

Philipp Kowalski

Die Ausübung mitgliedschaftlicher Kapitalgesellschafterrechte durch eine Erbengemeinschaft

OPEN ACCESS

 Springer

Die Ausübung mitgliedschaftlicher Kapitalgesellschafterrechte durch eine Erbengemeinschaft

Philipp Kowalski

Die Ausübung
mitgliedschaftlicher
Kapitalgesellschafterrechte
durch eine
Erbengemeinschaft

 Springer

Philipp Kowalski
Köln, Deutschland

Dissertation, Universität zu Köln, Köln 2022



ISBN 978-3-658-42442-8 ISBN 978-3-658-42443-5 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-42443-5>

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

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en) 2023. Dieses Buch ist eine Open-Access-Publikation.

Open Access Dieses Buch wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Buch enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeichninhabers sind zu beachten. Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Planung/Lektorat: Marija Kojic
Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.
Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Dezember 2021 fertiggestellt und im Wintersemester 2022/2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertationsschrift angenommen. Der Abschluss des Promotionsverfahrens erfolgte mit der Disputation am 25. Oktober 2022. Rechtsprechung und Literatur konnten darüber hinaus bis zum März 2023 berücksichtigt werden.

Dem Betreuer und Erstgutachter, Herrn *Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke, LL.M., M.A.*, sowie der Zweitgutachterin, Frau *Prof. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb*, danke ich.

Des Weiteren danke ich meinem guten Freund, Herrn *Prof. Dr. Christoph Gröpl*, für seinen Rat und seine stete persönliche Unterstützung während der Promotionsphase und so manch schwieriger Herausforderung. Für den herzlichen und anregenden Austausch zum Thema danke ich Herrn *Prof. Dr. Knut Werner Lange* sowie Herrn *Prof. Dr. Jochen Vetter*. Außerdem danke ich meinen übrigen Freunden – innerhalb wie außerhalb der Rechtswissenschaft – für die guten Gespräche und den Beistand während dieser Zeit.

Dank gebührt im Übrigen den schweizerischen Entwicklern des Literaturverwaltungsprogramms *Citavi*, welches den technischen Prozess der Ordnung, Katalogisierung und Einfügung der verwendeten Quellen trotz so mancher mittlerweile entstandener Tücken doch erheblich vereinfacht und mir die wissenschaftliche Arbeit damit besonders erleichtert hat. Danken möchte ich in diesem Zusammenhang auch der Universität zu Köln als solcher, dass sie ihren Mitgliedern dieses Programm wie auch die Microsoft Office-Programme zur Textverarbeitung zur Verfügung gestellt hat.

Mein besonderer persönlicher Dank gilt meinen Eltern, die mir das Studium, die Promotion und die Verlagsveröffentlichung ermöglicht und mich in allen Lebenslagen stets unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXI

Kapitel 1: Einleitung..... 1

A. <i>Einführung</i>	1
B. <i>Problemstellung</i>	2
C. <i>Vorgehensweise</i>	7

Kapitel 2: Die Gesellschafterstellung der Erbengemeinschaft.....11

A. <i>Vorüberlegungen</i>	11
B. <i>Mitgliedschaftsbezogene Teilungsverbote</i>	14
C. <i>Diskrepanz von objekt- und subjektbezogener Rechtszuordnung</i>	17
D. <i>Erbengemeinschaft als nichtrechtsfähige überindividuelle Einheit</i>	23
E. <i>Phasen der Rechtsausübung</i>	26
F. <i>Regelungsbereiche der relevanten Normen</i>	29
I. § 18 Abs. 1 GmbHG.....	29
II. § 69 Abs. 1 AktG	36
III. Exkurs: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG.....	42
IV. §§ 2038 ff. BGB.....	44
G. <i>Vergleich mit einer rechtsfähigen Erbengemeinschaft</i>	45

Kapitel 3: Die erbrechtliche Verwaltung des Gesellschaftsanteils.....	49
A. Die Struktur der §§ 2038 ff. BGB	49
I. Regelungsbereiche.....	50
II. Dogmatik der Vertretung bei der Nachlassverwaltung.....	65
III. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	77
B. Die Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2. S. 1, 745 BGB	77
I. Verwaltung des Gegenstands nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB.....	78
II. Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Gegenstands nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB.....	79
III. Keine wesentliche Veränderung des Gegenstands nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB	117
IV. (Keine) Erforderlichkeit	132
V. Gesamt- oder Einzelvertretungsmacht	132
VI. Zusammenfassung	133
VII. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	133
C. Das Stimmverhalten der Miterben	134
I. Mitwirkungspflicht nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB	134
II. Treu und Glauben (§ 242 BGB) und Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB).....	138
III. Treuepflichten zwischen den Miterben	142
IV. Verschuldensmaßstab	148
V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	149
D. Sekundäre Aspekte der Beschlussfassung	149
I. Wechselseitige Auskunftsrechte zwischen den Miterben	149
II. Das Beschluss(mängel)recht der Erbengemeinschaft.....	151
E. Die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB.....	153
I. Zur Erhaltung notwendige Maßregel	154

II.	Kein vorrangiger Mehrheitsbeschluss der Erbengemeinschaft.....	155
III.	Dringlichkeit.....	155
IV.	Haftung bei Nichtvornahme einer Einzelverwaltungsmaßnahme.....	156
V.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	157
F.	<i>Abstufung der Entscheidungsfreiheit</i>	158

Kapitel 4: Die Geltendmachung gegenüber der Gesellschaft 159

A.	<i>Aktienrecht: § 69 Abs. 1 AktG</i>	159
I.	Erfordernis der Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters.....	160
II.	Person des gemeinschaftlichen Vertreters.....	167
III.	Person des Vertretenen.....	172
IV.	Bevollmächtigung.....	173
V.	Mehrzahl gemeinschaftlicher Vertreter.....	195
VI.	Rechtsmacht.....	198
VII.	Pflichten.....	203
VIII.	Zusammenfassung.....	204
IX.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	205
B.	<i>GmbH-Recht: § 18 Abs. 1 GmbHG</i>	206
I.	Erfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsausübung.....	206
II.	Unmittelbare Rechtsausübung in der Gesellschafterversammlung.....	209
III.	Option der Bestellung eines einzelnen gemeinschaftlichen Vertreters.....	212
IV.	Zusammenfassung.....	215
V.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	215
C.	<i>Exkurs: Genossenschaftsrecht: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG</i>	216

I.	Entsprechende Anwendung der Grundsätze zu § 69 Abs. 1 AktG	216
II.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	217
<i>D.</i>	<i>Zwischenstand zu den Rechtsausübungsvorschriften</i>	<i>218</i>
<i>E.</i>	<i>Übertragung auf die mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte</i>	<i>219</i>
I.	Unmittelbare Rechtsausübung gemäß § 18 Abs. 1 GmbHG.....	219
II.	Bestellung und Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters	230
III.	Erteilung einer Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter bezüglich der Ausübung eines bestimmten Mitgliedschaftsrechts.....	231
IV.	Stimmbindungsverträge.....	243
V.	Zusammenfassung	246
VI.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	247
<i>F.</i>	<i>Die Testamentsvollstreckung</i>	<i>247</i>
I.	Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers.....	248
II.	Person des Testamentsvollstreckers.....	259
III.	Entschlussfassung und Beschlussfassung	260
IV.	Rechtsmacht.....	262
V.	Pflichten.....	275
VI.	Zusammenfassung	276
VII.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	277
 Kapitel 5: Die Schranken der Rechtsausübung		 279
<i>A.</i>	<i>Register- und Listenpublizität.....</i>	<i>279</i>
I.	Das Aktienregister: § 67 Abs. 2 S. 1 AktG	279
II.	Die GmbH-Gesellschafterliste: §§ 16 Abs. 1 S. 1, 40 GmbHG.....	284
III.	Exkurs: Die genossenschaftsrechtliche Mitgliederliste: § 30 Abs. 2 S. 1 GenG.....	290

IV.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	291
<i>B.</i>	<i>Die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht.....</i>	<i>291</i>
I.	Dogmatische Ableitung.....	292
II.	Voraussetzungen.....	294
III.	Rechtsfolgen.....	296
IV.	Zusammenfassung.....	307
V.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	307
<i>C.</i>	<i>Die Stimmverbote.....</i>	<i>308</i>
I.	Stimmverbotstatbestände.....	309
II.	Übertragung auf den Untersuchungsgegenstand.....	310
III.	Zusammenfassung.....	323
IV.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	324
<i>D.</i>	<i>Der Rechtsausschluss nach § 20 Abs. 7 AktG.....</i>	<i>325</i>
I.	Pauschaler Konzernkonflikt durch das Entstehen einer Erbengemeinschaft.....	326
II.	Einzelfallabhängiger Konzernkonflikt aufgrund der vermögenszuordnenden Betrachtung.....	334
III.	Einzelfallabhängiger Konzernkonflikt aufgrund der personenzuordnenden Betrachtung.....	335
IV.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	337
<i>E.</i>	<i>Der Rechtsausschluss nach § 44 WpHG.....</i>	<i>339</i>
I.	Erbengemeinschaft.....	340
II.	Testamentsvollstrecker.....	360
III.	Gemeinschaftlicher Vertreter.....	367
IV.	Konkurrenzen bei der Verpflichtung Mehrerer.....	367
V.	Zusammenfassung.....	368
VI.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	369
<i>F.</i>	<i>Der Rechtsausschluss nach § 59 WpÜG.....</i>	<i>369</i>
I.	Erbengemeinschaft.....	370
II.	Testamentsvollstrecker.....	392

III.	Gemeinschaftlicher Vertreter.....	395
IV.	Konkurrenzen bei der Verpflichtung Mehrerer	395
V.	Zusammenfassung	397
VI.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	397
 Kapitel 6: Schluss		 399
A.	<i>Der gesamthänderische Zuordnungsdualismus.....</i>	<i>399</i>
B.	<i>Ausblick.....</i>	<i>405</i>
C.	<i>Zusammenfassung in Thesen</i>	<i>408</i>
 Literaturverzeichnis		 411

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXI
Kapitel 1: Einleitung.....	1
A. <i>Einführung</i>	1
B. <i>Problemstellung</i>	2
C. <i>Vorgehensweise</i>	7
Kapitel 2: Die Gesellschafterstellung der Erbengemeinschaft.....	11
A. <i>Vorüberlegungen</i>	11
B. <i>Mitgliedschaftsbezogene Teilungsverbote</i>	14
C. <i>Diskrepanz von objekt- und subjektbezogener Rechtszuordnung</i>	17
D. <i>Erbengemeinschaft als nichtrechtsfähige überindividuelle Einheit</i>	23
E. <i>Phasen der Rechtsausübung</i>	26
F. <i>Regelungsbereiche der relevanten Normen</i>	29
I. § 18 Abs. 1 GmbHG.....	29
1. Horizontale Regelungsreichweite.....	30
a) Äußere Einheitlichkeit und innere Einstimmigkeit	30
b) Nur äußere Einheitlichkeit.....	31
c) Stellungnahme.....	31
aa) Auslegung nach dem Wortlaut	31
bb) Systematische Auslegung.....	32

	cc) Historische Auslegung	33
	dd) Auslegung nach dem Sinn und Zweck	34
	d) Zusammenfassung	35
	2. Vertikale Regelungsreichweite.....	36
II.	§ 69 Abs. 1 AktG.....	36
	1. Horizontale Regelungsreichweite	37
	a) Äußere Einheitlichkeit und innere Einstimmigkeit.....	37
	b) Nur äußere Einheitlichkeit	38
	c) Stellungnahme	38
	aa) Auslegung nach dem Wortlaut	38
	bb) Systematische Auslegung.....	39
	cc) Historische Auslegung	39
	dd) Auslegung nach dem Sinn und Zweck.....	41
	d) Zusammenfassung	41
	2. Vertikale Regelungsreichweite.....	41
III.	Exkurs: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG.....	42
	1. Horizontale Regelungsreichweite	42
	2. Vertikale Regelungsreichweite.....	43
IV.	§§ 2038 ff. BGB.....	44
G.	<i>Vergleich mit einer rechtsfähigen Erbengemeinschaft</i>	45

Kapitel 3: Die erbrechtliche Verwaltung des Gesellschaftsanteils.....49

A.	<i>Die Struktur der §§ 2038 ff. BGB</i>	49
I.	Regelungsbereiche.....	50
	1. Verwaltungsformen gemäß § 2038 BGB.....	50
	2. Verfügung gemäß § 2040 BGB	51
	3. Nachlassforderungen gemäß § 2039 BGB.....	51
	4. System der Nachlassverwaltung.....	52
	a) Limitierte Mehrheitsverwaltung.....	52
	b) Vollziehende Mehrheitsverwaltung.....	53
	aa) Restriktive Vollziehungsbefugnis der Mehrheit.....	55

bb)	Eingeschränkte Vollziehungsbefugnis der Mehrheit	55
cc)	Unbeschränkte Vollziehungsbefugnis der Mehrheit	56
dd)	Anwendung der Linien auf die Ausübung der Gesellschafterrechte	56
c)	Stellungnahme	59
5.	Zusammenfassung	65
II.	Dogmatik der Vertretung bei der Nachlassverwaltung	65
1.	Die Erbengemeinschaft als eigene Entität	66
2.	Die Miterben als mehrere Individuen	66
3.	Die Erbengemeinschaft als nichtrechtsfähige aber überindividuelle Einheit	67
4.	Stellungnahme	67
III.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	77
<i>B.</i>	<i>Die Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2. S. 1, 745 BGB</i>	<i>77</i>
I.	Verwaltung des Gegenstands nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB	78
II.	Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Gegenstands nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB	79
1.	Allgemeine Definition im Recht der Bruchteilsgemeinschaft	80
2.	Spezielle Definition für das Erbrecht	82
a)	Strenge Gesamtnachlassbetrachtung	84
aa)	Ansatz	84
bb)	Stellungnahme	86
b)	Strenge Einzelgegenstandsbetrachtung	88
aa)	Ansatz	88
bb)	Stellungnahme	89
c)	Orientierung an den Wertungen des § 116 HGB	90
aa)	Ansatz	90
bb)	Stellungnahme	90
d)	Orientierung an den Wertungen des § 21 Abs. 5 WEG	95
aa)	Ansatz	95
bb)	Stellungnahme	96

e) Quotale Stimmrechtsverteilung.....	98
aa) Ansatz.....	98
bb) Stellungnahme.....	98
3. Zwischenstand	101
4. Analoge Anwendung der Regeln zum Geschäftsleiterermessen gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf den Ordnungsmäßigkeitsbegriff in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB.....	102
a) Gesetzeslücke	103
b) Gleichsetzbarkeit der Interessenlage	104
aa) Hintergrund der Business Judgment Rule.....	104
bb) Originäre Ableitung	106
(1) Vergleich der Rechtsmacht	106
(2) Vergleich des Wirtschaftsbezugs der Maßnahme.....	108
(3) Vergleich der Haftungsverantwortung	109
(4) Vergleich der Schadenssphären	111
(5) Vergleich des Pflichtensystems.....	112
(6) Systematisch-teleologischer Vergleich mit § 2216 Abs. 1 BGB.....	114
cc) Derivative Ableitung.....	115
(1) Geschäftsleiterermessen des Gesellschafters.....	115
(2) Durchschlag auf die Erbengemeinschaft	116
dd) Zusammenfassung.....	116
c) Zusammenfassung und Folgerungen.....	116
III. Keine wesentliche Veränderung des Gegenstands nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB	117
1. Begriff der wesentlichen Veränderung	118
a) Ansätze in der Rechtsprechung.....	118
b) Stellungnahme	119
2. Begriff des Gegenstands.....	122
a) Strenge Gesamtnachlassbetrachtung	122
aa) Ansatz	122
(1) Erste Voraussetzung: Hinreichendes Gewicht des Kapitalgesellschaftsanteils im Nachlass	123

	(2) Zweite Voraussetzung: Qualitative Veränderung des Kapitalgesellschaftsanteils.....	124
	bb) Stellungnahme	125
	b) Strenge Einzelgegenstandsbetrachtung	127
	aa) Ansatz.....	127
	bb) Stellungnahme	128
	c) Eingeschränkte Gesamtnachlassbetrachtung	129
	aa) Ansatz.....	129
	bb) Stellungnahme	130
	d) Zusammenfassung	131
	3. Zusammenfassung	131
IV.	(Keine) Erforderlichkeit	132
V.	Gesamt- oder Einzelvertretungsmacht	132
VI.	Zusammenfassung.....	133
VII.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	133
C.	<i>Das Stimmverhalten der Miterben</i>	134
I.	Mitwirkungspflicht nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB.....	134
	1. Voraussetzungen.....	135
	2. Rechtsfolge.....	136
II.	Treu und Glauben (§ 242 BGB) und Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB)	138
III.	Treuepflichten zwischen den Miterben.....	142
	1. Auf gesellschaftsrechtlicher Basis	143
	a) Ansatz	143
	b) Stellungnahme.....	143
	2. Auf allgemein bürgerlich-rechtlicher Basis.....	144
	a) Die Erbengemeinschaft als ähnlicher geschäftlicher Kontakt nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB	144
	aa) Ansatz.....	144
	bb) Stellungnahme	145
	b) Aus der Sicherungs- und Allokationseigenschaft der Gesamthand.....	147
	aa) Ansatz.....	147
	bb) Stellungnahme	147

c) Zusammenfassung	148
IV. Verschuldensmaßstab	148
V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	149
<i>D. Sekundäre Aspekte der Beschlussfassung</i>	<i>149</i>
I. Wechselseitige Auskunftsrechte zwischen den Miterben	149
II. Das Beschluss(mängel)recht der Erbengemeinschaft	151
<i>E. Die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB</i>	<i>153</i>
I. Zur Erhaltung notwendige Maßregel	154
II. Kein vorrangiger Mehrheitsbeschluss der Erbengemeinschaft	155
III. Dringlichkeit	155
IV. Haftung bei Nichtvornahme einer Einzelverwaltungsmaßnahme	156
V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	157
<i>F. Abstufung der Entscheidungsfreiheit</i>	<i>158</i>
Kapitel 4: Die Geltendmachung gegenüber der Gesellschaft	159
<i>A. Aktienrecht: § 69 Abs. 1 AktG</i>	<i>159</i>
I. Erfordernis der Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters	160
1. Grundsatz	160
2. Verzichtsmöglichkeiten	160
3. Gesetzliche Ausnahme: Die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB	164
a) Vorrang des Erbrechts	164
b) Vorrang des Aktienrechts	165
c) Stellungnahme	166
II. Person des gemeinschaftlichen Vertreters	167
1. Gesetzliche Grenzen	168
a) Miterbe	168

b)	Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied der Aktiengesellschaft	168
c)	Anderer Aktionär der Aktiengesellschaft.....	169
d)	Grenzen aufgrund der mitgliederschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	170
2.	Satzungsvorgaben	170
III.	Person des Vertretenen.....	172
IV.	Bevollmächtigung	173
1.	Grundsätze.....	173
2.	Zeitliche Beschränkbarkeit der Vollmacht	174
3.	Gegenständliche und inhaltliche Beschränkbarkeit der Vollmacht	174
a)	Absolute Beschränkbarkeit.....	175
b)	Inhaltliche Unbeschränkbarkeit	175
c)	Gegenständliche und inhaltliche Unbeschränkbarkeit.....	176
d)	Stellungnahme.....	177
aa)	Auslegung nach dem Wortlaut	177
bb)	Systematische Auslegung.....	177
cc)	Historische Auslegung	180
dd)	Auslegung nach dem Sinn und Zweck	184
ee)	Zusammenfassung.....	190
4.	Form.....	190
5.	Erklärungsgegner.....	191
6.	Nachweis der Legitimation	192
V.	Mehrzahl gemeinschaftlicher Vertreter	195
1.	Mehrere Vertreter mit Gesamtvertretungsbefugnis	195
2.	Mehrere Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis	196
3.	Die Beschlussfassung zwischen den gemeinschaftlichen Vertretern	197
VI.	Rechtsmacht.....	198
1.	Grundsatz	198
2.	Stimmbindungsverträge	199
3.	Uneinheitliche Abstimmung	202
VII.	Pflichten.....	203
VIII.	Zusammenfassung.....	204
IX.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	205

B.	<i>GmbH-Recht: § 18 Abs. 1 GmbHG</i>	206
I.	Erfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsausübung.....	206
	1. Grundsatz.....	206
	2. Privatautonome Ausnahmen.....	206
	3. Erbrechtliche Ausnahmen	208
II.	Unmittelbare Rechtsausübung in der Gesellschafterversammlung.....	209
	1. Uneinigkeit	209
	2. Uneinheitliche Abstimmung.....	210
III.	Option der Bestellung eines einzelnen gemeinschaftlichen Vertreters	212
	1. Allgemeines	213
	2. Sperrwirkung gegenüber der unmittelbaren Rechtsausübung	214
IV.	Zusammenfassung	215
V.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	215
C.	<i>Exkurs: Genossenschaftsrecht: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG</i>	216
I.	Entsprechende Anwendung der Grundsätze zu § 69 Abs. 1 AktG	216
II.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	217
D.	<i>Zwischenstand zu den Rechtsausübungsvorschriften</i>	218
E.	<i>Übertragung auf die mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte</i>	219
I.	Unmittelbare Rechtsausübung gemäß § 18 Abs. 1 GmbHG.....	219
	1. Verwaltungsrechte	220
	a) Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung	220
	b) Recht auf Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 50 Abs. 1 GmbHG	223
	c) Recht auf Ankündigung von Beschlussgegenständen nach § 50 Abs. 2 GmbHG	224
	d) Informationsrechte nach § 51a GmbHG.....	224

e)	Stimmrecht	227
f)	Antragsrecht	228
g)	Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen in analoger Anwendung der §§ 241 ff. AktG	228
h)	Einwirkung auf die Geschäftsführung und sonstige Verwaltungsrechte	229
2.	Vermögensrechte	230
II.	Bestellung und Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters	230
III.	Erteilung einer Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter bezüglich der Ausübung eines bestimmten Mitgliedschaftsrechts	231
1.	Aktienrecht: § 69 Abs. 1 AktG	231
a)	Versammlungsgebundene Aktionärsrechte	231
aa)	Teilnahmerecht	232
bb)	Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG	232
cc)	Stimmrecht im Sinne der §§ 12 Abs. 1 S. 1, 134 AktG	236
dd)	Übrige Rechte	237
b)	Nichtversammlungsgebundene Aktionärsrechte	237
2.	Exkurs: Genossenschaftsrecht: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG	240
a)	Versammlungsgebundene Mitgliederrechte	240
b)	Nichtversammlungsgebundene Mitgliederrechte	242
aa)	Einsichts- und Abschrifterteilungsrechte	242
bb)	Recht auf Erhebung einer Beschlussmängelklage	242
cc)	Übrige Rechte	243
IV.	Stimmbindungsverträge	243
1.	Eintritt in einen bestehenden Stimmbindungsvertrag	243
2.	Abschluss neuer Stimmbindungsverträge	246
V.	Zusammenfassung	246
VI.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	247
F.	<i>Die Testamentsvollstreckung</i>	247
I.	Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers	248

1.	Allgemeine Rechtsstellung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.....	249
2.	Besondere Rechtsstellung in Bezug auf § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG	251
	a) Gemeinschaftlicher Vertreter kraft Gesetzes.....	251
	b) Selbstbenennung unter Ausklammerung des § 181 BGB	253
	c) Überlagerung des Vertretererfordernisses durch § 2205 BGB.....	253
	d) Stellungnahme	253
3.	Zusammenfassung.....	259
II.	Person des Testamentsvollstreckers.....	259
III.	Entschlussfassung und Beschlussfassung	260
IV.	Rechtsmacht.....	262
	1. Ausübung der mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte	262
	a) Aktienrecht.....	263
	b) Recht der GmbH.....	264
	c) Genossenschaftsrecht.....	265
	2. Gesellschaftsrechtliche Grenzen.....	266
	a) Kernbereichslehre.....	266
	b) Person des Rechtsausübenden.....	267
	3. Erbrechtliche Grenzen.....	268
	4. Stimmbindungsverträge	270
	a) Eintritt in einen bestehenden Stimmbindungsvertrag.....	270
	b) Abschluss neuer Stimmbindungsverträge.....	271
V.	Pflichten.....	275
VI.	Zusammenfassung	276
VII.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	277
 Kapitel 5: Die Schranken der Rechtsausübung		279
A.	<i>Register- und Listenpublizität</i>	279
I.	Das Aktienregister: § 67 Abs. 2 S. 1 AktG	279

1.	Rechtsstellung der Erbengemeinschaft im Verhältnis zur Aktiengesellschaft.....	280
2.	Eintragung der Erbengemeinschaft	281
3.	Eintragung des gemeinschaftlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers.....	283
II.	Die GmbH-Gesellschafterliste: §§ 16 Abs. 1 S. 1, 40 GmbHG	284
1.	Rechtsstellung der Erbengemeinschaft im Verhältnis zur GmbH.....	285
2.	Eintragung der Erbengemeinschaft	286
3.	Eintragung des gemeinschaftlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers.....	289
III.	Exkurs: Die genossenschaftsrechtliche Mitgliederliste: § 30 Abs. 2 S. 1 GenG.....	290
1.	Eintragung der Erbengemeinschaft	290
2.	Eintragung des gemeinschaftlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers.....	291
IV.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit.....	291
B.	<i>Die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht</i>	291
I.	Dogmatische Ableitung.....	292
II.	Voraussetzungen	294
1.	Mitgliedschaft in der Gesellschaft.....	294
2.	Bestehen einer einzelfallabhängigen Konkretisierung	294
III.	Rechtsfolgen	296
1.	Erbengemeinschaft	296
a)	Verpflichteter	296
b)	Pflichtenumfang	297
aa)	Äußere Ebene	297
bb)	Innere Ebene.....	298
(1)	Mehrstufige Treuepflicht.....	298
(2)	Berücksichtigung im Rahmen des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB	303
c)	Konsequenzen der Nichterfüllung	305
2.	Gemeinschaftlicher Vertreter.....	305

3.	Testamentsvollstrecker.....	306
IV.	Zusammenfassung	307
V.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	307
C.	<i>Die Stimmverbote</i>	308
I.	Stimmverbotstatbestände.....	309
II.	Übertragung auf den Untersuchungsgegenstand	310
1.	Stimmverbot im gesellschaftsrechtlichen Willensbildungsorgan	311
a)	Stimmverbot aufgrund der erbengemeinschaftlichen Vermögensbindung	311
b)	Stimmverbot aufgrund der Person eines der Miterben	312
aa)	Stimmverbot nur bei maßgeblichem Einfluss des betroffenen Miterben.....	313
bb)	Differenzierung nach Mehrheits- und Einstimmigkeitsbeschlüssen in der Erbengemeinschaft.....	314
cc)	Automatisch pauschales Stimmverbot.....	315
dd)	Stellungnahme.....	315
2.	Stimmverbot innerhalb der Erbengemeinschaft.....	318
3.	Stimmverbot des gemeinschaftlichen Vertreters.....	319
a)	Derivatives Stimmverbot	320
b)	Originäres Stimmverbot.....	320
aa)	Externer gemeinschaftlicher Vertreter	320
bb)	Interner gemeinschaftlicher Vertreter	321
4.	Stimmverbot des Testamentsvollstreckers.....	321
III.	Zusammenfassung	323
IV.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	324
D.	<i>Der Rechtsausschluss nach § 20 Abs. 7 AktG</i>	325
I.	Pauschaler Konzernkonflikt durch das Entstehen einer Erbengemeinschaft	326
1.	Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG	326

2.	Die Erbgemeinschaft als Unternehmen gemäß §§ 15 ff. AktG?	327
	a) Vermögensverselbstständigung	327
	b) Zweckorientierter Unternehmensbegriff	328
	c) Keine Unternehmenseigenschaft des Privataktionärs	331
	d) Zusammenfassung	332
3.	Analoge Anwendung des § 20 Abs. 1 S. 1 AktG?	332
4.	Keine generelle Veröffentlichungspflicht aufgrund der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	333
5.	Zusammenfassung	334
II.	Einzelfallabhängiger Konzernkonflikt aufgrund der vermögenszuordnenden Betrachtung	334
III.	Einzelfallabhängiger Konzernkonflikt aufgrund der personenzuordnenden Betrachtung	335
	1. Vergleich zum Aktionärspool	335
	2. Beherrschung	336
	3. Zusammenfassung	337
IV.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	337
E.	<i>Der Rechtsausschluss nach § 44 WpHG</i>	339
I.	Erbgemeinschaft	340
	1. Wechsel eines schwellenberührenden Aktienpakets vom Erblasser zur Erbgemeinschaft	340
	a) Erreichen der Stimmrechte	340
	b) Verpflichteter	342
	c) Entstehungszeitpunkt der Pflicht	343
	d) Pflichtumfang und -frist	344
	e) Konsequenzen der Nichterfüllung	345
	aa) Temporärer Rechtsverlust nach § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG	345
	bb) Verlängerter Rechtsverlust im Fall des § 44 Abs. 1 S. 3 WpHG	347
	cc) Hauptversammlung	348
	dd) Schadensersatzansprüche seitens etwaiger Pool-Mitaktionäre	348

ee)	Ansprüche seitens der Aktiengesellschaft und der Mitaktionäre.....	349
f)	Wege der Miterben zur Sicherung der Pflichterfüllung.....	350
2.	Erstmalige Entstehung einer Mitteilungspflicht durch den Erbfall im Wege der Stimmrechtsaddition	351
a)	Addition der Stimmrechte aus den Aktien der Erbengemeinschaft mit denen aus den Aktien der Miterben	351
aa)	Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben.....	351
bb)	Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben entsprechend der Erbquote	352
cc)	Von den Miterben zur Erbengemeinschaft.....	352
b)	Ausschluss einer Stimmrechtsaddition.....	353
c)	Stellungnahme	353
3.	Keine Vererbung einer noch nicht erfüllten Mitteilungspflicht des Erblassers an die Erbengemeinschaft.....	359
4.	Zeitlich nachfolgender Erwerb weiterer Aktien.....	360
II.	Testamentsvollstrecker	360
1.	Originäre Mitteilungspflicht.....	361
a)	Voraussetzungen.....	361
aa)	Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG.....	361
bb)	Nichtvorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG	362
cc)	Stellungnahme.....	363
b)	Rechtsfolge.....	364
2.	Derivative Mitteilungspflicht	365
III.	Gemeinschaftlicher Vertreter.....	367
IV.	Konkurrenzen bei der Verpflichtung Mehrerer	367
V.	Zusammenfassung	368
VI.	Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	369
<i>F.</i>	<i>Der Rechtsausschluss nach § 59 WpÜG.....</i>	<i>369</i>
I.	Erbengemeinschaft	370

1. Wechsel einer Kontrollposition vom Erblasser zur Erbengemeinschaft	370
a) Erlangung einer Kontrollposition nach § 29 Abs. 2 WpÜG	371
b) Verpflichteter	375
c) Entstehungszeitpunkt der Pflicht	376
d) Pflichtenumfang	379
aa) Veröffentlichungspflicht nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG	379
bb) Angebotspflicht nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG	380
e) Konsequenzen der Nichterfüllung	380
aa) Grundsätze	380
bb) Schadensersatzansprüche seitens etwaiger Pool-Mitaktionäre	381
cc) Ansprüche seitens der Aktiengesellschaft und der Mitaktionäre	381
f) Ausschluss der Pflichten gemäß § 36 Nr. 1 WpÜG	382
aa) Entstehen der Erbengemeinschaft als Erbgang im Sinne der Vorschrift	383
bb) Erfordernis eines familiären Näheverhältnisses zwischen dem Erblasser und den Erben	383
g) Ausschluss der Pflichten gemäß § 37 Abs. 1 WpÜG	386
2. Erstmalige Entstehung einer pflichtigen Kontrollposition durch den Erbfall im Wege der Stimmrechtsaddition	387
a) Addition der erbengemeinschaftlichen Aktien mit den Aktien der Miterben	387
aa) Von den Miterben zur Erbengemeinschaft	387
bb) Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben	387
cc) Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben entsprechend der Erbquote	388
b) Ausschluss einer Stimmrechtsaddition	389
c) Stellungnahme	389

3. Keine Vererbung einer noch nicht erfüllten Veröffentlichungs- und Angebotspflicht	391
4. Zeitlich nachfolgender Erwerb weiterer Aktien.....	391
II. Testamentsvollstrecker	392
1. Originäre Pflicht	392
2. Derivative Pflicht.....	395
III. Gemeinschaftlicher Vertreter.....	395
IV. Konkurrenzen bei der Verpflichtung Mehrerer	395
V. Zusammenfassung	397
VI. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit	397
Kapitel 6: Schluss	399
A. <i>Der gesamthänderische Zuordnungsdualismus</i>	399
B. <i>Ausblick</i>	405
C. <i>Zusammenfassung in Thesen</i>	408
Literaturverzeichnis	411

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft/Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Aktionärsrechte-RL	Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften
allg.	allgemein
allg. M.	allgemeine Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
ausdr.	ausdrücklich
ausf.	ausführlich
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	Bürgerliches Gesetzbuch-Entwurf
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DB	Der Betrieb
Denkschr. BGB	Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen
Denkschr. HGB	Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes
dems.	demselben
dens.	denselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
diff.	differenzierend
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark

DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
eG	eingetragene Genossenschaft
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
einschr.	einschränkend
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
et al.	et alii/et aliae/et alibus
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
exempl.	exemplarisch
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
FiMaNoG	Finanzmarktnovellierungsgesetz
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften
GesLV	Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (Gesellschafterlistenverordnung)
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (so seit 1963); Rundschau für GmbH (so von 1909 bis 1962)
grdl.	grundlegend
Großkomm. AktG	Aktiengesetz, Großkommentar (siehe im Literaturverzeichnis)
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

HGB	Handelsgesetzbuch
HGB-E	Handelsgesetzbuch-Entwurf
HKK BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
HRefG	Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften – Handelsrechtsreformgesetz
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
insb.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb. f. Dogmatik	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (so von 1857–1892; ab 1893 siehe „Jherings Jb.“)
Jherings Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (so ab 1893; von 1857–1892 siehe „Jb. f. Dogmatik“)
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen
KölnerKomm.	Kölner Kommentar
KommJur	KommunalJurist
krit.	kritisch
Krit. Ueberschau	Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	littera

LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen – Rheinland Pfalz – Saarland
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Million
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MoPeG	Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz
Mot. BGB	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MünchKomm.	Münchener Kommentar
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-FER	NJW-Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Prot. BGB	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht

RGBL.	Deutsches Reichsgesetzblatt
RGRK BGB	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RT-Drucks.	Reichstagsdrucksache
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite/Satz
SAfBR	Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß (so von 1898–1903; von 1904–1905: Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht; von 1906–1923 siehe: SAfRpfl)
SAfRpfl	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
Schmollers Jb.	Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche
SchVG	Schuldverschreibungsgesetz
SeuffA	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sog.	sogenannte/r
SozG	Sozialgericht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Transparenz-RL	Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG
UAbs.	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz
Univ.	Universität
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VV RVG	Vergütungsverzeichnis zum Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

WpAV	Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz (Wertpapierhan- delsanzeigeverordnung)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapier- handelsgesetz)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WpÜG-AngVO	Verordnung über den Inhalt der Angebotsunter- lage, die Gegenleistung bei Übernahmeangeboten und Pflichtangeboten und die Befreiung von der Verpflichtung zur Veröffentlichung und zur Ab- gabe eines Angebots
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Vermögensnachfolge
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschafts- recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (von 1907–1960: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht; von 1858–1907: Zeitschrift für das gesamte Handels- recht)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanie- rungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
zust.	zustimmend
ZWE	Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (so von 1943 bis heute; von 1879–1941: Zeitschrift für deutschen Zivilprozess)



Kapitel 1

Einleitung

A. Einführung

Aus § 69 Abs. 3 S. 1 AktG und § 15 Abs. 1 GmbHG ergibt sich explizit die Vererblichkeit der jeweiligen Kapitalgesellschaftsanteile. Die systematische Stellung der §§ 1922 ff., 2032 ff. BGB zeigt, dass das deutsche Privatrecht als Leitbild des Erben eine einzelne Person vor Augen hat.¹ Verstirbt nun ein Kapitalgesellschafter und existiert nicht ein einzelner Erbe, sondern eine Erbenmehrzahl, so ist das Recht mit der Aufgabe konfrontiert, die Erbengemeinschaft mit der Rolle des Gesellschafters in Einklang zu bringen. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Ausübung der mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte. Sie stellt den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung dar.

Der sich dazu ergebende Fragenkomplex berührt das allgemein bürgerliche Recht, die verschiedenen Sparten des Gesellschaftsrechts und im Fall von Aktien an börsennotierten Aktiengesellschaften auch das Kapitalmarktrecht. Diese Regelungsgebiete sind von unterschiedlichen Wertungen und dogmatischen Strukturen durchdrungen, die dadurch miteinander in Konflikt geraten, dass die Erbengemeinschaft einen Verbund besonderer Art darstellt. Bisweilen findet sich die Aussage, dass der an Personen und Personengesellschaften gewöhnte Gesellschaftsrechtler mit ihr gemeinhin nur wenig anfangen könne.² Umgekehrt dürfte der Erbrechtler in diesem Zusammenhang eher an Nachlassgegenstände denken, die als Objekte des Rechtsverkehrs ausgestaltet sind. Die Kapitalgesellschaften stellen jedoch

¹ Heinrich Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, § 42 I. 1. a) (S. 1079); v. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 (S. 795).

² Siehe etwa Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 408: „Die einschlägigen Regelungen, insbesondere die §§ 2038–2041, sind schwer zugänglich. Die Fülle der Einzelprobleme und der dazu vertretenen, kontroversen Stellungnahmen erscheint verwirrend und muß auf die [...] Vertreter des klassischen Handels- und Gesellschaftsrechts geradezu abschreckend wirken“.

juristische Personen und damit den natürlichen Personen im Grundsatz gleichgestellte Subjekte des Rechtsverkehrs dar.³ So kommt es, dass sich die Erbengemeinschaft über den vererbten Gesellschaftsanteil innerhalb eines rechtsfähigen Subjektes wiederfindet und dadurch zwei verschiedenartige Kollektive ineinander verwoben werden.

B. Problemstellung

Dass der Rechtsanwender dabei auf Probleme stößt, ergibt sich aus der eigenwilligen Stellung, welche die Erbengemeinschaft im deutschen Privatrecht einnimmt. Der historische Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat für sie die Rechtsfigur einer Gesamthandsgemeinschaft gewählt. Nicht von ungefähr wird die Gesamthand bisweilen als „Mysterienspiel“⁴ bezeichnet. Hinzu kommt noch das Institut des gemeinschaftlichen Vertreters, auf den § 69 Abs. 1 AktG ausdrücklich Bezug nimmt. Dass dessen Rolle im Gefüge zwischen der Erbengemeinschaft einerseits und der Körperschaft andererseits bislang nur schwach erforscht wurde, zeigt sich bereits daran, dass die ganz herrschende⁵ Meinung in Rechtsprechung und Literatur hier die Bezeichnung des *gemeinsamen* Vertreters synonym zu der des

³ F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 142 ff.; Ellenberger, in: Grüneberg, Vor § 21 BGB Rn. 8; Hadding, in: Soergel, 13. Aufl. 2000, Vor § 21 BGB Rn. 22; Heidel/Lochner, in: Heidel/Hüßtege et al., Vor §§ 21 ff. BGB Rn. 4; John, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 218 ff.; Leuschner, in: MünchKomm. BGB, Vor § 21 BGB Rn. 39; H. Roth, in: v. Staudinger, Einl. zu §§ 21 ff. BGB Rn. 1; K. Schmidt, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 36, 74 ff.; treffend Buchwald, GmbHR 1962, 25: „Die Kapitalgesellschaft hat doppelten Charakter. [...] Sie ist als juristische Person Rechtssubjekt, Inhaber des Gesellschaftsvermögens. [...] Sie ist aber zugleich im Verhältnis zu den Gesellschaftern Rechtsobjekt“.

⁴ Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316; vgl. auch Ulmer, AcP 198 (1998), 113: „ein noch immer unbekanntes Wesen?“, siehe auch A. Wilhelm, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 1.

⁵ Die Bezeichnung der „herrschenden“ Lehre oder Meinung wird in der Untersuchung nicht mit einem wie auch immer gearteten Wahrheitsanspruch kraft Autorität verbunden, vgl. Damler/Zeyher, AcP 218 (2018), 905, 939; Schnur, in: FS Forstthoff, 1967, S. 43 ff. Die Nutzung der Bezeichnung dient stattdessen dem Versuch einer abbildenden Darstellung der Linien, anhand derer die rechtswissenschaftliche Diskussion entlangläuft bzw. in der jeweiligen Zeit entlanglief.

gemeinschaftlichen Vertreters verwendet.⁶ Wie noch zu zeigen sein wird, ist in dieser kleinen, sprachlichen Differenz die Wurzel des zentralen Problems angedeutet, auf das man bei der Einordnung der Erbengemeinschaft in die jeweiligen Rechtsbereiche stößt. Hat der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt, so ist zusätzlich noch dessen Rolle im Gesamtgefüge der Dogmatik zu berücksichtigen. Die vorliegende Untersuchung ist der Aufgabe gewidmet, einen Beitrag zur Klärung eben dieses gebietsübergreifenden Spannungsverhältnisses zu leisten, in dem sich die Erbengemeinschaft im Verhältnis zur Körperschaft befindet.

Dabei muss sich die Untersuchung auch an der Rechtsnatur der Erbengemeinschaft orientieren. Denn an dieser Frage entscheidet sich, durch welche Linse der Rechtsverkehr – hier in Form der jeweiligen Gesellschaft – die Erbengemeinschaft betrachtet. Ihre Beantwortung erweist sich als schwierig.⁷ Eine konkrete Vorschrift, aus der sich die Rechtsnatur ableiten

⁶ Siehe BGH, Urteil vom 14.12.1967 – II ZR 30/67, BGHZ 49, 183, 191; OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 494 f.; OLG Nürnberg, Urteil vom 16.07.2014 – 12 U 2267/12, ZIP 2014, 2081; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873; BT-Drucks. IV/171 („AktG II“), S. 117; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 144 Fn. 791, S. 176, 189 f.; *Altmeyden*, in: ders., § 18 GmbHG Rn. 15; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 307, 369 Fn. 45; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 197; *Christ*, in: Ebeling/Geck, Handbuch der Erbengemeinschaft, 2021, § 20 Rn. 798 f.; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 136 Fn. 1, S. 138; *Kaya*, ZEV 2013, 593, 594; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 103 Rn. 139 f. (S. 1011), § 104 Rn. 188 (S. 1012 f.); *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 183; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 17; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 18; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 67; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 295 f.; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241; *Seibt*, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 20 f.; *Vocke-Kerkhof*, Die Rechte des GmbH-Gesellschafters in der obligatorischen Gruppenvertretung, 2020, S. 14; *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 49; *Michael Winter/Schümmer*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § 18 GmbHG Rn. 11; *S. K. Winter*, Die Vererbung von GmbH-Anteilen im Zivil- und Steuerrecht, 1997, S. 19.

⁷ Siehe zu den in Bezug auf das BGB vertretenen Theorien zur Gesamthand *Ascheuer*, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 224 ff.; *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, S. 23 ff.; *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 60 ff., 67 ff., 110 ff.

lassen könnte, existiert nicht.⁸ Im Recht der Erbengemeinschaft kollidieren der aus dem im modernen Recht entwickelte und vom römischen Recht zumindest mitinspirierte Begriff der Person als Träger der Rechtsverhältnisse⁹ einerseits und die wohl deutsch-rechtliche Gesamthandvorstellung¹⁰ andererseits miteinander.¹¹ Das führt zu Problemen bei der Zuordnung, da ein Vermögen¹² gemeinhin nur einem einzelnen Rechtssubjekt¹³ zugeordnet

⁸ *K. W. Lange*, *Erbrecht*, 2022, § 55 Rn. 9 (S. 549).

⁹ Dazu ausf. *Thiessen*, *Person und Vermögen.*, 1910, S. 19, der betont, dass der originär römisch-rechtliche Begriff der Person (*persona*) selbst relativ gewesen sei; vgl. auch v. *Gierke*, *ArchBürgR* 19 (1901), 114, 117; *Kannowski*, in: v. *Staudinger*, Vor § 1 BGB Rn. 2; *H. Koch*, *Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1935, S. 35; v. *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts* II, 1840, § 60 (S. 1 ff.).

¹⁰ *Ascheuer*, *Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen*, 1992, S. 53 ff.; *Buchda*, *Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre*, 1936, S. 15 ff.; *H. Koch*, *Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1935, S. 30 f.; *Heinrich Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 2001, § 42 I. 2. b) (S. 1080); *Limbach*, *Gesamthand und Gesellschaft*, 2016, S. 184 ff.; v. *Lübtow*, *Erbrecht* II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 1 (S. 796); *C. Schmidt*, *Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft*, 2015, S. 23; v. *Schwerin*, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 1928, § 15 I. (S. 59), § 107 I. (S. 325); *H. Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht* I, 1980, § 5 I 1 (S. 243 f.); wobei *Boehmer*, *Erbfolge und Erbenhaftung*, 1927, S. 40 betont, dass die §§ 2032 ff. BGB eine teilweise durch Elemente des Rechts der Bruchteilsgemeinschaft modifizierte Form der Gesamthand darstellten.

¹¹ Vgl. *Stobbe*, *ZRG* 4 (1864), 207, 214: „Der Gegensatz [...] läßt sich allgemeiner auch dahin angeben, daß nach römischem Recht die Vermögenssphäre jedes einzelnen Rechtssubjekts genau bestimmt und von der aller übrigen Individuen abgegränzt ist, nach deutschem Recht dagegen, wenn die Innigkeit der Familien- oder der sonstigen persönlichen Verhältnisse mehrere Individuen mit einander enge verbindet, nur das der Gesamtheit zustehende Recht seine feste Abgrenzung nach außen hin empfängt“; siehe auch *Boehmer*, *Erbfolge und Erbenhaftung*, 1927, S. 16: „Der geschichtliche Abriß zeigt die Tendenz der Rechte der Neuzeit, die Erbfolge war [sic] grundsätzlich auf der römischen Universalsukzession aufzubauen, aber dennoch dem deutschen Gedanken der Verselbständigung des Nachlasses zu einem vom Erbenvermögen getrennten Sondergut, jedenfalls für eine gewisse der Nachlaßregulierung dienende Zeitspanne nach dem Erbfall, Raum zu geben“.

¹² Zum Begriff *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I, 1931, § 124 (S. 397 ff.); *Neuner*, BGB AT, 2020, § 26 Rn. 14 ff. (S. 318 ff.); v. *Tuhr*, BGB AT I, 1910, § 18 (S. 313 ff.).

¹³ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I, 1931, § 124 II. (S. 400); *H. Koch*, *Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1935, S. 95;

wird und es umgekehrt ein subjektloses Vermögen nicht¹⁴ geben kann. Welche dogmatischen Konsequenzen sich daraus für die Rechtsanwendung im Bereich der kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft ergeben, wurde bis heute noch nicht als eigenes Problem aufgeworfen, geschweige denn geklärt.

Die Frage, wem die Subjektqualität zugestanden wird, hängt im Übrigen von der Frage nach der Rechtsfähigkeit ab. Auffällig ist, dass es dazu bislang noch keine Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der kapitalgesellschaftsrechtlichen beziehungsweise körperschaftsrechtlichen Bezüge¹⁵ gibt. Zwar existieren bereits mehrere Untersuchungen zur Stellung der Erbgemeinschaft an Kapitalgesellschaftsbeteiligungen.¹⁶ Diese sind jedoch erstens – mit Ausnahme einer jüngeren Untersuchung¹⁷ – auf eine einzelne Gesellschaftsform zugeschnitten, zweitens in ihrer Ausrichtung auf die rechtstechnische Funktionsweise der Gesamthand ausbaufähig oder unterstellen drittens ohne weitere Einordnung der damit verbundenen Zusammenhänge die Nichtrechtsfähigkeit der Erbgemeinschaft. Den Befürwortern der Rechtsfähigkeit zufolge führe die Annahme, dass die Erbgemeinschaft ein eigenes Rechtssubjekt sei, zu einer einfachen und klaren

Neuner, BGB AT, 2020, § 26 Rn. 30 (S. 321); *v. Tuhr*, BGB AT I, 1910, § 18 II. (S. 318); wohl auch *R. Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 76; vgl. auch *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 870 f.

¹⁴ So bereits nachdrücklich *v. Jhering*, Jb. f. Dogmatik 10 (1871), 387, 390; a. A. *Thiessen*, Person und Vermögen., 1910, S. 84; seinerzeit auch *Windscheid*, Krit. Ueberschau 1 (1853), 181, 188 ff.

¹⁵ Vgl. nur zur Beteiligtenfähigkeit der Erbgemeinschaft im aktienrechtlichen Spruchverfahren LG München I, Beschluss vom 30.05.2018 – 5 HK O 10044/16, BeckRS 2018, 18223 Rn. 57; zum Freigabeverfahren OLG Rostock, Beschluss vom 15.05.2013 – 1 AktG 1/13, AG 2013, 768, 769.

¹⁶ Insb. *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016; *v. Bressendorf/Meise*, RFamU 2022, 105 ff.; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbgemeinschaft, 1980; *Ivo*, ZEV 2006, 252, 253; *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113 ff.; *Raue*, GmbHR 2015, 121 ff.; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049 ff.; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241 ff.; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247 ff.

¹⁷ Siehe *Sarakinis*, Die Erbgemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021.

Lösung.¹⁸ Damit scheint im Umkehrschluss unterstellt zu werden, dass das derzeitige Regelwerk zu schwierig und zu kompliziert sei, um sinnvollerweise zur Problemlösung herangezogen zu werden. Wie die Konsequenzen eines Spurwechsels bei der Subjektzuordnung aussähen, wurde für vererbte Kapitalgesellschaftsanteile indes noch gar nicht untersucht.¹⁹ Dies kann nur gelingen, wenn die Regelungskomplexe nach dem derzeit herrschenden Modell der nichtrechtsfähigen Erbengemeinschaft im Detail erarbeitet und dann Punkt für Punkt vergleichend anhand des Konzeptes einer rechtsfähigen Erbengemeinschaft beleuchtet werden.²⁰ Auf diese Weise kann die gesamthänderische Zuordnung bei der Erbengemeinschaft bezüglich dieser speziellen Art von Nachlassgegenständen weiter durchdrungen und damit auch im Allgemeinen fortentwickelt werden.

Aufgrund der parallelen, körperschaftlichen Strukturen²¹ von Aktiengesellschaft und GmbH sowie der engen Wesensverwandtschaft der Aktie und des GmbH-Geschäftsanteils lassen sich diese beiden Arten von Kapitalgesellschaftsanteilen mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand strukturell miteinander gleichsetzen und insoweit nebeneinander untersuchen. Zusätzlich wird exkursorisch an den relevanten Punkten der Anteil an der eingetragenen Genossenschaft berücksichtigt. Denn diese stellt zwar keine²² Kapitalgesellschaft²³, sondern eine spezielle andere Art der privatrechtlichen

¹⁸ *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 197; zust. *Grunewald*, AcP 197 (1997), 305, 306 Fn. 5; *Wolf*, in: FS Canaris I, 2007, S. 1313, 1318 ff.; vgl. auch *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 383.

¹⁹ Vgl. zur Materie des Prozessrechts *Ahner*, Die Rechtsstellung der Erbengemeinschaft in Prozess und Zwangsvollstreckung, 2008, S. 135: „Die Anerkennung einer parteifähigen Erbengemeinschaft wird erst dann vertretbar, wenn der Nachweis geführt worden ist, dass sich deren Rechtsstellung im Prozess mit den geltenden Regelungen nicht interessengerecht bewältigen lässt“.

²⁰ Ähnlich sind seinerzeit etwa *Beuthien/A. Ernst*, ZHR 156 (1992), 227 ff. in ihrer Untersuchung zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mitglied in einer eingetragenen Genossenschaft vorgegangen.

²¹ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 22 (S. 655 ff.).

²² BGH, Urteil vom 16.06.1955 – II ZR 300/53, BGHZ 17, 385 ff.; *Reiner*, in: MünchKomm. HGB, § 264 HGB Rn. 3; *P. Scholz*, RNotZ 2021, 441, 443; implizit auch *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 1 GenG Rn. 3.

²³ Eine Legaldefinition bzw. Eingrenzung des Begriffs der Kapitalgesellschaften findet sich etwa in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG.

Körperschaft²⁴ in Form eines Hybrids zwischen dem Verein und der Kapitalgesellschaft dar.²⁵ Für den Untersuchungsgegenstand und insbesondere das Ziel der Entwicklung eines besseren Verständnisses der parallel ausgestalteten Rechtsausübungsvorschriften ist die entsprechende Mitberücksichtigung nichtsdestotrotz zielführend.

Die Arbeit verfolgt somit drei Ziele: Im Kern soll das bestehende Regelungswerk zur Rechtsstellung der nichtrechtsfähigen Erbengemeinschaft an Kapitalgesellschaftsanteilen in Bezug auf die mitgliedschaftliche Rechtsausübung beleuchtet und dabei in seinen Einzelproblemen kritisch überprüft werden. Flankierend soll an den relevanten Unterpunkten kurz vergleichend festgestellt werden, ob und wenn ja welche Veränderungen sich aus einer pragmatischen Perspektive ergäben, wenn man der Erbengemeinschaft Rechtsfähigkeit zugestünde. Drittens soll anhand einer Gesamtbeurteilung der untersuchten Einzelfragen ein Beitrag zu einem besseren Verständnis der gesamthänderischen Zuordnung gelingen. Die Untersuchung ist damit gerade auch auf die Gesamthandstheorie²⁶ selbst ausgerichtet.

C. Vorgehensweise

Die Untersuchung nähert sich dem dogmatischen Problem der Gesamthand nicht von historischer oder theoretischer, sondern pragmatischer Seite. Ausgehend von den einschlägigen Rechtsnormen und den in ihnen angelegten Wertungen wird von unten nach oben vorgegangen.²⁷ Der Untersuchungsrahmen ist auf die Erforschung des gesetzlichen Normalfalls beschränkt. Nicht behandelt werden Fragen der Kautelarjurisprudenz wie etwa danach, ob, wie und wann sich testamentarische oder satzungsmäßige Spezialregelungen empfehlen, oder ob die gesetzlichen Regelungen

²⁴ Vgl. zur Begrifflichkeit etwa *Leuschner*, in: MünchKomm. BGB, Vor § 21 BGB Rn. 6 f.

²⁵ *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 1 GenG Rn. 1.

²⁶ In wissenschaftstheoretischer Hinsicht wäre diese wohl aufgrund ihres verhältnismäßig ausgeprägten Abstraktionsgrads als Theorie mittlerer Reichweite einzuordnen, vgl. *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, § 19 II. (S. 165).

²⁷ Vgl. *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 49.

reformbedürftig sind.²⁸ Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden die Debatten und Ansätze aus dem 20. Jahrhundert zur Behandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bis zu der Übernahme der Akzessoritätstheorie durch die herrschende Lehre und Rechtspraxis ebenfalls nicht berücksichtigt. Die Untersuchung fragt, welche Konsequenzen sich aus der Anwendung der erbgemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das übergeordnete, dogmatische Verständnis von der Gesamthand ergeben. Das Rechtsinstitut des Testamentsvollstreckers wird dabei mitberücksichtigt. Denn dieser findet zwar durch privatautonome Anordnung des Erblassers in sein Amt, seine grundlegende Rechtsstellung wird indes ausdrücklich vom Gesetz selbst geregelt, weshalb auch er in das Rechtsgefüge eingeordnet werden muss. In methodischer²⁹ Hinsicht folgt die Untersuchung den etablierten Ansätzen zur Rechtsdogmatik. Im Einzelnen geht die Untersuchung wie folgt vor:

Im Anschluss an die Einleitung im vorliegenden ersten Kapitel wird im zweiten Kapitel die Gesellschafterstellung der Erbengemeinschaft auf zweierlei Weise erarbeitet: einmal nach dem Modell der Nichtrechtsfähigkeit und einmal rechtsvergleichend bei hypothetisch unterstellter Rechtsfähigkeit. Dabei wird anhand des ersten Modells insbesondere aufgezeigt, was unter dem bereits an diesem Punkt zu Tage tretenden Phänomen des Auseinanderfallens von Rechtssubjektivität und Vermögenszuordnung zu verstehen ist.

Das dritte Kapitel untersucht die Beschlussfassung und -ausführung durch die Erbengemeinschaft. Da die hierfür relevanten Regelungen keine Unterscheidung nach der Art der Erbschaftsgegenstände treffen, umfasst dieses Kapitel in erster Linie allgemein erbrechtliche Aspekte.

Im vierten Kapitel wird die Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte im unmittelbaren Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und der Gesellschaft untersucht. Dabei wird zwischen der Aktie und dem GmbH-Geschäftsanteil sowie ergänzend dem Anteil an der eingetragenen Genossenschaft unterschieden, sodass sich dieser Teil mit den untergeordneten Fragestellungen befasst, die sich aus § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG ergeben. Eine zentrale Rolle nimmt dabei der

²⁸ Siehe dazu etwa *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 132 f., 188, 227 f., 294 ff.

²⁹ Vgl. zur Grenze der Sinnhaftigkeit der methodologischen Reflexion in einer Einzeluntersuchung *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 38 Fn. 8.

gemeinschaftliche Vertreter als Bindeglied zwischen der Erbgemeinschaft und der Körperschaft ein. Im Anschluss daran werden die erarbeiteten Strukturen auf einzelne Mitgliedschaftsrechte und ihre Stellung im Gefüge der Nachlassverwaltung übertragen. Zusätzlich wird untersucht, wie sich die dogmatische Zuordnung verändert, wenn der Erblasser einen Testamentsvollstrecker zur Nachlassverwaltung bestellt hat.

Sind die Strukturen der Rechtsausübung einmal erarbeitet, so wird im fünften Kapitel darauf eingegangen, welchen gesellschaftsrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Schranken die mitgliedschaftliche Rechtsausübung unterliegen kann. Einzelne Grenzen und Vorgaben werden hierbei gezielt mit den Erkenntnissen aus dem zweiten, dritten und vierten Kapitel verbunden. Im Einzelnen werden das Aktienregister und die GmbH-Gesellschafterliste sowie ergänzend die genossenschaftsrechtliche Mitgliederliste, die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht, die Frage nach Stimmverboten sowie die Möglichkeit des Bestehens aktien- und kapitalmarktrechtlicher Publizitätspflichten untersucht. Im Mittelpunkt steht die Überlegung, wen genau bestimmte Pflichten, die die Rechtsausübung beschränken, treffen und wie sich die Zuordnung des Gesellschaftsanteils aufgrund der besonderen gesetzlichen Wertungen vollzieht. Dabei wird zwischen den Ebenen der Erbgemeinschaft, des gemeinschaftlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers unterschieden.

Im abschließenden, sechsten Kapitel wird aus den von der Untersuchung beleuchteten Punkten ein Schluss zu der Frage gezogen, wie die gesamthänderische Zuordnung der Mitgliedschaft in der privatrechtlichen Körperschaft genau funktioniert und welche Konsequenzen sich daraus für das theoretische Verständnis von der Gesamthandsgemeinschaft als solcher ergeben. Danach werden kurze Vorschläge unterbreitet, wie man im Weiteren auf den Erkenntnissen der Arbeit aufbauen könnte. Der letzte Abschnitt fasst die wesentlichen Thesen der Untersuchung zusammen.



Kapitel 2

Die Gesellschafterstellung der Erbengemeinschaft

A. Vorüberlegungen

Die Gesellschafterrechte sind mit der Mitgliedschaft¹ verknüpft. Diese bestimmt die Stellung einer Person infolge der Zugehörigkeit zu einem Verband.² Sie steckt in der Beteiligung selbst³ und ist über § 1922 BGB vererblich.⁴ Der Auffassung, die auf der Basis einer Unterscheidung von Erbschaft und Nachlass sowie Mitgliedschaft und Kapitalbeteiligung operiert,⁵

¹ Der Begriff der Mitgliedschaft bezeichnet das Rechtsverhältnis und das subjektive Recht zugleich und zwar unabhängig von der Art des Verbands, siehe *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 47 f.; *Flume*, BGB AT I 1, 1977, § 9 (S. 125 ff.); *Foerster*, Die Zuordnung der Mitgliedschaft, 2018, S. 1; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, 1996, S. 62 ff.; *Leuschner*, in: MünchKomm. BGB, § 38 BGB Rn. 2 f.; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 97 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 19 IV. 1. (S. 563); *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 39.

² *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 23; *ders.*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 7 III. 2. a) (S. 382 f.).

³ *Bolle*, Der Geschäftsanteil in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1908, S. 16; *Haegele*, Rpfleger 1969, 186; *Heider*, in: MünchKomm. AktG, § 1 AktG Rn. 99; *J. Koch*, in: *ders.*, § 1 AktG Rn. 13; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 99; *Haegele*, BWNotZ 1976, 53; *Schefer*, GmbHR 1961, 81, 82.

⁴ *Leuschner*, in: MünchKomm. BGB, § 38 BGB Rn. 4; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 35 II. 3. a) (S. 1050).

⁵ *Töteberg*, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 27 ff.; ähnlich in Bezug auf die Aktie *Geiger*, Mitgliedschaftseingriff und Normprägung, 2020, S. 90.

wird nicht gefolgt.⁶ Die Vererbung des Kapitalgesellschaftsanteils erfolgt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, sodass er gemäß § 2032 Abs. 1 BGB ein Teil des gemeinschaftlichen Nachlassvermögens wird.⁷ Die Erbengemeinschaft selbst ist begrifflich eine Rechtsgemeinschaft in Form der Gesamthand.⁸ Nach dem traditionellen Modell kommt ihr keine Rechtsfähigkeit zu.⁹ Wenn also im Folgenden von der Erbengemeinschaft die Rede ist, ist grundsätzlich keine rechtsfähige Entität, sondern es sind stets die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit gemeint. Es handelt sich dabei weder um eine Summe von bloßen Individuen für sich, noch um einen rechtsfähigen Verbund, sondern um eine dazwischen liegende überindividuelle Einheit.¹⁰ Der Erbfall verändert die Binnenstruktur des Nachlasses

⁶ Vgl. dazu: *Däubler*, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 7 ff.; *U. Koch*, Die Zuordnung des vererbten GmbH-Geschäftsanteils, 1981, S. 73 f.; *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 464 f.

⁷ *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 345; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 32 ff.; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 14; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 100, 126 f.; *Schaub*, ZEV 1995, 82, 84; *Schefer*, GmbHHR 1960, 203 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 6 V. 2. a) aa) (S. 163); *Unger*, in: Ribmann, Die Erbengemeinschaft, 2019, § 17 Rn. 193 (S. 587); allg. zur Gesamtrechtsnachfolge *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 1 ff.

⁸ So bereits *Kretzschmar*, SaFRpfl 10 (1915), 385, 386 f.; *Sohm*, Der Gegenstand, 1905, S. 65 f.; heute statt vieler *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 69 AktG Rn. 2; vgl. auch *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 1 I. 2. b) bb) (S. 14 f.), der die Bruchteilsgemeinschaft als Einzelrechtsgemeinschaft und die Erbengemeinschaft als Vermögensgemeinschaft unter den Oberbegriff der Rechtsgemeinschaft zu fassen scheint; unklar *Coester-Waltjen*, JURA 1990, 469, die die Bruchteilsgemeinschaft nach den §§ 745 ff. BGB als „schlichte Rechtsgemeinschaft“ bezeichnet und davon terminologisch die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft abgrenzt; ähnlich *Riehm*, in: BeckOGK BGB, § 280 BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 80, der beim Begriff der Rechtsgemeinschaft ebenfalls nur die §§ 745 ff. BGB im Blick zu haben scheint; vgl. auch *Neuner*, BGB AT, 2020, § 15 Rn. 5 (S. 157): „Mitglieder einer Erben-, Güter- oder einfachen Rechtsgemeinschaft“.

⁹ Siehe im Einzelnen unten Kap. 2 Fn. 142 und 143.

¹⁰ *Bartholomeyczik*, in: FS Nipperdey I, 1965, S. 145, 173; *Binder*, Erbrecht, 1930, S. 83 f.; *J. Blomeyer*, JR 1971, 397, 399; *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben, 2010, S. 80; *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 177 ff.; *Larenz*, Jherings Jb. 83 (1933), 108, 159 f., 165; v. *Tuhr*, BGB AT I, 1910, § 3 III. (S. 80 ff.), § 20 I. (S. 348) und § 20 VIII. (S. 358); *Wolf*, AcP 181 (1981), 480, 492; wohl auch *Bletz*, Die

nicht. Dieser bleibt als Gesamtvermögen bestehen, an dem die Erben eine gemeinschaftliche Zuständigkeit erlangen.¹¹ Diese Zuständigkeit umfasst kein beschränktes Teilrecht an den einzelnen Nachlassgegenständen, sondern eine ungeteilte Gesamtberechtigung.¹² „Alle Miterben erwerben die ganze Erbschaft für alle.“¹³ Der Nachlass bildet ein vom Privatvermögen der einzelnen Miterben getrenntes, durch den Verwaltungs-, Nutzungs- und Liquidationszweck¹⁴ dinglich gebundenes Sondervermögen.¹⁵

Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft in der OHG, 1983, S. 88 f.; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 250; seinerzeit zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts wohl auch *Beuthien/A. Ernst*, ZHR 156 (1992), 227, 233; a. A.: *Joerges*, ZHR 49 (1900), 140, 182; *Nagler*, SAfBR 10 (1900), 695, 722; *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316, 323 f.

¹¹ *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 9.

¹² RG, Urteil vom 09.02.1905 – Rep. IV. 423/04, RGZ 60, 126, 128; RG, Urteil vom 31.05.1905 – Rep. I. 69/05, RGZ 61, 76, 78; *Bartholomeyczik*, in: FS Nipperdey I, 1965, S. 145, 173; *Binder*, Erbrecht, 1930, S. 83 (unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren, individualistischen Konstruktion); *J. Blomeyer*, JR 1971, 397; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 II. (S. 1005); *Flechtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2032 BGB Rn. 3; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 11 f.; *Heintzenberg*, Die Einzelunternehmen im Erbgang, 1957, S. 21 f.; *Hochgräbe*, Vergleich einer Erbengemeinschaft, die ein Handelsgewerbe betreibt, mit einer offenen Handelsgesellschaft, 1934, S. 35 ff.; *H. Koch*, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 1935, S. 177; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, § 42 I. 4. b) (S. 1083); *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 55 Rn. 9 (S. 549 f.); *Leipold*, Erbrecht, 2022, S. 304 ff. (Rn. 721 ff.); *Lettmaier*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2032 BGB Rn. 1; zum rechtshistorischen Hintergrund *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 170 f.; siehe auch zur Gesamthandsgesellschaft *Mugdan*, Materialien zum BGB II, 1899, S. 1259 (= Denkschr. BGB, S. 84 f.); a. A. jeweils bisweilen aus unterschiedlichen Richtungen kommend *Joerges*, ZHR 49 (1900), 140, 183 f.; *Kattausch*, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, 1911, S. 59 f.; *Nagler*, SAfBR 10 (1900), 695, 723; *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, S. 74 ff. m. w. N.; *Sohm*, Der Gegenstand, 1905, S. 62, 65 ff.; vgl. auch die Übersicht bei *Ascheuer*, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 226 ff.

¹³ *Cohn*, Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen IV, 1900, S. 52; vgl. auch v. *Schwerin*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 1928, § 14 I. (S. 56).

¹⁴ Der Begriff des Zwecks ist hier nicht im Sinne eines privatautonom beschlossenen Gesellschaftszwecks wie bei § 705 BGB, sondern im technisch-ordnenden Sinne einer gesetzlichen Abtrennung vom Privatvermögen des einzelnen Miterben zu verstehen.

¹⁵ *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 11.

B. Mitgliedschaftsbezogene Teilungsverbote

Die Erben rücken durch den Erwerb des Körperschaftsanteils als Kollektiv unmittelbar in die Mitgliedschaft des Erblassers ein.¹⁶ Sie gelten dabei gegenüber der Körperschaft jedoch weiterhin als ein einzelner Gesellschafter.¹⁷ Es handelt sich um eine „Mitgliedsgemeinschaft“¹⁸ in gesamthänderischer Form. Erst wenn der Gesellschaftsanteil im Wege der Erbauseinandersetzung nach den §§ 2042 ff. BGB geteilt¹⁹ wird, entstehen auch selbstständige Mitgliedschaften bei den einzelnen Miterben.²⁰ Die entgegengesetzte Vorstellung, dass mit dem Erbfall jeder einzelne Miterbe für sich

¹⁶ H. Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 52.

¹⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 18.11.1974 – 15 Wx 111/74, OLGZ 1975, 164, 170; LG Berlin, Beschluss vom 25.02.1938 – 408 T 1066/38, JW 1938, 1037; Alles, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 172 f.; Beuthien/Götz, ZfGG 1978, 78: „Sind mehrere Miterben vorhanden [...], so spaltet sich die Mitgliedschaft nicht auf die einzelnen Erben auf. Vielmehr geht die Mitgliedschaft als Ganzes auf die Miterbengemeinschaft über, der sie nunmehr [...] zur gesamten Hand zusteht.“; Brazel, Die Rechtsstellung der Genossen-Erben gegenüber der eingetragenen Genossenschaft und ihre Nachschußpflicht im Genossenschaftskonkurs, 1983, S. 60 ff.; Ivens, ZEV 2011, 177, 178; K. W. Lange, GmbHR 2013, 113; ders., GmbHR 2014, 281; ders., Erbrecht, 2017, § 103 Rn. 138 (S. 998), § 104 Rn. 187 (S. 1012); Leßmann, GmbHR 1986, 409, 413; Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 105, 108; K. W. Müller, in: ders., § 77 GenG Rn. 2; Schaub, in: FS Bengel & Reimann, 2012, S. 311, 314; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, § 1 GmbHG Rn. 36; Töteberg, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 40 f.; auch Schefer, GmbHR 1960, 203, 204, der allerdings die Differenzierung zwischen vermögensbezogener und personenorientierter Ebene übersieht und deshalb die Erbengemeinschaft als einheitliches Rechtssubjekt bezeichnet; wohl auch J. Schmidt, NZG 2015, 1049, 1053; Seibt, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 12; vgl. auch OLG Rostock, Beschluss vom 15.05.2013 – 1 AktG 1/13, AG 2013, 768, 769; Fischer, JW 1926, 549, 550; vgl. auch zur GbR Beuthien/A. Ernst, ZHR 156 (1992), 227, 235 f.; U. Koch, ZHR 146 (1982), 118, 128 f., der hier allerdings die Frage danach, ob die Gesamthand einen einzelnen Gesellschafter darstellt, mit der Frage nach der Rechtsfähigkeit vermischt.

¹⁸ Töteberg, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 41.

¹⁹ Siehe zur Teilbarkeit K. Schmidt, in: MünchKomm. BGB, § 752 BGB Rn. 20 sowie die folgenden Ausführungen.

²⁰ Vgl. Töteberg, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 44.

individuell auch Gesellschafter der Kapitalgesellschaft würde,²¹ gerät mit den kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverboten in Konflikt. Denn im Aktienrecht untersagt die Vorschrift des § 8 Abs. 5 AktG die Aufspaltung der Aktie. Die Mitgliedschaft darf sich durch den Erbfall demnach nicht vervielfältigen.²² Dieser Grundsatz ist durch den seinerseits in § 23 Abs. 5 AktG kodifizierten Grundsatz der Satzungsstrenge abgesichert. Im Gegensatz zur einzelnen Aktie kann zwar durchaus ein Paket aus mehreren Aktien in seine Einzelaktien aufgespalten werden. Auch Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaften an einer einzelnen Aktie vervielfältigen die Mitgliedschaft nicht und werden deshalb nicht von § 8 Abs. 5 AktG ausgeschlossen.²³ Eine in sich geteilte Aktie im Sinne einer Drittel- oder Halbaktie darf es jedoch nicht geben, da sonst die Mitgliedschaft zersplittert würde. Eben dies wäre die Konsequenz, wenn man die Mitgliedschaft von der erbengemeinschaftlichen Verbundebene ablöste und jedem einzelnen Miterben isoliert für sich zuspräche.

Nun könnte man zweitens meinen, dass sich das Aktienrecht und das Recht der GmbH in dieser Frage womöglich unterscheiden und man daher eine dogmatische Ungleichbehandlung der Miterben nach den

²¹ So die wohl h. M.: OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.04.1994 – 15 U 143/93, NJW-RR 1995, 1189, 1190: „können durchaus Interessen der Bekl. [Miterbin] als Mitgesellschafterin betroffen sein“; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013 – 7 W 76/13, GmbHR 2014, 254; *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 GmbHG Rn. 4; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 51 f.; *Brandes*, in: Bork/C. Schäfer, § 18 GmbHG Rn. 3; v. *Bressendorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 109; *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 9; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 5; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 18 GmbHG Rn. 6; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 7, 42 f.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 102, 129, 215; *Schörning*, Die obligatorische Gruppenvertretung, 2001, S. 208 f.; *Seibt*, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 12; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 18 GmbHG Rn. 4; *Michael Winter/Schümmer*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § 18 GmbHG Rn. 8; *S. K. Winter*, Die Vererbung von GmbH-Anteilen im Zivil- und Steuerrecht, 1997, S. 14; diff. *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 9; vgl. auch (seinerzeit) zur GbR BGH, Beschluss vom 03.11.1980 – II ZB 1/79, BGHZ 78, 311, 313.

²² *J. Koch*, in: ders., § 8 AktG Rn. 26; *Veil/Lötscher*, WM 2021, 2121; so bereits *K. Lehmann*, in: K. Lehmann/Ring, § 225 HGB a. F. Rn. 1.

²³ *Heider*, in: MünchKomm. AktG, § 8 AktG Rn. 87 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 8 AktG Rn. 26; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 8 AktG Rn. 13; *Vatter*, in: Spindler/Stilz, § 8 AktG Rn. 56 ff.; *Vedder*, in: Grigoleit, § 8 AktG Rn. 20.

Gesellschaftsformen in Betracht ziehen müsste. Erstens wäre es aber sinnwidrig, das Aktiengesetz und das GmbHG hier unterschiedlich zu behandeln und zweitens ist dies ohnehin nicht nötig. Denn im GmbHG gilt ebenfalls ein solches Teilungsverbot.²⁴ Danach ist es genauso ausgeschlossen, den einzelnen Miterben an einem GmbH-Geschäftsanteil wie einen eigenständigen GmbH-Gesellschafter zu behandeln. Bis zur Einführung des MoMiG²⁵ im Jahr 2008 war in § 17 Abs. 6 GmbHG a. F. ein ausdrückliches (eingeschränktes) Teilungsverbot geregelt. Die darin enthaltene Gestattung für den Fall der Vererbung bezog sich nur auf den Fall der bereits erfolgten Erbaueinandersetzung,²⁶ sodass auch der GmbH-Geschäftsanteil durch den Erbfall selbst niemals in der Weise aufgeteilt werden konnte, dass ein Miterbe vor der Auseinandersetzung zum einzelnen GmbH-Gesellschafter aufstieg oder diesem analog behandelt wurde. Zwar wurde § 17 GmbHG im Jahr 2008 restlos gestrichen. Das Motiv des Gesetzgebers zielte dabei aber auf die Vereinfachung von Kapitalerhöhungen und Neugründungen ab.²⁷ Deshalb kann die heute grundsätzlich zulässige Teilung gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG, wenn keine anderweitige Satzungsbestimmung vorliegt, nur unter Zustimmung der Gesellschafterversammlung erfolgen.²⁸ Außerdem sind solche Teilungen, die den Wert eines einzelnen Geschäftsanteils unter einen Euro fallen lassen, wegen Verstoßes gegen die Mindestbetragsgrenze in § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG unzulässig.²⁹ Der Hintergrund liegt in der

²⁴ Vgl. *Harm P. Westermann*, in: FS G. H. Roth, 2011, S. 893, 897.

²⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. 2008 I, S. 2026 ff.

²⁶ *Förl*, RNotZ 2008, 409 m. w. N. zur alten Rechtslage; vgl. auch *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 370; *Barella*, GmbHR 1959, 45, 46; *Haegele*, Rpfleger 1969, 186, 187; *ders.*, BWNotZ 1976, 53, 60 f.; *Leßmann*, GmbHR 1986, 409, 412; *Schefer*, GmbHR 1960, 203, 204 f.; *Töteberg*, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 44; *Vogel*, GmbHR 1971, 132, 133 ff.

²⁷ Siehe BR-Drucks. 354/07 („MoMiG“), S. 90.

²⁸ *Förl*, RNotZ 2008, 409, 412; *K. W. Lange*, GmbHR 2014, 281, 283; *Masuch*, in: Bork/C. Schäfer, § 46 GmbHG Rn. 14; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger et al., § 46 GmbHG Rn. 166 ff.; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 458; *Wicke*, in: *ders.*, § 46 GmbHG Rn. 8.

²⁹ *K. W. Lange*, GmbHR 2014, 281, 283; *T. Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 46 GmbHG Rn. 84 ff.; *Masuch*, in: Bork/C. Schäfer, § 46 GmbHG Rn. 14;

Notwendigkeit zur Verhinderung einer völligen Kapitalzersplitterung.³⁰ Die Aufspaltung eines GmbH-Geschäftsanteils auf mehrere Miterben allein infolge des Erbfalls würde aber weder mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung erfolgen, noch wäre sie pauschal ohne Risiko, dass der Anteil infolge der Erbquoten auf einen krummen Betrag³¹ hin aufgeteilt würde. Deshalb kann der einzelne, am GmbH-Geschäftsanteil im Wege der gesamthänderischen Vermögensbindung beteiligte Miterbe nicht für sich allein Gesellschafter der GmbH sein.

Bei der außerhalb des Rechts der Kapitalgesellschaften angesiedelten aber ebenfalls körperschaftlich organisierten, eingetragenen Genossenschaft besteht schließlich ebenfalls ein solches Teilungsverbot,³² das aufgrund des besonderen, persönlichen Bezugs der genossenschaftsrechtlichen Mitgliedschaft sogar noch durch ein Veräußerungsverbot ergänzt wird.³³ Es schließt sich insofern an die beiden kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen an.

C. Diskrepanz von objekt- und subjektbezogener Rechtszuordnung

Die Erbengemeinschaft an einem Kapitalgesellschaftsanteil muss demnach im Verhältnis zur Körperschaft wie ein einzelnes Mitglied behandelt werden – freilich ohne dafür personal rechtsfähig sein zu müssen.³⁴ In genau diesem Auseinanderfallen liegt der Ursprung für das begriffliche Chaos rund um die Begriffe der Rechtsfähigkeit, der Rechtsträgerschaft und des Sondervermögens bezüglich der allgemeinen Frage nach der Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft. Der Kapitalgesellschaftsanteil als

Römermann, in: Michalski/Heidinger et al., § 46 GmbHG Rn. 167; *C. Teichmann*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § 46 GmbHG Rn. 24.

³⁰ BGH, Urteil vom 20.07.2005 – VIII ZR 397/03, NZG 2005, 927, 928, der sich zwar auf § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F. bezog, die Grenze wurde durch § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG aber nicht aufgegeben, sondern nur herabgesetzt.

³¹ Weshalb *K. W. Lange*, GmbHR 2014, 281, 283 darauf hinweist, dass in solchen Konstellationen entweder eine Kapitalerhöhung durchgeführt oder eine geringfügige Abweichung von der Erbquote gegen Ausgleichszahlung vereinbart werden müsste.

³² *Geibel*, in: Henssler/Strohn, § 1 GenG Rn. 2 und § 77 GenG Rn. 1.

³³ *Geibel*, in: Henssler/Strohn, § 1 GenG Rn. 2.

³⁴ Ungenau *Beuthien*, in: ders., § 77 GenG Rn. 2, 7.

Mitgliedschaft muss zwingend auf einer nur gedachten Gemeinschaftsebene liegen, auf die alle Erben gleichermaßen zugreifen und die behandelt wird, als ob sie auf einem eigenen Rechtsträger läge,³⁵ ohne dabei personal rechtsfähig zu sein. Das überrascht, wenn man Rechtsfähigkeit doch gemeinhin als die Fähigkeit definiert, Träger von Rechten und Pflichten sein zu können.³⁶ Hier beißt sich die Katze in den Schwanz; mit der klassischen Perspektive zur Rechtsfähigkeit kommt man nicht weiter. Denn das Mysterium der Gesamthand liegt darin, dass sie den Rechtsanwender im Fall des vererbten Kapitalgesellschaftsanteils dazu zu zwingen scheint, zwischen der objektbezogenen und der subjektbezogenen Zuordnung zu unterscheiden. Das Vermögen der Gesamthandsgemeinschaft steht „weder einer von den Mitgliedern abgehobenen juristischen Person, noch den Mitgliedern als Einzelwesen zu; die Mitglieder sind vielmehr in ihrer Verbundenheit Träger der einzelnen Rechte.“³⁷ Die Gesamthand hebt „in irgend einem Umfang das reine Fürsichsein der Subjekte auf, verknüpft sie organisch miteinander [...] und faßt sie so zu einer Einheit zusammen, die wir als Personeneinheit bezeichnen mögen“³⁸. Es handelt sich um mehr als eine bloße Personenmehrheit und um weniger als einen rechtsfähigen Verbund. Die Gesamthandsgemeinschaft stellt die Mehrheit des Subjekts in Bezug auf ein

³⁵ Vgl. *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 31.

³⁶ Statt vieler *Kannowski*, in: v. Staudinger, Vor § 1 BGB Rn. 1; *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 859; *Reuter*, AcP 207 (2007), 673, 685; *Spickhoff*, in: MünchKomm. BGB, § 1 BGB Rn. 6; vgl. auch seinerzeit zum schweizerischen Recht *R. Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 72.

³⁷ *J. Blomeyer*, JR 1971, 397 m. w. N.

³⁸ *V. Gierke*, ArchBürgR 19 (1901), 114, 118; ähnlich *H. Koch*, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 1935, S. 34 f.

(einzelnes) Objekt dar.³⁹ Dabei dürfte es sich in der Sache wohl⁴⁰ um eine entsprechende Anwendung der alten Lehre des *dominium plurium in solidum*⁴¹ handeln.⁴² Die Rechte und Pflichten sind zwar den Mitgliedern der Gemeinschaft und nicht einem davon verschiedenen Rechtssubjekt zugewiesen, aber die Mitglieder sind nicht isoliert für sich, sondern in einer organischen Verbundenheit als Adressaten anzusehen.⁴³ Der Nachlass als Sondervermögen wird behandelt wie wenn er auf einem anderen Rechtsträger läge als das jeweilige Privatvermögen des einzelnen Miterben.⁴⁴ Hier

³⁹ V. Tuhr, BGB AT I, 1910, § 3 II. und III. (S. 78 ff.); so auch Brecher, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 123, 151; R. Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 71; H. Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 29; siehe auch J. Blomeyer, JR 1971, 397; zur GbR seinerzeit auch Beuthien/A. Ernst, ZHR 156 (1992), 227, 234; zur spiegelbildlichen Konsequenz Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/1, 1919, § 4 III. (S. 25): „Aus alledem ergibt sich die Unrichtigkeit des bisher fast allseitig als Dogma hingestellten Lehrsatzes, der dahin lautet: jedes Rechtssubjekt könne nur ein einheitliches Vermögen haben“; siehe auch Ascheuer, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 233 ff. mit der Zusammenfassung als „Verbundenheitslehre“; vgl. auch Flume, ZHR 136 (1972), 177, 184 f., 197, der in ausdrücklicher Abgrenzung davon die Gruppenlehre entwickelte; krit. zur Möglichkeit der Mehrzahl der Subjekte in Bezug auf ein Objekt auch C. Schmidt, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, S. 35 f., 84 ff., 88 Fn. 77.

⁴⁰ Eine primärquellenorientierte Beantwortung der Frage, ob sich diese Ansätze tatsächlich entsprechen, würde eine mehrere Jahrhunderte zurückgehende, rechtshistorisch-systematische Untersuchung erforderlich machen, auf welche hier aus naheliegenden Gründen verzichtet werden muss.

⁴¹ Zum Begriff und seiner rechtshistorischen Herkunft ausf. Ascheuer, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 95 ff.; Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, 1936, S. 115 ff.; R. Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 58 ff.; C. Schmidt, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, S. 24 f.; alle m. w. N.

⁴² Flume, ZHR 136 (1972), 177, 197; C. Schmidt, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, S. 84 ff.

⁴³ H. Koch, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 1935, S. 34.

⁴⁴ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 51, 343; Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 31; siehe auch BFH, Urteil vom 12.02.2014 – II R 46/12, BFHE 244, 455, 459 Rn. 16; Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, 1911, S. 65: „zur gemeinsamen Rechtsträgerschaft verbunden“; Marotzke, ZEV 2002, 506, 507: „Ordnungsbegriff der

kann also ein abgesondertes Vermögen existieren, ohne dass es einer einzelnen Person oder einem damit gleichsetzbaren, einzelnen rechtsfähigen Gebilde zugeordnet wäre.⁴⁵ Dass dem so sein muss, ergibt sich daraus, dass die gesamthänderische Bindung bei der Erbengemeinschaft nicht nur schuldrechtliche, sondern auch dingliche Auswirkungen hat.⁴⁶ So bestehen anders als bei einer Alleinerbschaft etwaige vor dem Erbfall begründete Rechtsbeziehungen zwischen dem Erblasser und dem betroffenen Miterben auch nach dem Erbfall zwischen dem einzelnen Miterben einerseits und der Summe der Miterben als Träger der Erbengemeinschaft andererseits fort. Die Miterben können in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit auch jederzeit neue Rechtsbeziehungen mit einem der Miterben eingehen. Dass es an einer dem § 1976 BGB entsprechenden Vorschrift fehlt, ist unschädlich; in keiner der beiden Fallgestaltungen vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person mit der Folge des Erlöschens derselben.⁴⁷ Deshalb ist es

Vermögenszuordnung“; vgl. auch *Lettmaier*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2032 BGB Rn. 12.

⁴⁵ Diese Ausnahme scheint von *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225, 250 f. übersehen zu werden, der ausführt: „Jedes Vermögen setzt also einen rechtsfähigen Träger voraus. [...] Es ist damit festzustellen, dass das Vermögen Folge der Rechtsfähigkeit ist, und nicht umgekehrt“.

⁴⁶ *Mugdan*, Materialien zum BGB II, 1899, S. 990 (= Prot. BGB II, S. 429); *Bachmann*, in: FS K. Schmidt I, 2019, S. 49, 52 f.; *Boehmer*, Erbfolge und Erbenhaftung, 1927, S. 40 ff.; *G. Hueck*, Gesellschaftsrecht, 1983, § 3 II. (S. 22); in der Sache auch aber mit terminologischer Kritik v. *Tuhr*, BGB AT I, 1910, § 3 II. 1. (S. 79 Fn. 8) und § 20 VIII. (S. 358).

⁴⁷ BGH, Urteil vom 02.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 283 f.; BVerwG, Urteil vom 05.12.1968 – III C 93.67, BVerwGE 31, 114, 117 f.; KG, Beschluss vom 01.10.1900 – 1. Y. 630/00, KGJ 20, Nr. 86 A 317, A 318; *Boehmer*, Erbfolge und Erbenhaftung, 1927, S. 42; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 29 Rn. 3 (S. 291); *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 344; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III/2, 1920, § 135 V. d) (S. 1015); *Flechtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2032 BGB Rn. 7; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 36 f.; *Hoeren*, in: Schulze et al., § 1976 BGB Rn. 2; *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 126; *Krug*, in: Kroiß/Horn, § 1976 BGB Rn. 4; *Küpper*, in: MünchKomm. BGB, § 1976 BGB Rn. 2; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 56 Rn. 21 (S. 555); *Löhnig*, in: v. Staudinger, Vor §§ 2032 ff. BGB Rn. 8; *M. Schmidt*, in: jurisPK BGB, § 1922 BGB (Stand: 31.08.2021) Rn. 15; *Strohal*, Erbrecht II, 1904, § 64 (S. 87); siehe auch bereits RG, Urteil vom 10.12.1906 – Rep. IV. 94/06, RGZ 65, 5 ff.; vgl. auch *Ann*, Die Erbengemeinschaft,

zum Beispiel mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand auch denkbar, dass die Erbengemeinschaft als einzelner Kapitalgesellschafter mit einem der Miterben Rechtsbeziehungen eingeht. Denn der Sinn und Zweck der sogenannten *Konfusion*⁴⁸ ist darauf gerichtet, Forderung und Schuld bei gleichbestehendem, endgültigem Zugriff miteinander verschmelzen zu lassen. Existiert indes ein Sondervermögen, so ist diese endgültige Kontrollmöglichkeit für den einzelnen Miterben nicht gegeben.⁴⁹ Ebenso ausgeschlossen ist eine Aufrechnung, da es an der erforderlichen Gegenseitigkeit der Forderungen mangelt.⁵⁰ Das gleiche gilt für die sachenrechtliche Ebene, weshalb auch keine Vereinigung von dinglichem Recht einerseits und Belastung andererseits (sogenannte *Konsolidation*⁵¹) eintritt.⁵² Mithin kann der einzelne Miterbe gemäß § 2033 BGB nur über seinen Anteil am gesamten Nachlass, nicht aber über einzelne Nachlassgegenstände oder einen Anteil am einzelnen Nachlassgegenstand verfügen.⁵³ Im Übrigen ist aus den Rechtsgedanken der §§ 2041, 2058 BGB abzuleiten, dass ein Auftreten der Mehrheitserben im Namen der Erbengemeinschaft im Rahmen der Voraussetzungen der Mehrheitsverwaltung⁵⁴ dazu führt, dass gerade keine persönlichen Verbindlichkeiten des Einzelerben, sondern gemeinschaftliche

2001, S. 163; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 II 2 a (S. 260) und § 5 III 3 (S. 274).

⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 05.12.1968 – III C 93.67, BVerwGE 31, 114, 117 f.; *Fetzer*, in: MünchKomm. BGB, Vor § 362 BGB Rn. 4; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 56 Rn. 21 (S. 555); *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, § 362 BGB (Stand: 01.12.2022) Rn. 11 ff.; zum Begriff KG, Beschluss vom 01.10.1900 – 1. Y. 630/00, KGJ 20, Nr. 86 A 317, A 318; siehe auch RG, Urteil vom 01.04.1935 – IV 179/34, RGZ 147, 233, 243; BGH, Urteil vom 01.06.1967 – II ZR 150/66, BGHZ 48, 214, 220.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 01.06.1967 – II ZR 150/66, BGHZ 48, 214, 218.

⁵⁰ *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 29 Rn. 3 (S. 291); *Löhnig*, in: v. Staudinger, Vor §§ 2032 ff. BGB Rn. 9.

⁵¹ Zum Begriff *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, § 362 BGB (Stand: 01.12.2022) Rn. 17; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. BGB, § 1009 BGB Rn. 3.

⁵² *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 344.

⁵³ *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 29 Rn. 3 (S. 290); *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2033 BGB Rn. 40.

⁵⁴ Dazu ausf. unten Kap. 3 B.

Nachlassverbindlichkeiten begründet werden.⁵⁵ Wenn schon allgemein die Verbindlichkeiten dem Nachlass zugeordnet werden können, dann muss das auch für die Gesellschafterstellung gelten, an die sich ihrerseits Rechte und Pflichten knüpfen. Der Nachlass wird so behandelt, wie wenn er auf einem eigenständigen Rechtsträger läge, ohne dabei personal rechtsfähig zu sein.⁵⁶ War einer der Miterben vor dem Erbfall bereits Mitglied in der Kapitalgesellschaft, so bildet dieser Miterbe einen Doppelendzurechnungspunkt von zwei Mitgliedschaften, die jeweils unterschiedlichen Vermögensmassen zugeordnet sind.⁵⁷ Deutlich wird diese objektbezogen-vermögensorientierte Perspektive⁵⁸ gerade auch an dem Umstand, dass die Erbengemeinschaft selbst Trägerin der GmbH-Stammeinlage sein kann.⁵⁹ Der Kapitalgesellschaftsanteil ist vom Gesetz insofern „nicht als einzelpersonlich gebunden gestaltet“⁶⁰.

⁵⁵ *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 229; vgl. auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 384. Zu der Frage, wie genau die Miterben dann mit welcher Haftungsmasse für diese Verbindlichkeiten haften, ist damit allerdings noch nichts gesagt.

⁵⁶ *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 19, 31.

⁵⁷ *Beuthien*, in: ders., § 77 GenG Rn. 5, 8; *Hornung*, Rpfleger 1976, 37, 42; *Keßler*, in: Hillebrand/Keßler, § 77 GenG Rn. 4 f., 11 f.; vgl. auch *K. W. Müller*, in: ders., § 77 GenG Rn. 10; siehe auch *Brazel*, Die Rechtsstellung der Genossen-Erben gegenüber der eingetragenen Genossenschaft und ihre Nachschußpflicht im Genossenschaftskonkurs, 1983, S. 74, die hiervon auf 72 f. den Fall der Doppelmitgliedschaft der Erbengemeinschaft selbst abgrenzt.

⁵⁸ Vgl. *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 I 1 a (S. 245 f.); das Problem der Frage nach der Zuordnung wurde zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB begrifflich bereits seit langem erkannt und in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts ausführlich diskutiert, siehe etwa *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 305: „wegen ihres rein objektiven, vermögensbezogenen Gesamthandsverständnisses“.

⁵⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 18.11.1974 – 15 Wx 111/74, OLGZ 1975, 164, 169; *Lettmaier*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2032 BGB Rn. 64; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 104 ff.; vgl. auch *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 60 ff.; *U. Koch*, ZHR 146 (1982), 118, 122; *Ripfel*, GmbHR 1956, 7 ff.; zur GbR (seinerzeit) auch BGH, Beschluss vom 03.11.1980 – II ZB 1/79, BGHZ 78, 311, 312 ff.

⁶⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 18.11.1974 – 15 Wx 111/74, OLGZ 1975, 164, 168; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 4.

D. Erbengemeinschaft als nichtrechtsfähige überindividuelle Einheit

In dieser allgemein bürgerlich-rechtlichen Dogmatik einerseits und den auf die Mitgliedschaft bezogenen Teilungsverboten andererseits liegen die entscheidenden Gründe dafür, dass das hier vertretene Konzept der Erbengemeinschaft als nichtrechtsfähiger aber gleichwohl überindividueller Personengemeinschaft trotz seines Fremdkörperdaseins in der allgemeinen Dogmatik des Bürgerlichen Gesetzbuchs den einzig gangbaren Lösungsweg darstellt. Dass die Gesamthand in ihrer Eigenschaft als Einzelmitglied (bei unterstellter Nichtrechtsfähigkeit) auch Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft sein kann, ergibt sich, wie der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 1991 (noch zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts) zutreffend feststellte, aus dem Zusammenspiel der §§ 43 Abs. 4, 77, 77a GenG.⁶¹ Rechtssubjektivität ist hierfür nicht erforderlich; objektbezogene Vermögenszuordnung und subjektbezogene Rechtsfähigkeit finden sich nicht bei demselben Rechtssubjekt, sondern fallen auseinander. Es muss ausreichen, wenn „ein sachlicher Grund vorliegt, der es rechtfertigt, den X als Rechtsträger aufzufassen, obwohl der Inhalt des Rechts vernünftigerweise nicht auf ihn Bezug haben kann, [...] weil er handlungsunfähig ist“⁶². Die Begriffe der Rechtsfähigkeit und der Vermögensfähigkeit können somit nicht als deckungsgleich angesehen werden.⁶³ Nur durch diese begriffliche Klärstellung ist es möglich, die vermögenszuordnende Ebene, die aus oben genannten Gründen zwingend existieren muss, terminologisch als Vermögens- beziehungsweise Rechtsträger zu behandeln und die personale Rechtsfähigkeit andererseits nur bei den einzelnen Miterben zu verorten. Zur Definition der Rechtsfähigkeit scheint daher auch die Formulierung besser zu passen, die nicht den Begriff des Trägers, sondern den des

⁶¹ BGH, Beschluss vom 04.11.1991 – II ZB 10/91, ZIP 1992, 114, 115 ff.; vgl. auch *Hornung*, Rpfleger 1976, 37, 42.

⁶² *R. Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 54.

⁶³ *A. A. Thiessen*, Person und Vermögen., 1910, S. 47; wobei es sich um ein Auslegungsproblem handelt, dessen sich der historische Gesetzgeber bewusst gewesen zu sein schien, siehe *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 395 (= Mot. BGB I, S. 78 f. und 79 in der Fn.).

Subjekts von Rechten und Pflichten verwendet.⁶⁴ Der einzelne Miterbe ist bezüglich des Nachlassvermögens nicht als einer von mehreren Rechtsträgern, sondern in seiner Funktion als Miterbe als eines von mehreren Subjekten in Bezug auf *einen einzelnen* (je nach Lesart fingierten) nicht selbst personal rechtsfähigen Vermögensträger anzusehen.⁶⁵ Die Gegenposition, der zufolge jede Organisationsregel eine Art Sondernormbereich schaffe und jede überindividuelle Einheit zwingend eine Subjektsneubildung bedeute,⁶⁶ setzt den auf ein einzelnes Subjekt bezogenen Vermögensbegriff seinerseits als allumfassendes Axiom voraus. Die Gesamthand ist diesem jedoch gerade nicht unterworfen, sondern steht grundsätzlich neben ihm.⁶⁷ Ob sie nun in ihn hineinintegriert wird, indem man sie zur Rechtsfähigkeit führt, oder ob sie daneben stehenbleibt, ist eine je nach konkreter Ausprägung der Gesamthand gegebenenfalls unterschiedlich zu beantwortende Ermessensfrage.⁶⁸ Die rechtstechnische, objektbezogene Rechtsträgerschaft kann hier nichts über die Frage nach der subjektbezogenen Rechtsfähigkeit

⁶⁴ V. Schwerin, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 1928, § 4 I. (S. 13); siehe auch U. Huber, in: FS Lutter, 2000, S. 107, 109 f., der betont, dass es letztlich nicht auf Trägerschaft, sondern auf Rechtspersönlichkeit ankomme.

⁶⁵ Vgl. Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 31; in dieser Hinsicht nicht hinreichend präzise Heil, ZEV 2002, 296 f.; terminologisch ähnlich irreführend H. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 II 1 c. (S. 258).

⁶⁶ Aderhold, Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft, 1981, S. 139; Brecher, AcP 166 (1966), 362, 365; ähnlich Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 75 f.

⁶⁷ A. A. Joerges, ZHR 49 (1900), 140, 182, der zu implizieren scheint, dass ein dogmatisches Nebeneinander von deutsch-rechtlicher Gesamthand und dem auf das Individuum ausgerichteten Vermögensbegriff im neu geschaffenen BGB als festgeschlossenem System des gesamten Privatrechts einer ausdrücklichen Anerkennung bedurft hätte; ähnlich Flume, BGB AT I 1, 1977, § 4 I. (S. 52): „Bei [...] den [...] Vertretern der am Gesamthandsvermögen orientierten Gesamthandslehre bleibt [...] dogmatisch ungeklärt, wieso es überhaupt zu einem Gesamthandsvermögen kommen kann“.

⁶⁸ Siehe R. Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 89 f.; ähnlich Reuter, AcP 207 (2007), 673, 697: „Die Rechtsordnung kann Organisationen [...] in einer zur Rechtsfähigkeit ausreichenden Weise verselbstständigen und [...] die Fähigkeit zur Rechtspersönlichkeit verschaffen. Sie muss es [...] nicht“; vgl. auch Hadding, in: FS Kraft, 1998, S. 137, 139: „Vielmehr ist allgemein zu klären, welche Tatbestandsmerkmale geeignet und ausreichend sind, um als Rechtswirkung die Rechtsfähigkeit nach sich zu ziehen“.

aussagen.⁶⁹ In dieser Diskrepanz liegt kein begrifflicher Widerspruch, da heute diesbezüglich wohl keine einheitliche Theorie der Gesamthand mehr existiert. Im Gegenteil wird vertreten, dass jede Form der Gesamthand bei der Frage nach der Rechtsfähigkeit eine eigene Rechtsfigur darstelle.⁷⁰ Das ließe sich mit dem Prinzip, dass die Begriffe des geltenden Rechts ihren Inhalt nicht aus der Rechtsgeschichte, sondern aus den Rechtssätzen ableiten,⁷¹ zwar vereinbaren. Man müsste sich unter Berücksichtigung der typisch sachenrechtlichen Eigenschaften der Gesamthand aber wohl eher eingestehen, dass eine zur Rechtsfähigkeit geführte Gesamthand gar keine genuine Gesamthand mehr ist, sondern dass sie ein neues, eigenständiges Rechtsinstitut in Form der rechtsfähigen Personengesellschaft

⁶⁹ *Beuthien*, JZ 2003, 715, 718; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 19, 31; a. A. *Ann*, Die Erbgemeinschaft, 2001, S. 395 f.; *Eberl-Borges*, Die Erbaueinanderersetzung, 2000, S. 8 Fn. 19; *Timm*, NJW 1995, 3209, 3210; vgl. auch *R. Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 85 ff.

⁷⁰ *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbgemeinschaft, 1994, S. 188; *Reuter*, AcP 207 (2007), 673, 698; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2032 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 12.2; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 8 III 3. (S. 200 f.); *Szalai*, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2013, S. 111; *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 150 f.; dazu mit rechtshistorischem Ansatz krit. *Ascheuer*, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 255 ff.; *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbgemeinschaft, 2015, S. 174; *Tolani*, „Teilrechtsfähigkeit“ von Personenvereinigungen, 2009, S. 123 ff., 219 f.; *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316, 334; wohl auch *Beuthien*, JZ 2003, 715, 719; *ders.*, NJW 2005, 855, 857; vgl. auch *Erlen*, Die Markenrechtsfähigkeit der Erbgemeinschaft, 2006, S. 111; *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 1972, S. 171 ff., 177 ff.; seinerzeit auch v. *Gierke*, ArchBürgR 19 (1901), 114, 117 ff.

⁷¹ Vgl. dazu *Binder*, ZHR 59 (1907), 1, 47 f.: „Daher steht aber der Historiker einem Begriffe ganz anders gegenüber als der Dogmatiker [...]. Und während für den Historiker Begriffe gewiß die Bedeutung von Realitäten für seine Forschung haben können, sollte wenigstens das Arbeitsobjekt des Dogmatikers – nicht das Arbeitsprodukt – stets der Rechtssatz und nicht der Rechtsbegriff sein, d. h. er sollte nicht durch Literatur oder Gesetz überlieferte Begriffe akzeptieren, sondern aus Rechtssätzen Begriffe bilden, und wenn ein Gesetz in Begriffen redet, sie in Rechtssätze auflösen, um aus ihnen seine Begriffe frei zu formulieren“; siehe auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 2018, S. 131 f.; *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 54.

beziehungswise hier dann der rechtsfähigen Personengemeinschaft darstellt.⁷² Unabhängig von den begrifflichen Einzelfragen ergibt sich daraus, dass die Erbengemeinschaft in vermögensbezogener Hinsicht nur einen einzelnen Kapitalgesellschafter darstellt, dass in personenbezogener Hinsicht die einzelnen Miterben jedoch neue Einzelgesellschafter darstellen müssen, weil kein anderes Rechtssubjekt existiert. Aus den kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverboten und den dinglichen Wirkungen der Rechtsätze im allgemeinen bürgerlichen Rechts ergibt sich nun im zweiten Schritt, dass hier primär die objektiv-vermögenszuordnende Eigenschaft der Gesamthand entscheidend sein muss.⁷³ Aus Sicht der Gesellschaft existiert demnach nur das Einzelmitglied der Erbengemeinschaft.

E. Phasen der Rechtsausübung

Grundsätzlich unterteilt sich die Rechtsausübung in zwei Phasen. Mit der Ausübung eines Rechts im engeren Sinne ist die Entfaltung der verbindlichen Wirkung gegenüber dem Rechtsverkehr gemeint. Die Erklärung in Form des Ob und des Wie ist das, was der Rechtsverkehr wahrnimmt und was für ihn Konsequenzen auslöst. Dieser Geltendmachung geht aber immer eine darauf bezogene Willensbildung voraus. Der Entscheidungsträger muss sich über ebenjenes Ob und Wie der Geltendmachung klar werden, bevor er es in die Tat umsetzen kann.⁷⁴ Das gilt für die Einzelperson genauso wie für das Kollektiv,⁷⁵ wobei mit diesem Begriff hier eine

⁷² Vgl. *Bachmann*, in: FS K. Schmidt I, 2019, S. 49, 50 ff.; *K. Schmidt*, AcP 209 (2009), 181, 197 ff.; *ders.*, ZHR 177 (2013), 712, 721 f.; a. A. wohl *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 116 f.

⁷³ Genau dieser Sachzwang des Kapitalgesellschaftsrechts wird von erbrechtlicher Seite gemeinhin übersehen, vgl. etwa *Eberl-Borges*, Die Erbaseinandersetzung, 2000, S. 8 Fn. 19.

⁷⁴ Vgl. speziell zur Erbengemeinschaft *Strohalek*, Erbrecht II, 1904, § 64 (S. 89): „In dieser Beziehung muss zwischen der Entscheidung darüber, daß das Geschäft abgeschlossen werden soll, und dem Abschlusse selbst unterschieden werden“; ähnlich *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 85 f.: „Willensbildung [...] Willensverwirklichung“.

