gegenteil. So wurde mit § 120 AktG sowie § 66 InsO deutlich gemacht, dass eine Entlastung bzw. die Abnahme der Rechnungslegung keinerlei Wirkung haben soll.

Zwar ist die Rechnungslegung nicht für die Entlastung Voraussetzung, denn es kann auf diese ohne weiteres von Seiten der Erben verzichtet werden, aber häufig Grundlage des späteren Entlastungsbeschlusses. Regelmäßig haben die Erben ohne rechtliche Unterstützung von Seiten eines Anwaltes keine Möglichkeit, die Rechnungslegung ihrem Inhalt nach rechtlich nachzuvollziehen. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht de lege ferenda, das Nachlassgericht wie beispielsweise das Vormundschaftsgericht in § 1892 BGB die Rechnungsabnahme vermitteln soll. Ebenso hat sich der Gesetzgeber für eine Kontrolle der Rechnungslegung durch das Insolvenzgericht nach Maßgabe des § 66 Abs. 2 InsO oder durch das Gericht im Fall des § 154 S. 3 ZVG entschieden.

10.5.1 Kontrolle der Rechnungslegung durch das Nachlassgericht?

Der Gesetzgeber hat sich für eine „Machtfülle“⁸⁶⁹ des Testamentsvollstreckers und lediglich für eine Kontrolle durch die Erben entschieden. Nur in wenigen Bereichen kann das Nachlassgericht und nur auf Antrag eines Beteiligten wie z.B. der Erben kann es gegenüber dem Testamentsvollstrecker tätig werden. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 2227 BGB kann es den Testamentsvollstrecker auf Antrag entlassen. Ferner scheidet das Nachlassgericht nach Maßgabe des § 2224 BGB bei Meinungsverschiedenheiten unter mehreren Testamentsvollstreckern. Ansonsten ist das Nachlassgericht bei Streitigkeiten über die Art und Weise der Testamentsvollstreckung oder die Auseinandersetzung nicht unmittelbar zuständig. Solche Streitigkeiten spielen ausschließlich bei der Überprüfung eines Entlassungsgrundes eine Rolle.

Auch kann das Nachlassgericht selbst nicht in die Verwaltung des Testamentsvollstreckers eingreifen, sondern nur in Anordnungen des Erblassers über die Verwaltung. So kann in bestimmten Fällen eine Anordnung nach § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB vom Nachlassgericht außer Kraft gesetzt werden.

⁸⁶⁹ So Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch II Rn 104.

Der Erblasser hat aber in gewissen Umfang die Möglichkeit der Anordnung zur weitergehenden Kontrolle des Testamentsvollstreckers. Eine Verpflichtung zur vorherigen Einholung von Weisungen beim Nachlassgericht kann aber nicht angeordnet werden.⁸⁷⁰ Es kann hingegen durch ihn die Rechte des Testamentsvollstreckers aus § 2208 BGB eingeschränkt werden. Zudem ist durch den Erblasser eine Unterstellung des Testamentsvollstreckers der Aufsicht beliebiger Dritter möglich, wobei allerdings derartige Anordnungen nur schuldrechtliche Wirkungen haben.⁸⁷¹ Darüber hinaus hat der Erblasser die Möglichkeit, den Testamentsvollstrecker bei beschränkt geschäftsfähigen Erben oder bei minderjährigen Erben unter die zusätzliche Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht zu unterwerfen.⁸⁷²

Ein Regelungsbedürfnis der weitergehenden Kontrolle besteht nicht. Dies muss im Belieben des Erblassers bleiben, der die Testamentsvollstreckung anordnet. Dieser muss eigenständig entscheiden, ob er einen Testamentsvollstrecker mit Machtfülle oder einen stark kontrollierten Testamentsvollstrecker wünscht. Ein weitere Kontrollmöglichkeit in Form der vorherigen Kontrolle der Rechnungslegung durch das Nachlassgericht ist daher abzulehnen.

