

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 619**

**Testamentsvollstreckung am  
einzelkaufmännischen Unternehmen –  
zwischen unternehmensrechtlichem  
Paradigmenwechsel und  
Erbrechtswidrigkeit**

**Von**

**Daniel Feldmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

DANIEL FELDMANN

Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen  
Unternehmen – zwischen unternehmensrechtlichem  
Paradigmenwechsel und Erbrechtswidrigkeit

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 619

# Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen – zwischen unternehmensrechtlichem Paradigmenwechsel und Erbrechtswidrigkeit

Von

Daniel Feldmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster hat diese Arbeit  
im Jahre 2025 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 6

Alle Rechte vorbehalten  
© 2026 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: rdz IMA GmbH, Bonn  
Druck: Prime Rate Zrt., Budapest, Ungarn

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-19911-2 (Print)  
ISBN 978-3-428-59911-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

|                                        |    |
|----------------------------------------|----|
| <b>Einleitung</b>                      | 21 |
| <b>§ 1 Einführung</b>                  | 21 |
| <b>§ 2 Gegenstand der Untersuchung</b> | 28 |
| <b>§ 3 Gang der Untersuchung</b>       | 30 |

## *Kapitel 2*

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Grundlagen der echten Testamentsvollstreckerlösung</b>             | 33 |
| <b>§ 1 Institut der Testamentsvollstreckung aus §§ 2197 ff. BGB</b>   | 35 |
| A. Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers                | 35 |
| I. Abwicklungs- und Auseinandersetzungsvollstreckung                  | 36 |
| II. Dauervollstreckung im Sinne des § 2209 S. 1 Hs. 2 BGB             | 39 |
| III. Dauervollstreckung im Sinne des § 2209 S. 1 Hs. 1 BGB            | 39 |
| B. <i>Ratio legis</i> der §§ 2197 ff. BGB                             | 40 |
| I. Übergeordneter Zweck der §§ 2197 ff. BGB                           | 41 |
| 1. Erster Entwurf des BGB                                             | 41 |
| 2. Zweiter Entwurf des BGB                                            | 43 |
| II. Vernünftiger Grund der §§ 2197 ff. BGB                            | 47 |
| 1. Klassisches romanistisches Verständnis der Testierfreiheit         | 48 |
| 2. Deutschrechtliche Überformung der Testierfreiheit                  | 49 |
| a) Übernahme der Testierfreiheit in das Recht der deutschen Staaten   | 49 |
| b) Aufnahme des erweiterten Verständnisses in das BGB                 | 51 |
| III. Ergebnis                                                         | 54 |
| <b>§ 2 Einsatz der Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich</b> | 55 |
| A. Unternehmen unter Fremdverwaltung des Testamentsvollstreckers      | 58 |
| B. Praktisches Bedürfnis                                              | 60 |
| C. Alternative erbrechtliche Gestaltungsmittel                        | 62 |
| I. Vor- und Nacherbschaft                                             | 63 |
| II. Vor- und Nachvermächtnis                                          | 65 |
| III. Auflage und bedingte Erbeinsetzung                               | 66 |

|                   |    |
|-------------------|----|
| D. Ergebnis ..... | 67 |
|-------------------|----|

### *Kapitel 3*

|                                                                                                                                           |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Zulässigkeit der echten Testamentsvollstreckerlösung</b>                                                                               | 70        |
| <b>§ 1 Entwicklung sowie aktueller Stand der Diskussion .....</b>                                                                         | <b>70</b> |
| A. Gegner der echten Testamentsvollstreckerlösung .....                                                                                   | 71        |
| I. Unternehmensrechtliche Bedenken nach herrschender Meinung .....                                                                        | 71        |
| 1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 26.03.1931 .....                                                                                   | 71        |
| 2. Aufnahme der Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur .....                                                                        | 72        |
| 3. Vorgeschlagene Gestaltungsalternativen .....                                                                                           | 75        |
| a) Ersatzlösungen zur Nachahmung der „echten“ Testamentsvollstreckung                                                                     | 75        |
| aa) Treuhandlösung .....                                                                                                                  | 76        |
| bb) Vollmachtlösung .....                                                                                                                 | 79        |
| cc) Zwischenergebnis .....                                                                                                                | 84        |
| b) Weitere Gestaltungsalternativen .....                                                                                                  | 85        |
| 4. Zwischenergebnis .....                                                                                                                 | 88        |
| II. Erbrechtliche Bedenken nach Dauner-Lieb .....                                                                                         | 89        |
| B. Befürworter der echten Testamentsvollstreckerlösung .....                                                                              | 91        |
| C. Beweislastverteilung zwischen Gegnern und Befürwortern .....                                                                           | 94        |
| <b>§ 2 Analyse des Handelsrechts auf vorrangige abweichende Bestimmungen im Sinne des Art. 2 Abs. 1 EGHGB .....</b>                       | <b>96</b> |
| A. Vorschriften über die Handelsregistereintragung .....                                                                                  | 99        |
| B. Vorschriften über die Firmenführung .....                                                                                              | 101       |
| I. Bedeutung des § 22 HGB .....                                                                                                           | 102       |
| II. Keine Bestimmung eines „anderen“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 EGHGB ....                                                                | 102       |
| C. Vorschriften über die Haftung für Geschäftsaltschulden .....                                                                           | 106       |
| I. Haftung bei uneingeschränkter Anwendung der §§ 2197 ff. BGB .....                                                                      | 107       |
| 1. Gesetzlicher Ausgangsfall der Erbensebstverwaltung .....                                                                               | 108       |
| 2. Besonderheiten bei Fremdverwaltung durch den Testamentsvollstrecker                                                                    | 108       |
| II. Bestimmung eines „anderen“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 EGHGB? .....                                                                    | 112       |
| 1. Fehlender direkter Aussagegehalt des § 27 HGB für den Fall der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker ..... | 112       |
| 2. Ungeschriebene Haftungsregel für den Fall der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker aus § 27 HGB? .....    | 114       |
| a) Regel unbeschränkter und unbeschränkbarer Haftung des Erben im Fall der Erbensebstverwaltung .....                                     | 116       |