⁷⁵ *Baltzer*, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, S. 7 ff.; *Feltl*, in: FS Aicher, 2012, S. 79, 80 f.; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 3 III 1 a (S. 176); vgl. auch *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt,

tatsächliche und keine rechtliche Personenmehrheit gemeint ist.⁷⁶ Diese verbindliche Willensbildung infolge einer Abstimmung wird Beschluss⁷⁷ genannt.⁷⁸ Darüber, welche konkrete Rechtsnatur der Beschluss hat, besteht Streit.⁷⁹ Die Klärung dieser Frage ist für die Untersuchung jedoch nicht von Bedeutung und hat daher dahinzustehen. Es ist zwischen der Beschlussfassung⁸⁰ und der Beschlussausführung zu unterscheiden.⁸¹ Beide sind Bestandteile der Rechtsausübung im weiteren Sinne. Soweit die Ausführung eines Beschlusses einer Erklärung im Außenverhältnis bedarf muss hinsichtlich der Wirksamkeit sowie der Rechtsfolgen wiederum zwischen dem Beschluss einerseits und dieser Erklärung andererseits unterschieden

1972, S. 13, 33; *Feldmann*, Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, 1954, S. 13.

⁷⁶ *Baltzer*, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, S. 8 Fn. 6.

⁷⁷ Die Definition von *Skauradzsun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 44, nach der unter einem Beschluss die „durch Abstimmung zu einem Beschlussantrag durchgeführte Willensbildung von Organwaltern in einem Kollektivorgan“ zu verstehen sei, „die am Ende der Gemeinschaft als rechtlicher Wille zugerechnet“ werde, ist zwar grundsätzlich hilfreich aber letztlich zu eng, weil sie außer Acht lässt, dass es auch Gemeinschaften wie eben die Erbengemeinschaft gibt, die keine Organwalter kennen aber trotzdem im Kollektiv einen Willen bilden (müssen). Seine Untersuchung nimmt zur Erbengemeinschaft mithin keinerlei Stellung.

⁷⁸ *Baltzer*, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, S. 42; vgl. auch *Fetl*, in: FS Aicher, 2012, S. 79, 82 f.; *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, 1989, S. 3, 7; *Schwennicke*, in: v. Staudinger, § 32 BGB Rn. 71; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 3 III 1 a (S. 176); *Zöllner*, in: FS Lutter, 2000, 821 f.; ob man den Entschließungsprozess einer Einzelperson (wie etwa eines Alleingesellschafters) auch als Beschluss bezeichnen kann, wird angezweifelt, siehe *W. Ernst*, in: FS Leenen, 2012, S. 1, 2; vgl. auch *Druey*, in: FS K. Schmidt I, 2019, 249, 253.

⁷⁹ Siehe zum Streitstand *W. Ernst*, in: FS Leenen, 2012, S. 1 ff.; *Hadding*, in: Soergel, 13. Aufl. 2000, § 32 BGB Rn. 21; *Leuschner*, in: MünchKomm. BGB, § 32 BGB Rn. 28; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 15 I. 2. (S. 436 f.); *Schwennicke*, in: v. Staudinger, § 32 BGB Rn. 72 ff.; *Skauradzsun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 57; alle m. w. N.

⁸⁰ Diese lässt sich ihrerseits in den Abschluss, das Zustandekommen und die Wirksamkeit als dogmatische Teilkategorien unterteilen, siehe *Skauradzsun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 65 ff.

⁸¹ Grdl. v. *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 693 ff.

werden.⁸² Diese Grundsätze sind auf die Erbengemeinschaft übertragbar. Denn sie hängen nicht an der Art des Verbundes, sondern an der Notwendigkeit des Beschlusses. Diese entsteht bereits durch das Vorliegen irgendeines Kollektivs.⁸³ Die Miterben stellen ein solches unabhängig von der Frage, ob der Erbengemeinschaft Rechtsfähigkeit zukommen soll, dar. Aus Sicht der Erbengemeinschaft würde sich die Rechtsausübung daher grundsätzlich in zwei Abschnitte gliedern, nämlich erstens die Beschlussfassung nach innen (vergleichbar mit dem Element der Geschäftsführung) und zweitens die Ausführung dieses Entschließungsergebnisses nach außen (vergleichbar mit dem Element der Vertretung).⁸⁴ Diese dualistische Perspektive greift jedoch im speziellen Fall der Aktionärerbengemeinschaft zu kurz. Denn die Regelung des § 69 Abs. 1 AktG zwingt die Erbengemeinschaft zu einem Mittelsmann in Gestalt des gemeinschaftlichen Vertreters. Das gleiche gilt gemäß § 77 Abs. 1 S. 3 GenG für die Mitgliedschaft in der eingetragenen Genossenschaft⁸⁵. Daher existieren für die Untersuchung nicht zwingend zwei, sondern bisweilen vier Einzelphasen, nämlich erstens die Beschlussfassung zwischen den Miterben (Phase A), zweitens die Geltendmachung dieses Beschlussergebnisses entweder direkt gegenüber der Gesellschafterversammlung oder gegenüber dem gemeinschaftlichen Vertreter (Phase B), gegebenenfalls drittens die Entschlussfassung eines entsprechend bestellten gemeinschaftlichen Vertreters (Phase C) und viertens die Ausübung eines Mitgliedschaftsrechts durch den gemeinschaftlichen Vertreter in beziehungsweise gegenüber der Körperschaft (Phase D). Diese Phasen lassen sich wiederum nach ihrem Inhalt untergliedern. Mögliche Varianten sind der Beschluss zwischen den Miterben über die Bestellung oder Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters (Phase A1), der Beschluss zwischen den Miterben über die Ausübung eines bestimmten Mitgliedschaftsrechts (Phase A2), der Akt der Bestellung oder Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters oder die Erteilung einer Weisung an ihn aufgrund dieses Beschlusses (Phase B1), die unmittelbare Geltendmachung

⁸² K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, § 15 I. 4. (S. 439).

⁸³ Feltl, in: FS Aicher, 2012, S. 79, 83; vgl. auch Feldmann, Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, 1954, S. 17.

⁸⁴ Löhnig, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 3.

⁸⁵ Ob hierfür die Bezeichnung „Genossenschaftsanteil“ akkurat ist, oder nicht, ist nicht ganz eindeutig, siehe Geiger, Mitgliedschaftseingriff und Normprägung, 2020, S. 89.

des Rechts in der Gesellschafterversammlung (Phase B2), die Entscheidung eines oder mehrerer gemeinschaftlicher Vertreter über die Ausübung eines bestimmten Mitgliedschaftsrechts (Phase C) und schließlich die Ausübung eines Mitgliedschaftsrechts gegenüber der Körperschaft durch den oder die gemeinschaftlichen Vertreter (Phase D). Bei den Phasen A1, A2 und C handelt es sich um *Willensbildungsprozesse*, bei den Phasen B1, B2 und D um *Willensausführungsprozesse*.

F. Regelungsbereiche der relevanten Normen

Diese Phasen der Rechtsausübung müssen den einschlägigen Regelungen zugeordnet werden. Infrage kommen § 18 Abs. 1 GmbHG, § 69 Abs. 1 AktG, § 77 Abs. 1 S. 3 GenG und die §§ 2038 ff. BGB.

I. § 18 Abs. 1 GmbHG

§ 18 Abs. 1 GmbHG legt fest, dass die Rechtsausübung bei Bestehen einer Rechtsgemeinschaft an ein und demselben GmbH-Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich möglich ist. Der Anwendungsbereich der Vorschrift setzt die Inhaberschaft einer einzelnen Mitgliedschaft durch mehrere Teilhaber (sog. „*dingliche Berechtigungsp pluralität*“⁸⁶) voraus.⁸⁷ Die nichtrechtsfähige Erbengemeinschaft am vererbten GmbH-Geschäftsanteil erfüllt diese Tatbestandsvoraussetzung.⁸⁸ Denn auch wenn die Erbengemeinschaft einen eigenen Vermögensträger darstellt, so erfasst § 18 Abs. 1 GmbHG hier

⁸⁶ Reichert/Weller, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 7.

⁸⁷ Statt aller Ebbing, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 6.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 14.12.1967 – II ZR 30/67, BGHZ 49, 183, 191; BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 30 f.; OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 494; OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 150; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.04.1994 – 15 U 143/93, NJW-RR 1995, 1189, 1190; OLG Nürnberg, Urteil vom 16.07.2014 – 12 U 2267/12, ZIP 2014, 2081, 2083; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 874; Altmeyden, in: ders., § 18 GmbHG Rn. 2; Ebbing, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 24; Löbke, in: Habersack/Casper/Löbke, § 18 GmbHG Rn. 7; Plückelmann, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 18 GmbHG Rn. 2; Reichert/Weller, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 31; Saenger, in: Saenger/Inhvester, § 18 GmbHG Rn. 2; Seibt, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 6; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, § 18 GmbHG Rn. 2; Verse, in: Henssler/Strohn, § 18 GmbHG Rn. 2.

gerade nicht mehrere Rechtsträger⁸⁹, sondern einen einzelnen Vermögens-träger mit mehrfacher personaler Zuordnung. Daraus ergeben sich zwei Folgefragen: Erstens, welche Phasen der Rechtsausübung werden von § 18 Abs. 1 GmbHG geregelt (*horizontale Regelungsreichweite*)? Und zweitens, gilt diese Rechtswirkung für alle Formen der Geltendmachung oder ist inhaltlich nach bestimmten Gesellschafterrechten zu differenzieren (*vertikale Regelungsreichweite*)?

1. Horizontale Regelungsreichweite

Aufgrund des klaren Wortlauts der Vorschrift ist zu unterstellen, dass in horizontaler Hinsicht jedenfalls die Einheitlichkeit der Geltendmachung der Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft durch § 18 Abs. 1 GmbHG verbindlich bestimmt wird. Andernfalls hätte die Norm keinen sinnvollen Anwendungsbereich. Was aber ist mit den anderen Phasen der Rechtsausübung?⁹⁰

a) Äußere Einheitlichkeit und innere Einstimmigkeit

In der Tat wäre es denkbar, die Regelungswirkung des § 18 Abs. 1 GmbHG zusätzlich zur Rechtsausübung im engeren Sinne auch auf die Beschlussfassung und -ausführung durch die Erbengemeinschaft zu erstrecken. Diese ältere Auslegung wird heute noch vereinzelt als sogenannte *Theorie der unmittelbar einheitlichen Ausübung* befürwortet.⁹¹ Der Begriff der Gemeinschaftlichkeit wäre nach dieser Auffassung so zu verstehen, dass nicht nur äußere, sondern auch innere Einigkeit vorliegen müsse.

⁸⁹ So aber *Dietl*, KommJur 2019, 45, 46.

⁹⁰ Siehe oben Kap. 2 E.

⁹¹ Grdl. *Staub*, in: ders., GmbHG, 1. Aufl. 1903, § 18 GmbHG Anm. 9; ihm folgend: *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 43 f.; *Hachenburg*, in: Staub, GmbHG, 4. Aufl. 1913, § 18 GmbHG Anm. 10; *Haegele*, Rpfleger 1969, 186, 187; *U. Koch*, Die Zuordnung des vererbten GmbH-Geschäftsanteils, 1981, S. 98 ff.; *Seibt*, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 20; *Töteberg*, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 41 f.; *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 20; wohl auch *Barrella*, GmbHR 1959, 45, 46.

b) Nur äußere Einheitlichkeit

Demgegenüber möchte die heute herrschende Meinung die Regelungswirkung des § 18 Abs. 1 GmbHG auf das Verhältnis zwischen der Rechtsgemeinschaft und der Gesellschaft beschränken und folgt damit der sogenannten *Theorie der mittelbar einheitlichen Ausübung*.⁹² § 18 Abs. 1 GmbHG enthalte „keine minderheitenschützende Dimension“⁹³, sondern bezwecke allein die Einheitlichkeit der Rechtsausübung. Für die Willensbildung innerhalb der Rechtsgemeinschaft seien demnach auch die Vorschriften der jeweiligen Rechtsgemeinschaft einschlägig.

*c) Stellungnahme**aa) Auslegung nach dem Wortlaut*

§ 18 Abs. 1 GmbHG lautet wie folgt:

⁹² BGH, Urteil vom 14.12.1967 – II ZR 30/67, BGHZ 49, 183, 191; BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 31; OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 495; OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 151; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.04.1994 – 15 U 143/93, NJW-RR 1995, 1189, 1190; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 874; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 175; *Altmeppen*, in: ders., § 18 GmbHG Rn. 13 f.; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 368; *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 GmbHG Rn. 5 f.; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 67 ff.; v. *Bressensdorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 107; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 136 f.; *Göz*, NZG 2004, 345, 346; *Kaya*, ZEV 2013, 593, 595; *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 115; *ders.*, Erbrecht, 2017, § 103 Rn. 139 (S. 998 f.); *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 184; *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 18 f., 23; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 8; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 60; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 53, 148 f., 196 f.; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1051; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. BGB, § 745 BGB Rn. 10; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241; *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2032 BGB Rn. 9; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 249; *Michael Winter/Schümmer*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § 18 GmbHG Rn. 10; *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 16.

⁹³ *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 60.

„Steht ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zu, so können sie die Rechte aus demselben nur gemeinschaftlich ausüben.“

Ist der Ausdruck der Gemeinschaftlichkeit als Einheitlichkeit nach außen oder zusätzlich auch als Einstimmigkeit nach innen zu interpretieren? Beide Auslegungen erscheinen grammatikalisch möglich. Der Wortlaut gibt auf die Frage keine eindeutige Antwort und führt daher nicht weiter.

bb) Systematische Auslegung

Die Rechtsgemeinschaft am GmbH-Geschäftsanteil wird allein in § 18 GmbHG geregelt. Mithin trennt § 18 GmbHG die einzelnen Anwendungsbereiche seiner Absätze so klar voneinander ab, dass sie keinen hinreichend relevanten Bezug aufeinander nehmen. Aus der „äußeren Systematik“⁹⁴ in und um die Vorschrift lässt sich daher nichts ableiten.

Der Ausdruck der Gemeinschaftlichkeit wird im Zivilrecht auch an anderer Stelle verwendet. Insbesondere fällt der Begriff der gemeinschaftlichen Verwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB ins Auge. Nun ist hiermit in der Tat Gemeinschaftlichkeit im Sinne von Einstimmigkeit gemeint.⁹⁵ Soll der Begriff in § 18 Abs. 1 GmbHG deswegen genauso ausgelegt werden, um ein einheitliches Begriffsverständnis herzustellen? Dieser Gedanke überzeugt nicht. Er würde die Relativität der Rechtsbegriffe als ein Grundprinzip der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung⁹⁶ ignorieren und den

⁹⁴ Zum Begriff: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 326 f.

⁹⁵ BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 55; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 17 f.; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 25; *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 9 f.

⁹⁶ Siehe dazu im Einzelnen BVerfG, Beschluss vom 27.12.1991 – 2 BvR 72/90, NJW 1992, 1219, 1220; *Demko*, Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, 2002; *Ehrlich*, Die juristische Logik, 1925, S. 139; *Engisch*, in: Ferid, Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, 1959, S. 59 ff.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 189 ff.; *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 60; *Hermann*, Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz, 2014, S. 1 ff.; *B. Koch*, Rechtsbegriff und Widerstandsrecht, 1985, S. 64 ff.; *P. Kowalski*, NJW 2020, 2229, 2232; *Müller-Erzbach*, Jherings Jb. 61 (1912), 343 ff.; *Ryu/Silving*, ARSP 59 (1973), 57 ff.; *E. Simon*, NSTZ 2009, 84, 85; *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279, 281; *M. Wagner*, Die Akzessorität des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, S. 48 ff.; *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 110 ff.; *ders.*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 220 ff.; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der

Weg vom Begriff zum Sinn gehen, statt den korrekten, umgekehrten Ansatz zu verfolgen. Nur wenn sich § 18 Abs. 1 GmbHG und § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB von ihrem Sinn und Zweck her im selben Maße auf Gemeinschaftlichkeit beziehen, können die beiden Begriffe auch identisch ausgefüllt werden. Ein eigenes systematisches Argument lässt sich aus den parallelen Bezeichnungen daher nicht ableiten.

cc) Historische Auslegung

§ 18 Abs. 1 GmbHG a. F. aus dem Jahr 1892⁹⁷ lautete wie folgt:

„Steht ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zu, so können sie die Rechte aus demselben nur gemeinschaftlich ausüben.“

Die Norm ist bis auf Änderungen in der Rechtschreibung identisch mit der heutigen. In ihrer Gesetzesbegründung findet sich das folgende:

„§. 18

Der Fall, daß ein Geschäftsanteil sich im ungetheilten Eigenthum mehrerer Mitberechtigten findet, wird bei der Vererblichkeit der Antheile nicht selten sein. Das Gesetz hat Sorge dafür zu tragen, daß in einem solchen Falle die Stellung der Gesellschaft durch den Eintritt einer Mehrheit von Betheiligten nicht erschwert wird. Den letzteren kann aus diesem Grunde nur eine einheitliche und darum gemeinschaftliche Geltendmachung ihrer Rechte gestattet werden. [...]“⁹⁸

Der Gesetzgeber von 1892 verfolgte mit § 18 Abs. 1 GmbHG demnach das Ziel, die Stellung der Gesellschaft zu erhalten. Diese sollte sich durch eine Personenmehrheit an ein- und derselben Beteiligung nicht verschlechtern. Wie genau diese Einordnung zu begreifen ist, bleibt jedoch offen. Die Aussage, dass „gemeinschaftliche Geltendmachung“ als „einheitliche“ zu verstehen sei, ist zwar nicht eindeutig, impliziert allerdings wohl eine Beschränkung auf die äußere Einheit, da ansonsten ja auch der Ausdruck „einstimmig“ hätte verwendet werden können.

Rechtswissenschaft, 1991, S. 482 ff.; Anklänge bereits bei *Rümelin*, Juristische Begriffsbildung, 1878, S. 26 ff.

⁹⁷ Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892, RGBl. 1892, S. 477 ff.

⁹⁸ Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RT-Drucks. 8 (I. Session 1890/92), Nr. 660, 5. Anlageband, S. 3740.

dd) Auslegung nach dem Sinn und Zweck

Es bleibt die Frage nach dem objektiven Sinn und Zweck des Rechts. Hierfür ist das Maß der miteinander kollidierenden Wertungen abzustecken. Das Idealziel ist ihre optimale Ausfüllung in wechselseitiger Beschränkung zur Herstellung einer teleologisch widerspruchsfreien Regelung.⁹⁹ Dabei stehen sich drei Faktoren gegenüber: Erstens hat die GmbH ein erhebliches Interesse daran, dass ihr Leben durch das Entstehen einer Erbengemeinschaft nicht verkompliziert wird.¹⁰⁰ Sie möchte aus Praktikabilitätsgründen so stehen wie sie mit dem Erblasser dagestanden hätte. Zweitens möchten sich die einzelnen Miterben an der inneren Willensbildung der GmbH beteiligen und die Kapitalgesellschafterrechte mittelbar über die Gesamthandsgemeinschaft auch in ihrem Sinne ausüben. Drittens hat die GmbH ein Interesse daran, dass die Rechtsgemeinschaft die Rechte aus dem Geschäftsanteil möglichst flexibel und problemlos ausüben kann. Wenn sich die Rechtsgemeinschaft – etwa durch das voraussetzungslos mögliche Veto eines Minderheitsbeteiligten – allzu einfach selbst blockiert, könnte das je nach Relevanz und Sachverhalt die Verlangsamung oder im schlimmsten Fall sogar die Lähmung der gesellschaftlichen Handlungsfähigkeit zur Folge haben.¹⁰¹ Das Rechtsverhältnis zwischen der Erbengemeinschaft als Gesellschafter und der Kapitalgesellschaft ist insofern nicht von einer einseitigen, sondern von einer wechselseitig wirkenden Abhängigkeit geprägt. § 18 Abs. 1 GmbHG fasst aber gerade die Perspektive der Gesellschaft ins Auge. Auf Minderheitenschutz innerhalb der Rechtsgemeinschaft ist die Norm als solche nicht ausgerichtet. Entscheidend ist deshalb die Überlegung, dass sich ein Minderheitenschutz bei entsprechender Notwendigkeit auch im Wege der teleologischen Auslegung über das Recht der jeweiligen Gemeinschaft, so die Wertungen dies hergeben, herstellen lässt. Denn Rechtsgemeinschaften im Sinne der Vorschrift sind die Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB, die Gütergemeinschaft nach §§ 1415 ff. BGB

⁹⁹ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 113 ff.; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 63; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 333 ff.

¹⁰⁰ Vgl. *A. Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 5.

¹⁰¹ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 68 f.; vgl. auch *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 163 f.

und die Erbengemeinschaft nach §§ 2032 ff. BGB.¹⁰² Bisweilen wird auch die Innengesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB angeführt.¹⁰³ Das jeweilige Recht dieser Institute hat jedoch ganz eigene Wertungen und Zielsetzungen. Eine Auslegung des § 18 Abs. 1 GmbHG im Sinne eines inneren Einstimmigkeitserfordernisses würde die Willensbildung bei allen Gemeinschaftsformen in jeder Situation über einen Kamm scheren.¹⁰⁴ Auf konkrete Fallvariationen der Bruchteils- und Gütergemeinschaft braucht hier nicht weiter eingegangen werden. Denn schon diese allgemeine Überlegung zeigt, dass durch die allzu weite Auslegung der Rechtsfolge des § 18 Abs. 1 GmbHG jeglicher Raum für Feindifferenzierungen innerhalb der jeweiligen Rechtsgemeinschaft verschwände, was die Lösung der Einzelfallprobleme aller Voraussicht nach unnötig erschweren würde. Somit ist der Theorie der mittelbar einheitlichen Ausübung zu folgen.

d) Zusammenfassung

Was die horizontale Regelungsreichweite angeht, so verlangt § 18 Abs. 1 GmbHG allein die äußere Einheitlichkeit der Rechtsgemeinschaft und regelt nur die Geltendmachung der Gesellschafterrechte im Außenverhältnis gegenüber der Kapitalgesellschaft. Der Begriff der Gemeinschaftlichkeit wird bei § 18 Abs. 1 GmbHG insoweit anders ausgelegt als etwa bei § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB, was den Grad seiner Relativität unterstreicht.

¹⁰² *Altmeppen*, in: ders., § 18 GmbHG Rn. 2; *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 21 ff.; *Löbke*, in: Habersack/Casper/Löbke, § 18 GmbHG Rn. 4, 7, 8; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 14 ff., 31 ff.; vgl. auch *Pleyer*, GmbHR 1962, 49 f.

¹⁰³ *Altmeppen*, in: ders., § 18 GmbHG Rn. 6, 11; *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 GmbHG Rn. 3; *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 20; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 25; *Seibt*, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 7a; ob es eine Innen-GbR mit Gesamthandsvermögen bei der heute geltenden Unterscheidung von Innen-GbR und Außen-GbR überhaupt noch geben kann, ist allerdings umstritten, siehe *Beuthien*, NZG 2017, 201 ff.; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 705 BGB (Stand: 01.01.2019) Rn. 244 ff.; *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 288; *T. Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 138.

¹⁰⁴ Vgl. *Apfelbaum*, MittBayNot 2006, 185, 190 ff.; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 60.

2. Vertikale Regelungsreichweite

Was die vertikale Rechtswirkung des § 18 Abs. 1 GmbHG angeht, so gibt schon der Wortlaut der Norm eine klare Antwort. Sämtliche Formen der Geltendmachung haben gemeinschaftlich zu erfolgen.¹⁰⁵ Eine Differenzierung nach der Art des Gesellschafterrechts findet grundsätzlich nicht statt.¹⁰⁶ Dies entspricht mithin dem historischen Anliegen des Gesetzgebers wie auch dem objektiven Sinn und Zweck, die Trennung zwischen Erben- und Gesellschaftersphäre zu erhalten.

II. § 69 Abs. 1 AktG

§ 69 Abs. 1 AktG legt fest, dass die Rechtsausübung bei Bestehen einer Rechtsgemeinschaft an ein und derselben Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter möglich ist. Die Vorschrift knüpft wie § 18 Abs. 1 GmbHG an die dingliche Inhaberschaft einer einzelnen Mitgliedschaft durch mehrere Teilhaber an.¹⁰⁷ Geregelt ist nicht die Vertretung einer Personenmehrheit im Sinne von mehreren Gesellschaftern, sondern die Vertretung einer einzelnen Gesellschafterstellung, die ihrerseits einer Personenmehrheit zugeordnet wird.¹⁰⁸ Die nichtrechtsfähige Erbengemeinschaft erfüllt diese Tatbestandsvoraussetzung.¹⁰⁹ Auch hier stellt sich wiederum die Frage nach der horizontalen und vertikalen Regelungsreichweite.

¹⁰⁵ Vgl. *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 18.

¹⁰⁶ Siehe dazu im Einzelnen unten Kap. 4 E. I.

¹⁰⁷ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 5; so bereits *Canaris*, in: Staub, Großkomm. HGB, 3. Aufl. 1981, Bankvertragsrecht Rn. 2197; *Singhof*, Die Außenhaftung von Emissionskonsorten für Aktieneinlagen, 1997, S. 200 Fn. 336; *Harm P. Westermann*, RabelsZ 49 (1985), 214, 233.

¹⁰⁸ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafter, 2017, S. 190; vgl. *Grundmann*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 134 AktG Rn. 86.

¹⁰⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.08.2018 – 20 W 2/13, ZIP 2019, 1218, 1220; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 5; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561 ff.; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 3; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 6; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 2; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 3; *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 4; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 2; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 14; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 69 AktG Rn. 3; *Wieneke*, in: Bürgers/Körber, § 69 AktG Rn. 3.

1. Horizontale Regelungsreichweite

Bei näherer Betrachtung der Frage nach der horizontalen Regelungsreichweite stößt man auf eine erstaunliche Diskrepanz zwischen der Forschungslage im Recht der Aktiengesellschaft und der im Recht der GmbH. Denn zur Parallelnorm des § 18 Abs. 1 GmbHG findet sich in der einschlägigen Literatur eine breit dargestellte Kontroverse zwischen den Vertretern der Theorie der unmittelbar einheitlichen und denen der mittelbar einheitlichen Rechtsausübung.¹¹⁰ Diese Unterscheidung fehlt in den Kommentierungen zu § 69 Abs. 1 AktG. Dabei stellt sich die Frage, ob die beiden Theorien nicht auch hier jeweils anwendbar wären und welche den Vorzug erhalten soll.

a) Äußere Einheitlichkeit und innere Einstimmigkeit

Unabhängig davon, ob man ihr nun folgt, oder nicht, ist schlechterdings kein sachlicher Grund erkennbar, warum die Theorie der unmittelbar einheitlichen Ausübung sich nicht methodisch auf § 69 Abs. 1 AktG übertragen ließe. Während die Vertreter dieser Auslegung sich bei § 18 Abs. 1 GmbHG am Ausdruck „gemeinschaftlich ausüben“ orientieren, könnte man das bei § 69 Abs. 1 AktG in entsprechender Weise beim Ausdruck des „gemeinschaftlichen“ Vertreters tun.¹¹¹ Der Wortlaut gäbe es her, da sich im Aktienrecht die Frage stellt, wann genau ein Vertreter gemeinschaftlich im Sinne der Vorschrift ist und man dazu die gleichen Erwägungen wie zu § 18 Abs. 1 GmbHG anstellen könnte. Die Rechte aus der Aktie könnten nach dieser Einordnung nur dann durch den gemeinschaftlichen Vertreter geltend gemacht werden, wenn die Miterben vorher einstimmig die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters beschlossen (Phase A1), einstimmig seine Ernennung vorgenommen (Phase B1), einstimmig eine Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter beschlossen (Phase A2) und diese Weisung einstimmig ihm gegenüber erklärt haben (Phase B1).

¹¹⁰ Anschaulich dargestellt bei: *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 57; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1050 f.

¹¹¹ So bislang ausdr. nur *Töteberg*, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 41 f. zu § 63 Abs. 1 AktG a. F.

b) Nur äußere Einheitlichkeit

Demgegenüber möchte die ganz herrschende Meinung im Aktienrecht die Regelungswirkung des § 69 Abs. 1 AktG auf das Verhältnis zwischen Rechtsgemeinschaft und Gesellschaft beschränken und folgt damit der sogenannten Theorie der mittelbar einheitlichen Ausübung.¹¹² Übertragen auf die konkreten Rechtsausübungsprozesse im Aktienrecht hieße das, dass die in der Rechtsfolge angeordnete Gemeinschaftlichkeit des Vertreters allein dadurch zum Ausdruck käme, dass die gehaltene Aktie im Sinne der Mitgliedschaft mit einer Stimme gegenüber der Gesellschaft spräche. Wie diese Stimme sich jedoch im Innenverhältnis zwischen den Miterben formt und wie sie gegenüber dem gemeinschaftlichen Vertreter zur Geltung kommt, würde sich nach dem Recht der jeweiligen Gemeinschaft richten.

*c) Stellungnahme**aa) Auslegung nach dem Wortlaut*

Der Wortlaut des § 69 Abs. 1 AktG lautet wie folgt:

„Steht eine Aktie mehreren Berechtigten zu, so können sie die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben.“

Die Norm unterscheidet sich von § 18 Abs. 1 GmbHG in grammatikalischer Hinsicht zwar dadurch, dass die Gemeinschaftlichkeit als Rechtsbegriff nun nicht mehr als Substantiv, sondern als auf den Vertreter bezogenes Adjektiv vorausgesetzt wird. Sie führt damit jedoch zur gleichen Fragestellung zurück. Denn der unmittelbaren Rechtsausübung in § 18 Abs. 1 GmbHG entspricht bei § 69 Abs. 1 AktG der Vertreter selbst als Ausprägung der

¹¹² BayObLG, Beschluss vom 02.08.1968 – 2 Z 54/68, AG 1968, 330, 331; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 372; *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 351; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 562; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 1; *Blasche*, AG 2015, 342, 343; *Flechtheim*, in: Düringer/Hachenburg, § 225 HGB a. F. Anm. 7; *A. Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 13 (zu § 63 AktG a. F.); *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 1; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 69 AktG Rn. 1; *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 184; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 1; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 163, 224; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. BGB, § 745 BGB Rn. 10.

Rechtsausübung durch jemand anderen. Auf die Frage, wie nun eben diese Gemeinschaftlichkeit zu interpretieren ist, gibt der Wortlaut indes wie auch bei § 18 Abs. 1 GmbHG keine eindeutige Antwort.

bb) Systematische Auslegung

Die Rechtsgemeinschaft an der Aktie wird ähnlich wie im GmbH-Recht allein in § 69 AktG geregelt. Auch hier lässt sich aus der Systematik in und um die Vorschrift nichts ableiten.

cc) Historische Auslegung

§ 69 AktG entspricht § 63 AktG a. F.¹¹³ von 1937 bis 1965 und § 225 HGB a. F.¹¹⁴ von 1900 bis 1937. Eine Vorgängervorschrift im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch existierte nicht. Der § 225 HGB a. F. war im Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1896 noch nicht vorhanden und wurde erst am Schluss im Jahr 1897 als § 223 HGB-E eingefügt.¹¹⁵ Die Regelung zur Rechtsgemeinschaft an der Aktie ist somit seit über einhundert Jahren im Wesentlichen unangetastet geblieben, auch wenn sie gelegentlich die Hausnummer gewechselt hat. Die Gesetzgebungsmaterialien zur Vorschrift sind erstaunlich knappgehalten. Eine amtliche Begründung zur Fassung des § 63 AktG a. F. von 1937 scheint nicht zu existieren.¹¹⁶ Zu § 223 HGB-E der Reichstagsvorlage findet sich in der Denkschrift nur das folgende:

„Verhältnis mehrerer Mitberechtigter (§. 223)

Die Vorschrift, daß die Aktien untheilbar sind (Handelsgesetzbuch Art. 207 Abs. 3, Entwurf §. 177 Abs. 1), hat Zweifel in der Richtung hervorgerufen, ob überhaupt ein Miteigentum Mehrerer an einer Aktie möglich sei und in welcher Weise solchen Falls die Beteiligten, insbesondere mehrere Miterben, ihre Rechte aus der Aktie auszuüben haben. Durch die Vorschrift im §. 223 des Entwurfs werden die fraglichen Zweifel beseitigt. Danach können, wenn eine Aktie mehreren Berechtigten zusteht, diese die Rechte

¹¹³ Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937, RGBl. 1937 I, S. 107, 118.

¹¹⁴ Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, RGBl. 1897, S. 219, 270.

¹¹⁵ *W. Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II 2, 1988, S. 1064 (= Denkschr. HGB, S. 137); zum Ablauf der Gesetzgebung rund um das HGB von 1897 siehe *Pahlow*, in: *W. Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I, 2007, Kap. 12.

¹¹⁶ Siehe *Klausing*, AktG, 1937, S. 50.

aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben; [...]. Im Einzelnen schließen sich die Vorschriften des §. 223 an die Bestimmungen an, welche im §. 18 des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung getroffen sind.“¹¹⁷

Diese Passage enthält neben der inhaltlichen Wiedergabe des Gesetzestexts zwei wesentliche Aussagen: Erstens erläutert sie die zentrale Motivation des Gesetzgebers für die Schaffung der Vorschrift, dass ein für alle Mal klargestellt werden soll, dass Rechtsgemeinschaften an einer Aktie zulässig sind und sie keinen Verstoß gegen das aktienrechtliche Teilungsverbot darstellen. Auf diesen Gesichtspunkt schien sich gerade auch die zeitgenössische Kommentarliteratur zu konzentrieren.¹¹⁸ Für dieses Hauptmotiv scheint im Übrigen auch die historisch rechtsvergleichende Betrachtung zu sprechen, die darauf hinwies, dass entsprechende Parallelregelungen in Italien und England die Unteilbarkeit der Aktie auf die Mitgliedschaft bezögen und gerade nicht die Rechtsgemeinschaft an der Aktie an sich ausschlossen.¹¹⁹ Zweitens kann durch den Verweis in der Denkschrift zu § 223 HGB-E auf § 18 Abs. 1 GmbHG unterstellt werden, dass der Gesetzgeber von 1897 bei § 223 Abs. 1 HGB-E die Gedanken des Gesetzgebers von 1892 zu § 18 Abs. 1 GmbHG übernehmen und er die Regelung ganz konkret im Hinblick auf Tatbestand und Rechtsfolge an § 18 GmbHG angleichen wollte. Was genau unter einer Erschwerung der Stellung der Gesellschaft zu verstehen ist, bleibt jedoch offen. Dieser entscheidenden Frage schien sich der historische Gesetzgeber wohl auch gar nicht bewusst gewesen zu sein. Zu § 223 HGB-E lag damals wohl nur eine einzige Anfrage vor, die sich mit der Frage der gesamtschuldnerischen Haftung der Mitberechtigten

¹¹⁷ *W. Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II 2, 1988, S. 1064 (= Denkschr. HGB, S. 137).

¹¹⁸ Siehe *K. Lehmann*, in: *K. Lehmann/Ring*, § 225 HGB a. F. Rn. 5; *Gadow*, in: *Großkomm. AktG*, 1. Aufl. 1939, § 63 AktG a. F. Rn. 1; siehe auch *Flechtheim*, in: *Düringer/Hachenburg*, § 225 HGB a. F. Rn. 1, der darauf hinweist, dass aus dem Teilungsverbot in Art. 207 Abs. 3 ADHGB noch gefolgert wurde, dass der Gesellschaft gegenüber nur eine einzelne Person Aktionär sein könne; so seinerzeit in der *Tat Puchelt*, in: *ders.*, Art. 207 ADHGB Anm. 6 und Art. 182 ADHGB Anm. 1: „Aus der Untheilbarkeit folgt auch, daß, wenn mehrere Personen mit einander eine Aktie oder einen Aktienanteil zeichnen oder erwerben (z. B. durch Erbschaft), nur Eine davon als Aktionär in das Aktienbuch eingetragen werden darf und dann für seine Person alle Rechte und Pflichten eines Aktionärs hat, die übrigen Theilhaber dagegen nach Art. 98 Abs. 2 zu beurtheilen sind“.

¹¹⁹ *K. Lehmann*, *Aktienrecht II*, 1904, S. 26.

befasste,¹²⁰ und die Kommission selbst schien die neu eingeführte Vorschrift auch gar nicht zu den wesentlichen Neuerungen zu zählen.¹²¹

dd) Auslegung nach dem Sinn und Zweck

Was den Sinn und Zweck des § 69 Abs. 1 AktG angeht, so ergeben sich bezüglich des Anwendungsbereichs keine Abweichungen zu § 18 Abs. 1 GmbHG. Auch diese Vorschrift bezweckt den Schutz der Rechtsstellung der Kapitalgesellschaft vor einer Verschlechterung durch Streitigkeiten zwischen den Miterben. Sie scheint über diesen insofern hinauszugehen als nicht nur eine einheitliche Stimme der Miterben, sondern eine einheitliche Vertretung als Bindeglied gefordert wird.¹²² Der dahinterstehende Schutzzweck ist jedoch der gleiche. Er wird durch eine mittelbar einheitliche Rechtsausübung am adäquatesten verwirklicht. Mithin erscheint es schlicht widersinnig, alle relevanten Phasen der Rechtsausübung einem Einstimmigkeitserfordernis zu unterwerfen, wenn doch für die Gesellschaft nur klar zu sein braucht, dass der gemeinschaftliche Vertreter einheitlich für die der Erbengemeinschaft zugeordnete aktienrechtliche Mitgliedschaft spricht.

d) Zusammenfassung

§ 69 Abs. 1 AktG schreibt wie auch § 18 Abs. 1 GmbHG allein äußere Einheitlichkeit vor. Die Vorschrift regelt nur die Geltendmachung der Aktionärsrechte durch den gemeinschaftlichen Vertreter.

2. Vertikale Regelungsreichweite

Bei § 69 Abs. 1 AktG haben sämtliche Formen der mitgliedschaftlichen Rechtsausübung über den gemeinschaftlichen Vertreter zu laufen. Eine Differenzierung nach der Art des Aktionärsrechts findet nicht statt. Dies deckt

¹²⁰ Bericht der XVIII. Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches sowie den Entwurf eines Einführungsgesetzes zu demselben – Nr. 632 der Drucksachen – , RT-Drucks. 9 (IV. Session 1895/97), Nr. 735, 7. Anlageband, S. 3903.

¹²¹ So wurde diese Vorschrift etwa vom Kommissionsmitglied *Riesser*, Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht nebst Entwürfen für neue Statuten und für Statuten-Änderungen, 1899, S. 1 ff. gar nicht erwähnt; vgl. auch *ders.*, DJZ 1896, 131, 132 ff.

¹²² Zu der Frage, ob dies im Lichte der Dogmatik des Handelns der Miterben für die Erbengemeinschaft tatsächlich zu greifbaren Unterschieden führt, siehe unten Kap. 3 A. II.

sich wie bei § 18 Abs. 1 GmbHG mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, umfassende Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die Gesellschaft herzustellen.

III. Exkurs: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG

§ 77 Abs. 1 S. 3 GenG fand inhaltlich – trotz einiger sprachlicher Aktualisierungen durch die GenG-Novelle im Jahr 1973 – bereits mit der Verabschiedung des ursprünglichen Genossenschaftsgesetzes im Jahr 1889 als § 75 Abs. 1 S. 3 GenG a. F.¹²³ Eingang in die Rechtsordnung und entspricht der Norm des § 69 Abs. 1 AktG. Die Vorschrift des Genossenschaftsrechts knüpft in ihrem Wortlaut indes – anders als § 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG – nicht an das Entstehen irgendeiner Rechtsgemeinschaft, sondern explizit an das einer Erbengemeinschaft an, in dem sie vorschreibt, dass mehrere Erben das Stimmrecht in der Generalversammlung¹²⁴ nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben können.

1. Horizontale Regelungsreichweite

Es findet bislang soweit ersichtlich keine Diskussion zur Frage statt, ob das Gemeinschaftlichkeitserfordernis bezüglich des Vertreters auch als Einstimmigkeitsvorgabe für die inneren Angelegenheiten der Erbengemeinschaft zu begreifen sei. Vielmehr scheint stillschweigend davon ausgegangen zu werden, dass § 77 Abs. 1 S. 3 GenG nur eine mittelbar einheitliche Rechtsausübung anordnet.¹²⁵ Dies ist sachgerecht. Zur horizontalen Regelungsreichweite der Norm ist auf die Argumente zu § 69 Abs. 1 AktG und § 18 Abs. 1 GmbHG zu verweisen.

¹²³ Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, RGBl. 1889, S. 55, 73. Die Vorschrift lautete: „Für mehrere Erben kann das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden“.

¹²⁴ Siehe zum rechtsinstitutionellen Charakter der Generalversammlung *Wittenberg*, Willensbildung der Mitglieder und Corporate Governance im neuen Genossenschaftsrecht, 2013, S. 51 ff.

¹²⁵ Unklar etwa *Hornung*, Rpfleger 1976, 37, 39, der davon ausgeht, dass die Miterben das genossenschaftsrechtliche Kündigungsrecht nur gemeinschaftlich ausüben könnten, wobei damit jedoch gerade nicht geklärt ist, ob Gemeinschaftlichkeit als Einstimmigkeit oder als Einheitlichkeit zu verstehen ist.

2. Vertikale Regelungsreichweite

Etwas unklarer ist die vertikale Regelungsreichweite. Ausdrücklich spricht § 77 Abs. 1 S. 3 GenG nur davon, dass die Stimmrechtsausübung eines gemeinschaftlichen Vertreters bedürfe. Ist damit – anders als bei § 69 Abs. 1 AktG – nur das Stimmrecht der unmittelbaren Geltendmachung durch die Miterben entzogen? Können die Miterben die restlichen genossenschaftlichen Mitgliedschaftsrechte bis zum Ablauf des Geschäftsjahres im Sinne des § 77 Abs. 1 S. 2 GenG unmittelbar einheitlich, d. h. analog zu § 18 Abs. 1 GmbHG, geltend machen?¹²⁶ Die herrschende Meinung im Schrifttum verneint dies und tritt für eine weitergehende Sperrwirkung ein. Mit dem Stimmrecht entfallt auch die Möglichkeit einer Geltendmachung des Teilnahme-, Rede- und Antragsrechts durch die einzelnen Miterben.¹²⁷ Nur die Erhebung einer Anfechtungsklage sei bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 51 GenG zulässig.¹²⁸

Dem ist beizupflichten. Die Norm ist so zu verstehen, dass zur Ausübung sämtlicher mitgliedschaftlicher Rechte die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters erforderlich ist. Es würde den Schutzzweck des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG entwerten, wenn nur bestimmte Rechte der Vereinheitlichung durch den gemeinschaftlichen Vertreter unterworfen wären. Die Rechtsausübung kann daher grundsätzlich nur durch ihn erfolgen. Insofern gilt das gleiche wie für § 69 Abs. 1 AktG. Die durch Wahl begründeten Ämter als Vertreter, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied gehen im Übrigen nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erbengemeinschaft über. Stirbt ein Vertreter-Genosse, so rückt sein Ersatzmann in die Vertreterversammlung ein.¹²⁹

¹²⁶ Zu der Frage, ob dies im Lichte der Dogmatik des Handelns der Miterben für die Erbengemeinschaft tatsächlich zu greifbaren Unterschieden führt, siehe unten Kap. 3 A. II.

¹²⁷ *Holthaus/Lehnhoff*, in: J. Lang/Weidmüller, § 77 GenG Rn. 8; *Keßler*, in: Hillebrand/Keßler, § 77 GenG Rn. 5; *K. W. Müller*, in: ders., § 77 GenG Rn. 4; a. A. insofern *Beuthien*, in: ders., § 77 GenG Rn. 3, als dieser jedem einzelnen Miterben immerhin die Möglichkeit der voraussetzungslosen Teilnahme an der Generalversammlung zugesteht.

¹²⁸ *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 77 GenG Rn. 5; *Schaffland*, Die Vererbung der Mitgliedschaft nach § 77 GenG, 1982, S. 19; a. A. *Keßler*, in: Hillebrand/Keßler, § 77 GenG Rn. 5.

¹²⁹ *Hornung*, Rpfleger 1976, 37, 38.

IV. §§ 2038 ff. BGB

Entscheidend ist nur der Umstand, dass die Körperschaft Rechtssicherheit darin hat, dass eine einmal verlaubliche mitgliedschaftliche Rechtsausübung zweifelsfrei für den gesamten Gesellschaftsanteil der Erbengemeinschaft gilt. Die Beschlussfassung und -ausführung in Bezug auf sämtliche Gesellschafterrechte unterfällt somit der allgemeinen Regelung zur Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft in Form der §§ 2038 ff. BGB. Diese sind auch dann einschlägig, wenn die Erbengemeinschaft einen Alleingesellschafter beerbt. Die Erbenversammlung ist in diesem Fall personenidentisch mit der Gesellschafterversammlung.¹³⁰ Hier überlagert die Ebene der erbrechtlichen Beschlussfassung die Ebene der körperschaftsrechtlichen Willensbildung vollständig.¹³¹

¹³⁰ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 177.

¹³¹ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 177 f.; *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 40; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 223 f.; *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 35; vgl. auch *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 370; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1050; a. A. *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 252, der die Organisationsregeln der §§ 45 ff. GmbHG im Fall der Ein-Mann-GmbH unmittelbar auf die gesellschaftsbezogene Beschlussfassung der Erbengemeinschaft anwenden möchte; vgl. auch *U. Koch*, Die Zuordnung des vererbten GmbH-Geschäftsanteils, 1981, S. 12 f., dem zufolge dies nur dann möglich sei, wenn man eine Sonderrechtsnachfolge in den GmbH-Geschäftsanteil des Ein-Mann-Gesellschafters annähme.

G. Vergleich mit einer rechtsfähigen Erbengemeinschaft

Seit der Theorie¹³² von der gesamthänderischen Personenmehrheit als rechtsfähigem Verbund einerseits und der Geltung der §§ 2032 ff. BGB¹³³ andererseits wird im deutschen Privatrecht die Frage diskutiert, ob auch die Erbengemeinschaft als rechtsfähig anzusehen ist. Befürwortet wird ihre Rechtsfähigkeit bisweilen aus allgemein bürgerlich-rechtlicher¹³⁴, grundbuchrechtlicher¹³⁵, allgemein personengesellschaftsrechtlicher¹³⁶,

¹³² V. Gierke, Deutsches Privatrecht I, 1895, S. 682: „Kraft der gesamten Hand ist die verbundene Personenmehrheit als solche rechtsfähig. [...] Nach aussen kommt, soweit die Gemeiner insgesamt berechtigt oder verpflichtet sind, ihre Personeneinheit voll zur Geltung“; vgl. auch Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts I, 1885, S. 275 f., 324 ff.; zur Rechtsgeschichte ausf. Ascheuer, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 168 ff.; Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, 1936, S. 166 ff.; C. Schmidt, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, S. 28 ff.

¹³³ Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs sah für den Fall einer Mehrheit von Erben noch den römisch-gemeinrechtlichen Ansatz vor. Im zweiten Entwurf entschied sich die Kommission dann für das Modell der gesamthänderischen Erbengemeinschaft, siehe Mugdan, Materialien zum BGB V, 1899, S. 495 (= Prot. BGB V, S. 835 f.); Heinrich Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, § 42 I. 4. a) (S. 1083); Löhnig, in: v. Stauding, Vor §§ 2032 ff. BGB Rn. 7.

¹³⁴ Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 394 ff.; Bohne, Erbengemeinschaft und Miterbenanteil, 1929, S. 28; Eberl-Borges, Die Erbaueinandersetzung, 2000, S. 41 ff.; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 145 ff.; Flume, BGB AT I 1, 1977, § 4 II. (S. 56, 59 Fn. 48); Grunewald, AcP 197 (1997), 305 ff.; Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, 1911, S. 72; wohl auch H. Koch, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 1935, S. 112 ff.; Reißmann/Szalai, in: BeckOGK BGB, § 2032 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 5; Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 148 ff.; Wolf, in: FS Canaris I, 2007, S. 1313, 1318 ff.

¹³⁵ Jaschke, Gesamthand und Grundbuchrecht, 1991, S. 36 ff.

¹³⁶ Jäkel, Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft und ihre Beteiligungsfähigkeit an Personengesellschaften, 2007, S. 24 ff.; Weipert, ZEV 2002, 300 ff.

handelsrechtlicher¹³⁷, prozessrechtlicher¹³⁸, markenrechtlicher¹³⁹, verfassungsrechtlicher¹⁴⁰ und historisch-systematischer¹⁴¹ Perspektive. Diese Auffassung stellt zum gegenwärtigen Zeitpunkt allerdings eine Mindermeinung dar. Denn die deutsche Rechtsprechung¹⁴² und herrschende Lehre¹⁴³

¹³⁷ *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 199; *Meßink*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft in der Insolvenz, 2007, S. 49 f.; die Rechtsfähigkeit auf die unternehmenstragende Erbengemeinschaft begrenzend: *Leonhardt*, Die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines Handelsgeschäfts, 1963, S. 98; *K. Schmidt*, NJW 1985, 2785, 2789; *Thiessen*, in: MünchKomm. HGB, § 27 HGB Rn. 71.

¹³⁸ *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 207 ff.

¹³⁹ *Erlen*, Die Markenrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2006, S. 99 ff.; *Fezer*, in: ders., § 7 MarkenG Rn. 70, 39.

¹⁴⁰ *Krausnick*, JuS 2008, 869, 870; *C. Ernst*, in: v. Münch/Kunig, Art. 19 GG Rn. 73.

¹⁴¹ *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, passim.

¹⁴² BFH, Urteil vom 12.02.2014 – II R 46/12, BFHE 244, 455, 459 Rn. 16; BGH, Urteil vom 11.09.2002 – XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3390; BGH, Beschluss vom 16.03.2004 – VIII ZB 114/03, ZEV 2004, 246; BGH, Beschluss vom 17.10.2006 – VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715, 3716; LAG Hamm, Beschluss vom 04.01.2012 – 2 Ta 337/11, FamRZ 2012, 1907, 1908; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.09.2017 – 12 W 1/17, ZIP 2018, 122, 123; OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.08.2018 – 20 W 2/13, ZIP 2019, 1218, 1219 f.; VGH Kassel, Urteil vom 31.05.2011 – 5 B 1358/10, LKRZ 2011, 380; SozG Konstanz, Urteil vom 10.12.2013 – S 11 U 1518/13, FamRZ 2014, 1812 f.

¹⁴³ *Bartholomeyczik*, in: FS Nipperdey I, 1965, S. 145, 171; *J. Bayer*, Die Schuld- und Haftungsstruktur der Erbengemeinschaft, 1993, S. 101; *W. Bayer*, in: Erman, § 2032 BGB Rn. 1; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561 Fn. 3; *P. Becker*, FamRZ 2014, 1756, 1757 f.; *Brox/Walker*, Erbrecht, 2021, § 29 Rn. 2 (S. 290); *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 8; *Flehtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2032 BGB Rn. 6; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 19; *Gottwald*, ErbR 2007, 11; *Habersack*, JuS 1990, 179, 181 Fn. 41; *Heil*, ZEV 2002, 296 ff.; *Hennecke*, Das Sondervermögen der Gesamthand, 1976, S. 120; *Hoeren*, in: Schulze et al., § 2032 BGB Rn. 4; *Hüffer*, ZGR 1986, 603, 618; *Ingerl/Rohnke*, in: dies., § 7 MarkenG Rn. 13; *Kapp/Ebeling*, in: Ebeling/Geck, Handbuch der Erbengemeinschaft, 2021, § 1 Rn. 24 ff.; *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 56; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 114 III (S. 610); *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 55 Rn. 12 (S. 551); *Lassen*, Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, 2020, S. 20 ff.; *Letzmaier*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2032 BGB Rn. 3; *Löhnig*, FamRZ 2007, 1600; v. *Lübnow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 4 § 1 (S. 795); *Marotzke*, ZEV 2002, 506 ff.; *J. Mayer*, MittBayNot 2010, 345; *Muscheler*, Erbrecht II, 2012, § 50

haben sämtlichen Vorstößen in diese Richtung bislang eine Absage erteilt. Wie sähe die Sache aus, wenn man nun den Hebel der Rechtsfähigkeit umlegen würde und diese der Erbgemeinschaft zugestünde? Rechtsfähigkeit entspricht gemäß § 50 Abs. 1 ZPO der Parteifähigkeit im Zivilprozess, die ihr gegenüber der engere Begriff ist.¹⁴⁴ Die rechtsfähige Gesamthand wäre nicht personengebunden und damit von den jeweiligen Teilhabern vollständig losgelöst.¹⁴⁵ Neben das bisherige Triptychon aus natürlicher Person, juristischer Person und rechtsfähiger Personengesellschaft¹⁴⁶ träte somit die Erbgemeinschaft als rechtsfähige Personengesellschaft.¹⁴⁷ Das Verhältnis zwischen den Erben und dem Rechtsverkehr würde dadurch vollständig umgestaltet. Wie bei der rechtsfähigen Außengesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB¹⁴⁸ würde der Verband selbst zu dem von

Rn. 3853 ff.; *T. Paul*, Die Gesellschafterfähigkeit von Gesamthandsgemeinschaften, 2005, S. 33; *Reuter*, AcP 207 (2007), 673, 704 ff.; *Rüfner*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 55, 62; *Sarakinis*, Die Erbgemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 28 ff.; v. *Schwerin*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 1928, § 14 I. (S. 56); *Stürner*, in: Jauernig, § 2032 BGB Rn. 1; *Tolani*, „Teilrechtsfähigkeit“ von Personenvereinigungen, 2009, S. 197 ff.; v. *Tuhr*, BGB AT I, 1910, § 3 III. (S. 81); *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 124 ff.; *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2032 BGB Rn. 1; *Roland Wendt*, ErbR 2017, 58, 59; *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 42 f.; *Zierden*, Die Erbenuntreue, 2022, S. 51 ff.; unter Verweis auf die Probleme zwischen einem Zugeständnis der Rechtsfähigkeit einerseits und der Haftungsfrage andererseits wohl auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 396 ff., 561.

¹⁴⁴ *Neuner*, BGB AT, 2020, § 11 Rn. 1 (S. 118); *Sauer*, Juristische Methodenlehre, 1940, S. 466.

¹⁴⁵ *Flume*, ZHR 136 (1972), 177, 198; *Wolf*, in: FS Canaris I, 2007, S. 1313, 1315; zust. *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 311 Fn. 888.

¹⁴⁶ *Bachmann*, in: FS K. Schmidt I, 2019, 49.

¹⁴⁷ Der begriffliche Unterschied zwischen der Gesamthandsgemeinschaft und der Gesamthandsgesellschaft liegt darin, dass bei dieser der Zusammenschluss und der Zweck von den Betroffenen festgelegt werden, während das bei jener nicht der Fall ist, siehe *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 26; siehe auch *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, Vor § 705 BGB Rn. 130; vgl. zum Begriff des gemeinsamen Zwecks *Ballerstedt*, JuS 1963, 253 ff.; *Lüdeking*, AcP 220 (2020), 303 ff.

¹⁴⁸ Mit dem Inkrafttreten des MoPeG würde die Unterscheidung zwischen nicht-rechtsfähiger Innen-GbR und gesamtrechtsfähiger Außen-GbR nicht nur beibehalten, sondern ab dem 1. Januar 2024 auch in § 705 Abs. 2 BGB kodifiziert, siehe Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

seinen Mitgliedern zu unterscheidenden, personalen Endzurechnungssubjekt von Rechten und Pflichten.¹⁴⁹ Die Kapitalgesellschaftsanteile würden nicht mehr im gesamthänderisch gebundenen Eigentum der Miterben, sondern in dem der Erbengemeinschaft selbst stehen.¹⁵⁰ Ein Sondervermögen im begrifflichen Sinne gäbe es damit nicht mehr. Stattdessen würde dann ein dem Subjekt Erbengemeinschaft regulär zugeordnetes Vermögen existieren.¹⁵¹ Für die vermögensorientierte Zuordnung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft hätte dies freilich keine Auswirkungen. Denn die Erbengemeinschaft ist auch als nichtrechtsfähige Gesamthandsgemeinschaft stets nur ein einzelnes Mitglied in der jeweiligen Körperschaft.¹⁵² Aus der bisher nur auf das Vermögen bezogenen Zuordnung auf der Kollektivebene würde nun auch eine personale Verankerung. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit führt diesbezüglich jedoch nicht zu einer materiellen Veränderung der Rechtslage.¹⁵³ Was die personale Zuordnung des Gesellschaftsanteils angeht, so verschöbe sich die Inhaberschaft entsprechend. Inhaber des Anteils wären nun nicht mehr die Erben als mehrere Personen in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Denn auch wenn eine rechtsfähige Erbengemeinschaft weiterhin keine Person wäre, so wäre sie als eigenes Subjekt in Bezug auf die Rechtsfähigkeit den Personen gleichgestellt,¹⁵⁴ sodass die personenbezogene Zuordnung bei ihr selbst stattfände. Die Miterben würden dadurch analog zur Außengesellschaft bürgerlichen Rechts zwingend zu Organen der Erbengemeinschaft. Denn „organschaftlich handeln Personen, die den Willen einer im Rechtsverkehr als rechtsfähig anerkannten Organisation (eines Verbands) bilden und in die Tat umsetzen“.¹⁵⁵

(Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021, BGBl. 2021 I, S. 3436, 3438; vgl. dazu *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 115 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, Vor § 705 BGB Rn. 11.

¹⁵⁰ Vgl. *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 145 ff.

¹⁵¹ *Kornblum*, ZJP 91 (1978), 342, 346.

¹⁵² Siehe oben Kap. 2 B.

¹⁵³ So auch seinerzeit zutr. zur GbR *Beuthien/A. Ernst*, ZHR 156 (1992), 227, 235 f.

¹⁵⁴ *A. A.* auf begrifflicher Ebene *Beuthien*, JZ 2003, 715, 717, der die Begriffe der Person und des Subjekts als Synonyme ansieht. Dann aber würde es an einem klaren Begriff für die Entitäten fehlen, die vom Boden des heute geltenden Rechts aus weder Person noch Subjekt aber (gesamt-)rechtsfähig sein sollen.

¹⁵⁵ *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 714 BGB Rn. 17.

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





Kapitel 3

Die erbrechtliche Verwaltung des Gesellschaftsanteils

A. Die Struktur der §§ 2038 ff. BGB

Die Vorschriften, die die Handlungsmöglichkeiten der Erbengemeinschaft regeln, sind knapp gefasst und differenzieren gemäß den §§ 2038 und 2040 BGB danach, ob es sich um eine Verwaltungsmaßnahme oder eine Verfügung handelt. Gemeinhin wird dieser Aufbau als missglückt bewertet, da er keine präzise Differenzierung nach Geschäftsführung und Vertretung vornimmt, wie es etwa die Vorschriften zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts in den §§ 705 ff. BGB tun.¹ Das Recht der Erbengemeinschaft folgt damit gerade nicht dem formell separierten Aufbau², sondern einer materiellen Unterscheidung. Auch fehlen die bei Einzelpersonen üblichen Zurechnungsprinzipien der gegenstandsbezogenen Ermächtigung und der subjektbezogenen Vertretung.³ Von einer „vom Gesetzgeber mit viel Liebe zum Detail“⁴ geregelten Materie kann insoweit nur mit sarkastischem Unterton die Rede sein.⁵

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

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

³ *Hennecke*, Das Sondervermögen der Gesamthand, 1976, S. 120.

⁴ *Thielmann*, ZHR 136 (1972), 397.

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

I. Regelungsbereiche

1. Verwaltungsformen gemäß § 2038 BGB

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

⁶ H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247.

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

⁸ Löhnig, in: v. Staudinger, § 2038 BGB Rn. 4.

⁹ Siehe oben Kap. 2 Fn. 95.

¹⁰ Boehmer, AcP 144 (1938), 32, 66.

¹¹ Vgl. Hohensee, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 126 f.

2. Verfügung gemäß § 2040 BGB

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

3. Nachlassforderungen gemäß § 2039 BGB

Die Geltendmachung von Nachlassforderungen ist in § 2039 BGB¹⁵ geregelt. Die Vorschrift stellt im Verhältnis zu § 2038 BGB eine vorrangige Spezialregelung dar.¹⁶ Ihr Sinn und Zweck liegt darin, die gegebenenfalls den Wert des Nachlasses gefährdende Nichtgeltendmachung eines zum Nachlass gehörenden Anspruchs infolge einer allzu schwerfälligen Gemeinschafts- oder Mehrheitsverwaltung insbesondere mit Rücksicht auf eine etwaige Verjährung nach § 194 S. 1 BGB zu verhindern.¹⁷ Sie ist nur auf die Einziehung von Forderungen und damit auf einen Bereich anwendbar, in dem kein realer Ermessensspielraum der Erbengemeinschaft besteht.¹⁸ Die Norm stellt eine gesetzliche Einziehungs- und

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

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

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

¹⁵ Siehe zum historischen Hintergrund *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 96.

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

¹⁷ *Hoeren*, in: Schulze et al., § 2039 BGB Rn. 1.

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

Prozessführungsbefugnis¹⁹ dar und ist an § 432 Abs. 1 BGB angelehnt²⁰. Der Anspruchsbegriff entspricht dem des § 194 S. 1 BGB.²¹

4. System der Nachlassverwaltung

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

a) Limitierte Mehrheitsverwaltung

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

¹⁹ *W. Bayer*, in: Erman, § 2039 BGB Rn. 1.

²⁰ *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2039 BGB Rn. 1.

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

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

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

b) Vollziehende Mehrheitsverwaltung

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

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

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

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

Mehrheitsbeschluss nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB eine Vertretungsmacht der Mehrheit für die gesamte Gemeinschaft abgeleitet wird.²⁵ Die dogmatische Begründung variiert. Zum einen wird angeführt, dass der Beschluss die Mehrheit gesetzlich²⁶, zum anderen, dass er sie rechtsgeschäftlich²⁷ stillschweigend zum Handeln nach außen ermächtigt. Der Bundesgerichtshof hat sich diesem Konzept bereits im Jahr 1971 angeschlossen.²⁸ Der Punkt, an dem sich diese Auffassung aufgliedert, ist die Frage nach der Reichweite der Mehrheitsmacht in Bezug auf die Art der beschlussausführenden Rechtshandlung.

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

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

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

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

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

aa) Restriktive Vollziehungsbefugnis der Mehrheit

Die wohl als konservativ einzuordnende Auffassung beschränkt die Mehrheitsmacht der Erbengemeinschaft auf Verpflichtungsgeschäfte.²⁹ § 2040 Abs. 1 BGB sei im Verhältnis zu § 2038 BGB eine vorrangige Spezialregelung. Mithin existiere kein Raum für eine teleologische Reduktion³⁰. Als Alternativkonzepte zur Erhöhung der Mehrheitsmacht in der Erbengemeinschaft werden – wenn überhaupt – wahlweise die Einführung von speziellen, erbengemeinschaftlichen Treuepflichten,³¹ die Schaffung eines neuen Verfügungsbegriffs³² oder der Vorschlag einer gesetzlichen Neufassung³³ ins Feld geführt.

bb) Eingeschränkte Vollziehungsbefugnis der Mehrheit

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

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

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

³¹ *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben, 2010, S. 124 ff.

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

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

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

cc) Unbeschränkte Vollziehungsbefugnis der Mehrheit

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

dd) Anwendung der Linien auf die Ausübung der Gesellschafterrechte

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

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

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

³⁶ Grdl. *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32, 74 f.

Handlungen der Erbengemeinschaft überhaupt um eine Verfügung im Sinne des § 2040 Abs. 1 BGB handelt. Ein bloß die Miterben bindender Beschluss (Phase A) ist unabhängig vom Beschlussgegenstand keine Verfügung. Die Bestellung und die Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters im Sinne des § 69 Abs. 1 AktG beziehungsweise des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG (und fakultativ im Sinne des § 18 Abs. 1 GmbHG) (Phase B1) laufen nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen, d. h. über die Bevollmächtigung nach § 167 BGB und den Widerruf der Bevollmächtigung nach § 168 BGB.³⁷ Auch diese beiden Rechtshandlungen stellen keine Verfügungen dar.³⁸ Die unmittelbare Vollziehung eines Rechtsausübungsbeschlusses in der Gesellschafterversammlung der GmbH nach § 18 Abs. 1 GmbHG (Phase B2) stellt ebenfalls keine Verfügung dar.³⁹ Und schließlich unterfällt auch die Erteilung einer Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter, ein bestimmtes Gesellschafterrecht gemäß dem Beschluss der Erbengemeinschaft auszuüben (Phase B1), nicht dem Verfügungsbegriff. Das gilt auch für die Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses im Wege einer kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelklage. Zwar stellt diese die Ausübung eines Gestaltungs(klage)rechts dar,⁴⁰ welches als solches mit einer Verfügungswirkung verbunden⁴¹ ist, und in der Tat ist § 2039 S. 1 BGB

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴³ *Wertenbruch*, in: MünchKomm. GmbHG, Anhang § 47 GmbHG Rn. 252.

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

⁴⁵ *Raue*, GmbHR 2015, 121, 128.

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

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

c) Stellungnahme

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

⁴⁶ Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B.

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

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

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

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

⁵⁰ A. A. *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 33 f.

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

⁵² *Ann*, MittBayNot 2003, 193, 195.

⁵³ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 396.

⁵⁴ *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361.

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

Die daneben angeführte Interpretation der Erbengemeinschaft als besonders geeignetem Raum für Konfliktlösungen⁵⁵ scheitert an der Realität. Denn zügige Auseinandersetzungen unter Miterben scheinen gerade bei komplex strukturierten Nachlässen nicht der Regelfall zu sein.⁵⁶ Die Erbengemeinschaft ist im Gegenteil der denkbar ungeeignetste Raum zur Konfliktlösung, weil sich oftmals Beteiligte in ihr wiederfinden, die sich aus emotionalen Gründen entweder aus Passivität oder aus Widerspenstigkeit mehr oder weniger bewusst gegenseitig blockieren.⁵⁷ Das jeweilige Eigeninteresse ist in der Regel enorm ausgeprägt,⁵⁸ zumal dann, wenn es um die Nachfolge in Familienunternehmen geht.⁵⁹ Dort, wo emotionale Antipathie mit in den Ring steigt, ist der Sache mit einem konstruktiv-sachlichen Hinweis auf gegenseitige wirtschaftliche Interessen oftmals nicht mehr beizukommen.⁶⁰ Steht eine bedeutsame Kapitalgesellschaftsbeteiligung im Raum, so ist mithin davon auszugehen, dass sich zwischen den Miterben auch spezifisch unternehmenspolitische Differenzen auf tun können.

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

⁵⁵ So wohl *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143, 155.

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

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

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

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

⁶⁰ Vgl. *Krenz*, AcP 195 (1995), 361, 366.

aus dessen Familienrecht die Gesamthand stammt⁶¹, noch die geschlossene Hausgemeinschaft als Unterbau fortsetzen⁶², wohingegen die Erben der Gegenwart in aller Regel neue, eigene Hausgemeinschaften bilden.⁶³ Daneben gilt es im Allgemeinen zu bedenken, dass „der typische Nachlass heute nicht mehr aus einem in generationübergreifender Tradition stehenden Familienvermögen, sondern aus einer mehr oder weniger bescheidenen, vielfach vom Erblasser selbst erworbenen Familienwohnung sowie Sparguthaben und Kapitalanlagen“⁶⁴ besteht. Da die Regeln der Erbgemeinschaft einheitlich für alle Arten von Nachlässen auszulegen sind, müssen auch diese allgemeinen Umstände bei der Auslegung berücksichtigt werden. Ob und wenn ja in welchem Maße sich diese Entwicklung in Deutschland aufgrund allgemein gewachsenen Wohlstands, der Liberalisierung der Bürgergesellschaft oder kultureller Veränderungen ergeben haben könnte, kann hier dahinstehen. Jedenfalls ist die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass die heutigen Lebensumstände die einzelnen, häuslich getrennten Erben dazu anreizen, ab dem Moment des Erbfalls primär auf sich und ihre eigenen Hausgemeinschaften zu achten.⁶⁵ Es erscheint mithin im Lichte der schwach ausgeprägten Regelungsdichte der §§ 2038 ff. BGB plausibel, davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber des § 2038 BGB sich nicht dazu entschieden hat, die Miterben durch ein blockadeanfälliges Verwaltungsregime psychisch dazu zu zwingen, sich zügig

⁶¹ Siehe oben Kap. 1 Fn. 10.

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

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

⁶⁴ *R. Zimmermann*, JZ 2016, 321, 328.

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

auseinanderzusetzen, sondern dass er davon ausging, dass sie dies ohnehin täten.⁶⁶ Das Konzept der Gesamthandsgemeinschaft als Bindungshelfer stellt damit womöglich aus heutiger Sicht eine anachronistische Form des Rechtstransplantats⁶⁷ dar, das von den Tatsachen der Gegenwart allzu oft abgestoßen wird.⁶⁸ Freilich würde dies nichts daran ändern, dass sie nach geltendem Recht als Rechtsform für eine Mehrheit von Erben vorgesehen ist. Dann könnte allerdings wohl nicht nachvollziehbarerweise davon gesprochen werden, dass sich dieses Rechtsinstitut zur Konfliktlösung eignen würde.

Der Versuch der Ableitung eines Zustimmungserfordernisses der Erbenminderheit aus dem Gesamthandsprinzip selbst⁶⁹ kommt einer *petitio principii*⁷⁰ gleich. Denn zur Feststellung der Reichweite des Gesamthandsprinzips ist es ja gerade erforderlich, festzustellen, wie weit die Schutzwertung reicht. Das Prinzip findet seine Ausformung erst durch die im Gesetz verankerte Wertung, nicht umgekehrt.

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

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

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

⁶⁸ Siehe zu den soziologischen Fragestellungen auch *Kurze*, in: Rißmann, Die Erbenminderheit, 2019, § 2 Rn. 8 ff. (S. 21 ff.).

⁶⁹ *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 31 f., 35.

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

Justiz⁷¹ sowie zum Bedürfnis des Rechtsverkehrs und insbesondere der jeweiligen Gesellschaft nach einer handlungsfähigen Erbgemeinschaft. Die Legitimität eben dieses Bedürfnisses wird durch den Sinn und Zweck hinter § 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG (sowie § 77 Abs. 1 S. 3 GenG), die Situation der Körperschaft nicht zu verschlechtern, nochmals unterstrichen. Das Gesetz kann in Anbetracht des inhärenten Blockaderisikos der Erbgemeinschaft nicht vernünftigerweise von seinem objektiven Sinn und Zweck her auf deren Handlungsunfähigkeit gerichtet sein. Denn es stimmt zwar, dass die privatautonome Rechtsordnung neben den Rechten auch die Pflichten des Individuums als Resultat ausgeübter Eigenverantwortung in den Mittelpunkt stellt. Die Rechtswirklichkeit der letzten Jahrzehnte scheint jedoch gezeigt zu haben, dass die Vorstellung, das Gesetz könne die Miterben durch die Gefahr einer Handlungsunfähigkeit der Erbgemeinschaft und des damit verbundenen potenziellen Verfalls des Nachlasswerts zur Vernunft bewegen, keine hinreichende Tatsachengrundlage hat. Diese praktische Natur der Sache⁷² in der wohl konkreten Form einer Folgenberücksichtigung⁷³ ist bei der Frage nach dem objektiven Sinn und Zweck mitzubehutsichtigen. Denn eine Verschiebung des äußeren Tatsachenrahmens kann aufgrund der Trennung von Sein und Sollen zwar keine deterministische Wirkung auf die normative Bewertung haben, sie verschiebt indes den Punkt, auf den die Wertungsargumentation ihrerseits Bezug nimmt und kann dadurch Auswirkungen auf die Plausibilität beziehungsweise den Rechtfertigungsmaßstab ebendieser Wertungsargumentation haben.⁷⁴

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

⁷¹ Lassen, Die Nachlassverwaltung in der Erbgemeinschaft, 2020, S. 51, 55; vgl. auch Hohensee, Die unternehmenstragende Erbgemeinschaft, 1994, S. 126 ff.

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

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

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

5. Zusammenfassung

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

II. Dogmatik der Vertretung bei der Nachlassverwaltung

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt bei der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen nur das Sprechen in eigenem und das in fremdem Namen. Außerhalb der Voraussetzungen zur Stellvertretung nach § 164 BGB kann ein abgegrenztes Subjekt somit nur für sich selbst sprechen. Bei dem einzelnen Miterben, der Erbenmehrheit und der Erbengemeinschaft, d. h. allen Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit, handelt es sich um verschiedene Subjekte⁷⁵ beziehungsweise Subjektgruppen. Die Vorstellung, dass der einzelne Miterbe nur in eigenem Namen sprechen und gleichwohl die übrigen Miterben schuldrechtlich mitverpflichten könnte, ergibt im Hinblick auf die Teilungsverbote zur kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft und die Verschiedenheit der Subjektsphären wenig Sinn. Das Handeln des einzelnen Miterben oder der Erbenmehrheit für die gesamte, nichtrechtsfähige Subjektgruppe der Erbengemeinschaft bedarf daher zwingend einer Überleitung nach § 164 BGB.⁷⁶ Die Vertretung hat zur Folge, dass der Vertretene unmittelbar durch das vorgenommene Rechtsgeschäft berechtigt und

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

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

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

1. Die Erbengemeinschaft als eigene Entität

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

2. Die Miterben als mehrere Individuen

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

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

⁷⁸ *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 260 f.

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

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

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

3. Die Erbengemeinschaft als nichtrechtsfähige aber überindividuelle Einheit

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

4. Stellungnahme

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

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

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

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

⁸⁴ H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 250 f.

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

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

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

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

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

⁸⁹ Siehe oben Kap. 2 C.

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

Die Annahme, dass unter allen Ausprägungen der Gesamthand „die Vielheit der Gesellschafter (als die Rechtsträger) in der Einheit eines gemeinsamen *status*, den die Gesellschafter zusammen innehaben, und der ihnen die Fähigkeit verleiht, in Gemeinschaft Rechte und Pflichten zu haben“⁹¹ zu verstehen sei, trifft die Sache indes ebenfalls nicht. Denn sie geht fälschlicherweise davon aus, dass es erstens vom Boden des heute geltenden Rechts aus zwingend noch einen einzelnen Gesamthandsbegriff mit genau diesem Begriffsumfang gäbe⁹² (der bei dieser Auslegung mithin jeglichen Raum für die Gruppenlehre⁹³ ausschliesse)⁹⁴ und dass zweitens in der Gesamthand kein eigener Rechtsträger existiere, sondern es nur die Vielheit der Einzelrechtsträger der Gesamthandsmitglieder gebe.⁹⁵ Dies aber widerspricht der bürgerlich-rechtlichen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Sondervermögen einerseits und dem Privatvermögen der Miterben andererseits. Es ist aus vorgenannten Gründen nämlich eben gerade doch so, dass „das *eine* Vermögen des Erblassers als Objekt die mehreren Erben zu *einer* Personengemeinschaft“⁹⁶ macht.⁹⁷ Die Rechtsnatur der

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

⁹¹ *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 30.

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

⁹³ *Flume*, ZHR 136 (1972), 177 ff.

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

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

⁹⁶ *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 83.

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

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

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

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

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

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

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

Auseinanderfallen von Subjektebene und Vermögenszuordnung zeigt sich der wohl relevante Wesensunterschied zwischen dem individualistischen Konzept der Person¹⁰² einerseits und der germanischrechtlichen Vorstellung der Gesamthand¹⁰³ andererseits. Denn „die wichtigste Eigenschaft einer Person ist die Rechtsfähigkeit“¹⁰⁴ und diese ist für das Sondervermögen nicht gegeben. Die Gesamthandsgemeinschaft modifiziert¹⁰⁵ damit das allgemein bürgerlich-rechtliche Dogma, demzufolge eine Vertretung nach den §§ 164 ff. BGB sich nur in unmittelbarer Weise auf rechtsfähige Subjekte beziehen könne. Zwar bleiben die Einzelpersonen der Miterben die personalen Endzuordnungspunkte, die Zuordnung erfolgt jedoch nicht direkt, sondern über Eck mit der beschränkenden Rechtswirkung des Sondervermögens. Das Sondervermögen bildet daher den grundsätzlichen ersten Zuordnungspunkt aus Sicht des Rechtsverkehrs, hinter dem erst im zweiten Schritt einzelne personale Endzuordnungspunkte stehen. Der einzelne Miterbe kann somit in janusköpfiger Weise gleichzeitig die Funktion der Privatperson und die des personalen Teils der nichtrechtsfähigen Gesamthand erfüllen, ohne dass diese zwei Gesichter miteinander verschmelzen.¹⁰⁶ Eine Bevollmächtigung, die sich objektbezogen auf den Nachlass bezieht – ganz gleich ob sie schon vor dem Erbfall bestand oder im Nachhinein durch die Miterben nach § 2038 BGB vorgenommen wurde –, kann daher im zweiten Schritt nicht ohne Weiteres vom einzelnen Miterben widerrufen werden.¹⁰⁷ Denn auch wenn sie ihn am Ende personal adressiert, so zurtut die vermögensrechtliche Zuordnung des § 2038 BGB die Rechtsangelegenheiten des Nachlasses doch zusammen und entzieht sie so der Einzelbefugnis des Miterben in seiner Funktion als Privatperson. Das vermögenszuordnende Element überwiegt das personale. Dies hat zwei entscheidende Konsequenzen:

¹⁰² Siehe oben Kap. 1 Fn. 9.

¹⁰³ Siehe oben Kap. 1 Fn. 10.

¹⁰⁴ *Beuthien*, JZ 2003, 715.

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

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

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

Erstens ist der Vertreter, den die Erbengemeinschaft bestellt, um ihre mitgliedschaftlichen Rechte gegenüber der Körperschaft beziehungsweise in deren Willensbildungsorgan auszuüben, niemals ein *gemeinsamer*, sondern immer ein *gemeinschaftlicher*.¹⁰⁸ Seine Vertretung ist nicht auf mehrere Mitgliedschaften mehrerer Personen, sondern auf eine einzelne Mitgliedschaft gerichtet, die von mehreren Personen gesamthänderisch gehalten wird.¹⁰⁹ Hierbei handelt es sich aus Sicht der Körperschaft nicht um eine Gruppe von Gesellschaftern, sondern um einen einzelnen Gesellschafter in Form einer Rechtsgemeinschaft, der nur mittelbar mehrere personale Endzurechnungspunkte hat. *Die Vertretung bezüglich der kapitalgesellschaftlichen Mitgliedschaft erfolgt damit in der Sache grundsätzlich vermögens- und nicht subjektbezogen.* Mithin wird durch diese Notwendigkeit der Zuordnung die Vorstellung, die Erbengemeinschaft trete *per se* „nach außen nicht als geschlossene Einheit auf“¹¹⁰, wohl als ein mit der Dogmatik unvereinbarer – jedenfalls aber nicht genau genug formulierter – Ansatz entlarvt. Nicht die Miterben aber sehr wohl der Nachlass tritt als eigenständige – da von den Vermögenssphären der einzelnen Miterben abgesonderte – Masse gegenüber dem Rechtsverkehr auf. Daran ändert in begrifflich-systematischer Hinsicht auch die Bezeichnung des gemeinsamen Vertreters in § 146 Abs. 1 S. 2 HGB nichts. Zwar finden die Erben eines Personengesellschafters grundsätzlich nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, sondern im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung, sodass durch den Erbfall mehrere Mitgliedschaften entstehen.¹¹¹ Hier bezieht sich der Vertreter dieser Erben-Gesellschafter dann in der Tat auf mehrere Mitgliedschaften, sodass die Bezeichnung des gemeinsamen Vertreters¹¹² bei ihm zutrifft. Im Fall des § 146 Abs. 1 HGB endet die Personengesellschaft jedoch mit dem Tod des Gesellschafters oder befindet

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

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

¹¹⁰ Alberts, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Umbruch, 1994, S. 100.

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

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

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

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

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

¹¹⁴ Insofern begrifflich ungenau *Pleyer*, GmbHR 1962, 49.

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

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

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

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

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

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

¹²⁰ Ähnlich Dieckmann, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 30: „Die Gesellschafter als eine Vielheit haben Rechte, Forderungen und Schulden jedoch in Gemeinschaft und deshalb als eine Einheit (d. h. als eine Gesamthand), weil sie zusammen einen gemeinsamen *status* einnehmen. Dieser gemeinsame *status* umgibt die Gesellschafter gleichsam wie eine durchlässige Hülle. Die Rechte und Pflichten, die von außen auf den *status* treffen, durchdringen jenen, der sie daraufhin nach innen an die Gesellschafter als die Zuordnungsendpunkte (= Rechtssubjekte) weiterleitet“. Er zieht daraus jedoch die hier ausdrücklich abgelehnte Konsequenz, dass diesem *status* Rechtsfähigkeit zukäme; vgl. auch das Modell von R. Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 71: „Subjekt eines bestimmten Rechtsobjektes [...] ist nicht allein S₁, sondern zugleich S₂, S₃, S₄ und so fort, so dass das subjektive Recht – bildlich gesprochen – im Zentrum eines Strahlenbündels erscheint“.

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

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

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

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

¹²⁴ Siehe oben Kap. 2 Fn. 21.

damit freilich noch nichts gesagt.¹²⁵ Die Abgrenzung zwischen den Kategorien von Verbindlichkeiten¹²⁶ erweist sich im Hinblick auf mitgliedershaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Pflichten der Erbengemeinschaft allerdings unter Umständen als kompliziert¹²⁷ – zumal dies davon abhängen könnte, ob einer der Miterben selbst als gemeinschaftlicher Vertreter auftritt. Die daran angeschlossene Frage, ob und wenn ja unter welchen konkreten Voraussetzungen im Rahmen von auf Kapitalgesellschaftsanteile bezogenen Nachlassverwaltungsmaßnahmen nicht nur der Nachlass, sondern auch das Privatvermögen¹²⁸ des beziehungsweise der Miterben als Haftungsmasse in Frage kommt, ist umstritten¹²⁹ und kann hier zweckmäßigerweise nicht weiter behandelt werden.

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

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

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

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

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

III. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Unterstellt man die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, so hätte dies zur Konsequenz, dass die Verwaltung und Vertretung nicht mehr für die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit beziehungsweise den Nachlass als reines Sondervermögen, sondern unmittelbar für ein eigenes, von den Miterben streng zu trennendes, den Personen gleichgestelltes Subjekt namens Erbengemeinschaft erfolgen würde. Beschlüsse der Erben – ganz gleich ob einstimmig oder mehrheitlich gefasst – würden dann nicht im Wege der Vollmacht *sui generis* über den Nachlass die einzelnen Erben, sondern die Gemeinschaft selbst berechtigen und verpflichten. Insoweit wäre die Situation mit der Vertretung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts¹³⁰ gleichsetzbar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³⁴ Vgl. auch Eickelberg, in: v. Staudinger, § 745 BGB Rn. 3.

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

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

¹³⁷ Grunewald, AcP 197 (1997), 305, 306.

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

Abzulehnen ist die ältere Auffassung¹³⁸, wonach von der Verwaltung nur solche Maßnahmen umfasst seien, die explizit auf Abwicklung der Erben-gemeinschaft zielten. Denn die §§ 2032 ff. BGB enthalten für die Auseinandersetzung der Erben keine zeitliche Grenze.¹³⁹ Im Übrigen eröffnet das Gesetz den Miterben in §§ 2042 Abs. 2 S. 1, 749 BGB die Möglichkeit, die Auseinandersetzung privatautonom auf Dauer auszuschließen.¹⁴⁰ Den gleichen Effekt haben im Ergebnis die Auseinandersetzungsausschlüsse der §§ 2043, 2044 BGB.¹⁴¹ Die Dauererbengemeinschaft ist damit im Gesetz als gangbare Möglichkeit angelegt.¹⁴² Mithin würde ein zu enger Verwaltungsbegriff der rechtspolitischen Aufgabe der Erbengemeinschaft nicht gerecht.¹⁴³ Er kann daher weder ausschließlich noch primär abwicklungsorientiert ausgelegt werden.¹⁴⁴ Sämtliche für diesen Teil der Untersuchung relevanten Maßnahmen unterfallen dem Verwaltungsbegriff des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB.

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

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

¹³⁸ *Lion*, LZ 1925, 842, 845; *Roskothen*, JW 1937, 2955 f.; *Sobich*, Erbengemeinschaft und Handelsgeschäft, 1974, S. 118, 123.

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

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

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

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

¹⁴³ *Goldstein*, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 26 ff.

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

anderen im Bürgerlichen Gesetzbuch auftauchenden Ordnungsmäßigkeitsbegriffe¹⁴⁵ abgestellt werden,¹⁴⁶ da dies gemäß dem Prinzip der Relativität der Rechtsbegriffe die Auslegungsrichtung umkehren würde. Die bloß gleichlautende Bezeichnung weist nicht zwingend auf einen gleichlautenden Begriff hin. Deshalb müssen die jeweils eigenen Wertungen und Inhalte aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft und dem Recht der Erbengemeinschaft untersucht werden.

1. Allgemeine Definition im Recht der Bruchteilsgemeinschaft

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

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

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

¹⁴⁶ So aber *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 27 ff.

¹⁴⁷ Vgl. *Coing*, in: FS Kaufmann, 1972, S. 127, 131.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵³ *Eickelberg*, in: v. Staudinger, § 745 BGB Rn. 3.

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

2. Spezielle Definition für das Erbrecht

Für das Erbrecht ergibt sich daraus folgender Vorbefund: Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB sind solche, die der Beschaffenheit des Gegenstands entsprechen und wirtschaftlich vertretbar beziehungsweise vernünftig sind. Die Ordnungsmäßigkeit wird objektiv definiert und kann durch die Erbenmehrheit¹⁵⁵ selbst weder positiv noch negativ festgelegt werden.¹⁵⁶ Der für die Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt ist nicht der der Vornahme der Handlung¹⁵⁷, sondern der der Beschlussfassung.¹⁵⁸ Im Rahmen des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB wird das Exklusivitätsverhältnis zwischen § 745 Abs. 1 und Abs. 2 BGB beibehalten. Die Verwaltungsmaßnahme muss *nicht* im billigen Ermessen der Miterben nach § 745 Abs. 2 BGB liegen, um ordnungsmäßig nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB zu sein.¹⁵⁹ Warum die wohl

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

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

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

¹⁵⁷ So aber *Jülicher*, AcP 175 (1975), 143, 152.

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

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

herrschende Meinung zu § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB dies anders beurteilt¹⁶⁰ und damit zu einer vollständigen Verwischung der Grenzen von § 745 Abs. 1 und Abs. 2 BGB gelangt, ist nicht ersichtlich, zumal sich nirgendwo eine entsprechende Begründung für diesen Bruch mit der Dogmatik der Bruchteilsgemeinschaft zu finden scheint.

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

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

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

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

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

a) Strenge Gesamtnachlassbetrachtung

aa) Ansatz

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

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

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

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

¹⁶⁴ Muscheler, ZEV 1997, 222, 224.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Stellungnahme

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁵ *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 123.

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

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

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

*b) Strenge Einzelgegenstandsbetrachtung**aa) Ansatz*

Denkbar wäre es stattdessen auch, den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung auf jeden einzelnen Nachlassgegenstand innerhalb der Erbmasse zu beziehen. Dies soll nachfolgend als *strenge Einzelgegenstandsbetrachtung* bezeichnet werden.¹⁷⁹ Im Jahr 1994 lehnte das Oberlandesgericht Karlsruhe die Ordnungsmäßigkeit einer erbgemeinschaftlichen Befreiung des Miterben, der gleichzeitig Geschäftsführer in der GmbH war, von den Beschränkungen des § 181 BGB zwar ab und bezog sich dabei auf Kriterien, die allein in den Umständen der GmbH begründet waren,¹⁸⁰ was im Ergebnis wohl auf eine strenge Einzelgegenstandsbetrachtung hinauslief. Es schien sich dem allerdings gar nicht bewusst gewesen zu sein, da es den doppelten Fehler beging, die Ordnungsmäßigkeit nach § 2038 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 745 Abs. 1 S. 1 BGB erstens über das billige Interesse aller Miterben nach § 745 Abs. 2 BGB zu definieren und zweitens das Merkmal der Erforderlichkeit in die Vorschrift hineinzudichten. § 745 Abs. 2 BGB spielt für die Definition der Tatbestandsmerkmale des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB indes keine Rolle¹⁸¹ und die Erforderlichkeit ist nicht für die Möglichkeit eines Mehrheitsbeschluss nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB, sondern allein für die Frage nach einer etwaigen Pflicht¹⁸² der Miterben zur Zustimmung *innerhalb* einer solchen Mehrheitsabstimmung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 I. HS BGB relevant.

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

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

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

¹⁸¹ Siehe oben Kap. 3 Fn. 159.

¹⁸² Siehe dazu unten Kap. 3 B. IV.

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

bb) Stellungnahme

Der Ansatz würde die Erbengemeinschaft enorm schwerfällig werden lassen und weitestgehend einer mehrheitsbasierten Handlungsfähigkeit berauben. Das stärkste Gegenargument ist jedoch systematisch-teleologischer Natur: Läge man den Gegenstandsbegriff in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB so aus, dass er sich auf den einzelnen Nachlassgegenstand beziehe, dann hätten §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB keinen eigenen Anwendungsbereich mehr. Die Umstrukturierung des Nachlasses durch Entwertung des einen und Aufwertung des anderen Nachlassgegenstands im Wege der dinglichen Surrogation nach § 2041 S. 1 BGB¹⁸³ wäre stets schon nicht mehr ordnungsmäßig nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB. Eben diese Wertung zum Schutz der qualitativ-inhaltlichen Zusammensetzung des Nachlasses steckt jedoch allein in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB.¹⁸⁴ Dieser würde bei der vorgenannten Auslegung des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB vollständig überflüssig, was impliziert, dass die strenge Einzelgegenstandsbetrachtung nicht die im Gesetz angelegte Wertung trifft. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

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

¹⁸⁴ Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B. III. 1. b).

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

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

bb) Stellungnahme

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

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

¹⁸⁶ *Raue*, GmbHR 2015, 121, 124.

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

Nachlass verwaltenden Erbengemeinschaft und entzieht sich schlichtweg dem Lösungsversuch.

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

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

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

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

¹⁸⁹ *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 248.

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

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

Beschluss sämtlicher Gesellschafter vor.¹⁹² Auch dieser Einwand stößt auf Bedenken. Denn die Rechtslage stellt sich bei der Erbengemeinschaft vielmehr so dar, dass es überhaupt keinen materiellen Grundsatz der Gemeinschaftsverwaltung gibt.¹⁹³ Die Vorgabe des § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB ist rein formal. Das Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis, auf das es für die Auslegung ankommt, wird nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes und damit erst durch die Auslegung der die Mehrheitsverwaltung konstituierenden Rechtsbegriffe bestimmt.¹⁹⁴ Hier an der äußeren Systematik festzuhalten ließe letztlich auf die gleiche Sichtweise hinaus wie die Aussage, dass Ausnahmen prinzipiell eng auszulegen¹⁹⁵ seien: Dabei wird ausgeblendet, dass sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis immer überhaupt erst aus dem Zweck des Gesetzes selbst ergeben und damit stets nur das Ende nicht aber den Beginn der Auslegung darstellen kann.¹⁹⁶

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

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

¹⁹² Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 110.

¹⁹³ Siehe oben Kap. 3 A. I. 1.

¹⁹⁴ Vgl. Boehmer, AcP 144 (1938), 32, 66.

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

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

einer aktiven, privatautONOMEN Entscheidung der sie gründenden Gesellschaft. Die Erbengemeinschaft enthält dieses Element in der notwendigen Form nicht.¹⁹⁷

Bisweilen findet sich die Einschätzung, der Ansatz zäume das Pferd von hinten auf, da das Erbrecht infolge der einschlägigen Theorie der mittelbar einheitlichen Rechtsausübung die Sphäre des Gesellschaftsrechts dominiere, nicht umgekehrt.¹⁹⁸ Dieser Einwand ist im Ergebnis zutreffend. Er trifft indes nicht den Kern des Problems. Denn die Frage, die im Raum steht, ist ja gerade, ob innerhalb der (nach der Theorie der mittelbar einheitlichen Rechtsausübung¹⁹⁹) relevanten Erbrechtsnormen – konkret beim Tatbestandsmerkmal der ordnungsmäßigen Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB – Raum für eine unternehmensbezogene Auslegung existiert. Diese Frage kann nicht äußerlich-systematisch, sondern nur auf der höheren Ebene der Wertungen gelöst werden. Sie ist indes klar zu verneinen. Das zentrale Problem an dem Ansatz ist der ihm innewohnende Wertungsschmuggel. Die dahinterstehende Argumentation geht davon aus, dass die Erbenminderheit ein Partizipationsrecht an den außerordentlichen Gesellschaftshandlungen innerhalb der betroffenen Kapitalgesellschaft hätte. Das ist im Kern nichts anderes als die Wertung, den Kapitalgesellschaftsanteil vor Veränderungen zu schützen und damit den Nachlass in der konkreten strukturellen Zusammensetzung im Interesse der Erbenminderheit zu erhalten. Diese Frage hat der Gesetzgeber aber im Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung gemäß § 745 Abs. 3 S. 1 BGB abschließend geregelt. Die Wertung des Schutzes der Erbenminderheit vor einer strukturell-qualitativen Umformung des Nachlasses steckt allein in diesem dritten Absatz.²⁰⁰ Sie kann nicht²⁰¹ zusätzlich in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB hineingeschoben werden, da dieser die von § 745 Abs. 3 S. 1 BGB streng zu trennende, inhaltlich-quantitative Werterhaltung betrifft.²⁰² Differenzierungen

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

¹⁹⁸ J. Schmidt, NZG 2015, 1049, 1053.

¹⁹⁹ Siehe oben Kap. 2 Fn. 92, 112.

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

²⁰¹ Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B. III. 1. b).

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

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

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

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

²⁰³ *Raue*, GmbHR 2015, 121, 123 f.

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

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

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

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

aa) Ansatz

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

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

unter Zuhilfenahme der Regelbeispiele des § 21 Abs. 5 WEG weiter ausgefüllt werden.²⁰⁷

bb) Stellungnahme

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

²⁰⁷ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 115 ff.; zust. *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 244.

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

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

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

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

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

gleichgestellten Subjekt des Rechtsverkehrs.²¹³ Die Kapitalgesellschaft hat eigene Interessen und Zielsetzungen etwa in Form ihres Gesellschaftszwecks und Unternehmensgegenstands, welche abstrakt von der Zivilrechtsordnung als genauso legitim angesehen werden wie die Interessen natürlicher Personen.²¹⁴ Das wird insbesondere an der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person nach Art. 19 Abs. 3 GG²¹⁵ deutlich. Deshalb verwaltet die Erbengemeinschaft hier kein einseitiges Herrschaftsverhältnis, sondern eine wechselwirkende Partizipation. Obendrein erscheint die Immobilie an sich statisch, während eine Kapitalgesellschaft sich immer wieder an ein sich fortwährend änderndes Marktumfeld anpassen muss.²¹⁶

Indes ist das zentrale Argument gegen den Ansatz deckungsgleich mit dem Einwand, welcher auch gegen eine analoge Anwendung des § 116 HGB spricht: Der Ansatz folgt, was die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Veränderung des Gegenstands in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB angeht,²¹⁷ ausdrücklich der herrschenden Meinung und es wird klargestellt, dass mit dem Gegenstand der Gesamtnachlass und nicht der einzelne Nachlassgegenstand gemeint sei.²¹⁸ Im zweiten Schritt wird dann jedoch versucht, Orientierungen speziell für die ordnungsmäßige Verwaltung des GmbH-Geschäftsanteils zu entwickeln, die ihre Existenzberechtigung allein in einem Partizipationsinteresse der Erbenminderheit finden.²¹⁹ Der Weg über § 21 Abs. 5 WEG schiebt damit genau wie der Ansatz zu § 116 HGB die abschließend in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB geregelte²²⁰ Wertung zum Schutz der qualitativen Formzusammensetzung des Nachlasses in die Auslegung des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB hinein. Dem Ansatz ist daher nicht zu folgen.

²¹³ Siehe oben Kap. 1 Fn. 3.

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

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

²¹⁶ Insoweit zutr. *Raue*, GmbHR 2015, 121, 124.

²¹⁷ Zur Frage nach der Auslegung dieses Begriffs ausf. unten Kap. 3 B. III.

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

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

²²⁰ Siehe dazu ausf. unten Kap. 3 B. III. 1. b).

*e) Quotale Stimmrechtsverteilung**aa) Ansatz*

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

bb) Stellungnahme

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

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

²²¹ *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 367.

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

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

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

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

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

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

²²⁵ So auch *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 373 f.

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

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

angewendet werden könnte, bei denen die Verteilungsrechnung entsprechend der Erbquoten genau aufgeht. Das muss nicht bei jeder Erbengemeinschaft der Fall sein. Möglich wäre damit nur eine selektive Anwendung auf solche Erbengemeinschaften, bei denen die Rechnung stimmt. Dann wiederum müsste man sich die schwerwiegende Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen gefallen lassen. Denn die so aus dem Ansatz folgende, im Gesetz angelegte Ungleichbehandlung von Erbengemeinschaften erscheint insbesondere im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG problematisch. An der Verfassung muss sich im Wege der rangkonformen Auslegung auch das einfachgesetzliche Zivilrecht messen lassen.²²⁸ Es erscheint unplausibel, dass die Miterben in einer Erbengemeinschaft A einen Anspruch auf gespaltene Rechtsausübung entsprechend der Erbquoten haben sollen und die Miterben in einer Erbengemeinschaft B, bei der die Verteilungsrechnung nicht aufgeht, nicht. Die Ungleichbehandlung wäre schon allein durch eine Veränderung der Zahl der Miterben oder durch eine Veränderung der Erbquoten gegeben. Ein taugliches Differenzierungskriterium zur Rechtfertigung in der Sache stellt keines der beiden dar. Denn der Begriff der Verwaltung in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB orientiert sich weder an der Zahl der Miterben noch an der Erbquote. Die Willensbildungsregeln zur Erbengemeinschaft würden dann willkürlich ungleich ablaufen. Der Gesetzgeber kann jedoch nicht folgerichtigerweise²²⁹ für die Vererbung eines Nachlasses an mehrere Personen die Erbengemeinschaft als zwingendes Rechtsinstitut vorsehen und dann verschiedene Erbengemeinschaften unterschiedlichen Willensbildungsregeln allein abhängig von der Erbquote und einer hypothetisch-mathematischen Teilbarkeit unterwerfen. Der Ansatz dürfte gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Hinzu kommt wohl noch ein Verstoß gegen die Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG. Denn der Ansatz würde den Erblasser indirekt dazu zwingen, die Erben in seiner Verfügung von Todes wegen mit genau den Erbquoten zu bedenken, die dazu nötig wären, um das Aufspaltungsrecht des einzelnen Miterben zu

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

²²⁸ *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 262.

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

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

3. Zwischenstand

Einzig die strenge Gesamtnachlassbetrachtung lässt sich mit dem Sinn und Zweck einer handlungsfähigen Erbengemeinschaft sowie der Sicherung des Nachlasswerts und damit der Gläubigerinteressen hinreichend vereinen. Sie ist jedoch zum gegenwärtigen Zeitpunkt dogmatisch noch nicht hinreichend zu Ende ausformuliert. Positive Formulierungen (wie die eines „*diligens pater familias*“ oder eines „*reasonable man*“)²³¹ helfen in der Sache nicht weiter, weil es aufgrund der unüberschaubaren Vielzahl an denkbaren Maßnahmen keine sinnvolle Eingrenzung auf positive Weise geben kann. Der Schlüssel zur Ausfüllung dieser Lücke liegt vielmehr in der Negativdefinition der Ordnungsmäßigkeit. Entscheidend ist der ökonomische Gesichtspunkt; Ordnungsmäßigkeit heißt letztlich Wirtschaftlichkeit.²³² Der formalmethodische Charakter des Wirtschaftlichkeitsprinzips²³³ stellt wiederum auf die Optimierung einer Zweck-Mittel-Relation ab, damit ist jedoch noch keine Aussage darüber getroffen, wie die Folgen einer Maßnahme zu bewerten und welche Werte zugrunde zu legen sind.²³⁴ Die Formel, dass „als nicht ordnungsgemäß jede Verwaltungsmaßnahme“ gelten müsse, „die zumindest mittel- und langfristig nicht den Erhalt der Nachlasssubstanz

²³⁰ Vgl. Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 505.

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

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

²³³ V. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 33, 38.

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

sichert²³⁵ hilft hier nicht weiter. Wann genau darf die Erbenmehrheit das Kriterium der Wirtschaftlichkeit bei einer Rechtsausübung denn nun mit hinreichender Rechtssicherheit für sich in Anspruch nehmen? Hieran zeigt sich, dass das Problem der den Nachlass aktiv verwaltenden Erbengemeinschaft beim Kriterium der Ordnungsmäßigkeit in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB auf umgekehrter Ebene liegt: Nicht die Erbenminderheit benötigt Schutz vor Mehrheitsentscheidungen, sondern die Erbenmehrheit benötigt Rechtssicherheit.²³⁶ Die Suche nach etwaigen die Minderheit schützenden Einzelfallausnahmen muss schon deshalb versagen, weil jede Erbmasse unterschiedlich zusammengesetzt ist und es den „durchschnittlichen Miterben“²³⁷ nicht gibt. Es fehlt ein verlässliches Kriterium dafür, wann bestimmte Rechtsausübungen wirtschaftlich vernünftig und damit ordnungsmäßig sind. Was § 745 Abs. 1 S. 1 BGB benötigt, ist eine allgemeine Auslegungsregel. Die in der Diskussion bereits geäußerten, betriebswirtschaftlich geprägten Ausführungen²³⁸ zur Frage bewegen sich zwar auf dieser Spur, es bedarf jedoch noch eines dogmatisch greifbaren Ausgangspunktes.

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

Zur Ausfüllung des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB ließe sich auf eine analoge Anwendung der Norm zum Geschäftsleiterermessen (*Business Judgment Rule*²³⁹) in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG²⁴⁰

²³⁵ *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 30.

²³⁶ Vgl. *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 47.

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

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

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

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

abstellen.²⁴¹ Dieser Ansatz würde mithin nicht nur selektiv auf vererbte Kapitalgesellschaftsanteile angewandt, sondern eine grundlegende und vollumfassende Erweiterung des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen. Damit verbunden ist die Anwendung dieses Konzepts auf die Verwaltung aller Arten von Nachlässen unabhängig von ihrer konkreten inhaltlichen Zusammensetzung. Die Voraussetzungen für eine Analogie²⁴² sind das Bestehen einer Gesetzeslücke und einer gleichsetzbaren²⁴³ Interessenlage.²⁴⁴

a) Gesetzeslücke

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

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

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

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

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

²⁴⁵ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 16.

²⁴⁶ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 30 ff.

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

b) Gleichsetzbarkeit der Interessenlage

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

aa) Hintergrund der Business Judgment Rule

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

²⁴⁷ Siehe oben Kap. 3 Fn. 22.

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

Risiken zu ermöglichen.²⁴⁹ Die deutsche Rechtswissenschaft²⁵⁰ entlehnte die Business Judgment Rule aus dem US-amerikanischen Recht²⁵¹ und insbesondere aus den Principles of Corporate Governance.²⁵² Über die deutsche Justiz²⁵³ gelangte der Ansatz in das Aktienrecht. Auf Bestreben der Literatur²⁵⁴ fand er durch das UMAG von 2005²⁵⁵ seine formale Kodifikation in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Die Business Judgment Rule soll das Konzept eines sicheren Hafens (*safe harbor*) für Geschäftsführungsorgane durchsetzen, um einen Ausgleich zwischen Haftungsverantwortung einerseits und Risikoprivilegierung andererseits zu schaffen. Das Geschäftsführungsorgan soll verantwortungsbewusst genug handeln, um das (fremde) Gesellschaftskapital nicht in rücksichtsloser Weise zu gefährden. Gleichzeitig soll genügend Spielraum für angemessene und durchaus auch risikoreiche

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

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

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

²⁵² Nachweis bei *Böttcher*, NZG 2005, 49, 51.

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

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

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

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

bb) Originäre Ableitung

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

(1) Vergleich der Rechtsmacht

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

²⁵⁶ *W. Bayer*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 97.

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

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

²⁵⁹ *Paefgen*, ZIP 2016, 2293, 2296.

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

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

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

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

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

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

²⁶⁴ Siehe dazu oben Kap. 3 A. I. 4.

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

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

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

(2) Vergleich des Wirtschaftsbezugs der Maßnahme

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

²⁶⁶ Siehe dazu bereits oben Kap. 3 Fn. 190.

²⁶⁷ Vgl. Heermann, ZIP 1998, 761, 764 f.

²⁶⁸ Kuntz, GmbHR 2008, 121, 123.

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

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

(3) Vergleich der Haftungsverantwortung

Der Vorstand der Aktiengesellschaft verwaltet als Organ der Aktiengesellschaft fremdes Vermögen.²⁷¹ Er ist dazu verpflichtet, auf die Interessen der Unternehmenseigner, d. h. der Aktionäre, Rücksicht zu nehmen. Als allgemeines Prinzip trägt das wirtschaftliche Risiko unternehmerischen Handelns stets der Eigentümer.²⁷² Nun besteht bei der Erbengemeinschaft zwar kein Principal-Agent-Verhältnis²⁷³ wie bei der Aktiengesellschaft im Verhältnis zwischen Aktionären und Vorstand, da die jeweils entscheidende

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

²⁷⁰ *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 126.

