



## Kapitel 3

# Die erbrechtliche Verwaltung des Gesellschaftsanteils

## A. Die Struktur der §§ 2038 ff. BGB

Die Vorschriften, die die Handlungsmöglichkeiten der Erbengemeinschaft regeln, sind knapp gefasst und differenzieren gemäß den §§ 2038 und 2040 BGB danach, ob es sich um eine Verwaltungsmaßnahme oder eine Verfügung handelt. Gemeinhin wird dieser Aufbau als missglückt bewertet, da er keine präzise Differenzierung nach Geschäftsführung und Vertretung vornimmt, wie es etwa die Vorschriften zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts in den §§ 705 ff. BGB tun.<sup>1</sup> Das Recht der Erbengemeinschaft folgt damit gerade nicht dem formell separierten Aufbau<sup>2</sup>, sondern einer materiellen Unterscheidung. Auch fehlen die bei Einzelpersonen üblichen Zurechnungsprinzipien der gegenstandsbezogenen Ermächtigung und der subjektbezogenen Vertretung.<sup>3</sup> Von einer „vom Gesetzgeber mit viel Liebe zum Detail“<sup>4</sup> geregelten Materie kann insoweit nur mit sarkastischem Unterton die Rede sein.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 16 f.; *Hennecke*, Das Sondervermögen der Gesamthand, 1976, S. 120; *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 67 f.; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 114 IV. 1. (S. 612); *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247; vgl. auch *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 4.

<sup>2</sup> Siehe v. *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 693 ff.

<sup>3</sup> *Hennecke*, Das Sondervermögen der Gesamthand, 1976, S. 120.

<sup>4</sup> *Thielmann*, ZHR 136 (1972), 397.

<sup>5</sup> Vgl. *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/1, 1919, § 16 III. b) (S. 110): „Unter den Rechtsinstituten, die als begrifflich unfertig und gesetzlich unvollendet erscheinen und darum einer besonders energischen Fortbildung durch Wissenschaft und Praxis bedürfen, sind hervorzuheben: die als Gemeinschaft zur gesamten Hand konstruierte Miterbengemeinschaft, [...]“.

## I. Regelungsbereiche

### 1. Verwaltungsformen gemäß § 2038 BGB

Das Recht der Erbengemeinschaft kreist um den Begriff der Verwaltung und gibt hierzu eine Abstufung in drei Varianten vor: Es existieren die gemeinschaftliche Verwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB, die Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, § 745 BGB und die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB. Auf diese Weise bildet das Gesetz einzelne „Entscheidungszonen“<sup>6</sup>, von denen die Miterben nur durch einstimmige Vereinbarung untereinander abweichen können, indem sie die Verwaltung und Nutzung der Nachlassgegenstände entsprechend gesondert regeln.<sup>7</sup> Durch seine systematische Position an erster Stelle und den Wortlaut schreibt § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB äußerlich den Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung vor.<sup>8</sup> Demnach ist zwar kein gleichzeitiges, persönliches, gemeinsames Handeln im Außenverhältnis aber immerhin Einstimmigkeit zwischen den Miterben bei der Beschlussfassung erforderlich.<sup>9</sup> Seinen eigentlichen Sinngehalt erlangt der Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung in § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB indes erst durch die Vorschrift des § 745 BGB.<sup>10</sup> Denn die Unterscheidung zwischen gemeinschaftlicher Verwaltung und Mehrheitsverwaltung hängt an den Vorgaben des § 745 BGB, auf den in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB verwiesen wird. Wo eine Maßnahme dessen Kriterien erfüllt, wird das Einstimmigkeitserfordernis durchbrochen und eine einfache Mehrheit genügt. Ein allein in § 2038 BGB angelegter, materieller Grundsatz der Gemeinschaftsverwaltung existiert deshalb nicht.<sup>11</sup> Was faktisch als Grundsatz zu gelten hat, bestimmt sich allein danach, wie man die Einzelatbestände in § 745 BGB auffasst.

---

<sup>6</sup> H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247.

<sup>7</sup> Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 36; wohl auch Löhnig, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 53.

<sup>8</sup> Löhnig, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 4.

<sup>9</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 95.

<sup>10</sup> Boehmer, AcP 144 (1938), 32, 66.

<sup>11</sup> Vgl. Hohensee, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 126 f.

## 2. Verfügung gemäß § 2040 BGB

Flankiert wird die Verwaltung des Nachlasses durch die in § 2040 BGB geregelte Verfügung über Nachlassgegenstände. Verfügungen können von den Miterben nur gemeinschaftlich im Sinne von einstimmig beschlossen werden.<sup>12</sup> Die in § 2040 BGB verwendete Bezeichnung korrespondiert mit dem allgemeinen Verfügungsbegriff des bürgerlichen Rechts.<sup>13</sup> Davon ist jedes Rechtsgeschäft umfasst, durch das bestehende Rechte mit unmittelbarer Wirkung aufgehoben, übertragen, belastet oder verändert werden.<sup>14</sup>

## 3. Nachlassforderungen gemäß § 2039 BGB

Die Geltendmachung von Nachlassforderungen ist in § 2039 BGB<sup>15</sup> geregelt. Die Vorschrift stellt im Verhältnis zu § 2038 BGB eine vorrangige Spezialregelung dar.<sup>16</sup> Ihr Sinn und Zweck liegt darin, die gegebenenfalls den Wert des Nachlasses gefährdende Nichtgeltendmachung eines zum Nachlass gehörenden Anspruchs infolge einer allzu schwerfälligen Gemeinschafts- oder Mehrheitsverwaltung insbesondere mit Rücksicht auf eine etwaige Verjährung nach § 194 S. 1 BGB zu verhindern.<sup>17</sup> Sie ist nur auf die Einziehung von Forderungen und damit auf einen Bereich anwendbar, in dem kein realer Ermessensspielraum der Erbengemeinschaft besteht.<sup>18</sup> Die Norm stellt eine gesetzliche Einziehungs- und

---

<sup>12</sup> *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2040 BGB Rn. 18; vgl. auch RG, Urteil vom 10.12.1906 – Rep. IV. 94/06, RGZ 65, 5, 6.

<sup>13</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 61; *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 32.

<sup>14</sup> RG, Urteil vom 07.07.1917 – V 66/17, RGZ 90, 395, 399; BGH, Urteil vom 15.03.1951 – IV ZR 9/50, BGHZ 1, 294, 304; *Bayreuther*, in: MünchKomm. BGB, § 185 BGB Rn. 3; *S. Klumpp*, in: v. Staudinger, § 185 BGB Rn. 12; *Mansel*, in: Jauernig, Vor §§ 104 ff. BGB Rn. 10; *Schopp*, ZMR 1967, 193, 194.

<sup>15</sup> Siehe zum historischen Hintergrund *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 96.

<sup>16</sup> *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 11; *Hoeren*, in: Schulze et al., § 2039 BGB Rn. 1; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 2.

<sup>17</sup> *Hoeren*, in: Schulze et al., § 2039 BGB Rn. 1.

<sup>18</sup> *Schütte*, in: jurisPK BGB, § 2039 BGB (Stand: 07.09.2021) Rn. 1.

Prozessführungsbefugnis<sup>19</sup> dar und ist an § 432 Abs. 1 BGB angelehnt<sup>20</sup>. Der Anspruchsbegriff entspricht dem des § 194 S. 1 BGB.<sup>21</sup>

#### 4. System der Nachlassverwaltung

Wie lassen sich diese Vorschriften und Begriffsabgrenzungen nun den beiden Phasen der Beschlussfassung einerseits und der Beschlussausführung andererseits zuordnen? Den Ausgangspunkt bildet die Frage nach den Befugnissen der Erbenmehrheit. Kann sie einen im Innenverhältnis gefassten Mehrheitsbeschluss (Phase A) auch ohne Zustimmung der überstimmten Minderheit durchsetzen (Phase B)?

##### a) Limitierte Mehrheitsverwaltung

Die ältere Auslegung orientiert sich streng am Wortlaut und an der äußeren Systematik des § 2038 BGB. Ihr zufolge sei überhaupt nur beim willensbildenden Beschluss eine Mehrheitsverwaltung gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB möglich. Wegen des Vorrangs der Gemeinschaftlichkeit in § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB sei die Willensausführung dagegen immer nur gemeinschaftlich, das heißt im Wege eines einstimmig befürworteten Handelns zulässig.<sup>22</sup> Die Mehrheit müsse die Minderheit gemäß ihrer

---

<sup>19</sup> *W. Bayer*, in: Erman, § 2039 BGB Rn. 1.

<sup>20</sup> *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2039 BGB Rn. 1.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 13.07.1954 – V ZR 56/50, BGHZ 14, 251, 254; *Ann*, Die Erben-gemeinschaft, 2001, S. 97; *W. Bayer*, in: Erman, § 2039 BGB Rn. 4; *Gergen*, in: Münch-Komm. BGB, § 2039 BGB Rn. 3; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 III. 4. b) (S. 1124); *Letzmaier*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2039 BGB Rn. 3; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2039 BGB Rn. 6; *Muscheler*, Erbrecht II, 2012, § 50 Rn. 3877 (S. 2009).

<sup>22</sup> OLG Königsberg, Beschluss vom 24.04.1907 – II. ZS, OLGRspr 18, 34 (zur Bruchteilsgemeinschaft); OLG Neustadt, Urteil vom 26.02.1962 – 3 W 5/62, MDR 1962, 574; *Armbruster*, Die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts, 1965, S. 24; *Bartholomeyczik*, Erbrecht, 1971, § 38 III (S. 242 ff.); *ders.*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 24, 33 ff.; *Binder*, Erbrecht, 1930, S. 86; *Heintzenberg*, Die Einzelunternehmen im Erbgang, 1957, S. 46; *Hochgräbe*, Vergleich einer Erbengemeinschaft, die ein Handelsgewerbe betreibt, mit einer offenen Handelsgesellschaft, 1934, S. 56; *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143 ff.; *Kreß*, Erbengemeinschaft, 1903, S. 44; *Leonhardt*, Die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines

Verpflichtung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB auf Zustimmung zur Ausführung des Mehrheitsbeschlusses verklagen. Das rechtskräftige Urteil ersetze gemäß § 894 S. 1 ZPO dann diese Zustimmung gegenüber dem Dritten.<sup>23</sup> Übertragen auf den Untersuchungsgegenstand hieße das folgendes: Eine Mehrheit von Miterben, die die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters oder eine bestimmte Rechtsausübung in Bezug auf den Kapitalgesellschaftsanteil beschließt, müsste die überstimmte Erbenminderheit immer erst rechtskräftig auf Zustimmung verurteilen lassen, bevor sie das Beschlussergebnis ausführen könnte. Denn sowohl die unmittelbare Geltendmachung in der GmbH (Phase B2) wie auch die Bestellung/Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters und die Erteilung einer Weisung an ihn zur Ausübung eines bestimmten Gesellschafterrechts (Phase B1) sind für die Erbengemeinschaft nicht mehr Willensbildungs-, sondern Willensausführungsprozesse.

#### b) Vollziehende Mehrheitsverwaltung

Demgegenüber plädiert die heute ganz herrschende Meinung für eine erweiterte Mehrheitskompetenz, die zur Folge hat, dass von einer Erbenmehrheit gefasste Beschlüsse auch unmittelbar von dieser Mehrheit ausgeführt werden können.<sup>24</sup> Die Konstruktion basiert darauf, dass aus dem

---

Handelsgeschäfts, 1963, S. 93; v. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 4 A. III. (S. 803); Strohal, Erbrecht II, 1904, § 64 (S. 89 ff.).

<sup>23</sup> Bartholomeyczik, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 33 f.; Heintzenberg, Die Einzelunternehmen im Erbgang, 1957, S. 46; Leonhardt, Die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines Handelsgeschäfts, 1963, S. 93; v. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 4 C. I. (S. 810).

<sup>24</sup> OLG Kiel, Urteil vom 25.11.1905 – III. ZS, OLGRspr 13, 428 f. (zur Bruchteils-gemeinschaft); Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 49 ff.; W. Bayer, in: Erman, § 2038 BGB Rn. 12; Boehmer, AcP 144 (1938), 32, 70 ff.; Coester-Waltjen, JURA 1990, 469, 471; Ebbecke, in: Planck, § 2038 BGB Rn. 1; Ebenroth, Erbrecht, 1992, § 11 III. 2. a) (S. 496 Rn. 763); Eberl-Borges, NJW 2020, 3137, 3138; Eichmanns, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 111 ff.; Frieser/Pothast, ErbR 2020, 2, 4; Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 53; Grunewald, AcP 197 (1997), 305, 306 f.; C. Hahn, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 115; Heil, Die ordnungsmässige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht, 1998, S. 186 ff.; Hennecke, Das Sondervermögen der Gesamthand, 1976, S. 121; Hohensee, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 128 ff.; Kemen, Stimmrecht und Interessenkollision in der

Mehrheitsbeschluss nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB eine Vertretungsmacht der Mehrheit für die gesamte Gemeinschaft abgeleitet wird.<sup>25</sup> Die dogmatische Begründung variiert. Zum einen wird angeführt, dass der Beschluss die Mehrheit gesetzlich<sup>26</sup>, zum anderen, dass er sie rechtsgeschäftlich<sup>27</sup> stillschweigend zum Handeln nach außen ermächtigt. Der Bundesgerichtshof hat sich diesem Konzept bereits im Jahr 1971 angeschlossen.<sup>28</sup> Der Punkt, an dem sich diese Auffassung aufgliedert, ist die Frage nach der Reichweite der Mehrheitsmacht in Bezug auf die Art der beschlussausführenden Rechtshandlung.

---

BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 81; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 114 IV. 2. (S. 613 f.); *Kregel*, in: RGRK BGB, § 2038 BGB Rn. 8; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 III. 6.; *Hermann Lange*, JuS 1967, 453, 456; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 57 Rn. 60 (S. 570); *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 47 ff.; *Lieder/Pommering*, ZEV 2019, 564, 567; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 48; *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 68 ff.; *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 229; *Raue*, GmbHR 2015, 121, 122; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 38; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1052; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 243; *Stanescu*, Die Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft zwischen § 2038 und § 2040 BGB, 2013, S. 29 ff.; *Stürner*, in: Jauernig, § 2038 BGB Rn. 1; *Stützel*, NJW 2013, 3543, 3544; *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 81; *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 5; *Werkmüller*, ZEV 1999, 218, 219; *Wernecke*, AcP 193 (1993), 240, 243; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 248 f.; vgl. auch *Presser*, JW 1933, 145; *Goldstein*, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 56 f.

<sup>25</sup> Vgl. OLG Kiel, Urteil vom 25.11.1905 – III. ZS, OLGRspr 13, 428 f., wobei hier die Rede davon ist, dass die Mehrheit explizit die Minderheit vertrete.

<sup>26</sup> OLG Kiel, Urteil vom 25.11.1905 – III. ZS, OLGRspr 13, 428 f.; *Damrau*, ZEV 2006, 190, 191 f.; *Grunewald*, AcP 197 (1997), 305, 306; *Heil*, Die ordnungsmäßige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht, 1998, S. 186 ff.; *Kregel*, in: RGRK BGB, § 2038 BGB Rn. 8; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 III Fn. 106 (S. 1120 f.); *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 229; *Potthast*, ErbR 2022, 879, 884; *Stanescu*, Die Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft zwischen § 2038 und § 2040 BGB, 2013, S. 56 f.; *Wernecke*, AcP 193 (1993), 240, 243; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 11.

<sup>27</sup> *Presser*, JW 1933, 145; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 38 f.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 50 ff.; siehe auch BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 31.

*aa) Restriktive Vollziehungsbefugnis der Mehrheit*

Die wohl als konservativ einzuordnende Auffassung beschränkt die Mehrheitsmacht der Erbengemeinschaft auf Verpflichtungsgeschäfte.<sup>29</sup> § 2040 Abs. 1 BGB sei im Verhältnis zu § 2038 BGB eine vorrangige Spezialregelung. Mithin existiere kein Raum für eine teleologische Reduktion<sup>30</sup>. Als Alternativkonzepte zur Erhöhung der Mehrheitsmacht in der Erbengemeinschaft werden – wenn überhaupt – wahlweise die Einführung von speziellen, erbengemeinschaftlichen Treuepflichten,<sup>31</sup> die Schaffung eines neuen Verfügungsbegriffs<sup>32</sup> oder der Vorschlag einer gesetzlichen Neufassung<sup>33</sup> ins Feld geführt.

*bb) Eingeschränkte Vollziehungsbefugnis der Mehrheit*

Dem steht eine gemäßigt progressive Linie gegenüber. Grundsätzlich sei für einen Beschlussvollzug, der gleichzeitig eine Verfügung im Sinne des § 2040 Abs. 1 BGB darstelle, in der Tat Einstimmigkeit erforderlich. Ausnahmen hierzu könnten aber dann zulässig sein, wenn die Verwaltungsmaßnahme nicht nur ordnungsgemäß im Sinne des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern auch erforderlich im Sinne des § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB sei.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267, 269; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 55; *Goldstein*, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 57; *Greil-Lidl*, Die Verfügungsverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2014, S. 43 ff.; *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben, 2010, S. 66 ff.; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 III. 6.; *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 136; *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 86 ff.; *Müßig*, JZ 2011, 481, 483 f.; *O. Werner*, ZEV 2006, 360 f.

<sup>30</sup> Siehe zum Begriff *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 88 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 391 ff.

<sup>31</sup> *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben, 2010, S. 124 ff.

<sup>32</sup> *Greil-Lidl*, Die Verfügungsverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2014, S. 112 ff.

<sup>33</sup> *Stanescu*, Die Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft zwischen § 2038 und § 2040 BGB, 2013, S. 90 ff.

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 184 f.; BGH, Urteil vom 28.04.2006 – LwZR 10/05, NJW 2007, 150, 151 f.; *W. Bayer*, in: Erman, § 2040 BGB Rn. 3; *Johannsen*, WM 1970, 573, 576; *Kregel*, in: RGRK BGB, § 2040 BGB Rn. 2; *Löhnig*, ErbR 2007, 50, 53; *W. Schubert*, JR 2010, 536; *Schütte*, NJW 2007, 152

*cc) Unbeschränkte Vollziehungsbefugnis der Mehrheit*

Die dritte Linie schließlich räumt § 2038 BGB einen absoluten Vorrang vor § 2040 Abs. 1 BGB ein.<sup>35</sup> So solle es nicht darauf ankommen, ob eine Verwaltungsmaßnahme auch eine Verfügung darstelle. Im Gegenteil sei § 2038 BGB ein vorrangiges Spezialgesetz im Verhältnis zu § 2040 Abs. 1 BGB – nicht umgekehrt.<sup>36</sup> Ein hinreichender sachlicher Grund für eine unterschiedliche Bewertung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften sei nicht erkennbar. Solange nur das Merkmal der ordnungsmäßigen Verwaltung in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt sei, könnten Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte gleichermaßen von der Erbenmehrheit für die Erbengemeinschaft abgeschlossen werden.

*dd) Anwendung der Linien auf die Ausübung der Gesellschafterrechte*

Die zäh geführte Kontroverse ist für die Untersuchung nur dann von Relevanz, wenn es sich bei einer der für die Untersuchung relevanten

---

f.; Stützel, NJW 2013, 3543, 3544 f.; Walker, FamRZ 2010, 204 f.; Wellenhofer, JuS 2010, 543, 545.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, ZEV 2010, 36, 37–38 (zur Kündigung eines Mietverhältnisses); BGH, Urteil vom 19.09.2012 – XII ZR 151/10, NJW 2013, 166, 167 (zur Einziehung einer gemeinschaftlichen Mietsforderung); OLG Brandenburg, Urteil vom 24.08.2011 – 13 U 56/10, NJW-RR 2012, 336, 337 f. (zur Kündigung eines Bankkontos); OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 29.07.2011 – 2 U 255/10, ZEV 2012, 258, 259 f. (zur Kündigung eines Darlehens); OLG Schleswig, Urteil vom 18.09.2014 – 3 U 82/13, ZEV 2015, 101, 103 ff. (zur Kündigung eines Darlehens); *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 79 f.; *ders.*, MittBayNot 2007, 133 ff.; *ders.*, ZEV 2010, 39 f.; *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32, 70 ff.; *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, § 11 III. 2. b) (S. 498 Rn. 765); *Eberl-Borges*, NJW 2006, 1313; *Grunewald*, AcP 197 (1997), 305, 307 f.; *C. Hahn*, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 115 f.; *Heil*, Die ordnungsmäßige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht, 1998, S. 186 ff.; *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 130 ff.; *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 81; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 114 IV. 1. und 2. (S. 612 ff.); *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 58 Rn. 75 (S. 575); *Lieder/Pommering*, ZEV 2019, 564, 567; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 49 ff.; *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 230 f.; *Raue*, GmbHR 2015, 121, 122; *Stürner*, in: Jauernig, § 2038 BGB Rn. 1; *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 82; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 248 f.

<sup>36</sup> Grdl. *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32, 74 f.

Handlungen der Erbengemeinschaft überhaupt um eine Verfügung im Sinne des § 2040 Abs. 1 BGB handelt. Ein bloß die Miterben bindender Beschluss (Phase A) ist unabhängig vom Beschlussgegenstand keine Verfügung. Die Bestellung und die Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters im Sinne des § 69 Abs. 1 AktG beziehungsweise des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG (und fakultativ im Sinne des § 18 Abs. 1 GmbHG) (Phase B1) laufen nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen, d. h. über die Bevollmächtigung nach § 167 BGB und den Widerruf der Bevollmächtigung nach § 168 BGB.<sup>37</sup> Auch diese beiden Rechtshandlungen stellen keine Verfügungen dar.<sup>38</sup> Die unmittelbare Vollziehung eines Rechtsausübungsbeschlusses in der Gesellschafterversammlung der GmbH nach § 18 Abs. 1 GmbHG (Phase B2) stellt ebenfalls keine Verfügung dar.<sup>39</sup> Und schließlich unterfällt auch die Erteilung einer Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter, ein bestimmtes Gesellschafterrecht gemäß dem Beschluss der Erbengemeinschaft auszuüben (Phase B1), nicht dem Verfügungsbegriff. Das gilt auch für die Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses im Wege einer kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelklage. Zwar stellt diese die Ausübung eines Gestaltungs(klage)rechts dar,<sup>40</sup> welches als solches mit einer Verfügungswirkung verbunden<sup>41</sup> ist, und in der Tat ist § 2039 S. 1 BGB

---

<sup>37</sup> *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 20; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 7; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 6; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 4; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 4; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 34; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 69 AktG Rn. 5; *Wieneke*, in: Bürgers/Körber, § 69 AktG Rn. 6.

<sup>38</sup> So im Ergebnis auch: BayObLG, Beschluss vom 02.08.1968 – 2 Z 54/68, AG 1968, 330, 331; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 563; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 69 AktG Rn. 4; vgl. auch OLG Nürnberg, Urteil vom 16.07.2014 – 12 U 2267/12, ZIP 2014, 2081, 2083; in diese Richtung bereits *Ebbecke*, in: Planck, § 2038 BGB Rn. 2.

<sup>39</sup> Vgl. OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 152.

<sup>40</sup> *Vatter*, in: Spindler/Stilz, § 245 AktG Rn. 5; *J. Koch*, in: ders., § 243 AktG Rn. 3; *C. Schäfer*, in: MünchKomm. AktG, § 243 AktG Rn. 8; vgl. auch BGH, Urteil vom 25.02.1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 265 f.

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 13.07.1954 – V ZR 56/50, BGHZ 14, 251, 254; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2039 BGB Rn. 4; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 2039 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 4; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2039 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 8.

aufgrund eben dieses gestalterischen Charakters nicht einschlägig.<sup>42</sup> Die Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses betrifft indes keine Verfügung über den Kapitalgesellschaftsanteil als Nachlassgegenstand, sondern entfaltet ihre gestalterische Wirkung innerhalb der Kapitalgesellschaft. Der Anwendungsbereich des § 2040 Abs. 1 BGB ist aber auf die Fälle beschränkt, in denen die Rechtsinhaberschaft der Erbengemeinschaft am Nachlassgegenstand und damit im Rahmen des Untersuchungsgegenstands am Gesellschaftsanteil selbst berührt wird.<sup>43</sup> Die Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses tut dies nicht und unterfällt somit nicht dem § 2040 Abs. 1 BGB.<sup>44</sup>

Daneben wird vertreten, dass die Benennung eines den gesamten Nachlass verwaltenden Vertreters ohne Rücksprachepflicht – gerade im Hinblick auf vererbte GmbH-Geschäftsanteile – ausnahmsweise eine prinzipielle Einstimmigkeit erfordere. Denn hierbei handele es sich quasi um eine Verfügung, sodass der Rechtsgedanke des § 2040 BGB entsprechend zu berücksichtigen sei.<sup>45</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Auch wenn es in

---

<sup>42</sup> BFH, Beschluss vom 05.12.2006 – X B 106/06, ZEV 2007, 281, 282; BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 30; BVerwG, Urteil vom 19.03.1956 – V C 265/54, BVerwGE 3, 208, 210; VGH Mannheim, Beschluss vom 10.07.1991 – 8 S 1589/91, NJW 1992, 388; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 98; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2039 BGB Rn. 10; *Letzmaier*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2039 BGB Rn. 11; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 2039 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 4; *Presser*, JW 1933, 145, 146; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2039 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 8; *J. Roth/Gerhardt/Ann*, in: Kroiß/Horn, § 2039 BGB Rn. 5.

<sup>43</sup> *Wertenbruch*, in: MünchKomm. GmbHG, Anhang § 47 GmbHG Rn. 252.

<sup>44</sup> OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 152; OLG Nürnberg, Urteil vom 16.07.2014 – 12 U 2267/12, ZIP 2014, 2081, 2083; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 63, 151 f.; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 157; *Wertenbruch*, in: MünchKomm. GmbHG, Anhang § 47 GmbHG Rn. 252; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 249; implizit auch *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 220 f.; missverständlich BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 30 f.: „Die Klägerin zu 1 durfte die Klage [...] allein erheben. [...] In einem solchen Fall steht dem allein klagenden Miterben eine gesetzliche Prozeßführungsbefugnis zu; § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB geht der Regelung in § 2040 BGB, wonach die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können, vor.“ Die Erwähnung von § 2040 BGB war überflüssig.

<sup>45</sup> *Raue*, GmbHR 2015, 121, 128.

Anbetracht der Relativität der Rechtsbegriffe prinzipiell möglich wäre, den Verfügungsbegriff in § 2040 BGB umzuinterpretieren beziehungsweise zu erweitern, so wäre dieses Vorgehen doch auf das Bestehen einer hinreichend starken Schutzwertung angewiesen. Der Vertreter ist gegenüber der Erbengemeinschaft indes an Weisungen gebunden und sämtliche dieser Weisungen haben ihrerseits, sofern sie durch Mehrheitsbeschluss ergehen, die Kriterien der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB einzuhalten.<sup>46</sup> Das gleiche gilt für die Bestellung des Vertreters selbst und gerade auch für die Entscheidung der Erbenmehrheit, dem Vertreter keine Rücksprachepflicht einzuräumen. Der Schutz der Erbenminderheit vor inhaltlichen Maßnahmen, die ihren Interessen zuwiderlaufen, steckt abschließend geregelt in den §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB, welche durch eine extensive Interpretation des Verfügungsbegriffs in § 2040 BGB umgangen würden. Ist die Erbenminderheit mit der Person des Stellvertreters, einzelnen Mehrheitsweisungen an ihn oder der Entscheidung, ihm keine Rücksprachepflicht einzuräumen, nicht einverstanden beziehungsweise geht sie davon aus, dass hierin eine Überschreitung der Mehrheitskompetenz nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, § 745 BGB liegt, so ist sie auf den Rechtsweg zu verweisen.

Somit stellt keines der für die Untersuchung relevanten Handlungselemente der Erbengemeinschaft eine Verfügung dar. Die Kontroverse um das Verhältnis von § 2038 und § 2040 BGB hat daher offenzubleiben.

### c) Stellungnahme

Für die Untersuchung ist allein die übergeordnete Frage entscheidend, ob die Erbenmehrheit für Maßnahmen, die keine Verfügungen darstellen, eine Kompetenz zur Vollziehung von Mehrheitsbeschlüssen innehat. Dies ist mit der ganz herrschenden Meinung zu bejahen. Zwar lässt sich die relevante Formulierung der Motive zur Bruchteilsgemeinschaft, dass das Mehrheitsprinzip der Majorität die Möglichkeit, gebe, eine „Maßregel gegen den Willen der Minderheit durchzuführen“<sup>47</sup>, in der Tat in beide Richtungen interpretieren.<sup>48</sup> Entscheidend für eine Vollziehungsbefugnis spricht jedoch

---

<sup>46</sup> Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B.

<sup>47</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB II, 1899, S. 490 (= Mot. BGB II, S. 876).

<sup>48</sup> *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 115 f.; vgl. auch *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 49 f.; a. A. *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143, 148.

der objektive Sinn und Zweck der Vorschrift. Es würde die Erbengemeinschaft unverhältnismäßig schwerfällig werden lassen, wenn sie zur äußeren Durchsetzung von ordnungsgemäß gefassten Mehrheitsentscheidungen bei Widerspruch der Minderheit jedes Mal den Rechtsweg beschreiten müsste.<sup>49</sup> Das abstrakte Prüfinteresse der Erbenminderheit in Bezug auf die Übereinstimmung der Vollziehung mit dem Inhalt des Mehrheitsbeschlusses steht dazu nicht im angemessenen Verhältnis.<sup>50</sup> Die Gegenauffassung stützt sich maßgeblich darauf, dass die Erbengemeinschaft auf Auflösung gerichtet sei, ihr deshalb kein werbender Charakter zukomme und eine erleichterte Teilhabe am Rechtsverkehr deshalb nicht notwendig sei.<sup>51</sup> Jedoch lässt dieses Argument das zentrale, praktische Rechtsproblem der Erbengemeinschaft außer Acht. Obwohl sie vom historischen Gesetzgeber konzeptionell auf schnelle Auseinandersetzung ausgerichtet wurde, tut sie das in der gegenwärtigen Rechtswirklichkeit nicht.<sup>52</sup> Dem Gesetzgeber ist das „Problem permanenter rechtsgeschäftlicher Aktivitäten der Miterben“ wohl in der Tat einfach „nicht in den Sinn gekommen“.<sup>53</sup> Gerade die von der Untersuchung ins Auge gefasste Konstellation unterstreicht diesen Punkt. Denn an einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung hängt die dogmatisch wohl denkbar direkteste Verbindung zum Rechtsverkehr überhaupt, weil sie die Mitgliedschaft in einer Person, d. h. einem anderen Subjekt des Rechtsverkehrs, vermittelt. Die Erbengemeinschaft ist eben kein isoliertes Kollektiv, das von der Realität des Rechtsverkehrs unberührt in Ruhe seine inneren Streitigkeiten aufarbeiten kann. Im Gegenteil ist sie konstant und oftmals längerfristig mit der Aufgabe konfrontiert, wechselseitige Rechtsverhältnisse und damit eben oft auch eine oder sogar mehrere Kapitalgesellschaftsbeteiligungen zu verwalten.<sup>54</sup> Die betroffenen Gesellschaften haben

---

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 50; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 116 ff.; *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 51 f.; *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 81 ff.; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 248.

<sup>50</sup> A. A. *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 33 f.

<sup>51</sup> *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143, 149; vgl. auch *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 62.

<sup>52</sup> *Ann*, MittBayNot 2003, 193, 195.

<sup>53</sup> *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 396.

<sup>54</sup> *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361.

umgekehrt ein legitimes Interesse an einer handlungsfähigen Erbengemeinschaft. Dies gilt gerade für die Fälle der personalistischen Kapitalgesellschaften. Der Verweis darauf, dass das alles so ja gar nicht vom Gesetz als langfristiger Regelfall vorgesehen sei, ignoriert die Rechtswirklichkeit.

Die daneben angeführte Interpretation der Erbengemeinschaft als besonders geeignetem Raum für Konfliktlösungen<sup>55</sup> scheitert an der Realität. Denn zügige Auseinandersetzungen unter Miterben scheinen gerade bei komplex strukturierten Nachlässen nicht der Regelfall zu sein.<sup>56</sup> Die Erbengemeinschaft ist im Gegenteil der denkbar ungeeignetste Raum zur Konfliktlösung, weil sich oftmals Beteiligte in ihr wiederfinden, die sich aus emotionalen Gründen entweder aus Passivität oder aus Widerspenstigkeit mehr oder weniger bewusst gegenseitig blockieren.<sup>57</sup> Das jeweilige Eigeninteresse ist in der Regel enorm ausgeprägt,<sup>58</sup> zumal dann, wenn es um die Nachfolge in Familienunternehmen geht.<sup>59</sup> Dort, wo emotionale Antipathie mit in den Ring steigt, ist der Sache mit einem konstruktiv-sachlichen Hinweis auf gegenseitige wirtschaftliche Interessen oftmals nicht mehr beizukommen.<sup>60</sup> Steht eine bedeutsame Kapitalgesellschaftsbeteiligung im Raum, so ist mithin davon auszugehen, dass sich zwischen den Miterben auch spezifisch unternehmenspolitische Differenzen auf tun können.

Die allgemeine Blockadeanfälligkeit beruht vermutlich nicht nur auf den einzelfallabhängigen, persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander, sondern unter Umständen auch auf einer historisch-strukturellen Inkompatibilität. Denn der tiefere Grund für die heutige Konflikthanfälligkeit scheint darin zu liegen, dass die Erben zur Zeit des germanischen Rechts,

---

<sup>55</sup> So wohl *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143, 155.

<sup>56</sup> Siehe *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 3; *ders.*, in: FS Spiegelberger, 2009, S. 953, 954; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 356; *Eberl-Borges*, NJW 2006, 1313, 1314; *Edenfeld*, DNotZ 2003, 4, 11; *Muscheler*, ZEV 1997, 169.

<sup>57</sup> *Eberl-Borges*, ErbR 2008, 234, 240; *dies.*, in: *Muscheler*, Hereditare II, 2012, S. 1, 7 ff.; vgl. auch *Baus*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 3, 5.

<sup>58</sup> *Offermann-Burckart*, ZEV 2007, 151, 152 f.; vgl. dazu auch die Typologie der Erben bei *R. Braun/U. Pfeiffer/Thomschke*, Erben in Deutschland, 2011, S. 55 ff.; *Lüscher*, ZEV 2004, 2, 7.

<sup>59</sup> Vgl. zu den psychologischen Aspekten v. *Schlippe*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 39 ff.; aus der praktischen Perspektive *Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 465 ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Krenz*, AcP 195 (1995), 361, 366.

aus dessen Familienrecht die Gesamthand stammt<sup>61</sup>, noch die geschlossene Hausgemeinschaft als Unterbau fortsetzen<sup>62</sup>, wohingegen die Erben der Gegenwart in aller Regel neue, eigene Hausgemeinschaften bilden.<sup>63</sup> Daneben gilt es im Allgemeinen zu bedenken, dass „der typische Nachlass heute nicht mehr aus einem in generationenübergreifender Tradition stehenden Familienvermögen, sondern aus einer mehr oder weniger bescheidenen, vielfach vom Erblasser selbst erworbenen Familienwohnung sowie Sparguthaben und Kapitalanlagen“<sup>64</sup> besteht. Da die Regeln der Erbengemeinschaft einheitlich für alle Arten von Nachlässen auszulegen sind, müssen auch diese allgemeinen Umstände bei der Auslegung berücksichtigt werden. Ob und wenn ja in welchem Maße sich diese Entwicklung in Deutschland aufgrund allgemein gewachsenen Wohlstands, der Liberalisierung der Bürgergesellschaft oder kultureller Veränderungen ergeben haben könnte, kann hier dahinstehen. Jedenfalls ist die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass die heutigen Lebensumstände die einzelnen, häuslich getrennten Erben dazu anreizen, ab dem Moment des Erbfalls primär auf sich und ihre eigenen Hausgemeinschaften zu achten.<sup>65</sup> Es erscheint mithin im Lichte der schwach ausgeprägten Regelungsdichte der §§ 2038 ff. BGB plausibel, davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber des § 2038 BGB sich nicht dazu entschieden hat, die Miterben durch ein blockadeanfälliges Verwaltungsregime psychisch dazu zu zwingen, sich zügig

---

<sup>61</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 10.

<sup>62</sup> *Ascheuer*, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 53 ff.; *H. Koch*, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 1935, S. 31 ff. m. w. N.; *Sohm*, Der Gegenstand, 1905, S. 66 Fn. 2.