10.5.2 Vermittlung der Rechnungsabnahme durch das Nachlassgericht?

Auch eine Vermittlung der Rechnungsabnahme durch das Nachlassgericht ist nicht notwendig. Vermittlung bedeutet nach § 1892 Abs. 2 BGB, dass erst eine Kontrolle der Rechnungslegung und anschließend durch das Gericht eine Abnahmeverhandlung erfolgt. Das Vormundschaftsgericht kann versuchen, wenn seine eigene Prüfung oder die Beanstandung durch einen Beteiligten Anlass gibt, im Wege der Vermittlung eine erforderliche Berichtigung und Ergänzung der Schlussrechnung herbeizuführen.⁸⁷³ Ansonsten kann es dem Mündel zur Abnahme der Rechnungslegung raten. Das Erscheinen zu einer solchen Abnahmeverhandlung kann nicht vom Gericht erzwingen werden. Ebenso kann es keine der Parteien zur Abnahme der Rechnungslegung zu verpflichten. Hintergrund der Regelung ist der besondere Schutz des Mündels. Einen derartigen Schutz bedürfen aber die (meist erwachsenen und geschäftsfähigen) Erben nicht. Sollen minderjährige oder beschränkt geschäftsfähige Erben mehr geschützt werden, so kann der Erblasser wie oben beschrieben eine diesbezügliche Anordnung treffen.

⁸⁷⁰ Zimmermann Rn 335; Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch II Rn 106.

⁸⁷¹ Reimann in: Bengel/Reimann Handbuch II Rn 109.

⁸⁷² Palandt/Edenhofer Vor § 2197 Rn 3 m.w.N..

⁸⁷³ Staudinger/Engler § 1892 Rn 12; Soergel/Zimmermann § 1892 Rn 4 m.w.N..

Eine besondere Abnahmeverhandlung ist ebenso nicht notwendig, da die Erben vor Abschluss der Testamentsvollstreckung ohnehin zum Auseinandersetzungsplan angehört werden und hierbei bereits eventuelle Konflikte geklärt werden. Eine obligatorische Abnahme- oder Entlastungsverhandlung vor dem Nachlassgericht macht wenig Sinn, zumal das Erscheinen der Parteien nicht erzwungen werden kann und auch nicht erzwungen werden sollte. Wenn nämlich die Erben den Testamentsvollstrecker nicht entlasten wollen, weil sie der Ansicht sind, er habe pflichtwidrig gehandelt, kommt man mit dem rein mediativen Charakter einer solchen Verhandlung kaum weiter, da wegen der konträren Ansichten ohnehin das Zivilgericht angerufen werden würde, bei der es wiederum eine obligatorische Güterverhandlung nach § 278 ZPO gibt. Ist zudem das Vertrauensverhältnis zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker derart erschüttert hilft auch keine Abnahmeverhandlung durch Gericht, da aller Wahrscheinlichkeit nach ein Entlassungsverfahren nach § 2227 BGB angestrengt wird. Letztendlich hätte eine solche Entlastungsvermittlung durch das Nachlassgericht nur in den Fällen der anschließenden reibungslosen Entlastung einen Sinn. Für derartige reibungslose Fälle sollte aber nicht unnötigerweise ein Gericht zuständig sein, sondern sollte im Bereich der Privatautonomie bleiben.

10.6 Zwischenergebnis

Ein Auseinandersetzungsvertrag zwischen Erben und Testamentsvollstrecker ist die in der Praxis zu favorisierende Alternative zum Haftungsausschluss. Vorsorglich sollte die Reichweite der Präklusionswirkung der Entlastung ausdrücklich geregelt werden. Entgegen der Rechtsprechung ist keine Zustimmung des noch nicht befriedigten Vermächtnisnehmers zu dem Auseinandersetzungsvertrag erforderlich, da er hat selbst keine Verfügungsbefugnis hat.