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Übertragbarkeit der Regel auf den Fall der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker .....      | 117 |
| aa) Für die Wertung des § 27 Abs. 1 HGB wesentliche Elemente .....                                                         | 119 |
| (1) Sinn und Zweck des § 27 Abs. 1 HGB .....                                                                               | 120 |
| (a) Erwartung an die Einheit von Aktiva und Passiva „der Firma“ .....                                                      | 120 |
| (b) Erwartung an eine unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung .....                                                      | 123 |
| (2) Vernünftiger Grund des § 27 Abs. 1 HGB .....                                                                           | 128 |
| bb) Übereinstimmung der beiden Fälle in den wesentlichen Elementen .....                                                   | 131 |
| (1) Unternehmenskontinuität .....                                                                                          | 131 |
| (2) Firmenkontinuität .....                                                                                                | 134 |
| (3) Entscheidungsfreiheit des Erben im Umgang mit der Verantwortung für den Geschäftsbereich des Erblassers .....          | 137 |
| (a) Änderung der Firma .....                                                                                               | 138 |
| (b) Publikmachen einer Erklärung nach § 25 Abs. 2 HGB .....                                                                | 140 |
| (c) Einstellung der Geschäftsfortführung .....                                                                             | 143 |
| (4) Gesamtwürdigung: Keine Übertragbarkeit der Haftungsregel aus § 27 Abs. 1 HGB .....                                     | 151 |
| 3. Zwischenergebnis .....                                                                                                  | 154 |
| D. Vorschriften über die Haftung für Geschäftsneuschulden .....                                                            | 155 |
| I. Haftung bei uneingeschränkter Anwendung der §§ 2197 ff. BGB .....                                                       | 156 |
| II. Bestimmung eines „anderen“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 EGHGB? .....                                                     | 157 |
| 1. Fehlende geschriebene Vorschrift zur Haftung für Geschäftsneuschulden .....                                             | 158 |
| 2. Ungeschriebene handelsrechtliche Regel unbeschränkter sowie unbeschränkbarer Haftung für Geschäftsneuschulden? .....    | 158 |
| a) Erst-Recht-Schluss aus §§ 25, 27 HGB .....                                                                              | 158 |
| b) Gesamtschau von Haftungsnormen des HGB .....                                                                            | 160 |
| 3. Ungeschriebene handelsrechtliche Begrenzung der Ausnahmen vom allgemein bürgerlich-rechtlichen Haftungsgrundsatz? ..... | 165 |
| a) Vergleich der Testamentsvollstreckung mit auf dem Gebiet des Handelsrechts zugelassenen Ausnahmen .....                 | 166 |
| b) Erst-Recht-Schluss aus §§ 25, 27 HGB .....                                                                              | 167 |
| c) Gegenschluss aus § 131 Abs. 4 HGB .....                                                                                 | 171 |
| d) Institutionelle Betrachtungsweise .....                                                                                 | 173 |
| 4. Zwischenergebnis .....                                                                                                  | 177 |
| E. Ergebnis .....                                                                                                          | 178 |

|                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>§ 3 Prüfung einer Einschränkung der §§ 2197 ff. BGB im Wege der Rechtsfortbildung</b>                          | 179 |
| A. Leitbild der Bestandssicherung im System der beschränkbaren Erbenhaftung                                       | 180 |
| I. Argumentation Dauner-Liebs                                                                                     | 181 |
| 1. Gesetzeslücke an der Schnittstelle von Testamentsvollstreckung und beschränkbarer Erbenhaftung                 | 181 |
| 2. Gesetzeslücke im System der beschränkbaren Erbenhaftung                                                        | 187 |
| II. Stellungnahme                                                                                                 | 191 |
| 1. Gesetzeslücke an der Schnittstelle von Testamentsvollstreckung und beschränkbarer Erbenhaftung                 | 192 |
| a) Pflichtverletzung durch den Testamentsvollstrecker                                                             | 193 |
| b) Schaden des Erben                                                                                              | 198 |
| aa) Nachlassschmälerung nach eingetretener Überschuldung                                                          | 198 |
| (1) Schadensermittlung nach der Differenzhypothese                                                                | 199 |
| (2) Bloßer Schaden „des Nachlasses“?                                                                              | 202 |
| bb) Nachlassschmälerung durch Tilgung von Erbeneigenverbindlichkeiten                                             | 206 |
| c) Zwischenergebnis                                                                                               | 208 |
| 2. Gesetzeslücke im System der beschränkbaren Erbenhaftung                                                        | 210 |
| a) Teleologische Reduktion der §§ 2197 ff. BGB wegen Vorrangs der §§ 1975 ff. BGB?                                | 211 |
| aa) Schlechterstellung der Nachlassaltgläubiger durch die gesetzliche Risikoverteilung?                           | 214 |
| bb) Schlechterstellung der Nachlassaltgläubiger durch die Blockade einer Systemfortbildung?                       | 217 |
| (1) Systemfortbildung mittels Kompensations- und Ausgliederungsmodells im Fall der Erbenselbstverwaltung          | 217 |
| (2) Blockade der Systemfortbildung im Fall der Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker                      | 218 |
| (3) Systemfortbildung im Rahmen von Muschelers Leitsatz                                                           | 219 |
| cc) Schlechterstellung der Nachlassaltgläubiger durch die Unanwendbarkeit des § 27 HGB?                           | 225 |
| dd) Zwischenergebnis                                                                                              | 229 |
| b) Ausgleich zweier gleichrangiger gesetzlicher Prinzipien                                                        | 230 |
| aa) Folgen der Einschränkung der §§ 2197 ff. BGB für die postmortale Durchsetzung des Erblasserwillens            | 235 |
| bb) Beeinträchtigung der <i>ratio legis</i> aus §§ 1975 ff. BGB in der besonderen Situation der Nachlassinsolvenz | 237 |
| cc) Erbrechtliche Schutzinstrumente zugunsten der Nachlassaltgläubiger                                            | 238 |
| (1) Antragsrecht zur Herbeiführung der amtlichen Nachlassliquidation                                              | 238 |