<sup>63</sup> *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 I. c) 2. (S. 1004) folgerte daraus für die Rechtslage bereits im Jahr 1920, dass die Rechtsform der Gesamthandsgemeinschaft in der Erbkonstellation für die Miterben „ohne innere Wahrheit“ sei; zust. v. *Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 (S. 799); siehe zur Unternehmerfamilie im Allgemeinen auch *Baus*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 3, 7.

<sup>64</sup> *R. Zimmermann*, JZ 2016, 321, 328.

<sup>65</sup> A. A. wohl *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 42 I. 5. a) (S. 1086) mit der Ausführung, dass die natürliche Bindung innerhalb der engeren Familie der gewollten Bindung in einer gewillkürten Gesamthand an Stärke oft nicht nachstünde; siehe aber *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 I. c) 2. (S. 1004), demzufolge das Gesetz das wirkliche Familienband nicht erzeugen könne.

auseinanderzusetzen, sondern dass er davon ausging, dass sie dies ohnehin täten.<sup>66</sup> Das Konzept der Gesamthandsgemeinschaft als Bindungshelfer stellt damit womöglich aus heutiger Sicht eine anachronistische Form des Rechtstransplantats<sup>67</sup> dar, das von den Tatsachen der Gegenwart allzu oft abgestoßen wird.<sup>68</sup> Freilich würde dies nichts daran ändern, dass sie nach geltendem Recht als Rechtsform für eine Mehrheit von Erben vorgesehen ist. Dann könnte allerdings wohl nicht nachvollziehbarerweise davon gesprochen werden, dass sich dieses Rechtsinstitut zur Konfliktlösung eignen würde.

Der Versuch der Ableitung eines Zustimmungserfordernisses der Erbenminderheit aus dem Gesamthandsprinzip selbst<sup>69</sup> kommt einer *petitio principii*<sup>70</sup> gleich. Denn zur Feststellung der Reichweite des Gesamthandsprinzips ist es ja gerade erforderlich, festzustellen, wie weit die Schutzwertung reicht. Das Prinzip findet seine Ausformung erst durch die im Gesetz verankerte Wertung, nicht umgekehrt.

Selbst wenn man unterstellt, dass die gerichtliche Prüfung eines Mehrheitsbeschlusses und die Verurteilung der Erbenminderheit auf Zustimmung zur Vollziehung des Beschlusses in der Gesamtschau angemessen wären, so macht die Verwaltung des Nachlasses oftmals eine Vielzahl von Einzelbeschlüssen erforderlich, gerade wenn es um Beschlussfragen der Gesellschafterversammlung nach § 48 GmbHG oder Weisungen an den gemeinschaftlichen Vertreter im Sinne des § 69 Abs. 1 AktG geht. Dieser Aufwand steht in keinem angemessenen Verhältnis zu den Ressourcen der

---

<sup>66</sup> A. A. aber wohl *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 I. b) 2. und c) (S. 1004), demzufolge die Rechtsform der gesamten Hand gezielt gewählt worden sei, „um den engen Zusammenschluß der Miterben zu fördern und damit den Bestrebungen, die auf die Erhaltung einer echt deutschen Haus- und Familiengemeinschaft gerichtet sind, neues Leben und Kraft zu verleihen“; siehe auch *Potthast*, ErbR 2022, 879; *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 114: „Anreiz der Miterben zur baldigen Auseinandersetzung“.

<sup>67</sup> Hierunter versteht man das Wandern einer Rechtsregel oder eines Systems von Rechtssätzen von einem Land zum anderen, siehe *H. Fleischer*, NZG 2004, 1129 f.; grdl. für Begriff und Bild *Watson*, Legal Transplants, 1993, S. 21 ff. und passim.

<sup>68</sup> Siehe zu den soziologischen Fragestellungen auch *Kurze*, in: Rißmann, Die Erben-gemeinschaft, 2019, § 2 Rn. 8 ff. (S. 21 ff.).

<sup>69</sup> *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 31 f., 35.

<sup>70</sup> Zum Begriff *Schnapp*, Logik für Juristen, 2016, S. 226 ff.; siehe auch *Kirchner/Michaëlis*, Wörterbuch der Philosophischen Grundbegriffe, 1907, S. 429.

Justiz<sup>71</sup> sowie zum Bedürfnis des Rechtsverkehrs und insbesondere der jeweiligen Gesellschaft nach einer handlungsfähigen Erbengemeinschaft. Die Legitimität eben dieses Bedürfnisses wird durch den Sinn und Zweck hinter § 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG (sowie § 77 Abs. 1 S. 3 GenG), die Situation der Körperschaft nicht zu verschlechtern, nochmals unterstrichen. Das Gesetz kann in Anbetracht des inhärenten Blockaderisikos der Erbengemeinschaft nicht vernünftigerweise von seinem objektiven Sinn und Zweck her auf deren Handlungsunfähigkeit gerichtet sein. Denn es stimmt zwar, dass die privatautonome Rechtsordnung neben den Rechten auch die Pflichten des Individuums als Resultat ausgeübter Eigenverantwortung in den Mittelpunkt stellt. Die Rechtswirklichkeit der letzten Jahrzehnte scheint jedoch gezeigt zu haben, dass die Vorstellung, das Gesetz könne die Miterben durch die Gefahr einer Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft und des damit verbundenen potenziellen Verfalls des Nachlasswerts zur Vernunft bewegen, keine hinreichende Tatsachengrundlage hat. Diese praktische Natur der Sache<sup>72</sup> in der wohl konkreten Form einer Folgenberücksichtigung<sup>73</sup> ist bei der Frage nach dem objektiven Sinn und Zweck mitzubersichtlichen. Denn eine Verschiebung des äußeren Tatsachenrahmens kann aufgrund der Trennung von Sein und Sollen zwar keine deterministische Wirkung auf die normative Bewertung haben, sie verschiebt indes den Punkt, auf den die Wertungsargumentation ihrerseits Bezug nimmt und kann dadurch Auswirkungen auf die Plausibilität beziehungsweise den Rechtfertigungsmaßstab ebendieser Wertungsargumentation haben.<sup>74</sup>

Die Erbenmehrheit kann daher jedenfalls solche Maßnahmen, die keine Verfügungen darstellen, auch nach außen hin im Wege der Stellvertretung vollziehen.

---

<sup>71</sup> Lassen, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 51, 55; vgl. auch Hohensee, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 126 ff.

<sup>72</sup> Siehe zum Begriff R. Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache“, 1963; Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“, 1982, S. 44 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 417; K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, § 7 V. (S. 74 f.); Säcker, in: MünchKomm. BGB, Einl. BGB Rn. 105; vgl. auch P. Kowalski, RW 2021, 148, 157 f.

<sup>73</sup> Siehe dazu H.-J. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, § 18 3. b) (S. 227 ff.); K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, § 81 III. (S. 641 ff.).

<sup>74</sup> Vgl. K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, § 7 V. (S. 74 f.).

### *5. Zusammenfassung*

Die Verwaltungsformen regeln jeweils sowohl die Ebene der Beschlussfassung wie auch die Ebene der Beschlussausführung. Alles, was inhaltlich der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB unterfällt, kann durch die Erbenmehrheit nach innen beschlossen und nach außen vollzogen werden. Darunter fallen jedenfalls die Beschlüsse, die keine Verfügung im Sinne des § 2040 Abs. 1 BGB zum Gegenstand haben. Keine der für die Untersuchung relevanten Handlungen stellt eine solche Verfügung dar.

### *II. Dogmatik der Vertretung bei der Nachlassverwaltung*

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt bei der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen nur das Sprechen in eigenem und das in fremdem Namen. Außerhalb der Voraussetzungen zur Stellvertretung nach § 164 BGB kann ein abgegrenztes Subjekt somit nur für sich selbst sprechen. Bei dem einzelnen Miterben, der Erbenmehrheit und der Erbengemeinschaft, d. h. allen Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit, handelt es sich um verschiedene Subjekte<sup>75</sup> beziehungsweise Subjektgruppen. Die Vorstellung, dass der einzelne Miterbe nur in eigenem Namen sprechen und gleichwohl die übrigen Miterben schuldrechtlich mitverpflichten könnte, ergibt im Hinblick auf die Teilungsverbote zur kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft und die Verschiedenheit der Subjektsphären wenig Sinn. Das Handeln des einzelnen Miterben oder der Erbenmehrheit für die gesamte, nichtrechtsfähige Subjektgruppe der Erbengemeinschaft bedarf daher zwingend einer Überleitung nach § 164 BGB.<sup>76</sup> Die Vertretung hat zur Folge, dass der Vertretene unmittelbar durch das vorgenommene Rechtsgeschäft berechtigt und

---

<sup>75</sup> Sollte einem einzelnen Miterben eine Erbquote von über 50 % zugeordnet sein, so wäre dieser als Einzelner mit der Erbenmehrheit personenidentisch.

<sup>76</sup> Der Grund dafür, dass die Erbenmehrheit oder der einzelne Miterbe nicht einfach so für die gesamte Erbengemeinschaft handeln kann, liegt darin, dass das Prinzip der gesamthänderischen Zuordnung, so wie es in den Vorschriften zur Erbengemeinschaft Ausdruck gefunden hat, nur von dem dinglichen Grundsatz abweicht, dass ein Vermögen nur einem einzelnen Subjekt zugeordnet wird. Zur separaten Frage, wie eines der Subjekte für die gesamte Subjektgruppe sprechen kann, enthalten die §§ 2032 ff. BGB indes keine Regelung. Deshalb ist in Ermangelung einer im positiven Recht kodifizierten Alternative auf die §§ 164 ff. BGB abzustellen.

verpflichtet wird.<sup>77</sup> Vertreten werden kann grundsätzlich nur, wer auch selbst Subjekt von Rechten und Pflichten sein kann, d. h. wem Rechtssubjektivität zukommt. So ist beispielsweise die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB in Folge ihrer Rechtsfähigkeit im Sinne des § 14 Abs. 2 BGB als ein den Personen in dieser Hinsicht gleichgestelltes Subjekt anzusehen.<sup>78</sup> Die Erbengemeinschaft fällt als nichtrechtsfähige Gesamthandsgemeinschaft nicht darunter. Es bedarf demnach einer genauen Untersuchung dazu, wie sich bei ihr die Vertretung vollzieht. Dazu lassen sich gerade auch im Hinblick auf den vererbten Kapitalgesellschaftsanteil bezüglich der Erbengemeinschaft verschiedene Linien ausmachen.

### 1. Die Erbengemeinschaft als eigene Entität

Zur Parallefragestellung beim fortgeführten Handelsgeschäft wird vertreten, dass die Erbengemeinschaft selbst als ein einzelnes, rechtsfähiges Gebilde ins Auge zu fassen sei.<sup>79</sup>

### 2. Die Miterben als mehrere Individuen

Eine andere Perspektive stellt auf die einzelnen Miterben als Individuen ab.<sup>80</sup> Ein den durch die Erbenmehrheit gefassten Beschluss vollziehender Miterbe würde demnach gleichzeitig jeweils eine Willenserklärung für

<sup>77</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 477 (= Mot. BGB I, S. 225).

<sup>78</sup> *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 260 f.

<sup>79</sup> *Leonhardt*, Die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines Handelsgeschäfts, 1963, S. 98; *K. Schmidt*, NJW 1985, 2785, 2789; *Wolf*, AcP 181 (1981), 480, 496.

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 24.09.1959 – II ZR 46/59, BGHZ 30, 391, 397; *Beuthien*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 1, 7; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 379, 387; *Goldstein*, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 55; *C. Hahn*, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 120; *Heintzenberg*, Die Einzelunternehmen im Erbgang, 1957, S. 47; *Hüffer*, ZGR 1986, 603, 627; wohl auch *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 877: „So ist [...] ein Handeln im Namen der aus A, B und C bestehenden Erbengemeinschaft nichts anderes als ein Handeln im Namen von A, B und C“; ihm folgend *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 63; implizit auch *Marotzke*, in: v. Staudinger, § 2058 BGB Rn. 42; wohl auch OLG Kiel, Urteil vom 25.11.1905 – III. ZS, OLGRspr 13, 428 f.: „vertritt die Mehrheit die Minderheit kraft der ihr durch § 745 stillschweigend erteilten gesetzlichen Vollmacht“.

jeden der Miterben (darunter auch sich selbst) abgeben (und gegebenenfalls auch entgegennehmen). Die durch eine Erbengemeinschaft erteilte Vollmacht sei demnach keine einheitliche Vollmacht, sondern eine Vielzahl von Vollmachten.<sup>81</sup>

### 3. Die Erbengemeinschaft als nichtrechtsfähige aber überindividuelle Einheit

Drittens könnte man sich an der überindividuellen Einheit der Gesamthandsgemeinschaft orientieren. Die Erbengemeinschaft würde dann (gerade auch in Bezug auf den vererbten Kapitalgesellschaftsanteil) als Ganzes vertreten, ohne dabei rechtsfähig zu sein.<sup>82</sup> Denn der Gesellschaftsanteil befände sich im Nachlass. Sähe man dies anders, so müsste jeder Miterbe dem Vertreter eine eigene Vollmacht erteilen,<sup>83</sup> wobei dann das Risiko des Widerrufs bestünde, der die Vertretungsmacht zum Einsturz bringen könne.<sup>84</sup>

### 4. Stellungnahme

Der drittgenannten Auffassung ist beizupflichten. Die Mitgliedschaft in der Kapitalgesellschaft ist der Erbengemeinschaft als kollektivem Vermögensträger zugeordnet. Hier liegt die Rechtsmacht und hier muss daher gerade im Hinblick auf die allgemein bürgerlich-rechtlichen Umstände und die kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverbote auch die primäre Zuordnung

---

<sup>81</sup> RG, Urteil vom 01.07.1925 – V. 513/24, SeuffA 79 (1925), Nr. 221; BGH, Urteil vom 24.09.1959 – II ZR 46/59, BGHZ 30, 391, 397; KG, Entscheidung vom 03.06.1937 – I WX 179/37, HRR 1937, Nr. 1368.

<sup>82</sup> H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 250 f.; zust. Haegele, BWNotZ 1976, 53 Fn. 7; Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 199, die sich damit allerdings in Widerspruch zu ihrer Annahme einer Gesellschafterstellung des einzelnen Miterben auf S. 51 f. setzt bzw. zu übersehen scheint, dass man hier in den Konflikt zwischen subjektbezogener und vermögensbezogener Zuordnung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft hineingerät; Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 42 ff., 164 Fn. 830; wohl auch Muscheler, ZEV 1997, 222, 229; unklar BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 49: „die Macht [...], die Gemeinschaft zu vertreten“ und 51: „so handeln diejenigen, die namens der Erbengemeinschaft auftreten, als Vertreter“.

<sup>83</sup> C. Hahn, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 122 f.

<sup>84</sup> H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 250 f.

erfolgen. Die Gesellschaftereigenschaft lebt zwar in subjektiver Hinsicht bei den Miterben auf, aber eben immer nur dann, wenn sie auch als Kollektiv zusammenkommen. Die Quellen verwenden zur Verdeutlichung der Gesamthand das Bild „einer mit verschlungenen Händen heranschreitenden Menschengruppe“<sup>85</sup>. Es handelt sich um ein Ab- und Aufflackern der Gesellschafterstellung, wobei sich zur Verdeutlichung das Bild der elektrischen Lichterkette eines Weihnachtsbaums eignet. Jedes Lämpchen leuchtet zwar für sich, aber der Strom (d. h. hier die Gesellschafterstellung) erfüllt sie entweder alle gleichermaßen und nur in ihrer Verbindung als Kette oder gar nicht. Deshalb kann die Erbengemeinschaft selbst Gesellschafter und die jeweilige Vorschrift zur Rechtsgemeinschaft am Gesellschaftsanteil gleichwohl anwendbar sein.<sup>86</sup> Mit der Erbengemeinschaft ist hier kein Subjekt, sondern eine Situation der Verbundenheit mehrerer Subjekte gemeint.<sup>87</sup> Daraus ergibt sich, dass der unmittelbare Anknüpfungspunkt für die Vertretung der Erbengemeinschaft nicht bei jedem einzelnen Miterben liegen kann, sondern zumindest gedanklich auf einer davon abgetrennten Kollektivebene liegen muss. Da die Erbengemeinschaft hier nicht als rechtsfähig eingeordnet wird, kann der Miterbe, der das Beschlussergebnis nach außen hin vollzieht, nicht die Erbengemeinschaft selbst im Sinne eines einzelnen Subjekts als Geschäftsherrn vertreten. Subjektbezogene Rechtsfähigkeit und objektbezogene Vermögenszuordnung fallen auseinander, weshalb der Rechtsträger der Erbengemeinschaft in seinem objektbezogenen Verständnis auch gar nicht künstlich konstruiert werden muss.<sup>88</sup> Er ist im positiven Recht vielmehr zwingend als solcher angelegt.<sup>89</sup> Vom

---

<sup>85</sup> V. Gierke, ArchBürgR 19 (1901), 114, 117; H. Koch, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 1935, S. 30; vgl. auch Stobbe, ZRG 4 (1864), 207, 219: „eine Form [...], bei der sich die mehreren Individuen wie eine Person darstellen; sie legen die Hände in einander und bilden so gewissermaßen nur einen Körper“; siehe auch jüngst Kurze, in: Reißmann, Die Erbengemeinschaft, 2019, § 1 Rn. 1 (S. 2).

<sup>86</sup> A. A. Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 51.

<sup>87</sup> So i. E. auch Binder, Erbrecht, 1930, S. 83 f.; J. Blomeyer, JR 1971, 397, 401; v. Tuhr, BGB AT I, 1910, § 3 III. (S. 80 f.), § 20 I. (S. 348).

<sup>88</sup> So aber Storz, Autonomie und Heteronomie des Testamentsvollstreckers, 2009, S. 54 ff.; ähnlich zur OHG in Bezug auf einen Vergleich von traditioneller Lehre und Gruppenlehre K. Schmidt, ZHR 153 (1989), 270, 275.

<sup>89</sup> Siehe oben Kap. 2 C.

Ergebnis her ist damit nur eine mittelbare Vertretung der Summe der Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit über die unmittelbare Ebene des Sondervermögens denkbar.<sup>90</sup>

Die Annahme, dass unter allen Ausprägungen der Gesamthand „die Vielheit der Gesellschafter (als die Rechtsträger) in der Einheit eines gemeinsamen *status*, den die Gesellschafter zusammen innehaben, und der ihnen die Fähigkeit verleiht, in Gemeinschaft Rechte und Pflichten zu haben“<sup>91</sup> zu verstehen sei, trifft die Sache indes ebenfalls nicht. Denn sie geht fälschlicherweise davon aus, dass es erstens vom Boden des heute geltenden Rechts aus zwingend noch einen einzelnen Gesamthandsbegriff mit genau diesem Begriffsumfang gäbe<sup>92</sup> (der bei dieser Auslegung mithin jeglichen Raum für die Gruppenlehre<sup>93</sup> ausschliesse)<sup>94</sup> und dass zweitens in der Gesamthand kein eigener Rechtsträger existiere, sondern es nur die Vielheit der Einzelrechtsträger der Gesamthandsmitglieder gebe.<sup>95</sup> Dies aber widerspricht der bürgerlich-rechtlichen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Sondervermögen einerseits und dem Privatvermögen der Miterben andererseits. Es ist aus vorgenannten Gründen nämlich eben gerade doch so, dass „das *eine* Vermögen des Erblassers als Objekt die mehreren Erben zu *einer* Personengemeinschaft“<sup>96</sup> macht.<sup>97</sup> Die Rechtsnatur der

---

<sup>90</sup> Dieser dritte Weg scheint von *J. Bayer*, Die Schuld- und Haftungsstruktur der Erbgemeinschaft, 1993, S. 101 f. bei seiner Darstellung nicht hinreichend berücksichtigt zu werden.

<sup>91</sup> *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 30.

<sup>92</sup> Was gegen das rechtslinguistische Prinzip der Relativität der Rechtsbegriffe verstoßen und die dogmatische mit der historischen Analyse verwechseln würde, vgl. dazu oben Kap. 2 Fn. 71.

<sup>93</sup> *Flume*, ZHR 136 (1972), 177 ff.

<sup>94</sup> Womit für die pragmatisch teleologische Anwendung der Vorschriften zur GbR wohl gar nichts Substantielles gewonnen wäre, siehe *C. Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1150 Fn. 3.

<sup>95</sup> *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 30, 36, 351; so zu § 18 Abs. 1 GmbHG auch *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 529.

<sup>96</sup> *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 83.

<sup>97</sup> *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 III. b) (S. 1006 f.): „Eine Gemeinschaft der Miterben besteht nur als Folge und Ausdruck ihrer gegenständlichen Mitberechtigung an demselben Nachlasse; und weil der Nachlaß als einheitliches Vermögen zusammengehalten werden soll, deshalb und nur im Rahmen dieses

Erbengemeinschaft und die Dogmatik ihrer Stellvertretung bedürfen also eines Kombinationsmodells, das die objektbezogene Vermögensträgerschaft des Kollektivs einerseits mit seiner subjektbezogenen Nichtrechtsfähigkeit andererseits verbindet. Damit dies gelingen kann, vollziehen sich Bevollmächtigung und Vertretung nicht unmittelbar. Es handelt sich, wie ausgerechnet eine von § 2038 BGB weit entfernte Kommentierung zu § 77 GenG feststellt, um eine „rechtsgeschäftliche Vollmacht *sui generis*“<sup>98</sup>. Die Kollektivierung erfolgt nicht personenbezogen durch Rechtssubjektivität, sondern durch eine objektbezogene Betrachtung. Die Erben sind nur als Summe, nur in Bezug auf das Sondervermögen und nur wenn sie explizit als Miterben der Gemeinschaft zusammenkommen alle miteinander der einzelne Gesellschafter. Die Mitgliedschaft in der Körperschaft umfasst zwar die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten.<sup>99</sup> Die Mitgliedschaft liegt indes auf einer Ebene, der selbst keine Rechtsfähigkeit zugeordnet wird. Die Rechte und Pflichten müssen die Erbengemeinschaft daher zunächst auf einer nachlassorientierten Kollektivebene adressieren. Erst im juristisch-logisch zweiten Schritt schlagen diese dann mangels Rechtsfähigkeit des Kollektivs in subjektiver Hinsicht auf jeden einzelnen Miterben durch. Dabei stellt die Erbengemeinschaft eine gedankliche Zwischenebene dar, die als Filter fungiert. Die Miterben werden durch die Kollektivebene des Nachlassvermögens als Summe zusammengezurt. Auf diese Weise gelangt man zu einer subjektbezogenen *Vertretung Mehrerer*<sup>100</sup>, die freilich *ohne eine Bevollmächtigung durch jeden Einzelnen* erfolgt, weil sie sich in der Sache aufgrund eines einzelnen Vermögensbezugs vollzieht.<sup>101</sup> In genau diesem dogmatischen

---

objektiven Zweckes werden die Miterben zu einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft nach dem Symbol der gesamten Hand verbunden“.

<sup>98</sup> *Holthaus/Lehnhoff*, in: J. Lang/Weidmüller, § 77 GenG Rn. 10.

<sup>99</sup> *Fastrich*, in: Noack/Servatius/Haas, § 14 GmbHG Rn. 11; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 14 GmbHG Rn. 45.

<sup>100</sup> BGH, Beschluss vom 16.03.2004 – VIII ZB 114/03, ZEV 2004, 246 f., nach dem die Erbengemeinschaft mehrere Auftraggeber im Sinne der (seinerzeit noch geltenden) BRAGO darstelle; OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2014 – 17 W 87/14, ZEV 2014, 421, 422, nach welchem die Erbengemeinschaft als Auftraggebermehrheit nach Nr. 1008 VV RVG anzusehen sei.

<sup>101</sup> Das ähnelt der von *Bötticher*, ZJP 77 (1964), 55 vertretenen Position, dass der Vermögensverwalter nicht wie bei der Vertretung bezogen auf ein Subjekt, sondern bezogen auf die Masse handle.

Auseinanderfallen von Subjektebene und Vermögenszuordnung zeigt sich der wohl relevante Wesensunterschied zwischen dem individualistischen Konzept der Person<sup>102</sup> einerseits und der germanischrechtlichen Vorstellung der Gesamthand<sup>103</sup> andererseits. Denn „die wichtigste Eigenschaft einer Person ist die Rechtsfähigkeit“<sup>104</sup> und diese ist für das Sondervermögen nicht gegeben. Die Gesamthandsgemeinschaft modifiziert<sup>105</sup> damit das allgemein bürgerlich-rechtliche Dogma, demzufolge eine Vertretung nach den §§ 164 ff. BGB sich nur in unmittelbarer Weise auf rechtsfähige Subjekte beziehen könne. Zwar bleiben die Einzelpersonen der Miterben die personalen Endzuordnungspunkte, die Zuordnung erfolgt jedoch nicht direkt, sondern über Eck mit der beschränkenden Rechtswirkung des Sondervermögens. Das Sondervermögen bildet daher den grundsätzlichen ersten Zuordnungspunkt aus Sicht des Rechtsverkehrs, hinter dem erst im zweiten Schritt einzelne personale Endzuordnungspunkte stehen. Der einzelne Miterbe kann somit in janusköpfiger Weise gleichzeitig die Funktion der Privatperson und die des personalen Teils der nichtrechtsfähigen Gesamthand erfüllen, ohne dass diese zwei Gesichter miteinander verschmelzen.<sup>106</sup> Eine Bevollmächtigung, die sich objektbezogen auf den Nachlass bezieht – ganz gleich ob sie schon vor dem Erbfall bestand oder im Nachhinein durch die Miterben nach § 2038 BGB vorgenommen wurde –, kann daher im zweiten Schritt nicht ohne Weiteres vom einzelnen Miterben widerrufen werden.<sup>107</sup> Denn auch wenn sie ihn am Ende personal adressiert, so zurtut die vermögensrechtliche Zuordnung des § 2038 BGB die Rechtsangelegenheiten des Nachlasses doch zusammen und entzieht sie so der Einzelbefugnis des Miterben in seiner Funktion als Privatperson. Das vermögenszuordnende Element überwiegt das personale. Dies hat zwei entscheidende Konsequenzen:

---

<sup>102</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 9.

<sup>103</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 10.

<sup>104</sup> *Beuthien*, JZ 2003, 715.

<sup>105</sup> A. A. *Aderhold*, Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft, 1981, S. 193; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 390; *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 199 f.

<sup>106</sup> So auch seinerzeit noch zur GbR als Mitglied in einer eG *Beuthien/A. Ernst*, ZHR 156 (1992), 227, 240.

<sup>107</sup> So i. E. auch *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 28; a. A. RG, Urteil vom 01.07.1925 – V. 513/24, SeuffA 79 (1925), Nr. 221.

Erstens ist der Vertreter, den die Erbengemeinschaft bestellt, um ihre mitgliedschaftlichen Rechte gegenüber der Körperschaft beziehungsweise in deren Willensbildungsorgan auszuüben, niemals ein *gemeinsamer*, sondern immer ein *gemeinschaftlicher*.<sup>108</sup> Seine Vertretung ist nicht auf mehrere Mitgliedschaften mehrerer Personen, sondern auf eine einzelne Mitgliedschaft gerichtet, die von mehreren Personen gesamthänderisch gehalten wird.<sup>109</sup> Hierbei handelt es sich aus Sicht der Körperschaft nicht um eine Gruppe von Gesellschaftern, sondern um einen einzelnen Gesellschafter in Form einer Rechtsgemeinschaft, der nur mittelbar mehrere personale Endzurechnungspunkte hat. *Die Vertretung bezüglich der kapitalgesellschaftlichen Mitgliedschaft erfolgt damit in der Sache grundsätzlich vermögens- und nicht subjektbezogen.* Mithin wird durch diese Notwendigkeit der Zuordnung die Vorstellung, die Erbengemeinschaft trete *per se* „nach außen nicht als geschlossene Einheit auf“<sup>110</sup>, wohl als ein mit der Dogmatik unvereinbarer – jedenfalls aber nicht genau genug formulierter – Ansatz entlarvt. Nicht die Miterben aber sehr wohl der Nachlass tritt als eigenständige – da von den Vermögenssphären der einzelnen Miterben abgesonderte – Masse gegenüber dem Rechtsverkehr auf. Daran ändert in begrifflich-systematischer Hinsicht auch die Bezeichnung des gemeinsamen Vertreters in § 146 Abs. 1 S. 2 HGB nichts. Zwar finden die Erben eines Personengesellschafters grundsätzlich nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, sondern im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung, sodass durch den Erbfall mehrere Mitgliedschaften entstehen.<sup>111</sup> Hier bezieht sich der Vertreter dieser Erben-Gesellschafter dann in der Tat auf mehrere Mitgliedschaften, sodass die Bezeichnung des gemeinsamen Vertreters<sup>112</sup> bei ihm zutrifft. Im Fall des § 146 Abs. 1 HGB endet die Personengesellschaft jedoch mit dem Tod des Gesellschafters oder befindet

---

<sup>108</sup> Vgl. zu der diese Bezeichnungen synonym verwendenden, wohl h. M. die Nachweise oben in Kap. 1 Fn. 5.

<sup>109</sup> Einzig K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 538 scheint implizit auf diese begriffliche Differenzierung hinzuweisen; freilich verwendet er die Terminologie später an anderer Stelle dann dennoch unzutreffend, siehe *ders.*, ZHR 153 (1989), 270, 288 f.

<sup>110</sup> Alberts, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Umbruch, 1994, S. 100.

<sup>111</sup> H. Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 196 ff.; siehe auch BGH, Urteil vom 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291, 293.

<sup>112</sup> BGH, Urteil vom 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291, 293 f.

sich bereits im Auflösungsstadium, sodass der Gesellschaftsanteil hier ausnahmsweise doch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vererbt wird und in das ungeteilte Sondervermögen der Erbengemeinschaft fällt.<sup>113</sup> Deshalb vertritt der Vertreter hier nicht mehrere Gesellschafter als Gruppe (*Personenmehrheit*), sondern eine einzelne Gesellschafterstellung, an der mehrere Personen beteiligt sind, (*nichtrechtsfähige Personeneinheit/Rechtsgemeinschaft*).<sup>114</sup> Die Bezeichnung in § 146 Abs. 1 S. 2 HGB ist insoweit nicht mit dem realen Rechtsbegriff kongruent und deshalb als semantischer Fehler einzuordnen. Auch hier ist der Vertreter nicht gemeinsamer, sondern gemeinschaftlicher Natur.<sup>115</sup>

Zweitens ergibt sich daraus, dass jegliches Handeln eines einzelnen Miterben, einer Erbenmehrheit oder sogar aller Miterben zusammen, das auf den Nachlass ausgerichtet ist, stets eine Vertretung im obigen Sinne darstellt.<sup>116</sup> Es gibt in Bezug auf den Nachlass in Ermangelung eines Einzelsubjekts kein genuin selbstbezogenes, sondern unmittelbar stets nur ein fremdbezogenes Handeln, das erst mittelbar selbstbezogen wirkt. Der einzelne Miterbe spricht demnach nicht für sich und beschränkt seine Haftung im Zweifel auf den Nachlass,<sup>117</sup> sondern er spricht für alle Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit, was ihn erst im zweiten Schritt als einen der mehreren personalen Endzuordnungspunkte betrifft. Anders ließe sich das Auftreten aller Miterben, das Auftreten der Erbenmehrheit und das Auftreten des Einzelerben im Rahmen der verschiedenen Verwaltungsformen des § 2038 BGB nicht sinnvollerweise miteinander in Einklang bringen. Die einstimmige Beschlüsse voraussetzende Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB korrespondiert dabei mit einer Gesamtvertretungsbefugnis der Miterben, was in der Sache dem Rechtsgedanken des

---

<sup>113</sup> *Anissimov*, in: Heidel/Schall, § 146 HGB Rn. 5; *Kamanabrou*, in: Oetker, § 146 HGB Rn. 9; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. HGB, § 146 HGB Rn. 17; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 274.

<sup>114</sup> Insofern begrifflich ungenau *Pleyer*, GmbHR 1962, 49.

<sup>115</sup> Auch hier fällt die Literatur dadurch auf, dass sie die beiden Bezeichnungen durcheinander wirft, siehe exempl. *K. Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 288 f.

<sup>116</sup> Vgl. *W. Bayer*, in: Erman, § 2038 BGB Rn. 12a f.; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 III. 1. (S. 1119 f.); *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 11 f.

<sup>117</sup> So aber wohl RG, Urteil vom 21.01.1935 – IV 311/34, RGZ 146, 343, 346.

§ 714 BGB entspricht.<sup>118</sup> Besteht kein wirksamer Beschluss der Erbengemeinschaft bezüglich einer Verwaltungsmaßnahme, so handelt ein dem zum Trotz auftretender Miterbe als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach den §§ 177 ff. BGB.<sup>119</sup> Alle von außen kommenden Willenserklärungen für und gegen die Erbengemeinschaft sammeln sich im ersten Schritt auf der Kollektivebene und spalten sich dann im zweiten Schritt – in der bildlichen Wirkung einem Schrapnell nicht unähnlich – bezüglich der Rechtsfolge auf jeden einzelnen Miterben auf.<sup>120</sup> Das Ziel des Schrapnells wird jedoch durch die Kollektivebene der Erbengemeinschaft festgelegt, weil hier die für die Rechtsmacht entscheidende Vermögenszuordnung stattfindet. Umgekehrt verbinden sich im ersten Schritt die Erklärungen aus der Miterbensphäre gemäß § 2038 BGB nach außen zu einer einzelnen auf den Nachlass bezogenen Erklärung,<sup>121</sup> die dann erst im zweiten Schritt auf jeden einzelnen Miterben durchschlägt. Rechtsträgerschaft kann deshalb in ihrer objektbezogenen Ausprägung gerade nicht automatisch mit

---

<sup>118</sup> *Grunewald*, AcP 197 (1997), 305, 306; *Tolani*, „Teilrechtsfähigkeit“ von Personenvereinigungen, 2009, S. 200; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 8.

<sup>119</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 51; *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 GmbHG Rn. 6; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 18 (S. 308); *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 150.

<sup>120</sup> Ähnlich *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 30: „Die Gesellschafter als eine Vielheit haben Rechte, Forderungen und Schulden jedoch in Gemeinschaft und deshalb als eine Einheit (d. h. als eine Gesamthand), weil sie zusammen einen gemeinsamen *status* einnehmen. Dieser gemeinsame *status* umgibt die Gesellschafter gleichsam wie eine durchlässige Hülle. Die Rechte und Pflichten, die von außen auf den *status* treffen, durchdringen jenen, der sie daraufhin nach innen an die Gesellschafter als die Zuordnungsendpunkte (= Rechtssubjekte) weiterleitet“. Er zieht daraus jedoch die hier ausdrücklich abgelehnte Konsequenz, dass diesem *status* Rechtsfähigkeit zukäme; vgl. auch das Modell von *R. Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 71: „Subjekt eines bestimmten Rechtsobjektes [...] ist nicht allein S<sub>1</sub>, sondern zugleich S<sub>2</sub>, S<sub>3</sub>, S<sub>4</sub> und so fort, so dass das subjektive Recht – bildlich gesprochen – im Zentrum eines Strahlenbündels erscheint“.

<sup>121</sup> Vgl. *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 17 (S. 307): „Ohne das Erfordernis gleichzeitiger Erklärungen oder eines einheitlichen Rechtsaktes müssen sich die Willenserklärungen der einzelnen Miterben [...] zu einem einheitlichen Verpflichtungsgeschäft aller zusammenfügen“; implizit auch *Muscheler*, Erbrecht II, 2012, § 50 Rn. 3859 (S. 1999 f.).