Die Entlastung ist nicht mittels einer Leistungsklage durchsetzbar. Eine derartige Klage kann nur negative Feststellungsklage sein und zwar in Bezug auf sämtliche Haftungstatbestände innerhalb der Entlastungsperiode. Bei der negativen Feststellungsklage kann ein Rechtsschutzbedürfnis nur aus einer von den beklagten Erben aufgestellten Bestandsbehauptung der vom Testamentsvollstrecker verneinten Rechtslage entstehen. Ein generelles Rechtsschutzbedürfnis wegen der verweigerten Entlastung ohne Berühren von Ersatzansprüchen ist abzulehnen. Wegen § 2220 BGB ist es dem Erblasser im Rahmen seiner letztwilligen Verfügung nicht möglich, den Testamentsvollstrecker im Voraus von seiner Haftung zu befreien. Befreiungsvermächnisse, Vermächnisse auf Anspruch auf Entlastung oder ein Vermächtnis auf Verkürzung der Verjährungsfrist hinsichtlich der Haftung sind unwirksam. Als probates Mittel zur Klärung der eigenen Haftung im Vorfeld eignet sich die Einwilligungsklage nach §

2206 Abs. 2 BGB. De lege ferenda ist nicht angezeigt, das Nachlassgericht wie beispielsweise das Vormundschaftsgericht in § 1892 BGB die Rechnungsabnahme vermitteln zu lassen. Gleiches gilt für eine Kontrolle der Rechnungslegung, wie bspw. durch das Insolvenzgericht nach Maßgabe des § 66 Abs. 2 InsO oder durch das Gericht im Fall des § 154 S. 3 ZVG.

Zusammenfassung und Herausstellen der ausgearbeiteten Thesen

1.) Die Entlastung des Testamentsvollstreckers ist die Billigung einer in der Vergangenheit liegenden Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker. Nur in den Fällen der Dauertestamentsvollstreckung kann im Rahmen einer Zwischenentlastung auch ein künftiger Vertauensbeweis in der Entlastung liegen. Sie ist nicht das Korrelat der Rechnungslegung und darf nicht über ihre Rechtsfolge erklärt werden. Vielmehr bedarf es einer strikten Trennung zwischen Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Entlastung. Die Entlastung ist lediglich eine einseitige Erklärung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. Sie ist kein Vertrag oder geschäftsähnliche Erklärung, sondern eine bloße Tathandlung. Die Entlastung hat den Zweck der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Sie hat Klarstellungs- sowie Abschluss- oder Abgrenzungsfunktion.

2.) Der Testamentsvollstrecker kann nicht nur vom Erben entlastet werden. Trotz des fehlenden Verweises in § 2218 BGB müssen auch weitere Personen eine Möglichkeit zur Entlastung haben, sofern sie von der Testamentsvollstreckung konkret betroffen sind. Dies sind neben dem Vermächtnisnehmer, auch der Auflagenbegünstigte, sofern ihm ein Vermögensvorteil, wie bspw. im Rahmen einer Wertauflage, zugewendet wird. Gleiches gilt für den Erbteilserwerber und den Pfändungsgläubiger. Ebenso hat der Testamentsvollstreckernachfolger die Möglichkeit seinen Vorgänger zu entlasten, ohne dass dies aber Auswirkungen auf Rechte der Erben haben kann.

3.) Die Entlastung wird regelmäßig nach der Rechenschaftslegung durch den Testamentsvollstrecker bzw. nach Beendigung der Testamentsvollstreckung von Seiten der Erben erfolgen. Der Testamentsvollstrecker ist seinerseits verpflichtet, die Erben umfassend zu informieren. Dies geschieht durch eine Aufklärungspflicht, einer Auskunft- und Rechenschaftspflicht. Während die beiden ersten Pflichten unaufgefordert erfüllt werden müssen, muss der Testamentsvollstrecker nur auf Verlangen Rechnung legen. Die Aufklärungspflicht orientiert sich im Einzelfall an der Verantwortlichkeit und kann bei geplanten Risikogeschäften des Testamentsvollstreckers weitergehende Hinweis- und Beartungspflichten auslösen. Der Testamentsvollstrecker hat entgegen einer verbreiteten Ansicht keinen Anspruch auf Überprüfung der Rechnungslegung durch die Erben. Zwischen Erben und Testamentsvollstrecker besteht gerade kein gegenseitiges Treueverhältnis wie im Auftragsrecht.