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

²⁷² *Lutter*, ZIP 2007, 841.

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

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

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

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

²⁷⁵ Vgl. dazu oben Kap. 3 Fn. 258, 259.

²⁷⁶ Siehe oben Kap. 3 Fn. 173.

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

(4) Vergleich der Schadenssphären

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

²⁷⁷ Siehe oben Kap. 3 Fn. 257.

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

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

(5) Vergleich des Pflichtensystems

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

²⁷⁹ Siehe oben Kap. 2 Fn. 12.

²⁸⁰ Siehe oben Kap. 2 Fn. 47.

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

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

andererseits ausmachen lässt. Während das Tatbestandsmerkmal der Ordnungsmäßigkeit in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB die unternehmerische Entscheidung abdeckt, umfassen die Mitwirkungspflicht in § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB²⁸³ und das Recht auf eine Mindestverwaltung gemäß dem billigen Interesse der Miterben nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 2 BGB für den Fall, dass kein Mehrheitsbeschluss zustande kommt, die Aspekte der innererbengemeinschaftlichen Loyalität.

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

²⁸³ Siehe dazu unten Kap. 3 C. I.

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

²⁸⁵ Gehrlein, NZG 2020, 801, 810.

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

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

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

²⁸⁶ Siehe oben Kap. 3 B. I.

²⁸⁷ Siehe oben Kap. 3 B. II. 2. a) bb).

²⁸⁸ Siehe dazu unten Kap. 4 Fn. 451, 452, 454.

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

cc) Derivative Ableitung

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

(1) Geschäftsleiterermessen des Gesellschafters

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

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

(2) Durchschlag auf die Erbengemeinschaft

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

dd) Zusammenfassung

Die Interessenlagen sind gleichsetzbar.

c) Zusammenfassung und Folgerungen

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

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

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

der erbengemeinschaftlichen Besonderheiten heranzuziehen.²⁹¹ Im Unterschied zum Haftungsmaßstab im Aktienrecht²⁹² ist es im Erbrecht zwar möglich, den Ordnungsmäßigkeitsmaßstab privatautonom durch einen Vertrag zwischen den Miterben abzuändern. Diese Entscheidung müsste dann jedoch einstimmig erfolgen, um die Erbenminderheit zu schützen.²⁹³

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

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

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

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

²⁹³ Siehe oben Kap. 3 Fn. 155.

²⁹⁴ Vgl. *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32, 71.

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

1. Begriff der wesentlichen Veränderung

Zunächst wird auf das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung eingegangen.

a) Ansätze in der Rechtsprechung

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

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

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

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

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

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

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

b) *Stellungnahme*

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

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

³⁰² So auch *Schindler*, ZEV 2011, 322.

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

Abgrenzung, so kann es bei § 745 Abs. 3 S. 1 BGB schlechterdings nicht um Wert-, sondern ausschließlich um Formerhalt gehen. Man könnte auch von Strukturserhalt, qualitativer Angemessenheit, Wesensgehalt oder Gegenstandsgepräge sprechen. Es mag zutreffen, dass diese Begriffe etwas dehnbar³⁰⁴ sind; der hinter ihnen stehende, teleologische Wesensgehalt lässt sich jedoch klar beschreiben: Das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Veränderung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB soll sicherstellen, dass der Umgang mit dem zu verwaltenden Gegenstand ihn ohne Ansehen der reinen Wertsommenveränderung nicht allzu stark umformt.³⁰⁵ Denn die Wertfrage ist abschließend bereits in § 745 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt und das Gegenstück zum wirtschaftlich motivierten Interesse der potenziellen Gemeinschaftsmehrheit ist das Partizipationsinteresse der Gemeinschaftsminderheit am Gegenstand, so wie er in seiner konkreten Gestalt Teil des Gemeinschaftseigentums wurde. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Schutzwertungen aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft nicht auch über § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB für die Verwaltung des Nachlasses gelten sollten. Die Erbenmehrheit soll nicht die Möglichkeit haben, den Nachlass gegen den Willen der Erbenminderheit so umzustrukturieren, dass er sich zu weit von dem Gepräge entfernt, das er zum Zeitpunkt des Erbfalls hatte. Was den Nachlass in unvertretbarer Weise entwertet, ist schon keine ordnungsmäßige Verwaltung nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB mehr. Die Wertung des wertsommenorientierten Gläubigerschutzes kommt in diesem Tatbestandsmerkmal abschließend zum Einsatz. Das heißt freilich nicht, dass die Bestimmung des Merkmals der qualitativen Umformung in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB ihrerseits nicht auch – dieses Wort muss nachdrücklich betont werden – anhand wirtschaftlicher Kriterien erfolgen kann. Die Wirtschaftlichkeit kann jedoch nicht sinnvollerweise der einzig relevante Faktor in dieser Frage sein. Ob die Zusammensetzung des Nachlasses umgestaltet werden soll, spielt hierfür jedenfalls keine nur „untergeordnete Rolle“³⁰⁶. Die Achsen der Ordnungsmäßigkeit nach § 745 Abs. 1 S. 1 BGB und der wesentlichen Veränderung nach § 745 Abs. 3 S. 1 BGB behandeln grundverschiedene

Abgrenzung vornimmt und die Begriffsbereiche dann andererseits doch wieder vermischt.

³⁰⁴ Schindler, ZEV 2011, 322, 323.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Begriff des Gegenstands

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

a) Strenge Gesamtnachlassbetrachtung

aa) Ansatz

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

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

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

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

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

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

³¹² *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 368 f., 372 f.

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

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

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

(2) Zweite Voraussetzung: Qualitative Veränderung des Kapitalgesellschaftsanteils

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

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

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

³¹⁷ So auch *Muscheler*, ZEV 2006, 26, 27.

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

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

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

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

bb) Stellungnahme

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

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

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

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

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

³²⁵ *Klein*, BWNotZ 2018, 84, 86.

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

Was nun die Unterfragestellung nach dem konkreten Bezugspunkt angeht, so ist festzuhalten, dass die Erbengemeinschaft den Nachlass verwaltet. Der Nachlass setzt sich aus Nachlassgegenständen zusammen. Der fragliche Nachlassgegenstand ist der Kapitalgesellschaftsanteil, d. h. die Mitgliedschaft. Von der dogmatischen Konzeption her müsste man daher zwingend den Anteil selbst als den relevanten Bezugspunkt einordnen, um die Grenze der Rechtszuordnung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern nicht zu verwischen und eine Reflexbetrachtung zu vermeiden. Denn die Mitgliedschaft als das Rechtsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft³²⁶ verändert sich in ihrer dogmatischen Struktur nicht dadurch, dass sich die Unternehmenspolitik der jeweiligen Kapitalgesellschaft verändert. Vorzugswürdig erscheint es indes, wahlweise auf beide Punkte abzustellen. Die Schutzwertung von § 745 Abs. 3 S. 1 BGB liegt darin, den Erben eine Beteiligung am Nachlass in der Form und Gestalt zu ermöglichen, wie er vom Erblasser übernommen oder mit Zustimmung der Erbenminderheit im Wege der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB verändert wurde. Mit dem Kapitalgesellschaftsanteil ist nicht zwingend nur eine Investitions-, sondern gerade bei personalistischen Gesellschaften auch eine unternehmenspolitische Partizipationsmöglichkeit verbunden. Dementsprechend genügt anstelle der wesentlichen Veränderung der Mitgliedschaft selbst auch eine wesentliche Veränderung im Gepräge der Kapitalgesellschaft, um den Kapitalgesellschaftsanteil (und dann bei einem hinreichenden Wertanteil den Nachlass insgesamt) im Sinne des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB wesentlich zu verändern.

Zwar wäre es im Übrigen denkbar, das oben zum Tatbestandsmerkmal der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung erarbeitete Konzept des Geschäftsführerermessens³²⁷ auch auf das Tatbestandsmerkmal in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB anzuwenden. Die Erbenmehrheit hätte dann eine Einschätzungsprärogative bezüglich der Wesentlichkeit des betroffenen Nachlassgegenstands. Konsequenzen hätte dies für die Grenzfälle, in denen nicht ganz klar erkennbar oder eindeutig begründbar ist, ob der Kapitalgesellschaftsanteil

³²⁶ Siehe oben Kap. 2 A.

³²⁷ Siehe oben Kap. 3 B. II. 4.

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

b) Strenge Einzelgegenstandsbetrachtung

aa) Ansatz

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

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

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

bb) Stellungnahme

Der Wortlaut der Vorschrift hilft nur bedingt weiter, da der Begriff des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB im Lichte des Verweises in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auszulegen ist. Allerdings spricht der Umstand, dass § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB nicht das Wort „entsprechend“ enthält, dezent für die strenge Einzelgegenstandsbetrachtung. Dass der Begriff des Gegenstands in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB im semantischen Vergleich zu § 90 BGB eher an einzelne Sachen und nicht an den Nachlass als Vermögensmasse erinnert,³³⁰ ist unschädlich, da eine solche Argumentation die Relativität der Rechtsbegriffe außer Acht lassen würde. Aus der Systematik des § 745 BGB lässt sich nur ableiten, dass § 745 Abs. 3 S. 1 BGB eben nicht auf den Schutz vor einer quantitativen, sondern auf den vor einer qualitativen Veränderung abzielt. An welchem Vergleichsmaßstab sich diese aber genau zu orientieren hat, lässt sich daraus nicht erkennen. Die Protokolle³³¹ lassen mithin keine Auseinandersetzung zu der Frage erkennen, wie genau die Vorschriften zur Bruchteilsgemeinschaft, auf die in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB verwiesen wird, im Lichte eben dieses Verweises auszulegen seien.³³²

Das teleologische Problem, auf das der Ansatz stößt, liegt bei der Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft. Legt man den Begriff so aus wie hier vorgeschlagen, so hätte dies zur Folge, dass für jede einzelne Art von Nachlassgegenstand Kriterien entwickelt werden müssten, die unter Berücksichtigung des individuellen Einzelfalls diktieren, wann eine Mehrheit entscheiden darf und wann Einstimmigkeit erforderlich ist. Vergewenwärtigt man sich den Umstand, dass der Nachlass aus allem möglichen zusammengesetzt sein kann, vom Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen über Forderungsinhaberschaften und Kapitalgesellschaftsanteile bis hin zu digitalen Inhalten³³³, so wird deutlich, dass es die Erbenmehrheit lahmlegen würde, wenn nun für jeden einzelnen potenziellen Nachlassgegenstand abstrakte Regeln von gerichtlicher Seite festgelegt würden.

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

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

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

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

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

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

c) Eingeschränkte Gesamtnachlassbetrachtung

aa) Ansatz

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

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

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

bb) Stellungnahme

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

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

³³⁶ H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 249 f.

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

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

d) Zusammenfassung

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

3. Zusammenfassung

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

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

IV. (Keine) Erforderlichkeit

Die Zuordnung einer Maßnahme weg von der Gemeinschaftsverwaltung hin zur Mehrheitsverwaltung setzt nicht voraus, dass die Maßnahme zur ordnungsmäßigen Verwaltung explizit erforderlich ist.³³⁹ Die Gegenposition³⁴⁰ verwechselt die abstrakte Fähigkeit zur Mehrheitsentscheidung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB mit der Frage, ob die Erben nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB³⁴¹ innerhalb der Beschlussfassung auch dazu gezwungen werden können, einem bestimmten Beschlussantrag zuzustimmen.³⁴²

V. Gesamt- oder Einzelvertretungsmacht

Richtigerweise handelt es sich bei der Vertretungsmacht, die die jeweilige Erbenmehrheit³⁴³ aus dem erfolgreichen Mehrheitsbeschluss nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB für die gesamte Erbengemeinschaft ableitet, grundsätzlich nicht um eine Einzelvertretungs-, sondern um eine

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

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

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

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

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

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

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

VI. Zusammenfassung

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

VII. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

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

³⁴⁴ Vgl. auch *Grunewald*, AcP 197 (1997), 305, 306.

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

³⁴⁶ Vgl. *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 152.

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

C. Das Stimmverhalten der Miterben

An die Voraussetzungen des verwaltungsabhängigen Stimmquorums knüpft sich die Frage, wie das Stimmverhalten der Miterben von Gesetzes wegen ausgestaltet ist. Abgestimmt wird gemäß dem Verweis in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auf § 745 Abs. 1 S. 2 BGB nicht nach Köpfen; das Stimmgewicht richtet sich nach der Erbquote.³⁴⁷ Grundsätzlich sind die Miterben – vorbehaltlich der allgemein bürgerlich-rechtlichen Grenzen³⁴⁸ – im Wege ihrer privatautonomen Eigenverantwortung frei darin, so abzustimmen, wie sie es möchten.

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

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

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

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

³⁴⁹ *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 39.

1. Voraussetzungen

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

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

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

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

³⁵¹ *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 44.

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

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

2. Rechtsfolge

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

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

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

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

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

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

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

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

Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB³⁵⁸ mit ihren speziellen Voraussetzungen vom Gesetz vorgesehen. Diese würde in ihrem Sinn und insbesondere in ihrem Tatbestandsmerkmal der Dringlichkeit konterkariert, würde man aus § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB ein Selbstvornahmerecht ableiten. Somit führt die Nichtzustimmung der Miterben zu einem Verwaltungsbeschluss entgegen der Zustimmungspflicht nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB nur zu einem Klagerecht. Der Anspruch wird mithin nicht dem einzelnen Miterben,³⁵⁹ sondern dem Nachlass insgesamt zugeordnet.³⁶⁰ Der einzelne Miterbe kann den Anspruch dann im zweiten Schritt gemäß § 2039 S. 1 BGB gegen den betroffenen Miterben geltend machen. Wird die Mitwirkungspflicht verletzt, so löst dies einen Schadensersatzanspruch aus.³⁶¹

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

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

³⁵⁸ Dazu ausf. unten in Kap. 3 E.

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

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

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

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

Die Vorschrift des § 241 Abs. 2 BGB bezieht sich auf einen herausgehobenen und damit nunmehr abschließend spezialgesetzlich geregelten Teilbereich der von § 242 BGB im Wege der Rechtsfortbildung unter anderem ins Auge gefassten Nebenpflichten.³⁶⁴ Sowohl der § 241 Abs. 2 BGB³⁶⁵ wie auch der § 242 BGB³⁶⁶ setzen tatbestandlich das Bestehen eines

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

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

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

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

³⁶⁶ *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 242 BGB Rn. 121.

Schuldverhältnisses im weiteren Sinne³⁶⁷ zwischen den Beteiligten voraus. Bisweilen finden sich hierfür auch die Formulierungen einer rechtlichen Sonderverbindung oder eines sozialen Kontakts qualifizierter Art. Der streitige und bisweilen nicht klar als solcher benannte Punkt ist nun, ob die Erbengemeinschaft selbst ein gesetzliches Schuldverhältnis im weiteren Sinne darstellt³⁶⁸, oder ob sie nur die Grundlage für situativ entstehende, Einzelschuldverhältnisse zwischen den Teilhabern bildet³⁶⁹. Wenn man die Differenzierung zwischen dem Schuldverhältnis im weiteren Sinne und dem Schuldverhältnis im engeren Sinne, die in dem Zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs angelegt ist, berücksichtigt, so liegt tatsächlich der Schluss nahe, dass die vom Gesetz ja immerhin ausdrücklich geregelte

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

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

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

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

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

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

III. Treuepflichten zwischen den Miterben

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

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

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

³⁷³ Siehe oben Kap. 3 C. I.

lenken beziehungsweise etwaige ihr zuwiderlaufende Stimmabgaben rechtswidrig werden lassen.

1. Auf gesellschaftsrechtlicher Basis

a) Ansatz

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

b) Stellungnahme

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

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

³⁷⁵ *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 243, 245.

³⁷⁶ *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 246.

³⁷⁷ *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 246.

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

2. Auf allgemein bürgerlich-rechtlicher Basis

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

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

aa) Ansatz

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

³⁷⁸ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 B. und oben Kap. 3 A. II. 4.

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

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

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

Erbengemeinschaft einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB darstelle und sich daraus erbrechtliche Treuepflichten zwischen den Miterben nach § 241 Abs. 2 BGB ergäben.³⁸² Das eigentliche Ziel bei der Entwicklung dieser Perspektive liegt darin, eine Alternativlösung zur Frage um das Verhältnis zwischen § 2038 BGB und § 2040 BGB³⁸³ anzubieten. Es entspricht jedoch gerade dem Wesen der Treuepflicht, dass sie mit kaum systematisierbaren, allgemeinen Wertungserwägungen im Einzelfall arbeitet. Daher ist davon auszugehen, dass diese Treuepflicht auch in dem Fall, dass mehrere ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahmen gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB zur Debatte stehen, das grundsätzlich freie Entscheidungsmessen der Miterben einschränken würde.

bb) Stellungnahme

Im Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft als Einzelgesellschafter und der betroffenen Kapitalgesellschaft beziehungsweise den anderen Kapitalgesellschaftern³⁸⁴ leitet sich das für die Treuepflicht nötige, privatautonome Element³⁸⁵ aus der von der Erbengemeinschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworbenen Mitgliedschaft des Erblassers in der Kapitalgesellschaft ab, die letztlich ihrerseits privatautonomen Ursprungs ist. Hier geht es jedoch um die davon streng zu trennende Frage, ob innerhalb der Erbengemeinschaft selbst wechselseitige, erbrechtliche Treuepflichten bestehen können. Hierfür müsste es einen Auslöser im Verhältnis zwischen den Miterben geben. Eine gesetzliche Sonderwertung ist gerade auch infolge der nur schwach ausgeprägten Regelung zur Nachlassverwaltung in den §§ 2038 ff. BGB nicht ersichtlich. Das führt zu der Frage nach der Prämisse zurück: Stellt die Nichtausschlagung der Erbschaft nach den §§ 1942 ff. BGB eine hinreichend privatautonome Handlung dar? Diese These stößt

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

³⁸² *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben, 2010, S. 146 ff.

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

³⁸⁴ Dazu ausf. unten Kap. 5 B.

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

auf Bedenken.³⁸⁶ Die Nichtausschlagung der Erbschaft ist ein bloßes Unterlassen der Beseitigung des kraft Gesetzes entstehenden Zustands.³⁸⁷ Die Privatautonomie setzt indes grundsätzlich nicht die Hinnahme einer zivilrechtlichen Situation durch ein Unterlassen des Einzelnen, sondern die aktive Herbeiführung derselben durch ihn mit einem hinreichend gewichtigen Maß an Freiwilligkeit voraus.³⁸⁸ Der Erbe zeigt durch seine Nichtausschlagung – ganz gleich ob durch eine ausdrückliche, konkludente oder fingierte³⁸⁹ Annahme – zwar, dass er Erbe sein will beziehungsweise dass er diese Stellung in Kauf nimmt. Er sagt damit jedoch gerade nicht, dass er gesamthänderisch mit den Personen der anderen Miterben verbunden sein möchte.³⁹⁰ Denn diese Bindung an die anderen Miterben über das gesamthänderisch gehaltene Vermögen tritt gerade nicht kraft seines Willens, sondern infolge der gesetzlichen Anordnung des § 2032 Abs. 1 BGB ein. Nun könnte man unterstellen, dass derjenige, der Erbe sein will, dann eben auch immer automatisch die Rechtsfolge des § 2032 Abs. 1 BGB mitwolle.³⁹¹ Damit würde man dem Erben jedoch eine kollektivistische Verbindung zur staatlichen Rechtsgestaltung unterstellen. Wer zum Erbe „Ja“, zu seinen Miterben aber „Nein“ sagt, der begibt sich zwar freiwillig in die Erbstellung

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

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

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

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

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

³⁹¹ So wohl i. E. *Hellfeld*, *Treuepflichten unter Miterben*, 2010, S. 148.

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

b) Aus der Sicherungs- und Allokationseigenschaft der Gesamthand

aa) Ansatz

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

bb) Stellungnahme

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

³⁹² A. A. Lutter, AcP 180 (1980), 84, 145 f.

³⁹³ Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 126 f.

³⁹⁴ Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 127.

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

c) Zusammenfassung

Es besteht keine allgemein bürgerlich-rechtliche Treuepflicht zwischen den Miterben.³⁹⁶

IV. Verschuldensmaßstab

Im Rahmen der Nachlassverwaltung und der Pflicht zur Mitwirkung gilt für die Miterben untereinander in Ermangelung einer erbrechtlichen Sonderregelung der allgemeine Verschuldensmaßstab von Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.³⁹⁷ Da die Erbengemeinschaft nicht nur keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts darstellt, sondern im Gegenteil als objektbezogene Zwangs-³⁹⁸ beziehungsweise Zufallsgemeinschaft³⁹⁹ (*communio incidens*)⁴⁰⁰ einzuordnen ist, lässt sich der privilegierte Verschuldensmaßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gemäß §§ 708, 277 BGB nicht analog auf das Verhalten zwischen den Miterben im Rahmen

³⁹⁵ Siehe oben Kap. 3 Fn. 369.

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

³⁹⁷ *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 47.

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

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

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

der Nachlassverwaltung anwenden. Dies dürfte auch für den Fall der dauerverwaltenden Erbengemeinschaft gelten.⁴⁰¹ Denn die Nichtauseinander-
setzung kann – wie auch die Nichtausschlagung der Erbschaft⁴⁰² – wohl
nicht als privatautonomer Zustimmungssakt zu einem gesellschaftsähnlichen
Rechtsverhältnis bewertet werden, welches § 708 BGB seinerseits in
wertungsorientierter Hinsicht voraussetzt.

V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

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

D. Sekundäre Aspekte der Beschlussfassung

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

I. Wechselseitige Auskunftsrechte zwischen den Miterben

So ist erstens umstritten, ob zwischen den Miterben wechselseitige Auskunftsrechte
voraussetzungslos anzuerkennen seien⁴⁰³, unter bestimmten

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

⁴⁰² Siehe dazu soeben Kap. 3 C. III. 2. a) bb).

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

Bedingungen zugelassen werden sollten⁴⁰⁴, oder vom Gesetz nicht vorgesehen seien⁴⁰⁵. Diese Frage könnte insbesondere dann an Relevanz gewinnen, wenn innerhalb der Erbengemeinschaft Informationsasymmetrien in Bezug auf die Nachlassgegenstände und ihre Verwaltung (d. h. hier den ererbten Kapitalgesellschaftsanteil und gegebenenfalls die für die Kapitalgesellschaft relevanten Umstände) bestehen. Sie berührt jedoch nicht mehr die Dogmatik der Rechtsausübung, sondern die ihr vorgelagerten, allgemeinen Umstände. Mithin würde ihre Beantwortung wohl eine allgemeine Einordnung der Erbengemeinschaft in das innere Rechtssystem⁴⁰⁶ der geschäftsführenden Kollektive und der Prinzipien von Auskunftsrechten als solchen nötig machen. Dies fällt zweckmäßigerweise nicht mehr in den Bereich des Untersuchungsgegenstands.

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

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

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

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

II. Das Beschluss(mängel)recht der Erbengemeinschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴¹⁴ *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 86.

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

unwirksam werden ließe. Prozedurale Beschlussmängel wie das Fehlen einer Anhörung der Erbenminderheit stünden dann gar nicht erst zur Debatte; die Erbenmehrheit könnte gewissermaßen durchregieren, insbesondere wenn es nur einen Mehrheitserben gibt oder eine Mehrheitserbengruppe innerhalb der Gemeinschaft ihre Interessen so eng miteinander verknüpft hat, dass sie unter sich bleibt. Es ist damit ganz allgemein zu fragen, welche Partizipationsmindestgrenze formal einzuhalten ist.⁴¹⁶ Die Beantwortung dieser abstrakt allgemeinen Frage, die nicht unmittelbar mit dem mitgliederschaflich kapitalgesellschaftsrechtlichen Rechtsausübungsprozess als solchem zu tun hat und die möglicherweise einen allgemein systematischen Vergleich zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁴¹⁷ nötig macht, fällt indes zweckmäßigerweise ebenfalls nicht mehr in den Bereich des Untersuchungsgegenstands.

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

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

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

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

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

1. Zur Erhaltung notwendige Maßregel

Die Maßregel muss notwendig sein, wobei hierfür von vornherein nur solche Maßnahmen in Frage kommen, die auch ordnungsmäßig sind.⁴²⁰ Die Notwendigkeit ist bei solchen Maßregeln gegeben, ohne deren Vornahme der Nachlass insgesamt oder einzelne Nachlasswerte Schaden erleiden⁴²¹ beziehungsweise ein solcher Schaden ernstlich droht⁴²². Die Einschätzung richtet sich nach dem Standpunkt eines wirtschaftlich und vernünftig denkenden Beurteilers zum Zeitpunkt der Vornahme der Maßnahme.⁴²³ Diese Einordnungen treffen allerdings noch keine klare Aussage darüber, ob sich die Schadensprognose auf den Gesamtnachlass als Wertsumme oder auf die Integrität einzelner Nachlassgegenstände beziehen muss. Vereinzelt findet sich die Erklärung, dass zwar beide Perspektiven zu berücksichtigen seien, es jedoch letztlich darauf ankomme, ob die Noterhaltung des einzelnen Nachlassgegenstands in Bezug auf den gesamten Nachlass eine ordnungsmäßige Verwaltung darstelle. Dabei sei insbesondere die

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

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

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

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

⁴²² Frieser/Pothast, ErbR 2020, 2, 4; Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 58.

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

Leistungsfähigkeit des Nachlasses zu berücksichtigen.⁴²⁴ Letztlich ergibt sich damit das Problem, ob die Bedrohung des Nachlasses schwerpunktmäßig wirtschaftlich (analog zu § 745 Abs. 1 S. 1 BGB) oder gestalttechnisch (analog zu § 745 Abs. 3 S. 1 BGB) gedacht werden muss. Richtigerweise sind die oben erarbeiteten Auslegungsgrundsätze zu § 745 BGB entsprechend heranzuziehen, sodass beide Faktoren zu berücksichtigen sind. Notwendig ist demnach eine Maßregel, wenn der Gesamtnachlass ohne sie einen Wertverlust erleidet⁴²⁵ (was bereits bei der wirtschaftlichen Gefährdung einzelner Nachlassgegenstände ohne hinreichende Kompensation der Fall ist) oder wenn er wesentlich verändert wird.

II. Kein vorrangiger Mehrheitsbeschluss der Erbengemeinschaft

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

III. Dringlichkeit

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

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

⁴²⁵ *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 34.

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

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

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

IV. Haftung bei Nichtvornahme einer Einzelverwaltungsmaßnahme

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

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

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

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

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

⁴³¹ *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2038 BGB Rn. 11.

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

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

V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

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

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

⁴³⁴ Siehe oben Kap. 3 C. II.

F. Abstufung der Entscheidungsfreiheit

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



Kapitel 4

Die Geltendmachung gegenüber der Gesellschaft

Die Mitgliedschaftsrechte sind die aus der Mitgliedschaft in der Körperschaft folgenden Befugnisse der Gesellschafter in Abgrenzung zu den Drittrechten wie etwa den Gläubigerrechten.¹ Ihre Ausübung stellt begrifflich eine Maßnahme der formellen Einflussnahme auf die Gesellschaft dar.² Wie macht die Erbengemeinschaft nun ein spezifisches Mitgliedschaftsrecht im Verhältnis zur Körperschaft geltend?

A. Aktienrecht: § 69 Abs. 1 AktG

Bei den mitgliedschaftlichen Aktionärsrechten steht gemäß § 69 Abs. 1 AktG die Figur des gemeinschaftlichen Vertreters³ im Vordergrund.

¹ *Herrler*, in: Grigoleit, § 118 AktG Rn. 4; *J. Koch*, in: ders., § 118 AktG Rn. 7; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 118 AktG Rn. 38; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 14 GmbHG Rn. 47, 110; *Saenger*, in: Saenger/Inhester, § 14 GmbHG Rn. 6 f.

² Vgl. *J. P. Paul*, Informelle und formelle Einflussnahmen des faktisch herrschenden Unternehmens auf die faktisch abhängige AG, 2013, S. 62 f.

³ Die Praxis empfiehlt im Recht der GmbH die gesellschaftsvertragliche Festlegung eines Zwangs zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters analog § 69 Abs. 1 AktG in aller Regel als probates Gestaltungsmittel, siehe nur *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 218; *Ivens*, ZEV 2011, 177, 179; *Ivo*, ZEV 2009, 333, 334; *Kaya*, ZEV 2013, 593, 596; *Kindler/Gubitz*, in: Hausmann/Hohloch, Handbuch des Erbrechts, 2010, Kap. 22 Rn. 235; *Klein*, BWNotZ 2018, 84, 89; *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 117; *Langner/Heydel*, GmbHR 2006, 291, 295; *Lutz*, GWR 2012, 325; *Perzborn*, RNotZ 2017, 405, 408; *Raue*, GmbHR 2015, 121, 128; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 295; *Schilling*, GmbHR 1962, 205, 207; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1054 f.; *Wachter*, EwIR 2012, 699, 700; vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.2014 – 14 U 9/14, ZIP 2015, 873, 874.

I. Erfordernis der Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters

1. Grundsatz

Ein konditionsloser Zwang zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters besteht für die Erbengemeinschaft zwar nicht, aber wenn sie die Aktionärsrechte gegenüber der Aktiengesellschaft ausüben möchte, kann sie es gemäß § 69 Abs. 1 AktG nur durch ihn. Die Bestellung ist damit eine Obliegenheit, keine Pflicht.⁴ Sie bezieht sich auf alle Aktionärsrechte, darunter sämtliche Verwaltungs- wie auch Vermögensrechte. Insbesondere umfasst § 69 Abs. 1 AktG nicht nur die versammlungsgebundenen, sondern auch die versammlungsungebundenen Rechte.

2. Verzichtsmöglichkeiten

Bei der Frage nach der Disponibilität dieses Grundsatzes ist zwischen privatautonomen Vereinbarungen einerseits und gesetzlichen Ausnahmen andererseits zu unterscheiden. Die Rechtsfolge eines privatautonomen Verzichts liegt augenscheinlich darin, dass die Vertreterobliegenheit entfällt und wie bei § 18 Abs. 1 GmbHG nur noch ein Erfordernis gemeinschaftlicher im Sinne von einheitlicher Rechtsausübung vorliegt.⁵ Auf dieses Erfordernis der einheitlichen Rechtsausübung als solches kann die Gesellschaft wiederum nicht verzichten.⁶

Durch die Sicherstellung von Rechtssicherheit in Gestalt eines standardisierten Ausübungsprozesses dient § 69 Abs. 1 AktG zentral dem Schutz der Aktiengesellschaft. Dieser Schutzzweck würde frontal angegriffen, wenn die Erbengemeinschaft – ganz gleich ob einstimmig oder

⁴ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 19; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 562; *Blasche*, AG 2015, 342, 343; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 7; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 33; *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 6; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 162; *Wieneke*, in: Bürgers/Körper, § 69 AktG Rn. 5.

⁵ Siehe aber zu der Frage, ob dies nun tatsächlich Auswirkungen bei der Rechtsfolge hat, unten Kap. 4 D.

⁶ Denn die Notwendigkeit zur Einheitlichkeit der Rechtsausübung erwächst gar nicht aus § 18 Abs. 1 GmbHG selbst, sondern ist in den mitgliedschaftsbezogenen Teilungsverboten und der gesamthänderischen Zuordnung der Mitgliedschaft angelegt, siehe dazu unten Kap. 4 B. I. 2.

mehrheitlich – einseitig gegenüber der Aktiengesellschaft auf das Erfordernis verzichten könnte. Diese Form der Disponibilität ist daher ausgeschlossen.⁷

Denkbar ist jedoch ein einseitiger Verzicht durch die Aktiengesellschaft. Berücksichtigt man den Schutzzweck des § 69 Abs. 1 AktG, so erscheint dies jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. Der Verzicht auf das Erfordernis des gemeinschaftlichen Vertreters durch Satzung käme einem vollständigen Ausschluss des Regelungsgehalts des § 69 Abs. 1 AktG gleich. Denn durch eine solche Klausel würde abstrakt-generell in quasi autonom-gesetzlicher Form eine dem § 69 Abs. 1 AktG zuwiderlaufende Regelung geschaffen. Unter Berücksichtigung des zwingenden Charakters der Norm und der Reichweite der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG⁸ ist ein solch allgemeiner Verzicht unzulässig. Möglich ist indes ein Einzelfallverzicht durch die Aktiengesellschaft. Damit ist weder die gesamte Rechtsausübung durch eine einzelne Erbgemeinschaft noch die Ausübung eines einzelnen Mitgliedschaftsrechts gemeint. Der Einzelfall beschreibt vielmehr die Vertretung im Rahmen einer einzelnen Hauptversammlung beziehungsweise eines einzelnen zusammenhängenden Lebenssachverhalts. Ein solcher Einzelfallverzicht ist zulässig. Es ist Sache der Gesellschaft, im konkreten Fall auf das Schutzerfordernis zu verzichten.⁹

⁷ So auch explizit *Grigoleit/Rachlitz*, in: *Grigoleit*, § 69 AktG Rn. 9. Von der sonstigen Kommentarliteratur scheint dieser Umstand stillschweigend vorausgesetzt zu werden.

⁸ Die Frage betrifft letztlich die im Aktienrecht häufig angetroffene Problematik, inwiefern die Rechtsform Aktiengesellschaft vor einer Aushöhlung der gesetzlichen Standardisierung geschützt werden muss. Der Gesetzgeber hat sich in diesem Punkt jedoch dazu entschieden, das pauschale Prinzip beizubehalten. Man mag es von rechtspolitischer Seite aus kritisieren, *de lege lata* ist seine Geltung jedoch nur schwer bestreitbar; dazu krit. *Kalss/H. Fleischer*, AG 2013, 693 ff.

⁹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 26 f.; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 569; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 9; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 20; *Grigoleit/Rachlitz*, in: *Grigoleit*, § 69 AktG Rn. 8; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 69 AktG Rn. 38; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 6; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 6; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 48 ff.; *Sarakinis*, Die Erbgemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 183; *Wieneke*, in: Bürgers/Körper, § 69 AktG Rn. 7; unklar *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 350; a. A. *Barz*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl. 1973, § 69 AktG Rn. 7; *Schrötter*, Die Grenzen der Abschließbarkeit

Das gilt auch dann, wenn bereits ein gemeinschaftlicher Vertreter bestellt wurde.¹⁰ Da die Aktiengesellschaft als juristische Person keine eigene Erklärung abgeben kann, fallen alle Fragen der Hauptversammlungsteilnahme in den Zuständigkeitsbereich des Hauptversammlungsleiters¹¹. Ihm obliegt es, die Berechtigung der Teilnehmer sicherzustellen. Dies umfasst unter anderem die Aufgabe, zu prüfen, ob die erschienenen mit den angemeldeten Aktionären übereinstimmen und ob Vertretungsverhältnisse bestehen.¹² Er ist damit für die Zulassung oder Zurückweisung der als Vertreter auftretenden Person beziehungsweise etwaiger Modalitäten zuständig.¹³ Der einseitige Verzicht als solcher ist mithin zulässig. Eine Zustimmung der Erben-gemeinschaft ist nicht erforderlich. Denn wenn die Aktiengesellschaft auf das Vertretererfordernis verzichtet, so kann die Erbenmehrheit – gerade im Lichte des § 134 Abs. 3 AktG – gleichwohl im Wege der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB auf der gemeinschaftlichen Vertretung bestehen. Es existiert keine Schutzwertung in § 69 Abs. 1 AktG i. V. m. § 23 Abs. 5 AktG, die sich auf die Erbenminderheit beziehe.

Eine zwischen der Erben-gemeinschaft und der Aktiengesellschaft geschlossene Vereinbarung, die das gesetzliche Vertretererfordernis

personenbezogener Aktiengesellschaften gegenüber unerwünschten Beteiligungen nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht, 1976, S. 125; *ders.*, NJW 1979, 2592, 2595; wohl auch *Pinner*, in: Staub, HGB, 14. Aufl. 1933, § 225 HGB a. F. Rn. 8; *Ritter*, in: *ders.*, § 63 AktG a. F. Rn. 1e.

¹⁰ *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 569; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 20.

¹¹ In der Praxis wird üblicherweise kraft Satzung der Aufsichtsratsvorsitzende zum Hauptversammlungsleiter bestimmt, siehe *W. Bayer/T. Hoffmann*, AG 2012, R339; *Butzke*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 2011, S. 129, 131; *Dietrich*, NZG 1998, 921, 923; *Drinhausen*, in: W. Hölters/Markus Weber, Anh. § 129 AktG Rn. 2; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 119 AktG Rn. 111; *Langenbach*, Der Versammlungsleiter in der Aktiengesellschaft, 2018, S. 16 f., dazu mit krit. Anmerkungen auf S. 229 ff.; *Max*, AG 1991, 77, 79; *Wicke*, NZG 2007, 771; *Wilsing/v. d. Linden*, ZIP 2009, 641, 642.

¹² *Herrler*, in: Grigoleit, § 129 AktG Rn. 46; *J. Koch*, in: *ders.*, § 129 AktG Rn. 22; *Kocher/Feigen*, NZG 2015, 620; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 119 AktG Rn. 133; *T. Liebscher*, in: Henssler/Strohn, § 129 AktG Rn. 26; *Sauerwald*, Der Versammlungsleiter im Aktienrecht, 2018, S. 292 ff.; *Stützle/Walgenbach*, ZHR 155 (1991), 516, 525; *Wicke*, NZG 2007, 771.

¹³ Vgl. *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 93.

dauerhaft oder im Allgemeinen abbedingt, wäre keine Satzungsbestimmung, sondern eine schuldrechtliche Vereinbarung. Diese ist zum Zwecke der Begriffsklarheit nicht mit der sogenannten schuldrechtlichen Nebenabrede¹⁴ gleichzusetzen. Die Nebenabrede besteht ausschließlich zwischen den Gesellschaftern, die Vereinbarung wird zwischen einem oder mehreren Gesellschaftern einerseits und der Gesellschaft andererseits geschlossen.¹⁵ Hierbei ist weiterhin zwischen Vereinbarungen zu differenzieren, die nur eine einzelne Erbgemeinschaft und damit nur einen einzelnen Aktionär betreffen, und solchen, die für alle Aktionäre gleichermaßen gelten sollen. Letztere sind schon deswegen unzulässig, weil sie mitgliedschaftlicher Natur sind und daher notwendige Satzungsbestandteile darstellen.¹⁶ Erstere sind als allgemein privatautonome Übereinkünfte indes grundsätzlich zulässig, wobei eine vorsichtige Auslotung des jeweiligen Vereinbarungsinhalts und den gesetzlichen Grenzen anhand der zivilrechtlichen Wertungen vorzunehmen ist.¹⁷ In Bezug auf das Vertretererfordernis nach § 69 Abs. 1 AktG ist eine solche Übereinkunft jedoch ebenfalls unzulässig.¹⁸ Andernfalls bestünde die Gefahr, dass eine im Widerspruch zu § 23 Abs. 5 AktG stehende Schattensatzung¹⁹ entstünde.

Die letzte Variante bildet schließlich der beiderseitige Verzicht im Einzelfall. Dieser ist aus denselben Gründen wie der einseitige

¹⁴ Zu diesem Begriff ausf. *H. Baumann/Reiss*, ZGR 1989, 157 ff.; *D. Mayer*, Mitt-BayNot 2006, 281 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 23 AktG Rn. 45 f.; *Pentz*, in: MünchKomm. AktG, § 23 AktG Rn. 195 ff.; *Priester*, ZIP 2015, 2156 ff.

¹⁵ BGH, Urteil vom 22.01.2013 – II ZR 80/10, NZG 2013, 220, 221; *Noack*, NZG 2013, 281; *Pentz*, in: MünchKomm. AktG, § 23 AktG Rn. 195; a. A. wohl *Limmer*, in: *Spindler/Stilz*, § 23 AktG Rn. 62.

¹⁶ BGH, Urteil vom 11.10.1993 – II ZR 155/92, BGHZ 123, 347 ff.; BGH, Urteil vom 22.01.2013 – II ZR 80/10, NZG 2013, 220, 221.

¹⁷ OLG München, Urteil vom 18.10.2007 – 23 U 5786/06, ZIP 2008, 220 ff.; *Knott/Jacobsen*, NZG 2014, 372, 376; *Noack*, NZG 2013, 281 ff.; *Otto*, NZG 2013, 930 ff.; *Seibt*, EwIR 2013, 131, 132; implizit auch BGH, Urteil vom 22.01.2013 – II ZR 80/10, NZG 2013, 220, 221 f.

¹⁸ *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 51.

¹⁹ Begriff geprägt von *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 34 f.

Einzelfallverzicht zulässig²⁰ und entfaltet seine Wirkung auch dann, wenn ein gemeinschaftlicher Vertreter bereits bestellt wurde.²¹

3. Gesetzliche Ausnahme: Die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB

Daneben stellt sich die Frage, ob es Situationen gibt, in denen vom Erfordernis eines gemeinschaftlichen Vertreters abgesehen werden und einem einzelnen Miterben die unmittelbare Geltendmachung des Rechts kraft Gesetzes gestattet sein muss. Hierfür kommen Angelegenheiten der erbrechtlichen Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB infrage. Denkbar wäre etwa, dass eine bestimmte Abstimmung in der Hauptversammlung eine für die Erbengemeinschaft notwendige Maßnahme darstellt. Wiegt die Wertung, die den Schutz der Erbenminderheit in Angelegenheiten der Einzelverwaltung bezweckt, in dieser Konstellation stärker als das Rechtssicherheitsbedürfnis der Aktiengesellschaft?

a) Vorrang des Erbrechts

Die wohl überwiegende Meinung bejaht dies und befürwortet eine Ausnahme zu § 69 Abs. 1 AktG.²² Der Bundesgerichtshof habe zur

²⁰ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 26 f.; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 569; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 9; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 20; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 8; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 69 AktG Rn. 38; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 6; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 6; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 48 ff.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 183; *Wieneke*, in: Bürgers/Körper, § 69 AktG Rn. 7; unklar *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 350; a. A. *Barz*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl. 1973, § 69 AktG Rn. 7; *Schrötter*, Die Grenzen der Abschließbarkeit personenbezogener Aktiengesellschaften gegenüber unerwünschten Beteiligungen nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht, 1976, S. 125; *ders.*, NJW 1979, 2592, 2595; wohl auch *Pinner*, in: Staub, HGB, 14. Aufl. 1933, § 225 HGB a. F. Rn. 8; *Ritter*, in: ders., § 63 AktG a. F. Rn. 1e.

²¹ *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 20; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 183 f.

²² *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 25; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 569; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, § 245 AktG Rn. 5; *Ehmann*, in: Grigoleit, § 245 AktG Rn. 7; *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 12; *Sarakinis*, Die

Parallelnorm des § 18 Abs. 1 GmbHG entschieden, dass das Primat der Rechtsausübung durch einen wirksam bestellten gemeinschaftlichen Vertreter in der Gesellschafterversammlung dann ruhe, wenn die Voraussetzungen einer Notverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB vorlägen. In diesem Fall könne der einzelne Miterbe an einem bereits bestellten gemeinschaftlichen Vertreter vorbei die Mitgliedschaftsrechte der Erbengemeinschaft unmittelbar gegenüber der GmbH geltend machen.²³ Diese Grundsätze seien auf den Fall des § 69 Abs. 1 AktG übertragbar. Denn im Fall der Notverwaltung sei eine uneinheitliche Rechtsausübung nicht zu befürchten. Mithin würde sonst die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG bei Uneinigkeit der Miterben eine Anfechtung verhindern.²⁴

b) Vorrang des Aktienrechts

Die Gegenposition verneint die Möglichkeit einer Ausnahme und räumt § 69 Abs. 1 AktG einen Pauschalvorrang vor dem Erbrecht ein.²⁵ Der Wortlaut des § 69 Abs. 1 AktG lasse keinerlei Abweichungen zu.²⁶ Mithin seien die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu § 18 Abs. 1 GmbHG zugrundeliegenden Erwägungen nicht auf § 69 Abs. 1 AktG übertragbar. Denn § 18 Abs. 1 GmbHG wolle lediglich verhindern, dass die Anteilsrechte von den einzelnen Mitberechtigten unterschiedlich ausgeübt würden. § 69 Abs. 1 AktG aber gehe darüber hinaus und verlange nicht nur eine Vereinheitlichung, sondern explizit auch eine Vertretung.²⁷ Aus der erbrechtlichen Notverwaltung könne daher lediglich die besondere Befugnis

Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 183; C. Schäfer, in: MünchKomm. AktG, § 245 AktG Rn. 23; Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, § 245 AktG Rn. 4.

²³ Siehe unten Kap. 4 Fn. 213.

²⁴ C. Schäfer, in: MünchKomm. AktG, § 245 AktG Rn. 23.

²⁵ T. Bezenberger, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 9; J. Koch, in: ders., § 245 AktG Rn. 6; Merkt, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 44 f.; vgl. auch Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 207 f. zur Parallelfraage, ob der Vertreterzwang aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung der Gesellschaft bei § 18 Abs. 1 GmbHG durchbrochen werden kann.

²⁶ T. Bezenberger, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 9; J. Koch, in: ders., § 245 AktG Rn. 6.

²⁷ In diese Richtung auch H. Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 249.

eines Miterben zur eigenmächtigen Ernennung eines entsprechenden gemeinschaftlichen Vertreters abgeleitet werden.²⁸

c) Stellungnahme

Denkt man dann den Einwand der aktienrechtlichen Position zu Ende, so gelangt man zu der Frage, wieso man denn den einzeln erscheinenden Miterben, der sich auf ein Einzelverwaltungsrecht nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB beruft, nicht einfach als konkludent selbst bevollmächtigten gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG ansieht. Die Lösung kann im Übrigen nicht in einer Pauschalbetrachtung des § 69 Abs. 1 AktG, sondern nur in einer Analyse des jeweiligen Mitgliedschaftsrechts liegen. Richtig ist, dass der Hauptversammlungsleiter²⁹ die internen Angelegenheiten der Erbgemeinschaft nicht prüfen muss und in aller Regel auch gar nicht kann. Üblicherweise kann die Aktiengesellschaft also nicht beurteilen, ob die materiellen Voraussetzungen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB vorliegen. Müsste sie sich nun auf das Wort des einzeln aktiv werdenden Miterben verlassen, so wäre der Schutzzweck von § 69 Abs. 1 AktG verletzt. Wenn nun der Miterbe parallel zu einem von der Erbenmehrheit vorher bestellten gemeinschaftlichen Vertreter in der Hauptversammlung aufkreuzen möchte, dann kann der Versammlungsleiter ihn gemäß § 134 Abs. 3 S. 2 AktG (je nach betroffenem Mitgliedschaftsrecht entweder in direkter oder analoger Anwendung) zurückweisen.³⁰ Prinzipiell könnte der Miterbe im Wege der Einzelverwaltung zwar auch die Vollmacht eines von der Erbenmehrheit bereits bestellten gemeinschaftlichen Vertreters nach § 168 S. 2 BGB widerrufen und sich zum Zwecke der

²⁸ *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 45.

²⁹ Die h. M. ordnet den Hauptversammlungsleiter gegenüber Nicht-Aktionären als Vertreter und gegenüber Aktionären als unselbstständigen Funktionsgehilfen des Organs Hauptversammlung ein, siehe *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 757, 766 f.; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 119 AktG Rn. 125 ff.; v. *d. Linden*, NZG 2013, 208, 209 f.; *Marsch-Barner*, in: FS Brambring, 2011, S. 267, 271; *Sauerwald*, Der Versammlungsleiter im Aktienrecht, 2018, S. 142 f.; *Theusinger/Schilha*, BB 2015, 131, 137; wohl auch OLG München, Beschluss vom 29.02.2008 – 7 U 3037/07, BeckRS 2008, 7260 Rn. 2; a. A. *Heidel*, in: ders., Vor §§ 129–132 AktG Rn. 18; *Schürnbrand*, NZG 2014, 1211, 1212; diese begreifen den Hauptversammlungsleiter als eigenständiges Organ der Aktiengesellschaft.

³⁰ Siehe unten Kap. 4 A. V. 2.

Sicherung des Nachlasses im Wege der Einzelverwaltung zum einzigen gemeinschaftlichen Vertreter benennen. Es ist dem Hauptversammlungsleiter jedoch nicht zuzumuten, sich hier auf den Vortrag des einzelnen Miterben einzulassen, zumal dessen eigener Vollmachtnachweis (etwa in Textform nach § 134 Abs. 3 S. 3 AktG) dann ja auch nur durch ihn selbst erfolgt wäre. Für alle in der Hauptversammlung ausgeübten Mitgliedschaftsrechte gilt demnach, dass der einzelne Miterbe sie im Lichte des Schutzzwecks des § 69 Abs. 1 AktG nicht im Wege der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB an einem von der Erbenmehrheit wirksam bestellten, gemeinschaftlichen Vertreter vorbei geltend machen kann. Seine Rechtsmacht beschränkt sich auf die Möglichkeit dem bereits bestellten gemeinschaftlichen Vertreter eine Sonderweisung zu erteilen; das Aktienrecht geht dem Erbrecht insoweit vor.

II. Person des gemeinschaftlichen Vertreters

Die Erbengemeinschaft kann eine natürliche oder juristische Person³¹ zum gemeinschaftlichen Vertreter bestimmen. Zweitere müsste sich dann aufgrund ihrer Rechtsnatur ihrerseits durch eine natürliche Person in Form eines gesetzlich oder rechtsgeschäftlich Befugten vertreten lassen. Dieser vertritt³² dann im Wege der allgemeinen Regeln zur Untervertretung³³ die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit.

³¹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 15; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 565; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 13; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 69 AktG Rn. 4; *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 8; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 3; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 69 AktG Rn. 5.

³² Siehe zur genauen Dogmatik der Stellvertretung der Erbengemeinschaft als Mitglied der Gesellschaft oben Kap. 3 A. II.

³³ Dazu ausf. *Ackermann*, in: Heidel/Hübstege et al., § 167 BGB Rn. 61 ff.; *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 167 BGB Rn. 80 ff.; *Hauke Schäfer*, in: BeckOK BGB, § 167 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 28 ff.

1. Gesetzliche Grenzen

a) Miterbe

Mit der Ernennung eines der Miterben wäre möglicherweise das Problem einer Machtverlagerung verbunden. So hat es der Bundesgerichtshof für unzulässig befunden, dass eine kaufmännisch unternehmenstragende Erbengemeinschaft einen der Miterben zum Prokuristen ernennt.³⁴ Dieses Szenario lässt sich indes nur beschränkt mit dem Fall des zum gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG berufenen Miterben gleichsetzen. Denn der gegenständliche und inhaltliche Vollmachtumfang ist bei diesem nur in Bezug auf das Teilnahmerecht, das Stimmrecht und das Recht zur Entgegennahme von Erklärungen gesetzlich bestimmt.³⁵ Im Übrigen richtet sich der Umfang der Vollmacht nach den allgemein bürgerlich-rechtlichen Regeln und damit nach den privatautonomen Vorgaben der Erbengemeinschaft. Die Bestellung eines Miterben zum gemeinschaftlichen Vertreter ist zulässig.³⁶

b) Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied der Aktiengesellschaft

Bei dem Stimmrechtsvertreter im Sinne des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG ist zu bedenken, dass die Verwaltungsinstitutionen der Aktiengesellschaft, d. h.

³⁴ BGH, Urteil vom 24.09.1959 – II ZR 46/59, BGHZ 30, 391, 397 f.; BGH, Urteil vom 10.02.1960 – V ZR 39/58, BGHZ 32, 60, 67; zust. *Flechtner*, in: Burandt/Rojahn, § 2032 BGB Rn. 28; *Kregel*, in: RGRK BGB, § 2032 BGB Rn. 9; *Strothmann*, ZIP 1985, 969, 974; mit abw. Begründung auch *Armbruster*, Die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts, 1965, S. 26 f.; a. A. *Beuthien*, in: FS R. Fischer, 1979, 1 ff.; *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 148; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 58; *Goldstein*, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972, S. 62 f.; *C. Hahn*, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 134 ff.; *Hüffer*, ZGR 1986, 603, 630 ff.; *Reinicke*, MDR 1960, 28, 29; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 136 ff.; so auch *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 1994, S. 223; *Leonhardt*, Die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines Handelsgeschäfts, 1963, S. 97 f., die dabei allerdings beide die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft voraussetzen.

³⁵ Siehe dazu ausf. unten Kap. 4 A. IV. 3.

³⁶ So auch *Holthaus/Lehnhoff*, in: J. Lang/Weidmüller, § 77 GenG Rn. 9.

der Vorstand und der Aufsichtsrat insgesamt, nicht wirksam als Stimmrechtsvertreter auftreten können. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 136 Abs. 2 AktG zum Zwecke der Erhaltung der innergesellschaftlichen Gewaltenteilung.³⁷ Bei einem einzelnen Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglied ist diese Gefahr allerdings wohl nicht gegeben.³⁸ Jedenfalls dürfte eine solche Bevollmächtigung dann zulässig sein, wenn der Aktionär sie mit einer ausdrücklichen Weisung hinsichtlich der Beschlussgegenstände versieht.³⁹ In Bezug auf das Stimmrecht ist der gemeinschaftliche Vertreter mithin nichts anderes als eine zur Rechtsausübung notwendige und damit quasi gesetzlich angeordnete Variante der Stimmrechtsvertretung. Richtigerweise muss sich die Diskussion zur Bevollmächtigung eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds daher auch hieran orientieren.

c) Anderer Aktionär der Aktiengesellschaft

Eine weitere Möglichkeit ist die Benennung eines anderen Aktionärs zum gemeinschaftlichen Vertreter der Erbgemeinschaft.⁴⁰ In der Hauptversammlung kann der Aktionär ohne Weiteres sowohl für seine eigenen Aktien wie auch für die Erbgemeinschaft als deren Vertreter die Stimmen abgeben. § 181 BGB steht dem nicht entgegen.⁴¹ Kommt es jedoch zu einer Kollision mit den eigenen Interessen des Aktionärs, etwa wenn in der Hauptversammlung darüber abgestimmt wird, ob er von einer

³⁷ *Bachmann*, WM 1999, 2100, 2103 f.; *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687; *J. Koch*, in: ders., § 134 AktG Rn. 26; *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 33 f.; *Singhof*, NZG 1998, 670, 672; a. A. *Herrler*, in: *Gri-goleit*, § 134 AktG Rn. 36.

³⁸ *Arnold*, in: *MünchKomm. AktG*, § 134 AktG Rn. 39; *Bunke*, AG 2002, 57, 58; *Butzke*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 2011, S. 200; *Herrler*, in: *Gri-goleit*, § 134 AktG Rn. 36; *J. Hoffmann*, Systeme der Stimmrechtsvertretung in der Publikums-gesellschaft, 1999, S. 77 f.; *J. Koch*, in: ders., § 134 AktG Rn. 26; *Rieckers*, in: *Spindler/Stilz*, § 134 AktG Rn. 56; a. A. *Hüther*, AG 2001, 68, 72; *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687; *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 33 f.

³⁹ *T. Liebscher*, in: *Henssler/Strohn*, § 134 AktG Rn. 10; *Tröger*, in: *KölnerKomm. AktG*, § 134 AktG Rn. 171.

⁴⁰ *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 565.

⁴¹ *Arnold*, in: *MünchKomm. AktG*, § 134 AktG Rn. 38; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 565; *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 36 f.

Verbindlichkeit befreit werden oder gegen ihn ein Anspruch geltend gemacht werden soll, so ist auch sein Stimmrecht für die Erbengemeinschaft gemäß § 136 Abs. 1 S. 1 AktG ausgeschlossen.⁴²

d) Grenzen aufgrund der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

Die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters darf schließlich nicht gegen die Treuepflicht verstoßen, die die Erben in gesamthänderischer Verbundenheit als Aktionär gegenüber der Aktiengesellschaft trifft.⁴³ In dieser Hinsicht ergeben sich keine in der Natur der Erbengemeinschaft liegenden Besonderheiten gegenüber den Vorgaben, die ein Aktionär ohnehin beachten muss, wenn er sich gegenüber der Aktiengesellschaft vertreten lassen möchte.⁴⁴

2. Satzungsvorgaben

Kann die Satzung Vorgaben für die Person des gemeinschaftlichen Vertreters aufstellen? Diese Frage wird zu dem vererbten GmbH-Geschäftsanteil im Rahmen von § 18 Abs. 1 GmbHG diskutiert und dort allgemein bejaht.⁴⁵ Nun ist im Recht der GmbH allerdings ganz allgemein anerkannt, dass der Gesellschaftsvertrag Vorgaben zur Person eines Gesellschaftervertreters machen kann.⁴⁶ So kann etwa eine Qualifikation als Rechtsanwalt, eine gesetzliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit oder auch kaufmännische Erfahrung als Voraussetzung vorgeschrieben werden. Auch eine

⁴² *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 565.

⁴³ Siehe dazu noch ausf. unten Kap. 5. B.

⁴⁴ So darf der gemeinschaftliche Vertreter beispielsweise kein Konkurrent oder Angestellter eines Konkurrenten der Kapitalgesellschaft sein, da er sonst durch die Ausübung seiner Informationsrechte einen zu tiefen Einblick in die internen Verhältnisse der Gesellschaft erlangen oder das Stimmrecht missbräuchlich ausüben könnte; vgl. zum gemeinschaftlichen Vertreter mehrerer Erben in einer KG *A. Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 17 f.; ebenfalls treuwidrig wäre die Bestellung eines Verräters von Geschäftsgeheimnissen oder eines früher bereits aus wichtigem Grund ausgeschlossenen Gesellschafter, siehe *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 95 m. w. N.

⁴⁵ Siehe unten Kap. 4 Fn. 212.

⁴⁶ Vgl. dazu auch die Frage nach höchstpersönlichen Rechten im Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung unten Kap. 4 F. IV. 2. b).

Beschränkung auf Familienangehörige oder Mitgesellschafter ist zulässig.⁴⁷ Im Aktienrecht sieht die Sache anders aus. Früher wurde dort vertreten, dass die Satzung wie ein GmbH-Gesellschaftsvertrag Vorgaben zur Person des Bevollmächtigten enthalten könne, den der Aktionär bestimmt.⁴⁸ Dieser Position, die ohnehin bereits aufgrund der ab dem Jahr 1965 einschlägigen Formulierung des § 134 Abs. 3 AktG und im Lichte der Wirkungsreichweite des § 23 Abs. 5 AktG kritisiert wurde,⁴⁹ hat der Unionsgesetzgeber im Jahr 2007 durch Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 Aktionärsrechte-RL⁵⁰ einen Riegel vorgeschoben. Der § 134 Abs. 3 S. 1 AktG ist heute insoweit richtlinienkonform auszulegen.⁵¹ Die Satzung kann gegenüber dem Aktionär keine Voraussetzungen für die Zulassung eines Bevollmächtigten aufstellen.

Daraus ergibt sich die Frage, ob sich die Regelungsdetails zur Person des gemeinschaftlichen Vertreters nach § 69 Abs. 1 AktG nun eher an den Regeln zu § 18 Abs. 1 GmbHG oder eher an denen zu § 134 Abs. 3 AktG zu orientieren haben. Gegen eine Übertragbarkeit des Gehalts des § 18 Abs. 1 GmbHG auf § 69 Abs. 1 AktG wird angeführt, dass der Erbengemeinschaft sonst zu wenig Spielraum verbleibe. Anders als bei § 18 Abs. 1 GmbHG sei sie bei § 69 Abs. 1 AktG zwingend auf einen gemeinschaftlichen Vertreter angewiesen, um ihre Rechte auszuüben. Mithin seien die Interessen von GmbH und Aktiengesellschaft zu verschieden: Den Gesellschaftern

⁴⁷ *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 96.

⁴⁸ RG, Urteil vom 23.05.1903 – Rep. I. 28/03, RGZ 55, 41, 42; RG, Urteil vom 02.12.1903 – 288/03 I., JW 1904, 73 f.; KG, Beschluss vom 30.06.1938 – 1 Wx 261/38, JW 1938, 2412 f.; LG Bonn, Urteil vom 22.06.1990 – 16 O 5/90 („Deutscher Depeschen Dienst AG“), AG 1991, 114, 115; *Barz*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl. 1973, § 134 AktG Anm. 27, 35; *Butzke*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 2011, S. 109 f., 200.

⁴⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.05.1990 – 8 W 203/90, NJW-RR 1990, 1316, 1317.

⁵⁰ Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, Abl. EU 2007 Nr. L 184 vom 14.07.2007, S. 17 ff.

⁵¹ OLG Braunschweig, Beschluss vom 27.08.2013 – 2 W 142/12, BeckRS 2014, 20216 Rn. 22; LG München I, Urteil vom 20.02.2020 – 5 HK O 7924/19, ZIP 2020, 2339, 2341; *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 45; *J. Koch*, in: ders., § 134 AktG Rn. 25; *Ratschow*, DStR 2007, 1402, 1406; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, § 134 AktG Rn. 53; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, § 134 AktG Rn. 58.

einer GmbH kämen aufgrund der personalistischen Organisation der Gesellschaft mehr Mitwirkungsmöglichkeiten und -pflichten zu. Demgegenüber agierten die Aktionäre einer Gesellschaft in der Regel nur während der Hauptversammlung, indem sie Beschlüsse fassten und gegebenenfalls ihre Informations- und Kontrollrechte wahrnahmen.⁵² Dieser Position ist im Ergebnis beizupflichten, allerdings treffen die Ausführungen nicht ganz den Kern des Problems. Die Frage, wie eine Aktiengesellschaft typischerweise faktisch strukturiert ist, ist für die Dogmatik ohne Belang. Entscheidend ist vielmehr, dass der gemeinschaftliche Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG dogmatisch mit dem regulären Stimmrechtsvertreter nach § 134 Abs. 3 AktG gleichgesetzt werden kann. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Erbengemeinschaft um eine Rechtsgemeinschaft handelt. Die Erbengemeinschaft teilt sich eine einzelne Mitgliedschaft und ist deshalb aufgrund des Vorrangs der Vermögenszuordnung genauso Einzelaktionär wie eine einzelne Person. Der Umstand, dass die Vollmacht innerhalb einer einzelnen Hauptversammlung nur begrenzt durch die Erbengemeinschaft beschränkt werden kann,⁵³ ändert daran nichts. Denn diese Nichteinschränkbarkeit verläuft entlang der Details zur Regelung des Stimmrechtsvertreters nach § 134 Abs. 3 S. 1 AktG. Der nach § 69 Abs. 1 AktG zur Rechtsausübung notwendige Vertreter erlangt mithin keine formal herausgehobene Machtposition, die eine personale Beschränkung durch die Aktiengesellschaft nötig machen würde. Für eine analoge Anwendung von § 100 Abs. 4 AktG besteht kein Raum, da es sich hier nicht um eine Entscheidung der Hauptversammlung über ein anderes Organ der Aktiengesellschaft, sondern um die Mitgliedschaft der Aktionäre selbst handelt. Daher fließen die Schutzwertungen zu § 134 Abs. 3 AktG, die sich aus § 23 Abs. 5 AktG und Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 Aktionärsrechte-RL ergeben, auch in den § 69 Abs. 1 AktG mit ein. Die Satzung darf somit keine zwingenden Kriterien zur Person des gemeinschaftlichen Vertreters enthalten.

III. Person des Vertretenen

Der Vertreter vertritt die Erbengemeinschaft auf die speziell gesamthänderische Weise. Die Erklärung des Vertreters über die Ausübung eines Rechts

⁵² *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 566; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 174 f.

⁵³ Siehe dazu ausf. unten Kap. 4 A. IV. 3.

wirkt objektbezogen auf die kapitalgesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft, die sich auf der Kollektivebene des Nachlassvermögens befindet. Im zweiten Schritt spaltet sich diese Erklärung auf und schlägt in personaler Hinsicht auf die einzelnen Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit durch.⁵⁴

IV. Bevollmächtigung

Da die Figuren des gemeinschaftlichen Vertreters und des Vertretenen identifiziert wurden, kann nun näher auf den Prozess der Bevollmächtigung eingegangen werden.

1. Grundsätze

Der Sinn und Zweck des § 69 Abs. 1 AktG liegt darin, den Prozess der Abgabe und der Entgegennahme von wechselseitigen Erklärungen zwischen der Erbengemeinschaft und der Aktiengesellschaft so zu regeln, dass dieser nur durch eine gesonderte Person als Bindeglied möglich ist. Daher ist, was die Bevollmächtigung angeht, grundsätzlich auf das Recht der Stellvertretung nach den §§ 164 ff. BGB zurückzugreifen.⁵⁵ Die nach außen wirkende Vollmacht ist, wie § 168 BGB zeigt, streng von dem zugrundeliegenden Beauftragungsverhältnis (üblicherweise einer Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB beziehungsweise einem Auftrag nach § 662 BGB) nach innen zu trennen.⁵⁶ Es steht der Erbengemeinschaft frei, die Vollmacht des gemeinschaftlichen Vertreters als Untervollmacht⁵⁷ auszugestalten. Mithin gelten die allgemeinen Regeln zu den Rechtsscheintatbeständen im Rahmen der §§ 164 ff. BGB.⁵⁸ Damit auch die Erbenminderheit die Tätigkeit des gemeinschaftlichen Vertreters kontrollieren kann, ist die Erbenmehrheit verpflichtet, ihr gegenüber die Identität des gemeinschaftlichen

⁵⁴ Siehe oben Kap. 3 A. II.

⁵⁵ *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 164.

⁵⁶ *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 164 BGB Rn. 14 ff.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 225.

⁵⁷ Siehe dazu die Nachweise oben in Kap. 4 Fn. 33.

⁵⁸ *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 7; vgl. auch zum Fall der kaufmännisch unternehmenstragenden Erbengemeinschaft *C. Hahn*, Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, 1992, S. 129; *Hüffer*, ZGR 1986, 603, 628; *Wolf*, AcP 181 (1981), 480, 502.

Vertreters bekanntzugeben und die Umstände der Bevollmächtigung sowie eine Kontaktmöglichkeit anzugeben.⁵⁹

2. Zeitliche Beschränkbarkeit der Vollmacht

Eine Beschränkung der Vollmacht in Bezug auf ihre Dauer geht allein zu Risiken der Erbengemeinschaft und läuft in keiner Form Gefahr, die Rechtsstellung der Aktiengesellschaft zu verschlechtern. Die Vollmacht kann daher zeitlich ganz im Ermessen der Erbengemeinschaft beschränkt werden.⁶⁰

3. Gegenständliche und inhaltliche Beschränkbarkeit der Vollmacht

Die Erbengemeinschaft kann sich gegenüber dem Vertreter nach innen, innerhalb des (der Vollmacht zugrundeliegenden) Beauftragungsverhältnisses alle Arten von Weisungen und Beschränkungen vorbehalten. Unklar ist jedoch, ob die Erbengemeinschaft auch die Vollmacht gegenständlich und/oder inhaltlich mit Wirkung gegenüber der Aktiengesellschaft beschränken kann. Unter einer gegenständlichen Beschränkung ist die typisierte Begrenzung der Rechtsmacht auf einzelne, ausgewählte Aktionärsrechte zu verstehen. Als Beispiele wären etwa die Beschränkung auf die Ausübung des Stimmrechts oder das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung zu nennen. Inhaltliche Beschränkungen betreffen dagegen die Art der Ausübung des einzelnen Rechts im Einzelfall. Typisch hierfür ist etwa die Vorgabe, dass der Vertreter vor der Ausübung eines Aktionärsrechts eine Anordnung seitens der Erbengemeinschaft einholen muss oder bestimmte Rechte nur einer jeweiligen Weisung entsprechend ausüben

⁵⁹ Relevant ist dies auch für den Fall, dass die Erbenminderheit dem gemeinschaftlichen Vertreter Weisungen zur Ausübung des Auskunftsrechts nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG erteilen möchte, siehe dazu unten Kap. 4 E. III. 1. a) bb).

⁶⁰ *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 564; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 4; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 69 AktG Rn. 4; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 167.

kann.⁶¹ Das Meinungsbild zu dieser Frage ist tief gespalten.⁶² Es lassen sich drei Linien identifizieren.

a) *Absolute Beschränkbarkeit*

Vielfach wird eine vollständige, gegenständliche und inhaltliche Beschränkbarkeit der Vollmacht im Verhältnis zur Aktiengesellschaft bejaht.⁶³ Demnach gälten schlicht die Regeln des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Begründung orientiert sich am Vergleich zum Alleinaktionär. Es sei nicht erkennbar, warum eine Rechtsgemeinschaft, was die Bevollmächtigungsbefugnisse angeht, schlechter stehen solle als eine natürliche Person. Ohnehin sei für die Ausübung des Stimmrechts durch einen Vertreter nach § 134 Abs. 3 S. 3 AktG die Vorlage eines entsprechenden Bevollmächtigungsnachweises erforderlich. In die Vollmachtsurkunde könnten Weisungen betreffend die Stimmrechtsausübung ohne weiteres aufgenommen werden. Die Aktiengesellschaft habe also auch so genug Rechtssicherheit, sodass es eines gesetzlich bestimmten Umfangs der Vollmacht nicht bedürfe.⁶⁴

b) *Inhaltliche Unbeschränkbarkeit*

Andere sind der Auffassung, dass die Erbengemeinschaft die Bevollmächtigung des gemeinschaftlichen Vertreters im Verhältnis zur Aktiengesellschaft zwar in der Tat gegenständlich, nicht aber inhaltlich beschränken könne. Die Wirkung entsprechender Weisungen und Weisungsvorbehalte sei auf das der Vollmacht zugrundeliegende Beauftragungsverhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und dem gemeinschaftlichen Vertreter

⁶¹ Vgl. J. Koch, in: ders., § 69 AktG Rn. 4.

⁶² Die Kontroverse bestand ursprünglich bereits in den 1930er-Jahren, siehe einerseits Flechtheim, in: Düringer/Hachenburg, § 225 HGB a. F. Rn. 7; andererseits Ritter, in: ders., § 63 AktG a. F. Rn. 1 d.

⁶³ T. Bezenberger, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 8; Cahn, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 17; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 7; Ritter, in: ders., § 63 AktG a. F. Anm. 1. D); Wieneke, in: Bürgers/Körber, § 69 AktG Rn. 6; vgl. auch zum gemeinschaftlich bestellten Vertreter im Rahmen des § 18 Abs. 1 GmbHG Eichmanns, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 139.

⁶⁴ Cahn, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 17.

beschränkt. Eine Ausnahme bei der Vollmacht mit Wirkung gegenüber der Aktiengesellschaft sei nur unter dem allgemein zivilrechtlichen Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht denkbar.⁶⁵

c) Gegenständliche und inhaltliche Unbeschränkbarkeit

Die dritte Linie geht davon aus, dass die Vollmacht im Verhältnis zur Aktiengesellschaft weder gegenständlich noch inhaltlich beschränkt werden könne.⁶⁶ Erstens ergebe sich dies aus dem Wortlaut des § 69 Abs. 1 AktG. Mit den Rechten aus der Aktie seien alle Rechte als Bündel gemeint, sodass es keinerlei drittwirksame Einschränkungen in Bezug auf die Rechtsmacht geben dürfe.⁶⁷ Als zweites werden Praktikabilitätserwägungen ins Feld geführt. Es sei schlicht einfacher und sicherer für die Aktiengesellschaft, wenn sie sich automatisch kraft Gesetzes darauf verlassen könne, dass ein gemeinschaftlicher Vertreter stets ein jedes Recht auf jede ihm beliebige Weise wahrnehmen könne. Dies entspreche dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Aktiengesellschaft aus internen Konflikten der Rechtsgemeinschaft herauszuhalten.⁶⁸ Drittens wird darauf hingewiesen, dass die äußere Systematik des § 69 AktG für eine solche Unbeschränkbarkeit der Vollmacht spreche. Denn der gemeinschaftliche Vertreter sei von § 69 Abs. 3 S. 1 AktG pauschal als Adressat jeglicher Willenserklärung der Aktiengesellschaft vorgesehen. Umgekehrt müsse er dann auch gegenständlich und

⁶⁵ *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 10; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 24; *Schörnig*, Die obligatorische Gruppenvertretung, 2001, S. 230.

⁶⁶ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 21; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 564; *Flechtheim*, in: Düringer/Hachenburg, § 225 HGB a. F. Anm. 7; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 69 AktG Rn. 31 f.; *G. Hueck*, in: Baumbach/A. Hueck, § 69 AktG Rn. 3; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 4; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 4; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 69 AktG Rn. 14; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 168 ff.

⁶⁷ *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 4; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 4; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39.

⁶⁸ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 21; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 564; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39.

inhaltlich unbeschränkt zur Rechtsausübung im Außenverhältnis befugt sein.⁶⁹

d) Stellungnahme

aa) Auslegung nach dem Wortlaut

§ 69 Abs. 1 AktG spricht davon, dass die Berechtigten „die Rechte aus der Aktie“ nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben können. Einerseits impliziert die Satzkonstruktion „die Rechte“ mit definitivem Artikel eine Zusammenfassung aller Rechte quasi als Rechtspaket. Der Ausdruck wäre demnach synonym zu „die Gesamtheit aller Rechte aus der Aktie“ zu verstehen.⁷⁰ Das spräche in der Tat für eine gegenständliche und inhaltliche Unbeschränkbarkeit. Mit dem Begriff des gemeinschaftlichen Vertreters wäre dann eine Art gemeinschaftlicher Generalbevollmächtigter umschrieben. Andererseits ließe sich diese Formulierung auch durch einen möglichen Wunsch des Gesetzgebers nach grammatikalischer Ästhetik erklären.⁷¹ Unterstellt man, dass er ausdrücklich eine allgemeine Beschränkbarkeit der Vollmacht vorsehen wollte, so existiert kaum eine Alternative, die nicht sprachlich gekünstelt wirkt. Denkbar wäre zwar die Formulierung „einzelne Rechte aus der Aktie“. Die geltende Formulierung „die Rechte aus der Aktie“ kann aber sowohl das eine wie auch das andere meinen. Aus dem Wortlaut lässt sich somit kein zwingender Schluss ableiten.

bb) Systematische Auslegung

Der Verweis auf den äußeren systematischen Zusammenhang von § 69 Abs. 1 und Abs. 3 AktG stößt auf Bedenken. Zwar konstituiert § 69 Abs. 3 AktG in der Tat eine gesetzlich bestimmte Reichweite der Vertretungsmacht des gemeinschaftlichen Vertreters. Diese bezieht sich jedoch nur auf den Bereich der Empfangsvertretung im Sinne des § 164 Abs. 3 BGB.

⁶⁹ Hefermehl/Bungeroth, in: Gefler/Hefermehl et al., § 69 AktG 31; Merkt, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39.

⁷⁰ So wohl: J. Koch, in: ders., § 69 AktG Rn. 4; B. Mayer/Albrecht v. Kolke, in: W. Hölter/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 4; Merkt, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39.

⁷¹ Ein Ziel, das man dem bundesdeutschen Gesetzgeber des einundzwanzigsten Jahrhunderts mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht unterstellen kann.

Davon streng zu trennen ist die Frage nach der Erklärungsvertretung im Sinne des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Ein eigenes systematisches Argument lässt sich aus § 69 Abs. 3 AktG daher nicht ableiten.⁷²

Kann ein Vergleich mit der Systematik des allgemein bürgerlich-rechtlichen Vertreterbegriffs weiterhelfen? Grundsätzlich ist jede Vollmacht im Sinne des § 167 BGB inhaltlich beschränkbar. Ihr Inhalt ist durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.⁷³ Das Gesetz sieht dazu Ausnahmen vor, so etwa die Prokura nach den §§ 48 ff. HGB, die Handlungsvollmacht nach den §§ 54 ff. HGB und in gewissem Maße⁷⁴ die Prozessvollmacht nach den §§ 80 ff. ZPO (beziehungsweise die Verfahrensvollmacht nach § 11 FamFG). Diese Formen der Vertretungsmacht werden privatautonom begründet, haben aber einen gesetzlich bestimmten Umfang.⁷⁵ Indes sind diese besonderen Ausgestaltungen im Gesetz auch stets explizit als solche gekennzeichnet. § 49 Abs. 1 HGB, § 54 Abs. 1 HGB und im Sonderbereich der Prozessvollmacht auch § 83 Abs. 1 ZPO und § 11 S. 5 FamFG i. V. m. § 83 Abs. 1 ZPO haben allesamt gemeinsam, dass sie ausdrücklich und unmissverständlich auf den besonderen gesetzlichen Umfang beziehungsweise auf die entsprechende Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht hinweisen. § 69 Abs. 1 AktG tut dies nicht. Dort findet sich kein Hinweis darauf, dass von den Regeln des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs abzuweichen sei. Der einzige Begriff, der sich als

⁷² Die grundsätzliche Trennung und wechselseitige Unabhängigkeit von Erklärungs- und Empfangsvertretung hatte auch der historische Gesetzgeber des BGB klar vor Augen, siehe *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 477 (= Mot. BGB I, S. 225 f.); vgl. auch die deutliche Unterscheidung von aktiver und passiver Vertretungsmacht beim BGH, Urteil vom 28.11.2001 – VIII ZR 38/01, NJW 2002, 1041.

⁷³ *Mansel*, in: Jauernig, § 167 BGB Rn. 2 f.; *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 167 BGB Rn. 57.

⁷⁴ Die Prozessvollmacht stellt kein materiell-rechtliches Rechtsgeschäft, sondern eine Prozesshandlung dar. Die §§ 78 ff. ZPO sind insofern Sonderrecht der Prozessvertretung. Die §§ 164 ff. BGB sind nur heranzuziehen, wenn die ZPO auf sie verweist oder allgemeine Rechtsgedanken der Stellvertretung zum Ausdruck kommen. Allerdings handelt es sich bei der hier relevanten Abgrenzung von privatautonomer Erteilung einerseits und der Bestimmung des Umfangs der Rechtsmacht andererseits exakt um einen solchen allgemeinen Rechtsgedanken, der nicht nur in den §§ 164 ff. BGB, sondern auch in den §§ 80 ff. ZPO enthalten ist, siehe *Toussaint*, in: MünchKomm. ZPO, § 80 ZPO Rn. 3, 5; *Weth*, in: Musielak/Voit, § 80 ZPO Rn. 5 f.

⁷⁵ *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 167 BGB Rn. 59 f.

Hinweis auf eine Abweichung zum Grundsatz der Privatautonomie bei der Vollmachterteilung verstehen ließe, wäre der der Gemeinschaftlichkeit des Vertreters. Dass dieser Ausdruck aber zweckmäßigerweise allein die äußere Einheitlichkeit der Rechtsgemeinschaft gegenüber der Aktiengesellschaft herstellen soll, wurde bereits gezeigt.⁷⁶ Rechnet man die gegenständliche und inhaltliche Beschränkbarkeit der Vollmacht im Außenverhältnis zum Wesen des Vertreterbegriffs, so könnte dies dafürsprechen, den gemeinschaftlichen Vertreter in § 69 Abs. 1 AktG im Zweifel nach den Regeln des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu behandeln. Bei dieser Form der Auslegung würde es sich jedoch um den Versuch handeln, aus einer Bezeichnungsparallele zwischen dem Vertreterbegriff in § 69 Abs. 1 AktG einerseits und dem semantischen Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 167 BGB und §§ 48 ff. HGB, §§ 54 ff. HGB und §§ 81 ff. ZPO andererseits ein systematisches Argument zu konstruieren. Damit aber ginge man davon aus, dass sich der Begriff des gemeinschaftlichen Vertreters in § 69 Abs. 1 AktG eben allein wegen der Bezeichnung „Vertreter“ ausnahmslos nach den Regeln des § 167 BGB richten müsse. Demnach würde sich der Zweck eines Begriffs nach seiner Bezeichnung richten. Tatsächlich ist es jedoch genau umgekehrt: Nur wenn der Sinn und Zweck des § 69 Abs. 1 AktG eine solche Bindung an die Regeln des § 167 BGB in dieser speziellen Frage erlaubt, wird der Begriff des Vertreters in § 69 Abs. 1 AktG auch parallel zu § 167 BGB ausgelegt. Die Parallelbedeutung von gleichlautenden Begriffen ist kein systematisches Auslegungsmittel, sondern erst die Folge einer sich an Sinn und Zweck orientierenden Auslegung. Mithin liegt das Wesen des allgemein bürgerlich-rechtlichen Vertreterbegriffs im Kern nicht in einer inhaltlichen Unbeschränkbarkeit der Vollmacht, sondern darin, dass überhaupt die Willenserklärung einer Person A für und gegen eine andere Person B gilt.⁷⁷ Deshalb erscheint es immerhin grundsätzlich

⁷⁶ Siehe oben Kap. 2 F. II. 1.

⁷⁷ Denn das gemeine Recht scheint in dieser Fiktion einerseits und dem Unterschied zwischen dem Vertreter und dem Boten andererseits wohl die zentralen Unterschiede zu vorherigen Rechtsordnungen insbesondere dem römischen Recht, das keine Stellvertretung im heutigen Sinne kannte, gesehen zu haben, vgl. *Buchka*, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, 1852, S. 236 f. und passim m. w. N.; *P. Krebs*, in: MünchKomm. HGB, Vor § 48 HGB Rn. 4 ff.; *Laband*, ZHR 10 (1866), 183, 188; siehe auch *Schärtl*, in: BeckOGK HGB, § 48 HGB (Stand: 01.09.2019) Rn. 88; *Schilken*,

möglich, den Vertreterbegriff in § 69 Abs. 1 AktG enger zu fassen als den des § 167 BGB, ohne ihn von dessen Wesensgehalt abzukoppeln.

cc) Historische Auslegung

In Bezug auf die historische Auslegung ist zwischen verschiedenen Argumentationssträngen zu unterscheiden. Da wäre erstens die Rolle des Gesetzgebers in Bezug auf die grammatikalische Formulierung. Da er den Regelungsinhalt des § 225 Abs. 1 HGB a. F. wohl gar nicht zu den wesentlichen Neuerungen zu zählen schien und sich wenig bis keine Gedanken um dessen Auslegung im Einzelnen machte,⁷⁸ lässt sich die in grammatikalischer Hinsicht mehrdeutige Formulierung wohl mit einem rein sprachästhetischen Motiv erklären. Zweitens ist die konkrete Zwecksetzungsidee des historischen Gesetzgebers zu berücksichtigen. Er verfolgte mit der Schaffung des § 225 Abs. 1 HGB a. F. den Zweck, die Stellung der Aktiengesellschaft vor einer Erschwerung aufgrund der Existenz einer Rechtsgemeinschaft zu bewahren. Diese Formel hat er indes nicht weiter präzisiert.⁷⁹ Ein historisches Indiz zur Ermittlung des konkreten, verobjektivierten Sinn und Zwecks des § 225 Abs. 1 HGB a. F. in Bezug auf die gegenständliche und inhaltliche Beschränkbarkeit lässt sich daher nicht erkennen. Was nun drittens die systematisch generelle Parallelisierung angeht, so ist bei der historischen Auslegung zu berücksichtigen, dass das Handelsgesetzbuch von 1897, in dem die Norm erstmalig auftauchte, parallel zum Bürgerlichen Gesetzbuch entwickelt und ganz gezielt auf dieses ausgerichtet wurde.⁸⁰ Es trifft zwar zu, dass der historische Gesetzgeber wohl nicht konkret bei der Vorschrift des § 225 Abs. 1 HGB a. F. an das Bürgerliche Gesetzbuch gedacht hat; jedenfalls enthalten die Materialien zum Handelsgesetzbuch dazu keinen Hinweis. Wenn man nun aber unterstellt, dass ein wesentliches, allgemeines Motiv bei dem Entwurf des Handelsgesetzbuchs die Angleichung an die Prinzipien, Wertungen und Strukturen des parallel im Entstehen befindlichen Bürgerlichen Gesetzbuchs war, so lässt sich

in: v. Staudinger, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 3 ff.; *Schmoeckel*, in: HKK BGB, §§ 164–181 BGB Rn. 3.

⁷⁸ Siehe oben Kap. 2 Fn. 120.

⁷⁹ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 F. II. 1. c) cc).

⁸⁰ *W. Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II 2, 1988, S. 949 (= Denkschr. HGB, S. 1).

durchaus der Schluss ableiten, dass der Vertreterbegriff in § 225 Abs. 1 HGB a. F. deckungsgleich mit dem der §§ 164 ff. BGB sein sollte. Denn der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs setzte den Grundsatz der gegenständlichen und inhaltlichen Beschränkbarkeit der Vollmacht als wesentlichen Eckpunkt voraus:

„Der Umfang einer Vollmacht bestimmt sich nach dem vom Vollmachtgeber ihr gegebenen Inhalte.“⁸¹

Es existiert somit zwar kein konkret auf § 225 Abs. 1 HGB a. F. bezogenes wohl aber ein abstrahiertes, historisch-systematisches Argument, nach dem sich das Vertreterkonzept im Handelsgesetzbuch grundsätzlich akzessorisch zu dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs verhalten sollte. Hierfür spricht insbesondere der Umstand, dass das Handelsgesetzbuch sich zwar in Art. 2 Abs. 1 EGHGB ausdrücklich darauf berief beziehungsweise beruft, dass seine Vorschriften denen des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Spezialgesetz voranzugehen hätten.⁸² Gleichzeitig lässt sich jedoch festhalten, dass sich die kaufmännischen Vollmachten dogmatisch an das Konzept der allgemein bürgerlich-rechtlichen Stellvertretung anschließen,⁸³ was sich daran zeigt, dass der HGB-Gesetzgeber den Art. 298 ADHGB nicht übernahm, sondern von der Anwendbarkeit der Vollmachtregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausging.⁸⁴ Entwickelt man diese Betrachtung weiter, so stellt sich die Frage nach dem Vollmachtkonzept des historischen Gesetzgebers des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Vorstellung der Ersten Kommission zur Bevollmächtigung im Sinne einer umfassenden Rechtsmacht ging dahin, dass gerade in diesen Fällen vom Geschäftsherrn billigerweise erwartet werden könne, dass er sich genau vorsehen solle, zu was er den Vertreter bevollmächtige:

„Es sind dies Fälle, in welchen das Interesse des Vollmachtgebers diesen selbst nöthigt, keinen Zweifel darüber zu lassen, wie weit die Machtbefugnisse des Bevollmächtigten reichen sollen. Beruft Jemand einen solchen allgemeinen Vertreter, so hat er sich vorzusehen, und es kann billigerweise von ihm verlangt werden, daß er das Erforderliche

⁸¹ *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 479 (= Mot. BGB I, S. 230).

⁸² Siehe *P. Krebs*, in: MünchKomm. HGB, Vor § 48 HGB Rn. 1.

⁸³ *Schärfl*, in: BeckOGK HGB, § 48 HGB (Stand: 01.09.2019) Rn. 93.

⁸⁴ *P. Krebs*, in: MünchKomm. HGB, Vor § 48 HGB Rn. 11.

vorkehrt, wenn er den Abschluß einzelner Rechtsgeschäfte dem Vertreter nicht gestatten will.“⁸⁵

Dies deutet darauf hin, dass es nach dem verobjektivierten Willen des Gesetzgebers privatautonome Sache und damit eben Chance wie Risiko des Geschäftsherrn sein sollte, den Umfang der Vollmacht in seinem Ermessen inhaltlich festzulegen. Die Erwägungen des Gesetzgebers in zweiter Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs verstärken diesen Eindruck. Der dort zur Frage gestellte Antrag VI a lautete:

„Als § 144a aufzunehmen:

„Ist Jemand ermächtigt, einen Anderen insoweit zu vertreten, als es zur ordnungsmäßigen Besorgung einer Angelegenheit des Anderen erforderlich ist, so gilt ein Rechtsgeschäft, das der Vertreter einem Dritten gegenüber vornimmt, zu Gunsten des Dritten als innerhalb der Vertretungsmacht vorgenommen, es sei denn, daß der Dritte weiß oder wissen muß, daß das Rechtsgeschäft nicht zum Zwecke der ordnungsmäßigen Besorgung der Angelegenheit vorgenommen wird.“⁸⁶

Begründet wurde dieser Antrag wie folgt:

„Die vorgeschlagene Bestimmung sei jedenfalls in der Beschränkung auf die gesetzliche Vertretungsmacht im Interesse des Verkehrs unentbehrlich. Wenn das Gesetz eine Vertretungsmacht anordne, so müsse klargestellt werden, in welchem Sinne dies zu verstehen sei. Die Klarstellung müsse in dem Sinne erfolgen, daß, wenn der Gesetzgeber die Wahrnehmung von Rechten eines Anderen dem pflichtmäßigen Ermessen eines Vertreters überlassen habe, der Dritte sich auf die von dem Berufenen getroffene Entscheidung müsse verlassen dürfen. Aehnlich liege das Verhältniß aber auch bei der rechtsgeschäftlichen Vollmacht. Wenn der Machtgeber den Bevollmächtigten ermächtigt habe, insoweit ihn zu vertreten, als es zur ordnungsmäßigen Besorgung einer Angelegenheit erforderlich sei, so müsse der Dritte, der mit dem Bevollmächtigten in rechtliche Beziehungen trete, zu der Annahme befugt sein, daß die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsakte zweckmäßig seien und als solche innerhalb des Rahmens der Vertretungsmacht fielen, es sei denn, daß das Gegentheil sich aus den Umständen des Falles ergebe.“⁸⁷

Diese Ansicht hat sich in der Zweiten Kommission nicht durchgesetzt:

„Von mehreren Seiten wurde der Antrag, soweit er auch die rechtsgeschäftlichen Vollmachten einbezieht, bekämpft. Der Inhalt der rechtsgeschäftlichen Vollmacht bestimme sich, so wurde eingewandt, nach dem zu ermittelnden Willen des Vollmachtgebers; es

⁸⁵ *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 481 (= Mot. BGB I, S. 232).

⁸⁶ *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 746 (= Prot. BGB VI, S. 136).

⁸⁷ *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 746 f. (= Prot. BGB VI, S. 137).

gehe nicht an, den gutgläubigen Dritten durch eine generelle Vorschrift in dem Umfange zu schützen, wie es der Antrag vorschläge, man müsse auch auf das Interesse des Vertretenen Rücksicht nehmen. [...] Die Mehrheit lehnte den zu a gestellten Eventualantrag ab, worauf der Hauptantrag a, sowie der Antrag b zurückgezogen wurde.“⁸⁸

Dies ist ein deutlicher Hinweis auf die privatautonome Grundausrichtung der Stellvertretung. Die Kodifikation eines pauschalen, gesetzlichen Ordnungsmäßigkeitsmaßstabs hätte eine gesetzgeberische Vorstellung an die des Geschäftsherrn gesetzt oder diese zumindest überlagert. Die Freiheit und eben auch die Eigenverantwortung des Individuums wäre damit auf den Staat abgewälzt worden, was nicht der Grundausrichtung des Gesetzes entsprochen hätte. Nun lässt sich aus den Protokollen zwar auch ersehen, dass das Auslegungsergebnis eines abstrakt-inhaltlich festgeschriebenen Maßstabs der Vollmacht nicht *per se* ausgeschlossen ist:

„Lasse sich der Gedanke des Antrages nicht bis in alle Konsequenzen durchführen, so gehe es andererseits nicht an, ihm für ein beschränktes Gebiet im Gesetze Ausdruck zu verleihen. Es müsse der Wissenschaft und der Praxis überlassen bleiben, im Wege der Auslegung je nach Lage des Verhältnisses event, zu dem Ergebnisse zu gelangen, welches der Antrag anstrebe. Diese Freiheit der Auslegung würde behindert werden, wenn man für eine beschränkte Anzahl von Fällen im Gesetze eine Entscheidung treffe, da ein solches Vorgehen für die übrigen nicht entschiedenen Fälle Anlaß zu einem möglicherweise unzutreffenden arg. e contrario geben könnte.“⁸⁹

Gleichwohl zeigt die gedankliche Grundrichtung klar auf, dass der Gesetzgeber sich mit definit bestimmten Vollmachtumfängen zurückhalten und diese Aufgabe vielmehr dem Geschäftsherrn zuweisen wollte. Zudem ist zu beachten, dass der HGB-Gesetzgeber von 1897 die Prokura und die Handlungsvollmacht bereits seit Jahrzehnten aus dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch kannte.⁹⁰ Es leuchtet deshalb nicht ein, weshalb er diese Formen der Vollmacht weiterhin so ausdrücklich als Ausnahmen kennzeichnen würde, nur um das bei § 225 Abs. 1 HGB a. F. dann nicht zu tun. In diesem Gedanken der Betonung der privatautonomen Verantwortung des Geschäftsherrn für den Umfang der Vollmacht ist wohl auch die Erklärung dafür zu finden, warum die Vollmachten mit gesetzlich bestimmtem

⁸⁸ *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 747 (= Prot. BGB VI, S. 137).

⁸⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 747 (= Prot. BGB VI, S. 138).

⁹⁰ Die Prokura und die Handlungsvollmacht waren bereits ausdrücklich in den Art. 41 ff. des ADHGB von 1861 geregelt, siehe v. *Hahn*, in: ders., Vor Art. 41 ADHGB Rn. 11; *P. Krebs*, in: MünchKomm. HGB, Vor § 48 HGB Rn. 8 ff.

Umfang in den §§ 48 ff. HGB, §§ 54 ff. HGB und §§ 81 ff. ZPO weiterhin entsprechend deutlich als solche im Wortlaut des Gesetzes gekennzeichnet sind. Berücksichtigt man noch den Ursprung des Rechtsinstituts der Vollmacht selbst, so erscheint diese Einordnung nur umso plausibler. Prägend scheint in dieser Hinsicht die Veröffentlichung *Labands* aus dem Jahr 1866 gewesen zu sein, der anhand des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs herausarbeitete, dass das zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter bestehende Beauftragungsverhältnis einerseits und die Vollmacht andererseits zwei rechtlich selbstständige und voneinander grundsätzlich unabhängige Phänomene darstellen.⁹¹ Wenn man diese Feststellung einmal trifft, so stellt sich die Frage, welche Grundregel dann für den Umfang der Vollmachterteilung als neuem Rechtsphänomen gelten soll. Darauf wurde seinerzeit die Antwort gegeben, dass diejenigen Vollmachten, für die das Gesetz keinen präsumtiven Umfang aufstelle, in ihrem Umfang lediglich auf der nach den gewöhnlichen Interpretationsregeln zu beurteilenden Willenserklärung des Geschäftsherrn beruhten.⁹² Demnach scheint der Gedanke dieses allgemeinen Wertungsvorrangs der Privatautonomie dreißig Jahre später vom historischen Gesetzgeber in Bezug auf das Handelsgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch geradezu selbstverständlich als das Ergebnis einer jahrzehntelangen Rechtsentwicklung vorausgesetzt worden zu sein.

Die historische Auslegung spricht daher im Wege einer abstrahierten Gesamtbetrachtung des Handelsgesetzbuchs und des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie der bei ihrer Entstehung vorausgesetzten Prinzipien für eine inhaltliche Beschränkbarkeit der Vollmacht.

dd) Auslegung nach dem Sinn und Zweck

Es bleibt die Frage nach dem konkreten, verobjektivierten Sinn und Zweck der Norm. § 69 Abs. 1 AktG bezweckt den Schutz der Aktiengesellschaft. Daher bedarf es der Klärung, ob sich für ihre Rechtsstellung Erschwernisse

⁹¹ *Laband*, ZHR 10 (1866), 183, 206 ff.; vgl. auch *Schilken*, in: v. Staudinger, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 12; der historische Gesetzgeber des BGB machte sich diese Unterscheidung ausdrücklich zueigen, siehe *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 478 f. (= Mot. BGB I, S. 228 f.).

⁹² *Laband*, ZHR 10 (1866), 183, 223.

ergeben, wenn die Vollmacht gegenständlich und inhaltlich im Außenverhältnis beschränkt werden kann.

In Bezug auf den Sinn und Zweck hinter § 69 Abs. 3 S. 1 AktG ist festzuhalten, dass eine Erklärungsbevollmächtigung in der Tat regelmäßig auch die Vollmacht zum Empfang umfassen mag.⁹³ Umgekehrt ist das jedoch nicht der Fall. Denn die Aktivvertretung nimmt für den Geschäftsherrn grundsätzlich in deutlich stärkerem Maße Einfluss auf den Rechtsverkehr, als es die Passivvertretung tut. Das Prinzip der Privatautonomie wirkt hier zu schwer, als dass sich daraus zur Frage etwas ableiten ließe.

Die Besonderheit beim gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG liegt nicht in der Vertretung als solcher, sondern in der Frage, wie genau seine Willenserklärungen für die Erbengemeinschaft als aus Sicht der Gesellschaft schwer zu erfassendem und dogmatisch atypischem Phänomen wirken. Dies betrifft nicht die Rechtsstellung des Vertreters im Verhältnis zur Aktiengesellschaft, sondern seine Stellung im Verhältnis zur Erbengemeinschaft. Da der gemeinschaftliche Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG eine einzelne Mitgliedschaft vertritt, kann davon ausgegangen werden, dass er in Bezug auf sein Verhältnis zur Aktiengesellschaft und auf seine Rolle in der Hauptversammlung mit dem Stimmrechtsvertreter nach § 134 Abs. 3 S. 1 AktG gleichgesetzt werden kann.⁹⁴ Zu diesem betont die herrschende Meinung, dass Weisungen von Seiten des Aktionärs nur das der Vertretung zugrundeliegende Rechtsverhältnis, nicht jedoch die Wirksamkeit der Vollmacht und mithin der Stimmabgabe betreffen.⁹⁵ Die Vollmacht könne auf einzelne Abstimmungen beschränkt werden.⁹⁶ Der Aktionär, der an der Hauptversammlung selbst nicht teilnehme, wolle sich indes bei verständiger Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB keiner Rechte begeben, sondern alle in der Hauptversammlung wahrzunehmenden Rechte durch seinen Bevollmächtigten ausüben lassen. Nicht anders sei die

⁹³ C. Schubert, in: MünchKomm. BGB, § 164 BGB Rn. 259.

⁹⁴ A. A. wohl Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 168 f.

⁹⁵ Arnold, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 51 f.; Grundmann, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 134 AktG Rn. 117; Kiefner/Friebel, NZG 2011, 887, 889; Noack, NZG 2001, 1057, 1062; vgl. auch Henssler, ZHR 157 (1993), 91, 97.

⁹⁶ Herrler, in: Grigoleit, § 134 AktG Rn. 26; J. Koch, in: ders., § 134 AktG Rn. 22; Rieckers, in: Spindler/Stilz, § 134 AktG Rn. 70.

Bevollmächtigung zu verstehen.⁹⁷ Dafür spricht auch der Umstand, dass die Differenzierung in der Literatur zwischen General- und Spezialvollmacht nicht nach dem Rechtheumfang pro Hauptversammlung, sondern nach der Zahl der Hauptversammlungen zu unterscheiden scheint.⁹⁸ Damit ist allerdings nur die Frage geklärt, wie eine Stimmrechtsbevollmächtigung üblicherweise in Bezug auf die übrigen Mitgliedschaftsrechte auszulegen sei, nicht aber, ob sich die Vollmacht grundsätzlich auch beschränken lässt. Aus Art. 10 Abs. 4 UAbs. 1 Aktionärsrechte-RL lässt sich im Wege der richtlinienkonformen Auslegung nichts Relevantes ableiten, denn dieser schreibt nur vor, dass der Vertreter verpflichtet ist, entsprechend der Anweisungen des Aktionärs, der ihn bestellt hat, abzustimmen. Dies aber betrifft bei verständiger Würdigung nur das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter⁹⁹ nicht aber die Frage nach gesetzlichen Vorgaben bezüglich der gegenständlichen und inhaltlichen Reichweite der Vollmacht. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass sich § 134 Abs. 3 AktG explizit nur auf die Stimmrechtsvertretung bezieht.¹⁰⁰ Das Amtsgericht Nürtingen stellte folgerichtig im Jahr 1993 implizit fest, dass die Stimmrechtsvertretung bei verständiger Würdigung der Vorschrift nur die Bevollmächtigung zur Teilnahme und zur Ausübung des Stimmrechts erfordere. Alle weiteren Einzelbevollmächtigungen wie etwa die zur Stellung eines Antrags auf Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 147 Abs. 2 S. 1 AktG unterfielen nicht der Stimmrechtsvertretung nach § 134

⁹⁷ LG Köln, Beschluss vom 02.04.1990 – 91 O 132/89, AG 1991, 38; *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 60; a. A. *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 86; zur Frage des Bezugsrechts nach § 186 AktG auch KG, Urteil vom 04.11.2005 – 14 U 21/04, AG 2006, 201 f.: „Wer eine Vertretungsvollmacht in deutlichem Zusammenhang mit einer bevorstehenden Hauptversammlung erteilt, ermächtigt nicht auch zugleich zur Ausübung von dort etwa beschlossenen Bezugsrechten, die erheblich weitere finanzielle Verpflichtungen nach sich ziehen können“.

⁹⁸ So *Grundmann*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 134 AktG Rn. 108.

⁹⁹ Vgl. *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 72; *Ratschow*, DSStR 2007, 1402, 1406.

¹⁰⁰ Vgl. *Henssler*, ZHR 157 (1993), 91, 95; a. A. *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 166, die die Rechtsfolge des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG auf sämtliche Aktionärsrechte in der Hauptversammlung erstrecken und nur für den Fall der Zeichnung neuer Aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung gemäß § 185 Abs. 1 S. 1 AktG eine Ausnahme machen möchte.

Abs. 3 S. 1 AktG und damit auch nicht dem Schriftformerfordernis¹⁰¹ nach § 134 Abs. 3 S. 2 AktG a. F. Für diese Bevollmächtigungen seien vielmehr die allgemein bürgerlich-rechtlichen Regeln einschlägig, sodass hierfür Formfreiheit nach § 167 Abs. 2 BGB herrsche.¹⁰² Dem ist beizupflichten. Aus dem Umstand, dass § 134 Abs. 3 AktG – vorbehaltlich der Regelung des § 135 AktG zu geschäftsmäßigen Stimmrechtsvertretern – die einzige Regelung zur Aktionärsvertretung darstellt und sich der Wortlaut der Vorschrift nur auf das Stimmrecht bezieht, ist davon auszugehen, dass das Stimmrecht in Kombination mit dem ihm kraft Natur der Sache zwingend vorausgehenden Teilnahmerecht¹⁰³ den Wesenskern der Aktionärsvertretung darstellt. Bezüglich dieser beiden Mitgliedschaftsrechte ist daher davon auszugehen, dass die Vollmacht des Aktionärsvertreters im Rahmen einer einzelnen Hauptversammlung in der Tat weder gegenständig noch inhaltlich mit Wirkung gegenüber Dritten werden kann.¹⁰⁴ Wenn aber bezüglich aller anderen Mitgliedschaftsrechte die allgemein bürgerlich-rechtlichen Regeln Anwendung finden, dann muss es dem Aktionär freistehen, den Umfang der Vollmacht diesbezüglich nach Belieben inhaltlich und gegenständig auszugestalten und zu beschränken.¹⁰⁵ Die Einschätzung, dass Art. 10 Aktionärsrechte-RL Vorgaben dazu mache, dass die als Stimmrechtsvertreter bezeichnete Person in der Hauptversammlung auch die anderen Aktionärsrechte wahrnehme und der Umfang der Vertretungsmacht nicht auf das Stimmrecht beschränkt sei,¹⁰⁶ ist demnach so zu verstehen,

¹⁰¹ Durch das ARUG ist seit dem 01.09.2009 in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG in Übereinstimmung mit Art. 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Aktionärsrechte-RL nur noch die Textform im Sinne des § 126b BGB vorgeschrieben, siehe *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 53.

¹⁰² AG Nürtingen, Beschluss vom 14.10.1993 – G. Reg. I 1160/93, ZIP 1994, 785, 787; das Berufungsurteil enthielt keine Passagen zu dieser Frage, siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 01.12.1994 – 13 U 46/93, ZIP 1995, 378 ff.; der BGH hat die Revision nicht zur Entscheidung angenommen (II ZR 1/95, ZIP 1996, 1987); zust. *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 61; *Kollbach*, EWiR 1994, 835, 836.

¹⁰³ *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 85.

¹⁰⁴ So wohl auch *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 86.

¹⁰⁵ So wohl auch *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, § 134 AktG Rn. 83; *Tröger*, in: KölnerKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 186.