Rechtssubjektivität gleichgesetzt werden.<sup>122</sup> Für die Zuordnung im Rahmen der Erbengemeinschaft ist (grundsätzlich) allein erstere relevant. Die These, dass die Erbengemeinschaft einerseits keinen eigenen Rechtsträger darstelle, die Mitgliedschaft in der Körperschaft sich aber andererseits nicht vervielfältige,<sup>123</sup> verharrt an der Oberfläche, weil sie die Erklärung schuldig bleibt, wo genau die Mitgliedschaft liegen soll, wenn sie sich doch gemäß den auf die Mitgliedschaft bezogenen Teilungsverboten nicht auf die einzelnen Miterben aufspalten kann. Jedenfalls bei der Erbengemeinschaft muss es einen objektbezogenen Kollektivvermögensträger geben, wenn man die Rechtsfähigkeit verneint und gleichzeitig das Sondervermögen in seiner Abgrenzung zum Privatvermögen der Miterben erhalten möchte. Die These der wohl herrschenden Meinung, dass jeder einzelne Miterbe beim vererbten Kapitalgesellschaftsanteil zum einzelnen Gesellschafter werde,<sup>124</sup> kann somit nur auf einem Missverständnis der Funktionsweise der Gesamthandsgemeinschaft basieren. Sie schaut ausschließlich aus einer subjektbezogenen Perspektive auf die Gesamthand, obgleich die vermögensbezogene Betrachtung, wie gezeigt, den Vorrang genießt. Die Vollziehung eines Beschlusses der Erbengemeinschaft in Form der Vertretung durch einen oder mehrere Miterben stellt somit im Ergebnis die Abgabe einer einzelnen Erklärung für und gegen den Vermögensträger der Erbengemeinschaft dar. Diese spaltet sich im gedanklich zweiten Schritt selbstständig auf und gilt dann für und gegen jeden einzelnen Miterben als Einzelperson. Das gilt auch dann, wenn mehrere Miterben oder sogar alle Miterben zusammen auftreten. Alles Handeln für den Nachlass ist zunächst als objektbezogene Vertretung *sui generis* zu verstehen und hat erst reflexiv im zweiten Schritt Folgen für den einzelnen Miterben. Nur auf diese Weise lässt sich der Widerspruch darin, dass die Erbengemeinschaft kein einzelnes Subjekt und gleichzeitig doch ein Einzelmitglied in der Körperschaft darstellt, auflösen. Zu der dann im Rahmen der §§ 2058, 2059 BGB zu beantwortenden Frage, welcher genaue Haftungsumfang für welchen Miterben bei gegebenenfalls entstehenden Nachlassverpflichtungen gilt, ist

---

<sup>122</sup> G. Hueck, Gesellschaftsrecht, 1983, § 3 II. (S. 22); vgl. Eberl-Borges, ZEV 2002, 125 f.; siehe auch zur GbR Prütting, ZIP 1997, 1725, 1726; Timm, NJW 1995, 3209, 3210.

<sup>123</sup> Schaffland, Die Vererbung der Mitgliedschaft nach § 77 GenG, 1982, S. 33 f., 79.

<sup>124</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 21.

damit freilich noch nichts gesagt.<sup>125</sup> Die Abgrenzung zwischen den Kategorien von Verbindlichkeiten<sup>126</sup> erweist sich im Hinblick auf mitgliederschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Pflichten der Erbengemeinschaft allerdings unter Umständen als kompliziert<sup>127</sup> – zumal dies davon abhängen könnte, ob einer der Miterben selbst als gemeinschaftlicher Vertreter auftritt. Die daran angeschlossene Frage, ob und wenn ja unter welchen konkreten Voraussetzungen im Rahmen von auf Kapitalgesellschaftsanteile bezogenen Nachlassverwaltungsmaßnahmen nicht nur der Nachlass, sondern auch das Privatvermögen<sup>128</sup> des beziehungsweise der Miterben als Haftungsmasse in Frage kommt, ist umstritten<sup>129</sup> und kann hier zweckmäßigerweise nicht weiter behandelt werden.

---

<sup>125</sup> Siehe etwa den Hinweis von *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 378, dass zwischen der Schuldnerstellung erstens, der Haftung des gesamthänderisch gebundenen Nachlasses zweitens sowie einer eventuellen Beschränkung der Haftung auf das Gesamthandsvermögen drittens zu unterscheiden sei, sowie ihre Differenzierung auf S. 413 f., wonach die §§ 2058, 2060, 2061 BGB den Umfang der Schuld und die §§ 2059, 2062, 2063 BGB die Haftungsmasse regelten; hier insofern wohl nicht hinreichend differenzierend *Marotzke*, in: v. Staudinger, § 2058 BGB Rn. 42.

<sup>126</sup> Erblässerschulden sind die vererbten Schulden, die zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits in der Person des Erblassers begründet waren. Erbfallschulden sind die durch den Erbfall selbst ausgelösten Schulden wie etwa Pflichtteilsansprüche gemäß §§ 2303 ff. BGB. Erbengemeinschaftliche Nachlasserbenschulden sind Verbindlichkeiten, die die Erben im Wege eines einheitlichen Schuldverhältnisses mit doppeltem Haftungsgrund eingehen. Erbensschulden sind Forderungen, die vor dem Erbfall gegen den Erben entstanden sind (prämortal), oder die nach dem Erbfall in der Personen des Erben begründet worden (postmortal), ohne dass es sich um Nachlassverbindlichkeiten handelt, siehe *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 130 ff.; *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, § 16 II. 2. (S. 727 ff. Rn. 1093 ff.); *Fest*, in: MünchKomm. BGB, § 2058 BGB Rn. 7 ff.; *U. Koch*, Die Zuordnung des vererbten GmbH-Geschäftsanteils, 1981, S. 6 Fn. 18; *Muscheler*, Erbrecht II, 2012, § 49 IV. (S. 1768 ff.).

<sup>127</sup> Vgl. etwa *U. Koch*, Die Zuordnung des vererbten GmbH-Geschäftsanteils, 1981, S. 6 ff.

<sup>128</sup> Im Fall einer Haftung mit dem Privatvermögen kann der Miterbe allerdings ebendiese Haftung nach § 2059 Abs. 1 S. 2 BGB auf die quotale Höhe seines Anteils am Nachlassvermögen beschränken, siehe *Fest*, in: MünchKomm. BGB, § 2059 BGB Rn. 18; *W. Bayer*, in: Erman, § 2059 BGB Rn. 4; er braucht die Vollstreckung in sein Eigenvermögen dann nur bis zu dem Betrag zu dulden, der rechnerisch dem Wert seines Erbteils entspricht, siehe *J. Roth/Gerhardt/Kick*, in: Kroiß/Horn, § 2059 BGB Rn. 20.

<sup>129</sup> Siehe hierzu etwa *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 381 ff. m. w. N.

### III. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Unterstellt man die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, so hätte dies zur Konsequenz, dass die Verwaltung und Vertretung nicht mehr für die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit beziehungsweise den Nachlass als reines Sondervermögen, sondern unmittelbar für ein eigenes, von den Miterben streng zu trennendes, den Personen gleichgestelltes Subjekt namens Erbengemeinschaft erfolgen würde. Beschlüsse der Erben – ganz gleich ob einstimmig oder mehrheitlich gefasst – würden dann nicht im Wege der Vollmacht *sui generis* über den Nachlass die einzelnen Erben, sondern die Gemeinschaft selbst berechtigen und verpflichten. Insoweit wäre die Situation mit der Vertretung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>130</sup> gleichsetzbar.

## B. Die Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2. S. 1, 745 BGB

Das Mehrheitsprinzip basiert auf dem Gedanken der Funktionsfähigkeit des Verbandes. Der Wille der Minderheit wird vom Willen der Mehrheit überspielt.<sup>131</sup> Dies basiert abstrakt auf der Einsicht, dass ein Kollektiv mit zunehmender Größe in seiner Entscheidungsfähigkeit tendenziell schwerfälliger wird.<sup>132</sup> Im Fall der Erbengemeinschaft ist die zusätzliche Konflikanfälligkeit im unfreiwilligen Zusammenfinden der Erben vorgezeichnet. Die

---

<sup>130</sup> Siehe dazu *Heidel*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 705 BGB Rn. 214 ff. und § 714 BGB Rn. 1 f.; *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 714 BGB Rn. 13 ff.; *T. Schöne*, in: BeckOK BGB, § 714 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 2; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, § 714 BGB Rn. 1 ff.

<sup>131</sup> *Feldmann*, Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, 1954, S. 15 f.; das Mehrheitsprinzip entstammt nicht dem germanischen Recht, das verbindliche Entscheidungen ohne die Zustimmung jedes Einzelnen wohl gar nicht kannte, siehe *Baltzer*, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, S. 188. Die Vorbilder finden sich im römischen Recht, siehe *Scaevola*, Dig. 50, 1, 19: „*Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint*“ und *Ulpian*, Dig. 50, 17, 160, 1: „*Refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem*“; siehe auch v. *Gierke*, Schmollers Jb. 39 (1915), 565 ff.

<sup>132</sup> *Felll*, in: FS Aicher, 2012, S. 79, 111 ff.; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 176.

Folge eines jeden Mehrheitsprinzips ist, dass Einzelwille und Verbands-wille nicht mehr notwendigerweise übereinstimmen.<sup>133</sup> Die Folge ist, dass zwingend auch das Interesse der Minderheit berücksichtigt werden muss. § 2038 BGB enthält somit zwei Schutzwertungen, einmal die des Nachlass-zusammenhalts und einmal die des Minderheitenschutzes.<sup>134</sup> Um hier die Grenzen abzustecken, muss aufgrund des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB die Norm des § 745 BGB genauer unter die Lupe genommen werden. Die Regelung enthält drei zentrale Begriffe, nämlich den der Verwaltung des Gegenstands in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB, den der Ordnungsmäßigkeit ebener Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB und den der wesentlichen Veränderung des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB.

### *I. Verwaltung des Gegenstands nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB*

Zunächst ist auf den nicht legaldefinierten Begriff der Verwaltung einzugehen. Die Rechtsprechung fasst darunter alle rechtlichen und tatsächlichen Maßnahmen, die auf Verwahrung, Sicherung, Erhaltung, Nutzung und Mehrung des Nachlassvermögens gerichtet sind.<sup>135</sup> Keine Verwaltung sind solche Maßnahmen, die auf die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft oder auf Auflösung des Nachlasses gerichtet sind.<sup>136</sup> Aus der Verwaltung ergibt sich die Vertretungsbestimmung.<sup>137</sup> Dies leuchtet sowohl in

---

<sup>133</sup> G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 305 f.; Roitzsch, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, 1981, S. 15.

<sup>134</sup> Vgl. auch Eickelberg, in: v. Staudinger, § 745 BGB Rn. 3.

<sup>135</sup> St. Rspr. BGH, Urteil vom 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267, 269; BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 184; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013 – 7 W 76/13, GmbHR 2014, 254, 256; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 875; Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 14 f.; Brox/Walker, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 3 (S. 302); Flechtner, in: Burandt/Rojahn, § 2038 BGB Rn. 3; Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 15; Kregel, in: RGRK BGB, § 2038 BGB Rn. 1; K. W. Lange, Erbrecht, 2022, § 57 Rn. 47 (S. 564); v. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 4 (S. 801); Mangold, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 28; Muscheler, Erbrecht II, 2012, § 50 Rn. 3857 (S. 1999); Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 36; Weidlich, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 3; Wernecke, AcP 193 (1993), 240, 242.

<sup>136</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.04.2018 – 5 U 41/17, ErbR 2018, 597, 598; Löhnig, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 7.

<sup>137</sup> Grunewald, AcP 197 (1997), 305, 306.

Bezug auf das semantische Begriffsverständnis wie auch den Sinn und Zweck der Regelung ein.

Abzulehnen ist die ältere Auffassung<sup>138</sup>, wonach von der Verwaltung nur solche Maßnahmen umfasst seien, die explizit auf Abwicklung der Erben-gemeinschaft zielten. Denn die §§ 2032 ff. BGB enthalten für die Auseinandersetzung der Erben keine zeitliche Grenze.<sup>139</sup> Im Übrigen eröffnet das Gesetz den Miterben in §§ 2042 Abs. 2 S. 1, 749 BGB die Möglichkeit, die Auseinandersetzung privatautonom auf Dauer auszuschließen.<sup>140</sup> Den gleichen Effekt haben im Ergebnis die Auseinandersetzungsausschlüsse der §§ 2043, 2044 BGB.<sup>141</sup> Die Dauererbengemeinschaft ist damit im Gesetz als gangbare Möglichkeit angelegt.<sup>142</sup> Mithin würde ein zu enger Verwaltungsbegriff der rechtspolitischen Aufgabe der Erben-gemeinschaft nicht gerecht.<sup>143</sup> Er kann daher weder ausschließlich noch primär abwicklungsorientiert ausgelegt werden.<sup>144</sup> Sämtliche für diesen Teil der Untersuchung relevanten Maßnahmen unterfallen dem Verwaltungsbegriff des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB.

## II. Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Gegenstands nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB

Bei der Ausfüllung des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Gegenstands in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB kann nicht systematisch auf die

---

<sup>138</sup> *Lion*, LZ 1925, 842, 845; *Roskothen*, JW 1937, 2955 f.; *Sobich*, Erben-gemeinschaft und Handelsgeschäft, 1974, S. 118, 123.

<sup>139</sup> *C. Hahn*, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 82 f.

<sup>140</sup> *Fest*, in: MünchKomm. BGB, § 2042 BGB Rn. 10; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 339; *Eberl-Borges*, in: Kroiß/Horn, § 2042 BGB Rn. 11; *Flechtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2042 BGB Rn. 11; *C. Hahn*, Mehrere Erben als Rechts-träger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 83.

<sup>141</sup> *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 339; *Eberl-Borges*, in: Kroiß/Horn, § 2042 BGB Rn. 10.

<sup>142</sup> Siehe auch BFH, Urteil vom 14.12.1993 – VIII R 13/93, BFHE 174, 503, 506.

<sup>143</sup> *Goldstein*, Die Miterben-gemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 26 ff.

<sup>144</sup> RG, Beschluss vom 12.01.1939 – 1 Wx 677/38, JW 1939, 565; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 338 f.; *Heil*, Die ordnungsmässige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht, 1998, S. 104; wohl auch *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erben-gemeinschaft, 1994, S. 37 f.

anderen im Bürgerlichen Gesetzbuch auftauchenden Ordnungsmäßigkeitsbegriffe<sup>145</sup> abgestellt werden,<sup>146</sup> da dies gemäß dem Prinzip der Relativität der Rechtsbegriffe die Auslegungsrichtung umkehren würde. Die bloß gleichlautende Bezeichnung weist nicht zwingend auf einen gleichlautenden Begriff hin. Deshalb müssen die jeweils eigenen Wertungen und Inhalte aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft und dem Recht der Erbengemeinschaft untersucht werden.

### *1. Allgemeine Definition im Recht der Bruchteilsgemeinschaft*

Der Begriff der Ordnungsmäßigkeit in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB ist sachergebnisbezogen zu definieren. Es geht darum, ob die Maßnahme einen inhaltlich angemessenen Umgang im Sinne einer Verantwortungsorientierung darstellt. Von seinem Wortsinn her ließe sich der Begriff zwar auch zeitlich-umfangsbezogen bestimmen, sodass nur solche Maßnahmen ordnungsmäßig wären, die dem gewöhnlichen Gang entsprechend anfielen, die also nach Art und Zuschnitt des Einzelsachverhalts als regulär und gewöhnlich auf der Tagesordnung stehend einzuordnen wären. Das Gesetz wertet den Vermögensschutz der Gemeinschaftsgegenstände indes höher als ein pauschales Partizipationsinteresse. Außerdem erschiene es unter dem Gesichtspunkt der Prüfung durch die Justiz zweifelhaft, wenn primär die Situation und nicht die Handlung der Erbengemeinschaft bewertet würde. Es geht sinnvollerweise nicht um die Frage „macht man das oft?“, sondern um die Frage „ist das Vorgehen so vertretbar?“. <sup>147</sup> Das Kriterium der ordnungsmäßigen Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB verläuft auf einer gedanklichen Achse, deren Messeinheit man wohl als Vernunft oder quantitative (da rein auf die Wertsumme bezogene) Angemessenheit bezeichnen kann.

Die Frage, welche Maßnahmen diese Voraussetzungen im Einzelnen erfüllten, ist „von dem Standpunkt eines vernünftigen und wirtschaftlich denkenden Beurteilers“ zum „Zeitpunkt, in dem die Handlung vorgenommen

---

<sup>145</sup> Vgl. etwa die §§ 27 Abs. 2, 347 Abs. 1, 586 Abs. 1, 712 Abs. 1, 917 Abs. 1, 987 Abs. 2, 1088 Abs. 1, 1365 Abs. 2, 1426, 1430, 1435 S. 1, 1472 Abs. 3, 1649, 2119, 2133, 2206 Abs. 1, 2216 Abs. 1, 2313 Abs. 2 S. 2 BGB.

<sup>146</sup> So aber *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 27 ff.

<sup>147</sup> Vgl. *Coing*, in: FS Kaufmann, 1972, S. 127, 131.

werden soll“, zu entscheiden.<sup>148</sup> Erfüllen mehrere mögliche Optionen diese Voraussetzungen, so endet die Justiziabilität. Zwar ist es vernünftig und wirtschaftlich bei mehreren Wegen, die zum gleichen Erfolg führen, den einfacheren und leichteren Weg zu wählen.<sup>149</sup> Damit ist dem Gericht jedoch keine allgemeine Zweckmäßigungs- und Inhaltskontrolle eröffnet.<sup>150</sup> Vielmehr verbleibt der Mehrheit ein angemessener Ermessensspielraum.<sup>151</sup> Ein Beschluss ist nicht schon dann rechtswidrig, wenn nicht die optimale, sondern die aus Sicht der überstimmten Mehrheit weniger zweckmäßige Lösung gewählt wurde.<sup>152</sup> Das Tatbestandsmerkmal soll verhindern, dass die Mehrheit Dispositionen trifft, die das Privatvermögen der einzelnen Teilhaber belasten.<sup>153</sup>

Zur Ausfüllung des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB kann nach zutreffender Ansicht nicht auf das Tatbestandsmerkmal der dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechenden Verwaltung in § 745 Abs. 2 BGB abgestellt werden. Denn § 745 Abs. 2 BGB regelt nicht mehr die Voraussetzungen des Mehrheitsbeschlusses, sondern legt fest, dass für den Fall, in dem weder eine einstimmige Verwaltungsregelung noch ein (ordnungsmäßiger) Mehrheitsbeschluss vorliegen, jeder Teilhaber eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen kann. Damit wird eine

---

<sup>148</sup> St. Rspr.: BGH, Urteil vom 08.05.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76, 81; BGH, Urteil vom 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267, 269; BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 184; BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, ZEV 2010, 36, 38; *Eickelberg*, in: v. Staudinger, § 745 BGB Rn. 5; *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 116; *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 174; Anklänge bereits bei KG, Urteil vom 28.11.1913 – 3. ZS, OLG Rspr 30, 184.

<sup>149</sup> BGH, Urteil vom 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267, 269.

<sup>150</sup> BGH, Beschluss vom 26.04.2010 – II ZR 159/09, NZG 2010, 938, 939; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 875.

<sup>151</sup> Dazu *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 222 ff.

<sup>152</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 56; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 875; *Kuhn*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 745 BGB Rn. 2; *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 224.

<sup>153</sup> *Eickelberg*, in: v. Staudinger, § 745 BGB Rn. 3.

von § 745 Abs. 1 BGB grundverschiedene, weiter abgestufte Form der Verwaltungsregelung mit eigenen, strengeren Voraussetzungen beschrieben.<sup>154</sup>

## 2. Spezielle Definition für das Erbrecht

Für das Erbrecht ergibt sich daraus folgender Vorbefund: Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB sind solche, die der Beschaffenheit des Gegenstands entsprechen und wirtschaftlich vertretbar beziehungsweise vernünftig sind. Die Ordnungsmäßigkeit wird objektiv definiert und kann durch die Erbenmehrheit<sup>155</sup> selbst weder positiv noch negativ festgelegt werden.<sup>156</sup> Der für die Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt ist nicht der der Vornahme der Handlung<sup>157</sup>, sondern der der Beschlussfassung.<sup>158</sup> Im Rahmen des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB wird das Exklusivitätsverhältnis zwischen § 745 Abs. 1 und Abs. 2 BGB beibehalten. Die Verwaltungsmaßnahme muss *nicht* im billigen Ermessen der Miterben nach § 745 Abs. 2 BGB liegen, um ordnungsmäßig nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB zu sein.<sup>159</sup> Warum die wohl

---

<sup>154</sup> BGH, Urteil vom 17.04.1953 – V ZR 58/52, NJW 1953, 1427; *Mugdan*, Materialien zum BGB II, 1899, S. 496 (= Mot. BGB II, S. 888); *Kuhn*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 745 BGB Rn. 8 ff.; *Kunte*, Die Erbengemeinschaft mit instandsetzungsbedürftigem Nachlass, 2017, S. 91; *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 147 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 29.09.1993 – XII ZR 43/92, NJW 1993, 3326, 3327.

<sup>155</sup> Es steht der Erbengemeinschaft natürlich frei, den Inhalt des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs privatautonom festzulegen, solange dies *einstimmig* geschieht, siehe *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 30.1; vgl. auch *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 227; auch können einzelne Miterben innerhalb der Erbengemeinschaft jeweils einstimmig einen Poolvertrag abschließen und so ihre Stimmrechte im Rahmen der Beschlüsse nach § 2038 BGB bündeln, siehe *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 148 f.

<sup>156</sup> *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 44; a. A. *Frieser/Pothast*, ErbR 2020, 2, 9.

<sup>157</sup> So aber *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143, 152.

<sup>158</sup> OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 875; *Eberl-Borges*, NJW 2020, 3137, 3139; *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 229 ff.

<sup>159</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 116 f.; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 V. b) 1. (S. 1011): „Soweit Mehrheitbeschlüsse oder Vereinbarungen nicht ausreichen [...],

herrschende Meinung zu § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB dies anders beurteilt<sup>160</sup> und damit zu einer vollständigen Verwischung der Grenzen von § 745 Abs. 1 und Abs. 2 BGB gelangt, ist nicht ersichtlich, zumal sich nirgendwo eine entsprechende Begründung für diesen Bruch mit der Dogmatik der Bruchteilsgemeinschaft zu finden scheint.

Ebenfalls abzulehnen ist die Vorstellung, dass nur solche Maßnahmen eine ordnungsmäßige Verwaltung im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, § 745 Abs. 1 S. 1 BGB darstellten, die einer sogenannten objektiven

---

kann jeder Miterbe von den anderen eine dem gemeinsamen Interesse nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen“; *Kipp/Coing*, *Erbrecht*, 1990, § 114 IV. 4. c) (S. 616); *Kunte*, *Die Erbengemeinschaft mit Instandsetzungsbedürftigem Nachlass*, 2017, S. 102, 143 f.; v. *Lübtow*, *Erbrecht II*, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 4 B. III. (S. 807), Hauptteil 5 Kap. 4 § 4 C. III. (S. 811); *Muscheler*, *ZEV* 1997, 222, 223; *Waldherr*, *Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB*, 1998, S. 156 f.; auch *Heil*, *Die ordnungsmäßige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht*, 1998, S. 109 f., der diese Wertungsabstufung dann jedoch dadurch zu umgehen versucht, in dem er den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung so unter Zuhilfenahme des § 242 BGB auslegt, dass dieser dem billigen Interesse aller Miterben in § 745 Abs. 2 BGB i. E. gleichkommt. In der Sache ist dies nichts anderes als die Einführung einer erbrechtlichen Treuepflicht durch die Hintertür; dazu ausf. unten Kap. 3 C. III. 2.

<sup>160</sup> So nämlich ausdr.: RG, Urteil vom 25.11.1911 – 414/10 I, JW 1912, 193; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.11.1996 – 22 U 92/96, NJWE-FER 1997, 87; OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.04.2018 – 5 U 41/17, ErbR 2018, 597, 598; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 875; *Ann*, *Die Erbengemeinschaft*, 2001, S. 26 f.; v. *Bressensdorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 108; *Brox/Walker*, *Erbrecht*, 2021, § 30 Rn. 5 (S. 302); *Dauner-Lieb*, *Unternehmen in Sondervermögen*, 1998, S. 348; *Eberl-Borges*, NJW 2020, 3137, 3139; *dies.*, ZEV 2022, 1, 2; *Eichmanns*, *Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft*, 1980, S. 93; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 32; *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143, 151; *Kaya*, ZEV 2013, 593, 595; *Kemen*, *Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft*, 1992, S. 66; *K. W. Lange*, *Erbrecht*, 2022, § 57 Rn. 59 (S. 569); *Lassen*, *Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft*, 2020, S. 29; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 37; *J. Roth/Gerhardt/Ann*, in: Kroiß/Horn, § 2038 BGB Rn. 18; *Sarakinis*, *Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe*, 2021, S. 33, 199, 205; *Stürner*, in: Jauernig, § 2038 BGB Rn. 3; *Wernecke*, AcP 193 (1993), 240, 243; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 9; wohl auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.04.1994 – 15 U 143/93, NJW-RR 1995, 1189, 1190; *Heinrich Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 2001, § 43 II. 3. (S. 1112).

Zwecksetzung des Nachlasses entsprächen. So werden bisweilen etwa die Entscheidung über die Gründung einer GmbH oder auch nur der Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils ganz selbstverständlich als Maßnahmen aufgefasst, die nicht mehr ordnungsgemäß im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB seien, da es sich hier um werbende Tätigkeiten der Erbengemeinschaft handle.<sup>161</sup> Eine solche auf derart abstrakten Erwägungen basierende Begrenzung des Handlungsspielraums lässt sich dem Gesetz indes nicht entnehmen.<sup>162</sup>

Im Kern wird der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung nicht positiv, sondern negativ definiert. Ordnungsmäßig sind die Maßnahmen, die den Gegenstand nicht entwerten.<sup>163</sup> Bisweilen wird die plastische Formel aufgestellt, dass ordnungsmäßige Maßnahmen vorlägen, wenn ein wirtschaftlich denkender, unbefangener Dritter bei Unterstellung eigener wirtschaftlicher Betroffenheit sagen würde: „Das muss man nicht so machen, kann man aber machen“.<sup>164</sup> Was das nun ganz konkret für den Untersuchungsgegenstand heißt, ist nicht evident und bedarf einer näheren Untersuchung.

#### a) Strenge Gesamtnachlassbetrachtung

##### aa) Ansatz

Die herrschende Meinung, die im Folgenden als *strenge Gesamtnachlassbetrachtung* bezeichnet wird, bezieht den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung des Gegenstands in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB wegen des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auf den Nachlass in seiner Gesamtheit.<sup>165</sup>

---

<sup>161</sup> Eichmanns, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 97, der dabei jedoch § 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB miteinander vermischt und sich im Übrigen in Widerspruch zu seiner Aussage auf S. 108 f. setzt, wonach die Erbengemeinschaft nicht an einen Verbandszweck gebunden sei.

<sup>162</sup> Vgl. auch Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 341 zu der Frage, ob die gesamthänderische Bindung selbst einen Gemeinwohlbezug aufweist.

<sup>163</sup> BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, ZEV 2010, 36, 38; Löhnig, FamRZ 2007, 1600.

<sup>164</sup> Muscheler, ZEV 1997, 222, 224.

<sup>165</sup> BGH, Urteil vom 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267; BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, ZEV 2010, 36, 38; OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 495; OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11,

Das Tatbestandsmerkmal der Ordnungsmäßigkeit sei allein von der Beschaffenheit des Nachlasses abhängig und auf eine rein wirtschaftliche Betrachtung beschränkt. Eine ordnungsmäßige Verwaltung sei dann nicht mehr gegeben, wenn die Maßnahme zu einer Entwertung des Nachlasses führe. Alles, was diese Grenze nicht überschreite, sei nach wie vor ordnungsmäßige Verwaltung, da allein das auf die Nutzungsquote beschränkte Wertinteresse der Erben, nicht aber eine reale Eigennutzung geschützt werde.<sup>166</sup> Im Anschluss an diese Grundausrichtung wird der Versuch unternommen, eine positive Definition für den Begriff der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung zu entwickeln, indem man die beiden Punkte der Wirtschaftlichkeit und der Zweckmäßigkeit in den Vordergrund rückt.<sup>167</sup> Bei der Wirtschaftlichkeit handele es sich demnach um „nichts anderes als einen Kosten-Nutzen-Vergleich“<sup>168</sup>, bei dem konkret in Bezug auf die Erbengemeinschaft auf betriebswirtschaftliche Weise das Verhältnis des Einzelgenstands zum Nachlass als Vermögensgesamtheit zu berücksichtigen sei.<sup>169</sup> Mögliche Kontrollüberlegungen, die bei der Subsumtion eines Sachverhalts gestellt werden könnten, müssten danach fragen, ob mit dem betrieblichen Aufwand mehr zu erreichen gewesen wäre, ob das Erreichte auch mit weniger Aufwand erreichbar gewesen wäre und ob man eine Aktivität einschränken, d. h. weniger Zwecke mit weniger Aufwand anstreben, sollte.<sup>170</sup> Unter Zweckmäßigkeit sei in Anlehnung an die allgemeine

---

GmbHR 2013, 149, 150; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 22 f.; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 5 (S. 303); *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, § 11 III. 1. a) (S. 492 Rn. 752); *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 90 f.; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 32; *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 51 f.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 200, 204 ff.; vermittelnd *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 118.

<sup>166</sup> BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, ZEV 2010, 36, 38.

<sup>167</sup> So *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 166 ff.

<sup>168</sup> *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 168.

<sup>169</sup> *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 174.

<sup>170</sup> *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 167.

Definition schlicht die Eignung zur Zielerreichung zu verstehen,<sup>171</sup> was bei der Frage nach der ordnungsmäßigen Verwaltung gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch nicht im inhaltlichen Sinne über das Merkmal der Wirtschaftlichkeit hinausgehe.<sup>172</sup>

### *bb) Stellungnahme*

Das Konzept der strengen Gesamtnachlassbetrachtung erachtet den Nachlass als reine Wertsumme und legt den Fokus auf deren Erhaltung, wodurch einerseits das Wertinteresse der Erben und andererseits letztlich die Gläubiger des Erblassers geschützt werden. Diese Betrachtung leuchtet ein, da der Seinszweck der Erbengemeinschaft stärker von der Wertung der Nachlasssicherung als von der Wertung der Selbstliquidation durchdrungen ist.<sup>173</sup> Die tiefe Verwurzelung dieser Perspektive im Gesetz zeigt sich unter anderem daran, dass der Schutz der Nachlassgläubiger (durch Zusammenhalten der Wertmasse) das entscheidende Argument für die Gesamthandslösung während des Gesetzgebungsprozesses des Bürgerlichen Gesetzbuchs war:

„Das wesentliche Moment für die Erbengemeinschaft liege in dem Interesse der Nachlassgläubiger. Sie hätten, so lange der Erblasser lebe, nur diesen einen Schuldner, durch seinen Tod, also durch eine ohne ihr Zuthun eintretende Thatsache, erhielten sie nach den gemeinrechtlichen Vorschriften eine Mehrzahl von Schuldnern, deren jeder nur für einen Bruchtheil der Forderung hafte. Diese bei der Konstruktion des gemeinen Rechtes unverkennbar bestehende Gefährdung der Nachlaßgläubiger werde bei der Erbengemeinschaft vermieden, ein Nachtheil der letzteren für die Gläubiger liege aber in der Nothwendigkeit, gegen alle Miterben gemeinschaftlich vorzugehen. Auf Grund dieser Erörterungen, deren Ergebnis dahin zusammengefaßt wurde, daß die Erbengemeinschaft insb. mit Rücksicht auf die Nachlaßgläubiger wesentliche Vorzüge vor dem gemeinrechtlichen Systeme habe und daß ihre praktischen Nachtheile durch eine zweckmäßige Gestaltung der Einzelheiten möglichst abzuschwächen seien, entschied sich die Kom., namentlich auch im Hinblick auf die Aeußerungen der Kritik, ohne förmliche

---

<sup>171</sup> Waldherr, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 179.

<sup>172</sup> Waldherr, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 180.

<sup>173</sup> Dazu ausf. und grdl. Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 13, 120 ff.; vgl. auch v. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 1 (S. 798 f.); H. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 I. 3. a) (S. 252); a. A. wohl Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 344 f.

Abstimmung dafür, die Erbengemeinschaft grundsätzlich anzunehmen und der Beratung den allgemeinen Antrag Nr. 1 zu Grunde zu legen.“<sup>174</sup>

Die Position verdient daher Zustimmung. Wertsicherung ist der Bestandsicherung vorzuziehen, zumal die Nachlassgläubiger kein Interesse an einzelnen Nachlassgegenständen, sondern nur am Nachlass als der zur Befriedigung dienenden Haftungsmasse haben.<sup>175</sup> Die dogmatische Verbindung zwischen der Ordnungsmäßigkeit als abstrakter Vorgabe und den konkreten Maßnahmen in Bezug auf einzelne Nachlassgegenstände erscheint dabei jedoch noch allzu vernebelt.<sup>176</sup> Denn die Wertsumme des Gesamtnachlasses setzt sich aus den einzelnen Werten der Nachlassgegenstände zusammen. Wie aber subsumiert man nun etwa die Ausübung einzelner, mitgliedschaftlicher Kapitalgesellschafterrechte unter diese abstrakte Entwertungsvoraussetzung? Und welches Maß an Vorhersehbarkeit besteht in dieser Hinsicht für die Miterben? Es existiert bislang kein Kriterium, um diese Lücke weiter auszufüllen. Der Verweis darauf, dass „mangels anderer Anhaltspunkte auf einen durchschnittlichen Miterben in vergleichbarer Situation abzustellen“<sup>177</sup> sei, hilft nicht weiter. Denn was ist hier schon ein durchschnittlicher Miterbe? Das „Kernproblem dieses Verfahrens ist der Mangel an Rechtssicherheit. Prospektiv ist häufig nicht genau erkennbar, was ein Richter retrospektiv als die prospektive Einschätzung einer verständigen Person ansehen wird. Unsicherheit und daraus folgende Risikoscheu sind so gerade in Grenzfällen kaum vermeidbar.“<sup>178</sup> Die herrschende Meinung sorgt, was ihr zugutezuhalten ist, zwar in der Tat für eine größere Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft und unternimmt damit einen soliden Versuch zur Lösung des Schwerfälligkeitsproblems. Sie enthält jedoch in ihrer konkreten Ausfüllung noch eine Lücke.

---

<sup>174</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB V, 1899, S. 495 (= Prot. BGB V, S. 836).

<sup>175</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 123.

<sup>176</sup> Vgl. zu diesem Mangel an Aussagekraft auch *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 92.

<sup>177</sup> *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 37.1.

<sup>178</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 31 f. Fn. 79; zust. *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 37.2.

*b) Strenge Einzelgegenstandsbetrachtung**aa) Ansatz*

Denkbar wäre es stattdessen auch, den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung auf jeden einzelnen Nachlassgegenstand innerhalb der Erbmasse zu beziehen. Dies soll nachfolgend als *strenge Einzelgegenstandsbetrachtung* bezeichnet werden.<sup>179</sup> Im Jahr 1994 lehnte das Oberlandesgericht Karlsruhe die Ordnungsmäßigkeit einer erbegemeinschaftlichen Befreiung des Miterben, der gleichzeitig Geschäftsführer in der GmbH war, von den Beschränkungen des § 181 BGB zwar ab und bezog sich dabei auf Kriterien, die allein in den Umständen der GmbH begründet waren,<sup>180</sup> was im Ergebnis wohl auf eine strenge Einzelgegenstandsbetrachtung hinauslief. Es schien sich dem allerdings gar nicht bewusst gewesen zu sein, da es den doppelten Fehler beging, die Ordnungsmäßigkeit nach § 2038 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 745 Abs. 1 S. 1 BGB erstens über das billige Interesse aller Miterben nach § 745 Abs. 2 BGB zu definieren und zweitens das Merkmal der Erforderlichkeit in die Vorschrift hineinzudichten. § 745 Abs. 2 BGB spielt für die Definition der Tatbestandsmerkmale des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB indes keine Rolle<sup>181</sup> und die Erforderlichkeit ist nicht für die Möglichkeit eines Mehrheitsbeschluss nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB, sondern allein für die Frage nach einer etwaigen Pflicht<sup>182</sup> der Miterben zur Zustimmung *innerhalb* einer solchen Mehrheitsabstimmung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 I. HS BGB relevant.

Es liegt zwar nahe anzunehmen, dass die strenge Einzelgegenstandsbetrachtung zu dem gleichen Ergebnis führt wie die strenge

---

<sup>179</sup> Ausdrücklich wird diese heute – soweit ersichtlich – noch an keiner Stelle so vertreten. Es existieren zwar Stellungnahmen, die den Begriff des Gegenstands im Wege des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auf den einzelnen Nachlassgegenstand beziehen, siehe unten Kap. 3 Fn. 328. Diese behandeln jedoch ausschließlich das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB. Sie scheinen sich dabei nicht des Umstands bewusst zu sein, dass man diese Frage dann wegen der systematisch zusammenhängenden Gegenstandsbezeichnung auch für § 745 Abs. 1 S. 1 BGB aufwerfen müsste.