Zu den weiteren Pflichten des Testamentsvollstreckers gehört die Aufstellung eines Auseinandersetzungsplanes, zu denen vorab die Erben nach § 2204 Abs. 2 BGB angehört werden müssen. Ein Schweigen auf einen Auseinandersetzungsplan innerhalb einer angemessenen Frist kann entgegen der Literaturansicht nicht als Zustimmung aufzufassen sein. Ein bloßes Schweigen zum Plan würde nur dann als Zustimmung ausreichen, wenn der Erbe verpflichtet gewesen wäre, gegenüber dem Testamentsvollstrecker seinen ablehnenden Willen zu äußern. Eine derartige Pflicht des Erben besteht nicht. Mit der Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan kann somit keine Entlastung verbunden sein

Erhebliche Vorteile hat ein Auseinandersetzungsvertrag, der besondere Befriedungsfunktion hat. Das einseitige Abstellen der Literatur auf die Mitwirkungshandlung im Form der Zustimmung zum Auseinandersetzungsplan der Erben ist nicht zur Begründung eines Auseinandersetzungsvertrages ist geeignet. Vielmehr muss ein diesbezüglicher Wille deutlich werden. Sofern kein ausdrücklicher Verzicht auf eine Haftung des Testamentsvollstreckers im Vertrag aufgenommen wurde, muss dieser nicht zwingend eine Entlastung enthalten.

4.) Lediglich im Bereich des Aktienrechts und der Insolvenzordnung hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass der Entlastung keine automatische Präklusionswirkung zukommt. In den anderen geprüften Bereichen konnte festgestellt werden, dass die Rechtsprechung meist ohne die tatsächliche Rechtsnatur der Entlastung zu überprüfen, sofort die Rechtsfolge der Entlastung mehr umschrieben als deutlich gemacht hat. So soll die Entlastung z.B. im Vereinsrecht und Gesellschaftsrecht lediglich eine Wirkung wie ein Verzicht oder ein negatives Schuldanerkenntnis haben, ohne aber ein solcher Vertrag zu sein. Dies wird damit begründet, dass in diesen Fällen die Entlastung ein einseitiges keiner Annahme bedürftiges Rechtsgeschäft ist. Vertragsfiktion und einseitiges Rechtsgeschäft dürften sich aber rechtsdogmatisch ausschließen. Eine im Gesellschaftsrecht erteilte Entlastung kann sogar im Unterschied zu den anderen Entlastungen aufgrund eines Verstoßes gegen die Treuepflicht unwirksam sein. Einfacher und klarer sind die Verhältnisse, wenn Gerichte das Anerkennen der Rechnungslegung vermitteln, wie z.B. im Vormundschaftsrecht. Dort kommt es dann regelmäßig zu ausdrücklichen Entlastungsverträgen, die in der Tat negative Schuldanerkenntnisverträge sind. Dementsprechend wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass außerhalb des Vereins- und Gesellschaftsrechts die Entlastung ein negativer Schuldanerkenntnisvertrag im Sinne des § 397 Abs. 2 BGB ist.

Ganz überwiegend wird ein Anspruch auf Entlastung abgelehnt, da ein Vertrauensbeweis nicht erzwingbar sei. Lediglich einzelne Stimmen billigen dem Gesellschaftergeschäftsführer, Verwalter oder Vorstand dann einen Anspruch auf Entlastung zu, wenn er sich tatsächlich

nichts zu Schulden gekommen hat. Im Bereich des Vereinsrechts und des Rechts der WEG soll danach eine Entlastung der ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen. Anders ist dies im Bereich des Auftragsrechts. Hier wird von der herrschenden Ansicht ein Anspruch auf Entlastung des Geschäftsbesorgers mit dem nicht stichhaltigen Argument gebilligt, da die Entlastung das Korrelat zur Rechnungslegung sei.

