

## **Testamentsvollstreckung an GmbH-Geschäftsanteil**

### **Leitsatz:**

**Zur Befugnis des Testamentsvollstreckers, die Gesellschafterrechte bzgl. eines zum Nachlass gehörenden GmbH-Anteils wahrzunehmen und auszuüben.**

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 16.09.2008, 5 U 187/07

von **Dr. Nina Leonard**, RA'in und FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht, v. Boetticher Hasse Lohmann, München

### **A. Problemstellung**

Testamentsvollstreckungen an Gesellschaftsanteilen werfen in der Praxis regelmäßig vielfältige Probleme auf, etwa hinsichtlich Umfang der Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers sowie Beschränkungen erbrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Art bei deren Ausübung. Das OLG Frankfurt befasst sich in dem vorliegenden Urteil mit etwaigen Beschränkungen der Verwaltungsbefugnisse eines Testamentsvollstreckers durch Gesellschaftsvertrag einer GmbH. Das Gericht stellt u.a. klar, dass selbst durch eine längere Übung der Gesellschafter der Gesellschaftsvertrag nicht (stillschweigend) geändert werden kann.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Das OLG Frankfurt hatte über eine Berufung zu entscheiden. Die Berufung richtete sich gegen ein Feststellungsurteil, durch das ein einstweiliges Verfügungsverfahren, das von einem Testamentsvollstreckter eingeleitet und im Weiteren von ihm einseitig für erledigt erklärt worden war, als erledigt erklärt wurde.

Der Testamentsvollstrecker hatte zunächst eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch die Gesellschaftern einer GmbH die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung untersagt worden war. Zu der Gesellschafterversammlung hatte ein Gesellschafter eingeladen und sich insoweit auf sein Recht, unter bestimmten – hier angeblich vorliegenden – Voraussetzungen anstelle des Geschäftsführers eine Gesellschafterversammlung einzuladen (vgl. § 50 Abs. 3 GmbHG), berufen. Der Testamentsvollstrecker war der Auffassung, dass ein solches Recht nicht bestand, und erwirkte die einstweilige Verfügung. Gegen die einstweilige Verfügung legten die Gesellschafter Widerspruch ein. Sie machten u.a. geltend, dass dem Testamentsvollstrecker schon kein Verfügungsanspruch zustehe, weil er weder ein Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen noch ein Stimmrecht aus dem von ihm verwalteten Geschäftsanteil habe. Sie beriefen sich insoweit auf § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags, wonach jeder Gesellschafter (nur) das Recht hat, sich durch „einen anderen, mit schriftlicher Vollmacht versehenen Gesellschafter vertreten zu lassen“. Durch diese Bestimmung sei der Testamentsvollstrecker, der nicht Gesellschafter ist, von einer Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und einer Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen. Der Testamentsvollstrecker machte indes geltend, dass er in der Vergangenheit bereits wiederholt an Gesellschafterversammlungen teilgenommen und das Stimmrecht aus dem von ihm verwalteten Geschäftsanteil ausgeübt habe, und zwar in Anwesenheit der Gesellschafter und mit deren Billigung.

Nachdem der Termin für die durch einstweilige Verfügung untersagte Gesellschafterversammlung verstrichen war, erklärte der Testamentsvollstrecker den Rechtsstreit für erledigt. Die betroffenen Gesellschafter schlossen sich der Erledigungserklärung nicht an. Das LG Frankfurt stellte daraufhin durch Urteil fest, dass die Hauptsache erledigt ist. Es ließ dabei offen, ob durch die Vertretungsregelung in § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags seine Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und sein Stimmrecht grundsätzlich ausgeschlossen wären, wenn es keine anderweitige Praxis gegeben hätte. Jedenfalls hätten die Gesellschafter in der Vergangenheit zu erkennen gegeben, dass ein Testamentsvollstrecker durch den Gesellschaftsvertrag nicht an der Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und der Ausübung des Stimmrechts aus dem von

ihm verwalteten Geschäftsanteil gehindert sein soll; § 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags sei insoweit „anders zu verstehen“. Da zu der untersagten Gesellschafterversammlung zudem eine Person eingeladen habe, die hierzu nicht berechtigt war, sei die einstweilige Verfügung zu Recht erlassen worden. Durch Verstreichen des Termins für die Gesellschafterversammlung habe sich die Hauptsache erledigt. Dieses Urteil griffen die Verfügungsbeklagten mit der Berufung an.