<sup>180</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.04.1994 – 15 U 143/93, NJW-RR 1995, 1189, 1190.

<sup>181</sup> Siehe oben Kap. 3 Fn. 159.

<sup>182</sup> Siehe dazu unten Kap. 3 B. IV.

Gesamtnachlassbetrachtung, da die Entwertung eines einzelnen Nachlassgegenstands oft auch eine Entwertung des Gesamtnachlasses darstellt. Diese Betrachtungsweise würde jedoch zu kurz greifen. Denn regelmäßig wird ein einzelner Nachlassgegenstand nicht einseitig entwertet, sondern durch einen anderen Gegenstand ausgetauscht, sodass der Wert des Gesamtnachlasses im Ergebnis gleichbleibt oder sich nur marginal verändert. Genau dies passiert beim Verkauf von Nachlassgegenständen im Wege der dinglichen Surrogation nach § 2041 S. 1 BGB. Das wäre dann nach dieser strengen Einzelgegenstandsbetrachtung jedoch schon keine ordnungsmäßige Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB mehr.

*bb) Stellungnahme*

Der Ansatz würde die Erbengemeinschaft enorm schwerfällig werden lassen und weitestgehend einer mehrheitsbasierten Handlungsfähigkeit berauben. Das stärkste Gegenargument ist jedoch systematisch-teleologischer Natur: Läge man den Gegenstandsbegriff in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB so aus, dass er sich auf den einzelnen Nachlassgegenstand beziehe, dann hätten §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB keinen eigenen Anwendungsbereich mehr. Die Umstrukturierung des Nachlasses durch Entwertung des einen und Aufwertung des anderen Nachlassgegenstands im Wege der dinglichen Surrogation nach § 2041 S. 1 BGB<sup>183</sup> wäre stets schon nicht mehr ordnungsmäßig nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB. Eben diese Wertung zum Schutz der qualitativ-inhaltlichen Zusammensetzung des Nachlasses steckt jedoch allein in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB.<sup>184</sup> Dieser würde bei der vorgenannten Auslegung des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB vollständig überflüssig, was impliziert, dass die strenge Einzelgegenstandsbetrachtung nicht die im Gesetz angelegte Wertung trifft. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

---

<sup>183</sup> Ein Beispiel hierfür wäre die Renovierung eines Grundstücks mit Geldmitteln, wobei beides Teil des Nachlassvermögens ist.

<sup>184</sup> Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B. III. 1. b).

*c) Orientierung an den Wertungen des § 116 HGB**aa) Ansatz*

Speziell für den vererbten GmbH-Geschäftsanteil wird vorgeschlagen, sich an den Wertungen von § 116 HGB zu orientieren. Der Umfang der ordnungsmäßigen Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB müsse unternehmensbezogen ausgelegt werden. Damit werde ein konkretisierender Entscheidungsmaßstab geschaffen, der die Willensbildung innerhalb der Miterbengemeinschaft am Kapitalgesellschaftsanteil vereinfache. Entscheidende Kriterien für die Ordnungsmäßigkeit seien danach der Umfang und die Beeinflussung der Geschäftstätigkeit der GmbH, ihre Geschäftsführungspraxis, ihr Finanzrahmen sowie ihr Bestands- beziehungsweise Ertragsrisiko. Die jeweils kategorisierten Kapitalgesellschafterrechte könnten dann je nach Wirkungsgrad entweder durch die Erbenmehrheit oder nur einstimmig durch alle Miterben ausgeübt werden.<sup>185</sup> Die systematische Rechtfertigung ergebe sich dabei aus der gesamthänderischen Verwandtschaft von offener Handelsgesellschaft und Erbengemeinschaft. Zudem solle § 2038 BGB die Erben vor einer wesentlichen Veränderung des Nachlasses schützen, was mit § 116 HGB gleichsetzbar sei. Schließlich spreche für die Heranziehung der Wertungen auch der Umstand, dass die Miterben im Grundsatz nicht persönlich für Verbindlichkeiten der GmbH hafteten, aber ein Interesse daran hätten, dass der Wert ihres Gemeinschaftsanteils erhalten bleibe.<sup>186</sup>

*bb) Stellungnahme*

Nicht allzu belastbar erscheint der Einwand, dass § 116 HGB schon deshalb nicht als Vergleichsmaßstab taue, weil die Erbengemeinschaft anders als die offene Handelsgesellschaft auf Auseinandersetzung gerichtet sei.<sup>187</sup> Diese Position ignoriert das reale, rechtspraktische Problem der einen

---

<sup>185</sup> *Raue*, GmbHR 2015, 121, 124 ff.; zust. *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 42; der Gedanke der Vergleichbarkeit mit § 116 HGB wurde bereits abstrakt von *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 350 aufgeworfen.

<sup>186</sup> *Raue*, GmbHR 2015, 121, 124.

<sup>187</sup> So aber *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 109.

Nachlass verwaltenden Erbengemeinschaft und entzieht sich schlichtweg dem Lösungsversuch.

Die Kritik, dass es in der Erbengemeinschaft keinen Geschäftsführer gebe, sie nicht auf Geschäftsführung, sondern auf Nachlasserhalt gerichtet und § 116 HGB deshalb nicht in seinen Wertungen übertragbar sei,<sup>188</sup> unterliegt dem gleichen Trugschluss. Denn der Umstand, dass es in der Erbengemeinschaft in der Tat keinen Geschäftsführer gibt,<sup>189</sup> lässt nicht das Bedürfnis für die Geschäftsführung im funktionalen Sinne entfallen. Nichts anderes ist die Verwaltung eines Kapitalgesellschaftsanteils durch die Erbenmehrheit auf der Ebene des Innenverhältnisses.<sup>190</sup> Die fehlende persönliche Zuordnung an eine fixe Stellung innerhalb der Erbengemeinschaft lässt das rechtspraktische Bedürfnis für die Geschäftsführung nicht verschwinden.

Der Einwand, dass das gesetzliche Leitbild hinter der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft einerseits ein anderes als bei der GmbH andererseits sei und § 116 HGB deshalb nicht auf die erbengemeinschaftliche Willensbildung bezüglich eines vererbten GmbH-Geschäftsanteils angewendet werden könne,<sup>191</sup> stellt auf einen unzutreffenden Bezugspunkt ab. Denn für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 116 HGB auf §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB kommt es nicht darauf an, von welcher Art der vererbte Gesellschaftsanteil ist, sondern allein darauf, ob zwischen der Erbengemeinschaft selbst und der offenen Handelsgesellschaft strukturell eine hinreichende Parallelität zwischen Nachlassverwaltung und Geschäftsführung besteht.

Daneben wird eingewandt, dass das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme im Erbrecht und das in § 116 HGB zu verschiedenen seien. Während §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB im Grundsatz von einer Gemeinschaftsverwaltung ausginge und die Mehrheitsverwaltung als Ausnahme begreife, behalte § 116 HGB umgekehrt die außergewöhnlichen Maßnahmen dem

---

<sup>188</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 109 f.

<sup>189</sup> *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 248.

<sup>190</sup> Zur begrifflichen Parallele von Verwaltung und Geschäftsführung *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 I. 2. (S. 1107); siehe auch *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 69 f.

<sup>191</sup> So v. *Bressensdorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 109.

Beschluss sämtlicher Gesellschafter vor.<sup>192</sup> Auch dieser Einwand stößt auf Bedenken. Denn die Rechtslage stellt sich bei der Erbengemeinschaft vielmehr so dar, dass es überhaupt keinen materiellen Grundsatz der Gemeinschaftsverwaltung gibt.<sup>193</sup> Die Vorgabe des § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB ist rein formal. Das Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis, auf das es für die Auslegung ankommt, wird nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes und damit erst durch die Auslegung der die Mehrheitsverwaltung konstituierenden Rechtsbegriffe bestimmt.<sup>194</sup> Hier an der äußeren Systematik festzuhalten ließe letztlich auf die gleiche Sichtweise hinaus wie die Aussage, dass Ausnahmen prinzipiell eng auszulegen<sup>195</sup> seien: Dabei wird ausgeblendet, dass sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis immer überhaupt erst aus dem Zweck des Gesetzes selbst ergeben und damit stets nur das Ende nicht aber den Beginn der Auslegung darstellen kann.<sup>196</sup>

Gleichwohl ist dem Ansatz nicht zu folgen: Zwar sind die offene Handelsgesellschaft und die Erbengemeinschaft in der Tat beides Ausprägungen der Gesamthand. Indes ist das allein kein Argument für eine Übertragung der Wertungen der Regelungen zu der einen Form auf die der anderen. Denn solange nicht dezentral von unten nach oben durch die Auslegung der berührten Rechtsnormen geklärt ist, wie genau sich jede einzelne Gesamthandsform verhält, kann kein Vergleich zu der Frage gezogen werden, was all diesen Gesamthandsformen gleich ist. Damit verbietet sich jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Rückschluss von Details der Organisation einer Gesamthandsform auf die Organisation einer anderen Gesamthandsausprägung.

Auch lässt der Ansatz außer Acht, dass die beiden Kollektive auf unterschiedliche Weise entstehen. Die offene Handelsgesellschaft basiert auf

---

<sup>192</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 110.

<sup>193</sup> Siehe oben Kap. 3 A. I. 1.

<sup>194</sup> Vgl. *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32, 66.

<sup>195</sup> Vgl. dazu *Herberger*, „Ausnahmen sind eng auszulegen“, 2017, passim m. w. N.; vgl. auch die lateinischen Variationen „*Singularia non sunt extendenda*“, „*Enumeratio, ergo limitatio*“ und „*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*“, dazu ausf. *Effer-Uhe*, in: FS Prütting, 2018, S. 15 ff. m. w. N.; *Muscheler*, in: FS Kruse, 2001, S. 135 ff.; *Säcker*, in: MünchKomm. BGB, Einl. BGB Rn. 123 ff.

<sup>196</sup> Siehe *Rosenkranz*, JURA 2015, 783 ff. m. w. N.; vgl. auch *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 181.

einer aktiven, privatautonomen Entscheidung der sie gründenden Gesellschafter. Die Erbengemeinschaft enthält dieses Element in der notwendigen Form nicht.<sup>197</sup>

Bisweilen findet sich die Einschätzung, der Ansatz zäume das Pferd von hinten auf, da das Erbrecht infolge der einschlägigen Theorie der mittelbar einheitlichen Rechtsausübung die Sphäre des Gesellschaftsrechts dominiere, nicht umgekehrt.<sup>198</sup> Dieser Einwand ist im Ergebnis zutreffend. Er trifft indes nicht den Kern des Problems. Denn die Frage, die im Raum steht, ist ja gerade, ob innerhalb der (nach der Theorie der mittelbar einheitlichen Rechtsausübung<sup>199</sup>) relevanten Erbrechtsnormen – konkret beim Tatbestandsmerkmal der ordnungsmäßigen Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB – Raum für eine unternehmensbezogene Auslegung existiert. Diese Frage kann nicht äußerlich-systematisch, sondern nur auf der höheren Ebene der Wertungen gelöst werden. Sie ist indes klar zu verneinen. Das zentrale Problem an dem Ansatz ist der ihm innewohnende Wertungsschmuggel. Die dahinterstehende Argumentation geht davon aus, dass die Erbenminderheit ein Partizipationsrecht an den außerordentlichen Gesellschafterhandlungen innerhalb der betroffenen Kapitalgesellschaft hätte. Das ist im Kern nichts anderes als die Wertung, den Kapitalgesellschaftsanteil vor Veränderungen zu schützen und damit den Nachlass in der konkreten strukturellen Zusammensetzung im Interesse der Erbenminderheit zu erhalten. Diese Frage hat der Gesetzgeber aber im Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung gemäß § 745 Abs. 3 S. 1 BGB abschließend geregelt. Die Wertung des Schutzes der Erbenminderheit vor einer strukturell-qualitativen Umformung des Nachlasses steckt allein in diesem dritten Absatz.<sup>200</sup> Sie kann nicht<sup>201</sup> zusätzlich in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB hineingeschoben werden, da dieser die von § 745 Abs. 3 S. 1 BGB streng zu trennende, inhaltlich-quantitative Werterhaltung betrifft.<sup>202</sup> Differenzierungen

---

<sup>197</sup> Siehe dazu im Detail noch unten in Kap. 3 C. III. 2. a) bb).

<sup>198</sup> J. Schmidt, NZG 2015, 1049, 1053.

<sup>199</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 92, 112.

<sup>200</sup> Vgl. Eickelberg, in: v. Staudinger, § 745 BGB Rn. 3; Hermann Lange, JuS 1967, 453, 456.

<sup>201</sup> Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B. III. 1. b).

<sup>202</sup> Genau diese Trennung lehnt wohl auch Heil, Die ordnungsmässige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht, 1998, S. 104 ab, in dem er ausführt, dass man § 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB ja notfalls einfach teleologisch zugunsten

zwischen regulären und außerordentlichen Mitgliedschaftsrechten im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der ordnungsmäßigen Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB sind deshalb ausgeschlossen. Insofern ist es befremdlich, dass ausdrücklich zugestanden wird, dass sich sowohl der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB wie auch der Begriff der wesentlichen Veränderung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB infolge des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB beide auf den Gesamtnachlass und nicht auf den einzelnen Nachlassgegenstand bezögen.<sup>203</sup> Die im zweiten Schritt ausschließlich auf den Kapitalgesellschaftsanteil ausgerichtete Auslegung der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB und seine Verwischung der Grenzen von § 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB widersprechen ebenjener selbstformulierten Prämisse.

Die einzig mögliche Begründung für den Ansatz läge darin, dass man das Tatbestandsmerkmal der ordnungsmäßigen Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB (und konsequenterweise wohl auch das der wesentlichen Veränderung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB) so modifiziert, dass es sich bei einem Kapitalgesellschaftsanteil anders als bei allen anderen denkbaren Nachlassgegenständen ausnahmsweise doch auf den einzelnen Nachlassgegenstand und nicht auf den Gesamtnachlass bezieht. Tatsächlich würde damit der Gegenstandsbegriff in § 745 BGB in zwei verschiedene Einzelbegriffe aufgespalten. Prinzipiell ist dies im Hinblick auf die Relativität der Rechtsbegriffe zwar möglich. Für eine derart pauschale, in ein und demselben Rechtssatz angelegte Ungleichbehandlung verschiedener Arten von Nachlassgegenständen müsste jedoch nachgewiesen werden, dass und weshalb es explizit und ausschließlich bei einem vererbten Kapitalgesellschaftsanteil eines erheblich größeren Partizipationsschutzes der Erbenminderheit bedarf als bei allen anderen Nachlassgegenständen. Der an sich zutreffende Verweis darauf, dass ein Unternehmen eben dynamischer als ein statisches Grundstück verwaltet werden müsse,<sup>204</sup> genügt hierfür nicht.<sup>205</sup> Innerhalb

---

der Erbenminderheit reduzieren könne; in die gleiche Richtung auch *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 170.

<sup>203</sup> *Raue*, GmbHR 2015, 121, 123 f.

<sup>204</sup> *Raue*, GmbHR 2015, 121, 124; siehe auch bereits *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 30.

<sup>205</sup> Diese Aussage erscheint allerdings auch in dogmatischer Hinsicht insoweit unpräzise, als die Erbengemeinschaft am vererbten Kapitalgesellschaftsanteil bei genauer Betrachtung nicht die Kapitalgesellschaft selbst, sondern den Anteil an ihr verwaltet.

des einfachen Rechts spricht schlichtweg nichts für diese Auslegung. Die Vorschrift des § 2038 BGB enthält keinen Katalog zu den verschiedenen Arten von Nachlassgegenständen. Zwar könnte der Gesetzgeber in der Tat einen solchen vorsehen. Solange er das nicht getan hat, ist jedoch davon auszugehen, dass die Vorschrift einheitlich auszulegen ist. Konsequenterweise ist man dazu gezwungen, sich zwischen der strengen Einzelgegenstands- und der strengen Gesamtnachlassbetrachtung zu entscheiden. Hier ist im Interesse einer besseren Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft letztere zu wählen. Obendrein würde es zu einem unauflösbaren Wertungswiderspruch führen, wenn einzelne, mitgliedschaftliche Rechte aus Kapitalgesellschaftsanteilen einer erweiterten Mitbestimmung durch die Erbenminderheit bedürftigen und damit gesondert behandelt würden, andererseits aber der ganze Kapitalgesellschaftsanteil bei entsprechend kleinem Gewicht im Gesamtnachlass von der Erbenmehrheit als Maßnahme der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB verkauft werden kann,<sup>206</sup> um die Wertsumme des Nachlasses zusammenzuhalten. Denn Verfügungen *über* die Mitgliedschaft können bei der Schutzwertung nicht unterhalb der Rechtsausübung *innerhalb* der Mitgliedschaft angesiedelt sein. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

*d) Orientierung an den Wertungen des § 21 Abs. 5 WEG*

*aa) Ansatz*

Ein anderer Ansatz geht davon aus, dass Ordnungsmäßigkeit im Sinne des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB wie „der Ordnung entsprechend“ zu verstehen sei und damit grundsätzlich nahezu alle Maßnahmen von § 745 Abs. 1 S. 1 BGB umfasst seien. Aus dieser allgemeinen Mehrheitsmacht ergebe sich „selbsterklärend“ das Bedürfnis für eine Einschränkung zugunsten der Erbenminderheit. Es sei demnach festzustellen, welche Rechtsausübungen als außerordentlich zu qualifizieren seien. In Bezug auf den vererbten GmbH-Geschäftsanteil solle der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung dafür

---

<sup>206</sup> BGH, PKH-Beschluss vom 21.06.2008 – IV ZR 286/07, nicht veröffentlicht; zu OLG Koblenz, Urteil vom 24.09.2007 – 12 U 1126/06, ZErB 2008, 168 ff.; siehe den Nachweis bei *Roland Wendt*, ErbR 2017, 58, 66 f., der in seiner Fn. 77 allerdings versehentlich „OLG Karlsruhe“ statt „OLG Koblenz“ schreibt.

unter Zuhilfenahme der Regelbeispiele des § 21 Abs. 5 WEG weiter ausgefüllt werden.<sup>207</sup>

*bb) Stellungnahme*

Inhaltliche Schwierigkeiten ergeben sich bereits beim Vergleich der gesetzlichen Bezugspunkte.<sup>208</sup> Der wohl größte Unterschied zwischen dem Kapitalgesellschaftsanteil und dem Wohnungseigentum liegt darin, dass sich die Verwaltung gemäß § 21 WEG auf eine Immobilie und damit auf eine Sache, d. h. einen körperlichen Gegenstand im Sinne des § 90 BGB, bezieht.<sup>209</sup> Der Gegenstand aber hat keinerlei Rechtspersönlichkeit, sondern ist als reines Bezugsobjekt des Rechtsverkehrs – genauer als Objekt der Rechtsverhältnisse – ausgestaltet.<sup>210</sup> Ob man den Begriff dabei aus einer formalen oder materialen Betrachtungsweise ableitet, ist hierfür im Ergebnis gleichgültig.<sup>211</sup> Als reines Rechtsobjekt dient er den Rechtssubjekten.<sup>212</sup> Der Gegenstand und damit auch die Immobilie haben keine eigene Möglichkeit der Willensbildung, keine rechtliche Aufgabe oder Zielsetzung, keine eigene Interessenssphäre geschweige denn irgendeine Form von Rechtssubjektivität. Etwaige Rechtsbeziehungen über die Immobilie zu anderen Subjekten wie etwa Mietern entstehen daher höchstens mittelbar. Ganz anders ist die Situation beim vererbten Kapitalgesellschaftsanteil. Dieser vermittelt unmittelbar die Mitgliedschaft in einer juristischen Person, d. h. in einem anderen, den natürlichen Personen im Grundsatz

---

<sup>207</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 115 ff.; zust. *Schürmbrand*, NZG 2016, 241, 244.

<sup>208</sup> Mit anderer Argumentation aber i. E. ebenfalls krit. *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 209 f.

<sup>209</sup> Der nicht legaldefinierte Begriff des Gegenstands ist der Oberbegriff zur Sache gemäß § 90 BGB, siehe *Mugdan*, Materialien zum BGB III, 1899, S. 18 (= Mot. BGB III, S. 33); *Sohm*, Der Gegenstand, 1905, passim; *Stieper*, in: v. Staudinger, Vor §§ 90 ff. BGB Rn. 4 ff.; *Stresemann*, in: MünchKomm. BGB, § 90 BGB Rn. 1.

<sup>210</sup> *H. Hübner*, BGB AT, 1995, § 16 I. (S. 163 f. Rn. 285); *Neuner*, BGB AT, 2020, § 24 Rn. 1 ff. (S. 295 ff.).

<sup>211</sup> *Stieper*, in: v. Staudinger, Vor §§ 90 ff. BGB Rn. 7 m. w. N.

<sup>212</sup> *Mansel*, in: Jauernig, Vor §§ 90 ff. BGB Rn. 1; v. *Schwerin*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 1928, § 16 I. (S. 62); vgl. auch v. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, § 53 (S. 334 ff.).

gleichgestellten Subjekt des Rechtsverkehrs.<sup>213</sup> Die Kapitalgesellschaft hat eigene Interessen und Zielsetzungen etwa in Form ihres Gesellschaftszwecks und Unternehmensgegenstands, welche abstrakt von der Zivilrechtsordnung als genauso legitim angesehen werden wie die Interessen natürlicher Personen.<sup>214</sup> Das wird insbesondere an der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person nach Art. 19 Abs. 3 GG<sup>215</sup> deutlich. Deshalb verwaltet die Erbengemeinschaft hier kein einseitiges Herrschaftsverhältnis, sondern eine wechselwirkende Partizipation. Obendrein erscheint die Immobilie an sich statisch, während eine Kapitalgesellschaft sich immer wieder an ein sich fortwährend änderndes Marktumfeld anpassen muss.<sup>216</sup>

Indes ist das zentrale Argument gegen den Ansatz deckungsgleich mit dem Einwand, welcher auch gegen eine analoge Anwendung des § 116 HGB spricht: Der Ansatz folgt, was die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Veränderung des Gegenstands in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB angeht,<sup>217</sup> ausdrücklich der herrschenden Meinung und es wird klargestellt, dass mit dem Gegenstand der Gesamtnachlass und nicht der einzelne Nachlassgegenstand gemeint sei.<sup>218</sup> Im zweiten Schritt wird dann jedoch versucht, Orientierungen speziell für die ordnungsmäßige Verwaltung des GmbH-Geschäftsanteils zu entwickeln, die ihre Existenzberechtigung allein in einem Partizipationsinteresse der Erbenminderheit finden.<sup>219</sup> Der Weg über § 21 Abs. 5 WEG schiebt damit genau wie der Ansatz zu § 116 HGB die abschließend in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB geregelte<sup>220</sup> Wertung zum Schutz der qualitativen Formzusammensetzung des Nachlasses in die Auslegung des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB hinein. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

---

<sup>213</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 3.

<sup>214</sup> Siehe *Remmert*, in: Dürig/Herzog/R. Scholz, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 2 ff. m. w. N. zur historischen Entwicklung.

<sup>215</sup> Zu den einzelnen möglichen Grundrechten: *Antoni*, in: Hömig/H. A. Wolff, Art. 19 GG Rn. 10; *Enders*, in: BeckOK GG, Art. 19 GG (Stand: 15.11.2022) Rn. 39 ff.

<sup>216</sup> Insoweit zutr. *Raue*, GmbHR 2015, 121, 124.

<sup>217</sup> Zur Frage nach der Auslegung dieses Begriffs ausf. unten Kap. 3 B. III.

<sup>218</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 103 ff.

<sup>219</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 130 f.

<sup>220</sup> Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B. III. 1. b).

*e) Quotale Stimmrechtsverteilung**aa) Ansatz*

Schließlich wird erwogen, den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB so auszulegen, dass nur eine Aufspaltung der Aktionärsrechte entsprechend der Erbquoten dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfülle.<sup>221</sup> Auf diese Verwaltung habe der einzelne Miterbe gegen die übrigen Miterben einen klagbaren Anspruch gemäß dem Merkmal der dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechenden Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 1 S. 2, 745 Abs. 1 und Abs. 2 BGB.<sup>222</sup> Ein Aktienpaket würde nach diesem Ansatz gedanklich in seine Einzelaktien aufgespalten und die Stimmrechte jeweils prozentual auf die Miterben verteilt. Der gemeinschaftliche Vertreter würde diese Stimmrechte dann in der Hauptversammlung uneinheitlich je nach Vorgabe des jeweiligen Miterben ausüben.

*bb) Stellungnahme*

Der Ansatz läuft auf eine versteckte Form einer gesetzlichen Teilauseinandersetzung hinaus. Die Frage nach einer eventuellen Kollision von Mehrheitseffizienz und Minderheitenschutz innerhalb der Erbengemeinschaft wäre praktisch aufgelöst. Erbengemeinschaften, bei denen die Erbquoten zu jeweils 50 % auf zwei Miterben verteilt sind, könnten sich in Bezug auf die Ausübung von Kapitalgesellschafterrechten nicht mehr selbst blockieren. Faktisch würde jeder Miterbe zum völlig autonom entscheidenden und partizipierenden Aktionär aufsteigen. Die Geltendmachung der mitgliederschaftlichen Rechte aus dem Kapitalgesellschaftsanteil wäre entsprechend der Erbquote möglich, das erbengemeinschaftliche Willenskollektiv faktisch aufgehoben. Dass eine belastbare Lösung so einfach aussehen soll, erscheint indes zweifelhaft.

Zunächst vermischt der Ansatz bei seiner Zitation die Frage nach der Ordnungsmäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme in § 745 Abs. 1 S. 1

---

<sup>221</sup> *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 367.

<sup>222</sup> *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 365 ff.; ihm folgend *Lettmair*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2032 BGB Rn. 60; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2032 BGB Rn. 34.

BGB mit der Frage nach einer dem billigen Interesse aller Teilhaber entsprechenden Verwaltung nach § 745 Abs. 2 BGB.<sup>223</sup> Ein Mitwirkungsanspruch auf eine einzelne Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung ergibt sich allein aus §§ 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS, 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB.<sup>224</sup>

Der Ansatz geht im Übrigen ausdrücklich von einer Systemkollision von Erb- und Aktienrecht im Hinblick auf eine Ungleichbehandlung von Aktionären im Verhältnis zu den Aktionärsmiterben aus. Eine solche lässt sich jedoch schlichtweg nicht erkennen.<sup>225</sup> Dass natürliche Personen versterben und die jeweils nachfolgende Erbengemeinschaft nach den §§ 2032 ff. BGB die Aktionärsstellung des Erblassers ungeteilt als Rechtsgemeinschaft einnimmt, ist, um es mit einer beliebigen Redensart aus der Informationstechnologie zu umschreiben, kein Bug, sondern ein Feature des Gesetzes. Die Alternative läge darin, die Aktien im Erbfall zurück an die Gesellschaft fallen zu lassen, was nach geltendem Recht ausgeschlossen ist.

Am schwersten wiegt das Praktikabilitätsproblem, auf das der Ansatz stößt. Ihm zufolge würden sich die Aktionärsrechte rechnerisch nach der Zahl der vererbten Aktien richten. Dies kann nur dann funktionieren, wenn sich die Menge der im Aktienpaket enthaltenen Stückaktien (beziehungsweise die Wertsumme bei Nennbetragsaktien) in ganzen Zahlen entsprechend der Erbquoten auf die Miterben verteilen lässt. Ist dies rechnerisch nicht möglich,<sup>226</sup> so entstünden zwangsläufig Bruchteilsrechte. Allein schon das Stimmrecht setzt jedoch gemäß § 134 Abs. 1 S. 1 AktG zwingend das Innehaben mindestens einer (ganzen) Aktie voraus. Im Zusammenspiel mit dem Teilungsverbot von § 8 Abs. 5 AktG ist die Wertung des Gesetzes eindeutig: Wo es keine Bruchteilsaktien im Sinne von Bruchteilsmitgliedschaften geben kann, da darf es auch keine Bruchteilsaktionärsrechte geben.<sup>227</sup> Die Konsequenz ist, dass der Ansatz nur auf Sachverhalte

---

<sup>223</sup> Siehe zu den unterschiedlichen Anwendungsbereichen von § 745 Abs. 1 S. 1 BGB und § 745 Abs. 2 BGB oben in Kap. 3 B. II. 2.

<sup>224</sup> Siehe zur Abgrenzung der einzelnen erbrechtlichen Stufen zur Willensfreiheit bei der Nachlassverwaltung die Zusammenfassung unten in Kap. 3 F.

<sup>225</sup> So auch *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 373 f.

<sup>226</sup> Beispielsweise lassen sich 500 Stückaktien nicht passgenau auf drei Miterben verteilen, denen jeweils eine Erbquote von einem Drittel zugewiesen ist.

<sup>227</sup> So bereits *Riesser*, Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht nebst Entwürfen für neue Statuten und für Statuten-Aenderungen, 1899, S. 56; vgl. auch *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften,

angewendet werden könnte, bei denen die Verteilungsrechnung entsprechend der Erbquoten genau aufgeht. Das muss nicht bei jeder Erbengemeinschaft der Fall sein. Möglich wäre damit nur eine selektive Anwendung auf solche Erbengemeinschaften, bei denen die Rechnung stimmt. Dann wiederum müsste man sich die schwerwiegende Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen gefallen lassen. Denn die so aus dem Ansatz folgende, im Gesetz angelegte Ungleichbehandlung von Erbengemeinschaften erscheint insbesondere im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG problematisch. An der Verfassung muss sich im Wege der rangkonformen Auslegung auch das einfachgesetzliche Zivilrecht messen lassen.<sup>228</sup> Es erscheint unplausibel, dass die Miterben in einer Erbengemeinschaft A einen Anspruch auf gespaltene Rechtsausübung entsprechend der Erbquoten haben sollen und die Miterben in einer Erbengemeinschaft B, bei der die Verteilungsrechnung nicht aufgeht, nicht. Die Ungleichbehandlung wäre schon allein durch eine Veränderung der Zahl der Miterben oder durch eine Veränderung der Erbquoten gegeben. Ein taugliches Differenzierungskriterium zur Rechtfertigung in der Sache stellt keines der beiden dar. Denn der Begriff der Verwaltung in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB orientiert sich weder an der Zahl der Miterben noch an der Erbquote. Die Willensbildungsregeln zur Erbengemeinschaft würden dann willkürlich ungleich ablaufen. Der Gesetzgeber kann jedoch nicht folgerichtigerweise<sup>229</sup> für die Vererbung eines Nachlasses an mehrere Personen die Erbengemeinschaft als zwingendes Rechtsinstitut vorsehen und dann verschiedene Erbengemeinschaften unterschiedlichen Willensbildungsregeln allein abhängig von der Erbquote und einer hypothetisch-mathematischen Teilbarkeit unterwerfen. Der Ansatz dürfte gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Hinzu kommt wohl noch ein Verstoß gegen die Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG. Denn der Ansatz würde den Erblasser indirekt dazu zwingen, die Erben in seiner Verfügung von Todes wegen mit genau den Erbquoten zu bedenken, die dazu nötig wären, um das Aufspaltungsrecht des einzelnen Miterben zu

---

1965, S. 93; Der Gedanke, dass die Aufspaltung von Stimmrechten aus Aktien entsprechend der Erbquoten zwingend voraussetzt, dass diese Rechnung aufgeht, findet sich zur Parallelproblematik aus dem Recht der Stimmrechtskonsortien bereits bei *Schröder*, ZGR 1978, 578, 602.

<sup>228</sup> *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 262.

<sup>229</sup> Zum Folgerichtigkeitsgebot ausf. *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/R. Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 404 ff.

ermöglichen oder zu verhindern. Das Gesetz würde so unter der Androhung von anderweitigen Verwaltungsschwierigkeiten eine quasi bindende Vorgabe zur idealen Erbquote schaffen. Dergleichen darf es zum Schutz der Familie einerseits und zum Schutz der Testierfreiheit andererseits wohl nicht geben.<sup>230</sup>

### 3. Zwischenstand

Einzig die strenge Gesamtnachlassbetrachtung lässt sich mit dem Sinn und Zweck einer handlungsfähigen Erbengemeinschaft sowie der Sicherung des Nachlasswerts und damit der Gläubigerinteressen hinreichend vereinen. Sie ist jedoch zum gegenwärtigen Zeitpunkt dogmatisch noch nicht hinreichend zu Ende ausformuliert. Positive Formulierungen (wie die eines „*diligens pater familias*“ oder eines „*reasonable man*“)<sup>231</sup> helfen in der Sache nicht weiter, weil es aufgrund der unüberschaubaren Vielzahl an denkbaren Maßnahmen keine sinnvolle Eingrenzung auf positive Weise geben kann. Der Schlüssel zur Ausfüllung dieser Lücke liegt vielmehr in der Negativdefinition der Ordnungsmäßigkeit. Entscheidend ist der ökonomische Gesichtspunkt; Ordnungsmäßigkeit heißt letztlich Wirtschaftlichkeit.<sup>232</sup> Der formalmethodische Charakter des Wirtschaftlichkeitsprinzips<sup>233</sup> stellt wiederum auf die Optimierung einer Zweck-Mittel-Relation ab, damit ist jedoch noch keine Aussage darüber getroffen, wie die Folgen einer Maßnahme zu bewerten und welche Werte zugrunde zu legen sind.<sup>234</sup> Die Formel, dass „als nicht ordnungsgemäß jede Verwaltungsmaßnahme“ gelten müsse, „die zumindest mittel- und langfristig nicht den Erhalt der Nachlasssubstanz

---

<sup>230</sup> Vgl. Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 505.

<sup>231</sup> Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 27; auch KG, Urteil vom 28.11.1913 – 3. ZS, OLGRspr 30, 184: „wie sich ein verständiger Mann, ein ordentlicher Hausvater in gleichem Falle verhalten würde und müßte“.

<sup>232</sup> Coing, in: FS Kaufmann, 1972, S. 127, 131; ders., Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 144; v. Godin, Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1949, S. 79 (zu § 2130 BGB); ähnlich Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 30.

<sup>233</sup> V. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 33, 38.

<sup>234</sup> Reiner mann, in: Letzelter/Reiner mann, Wissenschaft, Forschung und Rechnungshöfe, 1981, S. 225, 235; Waldherr, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 52.

sichert<sup>235</sup> hilft hier nicht weiter. Wann genau darf die Erbenmehrheit das Kriterium der Wirtschaftlichkeit bei einer Rechtsausübung denn nun mit hinreichender Rechtssicherheit für sich in Anspruch nehmen? Hieran zeigt sich, dass das Problem der den Nachlass aktiv verwaltenden Erbengemeinschaft beim Kriterium der Ordnungsmäßigkeit in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB auf umgekehrter Ebene liegt: Nicht die Erbenminderheit benötigt Schutz vor Mehrheitsentscheidungen, sondern die Erbenmehrheit benötigt Rechtssicherheit.<sup>236</sup> Die Suche nach etwaigen die Minderheit schützenden Einzelfallausnahmen muss schon deshalb versagen, weil jede Erbmasse unterschiedlich zusammengesetzt ist und es den „durchschnittlichen Miterben“<sup>237</sup> nicht gibt. Es fehlt ein verlässliches Kriterium dafür, wann bestimmte Rechtsausübungen wirtschaftlich vernünftig und damit ordnungsmäßig sind. Was § 745 Abs. 1 S. 1 BGB benötigt, ist eine allgemeine Auslegungsregel. Die in der Diskussion bereits geäußerten, betriebswirtschaftlich geprägten Ausführungen<sup>238</sup> zur Frage bewegen sich zwar auf dieser Spur, es bedarf jedoch noch eines dogmatisch greifbaren Ausgangspunktes.

#### *4. Analoge Anwendung der Regeln zum Geschäftsleiterermessen gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf den Ordnungsmäßigkeitsbegriff in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB*

Zur Ausfüllung des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB ließe sich auf eine analoge Anwendung der Norm zum Geschäftsleiterermessen (*Business Judgment Rule*<sup>239</sup>) in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG<sup>240</sup>

---

<sup>235</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 30.

<sup>236</sup> Vgl. *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 47.

<sup>237</sup> *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 37.1.

<sup>238</sup> *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 166 ff.

<sup>239</sup> Die Schreibweise in der deutschen Literatur variiert bisweilen zwischen „Business Judgment Rule“ und „Business Judgement Rule“. Im US-amerikanischen Rechtssprachlich, aus dem die Bezeichnung herrührt, scheint die erste Variante einschlägig zu sein.