¹⁰⁶ *Ratschow*, DSrR 2007, 1402, 1405.

dass es der Aktiengesellschaft untersagt ist, dem Aktionär entsprechende Vorgaben für die Vertretung zu machen. Es wäre indes sinnwidrig, wenn die Richtlinie umgekehrt dem Aktionär untersagen würde, seine Vollmacht (außerhalb des Stimmrechts) gegenständlich und inhaltlich zu beschränken. Das Aktiengesetz ist damit, was die Stellvertretung in § 167 BGB angeht, darauf angelegt, dass die Aktiengesellschaft beziehungsweise der Hauptversammlungleiter den inhaltlichen und gegenständlichen Umfang von Vollmachten, die nicht das Stimmrecht betreffen, prinzipiell zu prüfen hat. Deshalb ist die Notwendigkeit für die Gesellschaft, die Vollmachtsurkunde jedes Mal auf ihre Reichweite und Wirksamkeit zu prüfen, die von den Gegnern einer inhaltlichen Beschränkbarkeit der Vollmacht gegenüber Dritten als Argument ins Feld geführt wird,¹⁰⁷ kein spezielles Argument in Bezug auf § 69 Abs. 1 AktG. Denn dies gilt aufgrund der Regelungen des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG beziehungsweise des § 174 S. 1 BGB¹⁰⁸ ebenso für den regulären Aktionärsvertreter. Der Versuch, der Aktiengesellschaft dieses Maß an Eigenverantwortung durch eine Einschränkung der Beschränkungsbefugnis der Erbengemeinschaft in Bezug auf die Vollmacht abzunehmen, lässt sich nicht hinreichend rechtfertigen. Denn es verhält sich gerade nicht so, dass sich Nachweise dafür finden lassen müssten, warum eine einheitliche Vertretungszuständigkeit aufgespalten werden solle.¹⁰⁹ Vielmehr muss umgekehrt ausgehend vom teleologischen Primat der Privatautonomie nachgewiesen werden, warum hier (zumal an einer unter dem Gesichtspunkt des äußeren Systems so versteckten Stelle wie dem § 69 Abs. 1 AktG) eine Vollmacht mit gesetzlich bestimmtem Umfang als Rechtsinstitut gelten sollte.

Im Rahmen der Stimmrechtsvertretung nach § 134 Abs. 3 S. 1 AktG zieht die allgemeine Meinung die Grenze beim sog. Abspaltungsverbot. Demzufolge dürfe sich das Stimmrecht nicht derart von der Mitgliedschaft des Aktionärs abkoppeln, dass es sich verselbstständigt. Der Aktionär sei rechtlich nicht in der Lage, seine Mitgliedschaftsstellung beizubehalten und zugleich das ihm zustehende Stimmrecht einem anderen als eigenes Recht zu verschaffen.¹¹⁰ Stellt die Übertragung dieser Grundsätze zu § 134 Abs. 3

¹⁰⁷ *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39.

¹⁰⁸ Siehe zum Nachweis der Legitimation unten Kap. 4 A. IV. 6.

¹⁰⁹ So aber *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 4.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 17.11.1986 – II ZR 96/86, NJW 1987, 780; *Herrler*, in: Grigoleit, § 134 AktG Rn. 23; *J. Koch*, in: ders., § 134 AktG Rn. 21; *C. A. Krebs*, in:

AktG auf den § 69 Abs. 1 AktG einen Verstoß gegen dieses Verbot dar?¹¹¹ Hilfreich ist hier ein Vergleich mit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts. Obwohl diese erstens wie die Erbengemeinschaft einen Einzelaktionär darstellt und zweitens anders als die Erbengemeinschaft sogar selbst rechtsfähig ist, kann sie ihre mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte niemals selbst ausüben. Das kann nur eine natürliche Person tun, die in der Hauptversammlung vor Ort erscheint und Erklärungen abgibt. Die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts muss sich daher nicht aufgrund eines etwaigen Abspaltungsverbots, sondern kraft Natur der Sache stets vertreten lassen. Das gleiche gilt für die Erbengemeinschaft.¹¹² Mithin liegt der entscheidende Schutzzweck des Abspaltungsverbots darin, die unwiderrufliche und gleichzeitig verdrängende Vollmacht zu verhindern.¹¹³ Der Verdrängungsaspekt liegt bei § 69 Abs. 1 AktG zwar in der Tat vor, da der eigentliche Aktionär, die Erbengemeinschaft, die Mitgliedschaftsrechte niemals selbst ausüben kann, aber die Erbengemeinschaft ist frei darin, sich den gemeinschaftlichen Vertreter nach eigenem Belieben auszusuchen und seine Vollmacht gegebenenfalls auch zu widerrufen. Die vorgenannte Auslegung des § 69 Abs. 1 AktG stellt somit auch keinen Verstoß gegen das aktienrechtliche Abspaltungsverbot dar.

Bestellt ein Aktionär mehrere Stimmrechtsvertreter, so kann die Gesellschaft alle bis auf einen problemlos nach § 134 Abs. 3 S. 2 AktG zurückweisen und sich somit der Mühe einer Prüfung sämtlicher Einzelvollmachten entziehen. Diese Norm ist, auch wenn sie sich im systematischen Zusammenhang nur auf die Stimmrechtsvertretung zu beziehen scheint, vollumfänglich (analog) auf § 69 Abs. 1 AktG anzuwenden.¹¹⁴ Die Gesellschaft

W. Hölters/Markus Weber, § 134 AktG Rn. 36; *M. Müller*, in: Heidel, § 134 AktG Rn. 34; *Reichert/Harbarth*, AG 2001, 447, 448; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, § 134 AktG Rn. 51; zu den verschiedenen Hintergründen des Abspaltungsverbots siehe *Reuter*, ZGR 1978, 633, 634 m. w. N.

¹¹¹ Vgl. auch zu der Variante, dass der Gesellschaftsvertrag der GmbH eine Vertreterklausel enthält *Lieberam-Schmidt*, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, 2010, S. 194 f.; *Schilling*, GmbHR 1962, 205, 207; *Vocke-Kerkhof*, Die Rechte des GmbH-Gesellschafters in der obligatorischen Gruppenvertretung, 2020, S. 31 ff.

¹¹² Siehe zur genauen Dogmatik der Stellvertretung der Erbengemeinschaft als Mitglied der Gesellschaft oben Kap. 3 A. II.

¹¹³ *Grundmann*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 134 AktG Rn. 99.

¹¹⁴ Siehe unten Kap. 4 A. V. 2.

kann alle gemeinschaftlichen Vertreter bis auf einen zurückweisen. Es besteht somit auch nicht die Gefahr, dass die Erbengemeinschaft durch eine versteckte Selbstbevollmächtigung aller Miterben als gemeinschaftliche Vertreter unmittelbar in der Hauptversammlung aufkreuzt.¹¹⁵

ee) Zusammenfassung

Die Regelung zum gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG hat sich an der Teleologie des § 134 Abs. 3 AktG zu orientieren. Bei der Stimmrechtsvollmacht nach § 134 Abs. 3 AktG handelt es sich um eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht mit gesetzlich bestimmten Mindestumfang. § 69 Abs. 1 AktG ist an § 134 Abs. 3 AktG angeschlossen, sodass hier die gleichen Regeln gelten. Denn es macht für die Gesellschaft keinen Unterschied, ob sie es mit einem gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG oder mit einem regulären Stimmrechtsvertreter nach § 134 Abs. 3 AktG zu tun hat. Sie muss sich im Zweifel so oder so über das Bestehen der Vollmacht bezüglich aller weiteren Mitgliedschaftsrechte vergewissern. Das bedeutet, dass die Bevollmächtigung eines gemeinschaftlichen Vertreters in Bezug auf das Teilnahme- und das Stimmrecht in der Tat weder inhaltlich noch gegenständlich beschränkt werden kann und ihr Umfang insofern gesetzlich bestimmt ist. Bei den anderen Mitgliedschaftsrechten kann die Erbengemeinschaft den Gegenstand der Vollmacht und ihre inhaltlichen Grenzen dagegen frei bestimmen.

4. Form

Die Bevollmächtigung zur gemeinschaftlichen Vertretung bedarf in Übereinstimmung mit dem allgemein bürgerlich-rechtlichen Grundsatz in § 167 Abs. 2 BGB keiner besonderen Form.¹¹⁶ Etwas anderes gilt für den Fall, dass der gemeinschaftliche Vertreter explizit zur Stimmrechtsvertretung nach § 134 Abs. 3 AktG bevollmächtigt wird. Hier ist nach § 134 Abs. 3

¹¹⁵ A. A. *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 169.

¹¹⁶ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 20; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 16; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 7; vgl. auch *Butzke*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 2011, S. 203 Fn. 161.

S. 3 AktG für die Erteilung¹¹⁷ der Bevollmächtigung die Textform erforderlich.¹¹⁸

5. Erklärungsgegner

Grundsätzlich obliegt dem Geschäftsherrn gemäß § 167 Abs. 1 BGB die Entscheidung darüber, ob er die Vollmacht gegenüber seinem Vertreter (Innenvollmacht) oder gegenüber dem Geschäftsgegner (Außenvollmacht) erklären will. Beide Varianten sind nach der allgemein bürgerlich-rechtlichen Regelung zulässig.¹¹⁹ Das gilt auch für die Bevollmächtigung zum gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG.¹²⁰ Die Aktiengesellschaft hat es indes in der Hand, vom Vertreter die Vorlage einer Vollmachtsurkunde gemäß § 174 S. 1 BGB zu verlangen.¹²¹ Tut er das nicht, so kann sie ihn problemlos zurückweisen. Mithin regelt der Ausdruck der Benennung in § 69 Abs. 3 S. 1 AktG keine qualifizierte Anforderung für die Bevollmächtigung, sondern einen zeitlich darauffolgenden Fall, in dem ein Vertreter zwar wirksam bevollmächtigt, diese Bevollmächtigung aber nicht der Gesellschaft angezeigt wurde.¹²² Die drei möglichen Varianten, von denen § 69 Abs. 3 S. 1 AktG ausgeht, lauten demnach wie folgt: Erstens, die Erbengemeinschaft hat keinen gemeinschaftlichen Vertreter bestellt, dann kann die Aktiengesellschaft ihre Willenserklärungen wirksam gegenüber einem der Miterben abgeben. Zweitens, die Aktiengesellschaft hat einen

¹¹⁷ Die Frage nach der Form bei der Erteilung der Bevollmächtigung ist streng von der Frage nach der Form beim Nachweis der Bevollmächtigung zu trennen.

¹¹⁸ *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 564.

¹¹⁹ *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 167 BGB Rn. 13; so auch schon die Vorstellung des historischen BGB-Gesetzgebers, siehe *Mugdan*, Materialien zum BGB I, 1899, S. 484 (= Mot. BGB I, S. 237).

¹²⁰ *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 563 f.; *Brodmann*, in: ders., § 225 HGB a. F. Rn. 3; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 69 AktG Rn. 27; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 18; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 34; *Ritter*, in: ders., § 63 AktG a. F. Rn. 1 c); *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 165; *Schlegelberger/Quassowski*, in: dies., § 63 AktG a. F. Rn. 3; a. A. *T. Bezzenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 7; *Flechtheim*, in: Düringer/Hachenburg, § 225 HGB a. F. Anm. 7; *Pinner*, in: Staub, HGB, 14. Aufl. 1933, § 225 HGB a. F. Rn. 6.

¹²¹ Siehe zum Nachweis der Legitimation ausf. unten Kap. 4 A. IV. 6.

¹²² *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 563.

gemeinschaftlichen Vertreter wirksam im Wege einer Innenvollmacht bestellt, ihn aber der Aktiengesellschaft noch nicht benannt, sodass diese ihre Willenserklärungen nach wie vor gegenüber einem Miterben abgeben kann. Oder drittens, die Erbengemeinschaft hat einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellt und ihn auch gegenüber der Aktiengesellschaft benannt, sodass diese ihre Willenserklärungen nicht mehr wirksam gegenüber einem Miterben, sondern nur noch gegenüber dem Vertreter abgeben kann. Das läuft zwar in tatsächlicher Hinsicht auf etwas ähnliches wie eine Außenvollmacht hinaus, macht diese aber noch nicht zur ausschließlich zulässigen Variante.

6. Nachweis der Legitimation

In Bezug auf den Nachweis der Legitimation ist zu unterscheiden: Geht es um die Ausübung des Stimmrechts im Sinne der §§ 12 Abs. 1 S. 1, 134 AktG und das diesem zwingend vorgelagerte Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung, so stellt § 134 Abs. 3 S. 3 AktG im Verhältnis zu § 174 S. 1 BGB ein vorrangiges Spezialgesetz dar. Zwar ist es der Gesellschaft unbenommen, den Nachweis der Vollmacht zu fordern, es genügt dann allerdings der Nachweis in Textform.¹²³ Somit ist § 134 Abs. 3 S. 3 AktG bezüglich der *Erteilung* der Vollmacht eine Verschärfung im Verhältnis zu § 167 Abs. 2 BGB und bezüglich des *Nachweises* der Vollmacht eine Erleichterung im Verhältnis zu § 174 S. 1 BGB. In den übrigen, von § 134 Abs. 3 S. 3 AktG nicht erfassten Fällen des § 174 S. 1 BGB kann die Aktiengesellschaft die Vorlage einer Vollmachturkunde verlangen¹²⁴, wobei dieser Nachweis dann seinerseits Schriftform voraussetzt.¹²⁵ Kontrovers wird die Frage beurteilt, ob die Aktiengesellschaft über die Fälle des § 174 S. 1 BGB hinaus (quasi aus der Wertung des § 69 Abs. 1 AktG selbst

¹²³ BT-Drucks. 14/4051 („NaStraG“), S. 15; *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 80; *Grigoleit/Rachlitz*, in: *Grigoleit*, § 69 AktG Rn. 7; *Rieckers*, in: *Spindler/Stilz*, § 134 AktG Rn. 73; vgl. auch LG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.10.2008 – 3-5 O 113/08, BB 2009, 406, 407; a. A. wohl *Ludwig*, AG 2002, 433, 436.

¹²⁴ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 20; *Lutter/Drygala*, in: *KölnKomm. AktG*, § 69 AktG Rn. 18; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: *W. Hölter/Markus Weber*, § 69 AktG Rn. 4.

¹²⁵ *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 172 BGB Rn. 14.

abgeleitet) die Vorlage einer Vollmachturkunde verlangen darf.¹²⁶ Zur Klärung derselben ist allerdings zunächst die bislang nur wenig beachtete Vorfrage von Relevanz, in welchen Fällen § 174 S. 1 BGB als solcher überhaupt einschlägig ist. Der Anwendungsbereich des § 174 S. 1 BGB ist grundsätzlich auf einseitige Rechtsgeschäfte, d. h. einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen, beschränkt.¹²⁷ Bei der kapitalgesellschaftlichen Stimmrechtsausübung handelt es sich um ein solches.¹²⁸ § 174 S. 1 BGB gilt jedoch auch für geschäftsähnliche Erklärungen/Handlungen¹²⁹, bei denen die Rechtsfolge nicht (primär) durch den Willen, sondern aufgrund gesetzlicher Anordnung eintritt.¹³⁰ Bei mitgliedschaftlichen Aktionärsrechten werden darunter bislang ausdrücklich die Bezugserklärung im

¹²⁶ Dafür *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 18; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 35, der hier allerdings die Kommentierung von *W. Bayer* zitiert, obwohl jener zu dieser Frage gar keine Aussage trifft; dagegen *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 16; implizit wohl auch AG Nürtingen, Beschluss vom 14.10.1993 – G. Reg. I 1160/93, ZIP 1994, 785, 786, welches für das durch einen vom Aktionär bevollmächtigten Vertreter geltend gemachte Recht auf Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 147 AktG entschied, dass dessen Bevollmächtigung (die des Aktionärsvertreters) zur Ausübung dieses Mitgliedschaftsrechts nach § 167 Abs. 2 BGB formfrei möglich sei und § 174 S. 1 BGB gar nicht erwähnte; ebenso *Kollbach*, EwR 1994, 835, 836.

¹²⁷ *Ackermann*, in: Heidel/Hüßtege et al., § 174 BGB Rn. 2; *Hauke Schäfer*, in: BeckOK BGB, § 174 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 2; *Schilken*, in: v. Staudinger, § 174 BGB Rn. 1; *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 174 BGB Rn. 2; vgl. zum Begriff *Neuner*, BGB AT, 2020, § 28 Rn. 1 ff. (S. 327 ff.).

¹²⁸ *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 GmbHG Rn. 6; *Ludwig*, AG 2002, 433, 436; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1051; *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 41 (zum Stimmrecht in der Personengesellschaft); diff. *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 79, demzufolge die Stimmabgabe zwar kein einseitiges Rechtsgeschäft sei, weil eben nicht die einzelne Stimme den gewollten Rechtserfolg, den Beschluss, bewirke. Da das BGB den modernen Unterschied zwischen Willenserklärung und Rechtsgeschäft jedoch nicht kenne, sei gleichwohl § 180 BGB und damit auch § 174 S. 1 BGB einschlägig.

¹²⁹ Siehe zum Begriff *Flume*, BGB AT II, 1992, § 9 2. B) (S. 113); *Neuner*, BGB AT, 2020, § 28 Rn. 8 (S. 330); *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 174 BGB Rn. 6; *Ulrich*, NJW 2003, 2053.

¹³⁰ *Ackermann*, in: Heidel/Hüßtege et al., § 174 BGB Rn. 3; *BrehSan/Gohrke/Opolony*, ZIP 2001, 773, 777; *Schilken*, in: v. Staudinger, § 174 BGB Rn. 2.

Rahmen der Ausübung des Bezugsrechts nach § 186 AktG¹³¹, das Verlangen auf Einberufung einer Hauptversammlung nach § 122 Abs. 1 AktG¹³² und das Verlangen auf die Ergänzung der Tagesordnung einer Hauptversammlung gemäß § 122 Abs. 2 AktG¹³³ gefasst. Die anderen Mitgliedschaftsrechte, die an gesetzliche Normen des Aktienrechts gekoppelt sind, sind indes im Zweifel ebenfalls zumindest als geschäftsähnliche Handlungen einzustufen, auf die § 174 S. 1 BGB Anwendung findet.¹³⁴ Jedenfalls vom Sinn und Zweck her ist es allein schon zur Erfüllung der Beweis- und Dokumentationsfunktion¹³⁵ nötig, dass die Gesellschaft bei der Ausübung jedes mitgliedschaftlichen Kapitalgesellschaftsrechts durch einen Vertreter den Nachweis nach § 174 S. 1 BGB verlangen kann, solange zum jeweiligen Mitgliedschaftsrecht keine vorrangige Spezialregelung im Recht der jeweiligen Kapitalgesellschaft besteht.¹³⁶ Auch hat die Gesellschaft ein legitimes Interesse daran, den Kreis derjenigen, die in der Hauptversammlung anwesend sind und dadurch interne Informationen erlangen können,

¹³¹ KG, Urteil vom 04.11.2005 – 14 U 21/04, AG 2006, 201; *J. Koch*, in: ders., § 186 AktG Rn. 14; *Rebmann*, in: Heidel, § 186 AktG Rn. 22; *K.-S. Scholz*, in: MHDB GesR IV, § 57 Rn. 106; *Schürnbrand/Verse*, in: MünchKomm. AktG, § 186 AktG Rn. 53; *Servatius*, in: Spindler/Stilz, § 186 AktG Rn. 23; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter, § 186 AktG Rn. 11.

¹³² OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.07.2012 – I-6 U 69/11, AG 2013, 264, 265; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 122 AktG Rn. 10.

¹³³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.07.2012 – I-6 U 69/11, AG 2013, 264, 265.

¹³⁴ Für eine Einordnung der GmbH-Gesellschafterrechte als einseitige Rechtsgeschäfte auch *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 26; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 78; a. A. implizit wohl AG Nürtingen, Beschluss vom 14.10.1993 – G. Reg. I 1160/93, ZIP 1994, 785, 786, welches für das durch einen vom Aktionär bevollmächtigten Vertreter geltend gemachte Recht auf Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 147 AktG zwar entschied, dass dessen Bevollmächtigung (die des Aktionärsvertreters) zur Ausübung dieses Mitgliedschaftsrechts nach § 167 Abs. 2 BGB formfrei möglich sei, dann aber den § 174 S. 1 BGB als für die Frage des Nachweises der Legitimation entscheidende Norm gar nicht erwähnte; ebenso *Kollbach*, EwIR 1994, 835, 836.

¹³⁵ Vgl. *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 4.

¹³⁶ Krit. Zur Frage, ob die Anmeldung zur Hauptversammlung und die Beantragung einer Stimmrechts- und Teilnahmekarte durch den Vertreter ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 174 S. 1 BGB darstellt, aber i. E. offengelassen OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.07.1991 – 6 U 59/91, NJW-RR 1992, 100, 101; dazu seinerseits krit. *Heckschen*, EwIR 1991, 1149, 1150.

auf sich hinreichend legitimierende Personen zu beschränken. Die Norm ist insofern jedenfalls entsprechend anwendbar. Es ist demnach nicht ersichtlich, welchen Anwendungsfall es im Rahmen des Untersuchungsgegenstands überhaupt geben soll, bei dem erstens ein mitgliedschaftliches Aktionärsrecht ausgeübt wird und zweitens zur Frage der Form des Nachweises der Legitimation weder § 134 Abs. 3 S. 3 AktG noch § 174 S. 1 BGB einschlägig wäre.

V. Mehrzahl gemeinschaftlicher Vertreter

Der Wortlaut des § 69 Abs. 1 AktG spricht zwar nur vom gemeinschaftlichen Vertreter im Singular. Gleichwohl ergibt sich aus der privatautonomen Rechtsmacht der Erbengemeinschaft grundsätzlich die Möglichkeit, dass sie mehr als einen gemeinschaftlichen Vertreter bestimmt.¹³⁷

1. Mehrere Vertreter mit Gesamtvertretungsbefugnis

Wenn diesen Vertretern Gesamtvertretungsbefugnis erteilt wird, d. h. die Vertreter Handlungen gegenüber der Aktiengesellschaft nur gemeinsam im Sinne von einstimmig vornehmen können,¹³⁸ so ergeben sich keine Konflikte mit dem Schutzzweck des § 69 Abs. 1 AktG.¹³⁹ Denn in diesem Fall wird die Situation der Aktiengesellschaft nicht auf die von der Vorschrift erfasste Weise erschwert; sie wird in etwaige Konflikte innerhalb der Rechtsgemeinschaft nicht hineingezogen. Stimmen die Vertreter nicht einstimmig ab, so ist die Stimmabgabe für die vertretene Rechtsgemeinschaft wegen Uneindeutigkeit (sog. *Perplexität*) nichtig.¹⁴⁰ Dieses Risiko geht

¹³⁷ A. A. *Grossfeld/Spennemann*, AG 1979, 128, 133, denen zufolge § 69 Abs. 1 AktG auch dem Ziel diene, die Zahl der teilnehmenden Vertreter an der Hauptversammlung gering zu halten. Dieser Zweck lässt sich jedoch bereits deshalb nicht aus der Vorschrift ableiten, weil die Rechtsgemeinschaft in Bezug auf die Vertretung dem regulären Einzelaktionär gleichgestellt werden kann und dieser in der Tat die Möglichkeit hat, mehrere Vertreter zu benennen. Das Aktiengesetz löst das Problem einer etwaigen Mehrzahl von Aktionärsvertretern nicht mit einer Benennungsbeschränkung, sondern mit der Zurückweisungsbefugnis in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG.

¹³⁸ *Flume*, BGB AT II, 1992, § 45 I. 3. (S. 782); *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 164 BGB Rn. 207; vgl. auch *Schilken*, in: v. Staudinger, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 20.

¹³⁹ Heute allg. M.; so schon *Flechtheim*, in: Düringer/Hachenburg, § 225 HGB a. F. Anm. 7; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 171.

¹⁴⁰ *Herrler*, in: Grigoleit, § 134 AktG Rn. 42; *J. Koch*, in: ders., § 134 AktG Rn. 27.

allein zulasten der Erbengemeinschaft. Die Wirksamkeit einer explizit uneinheitlichen Stimmabgabe wird davon indes nicht berührt.¹⁴¹ Ebenso kann die Aktiengesellschaft auch bei angeordneter Gesamtvertretung alle Vertreter bis auf einen gemäß § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ausschließen.¹⁴²

2. Mehrere Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis

Kann sich die Erbengemeinschaft stattdessen auch durch mehrere gemeinschaftliche Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis vertreten lassen? Die traditionelle Auffassung verneint dies.¹⁴³ Die Ernennung mehrerer einzelvertretungsbefugter Vertreter vertrage sich nicht mit dem Zweck des § 69 Abs. 1 AktG, die Aktiengesellschaft vor einer Verschlechterung ihrer Position aufgrund der Entstehung einer Rechtsgemeinschaft zu schützen. Die im Vordringen befindliche Gegenposition lässt die Ernennung mehrerer gemeinschaftlicher Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis zu.¹⁴⁴ Das durch das ARUG¹⁴⁵ im Jahr 2009 in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG kodifizierte Zurückweisungsrecht¹⁴⁶ der Aktiengesellschaft schütze sie nun hinreichend, sodass sie auch bei Bestehen einer Einzelvertretungsbefugnis nicht Gefahr laufe, in Unstimmigkeiten zwischen den Vertretern hineingezogen zu werden. Es sei ihr im Gegenteil zuzumuten, dass sie die für sie überflüssigen gemeinschaftlichen Vertreter eigenverantwortlich von der

¹⁴¹ Siehe zur Frage nach der Zulässigkeit der uneinheitlichen Stimmrechtsausübung im Aktienrecht unten Kap. 4 A. VI. 3. und im Recht der GmbH Kap. 4 B. II. 2.

¹⁴² *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 172.

¹⁴³ *T. Bezzenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 7; *Grossfeld/Spennemann*, AG 1979, 128, 130; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 69 AktG Rn. 33; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 69 AktG Rn. 4; *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 8; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 23; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 27, 54.

¹⁴⁴ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 17; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 565 f.; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 14; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 6; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 4; *Ritter*, in: ders., § 63 AktG a. F. Anm. 1. C); *Wieneke*, in: Bürgers/Körper, § 69 AktG Rn. 5; *S. Wilhelmi*, in: v. Godin/H. Wilhelmi, § 69 AktG Rn. 3.

¹⁴⁵ Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009, BGBl. 2009 I, S. 2479 ff.

¹⁴⁶ Siehe dazu *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 48; *Herrler*, in: Grigoleit, § 134 AktG Rn. 38; *J. Koch*, in: ders., § 134 AktG Rn. 27; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, § 134 AktG Rn. 66.

Hauptversammlung ausschließt.¹⁴⁷ Eine Einzelvertretungsbefugnis mehrerer gemeinschaftlicher Vertreter beeinträchtigt die Situation der Aktiengesellschaft nur dann nicht, wenn die Zurückweisungsbefugnis in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG nicht nur auf das Stimmrecht beschränkt ist, sondern auch für die anderen mitgliedschaftlichen, versammlungsgebundenen Aktionärsrechte gilt. Denn nur dann ist das Risiko für die Aktiengesellschaft entsprechend dem Schutzzweck des § 69 Abs. 1 AktG ausgeschlossen. Daher ist § 134 Abs. 3 S. 2 AktG insofern analog auf § 69 Abs. 1 AktG anzuwenden.¹⁴⁸

3. Die Beschlussfassung zwischen den gemeinschaftlichen Vertretern

Die Konsequenz der Bestellung mehrerer gemeinschaftlicher Vertreter ist, dass der Entschließungsprozess auf der Vertreterenebene kein Entschluss einer Einzelperson mehr ist, sondern den Beschluss¹⁴⁹ eines Vertreterkollektivs darstellt (Phase C). Hat die Erbengemeinschaft im Wege der Bevollmächtigung Gesamtvertretung angeordnet, so ergeben sich keine Schwierigkeiten; die gemeinschaftlichen Vertreter können die Erbengemeinschaft dann bei der Rechtsausübung nur gemeinschaftlich im Sinne von einstimmig vertreten. Bei Uneinigkeit ist eine Rechtsausübung ausgeschlossen. Hat die Erbengemeinschaft indes Einzelvertretung angeordnet und die Aktiengesellschaft nicht gemäß § 134 Abs. 3 S. 2 AktG alle Vertreter bis auf einen zurückgewiesen, so stellt sich die Frage, welche Konsequenzen eine etwaige Uneinigkeit zwischen den Vertretern während der Hauptversammlung hat. Hier steht wieder die Gefahr im Raum, dass Streitigkeiten in einem Willenskollektiv, dem die Gesellschaftermacht zugeordnet ist, auf die Ebene der Aktiengesellschaft durchschlagen. Am geeignetsten erscheint daher eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 1 GmbHG mit der Folge,

¹⁴⁷ W. Bayer, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 17, 12.

¹⁴⁸ Man beachte dabei allerdings die weiter unten entwickelte Unterscheidung zwischen versammlungsgebundenen und nichtversammlungsgebundenen Aktionärsrechten, siehe Kap. 4 E. III. 1. b).

¹⁴⁹ Zum Begriff siehe oben Kap. 2 E.

dass mehrere Vertreter mit Einzelvertretungsbefugnis die Rechtsausübung von Gesetzes wegen nicht uneinig betreiben können.¹⁵⁰

VI. Rechtsmacht

1. Grundsatz

Nach § 69 Abs. 1 AktG übt der gemeinschaftliche Vertreter die Rechte aus der Aktie für die Erbengemeinschaft aus. Davon sind, solange keine ausdrückliche Beschränkung durch die Erbengemeinschaft erfolgt,¹⁵¹ abstrakt alle mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte umfasst. Insbesondere kann der gemeinschaftliche Vertreter die Rechte auch dann geltend machen, wenn die Ausübung derselben für die Erbengemeinschaft eine Maßnahme der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt.¹⁵² Denn § 69 Abs. 1 AktG lässt die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ausschließlich durch den Vertreter zu. Die Grenze bilden Verfügungen über die Mitgliedschaft insgesamt wie etwa die Übertragung, Verpfändung, Nießbrauchbestellung, etc. Da diese Maßnahmen nicht innerhalb der Mitgliedschaft operieren, sondern über sie disponieren, sind sie von der Vertretungsmacht grundsätzlich nicht mehr gedeckt.¹⁵³ Die Erbengemeinschaft müsste diese Berechtigungen ausdrücklich erteilen. Im Übrigen ist die Wirksamkeit der Vertretung der allgemein bürgerlich-rechtlichen Schranke der

¹⁵⁰ So auch *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 566; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 173 f.; vgl. dazu auch VG Magdeburg, Urteil vom 31.08.2017 – 9 A 234/16, NJW-Spezial 2018, 176 f.

¹⁵¹ Siehe zur inhaltlichen und gegenständlichen Beschränkbarkeit der Vollmacht oben Kap. 4 A. IV. 3. d).

¹⁵² Was für den GmbH-Geschäftsanteil bei § 18 Abs. 1 GmbHG kontrovers beurteilt wird, siehe *Raue*, GmbHR 2015, 121, 128.

¹⁵³ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 24; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 8; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 28; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 43; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 177; so schon: *Flechtheim*, in: Düringer/Hachenburg, § 225 HGB a. F. Anm. 7; *Ritter*, in: ders., § 63 AktG a. F. Anm. 1. D).

Kollusion beziehungsweise des offensichtlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht unterworfen.¹⁵⁴

2. Stimmbindungsverträge

Ein Sonderproblem liegt in der Frage, ob der gemeinschaftliche Vertreter auch einen Stimmbindungsvertrag für die Erbengemeinschaft abschließen kann, welcher seinerseits in der Praxis eng mit dem kapitalgesellschaftlichen Stimmrecht verknüpft ist. Bisweilen finden sich für ihn auch die Bezeichnungen Konsortial- oder Schutzgemeinschaftsvertrag, Gesellschaftervertrag und Poolvertrag.¹⁵⁵ Dahinter steht im Kern das gleiche Phänomen: Der Stimmbindungsvertrag ist eine „Absprache zwischen einzelnen, mehreren oder allen Gesellschaftern, durch den die Gesellschafter ihre Stimmrechte in den Stimmenpool einbringen und sich verpflichten, ihre Stimmrechte in der Hauptversammlung so abzugeben, wie der Pool es zuvor beschlossen hat“¹⁵⁶. Seine denkbaren Zwecke liegen erstens in der allgemeinen Einflussssicherung, zweitens in der Sicherung der Unternehmensentwicklung, drittens in der Abgrenzung von Gesellschafterinteressen, viertens in der Sicherstellung der Einflussnahme des wirtschaftlich Berechtigten und fünftens in der Sicherstellung der geordneten Rechtsnachfolge.¹⁵⁷ Er stellt die Zustimmung zur Entstehung einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB dar.¹⁵⁸ Von der

¹⁵⁴ *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 567; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 226.

¹⁵⁵ *Hopt*, ZGR 1997, 1, 3; *Klein-Wiele*, NZG 2018, 1401; *Klosterkemper*, Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, 2004, S. 73 Fn. 337; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 104 Rn. 194 (S. 1026); *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 119, 122; *C. Müller*, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 27; *Schrötter*, NJW 1979, 2592.

¹⁵⁶ *Stenger*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 2020, § 21 Rn. 65. Einbringen ist hier nicht im dinglichen, sondern im schuldrechtlichen Sinne gemeint.

¹⁵⁷ *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 127 ff. m. w. N.

¹⁵⁸ RG, Urteil vom 11.06.1931 – II 398/29, RGZ 133, 90, 93; BGH, Urteil vom 25.09.1986 – II ZR 272/85, ZIP 1987, 103, 104; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 103; *Habersack*, ZHR 164 (2000), 1, 2; *Heckschen*, GmbHR 2016, 897, 898 f.; *E. Jousen*, Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag, 1995, S. 59; *Klosterkemper*, Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, 2004, S. 29 f.;

Stimmrechtsabspaltung unterscheidet er sich dadurch, dass es bei ihm nicht um eine Verfügung des Gesellschafters über sein Stimmrecht geht, sondern um dessen schuldrechtliche Bindung gegenüber einem Dritten in Bezug auf die Art und Weise, wie er von dem bei ihm verbleibenden Stimmrecht innerhalb der Gesellschaft Gebrauch macht.¹⁵⁹ Seine Zulässigkeit ist, solange keine Nichtgesellschafter beteiligt sind, heute von Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt.¹⁶⁰ Dass der gemeinschaftliche Vertreter zum Abschluss eines Stimmbindungsvertrags befugt ist, wenn die Erbengemeinschaft ihm dies durch explizite Anordnung in der Bevollmächtigung gestattet, ist im Hinblick auf die Privatautonomie der Erbengemeinschaft selbstredend. Aber hat er diese Kompetenz auch dann inne, wenn ihm keine solche explizite Befugnis eingeräumt, sondern er nur allgemein zum gemeinschaftlichen Vertreter bestellt wurde? Vereinzelt wird dies bejaht. Es sei nicht im Sinne des § 136 Abs. 2 AktG, den Vertreter von dieser Möglichkeit auszuschließen. Wenn es aber keine Wertung gebe, die einen

Mühlhäuser, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 122, 260 f.; *C. Müller*, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 29 f.; *Odersky*, in: FS Lutter, 2000, S. 557, 560; *Ripka*, Poolverträge und die neueren Entwicklungen des Gesellschaftsrechts, 2000, S. 16 f.; *Schröder*, ZGR 1978, 578; vgl. auch *Schrötter*, NJW 1979, 2592, 2594.

¹⁵⁹ *Flume*, BGB AT I 1, 1977, § 14 VI. (S. 229 ff.); *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 66 ff., 144 ff.; *C. Schäfer*, in: Staub, Großkomm. HGB, 5. Aufl. 2009, § 119 HGB Rn. 70; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 21 II. 4. (S. 617).

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 29.05.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, 166 ff.; BGH, Urteil vom 25.09.1986 – II ZR 272/85, ZIP 1987, 103, 104; BGH, Urteil vom 24.11.2008 – II ZR 116/08 („Schutzgemeinschaftsvertrag II“), BGHZ 179, 13, 18 f. Rn. 12; *Drescher*, in: Spindler/Stilz, § 243 AktG Rn. 60; *Flume*, BGB AT I 2, 1983, § 7 VI. (S. 242 f.); *Heidel*, in: ders., § 243 AktG Rn. 8; *Hell*, NJW-Spezial 2020, 143; *Herrler*, in: Grigoleit, § 136 AktG Rn. 29; *A. Hueck*, in: FS Nipperdey I, 1965, S. 401 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 133 AktG Rn. 27; *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 109, 111; *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 133 ff.; siehe auch bereits *Overrath*, Die Stimmrechtsbindung, 1973, S. 7 Fn. 1 m. w. N.; *Peters*, AcP 156 (1957), 311 ff.; *Rodemann*, Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens, 1998, S. 25; *Schröder*, ZGR 1978, 578, 579; a. A. seinerzeit noch: *C. E. Fischer*, AcP 154 (1955), 181, 224 ff.; *Müller-Erbach*, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948, S. 213, 248 ff.; krit. Auch *Leuschner*, in: MünchKomm. BGB, § 32 BGB Rn. 37; *H. Wiedemann*, in: FS Schilling, 1973, S. 105, 115.

Ausschluss rechtfertige, so müsse der Grundsatz Anwendung finden, nach dem auch der Abschluss von Stimmbindungsverträgen zulässig sei. Mithin bezwecke § 69 Abs. 1 AktG allein den Schutz der Gesellschaft, nicht den der Erben. Der Vertreter sei nicht daran gebunden, den Nachlass zu vermehren oder zu erhalten, vielmehr liege es in der Risikosphäre der Erben, einen Vertreter zu benennen, der keine für sie nachteiligen Stimmbindungsverträge eingehe. Ohnehin könnten die Erben etwaige vom Vertreter abgeschlossene Stimmbindungsverträge ja jederzeit kündigen.¹⁶¹ Aufgrund der Koppelung des aktienrechtlichen Stimmrechts an die Hauptversammlung stellt der gemeinschaftliche Vertreter zwar in der Tat einen relevanten Ansprechpartner für die Poolmitgesellschafter dar. Eine Miteinbeziehung böte insofern nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Mitaktionären ein größeres Maß an Rechtssicherheit. Diese Betrachtung würde jedoch zu kurz greifen. Denn der Stimmbindungsvertrag ist gerade nicht mitgliedschaftlich so an die Hauptversammlung gebunden wie es die Aktionärsrechte selbst sind. Er ist kein Teil des mitgliedschaftlichen Stimmrechts. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der einzige Bezugspunkt des Stimmbindungsvertrags das mitgliedschaftliche Stimmrecht ist. Denn, wie sich aus § 311a Abs. 1 BGB ergibt, kann sich jedermann prinzipiell zu allem verpflichten.¹⁶² Die Frage der (anfänglichen) Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB stellt sich erst im juristisch-logisch zweiten Schritt.¹⁶³ Wenn sich aber ein Nichtaktionär zu einem wirksamen Stimmbindungsvertrag verpflichten kann, dann spricht diese Sphärentrennung dafür, dass spiegelbildlich gesehen die bloße Vertretungsmacht zur Ausübung eines Stimmrechts nicht automatisch auch die Vertretungsmacht zum Abschluss von Stimmbindungsverträgen beinhaltet. Der Vertreter eines Aktionärs tritt in Bezug auf einen Stimmbindungsvertrag im Übrigen gar nicht als aktienrechtlich gemeinschaftlicher Vertreter im Sinne von § 69 Abs. 1 AktG, sondern als allgemein erbengemeinschaftlicher Vertreter auf, da der § 69 Abs. 1 AktG allein

¹⁶¹ *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 568; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 180 f.

¹⁶² Vgl. im Allgemeinen *Zöllner*, ZHR 155 (1991), 168, 173: „Zu den Spezifika der Privatautonomie gehört es ja gerade auch, daß ein Rechtssubjekt sich in verschiedenen einander widersprechenden Richtungen verpflichten kann“.

¹⁶³ *W. Ernst*, in: MünchKomm. BGB, § 311a BGB Rn. 2; *Lorenz*, in: BeckOK BGB, § 275 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 9; vgl. auch *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 155.

die Vertretung der Erbengemeinschaft im Verhältnis zur Aktiengesellschaft betrifft. Das durch privatautonomen Gesellschaftsvertrag nach den §§ 705 ff. BGB geregelte Rechtsverhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und den anderen Poolmitgliedern ist von § 69 Abs. 1 AktG nicht betroffen. Für diesen Bereich gelten die allgemeinen Regeln. Der Umfang der Vollmacht nach § 167 BGB hängt somit allein vom Geschäftsherrn ab und ist gemäß den §§ 133, 157 BGB im Wege der Auslegung zu ermitteln.¹⁶⁴ Mithin ist es der Erbengemeinschaft vielmehr umgekehrt zuzumuten, einem gemeinschaftlichen Vertreter ausdrücklich die Befugnis zum Abschluss beziehungsweise zur laufenden Verwaltung eines Stimmbindungsvertrags einzuräumen, zumal dies formlos erfolgen kann. Das freiheitliche Gesetz hat dem Geschäftsherrn nicht die Absteckung des Rahmens der von ihm zu erteilenden Vollmacht aus der Hand zu nehmen.

Die bloße Benennung zum gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG bevollmächtigt somit nicht ohne Weiteres zum Abschluss oder der Verwaltung von Stimmbindungsverträgen.

3. Uneinheitliche Abstimmung

Zur Frage nach einer möglichen uneinheitlichen Abstimmung durch den gemeinschaftlichen Vertreter auf die Aktien¹⁶⁵ ist zwischen mehreren Stimmen aus ein und derselben Aktie (im Fall von Mehrstimmrechten) und dem Halten mehrerer Aktien mit entsprechend mehreren Stimmrechten zu unterscheiden. Im erstgenannten Fall ist eine uneinheitliche Stimmabgabe unzulässig¹⁶⁶, im zweitgenannten ist sie entgegen der seinerzeitigen Position des Reichsgerichts¹⁶⁷ voraussetzungslos gestattet.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Siehe oben Kap. 4 Fn. 73.

¹⁶⁵ Zur uneinheitlichen Stimmrechtsausübung bezüglich ein und desselben GmbH-Geschäftsanteils siehe unten Kap. 4 B. II. 2.

¹⁶⁶ Arnold, in: MünchKomm. AktG, § 133 AktG Rn. 29; J. Koch, in: ders., § 133 AktG Rn. 21; C. A. Krebs, in: W. Hölter/Markus Weber, § 133 AktG Rn. 21; a. A. Armbrüster, in: FS G. Bezenberger, 2000, S. 3, 13 ff.

¹⁶⁷ RG, Urteil vom 16.09.1927, RGZ 118, 67 ff.; siehe dazu Klausling, JW 1927, 2982, 2983; RG, Urteil vom 11.10.1932 – II 482/31, RGZ 137, 305, 312 ff., wobei auffällt, dass diese zweite RG-Entscheidung der abstrakten Möglichkeit deutlich liberaler gegenübersteht.

¹⁶⁸ Armbrüster, in: FS G. Bezenberger, 2000, S. 3, 13 ff.; Arnold, in: MünchKomm. AktG, § 133 AktG Rn. 29; Bartholomeyczik, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 351

VII. Pflichten

Erteilt die Erbengemeinschaft dem gemeinschaftlichen Vertreter eine Weisung, so ist er an diese gebunden. Diese Bindung ergibt sich aus dem der Bevollmächtigung zugrundeliegenden Beauftragungsverhältnis und besteht unabhängig davon, ob die Weisung aus Sicht des Beauftragten zweck- oder interessengemäß ist.¹⁶⁹ Seine Grenze findet dieser Grundsatz in der allgemein bürgerlich-rechtlichen Fallgruppe des offenkundigen Missbrauchs der Vertretungsmacht.¹⁷⁰

Im Fall einer Pflichtverletzung haftet der gemeinschaftliche Vertreter der Erbengemeinschaft gemäß § 280 Abs. 1 BGB¹⁷¹ auf Schadensersatz.¹⁷²

f., 367; *Flume*, BGB AT I 2, 1983, § 7 VII. 2. (S. 251); *Grimm*, Uneinheitliche Stimmrechtsausübung und vertragliche Stimmrechtsbindung im Aktienrecht, 1959, S. 26; *Grossfeld/Spennemann*, AG 1979, 128, 131; *Haußmann*, JW 1928, 2904; *Heckelmann*, AcP 170 (1970), 306 ff.; *Johs*, Können mehrere Vertreter einer juristischen Person in der Generalversammlung einer A. G. verschieden stimmen?, 1931, S. 32; *Klausing*, Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände, 1928, S. 29 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 133 AktG Rn. 21; *C. A. Krebs*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 133 AktG Rn. 21; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, 1982, S. 73.

¹⁶⁹ Insoweit ergeben sich keine Unterschiede zum Stimmrechtsvertreter nach § 134 Abs. 3 S. 1 AktG, siehe dazu *Henssler*, ZHR 157 (1993), 91, 103; vgl. zur Frage des Bestehens einer Weisungsersuchungspflicht *A. Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 20 f. zum gemeinsamen Vertreter mehrerer Erben in einer KG; da die Erben-Kommanditisten infolge der Sonderrechtsnachfolge keine Erbengemeinschaft und damit keine Rechtsgemeinschaft an einer einzelnen Mitgliedschaft, sondern eine bloße Personenmehrheit mit mehreren Einzelmitgliedschaften darstellen, ist hier – wie im Übrigen auch bei § 7 SchVG – die Bezeichnung des *gemeinsamen* Vertreters begriffskongruent. Es handelt sich entgegen *A. Hueck* nicht um einen *gemeinschaftlichen* Vertreter, vgl. *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 538.

¹⁷⁰ Siehe dazu *Neuner*, BGB AT, 2020, § 49 Rn. 100 ff. (S. 621 f.); *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 164 BGB Rn. 225 ff.; *Stoffels*, in: Heidel/Hüßtege et al., § 164 BGB Rn. 84 ff.; *Vedder*, Missbrauch der Vertretungsmacht, 2007, passim.

¹⁷¹ Die weitere Unterscheidung hängt von der Pflichtverletzung ab. Wurde der gemeinschaftliche Vertreter speziell zur Stimmrechtsausübung bestellt, so stellt eine Abstimmung entgegen den Weisungen der Erbengemeinschaft die Hauptpflichtverletzung in Form einer Nichtleistung oder einer Schlechtleistung dar, siehe *Henssler*, ZHR 157 (1993), 91, 106 f. Andernfalls handelt es sich um eine Nebenpflichtverletzung.

¹⁷² *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 23; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 567; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 24; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 39.

Dabei gilt vorbehaltlich etwaiger privatautonomer Vereinbarungen der Haftungsmaßstab des § 276 Abs. 1 BGB. Eine analoge Anwendung des § 708 BGB mit der Folge, dass ein gemeinschaftlicher Vertreter, wenn er selbst Miterbe ist, nur für die ihm eigenübliche Sorgfalt gemäß § 277 BGB einzustehen hat, ist aufgrund der Zwangsnatur der Erbengemeinschaft abzulehnen.¹⁷³ Allerdings erscheint es sachgemäß, dass sich der gemeinschaftliche Vertreter bei übriggebliebenen Entscheidungsspielräumen oder bei Fehlen entsprechender Weisungen seitens der Erbengemeinschaft und einer hinreichend spontanen, keine Rücksprache erlaubenden Situation auf den Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsleiterermessens nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG berufen kann.¹⁷⁴

Da die Erbengemeinschaft keinen eigenen rechtsfähigen Verbund darstellt, sind die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit als überindividuelle Einheit der Geschädigte. Der vermögensrelevante Bezugspunkt ist der Nachlass als gebundenes Sondervermögen. Da der Anspruch nach dem Erbfall bei der Erbengemeinschaft entsteht, ist § 2039 S. 1 BGB einschlägig.¹⁷⁵ Das gilt auch für den Fall, dass der gemeinschaftliche Vertreter einer der Miterben selbst ist. Der Schadensersatzanspruch ist in diesem Fall gegen den Miterben wie gegen einen Dritten gerichtet.

VIII. Zusammenfassung

Zwar adressiert die gemeinschaftliche Stellvertretung auf der personalen Ebene jeden einzelnen Miterben als Endzurechnungspunkt, das ist jedoch nur die mittelbare Konsequenz der Vertretung nach § 69 Abs. 1 AktG, die in all ihren Einzelaspekten auf die eine Kapitalgesellschaftermitgliedschaft gerichtet ist, die sich auf der Kollektivebene des Sondervermögens

¹⁷³ Vgl. dazu auch oben Kap. 3 C. IV.

¹⁷⁴ Eine gewisse Parallele hierzu lässt sich wohl in § 7 Abs. 3 S. 1 SchVG erkennen, bei dem diskutiert wird, ob sich der gemeinsame Vertreter der (Schuldverschreibungs-)Gläubiger auf den Sorgfaltsmaßstab der Business Judgment Rule berufen kann; dafür *Litten*, ZBB 2013, 32, 36 f.; dagegen *BT-Drucks. 16/12814* („SchVG“), S. 36; *M. Müller*, in: *Heidel*, § 7 SchVG Rn. 14 f.; *Veranneman*, in: *ders.*, § 7 SchVG Rn. 69; *diff. Borowski*, in: *ders.*, § 7 SchVG Rn. 20; siehe auch *Blaufuß/M. J. Braun*, NZI 2016, 5, 10; *Bliesener/Hannes Schneider*, in: *Langenbucher/Bliesener/Spindler*, § 7 SchVG Rn. 43.

¹⁷⁵ *Rißmann/Szalai*, in: *BeckOGK BGB*, § 2039 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 10; *J. Roth/Gerhardt/Ann*, in: *Kroiß/Horn*, § 2039 BGB Rn. 3.

befindet. Die Geltendmachung des mitgliedschaftlichen Aktionärsrechts im Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und der Aktiengesellschaft erfolgt somit wie auch die erbrechtliche Beschlussfassung nicht personen-, sondern vermögensbezogen.

IX. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Gestünde man der Erbengemeinschaft Rechtsfähigkeit zu, so würde die Aktie im Sinne der Mitgliedschaft personal ausschließlich der Erbengemeinschaft selbst und damit in personenbezogener Hinsicht einem einzelnen, in dieser Funktion der Person gleichsetzbaren Subjekt zugeordnet. Das Tatbestandsmerkmal der Rechtsgemeinschaft an einer Aktie wäre damit nicht erfüllt und § 69 Abs. 1 AktG würde auf den Fall der Erbengemeinschaft keine Anwendung mehr finden. Die Regelung des § 69 Abs. 3 S. 2 AktG stünde dem nicht entgegen. Denn dem § 69 Abs. 3 S. 2 AktG käme auch in dieser Variante die Rolle zu, die Wirksamkeit von Willenserklärungen gegenüber der Erbengemeinschaft während des Übergangsmonats ab dem Anfall der Erbschaft abzusichern. Der § 69 Abs. 3 S. 2 AktG setzt damit nicht zwingend die direkte Anwendbarkeit des § 69 Abs. 1 AktG voraus. Die systematische Stellung der beiden Normen innerhalb eines einheitlichen § 69 AktG nimmt eine nachrangige Stellung ein. Es bestünde nämlich kein sachlicher Grund dafür, den § 69 Abs. 1 AktG weiterhin zur Anwendung kommen zu lassen.

Zu kurz greift indes die Überlegung, dass eine rechtsfähige Erbengemeinschaft dann wie die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts¹⁷⁶ einen Vertreter nach den §§ 164 ff. BGB benötigen würde, um Erklärungen abzugeben. Denn tatsächlich besteht dieser Vertreterzwang auch bei der nicht-rechtsfähigen Erbengemeinschaft völlig unabhängig von den drei körperschaftsrechtlichen Vereinheitlichungsvorschriften aufgrund der speziellen Diskrepanz von Sondervermögen und Personenzuordnung, die ihrerseits in der Notwendigkeit der Vertretung *sui generis* für den Nachlass mündet.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Merkt, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 30; insoweit unzutreffend die Zitation von Hell, NJW-Spezial 2020, 143, der übersieht, dass die rechtsfähige Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gar nicht mehr die Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 1 GmbHG und des § 69 Abs. 1 AktG erfüllt; siehe dazu auch Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 4.

¹⁷⁷ Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 A. II.

Auch das spricht dafür, dass die mitgliedschaftliche Rechtsausübung nicht personen-, sondern vermögensbezogen erfolgt.

B. GmbH-Recht: § 18 Abs. 1 GmbHG

Im Recht der GmbH ist ein gemeinschaftlicher Vertreter nicht von Gesetzes wegen vorgeschrieben. Stattdessen wird durch § 18 Abs. 1 GmbHG eine gemeinschaftliche Rechtsausübung angeordnet.

I. Erfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsausübung

1. Grundsatz

Gemeinschaftlichkeit bedeutet hier – wie auch bei § 69 Abs. 1 AktG – nicht Einstimmigkeit, sondern Einheitlichkeit der Willensbildung. Die GmbH soll Rechtssicherheit in der Annahme haben, dass die Ausübung der mitgliedschaftlichen Kapitalgesellschafterrechte ihr gegenüber zweifelsfrei so wie verlautbart für den gesamten Geschäftsanteil gilt.¹⁷⁸ „Aus einem (ungeteilten) Geschäftsanteil soll auch bei der Innehabung durch Mehrere immer nur ein (ungeteiltes) Bündel an Gesellschafterrechten fließen.“¹⁷⁹ Das bedeutet, dass die Erben persönlich in der Gesellschafterversammlung erscheinen und ihre Rechte einheitlich für den im Nachlass befindlichen Geschäftsanteil ausüben können. Es ist nicht zwingend nötig, dass alle Miterben persönlich in der Gesellschafterversammlung auftreten. Es genügt auch, dass ein Miterbe allein tätig wird, und die übrigen Miterben die Handlung nach § 184 Abs. 1 BGB genehmigen.¹⁸⁰

2. Privatautonome Ausnahmen

Da § 18 Abs. 1 GmbHG den Schutz der Gesellschaft bezweckt, kann die Erbengemeinschaft nicht einseitig über das Gemeinschaftlichkeitserfordernis disponieren. Die Gesellschaft wiederum kann frei entscheiden, ob sie

¹⁷⁸ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 F. I. 1.

¹⁷⁹ Reichert/Weller, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 50.

¹⁸⁰ Altmeppen, in: ders., § 18 GmbHG Rn. 12; Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 57 f.; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, § 18 GmbHG Rn. 4.

die Ausübung von Rechten aus Geschäftsanteilen, an denen eine dingliche Berechtigungspluralität besteht, abweichend von § 18 Abs. 1 GmbHG einer Vertreterobliegenheit in Anlehnung an § 69 Abs. 1 AktG unterwerfen möchte;¹⁸¹ Vorgaben zur Willensbildung innerhalb der Rechtsgemeinschaft sind indes unzulässig.¹⁸²

Unterstellt, dass die Gesellschaft ihren Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag eine uneinheitliche Ausübung von Mehrfachstimmrechten an ein und demselben Anteil gestattet,¹⁸³ so berührt dies nicht die Notwendigkeit zur gemeinschaftlichen im Sinne von einheitlichen Rechtsausübung nach § 18 Abs. 1 GmbHG. Denn die Mitgliedschaft liegt nach wie vor auf der Nachlassebene und unterfällt damit dem Verwaltungsregime des § 2038 BGB. Die gesellschaftsvertragliche Gestattung einer uneinheitlichen Ausübung führt nur zu der Möglichkeit der Miterben, im Rahmen der in § 2038 BGB geregelten Verwaltungsformen¹⁸⁴ darüber zu entscheiden, ob man einheitlich oder uneinheitlich abstimmt, nicht aber zur individuellen Möglichkeit der einzelnen Miterben, entsprechend ihrer Erbquote jeder für sich in der Gesellschafterversammlung abzustimmen. Die GmbH kann auf den Regelungsinhalt des § 18 Abs. 1 GmbHG somit gar nicht verzichten, selbst wenn sie es wollte.¹⁸⁵ Denn das würde die Mitgliedschaft zersplittern und sowohl die kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverbote¹⁸⁶ wie auch die gesamthänderische Diskrepanz zwischen vermögensrechtlicher und personaler Zuordnung¹⁸⁷ missachten. In der Sache wäre es nichts anderes als die

¹⁸¹ Siehe zu der Frage, ob dies tatsächlich mit einer Veränderung der materiellen Rechtslage einhergeht unten Kap. 4 D.

¹⁸² BGH, Urteil vom 17.10.1988 – II ZR 18/88, ZIP 1989, 634, 635 (als *obiter dictum*, da es in der Sache nicht um eine Rechtsgemeinschaft an einem GmbH-Geschäftsanteil ging); OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, ZEV 2012, 493, 494 f.; *Altmeppen*, in: ders., § 18 GmbHG Rn. 15; *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 59; *Löbbecke*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, § 18 GmbHG Rn. 20; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 52; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 18 GmbHG Rn. 17.

¹⁸³ Siehe zur Zulässigkeit dieser Möglichkeit unten Kap. 4 Fn. 206.

¹⁸⁴ Siehe die Abstufung dieser Verwaltungsformen in § 2038 BGB nach dem Grad an Willensfreiheit der Miterben oben in Kap. 3 F.

¹⁸⁵ A. A. *Löbbecke*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, § 18 GmbHG Rn. 20; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 18 GmbHG Rn. 17; *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 16.

¹⁸⁶ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 B.

¹⁸⁷ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 C.

Schaffung einer voraussetzungslosen Einzelverwaltung neben § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB zulasten der Erbenmehrheit. § 18 Abs. 1 GmbHG kann somit zwar einseitig durch die Gesellschaft verschärft, nicht aber erleichtert werden, da die Einheitlichkeitsvorgabe nicht positivistischer Natur ist, sondern einen der gesamthänderischen Zuordnung und den kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverboten innewohnenden Grundsatz verkörpert. Streng genommen ließe sich § 18 Abs. 1 GmbHG daher als rein deklaratorische Anordnung eines bereits in §§ 2032 Abs. 1, 2038 BGB und §§ 5 Abs. 2 S. 1, 46 Nr. 4 GmbHG angelegten Rechtsprinzips einordnen.¹⁸⁸ Darin liegt auch kein Widerspruch zu der Aussage, dass § 18 Abs. 1 GmbHG allein die Interessen der Gesellschaft schützt. Denn diese Aussage ist allein von der Frage aus zu betrachten, ob über die Einheitlichkeit der Rechtsausübung hinaus auch eine Einstimmigkeit bei der Willensbildung vorliegen muss, oder nicht.¹⁸⁹ Umgekehrt ist ein Minusbereich unterhalb der einheitlichen Rechtsausübung innerhalb der gesamthänderischen Logik gar nicht möglich. Zwar wäre es dann denkbar, dass die gesellschaftsvertragliche Gestattung der uneinheitlichen Stimmabgabe Auswirkungen auf die Auslegung des Begriffs der ordnungsmäßigen Verwaltung in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB haben könnte. Das aber liefe auf den obigen Ansatz zur Verwaltung der Mitgliedschaft durch Aufspaltung der Mitgliedschaftsrechte entsprechend der Erbquoten hinaus,¹⁹⁰ welchem aus den dazu genannten Gründen nicht gefolgt wird.

3. Erbrechtliche Ausnahmen

Ähnlich wie im Aktienrecht stellt sich die Frage, ob es Situationen gibt, in denen von der gemeinschaftlichen Geltendmachung eines Rechts in der Gesellschafterversammlung abzusehen und einem einzelnen Miterben die unmittelbare Geltendmachung kraft Gesetzes gestattet ist.¹⁹¹ Dies muss aufgrund der Wertung des Nachlassschutzes in allen Angelegenheiten der

¹⁸⁸ Dies ebenfalls erahrend v. *Bressendorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 107.

¹⁸⁹ Siehe oben Kap. 2 F. I. 1.

¹⁹⁰ Siehe oben Kap. 3 B. II. 2. e).

¹⁹¹ Es geht hier nicht um die ähnlich gelagerte Frage, ob der einzelne Erbe diese unmittelbare Geltendmachung explizit an einem von der Erbengemeinschaft im Vorfeld bestellten gemeinschaftlichen Vertreter vorbei vornehmen kann; siehe dazu unten Kap. 4 B. III. 2.

Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB gelten.¹⁹² Dies stellt keinen Widerspruch zu § 18 Abs. 1 GmbHG dar, da der Miterbe kein eigenes Recht an der Erbengemeinschaft vorbei geltend macht, sondern das eine mitgliedschaftliche Kapitalgesellschafterrecht der Erbengemeinschaft eigenmächtig für alle Erben in gesamthänderischer Verbundenheit ausübt.

II. Unmittelbare Rechtsausübung in der Gesellschafterversammlung

Tritt von vornherein nur eine Erbenmehrheit in der Gesellschafterversammlung auf, so muss diese sich gegenüber der Gesellschaft beziehungsweise dem Versammlungsleiter ausweisen. Dieser Nachweis muss jedoch nicht zwingend in Form einer Vollmachtsurkunde erfolgen,¹⁹³ außer es tritt eine Erbenminderheit als Vollstrecker eines Erbenmehrheitsbeschlusses auf. Denn die Erbenmehrheit leitet ihre Legitimation zur Beschlussausführung als erbengemeinschaftliche Vertretung aus ihrer eigenen Beteiligungsquote und damit in aller Regel der sich aus §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB ergebenden Mehrheitskompetenz ab. Richtigerweise kann der Nachweis daher auch in Form eines Erbscheins nach § 2353 BGB, der die Erbquoten ausweist, erfolgen, sodass für den Versammlungsleiter erkennbar ist, dass er die Erbenmehrheit vor sich hat, die sich selbst bevollmächtigen kann.

1. Uneinigkeit

Welche Konsequenz hat es, wenn die Mitberechtigten sich vor Ort in der Gesellschafterversammlung nicht einigen können? Einerseits lässt sich darauf verweisen, dass die Willensbildung der Miterben nach § 2038 BGB ja auch örtlich innerhalb der Gesellschafterversammlung stattfinden kann und die Mehrheit die Minderheit wie sonst auch gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB überstimmen kann.¹⁹⁴ Andererseits bezweckt § 18 Abs. 1 GmbHG ja gerade maßgeblich, die GmbH davor zu schützen, in die

¹⁹² BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 30 ff.; OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 153; Göz, NZG 2004, 345, 347; K. W. Lange, Erbrecht, 2022, § 103 Rn. 141 (S. 1011); Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 151; Weidlich, in: Grüneberg, § 2032 BGB Rn. 9; siehe auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, § 35 II. 3. A) (S. 1050).

¹⁹³ So aber Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 152.

¹⁹⁴ Eichmanns, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 144 f.

internen Streitigkeiten der Miterben hineingezogen zu werden. Daraus ließe sich schließen, dass die Erklärungen der Rechtsgemeinschaft bei Uneinigkeit innerhalb der Gesellschafterversammlung als nicht abgegeben zu gelten hätten. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die zerstrittenen Miterben ein erbengemeinschaftliches Mehrheitsvotum innerhalb der Gesellschafterversammlung ausdrücklich als Mehrheitsbeschluss anerkennen.¹⁹⁵

Es kann keine Rolle spielen, ob die Miterben vor oder während der Gesellschafterversammlung miteinander streiten. Die §§ 2032 ff. BGB enthalten zur Form und damit eben auch zum Ort der Beschlussfassung keine Vorgaben. § 18 Abs. 1 GmbHG bezweckt mithin nur die äußere Einheitlichkeit der Rechtsausübung.¹⁹⁶ Die GmbH kann und muss daher darauf vertrauen, dass, sofern alle Miterben in der Gesellschafterversammlung erschienen sind, und es zwischen den Miterben ein Mehrheitsvotum gibt, die von ihnen gefasste Mehrheitsentscheidung verbindlich für den gesamthänderisch gehaltenen GmbH-Geschäftsanteil gilt. Erscheint nur die Erbenmehrheit zur Gesellschafterversammlung, so gilt das gleiche, solange sie ihre kollektive Erbenmehrheit mit einem Erbschein nach § 2353 BGB nachweist. Sollte die Mehrheit ihre Befugnisse mit der Rechtsausübung überschreiten, weil die Voraussetzungen von §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB tatsächlich nicht vorlagen, so haftet die Erbenmehrheit der Erbenminderheit auf Schadensersatz; das lässt jedoch nicht die Wirksamkeit der Vertretung gegenüber der Gesellschaft entfallen. Andernfalls liefe § 18 Abs. 1 GmbHG doch wieder auf eine innere und äußere Einheitlichkeit der Rechtsausübung hinaus, was den Schutzzweck der Vorschrift überdehnen würde.¹⁹⁷

2. Uneinheitliche Abstimmung

Davon zu trennen ist die Frage, ob die in der Gesellschafterversammlung anwesenden Miterben sich nicht auch explizit darauf einigen können, das Stimmrecht aus dem erbengemeinschaftlichen GmbH-Geschäftsanteil

¹⁹⁵ Zutt, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 20 f.; so auch Drescher, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 86; Noack, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 38; wohl auch Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 151 f.

¹⁹⁶ Siehe oben Kap. 2 F. I. 1.

¹⁹⁷ So i. E. wohl auch Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, § 18 GmbHG Rn. 4.

uneinheitlich auszuüben. Die Rechtsprechung¹⁹⁸ und die herrschende Lehre¹⁹⁹ gehen im Recht der GmbH (anders als im Aktienrecht²⁰⁰) vom Grundsatz der einheitlichen Stimmabgabe aus. Auf ein und denselben Geschäftsanteil, dem nach § 47 Abs. 2 GmbHG mehrere Stimmen zugeordnet seien, könne nur einheitlich abgestimmt werden.²⁰¹ Eine unzulässige gespaltene Stimmabgabe sei als Stimmenthaltung zu werten. Begründet wird diese Position damit, dass die GmbH konzeptuell personalistischer strukturiert sei als die Aktiengesellschaft. Zudem kenne das Recht der GmbH anders als das Aktienrecht keine Möglichkeit anonymer Stimmrechtsausübung durch Banken oder Legitimationsgesellschaften.²⁰² Daneben wird ein Vergleich mit § 18 Abs. 1 GmbHG gezogen: Wenn schon die Mitberechtigung an einem GmbH-Geschäftsanteil keine uneinheitliche Stimmabgabe durch die Mitberechtigten erlaube, dann sei dies erst recht bei einem einzelnen Gesellschafter nicht möglich. Die Gegenposition bejaht die abstrakte Möglichkeit eines GmbH-Gesellschafters, uneinheitlich auf seinen Anteil abzustimmen.²⁰³ Dies sei gerade im Hinblick auf

¹⁹⁸ BGH, Urteil vom 17.09.1964 – II ZR 136/62, WM 1964, 1188; BGH, Urteil vom 21.03.1988 – II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 74.

¹⁹⁹ W. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 47 GmbHG Rn. 10; Bergjan, in: Saenger/Inhester, § 47 GmbHG Rn. 8; Grossfeld/Spennemann, AG 1979, 128, 133; Heckelmann, AcP 170 (1970), 306, 341; Hillmann, in: Henssler/Strohn, § 47 GmbHG Rn. 30; Hüffer/C. Schäfer, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 47 GmbHG Rn. 63 f.; Noack, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 20; Priester, in: FS Weichler, 1997, S. 101, 108; Schauf, GmbHR 2015, 799, 800 f.; K. Schmidt, in: F. Scholz, § 47 GmbHG Rn. 69; S. Schmitz-Herscheidt/Coenen, in: Saenger/Aderhold et al., Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 62.

²⁰⁰ Siehe dazu oben Kap. 4 A. VI. 3.

²⁰¹ So i. E. auch Töteberg, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 75 f., der dabei allerdings der Theorie der unmittelbar einheitlichen Rechtsausübung zu § 18 Abs. 1 GmbHG folgt.

²⁰² Noack, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 20.

²⁰³ Altmeyden, in: ders., § 47 GmbHG Rn. 53; Armbrüster, in: FS G. Bezenberger, 2000, S. 3, 13 ff.; Berner/M. Stadler, GmbHR 2003, 1407 ff.; Blasche, GmbHR 2016, 99, 101 f.; Däubler, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 19 f.; Drescher, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 41; Haußmann, JW 1928, 2904; Klausling, Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände, 1928, S. 29 ff.; Römermann, in: Michalski/Heidinger et al., § 47 GmbHG Rn. 463; Schüppen/Gahn, GmbHR 2006, 432; vgl. auch Barz, JW 1938, 1400.

Treuhandkonstellationen nur konsequent. Aus § 18 Abs. 1 GmbHG lasse sich nichts Relevantes ableiten.²⁰⁴

Der Kritik ist darin zuzustimmen, dass sich aus § 18 Abs. 1 GmbHG kein Argument für oder gegen die Möglichkeit einer gespaltenen Stimmausübung ableiten lässt. Denn § 18 Abs. 1 GmbHG regelt nur die Mitberechtigung an sich und den Umstand, dass eine Entscheidung der Miterben für und gegen den gesamten GmbH-Geschäftsanteil gelten soll. Ob diese Entscheidung jedoch auch die bewusst gespaltene Stimmausübung umfasst, fällt jedoch gerade nicht mehr in den Regelungsbereich der Norm²⁰⁵ und es lässt sich dazu aufgrund der grundverschiedenen Wertungsbereiche auch kein teleologischer Schluss ziehen. Im Weiteren ist diese Frage jedoch ohnehin nicht mit den Besonderheiten der gesamthänderischen Zuordnung der Mitgliedschaft verbunden und kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung daher offenbleiben.²⁰⁶

III. Option der Bestellung eines einzelnen gemeinschaftlichen Vertreters

Es steht den Miterben frei, zur Ausübung der Gesellschafterrechte nach § 18 Abs. 1 GmbHG einen einzelnen gemeinschaftlichen Vertreter zu benennen.²⁰⁷ Die GmbH kann dies durch eine entsprechende Regelung im

²⁰⁴ *Altmeppen*, in: ders., § 47 GmbHG Rn. 53; *Armbrüster*, in: FS G. Bezenberger, 2000, S. 3, 17 f.; *Blasche*, GmbHR 2016, 99, 100; *Däubler*, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 19 f.; *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 41; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger et al., § 47 GmbHG Rn. 463.

²⁰⁵ So auch *Armbrüster*, GmbHR 2001, 1021, 1024; *Blasche*, GmbHR 2016, 99, 100.

²⁰⁶ Unabhängig davon dürfte die Gesellschaft ihren Gesellschaftern und damit auch der Erbengemeinschaft jedenfalls durch privatautonome Regelung im Gesellschaftsvertrag gestatten können, auf ein und denselben Geschäftsanteil uneinheitlich abzustimmen, siehe LG München I, Beschluss vom 23.02.2006 – 17 HK T 1286/06, GmbHR 2006, 431 f.; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 20; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger et al., § 47 GmbHG Rn. 473; a. A. *Hillmann*, in: Henssler/Strohn, § 47 GmbHG Rn. 30.

²⁰⁷ Denkbar erscheint eine Verpflichtung zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters nur unter dem Gesichtspunkt einer einzelfallbezogenen Treuepflicht aufgrund einer etwaigen Unzumutbarkeit der Teilnahme aller Mitberechtigten, siehe *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 11.

Gesellschaftsvertrag auch zur zwingend nötigen Bedingung für die Rechtsausübung²⁰⁸ machen.²⁰⁹

1. Allgemeines

Was die Details zur Rechtsausübung über diese Schiene angeht, so ist grundsätzlich auf die separate Erörterung der aktienrechtlichen Rechtsausübung zu verweisen.²¹⁰ Die Bevollmächtigung kann mit Wirkung gegenüber der GmbH zeitlich, inhaltlich und gegenständlich beschränkt werden.²¹¹ Die Vollmacht zur Ausübung von Stimmrechten bedarf gemäß § 47 Abs. 3 GmbHG der Textform. Im Unterschied zur aktienrechtlichen Satzung kann der Gesellschaftsvertrag der GmbH Vorgaben für die Person des gemeinschaftlichen Vertreters aufstellen.²¹²

²⁰⁸ Zweifelhaft erscheint die Auffassung des OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 151, wonach eine gesellschaftsvertragliche Klausel, die eine „Vertretung der Erbengemeinschaft gegenüber der Gesellschaft“ fordere, von ihrem Wortlaut her nicht die Rechtsausübung der Erbengemeinschaft innerhalb der GmbH (also das Partizipationsverhältnis), sondern nur die Rechtsausübung im Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft wie als einem Drittem und der GmbH erfasse. Lässt sich ein Kapitalgesellschafter bei seiner mitgliedschaftlichen Rechtsausübung vertreten, so mag diese Partizipation *innerhalb* der Kapitalgesellschaft stattfinden, das ändert jedoch nichts daran, dass die Rechtshandlung aus der Sicht des Gesellschafters *gegenüber* der Kapitalgesellschaft vorgenommen wird, weil sie nicht mit ihm identisch ist.

²⁰⁹ Da indes jedes Handeln der Miterben für den im Nachlassvermögen befindlichen GmbH-Anteil eine erbengemeinschaftliche Vertretung darstellt (siehe oben Kap. 3 A. II.), wäre eine solche Klausel in Bezug auf die Dogmatik des Erfordernisses zur Stellvertretung rein deklaratorischer Natur. Richtigerweise müsste die Klausel daher wohl so ausgelegt werden, dass die Erbengemeinschaft sich in diesem Fall nur durch eine *einzelne* Person gemeinschaftlich vertreten lassen kann bzw. dass dem Versammlungsleiter der GmbH ein Zurückweisungsrecht analog § 134 Abs. 3 S. 2 AktG eingeräumt wird, um kollektive Selbstbenennungen der Erben zu mehreren gemeinschaftlichen Vertretern zu verhindern.

²¹⁰ Siehe oben Kap. 4 A.

²¹¹ Zutt, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 24.

²¹² Alles, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 176; Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 369 f.; Ebbing, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 59; Kaya, ZEV 2013, 593, 596; Löbbe, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 25; Reichert/Weller, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 68; Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 174, 296; Servatius, in:

2. Sperrwirkung gegenüber der unmittelbaren Rechtsausübung

Die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters führt nicht dazu, dass die unmittelbare Rechtsausübung durch die Miterben gemäß § 18 Abs. 1 GmbHG gesperrt würde. Nicht nur bei Vorliegen der Voraussetzungen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB, sondern auch im Rahmen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB (und erst recht im Rahmen der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB) können die Miterben an dem gemeinschaftlichen Vertreter vorbei für die Erbengemeinschaft die mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte selbst ausüben.²¹³ In diesem Fall gelten die auftretenden Miterben beziehungsweise der einzelne Miterbe der Gesellschaft als konkludent selbst bevollmächtigte, gemeinschaftliche Vertreter.²¹⁴ Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Vertreterklausel, so wird die unmittelbare Rechtsausübung nach § 18 Abs. 1 GmbHG zwar zumeist als gesperrt eingeordnet²¹⁵, was in der Sache auf die Rechtsfolge des § 69 Abs. 1 AktG hinausläufe. Das bedeutet jedoch nicht, dass der einzelne Miterbe im Ergebnis keine Maßnahme der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB an einem bereits bestellten gemeinschaftlichen Vertreter vorbei geltend machen

Noack/Servatius/Haas, § 18 GmbHG Rn. 6; *R. Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 18 GmbHG (Stand: 01.03.2022) Rn. 41.

²¹³ OLG Jena, Urteil vom 25.04.2012 – 2 U 520/11, GmbHR 2013, 149, 151; *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 GmbHG Rn. 12; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 206; *Däubler*, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 19; *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 28; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 82; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1055; *Seibt*, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 21; a. A. wohl *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 118.

²¹⁴ Siehe zur genauen Dogmatik der Stellvertretung der Erbengemeinschaft als Mitglied der Gesellschaft oben Kap. 3 A. II.

²¹⁵ Für eine Sperrung sämtlicher mitgliedschaftlicher Gesellschafterrechte *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 206 ff.; *K. W. Lange*, GmbHR 2013, 113, 118; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 250; zu Recht einschr. *Vocke-Kerkhof*, Die Rechte des GmbH-Gesellschafters in der obligatorischen Gruppenvertretung, 2020, S. 53 ff., 68 ff., 84 ff., der analog zur Regelungswirkung des § 69 Abs. 1 AktG einen Ausschluss des Teilnahmerechts und der Informationsrechte nicht aber des Anfechtungsrechts annimmt.

könne.²¹⁶ Vielmehr ist gerade auch in dieser Geltendmachung die von § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB gedeckte konkludente Selbstbenennung zum gemeinschaftlichen Vertreter der Erbengemeinschaft (gegebenenfalls zusammen mit einem punktuellen Widerruf der Vollmacht eines bereits bestellen gemeinschaftlichen Vertreters) zu sehen. Denn der gesellschaftsrechtliche Vertreterzwang kann keine Aussage darüber treffen, wer nach dem Erbrecht zu dieser Rolle bestimmt ist beziehungsweise ob der Miterbe sich gegebenenfalls nach den Vorschriften des Erbrechts selbst dazu bestimmen kann. Hieran zeigt sich, dass, wenn man die erbrechtliche Seite der Bevollmächtigung berücksichtigt, bei der Rechtsfolge letztlich gar kein greifbarer Unterschied zwischen § 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG besteht. Denn da jeder Miterbe, der für die im Nachlass befindliche Kapitalgesellschaft spricht, stets als Vertreter²¹⁷ handelt, gibt es gar keine denkbare Möglichkeit, wie eine gemeinschaftliche Rechtsausübung nach § 18 Abs. 1 GmbHG aussehen soll, die nicht ohnehin gleichzeitig eine gemeinschaftliche Vertretung im Sinne der Rechtsfolge des § 69 Abs. 1 AktG darstellt.

IV. Zusammenfassung

Auch die Vorschrift des § 18 Abs. 1 GmbHG zur gemeinschaftlichen Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte ist in ihren Einzelaspekten auf die eine Kapitalgesellschaftermitgliedschaft gerichtet, die sich auf der Kollektivebene des Sondervermögens befindet. Die Geltendmachung des mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechts im Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und der GmbH erfolgt somit wie auch die erbrechtliche Beschlussfassung in Kapitel 3 nicht personen-, sondern vermögensbezogen.

V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Gestünde man der Erbengemeinschaft Rechtsfähigkeit zu, so würde der GmbH-Geschäftsanteil personal ausschließlich der Erbengemeinschaft selbst und damit in personenbezogener Hinsicht einem einzelnen, in dieser Funktion der Person gleichsetzbaren Subjekt zugeordnet. Das

²¹⁶ So aber wohl *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 207 f.

²¹⁷ Ob mit oder ohne Vertretungsmacht ist eine separate Frage.

Tatbestandsmerkmal der Rechtsgemeinschaft an einem einzelnen GmbH-Geschäftsanteil wäre damit nicht erfüllt und § 18 Abs. 1 GmbHG würde auf den Fall des an eine Erbengemeinschaft vererbten GmbH-Geschäftsanteils keine Anwendung mehr finden.²¹⁸ Wie bei § 69 AktG stünde § 18 Abs. 3 S. 2 GmbHG der Nichtanwendung des § 18 Abs. 1 GmbHG auf eine rechtsfähige Erbengemeinschaft nicht entgegen.²¹⁹ Auch hier ist indes zu berücksichtigen, dass völlig unabhängig von § 18 Abs. 1 GmbHG bereits in der gesamthänderischen Zuordnung beziehungsweise der Diskrepanz von Vermögen und Person ein Zwang zur Vertretung *sui generis* angelegt ist.²²⁰ Deshalb würde die Anerkennung von Rechtsfähigkeit in der konkreten Rechtsfolge bezüglich der Rechtsausübung ohne Konsequenzen bleiben.

C. Exkurs: Genossenschaftsrecht: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG

Aus § 77 Abs. 1 S. 3 GenG ergibt sich, dass die Erbengemeinschaft am vererbten Anteil an einer eingetragenen Genossenschaft einen gemeinschaftlichen Vertreter benötigt, um ihre mitgliedschaftlichen Rechte²²¹ gegenüber der Genossenschaft geltend zu machen.

I. Entsprechende Anwendung der Grundsätze zu § 69 Abs. 1 AktG

Im Allgemeinen ergeben sich keine Unterschiede zur Art der gemeinschaftlichen Rechtsausübung, wie sie im Aktienrecht gemäß § 69 Abs. 1 AktG angeordnet ist.²²² Insbesondere muss es sich bei dem gemeinschaftlichen

²¹⁸ Vgl. zur Außen-GbR *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 6; *Seibt*, in: F. Scholz, § 18 GmbHG Rn. 7, 16.

²¹⁹ A. A. *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 105; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 3; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 31.

²²⁰ Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 A. II.

²²¹ Der Wortlaut der Vorschrift, der bezüglich der Rechtsfolge nur vom Stimmrecht spricht, ist teleologisch auf sämtliche Mitgliedschaftsrechte zu erweitern, siehe oben Kap. 2 F. III. 2.

²²² Vgl. *Wittenberg*, Willensbildung der Mitglieder und Corporate Governance im neuen Genossenschaftsrecht, 2013, S. 135 ff.

Vertreter nicht zwingend um einen der Miterben handeln.²²³ Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, ob die Ausübung des Stimmrechts stets den Nachweis der Erbfolge etwa in Form eines Erbscheins voraussetzt,²²⁴ oder ob eine Glaubhaftmachung genügt.²²⁵ Im Fall der Stimmrechtsvollmacht ist gemäß § 43 Abs. 5 S. 2 GenG die Schriftform nach § 126 BGB erforderlich.²²⁶ Die Satzung kann Vorgaben zur Person des Vertreters machen.²²⁷ § 77 Abs. 1 S. 3 GenG geht § 43 Abs. 5 S. 4 GenG allerdings insoweit als Spezialregelung vor, als die gemeinschaftliche Vertretung als solche nicht durch die Satzung der Genossenschaft ausgeschlossen werden kann.²²⁸

II. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Da § 77 Abs. 1 S. 3 GenG tatbestandlich keine Rechtsgemeinschaft, sondern explizit das Bestehen mehrerer Erben voraussetzt, wäre diese Vorschrift wohl auch auf den Fall der rechtsfähigen Erbengemeinschaft anwendbar, da sie sonst gar keinen Anwendungsbereich mehr hätte. Die Rechtsfolge des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG würde sich dann allerdings in doppelter Hinsicht in einer rein deklaratorischen Anordnung erschöpfen. Denn die rechtsfähige Erbengemeinschaft einerseits würde ohnehin einen Vertreter nach den §§ 164 ff. BGB benötigen, um handeln zu können. Die Willensbildung in der nichtrechtsfähigen Erbengemeinschaft andererseits vollzieht sich indes ebenfalls immer über eine Vertretung (*sui generis*).²²⁹

²²³ Beuthien, in: ders., § 77 GenG Rn. 3; Hornung, Rpfleger 1976, 37, 38; Wittenberg, Willensbildung der Mitglieder und Corporate Governance im neuen Genossenschaftsrecht, 2013, S. 137.

²²⁴ Beuthien/Götz, ZfG 1978, 78, 82.

²²⁵ Holthaus/Lehnhoff, in: J. Lang/Weidmüller, § 77 GenG Rn. 11; Hornung, Rpfleger 1976, 37, 38; Schaffland, Die Vererbung der Mitgliedschaft nach § 77 GenG, 1982, S. 24 f.

²²⁶ Holthaus/Lehnhoff, in: J. Lang/Weidmüller, § 43 GenG Rn. 91; Keßler, in: Hillebrand/Keßler, § 77 GenG Rn. 5; Wittenberg, Willensbildung der Mitglieder und Corporate Governance im neuen Genossenschaftsrecht, 2013, S. 137.

²²⁷ Holthaus/Lehnhoff, in: J. Lang/Weidmüller, § 43 GenG Rn. 100 und § 77 GenG Rn. 10; Schaffland, Die Vererbung der Mitgliedschaft nach § 77 GenG, 1982, S. 20 ff.; Schöpflin, in: Beuthien, § 43 GenG Rn. 39.

²²⁸ Keßler, in: Hillebrand/Keßler, § 77 GenG Rn. 5.

²²⁹ Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 A. II.

D. Zwischenstand zu den Rechtsausübungsvorschriften

Der gesamte Fragenkomplex zu den Unterschieden in der Rechtsfolge zwischen § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG hängt an der Frage, was es bedeutet, wenn statt einer einzelnen, explizit als gemeinschaftlicher Vertreter benannten Person sämtliche Miterben, die Erbenmehrheit oder nur ein einzelner Miterbe das Mitgliedschaftsrecht ausüben möchten. Hierfür ist eine hypothetische Betrachtung anzustellen. Gäbe es die drei körperschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechtsgemeinschaft nicht, dann wäre es möglich, dass alle Miterben zusammen die mitgliederschaftlichen Gesellschafterrechte einstimmig im Wege der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB gegenüber der Körperschaft ausüben. In den Fällen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB und der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB träten gerade nicht sämtliche Miterben parallel auf. Es existiert innerhalb der §§ 2032 ff. BGB jedoch kein dogmatisches Konzept, wie die einzelnen Gesamthänder außerhalb der Regeln zur Stellvertretung nach den §§ 164 ff. BGB für die gesamte, nichtrechtsfähige Subjektgruppe der Gesamthand sprechen könnten. In allen Fällen der Nachlassverwaltung sind demnach die jeweils auftretende Erbenmehrheit, der einzelne Miterbe oder sogar alle Miterben zusammen zwingend als zur Vertretung der gesamten Subjektgruppe befugte, gemeinschaftliche Vertreter anzusehen.

Exakt dies geschieht bei § 18 Abs. 1 GmbHG. Aber auch bei den (scheinbaren) Vertreterzwangsvorschriften des § 69 Abs. 1 AktG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG ist es möglich, dass die Erbenmehrheit nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB, die Erbengesamtheit nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB oder der einzelne Miterbe nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB als (konklu- dent) selbstbenannte gemeinschaftliche Vertreter auftreten.²³⁰ Denn die Vertretung einer Erbengemeinschaft erfolgt stets objektbezogen und adressiert erst im zweiten Schritt die einzelnen Miterben als personale

²³⁰ Dieser Gedanke findet sich im Ansatz auch bei *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 20: „Allerdings muss beim Auftreten einzelner oder gar aller Mitberechtigter geprüft werden, ob nicht von einer Benennung als gemeinschaftliche(r) Vertreter auszugehen ist“.

Endzurechnungspunkte.²³¹ Der eigentliche, im Ergebnis für die drei Körperschaftsformen relevante Unterschied bei der rechtsgemeinschaftsbezogenen Rechtsausübung liegt somit in der Befugnis des jeweiligen Versammlungsleiters, die Zahl der für die Rechtsgemeinschaft Auftretenden zu reduzieren, d. h. alle gemeinschaftlichen Vertreter bis auf einen zurückzuweisen. Dieses Zurückweisungsrecht existiert allerdings ausdrücklich nur bei der Aktiengesellschaft in Form des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG. Die unmittelbare Geltendmachung des mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechts in der Gesellschafterversammlung durch einen oder mehrere Miterben (Phase B2) nach § 18 Abs. 1 GmbHG ist somit gar keine unmittelbare Geltendmachung im engeren Sinne, sondern ebenso gemeinschaftliche Vertretung, wie wenn die Erbengemeinschaft einen externen Vertreter bestellt hätte. Die Regelungen des § 18 Abs. 1 GmbHG einerseits und des § 69 Abs. 1 AktG sowie des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG andererseits erweisen sich damit auf der Rechtsfolgenseite als identisch.

E. Übertragung auf die mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte

Bei der Anwendung der erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften auf die untersuchungsrelevanten Handlungen der Erbengemeinschaft ist nun nach dem jeweiligen Gesellschaftsanteil und der einschlägigen Vorschrift zur Erbengemeinschaft zu unterscheiden.

I. Unmittelbare Rechtsausübung gemäß § 18 Abs. 1 GmbHG

Bei der unmittelbaren Rechtsausübung gemäß § 18 Abs. 1 GmbHG ist nach den einzelnen GmbH-Gesellschafterrechten und dabei wiederum nach den Verwaltungsrechten und den Vermögensrechten zu differenzieren.²³²

²³¹ Siehe oben Kap. 3 A. II.

²³² T. Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG, § 45 GmbHG Rn. 12.

1. Verwaltungsrechte

a) Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung

Das Recht des Gesellschafters auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung ergibt sich aus dem Kernbereich der Mitgliedschaft.²³³ Es ist damit prinzipiell unentziehbar und steht dem Gesellschafter auch bei Vorliegen eines Stimmrechtsausschlusses zu.²³⁴ Es erstreckt sich auf die Möglichkeit der Teilnahme an der Willensbildung der Gesellschaft und lässt sich daher einer Gruppe von Mitgliedschaftsrechten zuordnen, die nachfolgend als *präpartizipatorisch* bezeichnet wird. Die ganz herrschende Meinung gesteht das Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung jedem einzelnen Miterben als solchem zu.²³⁵ Denn er sei Gesellschafter der GmbH. Ohne eine solche Teilnahme sei es dem einzelnen Miterben mithin nicht möglich innerhalb der Erbengemeinschaft zu entscheiden, wie das Stimmrecht auszuüben sei oder welche Weisung einem gegebenenfalls fakultativ bestellten gemeinschaftlichen Vertreter erteilt werden müsse.²³⁶ Diese Auffassung gerät in Konflikt mit der Dogmatik der mitgliederschaftlichen Zuordnung. Die kapitalgesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft ist dem Vermögensträger der Erbengemeinschaft statt den einzelnen Privatvermögen der Miterben zugeordnet.²³⁷ Die Ableitung des Teilnahmerechts aus einer Gesellschaftereigenschaft des einzelnen Miterben ist mit den

²³³ T. Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG, § 48 GmbHG Rn. 9.

²³⁴ T. Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG, § 48 GmbHG Rn. 12.

²³⁵ Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 137; Ebbing, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 47; Eichmanns, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 151; Löbbe, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 22; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 5; Reichert/Weller, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 42; Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 144 f.; J. Schmidt, NZG 2015, 1049, 1050; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 536; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, § 18 GmbHG Rn. 4; R. Wilhelmi, in: BeckOK GmbHG, § 18 GmbHG (Stand: 01.03.2022) Rn. 23.

²³⁶ Ebbing, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 47.

²³⁷ Siehe oben Kap. 3 A. II. 4.

kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverboten²³⁸ unvereinbar.²³⁹ Denn wenn der einzelne Miterbe als ein Gesellschafter an der Gesellschafterversammlung teilnehmen könnte, dann täte er das nicht als Vertreter der Erbgemeinschaft, d. h. sozusagen als Vollzieher der Verwaltung nach § 2038 BGB, sondern für sich selbst. Bruchteilmitgliedschaftsrechte darf es jedoch nicht geben.²⁴⁰ Jedes Handeln eines Miterben in Bezug auf den Nachlass und damit auch den GmbH-Geschäftsanteil ist im Rahmen des Untersuchungsgegenstands als Vertretung des Nachlasses *sui generis* einzuordnen.²⁴¹

In Bezug auf den objektiven Sinn und Zweck erscheint es gleichwohl richtig, jedem einzelnen Miterben die Teilnahme zuzugestehen. Denn die bloße Anwesenheit begründet nicht die Gefahr, dass Uneinigkeiten zwischen den Miterben entstehen, welche dann zum Risiko für die Gesellschaft werden könnten. Insofern ist das Interesse des Miterben, der Willensbildung in der Gesellschaft zumindest persönlich beiwohnen zu können, nicht gegen das Schutzinteresse der Gesellschaft gerichtet.²⁴² Das Zugeständnis, dass jeder einzelne Miterbe an der Gesellschafterversammlung teilnehmen kann, ist also in der Sache das richtige Ergebnis, es benötigt jedoch noch eine dogmatisch hinreichend stichhaltige Begründung. Das Problem liegt darin, dass das Teilnahmerecht ein ureigen personenbezogenes Recht ist, welches nicht auf Rechtsmacht, sondern auf physische Präsenz ausgerichtet ist. Wie aber kann dieses Recht im Wege der Vermögenszuordnung und aufgrund der kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverbote einem Kollektiv zugeordnet sein, ohne dass dieses Kollektiv das Recht durch Organe wahrnehmen könnte? Wie können mehrere Miterben nebeneinander das

²³⁸ Siehe oben Kap. 2 B.

²³⁹ Im Rahmen der Paralleelfrage nach der Rechtsableitung im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft verwendet *Lehmann-Richter*, ZWE 2022, 389, 392 die treffende und insoweit entsprechend übertragbare Formulierung „Einheits- oder Vervielfältigungstheorie?“.

²⁴⁰ Siehe oben Kap. 3 Fn. 227.

²⁴¹ Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 A. II.

²⁴² Vgl. *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbgemeinschaft, 1980, S. 151.

eine Teilnahmerecht der Erbengemeinschaft ausüben, wenn sie doch keine Organe eines rechtsfähigen Subjekts sind?²⁴³

Die Lösung kann nur darin liegen, dass man die vermögenszuordnende Perspektive durch eine personenbezogene ergänzt. Das Teilnahmerecht, das der Mitgliedschaft im Sondervermögen zugeordnet ist, kann parallel von allen Miterben ausgeübt werden, indem man die Teilnahme jedes einzelnen Miterben als Form der Nachlassverwaltung begreift. Die Teilnahme der Erbengemeinschaft erfolgt durch die Teilnahme der Miterben, ohne dass diese jeder für sich selbst als Gesellschafter, d. h. als Träger von einzelnen Mitgliedschaften, anzusehen wären. Aufgrund der Besonderheit des Teilnahmerechts handelt es sich dabei nicht um das Entstehen von Bruchteilmitgliedschaftsrechten. Denn bei diesem Mitgliedschaftsrecht geht es allein um physische Anwesenheit. Diese kann kraft Natur der Sache nur eine natürliche Person wahrnehmen. Bei einer juristischen Person nehmen deren Organe dieses Recht für sie wahr. Die Erbengemeinschaft ist aber erstens keine Person und dieser zweitens auch nicht gleichgestellt. Die Kollision von Gesamthand und Einzelpersonenbegriff zwingt den Rechtsanwender somit zu einer Durchschlagsbetrachtung. Das Teilnahmerecht einer Erbengemeinschaft muss ausnahmsweise vom Begriff der Einzelperson abgelöst werden. Jeder Miterbe, der das eine Teilnahmerecht der Erbengemeinschaft ausübt, tut dies sozusagen als Vertreter *sui generis* mit punktueller Einzelvertretungsbefugnis.

Damit ist geklärt, wie ein einzelner Miterbe in dogmatischer Hinsicht nach außen für die Erbengemeinschaft an der Gesellschafterversammlung teilnehmen kann. Nun braucht es noch eine Kompetenzregelung zur Frage nach innen, wie sich eine voraussetzungslose Ausübung im Verhältnis zu den übrigen Miterben rechtfertigt. Hier hilft die zum Informationsrecht nach § 51a GmbHG befürwortete Anwendung des § 2039 S. 1 BGB²⁴⁴ weiter. Zwar erscheint es nicht offensichtlich, das abstrakte Teilnahmerecht als konkreten Anspruch im Sinne des § 194 S. 1 BGB einzuordnen, den die Vorschrift voraussetzt²⁴⁵. Der Sinn und Zweck des § 2039 S. 1 BGB, die

²⁴³ Diese tiefere, sich erst aus der Gesamtschau der erbrechtlichen Gesamthand- und allgemein bürgerlich-rechtlichen Rechtsfähigkeitsdogmatik ergebende Frage erahnt *Lehmann-Richter*, ZWE 2022, 389, 392 f. im Rahmen seiner Untersuchung zur Parallelfragestellung bei § 25 Abs. 2 S. 2 WEG zwar, er geht jedoch nicht weiter auf sie ein.

²⁴⁴ Siehe dazu unten Kap. 4 E. I. 1. d).

²⁴⁵ Siehe oben Kap. 3 Fn. 21.

Verwaltung des Nachlasses bei der Einziehung von Forderungen, d. h. dort wo keinerlei Handlungsspielraum für die restlichen Miterben verbleibt,²⁴⁶ zu vereinfachen, passt jedoch zu der vorgenannten Konstellation des präpartizipatorischen Mitgliedschaftsrechts. Jeder einzelne Miterbe kann somit gemäß § 2039 S. 1 BGB die Zulassung zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung verlangen. Die „Leistung an alle Miterben“ sieht dann so aus, dass die GmbH verpflichtet ist, ihn (und alle anderen Miterben) zuzulassen.

b) Recht auf Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 50 Abs. 1 GmbHG

Aus § 50 Abs. 1 GmbHG ergibt sich das Recht eines Gesellschafters, dessen Geschäftsanteile zusammen mindesten 10 % des Stammkapitals ausmachen, die Einberufung der Gesellschafterversammlung zu verlangen. Nach § 50 Abs. 3 GmbHG kann er die Gesellschafterversammlung selbst einberufen, wenn diesem Verlangen nicht entsprochen wird. Die Einberufung als solche führt nach den obigen Kriterien zu §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB weder zu einer Wertminderung des Nachlasses noch zu seiner wesentlichen Veränderung. Sie kann somit stets mittels eines Mehrheitsbeschlusses der Erben erfolgen.²⁴⁷

Anders als beim Teilnahmerecht kann hier sinnvollerweise keine voraussetzungslose Rechtsausübung im Sinne der oben entwickelten dogmatischen Grundsätze durch den einzelnen Miterben erfolgen. Denn das Anteilsquorum in § 50 Abs. 1 GmbHG impliziert, dass dieses Mitgliedschaftsrecht ausschließlich an die objektbezogene Rechtsmacht des Gesellschafters im Sinne der Vermögenszuordnung des Gesellschaftsanteils gekoppelt sein soll. Das spricht gegen eine erweiterte, personal auf den einzelnen Miterben schauende Betrachtung.

²⁴⁶ Siehe oben Kap. 3 Fn. 18.

²⁴⁷ So i. E. auch *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 135; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 149; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 223.

c) *Recht auf Ankündigung von Beschlussgegenständen nach § 50 Abs. 2 GmbHG*

Das Recht auf Ankündigung von Beschlussgegenständen nach § 50 Abs. 2 GmbHG gewährt der Gesellschafterminderheit die Möglichkeit, Einfluss auf den Inhalt der Tagesordnung zu nehmen. Auch dieses Recht gehört zu den präpartizipatorischen Mitgliedschaftsrechten und führt für sich genommen noch keine Rechtswirkungen herbei, die für die obigen Kriterien der ordnungsmäßigen Verwaltung und der Wesentlichkeit der Veränderung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB relevant wären. Allerdings indiziert der in der Formulierung „In gleicher Weise“ enthaltene Verweis auf die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 GmbHG²⁴⁸ (und damit das darin enthaltene Quorum) den Bezug auf die vermögensrelevante Zuordnung der Mitgliedschaft. Diese liegt nicht bei dem einzelnen Miterben. Auch die Ausübung dieses Mitgliedschaftsrechts kann somit trotz seines präpartizipatorischen Charakters vorbehaltlich des Vorliegens der Voraussetzungen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB grundsätzlich nur durch die Erbenmehrheit beschlossen werden.²⁴⁹

d) *Informationsrechte nach § 51a GmbHG*

Aus § 51a GmbHG ergibt sich ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht²⁵⁰ eines jeden Gesellschafters gegen den Geschäftsführer der GmbH. Mit diesen Informationsrechten soll der Gesellschafter umfassend und zwingend in die Lage versetzt werden, seine Mitgliedschaftsrechte verantwortungsbewusst und sachgerecht auszuüben und zugleich seine Individualinteressen zu wahren.²⁵¹ Er kann seine Informationsrechte jederzeit sowohl innerhalb wie auch außerhalb der Gesellschafterversammlung geltend machen.²⁵² Ihre Geltendmachung hat keine Auswirkungen auf den

²⁴⁸ T. Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG, § 50 GmbHG Rn. 42.

²⁴⁹ A. A. Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 136.

²⁵⁰ Der Begriff des Informationsrechts spaltet sich auf in ein Einsichts- und ein Auskunftsrecht, siehe Brete/Braumann, GWR 2019, 59, 60.

²⁵¹ Hillmann, in: MünchKomm. GmbHG, § 51a GmbHG Rn. 5.

²⁵² OLG Köln, Beschluss vom 18.02.1986 – 22 W 56/85, NJW-RR 1987, 99, 100; Altmeppen, in: ders., § 51a GmbHG Rn. 19; Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 139; v. Bitter, ZIP 1981, 825, 830;

Nachlass, sondern dient vielmehr seiner Erhaltung und unterfällt damit stets den Voraussetzungen der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB.²⁵³

Auch die Informationsrechte stellen präpartizipatorische Mitgliedschaftsrechte dar. Hier stellt sich das Problem, dass der einzelne Miterbe im ersten Schritt auf Informationen bezüglich der Gesellschaft angewiesen sein dürfte, um dann im zweiten Schritt innerhalb des Erbenkollektivs nach § 2038 BGB über die Frage zu entscheiden, wie das gesellschafterliche Stimmrecht auszuüben ist.²⁵⁴ Eine Lösung läge darin, jedem einzelnen Miterben die individuelle Geltendmachung der Informationsrechte nach § 51a GmbHG durch eine Anwendung des § 2039 S. 1 BGB zu ermöglichen. Die GmbH müsse die Information dann allerdings allen Erben gleichermaßen zukommen lassen. Teile die Gesellschaft die Information nur einem Miterben mit, so hätten die übrigen Miterben aus § 242 BGB einen Auskunftsanspruch gegen ihn.²⁵⁵ Dies überzeugt. Die „Gefahr einer Vielzahl unterschiedlicher Informationsverlangen“²⁵⁶ ist im Hinblick auf den Schutzzweck des § 18 Abs. 1 GmbHG erstens gering und steht zweitens nicht auf gleicher Stufe wie das Informationsbedürfnis des einzelnen Miterben. Blockiert die Erbenmehrheit etwaige Versuche der Erbenminderheit ein Informationsrecht auszuüben, so mag dies gegen die Mitwirkungspflicht gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB verstoßen. Es erscheint jedoch völlig unangemessen, die Erbenminderheit dann darauf zu verweisen, die

Hillmann, in: MünchKomm. GmbHG, § 51a GmbHG Rn. 42; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger et al., § 51a GmbHG Rn. 106 ff.; *Strohn*, in: Henssler/Strohn, § 51a GmbHG Rn. 10; *Tietze*, Die Informationsrechte des GmbH-Geschafters, 1985, S. 26 f.; a. A. seinerzeit wohl noch *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 152.

²⁵³ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013 – 7 W 76/13, GmbHR 2014, 254, 256. Da es hier einen Mehrheitsbeschluss mit fünf von sieben der Miterben (jeweils mit gleicher Erbquote) gab, stellte sich die Frage nach einem potenziellen Individualrecht, das der einzelne Miterbe eventuell an der Erbenmehrheit vorbei ausüben könnte, nicht.

²⁵⁴ Vgl. *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 219 f.; die Klage über mangelnde Information in Gesellschaftsangelegenheiten scheint im Übrigen allgemein zu den häufigsten Ursachen von Zerwürfnissen in Familiengesellschaften zu gehören, siehe *Harm P. Westermann*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 21, 27.

²⁵⁵ *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 220.

²⁵⁶ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 140.

Erbenmehrheit auf Zustimmung zum Beschluss bezüglich der Geltendmachung des Informationsrechts zu verklagen.²⁵⁷ Denn die Ausübung des Informationsrechts ist wie die des Teilnahmerechts niemals eine Gefährdung des Nachlasses. Es existiert kein legitimes Interesse einer Erbenmehrheit, der Erbenminderheit entsprechend erfragbare Gesellschaftsinformationen zu verweigern. Das Recht auf Information, das der gesamthänderisch gehaltenen Mitgliedschaft zugeordnet ist, kann somit nur dann effektiv verwirklicht werden, wenn es von jedem der Miterben genutzt werden kann. Im Übrigen können Auskunftsansprüche abstrakt unter § 2039 S. 1 BGB fallen.²⁵⁸ Richtig ist auch, dass die Information allen Erben zukommen muss.²⁵⁹ Denn eine Information, die nicht der anfragende Minderheitserbe sondern die Erbenmehrheit oder gar nur ein anderer Miterbe erlangt, lässt sich nicht der Erbengesamtheit zurechnen, da die Regeln zur Wissensvertretung analog § 166 BGB mangels hierarchischer Ordnung²⁶⁰ innerhalb der Erbengemeinschaft wohl nicht auf diese anwendbar sind.²⁶¹ Die Regelungswirkung des § 18 Abs 3 S. 1 GmbHG passt hier ebenfalls nicht. Denn es wäre sinnwidrig, wenn Miterbe E₁ für die Erbengemeinschaft ein Informationsrecht geltend macht und die Gesellschaft die Information dann mit befreiender Wirkung dem Miterben E₂ zukommen lassen könnte. Der § 18 Abs. 3 S. 1 GmbHG kollidiert insofern mit § 2039 S. 1 BGB und hat hinter diesem zurückzutreten.²⁶²

Die Informationsrechte nach § 51a GmbHG können daher wie das Teilnahmerecht von jedem einzelnen Miterben nebeneinander sowohl²⁶³

²⁵⁷ A. A. implizit *Christ*, in: Ebeling/Geck, Handbuch der Erbengemeinschaft, 2021, § 20 Rn. 799.

²⁵⁸ *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2039 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 7.1; *J. Roth/Gerhardt/Ann*, in: Kroiß/Horn, § 2039 BGB Rn. 3.

²⁵⁹ So bereits BGH, Urteil vom 17.12.1964 – III ZR 79/63, NJW 1965, 396 f. (zum Anspruch der Erbengemeinschaft gegen den Testamentsvollstrecker auf Rechnungslegung nach § 2218 Abs. 2 BGB); *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2039 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 7.1.

²⁶⁰ Vgl. *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 166 BGB Rn. 67 ff.

²⁶¹ A. A. wohl *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 II 3 b (S. 265).

²⁶² Implizit wohl auch *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 160, 220, wobei keine Klarstellung erfolgt, dass diese beiden Normen miteinander in Konflikt geraten.