5.) Die rechtsgeschäftliche Deutung der Entlastung im Testamentsvollstreckerrecht ist nicht angezeigt. Rechtsfolge einer Entlastung ist nicht ein Verzichtvertrag o.ä.. Vielmehr ist die Präklusionswirkung aus dem Verbot der widersprüchlichen Verhaltens herzuleiten. Für ein *venire contra factum proprium* bedarf es zunächst eines vertrauensbildenden Vorverhaltens der Erben bei der Entlastung des Testamentsvollstreckers. Dies geschieht regelmäßig durch eine ausdrückliche Entlastung durch die Erben, da hierdurch Vertrauen in die Abschlussfunktion der Entlastung beim Testamentsvollstrecker aufgebaut wird. Ein konkludente Entlastung ist entgegen der herrschenden Ansicht nicht möglich, da Grundlage einer Entlastung immer ein Beschluss sein muss. Eine Entlastung bedarf aktiven Handelns.

Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Testamentsvollstreckers bestimmt die Reichweite der Präklusion. Hat der Erbe trotz Kenntnis konkreter Ansprüche oder bei Erkennbarkeit von Pflichtverletzungen den Testamentsvollstrecker dennoch entlastet, kann er keine Ersatzansprüche mehr gegen ihn geltend machen. Ein Vertrauen auf die Abschlussfunktion der Entlastung kann sich hingegen nicht bei einer Entlastung unter Vorbehalt entwickeln.

Als Korrektiv der Auswirkungen des *venire contra factum proprium* dient die Billigkeitskontrolle. Danach ist zu prüfen, ob dem Vertrauensschutz des Testamentsvollstreckers höher-rangige Normen und Interessen entgegenstehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Entlastungsfolge keine reine Binnenwirkung, sondern Außenwirkung hat und bspw. Gläubiger der Erben durch die Entlastung benachteiligt würden.

6.) Die Erben sind nach der Entlastung mit Präklusionswirkung mit der Geltendmachung sämtlicher Ersatzansprüche ausgeschlossen. Hierunter fallen nicht nur Schadensersatzansprüche aus § 2219 BGB oder § 823 BGB, der Testamentsvollstrecker ist auch nicht mehr nach §§ 2218, 667 BGB verpflichtet, das aus der Geschäftsführung, aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung Erlangte herauszugeben. Ebenso verliert der Erbe die Möglichkeit, im Falle einer gesamtschuldnerischen Haftung zusammen mit dem Testamentsvollstrecker, von diesem im Innenverhältnis freigestellt zu werden.

7.) Ein Entlassungsantrag nach § 2227 BGB kann auch auf solche Gründe gestellt werden, die zeitlich vor dem Entlastungsbeschluss liegen. Das Gericht ist nicht an einen Entlastungsbeschluss der Erben gebunden.

8.) Die Entlastungsverweigerung ist nicht unbedingt ein Vertrauensentzug gegenüber dem Testamentsvollstrecker. Es bedarf dazu einer Einzelfallbetrachtung. Sie bleibt für den Testamentsvollstrecker auch folgenlos, sofern nicht gleichzeitig ein erfolgreicher Entlassungsantrag gestellt oder Ersatzansprüche geltend gemacht wurden. Der Testamentsvollstrecker kann seinerseits die sofortige Kündigung aussprechen.

9.) Die Erbengemeinschaft bleibt in Anbetracht des Surrogationsprinzips aus § 2041 BGB für die Beschlussfassung zur Entlastung bestehen, auch wenn der Auseinandersetzungsplan oder – vertrag bereits vollzogen ist. Die Beschlussfassung über die Entlastung ist eine Art der Nachlassverwaltung und unterliegt damit den Regelungen der §§ 2038 BGB ff.. Die Entlastung ist, obwohl Realakt, als Verfügung i.S.d. § 2040 Abs. 1 BGB zu werten. Sie hat kraft Präklusion Gestaltungswirkung, so dass § 2040 Abs. 1 BGB anwendbar ist. Dies hat zur Folge, dass das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Im Unterschied zum Gesellschaftsrecht können daher keine sachfremden Abstimmungen zum Schaden der Minderheit vorgenommen werden. Wollen einzelne Erben dem Testamentsvollstrecker Entlastung erteilen, um eine mögliche gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Testamentsvollstrecker zu vermeiden, haben sie die Möglichkeit zur Mitwirkungsklage gegen den Miterben.