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (2) Insolvenzantragspflicht und erbrechtliche Insolvenzverschleppungshaftung .....                                     | 242 |
| dd) Teleologische Reduktion des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO .....                                                          | 247 |
| (1) Verbindlichkeiten aus der Dauervollstreckung im Allgemeinen .....                                                  | 249 |
| (2) „Unternehmerische“ Verbindlichkeiten aus der Dauervollstreckung .....                                              | 254 |
| ee) Gesamtwürdigung: Keine behebensbedürftige Unvollständigkeit .....                                                  | 260 |
| c) Zwischenergebnis .....                                                                                              | 262 |
| B. Allgemein bürgerlich-rechtlicher Grundsatz unbeschränkter sowie unbeschränkbarer Haftung .....                      | 263 |
| C. Kapitalgesellschaftsrechtliche Vorschriften über den Kapitalschutz .....                                            | 265 |
| I. Haftungsverfassung von AG und GmbH .....                                                                            | 268 |
| II. Austauschgeschäft „Haftungsbeschränkung gegen Mindestkapital“ .....                                                | 271 |
| 1. <i>Ratio legis</i> der Vorschriften über das (Mindest-)Kapital .....                                                | 273 |
| a) Schutz der Gesellschaft durch Ausstattung mit Betriebskapital .....                                                 | 273 |
| b) Schutz der Gläubiger durch einen „Haftungsfonds“ bzw. Verlustpuffer .....                                           | 274 |
| c) Schutz der Gläubiger durch Verhaltenssteuerung .....                                                                | 275 |
| d) Schutz vor Anonymität durch Sperrfunktion .....                                                                     | 277 |
| 2. Verallgemeinerungsfähigkeit .....                                                                                   | 277 |
| a) Mindestkapitalfreie UG (haftungsbeschränkt) .....                                                                   | 278 |
| b) Keine Kontinuität der Kapitalaufbringung durch „Kapitalaufholungspflicht“ .....                                     | 281 |
| c) Zwischenergebnis .....                                                                                              | 284 |
| III. Vermögensbindung durch Ausschüttungssperre .....                                                                  | 288 |
| 1. Gesetzesimmanentes Prinzip im Anwendungsbereich der §§ 2197 ff. BGB .....                                           | 289 |
| a) Mindestausschüttungssperre des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG .....                                                         | 289 |
| b) Herleitung des Gesetzesimmanenten Prinzips .....                                                                    | 291 |
| aa) <i>Ratio legis</i> des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG .....                                                                | 291 |
| bb) Verallgemeinerungsfähigkeit .....                                                                                  | 292 |
| (1) Auch nach MoMiG: Zwingender Schutz vor „Ausschüttungen ins Minus“ .....                                            | 293 |
| (2) Ausschüttungssperre als Korrektiv zur Einflussnahmemöglichkeit der wirtschaftlichen Eigentümer der Haftmasse ..... | 296 |
| cc) Zwischenergebnis .....                                                                                             | 300 |
| c) Geltung im Anwendungsbereich der §§ 2197 ff. BGB .....                                                              | 300 |
| aa) Der Vollstreckung unterworfenen Nachlassgegenstände .....                                                          | 302 |
| bb) Dem Erben überlassene Nachlassgegenstände .....                                                                    | 305 |
| cc) Zwischenergebnis .....                                                                                             | 308 |
| 2. Verfehlung des Prinzips bei uneingeschränkter Anwendung der §§ 2197 ff. BGB? .....                                  | 309 |
| a) Herausgabepflicht gem. § 1978 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 667 BGB .....                                                  | 311 |

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Haftung des Erben in den Fällen der Nachlassminderung .....                                                                              | 316 |
| aa) Nachlassminderung durch zweckmäßige Mittelverwendung .....                                                                              | 316 |
| bb) Nachlassminderung durch eigennützige Mittelverwendung .....                                                                             | 317 |
| (1) Eigennütziger Einsatz von Nachlassgeldern .....                                                                                         | 318 |
| (2) Eigennütziger Einsatz von sonstigen Nachlassgegenständen ...                                                                            | 325 |
| cc) Nachlassminderung durch Zufall oder Dritte .....                                                                                        | 326 |
| c) Zwischenergebnis .....                                                                                                                   | 328 |
| IV. Vermögensbindung durch Thesaurierungspflicht .....                                                                                      | 330 |
| 1. Gesetzesimmanentes Prinzip im Anwendungsbereich der §§ 2197 ff. BGB                                                                      | 332 |
| a) Pflicht zur Gewinnthesaurierung aus § 5a Abs. 3 GmbHG .....                                                                              | 332 |
| b) Herleitung des Gesetzesimmanenten Prinzips .....                                                                                         | 333 |
| aa) <i>Ratio legis</i> des § 5a Abs. 3 GmbHG .....                                                                                          | 334 |
| bb) Verallgemeinerungsfähigkeit .....                                                                                                       | 335 |
| c) Geltung im Anwendungsbereich der §§ 2197 ff. BGB .....                                                                                   | 338 |
| 2. Verfehlung des Prinzips bei uneingeschränkter Anwendung der §§ 2197 ff. BGB?                                                             | 341 |
| a) Zuordnung der Gewinne zum Nachlass gem. § 1978 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 667 Var. 2 BGB .....                                               | 342 |
| b) Problem der „Gewinnabschöpfung“ .....                                                                                                    | 343 |
| aa) Zum Einwand des Sonderlösungswegs im Erbrecht .....                                                                                     | 343 |
| bb) Zum Einwand der Unvereinbarkeit mit grundlegenden unternehmensrechtlichen Wertungen .....                                               | 344 |
| cc) Zum Einwand der unzumutbaren Belastung des Erben .....                                                                                  | 348 |
| dd) Zum Einwand des Widerspruchs zur Zielsetzung der Dauervollstreckung .....                                                               | 350 |
| c) Zwischenergebnis .....                                                                                                                   | 352 |
| V. Gesamtwürdigung: Kapitalgesellschaftsrecht und echte Testamentsvollstreckung im Zeichen unternehmensrechtlichen Paradigmenwechsels ..... | 353 |
| D. Ergebnis .....                                                                                                                           | 358 |