Das OLG Frankfurt als Berufungsinstanz gelangt zu dem Ergebnis, dass die Berufung zulässig und begründet ist, da sich die Hauptsache nicht erledigt hat. Es fehle nämlich an einem nach Rechtshängigkeit eingetretenen Ereignis, weil die von dem Testamentsvollstrecker beantragte einstweilige Verfügung wegen fehlender Prozessführungsbefugnis gemäß § 51 ZPO von Anfang an unzulässig gewesen sei. Der Testamentsvollstrecker sei nicht prozessführungsbefugt gewesen, weil gesellschaftsvertraglich die Ausübung von Verwaltungsrechten durch den Testamentsvollstrecker, insbesondere dessen Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und die Ausübung des Stimmrechts, wirksam ausgeschlossen worden sei. Dies habe zur Folge, dass diese Rechte nicht von dem Testamentsvollstrecker, sondern nur von den Erben gerichtlich geltend gemacht werden könnten.

Das OLG Frankfurt wendet sich insbesondere gegen die Auffassung der Vorinstanz, dass angesichts der Übung der Gesellschafter, Testamentsvollstreckern für den von ihnen verwalteten Geschäftsanteil ein Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und zur Ausübung des Stimmrechts aus dem von dem Testamentsvollstrecker verwalteten Geschäftsanteil zuzubilligen, auch im vorliegenden Fall dem Testamentsvollstrecker entsprechende Rechte – und damit Prozessführungsbefugnis – zustünden. Diese Übung hatte nach Auffassung der Vorinstanz dazu geführt, dass die entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag „anders zu verstehen“ sei. Das OLG Frankfurt führt insoweit aus, dass im Gegensatz zu der Rechtslage bei einer Kommanditgesellschaft oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) es für die GmbH ausdrückliche Regelungen (§§ 53, 54 GmbHG) gibt, die stillschweigende Änderungen des Gesellschaftsvertrags unter Verstoß gegen die formalen Regeln des GmbH-Gesetzes ausschließen.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil des OLG Frankfurt steht im Kontext verschiedener höchstrichterlicher Entscheidungen, die sich mit der Testamentsvollstreckung an Geschäftsanteilen einer GmbH auseinandersetzen. Es ist allgemein anerkannt, dass Testamentsvollstreckung an einem Geschäftsanteil einer GmbH zulässig ist (BGH, Ur. v. 10.06.1959 - V ZR 25/58 - NJW 1959, 1820; Winter/Löbke in: Großkommentar GmbHG, Bd. 1., 2005, § 15 Rn. 29, m.w.N.). Bei Testamentsvollstreckung an einem Geschäftsanteil einer GmbH stellt sich – anders als bei der Testamentsvollstreckung an Einzelunternehmen oder Personengesellschaftsbeteiligungen – insbesondere nicht die Frage, wer unbeschränkt handeln soll, nämlich entweder der Testamentsvollstrecker oder der Erbe (vgl. zu den insoweit erörterten Modellen der Treuhandlösung bzw. der Vollmachtlösung nur Scherer in: Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005, § 9 Rn. 46 ff.).

Der Testamentsvollstrecker verwaltet grundsätzlich aus eigenem Recht unter Ausschluss der Erben den Geschäftsanteil einer GmbH und übt alle aus dem Geschäftsanteil fließenden Verwaltungs- und Vermögensrechte aus (ausführlich dazu Mayer, ZEV 2002, 209). Davon sind lediglich höchstpersönliche Rechte des Erben als Gesellschafter ausgenommen. Der Testamentsvollstrecker kann an Gesellschafterbeschlüssen mitwirken und, soweit seine Verwaltungsbefugnis reicht, Gesellschafterbeschlüsse anfechten (BGH, Ur. v. 12.06.1989 - II ZR 246/88 - BGHZ 108, 21). Grenzen sind einer Mitwirkung des Testamentsvollstreckers allenfalls insoweit gesetzt, als es um Änderungen des Gesellschaftsvertrags geht, durch die der Kernbereich der Rechte des Erben betroffen ist (vgl. Winter/Löbke in: Großkommentar GmbHG, Bd. 1., § 15 Rn. 32, m.w.N.).

Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Verwaltung eines Gesellschaftsanteils durch Außenstehende und damit auch durch einen Testamentsvollstrecker allerdings eingeschränkt oder gänzlich untersagt werden (so bereits BGH, Ur. v. 10.06.1959 - V ZR 25/58 - NJW 1959, 1820; vgl. auch Winter/Löbke in: Großkommentar GmbHG, Bd. 1., § 15 Rn. 30, m.w.N.). Vor diesem Hintergrund müssen gesellschaftsvertragliche Regelungen gegebenenfalls ausgelegt werden, um im Einzelfall entscheiden zu können, ob die Ver-

waltungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist.

Soweit der Testamentsvollstrecker von der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ausgeschlossen ist, stehen diese Rechte grundsätzlich dem oder den Erben zu (Winter/Löbke in: Großkommentar GmbHG, Bd. 1., § 15 Rn. 30; Mayer, ZEV 2002, 209, 213, m.w.N.). Insoweit entfällt die Prozessführungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (BGH, Ur. v. 12.06.1989 - II ZR 246/88 - BGHZ 108, 21). Nach § 2212 BGB kann nämlich nur ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht von diesem gerichtlich geltend gemacht werden.

Schränkt der Gesellschaftsvertrag die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers zwar ein, wurde aber im Einzelfall von der gesellschaftsvertraglichen Regelung durch eine längere gegenteilige Übung der Gesellschafter abgewichen, ist fraglich, ob eine (stillschweigende) Änderung des Gesellschaftsvertrags begründet wurde. Dies hängt maßgeblich davon ab, welche Gesellschaftsform zugrunde liegt.

Geboten ist angesichts der unterschiedlichen formellen Anforderungen an eine Änderung des Gesellschaftsvertrags eine Unterscheidung zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften:

- Bei Personengesellschaften (insbesondere einer Kommanditgesellschaft oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts) ist eine stillschweigende Änderung des Gesellschaftsvertrags möglich (vgl. BGH, Ur. v. 17.01.1966 - II ZR 8/64; BGH, Ur. v. 29.03.1996 - II ZR 263/94 - NJW 1996, 1678, 1680; BFH, Ur. v. 06.06.2002 - VI R 178/97 - BFHE 199, 524; Schmidt in: MünchKomm zum HGB, Bd. 2, 2006, § 105 Rn. 163). So schließt die Rechtsprechung in derartigen Fällen aus einer andauernden, vom Vertragswortlaut abweichenden Handhabung prima facie auf eine konkludente Vertragsänderung (vgl. Schmidt in: MünchKomm zum HGB, Bd. 2, § 105 Rn. 163, m.w.N.), soweit der Wille einer dauernden Änderung feststellbar ist (BGH, Ur. v. 18.04.2005 - II ZR 55/03 - NJW-RR 2005, 1195, 1196).
- Bei einer Publikums-GbR hängt die Wirksamkeit einer Vertragsänderung indes an-

gesichts der stärker körperschaftlich ausgeprägten Struktur in der Regel davon ab, dass die Änderung in den schriftlichen Gesellschaftsvertrag eingefügt wurde (BGH, Urt. v. 05.02.1990 - II ZR 94/89). Wird der Wortlaut des Gesellschaftsvertrags hingegen nicht geändert, liegt hier ein gewichtiges Indiz dafür vor, dass sich die Gesellschafter mit einer vom Gesellschaftsvertrag abweichenden Handhabung nicht dauerhaft binden wollten (BGH, Urt. v. 05.02.1990 - II ZR 94/89).