²⁶³ A. A. *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 153, der dem einzelnen Miterben die

innerhalb wie auch außerhalb der Gesellschafterversammlung für die Erbengemeinschaft ausgeübt werden.

e) Stimmrecht

Das Stimmrecht im Sinne des § 47 GmbHG ist die mitgliedschaftsrechtliche Befugnis, durch Stimmabgabe an Gesellschafterbeschlüssen mitzuwirken.²⁶⁴ Es ist ein rein dialektisches Recht, da die abgegebene Stimme nicht jeden beliebigen Inhalt haben kann, sondern sich auf den jeweiligen Beschlussantrag beziehen muss.²⁶⁵ Besteht zwischen der Erbengemeinschaft und der GmbH Personenidentität, so stellen Abstimmungen im gesellschaftsrechtlichen Beschlussorgan zugleich Beschlüsse der Erbengemeinschaft dar.²⁶⁶

Da es sich um kein der gesellschaftsrechtlichen Willensbildung vorgelagertes, sondern um das den Kern der Partizipation ausmachende Mitgliedschaftsrecht handelt, kann es vorbehaltlich der Regeln zur Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB nicht vom einzelnen Miterben geltend gemacht werden.

Ob die Stimmrechtsausübung durch die Erbenmehrheit nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB oder nur einstimmig durch sämtliche Miterben nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB beschlossen werden kann, hängt wiederum vom gesellschaftsrechtlichen Beschlussgegenstand ab. Aufgrund der Vielzahl möglicher Anträge, Stimmmöglichkeiten und multivariabler Konsequenzen ist es nicht möglich, hier generelle Aussagen zu treffen.²⁶⁷ Der Beschlussgegenstand ist durch die Erben auf etwaige unternehmerische Aspekte wie auch auf seine Auswirkungen auf die Gesellschaft, auf den Gesellschaftsanteil und auf die Erbengemeinschaft zu untersuchen. Anhand dieser

Informationsrechte nur innerhalb der Gesellschafterversammlung zugestehet, außerhalb dieser aber die engen Voraussetzungen der Notverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB zur Anwendung kommen lassen möchte.

²⁶⁴ *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 68; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 32; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger et al., § 47 GmbHG Rn. 43.

²⁶⁵ *Felil*, in: FS Aicher, 2012, S. 79, 89 m. w. N.

²⁶⁶ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 162 ff.; *W. Goette*, DStR 1995, 1396, 1397.

²⁶⁷ So auch *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 155 f.

Merkmale ist zu prüfen, ob die Ausübung des Stimmrechts den Tatbestandsmerkmalen der ordnungsmäßigen Verwaltung und der nichtwesentlichen Veränderung des Gegenstands in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB genügt. Ist dies der Fall, so kann die Erbenmehrheit eine entsprechende Stimmrechtsausübung beschließen.

f) Antragsrecht

Jeder Gesellschafter hat unabhängig von der Größe seines Geschäftsanteils das Recht, Beschlussanträge zu stellen.²⁶⁸ Da der Antrag für sich noch keine verbindliche Willensbildung, sondern nur die Vorstufe zu einer solchen darstellt, handelt es sich auch hierbei um ein präpartizipatorisches Mitgliedschaftsrecht. Es wird allerdings darauf verwiesen, dass es den übrigen Gesellschaftern nicht zugemutet werden könne, sich in der Versammlung mit mehreren entgegengesetzten Anträgen einzelner Miterben befassen zu müssen, da dies dem Schutzzweck des § 18 Abs. 1 GmbHG zuwiderliefe. Jeder Gesellschafter könne zu einer Sachfrage nur einen Antrag stellen und der Gesellschafter sei die Erbengemeinschaft.²⁶⁹ Dem ist zuzustimmen. Für diese Einordnung spricht auch der Umstand, dass infolge der Bindung des Stimmrechts an die Vermögensebene, auf der der Geschäftsanteil liegt, im Zweifel nur einheitlich abgestimmt werden kann. Es wäre widersprüchlich, wenn dann im Vorfeld von zwei Miterben zwei widersprüchliche Anträge eingebracht werden könnten.

g) Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen in analoger Anwendung der §§ 241 ff. AktG

Auf das Beschlussrecht der GmbH werden die §§ 241 ff. AktG entsprechend angewandt.²⁷⁰ Jeder Gesellschafter hat demnach das Recht, bei

²⁶⁸ T. Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG, § 48 GmbHG Rn. 151; Noack, in: Noack/Servatius/Haas, § 48 GmbHG Rn. 20.

²⁶⁹ Eichmanns, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 154.

²⁷⁰ BGH, Urteil vom 16.12.1953 – II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 235; BGH, Urteil vom 09.12.1968 – II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 210 f.; BGH, Urteil vom 21.03.1988 – II ZR 308/87, BGHZ 104, 66 ff.; BGH, Urteil vom 25.11.2002 – II ZR 69/01, NZG 2003, 127, 128; BGH, Urteil vom 11.02.2008 – II ZR 187/06, NZG 2008, 317, 318; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.04.2013 – 2 (7) Ss 89/12 – AK 63/12, NZG 2013, 818 f.;

Vorliegen der weiteren Voraussetzungen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse zu erheben. Weder § 2039 S. 1 BGB noch § 2040 Abs. 1 BGB sind einschlägig.²⁷¹ Es zählt allein die Regelung des § 2038 BGB.

Die Grundlage für die Anfechtungsbefugnis ist die Mitgliedschaft.²⁷² Dabei ist nach den obigen Kriterien festzustellen, ob es sich um eine Maßnahme der Mehrheits- oder der Gemeinschaftsverwaltung handelt. In aller Regel dürfte die Geltendmachung eines Beschlussmangels in den Bereich der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB fallen.²⁷³ Der Position, dass jeder Miterbe pauschal stets die Nichtigkeit²⁷⁴ eines GmbH-Beschlusses geltend machen könne, wird nicht gefolgt. Denn da die Beschlussmängelklage an die Mitgliedschaft eines einzelnen Gesellschafters, der Erbengemeinschaft, gekoppelt ist, besteht auch hier das Bedürfnis zur Willensvereinheitlichung. Der einzelne Miterbe kann die Beschlussmängelklage allerdings dann erheben, wenn die Voraussetzungen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB vorliegen.²⁷⁵

h) Einwirkung auf die Geschäftsführung und sonstige Verwaltungsrechte

Die Gesellschafter können maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der GmbH nehmen. Sie tun dies, indem sie die Geschäftsführer nach § 46 Nr. 5 GmbHG bestellen, abberufen und entlasten, oder indem sie der

OLG Rostock, Urteil vom 28.05.2003 – 6 U 173/02, NZG 2004, 191, 192; *Altmeyen*, in: ders., Anh. § 47 GmbHG Rn. 1 f.; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, § 241 AktG Rn. 3; *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 317; *Rensen*, in: Saenger/Inhester, Anh. Zu § 47 GmbHG Rn. 1; *C. Teichmann*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, Anh. § 47 GmbHG Rn. 1 ff.; *Wertenbruch*, in: MünchKomm. GmbHG, Anhang § 47 GmbHG Rn. 1; krit. Dazu etwa *Casper*, ZHR 163 (1999), 54, 76 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, 1989, S. 136 ff. und passim; *Zöllner/Noack*, ZGR 1989, 525, 532 ff.

²⁷¹ Siehe oben Kap. 3 A. I. 4. b) dd).

²⁷² *Wertenbruch*, in: MünchKomm. GmbHG, Anhang § 47 GmbHG Rn. 248.

²⁷³ *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 157; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 249.

²⁷⁴ *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 157.

²⁷⁵ Siehe zur Einzelverwaltung gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB als Ausnahme bereits oben Kap. 4 B. I. 3.

Geschäftsführung im Wege eines formalen Gesellschafterbeschlusses nach § 47 GmbHG Weisungen gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG²⁷⁶ erteilen. Entsprechend den obigen Kriterien ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Maßnahme der Mehrheitsverwaltung zuzuordnen beziehungsweise ob je nach Lage auch eine Einzelverwaltung möglich ist. Weitere Ausführungen hierzu wären hochgradig einzelfallabhängiger Natur und damit nicht mehr im Sinne des Untersuchungsgegenstands.

Zu den übrigen Verwaltungsrechten, die in aller Regel einzelfallabhängige, unternehmerisch-gestaltende Auswirkungen haben, ist ebenfalls eine auf dieser Grundlage anzustellende Einzelfallbetrachtung anzustellen.

2. Vermögensrechte

Das gleiche gilt bezüglich der Vermögensrechte, unter die insbesondere das Gewinnbezugsrecht nach § 29 GmbHG und das Recht auf den Liquidationsanteil nach § 72 GmbHG fallen.

II. Bestellung und Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters

Der Beschluss über die Bestellung oder Abberufung eines gemeinschaftlichen Vertreters im Sinne des § 69 Abs. 1 AktG beziehungsweise des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG (oder fakultativ im Rahmen des § 18 Abs. 1 GmbHG) stellt grundsätzlich eine Maßnahme der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB dar.²⁷⁷ Da die Bestellung keine Auswirkungen auf die qualitative Nachlasszusammensetzung im Sinne des § 745 Abs. 3 BGB hat, gilt dies auch dann, wenn die jeweilige Gesellschaftsbeteiligung einen

²⁷⁶ Siehe dazu *Altmeyden*, in: ders., § 37 GmbHG Rn. 15; *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 333 f.; *T. Lenz*, in: Michalski/Heidinger et al., § 37 GmbHG Rn. 16 ff.; *Lücke/S. Simon*, in: Saenger/Inhester, § 37 GmbHG Rn. 12 ff.; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, § 37 GmbHG Rn. 13 ff.; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm. GmbHG, § 37 GmbHG Rn. 115 ff.

²⁷⁷ BayObLG, Beschluss vom 02.08.1968 – 2 Z 54/68, AG 1968, 330, 331; *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 GmbHG Rn. 11; *Keßler*, in: Hillebrand/Keßler, § 77 GenG Rn. 5; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 104 Rn. 188 (S. 1025); *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 164; *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 49; *Waldherr*, Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, 1998, S. 152; *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 24; a. A. *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 347 f.; *Däubler*, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 18.

wesentlichen Teil des Gesamtnachlasses ausmacht und die Verwaltung derselben damit von zentraler Relevanz ist. An der Ordnungsmäßigkeit im Sinne des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB kann es jedoch dann fehlen, wenn die Bestellung einer bestimmten Person zum gemeinschaftlichen Vertreter oder die Abberufung desselben unwirtschaftlich, unzweckmäßig oder schlechthin völlig unvernünftig erscheint. Dabei sind die oben erarbeiteten Grundsätze zur entsprechenden Berücksichtigung des Geschäftsleiterermessens nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG anzuwenden. In den Fällen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB kann sich der jeweils das Heft in die Hand nehmende Miterbe zum Zwecke der Rechtsausübung (auch konkludent) selbst zum gemeinschaftlichen Vertreter bestimmen.

III. Erteilung einer Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter bezüglich der Ausübung eines bestimmten Mitgliedschaftsrechts

Ist ein gemeinschaftlicher Vertreter bestellt, so läuft die Ausübung mitgliedschaftlicher Aktionärs- und Genossenrechte über Eck. Demzufolge sind die Kriterien zur erbrechtlichen Willensbildung nicht auf die direkte Geltendmachung des Mitgliedschaftsrechts, sondern auf die Erteilung einer Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter zur Ausübung eines bestimmten Mitgliedschaftsrechts anzuwenden.

1. Aktienrecht: § 69 Abs. 1 AktG

Auch im Aktienrecht ist zwischen versammlungsgebundenen und nichtversammlungsgebundenen Mitgliedschaftsrechten zu unterscheiden.²⁷⁸

a) Versammlungsgebundene Aktionärsrechte

Bei den versammlungsgebundenen Aktionärsrechten handelt es sich um Verwaltungsrechte.²⁷⁹

²⁷⁸ *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 118 AktG Rn. 39.

²⁷⁹ *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 118 AktG Rn. 39.

aa) Teilnahmerecht

Das Teilnahmerecht ergibt sich direkt aus der Mitgliedschaft²⁸⁰ und umfasst das Recht auf körperliche oder im Fall des § 118 Abs. 1 S. 2 AktG elektronisch vermittelte Präsenz in der Hauptversammlung, das Rederecht, das Recht zur Stellung von Beschlussanträgen sowie das Recht zur Einsichtnahme in das Teilnehmerverzeichnis.²⁸¹ Es ergäbe wenig Sinn, von Gesetzes wegen gleichzeitig die Miterben und einen gemeinschaftlichen Vertreter zur Hauptversammlung zuzulassen, nur damit dann im Rahmen der gesellschaftlichen Willensbildung allein auf den Vertreter abgestellt wird. Übt der Hauptversammlungsleiter für die Aktiengesellschaft das Zurückweisungsrecht nach § 134 Abs. 3 S. 2 AktG aus, so lässt die vertikale Regulationsreichweite des § 69 Abs. 1 AktG demnach keine Ausübung des Rechts auf Teilnahme an der Hauptversammlung durch den einzelnen Miterben zu.

bb) Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG

Die Ausübung des Auskunftsrechts nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG bildet einen wesentlichen Teil der Informationsgrundlage, die der Aktionär benötigt, um sein Stimmrecht im Sinne der §§ 12 Abs. 1 S. 1, 134 AktG auszuüben. Es lässt sich daher als „Hilfsrecht“ bezeichnen, das der effektiven Wahrnehmung anderer mitgliedschaftlicher Positionen dient.²⁸² Es dient in Ergänzung der allgemeinen Publizitätsvorschriften dazu, dem Aktionär den Gebrauch seiner mitgliedschaftlichen Rechte in der Aktiengesellschaft zu ermöglichen.²⁸³ Das betrifft in erster Linie das Stimmrecht²⁸⁴ aber auch die Entscheidung über das Ob und Wie der Geltendmachung von

²⁸⁰ *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 118 AktG Rn. 42 m. w. N.

²⁸¹ *J. Koch*, in: ders., § 118 AktG Rn. 20; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 118 AktG Rn. 69.

²⁸² *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, S. 23; so auch *Busche*, in: FS Reuter, 2010, S. 939 ff.; *C. Teichmann*, NZG 2014, 401 f.; diese Bezeichnung wird bisweilen allerdings als schief kritisiert, da das Auskunftsrecht auch Aktionären zustehe, die nicht stimmberechtigt seien, und es nicht von der Existenz anderer Mitgliedschaftsrechte abhängig sei, siehe *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72, 73.

²⁸³ BT-Drucks. IV/171 („AktG II“), S. 153; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 131 AktG Rn. 1.

²⁸⁴ *J. Koch*, in: ders., § 131 AktG Rn. 1; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 131 AktG Rn. 1; *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, S. 23 f.; ausf. *Wohlleben*, Informationsrechte des Gesellschafters, 1989, S. 25 ff.

Minderheitsrechten.²⁸⁵ Das Auskunftsrecht steht dem einzelnen Aktionär als Ausfluss aus der Mitgliedschaft selbst zu.²⁸⁶ Die Auswirkung auf die kollektive Willensbildung in der Hauptversammlung ist nicht die Primärrichtung des Auskunftsrechts, sondern ein bloßer Reflex²⁸⁷ desselben. Gegenstand des Auskunftsrechts sind alle Angelegenheiten der Gesellschaft. Zu den unmittelbaren Gesellschaftsangelegenheiten gehören alle Tatsachen, die die Interna des auskunftspflichtigen Unternehmens betreffen. Hierzu zählen zunächst alle Fakten zur Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft. Weiter sind alle rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse innerhalb der Gesellschaftsorgane grundsätzlich auskunftspflichtige Angelegenheiten der Gesellschaft. Schließlich unterfallen den unmittelbaren Gesellschaftsangelegenheiten alle Tatsachen zur Geschäftspolitik und zur Darstellung des Unternehmens in der Öffentlichkeit sowie sämtliche Personalangelegenheiten.²⁸⁸ Umstände außerhalb der Gesellschaft werden zu „Angelegenheiten der Gesellschaft“, wenn sie einen rechtlichen oder tatsächlichen Bezug zum eigenen Unternehmen aufweisen.²⁸⁹ Der Erlass von Art. 9 Aktionärsrechte-RL hat an der etablierten Auslegung der Vorschrift nichts geändert.²⁹⁰ Da auch dieses Recht der eigentlichen Willensbildung in der Aktiengesellschaft vorausgeht, gehört es zur Gruppe der präpartizipatorischen Rechte.

Die Miterben sind wegen der Regelung des § 69 Abs. 1 AktG in Verbindung mit dem Zurückweisungsrecht in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG effektiv von der unmittelbar persönlichen Geltendmachung ausgeschlossen und auf einen einzelnen gemeinschaftlichen Vertreter verwiesen. Diesem können sie zwar Weisungen erteilen, was prinzipiell eine Maßnahme der Mehrheitsverwaltung im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB darstellt. Für ebene Weisungen benötigen die Miterben allerdings ihrerseits eine

²⁸⁵ Hüffer, ZIP 1996, 401, 406.

²⁸⁶ Hüffer, ZIP 1996, 401, 405 f.; J. Koch, in: ders., § 131 AktG Rn. 2; Kubis, in: MünchKomm. AktG, § 131 AktG Rn. 3; Poelzig, in: Spindler/Stilz, § 131 AktG Rn. 2 f.; K. Schmidt, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, S. 21 ff.

²⁸⁷ Kubis, in: MünchKomm. AktG, § 131 AktG Rn. 3; Poelzig, in: Spindler/Stilz, § 131 AktG Rn. 4.

²⁸⁸ J. Koch, in: ders., § 131 AktG Rn. 12; Kubis, in: MünchKomm. AktG, § 131 AktG Rn. 36.

²⁸⁹ Kubis, in: MünchKomm. AktG, § 131 AktG Rn. 37.

²⁹⁰ Pöschke, ZIP 2010, 1221 ff.; a. A. Kersting, ZIP 2009, 2317 ff.

hinreichende Informationsgrundlage.²⁹¹ Existiert nun eine Erbenmehrheit, die die Erbenminderheit aus der Verwaltung der Aktie (beziehungsweise in der Praxis wohl eines Aktienpakets) und der Partizipation in der Aktiengesellschaft heraushalten möchte, so könnte jene womöglich verhindern, dass der gemeinschaftliche Vertreter in der Hauptversammlung sein Informationsrecht geltend macht, indem sie den entsprechenden Weisungsbeschluss blockiert. Der Erbenminderheit wäre dadurch eine gegebenenfalls nötige Informationsgrundlage verwehrt. In jedem Fall wäre die Erteilung einer Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter über das Ob und Wie der Ausübung des Informationsrechts als eine zur Mehrheitsverwaltung erforderliche Maßnahme nach §§ 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB einzuordnen. Der einzelne Minderheitserbe könnte also auf dem Klageweg durchsetzen, dass die übrigen Miterben der Weisungserteilung zustimmen.²⁹² Das erscheint jedoch gerade im Hinblick auf die oben²⁹³ erarbeiteten Grundsätze zu den GmbH-rechtlichen Informationsrechten allzu umständlich. Eine direkte Lösung des Problems durch Zugeständnis der Rechtsausübung an den einzelnen Miterben über § 2039 S. 1 BGB entgegen der Vorgabe der §§ 69 Abs. 1, 134 Abs. 3 S. 2 AktG scheidet aus den zum Teilnahmerecht erörterten Gründen aus. Die Alternative bestünde darin, § 2039 S. 1 BGB analog auf die Weisung an den gemeinschaftlichen Vertreter anzuwenden. Jeder einzelne Miterbe wäre demnach pauschal befugt, einem bereits bestellten gemeinschaftlichen Vertreter die Weisung zu erteilen, das Auskunftsrecht auf bestimmte Weise auszuüben und der Erbengemeinschaft die Information unverzüglich im Anschluss an die Hauptversammlung zuzuleiten. So könnte die Erbenmehrheit die Erbenminderheit nicht von der Informationsgrundlage ausschließen. Dabei ist wie folgt zu unterscheiden: Das Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG ist örtlich-prozedural an die Hauptversammlung gekoppelt.²⁹⁴ Hierin liegt ein entscheidender

²⁹¹ Vgl. *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 153.

²⁹² Siehe zur Mitwirkungspflicht nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB oben Kap. 3 C. I.

²⁹³ Siehe oben Kap. 4 E. I. 1. d).

²⁹⁴ LG Köln, Beschluss vom 02.04.1990 – 91 O 132/89, AG 1991, 38; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 317; *Brete/Braumann*, GWR 2019, 59, 64; *Geißler*, NZG 2001, 539; *Herrler*, in: Grigoleit, § 131 AktG Rn. 8; *J. Koch*, in: ders., § 131 AktG Rn. 9; *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 131 AktG Rn. 25; *T. Liebscher*, in:

Unterschied zu dem Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters der GmbH nach § 51a GmbHG. Dieser kann seine Informationsrechte jederzeit, sowohl innerhalb wie auch außerhalb der Gesellschafterversammlung, geltend machen.²⁹⁵ Das Teilnahmerecht an der aktienrechtlichen Hauptversammlung kann von dem einzelnen Miterben wegen §§ 69 Abs. 1, 134 Abs. 3 S. 2 AktG nicht selbst ausgeübt werden. Bei Stimmrechtsfragen, über die noch in derselben Hauptversammlung beschlossen wird, kann somit nur der von der Erbengemeinschaft benannte, in der Hauptversammlung anwesende gemeinschaftliche Vertreter die jeweiligen Informationen im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang berücksichtigen. Er kann sie der Erbengemeinschaft nach der dogmatischen Konzeption jedoch nicht noch zwischen dem Moment der Auskunftserteilung und dem Moment der Stimmabgabe zuleiten, sodass diese noch eine verbesserte Informationsgrundlage für Weisungen bezüglich der anderen mitgliedschaftlichen Rechte erlangt und gegebenenfalls einen Weisungsbeschluss fasst. Es mag unter Umständen die faktische Möglichkeit geben, diese Prozedur mittels unverzüglicher, digitaler Kommunikation durchzuführen.²⁹⁶ Ob die Miterben dann jedoch noch im Rahmen des engen zeitlichen Zusammenhangs einen entsprechenden Weisungsbeschluss mit hinreichender Mehrheit fassen können, ist – anders als bei dem in zeitlicher Hinsicht erheblich flexibleren Recht der GmbH – offen und in der gesetzlichen Konzeption wohl nicht vorgesehen. Dafür spricht etwa der Vergleich zum Intermediär, der bei Abweichungen von vorher erteilten Weisungen nach § 135 Abs. 3 S. 2 AktG (beziehungsweise auch nach § 665 BGB) dazu verpflichtet ist, dem Aktionär als seinem Geschäftsherrn erst nach der Hauptversammlung unverzüglich zu berichten, da die Zeit für eine vorherige Unterrichtung in aller Regel nicht reicht.²⁹⁷ Für Stimmrechtsfragen, über die unmittelbar in derselben Hauptversammlung entschieden wird, hat die Frage nach dem Auskunftsrecht somit ein nachgeordnetes Interesse. Hier muss sich die

Henssler/Strohn, § 131 AktG Rn. 11; *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72, 73; *Poelzig*, in: Spindler/Stilz, § 131 AktG Rn. 61.

²⁹⁵ Siehe oben Kap. 3 Fn. 252.

²⁹⁶ Vgl. *Grundmann*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 135 AktG Rn. 89.

²⁹⁷ *Herrler*, in: Grigoleit, § 135 AktG Rn. 32; *J. Koch*, in: ders., § 135 AktG Rn. 29; *M. Müller*, in: Hirte/Heidel, § 135 AktG Rn. 9; *T. Liebscher*, in: Henssler/Strohn, § 135 AktG Rn. 14; vgl. auch *Grundmann*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 135 AktG Rn. 94.

Erbengemeinschaft schlechterdings mit der Möglichkeit von abstrakten, strategisch gefassten Weisungen an den gemeinschaftlichen Vertreter begnügen, die in aller Regel Sache der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB sind. Die Erbenminderheit trägt hier ein gesteigertes Risiko, dass ein gemeinschaftlicher Vertreter bestellt wird, der auch ihrem Interesse gewogen ist. Geht es jedoch um versammlungsunabhängige Aktionärsrechte, so sieht die Sache anders aus. Bezüglich dieser liegt der Sinn des Auskunftsrechts darin, dass der gemeinschaftliche Vertreter die entsprechenden Informationen im Anschluss an die Hauptversammlung der Erbengemeinschaft und eben auch der Erbenminderheit zuleitet und dann eine erbrechtliche Willensbildung zur Frage stattfindet. Um hier eine Unterversorgung der Erbenminderheit mit Informationen auszuschließen, sind die zu § 51a GmbHG entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden. Es erscheint widersinnig, die Erbenminderheit auf die Klage zur Durchsetzung des Mitwirkungsanspruchs nach § 2038 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB zu verweisen. Sie muss aus dem Rechtsgedanken des § 2039 S. 1 BGB abgeleitet die Möglichkeit haben, dem gemeinschaftlichen Vertreter im Vorfeld einer Hauptversammlung notfalls auch gegen die Erbenmehrheit die Weisung zu erteilen, das Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG ihren Wünschen entsprechend auszuüben.

cc) Stimmrecht im Sinne der §§ 12 Abs. 1 S. 1, 134 AktG

Das in § 12 Abs. 1 S. 1 AktG mit der Mitgliedschaft verknüpfte Stimmrecht wird von § 134 AktG in seinem Entstehen sowie in seiner Art der Ausübung geregelt. Aufgrund der Vielzahl an möglichen Abstimmungsfragen handelt es sich machttechnisch um das wohl stärkste und weitreichendste Verwaltungsrecht des Aktionärs. So wird zu Recht darauf hingewiesen, dass gerade der Einfluss einer Unternehmerfamilie in einer Aktiengesellschaft nur dann nachhaltig gesichert werden kann, wenn sie über die notwendige Stimmmehrheit verfügt.²⁹⁸ Es gelten die zum GmbH-rechtlichen Stimmrecht entwickelten Grundsätze.²⁹⁹ Aufgrund der Vielzahl an denkbaren Einzelfallsituationen sind die entsprechenden Kriterien im Rahmen der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB heranzuziehen.

²⁹⁸ *Schaub*, ZEV 1995, 82, 88.

²⁹⁹ Siehe oben Kap. 4. E. I. 1. e).

dd) Übrige Rechte

Daneben kommen unter anderem noch das Recht auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach § 147 AktG, der Vertrauensentzug nach § 84 Abs. 3 S. 2 Var. 3 AktG, das Widerspruchsrecht gegen Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 245 Nr. 1 AktG, das Recht auf Einsichtnahme und Erteilung von Abschriften nach § 175 Abs. 2 AktG, § 293f Abs. 2 AktG, § 295 Abs. 1 S. 2 AktG und § 63 Abs. 1 und Abs. 3 UmwG, das Recht auf Sonderprüfung im faktischen Konzern³⁰⁰ nach § 315 AktG, das Recht zur Entsendung in den Aufsichtsrat bei entsprechender Satzungsklausel nach § 101 Abs. 2 AktG und das Recht zur Verpflichtung der Aktiengesellschaft zum Squeeze-Out nach § 327a Abs. 1 S. 1 AktG³⁰¹ in Betracht. Auch bei all diesen versamlungsgebundenen Mitgliedschaftsrechten gilt uneingeschränkt die Vertreterobliegenheit des § 69 Abs. 1 AktG. Die Entscheidungsmacht zur Erteilung einer entsprechenden Weisung dürfte in aller Regel anhand der obigen Kriterien zu §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB bei der Erbenmehrheit liegen.

b) Nichtversamlungsgebundene Aktionärsrechte

Bei den Vermögensrechten handelt es sich um nichtversamlungsgebundene Mitgliedschaftsrechte.³⁰² Im Einzelnen sind davon das Gewinnbeteiligungsrecht nach § 58 Abs. 4 AktG, das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen nach § 186 AktG und das Recht auf Beteiligung am Liquidationsüberschuss nach § 271 Abs. 1 AktG umfasst.³⁰³ Bei den

³⁰⁰ Krit. Zum Begriff des faktischen Konzerns *Zöllner*, ZHR 162 (1998), 235, 238 unter Verweis darauf, dass durch die Mitgliedschaft der Obergesellschaft in der Untergesellschaft ja gleichwohl ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis vorläge.

³⁰¹ Hauptaktionäre im Sinne des § 327a AktG können Aktionäre jeder Rechtsform sein, siehe *Ehricke/M. Roth*, DStR 2001, 1120; *Grunewald*, in: MünchKomm. AktG, § 327a AktG Rn. 5; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 327a AktG Rn. 14; das umfasst gerade auch die Erbengemeinschaft, siehe *Grzimek*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 327a AktG Rn. 31; *J. Koch*, in: ders., § 327a AktG Rn. 10; *Müller-Michaelis*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 327a AktG Rn. 5; *Singhof*, in: Spindler/Stilz, § 327a AktG Rn. 20. Entscheidend ist das Innehaben einer einzelnen Mitgliedschaft.

³⁰² *Kubis*, in: MünchKomm. AktG, § 118 AktG Rn. 51.

³⁰³ Zu beachten ist, dass sich alle drei abstrakten Mitgliedschaftsrechte in auf Leistung gerichtete Gläubigerrechte umwandeln, siehe *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG,

nichtversammlungsgebundenen Verwaltungsrechten nehmen die sich auf Beschlussmängel beziehenden Gestaltungsrechte eine besondere Position ein. Hierunter fallen das Recht auf Erhebung einer Anfechtungsklage nach § 245 AktG beziehungsweise einer Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 249 AktG in Bezug auf Beschlüsse der Hauptversammlung sowie das Recht auf Anfechtung des Gewinnverwendungsbeschlusses bei übermäßiger Thesaurierung nach § 254 Abs. 2 S. 3 AktG. Als sonstige nichtversammlungsgebundene Verwaltungsrechte kommen etwa das Recht auf Einberufung einer Sonderhauptversammlung nach den §§ 122 Abs. 1 S. 1, 138 S. 1 AktG, das Recht auf Erhebung einer Klage auf Nichtigkeit der Gesellschaft nach § 275 Abs. 1 AktG und das Recht auf Einleitung eines Statusverfahrens nach § 98 Abs. 2 Nr. 3 AktG in Frage. Der oben erarbeitete³⁰⁴ Grundsatz, dass die Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB den einzelnen Miterben nicht dazu ermächtigt, sich selbst zum gemeinschaftlichen Vertreter zu benennen, sondern nur die Erteilung einer Sonderweisung an einen bereits bestehenden gemeinschaftlichen Vertreter zulässt, kann nicht sinnvollerweise für die Erhebung einer aktienrechtlichen Beschlussmängelklage gelten. Denn ein ganz wesentlicher Unterschied beim Sinn und Zweck zwischen der Vorgabe der Gemeinschaftlichkeit nach § 18 Abs. 1 GmbHG einerseits und der Vorgabe der gemeinschaftlichen Vertretung nach § 69 Abs. 1 AktG andererseits liegt in der örtlich-zeitlichen Beschränkung eines erheblichen Teils der aktienrechtlichen Rechtsausübung auf die Hauptversammlung. Die Erhebung der Beschlussmängelklage erfolgt indes durch Zustellung der Klageschrift nach § 253 Abs. 1 ZPO³⁰⁵ und damit nicht innerhalb, sondern außerhalb der Hauptversammlung. Hier existiert keine dem § 134 Abs. 3 S. 2 AktG entsprechende Zurückweisungsbefugnis, sodass sich auch eine Erbenmehrheit (gegebenenfalls konkludent) selbst zu gemeinschaftlichen Vertretern benennen kann, ohne dass alle bis auf einen zurückgewiesen werden könnten. Denn die Zurückweisungsbefugnis in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG hat den Sinn, die Aktiengesellschaft in der Hauptversammlung beziehungsweise im Besonderen den Hauptversammlungsleiter vor Meinungsverschiedenheiten zwischen

§ 58 AktG Rn. 103; *J. Koch*, in: ders., § 271 AktG Rn. 2; *Schürnbrand/Verse*, in: MünchKomm. AktG, § 186 AktG Rn. 25.

³⁰⁴ Siehe oben Kap. 4 A. I. 3.

³⁰⁵ *Drescher*, in: Henssler/Strohn, § 246 AktG Rn. 37 f.; *C. Schäfer*, in: MünchKomm. AktG, § 246 AktG Rn. 13.

mehreren, zugelassenen gemeinschaftlichen Vertretern bezüglich der Stimmrechtsausübung zu bewahren. Diese Gefahr besteht aber nur deshalb, weil zwischen der Zulassung mehrerer gemeinschaftlicher Vertreter zur Hauptversammlung, d. h. der Ausübung des präpartizipatorischen Teilnahmerechts³⁰⁶, und der darauffolgenden Ausübung der genuin willensbildenden Verwaltungsrechte wie eben des Stimmrechts eine zeitlich-örtliche Lücke klafft: Mehrere zur Hauptversammlung entsandte gemeinschaftliche Vertreter sind sich aus Sicht des Hauptversammlungsleiters unstreitig darin einig, dass sie alle an der Hauptversammlung teilnehmen wollen. Der Hauptversammlungsleiter ist dann aber während des Ablaufs der Hauptversammlung der Unsicherheit etwaiger Streitigkeiten zwischen den Vertretern ausgesetzt. Deshalb existiert in Form des Zurückweisungsrechts ein Filter, der bereits auf der vorgelagerten Ebene des Teilnahmerechts³⁰⁷ ansetzt.³⁰⁸ Exakt diese Lücke existiert bei den nichtversammlungsgebundenen Aktionärsrechten jedoch nicht, da diese punktuell ohne eine zeitlich-örtlich vorher ablaufende Zulassung ausgeübt werden und für die Rechtsausübung eine verbindliche Einigung zwischen mehreren gemeinschaftlichen Vertretern zwingend nötig ist. Da bei einer Beschlussmängelklage die Klagebefugnis und damit die Erfüllung der Voraussetzungen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB beziehungsweise der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB ohnehin vom Gericht geprüft wird,³⁰⁹ ist die Gefahr einer Rechtsunsicherheit in dieser Hinsicht mithin nicht gegeben. Für die nichtversammlungsgebundenen Mitgliedschaftsrechte ist somit die Möglichkeit einer Selbstbenennung des einzelnen Mit-erben zum gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG und die Ausübung des Rechts im Alleingang im Wege der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB anzuerkennen. Hier geht das Erbrecht dem

³⁰⁶ Siehe dazu oben Kap. 4. E. III. 1. a) aa).

³⁰⁷ Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, § 134 AktG Rn. 42; *J. Koch*, in: ders., § 134 AktG Rn. 27.

³⁰⁸ Bis zur Einführung des Zurückweisungsrechts in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG durch das ARUG im Jahr 2009, siehe BGBl. 2009 I, S. 2479, 2483, enthielt das Gesetz hier im Zusammenspiel mit § 69 Abs. 1 AktG eine Lücke, die im Wege einer Rechtsfortbildung hätte ausgefüllt werden müssen.

³⁰⁹ Siehe nur VGH München, Beschluss vom 07.04.2014 – 2 ZB 12.2332, BeckRS 2014, 50171 Rn. 2, 4; VGH München, Beschluss vom 11.03.2020 – 8 ZB 18.2397, ZEV 2020, 783, 784 Rn. 10, 12 f.

Aktienrecht vor. Da alle diese Rechte eben nicht in der Hauptversammlung ausgeübt werden und somit keine dem § 134 Abs. 3 S. 2 AktG entsprechende Zurückweisungsbefugnis existiert, kann sich auch eine etwaige Mehrzahl an Erben im Wege der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB (gegebenenfalls konkludent) selbst zu gemeinschaftlichen Vertretern benennen, ohne dass alle bis auf einen zurückgewiesen werden könnten. Entscheidend ist insofern nur, dass der einzelne Miterbe beziehungsweise die Erbenmehrheit die Erbeigenschaft beziehungsweise das Vorliegen einer quotalen Erbenmehrheit durch die Vorlage eines Erbscheins nach § 2353 BGB nachweist. Aus dogmatischer Sicht ergibt sich der eigentliche Sinn und Zweck des § 69 Abs. 1 AktG somit erst aus einer die Anwendbarkeit des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG mitberücksichtigenden Gesamtschau.

2. Exkurs: Genossenschaftsrecht: § 77 Abs. 1 S. 3 GenG

Auch die genossenschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte lassen sich in versammlungsgebundene und nichtversammlungsgebundene einteilen.³¹⁰

a) Versammlungsgebundene Mitgliederrechte

Die versammlungsgebundenen Mitgliedschaftsrechte³¹¹ betreffen unter anderem das von § 43 GenG vorausgesetzte Teilnahmerecht, das nicht kodifizierte, zeitlich und örtlich auf die Generalversammlung beschränkte Auskunftsrecht und das Stimmrecht³¹² nach § 43 Abs. 3 GenG. Aufgrund der Parallelität zwischen § 77 Abs. 1 S. 3 GenG und § 69 Abs. 1 AktG kann in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand im Grundsatz auf die entsprechenden aktienrechtlichen Ausführungen³¹³ verwiesen werden. Indes liegt ein entscheidender Unterschied zwischen dem Aktiengesetz und dem Genossenschaftsgesetz darin, dass die für die Stimmrechtsvertretung

³¹⁰ Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 43 GenG Rn. 11 ff.

³¹¹ Siehe zu diesen auch die Übersicht bei Wittenberg, Willensbildung der Mitglieder und Corporate Governance im neuen Genossenschaftsrecht, 2013, S. 112 ff.

³¹² Als Einzelmitglied hat die Erbgemeinschaft bei Fehlen anderweitiger statuarischer Regelungen nur eine einzelne Stimme in der Generalversammlung, vgl. Beuthien/A. Ernst, ZHR 156 (1992), 227, 239; Wittenberg, Willensbildung der Mitglieder und Corporate Governance im neuen Genossenschaftsrecht, 2013, S. 123.

³¹³ Siehe oben Kap. 4. E. III. 1. a) bb).

maßgebliche Vorschrift des § 43 Abs. 5 GenG kein dem heutigen § 134 Abs. 3 S. 2 AktG entsprechendes Zurückweisungsrecht enthält. Im Genossenschaftsrecht ist nicht geregelt oder auch nur angedeutet, mit wie vielen Vertretern ein Mitglied an der Generalversammlung teilnehmen kann.³¹⁴ Demnach wäre das Vertretererfordernis in § 77 Abs. 1 S. 3 GenG an sich zahnlos, da mehrere Miterben sich so selbst zu gemeinschaftlichen Vertretern ernennen und damit faktisch eine Willensbildung wie bei § 18 Abs. 1 GmbHG herstellen könnten. Durch die zeitlich-örtliche Diskrepanz zwischen der Zulassung mehrerer Vertreter zur Generalversammlung und der Ausübung einzelner Rechte in der Generalversammlung entsteht jedoch für die eingetragene Genossenschaft beziehungsweise deren Versammlungsleiter genau die gleiche Gefahr von Rechtsunsicherheit bezüglich der Willensäußerungen für die Rechtsgemeinschaft wie im Aktienrecht. Die in § 69 Abs. 1 AktG versteckte Lücke, die das ARUG im Jahr 2009 mit der Einführung des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG (wohl völlig unbewusst) schloss,³¹⁵ besteht im Recht der Genossenschaft im Rahmen des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG somit zumindest auf der hypothetischen, rechtsdogmatischen Ebene³¹⁶ nach wie vor. Zur Ausfüllung dieser Lücke ist § 134 Abs. 3 S. 2 AktG analog auf die Stimmrechtsvertretung in § 43 Abs. 5 GenG und im Rahmen des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG auf die versamlungsgebundenen Mitgliederrechte anzuwenden. Die Lösung liegt nicht in einer Beschränkung der Benennungsmöglichkeit. Stattdessen muss der Versammlungsleiter befugt sein, für eine einzelne genossenschaftsrechtliche Mitgliedschaft alle wirksam benannten Vertreter bis auf einen von der Teilnahme an der Generalversammlung zurückzuweisen.³¹⁷ Die Erbgemeinschaft muss sich insofern mit der

³¹⁴ *Grossfeld/Spennemann*, AG 1979, 128, 133.

³¹⁵ Siehe oben Kap. 4 Fn. 308.

³¹⁶ Die praktische Relevanz hängt wiederum von der rechtstatsächlichen Frage ab, wie oft bzw. selten es überhaupt vorkommt, dass ein Genosse mehr als einen Vertreter in die Generalversammlung entsenden möchte.

³¹⁷ *A. A. Grossfeld/Spennemann*, AG 1979, 128, 133 f., demzufolge sich zur Konstellation des einzelnen Anteils mit einem Stimmrecht bereits aus § 77 Abs. 1 S. 3 GenG ergebe, dass die Erbgemeinschaft sich nur durch einen einzelnen gemeinschaftlichen Vertreter in der Mitgliederversammlung vertreten lassen könne. Für die juristischen Personen sei eine Ausnahme zu machen, wenn mehrere gesamtvertretungsberechtigte gesetzliche Vertreter existierten. Nur dann sei die Entsendung mehrerer Vertreter in die Generalversammlung zulässig.

Möglichkeit von abstrakten, strategisch gefassten Weisungen an den gemeinschaftlichen Vertreter begnügen, die in aller Regel Sache der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB sind.

b) Nichtversammlungsgebundene Mitgliederrechte

aa) Einsichts- und Abschrifterteilungsrechte

Neben dem generalversammlungsgebundenen Auskunftsrecht existieren das Recht auf Einsichtnahme in und auf eine Abschrift aus der Mitgliederliste nach § 31 Abs. 1 GenG und in Bezug auf den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Bericht des Aufsichtsrats nach § 48 Abs. 3 S. 2 GenG, das Recht auf Einsicht in die Niederschrift der Generalversammlungsbeschlüsse nach § 47 Abs. 4 S. 1 GenG sowie das Recht auf Abschrift über Beschlüsse einer Vertreterversammlung im Sinne des § 43a GenG nach § 47 Abs. 4 S. 2 GenG. Da diese Mitgliedschaftsrechte gerade nicht versammlungsgebunden sind, stehen sie den GmbH-rechtlichen Informationsrechten näher als dem aktienrechtlichen Auskunftsrecht. Mithin besteht bei ihrer Ausübung kein Risiko einer Gefährdung der Rechtssituation der eingetragenen Genossenschaft. Es ist daher sachgerecht, bei diesen Informationsrechten die zu den GmbH-Rechten befürwortete Lösung³¹⁸ entsprechend zur Anwendung kommen zu lassen. Die Rechtsfolge des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG ist teleologisch zu reduzieren³¹⁹. Die Geltendmachung dieser Einsichts- und Abschrifterteilungsrechte ist jedem Miterben nebeneinander gemäß § 2039 S. 1 BGB möglich, solange er sich mittels eines Erbscheins nach § 2353 BGB legitimiert.

bb) Recht auf Erhebung einer Beschlussmängelklage

In Ergänzung des § 51 GenG finden auf das Genossenschaftsrecht die aktienrechtlichen Bestimmungen zur Nichtigkeit von Beschlüssen nach den

³¹⁸ Siehe oben Kap. 3 E. I. 1. d).

³¹⁹ Siehe zum Begriff der teleologischen Reduktion oben Kap. 3 Fn. 30.

§§ 241 ff. AktG analoge Anwendung.³²⁰ Im Einzelnen lassen sich die Ausführungen zum Aktienrecht³²¹ hierauf entsprechend übertragen.

cc) Übrige Rechte

Für die Vermögensrechte und die übrigen nichtversammlungsgebundenen Verwaltungsrechte gilt das gleiche.

IV. Stimmbindungsverträge

Bei der Frage nach den Stimmbindungsverträgen sind im Rahmen des Untersuchungsgegenstands im Einzelnen zwei Konstellationen zu unterscheiden. Einerseits ist es denkbar, dass der Erblasser sich bereits in einem Stimmbindungsvertrag mit seinen Mitgesellschaftern befunden hatte und dieser dann auf die Miterben übergang. Andererseits steht die Frage im Raum, ob die Erbengemeinschaft, wenn bis zum Erbfall noch kein Stimmbindungsvertrag existierte, befugt ist, einen solchen erstmalig mit anderen Gesellschaftern an derselben Gesellschaft abzuschließen.

1. Eintritt in einen bestehenden Stimmbindungsvertrag

Sofern vertraglich nichts Abweichendes geregelt ist, wird ein Pool mit dem Tod des Poolmitglieds nach § 727 Abs. 1 BGB aufgelöst. In der Praxis enthalten Stimmbindungsverträge jedoch oftmals Nachfolgeklauseln, sodass die Erbengemeinschaft in diesem Fall in den Vertrag einrückt.³²² Da es sich bei dem Pool um eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB handelt, geht es um die Vererbung eines Personengesellschaftsanteils. Bei diesem rücken die Erben nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in Erbengemeinschaft, sondern im Wege der

³²⁰ BGH, Urteil vom 23.02.1978 – II ZR 37/77, BGHZ 70, 384, 387; BGH, Beschluss vom 01.07.1994 – BLw 17/94, BGHZ 126, 335, 338; BGH, Urteil vom 26.02.1996 – II ZR 77/95, BGHZ 132, 84, 93; *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 51 GenG Rn. 4; *Geibel*, in: Henssler/Strohn, § 51 GenG Rn. 1; *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 317.

³²¹ Siehe oben Kap. 4 E. III. 1. b).

³²² Vgl. *Klein-Wiele*, NZG 2018, 1401, 1405; *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 313; *C. Müller*, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 39; *A. Wiedemann/Frohmayer*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 283, 294.

Sonderrechtsnachfolge als Nebenerben entsprechend ihrer Erbquoten in den Anteil ein.³²³ Der wohl herrschenden Meinung zufolge könne die Erbgemeinschaft ganz grundsätzlich nicht Einzelgesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein.³²⁴ Unabhängig davon, dass die Mitgliedschaftsbezogenen Teilungsverbote³²⁵ implizieren, dass die Mitgliedschaft in einer Kapitalgesellschaft ganz allgemein nicht zwingend personen-, sondern im Kern vermögensbezogen zu verstehen ist, und dass sich die herrschende Meinung zur fehlenden Personengesellschafterfähigkeit der Erbgemeinschaft unter diesem Gesichtspunkt womöglich anzweifeln lässt, ergäbe dies jedenfalls beim Stimmbindungsvertrag keinen Sinn. Denn da sich der Pool von seinem Seinszweck her vollständig am jeweiligen Körperschaftsanteil orientiert, würde es so zu einem Auseinanderfallen von Poolmitgliedschaft und Gesellschafterstellung kommen. Die Erben würden im Wege der Sonderrechtsnachfolge einzelne Personengesellschafter des Pools, hätten jedoch den jeweiligen Körperschaftsanteil, aus dem sich die Stimmrechte ergeben, gar nicht im eigenen Privatvermögen; er wäre nach wie vor Teil des gesamthänderisch gebundenen Nachlassvermögens mit allen Beschränkungen, die sich aus den körperschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechtsgemeinschaft ergeben. Bei einer Sonderrechtsnachfolge stieße man im Übrigen auf Schwierigkeiten bei der Berechnung des Stimmrechts, das sich bei Aktien unter Umständen entweder vervielfältigt oder unter die Grenze des Teilungsverbots fällt. Richtigerweise ist daher der vererbte Anteil am Stimmrechtskonsortium nicht der Sondernachfolge,

³²³ Dutta, in: v. Staudinger, § 2205 BGB Rn. 166; Muscheler, *Universalsukzession und Vonselbsterwerb*, 2002, S. 56 ff. mit rechtspolitischer Kritik auf S. 112 ff.; Sarakinis, *Die Erbgemeinschaft als Unternehmenserbe*, 2021, S. 95; Winkler, *Der Testamentsvollstrecker*, 2020, S. 210; siehe auch die Nachweise bei Schröder, ZGR 1978, 578, 600 Fn. 75.

³²⁴ Gergen, in: MünchKomm. BGB, § 2032 BGB Rn. 21; Hadding/Kießling, in: Soergel, 13. Aufl. 2012, § 705 BGB Rn. 25 und § 727 BGB Rn. 21; C. Schäfer, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 82; Servatius, in: Henssler/Strohn, § 705 BGB Rn. 22; Harm P. Westermann, in: Erman, § 705 BGB Rn. 22; a. A. Flume, BGB AT I 1, 1977, § 18 III. (S. 395 f.); Heidel, in: Dauner-Lieb/Langen, § 705 BGB Rn. 124; Jäkel, *Die Rechtsfähigkeit der Erbgemeinschaft und ihre Beteiligungsfähigkeit an Personengesellschaften*, 2007, S. 177 f.; wohl auch Habermeier, in: v. Staudinger, § 705 BGB Rn. 31.

³²⁵ Siehe oben Kap. 2 B.

sondern der Gesamtrechtsnachfolge unterworfen.³²⁶ Die Erben in gesamthänderischer Verbundenheit bilden demnach einen einzelnen Gesellschafter in der Pool-Innengesellschaft bürgerlichen Rechts. Damit ist indes wieder das Problem aufgeworfen, dass die anderen Pool-Mitgesellschafter im Verhältnis zur Erbengemeinschaft auf Rechtssicherheit angewiesen sind. Auf die gemeinschaftliche Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft im Pool ist daher der Rechtsgedanke der Vorschrift des § 18 Abs. 1 GmbHG entsprechend anzuwenden.³²⁷ Denn zwar existiert beim Pool – anders als bei den Kapitalgesellschaften – keine eigene Rechtssubjektivität der bloßen Innengesellschaft, die unmittelbaren Schutz vor Streitigkeiten zwischen den Miterben benötigen würde. Das Schutzbedürfnis liegt dafür jedoch bei den anderen Poolmitgliedern. Ihnen gegenüber ist eine einheitliche Willensäußerung der Erbengemeinschaft sicherzustellen. Ein gesetzlicher Vertreterzwang³²⁸ in entsprechender Anwendung des § 69 Abs. 1 AktG oder des § 146 Abs. 1 S. 2 HGB ginge wohl zu weit, da die zeitlich-räumliche Willensbildung im Pool nicht dem strengen Regime der Aktiengesellschaft entspricht und daher keine derart harte Regelung erforderlich macht. Aus der Existenz des § 18 Abs. 1 GmbHG neben § 69 Abs. 1 AktG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG beziehungsweise dem § 146 Abs. 1 S. 2 HGB lässt sich als kleinster gemeinsamer Nenner zwar in der Tat ein allgemeiner Grundsatz der gemeinschaftlichen im Sinne einer einheitlichen Rechtsausübung destillieren, es ist jedoch nicht ersichtlich, dass diese zwingend in Form einer gemeinschaftlichen Vertretung erfolgen müsste.³²⁹ Praktisch ergäben sich allerdings wohl keine Unterschiede zwischen den beiden Grenzen, da sich das Vertretererfordernis beim Handeln für die Erbengemeinschaft gar nicht aus § 69 Abs. 1 AktG, sondern unmittelbar aus der Dogmatik der

³²⁶ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 179 f.; *C. Müller*, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 39 f.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 155; *Schröder*, ZGR 1978, 578, 601 f.; a. A. *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 313.

³²⁷ Vgl. *Schröder*, ZGR 1978, 578, 602 f.

³²⁸ Vgl. auch *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 179 f.

³²⁹ So auch *Schröder*, ZGR 1978, 578, 602 f.; a. A. *Börner*, AcP 166 (1966), 426, 440; *Eiselt*, AcP 158 (1959/1960), 319, 323; wohl auch *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 104 Rn. 195 (S. 1026).

Gesamthandsgemeinschaft selbst ergibt und somit jedes Handeln durch einen oder mehrere Miterben ohnehin eine Vertretung darstellt.³³⁰

2. Abschluss neuer Stimmbindungsverträge

Zum Zwecke der effektiven Verwaltung des Kapitalgesellschaftsanteils muss es der Erbengemeinschaft im Übrigen möglich sein, neue Stimmbindungsverträge abzuschließen. Da sich der gesamte Inhalt des Vertrags auf das kapitalgesellschaftsrechtliche Stimmrecht bezieht, ist sein Abschluss als Nachlassverwaltung im Sinne des § 2038 BGB einzuordnen. Ausnahmsweise bildet die Erbengemeinschaft hier einen einzelnen GbR-Gesellschafter.

V. Zusammenfassung

Der Fragenkomplex rund um die Geltendmachung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte orientiert sich grundsätzlich an der vermögensrechtlichen Zuordnung der Mitgliedschaft hin zum gesamthänderischen Sondervermögen. Die Frage nach der personalen Zuordnung hin zum einzelnen Miterben ist nur beim GmbH-rechtlichen Teilnahmerecht von Relevanz.

Aufgrund der Rechtsnatur der gesamthänderischen Zuordnung sind alle drei körperschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechts- beziehungsweise Erbengemeinschaft an einer einzelnen Mitgliedschaft, § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG, bei genauer Betrachtung als rein deklaratorische Vorschriften einzuordnen. Jedenfalls das Handeln des einzelnen Miterben im Rahmen der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB und das Handeln einer Erbenmehrheit nach § 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB muss eine Vertretung darstellen. Dann aber kann nicht sinnvollerweise das Handeln sämtlicher Miterben nicht auch als Vertretung eingeordnet werden, ohne dass man in einen Wertungswiderspruch geriete. Denn wenn sich mehrere Miterben als Erbenmehrheit zu gemeinschaftlichen Vertretern ernennen und damit das im Verhältnis zu § 18 Abs. 1 GmbHG an sich strengere Vertretererfordernis in § 69 Abs. 1 AktG erfüllen können, dann ergäbe es keinen Sinn, ausgerechnet den Fall strenger

³³⁰ Siehe zur genauen Dogmatik der Stellvertretung der Erbengemeinschaft als Mitglied der Gesellschaft oben Kap. 3 A. II.

zu behandeln, in dem nicht nur mehrere, sondern alle Miterben präsent sind. Jedes Auftreten der Miterben für den Nachlass und damit auch die im Nachlass befindliche Mitgliedschaft in der Körperschaft ist als gesamthänderische Vertretung *sui generis* einzuordnen. Der wahre Wertungsunterschied zwischen dem Recht der GmbH einerseits und dem Aktienrecht sowie dem Genossenschaftsrecht andererseits liegt in der Möglichkeit des aktien- und genossenschaftsrechtlichen Versammlungsleiters, alle gemeinschaftlichen Vertreter bis auf einen von der Teilnahme an der Haupt- beziehungsweise Generalversammlung auszuschließen. Dieses Recht ergibt sich im Aktienrecht aus § 134 Abs. 3 S. 2 AktG beziehungsweise im Genossenschaftsrecht aus einer analogen Anwendung eben dieser Vorschrift.

VI. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Begreift man die Erbengemeinschaft als rechtsfähig, so fände kein klassisch-gesamthänderischer Durchschlag auf die einzelnen Miterben mehr statt. Sämtliche Mitgliedschaftsrechte stünden nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv der Erbengemeinschaft als eigenem Rechtssubjekt zu. Ihre Wahrnehmung würde durch die Miterben als ihre Organe erfolgen. Aus § 2039 S. 1 BGB wäre dann allerdings wohl nichtsdestotrotz der Rechtsgedanke abzuleiten, dass die Wahrnehmung des GmbH-rechtlichen Teilnahmerechts für die Erbengemeinschaft dann jedem einzelnen Miterben zustünde. Auch bei den anderen Mitgliedschaftsrechten dürfte sich in Bezug auf die Schutzwertungen nichts ändern. Denn auch bei gegebener Rechtsfähigkeit würde jedes Handeln eines oder mehrerer Miterben für die eine, im Nachlass befindliche Mitgliedschaft als Vertretung gelten.

F. Die Testamentsvollstreckung

Die letztwilligen Verfügungen bezüglich der Erbquoten können durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung gemäß den §§ 2197 ff. BGB ergänzt werden. Die Motive hierfür sind bisweilen vielfältig und können sowohl Streitvermeidung und Fürsorge wie auch Werterhalt und Herrschsucht beinhalten.³³¹ Die Testamentsvollstreckung an Kapitalgesellschaftsanteilen

³³¹ *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, 463; *Wicke*, ZGR 2015, 161, 163; vgl. auch *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 37.

ist zulässig³³² und kann von der jeweiligen Gesellschaft als solche nicht durch Satzungsbestimmung ausgeschlossen werden.³³³ Ist die Rechtsausübung betroffen, so handelt es sich hierbei um die Variante der Verwaltungsvollstreckung nach § 2209 S. 1 I. HS BGB.³³⁴ Die erbrechtliche Kautelarjurisprudenz empfiehlt diese bei der Vererbung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen bisweilen ausdrücklich als probates Gestaltungsmittel.³³⁵

I. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

Die Testamentsvollstreckung beginnt mit dem Erbfall, setzt allerdings nach § 2202 BGB noch die Annahme des Bestimmten voraus.³³⁶ Wie verhält sich nun die Rechtsfigur des Testamentsvollstreckers relativ zur Erbengemeinschaft, zum gemeinschaftlichen Vertreter und zur Kapitalgesellschaft? Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst zu klären, welche Rechtsstellung der Testamentsvollstrecker nach dem allgemein bürgerlichen Recht einnimmt. Im Anschluss daran kann der Vergleich zum Gesellschaftsrecht gezogen werden.

³³² Insbesondere stellt eine Dauertestamentsvollstreckung an Aktien keinen Verstoß gegen das aktienrechtliche Abspaltungsverbot dar, siehe *Unsöld*, Die Testamentsvollstreckung an Aktien, 2009, S. 48 f.

³³³ BGH, Urteil vom 11.04.1957 – II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 108 f.; BGH, Urteil vom 10.06.1959 – V ZR 25/58, NJW 1959, 1820 f.; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 309; *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 233; *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 464 f.

³³⁴ Siehe zu den verschiedenen Varianten der Testamentsvollstreckung *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 62 Rn. 14 ff. (S. 621 ff.); *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 32.

³³⁵ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 373 ff.; *R.-M. Hübner/Hammes*, BB 2013, 2307; *Werkmüller*, ZEV 2006, 491, 493; ausf. *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 109 ff.; allerdings zur Vorsicht mahnend *Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 473 f.

³³⁶ *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 63 Rn. 39 (S. 629); v. *Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 C. III. (S. 937 f.); *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 83; vgl. zur Frage nach einer Verpflichtung zur Annahme bzw. zu einer Schadensersatzpflicht bei Nichtannahme ohne wichtigen Grund *Muscheler*, ErbR 2020, 326, 329.

1. Allgemeine Rechtsstellung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

Der Testamentsvollstrecker³³⁷ ist ein vom Erblasser bestimmter Verwalter. Befinden sich Kapitalgesellschaftsanteile im Nachlass, so wird er aufgrund seiner Verwaltungstätigkeit nicht selbst zum Gesellschafter, sondern er bleibt formal ein Dritter.³³⁸ Der Aktionär ist nach wie vor einzig und allein die Erbengemeinschaft. Aus § 2205 BGB ergibt sich, dass der Erbengemeinschaft bei angeordneter Testamentsvollstreckung die Verwaltungszuständigkeit bezüglich des Nachlasses entzogen und diese auf den Testamentsvollstrecker übertragen wird.³³⁹ Die Folge ist eine Doppelzuordnung des verwalteten Nachlasses: Der Nachlass als das auf objektbezogener Ebene abgetrennte Sondervermögen ist weiterhin personal der Erbengemeinschaft zugeordnet. Die tatsächliche und rechtliche Herrschaft wird jedoch dem Testamentsvollstrecker zugeschrieben.³⁴⁰ Die Frage nach dem Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker einerseits und der Erbengemeinschaft andererseits lässt sich unterschiedlich beantworten.³⁴¹ Die Untersuchung schließt sich der von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre vertretenen, sogenannten Amtstheorie³⁴² unter Verweis auf

³³⁷ Vgl. zum rechtsgeschichtlichen Hintergrund die ausf. Darstellung bei *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 2 ff., 28 ff.; siehe auch v. *Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 A. (S. 922).

³³⁸ *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 244; *ders.*, ZEV 2002, 389, 390; vgl. auch *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 237.

³³⁹ *V. Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 (S. 922).

³⁴⁰ *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 64 Rn. 86 (S. 644); *Wicke*, ZGR 2015, 161, 164; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 1.

³⁴¹ Siehe v. *Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 B. (S. 923 ff.); *Jacoby*, Das private Amt, 2007, S. 282 ff.; beide mit ausf. Nachweisen.

³⁴² BGH, Urteil vom 29.04.1954 – IV ZR 152/53, BGHZ 13, 203, 205 f.; BGH, Urteil vom 02.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 279; BGH, Urteil vom 04.02.1987 – Iva ZR 229/85, NJW-RR 1987, 1090 f.; *P. Becker*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, Vor § 2197 BGB Rn. 3; *Bengel/F. Dietz*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 1 Rn. 11 ff.; *Dutta*, in: v. Staudinger, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 19; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Vor § 164 BGB Rn. 9; *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 244; *Heckschen/Zweygart-Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 2; *Heintzenberg*, Die Einzelunternehmen im Erbgang, 1957, S. 50; *Hoeren*, in: Schulze et al., Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 4; *R.-M. Hübner/Hammes*, BB 2013, 2307, 2308; *Kapp*,

die Argumentation in den jeweiligen Quellen an. Demnach ist der Testamentsvollstrecker „weder Vertreter des Erblassers noch Vertreter der Erben“, sondern vielmehr „Inhaber eines privaten Amtes“.³⁴³ Zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker besteht ein gesetzliches, größtenteils zwingendes Schuldverhältnis eigener Art nach den §§ 2215 ff. BGB.³⁴⁴ Der Testamentsvollstrecker hat keine Vertretungs-, sondern eine Verwaltungsbefugnis.³⁴⁵ Die Vorschriften zur Stellvertretung in Form der §§ 164 ff. BGB sind nicht einschlägig, sondern nur im Einzelfall und höchstens analog beziehungsweise in Form der zugrundeliegenden Rechtsgedanken anwendbar.³⁴⁶ Im Klagefall ist demnach auch nicht der Erbe die Prozesspartei, sondern der Testamentsvollstrecker selbst.³⁴⁷ Nicht gefolgt wird

BB 1981, 113; *Kroiß*, in: *Kroiß/Horn*, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 2; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 63 Rn. 40 (S. 630); *Leonhardt*, Die Erbengemeinschaft als Inhaber eines Handelsgeschäfts, 1963, S. 126; *Leptien*, in: *Soergel*, 13. Aufl. 1999, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 76; *Löhnig*, Treuhand, 2006, S. 333; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 11; v. *Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 B. (S. 924 ff., 927 f.); *Muscheler*, Erbrecht II, 2012, § 40 Rn. 2722; *Neuner*, BGB AT, 2020, § 49 II. 3. a) (S. 605 Rn. 31 f.); *Schilken*, in: v. *Staudinger*, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 57 ff.; *Steffen*, in: *RGRK BGB*, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 11; *Stürner*, in: *Jauernig*, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 1; *R. Werner*, ZEV 2018, 252, 256; *W. Zimmermann*, in: *MünchKomm. BGB*, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 5; so ausdr. auch zum Fall vererbter Aktien *Unsöld*, Die Testamentsvollstreckung an Aktien, 2009, S. 24 f.; fortentwickelnd *Jacoby*, Das private Amt, 2007, S. 298 ff. („moderne Amtstheorie“); vgl. auch EuGH, Urteil vom 06.12.2007 – C-401/06, NJW 2008, 975, 977; vgl. zum Auftauchen des Amtsbegriffs *Mugdan*, Materialien zum BGB V, 1899, S. 115 (= Mot. BGB V, S. 219).

³⁴³ BGH, Urteil vom 02.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 279.

³⁴⁴ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 233 f.; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 73 (S. 406 ff.); v. *Lübtow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 G. II. a) (S. 982); *W. Zimmermann*, in: *MünchKomm. BGB*, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 6.

³⁴⁵ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 242; in diese Richtung auch bereits *Mugdan*, Materialien zum BGB V, 1899, S. 867 (= Denkschr. BGB, S. 273 ff.).

³⁴⁶ *Heckschen/Zweygart-Heckschen*, in: *Burandt/Rojahn*, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 2; speziell zu § 181 BGB: BGH, Urteil vom 09.12.1968 – II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 214 ff.; speziell zum Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht: BGH, Urteil vom 08.03.1989 – IV a ZR 353/87, NJW-RR 1989, 642 f.; weitergehend *Kapp*, BB 1981, 113.

³⁴⁷ *Muscheler*, Erbrecht II, 2012, § 40 Rn. 2723.

somit der Vertretertheorie³⁴⁸, der Treuhändertheorie³⁴⁹, der Nachlassorgantheorie³⁵⁰ und der Theorie des neutralen Handelns³⁵¹.

2. Besondere Rechtsstellung in Bezug auf § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG

Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für das Recht der betroffenen Körperschaften? Zur Rechtsausübung durch einen oder mehrere (erben-)gemeinschaftliche Vertreter³⁵² kommt mit dem Testamentsvollstrecker nun eine zweite Form der Rechtsmacht ins Spiel. Wie passt er in das gesetzliche Konzept, das § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG zugrunde liegt?

a) Gemeinschaftlicher Vertreter kraft Gesetzes

Die ganz herrschende Meinung in der gesellschaftsrechtlichen Literatur scheint von einem rechtlichen Automatismus auszugehen. Befinde sich ein

³⁴⁸ *Derpa*, Die Zurechnung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns bei Vertretung kraft Amtes, 1973, S. 90 ff.; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT II, 1960, § 180 I. 1. e) (S. 1106); *Flume*, BGB AT II, 1992, § 45 I. 2. (S. 781); *Larenz*, BGB AT, 1989, S. 586 f.; *Medicus/J. Petersen*, BGB AT, 2016, § 57 Rn. 925 (S. 405 f.); *Siber*, Jherings Jb. 67 (1917), 81, 95 ff.; *Stoffels*, in: Heidel/Hübstege et al., § 164 BGB Rn. 26; v. *Tuhr*, BGB AT II 2, 1918, § 84 I. (S. 336 f.) § 86 I. (S. 420 ff.); wohl auch *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/1951), 501, 525 f.; *Ripfel*, GmbHR 1956, 7, 9: „alle Formen [...], die ein Vertretungsorgan haben, insbesondere [...] die Erbengemeinschaft mit Testamentsvollstrecker“; zum Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter auch: *Lent*, ZZZ 62 (1941), 129 ff.; *K. Schmidt*, NJW 1995, 911, 912 ff.; vgl. zu dem *executor testamenti* nach gemeinem Recht auch RG, Urteil vom 18.02.1882 – Rep. I. 666/81, RGZ 9, 208, 210; ein Überblick zu den verschiedenen im neunzehnten Jahrhundert vertretenen Auffassungen findet sich bei *Mugdan*, Materialien zum BGB V, 1899, S. 114 (= Mot. BGB V, S. 217).

³⁴⁹ *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 21; *Kämmerer*, JR 1970, 328, 331; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 66 III. (S. 370 f.); *Lammel*, Die Haftung des Treuhänders aus Verwaltungsgeschäften, 1972, S. 27 ff., 36 ff.; *Storz*, Autonomie und Heteronomie des Testamentsvollstreckers, 2009, S. 78 ff.

³⁵⁰ *Bötticher*, JZ 1963, 582, 585; *ders.*, ZZZ 77 (1964), 55 ff.

³⁵¹ *Dölle*, in: FS F. Schulz II, 1951, S. 268 ff.; zust. *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 66 III. (S. 370).

³⁵² Siehe zur Einordnung eines jedes Handelns für den Nachlass und somit auch für die darin befindliche gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft als Vertretung der Erbengemeinschaft *sui generis* oben Kap. 3 A. II. und oben Kap. 4 D.

Körperschaftsanteil im Nachlass, so werde der Testamentsvollstrecker mit dem Eintritt des Erbfalls auch automatisch kraft Gesetzes zum gemeinschaftlichen Vertreter der Erbengemeinschaft jeweils im Sinne des § 69 Abs. 1 AktG³⁵³, des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG³⁵⁴ oder des § 18 Abs. 1 GmbHG³⁵⁵. Bisweilen fällt der Satz, dass der Testamentsvollstrecker als „der Vertreter die Rechte aus dem Geschäftsanteil kraft Amtes“³⁵⁶ ausübe. Der Bundesgerichtshof hat zu der Frage – soweit ersichtlich – noch keine klare Stellung bezogen.³⁵⁷

³⁵³ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 189; *Bartsch*, Der (unternehmens-)verwaltende Testamentsvollstrecker und seine Haftung, 2010, S. 34; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 10; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 570; *Blasche*, AG 2015, 342, 344; *Flechtheim*, in: Düringer/Hachenburg, § 225 HGB a. F. Anm. 7; *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 246; *ders.*, ZEV 2002, 389, 390; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 69 AktG Rn. 24; *G. Hueck*, in: Baumbach/A. Hueck, § 69 AktG Rn. 3; *J. Koch*, in: *ders.*, § 69 AktG Rn. 3; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 69 AktG Rn. 4; *ders.*, Erbrecht, 2017, § 104 Rn. 188 (S. 1013); *Löhnig*, in: v. Staudinger, § 2032 BGB Rn. 57; *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 6; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 14; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 17; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 69 AktG Rn. 3; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 69 AktG Rn. 4, 10; *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2032 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 30; *Ritter*, in: *ders.*, § 63 AktG a. F. Anm. 1. d); *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 163, 305, 308; *Schlegelberger/Quassowski*, in: *dies.*, § 63 AktG a. F. Rn. 3; *Unger*, in: Rißmann, Die Erbengemeinschaft, 2019, § 17 Rn. 194 (S. 587).

³⁵⁴ *Holthaus/Lehnhoff*, in: J. Lang/Weidmüller, § 77 GenG Rn. 8.

³⁵⁵ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 375; *Altmeyden*, in: *ders.*, § 18 GmbHG Rn. 16; *Brandes*, in: Bork/C. Schäfer, § 18 GmbHG Rn. 7; *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger et al., § 18 GmbHG Rn. 53; *Haegele*, BWNotZ 1976, 53, 58; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 14; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 18 GmbHG Rn. 71; *Wicke*, ZGR 2015, 161, 168; *Michael Winter/Schümmer*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § 18 GmbHG Rn. 11.

³⁵⁶ *Altmeyden*, in: *ders.*, § 18 GmbHG Rn. 16; so wohl auch *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 104 Rn. 188 (S. 1025).

³⁵⁷ So bezog sich BGH, Urteil vom 11.04.1957 – II ZR 182/55, BGHZ 24, 106 ff. nur auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Einzelerben; unklar aber wohl in Richtung einer Annahme der Vertretereigenschaft die Formulierung in BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, BGHZ 201, 216, 226 „wie andere Vertreter von Gesellschaftern auch“.

b) Selbstbenennung unter Ausklammerung des § 181 BGB

Denkbar ist auch der Ansatz, dass der Testamentsvollstrecker sich erst noch zum gemeinschaftlichen Vertreter benennen müsse,³⁵⁸ er also nicht automatisch, sondern erst im Wege eines zusätzlichen Schrittes in die Vertreterstellung nach § 69 Abs. 1 AktG einrücken könne. Da man auf diese Weise in Konflikt mit § 181 BGB käme, solle dieser dann entsprechend teleologisch reduziert werden.³⁵⁹

c) Überlagerung des Vertretererfordernisses durch § 2205 BGB

Zu § 18 Abs. 1 GmbHG wird vereinzelt vertreten, dass, sofern der Gesellschaftsvertrag einen gemeinschaftlichen Vertreter voraussetzt, oder die Miterben einen solchen bestimmen wollen, das Institut des Vertreters von der gesetzlichen Vermögensverwaltungsanordnung in § 2205 BGB schlicht überlagert werde. Für einen gemeinschaftlichen Vertreter existiere damit kein hinreichender Rechtsraum mehr. Der Testamentsvollstrecker nehme dessen Funktion war, ohne einer zu sein.³⁶⁰ In die gleiche Richtung geht die Einschätzung,³⁶¹ dass im Fall der Testamentsvollstreckung eine Bestimmung nach § 69 Abs. 1 AktG nicht mehr nötig und auch ausgeschlossen sei.

d) Stellungnahme

Die ersten beiden vorgenannten Ansätze führen zu dogmatischen Problemen. Die Selbstverständlichkeit, mit der davon ausgegangen wird, dass ein

³⁵⁸ So *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 5; der Möglichkeit der Selbstbenennung zust. *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 305, was allerdings ihrer Aussage auf S. 163, 305, 308 widerspricht, dass der Testamentsvollstrecker bereits kraft Gesetzes gemeinschaftlicher Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG sei.

³⁵⁹ *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 5.

³⁶⁰ *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 346; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 223 f.; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 18 GmbHG Rn. 11; vgl. auch BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 23; OLG Nürnberg, Urteil vom 16.07.2014 – 12 U 2267/12, ZIP 2014, 2081, 2084; *Heckschen/Strnad*, NZG 2014, 1201, 1203 f.; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 18 GmbHG Rn. 14; *Wertenbruch*, in: MünchKomm. GmbHG, Anhang § 47 GmbHG Rn. 255.

³⁶¹ So *Grundmann*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 134 AktG Rn. 90.

Testamentsvollstrecker gleichzeitig ein Vertreter in Bezug auf dasselbe Sondervermögen sein könne, überrascht in Anbetracht der allgemein bürgerlich-rechtlichen Akzeptanz der Amtstheorie. Wenn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch feststeht, dass der Testamentsvollstrecker kein gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft, sondern ein Vermögensverwalter kraft privatrechtlichen Amtes *sui generis* ist, wie kann er dann zur gleichen Zeit nach dem Gesellschaftsrecht der gemeinschaftliche Vertreter der Erbengemeinschaft in Bezug auf den Gesellschaftsanteil als Teil des Sondervermögens sein? Denn der gemeinschaftliche Vertreter gemäß § 69 Abs. 1 AktG, § 77 Abs. 1 S. 3 GenG und § 18 Abs. 1 GmbHG ist in der Tat ein echter Vertreter der Erbengemeinschaft.³⁶² Stellvertretung einerseits und Verwaltung kraft privaten Amtes andererseits sind in Bezug auf ein und dasselbe Rechtsverhältnis jedoch nicht möglich, weil jemand nicht in ein und derselben Sache in eigenem und in fremdem Namen tätig sein kann, ohne dabei unterschiedliche Subjekte zu vertreten.³⁶³ Auf der privatrechtstheoretischen Ebene ist dies für die Frage nach dem Orientierungskern der körperschaftsrechtlichen Vorschriften zur Erbengemeinschaft am Gesellschaftsanteil relevant. Praktisch ist dies etwa für die Frage nach der Parteieigenschaft im Prozess von Bedeutung. Die Frage gewinnt auch dann an Relevanz, wenn nicht einer, sondern mehrere Testamentsvollstrecker vom Erblasser bestellt wurden. In letzter Konsequenz müssten diese bei wortlautgetreuer Anwendung der herrschenden Meinung allesamt kraft Gesetzes in Bezug auf ein und dasselbe Rechtsverhältnis gleichzeitig zu Vermögensverwaltern und gemeinschaftlichen Vertretern werden. Dafür spräche zwar, dass der Testamentsvollstrecker ohnehin bereits an anderer Stelle als gesetzlicher Vertreter im weiteren Sinne interpretiert wird, um bestimmte Rechtsfolgen zur Geltung zu bringen. So geschieht es wohl bereits bei § 241

³⁶² Siehe dazu ausf. oben Kap. 4 A. IV.

³⁶³ V. Lübtow, *Erbrecht* II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 B. (S. 927). Das Phänomen ließe sich in Anlehnung an den gebräuchlichen Begriff der Perplexität wohl mit dem Ausdruck *Identitätspерplexität* bezeichnen; vgl. dazu den umgekehrten Fall, in dem ein Geschäftsgegner ein Rechtsgeschäft mit dem unter fremdem Namen Handelnden und zugleich dem Namensträger abschließen möchte, siehe *Schilken*, in: v. Staudinger, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 90; *Flume*, BGB AT II, 1992, § 44 IV. (S. 779); vgl. auch *Neuner*, BGB AT, 2020, § 49 II. 4. a) (S. 608 Rn. 45): „Der Vertretene muss [...] derart bestimmbar sein, dass mit Sicherheit festgestellt werden kann, wem die vom Vertreter abgegebene Erklärung zuzurechnen ist“.

ZPO³⁶⁴, bei § 211 S. 1 BGB³⁶⁵ und, so man entweder die sogenannte Testamentsvollstreckerlösung oder die sogenannte Vollmachtlösung³⁶⁶ als Prämisse für die Testamentsvollstreckung über Handelsgeschäfte voraussetzt, auch bei § 48 Abs. 1 HGB³⁶⁷. Die gleiche begriffliche Interpretation wird gewählt, um dem Erben mittels § 278 S. 1 BGB das Verschulden des Testamentsvollstreckers zuzurechnen, wenn diesen bei der Erfüllung einer vom Erblasser oder ihm selbst begründeten Nachlassverbindlichkeit ein Verschulden trifft.³⁶⁸ Die Anwendung dieses Ansatzes auf § 69 Abs. 1 AktG liefe indes auf eine Überdehnung der Relativität der Rechtsbegriffe hinaus. Er würde dazu führen, dass es innerhalb des § 69 Abs. 1 AktG zu zwei verschiedenen Vertreterbegriffen käme. Es würden also nicht die Vertreterbezeichnungen an verschiedenen Orten im Gesetz in Form verschiedener

³⁶⁴ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 05.11.1999 – 3 W 112/99, NJW-RR 2000, 815, 816; *Dutta*, in: v. Staudinger, Vor §§ 2197 ff. BGB Rn. 20; *Jaspersen*, in: BeckOK ZPO, § 239 ZPO (Stand: 01.12.2022) Rn. 11; *Muscheler*, Erbrecht II, 2012, § 40 Rn. 2722; *Stackmann*, in: MünchKomm. ZPO, § 241 ZPO Rn. 5.

³⁶⁵ RG, Urteil vom 27.11.1920 – Rep. V. 179/20, RGZ 100, 279, 281; *Grothe*, in: MünchKomm. BGB, § 211 BGB Rn. 5; *Jacoby/Peters*, in: v. Staudinger, § 211 BGB Rn. 5.

³⁶⁶ Zu diesen Begriffen und mit einer Übersicht zu den verschiedenen Lösungsansätzen zur Testamentsvollstreckung über Handelsgeschäfte *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 274 ff.; *Merkt*, in: Hopt, § 1 HGB Rn. 40 ff.; *Quast*, Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter, 2020, S. 35 ff.; *W.-H. Roth*, in: Koller/P. Kindler et al., § 1 HGB Rn. 21; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. HGB, § 1 HGB Rn. 57 ff.; *C. Schubert*, in: Oetker, § 48 HGB Rn. 21; *Weidlich*, NJW 2011, 641 f.; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 19 ff.

³⁶⁷ *Dempewolf*, DB 1956, 886 f.; *P. Krebs*, in: MünchKomm. HGB, § 48 HGB Rn. 24; *Muscheler*, ZEV 2008, 213; vgl. auch *Canaris*, Handelsrecht, 2006, § 9 Rn. 37; offen *K. Weber*, in: Ebenroth/Boujong et al., § 48 HGB Rn. 13.

³⁶⁸ So ausdr. RG, Urteil vom 09.06.1934 – I 20/34, RGZ 144, 399, 402 f.; BGH, Urteil vom 25.01.1957 – VI ZR 319/55, WM 1957, 514, 515; *Bengel/F. Dietz*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 1 Rn. 12; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 251; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, § 68 III. 7. c) (S. 386); *Pickel*, Die Haftung des Testamentsvollstreckers und seine Versicherung, 1986, S. 186 f.; *Schilken*, in: v. Staudinger, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 61; *Steffen*, in: RGRK BGB, Vor §§ 164 ff. BGB Rn. 11; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 142; i. E. auch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 173 ff., 205 ff.; dagegen jedoch als *obiter dictum* RG, Urteil vom 03.02.1939 – VII 122/38, RGZ 159, 337, 352; *Dölle*, in: FS F. Schulz II, 1951, S. 268, 279 f.

Begriffe ausgelegt, sondern ein und dieselbe Bezeichnung in ein und derselben Norm würde in zwei Begriffe aufgespalten. Damit geriete man in einen Konflikt mit dem Wortlaut der Norm. Man müsste ihn in seinem gesamten dogmatisch-linguistischen Aspekt auf null reduzieren.

Eine andere Lösung läge darin, dass man die Rolle des Testamentsvollstreckers aufspaltet und ihn nicht mehr mit einer, sondern mit zwei parallelaufenden Funktionen ausstattet. Der Testamentsvollstrecker würde demnach in Bezug auf das Nachlassvermögen grundsätzlich als Vermögensverwalter gemäß der herrschenden Amtstheorie fungieren. Existiert nur ein einzelner Erbe, so würde in Bezug auf im Nachlass befindliche Kapitalgesellschaftsanteile dasselbe gelten. Befinden sich jedoch solche Anteile im Nachlass und besteht zusätzlich eine Erbengemeinschaft, so würde der Testamentsvollstrecker aufgrund der vorrangigen Regelung des § 69 Abs. 1 AktG sein besonderes Amt in Bezug auf diese Anteile verlieren und stattdessen zu einem gemeinschaftlichen Vertreter der Erbengemeinschaft werden. Damit läge dann ein Unterfall der gesetzlichen Vertretung als Sonderfall der §§ 164 ff. BGB vor. Um die Rechtsmacht gleichwohl beim Testamentsvollstrecker zu erhalten, wären sämtliche Weisungsbefugnisse der Erbengemeinschaft ihm gegenüber in analoger Anwendung der §§ 2197 ff. BGB ausgeschlossen. Der § 69 Abs. 1 AktG würde dadurch zum vorrangigen Spezialgesetz im Verhältnis zu den §§ 2197 ff. BGB. Das erinnert in dogmatischer Hinsicht an das Ergebnis der sogenannten Vollmachtlösung bei der Testamentsvollstreckung über ein Unternehmen nach dem HGB. Diese zielt darauf ab, den Testamentsvollstrecker in Bezug auf das Unternehmen zu einem Vertreter der dann unbeschränkt haftenden Erben zu machen, um zum Schutz der Gläubiger das faktische Entstehen eines Handelsunternehmens mit beschränkter Haftung zu vermeiden.³⁶⁹

Möglich wäre es auch, dem Testamentsvollstrecker nicht die Funktion des gemeinschaftlichen Vertreters zuzuschreiben, sondern ihn stattdessen dazu zu verpflichten, einen gemeinschaftlichen Vertreter zu benennen. Diese Lösung wird bereits für den Fall vertreten, in dem der GmbH-Gesellschaftsvertrag vorschreibt, dass einer der Miterben als gemeinschaftlicher

³⁶⁹ RG, Urteil vom 10.01.1944 – II 103/43, RGZ 172, 199, 205; BGH, Urteil vom 18.01.1954 – IV ZR 130/53, BGHZ 12, 100, 102; ausf. Erläuterungen bei: *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 274 ff.; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 342 ff.

Vertreter zu fungieren hat und der Testamentsvollstrecker diese persönliche Voraussetzung nicht erfüllt. In diesem Fall habe der Testamentsvollstrecker einen der Miterben zum gemeinschaftlichen Vertreter im Rahmen des § 18 Abs. 1 GmbHG zu bestimmen, im Innenverhältnis sei dieser dann jedoch von den Weisungen des Testamentsvollstreckers abhängig.³⁷⁰ Auch hier lässt sich womöglich auf die zur Testamentsvollstreckung über Handelsunternehmen geäußerten Gedanken zurückgreifen. So wird dieses Dreiecks-konzept in Bezug auf § 48 Abs. 1 HGB zur Frage des Verhältnisses von Erbe, Testamentsvollstrecker und dem durch einen Testamentsvollstrecker bevollmächtigten Prokuristen vertreten.³⁷¹ In der Sache erscheint dies jedoch widersinnig. Wenn die Rechtsmacht beim Testamentsvollstrecker liegt, so ist er im Zweifel auch die Person, die am geeignetsten ist, in der gesellschaftsrechtlichen Mitgliederversammlung über die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu entscheiden. Es wäre eine unnötige Verkomplizierung, hier noch kraft Gesetzes einen Mittelsmann zu verlangen. Außerdem würde, da der Testamentsvollstrecker die Rechte im eigenen Namen geltend macht, ein vom ihm bestellter Vertreter nicht die Erbengemeinschaft, sondern den Testamentsvollstrecker selbst vertreten. Der Vertreter wäre damit in begrifflicher Hinsicht schon gar nicht mehr gemeinschaftlicher Natur.

Die vorzugswürdige Lösung liegt im Sinn und Zweck des § 69 Abs. 1 AktG, die Aktiengesellschaft aus den Konflikten innerhalb der Rechtsgemeinschaft herauszuhalten und ihr einen Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen, der Rechtssicherheit verspricht. Der Testamentsvollstrecker stellt in seiner Person nicht nur Rechtssicherheit, sondern aufgrund der Kompetenzregelung des § 2205 S. 1 BGB auch den tatsächlichen Entscheidungsträger in Bezug auf die im Gesellschaftsanteil befindliche, mitgliedschaftliche Rechtsmacht dar. Er ist insofern der ideale Ansprechpartner für die Aktiengesellschaft – noch mehr als es ein privatautonom bevollmächtigter Vertreter wäre. Das Vertretererfordernis in § 69 Abs. 1 AktG muss demnach von der Bestellung des Testamentsvollstreckers überlagert sein. Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung sind die Vorschriften des § 18 Abs. 1 GmbHG und des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG ebenso auszulegen. Die hierfür bislang noch ausstehende, dogmatische Begründung findet sich im

³⁷⁰ Zutt, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 17, 23.

³⁷¹ Muscheler, ZEV 2008, 213 ff.

Wortlaut der körperschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechtsgemeinschaft. Der § 69 Abs. 1 AktG und der § 18 Abs. 1 GmbHG sprechen beide davon, dass *die Berechtigten* an der Aktie die Rechte nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben können. Der § 77 Abs. 1 S. 3 GenG schreibt vor, dass *mehrere Erben* das Stimmrecht nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben können. Für den Testamentsvollstrecker ist damit bei verständiger Würdigung der Vorschriften nicht entscheidend, dass es sich um Rechte aus einem gemeinschaftlich gehaltenen Gesellschaftsanteil handelt, sondern dass er in funktionaler Hinsicht gar kein Beteiligter der Rechtsgemeinschaft und damit kein Adressat der jeweiligen Vorschriften ist. Es zählt hier nicht mehr primär der Umstand, dass die Rechte gesamthänderisch gehaltenen Gesellschaftsanteilen zugeordnet sind. Stattdessen kommt es nun auf die Frage an, ob derjenige, der das mitgliedschaftliche Recht geltend machen möchte, Teil dieser Rechtsgemeinschaft ist beziehungsweise ob er *seine* Geltendmachung von *ihrem* gemeinschaftlichen Recht in personenbezogener Hinsicht ableitet. Die drei Vorschriften des § 69 Abs. 1 AktG, des § 18 Abs. 1 GmbHG und des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG sind so zu lesen, dass sie sich ausschließlich darauf beziehen, dass die Beteiligten an der Rechtsgemeinschaft ihre mitgliedschaftlichen Rechte nicht allein ausüben können, sondern Einschränkungen unterworfen sind. Der Schwerpunkt der drei Tatbestände liegt in dem für den Testamentsvollstrecker relevanten zweiten Schritt nicht mehr auf dem vermögenszuordnenden, sondern auf dem personalen Aspekt. Der Vermögensverwalter ist kein Mitglied in der jeweiligen Rechtsgemeinschaft. Ihm werden die mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte nicht aus einer Eigentümerstellung am Gesellschaftsanteil, sondern ausgehend von seinem privaten Amt *sui generis*, im Einzelnen aus seiner Verwaltungsbefugnis gemäß § 2205 S. 1 BGB, zugeordnet.³⁷² Kennzeichnend für die Testamentsvollstreckung ist gerade das „Auseinanderfallen von Rechtsinhaberschaft und Rechtsausübungsbefugnis“³⁷³. Es wollen also in dieser Konstellation schon gar nicht die Erben beziehungsweise die Berechtigten im Sinne der Vorschriften die Rechte ausüben.

³⁷² Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.1954 – IV ZR 152/53, BGHZ 13, 203, 205: „Der Testamentsvollstrecker leitet seine Befugnisse [...] nicht vom Erben, sondern vom Erblasser her“.

³⁷³ *Reichert/Weller*, in: MünchKomm. GmbHG, § 15 GmbHG Rn. 487.

Die Einschränkungen der drei körperschaftsrechtlichen Normen zur Erbgemeinschaft finden auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung. Er ist *kein* gemeinschaftlicher Vertreter der Erbgemeinschaft. Falls der Testamentsvollstrecker einer der Miterben selbst ist, so überlagert die Testamentsvollstreckereigenschaft ihrerseits die Miterbeneigenschaft. Gegenüber der Gesellschaft hat sich der Testamentsvollstrecker daher auch nicht durch eine Vollmachturkunde, sondern durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB auszuweisen.³⁷⁴

3. Zusammenfassung

Die Ausübung mitgliedschaftlicher Gesellschafterrechte durch einen Testamentsvollstrecker unterfällt – im Kapitalgesellschaftsrecht – nicht den Anwendungsbereichen des § 69 Abs. 1 AktG, des § 18 Abs. 1 GmbHG und – im Genossenschaftsrecht – nicht dem Anwendungsbereich des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG. Dieser Bereich der Vorschriften adressiert somit den personalen Aspekt der Rechtsausübung, in dem er nur die Personen dem Vertretererfordernis unterwirft, die ihr mitgliedschaftliches Recht auch von den Personen der Miterben ableiten, was beim Testamentsvollstrecker nicht der Fall ist.

II. Person des Testamentsvollstreckers

Der Erblasser ist in der Wahl der Person des Testamentsvollstreckers frei. Er kann sowohl natürliche wie auch juristische Personen, insbesondere Banken, Treuhandgesellschaften, Körperschaften, Vereine oder rechtsfähige Gesellschaften bestimmen.³⁷⁵ Insbesondere kann er auch einen der Miterben selbst zum Testamentsvollstrecker ernennen.³⁷⁶ Denkbar ist sogar, dass alle Miterben zu Testamentsvollstreckern ernannt werden, da

³⁷⁴ *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 25; *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 95; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 87; alternativ erscheint auch eine Legitimation durch Vorlage des Testaments und einer Ausfertigung der Annahmeerklärung möglich, siehe v. *Lübnow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 F. IV. (S. 977).

³⁷⁵ *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 68.

³⁷⁶ *Heintzenberg*, Die Einzelunternehmen im Erbgang, 1957, S. 49; v. *Lübnow*, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 C. II. 2. (S. 936); *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 68.

dadurch bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Erben der Mehrheitsbeschluss nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB zugunsten der Mitwirkung und Entscheidung des Nachlassgerichts nach § 2224 Abs. 1 BGB zurücktritt und der Erblasser die Möglichkeit gewinnt, jedem Miterben als Testamentsvollstrecker einen besonderen Wirkungskreis zuzuweisen.³⁷⁷ Der Testamentsvollstrecker kann auch unter den Mitgliedern anderweitiger Organe der Gesellschaft wie etwa der GmbH-Geschäftsführung³⁷⁸, des Vorstands³⁷⁹ oder des Aufsichtsrats³⁸⁰ ausgewählt werden. Im Lichte des Rechtsgedankens von § 134 Abs. 3 AktG und unter Berücksichtigung des Art. 11 Aktionärsrechte-RL lässt sich eine Parallele zwischen dem Stimmrechtsvertreter und dem Testamentsvollstrecker ziehen. Daher ist davon auszugehen, dass die Satzung der Aktiengesellschaft keine Vorgaben für die Person des Testamentsvollstreckers machen kann.³⁸¹

III. Entschlussfassung und Beschlussfassung

Existiert nur ein einzelner Testamentsvollstrecker so findet seine Willensbildung durch persönlichen Entschluss statt. Hat der Erblasser jedoch mehrere Testamentsvollstrecker benannt, so führen diese das Amt gemäß § 2224 Abs. 1 S. 1 BGB gemeinschaftlich.³⁸² Sie bilden ein vermögensverwaltendes Kollektiv.³⁸³ Dies macht für den Prozess der Willensbildung die

³⁷⁷ V. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 C. II. 2. (S. 936); Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 71.

³⁷⁸ Frank, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 267 f.

³⁷⁹ Dutta, in: v. Staudinger, § 2205 BGB Rn. 210; Grunsky, ZEV 2008, 1, 2 ff.; Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 305; W. Zimmermann, in: MünchKomm. BGB, § 2197 BGB Rn. 10; ausf. Unsöld, Die Testamentsvollstreckung an Aktien, 2009, S. 117 ff.; a. A. Frank, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 268 ff.; ders., NZG 2002, 898, 900 ff.

³⁸⁰ Dutta, in: v. Staudinger, § 2205 BGB Rn. 210; Sarakinis, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 305; W. Zimmermann, in: MünchKomm. BGB, § 2197 BGB Rn. 10; a. A. Frank, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 273 f.; ders., NZG 2002, 898, 903.

³⁸¹ Vgl. Wicke, ZGR 2015, 161, 166.

³⁸² V. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 H. I. (S. 991).

³⁸³ Treffend Heinrich Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, § 31 IV. 2. (S. 677), die hierfür den Begriff der „Gesamtvollstrecker“ geprägt haben.

Beschlussfassung beziehungsweise zumindest das kollektive Zusammenwirken im Sinne der wechselseitigen Zustimmung notwendig.³⁸⁴ Gemeinschaftliche Verwaltung im Sinne der Vorschrift bedeutet insofern (wie bei § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB) Einstimmigkeit.³⁸⁵

Es steht dem Erblasser gemäß § 2224 Abs. 1 S. 3 BGB allerdings frei, von diesem gesetzlichen Leitbild in seiner letztwilligen Verfügung abzuweichen³⁸⁶ und stattdessen etwa die Aufgabenbereiche zu teilen, nach innen das Mehrheitsprinzip für die Beschlussfassung vorzusehen oder den Testamentsvollstreckern nach außen Einzelvollstreckungsbefugnis zu erteilen.³⁸⁷ Daraus ergibt sich die Frage, ob es für die Gesellschaft mit Nachteilen verbunden ist, wenn mehrere Testamentsvollstrecker in Bezug auf den Gesellschaftsanteil auftauchen und sich zur Rechtsausübung bekennen. Bisweilen scheint hier stillschweigend eine Parallele zu § 134 Abs. 3 S. 2 AktG gezogen zu werden, indem der Fall genauso beurteilt wird, wie wenn mehrere gemeinschaftliche Vertreter bestellt worden wären.³⁸⁸ Das erscheint folgerichtig, wenn man davon ausgeht, dass der Testamentsvollstrecker einen gemeinschaftlichen Vertreter kraft Gesetzes darstellt. Dem ist jedoch – wie gezeigt³⁸⁹ – nicht so. Mehrere Testamentsvollstrecker sind keine gemeinschaftlichen Vertreter, sondern gemeinschaftliche Vollstrecker. Die Frage, ob § 69 Abs. 1 AktG auf diese anwendbar ist,³⁹⁰ spielt im Übrigen für die Problematik mehrerer auftretender Personen keine Rolle, da sich die Beschränkung der Zahl der Vertreter nicht aus § 69 Abs. 1

³⁸⁴ Denn die Notwendigkeit zur Beschlussfassung entsteht nicht erst durch eine bestimmte Verbandsform, sondern bereits durch die Existenz irgendeines willensbildenden Kollektivs, siehe oben Kap. 2 E.

³⁸⁵ BGH, Urteil vom 13.01.1994 – IX ZR 13/93, NJW-RR 1994, 516; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2224 BGB Rn. 5.

³⁸⁶ *V. Lübtow*, *Erbrecht* II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 H. III. (S. 991 f.); *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2224 BGB Rn. 3, 9; vgl. dazu auch BayObLG, Beschluss vom 08.06.2001 – 1Z BR 74/00, ZEV 2002, 24, 25.

³⁸⁷ *Winkler*, *Der Testamentsvollstrecker*, 2020, S. 263.

³⁸⁸ So *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 570; *Sarakinis*, *Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe*, 2021, S. 306 Fn. 1651.

³⁸⁹ Siehe oben Kap. 4 F. I. 2.

³⁹⁰ So *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343, 346, der allerdings übersieht, dass § 69 Abs. 1 AktG hier jedenfalls nicht direkt, sondern – wenn überhaupt – nur analog angewendet werden kann, weil die Testamentsvollstrecker weder Aktionäre noch Vertreter sind.

AktG, sondern aus § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ergibt. Dieses Zurückweisungsrecht ist entsprechend auf den Fall mehrerer Testamentsvollstrecker anzuwenden. Denn sein Sinn und Zweck besteht darin, die Willensbildung für die einzelne Aktionärsstellung innerhalb der Hauptversammlung frei von Unsicherheiten zu halten, damit der Versammlungsleiter Rechtssicherheit bei der Stimmabgabe für den jeweiligen Einzelaktionär hat. Ob der Hauptversammlungsleiter mit mehreren gemeinschaftlichen Vertretern oder mehreren gemeinschaftlichen Vollstreckern zu tun hat, ist für die Frage der Rechtsmacht irrelevant. Entsprechendes gilt für die Generalversammlung der eingetragenen Genossenschaft.

IV. Rechtsmacht

Der Testamentsvollstrecker ist nach § 2205 S. 1 BGB allein berechtigt, den Nachlass zu verwalten, ihn in Besitz zu nehmen und über Nachlassgegenstände zu verfügen. Der Verwaltungsbegriff ist identisch mit dem in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB.³⁹¹ Sind GmbH-Geschäftsanteile Gegenstände der Testamentsvollstreckung, so geht es in der Regel um eine Dauervollstreckung, bei der der Testamentsvollstrecker gemäß § 2209 BGB grundsätzlich alle aus den betroffenen Geschäftsanteilen hervorgehenden Vermögens- und Verwaltungsrechte wahrnimmt.³⁹² Bei Fehlen weiterer Anordnungen ist er im Übrigen – anders als ein gemeinschaftlicher Vertreter – gemäß § 2205 S. 2 BGB grundsätzlich auch zur Vornahme von Verfügungen befugt.³⁹³ Alle den Nachlass betreffenden Rechte, die dem Testamentsvollstrecker zugeordnet sind, unterfallen gemäß §§ 2205, 2211 BGB nicht mehr der Rechtsmacht der Erben.³⁹⁴

1. Ausübung der mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechte

Die sich aus § 2205 S. 1 BGB ergebende Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers umfasst grundsätzlich die Ausübung sämtlicher

³⁹¹ V. Lübtow, Erbrecht II, 1971, Hauptteil 5 Kap. 6 § 2 D. I. c) (S. 945).

³⁹² R. Werner, ZEV 2018, 252; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 238.

³⁹³ Werkmüller, ZEV 2006, 491.

³⁹⁴ BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, BGHZ 201, 216, 222; Groß, GmbHR 1994, 596, 597; Priester, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 472; H. Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 324; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 237 f.

mitgliedschaftlicher Rechte, die sich aus dem vererbten Gesellschaftsanteil ergeben.³⁹⁵ Darin liegt kein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot. Das Auseinanderfallen von Rechtsinhaberschaft und Rechtsausübung ist im Gegenteil gerade das prägende Merkmal der Testamentsvollstreckung und somit im Gesetz als solches angelegt.³⁹⁶

a) Aktienrecht

Die vollumfängliche Zuordnung der Mitgliedschaftsrechte hin zum Testamentsvollstrecker gilt zunächst für das Aktienrecht³⁹⁷ und umfasst hier insbesondere auch das Bezugsrecht nach § 186 AktG.³⁹⁸ Rechtshandlungen der Aktiengesellschaft sind gegenüber dem Testamentsvollstrecker vorzunehmen. Da er kein gemeinschaftlicher Vertreter ist, ergibt sich dies nicht aus einer direkten,³⁹⁹ sondern aus einer analogen Anwendung des § 69 Abs. 3 S. 1 AktG.

³⁹⁵ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 310; *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 371; *Haegele*, Rpfleger 1973, 203; *Kämper*, RNotZ 2016, 625, 636; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 14.

³⁹⁶ BGH, Urteil vom 11.10.1976 – II ZR 119/75, DB 1976, 2295, 2297 f.; *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 467 f.; *Wicke*, ZGR 2015, 161, 179; *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 336 f.

³⁹⁷ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 317; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 104 Rn. 190 (S. 1025); *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 263; *Schmellenkamp*, MittRhNotK 1986, 181; *Unsöld*, Die Testamentsvollstreckung an Aktien, 2009, S. 81.

³⁹⁸ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 317; *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 259 ff.; *ders.*, ZEV 2002, 389, 391; *Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, § 2205 BGB Rn. 51; *Kroiß*, in: Kroiß/Horn, § 2205 BGB Rn. 73; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 104 Rn. 190 (S. 1025); *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 263; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 54.

³⁹⁹ So aber *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 570; *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 246.

b) Recht der GmbH

Die Verwaltungsvollstreckung am GmbH-Geschäftsanteil ist ebenfalls zulässig.⁴⁰⁰ Die Verwaltungsbefugnis umfasst auch hier die Ausübung sämtlicher mitgliedschaftlicher Rechte, die sich aus dem Anteil ergeben.⁴⁰¹ Die Formulierung des § 51a GmbHG, dass das Auskunftsrecht dem Gesellschafter zustehe, und der Umstand, dass der Testamentsvollstrecker nicht selbst zum Gesellschafter wird, sind unschädlich.⁴⁰² Gewinnausschüttungen und die Auskehr einer etwaigen Liquidationsquote haben an den Testamentsvollstrecker zu erfolgen.⁴⁰³ § 18 Abs. 3 S. 1 GmbHG ist nicht direkt⁴⁰⁴, sondern analog anwendbar.

Der Testamentsvollstrecker ist im Übrigen nach §§ 2218, 664 Abs. 1 S. 1 BGB dazu verpflichtet, sein Amt persönlich und vollverantwortlich auszuüben. Die Übertragung wichtiger Gesellschafterrechte nach § 46

⁴⁰⁰ BGH, Urteil vom 10.06.1959 – V ZR 25/58, NJW 1959, 1820, 1821; BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, BGHZ 201, 216, 222; BayObLG, Beschluss vom 29.03.1976 – BReg. 1 Z 9/76, BayObLGZ 1976, 67, 86; BayObLG, Beschluss vom 18.03.1991 – BReg. 3 Z 69/90, NJW-RR 1991, 1252, 1254; BayObLG, Beschluss vom 10.01.1997 – IZ BR 65/95, BayObLGZ 1997, 1, 19; P. Becker, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2205 BGB Rn. 96; Däubler, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, S. 39 ff.; Kroiß, in: Kroiß/Horn, § 2205 BGB Rn. 71; K. W. Lange, Erbrecht, 2022, § 103 Rn. 170 (S. 1020); J. Mayer, ZEV 2002, 209, 210; Priester, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 464 f.; Reithmann, BB 1984, 1394, 1395; Schmellenkamp, MittRhNotK 1986, 181, 182; Stürner, in: Jauernig, § 2205 BGB Rn. 5; Wachter, GmbHR 2018, 1129, 1139 f.; W. Zimmermann, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 52.

⁴⁰¹ BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, BGHZ 201, 216, 222; Groß, GmbHR 1994, 596, 597; Haegele, Rpfleger 1969, 186, 188; ders., Rpfleger 1973, 203; ders., BWNZ 1976, 53, 58; K. W. Lange, Erbrecht, 2022, § 103 Rn. 171 (S. 1020); T. Lenz, GmbHR 2000, 927, 928; Priester, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 472; Vogel, GmbHR 1971, 132, 137; eine Beschränkung auf die Geltendmachung von Vermögensrechten, wie Töteberg, Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1955, S. 125 sie fordert, wäre sinnwidrig, da die Mitgliedschaft über § 1922 Abs. 1 BGB vererbt wird und damit Teil des Nachlasses ist.

⁴⁰² Alles, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 311.

⁴⁰³ Alles, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 315; Pauli, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 243; Priester, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 472.

⁴⁰⁴ So aber Alles, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 316.

GmbHG auf einen Beirat ist daher rechtswidrig.⁴⁰⁵ Sie führt jedoch nach bislang vertretener Meinung nicht zur Unwirksamkeit der Rechtsübertragung, sondern nur zu Schadensersatzansprüchen der Erbengemeinschaft gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2219 BGB.⁴⁰⁶ Der Testamentsvollstrecker ist im Übrigen frei darin, seinerseits einen Vertreter zu bestellen, der dann ihn im gesellschaftsrechtlichen Beschlussorgan vertritt.⁴⁰⁷

Grundsätzlich verdrängt die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers die Rechtsausübungsbefugnis der Erbengemeinschaft. Bei den partizipatorischen Mitgliedschaftsrechten ergibt sich der Sinn dahinter auf den ersten Blick. Richtigerweise gilt dies aber auch für präpartizipatorische Mitgliedschaftsrechte wie das Teilnahmerecht und die Informationsrechte nach § 51a GmbHG.⁴⁰⁸ Denn auch diese sind der Erbengemeinschaft aufgrund der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers entzogen.

c) Genossenschaftsrecht

Auch bei einer Beteiligung an einer eingetragenen Genossenschaft werden die Rechte entweder bis zum Schluss des Geschäftsjahrs nach § 77 Abs. 1 S. 2 GenG oder im Fall des § 77 Abs. 2 GenG darüber hinaus vom Testamentsvollstrecker ausgeübt.⁴⁰⁹ Solange dabei keine weitergehenden Verpflichtungen entstehen, hat der Testamentsvollstrecker auch die Verwaltungsbefugnis zur Abgabe von gegebenenfalls erforderlichen Erklärungen zur Fortsetzung der Mitgliedschaft nach § 77 Abs. 2 GenG.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ H.-H. Klumpp, ZEV 2006, 257 ff.; zust. Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 238.