10.) Ist der Testamentsvollstrecker zugleich gesetzlicher Vertreter, Vormund oder Betreuer des Erben ist eine Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht notwendig, denn der Minderjährige bzw. Betreute etc. hat keinerlei Nachteile durch die Entlastung, die von seinem gesetzlichen Vertreter bzw. Vormund oder Betreuer ausgesprochen wird, der zugleich Testamentsvollstrecker ist. Einerseits ist ein Testamentsvollstrecker, wenn dieser gleichzeitig Miterbe wäre, vom Stimmrecht bei der Beschlussfassung ausgeschlossen. Andererseits kann durch die Entlastung durch den gesetzlichen Vertreter etc. in Personalunion nur insoweit Präklusionswirkung entfaltet werden, wie Vertrauen entstehen konnte. Dies führt zu der paradoxen Situation, dass ein Minderjähriger oder Betreuer etc. mehr Vorteile durch eine Entlastung von Seiten seines gesetzlichen Vertreters etc. als Testamentsvollstrecker hätte, als durch eine Entlastung, die durch einen Ergänzungspfleger erteilt wird. Der Testamentsvollstrecker hat also mehr Vorteile, wenn der Rechtsprechung folgend ein Ergänzungspfleger bestellt würde und er durch ihn entlastet wird. Zu trennen sind hiervon die Fälle, bei denen Schadensersatzan-

sprüche gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2219 BGB geltend gemacht werden. Hier ist wegen der Interessenkollision ein Ergänzungspfleger zu bestellen.

11.) Wird dem Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Gesellschaft Entlastung erteilt, hat dies nicht automatisch seine Entlastung als Testamentsvollstrecker zur Folge. Sind allerdings Gesellschafter und Erben kongruent und umfasst die Testamentsvollstreckung nur die Gesellschaftsanteile, so ist regelmäßig auch gleichzeitig eine beiderseitige Entlastung ausgesprochen. Der Testamentsvollstrecker unterliegt bei der Abstimmung zur Entlastung einem Stimmverbot.

Eine Entlastung des Testamentsvollstreckers hat auch eine Entlastung des Testamentsvollstreckers als Bevollmächtigter zur Folge und umgekehrt. Lediglich in den Fällen, bei denen zeitlich unterschiedliche Beendigungen gegeben sind, kann eine Entlastung für das eine Amt nicht gleichzeitig für das andere Amt gelten.

Eine Gesamt- bzw. Blockabstimmung ist nur dann zulässig, wenn alle Mitglieder der Erbengemeinschaft einvernehmlich eine derartige Abstimmung wünschen. Die Testamentsvollstrecker als Miterben sind bei dieser Abstimmung weiterhin stimmberechtigt. Eine Blockabstimmung mit der Folge des Stimmverbotes für alle Testamentsvollstrecker als Miterben kann also nicht gegen ihren Willen durchgesetzt werden.

12.) Im Rahmen der Beseitigungsmöglichkeiten einer fehlerhaften Entlastung muss zwischen der Beschlussfassung und der Kundgabe derselben an den Testamentsvollstrecker differenziert werden. Ist der Entlastungsbeschluss dem Testamentsvollstrecker noch nicht mitgeteilt worden, kann ebenfalls die Stimmabgabe noch vom einzelnen Erben widerrufen werden, sofern ein wichtiger Grund vorliegt. Die Stimmabgabe ist nach Maßgabe der §§ 119 ff., 142 f. BGB anfechtbar. Der Entlastungsbeschluss lässt sich hingegen nicht anfechten. Der Erbe kann nicht damit gehört werden, es hätte der ordnungsgemäßen Verwaltung der Erbengemeinschaft nach § 2038 BGB widersprochen, dem Testamentsvollstrecker die Entlastung zu erteilen. Der im Schrifttum teilweise vertretene Ansicht ist nicht zuzufolgen, wonach die Regelungen zur Beschlussfassung aus dem Körperschaftsrecht, wie in §§ 34, 35 BGB, § 47 Abs. 4 GmbHG, ergänzend herangezogen werden. § 2038 BGB kennt gerade keine Formerfordernisse für die Beschlussfassung. Zudem stellt die Nichtanhörung der Minderheit eine Verletzung des zwischen den Erben bestehenden Schuldverhältnisses dar. Richtigerweise kann der Beschluss der Erbengemeinschaft über die Entlastung formfrei und jederzeit erfolgen. War der Ersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker erkennbar, wurden aber einzelne Erben über das Vorhandensein dieser Ansprüche durch den Testamentsvollstrecker arglistig ge-