#### *Kapitel 4*

|                        |     |
|------------------------|-----|
| <b>Zusammenfassung</b> | 359 |
|------------------------|-----|

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| <b>Literaturverzeichnis</b> ..... | 369 |
|-----------------------------------|-----|

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| <b>Materialverzeichnis</b> ..... | 396 |
|----------------------------------|-----|

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| <b>Sachwortverzeichnis</b> ..... | 398 |
|----------------------------------|-----|

## Abkürzungsverzeichnis

|               |                                                                                                                                                                                                                             |
|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a. A.         | andere Ansicht                                                                                                                                                                                                              |
| ABl.          | Amtsblatt der Europäischen Union                                                                                                                                                                                            |
| Abs.          | Absatz                                                                                                                                                                                                                      |
| AcP           | Archiv für die civilistische Praxis                                                                                                                                                                                         |
| ADHGB         | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch                                                                                                                                                                                     |
| a. F.         | alte Fassung                                                                                                                                                                                                                |
| AG            | (Die) Aktiengesellschaft                                                                                                                                                                                                    |
| AktG          | Aktiengesetz                                                                                                                                                                                                                |
| Anh.          | Anhang                                                                                                                                                                                                                      |
| Anm.          | Anmerkung                                                                                                                                                                                                                   |
| ArchBürgR     | Archiv für bürgerliches Recht                                                                                                                                                                                               |
| Art.          | Artikel                                                                                                                                                                                                                     |
| AT            | Allgemeiner Teil                                                                                                                                                                                                            |
| BAGE          | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts                                                                                                                                                                                    |
| BayObLG       | Bayerisches Oberstes Landesgericht                                                                                                                                                                                          |
| BayObLGZ      | Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen                                                                                                                                                       |
| BB            | Der Betriebs-Berater                                                                                                                                                                                                        |
| BeckFormB BHW | Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht                                                                                                                                                         |
| BeckOGK       | beck-online.GROSSKOMMENTAR                                                                                                                                                                                                  |
| BeckOK        | Beck'scher Online-Kommentar                                                                                                                                                                                                 |
| Begr.         | Begründer                                                                                                                                                                                                                   |
| BFH           | Bundesfinanzhof                                                                                                                                                                                                             |
| BGB           | Bürgerliches Gesetzbuch                                                                                                                                                                                                     |
| BGBI.         | Bundesgesetzblatt                                                                                                                                                                                                           |
| BGH           | Bundesgerichtshof                                                                                                                                                                                                           |
| BGHZ          | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen                                                                                                                                                                       |
| BiRiLiG       | Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinien-Gesetz) vom 19. 12. 1985, BGBl. I 1985, S. 2355 |
| BR-Drs.       | Bundesrats-Drucksache                                                                                                                                                                                                       |
| BT            | Besonderer Teil                                                                                                                                                                                                             |
| BT-Drs.       | Bundestags-Drucksache                                                                                                                                                                                                       |
| BVerfG        | Bundesverfassungsgericht                                                                                                                                                                                                    |
| BVerfGE       | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts                                                                                                                                                                                |
| BVerwG        | Bundesverwaltungsgericht                                                                                                                                                                                                    |
| BVerwGE       | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts                                                                                                                                                                                |
| BWNotZ        | Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg                                                                                                                                                                           |
| bzw.          | beziehungsweise                                                                                                                                                                                                             |

|                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CC                            | Code civil                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Chr.                          | Christus                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Co.                           | Compagnie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| dass.                         | dasselbe                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| DB                            | Der Betrieb                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| ders.                         | derselbe                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| DFG                           | Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| d. h.                         | das heißt                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| dies.                         | dieselbe/dieselben                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Diss.                         | Dissertation                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| DJ                            | Deutsche Justiz                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| DJT                           | Deutscher Juristentag                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| DJZ                           | Deutsche Juristen-Zeitung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| DM                            | Deutsche Mark                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| DNotZ                         | Deutsche Notar-Zeitschrift                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| DStR                          | Deutsches Steuerrecht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| DStRE                         | Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| E I                           | Erster Entwurf des BGB                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| E II                          | Zweiter Entwurf des BGB                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| EGHGB                         | Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| e. K.                         | eingetragener Kaufmann                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| ErbR                          | Erbrecht (– Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis)                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| ErbStG                        | Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| etc.                          | et cetera                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| EU                            | Europäische Union                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| EuErbVO                       | Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (Europäische Erbrechtsverordnung) |
| EuGH                          | Gerichtshof der Europäischen Union                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| EWG                           | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| f./ff.                        | folgende                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| FamFG                         | Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit                                                                                                                                                                                                                                                         |
| FamRZ                         | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| FGPrax                        | Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| FK                            | Frankfurter Kommentar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Fn.                           | Fußnote                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| FS                            | Festschrift                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| FuS                           | Zeitschrift für Familienunternehmen und Stiftungen                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| GbR                           | Gesellschaft bürgerlichen Rechts                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| gem.                          | gemäß                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Gesellschaftsrechterichtlinie | Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. L 169 vom 30.06.2017, S. 46                                                                                                                                                                                             |
| GG                            | Grundgesetz                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ggf.              | gegebenenfalls                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| GmbH              | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| GmbHG             | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| GmbHRR            | GmbH-Rundschau                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Großkomm          | Großkommentar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| HCL               | Habersack/Casper/Löbbe                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| HdB               | Handbuch                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| HGB               | Handelsgesetzbuch                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| HK                | Handkommentar/Heidelberger Kommentar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| h. L.             | herrschende Lehre                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| h. M.             | herrschende Meinung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| HRG               | Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| HRR               | Höchststrichterliche Rechtsprechung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Hrsg.             | Herausgeber                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Hs.               | Halbsatz                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| IfM               | Institut für Mittelstandsforschung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| insb.             | insbesondere                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| InsO              | Insolvenzordnung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| InsR              | Insolvenzrecht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| i. V. m.          | in Verbindung mit                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| JFG               | Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Jura              | Juristische Ausbildung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| JuS               | Juristische Schulung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| JW                | Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| JZ                | Juristenzeitung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Kap.              | Kapitel                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Kapitalrichtlinie | Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 vom 31.01.1977, S. 1 |
| KG                | Kammergericht/Kommanditgesellschaft                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| KGaA              | Kommanditgesellschaft auf Aktien                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| KK                | Kölner Kommentar                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| KO                | Konkursordnung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| KOM               | Kommissionsdokument(e)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| KPB               | Kübler/Prütting/Bork                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| LG                | Landgericht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Limited           | private company limited by shares                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| lit.              | littera                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| LM                | Lindenmaier/Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| MAH               | Münchener Anwaltshandbuch                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| MDR               | Monatsschrift für Deutsches Recht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