⁴⁰⁶ H.-H. Klumpp, ZEV 2006, 257, 259.

⁴⁰⁷ LG Berlin, Beschluss vom 25.02.1938 – 408 T 1066/38, JW 1938, 1037.

⁴⁰⁸ Alles, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 311 ff.

⁴⁰⁹ P. Becker, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2205 BGB Rn. 104; Kroiß, in: Kroiß/Horn, § 2205 BGB Rn. 75; Schmellenkamp, MittRhNotK 1986, 181, 182; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 254; W. Zimmermann, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 55; a. A. Pauli, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 267, der davon auszugehen scheint, dass der Testamentsvollstrecker die Mitgliedschaftsrechte für die Erbengemeinschaft nur für den Zeitraum der Fortsetzung der Mitgliedschaft nach § 77 Abs. 2 GenG ausüben könnte.

⁴¹⁰ Kroiß, in: Kroiß/Horn, § 2205 BGB Rn. 75; Pauli, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 268; W. Zimmermann, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 55; a. A. Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 254.

2. Gesellschaftsrechtliche Grenzen

Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers kann gesellschaftsrechtlichen Grenzen unterworfen sein.

a) Kernbereichslehre

Die früher wohl herrschende Lehre wandte die aus dem Gesellschaftsrecht stammende Kernbereichslehre⁴¹¹ auf das Verhältnis zwischen Erbengemeinschaft und Testamentsvollstrecker an, sodass bestimmte Mitgliedschaftsrechte pauschal aus der Verwaltungsbefugnis herausgenommen seien.⁴¹² So wären demnach etwa im Fall des GmbH-Geschäftsanteils grundlegende Entscheidungen wie Umwandlungen und Kapitalmaßnahmen von der Verwaltungsbefugnis nach § 2205 BGB ausgeschlossen und dem Entscheidungsbereich der Erben zugewiesen, sodass dann auch diese zur Gesellschafterversammlung zu laden seien.⁴¹³ Da das Verhältnis zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker indes nicht von einer wechselseitigen Treuepflicht geprägt ist und die Vorschriften der §§ 2205 S. 3, 2206, 2216, 2218, 2219 BGB die Befugnisse des Testamentsvollstreckers abschließend regeln, erscheint eine entsprechende Anwendung der anscheinend ohnehin im Schwinden begriffenen⁴¹⁴ Kernbereichslehre zweifelhaft.⁴¹⁵

⁴¹¹ Zum Ursprung siehe die Nachweise bei *Altmeyden*, NJW 2015, 2065, 2067; *Priester*, NZG 2015, 529.

⁴¹² *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 237; *Kroiß*, in: *Kroiß/Horn*, § 2205 BGB Rn. 54 ff., 71; *D. Mayer*, ZIP 1990, 976, 978; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 16 III. 3. c) (S. 475); *Ulmer*, ZHR 146 (1982), 555, 563 ff.; *ders.*, NJW 1990, 73, 79 ff.; *Unger*, in: *Rißmann*, Die Erbengemeinschaft, 2019, § 17 Rn. 190 f. (S. 586 f.); *Werkmüller*, ZEV 2006, 491; wohl auch *Priester*, in: *FS Stimpel*, 1985, S. 463, 483; *Wachter*, GmbHR 2018, 1129, 1140.

⁴¹³ *Wachter*, GmbHR 2018, 1129, 1140.

⁴¹⁴ Siehe BGH, Urteil vom 21.10.2014 – II ZR 84/13, BGHZ 203, 77, 90; *Borries*, NZG 2021, 194, 196; krit. zur Aufgabe *Priester*, NZG 2015, 529 ff.; *C. Schäfer*, ZIP 2015, 1313 ff.

⁴¹⁵ LG Mannheim, Urteil vom 10.11.1998 – 2 O 193/98, NZG 1999, 824 f. (zum Kommanditanteil); *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 328 ff.; *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 374; *Pauli*, in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 249; *Reimann*, ZEV 2014, 666, 667; *ders.*, in: *v. Staudinger*, § 2205 BGB Rn. 190 ff.; *ders.*, ErbR 2017, 186, 188; *Todtenhöfer*, RNNotZ 2017, 557, 563 f.;

b) Person des Rechtsausübenden

Der GmbH-Gesellschaftsvertrag kann die Ausübung von Verwaltungsrechten durch Außenstehende, also auch durch den Testamentvollstrecker, wirksam beschränken oder ausschließen.⁴¹⁶ Beispielhaft ist hier insbesondere der Fall der Freiberufler-GmbH.⁴¹⁷ Der Gesellschaftsvertrag kann etwa die Rechtsausübung durch die Person eines der Miterben vorschreiben und dadurch den Testamentvollstrecker von der unmittelbaren Rechtsausübung ausschließen.⁴¹⁸ Das rechtliche Können wäre damit dem entsprechenden Personenkreis vorbehalten. Wird etwa speziell der Gesellschaftererbengemeinschaft ein besonderes Recht zugestanden, so spricht man von sogenannten höchstpersönlichen Rechten. Der Testamentvollstrecker kann diese Rechte nicht ausüben.⁴¹⁹ Damit ist allerdings nichts über das rechtliche Dürfen ausgesagt. Der zur Rechtsausübung im Rahmen der Gesellschaftsvertragsvorgabe Befugte (z. B. ein Miterbe) wäre im Innenverhältnis

Unsöld, Die Testamentvollstreckung an Aktien, 2009, S. 68 ff.; *R. Werner*, ZEV 2018, 252, 253 f.; *Wicke*, ZGR 2015, 161, 178; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 53.

⁴¹⁶ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.09.2008 – 5 U 187/07, ZEV 2008, 606; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 331; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 255; *Haegele*, Rpfleger 1969, 186, 189; *Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, § 2205 BGB Rn. 50; *Todtenhöfer*, RNotZ 2017, 557, 563; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 247; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 18 GmbHG Rn. 17; *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 87; a. A. *Kämper*, RNotZ 2016, 625, 636.

⁴¹⁷ *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 240a.

⁴¹⁸ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 255; *J. Mayer*, ZEV 2002, 209, 212 f.; *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 471; *Todtenhöfer*, RNotZ 2017, 557, 563; *Winkler*, Der Testamentvollstrecker, 2020, S. 241.

⁴¹⁹ *Christ*, in: Ebeling/Geck, Handbuch der Erbengemeinschaft, 2021, § 21 Rn. 846; *Kroiß*, in: Kroiß/Horn, § 2205 BGB Rn. 71; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 241; *Todtenhöfer*, RNotZ 2017, 557, 562; *Winkler*, Der Testamentvollstrecker, 2020, S. 238; a. A. *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 471, dem zufolge der Ausschluss der Ausübung höchstpersönlicher Mitgliedschaftsrechte nicht kraft Gesetzes, sondern nur bei Vorliegen einer entsprechenden Klausel im Gesellschaftsvertrag gelte.

zwingend den Weisungen des Testamentsvollstreckers unterworfen.⁴²⁰ Denn dogmatisch leitet der Miterbe seine Befugnis zur Rechtsausübung im Fall der gesellschaftsvertraglichen Beschränkung zur Person des Rechtsausübenden nicht aus seiner Erbenstellung, sondern aus der vom Nachlass abgekoppelten Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ab. Der Gesellschaftsvertrag kann mit seinen Bestimmungen zwar Vorgaben zur Person des Rechtsausübenden machen, er kann jedoch nicht in die Testierfreiheit des Erblassers eingreifen und die innere Ableitung der Rechtsausübungsbefugnis umlenken. Ein als Vertreter auftretender, den Weisungen eines Testamentsvollstreckers unterworfenen Miterbe ist damit kein gemeinschaftlicher Vertreter der Erbengemeinschaft, sondern ein Vertreter des Testamentsvollstreckers, für den § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG nicht gelten.⁴²¹ Die Rechtsfolgen der mitgliedschaftlichen Rechtsausübung treffen die Erbengemeinschaft in diesem Fall nicht unmittelbar, sondern über Eck. Im Genossenschaftsrecht kann die Satzung aufgrund der hochpersonalistischen Rechtsnatur der eingetragenen Genossenschaft vorschreiben, dass die Testamentsvollstreckung etwa nur dann zulässig ist, wenn sie durch einen Genossen erfolgt.⁴²²

3. Erbrechtliche Grenzen

Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ist gemäß den §§ 2206 f. BGB auf die Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass beschränkt. Er darf keine neuen persönlichen Verbindlichkeiten für die Erbengemeinschaft begründen, die sie über das Nachlassvermögen hinaus verpflichten.⁴²³ Dies ist für die Mitwirkung bei einer Kapitalerhöhung, die

⁴²⁰ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 255 f.; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 252b; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 18 GmbHG Rn. 17; *Zutt*, in: Hachenburg, § 18 GmbHG Rn. 17, 23; a. A. wohl *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 241, der davon auszugehen scheint, dass die Beschränkung zur Person des Rechtsausübenden im Gesellschaftsvertrag die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verwaltung der jeweiligen Gesellschafterrechte verdrängt.

⁴²¹ Siehe zur Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf die körperschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechtsausübung oben Kap. 4 F. I. 2.

⁴²² *Schmellenkamp*, MittRhNotK 1986, 181, 182.

⁴²³ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 338; *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 372; *Dutta*, in: v. Staudinger, § 2205 BGB Rn. 214; *J. Mayer*, ZEV 2002, 209, 211;

Begründung neuer Nebenleistungspflichten und insbesondere die Stimm-bindungsverträge⁴²⁴ relevant.

Der Testamentsvollstrecker darf an einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen nach den §§ 55 ff. GmbHG nur mitwirken, wenn die übernommenen Verpflichtungen aus Mitteln erfüllt werden können, die ihrerseits der Testamentsvollstreckung unterliegen.⁴²⁵ Erfolgt die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gemäß § 57c GmbHG, so ergeben sich keine Einzahlungspflichten oder Haftungsgefahren für die Erben, sodass die Mitwirkung des Testamentsvollstreckers zulässig ist.⁴²⁶ Es darf nur der Nachlass verpflichtet werden. Bei der Teilnahme an einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen muss die Einlage demgegenüber sofort fällig und ihre Aufbringung aus Nachlassmitteln möglich sein.⁴²⁷ Andernfalls würde durch die kollektive Ausfallhaftung des § 24 GmbHG eine potenzielle Eigenhaftung der Erben entstehen.⁴²⁸

Des Weiteren sind testamentarische Beschränkungen von Seiten des Erblassers möglich.⁴²⁹ In Bezug auf das rechtliche Können liegt der wesentliche Unterschied zwischen dem privatautonom durch die Erbengemeinschaft bevollmächtigten gemeinschaftlichem Vertreter einerseits und dem

Priester, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 477; *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 89; siehe auch BayObLG, Beschluss vom 29.03.1976 – BReg. 1 Z 9/76, BayObLGZ 1976, 67, 86.

⁴²⁴ Dazu sogleich gesondert unter Kap. 4 F. IV. 4.

⁴²⁵ *Groß*, GmbHR 1994, 596, 598; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 242.

⁴²⁶ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 338 f.

⁴²⁷ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 339; *Groß*, GmbHR 1994, 596, 598; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 262 f.; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 242 f.; *W. Zimmermann*, in: Münch-Komm. BGB, § 2205 BGB Rn. 53; a. A. *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 245. Was die Aufbringung aus Nachlassmitteln angeht, so erscheint es nicht nötig, hier explizit einen liquiden Betrag im Nachlassvermögen zu fordern. Es steht dem Testamentsvollstrecker frei, einzelne Nachlassgegenstände zu verkaufen oder das Nachlassvermögen umzuschichten, um liquide Mittel für eine Kapitalerhöhung freizusetzen.

⁴²⁸ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 339; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 262 f.; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 243.

⁴²⁹ Siehe dazu *R. Werner*, ZEV 2018, 252, 254.

Testamentsvollstrecker als gesetzlich vorgesehenem Amtsverwalter andererseits darin, dass letzterer auch die Befugnis zur Vornahme objektiv pflichtwidriger Rechtsgeschäfte hat, solange der Geschäftsgegner dies nicht erkennen konnte und kein Fall des Insichgeschäfts nach § 181 BGB vorliegt.⁴³⁰

4. Stimmbindungsverträge

Wie auch beim gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG und seinem Vollmachtumfang stellt sich beim Testamentsvollstrecker die Frage danach, ob Stimmbindungsverträge in den Bereich seiner Verwaltungsbefugnis nach § 2205 BGB fallen. In Anbetracht der Tatsache, dass Stimmbindungsverträge zur Bündelung der Gesellschaftermacht oftmals auf eine Vielzahl von Gesellschaftern angewiesen sind, steigt insbesondere hier das Risiko, dass Erbengemeinschaften beteiligt werden müssen.

Dabei sind im Einzelnen zwei Konstellationen zu unterscheiden. Einerseits ist es denkbar, dass der Erblasser sich bereits in einem Stimmbindungsvertrag mit seinen Mitgesellschaftern befunden hatte und dieser dann auf die Miterben überging. Andererseits steht die Frage im Raum, ob der Testamentsvollstrecker, wenn bislang noch kein Stimmbindungsvertrag existierte, befugt ist, einen solchen erstmalig für die Erbengemeinschaft mit anderen Gesellschaftern abzuschließen.

a) Eintritt in einen bestehenden Stimmbindungsvertrag

Der Bundesgerichtshof hat sich zu der Thematik bislang zwar noch nicht ausdrücklich geäußert, jedoch im Jahr 2008 zum Fall des bereits zu Lebzeiten des Erblassers bestehenden Pools durchblicken lassen, dass es nahe läge, dass sich eine vom Erblasser angeordnete Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 BGB abweichend von den allgemeinen Regeln in vollem Umfang auf den zum Nachlass gehörenden Anteil an der Schutzgemeinschaft erstrecke, wenn der Schutzgemeinschaftsvertrag den alleinigen Zweck verfolgte, die Stimmrechte aus den Beteiligungen durch eine

⁴³⁰ *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 473; *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 164 BGB Rn. 204; *Todtenhöfer*, RNotZ 2017, 557, 565 f.; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 141 f.; in diese Richtung auch *Werkmüller*, ZEV 2006, 491 zum Fall des veräußerten Unternehmens bzw. Gesellschaftsanteils.

Vorabstimmung zu bündeln.⁴³¹ Sofern dem Pool also kein eigenes Gesamtvermögen zugeordnet ist, sondern er allein der Stimmbündelung dient, würde dem Testamentsvollstrecker ausnahmsweise die Verwaltung des Poolanteils zufallen. Denn nach den allgemeinen Regeln zur Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen wäre die Folge gewesen, dass sich die Testamentsvollstreckung nicht auf die Verwaltungsrechte erstreckt, die sich aus dem Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergeben, da der Testamentsvollstrecker die Erben nur im Rahmen des Nachlassvermögens verpflichten kann, die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB aber unbeschränkt haften. Die zentralen Rechte wären demnach nicht dem Testamentsvollstrecker, sondern der Erbengemeinschaft zugeordnet, was unzweckmäßig erscheint.⁴³² Außerdem knüpfen sich sämtliche Aspekte des Poolvertrags an die Rechte, die an die Mitgliedschaften der jeweiligen Poolmitglieder in der Kapitalgesellschaft gekoppelt sind. Der Pool als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts kann daher aufgrund seines besonderen und von seiner Zielrichtung her sogar ausschließlichen kapitalgesellschaftsrechtlichen Bezugs gesondert behandelt werden.⁴³³ Richtigerweise unterfällt die an die Erbengemeinschaft vererbte Mitgliedschaft im Pool damit der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.⁴³⁴

b) Abschluss neuer Stimmbindungsverträge

Den bei der Problematik zur Frage des Abschlusses neuer Stimmbindungsverträge durch den Testamentsvollstrecker zu beachtenden Grundsatz bildet das Verbot der persönlichen Verpflichtung der Miterben im Rahmen der

⁴³¹ BGH, Urteil vom 24.11.2008 – II ZR 116/08 („Schutzgemeinschaftsvertrag II“), BGHZ 179, 13, 17 f. Rn. 9; so auch *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 346 f.; *Frank*, ZEV 2002, 389, 391; *Reimann*, ZEV 2014, 521, 525; zust. Aber mit der Empfehlung zu einer ausdr. Klausel im Poolvertrag zur Gestattung der Testamentsvollstreckung *Klein-Wiele*, NZG 2018, 1401, 1405.

⁴³² *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 347 verwendet hier den Begriff der „Akzessorität“.

⁴³³ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 345 ff.; *Frank*, ZEV 2002, 389, 391; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 253 ff.; *Wertenbruch*, NZG 2009, 645, 646 f.

⁴³⁴ So auch *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 351 und S. 344 zu den Poolabreden, die sich unmittelbar aus dem Statut der GmbH ergeben.

§§ 2206 f. BGB.⁴³⁵ Es ist dem Testamentsvollstrecker prinzipiell nicht möglich, ohne Zustimmung der Erbengemeinschaft einen Vertrag zur Neugründung einer Personengesellschaft mit Wirkung für den Nachlass abzuschließen, wenn durch diesen Verbindlichkeiten begründet werden, die ihrem Inhalt nach mit der Beschränkung der Haftung auf den Nachlass nicht vereinbar sind.⁴³⁶ Bei kapitalgesellschaftsrechtlichen Bezügen findet sich zur Abgrenzung bisweilen der Fall der Neugründung einer GmbH. Solange damit persönliche Verpflichtungen der Erben nach § 3 Abs. 2 GmbHG oder eine erweiterte Haftung der Gesellschafter nach § 24 GmbHG verbunden sind, die sich nicht sofort und mit Sicherheit aus dem Nachlass begleichen lassen,⁴³⁷ kann der Testamentsvollstrecker nicht an der Gründung einer GmbH mitwirken.⁴³⁸ Eine effiziente und dynamische Verwaltung des Gesellschaftsanteils ist jedoch darauf angewiesen, dass die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft durch den Testamentsvollstrecker entsprechend seiner Stimmrecht mitgesteuert werden kann. Wenn also die ererbten Anteile an einem bereits vor dem Erbfall abgeschlossenen Stimmbindungsvertrag erstens der Gesamtrechtsnachfolge unterfallen und zweitens der Verwaltungskompetenz des Testamentsvollstreckers zugewiesen sind, dann erscheint es nicht fernliegend, bei ihm auch eine Kompetenz zum erstmaligen Abschluss eines solchen Stimmbindungsvertrags anzunehmen.⁴³⁹

Hier bietet sich ein Vergleich zum gemeinschaftlichen Vertreter nach § 69 Abs. 1 AktG an. Da der Abschluss eines Stimmbindungsvertrags keine mitgliedschaftliche Rechtsausübung, sondern den Abschluss eines Innengesellschaftsvertrags nach den §§ 705 ff. BGB mit Bezug auf die mitgliedschaftliche Rechtsausübung, namentlich das Stimmrecht, darstellt, umfasst die Vollmacht an ihn, sofern keine ausdrückliche Gestattung erfolgt, nicht automatisch auch die Befugnis zum Abschluss eines solchen Vertrags.⁴⁴⁰ Der Testamentsvollstrecker verwaltet indes nicht nur die Mitgliedschaft in

⁴³⁵ Siehe oben Kap. 4 Fn. 423.

⁴³⁶ LG Berlin, Beschluss vom 25.02.1938 – 408 T 1066/38, JW 1938, 1037; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 231.

⁴³⁷ *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 244 f.; wohl auch *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 372; enger *Haegele*, Rpfleger 1973, 203, 204.

⁴³⁸ BayObLG, Beschluss vom 29.03.1976 – Breg. 1 Z 9/76, BayObLGZ 1976, 67, 86; vgl. auch *Haegele*, BWNotZ 1976, 53, 59; *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463, 479.

⁴³⁹ So auch *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 351.

⁴⁴⁰ Siehe dazu oben Kap. 4 A. VI. 2.

der Kapitalgesellschaft, sondern den Nachlass insgesamt und ist kraft der Anordnung des Erblassers in der Hierarchie der Rechtsmacht über dem Erben angesiedelt. Er ist sogar von Gesetzes wegen gemäß §§ 2205 S. 1, 2216 BGB zur ordnungsmäßigen und damit insbesondere wirtschaftlichen⁴⁴¹ Verwaltung des Nachlasses verpflichtet.⁴⁴² Es existiert also eine gesetzliche Wertung, die ihm eine weitreichende – und gerade auch unternehmenspolitische Faktoren umfassende – Zuständigkeit einräumt. Der Grundsatz des Verbots einer persönlichen Verpflichtung der Miterben adressiert andererseits den Konflikt mit der Privatautonomie der Miterben, in den man geriete, wenn man dem Testamentsvollstrecker ebendiese Rechtsmacht zugestünde. Entscheidend ist demnach die Frage, welche Haftungsrisiken auf die Erben zukämen, wenn sie durch einen Stimmbindungsvertrag verpflichtet würden. Wie bereits erörtert, dürfte die in Rede stehende Form des Stimmbindungsvertrags im Wesentlichen zwei Arten von Verpflichtungen für die Mitglieder vorsehen: einerseits die Pflicht, so in der Kapitalgesellschafterversammlung abzustimmen, wie es der Pool beschließt, und andererseits gegebenenfalls die Pflicht zur Erbringung bestimmter Beiträge zur Poolorganisation wie etwa die Vergütung eines Poolorgans⁴⁴³. Beides fiel nach den obigen Kriterien unter die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach § 2205 BGB, sodass sowieso nur er diese Pflichten verletzen und damit eine Haftung auslösen könnte.

Für die Notwendigkeit der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers spricht insbesondere auch die Überlegung, dass ansonsten die Verwaltung des Kapitalgesellschaftsanteils im Fall eines minderjährigen Miterben mit unverhältnismäßig großen Problemen behaftet wäre. Denn zwar ist der Elternteil gemäß § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich der gesetzliche Vertreter seines Kindes. Bezüglich des Abschlusses eines Stimmbindungsvertrags als Zustimmung zur Entstehung einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB ist seine Vertretungsmacht jedoch nach den §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB ausgeschlossen,

⁴⁴¹ Siehe dazu sogleich Kap. 4 F. V.

⁴⁴² Vgl. auch *Frank*, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 247, demzufolge Stimmbindungsverträge zwischen anderen Aktionären und dem Testamentsvollstrecker als unzulässig anzusehen seien, wenn dadurch dem erklärten Erblasserwillen widersprochen und gegen die den Erben gegenüber bestehende Pflicht zu ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung verstoßen werde.

⁴⁴³ Siehe zum Poolorgan etwa *Hopt*, ZGR 1997, 1, 6 ff.

wenn er selbst auch Partei des Gesellschaftsvertrags sein soll.⁴⁴⁴ Das dürfte regelmäßig der Fall sein. Infrage kommt hier insbesondere die Konstellation, in welcher der Pool gerade zwischen den Familienmitgliedern als Mitgesellschaftern in einer personalistischen Kapitalgesellschaft bestehen soll, um die Interessen in der Gesellschaft entsprechend zu bündeln. Ebenso denkbar ist es, dass der Elternteil selbst durch eine entsprechende Erbfolge (womöglich sogar noch als Doppelmitglied durch neben dem Gesamthandsvermögen bestehende Gesellschaftsanteile im Privatvermögen) Mitglied der Erbengemeinschaft geworden ist. Eine Genehmigung durch das Familiengericht vermag die Schranke der §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB nicht zu überwinden.⁴⁴⁵ Einzig die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB käme hier in Betracht.⁴⁴⁶

Die Auflösung dieser Wertungskollision liegt darin, eine privatautonome Klausel in den Stimmbindungsvertrag aufzunehmen, die die Haftung der Erbengemeinschaft für sämtliche Pflichtverletzungen auf den Nachlass beschränkt. Dies erscheint gerade insofern zulässig, als § 128 S. 2 HGB, wonach die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft nicht ausgeschlossen werden kann, erstens nur das Außenverhältnis betrifft und zweitens nicht für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt.⁴⁴⁷ Auf das Risiko einer beschränkten Haftung der Erbengemeinschaft müssen sich die anderen Pool-Mitglieder als BGB-Mitgesellschafter mithin auf eigene Verantwortung einlassen können. Solange diese Klausel explizit nur mit Zustimmung der Miterben und gerade nicht durch den Testamentsvollstrecker wieder abbedungen werden kann, wäre der Schutzzweck des Testamentsvollstreckungsrechts, die Erben vor einer neuen, unbeschränkten, persönlichen Haftung zu bewahren, nicht berührt. Auch der minderjährige Miterbe wäre in diesem Fall nicht über das Maß des voll geschäftsfähigen Miterben hinaus berührt. Somit muss dem Testamentsvollstrecker jedenfalls der Abschluss eines solchen, abgesicherten

⁴⁴⁴ Mühlhäuser, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 257; Spickhoff, in: MünchKomm. BGB, § 1795 BGB Rn. 8.

⁴⁴⁵ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 02.04.2012 – 20 W 57/11, FPR 2013, 397, 399; Spickhoff, in: MünchKomm. BGB, § 1795 BGB Rn. 15, 20.

⁴⁴⁶ Mühlhäuser, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 257; Spickhoff, in: MünchKomm. BGB, § 1795 BGB Rn. 42.

⁴⁴⁷ Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 235.

Stimmbindungsvertrages im Rahmen des § 2205 BGB zur effektiven Verwaltung des Kapitalgesellschaftsanteils und damit des Nachlasses insgesamt möglich sein.

V. Pflichten

Der Testamentsvollstrecker ist im Rahmen der §§ 2205 S. 1, 2216 BGB dazu verpflichtet, den Nachlass ordnungsgemäß zu verwalten. Im Rahmen der Ausübung von Kapitalgesellschafterrechten bedeutet dies die Pflicht zur gewissenhaften Wahrnehmung der Aufgaben anhand des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrags orientiert an dem zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers.⁴⁴⁸ Vom Erblasser getroffene Verwaltungsanordnungen sind nach § 2216 Abs. 2 BGB zu befolgen. Ist eine Anordnung lückenhaft, so ist sie im Wege der ergänzenden Auslegung auszufüllen. Dabei sind auch solche Anhaltspunkte zu berücksichtigen, die außerhalb der letztwilligen Verfügung ausgedrückt wurden.⁴⁴⁹ Stellt eine Rechtsausübung durch den Testamentsvollstrecker keine ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses nach § 2216 Abs. 1 BGB mehr dar, so macht er sich gegenüber der Erbengemeinschaft schadensersatzpflichtig.⁴⁵⁰ Was den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung selbst angeht, so wird auf objektive Maßstäbe abgestellt. Der Testamentsvollstrecker hat sich in seiner Verwaltung an dem Ziel auszurichten, das Vermögen zu erhalten und zu mehren, Verluste zu verhindern und alles zu unterlassen, was sich für Erben und Vermächtnisnehmer nachteilig auswirken könnte. Dabei ist ihm ein angemessener, nicht zu eng bemessener Ermessensspielraum zuzugestehen, der genügend Raum für wirtschaftlich sinnvolle Eigeninitiative und die Eingehung eines kalkulierbaren geschäftlichen Risikos nicht ausschließt.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ BGH, Urteil vom 10.06.1959 – V ZR 25/58, NJW 1959, 1820.

⁴⁴⁹ Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 93 f.

⁴⁵⁰ Dörrie, ZEV 1996, 370, 375; Werkmüller, ZEV 2006, 491.

⁴⁵¹ BGH, Urteil vom 02.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 283; BayObLG, Beschluss vom 20.06.1990 – Breg. 1 a Z 19/89, NJW-RR 1990, 1420, 1422; BayObLG, Beschluss vom 18.12.1997 – IZ BR 97/97, NJWE-FER 1998, 110, 111 f.; Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 28; Farkas-Richling, ZEV 2007, 310 ff.; H.-H. Klumpp, ZEV 1994, 65; Kroiß, in: Kroiß/Horn, § 2216 BGB Rn. 3; K. W. Lange, Erbrecht, 2022, § 64 Rn. 104 f. (S. 650 f.); ders., in: BeckOK BGB, § 2216 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 9 f.; Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995, S. 19 f., 111; Muscheler, AcP 197 (1997), 226, 249; Quast, Unternehmensfortführung durch

Zweckmäßigkeitfragen hat der Testamentsvollstrecker allein zu entscheiden. Die jeweiligen Maßnahmen müssen zum Zeitpunkt ihrer Vornahme ordnungsmäßig sein.⁴⁵² In der Sache bedeutet dies nichts anderes, als dass die Grundsätze zu dem Geschäftsleiterermessen gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG⁴⁵³ Anwendung auf den Testamentsvollstrecker finden.⁴⁵⁴ Die dynamische Nachlassverwaltung macht gerade im Hinblick auf vererbte Kapitalgesellschaftsanteile oftmals eine unternehmerische Perspektive erforderlich. Beim Testamentsvollstrecker kommt es mithin zur klassischen Aufspaltung von Eigentum und Fremdverwaltung, sodass das Principal-Agent-Verhältnis⁴⁵⁵ ähnlich wie beim kapitalgesellschaftsrechtlichen Geschäftsführungsorgan auftaucht, zumal der Testamentsvollstrecker auf die subjektiven Interessen der Erben keine Rücksicht zu nehmen braucht.⁴⁵⁶ Speziell in Bezug auf vererbte GmbH-Geschäftsanteile ist der Testamentsvollstrecker dazu verpflichtet, die Möglichkeiten, die das GmbHG und der Gesellschaftsvertrag zur Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft bieten, gewissenhaft wahrzunehmen.⁴⁵⁷

VI. Zusammenfassung

Die Testamentsvollstreckung lässt die personale Zuordnung der Mitgliedschaft hin zu jedem einzelnen Miterben unberührt. Der

Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter, 2020, S. 134; *Reuter*, ZGR 1978, 633, 641; *Unsöld*, Die Testamentsvollstreckung an Aktien, 2009, S. 29 f.; vgl. auch *Coing*, in: FS Kaufmann, 1972, S. 127, 131 f.; enger *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 129.

⁴⁵² *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2216 BGB Rn. 4 f.

⁴⁵³ Siehe dazu im Rahmen des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB bereits oben Kap. 3 B. II. 4.

⁴⁵⁴ *Bartsch*, Der (unternehmens-)verwaltende Testamentsvollstrecker und seine Haftung, 2010, S. 187 ff.; *Quast*, Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter, 2020, S. 135 f.; wohl auch *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 196.

⁴⁵⁵ Siehe oben Kap. 3 Fn. 273.

⁴⁵⁶ BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, BGHZ 201, 216, 228; *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 316 f.

⁴⁵⁷ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 316; *P. Becker*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2205 BGB Rn. 96; *Haegele*, Rpfleger 1973, 203, 204; *ders.*, BWNNotZ 1976, 53, 58; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 240.

vermögensrechtliche Aspekt verbleibt zwar im Gesamthandsvermögen, er wird jedoch durch die Regeln zur Vermögensverwaltung vollumfänglich dem Testamentsvollstrecker zugeordnet. Bei der Frage nach seiner Rechtsstellung hat sich im Hinblick auf § 69 Abs. 1 AktG, § 18 Abs. 1 GmbHG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG indes gezeigt, dass diese Vorschriften nicht den vermögensrechtlichen, sondern den personalen Aspekt der Erbengemeinschaft adressieren und deshalb auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung finden.

VII. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Ähnlich wie bei der Eigenverwaltung des Nachlasses durch die Miterben nach § 2038 BGB würde eine Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft keine Veränderungen für die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers nach den §§ 2205 ff. BGB mit sich ziehen. Die betreffenden Normen beziehen sich auf den Nachlass im vermögensrelevanten Sinne, nicht jedoch in Bezug auf seine personale Zuordnung im Sinne der Rechtssubjektivität.

Im Übrigen bliebe es dabei, dass der Testamentsvollstrecker kein Vertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB ist, sondern dass er die von der Gesellschafterstellung abgesonderte Vermögensverwaltungsbefugnis innehat. Die einzige Konsequenz eines Zugeständnisses von Rechtsfähigkeit läge darin, dass durch die gesellschaftliche Rechtsausübung nun nicht mehr die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit betroffen wären, sondern die Erbengemeinschaft als ein eigenständiges Rechtssubjekt anvisiert würde.



Kapitel 5

Die Schranken der Rechtsausübung

Da nun feststeht, welches Regelungskonzept der mitgliedschaftlichen Rechtsausübung von der Erbengemeinschaft (gegebenenfalls über einen gemeinschaftlichen Vertreter oder einen Testamentsvollstrecker) hin zur Gesellschaft zugrunde liegt, kann auf die Schranken der Rechtsausübung eingegangen werden.

A. Register- und Listenpublizität

Mit dem Erfordernis der Eintragung des Gesellschafters beziehungsweise des Mitglieds in das Aktienregister, die GmbH-Gesellschafterliste oder die genossenschaftsrechtliche Mitgliederliste existiert jeweils eine Schranke, die sich an der dokumentarischen Publizität der Gesellschafterstellung orientiert.

I. Das Aktienregister: § 67 Abs. 2 S. 1 AktG

Im Aktienrecht ist hierfür § 67 Abs. 2 S. 1 AktG¹ einschlägig. Die Vorschrift findet auf Namensaktien und, solange und soweit keine Sammelurkunde nach § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 AktG ausgestellt wurde, auch auf Inhaberaktien Anwendung.² Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass der Erblasser zu dem Zeitpunkt des Erbfalls ordnungsgemäß als Aktionär eingetragen war. Sobald die Aktien nun im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erbengemeinschaft übergehen, wird das Aktienregister

¹ Bis in das Jahr 2020 lautete die Vorschrift: „Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär nur, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist.“ Mit dem ARUG II wurde die Norm neu gefasst und lautet nunmehr: „Im Verhältnis zur Gesellschaft bestehen Rechte und Pflichten aus Aktien nur für und gegen den im Aktienregister Eingetragenen“.

² *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 19 f.

unrichtig. Das Ziel des § 67 Abs. 2 S. 1 AktG ist die Herstellung von Rechtsklarheit durch Registerwahrheit. Die Eintragung berührt dabei nicht die materielle Rechtslage außerhalb des Aktienregisters. Ihre Wirkung ist allein auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Aktionär und der Aktiengesellschaft beschränkt. In diesem Verhältnis führt die Eintragung zu einer „unwiderlegbaren Vermutung“³ der mitgliedschaftlichen Berechtigung des Eingetragenen.

1. Rechtsstellung der Erbengemeinschaft im Verhältnis zur Aktiengesellschaft

Mit dem Moment des Erbfalls gehen die Mitgliedschaft und damit auch sämtliche mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten vom Erblasser auf die Erbengemeinschaft über. Eine Eintragung in das Aktienregister ist zur Ermöglichung der Rechtsausübung nicht nötig, da die Eintragung des Erblassers als eigener Vermögenwert selbstständig auf die Erbengemeinschaft übergeht.⁴ Eine Aufspaltung in der Form, dass der Erbe die

³ OLG Hamburg, Beschluss vom 11.09.2003 – 11 W 30/03, NZG 2004, 45; OLG Jena, Urteil vom 25.02.2004 – 2 U 653/03, ZIP 2004, 563, 564; BT-Drucks. 19/9739 („ARUG II“), S. 57; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 155; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 51; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rn. 38; *Grigoleit/Rachlitz*, ZHR 174 (2010), 12, 26; *Grunewald*, ZGR 2015, 347, 356; *J. Koch*, in: ders., § 67 AktG Rn. 27; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 67 AktG Rn. 14; *Lieder*, NZG 2005, 159, 160; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 67 AktG Rn. 12; *Spindler*, ZGR 2000, 420, 423; a. A. *Altmeyden*, ZIP 2009, 345 ff.; *Foerster*, Die Zuordnung der Mitgliedschaft, 2018, S. 173 ff.

⁴ OLG Brandenburg, Urteil vom 06.06.2001 – 7 U 145/00, AG 2003, 328, 329; OLG Jena, Urteil vom 25.02.2004 – 2 U 653/03, ZIP 2004, 563, 565 f.; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 156 (der sich diesbezüglich allerdings auf S. 128 f. widerspricht); *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 67 AktG Rn. 75; *K. W. Lange*, Erbrecht, 2022, § 104 Rn. 181 (S. 1023); *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 71; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 67 AktG Rn. 94; *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 236 f.; für einen Ausschluss der Ausübungsmöglichkeit bzgl. der mitgliedschaftlichen Rechte bis zum Moment der Eintragung und damit a. A.: *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 79 ff.; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 563; *T. Bezzenger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 67 AktG Rn. 31a; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 67 AktG Rn. 8 ff.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 128 ff. und 166, derzufolge der gemeinschaftliche Vertreter dann

mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte erst mit der Eintragung in das Aktienregister geltend machen könne, er jedoch schon mit dem Erbfall Adressat der mitgliedschaftlichen Aktionärspflichten würde, findet nicht statt.⁵ Dem erbrechtlichen Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge, der auch Buchpositionen umfasst, wird somit der Vorrang eingeräumt.⁶ Die Erbengemeinschaft kann die mitgliedschaftlichen Rechte gegenüber der Aktiengesellschaft entgegen § 67 Abs. 2 S. 1 AktG ab dem Erbfall vor dem Moment ihrer Eintragung in das Aktienregister ausüben.

2. Eintragung der Erbengemeinschaft

Nichtsdestotrotz ist die Erbengemeinschaft als Rechtsgemeinschaft bestehend aus den einzelnen Mitgliedern in das Aktienregister einzutragen. Dabei müssen keine Angaben zum Grund der Mitberechtigung oder zu den Erbquoten gemacht werden. Der Umstand der Rechtsgemeinschaft selbst

auch erst mit der Eintragung der Erbengemeinschaft zur Rechtsausübung berechtigt sei; *Wiersch*, NZG 2015, 1336, 1337 ff.; ähnlich *Altmeyden*, ZIP 2009, 345, 351; wohl auch *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rn. 55, der die möglichen aktienrechtlichen Pflichten bis zur Eintragung allerdings auf solche beschränkt, die schon beim Erblasser begründet wurden, und alternativ zur Eintragung im Aktienregister die Vorlage eines Erbscheins nach §§ 2365 f. BGB genügen lassen möchte; ebenfalls für eine Beschränkung der Erbenhaftung auf die vom Erblasser begründeten Pflichten aber ohne die Erbscheinlösung *Wieneke*, in: Bürgers/Körber, § 67 AktG Rn. 22.

⁵ *Barz*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl. 1973, § 67 AktG Anm. 16; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 67 AktG Rn. 56; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 71; *H. Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 236 f.; *S. Wilhelmi*, in: v. Godin/H. Wilhelmi, § 67 AktG Rn. 17.

⁶ Nicht ganz eindeutig ist die Frage zu beurteilen, ob gerade auch der durch das ARUG II mit Wirkung ab dem 01.01.2020 neugefasste Wortlaut des § 67 Abs. 2 S. 1 AktG für den Vorrang des Erbrechts spricht, vgl. BT-Drucks. 19/9739 („ARUG II“), S. 57; zwar scheint das Motiv der Neuformulierung in der Verhinderung von Fehlinterpretationen in Bezug auf den Informationsanspruch börsennotierter Gesellschaften gemäß § 67d AktG gelegen zu haben, siehe *Beneke/Illner*, in: Hirte/Heidel, § 67 AktG Rn. 3. Der neue Wortlaut scheint allerdings zu implizieren, dass durch das Aktienregister die Mitgliedschaft einerseits und die damit verbundenen Rechte und Pflichten andererseits voneinander abgespalten werden, dass aber Rechte und Pflichten ihrerseits als ein Paket zusammenbleiben müssen.

ist allerdings zwingend anzugeben.⁷ Andernfalls wäre nicht ersichtlich, dass die Mitgliedschaft nicht in Einzelmitgliedschaften aufgespalten wurde. Werden fakultativ Aktionärsnummern eingetragen,⁸ so müssen die Nummern bei den einzelnen Miterben identisch sein und der des Erblassers entsprechen. Zu jedem einzelnen Miterben sind die von § 67 Abs. 1 S. 1 AktG genannten Daten einzutragen. Dies umfasst seit dem NaStraG⁹ aus dem Jahr 2011 und dem ARUG II¹⁰ aus dem Jahr 2019 den Vor- und Nachnamen, das Geburtsdatum, die Postanschrift und eine elektronische Adresse (vorausgesetzt, dass letztere existiert).¹¹

Fällt die Erbenstellung eines der Miterben weg, etwa indem er das Erbe nach §§ 1942, 1945 BGB ausschlägt, so verliert dieser seine gesamthänderische Teilhabe an der materiellen Aktionärsstellung der Erbgemeinschaft. War die Eintragung in das Aktienregister zu diesem Zeitpunkt bereits erfolgt, so bleibt die Aktionärsstellung der Erbgemeinschaft in der im Register angegebenen Zusammensetzung im Verhältnis zur Aktiengesellschaft noch solange bestehen, wie der Eintrag nicht korrigiert ist. Die Unrichtigkeit hat nicht zur Folge, dass die Rechtsausübung für die Rest-Erbgemeinschaft ausgeschlossen wäre. Da nicht der Miterbe, sondern die Erbgemeinschaft als überindividuelle Einheit und vom einzelnen Miterben streng zu trennender Vermögensträger die Mitgliedschaft innehat,¹² kommt § 67 Abs. 2 S. 1 AktG keine Vermutungswirkung über die konkrete, personale Zusammensetzung der Erbgemeinschaft zu.

Besteht das Risiko, dass der einzelne Miterbe zwischen einer erfolgten Erbausschlagung gemäß §§ 1942, 1945 BGB und der Austragung aus dem Aktienregister gemäß § 67 AktG noch partizipatorische Handlungen vornimmt? Gegenüber der Aktiengesellschaft existiert diese Möglichkeit

⁷ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 26; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 67 AktG Rn. 14.

⁸ Siehe dazu *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 31; *Martin Weber*, NZG 2001, 337, 339, 343.

⁹ Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz – NaStraG) vom 18. Januar 2001, BGBl. 2001 I, S. 123 ff.

¹⁰ Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12. Dezember 2019, BGBl. 2019 I, S. 2637 ff.

¹¹ *Heinrich*, in: Heidel, § 67 AktG Rn. 15; *J. Koch*, in: ders., § 67 AktG Rn. 7; *Maul*, NZG 2001, 585, 587.

¹² Siehe oben Kap. 2 B.

aufgrund des § 69 Abs. 1 AktG von vornherein wohl nicht. Eine direkte Rechtsausübung durch die Miterben als selbstbenannte gemeinschaftliche Vertreter ist aufgrund des Zurückweisungsrechts in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ausgeschlossen. Die auf die Verwaltung der Aktie bezogene Willensbildung zwischen den Miterben gemäß den §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB dockt im Übrigen allein an die materielle Miterbenstellung an, die von §§ 1942, 1945 BGB bestimmt wird. Aus § 67 Abs. 2 S. 1 AktG kann der Miterbe, der bereits wirksam ausgeschlagen hat, daher auch kein Recht auf Teilhabe an der erbgemeinschaftlichen Willensbildung ableiten. Das vorgenannte Partizipationsrisiko eines materiell Nichtberechtigten besteht demnach nicht.

3. Eintragung des gemeinschaftlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers

Im Übrigen sind sowohl die Eintragung eines gemeinschaftlichen Vertreters¹³ wie auch die eines Testamentsvollstreckers¹⁴ in das Aktienregister als

¹³ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 18; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 566; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 7; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 3 und § 67 AktG Rn. 50, 55 f.; *J. Koch*, in: ders., § 69 AktG Rn. 4; *K. W. Lange*, in: Henssler/Strohn, § 69 AktG Rn. 4; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 28; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 67 AktG Rn. 3; *Sarakinis*, Die Erbgemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 176; *Schlegelberger/Quassowski*, in: dies., § 63 AktG a. F. Rn. 3; *Wieneke*, in: Bürgers/Körber, § 69 AktG Rn. 5; a. *A. Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 13, § 67 AktG Rn. 20, 29, 31, demzufolge das Aktienregister nicht die Funktion einer Informationsquelle für die Mitaktionäre habe. Allgemeine Information bedeute nicht automatisch Rechtsklarheit; allein letztere sei zweckmäßigerweise vom Aktienregister angestrebt; *Hefermehl/Bungeroth*, in: Geßler/Hefermehl et al., § 69 AktG Rn. 23 bzw. § 67 AktG Rn. 12.

¹⁴ Begründet wird dies mit einem größeren Maß an Rechtssicherheit und dem Umstand, dass dadurch wie beim Nießbrauch und beim Pfandrecht unrechtmäßige bzw. unwirksame Auszahlungen an den ansonsten allein eingetragenen Inhaber vermieden werden könnten: *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 67 AktG Rn. 34; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 67 AktG Rn. 54; *J. Koch*, in: ders., § 67 AktG Rn. 23; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 67 AktG Rn. 47 f.; *C. A. Paul*, in: Henssler/Strohn, § 67 AktG Rn. 8; zust. *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 368; *Sarakinis*, Die Erbgemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 307 f.; a. *A. Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 67 AktG Rn. 29 ff., der die Testamentsvollstreckung nicht mit den dinglichen

sogenannte Kürangaben zulässig. In diesem Fall erstreckt sich die Legitimationswirkung in analoger Anwendung des § 67 Abs. 2 S. 1 BGB auch auf sie.¹⁵

II. Die GmbH-Gesellschafterliste: §§ 16 Abs. 1 S. 1, 40 GmbHG

Im Recht der GmbH ist die Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG einschlägig. Ihr zufolge gilt im Fall einer Veränderung des Gesellschafterbestands nur derjenige als Inhaber eines GmbH-Geschäftsanteils, der als solcher gemäß § 40 GmbHG in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Wie auch § 67 Abs. 2 S. 1 AktG bezweckt § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG die Herstellung von Rechtssicherheit durch Rechtsklarheit. Die Gesellschaft soll vor Unsicherheiten in Bezug auf die Person des neuen Gesellschafters geschützt werden.¹⁶ Die Wirkung der Vorschrift ist allein auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der GmbH beschränkt. In diesem Verhältnis führt die Eintragung zu einer unwiderlegbaren Vermutung¹⁷ der mitgliedschaftlichen Berechtigung des Eingetragenen. Die Legitimationswirkung der Listeneintragung entfällt nicht ohne weiteres, wenn die GmbH von einer eingetretenen Veränderung Kenntnis erlangt.¹⁸

Verfügungsbeschränkungen des Nießbrauchs und des Pfandrechts gleichsetzt, sondern sie den ergänzenden Informationen über den Inhaber der Namensaktie zuordnet.

¹⁵ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 18; *T. Bezenberger*, in: K. Schmidt/Lutter, § 69 AktG Rn. 7; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, § 69 AktG Rn. 3 und § 67 AktG Rn. 50, 55 f.; *J. Koch*, in: ders., § 67 AktG Rn. 23; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 67 AktG Rn. 49; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 176; a. A. zum gemeinschaftlichen Vertreter *Wieneke*, in: Bürger/Körber, § 69 AktG Rn. 5 mit der Begründung, dass hierfür in Anbetracht der Geltung der allgemeinen Grundsätze über die Duldungs- und die Rechtsscheinvollmacht kein Bedürfnis bestehe.

¹⁶ *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 16 GmbHG Rn. 14.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.06.2016 – I-16 U 74/15, NZG 2017, 264, 266 Rn. 32; *Altmeppen*, in: ders., § 16 GmbHG Rn. 5; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 16 GmbHG Rn. 15; *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 16 GmbHG Rn. 18; *K. J. Müller*, DStR 1998, 296, 302; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, § 16 GmbHG Rn. 14; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 16 GmbHG Rn. 11b; krit. *Ising*, NZG 2010, 812, 815 f.; a. A. *Foerster*, Die Zuordnung der Mitgliedschaft, 2018, S. 212.

¹⁸ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 04.11.2016 – 20 W 269/16, ZIP 2017, 1273, 1275; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 16 GmbHG Rn. 158; *Servatius*,

1. Rechtsstellung der Erbgemeinschaft im Verhältnis zur GmbH

Bei dem Erbfall handelt es sich um eine „Veränderung in den Personen der Gesellschafter“ gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.¹⁹ Auch hier ist für die mitgliedschaftliche Rechtsausübung der Zeitraum zwischen Erbfall und Eintragung problematisch – insbesondere dann, wenn ein Alleingesellschafter stirbt und dieser zugleich auch noch Geschäftsführer der GmbH war.²⁰ Anders als im Aktienrecht werden Gesellschafterrechte und Gesellschafterpflichten hier voneinander abgespalten, sodass der Erbe mit dem Erbfall zwar in die Gesellschafterstellung einrückt und ihn die Gesellschafterpflichten treffen, er jedoch bis zu dem Moment der Eintragung nicht zur mitgliedschaftlichen Rechtsausübung befugt ist.²¹

in: Noack/Servatius/Haas, § 16 GmbHG Rn. 14; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 16 GmbHG Rn. 11b.

¹⁹ *Michael Winter*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § 40 GmbHG Rn. 16.

²⁰ Vgl. *K. W. Lange*, GmbHR 2012, 986 ff.

²¹ OLG Naumburg, Urteil vom 01.09.2016 – 2 U 95/15, ZIP 2016, 2217, 2219 f.; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 128 ff., 132 ff.; *W. Bayer*, GmbHR 2012, 1, 4; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 34; *Christ*, in: Ebeling/Geck, Handbuch der Erbgemeinschaft, 2021, § 20 Rn. 800; *Ebbing*, in: Michalski/Heidinger et al., § 16 GmbHG Rn. 96; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 16 GmbHG Rn. 162 ff.; *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 16 GmbHG Rn. 30; *D. Mayer*, MittBayNot 2014, 114, 124; *Plückelmann*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § 16 GmbHG Rn. 9; *Sarakinis*, Die Erbgemeinschaft als Unternehmererbe, 2021, S. 105 ff.; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, § 16 GmbHG Rn. 20; *H. Schmidt*, NotBZ 2013, 13, 15; *Verse*, in: Henssler/Strohn, § 16 GmbHG Rn. 19 f.; *Wachter*, GmbHR 2018, 1129, 1139; *R. Wilhelm*, in: BeckOK GmbHG, § 16 GmbHG (Stand: 01.03.2022) Rn. 28 f.; *Reinmar Wolff*, BB 2010, 454, 455 f.; wohl auch *K. W. Lange*, GmbHR 2012, 986 ff.; *ders.*, Erbrecht, 2017, § 103 Rn. 136 (S. 998); a. A. *Altmeyen*, in: *ders.*, § 16 GmbHG Rn. 22; *Ising*, NZG 2010, 812, 815 f.; *Link*, RNotZ 2009, 193, 213, denen zufolge die Vorlage eines Erbscheins nach den §§ 2353 ff., 2365 BGB genüge; für eine teleologische Reduktion des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG dergestalt, dass der Erbfall nicht vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst sei *Peetz*, GmbHR 2006, 852, 855; vgl. auch *Miller*, ZIP 2020, 62 ff.

2. Eintragung der Erbengemeinschaft

Auch die Eintragung der Erbengemeinschaft in die Gesellschafterliste²² muss sich an der Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft orientieren. Aufgrund der fehlenden Rechtsfähigkeit genügt es nicht, nur die Erbengemeinschaft als solche als Gesellschafter anzugeben. Solange noch keine Auseinandersetzung unter den Miterben nach den §§ 2042 ff. BGB erfolgt ist, können andererseits aber auch nicht schon mehrere Geschäftsanteile für die jeweiligen Miterben mit neuen Nummern ausgewiesen werden, da diese aufgrund der dinglichen Zuordnung des GmbH-Geschäftsanteils zur Gesamthand²³ und den Teilungsverboten bezüglich der kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft²⁴ noch gar nicht bestehen. Daher muss die Erbengemeinschaft unter Beibehaltung der laufenden Nummer bestehend aus den einzelnen Mitgliedern der Erbengemeinschaft genannt werden. Alternativ können auch die Erben zuerst genannt werden und dann mit dem Zusatz „in Erbengemeinschaft“ versehen werden.²⁵ Da die Miterben in aller Regel eben nicht einstimmig handeln müssen, sondern den Geschäftsanteil durch Stimmmehrheit im Rahmen der zu §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB erarbeiteten Voraussetzungen verwalten können, ist die Möglichkeit der Notwendigkeit einer zusätzlichen Mitteilung des wirtschaftlich Berechtigten, d. h. eines etwaigen Mehrheitserben, an das Transparenzregister nach den §§ 18 ff. GwG in Betracht zu ziehen.²⁶

²² Siehe zu den Einzelfragen rund um die Mitteilung und den Nachweis *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafter, 2017, S. 136 ff.

²³ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 C.

²⁴ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 B.

²⁵ *Altmeppen*, in: ders., § 40 GmbHG Rn. 18; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 36; v. *Bressendorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 106; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 40 GmbHG Rn. 35; *Heilmeier*, in: BeckOK GmbHG, § 40 GmbHG (Stand: 01.08.2022) Rn. 21; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, § 40 GmbHG Rn. 10; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 40 GmbHG Rn. 50; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 112 f.; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 242; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, § 40 GmbHG Rn. 9, 12, 12a; *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 60; *ders.*, GmbHR 2018, 1129, 1139; *Wicke*, DB 2017, 2528, 2531; *ders.*, in: ders., § 40 GmbHG Rn. 5; *Michael Winter*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § 40 GmbHG Rn. 8.

²⁶ A. A. *Wachter*, GmbHR 2018, 1129, 1139; vgl. auch die allgemeine Empfehlung von *Wicke*, DB 2017, 2528, 2532, im Zweifel eine solche Meldung zu veranlassen; vgl.

Sind einzelne von mehreren Erben unbekannt, so sind diese neben den bekannten Erben in Erbengemeinschaft auch ohne die näheren Angaben zu ihrer Person und unter Hinweis auf eine etwaige, gerichtlich angeordnete Nachlasspflegschaft in der Liste anzugeben.²⁷ Das entsprechende Informationsdefizit kann den jeweils bekannten Miterben nicht angelastet werden.

Bisweilen wird vertreten, dass auch die Erbquoten mit in die Liste aufzunehmen seien, da die GmbH wegen der in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB steckenden Mehrheitsmacht ohne weitere Nachforschungen die Erbenmehrheit ermitteln können müsse.²⁸ Dagegen spricht jedoch der Umstand, dass es der GmbH zur Verifizierung der Erbenmehrheit freisteht, die Vorlage von Erbscheinen nach § 2353 BGB zu verlangen, die über die Größe des Erbteils Auskunft geben.²⁹ Mithin ist für die einen GmbH-Geschäftsanteil haltende Außengesellschaft bürgerlichen Rechts in der seit dem Jahr 2017 geltenden Fassung³⁰ des § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG vorgesehen, dass deren Gesellschafter mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort in die Liste einzutragen sind.³¹ Eine Angabe zur Höhe der Beteiligung des Gesellschafters an der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts wird nicht gefordert. Eine entsprechende Schutzwertung zugunsten der GmbH scheint demnach nicht im Gesetz angelegt zu sein. Das Risiko der Klärung, dass etwaige in der Gesellschafterversammlung auftretende Miterben die für die Entscheidungen nach den §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB nötige Erbenmehrheit darstellen, fällt somit der GmbH zu. Im Übrigen würde sich bei einer Eintragung der Erbquoten in die GmbH-Gesellschafterliste die Frage stellen, wie genau diese Angaben in Prozentsätzen zu erfolgen hätten, wenn einer der Miterben daneben einen eigenen Anteil an der GmbH in seinem

auch allgemein *Goffin*, Der wirtschaftlich Berechtigte und die Transparenzpflichten des § 20 GwG bei der GmbH, 2022, S. 98 ff.

²⁷ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 144 f.; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 40 GmbHG Rn. 38 f.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 113; siehe auch *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, § 40 GmbHG Rn. 51; vgl. auch *D. Mayer*, MittBayNot 2014, 114, 124 f.

²⁸ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 36 f.; dagegen etwa *v. Bressensdorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 106.

²⁹ Vgl. *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 60.

³⁰ Siehe das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni 2017, BGBl. 2017 I, S. 1822, 1864.

³¹ *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 40 GmbHG Rn. 42 f.

Privatvermögen hält. Richtigerweise ist in der Liste nur die Summe der Gesellschaftsanteile in Prozentangaben anzugeben, die ein und demselben Vermögensträger zugeordnet werden. Ist ein Miterbe Gesellschafter und gleichzeitig Mitglied in einer Gesellschaftererbengemeinschaft, so ist in der Vermerkspalte anzugeben, dass der betreffende Miterbe neben seinem eigenen Anteil noch Miterbe in der Erbengemeinschaft mit den weiteren bekannten Miterben ist. Eine weitergehende Angabe ist nicht nötig und auch nicht möglich. Denn eine fiktive Teilung des gesamthänderisch gehaltenen Anteils entsprechend der Erbquoten auf die Miterben ist ausgeschlossen.³²

Daneben ließe sich die Möglichkeit einer Zurechnung des gesamthänderisch gehaltenen Anteils zu einem Mehrheitserben in Betracht ziehen, da dieser unter Umständen einen beherrschenden Einfluss in der Erbengemeinschaft hat. Die Zulässigkeit einer solchen Zurechnung wird bisweilen mit dem Argument verneint, dass sonst gegen den Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen würde und die Erbengemeinschaft ja nur einvernehmlich im Sinne von einstimmig auftreten könne.³³ Die in der Untersuchung zu § 2038 BGB gezogenen Schlussfolgerungen zeigen indes, dass dem nicht so ist. Es existiert kein materieller Grundsatz der Gemeinschaftsverwaltung, § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB ist nur eine äußere Vorgabe, die nicht das sich erst aus dem Sinn und Zweck ergebende Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme widerspiegelt. Tatsächlich stellt die Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB den Grundfall dar.³⁴ Gleichwohl ist der Ausschluss einer solchen Zurechnung das vorzugswürdige Ergebnis. Das entscheidende Argument gegen eine fiktive Teilungsperspektive liegt jedoch im Prinzip der gesamthänderischen Vermögensbindung. Der Gesellschaftsanteil, der sich in dem erbengemeinschaftlichen Sondervermögen befindet, liegt auf einer anderen Objektebene als der Gesellschaftsanteil im Privatvermögen des einzelnen Miterben. Diese Sphären sind strikt voneinander zu trennen. Eine Durchbrechung dieses Prinzips findet, wie noch zu zeigen sein wird, nur unter

³² *Altmeppen*, in: ders., § 40 GmbHG Rn. 18; *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 40 GmbHG Rn. 36 f.; *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 242; mit einer praxisorientierten Begründung i. E. auch *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 116; *Löbbe*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 18 GmbHG Rn. 11; vgl. auch *Wachter*, GmbHR 2018, 1129, 1139.

³³ *Heidinger*, in: MünchKomm. GmbHG, § 40 GmbHG Rn. 37.

³⁴ Siehe oben Kap. 3 Fn. 10.

ganz bestimmten Umständen bei vererbten Aktien im Rahmen der konzernrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten nach § 20 Abs. 1 S. 1 AktG³⁵, § 34 Abs. 1 Nr. 1 WpHG³⁶ und § 30 Abs. 1 Nr. 1 WpüG³⁷ statt, wenn einer der Miterben die Erbengemeinschaft beherrscht. Hier wiegt die Transparenzwertung bezüglich der realen Herrschaftsverhältnisse in der Tat stärker als das Prinzip der gesamthänderischen Vermögensstrennung. Dies ist aber sowohl teleologisch wie auch vom Wortlaut her dezidiert im Gesetz angelegt. Das ist bei § 40 GmbHG nicht der Fall. Eine Gesellschaftsanteilsaddition – sowohl vom einzelnen Miterben zur Erbengemeinschaft wie auch von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben – findet im Rahmen der Eintragung in die GmbH-Gesellschafterliste nicht statt. Es dominiert hier nicht das personale, sondern das vermögenszuordnende Element der gesamthänderischen Zuordnung.

3. Eintragung des gemeinschaftlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers

Der Testamentsvollstreckervermerk ist keine eintragungsfähige Tatsache.³⁸ Daran hat auch der Erlass von § 2 GesLV³⁹ nichts geändert.⁴⁰ Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste wird insofern durch die

³⁵ Siehe dazu ausf. unten Kap. 5 D. III.

³⁶ Siehe dazu ausf. unten Kap. 5 E. I. 2.

³⁷ Siehe dazu ausf. unten Kap. 5 F. I. 2.

³⁸ BGH, Beschluss vom 24.02.2015 – II ZB 17/14, NJW 2015, 1303, 1304 ff.; OLG München, Beschluss vom 08.09.2009 – 31 Wx 82/09, NZG 2009, 1192, 1193; OLG München, Beschluss vom 15.11.2011 – 31 Wx 274/11, NZG 2012, 391, 392; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 144, 366 ff.; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbke, § 40 GmbHG Rn. 79 ff.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmererbe, 2021, S. 302 f.; *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 34, 94 f.; *ders.*, GmbHR 2018, 1129, 1134, 1140; *Wicke*, ZGR 2015, 161, 183; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 239; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 51; a. A. *Beutel*, NZG 2014, 646, 647 ff.; *Heckschen/Strnad*, NZG 2014, 1201, 1208; *Heidinger*, in: FS Stilz, 2014, S. 253, 259 ff.; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 620; *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286 ff.

³⁹ Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (Gesellschafterlistenverordnung – GesLV) vom 20. Juni 2018, BGBl. 2018 I, S. 870.

⁴⁰ *Miller*, NJW 2018, 2518, 2520 f.

Testamentsvollstreckung überlagert.⁴¹ Auch der gemeinschaftliche Vertreter kann nicht in die Gesellschafterliste eingetragen werden.⁴²

III. Exkurs: Die genossenschaftsrechtliche Mitgliederliste:

§ 30 Abs. 2 S. 1 GenG

Gemäß § 30 Abs. 2 S. 1 GenG ist jedes Mitglied der eingetragenen Genossenschaft mit den entsprechenden persönlichen Angaben in die Mitgliederliste einzutragen. Anders als bei der GmbH-Gesellschafterliste und dem Aktienregister hat die Eintragung in die genossenschaftsrechtliche Mitgliederliste jedoch nur deklaratorische Wirkung.⁴³ Die Erbengemeinschaft wird daher unmittelbar mit dem Erbfall Vollmitglied in der Genossenschaft sowie Inhaber sämtlicher mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten, die sie sofort ausüben kann.⁴⁴

1. Eintragung der Erbengemeinschaft

§ 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GenG unterscheidet, was die Angaben bezüglich eines Mitglieds angeht, zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen, Personenhandelsgesellschaften und anderen Personenvereinigungen. Da die Norm nicht ausdrücklich von rechtsfähigen Personenvereinigungen spricht, lässt sich auch die nichtrechtsfähige Erbengemeinschaft unter die vierte Variante fassen. Dafür spricht gerade auch, dass die einzelnen Miterben keine Mitglieder in der eingetragenen Genossenschaft sind, sondern sich eine einzelne Mitgliedschaft gesamthänderisch teilen. Da die Erbengemeinschaft selbst keine Anschrift hat, ist die zweite Untervariante einschlägig. In die Mitgliederliste sind demzufolge die Familiennamen, Vornamen und Anschriften der einzelnen Miterben mit einem Hinweis, dass es sich um eine Erbengemeinschaft handelt, einzutragen. Eine Eintragung der Erbquoten findet nicht statt.

⁴¹ *Wachter*, GmbHR 2018, 1129, 1140.

⁴² *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2013, S. 34, 50; *ders.*, GmbHR 2018, 1129, 1139; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 144, 216 f.

⁴³ *Bertram*, in: Saenger/Aderhold et al., Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 980; *Foerster*, Die Zuordnung der Mitgliedschaft, 2018, S. 218; *Geibel*, in: Henssler/Strohn, § 30 GenG Rn. 1.

⁴⁴ *Bertram*, in: Saenger/Aderhold et al., Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 6 Rn. 994.

2. Eintragung des gemeinschaftlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers

Anders als bei § 16 Abs. 1 GmbHG ist die Person, die in der Mitgliederliste eingetragen ist, nicht aufgrund dessen als Mitglied gegenüber der eingetragenen Genossenschaft legitimiert.⁴⁵ Wegen dieser im Vergleich zum Aktienregister und zur GmbH-Gesellschafterliste untergeordneten Funktion besteht kein Bedürfnis dafür, den gemeinschaftlichen Vertreter oder gegebenenfalls den Testamentsvollstrecker in die genossenschaftsrechtliche Mitgliederliste einzutragen. Denn wenn der Listeneintrag schon keine Legitimationswirkung bezüglich des Mitglieds entfaltet, dann kann es erst recht keine solche bezüglich etwaiger Kürangaben geben.

IV. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Behandelt man die Erbengemeinschaft als rechtsfähigen Verbund, so ergeben sich keine Unterschiede. Die rechtsfähige Erbengemeinschaft wäre insofern wie die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts zu behandeln.

B. Die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht

Einen weiteren, relevanten Punkt stellt die Frage nach den Auswirkungen der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht⁴⁶ dar. Auch hierbei handelt es sich um eine Schranke der kapitalgesellschaftsrechtlichen Rechtsausübung.⁴⁷ Aufgrund der besseren Praktikabilität anhand der Möglichkeit zur Herausbildung von Fallgruppen wird nachfolgend nicht

⁴⁵ Geibel, in: Henssler/Strohn, § 30 GenG Rn. 1.

⁴⁶ Diese Rechtsfigur ist begrifflich streng von der *organschaftlich* kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu trennen, siehe H. Fleischer, WM 2003, 1045, 1046 f.; H. Fleischer/Harzmeier, NZG 2015, 1289, 1290; J. Koch, in: ders., § 84 AktG Rn. 10; Lutter, ZHR 162 (1998), 164, 176; Weller, in: FS Winter, 2011, S. 755, 756; H. Wiedemann, in: FS Heinsius, 1991, S. 949, 950.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 01.02.1988 – II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 195; Götzte, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 42.

vom mitgliedschaftlichem Schrankenmodell⁴⁸, sondern von der grundsätzlichen Validität des Treuepflichtenmodells ausgegangen.⁴⁹

I. Dogmatische Ableitung

Die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht war als solche ursprünglich nur im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft anerkannt. Ihre Anwendung im Aktienrecht bereitete aufgrund des Konzeptes der Aktiengesellschaft als anonymem Kapitalsammelbecken Schwierigkeiten.⁵⁰ Später wurde der Anwendungsbereich im Wege einer umfassenderen Auslegung auch auf das Verhältnis des Mehrheits- zum Minderheitsgesellschafter⁵¹ und schließlich die Beziehung aller Gesellschafter untereinander⁵² erweitert. Die Treuepflicht trifft heute daher nicht nur die Mehrheit, sondern prinzipiell alle Kapitalgesellschafter.⁵³

⁴⁸ Siehe *Flume*, BGB AT I 2, 1983, § 8 I. (S. 269 ff.); *ders.*, ZIP 1996, 161; zust. *Altmeppen*, in: *ders.*, § 13 GmbHG Rn. 30 f.

⁴⁹ *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, § 13 GmbHG Rn. 101; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger et al., § 13 GmbHG Rn. 136.

⁵⁰ *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 440 f.; *J. Koch*, in: *ders.*, § 53a AktG Rn. 14; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 336; vgl. auch *Dorpalen*, ZHR 102 (1936), 1 ff.; *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2016, S. 222.

⁵¹ BGH, Urteil vom 05.06.1975 – II ZR 23/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f.; BGH, Urteil vom 01.02.1988 – II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194 f.; vgl. auch *Lutter*, JZ 1976, 225, 231; *Ulmer*, NJW 1976, 192, 193.

⁵² BGH, Urteil vom 20.03.1995 – II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 142 ff.; *Henze*, ZHR 162 (1998), 186 f.

⁵³ *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 53a AktG Rn. 49 ff.; *Geibel*, in: Hensler/Strohn, § 18 GenG Rn. 12; *Götze*, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 42; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, 1996, S. 62 f.; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 221, 241; *Henze*, in: FS Kellermann, 1991, S. 141, 152; *Immenga*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 189, 195; *Janssen*, in: Heidel, § 53a AktG Rn. 26; *Lutter*, JZ 1995, 1053 ff.; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 173; *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, § 13 GmbHG Rn. 104; *Saenger*, in: FS Bergmann, 2018, S. 603, 604; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 20 IV 3. (S. 593); *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1910; *Timm*, WM 1991, 481, 483; *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2016, S. 222 ff.; *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 81 f.; a. A. *Roitzsch*, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, 1981, S. 36 ff.

Entscheidend ist dessen einzelfallabhängige, konkrete Einwirkungsmöglichkeit.⁵⁴ Somit ist auch der Kleinaktionär in einer Publikumsaktiengesellschaft potenzieller Adressat der Treuepflicht.⁵⁵ Sie ist die „besondere gesellschaftsrechtliche Bezeichnung für die *allgemeine* Rücksichtnahme- und Loyalitätspflicht [...] der Partner des Gesellschaftsverhältnisses“⁵⁶ und kann sowohl zwischen dem Kapitalgesellschafter und der Kapitalgesellschaft (*Vertikalverhältnis*) wie auch zwischen den Kapitalgesellschaftern (*Horizontalverhältnis*) bestehen.⁵⁷ Im Unterschied zu dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot in § 53a AktG, das nur an die Aktiengesellschaft adressiert ist, wirkt die Treuepflicht mehrdimensional.⁵⁸ Ihre Rechtsgrundlage findet sie in der Privatautonomie. Zwar ist sie im Detail umstritten, wobei wahlweise auf den Gesellschaftsvertrag beziehungsweise die Satzung⁵⁹, auf eine Charakterisierung als richterrechtlich entwickelte Generalklausel⁶⁰, auf § 705 BGB⁶¹, auf eine organisationsrechtliche Sonderverbindung⁶² oder auf den Rechtsgedanken von § 242 BGB⁶³ abgestellt wird.

⁵⁴ Ehrlicke, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 441; J. Koch, in: ders., § 53a AktG Rn. 14.

⁵⁵ Dazu ausf. Merkt, in: FS Bergmann, 2018, S. 509 ff.

⁵⁶ Hennrichs, AcP 195 (1995), 221, 240.

⁵⁷ K. W. Lange, in: Henssler/Strohn, § 53a AktG Rn. 8.

⁵⁸ Götze, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 24.

⁵⁹ Grigoleit, in: ders., § 1 AktG Rn. 52; J. Koch, in: ders., § 53a AktG Rn. 15; Rieckers, in: MHdB GesR IV, § 17 Rn. 19.

⁶⁰ Götze, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 22.

⁶¹ Lutter, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.; ders., ZHR 153 (1989), 446, 454; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 173.

⁶² BGH, Urteil vom 01.02.1988 – II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 195; Dreher, ZHR 157 (1993), 150, 153; Janssen, in: Heidel, § 53a AktG Rn. 28; Martin Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 67 ff.; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 350.

⁶³ Burgard, ZIP 2002, 827, 834 f.; Häsemeyer, ZHR 160 (1996), 109, 113 f.; Hennrichs, AcP 195 (1995), 221, 228 ff.

II. Voraussetzungen

1. Mitgliedschaft in der Gesellschaft

Die Existenz der Treuepflicht setzt das Bestehen der Gesellschafterstellung, d. h. der Mitgliedschaft, voraus. Diese ist im Fall der einen Kapitalgesellschaftsanteil oder einen Genossenschaftsanteil haltenden Erbengemeinschaft gegeben. Einen Alleingesellschafter trifft gegenüber seiner Kapitalgesellschaft keine Treuepflicht.⁶⁴ Sollte die Erbengemeinschaft in die Rolle eines Alleingesellschafters einrücken, so wäre diese Rechtsausübungsschranke ihrerseits ausgeschlossen.

2. Bestehen einer einzelfallabhängigen Konkretisierung

Die Treuepflicht enthält im Kern das Verbot der Verfolgung von Sonder Vorteilen zum Schaden der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter.⁶⁵ Als Einschränkung des Grundsatzes, dass man nach eigenem Urteil und ohne Rechenschaft über seine Motive geben zu müssen abstimmen kann,⁶⁶ entfaltet sie erst dann Rechtswirkungen, wenn sich die tatsächlichen Umstände zwischen den Beteiligten einzelfallabhängig hinreichend verdichtet haben. Dies stellt die Ausnahme und nicht die Regel dar.⁶⁷ Aufgrund der Vielfalt an denkbaren Situationen erweist sich eine abschließende Beschreibung als schwierig.⁶⁸ Entscheidend sind die jeweils betroffenen Rechte und Pflichten der Gesellschafter, die tatsächliche Struktur der betroffenen Gesellschaft,

⁶⁴ *Bachmann*, NZG 2001, 961, 970 f.; *Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 53a AktG Rn. 89; *Ehricke*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 42 AktG Rn. 40 ff.; *H. Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 53a AktG Rn. 51; *Reichert*, NZG 2018, 134 ff.; *Harm P. Westermann*, in: Bürgers/Körber, § 53a AktG Rn. 13; vgl. auch *Lutter*, ZHR 162 (1998), 164, 183; a. A. *Bollmann*, Der Schadenersatzanspruch gemäß § 317 AktG bei Schädigung der abhängigen Eine-Person-AG, 1995, S. 112; *Burgard*, ZIP 2002, 827, 835 f.; *Götze*, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 30.

⁶⁵ *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109, 114.

⁶⁶ *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109, 115.

⁶⁷ *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109, 125.

⁶⁸ *Häsemeyer*, ZHR 160 (1996), 109, 114; *Saenger*, in: FS Bergmann, 2018, S. 603, 605; *H. Wiedemann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 949, 953; siehe auch *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 397: „Es ist anerkannt, daß die Treuepflicht in diesem Rahmen ein ganzes Bündel von Einzelpflichten umfaßt, so daß diese innerhalb einer Gesellschaft immer differenziert zu betrachten sind“.

die Rechtsstellung des Gesellschafters, der Zweck der Gesellschaft, der Umfang und die Dauer der Beteiligung, der Grad der persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander, die Art und die gesellschaftliche Funktion des ausgeübten Gesellschaftsrechts beziehungsweise der Maßnahme und die Frage nach besonders geschaffenen Vertrauen in ein bestimmtes Verhalten.⁶⁹ Eine Verdichtung der Sachumstände hin zur Auslösung von in der Treuepflicht wurzelnden Rechtsfolgen ist bei personalistisch strukturierten Gesellschaften wohl abstrakter eher der Fall als bei solchen, die als Kapitalsammelbecken fungieren (*relative Intensität*).⁷⁰

Die Anknüpfungspunkte der Treuepflicht betreffen entweder die Verpflichtung zu einer gezielten Wahrnehmung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Stimmrechts oder zur Vornahme oder Unterlassung einer sonstigen Handlung.⁷¹ Bisweilen findet sich in der Literatur eine Unterscheidung zwischen sogenannten eigennützigen und uneigennützigen Kapitalgesellschafterrechten,⁷² wobei sich die praktischen Auswirkungen dieser Differenzierung wohl in Grenzen halten und sie letztlich nur die Rolle einer ersten Orientierung innehat.⁷³

Bezüglich des Stimmrechts ist nach den Mehrheitsverhältnissen sowie zwischen Grundlagenänderungen, Geschäftsführungsangelegenheiten und sonstigen Angelegenheiten zu unterscheiden.⁷⁴ Geht es um die vermögensrechtliche Sphäre der Gesellschafter insbesondere etwa die

⁶⁹ *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, § 13 GmbHG Rn. 93 f. m. w. N.

⁷⁰ *J. Koch*, in: ders., § 53a AktG Rn. 17; *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, § 13 GmbHG Rn. 95; vgl. auch *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 173 f.

⁷¹ *J. Koch*, in: ders., § 53a AktG Rn. 17; *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, § 13 GmbHG Rn. 117; vgl. auch *H. Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 53a AktG Rn. 54 („Schrankenfunktion“ und „Ergänzungsfunktion“).

⁷² *Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 53a AktG Rn. 97; *Grigoleit*, in: ders., § 1 AktG Rn. 66; *Henze*, BB 1996, 489, 492 ff.; *J. Koch*, in: ders., § 53a AktG Rn. 17; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger et al., § 13 GmbHG Rn. 155, 157; *Lutter*, ZHR 162 (1998), 164, 168; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 175; *B. Mayer/Albrecht v. Kolke*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 53a AktG Rn. 17; *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 19 ff., 95 ff., 121.

⁷³ *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 53a AktG Rn. 54; *H. Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 53a AktG Rn. 55; *Götze*, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 43.

⁷⁴ *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, § 13 GmbHG Rn. 122.

Gewinnverwendung nach § 46 Nr. 1 GmbHG beziehungsweise § 174 Abs. 1 AktG so unterliegt die Stimmrechtsausübung in der Regel nur einer Missbrauchskontrolle.⁷⁵ Steht dagegen das Gesellschaftsinteresse im Vordergrund wie etwa bei der aktienrechtlichen Zustimmung zu einer Geschäftsführungsmaßnahme nach § 119 Abs. 2 AktG, so steuert die Treuepflicht die Stimmrechtsausübung in eine exakte Richtung.⁷⁶ Dies gilt auch für Satzungs- beziehungsweise Gesellschaftsvertragsänderungen, die nicht die vermögensrechtliche Sphäre der Gesellschafter betreffen.⁷⁷ Dabei ist zu bedenken, dass sowohl der Hauptversammlung wie auch der Gesellschafterversammlung im Rahmen der Beschlussfassung ein an § 93 Abs. 1 S. 2 AktG angelehntes, unternehmerisches Ermessen zusteht. Dieses schlägt in einem zweiten Schritt von der Ebene der Versammlung als Gesellschaftsorgan auf die Ebene des Einzelgesellschafters durch, sodass auch dieser im Rahmen der Stimmabgabe diesen Ermessensspielraum innehat.⁷⁸ Bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen ergeben sich hier keine spezifischen Besonderheiten für die Erbengemeinschaft als Gesellschafter. Daher ist im Weiteren auf die Literatur zum Gesellschaftsrecht zu verweisen.

III. Rechtsfolgen

Bezüglich der Rechtsfolgen ist zwischen der Person des Verpflichteten, dem Pflichtenumfang und den Konsequenzen der Nichterfüllung zu differenzieren. Hier nun werden die Besonderheiten der gesamthänderisch gehaltenen Mitgliedschaft relevant. Daher werden diese Punkte nachfolgend gesondert für die Erbengemeinschaft, den gemeinschaftlichen Vertreter und den Testamentsvollstrecker erörtert.

1. Erbengemeinschaft

a) Verpflichteter

Wen genau adressiert die Treuepflicht bei der Erbengemeinschaft? Sie ist kein rechtsfähiges Gebilde und somit kein der Person gleichgestelltes

⁷⁵ Götze, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 44.

⁷⁶ Götze, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 44; Lutter, JZ 1995, 1053, 1055; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 179 ff.

⁷⁷ Götze, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 44.

⁷⁸ Siehe oben Kap. 3 Fn. 289.

Subjekt. Sie selbst kann es deshalb nicht sein, der einzelne Miterbe nur für sich genommen indes ebenfalls nicht. Denn erstens würde sonst die Mitgliedschaft in der Kapitalgesellschaft, an die die Treuepflicht gekoppelt ist, aufgespalten, was den kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverboten⁷⁹ zuwiderliefe. Wo es keine in sich geteilte Mitgliedschaft geben darf, da kann es auch keine in sich geteilte Treuepflicht geben. Und zweitens spricht dafür die vergleichende, allgemein bürgerlich-rechtliche Betrachtung⁸⁰. Dadurch, dass sich der Gesellschaftsanteil im Sondervermögen der Erbengemeinschaft befindet, gilt dies auch für die Mitgliedschaft, an die die Treuepflicht ihrerseits gekoppelt ist. Die Treuepflicht sammelt sich folglich auf einer eigenen Erbengemeinschaftsebene und schlägt dann erst im zweiten Schritt auf jeden einzelnen Miterben als personale Endzurechnungspunkte durch.

b) Pflichtenumfang

Die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht verlangt von den Teilhabern, „jede Schädigung der Interessen der Gemeinschaft und der durch den Gemeinschaftszweck umfaßten Interessen der Mitbeteiligten zu unterlassen und darüber hinaus diese Interessen im Rahmen der durch die Gemeinschaft bedingten Tätigkeit zu fördern“.⁸¹ „Da die Gesellschafter in der Körperschaft dauerhaft verbunden sind, ist ein höheres Maß an gegenseitiger Rücksicht erforderlich, als die grundsätzlich geltenden Maßstäbe von Treu und Glauben und der guten Sitten es gebieten würden.“⁸² Was den konkreten Umfang der Treuepflicht angeht, so ist für den Untersuchungsgegenstand zwischen der äußeren und der inneren Ebene zu unterscheiden.

aa) Äußere Ebene

Die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit sind in ihrer kollektiven Rolle als einzelner Gesellschafter an die Treuepflicht gebunden. Das bedeutet, dass die Rechtsausübung gegenüber der Körperschaft für den

⁷⁹ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 B.

⁸⁰ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 C.

⁸¹ A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 19.

⁸² Merkt, in: MünchKomm. GmbHG, § 13 GmbHG Rn. 93; siehe auch Lutter, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.

im Nachlass befindlichen Gesellschaftsanteil im Wege des § 69 Abs. 1 AktG, des § 18 Abs. 1 GmbHG und des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG die Grenzen der Treuepflicht einzuhalten hat. Verstößt etwa die Stimmabgabe gegen die Treuepflicht, so sind die rechtsmissbräuchlich abgegebenen Stimmen für den Gesellschaftsanteil nichtig.⁸³ In besonders gelagerten Fällen ist auch eine positive Stimmpflicht möglich.⁸⁴ Dies bereitet keine speziell auf der Rechtsnatur der Erbengemeinschaft basierenden Schwierigkeiten, da die Pflicht sich inhaltlich an der Rechtsmacht und damit der objektbezogenen Ebene des Sondervermögens orientiert. Zu den Einzelheiten möglicher Treuepflichtkonstellationen ist auf die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung und Literatur zu verweisen.

bb) Innere Ebene

Könnte sich die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht, der die Erbengemeinschaft nach außen als Einzelgesellschafter unterworfen ist, daneben auch auf die erbrechtliche Ebene der Beschlussfassung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB auswirken?

(1) Mehrstufige Treuepflicht

Zwar lässt sich aus der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in Ermangelung einer entsprechenden Schutzwertung zugunsten der Erbenminderheit keine Rücksichtnahmepflicht der Miterben untereinander ableiten.⁸⁵ Damit ist jedoch noch nichts zu der Frage gesagt, ob die Beschlussfassung der Miterben nicht vom Treuegedanken gegenüber

⁸³ BGH, Urteil vom 21.07.2008 – II ZR 39/07, NZG 2008, 783, 785; BGH, Urteil vom 12.04.2016 – II ZR 275/14 („Media-Saturn“), NJW 2016, 2739, 2740; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz, § 53a AktG Rn. 58; *Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 53a AktG Rn. 138; *Lutter*, ZHR 153 (1989), 446, 458; *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 109, 114; *J. Koch*, in: ders., § 53a AktG Rn. 30; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 108; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 366 ff.; a. A. *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325 ff.; *Timm*, WM 1991, 481, 486.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 20.03.1995 – II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 145, 151 ff.; BGH, Urteil vom 21.07.2008 – II ZR 39/07, NZG 2008, 783, 785; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2003 – 20 U 5/03, NZG 2003, 1025, 1027; *Geibel*, in: Henssler/Strohn, § 43 GenG Rn. 15; *Götze*, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 45.

⁸⁵ Siehe dazu bereits oben Kap. 3 C. III. 1. b).

der Kapitalgesellschaft und den Mitkapitalgesellschaftern beeinflusst werden kann und ob sich hieraus Grenzen für die Willensfreiheit im Rahmen der Beschlussfassung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB ergeben. Diese Frage nach einer möglichen Fernwirkung der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht hat zwei denkbare Vergleichspunkte, bei denen es um Subjekte geht, die hinter dem eigentlichen Kapitalgesellschafter stehen. Erstens lässt sich die Konstellation mit der Frage vergleichen, ob im Konzern eine Kettenzurechnung der Treuepflicht dergestalt stattfindet, dass diese nicht nur die Muttergesellschaft gegenüber ihrer Tochter, sondern auch die Gesellschafter der Muttergesellschaft bindet (Mutter-Tochter-Enkel-Szenario). Hier findet in einem mehrstufigen Unternehmensverbund eine Durchbrechung der Subjektentrennung statt.⁸⁶ Dabei wird in aller Regel mit dem Sinn und Zweck der Treuepflicht argumentiert, demzufolge die Beherrschung der zwischen eine Enkel- und eine Muttergeschalteten Tochtergesellschaft eine Pflichtenzurechnung mit sich zöge. Daneben finden sich Argumentationen unter Heranziehung einer Sonderverbindung kraft Leitungsmacht sowie auf Basis des Vertrauensschutzes, der Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder einer entsprechenden Anwendung der §§ 311, 317 AktG.⁸⁷ Besondere Brisanz erhält dieser Vergleich bei einem vererbten GmbH-Geschäftsanteil, der mit einer Mehrheitsbeteiligung in der GmbH einhergeht, da hier die Erbengemeinschaft beziehungsweise eine etwaige, die Erbengemeinschaft beherrschende Erbenmehrheit der Geschäftsführung im Wege der Rechtsausübung nach § 18 Abs. 1 GmbHG im Rahmen eines formalen

⁸⁶ BGH, Urteil vom 05.06.1975 – II ZR 23/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 20 f.; BGH, Urteil vom 05.12.1983 – II ZR 242/82 („Werbeagentur“), BGHZ 89, 162, 165 ff.; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Anhang Konzernrecht Rn. 42; *Emmerich*, in: F. Scholz, Anh. § 13 GmbHG Rn. 77; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 311 AktG Rn. 89 und Anh. § 318 AktG Rn. 28; *Lakner*, Der mehrstufige Konzern, 2005, S. 98 ff., 163 ff.; *T. Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG, Anhang zu § 13 GmbHG Rn. 250, 433 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 39 III. 2. (S. 1220 ff. und insb. S. 1222 Fn. 43); *Tröger*, Treuepflicht im Konzernrecht, 2000, S. 37 ff.; *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2016, S. 249 ff., 275 f.; *H. Wiedemann/Hirte*, ZGR 1986, 163, 165; mit krit. Formulierung *H. Wiedemann*, GmbHR 2011, 1009, 1014: „Ohne Anhalt im Gesetz“.

⁸⁷ Siehe die Darstellung bei *A. Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2016, S. 253 ff. mit ausf. Nachweisen zu den Einzelpositionen.

Gesellschafterbeschlusses Weisungen gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG erteilen kann.⁸⁸ Den zweiten Vergleichspunkt bildet der Fall einer gegen die mitgliederschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßenden Stimmbindungsvereinbarung. Auch hier bildet sich ein abstraktes, der Einzelmitgliedschaft vorgelagertes Willensbildungskollektiv. Die einzelnen Bestimmungen des Stimmbindungsvertrags sind nur insoweit wirksam, wie sie die mitgliederschaftlichen Bindungen gegenüber der Kapitalgesellschaft berücksichtigen (*Komplementaritätskonzept*⁸⁹).⁹⁰ In beiden Konstellationen wird das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse⁹¹ durchbrochen. Überträgt man diese Gedanken auf die Regeln zur Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft, so hieße das, dass nicht erst die Rechtsausübung, sondern bereits der darauf ausgerichtete Beschluss der Erbengemeinschaft im Rahmen der Mehrheitsverwaltung nach § 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB (oder unter Umständen auch bereits im Rahmen der

⁸⁸ Vgl. zur Haftung der Konzernmutter im Rahmen der GmbH-Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 326 ff. und speziell in Bezug auf hierfür relevante Treuepflichtverletzungen 392 ff.

⁸⁹ Zum Begriff *Zöllner*, ZHR 155 (1991), 168, 172.

⁹⁰ BGH, Urteil vom 24.11.2008 – II ZR 116/08 („Schutzgemeinschaftsvertrag II“), BGHZ 179, 13, 18 Rn. 11; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.01.2005 – 7 U 181/03, NZG 2005, 636, 640; *Altmeppen*, in: ders., § 47 GmbHG Rn. 74; *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 85; *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 245; *Hillmann*, in: Henssler/Strohn, § 47 GmbHG Rn. 88; *König*, ZGR 2005, 417, 422; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 113; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger et al., § 47 GmbHG Rn. 511 f.; *Wertenbruch*, NZG 2009, 645, 648; *Zöllner*, ZHR 155 (1991), 168, 172 ff. (mit Bedenken); vgl. auch *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, 1982, S. 69; einschr. *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 168, 182, demzufolge der Stimmbindungsvertrag in dieser Hinsicht nur dann nichtig sei, wenn alle beteiligten Gesellschafter zusammen durch die Eingehung der Stimmbindung im Zusammenwirken gegen die Treuepflicht verstießen.

⁹¹ Siehe zum Begriff *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 175 f.; *W. Ernst*, in: MünchKomm. BGB, Einl. SchR Rn. 18; *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989, passim; *P. Krebs*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 241 BGB Rn. 11; *Olzen*, in: v. Staudinger, § 241 BGB Rn. 299 ff.; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 8 f.; vgl. auch *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 176 ff.

Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB) eine im Verhältnis zur Kapitalgesellschaft treuwidrige Handlung darstellen würde.

Die beiden Vergleiche werfen allerdings Schwierigkeiten auf, die in der spezifischen Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft liegen. Zunächst ist die Erbengemeinschaft als solche kein Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG⁹². Sie müsste vielmehr zusätzlich zu ihrer bloßen Existenz die Kriterien des zweckbezogenen Unternehmensbegriffs des Konzernrechts erfüllen, um als Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG eingeordnet zu werden.⁹³ Würde man eine pauschal durch die Erbengemeinschaft auf die Miterben durchschlagende Fernwirkung der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht annehmen, so würde man sich damit in einen Wertungswiderspruch zu eben diesem zweckbezogenen Unternehmensbegriff und damit letztlich zu § 311 AktG⁹⁴ wie auch zu dem darüber hinausgehenden⁹⁵ (aber von demselben Unternehmensbegriff getragenen) nichtkodifizierten Konzernrecht setzen. Im Übrigen könnte sich die Situation insofern unterschiedlich darstellen, als die Miterben für Schadensersatzansprüche wegen einer Treuepflichtverletzung der Erbengemeinschaft durch eine konkrete mitgliedschaftliche Rechtsausübung unter Umständen bereits nach § 2058 BGB⁹⁶ persönlich als Gesamtschuldner gegenüber der Kapitalgesellschaft haften, da es sich hierbei wohl um

⁹² Der Unternehmensbegriff des § 311 AktG ist deckungsgleich mit dem der §§ 15 ff. AktG, siehe *Altmeyden*, in: MünchKomm. AktG, § 311 AktG Rn. 50 ff.

⁹³ Siehe dazu noch ausf. unten Kap. 5 D.

⁹⁴ Die aus §§ 311 ff. AktG erwachsene Pflichtenbindung des Aktionärs setzt voraus, dass es sich bei diesem um ein herrschendes Unternehmen handelt, wobei die Frage unterschiedlich beantwortet wird, ob diese Normen auf die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung Anwendung finden, siehe *J. P. Paul*, Informelle und formelle Einflussnahmen des faktisch herrschenden Unternehmens auf die faktisch abhängige AG, 2013, S. 123 ff. m. w. N.

⁹⁵ Zur Abgrenzung des kodifizierten Konzernrechts in Form der §§ 311 ff. AktG und etwaigen, darüberhinausgehenden Beschränkungen aufgrund einer Treuepflicht im faktischen Konzern *J. Koch*, in: ders., § 53a AktG Rn. 24; siehe auch *Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 442 f.

⁹⁶ Unklar ist, ob § 69 Abs. 2 AktG dem § 2058 BGB hier als vorrangige Spezialregelung vorausgeht, wobei diese Frage sich im Ergebnis nicht auswirken dürfte. Für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 69 Abs. 2 AktG auf die Kapitalerbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln nach den §§ 54 ff. AktG *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 21.

Nachlasserbenschulden⁹⁷ handeln dürfte.⁹⁸ Der konzernrechtliche Fragenkomplex zu mehrstufigen Treuepflichten im Verhältnis zwischen Mutter- und Enkelebene stellt dort jedoch nur dann ein Problem dar, wenn die zwischengeschaltete Tochtergesellschaft ihrerseits eine juristische Person ist, da die Verbundspitze bei zwischengeschalteten Personengesellschaften ohnehin persönlich für die Erfüllung der mitgliedschaftlichen Verpflichtungen der unmittelbar beteiligten Personengesellschaft eintreten muss.⁹⁹ In Bezug auf die Haftungsmasse könnte bei der Erbengemeinschaft somit im Ergebnis eine Situation bestehen, die im speziell konzernrechtlichen Vergleich weder der problematischen Zwischenschaltung einer juristischen Person noch der unproblematischen Zwischenschaltung einer echten Personengesellschaft mit einer vollen Haftung der Gesellschafter entspricht, sondern dazwischen liegt. Das andere Problem liegt darin, dass die Miterben gemäß dem herausgearbeiteten Vorrang der vermögensorientierten Zurechnung gerade nicht jeder für sich als Mitgeschafter der durch den Kapitalgesellschaftsanteil vermittelten Gesellschaft anzusehen sind; die Mitgliedschaft liegt vielmehr auf der Ebene des gesamthänderischen Sondervermögens.¹⁰⁰ Es verbinden sich anders als beim Pool gerade nicht mehrere Gesellschafter zu einem Stimmrechtskonsortium. Zwar könnte man auf den Gedanken kommen, einen Erst-recht-Schluss dergestalt zu ziehen, dass die Miterben, gerade weil sie die personalen Endzurechnungspunkte einer einzelnen Mitgliedschaft darstellen, der unmittelbaren Treuepflichtbindung in der Kapitalgesellschaft sogar noch näherstünden als die Gesellschafter-Gesellschafter in einer konzernrechtlichen Konstellation. Mit dieser Betrachtung würde man indes die zentrale Wertung des Gesellschaftsrechts außer

⁹⁷ BGH, Urteil vom 05.07.2013 – V ZR 81/12, NJW 2013, 3446, 3447 Rn. 14.

⁹⁸ Im Hinblick darauf, dass eine Rechtsausübung, die gegen die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstößt, möglicherweise bereits die Voraussetzung der Ordnungsmäßigkeit in §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr erfüllt (siehe dazu sogleich in Kap. 5 B. III. 1. b) bb) (2)), ergeben sich hier unter Umständen komplexe Differenzierungsfragen je nachdem, ob die Verwaltungsmaßnahme von sämtlichen Erben, der Erbenmehrheit oder einem Einzelerben angeordnet bzw. unter Umständen als gemeinschaftlicher Vertreter ausgeführt wird. Obendrein gelangt man dann neben der Frage nach der Schuldneigenschaft zur umstrittenen Frage nach der Haftungsmasse, die hier zweckmäßigerweise nicht mehr erörtert werden kann, siehe zum diesbezüglichen Meinungsstand oben Kap. 3 Fn. 129.

⁹⁹ Tröger, Treuepflicht im Konzernrecht, 2000, S. 37 Fn. 2.

¹⁰⁰ Siehe oben Kap. 2 B. und oben Kap. 3 A. II. 4.

Acht lassen, nach welcher die Treuepflicht an das Bestehen von Rechtsmacht anknüpft und hierfür die Verselbstständigung von Vermögen als den entscheidenden Marker heranzieht. Denn das heute vorherrschende und bewährte Konzept der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht basiert nicht auf einer personalen Verbindung der Kapitalgesellschaftler in ihren Persönlichkeiten, sondern auf einer Analyse ihrer situationsbedingten Einflussmöglichkeit¹⁰¹ im Sinne der konkreten Rechtsmacht¹⁰² und diese liegt in erster Linie in der objektbezogenen Möglichkeit der Verwaltung des Vermögens, in dem sich die Kapitalgesellschaftsanteile und damit auch die Mitgliedschaftsrechte befinden.

Verstößt eine Rechtsausübung durch die Erbengemeinschaft gegen die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht, so betrifft dieser Verstoß daher nur die Rechtsausübung der Erbengemeinschaft als Einzelgesellschaftler im Außenverhältnis. Sie adressiert vorbehaltlich besonderer, konzernrechtlicher Sachverhalte jedoch nicht auch die persönliche Ebene des einzelnen Miterben.

(2) Berücksichtigung im Rahmen des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB

Könnte der interne Verwaltungsbeschluss der Erbengemeinschaft im Sinne des § 2038 BGB im Übrigen dadurch rechtswidrig werden, dass durch eine auf ihm basierende treuwidrige Rechtsausübung eine mögliche Pflicht im Verhältnis der Miterben untereinander verletzt wird? Bei Mehrheitsentscheidungen gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB fließen die allgemeinen Kriterien zum Geschäftsleiterermessen in den Ordnungsmäßigkeitsbegriff

¹⁰¹ *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 26; *Götze*, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 32; *Guntz*, Treubindungen von Minderheitsaktionären, 1997, S. 159 ff.; *Henrichs*, AcP 195 (1995), 221, 241; *J. Koch*, in: ders., § 53a AktG Rn. 21; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1054; *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1910.

¹⁰² Strittig wird demgegenüber die Frage beurteilt, ob die bloße Anteilsgröße pauschale Aussagen über das Maß an zu beachtenden Treuepflichten vorgibt, dafür: *Henze*, BB 1996, 489, 496: „Begriff der ‚einwirkungsbezogenen‘ Treuepflicht“; *Spindler*, in: MünchKomm. AktG, § 117 AktG Rn. 77: „wirkungsbezogener Treuepflichtbegriff“; *Timm*, WM 1991, 481, 483; wohl auch *Dreher*, ZHR 157 (1993), 150, 156 ff.; *Guntz*, Treubindungen von Minderheitsaktionären, 1997, S. 161 f.; dagegen: *H. Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter, § 53a AktG Rn. 50; *Götze*, in: MünchKomm. AktG, Vor §§ 53a ff. AktG Rn. 32; *Henrichs*, AcP 195 (1995), 221, 236; *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1910.

des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB mit ein.¹⁰³ Lässt die Entscheidung zu einer treuwidrigen Rechtsausübung nun pauschal die Ordnungsmäßigkeit der Maßnahme entfallen oder kommt es hier auf die Umstände des Einzelfalls an?¹⁰⁴ Es wäre zumindest denkbar, dass es Fälle einer treuwidrigen kapitalgesellschaftlichen Rechtsausübung geben könnte, die für die Erbengemeinschaft nichtsdestotrotz von Vorteil wären. Letztlich ist damit wie auch bei der Business Judgment Rule im Kapitalgesellschaftsrecht die Frage nach der Reichweite der Legalitätspflicht im Bereich der sogenannten nützlichen Pflichtverletzung aufgeworfen. Eine hinreichende Analyse müsste hier erstens den allgemeinen Anwendungsbereich der Legalitätspflicht im Hinblick auf privatrechtliche Pflichten klären, zweitens die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Gesellschafter-Gesellschaft gegenüber ihrer Kapitalgesellschaft entsprechend einordnen und drittens die Übertragbarkeit dieser speziellen Konstellation auf das Innenverhältnis der Erbengemeinschaft überprüfen. Da indes bereits die Abgrenzung des exakten Anwendungsbereichs der Legalitätspflicht innerhalb des privatrechtlichen Pflichtenspektrums umstritten ist¹⁰⁵ und als Problem des allgemeinen Kapitalgesellschaftsrechts nicht mehr zweckmäßigerweise in den Bereich des Untersuchungsgegenstands fällt, hat diese Frage hier offenzubleiben.

Überschreitet die Zustimmung zu einer mitgliedschaftlich treuwidrigen Rechtsausübung die Grenzen der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB (ganz gleich ob dies aufgrund einer möglicherweise geltenden Legalitätspflicht für alle Fälle gilt oder einzelfallabhängig der Fall ist), so macht sich die dies beschließende

¹⁰³ Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 B. II. 4.

¹⁰⁴ Anders als bei der Untersuchung von *Schürnbrand*, NZG 2016, 241, 246 geht es hier nun nicht um die Frage, ob die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht zu einer minderheitsbezogenen Rücksichtnahmepflicht der Miterben untereinander führt, sondern darum, ob die Erbenmehrheit kraft des Erbrechts im Rahmen des Ordnungsmäßigkeitsbegriffs zwingend zu einer Beachtung der Treuepflicht der Erbengemeinschaft im Verhältnis zur Kapitalgesellschaft und den anderen Kapitalgesellschaftern verpflichtet ist.

¹⁰⁵ Siehe dazu etwa *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, 2017, passim; *Bunz*, CCZ 2021, 81 ff.; *H. Fleischer*, ZIP 2005, 141 ff.; *ders.*, in: Spindler/Stilz, § 93 AktG Rn. 19 ff.; *ders.*, in: MünchKomm. GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 30 ff.; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 AktG Rn. 12 ff.; *Hopt/M. Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 74, 132 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm. AktG, § 93 AktG Rn. 87 ff.; alle m. w. N.

Erbenmehrheit gegenüber der dagegen stimmenden Erbenminderheit schadensersatzpflichtig. Haben indes alle Miterben einstimmig für die treuwidrige Rechtsausübung gestimmt, so entfällt dieser Schadensersatzanspruch.

c) Konsequenzen der Nichterfüllung

Ein Verstoß gegen die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht hat zur Konsequenz, dass im Fall eines positiven Tuns die treuwidrige Handlung unwirksam beziehungsweise unbeachtlich ist¹⁰⁶ und im Fall eines Unterlassens auf die Vornahme der Handlung¹⁰⁷ geklagt werden muss. Eine treuwidrige Stimmabgabe ist daher unwirksam,¹⁰⁸ der betreffende Versammlungsbeschluss ist anfechtbar.¹⁰⁹ Im Übrigen haftet der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft beziehungsweise dem Mitgesellschafter auf Schadensersatz.¹¹⁰

2. Gemeinschaftlicher Vertreter

Der gemeinschaftliche Vertreter ist in seiner untergeordneten Funktion mit dem Stimmrechtsvertreter nach § 134 Abs. 3 S. 1 AktG gleichsetzbar. Da

¹⁰⁶ RG, Urteil vom 22.10.1938 – II 58/38, RGZ 158, 302, 310 f.; BGH, Urteil vom 19.11.1990 – II ZR 88/89, NJW 1991, 846; OLG Hamburg, Urteil vom 28.06.1991 – 11 U 148/90, GmbHR 1992, 43, 47; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, § 243 AktG Rn. 22; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 108; *C. Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 BGB Rn. 246; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 21 II. 3. C) (S. 616); *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 36 f.; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 366 ff.; a. A. *Timm*, WM 1991, 481, 486; *Janssen*, in: Heidel, § 53a AktG Rn. 31.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 25.09.1986 – II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 279; BGH, Urteil vom 12.04.2016 – II ZR 275/14 („Media-Saturn“), NJW 2016, 2739 Rn. 13; *Altmeppen*, in: ders., § 13 GmbHG Rn. 53 und § 47 GmbHG Rn. 81; *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 257 ff.; *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 167 ff.

¹⁰⁸ Siehe zu der davon zu trennenden Frage, ob der Versammlungsleiter die Treuwidrigkeit der jeweiligen Stimmen eigenständig feststellen und die Stimmen außer Acht lassen darf *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 189; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, Anhang nach § 47 GmbHG Rn. 121 ff.; *Oelrichs*, GmbHR 1995, 863 ff.

¹⁰⁹ *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 188.

¹¹⁰ *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 189 ff.

dieser kein eigener Adressat der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist,¹¹¹ gilt das gleiche für jenen. Vielmehr werden inhaltliche Verstöße gegen die Treuepflicht durch ein Abstimmungsverhalten des Vertreters dem Aktionär zugerechnet.¹¹² Handelt es sich bei dem gemeinschaftlichen Vertreter um einen der Miterben, so ist dieser nicht in seiner Eigenschaft als Miterbe, sondern in seiner Eigenschaft als Vertreter in Bezug auf die der Erbengemeinschaft zugeordnete Gesellschafterstellung als Derivativadressat der Treuepflicht anzusehen. Ist der gemeinschaftliche Vertreter selbst in seiner Privateigenschaft ein Mitaktionär, dann ist zwischen der eigenen Treuepflicht aus der Aktionärsstellung und der Zurechnung mit Blick auf die Treuepflicht der vertretenen Erbengemeinschaft zu unterscheiden.¹¹³

3. Testamentsvollstrecker

Ogleich der Testamentsvollstrecker aus einem im Nachlass befindlichen Kapitalgesellschaftsanteil oder einem Genossenschaftsanteil keine eigene Gesellschafterstellung ableitet, zieht er durch die Vermögensverwaltung den Inhalt der Mitgliedschaft an sich. Dementsprechend wird er zum eigenen Adressaten der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.¹¹⁴

¹¹¹ Dreher, ZHR 157 (1993), 150, 164 f.; a. A. J. Hoffmann, Systeme der Stimmrechtsvertretung in der Publikumsgesellschaft, 1999, S. 156 ff.; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 183 ff. für die Girmes-Fallkonstellation, in der ein Stimmrechtsvertreter einen Entscheidungsspielraum innehat, der dem eines Aktionärs gleichkommt.