<sup>240</sup> Auf die Frage nach einer etwaigen Reformbedürftigkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in rechtstechnischer Hinsicht, siehe dazu etwa *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1 ff.; *Hopt*, in: FS W-H Röth, 2015, S. 225 ff., kommt es hier nicht an, da es nur darum geht, überhaupt eine Möglichkeit zu finden, den in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB bislang noch nicht zu Ende skizzierten Wirtschaftlichkeitsmaßstab greifbarer zu machen.

abstellen.<sup>241</sup> Dieser Ansatz würde mithin nicht nur selektiv auf vererbte Kapitalgesellschaftsanteile angewandt, sondern eine grundlegende und vollumfassende Erweiterung des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen. Damit verbunden ist die Anwendung dieses Konzepts auf die Verwaltung aller Arten von Nachlässen unabhängig von ihrer konkreten inhaltlichen Zusammensetzung. Die Voraussetzungen für eine Analogie<sup>242</sup> sind das Bestehen einer Gesetzeslücke und einer gleichsetzbaren<sup>243</sup> Interessenlage.<sup>244</sup>

### a) Gesetzeslücke

Die Gesetzeslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts.<sup>245</sup> Wann diese Lücke vorliegt, bestimmt sich vom Boden des geltenden Rechts aus, wobei auf die Rechtsordnung als Ganzes abzustellen ist. Dem Gesetz muss eine Regelung fehlen, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert.<sup>246</sup> § 745 Abs. 1 S. 1 BGB enthält keine Spezifikation des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung. Das Erbrecht füllt diesen Terminus nicht selbst inhaltlich aus, sondern begnügt sich mit dem Verweis in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB. Wenn man die Definition des Bundesgerichtshofs unterstellt, landet man beim Begriff der

---

<sup>241</sup> Anklänge hierzu finden sich bereits bei *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 38, die allerdings in erster Linie auf den Unteraspekt der sog. Legal Judgment Rule abstellen und keine methodische Begründung vornehmen.

<sup>242</sup> Zur Geschichte der Analogie siehe *Steinwenter*, in: FS F. Schulz II, 1951, S. 345 ff.

<sup>243</sup> Der vielfach verwendete Begriff der „Vergleichbarkeit“ der Interessenlage erscheint methodisch unzutreffend. Denn da man immer alles mit allem vergleichen kann (und auch sollte), ist von vornherein auch alles mit allem vergleichbar. Über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede ist mit der Vergleichbarkeit selbst gerade noch kein Urteil getroffen. Gemeint ist hier daher vielmehr die Ähnlichkeit zweier Lebenssituation im Sinne einer hinreichenden Wertungsparallele. Begrifflich entscheidend ist nicht die weit zu ziehende Vergleichbarkeit, sondern die im Verhältnis dazu kraft Natur der Sache eng zu begreifende Gleichsetzbarkeit.

<sup>244</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 2018, S. 204 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 194 ff.; vgl. auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 2021, S. 56 f.

<sup>245</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 16.

<sup>246</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 30 ff.

wirtschaftlichen Vernunft, aber dieser wurde bislang nicht näher definiert. Das Gesetz ist damit unvollständig. Ist diese Unvollständigkeit planwidrig? Der historische Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1896 hatte die Erbengemeinschaft noch nicht in der Form vor Augen, wie sie heute aufgefasst wird. Sein damaliges Konzept ging insofern von einer statischen Nachlassverwaltung aus, als unterstellt wurde, dass die Erbengemeinschaft den Nachlass nicht dynamisch verwalten, sondern sich so schnell wie möglich auseinandersetzen würde. Dies wird vor allem daran sichtbar, dass die ältere Literatur basierend auf dieser Vorstellung lange Zeit von einer erheblichen Rechtsmacht der Erbenminderheit ausging, da ohne deren Zustimmung kein wirksamer Erbenbeschluss nach außen hin vollzogen werden könne.<sup>247</sup> Dass sich dieses Konzept aufgrund der Konflikthanfälligkeit der Erbengemeinschaft jedenfalls bei einer Anwendung auf die heutigen Verhältnisse als rechtspolitischer Fehler erweisen und im Wege eines teleologischen Revisionsdenkens aufgegeben werden würde, hatte man damals noch nicht vor Augen. Entsprechend konnte der historische Gesetzgeber auch nicht vorhersehen, dass man Kriterien für ebenjene Form von dynamischer Nachlassverwaltung innerhalb des Tatbestandsmerkmals der ordnungsmäßigen Verwaltung benötigen würde. Das Gesetz ist planwidrig unvollständig.

#### *b) Gleichsetzbarkeit der Interessenlage*

Die Analogie basiert auf dem Gebot, Gleiches gleich zu behandeln.<sup>248</sup> Daher wird im Folgenden untersucht, ob die von der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG geregelte Lebenssituation des Vorstands einer Aktiengesellschaft mit der einer über eine Nachlassverwaltung entscheidenden Erbenmehrheit in ihren wesentlichen Punkten gleichsetzbar ist.

#### *aa) Hintergrund der Business Judgment Rule*

Die Rechtsfigur des Geschäftsleiterermessens verfolgt das Ziel, den Rückschaufehler bei der gerichtlichen Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen zu vermeiden und die Eingehung vernünftiger, wirtschaftlicher

---

<sup>247</sup> Siehe oben Kap. 3 Fn. 22.

<sup>248</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 72 Fn. 47 m. w. N.

Risiken zu ermöglichen.<sup>249</sup> Die deutsche Rechtswissenschaft<sup>250</sup> entlehnte die Business Judgment Rule aus dem US-amerikanischen Recht<sup>251</sup> und insbesondere aus den Principles of Corporate Governance.<sup>252</sup> Über die deutsche Justiz<sup>253</sup> gelangte der Ansatz in das Aktienrecht. Auf Bestreben der Literatur<sup>254</sup> fand er durch das UMAG von 2005<sup>255</sup> seine formale Kodifikation in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Die Business Judgment Rule soll das Konzept eines sicheren Hafens (*safe harbor*) für Geschäftsführungsorgane durchsetzen, um einen Ausgleich zwischen Haftungsverantwortung einerseits und Risikoprivilegierung andererseits zu schaffen. Das Geschäftsführungsorgan soll verantwortungsbewusst genug handeln, um das (fremde) Gesellschaftskapital nicht in rücksichtsloser Weise zu gefährden. Gleichzeitig soll genügend Spielraum für angemessene und durchaus auch risikoreiche

---

<sup>249</sup> *Bartsch*, Der (unternehmens-)verwaltende Testamentsvollstrecker und seine Haftung, 2010, S. 190 ff.; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 61; *Kocher*, CCZ 2009, 215 f.; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 196 f., 203; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, 2015, S. 168 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rn. 43.

<sup>250</sup> Siehe zur vorherigen deutsch-historischen Entwicklung bezüglich eines unternehmerischen Ermessens *Taube*, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, 2018, S. 30 ff.

<sup>251</sup> *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 21 f., 64 f.; *Spindler*, in: MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rn. 44; Vgl. dazu die rechtsvergleichenden Arbeiten von *Abeltshausen*, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998; *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, 2001; *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009, S. 55 ff.

<sup>252</sup> Nachweis bei *Böttcher*, NZG 2005, 49, 51.

<sup>253</sup> BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 („ARAG/Garmenbeck“), BGHZ 135, 244, 253 ff.; BGH, Urteil vom 03.12.2001 – II ZR 308/99, NZG 2002, 195 ff.; OLG Koblenz, Urteil vom 12.05.1999 – 1 U 1649/97, NJW-RR 2000, 483 ff.; OLG Jena, Urteil vom 08.08.2000 – 8 U 1387/98, NZG 2001, 86 ff.; vgl. die Rechtsentwicklung seit BGH, Urteil vom 13.03.1978 – II ZR 142/76 („Kali & Salz“), BGHZ 71, 40, 49 f.; BGH, Urteil vom 09.07.1979 – II ZR 118/77 („Herstatt“), BGHZ 75, 96, 108; siehe *Eisele*, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – Ein sicherer Hafen?, 2016, S. 132 ff.

<sup>254</sup> Wegweisend *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 299; siehe auch die Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages 2000, Bd. II/1, 2001, O 79.

<sup>255</sup> Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005, BGBl. 2005 I, S. 2802 ff.; BT-Drucks. 15/5092 („UMAG“), S. 11 f.; dazu *H. Fleischer*, NJW 2005, 3525, 3527 f.; *ders.*, ZIP 2004, 685 ff.; *Thümmel*, DB 2004, 471 ff.

Geschäftsentscheidungen bestehen bleiben, ohne dass das Organ eine „wirtschaftliche Todesstrafe“<sup>256</sup> fürchten muss und als Folge dessen nur noch risikoarme Projekte verfolgt.<sup>257</sup> Der Gesetzgeber wollte die Wertungen hinter der Norm mithin explizit nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt wissen, sondern auf „alle Formen unternehmerischer Betätigung“<sup>258</sup> erstreckt sehen. Die Business Judgment Rule wird daher treffend als „rechtformübergreifendes Prinzip“<sup>259</sup> bezeichnet. Die Anwendung auf § 43 Abs. 2 GmbHG ist bereits allgemein anerkannt.<sup>260</sup> Die nachfolgende Argumentation zur Übertragbarkeit dieses Grundsatzes auf den Ordnungsmäßigkeitsbegriff bei der erbgemeinschaftlichen Nachlassverwaltung besteht aus zwei Strängen.

### *bb) Originäre Ableitung*

Zunächst ist eine originäre Ableitung ins Auge zu fassen, bei der die Situation der den Nachlass verwaltenden Erbgemeinschaft isoliert mit den Situationen verglichen wird, in denen aufgrund paralleler Wertungen die Regelung zum Geschäftsleiterermessen bereits Anwendung findet.

#### *(1) Vergleich der Rechtsmacht*

Dabei lässt sich zunächst die Rechtsmacht der ausführenden Entitäten ins Auge fassen. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nimmt Bezug auf die

---

<sup>256</sup> *W. Bayer*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 97.

<sup>257</sup> *Bosch/K. W. Lange*, JZ 2009, 225, 226; *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, 2017, S. 37; *H. Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 AktG Rn. 80; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 191 ff.; *Taube*, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, 2018, S. 38; *H. Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, 1989, S. 13; vgl. auch allgemein zur rechtsökonomischen Wirkung von Haftung *Knapowski*, Das Kartellbußgeldrecht unter ökonomischer Perspektive, 2019, S. 86 ff., 92 ff.; siehe auch bereits die amtliche Begründung zu § 84 AktG von 1937 bei *Klausning*, AktG, 1937, S. 71.

<sup>258</sup> BT-Drucks. 15/5092 („UMAG“), S. 12.

<sup>259</sup> *Paefgen*, ZIP 2016, 2293, 2296.

<sup>260</sup> *Altmeyen*, in: ders., § 43 GmbHG Rn. 8; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, § 43 GmbHG Rn. 33 ff.; *H. Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 71; *Kuntz*, GmbHR 2008, 121 ff.; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, § 43 GmbHG Rn. 30 f.; *Taube*, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, 2018, S. 114 ff.; *Ziemons*, in: Michalski/Heidinger et al., § 43 GmbHG Rn. 128 ff.

Entscheidungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft. Diese speist sich aus seiner Geschäftsführungsbefugnis gemäß § 77 AktG. Unter der Geschäftsführung ist jede tatsächliche oder rechtliche Tätigkeit für die Gesellschaft zu verstehen.<sup>261</sup> Sie umfasst auch die Unternehmensleitung als herausgehobenen Teilbereich.<sup>262</sup> Aus den §§ 83, 90, 91, 92 AktG ergibt sich, dass der Vorstand in expliziter Abgrenzung zur Hauptversammlung und zum Aufsichtsrat die alleinige Kompetenz über die Geschäftsführung innehat.<sup>263</sup> Nun ist die Erbengemeinschaft keine juristische Person. Sie hat als nichtrechtsfähiges Kollektiv keine Organe und erst recht keinen Vorstand. Auf diese Details ist die Analogie hier aber auch gar nicht angewiesen. Entscheidend ist die abstrakte Ebene der Geschäftsführung durch eine oder mehrere natürliche Personen, die auch hier gegeben ist – in Form der sich zu einer konkreten Entscheidung herausbildenden Erbenmehrheit. Diese kann bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB über das Ob und Wie der Ausübung eines Kapitalgesellschafterrechts beschließen und das Beschlussergebnis auch ohne Mitwirkung der Erbenminderheit nach außen hin durchsetzen.<sup>264</sup>

Außerdem bietet sich ein Vergleich zum Recht der Personengesellschaften an. Die Literatur erkennt hier zunehmend ein Bedürfnis des geschäftsführenden Gesellschafters nach einem sicheren Rechtsrahmen, der sein unternehmerisches Ermessen schützt und den gerichtlichen Rückschaufehler vermeidet.<sup>265</sup> Diese Gedanken lassen sich auf die Erbengemeinschaft übertragen. Dass die Erbenmehrheit keine feste Institution wie das Organ des Vorstands oder Geschäftsführers darstellt, sondern sich die Erbenmehrheit

---

<sup>261</sup> H. Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 77 AktG Rn. 3; Spindler, in: MünchKomm. AktG, § 77 AktG Rn. 6; J. Koch, in: ders., § 77 AktG Rn. 3.

<sup>262</sup> Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, 2017, S. 34; H. Fleischer, ZIP 2003, 1, 2 f.; Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497, 508 f.; Spindler, in: MünchKomm. AktG, § 77 AktG Rn. 5.

<sup>263</sup> H. Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 77 AktG Rn. 4; J. Koch, in: ders., § 77 AktG Rn. 5; Spindler, in: MünchKomm. AktG, § 77 AktG Rn. 8.

<sup>264</sup> Siehe dazu oben Kap. 3 A. I. 4.

<sup>265</sup> Drescher, in: Ebenroth/Boujong et al., § 114 HGB Rn. 32; Finckh, in: Henssler/Strohn, § 114 HGB Rn. 33; Lieder, in: Oetker, § 114 HGB Rn. 31; Paefgen, ZIP 2016, 2293, 2296; Podewils, BB 2014, 2632, 2633; Psaroudakis, in: Heidel/Schall, § 114 HGB Rn. 5; Rawert, in: MünchKomm. HGB, § 114 HGB Rn. 56; C. Schäfer, ZGR 2014, 731, 734; krit. Taube, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, 2018, S. 36 f.

je nach Erbquote und Abstimmungsverhalten der Erben unter Umständen immer wieder neu zusammensetzen kann, spricht nicht gegen eine Ähnlichkeit der Rechtsmacht. Denn die Geschäftsführungsmacht an sich ist nach wie vor gegeben, auch wenn die Person des Inhabers im Einzelnen je nach Abstimmungsverhalten und Erbquote wechseln mag. Dass die Mehrheit im formalgültigen Sinne sich unter Umständen überhaupt erst im Wege einer Abstimmung über eine Maßnahme herausbildet, schadet nicht. Denn jeder Miterbe muss von vornherein damit rechnen, dass er mit seiner Meinung in der Mehrheit oder Minderheit landen kann. Im Zweifel dürfte es in praktischer Hinsicht ohnehin vorherige Absprachen zwischen den Miterben gegeben haben, bei denen sich die Mehrheitsverhältnisse herauskristallisieren.

Die Übertragung des Begriffs der Geschäftsführung aus dem Kapitalgesellschaftsrecht auf den der Verwaltung im Erbrecht steht auch nicht im Gegensatz zur Ausrichtung der Erbengemeinschaft auf Abwicklung. Denn die Geschäftsführung als Rechtsmacht steckt in der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses, welche vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist und durch die allgemein angedachte Ausrichtung auf eine Abwicklung nicht angetastet wird. Die Verwaltung des Nachlasses ist faktisch nichts anderes als das Führen von erbengemeinschaftlichen Geschäften.<sup>266</sup>

## (2) Vergleich des Wirtschaftsbezugs der Maßnahme

Den zweiten Faktor bildet der unternehmerisch-wirtschaftliche Bezug. Hier ist es in der Tat so, dass die Kapitalgesellschaft aufgrund ihres Gesellschaftszwecks und ihres Unternehmensgegenstands per Definition auf dynamisches Wirtschaften ausgerichtet ist. Die Liste an denkbaren Geschäftsentscheidungen ist endlos.<sup>267</sup> Aus dem Aktienrecht ließ sich die Figur des Geschäftsleiterermessens in das Recht der GmbH übertragen, weil es hier zwar an einem gesetzlich vorgeschriebenen Aufsichtsrat mangelt, dafür jedoch die Gesellschafterversammlung die Funktion des Kontrollorgans übernimmt.<sup>268</sup> Die Erbengemeinschaft hat demgegenüber nur den Nachlass zu verwalten. Das klingt zunächst statisch, aber jeder Nachlass ist auf seine Weise *per se* immer auch als dynamisch anzusehen. Jedenfalls bedarf er

---

<sup>266</sup> Siehe dazu bereits oben Kap. 3 Fn. 190.

<sup>267</sup> Vgl. Heermann, ZIP 1998, 761, 764 f.

<sup>268</sup> Kuntz, GmbHR 2008, 121, 123.

zum Zwecke des Werterhalts im Sinne einer wirtschaftenden Nutzung regelmäßig auch einer dynamischen Verwaltung, umso mehr, wenn signifikante Kapitalgesellschaftsbeteiligungen im Raum stehen.<sup>269</sup> Denn insbesondere Kapitalgesellschaftsanteile vermitteln ihrerseits das Rechtsverhältnis zu einem dynamischen Marktteilnehmer. Der Wirtschaftsbezug besteht bei der Erbengemeinschaft damit zwar nur mittelbar, aber er besteht. Da der Begriff der unternehmerischen Entscheidung nicht mit dem Begriff des Betriebs eines Unternehmens gleichgesetzt werden kann, besteht im Übrigen auch nicht die Gefahr einer Verwischung der Grenzen zwischen der reinen Vermögensverwaltung einerseits und dem Betrieb eines Handelsunternehmens im Sinne des § 1 HGB andererseits.

Im Übrigen bietet sich der Vergleich mit einem GmbH-Geschäftsführer an, der gleichzeitig Mehrheitsgesellschafter ist. Zwar liegt es hier in seinem Interesse, gute unternehmerische Entscheidungen zu treffen, was dann grundsätzlich auch der Gesellschafterminderheit zugutekommt. Das muss jedoch in Anbetracht der damit verbundenen Gefahr der eigennützigen Ausnutzung der Machtposition nicht immer so sein.<sup>270</sup>

### (3) Vergleich der Haftungsverantwortung

Der Vorstand der Aktiengesellschaft verwaltet als Organ der Aktiengesellschaft fremdes Vermögen.<sup>271</sup> Er ist dazu verpflichtet, auf die Interessen der Unternehmenseigner, d. h. der Aktionäre, Rücksicht zu nehmen. Als allgemeines Prinzip trägt das wirtschaftliche Risiko unternehmerischen Handelns stets der Eigentümer.<sup>272</sup> Nun besteht bei der Erbengemeinschaft zwar kein Principal-Agent-Verhältnis<sup>273</sup> wie bei der Aktiengesellschaft im Verhältnis zwischen Aktionären und Vorstand, da die jeweils entscheidende

---

<sup>269</sup> Ob sich der Nachlass mit Blick darauf pauschal in einen nichtwerbenden Teil und Anteile an werbenden Unternehmen einteilen lässt, wie dies *Bartsch*, Der (unternehmens-)verwaltende Testamentsvollstrecker und seine Haftung, 2010, S. 27 ff. befürwortet, erscheint überprüfungsbedürftig.

<sup>270</sup> *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 126.

<sup>271</sup> *U. H. Schneider*, in: FS Werner, 1984, S. 795, 807 f.

<sup>272</sup> *Lutter*, ZIP 2007, 841.

<sup>273</sup> Zum Begriff *Baums*, ZIP 1995, 11 ff.; *Bosch/K. W. Lange*, JZ 2009, 225, 228 f.; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 191; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, 2015, S. 102 ff.; alle m. w. N.; vgl. auch *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 31.

Erbenmehrheit selbst am Gesamthandsvermögen beteiligt ist. Allerdings ließe sich darauf abstellen, dass sich dieses Problem in abgewandelter Form auch dann stellt, wenn die Interessen verschiedener, ein Familienunternehmen beherrschender Mitglieder derart auseinandergehen, dass Anreize zur Ausnutzung der eigenen Machtposition entstehen.<sup>274</sup> Dieser Konflikt muss sich nicht zwingend unmittelbar innerhalb der Kapitalgesellschaft entfalten, sondern könnte je nach Anteilsgröße auch auf der vorgelagerten Ebene der erbrechtlichen Willensbildung entstehen. Die Übertragbarkeit der Wertungen dürfte ohnehin nicht zwingend dieses konkrete ökonomische Problem voraussetzen; die Business Judgment Rule dient hier vielmehr als allgemein rechtswissenschaftlicher Maßstab zur Konkretisierung des Begriffs der wirtschaftlichen Vertretbarkeit.<sup>275</sup> Im Übrigen nehmen die Erben in ihrer Eigenschaft als Erbenmehrheit in gewisser Weise eben doch auch die Verwaltung fremden Vermögens wahr. Denn der einzelne Miterbe für sich allein ist gerade nicht Inhaber des Nachlassvermögens. Er ist in seiner Funktion als Stimmberechtigter innerhalb der Erbengemeinschaft dazu verpflichtet, sich am Erhalt der Nachlasswertsumme zu orientieren. Hier zeigt sich die Parallele zum wirtschaftenden Vorstand, der sich seinerseits am Gesellschaftswohl zu orientieren hat. Dass es ein eigenes Wohl der Erbengemeinschaft geben kann, zeigt die wertungsorientierte Auslegung der erbrechtlichen Vorschriften. Diese sind von ihrem Sinn und Zweck her primär auf den Schutz der Nachlassgläubiger gerichtet.<sup>276</sup> Der Erbfall soll diese nicht schlechter stellen als sie mit dem Erblasser gestanden hätten. Im Gesellschaftsrecht ist das Gesellschaftsinteresse privatautonom durch den Gesellschaftszweck vorgegeben. Im Erbrecht ist das Erbengemeinschaftsinteresse durch den Gesetzeszweck vorgegeben. Entscheidend für die Untersuchung ist indes nur der Umstand, dass sich überhaupt ein eigenes Erbengemeinschaftsinteresse – mittelbar abgeleitet aus dem Gläubigerinteresse – identifizieren lässt.

Hinzu kommt die Anreizparallele bei der Haftungsfrage. Der Vorstand ist im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis dazu gezwungen, Risiko und Ertrag gegeneinander abzuwägen und durch die jeweils beschlossene

---

<sup>274</sup> Vgl. *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 139; *Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 466 ff.

<sup>275</sup> Vgl. dazu oben Kap. 3 Fn. 258, 259.

<sup>276</sup> Siehe oben Kap. 3 Fn. 173.

Maßnahme ein variables, unternehmerisches Risiko einzugehen. Dies führt zur Notwendigkeit einer wohltemperierten Handlungsbegrenzung durch das Gesetz. Schnürt man das Haftungskorsett zu eng, so führt dies zu einem Anreiz, nur möglichst risikoarme Projekte zu verfolgen.<sup>277</sup> Lässt man dem Vorstand andererseits einen zu großen Spielraum, so wird die Grenze zur Leichtsinnigkeit allzu schnell überschritten, womit er sich dann in Widerspruch zum Werterhaltungsinteresse der Aktionäre setzt. Die Erbenmehrheit ist einer ähnlichen ökonomischen Situation ausgesetzt. Denn sie haftet einer überstimmten Erbenminderheit gegenüber auf Schadensersatz, wenn die beschlossene Maßnahme die Voraussetzungen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB nicht erfüllt. Hinzu kommen gegebenenfalls auch die für Erbengemeinschaften typischen, persönlichen Animositäten, sodass der Druck auf die Erbenmehrheit, die Verwaltung möglichst risikoarm auszuüben, unter Umständen noch weiter steigt. Diese Faktoren können den gleichen lähmenden Effekt wie eine zu eng geschnürte beziehungsweise zu unsichere Vorstands- beziehungsweise Geschäftsführerhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht haben. Gerade in dem Fall der vererbten Mehrheitsbeteiligung an einer GmbH besteht die Gefahr, dass eine potenzielle Risikoaversion beispielsweise im Wege der in § 37 Abs. 1 GmbHG geregelten Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung von der Erben- über die Gesellschafter- auf die Geschäftsführungsebene durchschlägt.

#### *(4) Vergleich der Schadenssphären*

Grundsätzlich haftet der Vorstand für Fehlverhalten im Rahmen der Geschäftsführung nur gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Aktionären. Bloße Reflexschäden der Aktionäre werden in den allermeisten Fällen vom Schaden der Gesellschaft und ihrer alleinigen Anspruchsberechtigung in § 93 Abs. 1 AktG überlagert, sodass bei den Aktionären kein echter eigener Schaden vorliegt.<sup>278</sup> Die Aktionäre können zwar ihrerseits im Wege eines Hauptversammlungsbeschlusses die Liquidierung des Gesellschaftsschadens an die Gesellschaft unter den Voraussetzungen des § 147 Abs. 1 AktG herbeiführen. Das lässt den Schaden jedoch nicht zu

---

<sup>277</sup> Siehe oben Kap. 3 Fn. 257.

<sup>278</sup> A. Kowalski, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, 1990, S. 25; ders., ZIP 1995, 1315 ff.

ihrem eigenen werden. Nun existiert bei der Erbgemeinschaft kein einer eigenen Person zugeordnetes Gesellschaftsvermögen, sondern eine gesamthänderisch gebundene Nachlassmasse, an der alle Erben ungeteilt beteiligt sind.<sup>279</sup> Dieses Sondervermögen ist jedoch in ähnlicher Weise vom Privatvermögen der Erben abgekoppelt wie das Kapitalgesellschaftsvermögen von den Privatvermögen der Aktionäre. In objektbezogener Hinsicht handelt es sich um zwei vollständig getrennte Sphären, bezüglich derer sogar wechselseitige Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können.<sup>280</sup> Auch wenn es hier in der Tat Abweichungen zum kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungskonzept gibt, so spricht diese Trennung und die damit verbundene Unterscheidung der Haftungsmassen für eine Gleichsetzbarkeit.

### (5) Vergleich des Pflichtensystems

Die Regelung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geht zentral von der Differenzierung zwischen fehlgeschlagenen unternehmerischen Entscheidungen einerseits (*duty of care*) und der Verletzung sonstiger Pflichten andererseits wie etwa Treuepflichten, Informationspflichten und sonstigen gesetzlichen Grenzen (*duty of loyalty*) aus.<sup>281</sup> Sie stellt eine Konkretisierung der dem Vorstand abverlangten objektiven Pflichten dar.<sup>282</sup> Das Geschäftsleiterermessen betrifft nur den Aspekt der unternehmerischen Entscheidung. Das passt zum Recht der Erbgemeinschaft, wo sich ebenfalls eine Trennung zwischen unternehmerischer Entscheidung einerseits und Loyalitätsfragen

---

<sup>279</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 12.

<sup>280</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 47.

<sup>281</sup> BT-Drucks. 15/5092 („UMAG“), S. 11; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 AktG Rn. 24; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 52; vgl. auch *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, 2015, S. 82 ff.; *H. Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, 1989, S. 12; zu den US-amerikanischen Hintergründen *Eisele*, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – Ein sicherer Hafen?, 2016, S. 45 ff.

<sup>282</sup> *Hoffmann-Becking*, NZG 2006, 127, 128; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 67; *Spindler*, in: MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rn. 46; *Zumbansen/Lachner*, BB 2006, 613, 614; wohl auch *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2069; a. A. für eine unwiderlegbare Vermutungsregel *J. Koch*, in: ders., § 93 AktG Rn. 33; a. A. für einen Tatbestandsausschluss BT-Drucks. 15/5092 („UMAG“), S. 11; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, § 93 AktG Rn. 19; *H. Fleischer*, ZIP 2004, 685, 689; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG, 2009, S. 104 f.

andererseits ausmachen lässt. Während das Tatbestandsmerkmal der Ordnungsmäßigkeit in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB die unternehmerische Entscheidung abdeckt, umfassen die Mitwirkungspflicht in § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>283</sup> und das Recht auf eine Mindestverwaltung gemäß dem billigen Interesse der Miterben nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 2 BGB für den Fall, dass kein Mehrheitsbeschluss zustande kommt, die Aspekte der innererbengemeinschaftlichen Loyalität.

Kann daneben noch eine Abgrenzung zu den Fällen weiterhelfen, auf die die Business Judgment Rule ausdrücklich nicht übertragen wird? In Bezug auf den Insolvenzverwalter etwa verneinen die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.<sup>284</sup> Für diesen gelten jedoch auch andere Wertungen. Während der Insolvenzverwalter sich bei allen unternehmerischen Entscheidungen im Rahmen einer Betriebsfortführung am Insolvenzzweck der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger sowie dem von den Gläubigern gemeinschaftlich beschlossenen Verfahrensziel orientieren muss,<sup>285</sup> sind die einzelnen Erben nicht an eine damit gleichsetzbare, externe Zielrichtung gebunden. Sie sind zwar dazu verpflichtet, die Nachlassschulden zu begleichen, diese Pflicht trifft sie jedoch genauso wie jede reguläre, solvente Privatperson auch. Das Besondere an der Erbengemeinschaft ist nicht ein bestimmter über die Selbstverwaltung hinausgehender Zweck des Nachlassvermögens, sondern die rechtstechnische Zurechnung desselben zu einer Mehrzahl von Personen. Mithin müssen die Erben sich nicht von

---

<sup>283</sup> Siehe dazu unten Kap. 3 C. I.

<sup>284</sup> BGH, Urteil vom 12.03.2020 – IX ZR 125/17, NJW 2020, 1800, 1801 ff.; Baumert, in: E. Braun, § 60 InsO Rn. 22 ff.; U. Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, 2016, S. 40 ff.; Gehrlein, NZG 2020, 801, 809 ff.; Jungmann, NZI 2020, 651 ff.; W. Lüke, in: Kübler/Prütting/Bork, § 60 InsO Rn. 36 ff.; Schoppmeyer, in: MünchKomm. InsO, § 60 InsO Rn. 90a; Sinz, in: W. Uhlenbruck, § 60 InsO Rn. 91; a. A. Berger/Frege, ZIP 2008, 204 ff.; Berger/Frege/Nicht, NZI 2010, 321, 323 ff.; Erker, ZInsO 2012, 199; Kebekus/Zenker, in: FS Maier-Reimer, 2010, S. 319, 335 ff.; Oldiges, Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgment Rule, 2011, S. 130 ff.; Quast, Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter, 2020, S. 125 ff.; Rein, in: Nerlich/Römermann, § 60 InsO Rn. 78 ff.; K. Schmidt, ZIP 2018, 853, 856 f.; W. Uhlenbruck, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 1603, 1616 ff.; Ziemons, in: FS Bergmann, 2018, S. 923, 928 ff.; vermittelnd Thole, in: K. Schmidt, § 60 InsO Rn. 15.

<sup>285</sup> Gehrlein, NZG 2020, 801, 810.

Gesetzes wegen auseinandersetzen, sondern können die Erbengemeinschaft nach Belieben dauerhaft fortsetzen.<sup>286</sup> Die gesteigerten Sorgfaltsanforderungen an den Insolvenzverwalter sind den besonderen Umständen der Insolvenzsituation geschuldet, in der das noch vorhandene Vermögen Abflussrisiken ausgesetzt ist und es um die existenzielle Sicherung der Gläubigeransprüche geht. Diese Situation ist nicht mit der dynamischen Nachlassverwaltung durch eine Erbengemeinschaft gleichsetzbar. Denn zwar ließ sich der Gesetzgeber bei der Wahl der Gesamthandsgemeinschaft als Rechtsform für die Regelung der Erbfolge Mehrerer maßgeblich vom Gedanken des Wertzusammenhalts zum Zwecke der Gläubigersicherung leiten.<sup>287</sup> Diese Wertung ist jedoch anders als für die Insolvenzverwaltung nach der Insolvenzordnung nicht derart explizit in den §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB angelegt, dass sie die Erben dazu zwänge, die Gläubiger über das bei der Einzelperson normale Maß hinaus zu priorisieren.

*(6) Systematisch-teleologischer Vergleich mit § 2216 Abs. 1 BGB*

Schließlich spricht auch ein systematisch-teleologischer Vergleich der Ordnungsmäßigkeitsbegriffe in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB einerseits und in § 2216 Abs. 1 BGB andererseits für eine Übertragung der Grundsätze des Geschäftsleiterermessens. Bei § 2216 Abs. 1 BGB finden diese Grundsätze bereits anerkanntermaßen Anwendung.<sup>288</sup> Zwar führt die gleichlautende Bezeichnung der ordnungsmäßigen Verwaltung aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe noch nicht automatisch zu einem identischen Begriff, sie impliziert jedoch die Möglichkeit einer dies begründenden Wertungsparallele. Diese ist bei den beiden Vorschriften gegeben. Denn der Sinn und Zweck des Ordnungsmäßigkeitsmaßstabs in § 2216 Abs. 1 BGB ist ebenso wie der in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB auf den wirtschaftlichen Umgang mit dem Nachlass ausgerichtet. Der Umstand, dass bei jener die Erben insgesamt vor einer Entwertung geschützt werden sollen und bei dieser nur die Erbenminderheit, ist unschädlich. Die Schutzrichtung ist in ihrem gegenstandsbezogenen Element identisch: Der personale (Mit-)Inhaber des Nachlasses soll vor unwirtschaftlichem

---

<sup>286</sup> Siehe oben Kap. 3 B. I.

<sup>287</sup> Siehe oben Kap. 3 B. II. 2. a) bb).

<sup>288</sup> Siehe dazu unten Kap. 4 Fn. 451, 452, 454.

Vermögensumgang geschützt werden, auf den er keinen willensbildenden Einfluss hat.

*cc) Derivative Ableitung*

Die zweite Möglichkeit, mit der sich die Anwendung der Rechtsgedanken zum Geschäftsleiterermessen auf die mitgliedschaftlich gesellschaftliche Rechtsausübung durch die Erbengemeinschaft begründen ließe, läuft über die Schiene der Gesellschaftereigenschaft. Wenn man unterstellt, dass auch dem einzelnen Mitglied in der Körperschaft im Rahmen der mitgliedschaftlichen Rechtsausübung, insbesondere in Bezug auf das Stimmrecht, das Geschäftsleiterermessen eingeräumt ist, dann lässt sich durch die Normen zur Rechtsgemeinschaft, § 69 Abs. 1 AktG und § 18 Abs. 1 GmbHG (sowie § 77 Abs. 1 S. 3 GenG), eine Verbindung zwischen dem Kollektiv der Erbengemeinschaft einerseits und der Einzelmitgliedschaft andererseits herstellen.

*(1) Geschäftsleiterermessen des Gesellschafters*

In einem ersten Schritt ist dem körperschaftsrechtlichen Mitgliederversammlungsorgan im Rahmen der Beschlussfassung ein an § 93 Abs. 1 S. 2 AktG angelehntes, unternehmerisches Ermessen zuzugestehen. Dieses schlägt dann in einem zweiten Schritt von der Ebene der Versammlung als Gesellschaftsorgan auf die Ebene des Einzelgesellschafters durch, sodass der Ermessensspielraum im Rahmen der Stimmabgabe auch für ihn gilt.<sup>289</sup>

---

<sup>289</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.1999 – 20 U 62/98, NZG 2000, 159, 162; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2003 – 20 U 5/03, NZG 2003, 1025, 1027; *Götze*, in: Münch-Komm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 45; *Grigoleit*, in: ders., § 1 AktG Rn. 67; *Henze*, ZHR 162 (1998), 186, 189; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1055; *Mark*, GWR 2016, 319; *Paefgen*, ZIP 2016, 2293, 2297 f.; *Rieckers*, in: MHD B GesR IV, § 17 Rn. 24; *F. Schmitz-Herscheidt*, GmbHR 2016, 759, 761 ff.; *Wallisch*, Unternehmerische Entscheidungen der Hauptversammlung, 2012, S. 69 ff. und passim; *Zöllner*, AG 2000, 145, 153; wohl auch *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 442; nicht ausdr. aber doch in diese Richtung auch BGH, Urteil vom 12.04.2016 – II ZR 275/14 („Media-Saturn“), NJW 2016, 2739, 2740; vgl. auch *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 171 ff.; *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 121.