|            |                                                                                                                                                     |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MittRhNotK | Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer                                                                                                            |
| MoMiG      | Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026                                 |
| MoPeG      | Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz) vom 10.08.2021, BGBl. I 2021, S. 3436. |
| MüKo       | Münchener Kommentar                                                                                                                                 |
| m. w. N.   | mit weiteren Nachweisen                                                                                                                             |
| n. F.      | neue Fassung                                                                                                                                        |
| NJOZ       | Neue Juristische Online-Zeitschrift                                                                                                                 |
| NJW        | Neue Juristische Wochenschrift                                                                                                                      |
| NJW-RR     | Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht                                                                                    |
| NK         | NomosKommentar                                                                                                                                      |
| notar      | notar – Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis                                                                                             |
| Nr.        | Nummer                                                                                                                                              |
| NVwZ       | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht                                                                                                               |
| NZG        | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht                                                                                                             |
| NZI        | Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung                                                                                          |
| OHG/oHG    | Offene Handelsgesellschaft                                                                                                                          |
| OLG        | Oberlandesgericht                                                                                                                                   |
| OLGRspr    | Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts                                                                           |
| OLGZ       | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit                                                |
| o. V.      | ohne Vorname                                                                                                                                        |
| RabelsZ    | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht                                                                                |
| RegE       | Regierungsentwurf                                                                                                                                   |
| RG         | Reichsgericht                                                                                                                                       |
| RGRK       | Reichsgerichtsrätekomentar                                                                                                                          |
| RGZ        | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen                                                                                                    |
| RJA        | Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts                                                          |
| Rn.        | Randnummer                                                                                                                                          |
| RNotZ      | Rheinische Notar-Zeitschrift                                                                                                                        |
| ROHG       | Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts                                                                                                        |
| Rpfleger   | Der Deutsche Rechtspfleger                                                                                                                          |
| Rs.        | Rechtssache                                                                                                                                         |
| S.         | Satz/Seite                                                                                                                                          |
| Slg.       | Sammlung der Rechtsprechung des EuGH                                                                                                                |
| sog.       | sogenannt                                                                                                                                           |
| StbJb      | Steuerberater-Jahrbuch                                                                                                                              |
| stRspr     | ständige Rechtsprechung                                                                                                                             |
| u. a.      | unter anderem                                                                                                                                       |
| UAbs.      | Unterabsatz                                                                                                                                         |
| UG         | Unternehmergeellschaft                                                                                                                              |

|                |                                                                                 |
|----------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| UmwG           | Umwandlungsgesetz                                                               |
| Urt.           | Urteil                                                                          |
| u. U.          | unter Umständen                                                                 |
| v.             | vor/vom                                                                         |
| Var.           | Variante                                                                        |
| vgl.           | vergleiche                                                                      |
| Vor/Vorb       | Vorbemerkung                                                                    |
| WM             | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht                                      |
| z. B.          | zum Beispiel                                                                    |
| ZErb           | Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis                                 |
| ZEV            | Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge                                 |
| ZfgG           | Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen                                |
| ZGR            | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht                            |
| ZHR            | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht                       |
| ZInsO          | Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht                                      |
| ZIP            | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                                |
| ZPO            | Zivilprozessordnung                                                             |
| ZRG Germ. Abt. | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung |



## Kapitel 1

# Einleitung

## § 1 Einführung

In jüngerer Zeit mehren sich Stimmen<sup>1</sup>, nach deren Ansicht sich mit Einführung der UG (haftungsbeschränkt) durch das MoMiG<sup>2</sup> ein Paradigmenwechsel im Gesellschaftsrecht vollzogen habe, welcher das seit jeher herrschende Dogma von der Unzulässigkeit einer Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen zu Fall bringe.<sup>3</sup> Die diesbezüglichen Stellungnahmen sind Ausdruck einer neuen Dynamik, welche das MoMiG in der nunmehr knapp einhundertjährigen Diskussion um die Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen hervorgerufen hat. Ausgangspunkt der Diskussion ist eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1931.<sup>4</sup> Im Anschluss an diese beschwört die herrschende Meinung<sup>5</sup> bis heute dogmenartig die Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen. Den Erblasser<sup>6</sup> verweist sie lediglich auf Ersatzlösungen, namentlich die Treuhand- und Vollmachtlösung,<sup>7</sup> um postmortal auf sein Unternehmen Einfluss nehmen zu können.

---

<sup>1</sup> *Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2205 BGB Rn. 28; *Pauli*, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, HdB Testamentsvollstreckung, § 5 Rn. 149; *Wälzholz*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht 2014, 67, 72; *Weidlich*, NJW 2011, 641, 645 f.; *Weidlich/Friedberger*, notar 2021, 187, 191; *Zabel*, Publizität, S. 91.

<sup>2</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

<sup>3</sup> Mit dieser Beobachtung auch *R. Kössinger/Zintl*, in: Kössinger/Najdecki/Zintl, HdB Testamentsgestaltung, § 15 Rn. 112. Losgelöst von der Situation der Testamentsvollstreckung spricht mit Blick auf die Kapitalaufbringung im Kapitalgesellschaftsrecht nach dem MoMiG auch *Schall*, ZGR 2009, 126, 130 von einem „Paradigmenwechsel“. Ähnlich von einem „Systemwechsel“ sprechend *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, Einleitung Rn. 56 f.