¹¹² BGH, Urteil vom 20.03.1995 – II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 148 ff.; Arnold, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 66; Dreher, ZHR 157 (1993), 150, 165 ff.; J. Koch, in: ders., § 53a AktG Rn. 18, 22 f.; Lutter, JZ 1995, 1053, 1055; Seibt, ZIP 2014, 1909, 1910; diff. A. Wilhelm, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, 2016, S. 277 ff.

¹¹³ Vgl. Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 182 f.

¹¹⁴ Dörrie, ZEV 1996, 370, 374; Kämper, RNotZ 2016, 625, 636; Philippi, Testamentsvollstreckung an GmbH-Anteilen, 2000, S. 117 ff.; Quast, Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter, 2020, S. 139 f.; Ulmer, NJW 1990, 73, 81; Unsöld, Die Testamentsvollstreckung an Aktien, 2009, S. 78 ff.; implizit wohl auch Fleck, in: FS R. Fischer, 1979, S. 107, 118; zur mitgliedschaftlich personengesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auch Mühlhäuser, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 236.

IV. Zusammenfassung

Die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht knüpft allein an die vermögensrechtliche Zuordnung der Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft an. Es geht hier um die Frage, wo die Rechtsmacht über den Gesellschaftsanteil liegt, was entweder bei dem Kollektiv der Erbengemeinschaft insgesamt oder bei einem gegebenenfalls bestellten Testamentsvollstrecker der Fall ist. Darüber hinaus findet keine im zweiten Schritt erfolgende Durchgriffsbetrachtung auf die personale Zuordnung zu den einzelnen Miterben statt.

V. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Begreift man die Erbengemeinschaft als rechtsfähig, so ist allein sie als ein einzelner personaler Zurechnungspunkt der Adressat der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Diese könnte dann nicht mehr auf die Miterben durchschlagen, da sonst das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse missachtet würde: Die Rechtsbeziehungen zwischen der Erbengemeinschaft und der Körperschaft einerseits und zwischen der Erbengemeinschaft und den einzelnen Miterben andererseits wären nicht nur auf der vermögensrechtlichen, sondern auch der personenrechtlichen Ebene streng voneinander zu trennen.

Für die Ausübung mitgliedschaftlicher Kapitalgesellschafterrechte hätte dies keine dogmatischen Konsequenzen.¹¹⁵ Denn auch wenn die Erbengemeinschaft bei dieser Betrachtung ein einzelnes Endzurechnungssubjekt darstellen würde, so wäre der Prozess der Rechtsausübung nach wie vor in die zwei Phasen¹¹⁶ der Willensbildung und der Willensausführung aufgeteilt. Das Zugeständnis von Rechtsfähigkeit erfindet diese Trennung nicht neu, sondern bestärkt sie nur auf der subjektbezogenen Ebene. Für die objektbezogene Willensbildung hätte dies jedoch keine Konsequenzen.

Für die Frage, ob die mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtliche Treuepflicht nur Auswirkungen auf die Willensausführung hat, oder ob sie

¹¹⁵ Vgl. auch den Fall des Stimmbindungsvertrags, dessen Abschluss oder eine auf ihm basierende Stimmabgabe zwar im Einzelfall gegen die mitgliedschaftlich gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßen mag, der deshalb jedoch nicht unwirksam wird, siehe *Mühlhäuser*, Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, 1999, S. 177 ff.

¹¹⁶ Siehe zu dieser Unterscheidung oben Kap. 2 E.

auch bereits auf der Ebene der Willensbildung zwischen den Miterben Wirkungen entfaltet, spielt die Frage nach der gesamthänderischen Zuordnung keine Rolle. Die Frage nach der Trennung oder Verbindung von Gesellschafts- und Gesellschaftersphäre ist kein speziell der Gesamthand inwohnendes Problem.

C. Die Stimmverbote

Eine weitere Schranke der Rechtsausübung stellen die Stimmverbote dar. Im Kapitalgesellschaftsrecht sind sie in § 136 Abs. 1 AktG¹¹⁷ und § 47 Abs. 4 GmbHG, im Recht der eingetragenen Genossenschaft in § 43 Abs. 6 GenG¹¹⁸ kodifiziert.¹¹⁹ Ihr Sinn liegt darin, dass denkbare Sonderinteressen der Gesellschafter neutralisiert werden sollen, um zu gewährleisten, dass die Mitgliederversammlungsbeschlüsse möglichst weitgehend am reinen Gesellschaftsinteresse orientiert sind.¹²⁰ Dort werden zwei Ausprägungen des Befangenheitsgrundsatzes normiert, namentlich das Fernhalten von verbandsfremden Sonderinteressen und der Ausschluss der Möglichkeit, dass Gesellschafter, die vom Gegenstand eines Gesellschafterbeschlusses persönlich betroffen sind, zum Richter in eigener Sache¹²¹ werden.¹²² Unter

¹¹⁷ Die Vorgängervorschrift fand sich in § 114 Abs. 5 AktG a. F. von 1937 bzw. in § 252 Abs. 3 HGB a. F. von 1897, siehe zu diesem *Fomm*, Das Stimmverbot des Aktionärs in der Generalversammlung, 1933, S. 18 ff.

¹¹⁸ Die Vorschrift des § 43 Abs. 6 GenG entspricht der des § 136 Abs. 1 AktG und erfasst die damit gleichsetzbaren Anwendungsfälle, siehe *Roitzsch*, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, 1981, S. 172; vgl. auch *Geibel*, in: Henssler/Strohn, § 43 GenG Rn. 19.

¹¹⁹ Siehe zum rechtshistorischen Hintergrund *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 146 ff.

¹²⁰ Grdl. *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 146 ff., 157 ff.; siehe auch *Hüffer*, in: FS Heinsius, 1991, S. 337, 339; vgl. auch *Ann*, Die Erbgemeinschaft, 2001, S. 20; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 509.

¹²¹ Das dahinterstehende, verallgemeinerte Prinzip reicht zurück bis in das Prozessrecht des Corpus Iuris Civilis, siehe Codex Iustinianus III 5: „*Ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat*“.

¹²² *Ann*, Die Erbgemeinschaft, 2001, S. 20; *ders.*, ZEV 2007, 487, 488; *Lohr*, NZG 2002, 551; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 608; vgl. auch *Altmeyden*, in: FS Bergmann, 2018, 1; *W. Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 47 GmbHG Rn. 33;

letzterem ist eine Situation zu verstehen, in der „eine Personen- und Verhaltensbeurteilung erfolgt, an die sich Maßnahmen knüpfen, die sich in diesem Fall gegen den Betroffenen selbst richten würden“¹²³. Denn hier kann aufgrund des Interessenkonflikts nicht davon ausgegangen werden, dass der Betroffene sein Stimmrecht dazu einsetzen wird, diese zu unterstützen.¹²⁴ Es handelt sich um starre Schranken, welche unabhängig von den Begebenheiten des Einzelfalls zur Anwendung kommen.¹²⁵ Die Vorschriften stellen in Bezug auf die Fallgruppe des Selbstkontrahierens, d. h. im Verhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft, vorrangige Spezialregelungen zu § 181 BGB dar.¹²⁶ Die §§ 2032 ff. BGB enthalten keine Regelung zu einem Stimmverbot.

I. Stimmverbotstatbestände

Erstens steht dem Gesellschafter nach § 136 Abs. 1 S. 1 Var. 1 AktG, § 47 Abs. 4 S. 1 Var. 1 GmbHG oder § 43 Abs. 6 GenG kein Stimmrecht im Rahmen der Abstimmung über die eigene Entlastung zu. Entlastung im Sinne der Vorschrift ist jede Beschlussfassung über die nachträgliche Billigung von Verwaltungstätigkeiten von Mitgliedern des Vorstands beziehungsweise der Geschäftsführung, des Aufsichtsrats oder Abwicklern, die in der entsprechenden Periode tätig waren.¹²⁷ Im Fall der Ein-Mann-

U. H. Schneider, ZHR 150 (1986), 609, 611 f.; Nachweise zu anderen möglichen dogmatischen Anknüpfungspunkten bei *J. Koch*, in: ders., § 136 AktG Rn. 3.

¹²³ *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 524.

¹²⁴ *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, 215; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 524 f.

¹²⁵ *Lohr*, NZG 2002, 551, 552.

¹²⁶ *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 17; *W. Ernst*, in: FS Leenen, 2012, S. 1, 23; *Kipper*, Rechtliche Interessenkonflikte beim Willensbildungsprozess in der GmbH, 2006, S. 17 und passim; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 60; *Schemmann*, NZG 2008, 89, 90 f.; *C. Schubert*, in: MünchKomm. BGB, § 181 BGB Rn. 37; *Semler/Asmus*, NZG 2004, 881, 891; *Stoffels*, in: Heidel/Hüßtege et al., § 181 BGB Rn. 31; *Suttman*, MittBayNot 2011, 1, 13; a. A. *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 222; *Lohr*, NZG 2002, 551, 552; vgl. auch *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 211 ff.

¹²⁷ *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 6; *Heckschen*, GmbHR 2016, 897, 899; *Lohr*, NZG 2002, 551, 554 f.; *K. Zimmermann*, in: FS Rowedder, 1994, S. 593, 594.

Gesellschaft sind die Vorschriften teleologisch zu reduzieren.¹²⁸ Zweitens besteht für einen Gesellschafter nach § 136 Abs. 1 S. 1 Var. 2 AktG, § 47 Abs. 4 S. 1 Var. 2 GmbHG oder § 43 Abs. 6 GenG in den Fällen ein Stimmverbot, in denen beschlossen wird, ihn von einer Verbindlichkeit zu befreien, die er gegenüber der Gesellschaft hat. Drittens steht dem Gesellschafter nach § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG kein Stimmrecht im Rahmen der Beschlussfassung über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen ihm selbst und der Gesellschaft zu. Unter Vornahme wird nicht nur der Abschluss, sondern jedwede Erklärung und Handlung im Rahmen eines Rechtsgeschäfts verstanden.¹²⁹ Viertens besteht für einen Gesellschafter nach § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 2 GmbHG ein Stimmverbot, wenn ein Beschluss im Raum steht, der die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits ihm gegenüber betrifft. § 136 Abs. 1 S. 1 AktG und § 43 Abs. 6 GenG sind vom Wortlaut her weiter gefasst und schreiben das Stimmverbot bei der Geltendmachung eines Anspruchs vor.¹³⁰

II. Übertragung auf den Untersuchungsgegenstand

Was bedeutet dies speziell für die Erbengemeinschaft am Kapitalgesellschafts- beziehungsweise Genossenschaftsanteil? Das Wesen des Stimmverbots richtet sich gemeinhin danach, ob einer der obigen Tatbestände in der Person des Gesellschafters verwirklicht ist.¹³¹ Das Stimmverbot selbst geht nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über. „Man erbt keine Befangenheit.“¹³² Die Frage nach einem Stimmverbot ist stets von neuem ausgehend von der konkreten Bezugssituation zu bestimmen. Dabei ist nach der gesellschaftsrechtlichen und der erbrechtlichen Ebene zu unterscheiden.

¹²⁸ BGH, Beschluss vom 12.07.2011 – II ZR 58/10, NZG 2011, 950; *Altmeyden*, NJW 2009, 3757 ff.; *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 19; *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215, 218 f.; *Lohr*, NZG 2002, 551, 552; *Mülbert/Sajnovits*, AG 2020, 841, 843 Rn. 7; *Ott*, RNotZ 2014, 423, 428 f.

¹²⁹ *Heckschen*, GmbHR 2016, 897, 902.

¹³⁰ *Heckschen*, GmbHR 2016, 897, 903 f.; *Lohr*, NZG 2002, 551, 556.

¹³¹ *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215, 220.

¹³² *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215, 220.

1. Stimmverbot im gesellschaftsrechtlichen Willensbildungsorgan

Im jeweiligen Mitgliederversammlungsorgan der Körperschaft gilt die Erbengemeinschaft als ein einzelner Gesellschafter.¹³³ Den ersten Zuordnungspunkt bildet somit der vermögensrechtliche Aspekt. Danach muss zwischen den einzelnen Stimmverbotstatbeständen unterschieden werden. Infrage kommen unter Zugrundlegung der Perspektive der sogenannten anderen Gesellschaft als Gesellschafter insbesondere zwei Fallgruppen¹³⁴:

a) Stimmverbot aufgrund der erbengemeinschaftlichen Vermögensbindung

Der Erbengemeinschaft ist ein eigenes Sondervermögen zugeordnet, auf das sich der Inhalt von Rechten und Verbindlichkeiten objektbezogen beschränken kann. Denkbar ist also zunächst die Möglichkeit eines Stimmverbots, welches direkt beim Kollektiv der Erbengemeinschaft selbst anknüpft. Steht im Rahmen der Gesellschafterversammlung dann die Frage im Raum, ob die Erbengemeinschaft von einer entsprechenden Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft befreit werden soll, so sind die der Erbengemeinschaft zugeordneten kapitalgesellschaftlichen Stimmrechte nach § 136 Abs. 1 Var. 2 AktG¹³⁵ beziehungsweise nach § 47 Abs. 4 S. 1 Var. 2 GmbHG oder im Fall der Genossenschaft die mitgliedschaftlichen Stimmrechte nach § 43 Abs. 6 Var. 2 GenG aufgrund eines direkten Bezugs auf die Vermögenszuordnung ausgeschlossen.

Das gleiche gilt nach § 136 Abs. 1 Var. 3 AktG, § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG oder § 43 Abs. 6 GenG für den Fall, in dem in der Körperschaft über die Geltendmachung eines Anspruchs gegen die Erbengemeinschaft abgestimmt wird.

Im Übrigen sind die Stimmrechte der Erbengemeinschaft am GmbH-Gesellschaftsanteil gemäß § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG ausgeschlossen, wenn es um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts der GmbH gegenüber der

¹³³ Siehe dazu ausf. oben Kap. 2 B. und Kap. 3 A. II. 4.

¹³⁴ Vgl. *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 42. Da die nichtrechtsfähige Erbengemeinschaft keine Organe hat, sind die anderen von ihm angeführten Fallgruppen nicht auf sie übertragbar.

¹³⁵ Vgl. *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 38; *Tröger*, in: KölnerKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 88.

Erbengemeinschaft oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits ihr gegenüber geht.

Da die dogmatischen Besonderheiten der Erbengemeinschaft aufgrund des vollständigen Vermögensbezugs dieser ersten Fallgruppe keine Rolle spielen, kann bezüglich der weiteren Einzelheiten auf die allgemeinen Grundsätze und die Literatur zu den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften verwiesen werden.

b) Stimmverbot aufgrund der Person eines der Miterben

Daneben ist der Fall denkbar, in dem das Stimmverbot nicht aufgrund eines Vermögensbezugs auf der Gesamthandebene selbst, sondern in der Person eines der einzelnen Miterben entsteht. Dabei kommt insbesondere der Fall der Entlastung in Betracht. Geht es um ein solches Richten in eigener Sache so kann es schlechterdings nicht nur auf die Erbengemeinschaft im Sinne der vermögensorientierten Mitgliedschaft ankommen. Denn die Erbengemeinschaft ist gar nicht in der Lage, Teil eines anderen Körperschaftsorgans als der Gesellschafterversammlung zu sein. Denkbar ist nur, dass einer der Miterben Teil eines solchen ist, etwa wenn er ein Aufsichtsrats- oder Vorstandsmandat bekleidet. Nicht erfasst ist dabei der Fall, in dem der fragliche Miterbe zwar ein Organmitglied der Körperschaft ist, aber nicht über die Entlastung des entsprechenden Organs insgesamt (*Gesamtentlastung*), sondern nur über die eines anderen Organmitglieds (*Einzelentlastung*) abgestimmt wird, da dies, jedenfalls solange an der vermeintlichen Pflichtverletzung nicht mitgewirkt wurde, nicht auf ein Richten in eigener Sache hinausläuft.¹³⁶ Bei der Abstimmung gemäß § 120 Abs. 1 S. 2 AktG über die Vorfrage, ob Einzel- oder Gesamtentlastung stattfinden soll, besteht ebenfalls kein Stimmverbot.¹³⁷

Die Stimmverbotsdogmatik muss bei der Entlastungsfallgruppe zwingend die vermögensorientierte Zuordnung des Gesellschaftsanteils zugunsten einer personalen Zuordnung modifizieren. Hieran zeigt sich das Problem, dass der Miterbe als Individuum und die Miterben in

¹³⁶ BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 25 f.; *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 8 ff.; *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 141 ff.; *Geibel*, in: Henssler/Strohn, § 43 GenG Rn. 19; *J. Koch*, in: ders., § 136 AktG Rn. 21.

¹³⁷ *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 11.

gesamthänderischer Verbundenheit nicht denselben Zuordnungspunkt in Bezug auf das Vermögen darstellen. Es bedarf daher einer Zurechnungsregel. Das Vorgehen beruht auf einer zweistufigen Prüfung: Zunächst wird in einer Als-ob-Betrachtung geprüft, ob der einzelne Miterbe, wenn er hypothetisch betrachtet ein einzelner Gesellschafter in der Gesellschaft wäre, einem Stimmverbot nach der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Norm unterläge. Ist dies der Fall, so wird im zweiten Schritt geprüft, ob diese hypothetische Betroffenheit die Erbengemeinschaft als tatsächlichen Gesellschafter insgesamt erfasst.¹³⁸

aa) Stimmverbot nur bei maßgeblichem Einfluss des betroffenen Miterben

Die heute ganz herrschende Meinung möchte differenzieren: Ein Stimmverbot für die gesamte Rechtsgemeinschaft sei nur dann gegeben, wenn der betroffene Teilhaber der Rechtsgemeinschaft die Stimmabgabe für die Erbengemeinschaft in der Gesellschaft maßgeblich beeinflussen könne.¹³⁹

¹³⁸ Vgl. *Mülbert/Sajnovits*, AG 2020, 841, 843 Rn. 9.

¹³⁹ BGH, Urteil vom 14.12.1967 – II ZR 30/67, BGHZ 49, 183, 193 f.; BGH, Urteil vom 09.12.1968 – II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 219; BGH, Urteil vom 16.12.1991 – II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 358; *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 65; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 146 f.; *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 197; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 139 ff.; *Groß*, GmbHR 1994, 596, 599 Fn. 35; *Heckschen*, GmbHR 2016, 897, 906; *Herrler*, in: Grigoleit, § 136 AktG Rn. 23; *Hüffer/C. Schäfer*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 47 GmbHG Rn. 150; *J. Koch*, in: ders., § 136 AktG Rn. 15; *C. A. Krebs*, in: W. Hölters/Markus Weber, § 136 AktG Rn. 32; *Krenk/Pluta*, in: Heidel, § 136 AktG Rn. 20; *T. Liebscher*, in: Henssler/Strohn, § 136 AktG Rn. 11; *Lohr*, NZG 2002, 551, 554; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, § 47 GmbHG Rn. 96; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, § 136 AktG Rn. 37; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger et al., § 47 GmbHG Rn. 160; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 153 ff., 179 f.; *J. Schmidt*, NZG 2015, 1049, 1055; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, § 136 AktG Rn. 19; *Tröger*, in: KölnerKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 67; *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 275 f.; vgl. auch *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215, 221; *Mülbert/Sajnovits*, AG 2020, 841, 844 Rn. 10 (zur Drittgesellschaft); enger *Bacher*, GmbHR 2001, 610, 612 f., der der Obergesellschaft (welche hier der Erbengemeinschaft entspräche) die Möglichkeit des Gegenbeweises ermöglichen möchte.

Hierfür müssten seine Interessen nachhaltig im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit mit denen der Rechtsgemeinschaft verknüpft sein.¹⁴⁰ Als Beispiel hierfür wird der Fall angeführt, in dem die Miterben einem von ihnen die Verwaltung des Nachlasses im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB übertragen haben. Jedenfalls sei der maßgebliche Einfluss dann zu bejahen, wenn dem betroffenen Miterben eine Erbquote von über 50 % zugeordnet sei, da er auf diese Weise im Alleingang die Mehrheitsverwaltung bestreiten könne.¹⁴¹

Im Übrigen greife das Stimmverbot dann auf den gesamten Anteil der Erbengemeinschaft über, wenn wegen persönlicher oder rechtlicher Näheverhältnisse zu befürchten sei, dass auch die Mitberechtigten das Stimmrecht im Interesse ihres befangenen Mitglieds unsachlich ausüben werden.¹⁴² Das reine Verwandtschaftsverhältnis für sich begründe allerdings kein Stimmverbot.¹⁴³

bb) Differenzierung nach Mehrheits- und Einstimmigkeitsbeschlüssen in der Erbengemeinschaft

Eine andere Position differenziert zusätzlich noch danach, ob der Beschluss über die mitgliedschaftlich gesellschaftsrechtliche Rechtsausübung Einstimmigkeit oder nur eine Stimmmehrheit erfordert. Dies modifiziert die herrschende Meinung insoweit, als dann bei Entscheidungen der Erbengemeinschaft, die als Maßnahmen der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB Einstimmigkeit voraussetzen, der maßgebliche Einfluss

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 14.12.1967 – II ZR 30/67, BGHZ 49, 183, 194; Holzborn, in: Bürgers/Körper, § 136 AktG Rn. 19.

¹⁴¹ Vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1991 – II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 358; K. Schmidt, in: F. Scholz, § 47 GmbHG Rn. 161.

¹⁴² BGH, Urteil vom 15.12.1975 – II ZR 17/74, WM 1976, 204, 205; Bettecken, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 147; K. Schmidt, in: F. Scholz, § 47 GmbHG Rn. 161.

¹⁴³ BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 54; Arnold, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 42; Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 43 GenG Rn. 59; Harm P. Westermann, in: FS Hennerkes, 2009, S. 21, 32; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 281 f.

des betroffenen Miterben von vornherein durch die stimmrechtliche Relevanz für das Beschlussergebnis vorläge.¹⁴⁴

cc) Automatisch pauschales Stimmverbot

Nach einer dritten, älteren Auffassung sei ein Stimmverbot, das ein Mitglied der Rechtsgemeinschaft bei hypothetischer Annahme einer Gesellschafterstellung trifft, automatisch immer auch auf die Rechtsgemeinschaft als solche anzuwenden.¹⁴⁵ Die Zurechnungseinschränkung über das Kriterium des maßgeblichen Einflusses innerhalb der Rechtsgemeinschaft sei unbrauchbar, da sie dazu führe, dass der Gesellschaft die Beweislast bezüglich der internen Angelegenheiten der Erbgemeinschaft zugewiesen werde. Diese habe jedoch regelmäßig Schwierigkeiten damit, Einblick in die inneren Angelegenheiten der Miterben zu erlangen. Wenn nun die Erbgemeinschaft noch den Mehrheitsgesellschafter in der Gesellschaft darstellt, so sei diese Beweislast faktisch sogar der Gesellschafterminderheit zugewiesen, die dann letztlich gegen ihre eigene Gesellschaft, deren Gesellschafter und die Gesellschafter-Miterben ermitteln müsste.¹⁴⁶

dd) Stellungnahme

Es ginge jedenfalls zu weit, von einer pauschalen Infektion der gesamten erbgemeinschaftlich gehaltenen, gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft auszugehen, nur weil einer der Miterben betroffen ist, der keine erbquotale Mehrheitsmacht innehat. Denn ähnlich wie bei der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht liegt der Wesenskern des Stimmverbots in der mit der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft begründeten Entscheidungsmacht, die vom jeweiligen Interessenkonflikt korrumpiert wird. Diese Gefahr besteht nicht, wenn der betroffene Miterbe gar nicht

¹⁴⁴ *Altmeyen*, in: FS Bergmann, 2018, S. 1, 12; *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 146 f.; *K. Schmidt*, in: F. Scholz, § 47 GmbHG Rn. 161; vgl. auch *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 252.

¹⁴⁵ RG, Urteil vom 04.12.1934 – II 62/34, RGZ 146, 71, 74; *Flechtheim*, JW 1925, 564, 571; *Herzfelder*, Stimmrecht und Interessenkollision bei den Personenverbänden des deutschen Reichsprivatrechts, 1927, S. 93 f.; *G. Hueck*, in: Baumbach/A. Hueck, § 136 AktG Rn. 4; *Ritter*, in: ders., § 114 AktG a. F. Anm. 7b; *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 251; *S. Wilhelmi*, in: v. Godin/H. Wilhelmi, § 136 AktG Anm. 3.

¹⁴⁶ *H. Wiedemann*, GmbHR 1969, 247, 252.

über das hinreichende Maß an persönlicher Kontrolle über die gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft als Teil des Nachlasses verfügt.

Die Formulierung einer Notwendigkeit des maßgeblichen Einflusses erscheint auf den ersten Blick etwas floskelhaft, zumal sich die entsprechenden Kommentierungen oftmals bis aufs Wort gleichen. Zurecht sind daher Versuche unternommen worden, diese Passage zu konkretisieren. Denkbar wäre es etwa, hier beim konzernrechtlichen Abhängigkeitsbegriff nach § 17 Abs. 1 AktG¹⁴⁷ Anleihe zu nehmen.¹⁴⁸ Das liefe zwar primär auch auf eine Definition der Beherrschung anhand einer Mehrheitsbeteiligung sprich einer Erbquote von über 50 % hinaus. Daneben wäre allerdings auch eine Beherrschung der Erbengemeinschaft durch einen Miterben denkbar, der keine Stimmmehrheit innerhalb der Erbengemeinschaft innehat, wenn diesem ein erhebliches wirtschaftliches Druckpotenzial gegenüber den Miterben in Bezug auf die Angelegenheiten der Erbengemeinschaft zur Verfügung steht.¹⁴⁹

Die Entscheidungsmacht zur Frage des Stimmverbots liegt beim gesellschaftsrechtlichen Versammlungsleiter und dieser muss sich an klare Regeln halten können.¹⁵⁰ Eine zweckbezogene Auslegung der Vorschrift muss daher bei ihm und seinen Möglichkeiten ansetzen. Es kann von ihm nicht sinnvollerweise verlangt werden, in Erfahrung zu bringen, ob der betroffene Miterbe seinen Einzeleinfluss innerhalb der Erbengemeinschaft tatsächlich nutzt und wie in der Körperschaft früher gestimmt wurde beziehungsweise ob Stimmbindungsvereinbarungen vorliegen oder gegebenenfalls sogar welche Inhalte diese haben.¹⁵¹ Davon ausgehend muss die bloße Feststellung einer innererbengemeinschaftlichen Mehrheitsmacht die Grenze des Zumutbaren darstellen.

Die Differenzierung danach, ob es sich auf der Ebene der Erbengemeinschaft und eine Maßnahme der Gemeinschafts- oder der Mehrheitsverwaltung im Sinne des § 2038 BGB handelt, ist ebenfalls untauglich. Denn sie

¹⁴⁷ Siehe dazu *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 17 AktG Rn. 25 ff.; *Tröger*, Treupflicht im Konzernrecht, 2000, S. 8 ff.

¹⁴⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 04.05.2009 – II ZR 168/07, ZIP 2009, 2194, 2195; *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 197; *Hillmann*, in: *Henssler/Strohn*, § 47 GmbHG Rn. 54; *Mülbert/Sajnovits*, AG 2020, 841, 846 Rn. 20.

¹⁴⁹ Vgl. *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 17 AktG Rn. 28 ff.

¹⁵⁰ *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215, 221.

¹⁵¹ Vgl. *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215, 221.

unterstellt, dass der Versammlungsleiter der Gesellschaft Einsicht in die inneren Angelegenheiten der Erbengemeinschaft nehmen müsste oder dies auch nur sinnvollerweise von ihm verlangt werden könnte. Dass die Frage, ob es sich um eine Maßnahme der Gemeinschafts- oder der Mehrheitsverwaltung handelt, mehreren Variablen unterworfen ist, die sich je nach Einzelfall anders zusammensetzen können und bei denen obendrein auch unternehmerische Ermessensspielräume zu berücksichtigen sind, wurde bereits beleuchtet.¹⁵² Die Grenze kann daher zumindest hypothetisch je nach Zusammensetzung des einzelnen Nachlasses fließend sein. Die Fähigkeit, dies mit hinreichender Sicherheit einzuschätzen, setzt Kenntnisse voraus, die der Versammlungsleiter nicht hat, nicht haben kann und mit Rücksicht auf die Privatsphäre der Erben auch gar nicht von Gesetzes wegen haben sollte. Der Versammlungsleiter muss sich zweckmäßigerweise darauf verlassen können, dass, wenn der betroffene Miterbe kein Mehrheitserbe ist, die Stimmabgabe für den der Erbengemeinschaft zugeordneten Gesellschaftsanteil grundsätzlich gültig ist. Denn er hat seine Entscheidungen nicht nur „ad hoc und in angespannter Atmosphäre, sondern oftmals ohne die Möglichkeit einer zureichenden juristischen Beratung“¹⁵³ zu treffen.¹⁵⁴ Das dadurch gegebenenfalls entstehende Beweisrisiko für andere Mitgesellschafter ist hinzunehmen. Da die Erben im jeweiligen Publizitätsregister allerdings nicht mit ihren Erbquoten aufgeführt werden¹⁵⁵ und ihm darum auch kein unmittelbarer Einblick in eine etwaige Mehrheitsmacht möglich ist, hat sich der Versammlungsleiter im Fall des § 18 Abs. 1 GmbHG von den Erben als mehreren gemeinschaftlichen Vertreter sowie bei § 69 Abs. 1 AktG und § 77 Abs. 1 S. 3 GenG vom gegebenenfalls einzeln zugelassenen gemeinschaftlichen Vertreter im Zweifel einen Erbschein über die Erbquoten nach § 2353 BGB vorlegen zu lassen. Denn besteht für die Erbengemeinschaft in dem körperschaftsrechtlichen Willensbildungsorgan ein Stimmverbot, so kann dies nicht dadurch umgangen werden, dass ein gemeinschaftlicher Vertreter eingeschaltet wird, in dessen Person kein

¹⁵² Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 B.

¹⁵³ *Schürnbrand*, NZG 2014, 1211, 1213.

¹⁵⁴ Vgl. *Mülbert/Sajnovits*, AG 2020, 841, 844 Rn. 13.

¹⁵⁵ Siehe zum Aktienregister oben Kap. 5 A. I. 2., zur GmbH-Gesellschafterliste oben Kap. 5 A. II. 2. und zur genossenschaftsrechtlichen Mitgliederliste oben Kap. 5 A. III. 1.

Stimmverbot vorliegt.¹⁵⁶ Nach § 136 Abs. 1 AktG und § 43 Abs. 6 GenG kann „niemand“ entsprechend abstimmen. Das Stimmverbot gilt demnach absolut.¹⁵⁷ Dieser Gedanke ist auf § 47 Abs. 4 GmbHG zu übertragen.

2. Stimmverbot innerhalb der Erbengemeinschaft

Die zweite Ebene betrifft die Frage, ob die Ausübung eines bestimmten mitgliedschaftlichen Gesellschafterrechts auf der Ebene der intraerbengemeinschaftlichen Beschlussfassung ein Stimmverbot mit sich zieht. Die herrschende Meinung plädiert hier für eine analoge Anwendung der körperschaftsrechtlichen Stimmverbotsnormen in Form des § 34 BGB, des § 47 Abs. 4 GmbHG, des § 136 Abs. 1 AktG und des § 43 Abs. 6 GenG.¹⁵⁸ Inhaltlich sind die gleichen Kriterien zugrunde zu legen wie bei der Gesellschaft, nur ist die Perspektive nun spiegelverkehrt. Geht es also beispielsweise um Fälle des Interessenkonflikts mit Vermögensbezug, so ist zu

¹⁵⁶ *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 180; vgl. auch *Mülbert/Sajnovits*, AG 2020, 841, 843 Rn. 8.

¹⁵⁷ *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 20.

¹⁵⁸ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 147 f.; v. *Bressendorf/Meise*, RFamU 2022, 105, 109; *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, 1980, S. 101 ff.; *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, 1992, S. 143 ff., 158 ff., 172; *Löhnig*, FamRZ 2007, 1600 f.; *Mangold*, Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft, 1996, S. 63 f.; *Nipperdey*, AcP 143 (1937), 315, 316 ff.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 35; *Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 17; wohl auch BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 52 f.; zur GbR auch RG, Urteil vom 03.05.1932 – II 438/31, RGZ 136, 236, 245; RG, Urteil vom 20.12.1939 – II 88/39, RGZ 162, 370, 372 f.; vgl. auch *Rißmann/Szalai*, in: BeckOGK BGB, § 2038 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 78.3; offen gelassen von BGH, Beschluss vom 23.05.2007 – IV ZR 19/06, ZEV 2007, 486, 487; a. A. *Ann*, ZEV 2007, 487, 488 f.; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 40, die die Anwendung der körperschaftlichen Stimmverbotsvorschriften auf die Erbengemeinschaft verneinen. Die Miterben stünden nach geltendem Recht anders zueinander als Personen- oder Kapitalgesellschafter; insbesondere bestünden zwischen ihnen keine Treuepflichten. Der richtige Ansatzpunkt für ein Stimmverbot könne daher nur in den Rechtsverhältnissen liegen, die zwischen der Erbengemeinschaft als Gesamthand und dem einzelnen Miterben lägen. Sei nur das Vertrauensverhältnis zwischen den Miterben gestört, so könne allein daraus kein Stimmverbot in der Erbengemeinschaft abgeleitet werden.

fragen, ob der jeweils betroffene Miterbe die Gesellschaft, an der die Erbgemeinschaft ihrerseits beteiligt ist, mittels seines im Privatvermögen befindlichen Gesellschaftsanteils „derart beherrscht, daß alle ihre Handlungen [die der Gesellschaft] ausschließlich von ihm bestimmt werden“¹⁵⁹. Die obigen Grundsätze¹⁶⁰ zum beherrschenden Einfluss des Miterben innerhalb der Erbgemeinschaft dürften sich hierauf entsprechend anwenden lassen. Im Rahmen des von der Untersuchung ins Auge gefassten Bereichs dürfte allerdings eher der Fall relevant sein, in dem einer der Miterben zum (gemeinschaftlichen) Vertreter der Erbgemeinschaft bestellt wurde und diese Vollmacht infolge eines Fehlverhaltens widerrufen werden soll.¹⁶¹ Denn hier geht es um ein Richten in eigener Sache. Bei der ursprünglichen Bevollmächtigung kann der Miterbe freilich problemlos mitstimmen.¹⁶²

Die Konsequenz eines Stimmverbots liegt darin, dass nicht nur die Stimme, sondern auch das Stimmrecht des betroffenen Miterben als nicht-existent behandelt wird. Die übrigen Miterben werden demnach so behandelt, als ob sie die Gesamtheit der Erben darstellen; die Berechnung der Erbenmehrheit für Beschlüsse im Rahmen der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB erfolgt dann innerhalb dieser fingierten Variante der Erbgesamtheit.¹⁶³

3. Stimmverbot des gemeinschaftlichen Vertreters

Daneben ist noch die Ebene des gemeinschaftlichen Vertreters zu beleuchten.

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 29.03.1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 54; siehe auch *Hillmann*, in: Henssler/Strohn, § 47 GmbHG Rn. 55; *Kemen*, Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbgemeinschaft, 1992, S. 254.

¹⁶⁰ Siehe soeben Kap. 5 C. II. 1. b).

¹⁶¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 23.05.2007 – IV ZR 19/06, ZEV 2007, 486 f.

¹⁶² *Eichmanns*, Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbgemeinschaft, 1980, S. 104; *Nipperdey*, AcP 143 (1937), 315, 317; *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 150.

¹⁶³ *Ann*, ZEV 2007, 487, 488.

a) Derivatives Stimmverbot

Besteht für die Erbengemeinschaft als Gesellschafter ein Stimmverbot im körperschaftsrechtlichen Beschlussorgan nach § 136 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG oder § 43 Abs. 6 GenG, so gilt dieses auch für den gemeinschaftlichen Vertreter, der in dieser Sache für die Erbengemeinschaft abstimmt.¹⁶⁴

b) Originäres Stimmverbot

Denkbar ist auch der Fall, dass das Stimmverbot in der Person des gemeinschaftlichen Vertreters selbst wurzelt. Im Fall der GmbH ist die Erbengemeinschaft dann selbst zur Stimmausübung nach § 18 Abs. 1 GmbHG im Wege der erbengemeinschaftlichen Vertretung durch die Miterben¹⁶⁵ berechtigt. Bei der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft ist diese Möglichkeit infolge der in Verbindung mit § 69 Abs. 1 AktG beziehungsweise § 77 Abs. 1 S. 3 GenG geltenden Zurückweisungsbefugnis in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ausgeschlossen. Die Erbengemeinschaft muss in diesem Fall einen anderen, einzelnen gemeinschaftlichen Vertreter bestellen, in dessen Person kein Stimmverbot verwirklicht wird.¹⁶⁶ Hierbei ist danach zu differenzieren, ob es sich dabei um einen der Miterben oder eine externe Person handelt.

aa) Externer gemeinschaftlicher Vertreter

Denkbar ist die Situation, dass keiner der Miterben einem Stimmverbot unterliegt, das auf die Erbengemeinschaft durchschlägt. Stattdessen könnten in der Person des gemeinschaftlichen Vertreters, der in dieser Variante kein Miterbe ist, Umstände begründet sein, die ein Stimmverbot eingreifen lassen. Dass die Stimmverbote auch auf Gesellschaftervertreter, die selbst keine Gesellschafter sind, Anwendung finden, ist allgemein anerkannt.¹⁶⁷ Dieses Risiko trifft die Erbengemeinschaft. Von einem entsprechend betroffenen gemeinschaftlichen Vertreter für sie abgegebene Stimmen sind

¹⁶⁴ Siehe oben Kap. 5 Fn. 156.

¹⁶⁵ Siehe zur genauen Dogmatik der Stellvertretung der Erbengemeinschaft als Mitglied der Gesellschaft oben Kap. 3 A. II.

¹⁶⁶ *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 179.

¹⁶⁷ *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215, 220 Fn. 17.

unwirksam.¹⁶⁸ Es ist der Erbengemeinschaft zuzumuten, sich jemand geeigneten zur Stimmrechtsvertretung auszusuchen, bei dem dieses Risiko nicht besteht.

bb) Interner gemeinschaftlicher Vertreter

Ist der gemeinschaftliche Vertreter ein Miterbe, so tritt er in dem jeweiligen körperschaftsrechtlichen Versammlungsorgan als Vertreter der Erbengemeinschaft (je nach einschlägiger Gesellschaftsform) im Sinne des § 69 Abs. 1 AktG, des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG oder des § 18 Abs. 1 GmbHG auf. Wenn der gemeinschaftliche Vertreter nun in seiner Funktion als Miterbe von einem Stimmverbot betroffen ist, so muss die Trennung von Gesamthandsvermögen und Privatvermögen zugunsten einer personalen Betrachtung durchbrochen werden. Denn es besteht die Gefahr, dass die Gründe für das Stimmverbot sich in der Stimmrechtsausübung niederschlagen.¹⁶⁹ Die personale Miterbeneigenschaft infiziert sozusagen die nachlassvermögensorientierte Vertreterereigenschaft. Ohnehin ist der Miterbe, der für den im Nachlass befindlichen Gesellschaftsanteil spricht, bereits nach der allgemein erbrechtlichen Dogmatik ein (erben-)gemeinschaftlicher Vertreter.¹⁷⁰

4. Stimmverbot des Testamentsvollstreckers

Unterliegt die Erbengemeinschaft aufgrund der Vermögensbindung einem Stimmverbot, etwa weil es um die Befreiung von einer Verbindlichkeit geht, die sie gegenüber der GmbH hat, so erstreckt sich dieses gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 AktG beziehungsweise § 43 Abs. 4 GenG und im Wege einer

¹⁶⁸ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 15; *W. Bayer/Sarakinis*, NZG 2018, 561, 565; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, § 69 AktG Rn. 13; *Lohr*, in: Heidel, § 69 AktG Rn. 8; *Lutter/Drygala*, in: KölnerKomm. AktG, § 69 AktG Rn. 21; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 69 AktG Rn. 24; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 171; *Wieneke*, in: Bürgers/Körper, § 69 AktG Rn. 5.

¹⁶⁹ *Bettecken*, Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, 2016, S. 147.

¹⁷⁰ Siehe zur genauen Dogmatik der Stellvertretung der Erbengemeinschaft als Mitglied der Gesellschaft oben Kap. 3 A. II.

teleologischen Extension¹⁷¹ des § 47 Abs. 4 GmbHG¹⁷² auch auf die Rechtsausübung durch den Testamentsvollstrecker,¹⁷³ da es hier nicht auf die personale, sondern die vermögensrechtliche Zuordnung des Gesellschaftsanteils ankommt.

Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, ob den Testamentsvollstrecker auch dann ein Stimmverbot trifft, wenn die Erbengemeinschaft aufgrund der Person eines der Miterben mit beherrschendem Einfluss als Ganzes von einem Stimmverbot betroffen ist. Dies wird von der wohl herrschenden Lehre bejaht¹⁷⁴, teilweise aber auch verneint¹⁷⁵. Richtigerweise soll das Stimmverbot den Fall erfassen, in dem die Gefahr eines Interessenkonflikts im Raum steht. Wenn der Testamentsvollstrecker selbst kein Miterbe in der Erbengemeinschaft ist, kann ihm dieser Interessenkonflikt nicht ohne weiteres unterstellt werden. Die Befangenheit eines die Erbengemeinschaft beherrschenden Miterben mag zwar diese infizieren, das Rechtsinstitut des Testamentsvollstreckers ist jedoch gerade in maßvoller Distanz zu dem der Erbengemeinschaft eingerichtet worden.¹⁷⁶ Die Rechtsmacht liegt gerade nicht mehr bei der Ebene des Erbenkollektivs, sondern beim Verwalter.

Der Testamentsvollstrecker kann von der Ausübung des GmbH-rechtlichen Stimmrechts auch aufgrund von in seiner Person liegenden Gründen nach § 47 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen sein. Beispiele hierfür sind die Selbstbenennung zum Geschäftsführer nach den §§ 35 ff. GmbHG¹⁷⁷, die Selbstentlastung nach § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHG¹⁷⁸ und die Frage nach der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen ihn als

¹⁷¹ Siehe zum Begriff *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 89 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 397 ff.

¹⁷² *Groß*, GmbHR 1994, 596, 598.

¹⁷³ *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 374; *Groß*, GmbHR 1994, 596, 599; auch *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 333.

¹⁷⁴ *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 39; *Drescher*, in: MünchKomm. GmbHG, § 47 GmbHG Rn. 192; *Heckschen*, ZIP 2010, 1319, 1321 (zum Insolvenzverwalter); *Hüffer/C. Schäfer*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, § 47 GmbHG Rn. 138; *K. Schmidt*, in: F. Scholz, § 47 GmbHG Rn. 157.

¹⁷⁵ *Groß*, GmbHR 1994, 596, 599.

¹⁷⁶ So auch *Groß*, GmbHR 1994, 596, 599.

¹⁷⁷ *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 333; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 238.

¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 25; *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 333.

Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG¹⁷⁹. Trifft den Testamentsvollstrecker ein solches Stimmverbot, so ist die Erbengemeinschaft stimmbe-rechtigt.¹⁸⁰ Das gilt auch für die Aktie und den Genossenschaftsanteil respektive nach § 136 Abs. 1 AktG¹⁸¹ und § 43 Abs. 6 GenG. Der Rechtsausübungsausschluss erfasst nur das Stimmrecht. Die übrigen Gesellschafterrechte verbleiben beim Testamentsvollstrecker.¹⁸² Sinnvollerweise muss der Erbengemeinschaft dann allerdings auch das Recht auf Teilnahme im körperschaftsrechtlichen Beschlussorgan zustehen.¹⁸³ Es ergäbe keinen Sinn, wenn man der Erbengemeinschaft das Stimmrecht aber nicht das Teilnahmerecht zuwiese, da jenes auf dieses angewiesen ist. Die Erbengemeinschaft und der Testamentsvollstrecker können parallel beide an der GmbH-Gesellschafterversammlung teilnehmen. Im Fall der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft müsste die Erbengemeinschaft aufgrund des in Verbindung mit § 69 Abs. 1 AktG beziehungsweise § 77 Abs. 1 S. 3 GenG geltenden Zurückweisungsrechts nach § 134 Abs. 3 S. 2 AktG einen einzelnen gemeinschaftlichen Vertreter benennen.¹⁸⁴

III. Zusammenfassung

Zu den Stimmverboten im gesellschaftsrechtlichen Beschlussorgan ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Schranke zunächst den

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, BGHZ 201, 216, 226.

¹⁸⁰ BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 28; BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, BGHZ 201, 216, 226; *Groß*, GmbHR 1994, 596, 599; *Heckschen*, in: Burandt/Rojahn, § 2205 BGB Rn. 50; *Kämper*, RNotZ 2016, 625, 636; *K. W. Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 66; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 5 Rn. 251; *Philippi*, Testamentsvollstreckung an GmbH-Anteilen, 2000, S. 97 ff.; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 302; *Wachter*, ZnotP 1999, 226, 232; *Wicke*, ZGR 2015, 161, 168 f.; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 2020, S. 238; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, § 2205 BGB Rn. 52; auch aber mit praxisorientierter Kritik *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 374.

¹⁸¹ *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 374; *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 307.

¹⁸² *Wicke*, ZGR 2015, 161, 170 ff.

¹⁸³ Siehe zum Einberufungsrecht *Alles*, Der Tod des GmbH-Gesellschafters, 2017, S. 335 ff.

¹⁸⁴ So i. E. auch *Sarakinis*, Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, 2021, S. 307.

vermögensorientierten Aspekt der Zuordnung des Gesellschaftsanteils adressiert. Beruht das Stimmverbot auf Umständen, die ihre Grundlage im Nachlassvermögen selbst haben, so bleibt es dabei. Beruht es allerdings auf Umständen in der Person eines der Miterben, des gemeinschaftlichen Vertreters oder des Testamentsvollstreckers, so ist für die Auslegung der Stimmverbotsvorschriften im zweiten Schritt die personenorientierte Zuordnung der Rechtsausübung von zentraler Bedeutung.

Das Stimmverbot innerhalb der erbgemeinschaftlichen Beschlussfassung hängt wiederum von externen Situationen ab und bezieht sich damit nicht mehr auf die Dogmatik der mitgliedschaftlich gesellschaftsrechtlichen Rechtsausübung, auch wenn es dieser vorgelagert sein kann.

IV. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Unterstellt man die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, so lässt sie sich auch in dieser Frage mit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gleichsetzen.¹⁸⁵ Bei den persönlichen Befangenheitskonstellationen wie der Entlastungsthematik wäre allerdings auch dann auf die Person des jeweils betroffenen Miterben zu schauen und die Frage zu stellen, ob die Erbengemeinschaft insgesamt von dieser Befangenheit infiziert wird. Hier würden im Ergebnis die gleichen Kriterien bezüglich des maßgeblichen Einflusses zur Geltung kommen.¹⁸⁶

Im Übrigen hätte es für das Stimmverbot im körperschaftsrechtlichen Beschlussorgan zur Folge, dass auch die Fallgruppe zu berücksichtigen wäre, in der das Organmitglied der Gesellschafter-Gesellschaft von einem Stimmverbot betroffen ist und sich dieses auf die Gesellschafter-Gesellschaft erstreckt. Denn die Miterben wären als Organe der Erbengemeinschaft anzusehen. Dann wäre indes ebenfalls auf die rechtliche Beherrschungsmöglichkeit durch maßgeblichen Einfluss abzustellen.¹⁸⁷

Somit würde das vermögensbezogene Zuordnungselement auch bei unterstellter Rechtsfähigkeit durch das personenbezogene ergänzt.

¹⁸⁵ Vgl. zu dieser *Bacher*, GmbHR 2001, 610, 613 f.

¹⁸⁶ Vgl. *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 57.

¹⁸⁷ *Arnold*, in: MünchKomm. AktG, § 136 AktG Rn. 59 ff. m. w. N.

D. Der Rechtsausschluss nach § 20 Abs. 7 AktG

Die nächste Schranke stellt die konzernrechtliche¹⁸⁸ Stimmrechtsmitteilungspflicht für Aktionäre nach § 20 Abs. 1 S. 1 AktG dar. Besteht diese und kommt der Aktionär der Pflicht nicht nach, so sind seine Rechte gemäß § 20 Abs. 7 AktG ausgeschlossen.¹⁸⁹ § 20 Abs. 1 S. 1 AktG setzt voraus, dass einem Unternehmen mehr als 25 % der Aktien einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland gehören. Ob es sich dabei um stimmberechtigte Aktien handelt, oder nicht, ist unerheblich.¹⁹⁰ Die Vorschrift ist zwingendes Recht und steht nicht zur Disposition der Gesellschaft.¹⁹¹ Für Aktien an börsennotierten Gesellschaften stellt § 33 WpHG gemäß § 20 Abs. 8 AktG ein vorrangiges Spezialgesetz dar.

In Bezug auf die Erbengemeinschaft ist zu unterscheiden: Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass Erbengemeinschaften, die ein kaufmännisches Unternehmen im Sinne des § 1 HGB verwalten und auf diese Weise unter einer Firma auftreten, ein Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG darstellen können.¹⁹² Die bloße Verwaltung einer ererbten Kapitalgesellschaftsbeteiligung stellt indes, wie sich aus einem Umkehrschluss zu § 105 Abs. 2 S. 1 HGB ergibt, kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB dar.¹⁹³

¹⁸⁸ Der Einfachheit halber wird vom „Konzernrecht“ gesprochen, auch wenn das den Anwendungsbereich der §§ 15 ff. AktG semantisch womöglich nicht ganz trifft, siehe *J. Vetter*, in: H. Fleischer/Koch et al., 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 231, 237 f.; *W. Bayer*, ZGR 2002, 933, 934 Fn. 4.

¹⁸⁹ BGH, Urteil vom 22.04.1991 – II ZR 231/90, BGHZ 114, 203, 214; BGH, Beschluss vom 20.04.2009 – II ZR 148/07, NJW 2009, 2458; *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 20 ff.; *Paudtke*, NZG 2009, 939 ff.

¹⁹⁰ *Siebel*, in: FS Heinsius, 1991, S. 771, 787.

¹⁹¹ BGH, Urteil vom 22.04.1991 – II ZR 231/90, BGHZ 114, 203, 213 f.

¹⁹² *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 15 AktG Rn. 11; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm. AktG*, § 15 AktG Rn. 57; *Schall*, in: *Spindler/Stilz*, § 15 AktG Rn. 87; *K. Schmidt*, NJW 1985, 2785, 2788 ff.; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 15 AktG Rn. 65; *Windbichler*, in: *Großkomm. AktG*, 5. Aufl. 2017, § 15 AktG Rn. 16; *Wolf-ramm*, Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 94 ff.

¹⁹³ BGH, Urteil vom 10.07.1996 – VIII ZR 213/95, BGHZ 133, 220, 223; BGH, Urteil vom 08.11.2005 – XI ZR 34/05, NJW 2006, 431, 432; BGH, Urteil vom 24.01.2006 – XI ZR 384/03 („Kirch/Deutsche Bank AG und Breuer“), NJW 2006, 830, 839; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2002 – 23 U 113/01, NJW 2002, 1442, 1444; OLG Hamm,

Für die Untersuchung kommen damit drei denkbare Varianten in Betracht, gemäß derer der Tatbestand des Unternehmens erfüllt sein könnte.

1. Pauschaler Konzernkonflikt durch das Entstehen einer Erbengemeinschaft

Denkbar ist, dass die Erbengemeinschaft als solche, d. h. das Konzept der gesamthänderisch gebundenen Nachlassverwaltung an sich, dem Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG unterfällt. Bejaht man dies, so würde die Erbengemeinschaft bei einer entsprechenden Aktienbeteiligung ganz prinzipiell der Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 20 Abs. 1 S. 1 AktG unterliegen.

1. Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG

§ 20 Abs. 1 S. 1 AktG setzt voraus, dass es sich bei dem Aktionär um ein Unternehmen handelt. Das Unternehmen stellt den „Schlüsselbegriff der deutschen Konzernrechts“¹⁹⁴ dar. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer Legaldefinition abgesehen und seine Ausfüllung der Rechtswissenschaft überlassen.¹⁹⁵ Es ist anerkannt, dass es keinen für die Rechtsordnung einheitlichen Unternehmensbegriff gibt, zumal das Unternehmen schon in den §§ 3, 4, 23 AktG anders aufgefasst wird als in den §§ 15 ff. AktG.¹⁹⁶

Beschluss vom 21.06.1993 – 15 W 75/93, NJW 1994, 392, 393; BT-Drucks. 13/8444 („HrefG“), S. 63; *Keßler*, in: Heidel/Schall, § 1 HGB Rn. 20; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong et al., § 1 HGB Rn. 22; *Körper*, in: Oetker, § 1 HGB Rn. 23; *Merkt*, in: Hopt, § 1 HGB Rn. 17; *W.-H. Roth*, in: Koller/P. Kindler et al., § 1 HGB Rn. 7a; *K. Schmidt*, in: MünchKomm. HGB, § 1 HGB Rn. 28; *Schön*, DB 1998, 1169 ff.; vgl. auch *Schlitt*, NZG 1998, 580 f.; a. A. *Siems*, NZG 2001, 738, 740 ff.; krit. Auch *Schulze-Osterloh*, in: FS Baumann, 1999, S. 325 ff.

¹⁹⁴ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, § 31 II. 1. (S. 936).

¹⁹⁵ BGH, Beschluss vom 08.05.1979 – KVR 1/78 („WAZ“), BGHZ 74, 359, 364; BT-Drucks. IV/171 („AktG II“), S. 99.

¹⁹⁶ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 9; *Wolframm*, Mitteilungspflichtigen familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 28; auch das „Unternehmen“ ist somit ein Beispiel für das Phänomen der Relativität der Rechtsbegriffe; siehe auch BGH, Urteil vom 13.10.1977 – II ZR 123/76 („VEBA/Gelsenberg“), BGHZ 69, 334, 336; a. A. *Burgard*, Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeits- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft, 1990, S. 47, der für das Aktien-, Bilanz- und Kartellrecht einen einheitlichen Unternehmensbegriff vertritt.

Nachfolgend wird unterstellt, dass der Unternehmensbegriff in § 20 AktG deckungsgleich mit dem des § 15 AktG ist.¹⁹⁷

2. Die Erbengemeinschaft als Unternehmen gemäß §§ 15 ff. AktG?

a) Vermögensverselbstständigung

Einigkeit besteht darüber, dass der konzernrechtliche Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG rechtsformneutral zu verstehen ist. Er kann also grundsätzlich alle juristischen und natürlichen Personen umfassen.¹⁹⁸ Das Unternehmen müsse weiterhin rechtlich selbstständig sein, d. h. es müsse einem klar von der Aktiengesellschaft abgrenzbaren¹⁹⁹ Rechtsträger zugeordnet sein. Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, ob das bedeutet, dass die jeweilige Entität zwingend rechtsfähig sein muss.²⁰⁰ Diese ist bei der Erbengemeinschaft nach der hier vertretenen Auffassung nicht gegeben. Richtigerweise ist aber bei der ein Sondervermögen verwaltenden Gesamthandsgemeinschaft keine Rechtsfähigkeit, d. h. keine personale Endzuordnung bei einem einzelnen Rechtssubjekt, nötig, um sie als Unternehmensträger einordnen zu können. Es genügt vielmehr schon das Bestehen der verselbstständigten Vermögensmasse²⁰¹ zur Bejahung der rechtlichen

¹⁹⁷ A. A. *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 44 f., der in den §§ 19, 328 AktG die relevanten Ecknormen für den Unternehmensbegriff des § 20 AktG sieht.

¹⁹⁸ BGH, Urteil vom 13.10.1977 – II ZR 123/76 („VEBA/Gelsenberg“), BGHZ 69, 334, 338; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 10; *Grigoleit*, in: ders., § 15 AktG Rn. 28; *Weller/Lieberknecht*, in: Bork/C. Schäfer, Anh. Zu § 13 GmbHG Rn. 6.

¹⁹⁹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 49; *C. Müller*, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 94.

²⁰⁰ Dafür etwa *Klosterkemper*, Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, 2004, S. 28 f.; *Miegel*, AG 1973, 122, 124; *C. Müller*, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 78 f., 94; *Schall*, in: Spindler/Stilz, § 15 AktG Rn. 54, 86, 100; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, § 15 AktG Rn. 66; auch *Wolframm*, Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 76 f., 94 ff., die dabei die ein Handelsgewerbe betreibende Erbengemeinschaft als rechtsfähig einordnet.

²⁰¹ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 15 AktG Rn. 24; *Krieger*, in: MHDB GesR IV, § 69 Rn. 15; i. E. auch *Koppensteiner*, in: KölnerKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 56 f., der allerdings gleichzeitig von der Notwendigkeit der Zuordnung von Rechten und Pflichten zu einem einzelnen „Endzurechnungssubjekt“ ausgeht und nicht darauf eingeht, wie sich dies bei der (nichtrechtsfähigen) Erbengemeinschaft vollzieht; in der hier vertretenen Auffassung liegt im Übrigen kein Wertungswiderspruch zum Pool als Innen-

Selbstständigkeit im Sinne der §§ 15 ff. AktG. Dieser eigene Vermögens-träger ist bei der Erbengemeinschaft gegeben.²⁰² Im Übrigen existieren in Form der Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit eindeutig identifizierbare, personale Endzurechnungspunkte, die an das Sondervermögen gekoppelt sind, welches sich vom Rechtsträger der jeweiligen Aktiengesellschaft unterscheidet. Für die Unternehmenszuordnung kann nicht die Rechtssubjektivität, sondern nur die Vermögenszuordnung entscheidend sein, da die Vermögensbindung den Anreiz für die Berücksichtigung eines eigenen Unternehmensinteresses setzt. Grundsätzlich ist es demnach immerhin in Bezug auf die Rechtsform denkbar, die nichtrechtsfähige Erbengemeinschaft als solche unabhängig von ihrer konkreten Zusammensetzung als Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG einzuordnen.²⁰³

b) Zweckorientierter Unternehmensbegriff

Inhaltlich wird der Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG zweckbezogen ausgelegt.²⁰⁴ Der Zweck des Konzernrechts und explizit des § 20 Abs. 1

GbR, da dieser kein eigenes, gesondertes Vermögen zugeordnet bekommt. Wenn dem so wäre, würde es sich um eine (rechtsfähige) Außen-GbR handeln. Der Pool als Mittel reiner Stimmrechtsbündelung ist damit richtigerweise kein eigener, tauglicher Unternehmensträger. Die Einordnung von *Klosterkemper*, Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, 2004, S. 28 f.; C. Müller, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 78 f., 94 ist daher nur i. E., nicht aber mit der Begründung der Notwendigkeit von Rechtsfähigkeit zutreffend.

²⁰² Siehe oben Kap. 2 C.

²⁰³ So auch *Koppensteiner*, in: KölnerKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 57; *Wolframm*, Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 94 ff.; auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.08.1994 – 19 W 1/93, WM 1995, 756, 760: „Dabei können auch mehrere Einzelpersonen – etwa die Erben [...] – ein Unternehmen im Sinne der §§ 16, 17 AktG sein“. Diese Aussage ist allerdings semantisch insofern unpräzise, als bei der Erbengemeinschaft in Anbetracht der hier erarbeiteten Dogmatik nicht mehrere Einzelpersonen im Sinne von mehreren Rechtsträgern, sondern nur mehrere Einzelpersonen, die einem einzelnen gesamthänderischen Vermögensträger zugeordnet sind, gemeint sein können.

²⁰⁴ *W. Bayer*, ZGR 2002, 933, 934 f.; *Klosterkemper*, Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, 2004, S. 24 f.; siehe gerade in Bezug auf natürliche Personen *Siegels*, Die Privatperson als Konzernspitze, 1997, S. 43 ff. sowie 41 ff. mit Nachweisen zu den früher vertretenen Unternehmensbegriffen; a. A. *Milbert*, ZHR 163 (1999), 1, 20 ff., der einen organisationsrechtlichen Unternehmensbegriff befürwortet.

S. 1 AktG liegt in der Abwehr der sogenannten Konzerngefahr im Interesse des Minderheiten- und Gläubigerschutzes.²⁰⁵ Die konzernrechtliche Unternehmenseigenschaft eines Gesellschafters ist dann zu bejahen, wenn sich dieser dergestalt außerhalb der Gesellschaft bestätigt, dass wirtschaftliche Interessenbindungen hinzutreten, die nach Art und Intensität stark genug sind, um die ernste Besorgnis zu begründen, der Gesellschafter könne um ihretwillen seinen Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft geltend machen.²⁰⁶ Nach der Vorstellung des Gesetzes richten sich innerhalb des Betriebs eines einzelnen Unternehmens die Interessen aller Beteiligten auf das jeweilige Unternehmenswohl, da sie von dessen erfolgreicher Tätigkeit gemeinsam profitieren. Würden nun einheitliche Unternehmungen über die Grenzen der Rechtsträger hinaus betrieben, so gefährde das übergeordnete Konzerninteresse das Interesse des an einen Rechtsträger gebundenen Einzelunternehmens, was letztlich die Minderheitsgesellschafter und die Gläubiger des ausgebluteten Einzelunternehmens benachteilige.²⁰⁷ Dem sollte unter anderem durch das Aufklärungsgebot in § 20 Abs. 1 S. 1 AktG

²⁰⁵ BGH, Urteil vom 13.10.1977 – II ZR 123/76 („VEBA/Gelsenberg“), BGHZ 69, 334, 337; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 7; *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 408 ff.; *Grigoleit*, in: ders., § 15 AktG Rn. 4; *J. Koch*, in: ders., § 15 AktG Rn. 3 f.; *Schall*, in: Spindler/Stilz, § 15 AktG Rn. 32 (mit rechtspolitischer Kritik in Rn. 33); *Siegels*, Die Privatperson als Konzernspitze, 1997, S. 47 ff.; *Zöllner*, ZGR 1976, 1, 7; im Grundsatz auch *J. Vetter*, in: H. Fleischer/Koch et al., 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 231, S. 240 f., der beim Zweck allerdings zwischen vertraglichem und faktischem Konzern differenzieren möchte.

²⁰⁶ BGH, Urteil vom 13.10.1977 – II ZR 123/76 („VEBA/Gelsenberg“), BGHZ 69, 334, 337 f.; BGH, Beschluss vom 08.05.1979 – KVR 1/78 („WAZ“), BGHZ 74, 359, 364 f.; BGH, Urteil vom 16.02.1981 – II ZR 168/79 („Süssen“), BGHZ 80, 69, 72; BGH, Urteil vom 16.09.1985 – II ZR 275/84 („Autokran“), BGHZ 95, 330, 337; BGH, Urteil vom 22.04.1991 – II ZR 231/90, BGHZ 114, 203, 210 f.; BGH, Urteil vom 23.09.1991 – II ZR 135/90 („Video“), BGHZ 115, 187, 190; BGH, Urteil vom 09.01.1992 – IX ZR 165/91, BGHZ 117, 8, 16; BGH, Beschluss vom 17.03.1997 – II ZB 3/96 („VW“), BGHZ 135, 107, 113; BGH, Urteil vom 02.10.2000 – II ZR 64/99, NJW 2001, 370; BGH, Urteil vom 18.06.2001 – II ZR 212/99 („MLP“), BGHZ 148, 123, 125 ff.; *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 11; *W. Bayer*, ZGR 2002, 933, 938 ff.; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, § 15 AktG Rn. 10; *Klosterkemper*, Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, 2004, S. 77 ff.

²⁰⁷ *Schall*, in: Spindler/Stilz, § 15 AktG Rn. 32.

Rechnung getragen werden, damit die wahren Machtverhältnisse in der Gesellschaft möglichst deutlich hervortreten könnten.²⁰⁸

Die Erbengemeinschaft stellt nur dann ein solches Risiko für die Mitaktionäre und Gläubiger der Aktiengesellschaft dar, wenn eben diese Konzerngefahr von vornherein durch ihr Entstehen gegeben ist.

Dafür spräche die Überlegung, dass die Ausprägungen der Nachlassverwaltung in § 2038 BGB und die Bindung aller Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft an das gemeinschaftliche Sondervermögen einen Anreiz dafür setzen, dass die Miterben nicht mehr nur das Wohl der Aktiengesellschaft, sondern vorrangig das Wohl der Erbengemeinschaft im Blick haben, was die Wahrscheinlichkeit erhöhen würde, dass die Aktiengesellschaft im Verhältnis zur Erbengemeinschaft als untergeordnetes Mittel behandelt und damit instrumentalisiert würde. Dafür spricht wiederum der Umstand, dass die starke gesetzliche Bindung der Erben aneinander die Ebene des Erbenkollektivs relevanter werden lassen könnte als die Ebene der Aktiengesellschaft.

Es lassen sich jedoch keine verlässlichen Kriterien ausmachen, anhand derer man feststellen könnte, ob die Erbengemeinschaft als solche diese Konzerngefahr darstellt. Denn jeder Nachlass ist unterschiedlich zusammengesetzt und den typischen Miterben gibt es nicht. Es darf der Erbengemeinschaft gegenüber dem Rechtsverkehr im Übrigen nicht zum gesetzlichen Nachteil gereichen, dass sie sich gegebenenfalls nicht auseinandersetzt, sondern im Zustand der Dauerverwaltung verbleibt. Die Erbengemeinschaft mag oftmals längerfristig existieren, sie tut dies jedoch vor allem deshalb, weil die Miterben sich in der Regel nicht auf eine konkrete Erbaueinandersetzung einigen können. Gerade weil die Erbengemeinschaft so blockadeanfällig ist, dürfte sich das Risiko, dass die Miterben das Wohl einer kollektiven Erbengemeinschaft über das der jeweiligen Aktiengesellschaft stellen, deutlich reduzieren; denn die Miterben setzen in erster Linie ihr eigenes individuelles Wohl über das der anderen Miterben. Dann jedoch spiegelt die Erbengemeinschaft letztlich nur die widerstreitenden, individuellen Privatinteressen der Miterben wider. Die Verwaltung des Nachlasses durch das Kollektiv Erbengemeinschaft ist damit in

²⁰⁸ BT-Drucks. IV/171 („AktG II“), S. 104; *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 9; *Wolframm*, Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 30.

konzernrechtlicher Hinsicht mit dem das eigene Vermögen verwaltenden Privataktionär gleichsetzbar. Zur gleichen Betrachtung kommt man, wenn man den Vergleich mit einer ihr eigenes Vermögen verwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts zieht, die ebenfalls nicht²⁰⁹ als Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG einzuordnen ist.

c) Keine Unternehmenseigenschaft des Privataktionärs

Zwar finden sich Ansätze, die auch den Privataktionär als solchen unter den Unternehmensbegriff fassen möchten, in dem sie ihm eine Konzerngefahr unterstellen. So wird vereinzelt ein Jedermann-Unternehmensbegriff vertreten. Es sei der Zweck des Konzernrechts, die Verfolgung unternehmensfremder Ziele als Risiko offenzulegen beziehungsweise zu unterbinden und es lasse sich schlechterdings nicht einwenden, dass diese Gefahr bei der Sphäre der Privatperson nicht genauso gegeben sein könnte wie bei Kaufleuten, Freiberuflern und Handelsunternehmen.²¹⁰

Die Erfassung eines jeden Aktionärs als Unternehmen entzieht sich jedoch schlichtweg dem Versuch einer Definition. Denn damit würde der Begriff des Unternehmens an die Mitgliedschaft als solche gekoppelt. Es ist zu berücksichtigen, dass der historische Gesetzgeber die Privatperson als solche, um die es sich bei dem einzelnen Miterben oftmals handelt, gerade nicht unter den Unternehmensbegriff fassen wollte.²¹¹ Interpretiert man jede Mitgliedschaft von vornherein als Konzerngefahr, so würde das Verhältnis von Aktionär und Aktiengesellschaft unter einen pauschalisierenden Generalverdacht gestellt, der den im Gesetz angelegten, zweckorientierten Dualismus von Interessengleichlauf und Konzernkonflikt²¹² vollständig aufhobe. Der Privataktionär als solcher kann daher kein Unternehmen im Sinne des § 20 AktG sein.²¹³ Die Gefahr eines Herrschaftsmissbrauchs

²⁰⁹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 29; *Koppensteiner*, in: KölnerKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 59; *ders.*, in: FS Ulmer, 2003, S. 349, 352 ff.; vgl. auch *J. Koch*, in: *ders.*, § 15 AktG Rn. 12 f.

²¹⁰ *Burgard*, Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeits- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft, 1990, S. 45 ff.; auf der rechtspolitischen Ebene wohl ebenfalls *Siebel*, in: FS Heinsius, 1991, S. 771, 787 f.

²¹¹ *W. Bayer*, ZGR 2002, 933, 934 m. w. N.

²¹² *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 15 AktG Rn. 6 f., 9a.

²¹³ BGH, Urteil vom 22.04.1991 – II ZR 231/90, BGHZ 114, 203, 210 f.; *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 12; *W. Bayer*, ZGR 2002,

durch ihn wird bereits zur Genüge durch die Haftungsnormen der §§ 93, 116, 117 AktG, die Beschlusskontrollrechte nach den §§ 241 ff. AktG und die mitgliedschaftlich aktienrechtliche Treuepflicht ausgeglichen.²¹⁴

d) Zusammenfassung

Die Aktionärserebengemeinschaft ist damit als solche grundsätzlich als Privataktionär anzusehen und, solange keine Sonderumstände wie der Betrieb eines Unternehmens oder die Verwaltung anderer, entsprechend signifikanter Gesellschaftsbeteiligungen durch sie selbst hinzutreten, kein Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG, sodass § 20 Abs. 1 S. 1 AktG nicht einschlägig ist.

3. Analoge Anwendung des § 20 Abs. 1 S. 1 AktG?

Es findet sich die Position, dass § 20 Abs. 1 S. 1 AktG dergestalt analog anzuwenden sei, dass die Mitteilungspflicht bei Aktienkäufen zeitlich auf noch nicht vollzogene, schwebende Rechtsgeschäfte vorzuverlegen und personal auf jeden Mehrheitsaktionär zu erweitern sei.²¹⁵ Für die Erbengemeinschaft hieße das wohl eine Mitteilungspflicht ab dem Moment des Erbfalls. Denn im Wege der Analogie würde das Tatbestandsmerkmal des Unternehmens faktisch abgeschafft und dadurch jeder Mehrheitsaktionär pauschal zur Offenlegung über seine Beteiligung verpflichtet.

Der Ansatz stößt damit auf erhebliche methodische Probleme. Der bloße Verweis auf das allgemeine Informationsinteresse der Minderheitsaktionäre genügt nicht, um eine Lücke zu begründen, sondern würde in einer Rechtsfindung *contra legem* münden. Das relevante Abgrenzungsmerkmal

933, 937; *ders.*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 14; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 15 AktG Rn. 6 und § 20 AktG Rn. 14; *Klosterkemper*, Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, 2004, S. 92 f.; *J. Koch*, in: *ders.*, § 15 AktG Rn. 10; *Koppensteiner*, in: KölnerKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 10 f., § 20 AktG Rn. 31; *C. Müller*, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 95, 104; *Schall*, in: *Spindler/Stilz*, § 15 AktG Rn. 57; *Siebel*, in: *FS Heinsius*, 1991, S. 771, 800; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 15 AktG Rn. 41 f.; *Wolframm*, Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 58, 71 f.; a. A. *Mülbert*, *ZHR* 163 (1999), 1, 52 f.

²¹⁴ *W. Bayer*, *ZGR* 2002, 933, 937 f.

²¹⁵ *H. Wiedemann*, Minderheitenschutz und Aktienhandel, 1968, S. 61 ff.

ist die Planwidrigkeit der Unvollständigkeit des Gesetzes.²¹⁶ Wenn sich aus § 20 Abs. 1 S. 1 AktG ergibt, dass nur Unternehmensaktionäre zur Offenlegung verpflichtet sind, dann kann das Gesetz nicht so fortgebildet werden, dass am Ende doch jeder Aktionär mit der entsprechenden Beteiligungsquote gemeint ist. Die Nichterfassung der Privatperson ist nicht planwidrig.²¹⁷ Man mag die zweckorientierte Erwägung, dass nur beim Unternehmensaktionär im Gegensatz zum Privataktionär die Konzerngefahr besteht, womöglich rechtspolitisch²¹⁸ kritisieren können. Die Grundunterscheidung ist jedoch nicht schlechterdings sinnbefreit, weshalb die Schranke aus Wortlaut und Systematik zu hoch ist, um im Wege einer offenen Rechtsfortbildung übersprungen zu werden.

4. Keine generelle Veröffentlichungspflicht aufgrund der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

Daneben wird vereinzelt aus der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ein Verbot abgeleitet, die Anonymität der Aktie zum Schaden der Mitaktionäre einzusetzen.²¹⁹ Letztlich käme dies einer ungeschriebenen Stimmrechtsmitteilungspflicht für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften außerhalb der Grenzen des § 20 Abs. 1 S. 1 AktG wohl gleich. Bei einem untechnisch weit zu fassenden Schadensbegriff sei es demnach etwa auch dem Kleinaktionär untersagt, sich ein Paket zusammenzukaufen, ohne dies anzuzeigen.²²⁰ Dieser Einordnung ist nicht zu folgen. Die gesetzlichen Mitteilungspflichten sind als weitreichender Eingriff in die Gesellschaftersphäre aufgrund ihres objektiven Sinns und Zwecks restriktiv auszulegen. Jedenfalls findet sich kein entsprechender Anhaltspunkt im Gesetz. Eine derart vollumfänglich konstruierte

²¹⁶ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 33.

²¹⁷ *Wolframm*, Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 72 ff.

²¹⁸ Siehe die Gegenüberstellung von Lücke und rechtspolitischem Fehler bei *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 33 f. m. w. N.

²¹⁹ *Burgard*, Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeits- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft, 1990, S. 64 ff.; *ders.*, AG 1992, 41, 48 ff.; wohl auch *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 27 ff.; vgl. auch *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, § 15 AktG Rn. 9b; *Henze*, BB 1996, 489, 498.

²²⁰ *Burgard*, Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeits- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft, 1990, S. 64 ff.; *ders.*, AG 1992, 41, 48 ff.

Veröffentlichungspflicht würde aus den bereits genannten Gründen eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* darstellen. Die §§ 20 f. AktG, §§ 33 ff. WpHG und § 35 WpÜG sind insoweit abschließender Natur.²²¹

5. Zusammenfassung

Die Erbengemeinschaft ist ohne Hinzutreten weiterer Umstände als solche kein Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG. Eine Stimmrechtsmitteilungspflicht gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 AktG in direkter oder analoger Anwendung besteht daher insoweit nicht.

II. Einzelfallabhängiger Konzernkonflikt aufgrund der vermögenszuordnenden Betrachtung

Ein Konzernkonflikt besteht im Fall der Aktionärserbengemeinschaft somit nur nach den allgemeinen Regeln. Im Einklang mit dem Grundsatz des zweckorientierten Unternehmensbegriffs ist hierbei streng zwischen den Unternehmungen und Beteiligungen des einzelnen Miterben als Privatperson und denen der Erbengemeinschaft zu unterscheiden. Die Erbengemeinschaft als Einzelaktionär hat nur dann eine anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung, wenn diese Unternehmungen beziehungsweise Beteiligungen auch dem Nachlassvermögen zugeordnet werden. Dies wäre für die Geschäfte, die sich explizit auf den Nachlass beziehen, im Einzelfall in Erfahrung zu bringen. Bezüglich der Einzelheiten ist hier auf die allgemeine Rechtsprechung und Literatur²²² zum Konzernrecht zu verweisen.

²²¹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 20 AktG Rn. 6; *Grigoleit/Rachlitz*, ZHR 174 (2010), 12, 21; *S. Petersen*, in: Spindler/Stilz, § 20 AktG Rn. 13; *Seydel*, Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, 1995, S. 155 f.; *Starke*, Beteiligungstransparenz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2002, S. 163 ff., 255; *Tröger*, Treupflicht im Konzernrecht, 2000, S. 308 f.; *Wolfram*, Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, 1998, S. 175, 183 ff.; weiter *Wastl*, NZG 2000, 505, 506 f., der in den kapitalmarktrechtlichen Bestimmungen zwar auch einen wesentlichen Auslegungsfaktor aber keine endgültig zwingende Schranke erkennt.

²²² Siehe insb. *Siegels*, Die Privatperson als Konzernspitze, 1997, S. 174 ff., 244 m. w. N.

III. Einzelfallabhängiger Konzernkonflikt aufgrund der personenzuordnenden Betrachtung

Müsste man zusätzlich zur vermögenszuordnenden Perspektive noch danach differenzieren, ob sich in der Erbengemeinschaft Miterben befinden, bei denen ihrerseits aufgrund anderweitiger Verstrickungen eine Konzerngefahr vorläge, wenn man sie hypothetisch als direkte Aktionäre der Aktiengesellschaft ansähe? Kritisch könnte das gerade dann werden, wenn einer der Miterben privat ein Unternehmen betreibt oder anderweitige Beteiligungen hält und er nach der Erbquote den Mehrheitserben in der Erbengemeinschaft darstellt. Mit anderen Worten: Muss man personal zwischen Privatmiterben und Unternehmensmiterben innerhalb der Erbengemeinschaft unterscheiden und hat dies Auswirkungen auf die Frage nach der Unternehmenseigenschaft der Erbengemeinschaft?

1. Vergleich zum Aktionärspool

Hier bietet sich eine Betrachtung der ähnlich gelagerten Fragestellung zum Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft an. Dort ist nach den Poolmitgliedern zu differenzieren, sodass je nach einzelfallabhängiger Zusammensetzung des Pools eine Unternehmensbeherrschung im Sinne der §§ 15 ff. AktG in Frage kommt. Befinden sich im Pool ausschließlich Unternehmensaktionäre, so liegt eine Beherrschung in Form mehrfacher Zurechnung durch jedes der Poolmitglieder vor.²²³ Besteht der Pool umgekehrt nur aus Privataktionären, so ist dies nicht der Fall.²²⁴ Die Fälle einer gemischten Zusammensetzung sind schwieriger zu beurteilen und nach drei Varianten zu unterscheiden: Bei einer Dominanz der Unternehmenskonsorten im Pool bilden diese jeweils beherrschende Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG im Sinne der mehrfachen Zurechnung. Kontrovers wird beurteilt, ob darüber hinaus ein Durchschlag auf die Privatkonsorten stattfindet.²²⁵ Bei einer Dominanz der Privatkonsorten ist unstreitig in keiner Form eine mehrfache Zurechnung im Sinne der §§ 15 ff. AktG möglich.²²⁶ Und falls im

²²³ C. Müller, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 80 ff., 95 m. w. N.

²²⁴ C. Müller, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 95 f.

²²⁵ Siehe dazu die Darstellung der Meinungslinien bei C. Müller, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 97 f.

²²⁶ C. Müller, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 104 ff.

Pool eine paritätische Verteilung von Privat- und Unternehmenskonsorten vorliegt, so steht die Frage im Raum, ob bei den Unternehmenskonsorten eine mehrfache Zurechnung möglich ist.²²⁷

Diese Kriterien lassen sich jedoch nicht auf den Fall der Erbengemeinschaft übertragen. Denn beim Aktionärspool schließen sich *mehrere* Aktionäre, d. h. mehrere Mitglieder der Aktiengesellschaft, zu einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts zusammen, ohne dass dieser Pool als solcher nach außen aufträte oder eigenes Vermögen zugeordnet hätte. Die Mitgliedschaften der Aktionäre in der Kapitalgesellschaft bestehen hier weiterhin parallel. Der Pool selbst ist kein Unternehmen, sodass Einzelzurechnungen und Einzelbetrachtungen zur Frage der Unternehmenseigenschaft nur durch den Pool hindurch unter Betrachtung der einzelnen Poolmitglieder möglich sind. Bei der Erbengemeinschaft besteht dagegen nur eine einzelne Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft, die dem Vermögensträger des überindividuellen Kollektivs selbst zugeordnet ist. Dieser ist streng von den Privatvermögenssphären der einzelnen Miterben zu trennen, sodass eine solche Durchschlagsbetrachtung beim Unternehmensbegriff ausgeschlossen ist.

2. Beherrschung

Die Wertungen des Konzernrechts sprechen nur in einer Fallvariante für eine Überlagerung des Grundsatzes der rein vermögensrechtlichen Zuordnung: Es ist möglich, dass einer der Miterben einen derartigen Grad an Kontrolle über die Erbengemeinschaft innehat, dass er faktisch die volle Rechtsmacht über die im Nachlass befindlichen Aktien ausüben kann. Wenn dieser Miterbe in seiner privaten Eigenschaft gleichzeitig die allgemeinen Voraussetzungen des Konzernkonflikts verwirklicht, in dem er ein Unternehmen betreibt oder anderweitige, relevante Beteiligungen hält, dann zwingt die Wertung des zweckorientierten Unternehmensbegriffs den Rechtsanwender schlechterdings dazu, den Grundsatz der Vermögenszuordnung bei der erbengemeinschaftlichen Gesamthand zu durchbrechen. Der Miterbe mit (hypothetischem) Konzernkonflikt darf sich nicht hinter dem Schleier einer von ihm erkennbar kontrollierten Aktionärserbengemeinschaft

²²⁷ Dazu ausf. C. Müller, Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 106 ff. m. w. N.

verstecken können. Aus dem Vergleich mit den Stimmverboten²²⁸ ergibt sich aber, dass dies sinnvollerweise nur dann gelten kann, wenn dem betroffenen Miterben auch eine Erbquote zugeordnet ist, die höher als 50 % ausfällt. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so lässt sich die Erbengemeinschaft nicht mit der nötigen Sicherheit als vom Miterben beherrscht einordnen.²²⁹ Bloß faktische Einflussmöglichkeiten dürften wohl nicht genügen. Die Möglichkeit, dass bestimmte Rechtsausübungen aufgrund der besonderen Zusammensetzung des Nachlasses nicht der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB, sondern der Gemeinschaftsverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB unterfallen können, ist unschädlich. Denn in diese Variation als erbrechtlich interne Angelegenheit der Miterben kann die Aktiengesellschaft als der maßgeblich vom Konzernrecht geschützte Adressat keine Einsicht nehmen.

3. Zusammenfassung

Der Grundsatz der vermögensrechtlichen Zuordnung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft wird bei § 20 Abs. 1 S. 1 AktG insoweit durch die personale Zuordnung ergänzt, als die Erbengemeinschaft dann zum Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG wird, wenn die Konzerngefahr bei einem Miterben vorliegt und diesem eine Erbquote von über 50 % zugeordnet ist. Der einzelne Miterbe kann die Erbengemeinschaft somit konzernrechtlich – ähnlich wie bei der Frage nach etwaigen Stimmverboten – infizieren.

IV. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Gestünde man der Erbengemeinschaft Rechtsfähigkeit zu, so wäre nach den drei hier genannten, potenziellen Entstehungsgründen eines Konzernkonflikts zu differenzieren.

Die rechtsfähige Erbengemeinschaft, die kein kaufmännisches Unternehmen verwaltet, wäre dann zwar als ein den Rechtssubjekten gleichgestelltes Gebilde an sich ein tauglicher personaler Endzurechnungspunkt und damit eigener Adressat von Rechten und Pflichten. Da sich jedoch auch bei

²²⁸ Siehe dazu oben Kap. 5 C. II. 1. b).

²²⁹ Vgl. auch zum bestimmenden Einfluss im konzernrechtlichen Sinne BGH, Urteil vom 18.06.2001 – II ZR 212/99 („MLP“), BGHZ 148, 123, 125.

ihr nicht allein aufgrund ihrer bloßen Existenz eine Konzerngefahr feststellen lässt, wäre die Anwendung der Vorschriften auf dieser Grundlage ebenfalls ausgeschlossen.

Bei einer konzerngefahrrelevanten Betätigung der Erbengemeinschaft als Vermögenszuordnungspunkt wären vermögensrechtliche und personale Zuordnung zwar nun beim gleichen, nunmehr rechtsfähigen Gebilde versammelt, das hätte jedoch für die Argumentation keine Auswirkungen, da hier ohnehin die vermögensrechtliche Perspektive den Vorrang hat. Hier wäre die Erbengemeinschaft mit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, die andere maßgebliche Beteiligungen verwaltet,²³⁰ gleichzusetzen.

Geht es um eine Konzerngefahr in der Person des einzelnen Miterben, so würde sich die personale, auf den einzelnen Miterben in der Erbengemeinschaft schauende Betrachtung als schwieriger erweisen. Denn durch die vollständige Verselbstständigung der Nachlassvermögensmasse nicht nur auf vermögensrechtlicher, sondern auch auf personaler Ebene wäre die Schranke zwischen der Aktiengesellschaft und dem einzelnen Miterben verstärkt. Die Lösung läge auch hier im Vergleich zu der eine Aktienbeteiligung verwaltenden Außengesellschaft bürgerlichen Rechts. Unterliegt einer der Außen-GbR-Gesellschafter anderweitigen wirtschaftlichen Interessenbindungen und übt er daneben beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus, so ist er als herrschendes Unternehmen einzuordnen. Der Minderheitsgesellschafter, der auf die Geschäftsführung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts keinen maßgeblichen Einfluss nehmen kann, ist dagegen kein herrschendes Unternehmen.²³¹ Neben den Mehrheitsgesellschafter tritt im Übrigen die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts als ebenfalls herrschendes Unternehmen.²³² Übertragen auf das Modell einer rechtsfähigen Erbengemeinschaft hieße das, dass ein etwaiger, die Erbengemeinschaft beherrschender Mehrheitserbe mit entsprechendem Konzernkonflikt in seiner Person einerseits und zusätzlich die davon infizierte Erbengemeinschaft andererseits beide als beherrschende Unternehmen eingeordnet würden. Die Stimmrechtsmitteilungspflicht des § 20 Abs. 1 S. 1 AktG träfe dann beide.

²³⁰ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 29.

²³¹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 35.

²³² *Bauer*, NZG 2001, 742, 744; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 15 AktG Rn. 36 und § 17 AktG Rn. 84; *J. Koch*, in: ders., § 17 AktG Rn. 14; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, § 17 AktG Rn. 49.

E. Der Rechtsausschluss nach § 44 WpHG

Die nächste zu erörternde Publizitätspflicht bildet die seit dem Jahr 2017 in § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG²³³ kodifizierte, kapitalmarktrechtliche Stimmrechtsmitteilungspflicht. Wie § 20 Abs. 7 AktG ordnet § 44 WpHG an, dass die Aktionärsrechte während der Nichterfüllung der Publizitätspflicht ausgeschlossen sind. Der Sinn und Zweck der Vorschriften liegt darin, einen maximalen Anlegerschutz durch optimale Transparenz herzustellen, um Informationsasymmetrien auszugleichen.²³⁴ Das Ziel ist die Offenlegung von Veränderungen des Stimmrechtseinflusses und damit letztlich die Information des Marktes bezüglich der Verortung der gesellschaftlichen Rechtsmacht, da hier die für Investitionsentscheidungen relevante Information liegt.²³⁵ Nachfolgend ist zwischen der Erbgemeinschaft, dem Testamentsvollstrecker und dem gemeinschaftlichen Vertreter zu unterscheiden.

²³³ Bis zu dem Zweiten Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23. Juni 2017, BGBl. 2017 I, S. 1693 ff. fand sich die entsprechende Regelung in § 21 WpHG a. F.

²³⁴ BT-Drucks. 12/6679, S. 52; *Anzinger*, WM 2011, 391, 392; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 1; *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 29, 51 ff.; *Sudmeyer*, BB 2002, 685, 686; freilich ließe sich, falls man mit *v. Hayek*, *The American Economic Review* 35 (1945), 519 ff. umgekehrt den Markt selbst als das eigentliche ökonomische und gesamtgesellschaftliche Informationsinstrument ansieht, die interdisziplinäre Frage aufwerfen, ob dem Gesetz hier nicht womöglich eine prinzipiell verkehrte Vorstellung vom Wesen des Marktes, von der Rolle des Staates und vom Informationsfluss als solchem zugrunde liegt.

²³⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2011 – II ZR 246/09, BGHZ 190, 291, 298; *Anzinger*, WM 2011, 391 ff.; *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 46 f.; *Rulf*, Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG, 2010, S. 69 ff.; dafür spricht gerade auch der Umstand, dass über § 34 WpHG die Fälle miterfasst werden sollen, in denen eine Einflussnahme auf die Ausübung der aus den Aktien folgenden Mitgliedschaftsrechte möglich ist, siehe *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 34 WpHG Rn. 1; zwar stimmt der Hinweis von *C. A. Paul*, in: *Drinhausen/Eckstein*, *Beck'sches Handbuch der AG*, 2018, § 21 Rn. 9, dass der Tatbestand des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG allein auf die darin genannten, formalen Stimmrechtsschwellen ausgerichtet sei und keinen nur faktischen Stimmrechtseinfluss erfasse. Der Zweck eben dieser Stimmrechtsschwellen liegt jedoch in der Erfassung des Stimmrechtseinflusses des

I. Erbengemeinschaft

Da die Erbengemeinschaft als gesamthänderische Verbindung erst mit dem Erbfall entsteht und die Nachlassmasse als Sondervermögen zu diesem Zeitpunkt nur aus dem Vermögen des Erblassers bestehen kann, kann sie vor dem Erbfall keine eigenen Aktien im Sondervermögen gehabt haben. Denn dieses existierte noch nicht. Das Szenario der kapitalmarktrechtlichen Meldepflichtigkeit ist bei ihr daher nur in den folgenden vier Varianten denkbar.

1. Wechsel eines schwellenberührenden Aktienpakets vom Erblasser zur Erbengemeinschaft

Die erste Möglichkeit besteht darin, im rein dinglichen Inhaberwechsel bezüglich der Aktien vom Erblasser auf die Erbengemeinschaft eine Schwellenberührung im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG zu erkennen. Es entstände hier also keine abgeleitete, sondern eine eigene Pflicht der Erbengemeinschaft durch das Erlangen des Aktienpakets im Wege des Erbfalls.

a) Erreichen der Stimmrechte

Von zentraler Bedeutung ist der Begriff des Erreichens der Stimmrechte durch Erwerb, Veräußerung oder auf sonstige Weise. Aus der Zerlegung des Grundkapitals in Aktien nach § 1 Abs. 2 AktG, der Gewährung des Stimmrechts durch jede Aktie nach § 12 Abs. 1 AktG und der Unzulässigkeit von Mehrstimmrechten nach § 12 Abs. 2 AktG ergibt sich, dass die Gesamtzahl der Stimmrechte der Anzahl der Aktien entspricht, die das Grundkapital verbriefen.²³⁶ Die einschlägigen Stimmrechtsschwellen betragen 3, 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 und 75 %. Grundsätzlich ist für den Erwerb im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG die dingliche Eigentumslage an den Aktien im Sinne der §§ 903 ff. BGB maßgeblich.²³⁷ Die früher herrschende Meinung zog hier die Grenze, sodass schuldrechtliche Ansprüche auf

Aktionärs; nur ist diese Erfassung im Gesetz eben auf formale Weise statt im Wege einer Generalklausel ausgestaltet.

²³⁶ *Nodoushani*, WM 2008, 1671, 1672.

²³⁷ *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 363.

Übertragung der Aktien daneben nicht erfasst wurden.²³⁸ Mit der Einführung des § 33 Abs. 3 WpHG beziehungsweise des § 21 Abs. 1b WpHG a. F. durch das TÄUG von 2015²³⁹ fand ein Paradigmenwechsel statt.²⁴⁰ Danach besteht nun eine Ausnahme für den Fall, dass bereits ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung der Aktien begründet wurde. Dann wird gemäß § 33 Abs. 3 WpHG auf den vorgelagerten Zeitpunkt abgestellt, ohne dass die materiell-rechtliche Aktionärsposition davon berührt wird.²⁴¹ Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gemäß § 139 Abs. 1 S. 1 AktG sind nicht mitzuzählen.²⁴² Bei Namensaktien wird nicht auf die Sachlage des Aktienregisters gemäß § 67 Abs. 2 AktG abgestellt.²⁴³ Auf eine Eintragung kommt es für die Entstehung der Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG damit nicht an.²⁴⁴ Der Wechsel eines die entsprechende Stimmrechtsschwelle berührenden Aktienpakets vom Erblasser auf die

²³⁸ *Burgard*, BB 1995, 2069; *Cahn*, AG 1997, 502, 507; *Nottmeier/Holger Schäfer*, AG 1997, 87, 88; *Sudmeyer*, BB 2002, 685, 689.

²³⁹ Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie vom 20. November 2015, BGBl. 2015 I, S. 2029, 2031.

²⁴⁰ BT-Drucks. 18/5010 („TÄUG“), S. 44 f.; krit. Dazu *DAV-Handelsrechtsausschuss*, NZG 2015, 1069.

²⁴¹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 27; *Brellocks*, AG 2016, 157, 160; v. *Hein*, in: Schwark/Zimmer, § 33 WpHG Rn. 25 ff.; *Heinrich*, in: Heidel, § 33 WpHG Rn. 8.

²⁴² *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 25; *Nodoushani*, WM 2008, 1671, 1672.

²⁴³ Geht man entgegen der h. M. davon aus, dass die Position im Aktienregister nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach §§ 1922 Abs. 1, 2032 Abs. 1 BGB von der Erbengemeinschaft ererbt wird und dass stattdessen zwingend eine Eintragung nach § 67 Abs. 2 AktG nötig ist, um der Erbengemeinschaft die Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft zuzuordnen, siehe oben Kap. 5 Fn. 4, so geriete man in einen Konflikt mit § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG. Da § 33 Abs. 3 WpHG indes klarstellt, dass es für die Entstehung der Stimmrechtsmitteilungspflicht nicht zwingend auf die dingliche Rechtslage ankommt, sondern auch schuldrechtliche Übertragungsansprüche genügen, ließe sich dann im Wege eines Erst-recht-Schlusses wohl ableiten, dass es auch Stimmrechtsmitteilungspflichten geben müsste, wenn jemand dinglicher Eigentümer der Aktien geworden ist, ohne bereits gemäß § 67 Abs. 2 S. 1 AktG im Aktienregister eingetragen zu sein.

²⁴⁴ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 31; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 33 WpHG Rn. 15; *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 33 WpHG Rn. 47.

Erbengemeinschaft erfüllt die Tatbestandsvoraussetzung des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG im Wege der Variante des Erwerbs auf sonstige Weise.²⁴⁵

Daneben gilt, dass, wenn sich der Erblasser in einer Poolvereinbarung mit anderen Mitaktionären befand, der Erbengemeinschaft nach § 34 Abs. 2 S. 1 WpHG die Stimmrechte der Poolmitaktionäre zugerechnet werden. Dies gilt auch dann, wenn der Pool aufgrund klarer Mehrheitsverhältnisse nur von einem Poolmitglied dominiert wird.²⁴⁶

b) Verpflichteter

Da sie selbst kein rechtsfähiges Subjekt darstellt, kann die Pflicht personal nicht bei der Erbengemeinschaft als eigener Entität, sondern nur bei den Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit liegen.²⁴⁷ Damit kann indes nicht von vornherein der einzelne Miterbe als alleinstehendes Individuum²⁴⁸, sondern stets nur die Summe der Miterben gemeint sein.²⁴⁹ Die

²⁴⁵ V. Hein, in: Schwark/Zimmer, § 33 WpHG Rn. 31; Habersack, in: Emmerich/Habersack, § 33 WpHG Rn. 17; Süßmann, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2020, § 14 Rn. 17.

²⁴⁶ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul B, 5. Auflage, 2018, S. 28 f.; Merkner/Sustmann, NZG 2009, 813, 818; Opitz, in: F. A. Schäfer/Hamann, § 22 WpHG a. F. Rn. 84; U. H. Schneider, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 34 WpHG Rn. 175; M. Zimmermann, in: Fuchs, § 22 WpHG a. F. Rn. 105; vgl. auch A. Wiedemann/Frohnmayr, in: FS Hennerkes, 2009, S. 283, 294 f.; a. A. W. Bayer, in: MünchKomm. AktG, § 34 WpHG Rn. 38; v. Bülow, in: KölnerKomm. WpHG, § 22 WpHG a. F. Rn. 185; Casper, ZIP 2003, 1469, 1474; O. Lange, ZBB 2004, 22, 26; Pentz, ZIP 2003, 1478, 1488.

²⁴⁷ W. Bayer, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 5; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, § 33 WpHG Rn. 12; Nottmeier/Holger Schäfer, AG 1997, 87, 90; S. Petersen, in: Spindler/Stilz, § 22 AktG Rn. 38 (zu § 33 WpHG); Ponath/Raddatz, ZEV 2013, 361, 364 Fn. 20; Habersack, in: Emmerich/Habersack, § 33 WpHG Rn. 2; Starke, Beteiligungstransparenz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2002, S. 181; Veil, in: K. Schmidt/Lutter, § 33 WpHG Rn. 6; A. Wiedemann, in: v. Rosen, Die börsennotierte Familienaktiengesellschaft, 2006, S. 31, 48; A. Wiedemann/Frohnmayr, in: FS Hennerkes, 2009, S. 283, 295.

²⁴⁸ So aber Michel, in: Just/Voß et al., § 21 WpHG a. F. Rn. 26; U. H. Schneider, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 33 WpHG Rn. 13.

²⁴⁹ Starke, Beteiligungstransparenz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2002, S. 181.

Pflichtadressierung sammelt sich auf der Ebene des Kollektivs und schlägt dann erst im zweiten Schritt vollständig auf die Ebene der Miterben durch.

c) Entstehungszeitpunkt der Pflicht

Für den Entstehungszeitpunkt der Pflicht ist die Art der Schwellenberührung entscheidend. Hierbei ist zwischen aktiven und passiven Schwellenberührungen zu differenzieren.²⁵⁰ Der Maßstab zur Unterscheidung ergibt sich aus der Systematik des § 33 Abs. 1 S. 3, S. 5 WpHG.²⁵¹ Da sich nicht die Stimmrechtszahl, sondern der Stimmrechtsinhaber verändert, kann es sich bei dem Erbfall begrifflich nicht um eine passive, sondern nur um eine aktive Schwellenberührung handeln. Dass die Schwelle ohne eigenes Zutun der Erben berührt wird, ist unschädlich. Gemäß § 33 Abs. 1 S. 4 WpHG wird bei einer aktiven Schwellenberührung unwiderleglich vermutet, dass der Meldepflichtige spätestens zwei Handelstage nach Erreichen der Schwelle Kenntnis davon hat, sodass die Frist in Gang gesetzt wird. Dies erscheint in Bezug auf die Erbengemeinschaft problematisch. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass die Erben erst zeitlich verzögert vom Erbfall Kenntnis erlangen, oder nicht sofort alle Erben bekannt sind. Zur Frage, wann genau die Stimmrechtsmitteilungspflicht hier ihren zeitlichen Ausgangspunkt findet, findet sich noch keine detaillierte Auseinandersetzung. In Bezug auf die Veröffentlichungs- und Angebotspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 WpÜG ist sie umstritten²⁵², für das wertpapierübernahmerechtliche Kontrollangebot existiert jedoch auch keine mit § 33 Abs. 1 S. 4 WpHG gleichsetzbare Norm. Ist es dennoch möglich, die zu § 30 Abs. 1 S. 1 WpÜG diskutierten Ansätze auf § 33 Abs. 1 S. 4 WpHG zu übertragen? Demnach wäre es einerseits denkbar, die Mitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG unmittelbar mit dem Erbfall entstehen zu lassen.²⁵³ Andererseits erscheint es auch möglich, dass die Pflicht die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit erst nach Verstreichen der Erbausschlagungsfrist gemäß § 1944 BGB trifft. Anders als die Angebotspflicht nach

²⁵⁰ *Brellochs*, AG 2016, 157, 159; v. *Hein*, in: Schwark/Zimmer, Vor §§ 33 ff. WpHG Rn. 28 und § 33 WpHG Rn. 46.

²⁵¹ *V. Hein*, in: Schwark/Zimmer, Vor §§ 33 ff. WpHG Rn. 28.

²⁵² Siehe unten Kap. 5 F. I. 1. c).

²⁵³ So ausdr. *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 33 WpHG Rn. 13.

§ 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG ist die Mitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG wohl nicht mit derart immensen Kosten für den Aktionär verbunden. Allerdings wäre auch hier eine entsprechende Kapitalmarktinformation, die die Ausschlagungsfrist nicht berücksichtigt, als irreführend einzuordnen. Demnach erscheint es vorzugswürdig, die Mitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG erst mit Verstreichen der Erbausschlagungsfrist beginnen zu lassen.

d) Pflichtumfang und -frist

Die Mitteilung ist gleichzeitig an die Aktiengesellschaft und an die BaFin zu richten.²⁵⁴ Inhalt und Form der Stimmrechtsmitteilung werden durch § 33 Abs. 5 WpHG i. V. m. § 12 Abs. 1 WpAV verbindlich konkretisiert. Es ist das in der Anlage zur WpAV vorgegebene Formular zu verwenden. Was die personalen Angaben angeht, so fordert die allgemeine Meinung die Aufführung der Erbengemeinschaft und jedes einzelnen Miterben.²⁵⁵ Dem ist beizupflichten. Andernfalls würde die Erbengemeinschaft als rechtsfähiges Subjekt behandelt. Eine Mitteilung des einzelnen Miterben, die nur ihn allein als Teil einer Erbengemeinschaft ausweist, erfüllt die Anforderungen des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG indes auch nicht. Denn die gesamthänderisch gehaltene Mitgliedschaft liegt nicht allein bei ihm und darf aufgrund des aktienrechtlichen Teilungsverbots²⁵⁶ auch nicht aufgespalten werden. Zur Wirksamkeit der Mitteilung muss die Stimmrechtsmitteilung daher die Erbengemeinschaft und sämtliche Miterben betiteln. Hierfür sind die Felder unter 3 und 7a zu verwenden.²⁵⁷ Im Übrigen brauchen die Miterben nicht selbst persönlich zu handeln, sondern können sich zur Erfüllung der Mitteilungspflicht eines Dritten bedienen.²⁵⁸

²⁵⁴ V. Hein, in: Schwark/Zimmer, § 33 WpHG Rn. 33; U. H. Schneider, AG 2021, 58, 59 Rn. 7.

²⁵⁵ W. Bayer, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 38; Arends, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 49; Heinrich, in: Heidel, § 33 WpHG Rn. 5; Nottmeier/Holger Schäfer, AG 1997, 87, 91; M. Zimmermann, in: Fuchs, § 21 WpHG a. F. Rn. 68; U. H. Schneider, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbelt, § 33 WpHG Rn. 13.

²⁵⁶ Siehe oben Kap. 2 B.

²⁵⁷ V. Hein, in: Schwark/Zimmer, § 33 WpHG Rn. 41.

²⁵⁸ Ob es sich bei kapitalmarktrechtlichen Publizitätsmitteilungen um rechtsge­schäftsähnliche Handlungen handelt, sodass die §§ 164 ff. BGB anzuwenden wären,

Für die Dauer der Mitteilungsfrist ordnet § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG Unverzüglichkeit und höchstens die Dauer von vier Handelstagen an. Der Begriff der Unverzüglichkeit entspricht dem allgemeinen des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB (ohne schuldhaftes Zögern).²⁵⁹ Für die Erbengemeinschaft bedeutet dies ein äußerst knapp bemessenes Zeitfenster. Zur Einhaltung der Frist genügt im Übrigen nicht die rechtzeitige Absendung der Mitteilung; es ist fristgerechter Zugang nach den allgemeinen Regeln erforderlich.²⁶⁰

e) Konsequenzen der Nichterfüllung

aa) Temporärer Rechtsverlust nach § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG

Gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG ist die Konsequenz der Nichterfüllung der Stimmrechtsmitteilungspflicht der vollständige, temporäre Verlust aller mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte.²⁶¹ Es entstehen sogenannte „rechtlose Aktien“²⁶². Die mitgliedschaftlichen Rechte²⁶³ leben ab dem Moment

oder ob es sich um bloße Wissenserklärungen handelt, sodass § 166 BGB analog heranzuziehen wäre, wird unterschiedlich beantwortet, siehe *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 47; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 63 Fn. 351; *K.-S. Scholz*, AG 2009, 313, 318 m. w. N.; *Sudmeyer*, BB 2002, 685, 689 Fn. 79.

²⁵⁹ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 44.

²⁶⁰ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 45; *Habersack*, in: Emerich/Habersack, § 33 WpHG Rn. 24.

²⁶¹ BGH, Urteil vom 25.09.2018 – II ZR 190/17, NZG 2018, 1350, 1351 Rn. 12; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 44 WpHG Rn. 24 ff.; *Habersack*, in: Emerich/Habersack, § 44 WpHG Rn. 16; *Hagen*, Der Rechtsverlust im Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2012, S. 163 f.; *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 160 ff.; *Nartowska*, Rechtsverlust nach § 28 WpHG, 2013, S. 166 ff.; *S. Petersen*, in: Spindler/Stülz, § 22 AktG Rn. 205 (zu § 44 WpHG); *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 363; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter, § 44 WpHG Rn. 10.

²⁶² *S. H. Schneider/U. H. Schneider*, ZIP 2006, 493, 494.