*(2) Durchschlag auf die Erbengemeinschaft*

Für eine fortwirkende Erstreckung dieses Gesellschafterermessens auf die Ebene der erbengemeinschaftlichen Willensbildung spricht nun gerade die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft. In personaler Hinsicht nehmen alle Miterben zusammen die eine Mitgliedschaft in der Gesellschaft wahr. Wenn genau diese gesamthänderische Verbindung bei der Sachentscheidung im gesellschaftsrechtlichen Beschlussorgan ein unternehmerisches Ermessen innehat, dann spricht nichts dagegen, genau dieses Ermessen auch auf der vorgelagerten Ebene der erbrechtlichen Beschlussfassung mitzuberücksichtigen. Denn die Figur des Ermessens kann kraft Natur der Sache ganz praktisch stets nur von einer natürlichen Person wahrgenommen werden.

*dd) Zusammenfassung*

Die Interessenlagen sind gleichsetzbar.

*c) Zusammenfassung und Folgerungen*

Die Voraussetzungen der Analogie liegen vor. Das in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Geschäftsleiterermessen kann entsprechend angewandt werden, um die Definition des Tatbestandsmerkmals der Ordnungsmäßigkeit in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB inhaltlich weiter auszufüllen.

Die Haftungsbeschränkung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG setzt fünf – teils implizite – Merkmale voraus: erstens die unternehmerische Entscheidung, zweitens die Gutgläubigkeit des Vorstands, drittens ein Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, viertens ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft und fünftens ein Handeln auf der Grundlage angemessener Information.<sup>290</sup> Diese Merkmale sind entsprechend unter Berücksichtigung

---

<sup>290</sup> BT-Drucks. 15/5092 („UMAG“), S. 11; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843 ff.; siehe zu den im Rahmen des Untersuchungsgegenstands nicht mehr zweckmäßigerweise zu erörternden Einzelheiten der Voraussetzungen die gesellschaftsrechtliche Literatur: *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, § 93 AktG Rn. 20 ff.; *H. Fleischer*, NJW 2005, 3525, 3528; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 AktG Rn. 42 ff.; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 80 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 93 AktG Rn. 34 ff.; *Paefgen*, AG 2014, 554, 560 ff.; *C. Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1256 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rn. 48 ff.; *U. Schmidt*, in: Heidelberg, § 93 AktG Rn. 83 ff.; alle m. w. N.

der erbengemeinschaftlichen Besonderheiten heranzuziehen.<sup>291</sup> Im Unterschied zum Haftungsmaßstab im Aktienrecht<sup>292</sup> ist es im Erbrecht zwar möglich, den Ordnungsmäßigkeitsmaßstab privatautonom durch einen Vertrag zwischen den Miterben abzuändern. Diese Entscheidung müsste dann jedoch einstimmig erfolgen, um die Erbenminderheit zu schützen.<sup>293</sup>

### *III. Keine wesentliche Veränderung des Gegenstands nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB*

Begrenzt wird das Kriterium der ordnungsmäßigen Verwaltung durch das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB.<sup>294</sup> Für das Recht der Bruchteilsgemeinschaft hat die Rechtsprechung jede Veränderung als wesentlich definiert, durch welche die „Zweckbestimmung“ oder die „Gestalt“ des Gegenstands „in einschneidender Weise“ geändert wird.<sup>295</sup> Dieser Maßstab leuchtet ein und wird im Folgenden explizit vorausgesetzt. Aus seiner Anwendung ergibt sich jedoch die Frage, wann diese Veränderung konkret vorliegt und was mit dem Gegenstand gemeint ist.

---

<sup>291</sup> Sollte die Erbenmehrheit aus mehreren Miterben bestehen, so bestünde eine (hier zweckmäßigerweise nicht mehr zu vertiefende) Folgefrage darin, ob und wenn ja wie genau sich die Grundsätze zur Anwendung der Business Judgment Rule auf Interessenkonflikte innerhalb eines Kollegialorgans bzw. eines Entscheidungskollektivs auswirken, siehe zu dieser Frage im Aktienrecht: *Blasche*, AG 2010, 692, 694 f.; *Bunz*, NZG 2011, 1294 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 93 AktG Rn. 57 ff.; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 446; *Lutter*, in: FS Canaris II, 2007, S. 245, 248 ff.; *Paefgen*, AG 2004, 245, 253; *Spindler*, in: MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rn. 71 ff.; alle m. w. N.

<sup>292</sup> Das Haftungsregime von § 93 AktG ist nach geltendem Recht aufgrund der Satzungsstrenge gemäß § 23 Abs. 5 AktG nicht abdingbar, siehe LG Mannheim, Beschluss vom 21.09.1954 – 9 T 2/54, WM 1955, 116, 117; *Bosch/K. W. Lange*, JZ 2009, 225; *H. Fleischer*, ZIP 2014, 1305 f.; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 794; *T. Hölters/W. Hölters*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 93 AktG Rn. 11 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 93 AktG Rn. 4; *E. Vetter*, NZG 2014, 921, 922; teilweise a. A. *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata), 2018, S. 126 ff.; *Grunewald*, AG 2013, 813, 816; *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1395; *U. H. Schneider*, in: FS Werner, 1984, S. 795, 808 ff.

<sup>293</sup> Siehe oben Kap. 3 Fn. 155.

<sup>294</sup> Vgl. *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32, 71.

<sup>295</sup> BGH, Urteil vom 04.05.1987 – II ZR 211/86, BGHZ 101, 24, 28.

*1. Begriff der wesentlichen Veränderung*

Zunächst wird auf das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung eingegangen.

*a) Ansätze in der Rechtsprechung*

Der Bundesgerichtshof stellte sich in einer Grundsatzentscheidung im Jahr 2005 auf einen im Kern rein wirtschaftsorientierten Standpunkt. Eine wesentliche Veränderung setze voraus, dass durch die Maßnahme die Zweckbestimmung oder Gestalt des Nachlasses in einschneidender Weise geändert werde, wobei die wirtschaftlichen Auswirkungen der Veränderung für den Nachlass zu berücksichtigen seien.<sup>296</sup> Der wirtschaftliche Wert sei dabei das relevante Kriterium und da der Verkaufserlös bei Veräußerung eines Nachlassgegenstandes im Wege der dinglichen Surrogation nach § 2041 S. 1 BGB an die Stelle desselben trete, könne diese Form der Umstrukturierung keine wesentliche Veränderung darstellen.<sup>297</sup> Eine Ausnahme zu dieser Orientierung sei nur dann zulässig, wenn „der Charakter des gesamten Nachlasses“ beziehungsweise „das maßgebliche Gepräge“ desselben geändert werde.<sup>298</sup> Er begründet diese Perspektive damit, dass es der entscheidende Zweck der §§ 2038 ff., 743 ff. BGB sei, Wertverluste des Nachlasses bis zu dessen Teilung zu vermeiden.<sup>299</sup> Diese Position führte das Oberlandesgericht Koblenz im Jahr 2011 weiter, in dem es die Position vertrat, dass die Veräußerung eines Grundstücks nach den Umständen des Einzelfalls auch dann der Mehrheitsverwaltung unterfiele, wenn es der einzig werthaltige Bestandteil des Nachlasses sei.<sup>300</sup> Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main als Vorinstanz zur obigen Entscheidung des

---

<sup>296</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 186; wohl auch *Eberl-Borges*, NJW 2020, 3137, 3139.

<sup>297</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 187; so auch *Mießig*, JZ 2011, 481, 484.

<sup>298</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 188.

<sup>299</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 187; dieser Logik folgend: OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2010 – 5 U 505/10, ZEV 2011, 321, 322; *Eberl-Borges*, LMK 2006, 171983; *Muscheler*, ZEV 2006, 26, 27; zust. auch *Ann*, Mitt-BayNot 2006, 247, 248, der indes zu übersehen scheint, dass dieses Konzept der rein wirtschaftlichen Betrachtung mit seinem eigenen hybriden Ansatz unvereinbar ist.

<sup>300</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2010 – 5 U 505/10, ZEV 2011, 321, 322.

Bundesgerichtshofs nach IV ZR 82/04 schien die Sache anders zu sehen. § 745 Abs. 3 BGB beziehe sich vor allem auf die äußere Gestalt und die Zweckbestimmung. Darin erschöpfe sich sein Sinn jedoch nicht. Vielmehr wolle diese Norm den einzelnen Miteigentümer beziehungsweise Miterben vor Änderungen schützen, die die wirtschaftliche Grundlage der Gemeinschaft berühren. Diese seien aber bei der Veräußerung des Gegenstands genauso betroffen wie bei der Veränderung seiner äußeren Gestalt.<sup>301</sup>

b) *Stellungnahme*

Der Einordnung des Oberlandesgerichts Koblenz überdehnt die Grenzen des Wertungssystems der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB, weshalb ihr nicht beizupflichten ist.<sup>302</sup> Wenn man dem Wirtschaftlichkeitselement nicht nur in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern auch in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB einen totalen Geltungsvorrang einräumt, so unterliegt man der Vorstellung, dass diese beiden Absätze des § 745 BGB identische Wertungen enthielten. Dann aber hätte § 745 Abs. 3 S. 1 BGB keinen eigenen Anwendungsbe- reich mehr. Seine Existenz wäre sinnlos. Der Begriff der nichtwesentlichen Veränderung wäre immer eine Teilmenge des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit. Für ein Nebeneinander der Begriffe spricht indes, dass § 745 Abs. 3 S. 1 BGB nicht so abgefasst ist, dass eine wesentliche Veränderung des Gegenstands explizit keine ordnungsmäßige Verwaltung mehr darstellt, sondern vielmehr, dass diese Veränderung nicht beschlossen oder verlangt werden kann. Das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB muss auf einer grundlegend anderen Achse verlaufen als das der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB, um seine Existenz zu rechtfertigen.<sup>303</sup> Folgt man dieser zentralen

---

<sup>301</sup> OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25.03.2004 – 16 U 131/03, NJW-RR 2004, 1518, 1520; so auch *Schindler*, ZEV 2011, 322.

<sup>302</sup> So auch *Schindler*, ZEV 2011, 322.

<sup>303</sup> RG, Urteil vom 09.02.1931 – 288/30 IV., JW 1931, 2722, 2723; *Eickelberg*, in: v. Staudinger, § 745 BGB Rn. 3; *Hermann Lange*, JuS 1967, 453, 456; *Lieder/Pommering*, ZEV 2019, 564, 567; *Oertmann*, JW 1931, 2722 f.; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. BGB, § 745 BGB Rn. 23; a. A. *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, § 11 III. 1. a) (S. 492 Rn. 752); *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 200, 204 ff.; unklar *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 63, 65, der einerseits eine

Abgrenzung, so kann es bei § 745 Abs. 3 S. 1 BGB schlechterdings nicht um Wert-, sondern ausschließlich um Formerhalt gehen. Man könnte auch von Strukturserhalt, qualitativer Angemessenheit, Wesensgehalt oder Gegenstandsgepräge sprechen. Es mag zutreffen, dass diese Begriffe etwas dehnbar<sup>304</sup> sind; der hinter ihnen stehende, teleologische Wesensgehalt lässt sich jedoch klar beschreiben: Das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB soll sicherstellen, dass der Umgang mit dem zu verwaltenden Gegenstand ihn ohne Ansehen der reinen Wertsommenveränderung nicht allzu stark umformt.<sup>305</sup> Denn die Wertfrage ist abschließend bereits in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt und das Gegenstück zum wirtschaftlich motivierten Interesse der potenziellen Gemeinschaftsmehrheit ist das Partizipationsinteresse der Gemeinschaftsminderheit am Gegenstand, so wie er in seiner konkreten Gestalt Teil des Gemeinschaftseigentums wurde. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Schutzwertungen aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft nicht auch über § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB für die Verwaltung des Nachlasses gelten sollten. Die Erbenmehrheit soll nicht die Möglichkeit haben, den Nachlass gegen den Willen der Erbenminderheit so umzustrukturieren, dass er sich zu weit von dem Gepräge entfernt, das er zum Zeitpunkt des Erbfalls hatte. Was den Nachlass in unvertretbarer Weise entwertet, ist schon keine ordnungsmäßige Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB mehr. Die Wertung des wertsommenorientierten Gläubigerschutzes kommt in diesem Tatbestandsmerkmal abschließend zum Einsatz. Das heißt freilich nicht, dass die Bestimmung des Merkmals der qualitativen Umformung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB ihrerseits nicht auch – dieses Wort muss nachdrücklich betont werden – anhand wirtschaftlicher Kriterien erfolgen kann. Die Wirtschaftlichkeit kann jedoch nicht sinnvollerweise der einzig relevante Faktor in dieser Frage sein. Ob die Zusammensetzung des Nachlasses umgestaltet werden soll, spielt hierfür jedenfalls keine nur „untergeordnete Rolle“<sup>306</sup>. Die Achsen der Ordnungsmäßigkeit nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB und der wesentlichen Veränderung nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB behandeln grundverschiedene

---

Abgrenzung vornimmt und die Begriffsbereiche dann andererseits doch wieder vermischt.

<sup>304</sup> Schindler, ZEV 2011, 322, 323.

<sup>305</sup> Vgl. Fehrenbacher, in: BeckOGK BGB, § 745 BGB (Stand: 15.12.2022) Rn. 21.

<sup>306</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2010 – 5 U 505/10, ZEV 2011, 321, 322; krit. dazu auch Schindler, ZEV 2011, 322.

Fragen. Es kann Maßnahmen geben, die eine ordnungsmäßige Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen aber gegen die Grenze der wesentlichen Veränderung nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB verstoßen.<sup>307</sup> Genauso kann es Maßnahmen geben, die die Grenze der wesentlichen Veränderung zwar noch nicht überschreiten, die aber wegen einer wirtschaftlichen Entwertung des Nachlasses keine ordnungsmäßige Verwaltung mehr darstellen. Sämtliche Verwaltungsmaßnahmen, die im Ergebnis durch Mehrheit entscheidbar sind, müssen *beide* Grenzen einhalten. Deshalb erscheint es ungenau, die Verwaltungsform in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB als „ordnungsmäßige Verwaltung“ zu bezeichnen.<sup>308</sup> Präziser dürfte stattdessen der Begriff der Mehrheitsverwaltung sein. Dieser setzt auch aber eben nicht nur die Ordnungsmäßigkeit der Maßnahme nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB voraus.<sup>309</sup> Das Ausschlusskriterium der nichtwesentlichen Veränderung nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB ist – mathematisch gesprochen – keine Teilmenge des Kriteriums der ordnungsmäßigen Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Inhalte der beiden Rechtsbegriffe stehen vielmehr in einem Schnittmengenverhältnis zueinander:

Maßnahme der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB = Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB  $\cap$  Keine wesentliche Veränderung nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main ging davon aus, dass jede Veräußerung auch eine wesentliche Veränderung darstellen könne, solange nur der Wertanteil entsprechend hoch sei, während der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung den Vorrang der Wirtschaftlichkeit betonte und die inhaltliche Geprägebetrachtung als Ausnahmeausschluss für den Fall einordnete, in dem ein hinreichender hoher Wertanteil vorliege.<sup>310</sup> Beide scheinen damit letztlich das gleiche gemeint zu haben. In der Sache hätte der vierte

---

<sup>307</sup> *Fehrenbacher*, in: BeckOGK BGB, § 745 BGB (Stand: 15.12.2022) Rn. 21; *Hermann Lange*, JuS 1967, 453, 456; a. A. wohl *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, § 11 III. 1. a) (S. 492 Rn. 752); *Eberl-Borges*, ErbR 2008, 234, 235; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 88 ff., 146; unklar *Ruby/Schindler*, ZEV 2006, 468, 470.

<sup>308</sup> So aber *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 16; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 32, 198.

<sup>309</sup> Die gesetzgeberische Formulierung zur Mitwirkungspflicht in § 2038 Abs. 1 S. 2 I. HS BGB kann insofern als misslungen angesehen werden, siehe unten Kap. 3 C. I. 1.

<sup>310</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 188.

Senat des Bundesgerichtshofs allerdings wohl Ausführungen dazu machen müssen, warum konkret die Umwandlung eines Nachlassgegenstandes mit einem Wertanteil von 18 % im Lichte des Gesamtnachlasses nicht genügt, sprich er hätte eine mathematische Wertanteilsgrenze ziehen müssen.

## 2. Begriff des Gegenstands

Als zweites soll nun der Frage nachgegangen werden, wie sich das Konzept einer wesentlichen Veränderung als Umgestaltung des Nachlassgepräges dogmatisch weiter ausfüllen lässt. Hierfür muss geklärt werden, was mit dem Begriff des Gegenstands in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB gemeint ist. Dazu haben sich drei Ansichten herausgebildet.

### a) Strenge Gesamtnachlassbetrachtung

#### aa) Ansatz

Die heute ganz herrschende Meinung legt den Begriff des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB unter Berücksichtigung des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB so aus, dass darunter ohne Einschränkung der Nachlass in seiner Gesamtheit zu verstehen sei.<sup>311</sup> Befinde sich ein

---

<sup>311</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 186; OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 495; OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 150; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013 – 7 W 76/13, GmbHR 2014, 254, 256; OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2010 – 5 U 505/10, ZEV 2011, 321, 322; OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.04.2018 – 5 U 41/17, ErbR 2018, 597, 598; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 22 f., 368; *W. Bayer*, in: Erman, § 2038 BGB Rn. 5a; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 103 f.; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 5 (S. 303); *Eberl-Borges*, NJW 2020, 3137, 3139; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 90 f.; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 32; *C. Hahn*, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 114; *Hoeren*, in: Schulze et al., § 2038 BGB Rn. 4; *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 128; *Kaya*, ZEV 2013, 593, 595 f.; *Kunte*, Die Erbengemeinschaft mit instandsetzungsbedürftigem Nachlass, 2017, S. 104 f.; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 I 3 d) Fn. 23 (S. 1109); *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 117; *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 31; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 44; v. *Lübnow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 4 B. III. (S. 807 f.); *Mangold*,

Kapitalgesellschaftsanteil im Nachlass, so sei daher zweistufig zu prüfen: Für eine wesentliche Veränderung müsse er erstens quantitativ ein erhebliches Gewicht im Gesamtnachlass haben und zweitens müsse die jeweilige Maßnahme qualitativ eine hinreichende Veränderung mit sich bringen. Ob es sich um Grundlagenbeschlüsse handelt, die den Inhalt oder Umfang des Mitgliedschaftsrechts an der Kapitalgesellschaft verändern, sei gleichgültig. Diese würden nicht *eo ipso* als wesentliche Veränderung eingestuft, sondern seien ebenfalls unter den zwei genannten Prüfungskriterien zu betrachten.<sup>312</sup>

*(1) Erste Voraussetzung: Hinreichendes Gewicht des Kapitalgesellschaftsanteils im Nachlass*

Untersucht man das erste Kriterium, so gestaltet sich die Beurteilung als schwierig. Eine Maßnahme sei umso eher der Gemeinschaftsverwaltung zuzuordnen, je größer der Wert des Gesellschaftsanteils im Verhältnis zum Gesamtnachlass sei.<sup>313</sup> Diese Aussage ist so zutreffend wie oberflächlich, weil sie auf ein mathematisches Anteilsverhältnis verweist. Man ist somit gezwungen, sich auf das Spiel der Bewertung von Prozentsätzen einzulassen, welches stets stark von intransparenten und nur schwer begründbaren Individualwertungen geprägt ist. So befand das Oberlandesgericht Frankfurt am Main bereits einen Wertanteil von 18 % des Gesamtnachlasses für ausreichend und stufte den Verkauf der entsprechenden Immobilie demgemäß als wesentliche Veränderung im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB ein.<sup>314</sup> Der Bundesgerichtshof hob dieses Urteil auf und

---

Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 55 f.; *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 225; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 93.2; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 33, 197 f.; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1053; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 245; *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 6; vgl. auch den impliziten Hinweis bei *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 349, wonach dies wohl nur dann keinen Wertungswiderspruch ergebe, wenn man § 2040 Abs. 1 BGB nicht als Spezialregelung zu § 2038 Abs. 1 BGB begreife.

<sup>312</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 368 f., 372 f.

<sup>313</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 368; *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 117; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 211.

<sup>314</sup> OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25.03.2004 – 16 U 131/03, NJW-RR 2004, 1518, 1520.

verwies darauf, dass diese Perspektive „den wirtschaftlichen Auswirkungen der beabsichtigten Veräußerung zu wenig Gewicht“<sup>315</sup> beimesse. Die Veräußerung nur eines von mehreren Nachlassgrundstücken stelle eine „bloße Umstrukturierung des Gesamtnachlasses“<sup>316</sup> dar. Diese Aussagen erscheinen im Lichte der Wertungsabgrenzung innerhalb des § 745 BGB ungenau. Die reale Aussage des Bundesgerichtshofs scheint wohl schlicht zu lauten, dass der Anteil von 18 % nicht hoch genug sei, um zu einer wesentlichen Veränderung des Gesamtnachlasses zu führen.<sup>317</sup> In Anlehnung an diese Entscheidung wurde als Orientierungsrahmen in der Literatur vorgeschlagen, dass ein Gewicht von unter 20 % im Verhältnis zum Gesamtnachlass dazu führe, dass niemals eine wesentliche Veränderung vorliege. Läge der Wert des Kapitalgesellschaftsanteils bei über 50 % des Gesamtnachlasswerts, so sei dies als Indiz für eine wesentliche Veränderung zu sehen. Je näher sich der Wert der 100 %-Grenze annähere, desto mehr wirke sich die Maßnahme auf den Gesamtnachlass aus. Gleichwohl sei stets eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.<sup>318</sup> Besondere Wertungen wie etwa aus dem Recht, das die Materie des einzelnen Nachlassgegenstands regelt, seien dabei jedoch nicht zu berücksichtigen.<sup>319</sup>

## *(2) Zweite Voraussetzung: Qualitative Veränderung des Kapitalgesellschaftsanteils*

Deutlich differenzierter wird die Frage danach beantwortet, worauf genau es für die Ausfüllung des zweiten Kriteriums der qualitativen Veränderung beim Kapitalgesellschaftsanteil ankommen soll. Hier ließe sich entweder auf eine Veränderung der Mitgliedschaft selbst oder auf eine Veränderung in der jeweiligen Kapitalgesellschaft abstellen. Diese Bezugspunkte sind nicht miteinander identisch.<sup>320</sup> Was die Kapitalgesellschaft wesentlich verändert, muss nicht zwingend auch den Kapitalgesellschaftsanteil betreffen.

<sup>315</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 187.

<sup>316</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 187.

<sup>317</sup> So auch *Muscheler*, ZEV 2006, 26, 27.

<sup>318</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 103 f.

<sup>319</sup> *Ann*, Die Erbgemeinschaft, 2001, S. 372 f.; *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 117; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1053.

<sup>320</sup> In dieser Hinsicht nicht hinreichend trennscharf v. *Bressendorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 109; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1052.

Teilweise wird auf eine Veränderung der Mitgliedschaft, d. h. des Kapitalgesellschaftsanteils, selbst abgestellt.<sup>321</sup> Die wohl herrschende Gegenposition erachtet etwaige Veränderungen in der Kapitalgesellschaft selbst als entscheidend.<sup>322</sup> Es komme bezüglich dieses zweiten Kriteriums zur Ausfüllung des §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB auf „Struktur und Bestand der Gesellschaft“<sup>323</sup> an. So wird etwa die Entscheidung über die Umstellung der Produktion in einer GmbH, deren Beteiligung wertmäßig einen wesentlichen Teil des Gesamtnachlasses darstellt, als wesentliche Veränderung im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB eingeordnet.<sup>324</sup> Begründet wird diese Auffassung damit, dass es bei qualitativ wesentlichen Veränderungen nicht mehr um die dingliche Güterzuordnung als sachenrechtliche Kategorie, sondern um flexiblere Wertungsfragen ginge.<sup>325</sup>

### *bb) Stellungnahme*

Die strenge Gesamtnachlassbetrachtung folgt stringent der erbrechtlichen Dogmatik, in dem sie sich auf den Erhalt der Wertsumme des Nachlasses bis zur Auseinandersetzung konzentriert. Damit wird einerseits der Grundsatz des Gläubigerschutzes und andererseits der Grundsatz der Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit der Miterben auf eine bloße Nutzungsquote hochgehalten. Das entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes: Es soll jedenfalls prinzipiell nicht darauf ankommen, was sich im Nachlass befindet, solange nur die Wertsumme erhalten wird, das aber muss im Interesse

---

<sup>321</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 368; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 126 f.

<sup>322</sup> OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 495; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 569; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 91; *Kaya*, ZEV 2013, 593, 596; *Klein*, BWNotZ 2018, 84, 86; auch OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmBHR 2013, 149, 152: „wenn der Beschlussgegenstand Struktur und Bestand der Gesellschaft betrifft“. Damit setzt es sich freilich in Widerspruch zur eigenen Formulierung auf 150: „Eine solche Veränderung läge nur dann vor, wenn in die Substanz des Geschäftsanteiles eingegriffen würde“.

<sup>323</sup> OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 495.

<sup>324</sup> *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 91.

<sup>325</sup> *Klein*, BWNotZ 2018, 84, 86.

der Gläubiger dann ohne Abstriche geschehen. Hierfür benötigt die Erbenmehrheit ein hinreichendes Maß an Gestaltungsfreiheit, sodass die Schranke des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB nicht zu eng gefasst werden darf.

Was nun die Unterfragestellung nach dem konkreten Bezugspunkt angeht, so ist festzuhalten, dass die Erbengemeinschaft den Nachlass verwaltet. Der Nachlass setzt sich aus Nachlassgegenständen zusammen. Der fragliche Nachlassgegenstand ist der Kapitalgesellschaftsanteil, d. h. die Mitgliedschaft. Von der dogmatischen Konzeption her müsste man daher zwingend den Anteil selbst als den relevanten Bezugspunkt einordnen, um die Grenze der Rechtszuordnung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern nicht zu verwischen und eine Reflexbetrachtung zu vermeiden. Denn die Mitgliedschaft als das Rechtsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft<sup>326</sup> verändert sich in ihrer dogmatischen Struktur nicht dadurch, dass sich die Unternehmenspolitik der jeweiligen Kapitalgesellschaft verändert. Vorzugswürdig erscheint es indes, wahlweise auf beide Punkte abzustellen. Die Schutzwertung von § 745 Abs. 3 S. 1 BGB liegt darin, den Erben eine Beteiligung am Nachlass in der Form und Gestalt zu ermöglichen, wie er vom Erblasser übernommen oder mit Zustimmung der Erbenminderheit im Wege der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB verändert wurde. Mit dem Kapitalgesellschaftsanteil ist nicht zwingend nur eine Investitions-, sondern gerade bei personalistischen Gesellschaften auch eine unternehmenspolitische Partizipationsmöglichkeit verbunden. Dementsprechend genügt anstelle der wesentlichen Veränderung der Mitgliedschaft selbst auch eine wesentliche Veränderung im Gepräge der Kapitalgesellschaft, um den Kapitalgesellschaftsanteil (und dann bei einem hinreichenden Wertanteil den Nachlass insgesamt) im Sinne des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB wesentlich zu verändern.

Zwar wäre es im Übrigen denkbar, das oben zum Tatbestandsmerkmal der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung erarbeitete Konzept des Geschäftsführerermessens<sup>327</sup> auch auf das Tatbestandsmerkmal in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB anzuwenden. Die Erbenmehrheit hätte dann eine Einschätzungsprärogative bezüglich der Wesentlichkeit des betroffenen Nachlassgegenstands. Konsequenzen hätte dies für die Grenzfälle, in denen nicht ganz klar erkennbar oder eindeutig begründbar ist, ob der Kapitalgesellschaftsanteil

---

<sup>326</sup> Siehe oben Kap. 2 A.

<sup>327</sup> Siehe oben Kap. 3 B. II. 4.

(oder ein anderer Nachlassgegenstand) ein hinreichendes Gewicht im Nachlass hat, oder nicht. Die Erbenmehrheit müsste dann unter Berücksichtigung des unternehmerischen Charakters der Nachlassverwaltung nachvollziehbar dokumentieren, von welchen Sachgründen sie sich hat leiten lassen und weshalb sie einen Nachlassgegenstand mit einem gewissen Wertanteil am Gesamtnachlass als unwesentlich einordnet. Die Folge wäre eine Subjektivierung des bislang rein objektiven Maßstabs zur Tatbestandsausfüllung. Ein solcher Ansatz ist jedoch abzulehnen. Das in Rede stehende Risiko der Rechtsunsicherheit für die Erbenmehrheit ist hinzunehmen. Denn was die Wertung des qualitativen Nachlasserhalts angeht, so enthält diese Betrachtung anders als das Tatbestandsmerkmal der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB kein dynamisches Element. Die Aufgabe, abzuschätzen, was noch unwesentlich und was wesentlich erscheint, mag sich als schwierig erweisen. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine Aufgabe, die unternehmerische Markteinschätzungen und damit einen wirtschaftlichen Ermessensspielraum nötig macht.

### *b) Strenge Einzelgegenstandsbetrachtung*

#### *aa) Ansatz*

Demgegenüber bezieht eine im Abklingen befindliche, ältere Auffassung den Begriff des Gegenstands in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB immer auf den einzelnen Nachlassgegenstand.<sup>328</sup> Der Nachlass als solcher weist gar keine Beschaffenheit auf, sondern sei Gesamtvermögen.<sup>329</sup> Auf die Höhe des Wertanteils des (wesentlich veränderten) Kapitalgesellschaftsanteils am Gesamtnachlass käme es danach nicht mehr an.

---

<sup>328</sup> RG, Urteil vom 21.02.1927 – V 75/26, SeuffA 81 (1927), Nr. 145; KG, Urteil vom 28.11.1913 – 3. ZS, OLG Rspr 30, 184, 185; LG Hannover, Urteil vom 14.01.1990 – 1 S 240/89, NJW-RR 1990, 454; *Bartholomeyczik*, in: Heinrich Lange, 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S. 120, 192; *Binder*, Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB III, 1905, S. 78; *Ebbecke*, in: Planck, § 2038 BGB Rn. 2; *Röthel*, Erbrecht, 2020, § 32 Rn. 44 (S. 321); *Strohal*, Erbrecht II, 1904, § 64 (S. 88 f.) f.; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 9; *Rudolf Wolff*, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1910, S. 34; wohl auch *Kregel*, in: RGRK BGB, § 2038 BGB Rn. 8.

<sup>329</sup> *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 9.

*bb) Stellungnahme*

Der Wortlaut der Vorschrift hilft nur bedingt weiter, da der Begriff des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB im Lichte des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auszulegen ist. Allerdings spricht der Umstand, dass § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB nicht das Wort „entsprechend“ enthält, dezent für die strenge Einzelgegenstandsbetrachtung. Dass der Begriff des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB im semantischen Vergleich zu § 90 BGB eher an einzelne Sachen und nicht an den Nachlass als Vermögensmasse erinnert,<sup>330</sup> ist unschädlich, da eine solche Argumentation die Relativität der Rechtsbegriffe außer Acht lassen würde. Aus der Systematik des § 745 BGB lässt sich nur ableiten, dass § 745 Abs. 3 S. 1 BGB eben nicht auf den Schutz vor einer quantitativen, sondern auf den vor einer qualitativen Veränderung abzielt. An welchem Vergleichsmaßstab sich diese aber genau zu orientieren hat, lässt sich daraus nicht erkennen. Die Protokolle<sup>331</sup> lassen mithin keine Auseinandersetzung zu der Frage erkennen, wie genau die Vorschriften zur Bruchteilsgemeinschaft, auf die in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB verwiesen wird, im Lichte eben dieses Verweises auszulegen seien.<sup>332</sup>

Das teleologische Problem, auf das der Ansatz stößt, liegt bei der Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft. Legt man den Begriff so aus wie hier vorgeschlagen, so hätte dies zur Folge, dass für jede einzelne Art von Nachlassgegenstand Kriterien entwickelt werden müssten, die unter Berücksichtigung des individuellen Einzelfalls diktieren, wann eine Mehrheit entscheiden darf und wann Einstimmigkeit erforderlich ist. Vergewenwärtigt man sich den Umstand, dass der Nachlass aus allem möglichen zusammengesetzt sein kann, vom Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen über Forderungsinhaberschaften und Kapitalgesellschaftsanteile bis hin zu digitalen Inhalten<sup>333</sup>, so wird deutlich, dass es die Erbenmehrheit lahmlegen würde, wenn nun für jeden einzelnen potenziellen Nachlassgegenstand abstrakte Regeln von gerichtlicher Seite festgelegt würden.

---

<sup>330</sup> Vgl. zum begrifflichen Verhältnis von Gegenstand und Vermögen *Binder*, ZHR 59 (1907), 1, 16 ff.; *Sohm*, Der Gegenstand, 1905, S. 18, 23 f.

<sup>331</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB V, 1899, S. 500 (= Prot. BGB V, S. 861 f.).

<sup>332</sup> *Kunte*, Die Erbengemeinschaft mit instandsetzungsbedürftigem Nachlass, 2017, S. 96; *Seemüller*, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, 1976, S. 48.

<sup>333</sup> Siehe dazu etwa *Bock*, AcP 217 (2017), 370 ff.; *Budzikiewicz*, AcP 218 (2018), 558 ff.; *Raude*, ZEV 2017, 433 ff.; alle m. w. N.

Berücksichtigt man nun noch den Umstand, dass die Priorisierung von Nachlassgegenständen innerhalb des Nachlasses als Vermögensmasse immer auch eine Form von Marktentscheidung ist, so drängen sich die Bedenken gegen eine gesetzliche und damit letztlich staatliche Vorgabe nur umso mehr auf.

Im Übrigen ist das in der Regelung angelegte Bedürfnis nach einem systematischen Gleichlauf der Auslegung des Gegenstandsbegriffs zu bedenken. Denn sowohl die ordnungsmäßige Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB wie auch die wesentliche Veränderung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB beziehen sich beide auf den „Gegenstand“. Der Wortlaut und die Systematik des § 745 BGB weisen auf die grundsätzlichen Schwierigkeiten einer gespaltenen Auslegung hin, solange das zweckorientierte Auslegungsergebnis einigermaßen praktikabel erscheint. Denn der Verweis in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auf die ganze Regelung des § 745 BGB spricht dafür, dass der Gegenstandsbegriff in Abs. 1 und Abs. 3 gleich auszulegen ist. Eine entgegenstehende, hinreichend starke Sachwertung ist nicht ersichtlich.<sup>334</sup>

### *c) Eingeschränkte Gesamtnachlassbetrachtung*

#### *aa) Ansatz*

Eine dritte Auffassung möchte den Kapitalgesellschaftsanteil gesondert behandeln. So wird für den GmbH-Anteil eine Differenzierung nach der Art der Rechtsausübung vorgenommen und für eine Beschränkung der Mehrheitsmacht in Randfällen plädiert. Wenn durch strukturändernde Maßnahmen Inhalt oder Umfang des Mitgliedschaftsrechts selbst betroffen seien, so müsse Einstimmigkeit unter den Miterben vorliegen. Die Rechtsgrundlage hierfür bilde das Vorliegen einer wesentlichen Veränderung im Sinne des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB, wobei gegebenenfalls zusätzlich der

---

<sup>334</sup> Zwar wäre hier noch eine Erörterung der Frage denkbar, ob sich aus der Erbrechtsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG eine relevante Schutzwertung zugunsten der Erbminderheit in Bezug auf die Zusammensetzung des vererbten Nachlasses ergibt. Dies erscheint jedoch erstens in der Sache allzu fernliegend und würde zweitens den vorgefassten Rahmen der Untersuchung überschreiten, da hierfür wohl eine Analyse der Frage nach der wertungsbezogenen Wechselwirkung zwischen dem vorkonstitutionellen Erbrecht der §§ 2032 ff. BGB einerseits und der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG andererseits erforderlich wäre.