- Im Gegensatz dazu ist im Kapitalgesellschaftsrecht für eine stillschweigende Änderung des Gesellschaftsvertrags kein Raum: Nach § 53 Abs. 1 GmbHG kann eine Änderung des Gesellschaftsvertrags nur aufgrund Beschlusses der Gesellschafter erfolgen. Dieser Beschluss ist nach § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG notariell zu beurkunden und nach § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Rechtsprechung und Literatur erörtern als einzige „Ausnahme“ von diesen Anforderungen die so genannte Satzungsdurchbrechung, die das OLG Frankfurt nur kurz erwähnt. Damit sind Fälle gemeint, in denen die Gesellschafter – ohne Änderung des Wortlauts des Gesellschaftsvertrags und ohne die Regelungen der §§ 53, 54 GmbHG einzuhalten – einen dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags im Einzelfall widersprechenden Beschluss beschließen. In welchen Fällen eine solche Satzungsdurchbrechung zulässig ist, ist umstritten. Dabei soll danach unterscheiden werden, ob es sich um eine punktuelle oder eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung handelt (zurückgehend auf Priester, ZHR 151 (1987), 40, 51 ff.). Der BGH hat zustandsbegründende Beschlüsse als unzulässig (und unwirksam) erachtet und offen gelassen, ob Gesellschafterbeschlüsse im Falle punktueller Satzungsdurchbrechungen zwar wirksam, aber anfechtbar sind (BGH, Urt. v. 07.06.1993 - II ZR 81/92 - NJW 1993, 2246). Im Schrifttum ist dies umstritten (vgl. nur Ulmer in: Großkommentar GmbHG, Bd. 3, § 53 Rn. 35 ff., m.w.N.).

Im Ergebnis scheint es sachgerecht, punktuelle, durch Beschluss der Gesellschafter angeordnete Satzungsdurchbrechungen als (lediglich) anfechtbar einzustufen, wenn die Anforderungen der §§ 53, 54 GmbHG nicht eingehalten wurden. Soweit es hingegen um die Wirksamkeit zu-

stands begründender Beschlüsse geht, wie etwa eine Belieferung von einem Wettbewerbsverbot, sind aus Gründen des Verkehrsschutzes die Anforderungen der §§ 53, 54 GmbHG zwingend einzuhalten. Ist ein den Gesellschaftsvertrag durchbrechender Beschluss unwirksam oder aufgrund einer Anfechtung für nichtig erklärt worden, kann freilich noch eine Umdeutung in eine schuldrechtliche Nebenabrede zwischen den zustimmenden Gesellschaftern in Betracht gezogen werden (Ulmer in: Großkommentar GmbHG, Bd. 3, § 53 Rn. 41).

Im vorliegenden Fall konnte das OLG Frankfurt offen lassen, ob im Einzelfall eine Satzungsdurchbrechung zulässig sein kann, da es sich jedenfalls nicht um eine punktuelle Satzungsdurchbrechung gehandelt hat, sondern allenfalls um eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung, die unzulässig ist.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des OLG Frankfurt führt – wieder einmal – vor Augen, dass Streitigkeiten zwischen Testamentsvollstreckern, Gesellschaft und Gesellschaftern vermieden werden können, wenn klare Regelungen hinsichtlich der Verwaltungsbefugnisse eines Testamentsvollstreckers vereinbart werden.

Bei Planung der Unternehmensnachfolge sollten in der letztwilligen Verfügung die Kompetenzen des Testamentsvollstreckers im Einzelnen festgelegt werden. Ggf. können die Erben mittels Auflagen dazu gezwungen werden, Maßnahmen des Testamentsvollstreckers zu dulden oder ihnen zuzustimmen. Gehören zum Nachlass Beteiligungen an einer GmbH, müssen – um Streit zu vermeiden – im Gesellschaftsvertrag klare Regelungen hinsichtlich der Befugnisse des Testamentsvollstreckers getroffen werden. Es liegt angesichts der §§ 53, 54 GmbHG auf der Hand, dass von solchen gesellschaftsvertraglichen Regelungen nicht durch eine entgegengesetzte Übung der Gesellschafter abgewichen werden kann.