<sup>4</sup> RGZ 132, 138. Zur Reichsgerichtsentscheidung ausführlich Kap. 3 § 1 A. I. 1.

<sup>5</sup> Insbesondere bestätigte der BGH die Reichsgerichtsentscheidung früh in drei Entscheidungen, siehe BGHZ 12, 100, 102 f.; BGHZ 24, 106, 112 f.; BGHZ 35, 13, 15 f. Für einen ausführlichen Überblick über die herrschende Meinung siehe Kap. 3 § 1 A. I. 2.

<sup>6</sup> In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten jedoch gleichermaßen für alle Geschlechter.

<sup>7</sup> Siehe hierzu Kap. 3 § 1 A. I. 3. a).

Widerspruch sah sie sich anfangs nur sehr vereinzelt<sup>8</sup> und auch im weiteren Verlauf nur ganz allmählich<sup>9</sup> ausgesetzt.<sup>10</sup> Einen ersten detaillierter ausgearbeiteten Gegenentwurf zur herrschenden Meinung präsentierte 1963 der Tübinger Zivilrechtslehrer Baur.<sup>11</sup> Unter dem Schlagwort „echte Testamentsvollstreckerlösung“ sprach er sich für die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen und damit die Möglichkeit aus, den „Testamentsvollstrecker als Unternehmer“<sup>12</sup> im Testament einsetzen zu können.<sup>13</sup> Seine Arbeit gab in der Folge zwar Anstoß zu einer kritischen Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung,<sup>14</sup> die Befürworter der echten Testamentsvollstreckerlösung blieben jedoch weiterhin in der Minderheit.<sup>15</sup> Dieser Status quo scheint in jüngerer Vergangenheit im Wandel begriffen zu sein. Insbesondere seit Inkrafttreten des MoMiG nehmen die Stimmen zu, die unter dem Eindruck der Rechtsentwicklung sowie der nach wie vor bestehenden praktischen Notwendigkeit eine Überprüfung des hergebrachten Verständnisses verlangen.<sup>16</sup> Die Kräfteverhältnisse im Schrifttum scheinen umzuschlagen und die echte Testamentsvollstreckerlösung Baur's die Oberhand zu gewinnen.

Die beschriebene Auswirkung des MoMiG auf die Diskussion erscheint insofern erklärungsbedürftig, als sich die Frage stellt, inwiefern ein Gesetz zur „Modernisierung des GmbH-Rechts“ Einfluss auf die „Zulässigkeit der Testamentsvollstre-

---

<sup>8</sup> Zu nennen sind lediglich die Stellungnahmen von *Goldschmit*, JW 1931, 3057, 3058 und *Wurm*, Testamentsvollstreckung, S. 47 ff.

<sup>9</sup> Erst mehr als 20 Jahre nach der Reichsgerichtsentscheidung ist mit *Buchwald*, AcP 154 (1955), 22, 29 f. eine weitere kritische Stimme zu verzeichnen.

<sup>10</sup> Zur Entwicklung der Gegenmeinung ausführlich Kap. 3 § 1 B.

<sup>11</sup> *Baur*, in: FS Dölle I, 249.

<sup>12</sup> So der Titel seines Festschriftbeitrags.

<sup>13</sup> *Baur*, in: FS Dölle I, 249, 259 ff.

<sup>14</sup> Zu nennen ist an dieser Stelle insbesondere die Habilitationsschrift Muschelers, in der dieser den Ansatz Baur's aufgreift und ihn umfassend ausarbeitet, siehe *Muscheler*, Haftungsordnung, insb. S. 389 ff.

<sup>15</sup> Auch die Arbeit Muschelers konnte der echten Testamentsvollstreckerlösung nicht zum Durchbruch verhelfen. Vielmehr bescheinigte ihr bereits *Rauscher*, AcP 195 (1995), 295, 301 ff. in seiner Rezension, dass die Argumente gegen die h. M. nicht gänzlich zu überzeugen vermochten. Ähnlich *Lorz*, Testamentsvollstreckung, S. 35. Letzterer hielt auch ausdrücklich fest, es werde „nur noch vereinzelt“ in Zweifel gezogen, dass die Zulässigkeit einer „reinen Verwaltungsvollstreckung“ an einem einzelkaufmännischen Unternehmen an der Haftungsfrage scheitere, siehe *ders.*, Testamentsvollstreckung, S. 33. Die echte Testamentsvollstreckerlösung konnte sich folglich weiterhin nicht in Schrifttum und Praxis durchsetzen. Dies konstatiert auch heute noch *Ries*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock u. a., HGB, § 1 Rn. 82. Zur Entwicklung der echten Testamentsvollstreckerlösung und seiner Anhänger-schaft ausführlich Kap. 3 § 1 B.

<sup>16</sup> So *Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2205 BGB Rn. 28; *Pauli*, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, HdB Testamentsvollstreckung, § 5 Rn. 149; *Wälzholz*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht 2014, 67, 72; *Weidlich*, NJW 2011, 641, 645 f.; *Weidlich/Friedberger*, notar 2021, 187, 191; *Zabel*, Publizität, S. 91.

ckung am einzelkaufmännischen Unternehmen“ haben kann. Der Zusammenhang zwischen beiden Materien entsteht dadurch, dass die herrschende Meinung als zentrales Argument gegen die Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen einen Konflikt der Haftungsprinzipien des Erbrechts mit denen des Handels- und Gesellschaftsrechts vorbringt.<sup>17</sup> Bereits das Reichsgericht erklärte in seiner Entscheidung, dass die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker aufgrund der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit des Erben (vgl. §§ 1975 ff. BGB) auf die „Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung“ und somit auf einen Rechtszustand hinauslaufe, welcher „mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs“ völlig unvereinbar sei.<sup>18</sup> Wolle der Erblasser für sein Unternehmen eine beschränkte Haftung herbeiführen, müsse er auf die hierfür vom Gesetz zur Verfügung gestellten besonderen Rechtsformen zurückgreifen.<sup>19</sup> Ausdrücklich nannte das Gericht an dieser Stelle die GmbH.<sup>20</sup> Hintergrund ist, dass der Unternehmer sein Risiko im Kapitalgesellschaftsrecht nur unter der Bedingung beschränken kann, dass er die Vorschriften über die Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals beachtet.<sup>21</sup> Die Pflicht zur Beachtung dieser Kapitalschutzvorschriften stellt nach klassischer Lesart den „Preis“ bzw. das „Eintrittsgeld“ dar, welchen/es der Unternehmer „zahlen“ muss, um in den Genuss der Haftungsbeschränkung zu kommen.<sup>22</sup>