Rechtsgedanke des § 53 Abs. 3 GmbHG heranzuziehen sei.<sup>335</sup> Unter diese strukturändernden Maßnahmen fielen etwa die Pflichtenvermehrung durch Nachschusspflichten oder die Übernahme neuer Geschäftsanteile, der Verzicht auf Sonderrechte des GmbH-Anteils, der Verzicht auf Nutzungen oder Gleichbehandlung, die Zustimmung zur Auflösung der Mitgliedschaft oder der GmbH und die Zustimmung zur Umwandlung der GmbH in eine andere Gesellschaftsform.<sup>336</sup>

### *bb) Stellungnahme*

Wann nun solche strukturändernden Maßnahmen konkret bei einer Aktie oder einem Genossenschaftsanteil vorliegen sollen, ist bislang zwar noch ungeklärt. Der Ansatz ließe sich jedoch aufgrund der körperschaftsrechtlichen Gleichsetzbarkeit von GmbH-Anteil, Aktie und Genossenschaftsanteil prinzipiell auf die beiden letztgenannten übertragen. Dabei wären dann etwa im Aktienrecht die auf dem Gesetzesziel der Standardisierung beruhenden Besonderheiten zu beachten.<sup>337</sup> Gleichwohl stößt der Ansatz auf Probleme. Denn er läuft entweder auf eine selektive Spaltung des Gegenstandsbegriffs in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB oder auf die oben erörterte, strenge Einzelgegenstandsbetrachtung hinaus. Da seine Vertreter zur

---

<sup>335</sup> H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 249; ihm folgend: S. K. Winter, Die Vererbung von GmbH-Anteilen im Zivil- und Steuerrecht, 1997, S. 18; wohl auch Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 178, 213 ff., die sich damit allerdings in Widerspruch zu ihrer auf S. 33, 197 f., 204 ff. vertretenen strengen Gesamtnachlassbetrachtung setzt, wenn sie nicht den Gegenstandsbegriff des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB anders als den des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB auslegen möchte. Hieran zeigt sich die Gefahr eines unüberschaubaren Begriffschaos, wenn man § 745 Abs. 3 S. 1 BGB als Teilmenge zu § 745 Abs. 1 S. 1 BGB begreift.

<sup>336</sup> H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 249 f.

<sup>337</sup> So besteht gemäß § 54 Abs. 1 AktG keine Möglichkeit zur Festsetzung einer Nachschusspflicht in der Satzung, wie es die §§ 26 ff. GmbHG beim Gesellschaftsvertrag prinzipiell zulassen, siehe Götze, in: MünchKomm. AktG, § 54 AktG Rn. 8; J. Koch, in: ders., § 54 AktG Rn. 5; K. W. Lange, in: Henssler/Strohn, § 54 AktG Rn. 1; auch ist die Auferlegung von Nebenleistungspflichten im Aktienrecht gemäß § 55 Abs. 1 AktG nur im Fall der Vinkulierung zulässig und kann, um eine Umgehung der Einlagevorschriften zu verhindern, nicht auf Geldleistung gerichtet sein, siehe Götze, in: MünchKomm. AktG, § 55 AktG Rn. 4 ff.; K. W. Lange, in: Henssler/Strohn, § 55 AktG Rn. 2 f.; echte Sonderrechte durch eine entsprechende Satzungsklausel sind im Rahmen des § 11 AktG zulässig, siehe J. Koch, in: ders., § 11 AktG Rn. 6.

dogmatischen Einordnung anderer Nachlassgegenstände keine Stellung nehmen und sich ausschließlich auf den Kapitalgesellschaftsanteil konzentrieren, ist von ersterem auszugehen. Damit stieße man bei § 745 Abs. 3 S. 1 BGB auf das gleiche Problem, an dem auch die Ansätze zu § 116 HGB und zu § 21 Abs. 5 WEG bei der Frage nach dem Merkmal der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB scheitern: Alle drei Herangehensweisen möchten den Kapitalgesellschaftsanteil im Ergebnis anders als alle anderen Nachlassvermögensgegenstände behandeln. Es ist indes kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass sich § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB einerseits beim Kapitalgesellschaftsanteil auf den Einzelgegenstand und andererseits bei den restlichen Nachlassvermögensgegenständen auf den Nachlass insgesamt beziehen ließe. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

*d) Zusammenfassung*

Der Begriff des Gegenstands in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB ist mit der strengen Gesamtnachlassbetrachtung ohne Ausnahme auf den Gesamtnachlass zu beziehen.

*3. Zusammenfassung*

In Bezug auf die Ausübung mitgliedschaftlicher Kapitalgesellschafterrechte ist demnach wie folgt vorzugehen: Zunächst ist wirtschaftlich zu fragen, welchen Wertanteil der betroffene Kapitalgesellschaftsanteil im Verhältnis zum Gesamtnachlass hat. Liegt hier ein hinreichendes Gewicht vor, so ist zweitens zu prüfen, ob die in Rede stehende mitgliedschaftliche Rechtsausübung eine wertungsbezogene, wesentliche Veränderung in der Kapitalgesellschaft oder beim Kapitalgesellschaftsanteil mit sich zieht. Ist dies der Fall, so ist drittens zu prüfen, ob sich als Folge dessen das Nachlassgepräge inhaltlich entscheidend verändert. Nur wenn alle drei Voraussetzungen gegeben sind, liegt eine wesentliche Veränderung des Gegenstands nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB vor. Es ist davon auszugehen, dass dies in der realen Rechtsanwendung aufgrund der bestehenden Fülle an Wertungsspielräumen die Ausnahme darstellt, zumal es keine etablierten Kriterien gibt, an denen man sich dabei orientieren

könnte.<sup>338</sup> Man stelle sich etwa vor, bei einer Erbengemeinschaft A macht ein Kapitalgesellschaftsanteil 70 % des Nachlasses aus und bei einer Erbengemeinschaft B existieren zwei unterschiedliche Kapitalgesellschaftsanteile, die jeweils 25 % des Nachlasses ausmachen. Ein Katalog, in dem sich für den jeweiligen Einzelfall nachschauen ließe, existiert nicht. Ein anderes Vorgehen erscheint jedoch im Hinblick auf das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer handlungsfähigen Erbengemeinschaft schlechterdings nicht möglich.

#### *IV. (Keine) Erforderlichkeit*

Die Zuordnung einer Maßnahme weg von der Gemeinschaftsverwaltung hin zur Mehrheitsverwaltung setzt nicht voraus, dass die Maßnahme zur ordnungsmäßigen Verwaltung explizit erforderlich ist.<sup>339</sup> Die Gegenposition<sup>340</sup> verwechselt die abstrakte Fähigkeit zur Mehrheitsentscheidung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB mit der Frage, ob die Erben nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB<sup>341</sup> innerhalb der Beschlussfassung auch dazu gezwungen werden können, einem bestimmten Beschlussantrag zuzustimmen.<sup>342</sup>

#### *V. Gesamt- oder Einzelvertretungsmacht*

Richtigerweise handelt es sich bei der Vertretungsmacht, die die jeweilige Erbenmehrheit<sup>343</sup> aus dem erfolgreichen Mehrheitsbeschluss nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB für die gesamte Erbengemeinschaft ableitet, grundsätzlich nicht um eine Einzelvertretungs-, sondern um eine

---

<sup>338</sup> Vgl. *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 117; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 44.

<sup>339</sup> *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 32 f.; *Stützel*, NJW 2013, 3543, 3544 f.; implizit *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 42.

<sup>340</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 31; *Frieser/Pothast*, ErbR 2020, 2, 5; *Roland Wendt*, ErbR 2017, 58, 61, 70; vgl. auch *ders.*, ErbR 2015, 196, 197.

<sup>341</sup> Siehe dazu unten Kap. 3 C. I.; vgl. auch die Abstufung der innererbengemeinschaftlichen Entscheidungsfreiheit unten in Kap. 3 F.

<sup>342</sup> Vgl. *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 14 f.; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 43.

<sup>343</sup> Die Erbenmehrheit ist in dieser Hinsicht nicht fix, sondern kann sich, sofern die Erbquoten dies zulassen, bei jedem Beschluss neu zusammensetzen.

Gesamtvertretungsbefugnis.<sup>344</sup> Die Erbenmehrheit kann indes ihrerseits durch einfache Mehrheit einem der Ihren Einzelvertretungsbefugnis zur Vollziehung des Beschlussergebnisses erteilen. Der einzelne Miterbe, der beim erbengemeinschaftlichen Beschluss Teil der Erbenmehrheit war, kann demnach beispielsweise nicht im Alleingang ohne vorherige Rücksprache mit dem Rest der Erbenmehrheit eine nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB beschlossene Weisung an einen gemeinschaftlichen Vertreter erteilen. Tut er es doch, so handelt er prinzipiell ohne Vertretungsmacht im Sinne des § 179 BGB.<sup>345</sup> Es ist allerdings aus rechtspraktischen Gründen davon auszugehen, dass der vorherige Mehrheitsbeschluss der Erbengemeinschaft je nach Inhalt und zeitlicher Nähe regelmäßig die stillschweigende Bevollmächtigung jedes einzelnen Erben umfasst, die beschlossene Maßnahme entsprechend den Beschlussdetails auch in Einzelvertretung zu vollziehen.<sup>346</sup>

#### *VI. Zusammenfassung*

Bezogen auf die gesamthänderische Zuordnung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft findet sich im Rahmen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB kein subjektbezogenes Element. Vielmehr bleibt es bei dem Grundsatz der vermögensorientierten Perspektive. Die Kriterien zur Auslegung des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB orientieren sich bei dem Nachlass zwar sowohl an der Wirtschaftlichkeit wie auch an der inhaltlichen Zusammensetzung. Beide Wertungen sind jedoch auf die vermögensorientierte Zuordnung des Nachlasses ausgerichtet.

#### *VII. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit*

Begreift man die Erbengemeinschaft als rechtsfähig, so wären die Voraussetzungen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB davon nicht betroffen. Die Auslegung der drei relevanten Rechtsbegriffe der Verwaltung, der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung und der wesentlichen Veränderung des Gegenstands in § 745 BGB würde sich nicht

---

<sup>344</sup> Vgl. auch *Grunewald*, AcP 197 (1997), 305, 306.

<sup>345</sup> *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 230; zust. *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 56 f.

<sup>346</sup> Vgl. *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 152.

verändern. Denn die drei Begriffe orientieren sich erstens an den das Nachlassvermögen betreffenden Handlungen, zweitens an der Wertorientierung dieser Handlungen und drittens an den Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Nachlassvermögens. Würde man dieses Vermögen einer rechtsfähigen Erbengemeinschaft zuordnen, so ergäben sich keine Konsequenzen für die inhaltlichen Kriterien zur Verwaltung desselben.

### C. Das Stimmverhalten der Miterben

An die Voraussetzungen des verwaltungsabhängigen Stimmquorums knüpft sich die Frage, wie das Stimmverhalten der Miterben von Gesetzes wegen ausgestaltet ist. Abgestimmt wird gemäß dem Verweis in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auf § 745 Abs. 1 S. 2 BGB nicht nach Köpfen; das Stimmgewicht richtet sich nach der Erbquote.<sup>347</sup> Grundsätzlich sind die Miterben – vorbehaltlich der allgemein bürgerlich-rechtlichen Grenzen<sup>348</sup> – im Wege ihrer privatautonomen Eigenverantwortung frei darin, so abzustimmen, wie sie es möchten.

#### *I. Mitwirkungspflicht nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB*

Dieser Grundsatz wird durch § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB eingeschränkt. Danach sind die Miterben im wechselseitigen Verhältnis dazu verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind. Dies lässt sich in gewisser Hinsicht mit der Zweckförderungspflicht des Personengesellschafters gleichsetzen, wobei sich anders als im Personengesellschaftersrecht jedoch kein Zweck im engeren Sinne ausmachen lässt.<sup>349</sup>

---

<sup>347</sup> BGH, Urteil vom 19.09.2012 – XII ZR 151/10, NJW 2013, 166; BayObLG, Beschluss vom 10.12.1963 – 2 Z 118/63, BayObLGZ 1963, 319, 324; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 24; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 6 (S. 303); *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 173; *Stürner*, in: Jauernig, § 2038 BGB Rn. 4; *Strohal*, Erbrecht II, 1904, § 64 (S. 88); *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 9.

<sup>348</sup> Vgl. *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 104 ff.

<sup>349</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 39.

### 1. Voraussetzungen

Was die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderliche Maßregeln im Sinne des § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS sind, richtet sich nach den §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB. Der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung in § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB ist zweckmäßigerweise so zu verstehen, dass er sich auf den ganzen § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB bezieht. Demnach müssen sowohl die Voraussetzungen des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB wie auch die des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB kumulativ für das Vorliegen einer ordnungsmäßigen Verwaltung gegeben sein; es muss eine Maßnahme der Mehrheitsverwaltung im Raum stehen.<sup>350</sup> Alles andere ergäbe unter Berücksichtigung der zu § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB entwickelten Wertungen keinen Sinn. Denn wieso sollte der eine Miterbe den anderen zur Zustimmung zu Verwaltungsmaßnahmen zwingen können sollen, die zwar ordnungsmäßig nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB sind, die aber den Nachlass nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB wesentlich verändern? Der Wortlaut des § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB ist daher insofern missglückt als er besser abgefasst wäre, wenn er von „Maßregeln [...], die zur Mehrheitsverwaltung gemäß Absatz 2 Satz 1 erforderlich sind“ spräche.

Der Begriff der Maßregel bezieht sich im Wesentlichen auf die Beschlussfassung in der Erbengemeinschaft, er kann jedoch auch auf die Vornahme anderweitig rechtlicher oder tatsächlicher Handlungen gerichtet sein.<sup>351</sup>

Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, wie der Begriff der Erforderlichkeit zu verstehen sei. Während einige hierin ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal sehen, wonach mehr als bloße Ordnungsmäßigkeit und weniger als Notwendigkeit im Sinne des § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB vorliegen müsse,<sup>352</sup> betrachten andere den Begriff als schlichte Bestärkung der Ordnungsmäßigkeit, dem keine eigene Tatbestandsmerkmalsqualität

---

<sup>350</sup> So i. E. wohl auch *Frieser/Pothast*, ErbR 2020, 2, 3.

<sup>351</sup> *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 44.

<sup>352</sup> BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 189; *Stützel*, NJW 2013, 3543, 3544 f.; vgl. auch *Greil-Lidl*, Die Verfügungsverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2014, S. 52.

zukomme.<sup>353</sup> Der Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit ist an den Beschlussgegenstand gekoppelt. Denn schon im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB wird die Schutzwertung des Erhalts des wirtschaftlichen Nachlasswerts voll berücksichtigt. Der Rechtsraum, den die Mitwirkungspflicht zwischen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB einerseits und der an Dringlichkeit gekoppelten Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB andererseits einnimmt, kann sich daher nur auf den Fall beziehen, dass nur *eine einzelne* Maßnahme die Kriterien der Mehrheitsverwaltung nach den §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB erfüllt und es keine Alternative gibt.<sup>354</sup> Existieren in Bezug auf ein und denselben Lebenssachverhalt indes mehrere mögliche Verwaltungsmaßnahmen, die allesamt die Kriterien der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB erfüllen, so können die Miterben sich nicht sinnvollerweise gegenseitig zur Zustimmung zur jeweils befürworteten Maßnahme zwingen. Stattdessen können sie ihr Stimmrecht in dieser Konstellation nach freiem Ermessen bei der Auswahl zwischen den verschiedenen tauglichen Mehrheitsverwaltungsmaßnahmen ausüben,<sup>355</sup> sodass letztlich die Mehrheit entscheidet.

## 2. Rechtsfolge

Die ganz herrschende Meinung leitet aus § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB ein Klagerecht der Erbenmehrheit gegen die Erbenminderheit ab. Sollte im Rahmen einer Abstimmung die Erbenmehrheit nicht für die Durchführung einer Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung stimmen, so habe die Erbenminderheit das Recht darauf, die Erbenmehrheit auf Zustimmung zu verklagen. Die Vollstreckung erfolge nach den allgemeinen Regeln (§§ 894, 887 f. ZPO).<sup>356</sup> Werde ein Miterbe trotzdem eigenmächtig tätig, so

---

<sup>353</sup> *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 36 f.; wohl auch *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 44; uneindeutig *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 166.

<sup>354</sup> Vgl. RG, Urteil vom 28.11.1912 – Rep. IV. 265/12, RGZ 81, 30, 31.

<sup>355</sup> Zu etwaigen Einschränkungen dieses Ermessens aufgrund von Treuepflichten siehe unten Kap. 3 C. III. und unten Kap. 5 B. III. 1. b) bb).

<sup>356</sup> BGH, Urteil vom 08.05.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76, 84 f.; BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 184; OLG Hamm, Urteil vom 19.10.2010 – 10 U 79/10, ZEV 2011, 538, 540; OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2010 –

fänden die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 677 ff. BGB Anwendung.<sup>357</sup> Dem ist zuzustimmen. Gerade die Berücksichtigung des körperschaftsrechtlichen Bezugs spricht gegen ein Selbstvornahmerecht der Erbenminderheit. Es kann nicht im Sinne des § 18 Abs. 1 GmbHG sein, dass der einzelne Miterbe bei der GmbH vorstellig wird und erklärt, er habe zwar für die entsprechende Rechtsausübung keinen Mehrheitsbeschluss der Erbengemeinschaft hinter sich, die übrigen Miterben seien jedoch gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB zur Zustimmung verpflichtet und er würde die Sache daher (im Zweifel als selbstbenannter gemeinschaftlicher Vertreter) in die eigenen Hände nehmen. Für die Gesellschaft wäre dies mit der Unsicherheit verbunden, auf die Einschätzung eines einzelnen Miterben vertrauen zu müssen. Da sie selbst keinen Einblick in die interne Willensbildung der Erbengemeinschaft hat, müsste sie ihn hier beim Wort nehmen und sich im Zweifel dem Risiko aussetzen, dass der Miterbe mit seiner Einschätzung falsch liegt und tatsächlich keine Berechtigung zur Vertretung der Erbengemeinschaft besteht. Für den Fall, dass sich kein Mehrheitsbeschluss zur ordnungsmäßigen Verwaltung findet, obwohl die Miterben zur Zustimmung verpflichtet sind, ist die

---

5 U 505/10, ZEV 2011, 321, 322; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 44; *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 35; *Stürner*, in: Jauernig, § 2038 BGB Rn. 5; *Zimmer*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 2038 BGB Rn. 16; wohl auch *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 165 f.; wohl auch *Däubler*, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 18, bei dem aufgrund der ungenauen Zitation allerdings unklar ist, ob er sich auf die Frage nach einem Selbstvornahmerecht aus § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB oder auf die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB (oder beides) bezieht; a. A. *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 14 f., der aus § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB ein Selbstvornahmerecht der Erbenminderheit ableitet. Wenn sich keine Mehrheit für die Durchführung der ordnungsmäßigen Verwaltungsmaßnahme fände, so sei der einzelne, überstimmte Miterbe befugt, die Maßnahme selbstständig und unmittelbar für die Erbengemeinschaft zu beschließen und nach außen hin durchzuführen.

<sup>357</sup> *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 57 Rn. 58a (S. 569); die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag neben der Regelung des § 2038 BGB ebenfalls bejahend BGH, Urteil vom 07.10.2020 – IV ZR 69/20, NJW 2021, 157, 158; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 10; dagegen *Eberl-Borges*, ZEV 2022, 1 ff.; vgl. dazu auch *Frieser/Pothast*, NJW 2021, 124 ff.

Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB<sup>358</sup> mit ihren speziellen Voraussetzungen vom Gesetz vorgesehen. Diese würde in ihrem Sinn und insbesondere in ihrem Tatbestandsmerkmal der Dringlichkeit konterkariert, würde man aus § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB ein Selbstvornahmerecht ableiten. Somit führt die Nichtzustimmung der Miterben zu einem Verwaltungsbeschluss entgegen der Zustimmungspflicht nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB nur zu einem Klagerecht. Der Anspruch wird mithin nicht dem einzelnen Miterben,<sup>359</sup> sondern dem Nachlass insgesamt zugeordnet.<sup>360</sup> Der einzelne Miterbe kann den Anspruch dann im zweiten Schritt gemäß § 2039 S. 1 BGB gegen den betroffenen Miterben geltend machen. Wird die Mitwirkungspflicht verletzt, so löst dies einen Schadensersatzanspruch aus.<sup>361</sup>

## II. Treu und Glauben (§ 242 BGB) und Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB)

Daneben besteht die Frage, ob und wenn ja wie die Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB und die Regelung zur Beachtung wechselseitiger Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB im Rahmen der erbbenebensgemeinschaftlichen Nachlassverwaltung zur Geltung kommen. So findet sich

---

<sup>358</sup> Dazu ausf. unten in Kap. 3 E.

<sup>359</sup> So aber ausdr. *Schindler*, ZEV 2011, 322, 323; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 21; auch *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 66; uneindeutig BGH, Urteil vom 08.05.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76, 85; OLG Hamm, Urteil vom 19.10.2010 – 10 U 79/10, ZEV 2011, 538, 540.

<sup>360</sup> Ausdr. OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2010 – 5 U 505/10, ZEV 2011, 321, 322; wohl auch BGH, Urteil vom 22.02.1965 – III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267, 270, der betont, dass *die Erben* bei einer Verfolgung des Anspruchs als Kläger hätten auftreten müssen; vgl. auch *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 III 1 (S. 268).

<sup>361</sup> Gemäß BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 184; *Hoeren*, in: Schulze et al., § 2038 BGB Rn. 5; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 25; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 35 sei hier § 280 Abs. 1 BGB einschlägig; diese Vorschrift setzt jedoch ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne gemäß § 241 BGB voraus, vgl. *Dauner-Lieb*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 280 BGB Rn. 26; *W. Ernst*, in: MünchKomm. BGB, § 280 BGB Rn. 6; *Lorenz*, in: BeckOK BGB, § 280 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 2 ff.; *A. Stadler*, in: Jauernig, § 280 BGB Rn. 2. Insofern erscheint es passender, den § 280 Abs. 1 BGB in Ermangelung ebendieses Schuldverhältnisses im weiteren Sinne bei der Erbengemeinschaft analog anzuwenden.

die Position, dass die Grundsätze von Treu und Glauben im Rahmen der Auslegung des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 S. 1 BGB zur Anwendung kämen.<sup>362</sup> Bisweilen wird darauf abgestellt, dass die §§ 242, 241 Abs. 2 BGB die Miterben in der Erbengemeinschaft als gesetzlichem Schuldverhältnis zur billigen Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Interessen des anderen verpflichteten, sodass die berechtigten Interessen der Minderheit nicht völlig übergangen werden dürften. Ordnungsmäßig im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB sei demnach nur eine Verwaltungsmaßregel, die der Beschaffenheit des Nachlasses entspreche und die Interessen der Miterben nicht treuwidrig außer Acht lasse.<sup>363</sup>

Die Vorschrift des § 241 Abs. 2 BGB bezieht sich auf einen herausgehobenen und damit nunmehr abschließend spezialgesetzlich geregelten Teilbereich der von § 242 BGB im Wege der Rechtsfortbildung unter anderem ins Auge gefassten Nebenpflichten.<sup>364</sup> Sowohl der § 241 Abs. 2 BGB<sup>365</sup> wie auch der § 242 BGB<sup>366</sup> setzen tatbestandlich das Bestehen eines

---

<sup>362</sup> *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 117; *Nipperdey*, AcP 143 (1937), 315, 316; *Seemüller*, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, 1976, S. 56 f.; vgl. auch *P. Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 105; siehe auch in anderem Zusammenhang: RG, Urteil vom 10.12.1906 – Rep. IV. 94/06, RGZ 65, 5, 10: „Die Erbengemeinschaft untersteht wie jedes andere Rechtsverhältnis den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben“; RG, Urteil vom 28.11.1912 – Rep. IV. 265/12, RGZ 81, 30, 34: „Richtig ist zwar, daß das Rechtsverhältnis der Miterben zueinander wesentlich von dem Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht wird“.

<sup>363</sup> *Kunte*, Die Erbengemeinschaft mit Instandsetzungsbedürftigem Nachlass, 2017, S. 144 ff.; zu § 242 BGB nach der alten Rechtslage vor Einführung des § 241 Abs. 2 BGB auch *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 107 f.; *Heil*, Die ordnungsmässige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht, 1998, S. 109 f., 112; für den Fall einer innererbengemeinschaftlichen Stimmabgabe entgegen eines Stimmverbots auch *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 78.6.

<sup>364</sup> *Bachmann*, in: MünchKomm. BGB, § 241 BGB Rn. 55 f.; a. A. zur Begrifflichkeit insofern *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 242 BGB Rn. 192 f., als § 241 Abs. 2 BGB nicht alle Nebenpflichten, sondern nur die Schutzpflichten spezialgesetzlich im Verhältnis zu § 242 BGB regele; so auch *P. Krebs*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 241 BGB Rn. 19.

<sup>365</sup> *P. Krebs*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 241 BGB Rn. 22, 24.

<sup>366</sup> *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 242 BGB Rn. 121.

Schuldverhältnisses im weiteren Sinne<sup>367</sup> zwischen den Beteiligten voraus. Bisweilen finden sich hierfür auch die Formulierungen einer rechtlichen Sonderverbindung oder eines sozialen Kontakts qualifizierter Art. Der streitige und bisweilen nicht klar als solcher benannte Punkt ist nun, ob die Erbengemeinschaft selbst ein gesetzliches Schuldverhältnis im weiteren Sinne darstellt<sup>368</sup>, oder ob sie nur die Grundlage für situativ entstehende, Einzelschuldverhältnisse zwischen den Teilhabern bildet<sup>369</sup>. Wenn man die Differenzierung zwischen dem Schuldverhältnis im weiteren Sinne und dem Schuldverhältnis im engeren Sinne, die in dem Zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs angelegt ist, berücksichtigt, so liegt tatsächlich der Schluss nahe, dass die vom Gesetz ja immerhin ausdrücklich geregelte

---

<sup>367</sup> Das Schuldverhältnis im weiteren Sinne bezeichnet die Gesamtheit der sich aus der Sonderverbindung ergebenden konkreten Rechtsfolgen also das gesamte Rechtsverhältnis. Das Schuldverhältnis im engeren Sinne bezeichnet demgegenüber die aus dem Schuldverhältnis im weiteren Sinne erwachsene einzelne Leistungsbeziehung, siehe BGH, Urteil vom 11.11.1953 – II ZR 181/52, BGHZ 10, 391, 395; *Bachmann*, in: MünchKomm. BGB, § 241 BGB Rn. 4; *Bucher*, in: FS Wiegand, 2005, S. 93, 113 ff.; *Erbarth*, NJW 2013, 3478, 3479; *W. Ernst*, in: MünchKomm. BGB, Einl. SchR Rn. 10; *Mansel*, in: Jauernig, § 241 BGB Rn. 1 f.; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 3.

<sup>368</sup> *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 10 (S. 305); *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 47; *P. Krebs*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 241 BGB Rn. 40; zur Bruchteilsgemeinschaft: OLG München, Beschluss vom 28.06.2005 – 32 Wx 46/05, NJW 2005, 2932 f.; *Fehrenbacher*, in: BeckOGK BGB, § 741 BGB (Stand: 15.12.2022) Rn. 8; v. *Gamm*, in: RGRK BGB, § 741 BGB Rn. 12; v. *Proff zu Inrich*, in: v. Staudinger, § 741 BGB Rn. 260 ff., 275; vgl. auch *Brach*, Die Funktionen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Bruchteilsgemeinschaft, 2001, S. 61 f., der auf S. 133 ff. auch für eine wechselseitige Treuepflicht der Bruchteilsgemeinschaft plädiert.

<sup>369</sup> Vgl. *R. Fischer*, ZHR 144 (1980), 1, 10: „das Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Miterben ist rein objektivbezogen und begründet lediglich die im Gesetz (§§ 2032 ff BGB) ausdrücklich geregelten Rechtsbeziehungen zwischen den Miterben“; zur Bruchteilsgemeinschaft: BGH, Urteil vom 26.03.1974 – VI ZR 103/72, BGHZ 62, 243, 246; OLG Köln, Urteil vom 15.12.1995 – 20 U 109/95, NJWE-MietR 1996, 113; *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, § 741 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 12; *Hadding*, in: Soergel, 13. Aufl. 2012, Vor § 741 BGB Rn. 7; *Lorenz*, in: BeckOK BGB, § 280 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 5; *Madaus*, AcP 212 (2012), 251, 289 f.; *Riehm*, in: BeckOGK BGB, § 280 BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 80 f.; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. BGB, § 741 BGB Rn. 3; siehe auch *Schnorr*, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741–758 BGB), 2004, S. 153 ff.

Erbengemeinschaft nach den §§ 2032 ff. BGB die Sonderverbindung in Bezug auf den Nachlass einerseits und die einzeln geregelten Ansprüche wie etwa die Mitwirkungspflicht bei Erforderlichkeit nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB oder den Anspruch auf eine dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechenden (Mindest-)Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 2 BGB eben die Schuldverhältnisse im engeren Sinne andererseits darstellten. Das ließe jedoch die über dem Gedanken des Schuldverhältnisses stehende Wertung der Privatautonomie außer Acht. Vorzugswürdig erscheint daher die zweite Einordnung. Wie auch die Bruchteilsgemeinschaft ist die Erbengemeinschaft selbst aufgrund ihrer in tatsächlichen Gründen liegenden Zwangsnatur keine Sonderverbindung im Sinne eines gesetzlichen Schuldverhältnisses (im weiteren Sinne). Zwar ergeben sich in der Tat einzelne Pflichten aus den individuellen Regelungen zur Erbengemeinschaft. Diese entstammen jedoch gerade dem Gesetz und nicht einem wie auch immer angedeuteten oder sich anbahnenden, privat-autonomen Verhältnis zwischen den Erben.<sup>370</sup> Führt man die allgemein schuldrechtliche Begrifflichkeit fort, so enthält das Recht der Erbengemeinschaft in Form der darin geregelten wechselseitigen Einzelansprüche der Miterben somit mehrere Schuldverhältnisse im engeren Sinne aber kein übergeordnetes Schuldverhältnis im weiteren Sinne. Der Begriff der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB ist daher rein objektbezogen mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit ohne Ansehen der persönlichen Befindlichkeiten der Miterben auszulegen. Die Erben sind nicht im Rahmen der Mehrheitsverwaltung selbst beziehungsweise bei der Auslegung der Kriterien der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB, sondern nur im Rahmen der Durchsetzung der vorgenannten, wechselseitigen, im Gesetz geregelten Ansprüche zur Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB und der Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> Wobei man dann in der Tat die Frage stellen müsste, wie § 278 BGB im Rahmen der Erbengemeinschaft zur Anwendung kommen kann, siehe *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 54; vgl. dazu *P. Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, 2000, S. 7, 105. Unter Umständen wäre eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht zu ziehen.

<sup>371</sup> Entgegen *Fehrenbacher*, in: BeckOGK BGB, § 741 BGB (Stand: 15.12.2022) Rn. 8; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. BGB, § 741 BGB Rn. 3 hat die Debatte wegen der

*III. Treuepflichten zwischen den Miterben*

Außerhalb der Begriffsgrenzen der §§ 2038, 745 BGB existieren noch zwei Grundpositionen, die Treuepflichten zwischen den Miterben ins Feld führen und daraus Vorgaben für das Stimmverhalten ableiten. Diese bezögen sich in Anbetracht der erarbeiteten Dogmatik auf den Anwendungsfall, in dem zu ein und demselben Lebenssachverhalt mehrere, unterschiedliche Mehrheitsverwaltungsmaßnahmen im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB in Frage kommen, da nur hier die Entscheidung zwischen diesen Maßnahmen in das volle Ermessen der Miterben gestellt ist.<sup>372</sup> Wenn nämlich schon nur eine einzelne in Frage kommende Verwaltungsmaßnahme die Kriterien der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB erfüllt, dann kann jeder Miterbe die anderen bereits nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB zur Zustimmung zwingen.<sup>373</sup> Zu unterscheiden ist diese Konstellation von dem Fall, in dem mehrere taugliche Maßnahmen der Mehrheitsverwaltung in Frage kommen aber kein Mehrheitsbeschluss zustande kommt, etwa weil es nur zwei Erben mit einer jeweiligen Erbquote von 50 % gibt und diese sich gegenseitig blockieren. In diesem Fall haben die Miterben gegeneinander gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf eine allen Teilhabern nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung. Etwaige Treuepflichten, so sie denn überhaupt existieren, würden hiervon bereits verdrängt. Das Konzept von Treuepflichten ist demnach im Rahmen des Untersuchungsgegenstands nur für den Fall zu diskutieren, in dem die Erbengemeinschaft über eine kapitalgesellschafterliche Rechtsausübung entscheiden muss, bei der es erstens mehrere Vorgehensoptionen gibt, die zweitens allesamt die Kriterien der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB erfüllen und bei der drittens eine abgrenzbare Erbenmehrheit existiert. Eine hypothetische Treuepflicht würde diese Stimmausübung innerhalb des Mehrheitsbeschlusses dann in eine bestimmte Richtung

---

Notwendigkeit zu dieser Ausdifferenzierung des Anwendungsbereichs der Nebenpflichten daher in der Tat mehr als nur eine terminologische Bedeutung.

<sup>372</sup> A. A. *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 117 f., die davon ausgeht, dass intraerbengemeinschaftliche Treuepflichten inhaltlich deckungsgleich mit dem Mitwirkungsanspruch nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB seien.

<sup>373</sup> Siehe oben Kap. 3 C. I.

lenken beziehungsweise etwaige ihr zuwiderlaufende Stimmabgaben rechtswidrig werden lassen.

### 1. Auf gesellschaftsrechtlicher Basis

#### a) Ansatz

Der eine Ansatz hat seine Grundlage im (Kapital-)Gesellschaftsrecht. Es wird vorgeschlagen, die Miterben eines GmbH-Geschäftsanteils im Verhältnis zueinander den aus dem Geschäftsanteil resultierenden mitgliederschaflich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflichten zu unterwerfen.<sup>374</sup> Die Begriffe der ordnungsmäßigen Verwaltung und der wesentlichen Veränderung in § 745 BGB bezögen sich zwar beide nicht auf den einzelnen Nachlassgegenstand, sondern auf den Gesamtnachlass.<sup>375</sup> Daneben schlügen jedoch die kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflichten auf das Verhältnis der Miterben untereinander durch. Dem Ansatz zufolge müsst jeder auf den jeweiligen Kapitalgesellschaftsanteil bezogene Verwaltungsbeschluss darauf kontrolliert werden, ob er gegen das berechtigte Interesse des Miterben verstieße.<sup>376</sup> Ein konkreter Anknüpfungstatbestand wird nicht genannt. Die Begründung beschränkt sich auf die Aussage, dass sämtliche Miterben ja zugleich Gesellschafter der GmbH seien und deshalb im Verhältnis des Rechts der Erbgemeinschaft zum Recht der GmbH nichts anderes gelten könne. So ergebe sich eine allseitige gesellschaftsrechtliche Verbundenheit.<sup>377</sup>

#### b) Stellungnahme

Die Prämisse eines Durchschlags der mitgliederschaflich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflichten auf das Verhältnis der Miterben untereinander zum Zwecke des Schutzes der Erbenminderheit stößt auf Schwierigkeiten. Denn die Wertung zum Schutz der Erbenminderheit einerseits und die Wertung zum Schutz der Gesellschaft und der anderen

---

<sup>374</sup> So *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 245 ff.; zust. v. *Bressendorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 109; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 42; *Sarakinis*, Die Erbgemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 215.

<sup>375</sup> *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 243, 245.

<sup>376</sup> *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 246.

<sup>377</sup> *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 246.

Gesellschafter andererseits sind grundverschiedener Natur. Die mitgliederschaflich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht adressiert allein letztere. Sie dient von ihrem Sinn und Zweck her nicht dazu, ein Partizipationsinteresse des Miterben innerhalb seiner eigenen Erbengemeinschaft zu befriedigen. Denn die Miterben sind gerade keine einzelnen Gesellschafter, sondern rechtsgemeinschaftliche Teilhaber an einer einzelnen Gesellschafterstellung.<sup>378</sup> Das Gesellschafterinteresse liegt auf der Ebene des gesamthänderischen Sondervermögens. Die Miterben haben daher jeder für sich überhaupt kein gesellschaftsrechtliches Interesse, das zu schützen wäre; das hat allein das nichtrechtsfähige Kollektiv der Erbengemeinschaft, deren Wille sich aber erst im Wege des § 2038 BGB bildet. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.<sup>379</sup>

## *2. Auf allgemein bürgerlich-rechtlicher Basis*

Aus der entgegengesetzten Richtung stammt die Idee, dass zwischen den Miterben Treuepflichten nach allgemein bürgerlichem Recht gälten. Hier lassen sich, so eine Begründung für diese These erfolgt,<sup>380</sup> im Wesentlichen zwei Einzellinien ausmachen.