täuscht, so erfolgt keine Korrektur des Ergebnisses durch eine Anfechtung nach § 123, 142 BGB, sondern es kann sich der Testamentsvollstrecker wegen des *venire contra factum proprium* nach Maßgabe des § 242 BGB nicht auf eine Präklusionswirkung berufen. Eine Anfechtung ist mithin nicht notwendig. Wegen des Einstimmigkeitsprinzips innerhalb der Erbengemeinschaft führt dies immer zum Ausschluss der Präklusion, auch wenn nur ein einzelner Erbe getäuscht wurde. Waren hingegen die Ersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker ohne weiteres erkennbar, hat keine arglistige Täuschung durch den Testamentsvollstrecker vorgelegen. Dann scheidet ohnehin eine Anfechtbarkeit aus. Da die Entlastung nicht rechtsgeschäftlich gedeutet werden kann, ist sie auch nicht kondizierbar.

13.) Dem Testamentsvollstrecker ist kein Anspruch auf Entlastung zuzubilligen. Die Befürworter eines solchen Anspruchs fußen ihre Argumentation entweder auf der nicht zu folgenden Behauptung, im Auftragsrecht habe der Beauftragte einen Entlastungsanspruch oder sie halten einen Anspruch schlichtweg für notwendig. Der dort propagierte Anspruch auf Entlastung dient häufig als Prämisse und nicht als Resultat. Wenn die Entlastung ausgesprochen wird, so liegt es an der persönlichen Leistung des Entlasteten und nicht an einer ständigen Übung, die es in der Praxis nicht gibt. Es handelt sich um nicht judizierbare psychologische Tatbestände.

Wie man eine Verzeihung nach §§ 2337, 2343 BGB als Realakt nicht einfordern kann, kann auch keine Vertrauenskundgebung eingefordert werden. Auf die in diesem Zusammenhang GmbH-Recht erfolgte *BGH-Rechtsprechung* (BGHZ 94, 324) darf zurückgegriffen werden, wonach ein Recht auf Entlastung weder mit deren Zweck, noch um der an sie geknüpften im Belieben aller Gesellschafter (oder im übertragenden Sinn: aller Erben) stehenden und deshalb nicht erzwingbaren Rechtsfolgen Willen geboten ist. Etwaige Zumutbarkeitserwägungen wegen der 30jährigen Verjährungsfrist vermögen nicht zu überzeugen.

Bei der Entscheidung der Erbengemeinschaft über die Entlastung handelt es sich um eine reine Ermessensentscheidung.

14.) Der Exekutor in Österreich hat im Unterschied zum deutschen Vollstrecker erheblich eingeschränkte Möglichkeiten. Lediglich bei dem sog. verwaltenden Testamentsvollstrecker bestehen weitere Pflichten aus dem Auftragsrecht. Der Rechtsvergleich mit Österreich zeigt, dass dort die Entlastung nicht als Korrelat zur Rechnungslegung betrachtet wird. Ein Recht auf Entlastung gibt es im ABGB nicht und wird auch im Schrifttum nicht propagiert. Allerdings wird in der Literatur ein Befreiungsvermächtnis von Seiten des Erblassers zugunsten des Exekutors zur Haftungsbefreiung für möglich erachtet.