Mit Einführung der UG (haftungsbeschränkt) durch das MoMiG hat der Gesetzgeber jedoch eine neue Variante der GmbH<sup>23</sup> geschaffen, welche mit einem Stammkapital von nur noch 1 € ausgestattet sein kann (vgl. § 5a Abs. 1 GmbHG). Der klassischerweise skizzierte<sup>24</sup> Dualismus von unbeschränkter Haftung im Han-

---

<sup>17</sup> Siehe etwa *Becker*, in: Soergel BGB, § 2205 Rn. 34; *Bondi*, JW 1931, 3073, 3074; *Donner*, DNotZ 1944, 143; *Dresler-Lenz/Lehmann*, BB 2025, 323, 327; *Dutta*, in: Staudinger BGB, § 2205 Rn. 147; *Ebenroth*, Erbrecht, § 10 Rn. 689; *Hamann*, Rechtsmacht, S. 17 ff., insb. 31; *Heintzenberg*, Einzelunternehmung, S. 51 f.; *Holch*, DNotZ 1958, 282, 290 f.; *Hueck*, ZHR 108 (1941), 1, 31; *Lange*, Erbrecht, § 101 Rn. 19 f.; *Rieper*, Testamentsvollstreckung, S. 20 ff.; *Scheel*, Testamentsvollstrecker, S. 1; *Schleifenbaum*, ErbR 2015, 230, 232; *Schlüter*, Erbrecht, 16. Auflage, § 38 Rn. 837; *Vogels*, DJ 1939, 1008.

<sup>18</sup> RGZ 132, 138, 144. Zur Argumentation des Reichsgerichts ausführlich Kap. 3 § 1 A.I.1.

<sup>19</sup> RGZ 132, 138, 144 f.

<sup>20</sup> RGZ 132, 138, 144 f.

<sup>21</sup> BGHZ 60, 324, 332; BGHZ 117, 323, 331; BGHZ 142, 315, 322; *Bezenberger*, Kapital, S. 16; *Casper*, in: HCL GmbHG, § 5 Rn. 14; *Heider*, in: MüKo AktG, § 1 Rn. 93; *Schall*, ZGR 2009, 126, 128; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 540 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 558.

<sup>22</sup> Siehe etwa BGHZ 142, 315, 322; *Bezenberger*, Kapital, S. 16; *Goette*, Neues GmbH-Recht, Einführung Rn. 15; *Haas*, DStR 2006, 993, 996; *Merkt*, ZGR 2004, 305, 312; *Schall*, ZGR 2009, 126, 128; *K. Schmidt*, GmbHR 1989, 141, 142. Hierzu ausführlich Kap. 3 § 3 C.

<sup>23</sup> So Begründung des RegE des MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 31.

<sup>24</sup> Beispielhaft sind in dieser Hinsicht die Ausführungen von *Lorz*, Testamentsvollstreckung, S. 35: „Das deutsche Unternehmensrecht basiert auf dem Prinzip der unbeschränkten

delsrecht und beschränkter Haftung unter Aufbringung eines Mindestkapitals im Kapitalgesellschaftsrecht gerät folglich unter Rechtfertigungszwang.<sup>25</sup> Dies nehmen besagte Literaturstimmen zum Anlass, die verbleibenden Vorbehalte gegen die Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen auszuräumen und die echte Testamentsvollstreckerlösung nun endgültig für zulässig zu erklären.<sup>26</sup>

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzsystem nach dem MoMiG und seiner Bedeutung für eine Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen findet bisher jedoch selten statt.<sup>27</sup> In der Regel bleibt es lediglich bei dem Verweis auf die Einführung der UG (haftungsbeschränkt) sowie die damit einhergehende faktische Aufgabe des Mindestkapitalerfordernisses.<sup>28</sup> Dies kann schon deshalb nicht zufriedenstellen, weil sich der Kapitalschutz nicht in der Aufbringung eines Mindestkapitals erschöpft. Vielmehr ist das Mindestkapital nur eine der Komponenten des Kapitalschutzsystems,<sup>29</sup> die darüber hinaus vielen bereits zuvor als schwächstes Glied in der Kette galt.<sup>30</sup> Eine umfassende Untersuchung der Wertungen von Kapitalaufbringung und

---

Haftung. Nur unter bestimmten Voraussetzungen, durch die Aufbringung eines zugunsten der Gläubiger gesicherten Sondervermögens, kann Kapital Haftung ersetzen.“

<sup>25</sup> Hierzu ausführlich Kap. 3 § 3 C. II. 2.

<sup>26</sup> Vgl. *Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2205 BGB Rn. 28; *Pauli*, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, HdB Testamentsvollstreckung, § 5 Rn. 149; *Wälzholz*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht 2014, 67, 72; *Weidlich*, NJW 2011, 641, 645 f.; *Weidlich/Friedberger*, notar 2021, 187, 191; *Zabel*, Publizität, S. 91. Einen Wechsel seines Standpunkts hat unter dem Eindruck des MoMiG *M. Schmidt*, in: Erman BGB, § 2205 Rn. 21 vollzogen. Anders noch *ders.*, in: Erman BGB, 12. Auflage, § 2205 Rn. 21.