### *a) Die Erbengemeinschaft als ähnlicher geschäftlicher Kontakt nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB*

#### *aa) Ansatz*

Einerseits wird die Nichtausschlagung der Erbschaft nach den §§ 1942 ff. BGB bisweilen als privatautonome Zustimmung zur Kollektiventstehung eingeordnet.<sup>381</sup> Daraus wird die These entwickelt, dass die

---

<sup>378</sup> Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 B. und oben Kap. 3 A. II. 4.

<sup>379</sup> Zu der Frage, ob die mitgliederschaflich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht auf die Ebene der erbrechtlichen Beschlussfassung durchschlägt, um nicht das Interesse der Miterben, sondern das der Kapitalgesellschaft oder der anderen Kapitalgesellschafter zu schützen, ist damit freilich noch nichts gesagt. Diese Frage wird gesondert behandelt, siehe dazu unten Kap. 5 B. III 1. a) bb).

<sup>380</sup> So fehlt eine solche Begründung etwa bei *Hermann Lange*, JuS 1967, 453, 457.

<sup>381</sup> So auch *W. Baumann*, in: FS Otte, 2005, S. 15, 23; *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, 2008, S. 30 f.; ähnlich *Seemüller*, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, 1976, S. 58 ff., die in der Nichtvornahme der

Erbengemeinschaft einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB darstelle und sich daraus erbrechtliche Treuepflichten zwischen den Miterben nach § 241 Abs. 2 BGB ergäben.<sup>382</sup> Das eigentliche Ziel bei der Entwicklung dieser Perspektive liegt darin, eine Alternativlösung zur Frage um das Verhältnis zwischen § 2038 BGB und § 2040 BGB<sup>383</sup> anzubieten. Es entspricht jedoch gerade dem Wesen der Treuepflicht, dass sie mit kaum systematisierbaren, allgemeinen Wertungserwägungen im Einzelfall arbeitet. Daher ist davon auszugehen, dass diese Treuepflicht auch in dem Fall, dass mehrere ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahmen gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB zur Debatte stehen, das grundsätzlich freie Entscheidungsmessen der Miterben einschränken würde.

### bb) Stellungnahme

Im Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft als Einzelgesellschafter und der betroffenen Kapitalgesellschaft beziehungsweise den anderen Kapitalgesellschaftern<sup>384</sup> leitet sich das für die Treuepflicht nötige, privatautonome Element<sup>385</sup> aus der von der Erbengemeinschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworbenen Mitgliedschaft des Erblassers in der Kapitalgesellschaft ab, die letztlich ihrerseits privatautonomen Ursprungs ist. Hier geht es jedoch um die davon streng zu trennende Frage, ob innerhalb der Erbengemeinschaft selbst wechselseitige, erbrechtliche Treuepflichten bestehen können. Hierfür müsste es einen Auslöser im Verhältnis zwischen den Miterben geben. Eine gesetzliche Sonderwertung ist gerade auch infolge der nur schwach ausgeprägten Regelung zur Nachlassverwaltung in den §§ 2038 ff. BGB nicht ersichtlich. Das führt zu der Frage nach der Prämisse zurück: Stellt die Nichtausschlagung der Erbschaft nach den §§ 1942 ff. BGB eine hinreichend privatautonome Handlung dar? Diese These stößt

---

Auseinandersetzung und der Fortführung der Erbengemeinschaft ein hinreichend privatautonomes Kriterium sieht.

<sup>382</sup> *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben, 2010, S. 146 ff.

<sup>383</sup> Siehe zu diesem, im Ergebnis für den Untersuchungsgegenstand irrelevanten Streitstand oben Kap. 3 A. I. 4. b).

<sup>384</sup> Dazu ausf. unten Kap. 5 B.

<sup>385</sup> Vgl. zum Verhältnis von Mitgliedschaft und Privatautonomie *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 94 ff.; *Roitzsch*, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, 1981, S. 181.

auf Bedenken.<sup>386</sup> Die Nichtausschlagung der Erbschaft ist ein bloßes Unterlassen der Beseitigung des kraft Gesetzes entstehenden Zustands.<sup>387</sup> Die Privatautonomie setzt indes grundsätzlich nicht die Hinnahme einer zivilrechtlichen Situation durch ein Unterlassen des Einzelnen, sondern die aktive Herbeiführung derselben durch ihn mit einem hinreichend gewichtigen Maß an Freiwilligkeit voraus.<sup>388</sup> Der Erbe zeigt durch seine Nichtausschlagung – ganz gleich ob durch eine ausdrückliche, konkludente oder fingierte<sup>389</sup> Annahme – zwar, dass er Erbe sein will beziehungsweise dass er diese Stellung in Kauf nimmt. Er sagt damit jedoch gerade nicht, dass er gesamthänderisch mit den Personen der anderen Miterben verbunden sein möchte.<sup>390</sup> Denn diese Bindung an die anderen Miterben über das gesamthänderisch gehaltene Vermögen tritt gerade nicht kraft seines Willens, sondern infolge der gesetzlichen Anordnung des § 2032 Abs. 1 BGB ein. Nun könnte man unterstellen, dass derjenige, der Erbe sein will, dann eben auch immer automatisch die Rechtsfolge des § 2032 Abs. 1 BGB mitwolle.<sup>391</sup> Damit würde man dem Erben jedoch eine kollektivistische Verbindung zur staatlichen Rechtsgestaltung unterstellen. Wer zum Erbe „Ja“, zu seinen Miterben aber „Nein“ sagt, der begibt sich zwar freiwillig in die Erbstellung

---

<sup>386</sup> Vgl. auch *W. Bayer*, in: Erman, Vor § 2032 ff. BGB Rn. 5: „Sie [die Erbengemeinschaft] beruht nicht wie die Gesellschaft oder die eheliche Gütergemeinschaft auf freiem Willensentschluss der Miterben, sondern auf gesetzl Erbfolgeordnung, dem Entschluss des Erblassers oder beidem“.

<sup>387</sup> Vgl. auch *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 87 f., der darauf hinweist, dass man ja die Zwangsmitgliedschaft in einer Universität auch freiwillig dadurch umgehen könne, in dem man nicht studiere. Diese Begründung genüge indes nicht, um ein hinreichend privatautonomes Element für eine echte Verbandsmitgliedschaft anzunehmen, weshalb konsequenterweise zwischen privatautonomem und erzwungenen Mitgliedschaften unterschieden werden müsse.

<sup>388</sup> Vgl. *Flume*, BGB AT II, 1992, § 1 1. (S. 1), § 1 7. (S. 10) und § 5 2. d) (S. 66 f.); siehe zum privatautonomen Recht des Erben, eine Erbschaft anzunehmen oder auszu-schlagen, auch *Pohl*, AcP 177 (1977), 52, 68.

<sup>389</sup> Das Verstreichenlassen der Erbausschlagungsfrist nach §§ 1943 2. HS, 1944 BGB führt nicht zu einer Willenserklärung des Nichtausschlagenden; die Vorschrift des § 1943 2. HS BGB enthält vielmehr eine Rechtsfolgenanordnung in Form der Fiktion einer Willenserklärung, siehe *Pohl*, AcP 177 (1977), 52, 59.

<sup>390</sup> Siehe zur Rolle der persönlichen Beziehung zwischen den Beteiligten etwa *A. Hueck*, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht*, 1947, S. 12, 14.

<sup>391</sup> So wohl i. E. *Hellfeld*, *Treuepflichten unter Miterben*, 2010, S. 148.

aber gezwungenermaßen in die Gesamthandsgemeinschaft und hat gerade keine Absicht, in eine von wechselseitiger Kooperation und Rücksichtnahme geprägte, quasivertragliche Beziehung zur Verfolgung eines übergeordneten Zwecks zu treten. Hier nun spielt es in der Tat eine Rolle, dass der Sinn der Erbengemeinschaft an sich die Auflösung ist und sie insofern als sterbende Gemeinschaft bezeichnet werden kann. Das Recht hat sich daher, was die Pflichtenbindung der Erben untereinander angeht, zurückzuhalten. Die Nichtausschlagung kann deshalb kein hinreichender Träger für erbrechtliche Treuepflichten zwischen den Miterben sein. Auch die stillschweigende Weigerung der Miterben zur Auseinandersetzung und eine entsprechend dauerverwaltende Fortführung der Erbengemeinschaft liefert keinen Anhaltspunkt für das Entstehen von Treuepflichten.<sup>392</sup> Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

#### *b) Aus der Sicherungs- und Allokationseigenschaft der Gesamthand*

##### *aa) Ansatz*

Andererseits wird aus der Dynamisierung der Nachlassverwaltung im Rahmen der §§ 2038 ff. BGB abgeleitet, dass die Erbengemeinschaft keine sterbende Gemeinschaft sei und sich aus der Zugehörigkeit daher wechselseitige Treuepflichten ergäben, die über die in § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB normierten Handlungs- oder Duldungspflichten hinausgingen. Das Innenverhältnis der Erbengemeinschaft würde so dem der Gesellschaft angenähert.<sup>393</sup>

##### *bb) Stellungnahme*

Der Ansatz stößt auf das gleiche Problem wie die Frage nach der Anwendbarkeit des § 241 Abs. 2 BGB. Entscheidend für die Pflichten der Mitglieder im Schuldverhältnis ist zwar, wie zutreffend bemerkt wird, nicht der Entstehungsgrund, sondern der Verbindungszweck.<sup>394</sup> Es existiert jedoch gerade kein Schuldverhältnis im weiteren Sinne, innerhalb dessen sich am Verbindungszweck orientierte (Treue-)Pflichten überhaupt bilden

---

<sup>392</sup> A. A. Lutter, AcP 180 (1980), 84, 145 f.

<sup>393</sup> Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 126 f.

<sup>394</sup> Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 127.

könnten.<sup>395</sup> Die Erbengemeinschaft ist kein Schuldverhältnis ohne Zweck, sondern genau umgekehrt eine bloß faktische Gemeinschaft mit dem Zweck der Erhaltung des Werts der Nachlassmasse. Für eine Treuepflicht braucht es aber kumulativ das Schuldverhältnis und den übergeordneten Verbindungszweck. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

### *c) Zusammenfassung*

Es besteht keine allgemein bürgerlich-rechtliche Treuepflicht zwischen den Miterben.<sup>396</sup>

### *IV. Verschuldensmaßstab*

Im Rahmen der Nachlassverwaltung und der Pflicht zur Mitwirkung gilt für die Miterben untereinander in Ermangelung einer erbrechtlichen Sonderregelung der allgemeine Verschuldensmaßstab von Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>397</sup> Da die Erbengemeinschaft nicht nur keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts darstellt, sondern im Gegenteil als objektbezogene Zwangs-<sup>398</sup> beziehungsweise Zufallsgemeinschaft<sup>399</sup> (*communio incidens*)<sup>400</sup> einzuordnen ist, lässt sich der privilegierte Verschuldensmaßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gemäß §§ 708, 277 BGB nicht analog auf das Verhalten zwischen den Miterben im Rahmen

---

<sup>395</sup> Siehe oben Kap. 3 Fn. 369.

<sup>396</sup> So i. E. auch *Frieser/Pothast*, ErbR 2020, 2; *Goldstein*, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 53; *A. Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 14; *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 200; *Wolf*, AcP 181 (1981), 480, 511.

<sup>397</sup> *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 47.

<sup>398</sup> *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, § 11 II. 1. (S. 475 Rn. 719); *Eberl-Borges*, Die Erbausinandersetzung, 2000, S. 40; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 42 I. 5. a) (S. 1086); *K. W. Lange*, GmbHR 2014, 281, 282; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 145; *Reuter*, ZGR 1978, 633, 636; *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 26.

<sup>399</sup> BFH, Urteil vom 20.12.1972 – II R 84/67, BFHE 108, 268, 270; *Goldstein*, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 53; *Gottwald*, ErbR 2007, 11; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 55 Rn. 1a (S. 546); *Muscheler*, ZEV 1997, 169.

<sup>400</sup> *V. Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 1 (S. 799 f.).

der Nachlassverwaltung anwenden. Dies dürfte auch für den Fall der dauerverwaltenden Erbengemeinschaft gelten.<sup>401</sup> Denn die Nichtauseinandersetzung kann – wie auch die Nichtausschlagung der Erbschaft<sup>402</sup> – wohl nicht als privatautonomer Zustimmungsakts zu einem gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnis bewertet werden, welches § 708 BGB seinerseits in wertungsorientierter Hinsicht voraussetzt.

#### V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Ein Zugeständnis von Rechtsfähigkeit würde nichts über die Frage aussagen, wie sich die innere Willensbildung der Erbengemeinschaft zusammensetzt und hätte hierfür somit keine Konsequenzen. Die Debatte um die Frage, ob die Erbengemeinschaft ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne darstellt, müsste allerdings wohl neu gestellt werden, wenn man unterstellt, dass nun ein eigenes Rechtssubjekt Erbengemeinschaft existiert, zu dem die einzelnen Miterben in organschaftliche Beziehung treten.

## D. Sekundäre Aspekte der Beschlussfassung

Neben den inhaltlichen Grenzen des Mehrheitsbeschlusses besteht die Frage, ob im Rahmen der erbengemeinschaftlichen Willensbildung sekundäre Kriterien zu berücksichtigen sind.

### I. Wechselseitige Auskunftsrechte zwischen den Miterben

So ist erstens umstritten, ob zwischen den Miterben wechselseitige Auskunftsrechte voraussetzungslos anzuerkennen seien<sup>403</sup>, unter bestimmten

---

<sup>401</sup> *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 361; vgl. zur Bruchteilsgemeinschaft BGH, Urteil vom 26.03.1974 – VI ZR 103/72, BGHZ 62, 243, 245 f.; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 708 BGB (Stand: 15.05.2019) Rn. 24; implizit auch *T. Schöne*, in: BeckOK BGB, § 708 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 6; a. A. *Seemüller*, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, 1976, S. 70 ff.

<sup>402</sup> Siehe dazu soeben Kap. 3 C. III. 2. a) bb).

<sup>403</sup> OLG Braunschweig, Urteil vom 19.05.1914 – 2. ZS, OLGRspr 30, 176 f.; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 41 ff., 81; *Bartholomeyczik*, Erbrecht, 1971, § 38 II 6 (S. 242); *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 V. b) 3. (S. 1013); *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 49 f.; *P. Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 105 f.; v. *Lübtow*, Erbrecht II, 1971,

Bedingungen zugelassen werden sollten<sup>404</sup>, oder vom Gesetz nicht vorgesehen seien<sup>405</sup>. Diese Frage könnte insbesondere dann an Relevanz gewinnen, wenn innerhalb der Erbengemeinschaft Informationsasymmetrien in Bezug auf die Nachlassgegenstände und ihre Verwaltung (d. h. hier den ererbten Kapitalgesellschaftsanteil und gegebenenfalls die für die Kapitalgesellschaft relevanten Umstände) bestehen. Sie berührt jedoch nicht mehr die Dogmatik der Rechtsausübung, sondern die ihr vorgelagerten, allgemeinen Umstände. Mithin würde ihre Beantwortung wohl eine allgemeine Einordnung der Erbengemeinschaft in das innere Rechtssystem<sup>406</sup> der geschäftsführenden Kollektive und der Prinzipien von Auskunftsrechten als solchen nötig machen. Dies fällt zweckmäßigerweise nicht mehr in den Bereich des Untersuchungsgegenstands.

---

Hauptteil 5 Kap. 4 § 4 B. XI. (S. 809 f.); *M. Schöne*, Auskunftsansprüche im Erbrecht, 1983, S. 101 f.; *Seemüller*, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, 1976, S. 64 f.; *Speckmann*, NJW 1973, 1869 f.; auch *Kregel*, in: RGRK BGB, § 2038 BGB Rn. 4, der explizit eine wechselseitige Auskunftspflicht aus den §§ 681, 666 BGB ableitet; für den Fall der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft auch *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 267; uneindeutig *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 194.

<sup>404</sup> OLG Karlsruhe vom 13.10.1971 – 5 U 181/70, MDR 1972, 424 f.; *W. Bayer*, in: Erman, § 2038 BGB Rn. 10; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 10 (S. 305); *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 127 Fn. 29; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 II. 7. c) (S. 1118 f.); *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 23; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 34.7; *Sarres*, ZEV 2001, 225, 227.

<sup>405</sup> RG, Urteil vom 28.11.1912 – Rep. IV. 265/12, RGZ 81, 30, 34; BGH, Urteil vom 27.06.1973 – IV ZR 50/72, BGHZ 61, 180, 182; BGH, Urteil vom 07.12.1988 – IV a ZR 290/87, NJW-RR 1989, 450; OLG München, Urteil vom 28.01.2009 – 20 U 4451/08, ZEV 2010, 193; *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, § 11 III. 1. d) (S. 495 f. Rn. 761); *Flechtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2038 BGB Rn. 31; *Kregel*, in: RGRK BGB, § 2038 BGB Rn. 13; *Sarres*, ZEV 1996, 300 f.; *Wassermann*, JR 1990, 17, 19 f.; *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 14; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 24; *Zimmer*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 2038 BGB Rn. 25.

<sup>406</sup> Zum Begriff *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 40 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 474 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 247 ff.

## II. Das Beschluss(mängel)recht der Erbengemeinschaft

Zweitens ist fraglich, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen einzelne Miterben einen Verwaltungsbeschluss angreifen können. Neben den oben erörterten, inhaltlichen Kriterien des § 2038 BGB liegt der wohl zentrale sekundäre Aspekt im wechselseitigen Recht des einzelnen Miterben auf Anhörung. Dass dieses als solches besteht, ist heute allgemein anerkannt.<sup>407</sup> Umstritten ist, welche Konsequenzen eine Missachtung dieses Rechts mit sich zieht. Das Bürgerliche Gesetzbuch ordnet an keiner Stelle ein formales Beschlussverfahren für die Erbengemeinschaft an. Die Stimmabgabe kann grundsätzlich jederzeit und in beliebiger Form erfolgen.<sup>408</sup> Die Rechtsprechung und weite Teile der Lehre orientieren sich am reduktionistischen Charakter der erbengemeinschaftsrechtlichen Vorschriften und beschränken die Rechtsfolgen etwaiger Verstöße wie der Nichtanhörung der Erbenminderheit auf das Innenverhältnis. Ein Verstoß führe gegebenenfalls zu Schadensersatzansprüchen der übergangenen Erbenminderheit gegen die Erbenmehrheit, er lasse den Erbenmehrheitsbeschluss jedoch aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht unwirksam werden.<sup>409</sup> Speziell in Bezug auf Kapitalgesellschaftsanteile wird angeführt, dass ein minderheitsschützendes Beschlussrecht bei der einen GmbH-Geschäftsanteil verwaltenden Erbengemeinschaft zu erheblicher Rechtsunsicherheit für die Gesellschaft führe. Es könne ihr im Lichte des § 18 Abs. 1 GmbHG nicht zugemutet werden, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Minderheitserben im Rahmen der Beschlussfassung angehört wurden.<sup>410</sup> Diese Position ist auf Kritik gestoßen.<sup>411</sup> Ein Anhörungserfordernis, das nicht auch im Außenverhältnis

---

<sup>407</sup> *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 40; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 85.

<sup>408</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 82; *Flechtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2038 BGB Rn. 22; *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 173.

<sup>409</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 55 f.; BGH, Urteil vom 19.09.2012 – XII ZR 151/10, NJW 2013, 166, 167; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 40; *Presser*, JW 1933, 145; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 II. 2. d) (S. 1111); *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 149 f.; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 16.

<sup>410</sup> *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 161 f.

<sup>411</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 87; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 506; *Kunte*, Die Erbengemeinschaft mit Instandsetzungsbedürftigem Nachlass,

zur Unwirksamkeit der Erbenbeschlüsse führe, sei zahnlos und benachteilige die Erbenminderheit in unverhältnismäßiger Weise. Rechtswidrige Beschlüsse seien kraft Gesetzes nichtig;<sup>412</sup> entsprechend genüge die bloße Feststellungsklage nach § 256 ZPO zur Geltendmachung.<sup>413</sup> Den Bedenken im Hinblick auf Dritte sei insofern zu begegnen, als der Verkehrsschutz nicht verabsolutiert werden dürfe. Denn ganz allgemein sind aus Sicht des Rechtsverkehrs formelle und materielle Beschlussmängel auch im parallel gelagerten Gesellschaftsrecht gleichermaßen unerkennbar. Das ändere nichts daran, dass materielle Beschlussmängel zur Beschlussnichtigkeit führten.<sup>414</sup> Die Regeln zur Rechtsscheinvollmacht trügen hinreichend zur Rechtssicherheit der Kapitalgesellschaft bei. Der durch die übergangene Minderheit erlittene Rechtsnachteil sei mithin nicht hinreichend durch Schadensersatzansprüche kompensierbar.<sup>415</sup>

Aus § 18 Abs. 1 GmbHG lässt sich kein eigenes Argument zur Frage ableiten, da das Risiko von Beschlüssen im willensbildenden Kollektiv des Kapitalgesellschafters bei der Erbengemeinschaft genauso wie bei einer Gesellschafter-Gesellschaft vorliegt. Dies ist vielmehr ein allgemeines Problem des Gesellschaftsrechts, das nicht speziell im Recht der Erbengemeinschaft wurzelt. Die allgemein-erbrechtliche Frage nach der Angreifbarkeit von Erbenbeschlüssen lässt sich im Übrigen nicht isoliert beantworten. Denn die Erbenmehrheit kann sich, wenn man der Linie der Rechtsprechung folgt, wohl auch dazu entscheiden, von vornherein erst gar keine Miterbenversammlung abzuhalten, sondern direkt für sich im Rahmen der oben erörterten inhaltlichen Grenzen der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB über die Sachfrage zu entscheiden, ohne dass dies die Entscheidung

---

2017, S. 65 f.; *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 173 f.; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 243; *Werkmüller*, ZEV 1999, 218, 219 f.; krit. auch *Leipold*, ZEV 2013, 82, 83.

<sup>412</sup> Vgl. auch die Auffassung von *G. Hueck*, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, 1958, S. 320, demzufolge für jedes Gemeinschaftsverhältnis ein allgemein privatrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz gelte, woraus sich ergebe, dass entsprechende Beschlüsse gegen die Minderheit unwirksam seien; a. A. *K. Schmidt*, in: *MünchKomm. BGB*, § 741 BGB Rn. 36; vgl. auch *Leuschner*, in: *MünchKomm. BGB*, § 38 BGB Rn. 20.

<sup>413</sup> *Rißmann/Szalai*, in: *BeckOGK BGB*, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 33.1 f.

<sup>414</sup> *Ann*, *Die Erbengemeinschaft*, 2001, S. 86.

<sup>415</sup> *Ann*, *Die Erbengemeinschaft*, 2001, S. 87; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 243.

unwirksam werden ließe. Prozedurale Beschlussmängel wie das Fehlen einer Anhörung der Erbenminderheit stünden dann gar nicht erst zur Debatte; die Erbenmehrheit könnte gewissermaßen durchregieren, insbesondere wenn es nur einen Mehrheitserben gibt oder eine Mehrheitserbengruppe innerhalb der Gemeinschaft ihre Interessen so eng miteinander verknüpft hat, dass sie unter sich bleibt. Es ist damit ganz allgemein zu fragen, welche Partizipationsmindestgrenze formal einzuhalten ist.<sup>416</sup> Die Beantwortung dieser abstrakt allgemeinen Frage, die nicht unmittelbar mit dem mitgliederschaflich kapitalgesellschaftsrechtlichen Rechtsausübungsprozess als solchem zu tun hat und die möglicherweise einen allgemein systematischen Vergleich zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>417</sup> nötig macht, fällt indes zweckmäßigerweise ebenfalls nicht mehr in den Bereich des Untersuchungsgegenstands.

### E. Die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB

Daneben ist noch der Fall denkbar, in dem eine Verwaltungsmaßnahme bezüglich des Gesellschaftsanteils eine Variante der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB darstellt. Die Einzelverwaltung stellt ein Recht des Miterben dar, das sich gegen den materiellen Grundsatz der Mehrheitskompetenz richtet. Grundsätzlich ist diese mit Rücksicht auf

---

<sup>416</sup> Vgl. die Differenzierung bzgl. der erbengemeinschaftlichen Beschlussfassung innerhalb und außerhalb von Erbenversammlungen bei *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 82 ff.

<sup>417</sup> Wie auch die §§ 2032 ff. BGB enthalten die §§ 705 ff. BGB keine Vorgaben zu einer Gemeinschafts- bzw. Gesellschafterversammlung. Die Vorschrift des § 32 BGB wird nicht entsprechend angewandt. Eine Gesellschafterversammlung als Organ kann überhaupt nur durch den Gesellschaftsvertrag selbst errichtet werden, siehe *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 266 und § 709 BGB Rn. 71; die §§ 714a ff. BGB-E des Mauracher Entwurfs vom April 2020 enthielten zwar Bestrebungen zur Schaffung eines an die Grundsätze des Kapitalgesellschaftsrechts angelehnten Beschlussmängelrechts für die GbR, siehe BMJ, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), 2020, S. 8 f.; diese scheinen in den durch das MoPeG neu verabschiedeten und am 1. Januar 2024 in Kraft tretenden Vorschriften zur GbR und die Spezialregelung der §§ 109 ff. HGB-E jedoch zwischenzeitlich wieder aufgegeben worden zu sein, siehe BGBl. 2021 I, S. 3436, 3440, 3459 f.

§ 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB für die Verwaltung zuständig. Die Einzelverwaltung stellt damit in abstrakter Form eine Geschäftsführung ohne Auftrag dar.<sup>418</sup> Zu ihr können alle tatsächlichen und rechtlichen Vorkehrungen gehören, also auch Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte.<sup>419</sup>

### *1. Zur Erhaltung notwendige Maßregel*

Die Maßregel muss notwendig sein, wobei hierfür von vornherein nur solche Maßnahmen in Frage kommen, die auch ordnungsmäßig sind.<sup>420</sup> Die Notwendigkeit ist bei solchen Maßregeln gegeben, ohne deren Vornahme der Nachlass insgesamt oder einzelne Nachlasswerte Schaden erleiden<sup>421</sup> beziehungsweise ein solcher Schaden ernstlich droht<sup>422</sup>. Die Einschätzung richtet sich nach dem Standpunkt eines wirtschaftlich und vernünftig denkenden Beurteilers zum Zeitpunkt der Vornahme der Maßnahme.<sup>423</sup> Diese Einordnungen treffen allerdings noch keine klare Aussage darüber, ob sich die Schadensprognose auf den Gesamtnachlass als Wertsumme oder auf die Integrität einzelner Nachlassgegenstände beziehen muss. Vereinzelt findet sich die Erklärung, dass zwar beide Perspektiven zu berücksichtigen seien, es jedoch letztlich darauf ankomme, ob die Noterhaltung des einzelnen Nachlassgegenstands in Bezug auf den gesamten Nachlass eine ordnungsmäßige Verwaltung darstelle. Dabei sei insbesondere die

---

<sup>418</sup> Bertzel, AcP 158 (1959/1960), 107, 119 ff.

<sup>419</sup> Ann, ZEV 2010, 39, 40; Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 57; Löhnig, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 27; Wolf, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 12; a. A. seinerzeit noch OLG Neustadt, Urteil vom 26.02.1962 – 3 W 5/62, MDR 1962, 574.

<sup>420</sup> BGH, Urteil vom 08.05.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76, 81; Ann, Die Erben-gemeinschaft, 2001, S. 34; Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 58; Heinrich Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, § 43 II. 4. b) (S. 1113); K. W. Lange, Erb-recht, 2022, § 57 Rn. 63 (S. 571).

<sup>421</sup> Lohmann, in: BeckOK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 10; Löhnig, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 28.

<sup>422</sup> Frieser/Potthast, ErbR 2020, 2, 4; Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 58.

<sup>423</sup> BGH, Urteil vom 08.05.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76, 81; Ann, Die Erben-gemeinschaft, 2001, S. 34; Lassen, Die Nachlassverwaltung in der Erben-gemeinschaft, 2020, S. 38; Wernecke, AcP 193 (1993), 240, 245; Wolf, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 13.

Leistungsfähigkeit des Nachlasses zu berücksichtigen.<sup>424</sup> Letztlich ergibt sich damit das Problem, ob die Bedrohung des Nachlasses schwerpunktmäßig wirtschaftlich (analog zu § 745 Abs. 1 S. 1 BGB) oder gestalttechnisch (analog zu § 745 Abs. 3 S. 1 BGB) gedacht werden muss. Richtigerweise sind die oben erarbeiteten Auslegungsgrundsätze zu § 745 BGB entsprechend heranzuziehen, sodass beide Faktoren zu berücksichtigen sind. Notwendig ist demnach eine Maßregel, wenn der Gesamtnachlass ohne sie einen Wertverlust erleidet<sup>425</sup> (was bereits bei der wirtschaftlichen Gefährdung einzelner Nachlassgegenstände ohne hinreichende Kompensation der Fall ist) oder wenn er wesentlich verändert wird.

## II. Kein vorrangiger Mehrheitsbeschluss der Erbengemeinschaft

Es existiert nur dann Raum für die Einzelverwaltung, wenn bezüglich der fraglichen Maßregel kein wirksamer Mehrheitsbeschluss der Erbengemeinschaft gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB besteht.<sup>426</sup>

## III. Dringlichkeit

Über den Wortlaut der Vorschrift hinaus muss die jeweilige Maßnahme so dringlich sein, dass die Zustimmung der anderen Miterben (bis hin zum Erreichen einer Erbenmehrheit) im Rahmen des regulär kollektiven Willensbildungsprozesses nicht mehr eingeholt werden kann.<sup>427</sup> Dies ist nur dann

---

<sup>424</sup> *Wernecke*, AcP 193 (1993), 240, 244 f.; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 13.

<sup>425</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 34.

<sup>426</sup> *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 43 II. 4. b) (S. 1113); *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 31; *Presser*, JW 1933, 145, 146; *Wernecke*, AcP 193 (1993), 240, 245.

<sup>427</sup> BGH, Urteil vom 06.10.2004 – XII ZR 323/01, ZEV 2005, 63 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 13.11.1984 – 14 W 200/84, OLGZ 1985, 226, 227; OLG Nürnberg, Urteil vom 16.07.2014 – 12 U 2267/12, ZIP 2014, 2081, 2084; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 34; *W. Bayer*, in: Erman, § 2038 BGB Rn. 6; *Flechtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2038 BGB Rn. 34; *Hoeren*, in: Schulze et al., § 2038 BGB Rn. 6; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 57 Rn. 63 (S. 571); *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 119; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 216; *Stürner*, in: Jauernig, § 2038 BGB Rn. 6; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 13; *Zimmer*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 2038 BGB Rn. 12; a. A. *Löhnig*, JA 2007, 262; *ders.*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 30, demzufolge es

nicht erforderlich, wenn es sich um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handelt, die den Nachlasswert nur unwesentlich tangieren.<sup>428</sup> Es ist demnach eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, in deren Kontext der Umfang der Maßnahme und das wirtschaftliche Interesse der Miterben berücksichtigt werden müssen.

#### *IV. Haftung bei Nichtvornahme einer Einzelverwaltungsmaßnahme*

Die Rechtsprechung und Teile der Literatur vertreten die Auffassung, dass der Miterbe, der in der Lage sei, eine unaufschiebbare Notverwaltungsmaßnahme vorzunehmen, bei Vorliegen der Notverwaltungsvoraussetzungen zur Vornahme nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sei. Bei Nichterfüllung hafte der Miterbe den übrigen Erben auf Schadensersatz.<sup>429</sup> Diese Pflicht ergebe sich aus der Erbengemeinschaft als gesetzlichem Schuldverhältnis. Sie verpflichte den Miterben sogar zum Einsatz eigener Mittel, solange die Aufwendungen zumutbar seien.<sup>430</sup> Vereinzelt wird die Pflicht zur Notgeschäftsführung unter die Bedingung gestellt, dass der betroffene Miterbe als einziger vom Erbfall Kenntnis hat.<sup>431</sup> Andere möchten dem Miterben bei Notverwaltungsmaßnahmen mit unternehmerischem Bezug einen Einschätzungsspielraum zugestehen, wenn die Kriterien der Business Judgment Rule dies indizierten.<sup>432</sup>

---

der einzelne Miterbe nicht hinnehmen müsse, dass sein Anteil am Gesamthandvermögen aus „Unkenntnis, mangelndem Urteilsvermögen, Kurzsichtigkeit, Geiz oder Desinteresse des anderen Miterben“ entwertet werde, zumal bei anderen Fällen der Notgeschäftsführungsbefugnis wie etwa bei § 744 BGB und § 994 BGB keine Dringlichkeit gefordert werde.

<sup>428</sup> BGH, Urteil vom 08.05.1952 – IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76, 83; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 58; *Kunte*, Die Erbengemeinschaft mit instandsetzungsbedürftigem Nachlass, 2017, S. 55; *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 40.

<sup>429</sup> BGH, Urteil vom 23.09.1953 – VI ZR 313/52, JZ 1953, 706; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 67 ff.

<sup>430</sup> *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 68 ff.; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 30 Rn. 9 (S. 305); *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 57; *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 150.

<sup>431</sup> *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 11.

<sup>432</sup> *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 61.

Das Ergebnis einer Haftung überzeugt, die Begründung erscheint zweifelhaft. Die Erbengemeinschaft selbst ist aufgrund ihrer in tatsächlichen Gründen liegenden Zwangsnatur kein gesetzliches Schuldverhältnis im weiteren Sinne.<sup>433</sup> Vielmehr ergeben sich einzelne gesetzliche Schuldverhältnisse erst aus den individuellen Regelungen zur Erbengemeinschaft.<sup>434</sup> Das gesetzliche Schuldverhältnis im engeren Sinne zur Förderung der Nachlassverwaltung ergibt sich nicht abstrakt aus den §§ 2032 ff. BGB, sondern einzig und allein aus der Mitwirkungspflicht in § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB. Diese Vorschrift findet zwar prinzipiell nur auf die Fälle der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB Anwendung. Im Wege eines Erst-recht-Schlusses ist die Rechtswirkung jedoch auch auf die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB zu erstrecken. Denn wenn der einzelne Miterbe schon kraft Gesetzes dazu verpflichtet ist, den Beschlüssen zuzustimmen und an den Maßnahmen mitzuwirken, die zur Mehrheitsverwaltung erforderlich sind, dann muss er bei verständiger Berücksichtigung der einschlägigen Wertung erst recht zu solchen Maßnahmen mitwirken, die erstens der Mehrheitsverwaltung unterfallen und dabei zweitens zum Schutze des Nachlasses dringend erforderlich sind. Das leuchtet auch deshalb ein, weil der Begriff der Mitwirkung nicht zwingend auf den Beschluss im personalen Zusammenwirken mit den anderen Miterben, sondern mitunter auch objektbezogen auf den Nachlass zu interpretieren ist.

#### *V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit*

Begreift man die Erbengemeinschaft als rechtsfähig, so wären die Voraussetzungen der Einzelverwaltung nach §§ 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB nicht betroffen. Die Auslegung der relevanten Rechtsbegriffe würde sich wie auch bei der Mehrheitsverwaltung nicht verändern.

---

<sup>433</sup> Die BGH-Entscheidung, auf welche diese Ansicht maßgeblich zurückzugehen scheint, verwendet diesen Begriff übrigens auch an keiner Stelle, siehe BGH, Urteil vom 23.09.1953 – VI ZR 313/52, JZ 1953, 706.

<sup>434</sup> Siehe oben Kap. 3 C. II.

## F. Abstufung der Entscheidungsfreiheit

Stuft man die Verwaltung des Gesellschaftsanteils nach dem Grad an Entscheidungsfreiheit des einzelnen Miterben ab, so kommt man zu folgender Einteilung: Bei Maßnahmen der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB kann jeder Miterbe frei so entscheiden wie er es möchte. Bei Maßnahmen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB gilt dies grundsätzlich ebenfalls. Erfüllt in der konkreten Situation nur eine einzelne Maßnahme die Kriterien der Mehrheitsverwaltung, so ist jeder Miterbe gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB zur zustimmenden Stimmabgabe beziehungsweise Handlung gezwungen. Erfüllen mehrere denkbare Handlungsoptionen, die auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt gerichtet sind, die Kriterien der Mehrheitsverwaltung und kommt innerhalb des den Erben zustehenden Ermessens überhaupt kein Mehrheitsbeschluss zustande, so kann jeder Miterbe gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 2 BGB eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung verlangen. Bei Maßnahmen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB ist der einzelne Miterbe schließlich sowohl berechtigt wie auch verpflichtet, einen fiktiven Beschluss zur Rechtsausübung eigenmächtig nach außen für die Erbengemeinschaft zu vollziehen.

Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht.