Der Willensvollstrecker des schweizerischen ZGB ähnelt dem deutschen Testamentsvollstrecker in vielerlei Hinsicht. Auch er muss spätestens bei Beendigung der Vollstreckung Rechenschaft ablegen. Ein Entlastungsanspruch wird dem Willensvollstrecker nach einhelliger Auffassung nicht zugebilligt. Im Unterschied zum deutschen Recht untersteht er der Kontrolle der zuständigen kantonalen Behörde, wobei diese in praxi nur auf Anrufung durch die Erben eingreift.

15.) Ein Auseinandersetzungsvertrag zwischen Erben und Testamentsvollstrecker ist die in der Praxis zu favorisierende Alternative zum Haftungsausschluss. Vorsorglich sollte die Reichweite der Präklusionswirkung der Entlastung ausdrücklich geregelt werden. Entgegen der Rechtsprechung ist keine Zustimmung des noch nicht befriedigten Vermächtnisnehmers zu dem Auseinandersetzungsvertrag erforderlich, da er hat selbst keine Verfügungsbefugnis hat.

16.) Die Entlastung ist nicht mittels einer Leistungsklage durchsetzbar. Eine derartige Klage kann nur negative Feststellungsklage sein und zwar in Bezug auf sämtliche Haftungstatbestände innerhalb der Entlastungsperiode. Bei der negativen Feststellungsklage kann ein Rechtsschutzbedürfnis nur aus einer von den beklagten Erben aufgestellten Bestandsbehauptung der vom Testamentsvollstrecker verneinten Rechtslage entstehen. Ein generelles Rechtsschutzbedürfnis wegen der verweigerten Entlastung ohne Berühren von Ersatzansprüchen ist abzulehnen. Wegen § 2220 BGB ist es dem Erblasser im Rahmen seiner letztwilligen Verfügung nicht möglich, den Testamentsvollstrecker im Voraus von seiner Haftung zu befreien. Befreiungsvermächnisse, Vermächnisse auf Anspruch auf Entlastung oder ein Vermächtnis auf Verkürzung der Verjährungsfrist hinsichtlich der Haftung sind unwirksam. Als probates Mittel zur Klärung der eigenen Haftung im Vorfeld eignet sich die Einwilligungsklage nach § 2206 Abs. 2 BGB.

17.) De lege ferenda ist nicht angezeigt, das Nachlassgericht wie beispielsweise das Vormundschaftsgericht in § 1892 BGB die Rechnungsabnahme vermitteln zu lassen. Gleiches gilt für eine Kontrolle der Rechnungslegung, wie bspw. durch das Insolvenzgericht nach Maßgabe des § 66 Abs. 2 InsO oder durch das Gericht im Fall des § 154 S. 3 ZVG.

Lebenslauf Michael Heinz Bonefeld

Am 23.04.1964 wurde ich als zweiter Sohn des Dr. med. dent. Heinz Bonefeld und Erna Bonefeld, geb. Hoffmann in Verl/Westfalen geboren.

Nach dem Besuch von 1970 – 1974 der Grundschule Neißeweg Gütersloh absolvierte ich meine Gymnasialzeit ab 1974 auf dem Evangelisch Städtischen Gymnasium in Gütersloh, wo ich 1983 mein Abitur ablegte.

Nach erfolgter Grundwehrdienstzeit von Juli 1983 – September 1984 nahm ich zum Wintersemester 1984/85 das Studium der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg auf. Zum Wintersemester 1986/87 wechselte ich zunächst an die Leopold-Franzens-Universität zu Innsbruck/Österreich und anschließend an die Georg-August-Universität zu Göttingen, an der ich 1991 das Erste Juristische Staatsexamen bestand.

Die anschließende Referendarzeit verbrachte ich im OLG-Bezirk Celle an dem Amtsgericht und Landgericht Lüneburg sowie in London/England. Im Dezember 1994 beendete ich meine juristische Ausbildung mit dem Zweiten Juristischen Staatsexamen.

Seit 1994 bin ich als Rechtsanwalt zugelassen und seit September 2002 zusätzlich Fachanwalt für Familienrecht.

Am 18.09.2002 habe ich Frau Prof. Dr. rer. pol. Heike Finster geheiratet und bin seit 2003 als Rechtsanwalt in München tätig.