<sup>27</sup> Eine vertiefte Untersuchung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzsystems nach dem MoMiG im Kontext der Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen führt nur *Quast*, Unternehmensfortführung, S. 102 ff. durch. Ausführlichere Ausführungen sind zwar auch bei *Zabel*, Publizität, S. 79 ff. zu finden, inhaltlich beschäftigt sie sich dabei jedoch nur mit der Kapitalaufbringung. Immerhin geht sie dazu aber auf die durch das MoMiG geschaffene Thesaurierungspflicht aus § 5a Abs. 3 GmbHG ein, siehe *dies.*, Publizität, S. 86 ff. Im Rahmen seiner Ausführungen zur unternehmenstragenden Erbengemeinschaft nimmt auch *Eichten*, oHG-Anteil, S. 131 ff. einen Vergleich der Schutz- und Ausgleichssysteme der Sondervermögensmasse Nachlass und der Kapitalgesellschaftsformen vor. Dabei beschreibt er den Einfluss des MoMiG auf das Kapitalschutzsystem aber nur sehr knapp.

<sup>28</sup> Vgl. *Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2205 BGB Rn. 28; *Pauli*, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, HdB Testamentsvollstreckung, § 5 Rn. 149; *Wälzholz*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht 2014, 67, 72; *Weidlich*, NJW 2011, 641, 645; *Weidlich/Friedberger*, notar 2021, 187, 191.

<sup>29</sup> Das kapitalgesellschaftsrechtliche Kapitalschutzsystem wird klassischerweise in Form eines Dreiklangs bestehend aus Mindestkapital, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung beschrieben, siehe etwa *Mülbert*, Der Konzern 2004, 151, 154; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 556 ff. Zu den drei Komponenten ausführlich Kap. 3 § 3 C. I.

<sup>30</sup> So ausdrücklich *Schön*, Der Konzern 2004, 162, 165. Daher fand auch bereits im Vorfeld des Inkrafttretens des MoMiG eine umfassende rechtspolitische Debatte über die Bedeutung

Kapitalerhaltung im Gesamtgefüge des Haftungssystems von Handels- und Gesellschaftsrecht auf ihre Bedeutung für die Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen erscheint damit angezeigt. In diesem Rahmen ist sich insbesondere mit der bisher weitestgehend ausgeklammerten<sup>31</sup> Frage zu beschäftigen, inwiefern die kapitalgesellschaftsrechtlichen Vorgaben über den Kapitalschutz im Fall einer Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen überhaupt Berücksichtigung beanspruchen können. Unter Offenlegung ihrer *ratio legis* sind die Vorschriften dafür darauf zu überprüfen, ob sie Ausdruck allgemeiner Prinzipien sind, die auch über das Kapitalgesellschaftsrecht hinaus für ein Wirtschaften mit gegenständlich beschränktem Risiko gelten.<sup>32</sup>

Unternehmensrechtlich im Vordringen schwebt über der echten Testamentsvollstreckterlösung jedoch weiterhin das Verdikt der Erbrechtswidrigkeit. Dieses formulierte Dauner-Lieb in ihrer Habilitationsschrift<sup>33</sup> aus dem Jahr 1998, in der sie in sehr präziser Art und Weise die bürgerlich-rechtliche Ausgangssituation der Testamentsvollstreckung herausarbeitete.<sup>34</sup> Sie sieht infolge der Verwaltung eines Einzelunternehmens durch den Testamentsvollstreckter eine Rechtslage entstehen, die das in §§ 1975 ff. BGB geschützte Interesse der Nachlassaltgläubiger, nicht schlechtergestellt zu werden als zum Zeitpunkt des Erbfalls, verletze.<sup>35</sup> Es komme somit zu einem Verstoß gegen das Leitbild der Bestandssicherung aus §§ 1975 ff. BGB, dem sich nur durch die teleologische Reduktion der §§ 2197 ff. BGB für alle Formen unternehmerischer Betätigung begegnen lasse.<sup>36</sup>

Bereits Marotzke betonte in seiner Rezension zu Dauner-Liebs Arbeit das Gewicht ihrer Argumente.<sup>37</sup> Dabei bekundete er zwar auch schon – freilich sehr zaghafte – Zweifel an ihrer Begründung und hielt es des weiteren Nachdenkens wert,

---

des Mindestkapitals statt, im Rahmen derer sich vielzählige Stimmen für eine Abschaffung des Mindestkapitals aussprachen. So insbesondere *Bauer*, Gläubigerschutz, S. 134 ff., 210 ff., 276 ff., insb. 331 ff.; *Bayer/Lieder*, GmbHR 2006, 1121, 1128 f.; *Grunewald/Noack*, GmbHR 2005, 189, 190; *Haas*, DStR 2006, 993, 1000; *Kühler*, Aktie, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt, S. 61 f.; *Mülbert*, Der Konzern 2004, 151, 161 f.

<sup>31</sup> *Quast*, Unternehmensfortführung, S. 82 hält insoweit lediglich fest, dass es aufgrund der funktionalen Vergleichbarkeit der Ämter von Testamentsvollstreckter und Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft naheliege, sich zur Untersuchung der Frage, ob und unter welchen Bedingungen die unternehmerische Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen zuzulassen ist, an den Kriterien des Kapitalgesellschaftsrechts zu orientieren.

<sup>32</sup> Siehe hierzu auch Kap. 3 § 3 C. I.

<sup>33</sup> *Dauner-Lieb*, Unternehmen.

<sup>34</sup> Zu Dauner-Liebs Argumentation im Detail Kap. 3 § 3 A. I.

<sup>35</sup> *Dauner-Lieb*, Unternehmen, S. 304 f., 312 ff.

<sup>36</sup> *Dauner-Lieb*, Unternehmen, S. 312 ff. Anders als die herrschende Meinung, die sich mit ihrer Kritik an den §§ 2197 ff. BGB allein auf einzelkaufmännische Unternehmen bezieht (so schon RGZ 132, 138, 144 f.), hält Dauner-Lieb die §§ 2197 ff. BGB damit auch für nichtkaufmännische Betriebe für unanwendbar. So ausdrücklich *Dauner-Lieb*, Unternehmen, S. 314. Zu ihrem Standpunkt ausführlich Kap. 3 § 3 A. I. 2.

<sup>37</sup> *Marotzke*, AcP 199 (1999), 615, 622.