²⁶³ Siehe zur Frage nach dem Ausschluss des Rechts zur Geltendmachung von Beschlussmängeln *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 44 WpHG Rn. 26; *Hagen*, Der Rechtsverlust im Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2012, S. 222 ff.; *Nartowska*, Rechtsverlust nach § 28 WpHG, 2013, S. 176 ff.; *S. H. Schneider/U. H. Schneider*, ZIP 2006, 493, 498; *Vocke*, BB 2009, 1600, 1603; *M. Zimmermann*, in: Fuchs, § 28 WpHG a. F.

ex nunc wieder auf, in dem die Mitteilung nachgeholt wird. Ändert sich zwischenzeitlich der Aktienbestand, sodass die Schwelle wieder unterschritten wird, so ersetzt dies die Stimmrechtsmitteilung nicht; die Rechte bleiben bis zur Nachholung ausgeschlossen.²⁶⁴

§ 44 Abs. 1 S. 1 WpHG setzt ein Verschulden des Pflichtigen voraus. Der Verlust der Mitgliedschaftsrechte tritt dann nicht ein, wenn der Stimmrechtsinhaber sich für die Nicht- oder Schlechterfüllung der Stimmrechtsmitteilungspflicht exkulpiert, wobei ihn die Beweislast trifft.²⁶⁵ Mit der Nachholung der Mitteilung leben die Rechte mit Wirkung *ex nunc* wieder auf.²⁶⁶ Die Verantwortlichkeit der Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit für zum Schadensersatz führende Maßnahmen eines handelnden oder unterlassenden Miterben richtet sich nach §§ 278, 831 BGB.²⁶⁷

Rn. 38; vgl. auch BGH, Urteil vom 25.09.2018 – II ZR 190/17, NZG 2018, 1350 f. (Rn. 7, 10); OLG Schleswig, Urteil vom 31.05.2007 – 5 U 177/06, ZIP 2007, 2214 ff.

²⁶⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 17.05.2017 – 20 U 1/16, BeckRS 2017, 152721 Rn. 80.

²⁶⁵ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 44 WpHG Rn. 13; *H. Fleischer*, DB 2009, 1335 ff.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 44 WpHG Rn. 10; *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 92 ff., 130 ff.; *Merkner*, AG 2012, 199, 204; *Mülbert*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 1219, 1229 ff.; *Nartowska*, Rechtsverlust nach § 28 WpHG, 2013, S. 76 ff.; *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 44 WpHG Rn. 22; *K.-S. Scholz*, AG 2009, 313, 319 f.; *Segna*, AG 2008, 311, 315; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter, § 44 WpHG Rn. 6; *Widder/Kocher*, AG 2007, 13, 19.

²⁶⁶ *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 174.

²⁶⁷ *W. Bayer*, in: Erman, § 2032 BGB Rn. 7; *Gergen*, in: MünchKomm. BGB, § 2038 BGB Rn. 54; *Lettmaier*, in: Soergel, 14. Aufl. 2020, § 2032 BGB Rn. 4; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 2032 BGB (Stand: 01.11.2022) Rn. 8; *Weidlich*, in: Grüneberg, § 2032 BGB Rn. 1; *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 65; a. *A. Wolf*, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 2038 BGB Rn. 25 f., der auf § 31 BGB abstellt. Dann gelangt man allerdings zu der Frage, wie § 278 BGB anwendbar sein kann, wenn die Erbengemeinschaft kein gesetzliches Schuldverhältnis im weiteren Sinne darstellt, siehe oben Kap. 3 C. II.

bb) Verlängerter Rechtsverlust im Fall des § 44 Abs. 1 S. 3 WpHG

Seit dem Risikobegrenzungs-gesetz aus dem Jahr 2008²⁶⁸ sind die Rechte bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Nichterfüllung der Pflicht gemäß § 44 Abs. 1 S. 3 WpHG mindestens sechs Monate lang sanktionsweise ausgeschlossen, wenn die Höhe des Stimmrechtsanteils betroffen ist.²⁶⁹ Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals führt zu leichten Unstimmigkeiten. Dass davon der Fall umfasst ist, in dem der Stimmrechtsanteil falsch beziffert ist, ist gerade auch im Lichte des § 44 Abs. 1 S. 4 WpHG evident. Unterschiedlich wird allerdings die Frage beurteilt, ob auch der Fall erfasst ist, in dem die Mitteilung verspätet erfolgt.²⁷⁰ Die Bagatelklauseel des § 44 Abs. 1 S. 4 WpHG schließt die Sanktion nur für den Fall aus, dass die Höhe der Stimmrechte mit weniger als 10 % (nicht Prozentpunkten) falsch beziffert wurde. Der verlängerte Rechtsverlust nach § 44 Abs. 1 S. 3 WpHG bezieht sich wie der temporäre in § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG auf alle mitglied-schaftlichen Aktionärsrechte.²⁷¹

²⁶⁸ Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz) vom 12. August 2008, BGBl. 2008 I, S. 1666 ff.

²⁶⁹ Dazu *Vocke*, BB 2009, 1600, 1604 f.; für eine Erhöhung *de lege ferenda* auf zwölf Monate *Brouwer*, AG 2012, 78, 83.

²⁷⁰ Dafür *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 44 WpHG Rn. 61; v. *Bülow/Petersen*, NZG 2009, 481, 482; *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülb-ert, § 44 WpHG Rn. 21; ebenso mit rechtspolitischer Kritik *M. Zimmermann*, ZIP 2009, 57, 63; dagegen v. *Hein*, in: Schwark/Zimmer, § 44 WpHG Rn. 9.

²⁷¹ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 28.01.2014 – WpÜG 3/13, ZIP 2014, 617, 619; *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 44 WpHG Rn. 66; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 44 WpHG Rn. 24; v. *Hein*, in: Schwark/Zimmer, § 44 WpHG Rn. 15; *Paudtke/Glauer*, NZG 2016, 125, 128; *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülb-ert, § 44 WpHG Rn. 51; *Schulenburg*, NZG 2009, 1246, 1247; *M. Zimmermann*, in: Fuchs, § 28 WpHG a. F. Rn. 33 f.; a. A. für eine Beschränkung des Ausschlusses auf die Mitverwaltungsrechte (und somit einer Ausklammerung der Vermögensrechte) v. *Bülow/Petersen*, NZG 2009, 481, 484; v. *Bülow/Stephanblome*, ZIP 2008, 1797, 1805; *Chachulski*, BKR 2010, 281 f.; *S. Petersen*, in: Spindler/Stilz, § 22 AktG Rn. 215 (zu § 44 WpHG); *Süßmann/Meder*, WM 2009, 976, 977; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter, § 44 WpHG Rn. 22; *Vocke*, BB 2009, 1600, 1605 f.; *Weber-Rey*, DSStR 2008, 1967, 1969.

cc) Hauptversammlung

Der Hauptversammlungsleiter hat bereits die Teilnahme eines Aktionärs, dessen Rechte gemäß § 44 WpHG ausgeschlossen sind, an der Hauptversammlung zu unterbinden, da auch das Teilnahmerecht vom Ausschluss umfasst ist.²⁷² Übertragen auf die Erbengemeinschaft heißt das, dass der jeweils nach § 69 Abs. 1 AktG entsandte gemeinschaftliche Vertreter vom Hauptversammlungsleiter zurückgewiesen werden kann und sollte. Lässt er den gemeinschaftlichen Vertreter der Erbengemeinschaft dennoch zur Teilnahme zu, so darf er dessen verbotswidrig abgegebene Stimmen nicht berücksichtigen. Auch das Bestehen einer Eintragung des gemeinschaftlichen Vertreters im Aktienregister und die analoge Anwendung des § 67 Abs. 2 AktG auf ihn²⁷³ ändern daran nichts. Denn die Eintragung im Aktienregister begründet zwar eine unwiderlegbare Vermutung, diese erstreckt sich indes nur auf die personale Ableitung der mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte und nicht darauf, dass diese Rechte inhaltlich tatsächlich bestünden beziehungsweise nicht ausgeschlossen seien.²⁷⁴ Hauptversammlungsbeschlüsse, die widerrechtlich unter Beteiligung entsprechend ausgeschlossener Stimmrechte zustande gekommen sind, sind gemäß § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar, wenn dadurch das Ergebnis beeinflusst wurde.²⁷⁵ Indes besteht die Möglichkeit der Heilung durch einen Bestätigungsbeschluss nach § 244 AktG.²⁷⁶

dd) Schadensersatzansprüche seitens etwaiger Pool-Mitaktionäre

Im Übrigen werden gemäß §§ 44 Abs. 1 S. 1, 34 Abs. 2 WpHG auch alle Aktien mit dem Rechtsverlust infiziert, die Personen gehören, die mit dem

²⁷² Paudtke/Glauer, NZG 2016, 125, 128; U. H. Schneider, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 44 WpHG Rn. 93; ders., AG 2021, 58, 59 Rn. 6.

²⁷³ Siehe dazu oben Kap. 5 A. I. 3.

²⁷⁴ U. H. Schneider, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 44 WpHG Rn. 94.

²⁷⁵ Heusel, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 116 ff., 185 f.; Merkner, AG 2012, 199, 205; Nartowska, Rechtsverlust nach § 28 WpHG, 2013, S. 171; Ponath/Raddatz, ZEV 2013, 361, 363; wohl auch Nodoushani, WM 2008, 1671, obwohl dieser nicht nach der Kausalität differenziert.

²⁷⁶ Heusel, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 187 ff.; Segna, AG 2008, 311, 318.

Bieter gemeinsam handeln (*acting in concert*).²⁷⁷ Bestanden bezüglich der vererbten Aktien im Vorfeld vom Erblasser abgeschlossene Stimmbindungsverträge, so drohen der Erbengemeinschaft bei einer Nichterfüllung der Stimmrechtsmitteilungspflicht daher neben steuerlichen Nachteilen auch Schadensersatzansprüche seitens der anderen Poolmitglieder.²⁷⁸

ee) Ansprüche seitens der Aktiengesellschaft und der Mitaktionäre

Die Aktiengesellschaft hat indes keinen eigenen Anspruch auf Erfüllung der Stimmrechtsmitteilungspflicht.²⁷⁹ Es handelt sich im Verhältnis zur Gesellschaft daher nicht um eine echte Rechtspflicht, sondern um eine Obliegenheit des Stimmrechtsinhabers.²⁸⁰ Die Vorschriften haben insofern einen gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Charakter.²⁸¹ Der Verstoß gegen die Stimmrechtsmitteilungspflicht stellt aufgrund der Spezialitätseigenschaft keine automatische Verletzung der mitgliedschaftlich aktienrechtlichen Treuepflicht dar.²⁸² Die §§ 33 ff. WpHG sind im Übrigen keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.²⁸³ Die Möglichkeit deliktischer

²⁷⁷ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 44 WpHG Rn. 20; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 44 WpHG Rn. 14.

²⁷⁸ *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 363.

²⁷⁹ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Vor §§ 33 ff. WpHG Rn. 15.

²⁸⁰ *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 82 ff. m. w. N.

²⁸¹ *Segna*, ZGR 2015, 84, 91 ff.; *Sudmeyer*, BB 2002, 685, 692.

²⁸² *Starke*, Beteiligungstransparenz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2002, S. 256; einschr. *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 206 ff.

²⁸³ *Dönges*, Die §§ 21 ff. WpHG als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, 2012, S. 118 ff.; *H. Fleischer*, DB 2009, 1335, 1340; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Vor §§ 33 ff. WpHG Rn. 16; *Hagen*, Der Rechtsverlust im Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2012, S. 284 f.; v. *Hein*, in: Schwark/Zimmer, § 44 WpHG Rn. 21; *Lieske*, Der Rechtsverlust im Kapitalmarktrecht, 2011, S. 59; *Opitz*, in: F. A. Schäfer/Hamann, § 21 WpHG a. F. Rn. 42; *S. Petersen*, in: Spindler/Stilz, § 22 AktG Rn. 33; *Pluskat*, NZG 2009, 206, 210; *Riegger/Wasmann*, in: FS Hüffer, 2010, S. 823, 841 f.; *Sudmeyer*, BB 2002, 685, 691; *M. Zimmermann*, in: Fuchs, § 28 WpHG a. F. Rn. 54; a. A. *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 44 WpHG Rn. 75; *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, 2011, S. 215 ff.; *Holzborn/Foelsch*, NJW 2003, 932, 935 f.; *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, S. 285 f.; *Paudtke/Glauer*, NZG 2016, 125, 128; *U. H. Schneider*, in:

Schadensersatzansprüche der Anleger gegen die Miterben scheidet damit aus. Aufgrund des Spezialitätsverhältnisses stellt die Nichterfüllung der Stimmrechtsmitteilungspflicht auch keine Verletzung der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Verhältnis zu den Mitaktionären dar.²⁸⁴ Maßt sich die Erbengemeinschaft allerdings entgegen des Ausschlusses nach § 44 WpHG aktiv die Ausübung mitgliedschaftlicher Aktionärsrechte an, so kann dies gegenüber den Mitaktionären in der Tat zu einer Schadensersatzpflicht wegen Verletzung der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht führen.²⁸⁵

f) Wege der Miterben zur Sicherung der Pflichterfüllung

Der Akt der Stimmrechtsmitteilung ist eine rechtliche Maßnahme, die auf die Sicherung der mitgliedschaftlichen Rechte und damit der Funktionalität der Aktien als Teil des Nachlassvermögens gerichtet ist. Er stellt damit eine Verwaltungsmaßnahme im Sinne des § 2038 BGB dar. Die Erfüllung der Stimmrechtsmitteilungspflicht zum Zwecke der Vermeidung der Rechtsfolge des § 44 WpHG stellt einen wirtschaftlich vernunftgeleiteten und damit werterhaltenden Umgang mit dem Nachlass dar, der diesen auch nicht wesentlich verändert. Sie ist damit immer eine Maßnahme der Mehrheitsverwaltung gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB²⁸⁶. Aufgrund der äußerst knapp bemessenen Frist zur Erfüllung der Stimmrechtsmitteilungspflicht kann der einzelne Miterbe die Mitteilung allerdings stets auch selbstständig für die Erbengemeinschaft im Wege der Einzelverwaltung nach § 2038 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB²⁸⁷ abgeben.²⁸⁸ Die entsprechend nötige Dringlichkeit ist kraft Natur der Sache und im Lichte des § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG gegeben. Das zu verwendende Formular im Anhang zu § 12 Abs. 1 WpAV muss im Lichte dessen nicht zwingend von allen Miterben zusammen unterschrieben sein.

Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 44 WpHG Rn. 101; *Starke*, Beteiligungstransparenz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2002, S. 258 ff.

²⁸⁴ *M. Zimmermann*, in: Fuchs, § 28 WpHG a. F. Rn. 53.

²⁸⁵ *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 44 WpHG Rn. 104.

²⁸⁶ Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 B.

²⁸⁷ Siehe dazu ausf. oben Kap. 3 E.

²⁸⁸ So i. E. auch *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 364 Fn. 20.

2. Erstmalige Entstehung einer Mitteilungspflicht durch den Erbfall im Wege der Stimmrechtsaddition

Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass sich durch den Erbgang das Aktienpaket des Erblassers zusammen mit dem bereits existierenden Aktienpaket eines oder mehrerer Miterben so addiert, dass rechnerisch erstmalig ein hinreichender Stimmrechtsanteil entsteht. Die Mitteilungspflicht entstände somit auch erstmalig, aber nicht allein durch die im Nachlass befindlichen Aktien. Diese Variante ist in gewisser Hinsicht mit dem Fall der Verschmelzung durch Aufnahme gemäß §§ 2 Nr. 1, 4–35 UmwG gleichsetzbar, da auch dort die Stimmrechte, die an Aktien auf jeweils zwei verschiedenen Rechtsträgern gekoppelt sind, zusammenfinden.²⁸⁹ Während bei der Verschmelzung durch Aufnahme jedoch der eine Rechtsträger erlischt und sein Vermögen vollumfänglich auf den neuen übergeht,²⁹⁰ bleiben der Vermögensträger der Erbengemeinschaft einerseits und die Mehrzahl der Einzelvermögen der Miterben in ihrer Funktion als Privatpersonen andererseits bestehen.

a) Addition der Stimmrechte aus den Aktien der Erbengemeinschaft mit denen aus den Aktien der Miterben

Es stellt sich die Frage, ob und wenn ja wie die gedankliche Addition der privaten Stimmrechte des beziehungsweise der einzelnen Miterben mit den Stimmrechten aus den Aktien im gesamthänderisch gebundenen Nachlass als Sondervermögen das Tatbestandsmerkmal des Erreichens einer Stimmrechtsschwelle erfüllt. Hierzu sind mehrere Vorgehensweisen denkbar.

aa) Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben

Einerseits wäre es möglich, den einzelnen Miterben für sich in den Blick zu nehmen. Jedem Miterben würden bei dieser Betrachtung zusätzlich zu seinen aus den privat gehaltenen Aktien abgeleiteten Stimmrechten sämtliche Stimmrechte aus den gesamthänderisch gehaltenen Aktien im Nachlass

²⁸⁹ Vgl. *Heppe*, WM 2002, 60, 64 f.

²⁹⁰ *Böttcher*, in: *Böttcher/Habighorst et al.*, § 2 UmwG Rn. 8; *Heidinger*, in: *Henssler/Strohn*, § 2 UmwG Rn. 4; *Michael Winter*, in: *Schmitt/Hörtznagl*, § 2 UmwG Rn. 3.

zugerechnet. Dies entspricht der bislang allgemeinen Lehre.²⁹¹ Nach diesem Ansatz würden im Ergebnis unter Umständen nur einzelne Miterben mitteilungs pflichtig. Die Gesamthandsgemeinschaft würde dadurch gedanklich aufgebrochen. Teilweise wird hierbei auch zusätzlich auf die Vorschrift des § 34 Abs. 2 WpHG (beziehungsweise § 22 Abs. 2 WpHG a. F.) abgestellt.²⁹²

bb) Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben entsprechend der Erbquote

Vereinzelt wird dem zwar grundsätzlich gefolgt, die vollständige Stimmrechtsaddition jedoch abgelehnt. Die im Nachlass befindlichen Stimmrechte dürften dem einzelnen Miterben nur entsprechend seiner jeweilig prozentualen Erbquote zugerechnet werden.²⁹³

cc) Von den Miterben zur Erbengemeinschaft

Andererseits erscheint es denkbar, den Aspekt der Gesamthand im Zentrum der Mitteilungspflicht zu sehen. Demnach würde keine Addition beim einzelnen Miterben vorgenommen, sondern es würden umgekehrt der Erbengemeinschaft die Stimmrechte aller Miterben an der Zielgesellschaft zugerechnet. Das bedeutet nicht, dass die Erbengemeinschaft selbst als eigenes Rechtssubjekt behandelt würde. Vielmehr würde die Zusammenrechnung nur gedanklich auf der Gemeinschaftsebene verlaufen und dann im zweiten Schritt auf alle Miterben gleichermaßen durchschlagen. Dies hätte zwingend zur Konsequenz, dass die Stimmrechtsmitteilungspflicht deutlich häufiger einträte. Denkbar ist etwa der Fall, dass die einzelnen Miterben jeweils unerschwingliche Beteiligungen halten und eine einzelne Miterbenbeteiligung addiert mit dem gesamthänderisch gehaltenen Aktienpaket die Schwelle nicht überschreitet. Wenn nun aber die Addition aller Beteiligungen der einzelnen Miterben einerseits und der gesamthänderisch gehaltenen Aktien andererseits eine relevante Schwelle bezüglich der Zielgesellschaft

²⁹¹ Habersack, in: Emmerich/Habersack, § 33 WpHG Rn. 2; S. Petersen, in: Spindler/Stilz, § 22 AktG Rn. 38 (zu § 33 WpHG); U. H. Schneider, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 33 WpHG Rn. 14; M. Zimmermann, in: Fuchs, § 21 WpHG a. F. Rn. 34; wohl auch Michel, in: Just/Voß et al., § 21 WpHG a. F. Rn. 26.

²⁹² Hirte, in: KölnerKomm. WpHG, § 21 WpHG a. F. Rn. 135.

²⁹³ Opitz, in: F. A. Schäfer/Hamann, § 21 WpHG a. F. Rn. 11.

überschreitet, so würde die Mitteilungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG nach diesem Ansatz gleichwohl entstehen.

b) Ausschluss einer Stimmrechtsaddition

Die vierte Möglichkeit, dass das Additionskonzept als solches gar nicht von § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG gedeckt sein und damit ausgeschlossen sein könnte, wird bislang kaum explizit diskutiert.²⁹⁴

c) Stellungnahme

Der Rückgriff auf § 34 Abs. 2 WpHG (beziehungsweise § 22 Abs. 2 WpHG a. F.) zum Zwecke einer Stimmrechtsaddition im Verhältnis zwischen den Privataktien der Miterben und den gesamthänderisch gehaltenen Aktien verstößt gegen das aktienrechtliche Teilungsverbot der Mitgliedschaft nach § 8 Abs. 5 AktG²⁹⁵. Denn § 34 Abs. 2 WpHG erfasst nur den Fall, in dem ein Aktionär mit einem Dritten, der nicht mit ihm als Mitglied identisch ist, zusammenwirkt,²⁹⁶ da nur hier eine tatsächliche „Verstärkung des Einflusspotentials auf den Emittenten“²⁹⁷ über die Einzelmitgliedschaft

²⁹⁴ Siehe nur *Arends*, Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, 2000, S. 49, der pauschal eine Stimmrechtsaddition hin zur Ebene des einzelnen Miterben ablehnt aber keine detaillierte Untersuchung der Frage vornimmt und im Übrigen auch nicht zwischen der objektbezogenen Ebene der Stimmrechtsaddition und der subjektbezogenen Ebene der Mitteilungsverpflichtung unterscheidet; *Dieckmann*, in: BeckOK WpHR, § 33 WpHG (Stand: 15.11.2022) Rn. 45; siehe auch *Starke*, Beteiligungstransparenz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2002, S. 181, der implizit davon auszugehen scheint, dass der Fokus auf dem einen Stimmrechtsanteil der Erben-gemeinschaft liegen müsse.

²⁹⁵ Siehe dazu oben Kap. 2 B.

²⁹⁶ Vgl. *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 34 WpHG Rn. 35; v. *Hein*, in: Schwark/Zimmer, § 34 WpHG Rn. 26; *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 34 WpHG Rn. 135; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter, § 34 WpHG Rn. 33; *M. Zimmermann*, in: Fuchs, § 22 WpHG a. F. Rn. 79, 84, 87; unpräzise *Rulf*, Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG, 2010, S. 166 f., der auf die Verschiedenheit der Rechtssubjekte abstellt. Entscheidend ist jedoch nicht die unterschiedliche Rechtssubjektivität, sondern die Vermögenstrennung der Mitgliedschaften, da hier (jedenfalls in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand) die Trennung der realen Rechtsmacht verläuft.

²⁹⁷ *M. Zimmermann*, in: Fuchs, § 22 WpHG a. F. Rn. 87.

hinaus vorliegt, was bei der gesamthänderisch gehaltenen Einzelmitgliedschaft im Verhältnis zwischen den Miterben nicht der Fall ist. § 34 Abs. 2 WpHG orientiert sich in Bezug auf die Gesamthand an der realen Stimmrechtsmacht und somit der vermögensrechtlichen Zuordnung der Mitgliedschaft.

Das Modell einer entsprechend den Erbquoten nur prozentualen Zurechnung der erbgemeinschaftlich gehaltenen Stimmrechte hin zum einzelnen Miterben setzt implizit das erbrechtliche Modell²⁹⁸ zu § 2038 BGB voraus, demzufolge die Stimmrechte aus den Aktien im Wege der Mehrheitsverwaltung quotaal auf die Miterben aufgeteilt würden und dann eine uneinheitliche Stimmrechtsausübung zugelassen werden soll. Der Ansatz ist aus den gleichen Gründen abzulehnen. Er liefe erstens auf eine gedankliche Zwangsauseinandersetzung des Nachlasses hinaus, die das Gesetz nicht hergibt, da es allein den Miterben obliegt, darüber zu befinden, welcher Teil des Nachlasses welchem Miterben in welchem Umfang zugutekommen soll. Deshalb ist auch die Gleichsetzung²⁹⁹ der Erbengemeinschaft an Aktien mit dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall³⁰⁰ einer (nach der Rechtsvorstellung seinerseits noch nicht rechtsfähigen) Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nur den Zweck hatte, Aktien zu halten, untauglich. Dort lag der ganze Sinn der Gesellschaft, auf den sich die Gesellschafter ja auch noch privatautonom durch Abschluss des Gesellschaftsvertrags gemäß § 705 BGB geeinigt hatten, in der Bündelung der einzelnen Aktionärsposition. Die Erbengemeinschaft aber umfasst von Gesetzes wegen das gesamte Nachlassvermögen. Und zweitens besteht die Gefahr, dass diese Rechnung nicht aufgeht, wenn die Erbquoten und die Zahl der im Nachlass befindlichen Stückaktien (beziehungsweise die Summen der Nennbetragsaktien) sich nicht mathematisch in ganze Summen aufteilen lassen. Denn Bruchteilsstimmrechte³⁰¹ – und seien sie nur gedanklich fingiert – darf es auch im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG nicht geben.

Eine Stimmrechtsaddition von der Ebene der Erbengemeinschaft hin zur Ebene des einzelnen Miterben kann im Übrigen ganz grundsätzlich nicht die richtige Lösung sein. Denn der Miterbe, dem die Stimmrechte aus dem

²⁹⁸ Siehe oben in Kap. 3 Fn. 221 und dazu die Stellungnahme oben in Kap. 3 B. II. 2. e).

²⁹⁹ Siehe *Opitz*, in: F. A. Schäfer/Hamann, § 21 WpHG a. F. Rn. 11.

³⁰⁰ BGH, Urteil vom 22.04.1991 – II ZR 231/90, BGHZ 114, 203, 210 f.

³⁰¹ Siehe dazu oben Kap. 3 Fn. 227.

Gesamthandvermögen zugerechnet würden, müsste dann sinnvollerweise eigentlich nur sich selbst bei der Mitteilung angeben. Andernfalls würde es ihm aufgebürdet, die Informationen der anderen Miterben einzuholen und mitanzugeben, obwohl sie für die Stimmrechtsanteile aus dieser Perspektive völlig irrelevant wären und er sich mit ihnen in einer nichtprivatautonomeren Zwangsgemeinschaft³⁰² befindet. Wenn aber der einzelne Miterbe nur sich selbst angeben müsste, dann fiel die Beteiligungstransparenz nicht so aus, wie sie vom Gesetz zweckmäßigerweise angestrebt wird. Denn die entscheidende Information ist ja gerade, dass die Aktien des Erblassers Teil eines Sondervermögens geworden und dementsprechend dem System der erbrechtlichen Kollektivwillensbildung nach § 2038 BGB unterworfen sind. Man nehme zum Beispiel einmal an, dass sich im Nachlass ein Aktienpaket mit 20 % der Stimmrechte an dem Emittenten befindet. Es existieren die Miterben E₁, E₂ und E₃, die in ihren einzelnen Privatvermögen Aktien halten, die jeweils 3 %, 6 % und 10 % der Stimmrechte an dem Emittenten vermitteln. Würde man die Stimmrechte von der Erbengemeinschaft hin zur Ebene des einzelnen Miterben addieren, so ergäbe sich bei E₁ ein Stimmrechtsanteil von 23 %, bei E₂ einer von 26 % und bei E₃ einer von 30 %. Die drei Miterben wären aufgrund der jeweils berührten Stimmrechtsgrenzen von 20 %, 25 % und 30 % jeweils nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG zu einer unterschiedlichen Stimmrechtsmitteilung verpflichtet. Dieser Ansatz übersieht das entscheidende Detail der Erbquote. Es kann nämlich sein, dass etwa dem ersten Miterben eine Erbquote von 51 % zugeordnet ist und dieser somit den Mehrheitserben innerhalb der Erbengemeinschaft darstellt. Wenn aber den anderen beiden Miterben jeweils keine Erbquote von über 50 % zugeordnet ist, dann können diese die Mehrheitsverwaltung des Nachlasses nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB und damit eben (in aller Regel) auch die Ausübung der mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte, die sich aus dem vererbten Aktienpaket ergeben, durch Erteilung von Weisungen an den gemeinschaftlichen Vertreter nicht kontrollieren. Die jeweiligen Stimmrechtsmitteilungen des zweiten und dritten Erben würden dem Rechtsverkehr somit suggerieren, dass sich hier ein Zuwachs an Rechtsmacht vollzogen hätte, obgleich dies nicht den Tatsachen entspräche. Das liefe dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwider.

³⁰² Siehe oben Kap. 3 Fn. 398.

Umgekehrt wäre es denkbar, die Stimmrechte von der Ebene der einzelnen Miterben der Ebene der Erbengemeinschaft zuzurechnen. Im vorgenannten Beispiel würden demnach die 20 % der Stimmrechte im Nachlass mit den jeweiligen 3 %, 6 % und 10 % der einzelnen Miterben addiert. Der Erbengemeinschaft wären damit insgesamt 39 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft zugeordnet. Im zweiten Schritt träfe dann jeden der Miterben die Pflicht, eine Mitteilung über diese 39 % bezogen auf die Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft abzugeben, wobei dann die Erfüllung durch einen der Miterben sinnvollerweise auch für die anderen Miterben wirken würde.³⁰³ Diese Lösung erscheint insofern sachgerecht, als sich die jeweilige Rechtsmacht der Miterben über ihre Privataktien mit der erbengemeinschaftlichen Verwaltung der im Nachlass befindlichen Aktien vermischt. Die Aktionärsrechtsmacht liegt in diesem Geflecht, das sich um § 2038 BGB herum bildet und das sich, solange kein Mehrheitserbe existiert, nicht dem einzelnen Miterben zuordnen lässt. Die Frage nach der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft wäre für diese Art der Stimmrechtsaddition mithin völlig relevant.³⁰⁴ Denn mit alledem wäre noch nichts über die Frage des am Ende rechtstechnisch Verpflichteten gesagt. Es wäre insofern absolut möglich, die Addition hin zur Gemeinschaft vorzunehmen und dann im zweiten Schritt alle Miterben zu Mitteilungspflichtigen zu machen.

Da die Erbengemeinschaft jedoch nicht als ein von Seiten der Miterben privatautonom verabredeter Verbund, sondern als gesetzliche Zwangsgemeinschaft³⁰⁵ einzuordnen ist, ist es nicht sachgerecht, dem einzelnen Miterben Publizitätspflichten aufzuerlegen, die letztlich auf den von anderen Miterben in deren Privatvermögen gehaltenen Aktien mitbasieren. Die Erfüllung der Pflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG würde dann dazu führen, dass die Miterben sich gegenseitig zur Auskunft über die Anzahl ihrer jeweils im Privatvermögen befindlichen Aktien verpflichtet wären. Das erscheint gerade im Hinblick darauf, dass die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines allgemeinen, intraerbengemeinschaftlichen

³⁰³ Siehe zu der Frage nach der Absorptionswirkung der Erfüllung der Stimmrechtsmitteilung noch unten Kap. 5 E. IV.

³⁰⁴ A. A. offenbar *Hasselbach*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 35 WpÜG Rn. 73; *Rothenfuß*, in: *Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG*, 2017, § 11 Rn. 45; *Wackerbarth*, in: *MünchKomm. AktG*, § 2 WpÜG Rn. 32.

³⁰⁵ Siehe oben Kap. 3 Fn. 398.

Auskunftsanspruchs bislang noch nicht hinreichend beantwortet wurde,³⁰⁶ nicht zielführend.

Die Addition von Stimmrechten, die sich einerseits aus den gesamthänderisch gehaltenen Aktien und andererseits aus den Privataktien des einzelnen Miterben ergeben, verstößt im Übrigen bereits als solche gegen den Grundsatz der Trennung von Privat- und Sondervermögen als elementares Prinzip der §§ 2032 ff. BGB. Wenn nur der Aktionär selbst meldepflichtig sein kann,³⁰⁷ dann kann – jedenfalls bei wortlautgetreuer Anwendung des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG und unter Berücksichtigung des aktienrechtlichen Teilungsverbots der Mitgliedschaft nach § 8 Abs. 5 AktG³⁰⁸ – keine solche Stimmrechtsaddition zur Ebene des einzelnen Miterben hin stattfinden. Der Miterbe mit seinen Privataktien ist in einer ganz anderen Funktion Aktionär als die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit. Die jeweiligen Aktien im Sinne der Mitgliedschaften sind unterschiedlich gekoppelt und nicht miteinander verschmolzen. Denn das Sondervermögen der Erbengemeinschaft und das Eigenvermögen des jeweils einzelnen Miterben sind – völlig unabhängig von der Frage nach der Rechtsfähigkeit – als Vermögen verschiedener Rechtsträger zu behandeln.³⁰⁹ Eine automatische Stimmrechtsaddition würde den Fokus nicht auf die vermögenszuordnende, sondern auf die personale Zurechnung der aktienrechtlichen Mitgliedschaft legen. Die Rechtsmacht, auf die es beim Zweck des Wertpapierhandelsgesetzes entscheidend ankommt, speist sich indes nicht aus der Frage, welches Subjekt nun Aktionär ist, sondern wo die Verwaltungsmacht bezüglich der Aktien liegt. Diese Frage wird bei der Erbengemeinschaft über das Sondervermögen und damit über die Regelung des § 2038 BGB entschieden. Die nichtrechtsfähige Erbengemeinschaft lässt sich daher als Einzelaktionär insofern mit der rechtsfähigen Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gleichsetzen.

Erkennt man diesen Umstand an, so würde eine pauschale, automatische Stimmrechtsaddition daneben auch zu einem Wertungswiderspruch führen. Das mitgliedschaftliche Machtzentrum der Erbengemeinschaft als Einzelaktionär in § 2038 BGB unterscheidet sich vom mitgliedschaftlichen

³⁰⁶ Siehe oben Kap. 3 D. I.

³⁰⁷ So *Heinrich*, in: *Heidel*, § 33 WpHG Rn. 5.

³⁰⁸ Siehe oben Kap. 2 B.

³⁰⁹ *Gergen*, in: *MünchKomm. BGB*, § 2032 BGB Rn. 31.

Machtzentrum des einzelnen Miterben, der in seinem Privatvermögen Aktien hält. Im in dieser Hinsicht gleichsetzbaren Fall einer Aktien haltenden Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, die dadurch selbst zum Aktionär wird, ist grundsätzlich nur sie nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG als Einzelmitglied mitteilungs pflichtig.³¹⁰ Ihre Stimmrechte werden nur dann (zusätzlich) ihren eigenen BGB-Gesellschaftern zugerechnet, wenn ein spezieller Zurechnungstatbestand des § 34 WpHG erfüllt ist. Insbesondere müsste die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts entweder ein Tochterunternehmen³¹¹ eines einzelnen, dominanten Außen-GbR-Gesellschafters darstellen, damit über §§ 34 Abs. 1 S. 2, 35 Abs. 1 WpHG eine Zurechnung stattfindet, oder die Aktien müssten nach § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG für die Rechnung eines Außen-GbR-Gesellschafters gehalten werden. Die notwendige Beherrschung für das Vorliegen eines Tochterunternehmens erfordert eine Beteiligung von über 50 %.³¹² Überträgt man den dahinterstehenden Gedanken der Rechtsmacht auf die Erbengemeinschaft, so hieße das, dass die §§ 33 f. WpHG nur dann eine Zurechnung der Stimmrechte auf einen hinter der Erbengemeinschaft stehenden Miterben erlauben, wenn diesem einzelnen Miterben eine Erbquote von über 50 % zugewiesen ist, da er nur dann (über §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB) einen beherrschenden Einfluss auf die im Sondervermögen befindlichen Aktien hat. Existieren dagegen zwei Miterben mit einer Erbquote von jeweils 50 % oder drei Miterben mit einer Erbquote von jeweils 33 %, so existiert kein solch beherrschender

³¹⁰ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 33 WpHG Rn. 4.

³¹¹ Der Begriff des Tochterunternehmens im Sinne des § 35 Abs. 1 WpHG setzt anders als der Unternehmensbegriff des § 20 Abs. 1 S. 1 AktG keine Konzerngefahr voraus. Der Begriff des Unternehmens im Sinne des § 35 Abs. 1 WpHG dient damit letztlich nur der Abgrenzung zur natürlichen Person, siehe zur Parallelnorm des § 30 WpÜG *U. H. Schneider/Favocchia*, in: Assmann/Pötzsch/U. H. Schneider, § 30 WpÜG Rn. 35.

³¹² Der Begriff des Tochterunternehmens in § 35 Abs. 1 Nr. 1 WpHG verweist auf den des § 290 HGB, der wiederum seinerseits in Abs. 2 Nr. 1 eine Stimmmehrheit voraussetzt. Der Begriff des beherrschenden Einflusses in § 35 Abs. 1 Nr. 2 WpHG wird analog zu dem des Konzernrechts in § 17 AktG definiert, siehe *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpHG Rn. 4; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 35 WpHG Rn. 5; *Petow*, in: Heidel, § 35 WpHG Rn. 2; auch BT-Drucks. 14/7034, S. 35. Letztlich gelangt man so auf beiden Wegen zur Grenze der Stimmmehrheit; vgl. auch *Kindler*, in: FS Hopt II, 2010, S. 2081, 2093, demzufolge § 35 Abs. 1 Nr. 2 WpHG (= § 22 Abs. 3 Var. 2 WpHG a. F.) neben dem Verweis auf § 290 HGB in § 35 Abs. 1 Nr. 1 WpHG (= § 22 Abs. 3 Var. 1 WpHG) gar keinen eigenen Anwendungsbereich habe.

Einfluss und eine pauschale Addition würde hier einen Wertungswiderspruch darstellen.

Das einzige dem Zweck des Wertpapierhandelsgesetzes und der Dogmatik der Gesamthandsgemeinschaft entsprechende Vorgehen liegt demnach darin, keine pauschale Stimmrechtsaddition vorzunehmen. Auch wenn die personale Zuordnung zu Doppelmitgliedschaften bei einzelnen Miterben führen kann, so muss der Vorrang der Vermögenszuordnung zum Zwecke der Erfüllung des gesetzlichen Schutzzwecks gewahrt bleiben. Nur wenn in der Erbengemeinschaft ein einzelner Mehrheitserbe existiert, werden diesem in analoger Anwendung der §§ 34 Abs. 1 S. 2, 35 Abs. 1 WpHG die Stimmrechte aus den gesamthänderisch gehaltenen Aktien zugerechnet.

3. Keine Vererbung einer noch nicht erfüllten Mitteilungspflicht des Erblassers an die Erbengemeinschaft

Die dritte Variante bestünde darin, dass den Erblasser aus seinen Aktien eine Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG trifft, er diese jedoch nicht vor dem Erbfall und dem Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge erfüllt. Diese Pflicht könnte dann nach § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erbengemeinschaft übergegangen sein. Es geht hier also nicht darum, ob der dingliche Inhaberwechsel an den Aktien im Wege der Vererbung einen Neuerwerb der Stimmrechtsposition im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG darstellt, sondern darum, ob die noch unerfüllte Mitteilungspflicht des Erblassers selbst auf die Erbengemeinschaft übergeht. Vereinzelt wird dies bejaht. Während einerseits bezüglich des ähnlich gelagerten Falls der umwandlungsrechtlichen Verschmelzung durch Aufnahme gemäß der §§ 2 Nr. 1, 4–35 UmwG davon ausgegangen wird, dass die Gesamtrechtsnachfolge sich schlicht ohne weitere Besonderheiten auch auf diese Pflicht erstreckt,³¹³ wird andererseits zwischen dem Übergang der Pflicht und der Fortwirkung der Rechtswirkung des § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG (beziehungsweise § 28 WpHG a. F.) unterschieden. Während die Gesamtrechtsnachfolge auch die Pflicht umfasse und die Erbengemeinschaft die Mitteilung des Erblassers nachzuholen hätte, sei die Sanktionsvorschrift, die an sich den Erblasser adressiert hätte, nicht anwendbar.³¹⁴ Die wohl herrschende Meinung betrachtet die Stimmrechtsmitteilungspflicht demgegenüber als

³¹³ Heppe, WM 2002, 60, 64.

³¹⁴ Hagen, Der Rechtsverlust im Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2012, S. 197 ff.

personenbezogen und als nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragbar.³¹⁵ Stirbt der Pflichtige, so entfällt auch die Pflicht.³¹⁶ Richtigerweise ergibt es keinen Sinn, der Erbengemeinschaft die Verantwortung für eine Stimmrechtsmitteilungspflicht des Erblassers zuzuweisen, wenn die Existenzberechtigung der Pflicht darin liegt, die realen Machtverhältnisse im Verhältnis zur Aktiengesellschaft offenzulegen. Ob bei dem Erblasser ein solches Machtverhältnis bis zu dessen Tod bestand, fällt im Hinblick auf die ihm nachfolgende Erbengemeinschaft nicht mehr unter den Schutzzweck der Vorschriften.

4. Zeitlich nachfolgender Erwerb weiterer Aktien

Die vierte Möglichkeit besteht in der Erlangung einer entsprechenden Stimmrechtsanteilsgröße durch einen zeitlich auf den Erbfall nachfolgenden Erwerb zusätzlicher Aktien durch die Erbengemeinschaft. Es steht der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung nach § 2038 BGB frei, weitere Aktien zu erwerben. Dadurch erworbene Aktien fallen in den Nachlass und können ggf. zu einer für § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG relevanten Berührung der Stimmrechtsschwellen in Bezug auf die Einzelmitgliedschaft der Erbengemeinschaft führen.

II. Testamentsvollstrecker

Den zweiten möglichen Adressaten einer Stimmrechtsmitteilungspflicht stellt der Testamentsvollstrecker dar. Er selbst ist kein Aktionär. Diese Position verbleibt bei der Erbengemeinschaft. Der Testamentsvollstrecker stellt im Verhältnis zu ihr und der Aktiengesellschaft einen Dritten dar. Eine eigene Stimmrechtsmitteilungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG basierend auf einer dinglichen Eigentümerschaft bezüglich der Aktien

³¹⁵ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 33 WpHG Rn. 4; *Michel*, in: Just/Voß et al., § 21 WpHG a. F. Rn. 29; *Nartowska*, Rechtsverlust nach § 28 WpHG, 2013, S. 245; *Widder*, NZG 2004, 275, 276 f.; *ders.*, BB 2005, 1979 ff.; *M. Zimmermann*, in: Fuchs, § 21 WpHG a. F. Rn. 16; so auch allgemein zur Gesamtrechtsnachfolge *Widder*, NZG 2010, 455; für ein prinzipielles Übergehen bei Unternehmensumwandlungen aber mit unmittelbarer Erledigung der Pflicht *Grunewald*, in: Lutter, § 20 UmwG Rn. 13.

³¹⁶ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 33 WpHG Rn. 4.

scheidet daher aus. Im Weiteren ist zwischen der Frage nach originären und der Frage nach derivativen Mitteilungspflichten zu unterscheiden.³¹⁷

1. Originäre Mitteilungspflicht

Für eine originäre Stimmrechtsmitteilungspflicht des Testamentsvollstreckers ist auf die Zurechnungsnorm des § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG³¹⁸ abzustellen.

a) Voraussetzungen

Tatbestandlich müssten dem Testamentsvollstrecker die Aktien anvertraut und ihm ein hinreichender, eigener Ermessensspielraum eingeräumt sein. Der Meldepflichtige muss verpflichtet sein, die Vermögensinteressen des Aktionärs wahrzunehmen.³¹⁹ Eine eigene Verwahrung ist nicht erforderlich.³²⁰

aa) Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG

Die herrschende Meinung bejaht das Vorliegen dieser Voraussetzungen für den Fall des Testamentsvollstreckers.³²¹ Die gesetzliche

³¹⁷ So auch *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 364 f.

³¹⁸ Bis zum Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetz (2. FiMaNoG) des Jahres 2017 fand sich die dem § 34 WpHG entsprechende Regelung in § 22 WpHG a. F.

³¹⁹ *V. Bülow*, in: *KölnerKomm. WpHG*, § 22 WpHG a. F. Rn. 160; *Burgard*, BB 1995, 2069, 2076.

³²⁰ *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, § 34 WpHG Rn. 17; *U. H. Schneider*, in: *Assmann/U. H. Schneider/Mülbert*, § 34 WpHG Rn. 96.

³²¹ *W. Bayer*, in: *MünchKomm. AktG*, § 34 WpHG Rn. 26; *Blusz*, ZEV 2014, 339, 340; *Burgard*, BB 1995, 2069, 2076; *Dieckmann*, in: *BeckOK WpHR*, § 34 WpHG (Stand: 15.11.2022) Rn. 91; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, § 34 WpHG Rn. 17; *v. Hein*, in: *Schwark/Zimmer*, § 34 WpHG Rn. 19; *Heinrich*, in: *Heidel*, § 34 WpHG Rn. 24; *Michel*, in: *Just/Voß et al.*, § 22 WpHG a. F. Rn. 79; *C. Mutter*, AG 2006, 637, 644; *Rulf*, *Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG*, 2010, S. 159 f.; *Schnabel/Korff*, ZBB 2007, 179, 181; *U. H. Schneider*, in: *Assmann/U. H. Schneider/Mülbert*, § 34 WpHG Rn. 99; *Veil*, in: *K. Schmidt/Lutter*, § 34 WpHG Rn. 22; *A. Wiedemann*, in: *v. Rosen*, *Die börsennotierte Familienaktiengesellschaft*, 2006, S. 31, 47; *A. Wiedemann/Frohnmayer*, in: *FS Hennerkes*, 2009, S. 283, 295; i. E. auch BGH, Beschluss vom 24.02.2015 – II ZB 17/14, NJW 2015, 1303, 1305 Rn. 20; wohl auch BaFin,

Vermögensverwaltung als solche sei von der Vorschrift umfasst. Ein nach den Institutionen des allgemein bürgerlichen Rechts eingeräumter Ermessensrahmen passe zu der Art von Ermessen, die § 34 Abs. 1 Nr. 6 WpHG voraussetze.³²² Mithin sei die Norm im Lichte des Art. 10 lit. f) Transparenz-RL richtlinienkonform auszulegen. Der Wortlaut desselben setze kein Verwahrungsverhältnis unter Mitwirkung des Wertpapierinhabers voraus. Eine Ausnahme für gesetzliche Schuldverhältnisse sehe die Richtlinie ebenfalls nicht vor. Schließlich sei die Zurechnung auch zweckgerecht, da so die größtmögliche Transparenz zum Schutz der Anleger erreicht werde.³²³

bb) Nichtvorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG

Eine Minderauffassung verneint hingegen das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen.³²⁴ Die Fälle der gesetzlichen Vermögensverwaltung erfüllten nicht das Tatbestandsmerkmal des Anvertrautseins in § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG. Denn unter Berücksichtigung des § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 2 WpHG sei die Norm insgesamt auf Fälle ausgelegt, in denen der Inhaber seine Rechtsposition selbst gestaltet habe. Der Aktionär müsse, damit § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 2 WpHG einschlägig sei, in der Lage sein, seine Stimmrechte auch wieder an sich zu ziehen.³²⁵ Dafür spreche der Schlusspassus der Norm, nach dem für eine Zurechnung keine Weisungsabhängigkeit vorliegen dürfe. Hinzu käme der Umstand, dass ansonsten jedes kapitalgesellschaftsrechtliche Geschäftsführungsorgan als organschaftlicher Vertreter seiner Körperschaft ebenfalls folgerichtigerweise als

Emittentenleitfaden, Modul B, 5. Auflage, 2018, S. 24; vgl. auch VGH Kassel, Beschluss vom 25.01.2010 – 6 A 2932/09, NZG 2010, 1307, 1308.

³²² VGH Kassel, Beschluss vom 25.01.2010 – 6 A 2932/09, NZG 2010, 1307, 1308 (zum Fall des gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen Kindes als Variante der gesetzlichen Vermögensverwaltung).

³²³ Rulf, Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG, 2010, S. 159 f.

³²⁴ V. Bülow, in: KölnerKomm. WpHG, § 22 WpHG a. F. Rn. 174; Leuring, NZG 2010, 1285, 1286 f.; M. Zimmermann, in: Fuchs, § 22 WpHG a. F. Rn. 73; so auch zu § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 WpÜG: Diekmann, in: Baums/Thoma, § 30 WpÜG Rn. 61; Süßmann, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 30 WpÜG Rn. 26.

³²⁵ V. Bülow, in: KölnerKomm. WpHG, § 22 WpHG a. F. Rn. 174.

Anvertrauter im Sinne der Norm behandelt werden müsste, was nicht dem Sinn und Zweck entspräche.³²⁶

cc) *Stellungnahme*

Der Begriff des Anvertrautseins ließe sich von seinem Wortlaut her auf zwei Weisen interpretieren: Entweder man fasst ihn zustandsbezogen auf und legt damit den Fokus auf die Sorge für den anderen im Sinne einer Durchdringung der Rechtsmacht durch fremdes Interesse, oder man interpretiert ihn handlungsbezogen und legt den Schwerpunkt damit auf die Art und Weise, wie der Mitteilungspflichtige an die Stimmrechte gelangt. Im weiteren Sinne müsste man fragen, ob das Element des Vertrauens als semantischer Teil des Anvertrauens ganz allgemein eine Form von privatautonomer Gestaltung erfordert, oder ob es auch ohne Zutun des Beteiligten entstehen kann. Das deutsche Privatrecht kennt durchaus Situationen, in denen Vertrauen entsteht, ohne dass der Betreffende dieses aktiv gestalten wollte. Beispiele hierfür finden sich etwa bei der modifizierten Erklärungstheorie im Rahmen des subjektiven Tatbestands der Willenserklärung³²⁷, dem Schadensersatzanspruch wegen Anfechtung einer Willenserklärung nach § 122 BGB³²⁸ oder bei der *culpa in contrahendo* nach § 311 Abs. 2 BGB³²⁹. Allerdings ist diesen Vertrauenstatbeständen gemein, dass der Vertrauenssetzer stets irgendeine Form von eigenverantwortlicher Handlung vorgenommen hat. Das Unterlassen als Vertrauenstatbestand ist nur unter äußerst engen Voraussetzungen im Rahmen etablierter, von besonderen Schutzwertungen durchdrungener Fallgruppen zulässig. Die Miterben haben indes keinen vertrauensgestaltenden Akt gegenüber dem Testamentsvollstrecker vorgenommen. Auf sie kommt es nun aber auch gar nicht zwingend an. Denn der Wortlaut setzt nur ein Anvertrautsein als solches voraus. Er spezifiziert nicht, ob hierfür nicht auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser hinreichend sein könnte. Dieser hat dem Testamentsvollstrecker untechnisch in der Tat die Aktien anvertraut. Beide Auslegungen sind somit vom Wortlaut der Norm gedeckt.

³²⁶ Leuering, NZG 2010, 1285, 1286 f.

³²⁷ Dazu Armbrüster, in: MünchKomm. BGB, Vor §§ 116 ff. BGB Rn. 27 m. w. N.

³²⁸ Dazu Armbrüster, in: MünchKomm. BGB, § 122 BGB Rn. 1 m. w. N.

³²⁹ Dazu Emmerich, in: MünchKomm. BGB, § 311 BGB Rn. 37 ff. m. w. N.

Der objektive Sinn und Zweck des § 34 WpHG ist darauf gerichtet, dass eine bestimmte Einflussnahme auf die Rechtsausübung aus den Aktien erfasst und transparent gemacht wird.³³⁰ Dabei sollen gerade „Vermeidungsstrategien des Meldepflichtigen“³³¹ erfasst werden. Der Testamentsvollstrecker ist zwar an die Weisungen des Erblassers gebunden. Dieses Rechtsverhältnis ist jedoch streng von dem zwischen dem Testamentsvollstrecker und der Erbengemeinschaft zu trennen. Gemäß § 2205 BGB ist der Testamentsvollstrecker nicht an die Vorstellungen, Wünsche oder gar Weisungsversuche der Erben gebunden. Es handelt sich also gar nicht um eine vom derzeitigen Aktionär vorgenommene Vermeidungsstrategie. Stattdessen ist der Erbengemeinschaft ihre Verwaltungsbefugnis fremdbestimmt entzogen. Das spräche gegen eine Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen. Die Verhinderung von Umgehungsstrukturen ist jedoch nicht der Hauptzweck der Vorschrift, sondern eine seiner Unterausprägungen. Im Kern geht es vielmehr darum, dass der Markt über die wirklichen Machtverhältnisse informiert wird.³³² Eine stärkere, externe Macht über die Aktien als die gesetzliche (beziehungsweise die privatautonom angeordnete aber vom Gesetz im Einzelnen geregelte) Vermögensverwaltung ist gar nicht denkbar. Gerade der Umstand, dass der Erbengemeinschaft ihre Rechtsausübungsmacht entzogen ist, ist für den Markt von Interesse. Der Testamentsvollstrecker unterfällt somit dem Tatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 WpHG.

b) Rechtsfolge

Dem Testamentsvollstrecker werden nur die Stimmrechte aus den gesamthänderisch gehaltenen Aktien zugerechnet. Dies gilt auch dann, wenn der Testamentsvollstrecker einer der Miterben selbst ist. Hält er hingegen als Miterbe zusätzlich Aktien an dem in Rede stehenden Emittenten in seinem Privatvermögen, so sind deren Stimmrechte mit den Stimmrechten aus den im Gesamthandsvermögen befindlichen Aktien zu addieren, da sich hier

³³⁰ *W. Bayer*, in: MünchKomm. AktG, § 34 WpHG Rn. 1; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 34 WpHG Rn. 1; v. *Hein*, in: Schwark/Zimmer, § 34 WpHG Rn. 2; *Heinrich*, in: Heidel, § 34 WpHG Rn. 1.

³³¹ *V. Hein*, in: Schwark/Zimmer, § 34 WpHG Rn. 2.

³³² *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 34 WpHG Rn. 1 m. w. N.

nun tatsächlich beide Aktienpakete in einem einzelnen mitgliedschaftlichen Machtzentrum befinden.

2. Derivative Mitteilungspflicht

Die Frage nach einer derivativen Mitteilungspflicht bezeichnet demgegenüber die Hypothese, dass die ursprünglich bei den Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit entstehende Stimmrechtsmitteilungspflicht auf den Testamentsvollstrecker übergegangen sein könnte und die Erbengemeinschaft somit von der Pflicht frei würde. Dies wird so bislang nur vereinzelt vertreten.³³³ Dahinter dürfte die teleologische Überlegung stecken, dass zwar das Eigentum an den Aktien bei der Erbengemeinschaft verbleibt, die Rechtsmacht jedoch vollumfänglich entzogen und auf den Testamentsvollstrecker übergegangen ist. Grundsätzlich absorbiert die Mitteilungspflicht kraft Zurechnung gemäß § 34 Abs. 1 WpHG des einen nicht die Mitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG des anderen (*Grundsatz der doppelten Meldepflicht*).³³⁴ Dazu würde vorliegend eine Ausnahme gemacht. Eine andere Linie geht davon aus, dass die Stimmrechtsmitteilungspflicht bei den Erben verbleibe, den Testamentsvollstrecker allerdings eine Unterstützungspflicht ihnen gegenüber treffe.³³⁵ Die dritte Auffassung geht davon aus, dass den Testamentsvollstrecker überhaupt keine derivative Rechtsfolge treffe.³³⁶ Die Pflichtsphären der Erbengemeinschaft und des Testamentsvollstreckers blieben demnach vollständig getrennt.

³³³ Siehe C. Mutter, AG 2006, 637, 644.

³³⁴ BGH, Urteil vom 19.07.2011 – II ZR 246/09, BGHZ 190, 291, 296 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2013 – 6 U 148/12, BeckRS 2013, 21114; v. Bülow, in: KölnerKomm. WpHG, § 22 WpHG a. F. Rn. 48; Habersack, in: Emmerich/Habersack, § 34 WpHG Rn. 6; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, § 34 WpHG Rn. 47; Nietsch, WM 2012, 2217, 2218; S. Petersen, in: Spindler/Stilz, § 22 AktG Rn. 73 (zu §§ 34, 35 WpHG); U. H. Schneider, in: FS Brandner, 1996, S. 565, 574 f.; ders., AG 1997, 81, 83; ders., in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 34 WpHG Rn. 18; krit. Allerdings W. Bayer, in: MünchKomm. AktG, § 34 WpHG Rn. 4.

³³⁵ Dieckmann, in: BeckOK WpHR, § 33 WpHG (Stand: 15.11.2022) Rn. 53; Hirte, in: KölnerKomm. WpHG, § 21 WpHG a. F. Rn. 136; Ponath/Raddatz, ZEV 2013, 361, 364 f.; U. H. Schneider, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 33 WpHG Rn. 15.

³³⁶ M. Zimmermann, in: Fuchs, § 21 WpHG a. F. Rn. 15; Opitz, in: F. A. Schäfer/Hammann, § 21 WpHG a. F. Rn. 11a; C. A. Paul, in: Drinhausen/Eckstein, Beck'sches Handbuch der AG, 2018, § 21 Rn. 14.

Die Frage hängt letztlich von der Unterscheidung bei der gesamthänderischen Zuordnung ab. Legt man den Fokus auf die personenbezogene oder die objektbezogene Perspektive? Wenn man sich am Objekt der gesamthänderisch gehaltenen Aktien orientiert, dann spräche einiges dafür, die Pflicht vollumfänglich von den Miterben auf den Testamentsvollstrecker übergehen zu lassen. Denn die Rechtsmacht, die mit der gesamthänderischen Vermögensebene zusammenhängt, ist durch die Anordnung des Erblassers der Erbengemeinschaft entzogen und dem Testamentsvollstrecker zugewiesen. Aus den Vorschriften lässt sich ein Zweck sogenannter größtmöglicher Transparenz im Sinne von so viel Information wie möglich mithin nicht ableiten.³³⁷ Der objektive Sinn und Zweck der §§ 33 f. WpHG ist vielmehr auf die Offenlegung des wahren Stimmrechtseinflusses in der Aktiengesellschaft gerichtet. Das bedeutet optimale, nicht maximale Information.³³⁸ Denn die angestrebte Stärkung des Vertrauens in die Informationseffizienz setzt voraus, dass nicht viele, sondern die entscheidenden Tatsachen offengelegt werden. Insofern wäre der Testamentsvollstrecker sehr viel relevanter als die Erbengemeinschaft, der die Eigenverwaltungsbefugnis entzogen ist. Den Gedanken der faktischen Rechtsmacht adressiert jedoch bereits die originäre Mitteilungspflicht nach § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG. Diese hätte keinen eigenen sinnvollen Anwendungsbereich, wenn man bei § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG einen (so nicht im Gesetzeswortlaut angelegten) Übergang annähme. Ein solcher Übergang in dem Sinne, dass die Erbengemeinschaft durch die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers automatisch von ihrer Pflicht frei würde, ist demnach abzulehnen. Vorzugswürdig erscheint es stattdessen, den Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis gegenüber der Erbengemeinschaft dazu zu verpflichten, die Mitteilung für sie vorzunehmen.³³⁹

³³⁷ *Veil*, ZHR 175 (2011), 83, 97 Fn. 71.

³³⁸ *H. Fleischer/Schmolke*, NZG 2010, 846, 853; *Nietsch*, WM 2012, 2217, 2221; *Segna*, ZGR 2015, 84, 95; vgl. auch *M. Zimmermann*, in: Fuchs, Vor §§ 21–30 WpHG Rn. 23.

³³⁹ Zur Frage nach den Konkurrenzen bei der Verpflichtung Mehrerer siehe sogleich unten Kap. 5 E. IV.

III. Gemeinschaftlicher Vertreter

Der von der Erbengemeinschaft bestellte gemeinschaftliche Vertreter ist kein Eigentümer der Aktien und damit kein Adressat der Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG. Ist der gemeinschaftliche Vertreter allerdings zur Stimmrechtsausübung nach § 134 Abs. 3 AktG und dabei im Außenverhältnis weisungsunabhängig bevollmächtigt, wovon bei Fehlen entsprechender Angaben durch die Erbengemeinschaft nach §§ 133, 157 BGB auszugehen ist, so erfolgt infolge seines Ermessensspielraums eine Zurechnung nach § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 2 WpHG, sodass ihn daraus die Stimmrechtsmitteilungspflicht trifft.³⁴⁰

IV. Konkurrenzen bei der Verpflichtung Mehrerer

Es gilt der Grundsatz der doppelten Mitteilungspflicht, demzufolge im Fall der Zurechnung von Stimmrechten nach § 34 WpHG sowohl der unmittelbar beteiligte Aktionär als auch derjenige, dem die Stimmrechte zugerechnet werden, unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG meldepflichtig ist.³⁴¹ Damit ist allerdings noch nicht geklärt, welche genauen Auswirkungen dies bei gesamthänderisch gehaltenen Aktien hat. Für die Erbengemeinschaft selbst besteht aufgrund ihrer einzelnen ungeteilten Mitgliedschaft nur eine einzelne unmittelbare Verpflichtung, die allein aufgrund der speziellen Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft auf die Miterben als mehrere Subjekte durchschlägt. Deshalb muss jeder der Miterben sinnvollerweise mit befreiender Wirkung für die gesamte Erbengemeinschaft die Stimmrechtsmitteilung abgeben können. Der gemeinschaftliche Vertreter einerseits und die Miterben andererseits werden von den §§ 33 f. WpHG hingegen tatsächlich unabhängig voneinander adressiert. Die Rechtsmacht ist hier weiterhin abstrakt auf beide Sphären verteilt,³⁴² da der Vertreter einerseits das Recht ausübt und er andererseits weiterhin von

³⁴⁰ Arnold, in: MünchKomm. AktG, § 134 AktG Rn. 63; Habersack, in: Emmerich/Habersack, § 34 WpHG Rn. 18; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, § 34 WpHG Rn. 22; T. Liebscher, in: Henssler/Strohn, § 134 AktG Rn. 11; Veil, in: K. Schmidt/Lutter, § 34 WpHG Rn. 23 f.; vgl. Schnabel/Korff, ZBB 2007, 179, 181 f.

³⁴¹ Siehe oben Kap. 5 Fn. 334.

³⁴² Die Erfassung genau dieser Allokation des Stimmrechtseinflusses bildet den Sinn und Zweck der Zurechnungsregeln des § 34 WpHG, siehe Nietsch, WM 2012, 2217, 2218.

der Erbengemeinschaft weisungsabhängig ist. Hier führt die Erfüllung der Mitteilungspflicht auf der einen Seite nicht auch zu einem Erlöschen auf der anderen. Der Testamentsvollstrecker wiederum muss in der Lage sein, die bei den Erben verbleibende Mitteilungspflicht seinerseits im Wege der Verwaltungsbefugnis nach § 2205 BGB mit befreiender Wirkung für die Erben zu erfüllen.³⁴³ Denn hier ist die Rechtsmacht bezüglich der Aktien dem Kollektiv der Erbengemeinschaft vollständig entzogen. Da eine pauschale Stimmrechtsaddition im Verhältnis zwischen gesamthänderisch und privat gehaltenen Erbenaktien grundsätzlich ausgeschlossen³⁴⁴ ist, besteht im Übrigen auch nicht die Gefahr, dass die mitgeteilten Stimmrechtsschwellen hier durcheinandergeraten.

V. Zusammenfassung

Die Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG dockt im ersten Schritt an die Vermögenszuordnung des im Nachlass befindlichen Aktienpakets an, weil sich hier die reale Rechtsmacht befindet, auf deren Offenlegung das Wertpapierhandelsrecht ausgerichtet ist. Gerade der Umstand, dass die Schutzwertungen des Wertpapierhandelsgesetzes in Verbindung mit der Dogmatik der gesamthänderischen Zuordnung die Möglichkeit einer pauschalen Stimmrechtsaddition zwischen der Privatebene des einzelnen Miterben und der Kollektivebene des Gesamthandsvermögens ausschließen, unterstreicht diesen Punkt. Die personenorientierte Betrachtung tritt dann jedoch auf zwei Weisen neben die vermögensorientierte: Erstens insofern, als letztlich jeder einzelne Miterbe als taugliches Einzelsubjekt personal verpflichtet wird. Zweitens in dem Fall, dass einem Miterben, der Stimmrechte aus Aktien am Emittenten in seinem Privatvermögen hält, eine Erbquote von über 50 % zugeordnet ist. Hier werden die gesamthänderisch gehaltenen Stimmrechte am Emittenten mit den im Privatvermögen befindlichen Stimmrechten addiert, um optimale Transparenz herzustellen.

³⁴³ So auch *Opitz*, in: F. A. Schäfer/Hamann, § 21 WpHG a. F. Rn. 11a.

³⁴⁴ Siehe dazu ausf. oben Kap. 5 E. I. 2.

VI. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Gestünde man der Erbengemeinschaft Rechtsfähigkeit zu, so entstände die Stimmrechtsmitteilungspflicht auch hier im ersten Schritt auf der Ebene der Gemeinschaft. Da sie dann allerdings selbst in personaler Hinsicht zum Endzuordnungsobjekt würde, fände kein Durchschlag auf die einzelnen Miterben mehr statt. Die Erbengemeinschaft selbst wäre als ein einzelnes Subjekt zur Stimmrechtsmitteilung verpflichtet. Die Erben würden diese Pflicht für sie als ihre Organe erfüllen. Auch hier würde die Erfüllung durch einen der Miterben mit Wirkung für die gesamte Erbengemeinschaft gelten.

Wenn die gemeinschaftlichen Stimmrechte nicht nur objektbezogen auf einer separaten Vermögensebene, sondern auch personenbezogen einem eigenen, rechtsfähigen, von den Miterben abgetrennten Subjekt zugeordnet würden, dann erschiene eine Addition der Gemeinschaftsstimmrechte mit den Stimmrechten der Miterben als Privatpersonen erst recht unzulässig. Die Erbengemeinschaft wäre insofern noch im höheren Maße mit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gleichsetzbar. Die Zurechnung zu einem der beteiligten Miterben wäre nur unter den Voraussetzungen des § 34 WpHG möglich.

F. Der Rechtsausschluss nach § 59 WpÜG

Den abschließenden Aspekt der Publizitätsfrage bildet die in § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG kodifizierte Veröffentlichungs- und Angebotspflicht. Diese betrifft das Entstehen einer Kontrollposition durch den Erwerb eines Aktienpakets an einer börsennotierten Aktiengesellschaft. Wie auch § 44 WpHG ordnet § 59 WpÜG an, dass die Aktionärsrechte während der Nichterfüllung der Publizitätspflicht ausgeschlossen sind. Trotz gewichtiger Bedenken³⁴⁵ wird die Verfassungsmäßigkeit³⁴⁶ der

³⁴⁵ Siehe etwa *Altmeyen*, ZIP 2001, 1073, 1081 ff.; *Kallmeyer*, ZHR 161 (1997), 435, 436 ff.; *Letzel*, BKR 2002, 293, 295; *Thoma*, ZIP 1996, 1725, 1731 ff.

³⁴⁶ *Ekkenga/Schirrmacher*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 35 WpÜG Rn. 10 ff.; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 17 f.; *Heinbach*, Kontrollerlangung und Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 2005, S. 50 ff.; *Krause*, Das obligatorische Übernahmeangebot, 1996, S. 162 ff.; *Meyer*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 35 WpÜG

Pflichtangebotsregelungen nachfolgend unterstellt. Der Zweck des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes liegt – anders als beim Wertpapierhandelsgesetz – nicht vorrangig in der Herstellung einer größtmöglichen Beteiligungstransparenz, sondern im Schutz der Minderheitsaktionäre bei einem innergesellschaftlichen Kontrollwechsel.³⁴⁷ Diese sollen die Möglichkeit haben, die Gesellschaft bei der durch den Kontrollwechsel auftauchenden Chance einer Neuausrichtung der Geschäftspolitik zu verlassen und ihre Aktien zu einem angemessenen Preis zu veräußern.³⁴⁸ Wie auch bei der Analyse des Wertpapierhandelsgesetzes wird nachfolgend zwischen der Erbengemeinschaft, dem Testamentsvollstrecker und dem gemeinschaftlichen Vertreter unterschieden.

I. Erbengemeinschaft

Das Szenario der Kontrollerlangung ist bei der Erbengemeinschaft in den gleichen vier Formen wie bei der Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG denkbar.

1. Wechsel einer Kontrollposition vom Erblasser zur Erbengemeinschaft

Die erste Möglichkeit liegt darin, dass sich im Vermögen des Erblassers bereits ein entsprechendes Aktienpaket befand, das mit dem Erbfall auf die Erbengemeinschaft übergeht. In diesem Fall bestand bereits eine Kontrollposition beim Erblasser, die mit dem Erbfall nur den Inhaber wechselt (*Kontrollwechsel*).

Rn. 10 ff.; *Noack/Zetzsche*, in: *Schwark/Zimmer*, § 35 WpÜG Rn. 2 ff.; *Schlitt*, in: *MünchKomm. AktG*, § 35 WpÜG Rn. 32; *Stumpf*, NJW 2003, 9, 15.

³⁴⁷ *BT-Drucks. 14/7034*, S. 30; *Meyer*, in: *Angerer/Geibel/Süßmann*, § 35 WpÜG Rn. 1 ff.; *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 365; *Rulf*, Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG, 2010, S. 79; *Schlitt*, in: *MünchKomm. AktG*, § 35 WpÜG Rn. 5 f.; *Sohbi*, in: *Heidel*, § 35 WpÜG Rn. 1.

³⁴⁸ *BT-Drucks. 14/7034*, S. 30; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 6; *Rulf*, Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG, 2010, S. 79 ff.; *Schütz*, Pflichtangebote an Aktionäre, 2005, S. 98.

a) Erlangung einer Kontrollposition nach § 29 Abs. 2 WpÜG

Für das Bestehen einer Kontrollposition müssen gemäß § 29 Abs. 2 WpÜG³⁴⁹ mindestens 30 % der Stimmrechte aus Aktien an der Zielgesellschaft gehalten werden. Dabei gilt der sogenannte *formale Kontrollbegriff*.³⁵⁰ Entscheidend sind die Stimmrechte im Sinne des § 134 AktG.³⁵¹ Von zentraler Bedeutung ist hierfür das dingliche Eigentum an den jeweiligen Aktien.³⁵² Bloße schuldrechtliche Ansprüche werden nicht erfasst.³⁵³ Bei Namensaktien kommt es – wie auch bei der wertpapierhandelsrechtlichen Stimmrechtsmitteilungspflicht³⁵⁴ – nicht darauf an, ob bereits eine Eintragung im Aktienregister nach § 67 Abs. 2 AktG erfolgt ist, oder

³⁴⁹ Zur Rechtsnatur der Vorschrift *Heinbach*, Kontrollerlangung und Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 2005, S. 60 f.

³⁵⁰ *Ekkenga/Schirrmacher*, in: Beurskens/Ehrlicke/Ekkenga, § 35 WpÜG Rn. 16; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 24 ff.; *Mülbert*, in: FS Raiser, 2005, S. 273, 278 f.; *Rothenfußer*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 18; *Schütz*, Pflichtangebote an Aktionäre, 2005, S. 109; *Sohbi*, in: Heidel, § 29 WpÜG Rn. 2.

³⁵¹ *Schütz*, Pflichtangebote an Aktionäre, 2005, S. 105.

³⁵² *V. Bülow/Schwarz*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 29 WpÜG Rn. 91; *Diekmann*, in: Baums/Thoma, § 29 WpÜG Rn. 43; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 28 f.; *Noack/Zetzsche*, in: Schwark/Zimmer, § 36 WpÜG Rn. 27; *Pittroff*, Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG, 2004, S. 60; *Rothenfußer*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 46 ff.; *Sohbi*, in: Heidel, § 29 WpÜG Rn. 2; wohl auch OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 14.11.2006 – 5 U 158/05, ZIP 2007, 864, 866; *Wackerbarth*, in: MünchKomm. AktG, § 29 WpÜG f. kritisiert diese Begrifflichkeit insofern, als die dingliche Eigentümerstellung an den Aktien nur ein wichtiges aber nicht abschließendes Indiz darstelle. Diese Aussage kann jedoch sinnvollerweise nur so verstanden werden, dass die Eigentumsorientierung durch die speziellen Zurechnungstatbestände in § 30 WpÜG ergänzt und modifiziert wird. Insofern gilt nach dem geltenden Recht in der Tat ein formaler Kontrollbegriff – im Lichte einer Gesamtbetrachtung der §§ 29, 30 WpÜG; siehe auch *Mülbert*, in: FS Raiser, 2005, S. 273, 280.

³⁵³ *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 29 f.; *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 323 f.; *Letzel*, BKR 2002, 293, 299.

³⁵⁴ Siehe oben Kap. 5 Fn. 244.

nicht.³⁵⁵ Der Kontrollwechsel im Wege des Erbgangs nach § 1922 Abs. 1 BGB stellt als solcher grundsätzlich die Erlangung einer Kontrollposition nach § 29 Abs. 2 WpÜG dar. Dahinter steckt der Gedanke, dass mit einem Kontrollwechsel grundlegende Änderungen der Unternehmenspolitik und der Geschäftsgrundlage des Investments der Anleger verbunden sind beziehungsweise sein können.³⁵⁶ Teilweise wird dies jedoch für den speziellen Fall der Vererbung an eine Erbengemeinschaft nach § 2032 Abs. 1 BGB verneint. Der Erbgang stelle danach nur bei einem Einzelerben einen Erwerb im Sinne der Vorschrift dar. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass in § 36 Nr. 1 WpÜG neben dem Erbgang die Erbaueinandersetzung aufgeführt sei. Die Rechtsfolgen sollten demnach bei einer Erbengemeinschaft erst dann ausgelöst werden, wenn die Aktien im Wege der Erbaueinandersetzung final an die Miterben übertragen werden und somit eine einzelne Mitgliedschaft nur einer Person zugeordnet wird.³⁵⁷ Dem ist mit der herrschenden Meinung nicht zu folgen. Der Erbgang stellt immer einen Erwerb im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG dar. Eine Unterscheidung danach, ob ein Einzelerbe oder eine Erbengemeinschaft vorliegt, findet nicht statt.³⁵⁸ Denn der Wechsel der Kontrollebene vom Privatvermögen des Erblassers hin zum Sondervermögen der Erbengemeinschaft ist mit einer Verlagerung der Rechtsmacht verbunden, die aufgrund der kapitalgesellschaftsrechtlichen Teilungsverbote³⁵⁹ und der Dogmatik der gesamthänderischen Zuordnung³⁶⁰ nicht beim einzelnen Miterben, sondern auf der (nichtrechtsfähigen) Kollektivebene liegt. Innerhalb der Erbengemeinschaft können die Miterben im Wege der Verwaltung nach § 2038 BGB je nach Abstimmung

³⁵⁵ *Beurskens*, in: *Beurskens/Ehricke/Ekkenga*, § 29 WpÜG Rn. 17; v. *Bülow/Schwarz*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 29 WpÜG Rn. 97; *Schütz*, *Pflichtangebote an Aktionäre*, 2005, S. 110.

³⁵⁶ *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 323; *T. Liebscher*, ZIP 2001, 853, 866; *Noack/Zetzsche*, in: *Schwarck/Zimmer*, § 35 WpÜG Rn. 8; *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 365; i. E. auch *Ekkenga/Schirrmacher*, in: *Beurskens/Ehricke/Ekkenga*, § 35 WpÜG Rn. 22.

³⁵⁷ *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 329.

³⁵⁸ *Hasselbach*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 36 WpÜG Rn. 25, 32; *Hippeli/Schmiady*, ZIP 2015, 705, 710; *Noack/Zetzsche*, in: *Schwarck/Zimmer*, § 36 WpÜG Rn. 5 f.; *Werkmüller*, ZEV 2006, 491, 492; implizit auch *Blusz*, ZEV 2014, 339, 342; *Schlitt*, in: *MünchKomm. AktG*, § 35 WpÜG Rn. 74; *Wiesbrock/Zens*, ZEV 2006, 137, 141; vgl. auch *BT-Drucks. 14/7034*, S. 59.

³⁵⁹ Siehe oben Kap. 2 B.

³⁶⁰ Siehe oben Kap. 2 C.

situativ die Kontrolle ausüben. Diese Neustaffelung der Herrschaft über die Aktiengesellschaft ist bereits Grund genug, eine abstrakte Änderung in der Geschäftspolitik der Gesellschaft zu befürchten, weshalb das legitime Interesse der Minderheitsaktionäre auf einen vergüteten Ausstieg aus der Gesellschaft auflebt und somit der Schutzzweck des § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG berührt wird. Es kommt hier zunächst einmal nicht darauf an, bei wem genau die Kontrolle neu entsteht, sondern darauf, dass sie vom Vorinhaber wegströmt. Der Umstand, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der neu kontrollierende Aktionär in den Fällen des § 36 Nr. 1 WpÜG keine wesentlich veränderte Geschäftspolitik verfolgen wird,³⁶¹ wird erst später auf der entsprechenden Ebene des Ausschlusses der Pflichten relevant.

Zusätzlich werden der Erbengemeinschaft – wie auch bei der wertpapierhandelsrechtlichen Stimmrechtsmitteilungspflicht – die Aktien etwaiger Poolmitaktionäre nach § 30 Abs. 2 S. 1 WpÜG zugerechnet.³⁶² Relevant ist dies insbesondere für den Fall, dass der Erblasser sich zum Zeitpunkt des Erbfalls in einem Stimmbindungsvertrag mit anderen Aktionären an der Zielgesellschaft befand. Die allseitige Zurechnung erfolgt auch dann, wenn der Pool aufgrund klarer Mehrheitsverhältnisse nur von einem Poolmitglied dominiert wird.³⁶³

Die Unterscheidung von aktiver und passiver Pflichtentstehung wird anhand des systematischen Verhältnisses von § 35 WpÜG einerseits und § 37 Nr. 1 WpÜG i. V. m. § 9 WpÜG-AngVO andererseits getroffen. Die terminologische Einordnung des Erbfalls erweist sich in der Literatur jedoch als unklar. Denn zwar wird die Abgrenzung von *aktiver* und *passiver*

³⁶¹ H. Braun, Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem WpÜG, 2008, S. 148; siehe auch Holzborn/Blank, NZG 2002, 948, 949.

³⁶² OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 22.05.2007 – 5 U 33/06, AG 2008, 87, 88; Blusz, ZEV 2014, 339, 341; v. Bülow/Schwarz, in: KölnerKomm. WpÜG, § 30 WpÜG Rn. 283; Heinbach, Kontrollerlangung und Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 2005, S. 76 f.; Süßmann, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 30 WpÜG Rn. 34; U. H. Schneider/Favoccia, in: Assmann/Pötzsch/U. H. Schneider, § 30 WpÜG Rn. 192.

³⁶³ H. Braun, NZG 2008, 928, 929 ff.; J. Lenz/Linke, AG 2002, 361, 368; Süßmann, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 30 WpÜG Rn. 39; Wunsch, BB 2011, 2315, 2316 f.; a. A. v. Bülow/Schwarz, in: KölnerKomm. WpÜG, § 30 WpÜG Rn. 284; Diekmann, in: Baums/Thoma, § 30 WpÜG Rn. 87; vgl. auch Reichert/Heusel, in: FS Baums II, 2017, S. 975, 980 ff.

Kontrollerlangung einhellig über die Frage definiert, ob die Position mit oder ohne aktives Zutun des Bieters erlangt wird.³⁶⁴ Teilweise wird dieser Einordnungsbegriff dann aber entsprechend zu § 33 WpHG nur auf die Fälle erstreckt, in denen sich die Gesamtzahl der Stimmrechte nach § 9 S. 1 Nr. 5 WpÜG-AngVO verringert beziehungsweise eine in diesem Sinne gleichsetzbar externe Veränderung vorliegt.³⁶⁵ Der Erbfall fällt nicht darunter und wäre damit ein Fall der aktiven Kontrollerlangung. Die Gegenposition schränkt den Begriff nicht auf diese Weise ein und fasst ihn dadurch weiter als bei der Abgrenzung der aktiven von der passiven Schwellenberührung in § 33 Abs. 1 WpHG. Da sich der Erbfall und die Gesamtrechtsnachfolge außerhalb der Rechtsmacht der Erben vollziehen, handelt es sich dabei nach dieser Ansicht um einen Fall der passiven Kontrollerlangung.³⁶⁶ Die Frage nach der Einordnung dürfte zwar keine praktischen Konsequenzen haben, führt aber zu Verwirrungen und richtigerweise sollte die

³⁶⁴ *H. Braun*, Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem WpÜG, 2008, S. 97; *Ekkenga/Hofschoer*, DStR 2002, 768, 771; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 128; *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 325; *Heinbach*, Kontrollerlangung und Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 2005, S. 81; *R. Koch*, ZIP 2008, 1260; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/U. H. Schneider, § 35 WpÜG Rn. 110; *Noack/Zetzsche*, in: Schwark/Zimmer, § 35 WpÜG Rn. 5; *Rothenfuß*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 99; *Santelmann*, in: Steinmeyer, § 35 WpÜG Rn. 24; *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 85 und § 37 WpÜG Rn. 23; *Schütz*, Pflichtangebote an Aktionäre, 2005, S. 113; vgl. auch *Hippeli/Schmiady*, ZIP 2015, 705, 709; der Begriff des passiven Kontrollerwerbs scheint auf *H. Fleischer/Körber*, BB 2001, 2589 ff. zurückzugehen.

³⁶⁵ *Hommelhoff/Witt*, in: Haarmann/Schuppen, § 35 WpÜG Rn. 40; *Meyer/Lipsky*, NZG 2009, 1092, 1093 Fn. 12; *Süßmann*, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2020, § 14 Rn. 17; wohl auch *Ekkenga/Hofschoer*, DStR 2002, 768, 773 f.; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/U. H. Schneider, § 35 WpÜG Rn. 86 und 110 ff., die den Erbgang nicht bei den Varianten des passiven Kontrollerwerbs, sondern beim unmittelbaren Kontrollerwerb erwähnen; vgl. auch *J. Lenz/Linke*, AG 2002, 420, 422 Fn. 19.

³⁶⁶ So ausdr. *Ekkenga/Schirmacher*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 35 WpÜG Rn. 22; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 134; *R. Koch*, ZIP 2008, 1260, 1264 f.; *Letzel*, BKR 2002, 293, 300 f.; *Meyer*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 37 WpÜG Rn. 36; *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 367; *Santelmann*, in: Steinmeyer, § 35 WpÜG Rn. 24; *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 37 WpÜG Rn. 23.

Terminologie des Wertpapierhandelsgesetzes und die des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes nach Möglichkeit einheitlich verwendet werden.

b) Verpflichteter

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG ist derjenige zur Veröffentlichung verpflichtet, der die Kontrolle erlangt. Zur Abgabe des Angebots nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG ist jedoch der Bieter verpflichtet. Die beiden Rechtsbegriffe des die Kontrolle Erlangenden und des Bieters sind nicht identisch.³⁶⁷ Da als Bieter nach § 2 Abs. 4 WpÜG nur natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften infrage kommen,³⁶⁸ ist der Kreis der nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG Verpflichteten weiter als der der nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG Verpflichteten.³⁶⁹ Bei der nichtrechtsfähigen Erbengemeinschaft führt dieses Auseinanderfallen zur Notwendigkeit einer eingehenden Erklärung. Der Sinn und Zweck der Veröffentlichungspflicht nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG liegt darin, die Machtverhältnisse in der Aktiengesellschaft aufzudecken und ausgehend davon die Angebotsveröffentlichung vorzubereiten.³⁷⁰ Da die Rechtsmacht auf den Stimmrechten des Aktionärs basiert, muss hier die Zuordnung der Mitgliedschaft als entscheidend angesehen werden. Damit ist die Betrachtung, die im Rahmen dieser Vorschrift anzustellen ist, nicht personaler, sondern vermögenszuordnender Natur. Kontrollerlangender im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG ist nicht der einzelne Miterbe,³⁷¹ sondern die Erbengemeinschaft selbst, da das mitgliederschaftliche Machtzentrum, auf das es für die Stimmrechte ankommt, nicht beim einzelnen Miterben, sondern im Wege der Regelung des § 2038 BGB auf der Ebene des Sondervermögens liegt. An der Aktionärerbengemeinschaft zeigt sich insofern, dass es sich gerade nicht so verhält, dass nur Rechtssubjekte die Stimmrechte im Sinne der §§ 39, 29 Abs. 1 WpÜG

³⁶⁷ V. Bülow/Schwarz, in: KölnerKomm. WpÜG, § 29 WpÜG Rn. 36.

³⁶⁸ Unklar Santelmann, in: Steinmeyer, § 2 WpÜG Rn. 2, der zwar die Bietereigenschaft der Erbengemeinschaft selbst zu bejahen scheint, aber nicht spezifiziert, wie eine unmittelbare Pflichtenadressierung ohne Rechtssubjektivität möglich sein kann.

³⁶⁹ Schlitt, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 45.

³⁷⁰ Schlitt, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 6.

³⁷¹ So aber Rothenfußer, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 45.

halten können.³⁷² Erst im zweiten Schritt sind dann die einzelnen Miterben die personalen Endzuordnungspunkte für die einzelne Veröffentlichungspflicht der Erbengemeinschaft.

Bei der Angebotspflicht nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG ist im Gegensatz dazu aufgrund des spezifischen Abstellens auf den Bieterbegriff in der Tat von vornherein die Rechtsfähigkeit entscheidend. Auch hier wird im Ergebnis auf die einzelnen Miterben abgestellt. Letztlich sind diese als Bieter im Sinne des § 2 Abs. 4 WpÜG anzusehen.³⁷³ Sie bilden dabei eine Bietergemeinschaft.³⁷⁴

c) Entstehungszeitpunkt der Pflicht

Die Veröffentlichung der Kontrollerlangung hat gemäß § 35 Abs. 1 S. 1, S. 2 WpÜG unverzüglich ab Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von dem Kontrollerwerb, spätestens aber innerhalb von sieben Kalendertagen ab dem Kontrollerwerb zu erfolgen. Die genaue Auslegung dieser Regelung ist beim Erbfall umstritten. Teilweise wird vertreten, dass die Pflicht unmittelbar mit dem Eintritt des Erbfalls entstehe.³⁷⁵ Angesichts der detaillierten Regelung von Erbfallkonstellationen in § 36 Nr. 1 WpÜG und § 9 S. 1 Nr. 1 WpÜG-AngVO sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber ein Ruhen der Veröffentlichungs- und Angebotspflicht explizit angeordnet hätte, wenn dies seinem Willen entsprochen hätte.³⁷⁶ Die Gegenposition verweist auf die §§ 1942, 1944 BGB und erachtet das Verstreichen der sechswöchigen Erbausschlagungsfrist als maßgeblichen Beginn der

³⁷² So aber *Baums/Hecker*, in: *Baums/Thoma*, § 35 WpÜG Rn. 9; *Hasselbach*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 35 WpÜG Rn. 69.

³⁷³ *Heinrich/Mock*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 2 WpÜG Rn. 129; *Noack/Holzborn*, in: *Schwark/Zimmer*, § 2 WpÜG Rn. 32; *Wackerbarth*, in: *MünchKomm. AktG*, § 2 WpÜG Rn. 32; wohl auch *Hippeli/Schmiady*, ZIP 2015, 705, 710.

³⁷⁴ *Baums/Hecker*, in: *Baums/Thoma*, § 2 WpÜG Rn. 99, 109; zum Begriff der Bietergemeinschaft *Heinrich/Mock*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 2 WpÜG Rn. 139, 144.

³⁷⁵ *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 324, der dafür eine Pflicht der BaFin zur Erteilung einer Befreiung annimmt; *Meyer*, in: *Angerer/Geibel/Süßmann*, § 35 WpÜG Rn. 32; *Pittruff*, *Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG*, 2004, S. 60; *Santelmann*, in: *Steinmeyer*, § 35 WpÜG Rn. 38; wohl auch *Hippeli/Schmiady*, ZIP 2015, 705, 710.

³⁷⁶ *Pittruff*, *Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG*, 2004, S. 60; *Santelmann*, in: *Steinmeyer*, § 35 WpÜG Rn. 38 Fn. 77.

Pflichten.³⁷⁷ Der Sinn der Ausschlagungsfrist liege gerade darin, dass ein hinreichendes Zeitfenster offenbleiben solle, in dem die Entscheidung über die Möglichkeit der Ausschlagung abgewogen werden könne.³⁷⁸ Der Rechtszustand sei bis zum Ablauf der sechswöchigen Ausschlagungsfrist noch zu sehr in der Schwebe, als dass den Erben die erheblichen Verpflichtungen des § 35 WpÜG bereits aufgebürdet werden könnten.³⁷⁹ Infolge der vom Kapitalmarktrecht unabhängigen Ausschlagungsfrist wäre eine diesbezügliche Kapitalmarktinformation ohnehin irreführend.³⁸⁰

Unabhängig von der methodischen Frage, ob die Vorschrift des § 9 S. 1 Nr. 1 WpÜG-AngVO im Rahmen der geltenden Normenhierarchie³⁸¹ als Norm mit bloßem Verordnungscharakter im Sinne des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG hinreichend tauglich ist, die Auslegung des höherrangigen, formalgesetzlichen § 35 WpÜG auf diese konkrete Weise mitzubestimmen, lässt sich aus § 36 Nr. 1 WpÜG nur ableiten, dass der Gesetzgeber im Allgemeinen die Nachfolge in Familienunternehmen von den WpÜG-Pflichten ausnehmen wollte. Da der Gesetzgeber allerdings die weiteren Harmonisierungsfragen in der Schnittstelle zwischen dem Recht der Erbengemeinschaft einerseits und den WpÜG-Pflichten andererseits offensichtlich nicht bedacht hat, kann aus dem Fehlen einer Regelung zur Frage des Entstehungszeitpunkts wohl kein zwingender Schluss gezogen werden.

Entscheidend ist die Frage nach dem objektiven Sinn und Zweck. Die Erbausschlagungsfrist hat zum Ziel, dem beziehungsweise den Erben eine Atempause zu gewähren. Es soll ermöglicht werden, sich eine hinreichende Kenntnis von den Verhältnissen zu verschaffen, die für die Frage der

³⁷⁷ *Ekkenga/Schirmmacher*, in: Beurskens/Ehrlicke/Ekkenga, § 35 WpÜG Rn. 23; *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 324; *Hasselbach*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 35 WpÜG Rn. 90; *Krause/Pöttsch*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § 35 WpÜG Rn. 86; *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 74 m. w. N.; *Wiesbrock/Zens*, ZEV 2006, 137, 138.

³⁷⁸ *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 74.

³⁷⁹ *Wiesbrock/Zens*, ZEV 2006, 137, 138.

³⁸⁰ *Hasselbach*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 35 WpÜG Rn. 90.

³⁸¹ Vgl. *Lepsius*, JuS 2018, 950 ff.; *Sachs*, in: ders., Art. 20 GG Rn. 102; *Uhle*, in: BeckOK GG, Art. 80 GG (Stand: 15.11.2022) Rn. 37; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, § 36 (S. 305 ff.); *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 255 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 2021, S. 3, 30.

Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft maßgeblich sind.³⁸² Während der Erbausschlagungsfrist von sechs Wochen bestünde zwar theoretisch das Risiko der aktiven Verwaltung der Aktien mit einer hinreichenden Kontrollposition, da zwischenzeitlich vor der Erbausschlagung vorgenommene Nachlassverwaltungsmaßnahmen im Rahmen der Regeln der §§ 1959 Abs. 1, 677 ff. BGB wirksam bleiben.³⁸³ Dabei sind jedoch nicht der Wille und das mutmaßliche Interesse des endgültigen Erben entscheidend. Stattdessen kommt es auf das objektive Interesse und den mutmaßlichen Willen eines sorgsam, durchschnittlichen Erben an.³⁸⁴ Auch bei dieser erbrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag kann sich der später ausschlagende Erbe daher auf ein unternehmerisches Ermessen im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG berufen. Denn bei der Pflicht zur interessengerechten Geschäftsbesorgung im Rahmen der §§ 1959 Abs. 1, 677 ff. BGB darf sich der später ausschlagende Erbe als „echter Erbe fühlen und dementsprechend seinem eigenen wohlverstandenen Interesse folgen“³⁸⁵. Hier befindet sich die dogmatische Brücke zum Tatbestandsmerkmal der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB, in dessen Rahmen die Regeln zum Geschäftsleiterermessen Anwendung finden.³⁸⁶ Steht eine relevante Kontrollposition im Raum, so dürfte mithin der Fall einer personalistisch strukturierten Aktiengesellschaft gegeben sein. Der Nachlass hätte in diesem Fall schon kraft Natur der Sache einen unternehmenspolitischen Einschlag. Eine Ausschlagung ist insofern erstens unwahrscheinlich und zweitens ist es bei einem starken unternehmenspolitischen Bezug nur umso nötiger, dass die Miterben sich jeweils Klarheit über die Situation der Aktiengesellschaft verschaffen und entsprechende Informationen einholen können, um über eine Erbausschlagung zu entscheiden. Immerhin empfahl der 68. Deutsche Juristentag von 2010, die

³⁸² *Mugdan*, Materialien zum BGB V, 1899, S. 265 (= Mot. BGB V, S. 498); *Leipold*, in: MünchKomm. BGB, § 1944 BGB Rn. 1; *Najdecki*, in: Burandt/Rojahn, § 1944 BGB Rn. 1.

³⁸³ *Mugdan*, Materialien zum BGB V, 1899, S. 286 f. (= Mot. BGB V, S. 536, 538), 415 (= Prot. BGB V, S. 658); *Leipold*, in: MünchKomm. BGB, § 1959 BGB Rn. 1 ff.; *Mešina*, in: v. Staudinger, § 1959 BGB Rn. 1.

³⁸⁴ OLG Celle, Urteil vom 09.06.1970 – 10 U 196/69, MDR 1970, 1012, 1013; *Ivo*, in: Kroiß/Horn, § 1959 BGB Rn. 5; *Leipold*, in: MünchKomm. BGB, § 1959 BGB Rn. 4.

³⁸⁵ *Heinemann*, in: BeckOGK BGB, § 1959 BGB (Stand: 15.12.2022) Rn. 33.

³⁸⁶ Siehe dazu oben Kap. 3 B. II. 4.

Erbausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 S. 1 BGB noch zu verlängern, da die derzeitige Ausschlagungsfrist den Beteiligten im Allgemeinen wohl nicht die Möglichkeit lasse, die wirtschaftlichen Verhältnisse hinreichend zu überprüfen.³⁸⁷ Darüber hinaus ist die partizipationsorientierte Verwaltung des Aktienpakets örtlich-institutionell auf die Hauptversammlung beschränkt. Die Verwaltung erfolgt damit in aller Regel schwerfällig, sodass das zwischenzeitliche Risiko für die Mitaktionäre, das von § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG adressiert wird, wohl eher gering bleiben dürfte. Der Entstehungszeitpunkt der wertpapierübernahmerechtlichen Pflichten ist somit nicht der des Erbfalls, sondern der Moment des Verstreichens der sechswöchigen Erbausschlagungsfrist nach §§ 1942, 1944 BGB.

d) Pflichtenumfang

Bezüglich des Pflichtenumfangs ist zwischen der Veröffentlichungspflicht nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG und der Angebotspflicht nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG zu unterscheiden.

aa) Veröffentlichungspflicht nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG

Die Art und Weise der Veröffentlichung richtet sich nach §§ 35 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 und S. 2 WpÜG. In der Veröffentlichung selbst müssen die Kontrollerlangung sowie Name und Adresse des Bieters wie der Zielgesellschaft angegeben werden.³⁸⁸ Für die Erbengemeinschaft bedeutet dies, dass – wie bei der Stimmrechtsmitteilung nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG – sowohl die Erbengemeinschaft selbst wie auch sämtliche Miterben und diese mit ihren Anschriften zu bezeichnen sind. Die Veröffentlichung muss im Übrigen die Gesamthöhe des Stimmrechtsanteils enthalten, wobei sowohl der prozentuale Stimmrechtsanteil wie auch die absolute Anzahl der Stimmrechte anzugeben sind.³⁸⁹ Stellt der Kontrollerwerb nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz gleichzeitig das Erreichen einer Stimmrechtsschwelle nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG dar, so erscheint es denkbar, dass beide Pflichten in derselben Mitteilung erfüllt werden könnten, sofern

³⁸⁷ Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages 2010, Bd. II/2, 2011, L 301 siehe auch L 191.

³⁸⁸ Schlitt, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 155.

³⁸⁹ Schlitt, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 156.

über den Stimmrechtsanteil hinaus auch der Hinweis auf die damit verbundene Kontrollerlangung erfolgt.³⁹⁰

bb) Angebotspflicht nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG

Gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG hat der die Kontrolle erlangende Aktionär innerhalb von vier Wochen nach der Veröffentlichung der Kontrollerlangung der BaFin eine Angebotsunterlage zu übermitteln und nach § 14 Abs. 2 S. 1 WpÜG ein Angebot zu veröffentlichen.³⁹¹ Diese Pflicht trifft den Kontrollerwerber unabhängig davon, ob er die Veröffentlichung tatsächlich vorgenommen hat, oder nicht.³⁹² Das Angebot ist als Vollangebot abzugeben und hat sich vorbehaltlich der in § 35 Abs. 2 S. 3 WpÜG genannten Ausnahmen grundsätzlich auf alle Aktien an der Zielgesellschaft zu erstrecken.³⁹³

e) Konsequenzen der Nichterfüllung

aa) Grundsätze

Erfüllt die Erbengemeinschaft ihre Pflicht zur Veröffentlichung der Kontrollerlangung nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG und zur Abgabe eines Pflichtangebotes nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG nicht, so sind die

³⁹⁰ Dafür *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 172; dagegen *Krause/Pöttsch*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § 35 WpÜG Rn. 184; *Tschauner*, in: Angerer/Geibel/Sußmann, § 59 WpÜG Rn. 6.

³⁹¹ In praktischer Hinsicht erlangt dies eine besondere Brisanz, weil die Erfüllung dieser Pflicht mit hohen Kosten verbunden sein kann. Der Erbengemeinschaft wird als Kontrollerwerber die Verpflichtung auferlegt, Aktien, die die Miterben unter Umständen gar nicht kaufen wollen, möglicherweise in großer Stückzahl zu erwerben. Den Preis kann die Erbengemeinschaft dabei nicht frei bestimmen, vielmehr sehen die §§ 39, 31 Abs. 1 und Abs. 7 WpÜG i. V. m. §§ 4 S. 1, 5 Abs. 1 WpÜG AngebVO Kriterien für ein bestimmtes Mindestangebot vor. Die finanzielle Belastung kann gerade auch im Hinblick auf Beratungskosten und Gebühren für die Finanzierungsbestätigung enorm ausfallen, zumal Erben tendenziell unvorbereitet damit konfrontiert werden dürften, siehe *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 365.

³⁹² *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 175.

³⁹³ *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 194 ff.

mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte³⁹⁴ gemäß § 59 S. 1 WpÜG so lange ausgeschlossen, wie die Pflichten nicht erfüllt werden. Bei der Fassung des § 59 WpÜG orientierte sich der Gesetzgeber bewusst an § 44 WpHG, so dass die zu diesem entwickelten Grundsätze auch bei der Auslegung des § 59 WpÜG Anwendung finden.³⁹⁵ Die beiden Vorschriften stehen mithin gleichrangig nebeneinander.³⁹⁶ Von dem Ausschluss ausgenommen sind nur die in § 59 S. 2 WpÜG bezeichneten Ansprüche. Der Anspruchsbegriff ist parallel zu dem des § 194 Abs. 1 BGB auszulegen. Daher umfasst der Rechtsverlust nicht etwa das mitgliedschaftliche Dividendenstammrecht, sondern nur den konkreten Dividendenauszahlungsanspruch.³⁹⁷

bb) Schadensersatzansprüche seitens etwaiger Pool-Mitaktionäre

Im Übrigen werden gemäß § 59 S. 1 WpÜG – wie auch bei § 44 Abs. 1 S. 1 WpHG – zusätzlich alle Aktien mit dem Rechtsverlust infiziert, die Personen gehören, die mit dem Bieter gemeinsam handeln, was insbesondere dann relevant wird, wenn die Aktien des Erblassers Teil eines Aktionärspools waren beziehungsweise sind.³⁹⁸

cc) Ansprüche seitens der Aktiengesellschaft und der Mitaktionäre

Die §§ 35, 59 WpÜG stellen – wie auch die entsprechenden wertpapierhandelsrechtlichen Vorschriften – keine Schutzgesetze im Sinne des § 823

³⁹⁴ Siehe zur Frage nach dem Ausschluss des Rechts zur Geltendmachung von Beschlussmängeln *Bachmann/Brunk*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 59 WpÜG Rn. 77; *Ehricke*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 59 WpÜG Rn. 16; *Illner/Bert*, in: Heidel, § 59 WpÜG Rn. 5; *Santelmann*, in: Steinmeyer, § 59 WpÜG Rn. 21; *Schlitt*, in: Münch-Komm. AktG, § 59 WpÜG Rn. 40; *U. H. Schneider/Rosengarten*, in: Assmann/Pötzsch/U. H. Schneider, § 59 WpÜG Rn. 43; *Tschauner*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 59 WpÜG Rn. 42 ff.; vgl. dazu auch die Parallelfragestellung im Rahmen des § 44 WpHG, siehe oben Kap. 5 Fn. 263.

³⁹⁵ BT-Drucks. 14/7034, S. 68; *Widder*, NZG 2004, 275, 277.

³⁹⁶ *Ehricke*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 59 WpÜG Rn. 5; *Schlitt*, in: Münch-Komm. AktG, § 59 WpÜG Rn. 4.

³⁹⁷ *Ehricke*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 59 WpÜG Rn. 17; *Schlitt*, in: Münch-Komm. AktG, § 59 WpÜG Rn. 28; *Schüppen*, in: Haarmann/Schüppen, § 59 WpÜG Rn. 19.

³⁹⁸ *Ehricke*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 59 WpÜG Rn. 24; *Schlitt*, in: Münch-Komm. AktG, § 59 WpÜG Rn. 24.

Abs. 2 BGB dar,³⁹⁹ sodass kein Risiko entsprechender Schadensersatzansprüche der Aktiengesellschaft oder der Mitaktionäre gegen die Erbengemeinschaft besteht. Aufgrund des Spezialitätsverhältnisses stellt die Nichterfüllung der Pflichten auch keine Verletzung der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Verhältnis zu den Mitaktionären dar.⁴⁰⁰ Maßt sich die Erbengemeinschaft allerdings entgegen des Ausschlusses nach § 59 WpÜG aktiv die Ausübung mitgliedschaftlicher Aktionärsrechte an, so kann dies gegenüber den Mitaktionären in der Tat zu einer Schadensersatzpflicht wegen Verletzung der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht führen.⁴⁰¹

f) Ausschluss der Pflichten gemäß § 36 Nr. 1 WpÜG

Auf schriftlichen Antrag hin lässt die BaFin den Kontrollerwerb durch Erbgang gemäß § 36 Nr. 1 WpÜG unberücksichtigt. Die Pflichten sind in diesem Fall ausgeschlossen. Diese Entscheidung ist nicht in das Ermessen der

³⁹⁹ BGH, Urteil vom 11.06.2013 – II ZR 80/12 („BKN International“), AG 2013, 634, 637; BGH, Urteil vom 29.07.2014 – II ZR 353/12 („Postbank“), NZG 2014, 985, 986; *Bachmann/Brunk*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 59 WpÜG Rn. 107 f.; *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 305 f.; *Hagen*, Der Rechtsverlust im Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2012, S. 284 f.; *Krause/Pöttsch*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § 35 WpÜG Rn. 253 m. w. N.; *Lieske*, Der Rechtsverlust im Kapitalmarktrecht, 2011, S. 62 f.; *Noack/Zetzsche*, in: Schwark/Zimmer, § 4 WpÜG Rn. 28; *Pohlmann*, ZGR 2007, 1, 12; *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 59 WpÜG Rn. 52; *Schnorbus*, WM 2003, 657, 663; *B. Simon*, NZG 2005, 541, 542; *Sohbi*, in: Heidel, § 35 WpÜG Rn. 4; *Tschauner*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 59 WpÜG Rn. 85 f.; a. A. *Derst*, Ansprüche von Aktionären bei unterlassenem Pflichtangebot, 2010, S. 119 ff.; *Ehricke*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 59 WpÜG Rn. 34; *Hasselbach*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 35 WpÜG Rn. 294; *Ihrig*, ZHR 167 (2003), 315, 349.

⁴⁰⁰ *Noack/Zetzsche*, in: Schwark/Zimmer, § 4 WpÜG Rn. 28.

⁴⁰¹ *Bachmann/Brunk*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 59 WpÜG Rn. 109; *Ehricke*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 59 WpÜG Rn. 36; *U. H. Schneider/Rosengarten*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § 59 WpÜG Rn. 44.

BaFin gestellt.⁴⁰² Solange der Antrag nicht beschieden ist, sind die Pflichten nach § 35 WpÜG ab dem Moment der Antragstellung suspendiert.⁴⁰³

aa) Entstehen der Erbengemeinschaft als Erbgang im Sinne der Vorschrift

Der Kontrollwechsel infolge des Erbfalls ist von § 36 Nr. 1 WpÜG umfasst.⁴⁰⁴ Die mit der Verpflichtung zur Abgabe eines Übernahmeangebots verbundenen Kosten würden die Fortführung des jeweiligen Familienunternehmens häufig unmöglich machen,⁴⁰⁵ wobei über den Wortlaut der Norm hinaus keine weiteren Anforderungen an die Familie oder die Eigenart des Familienunternehmens gemacht werden dürfen und es der BaFin nicht zusteht, die tatsächlichen Mittel des Kontrollerwerbers zu prüfen.⁴⁰⁶

bb) Erfordernis eines familiären Näheverhältnisses zwischen dem Erblasser und den Erben

Setzt die Privilegierung für Erbengemeinschaften das in § 36 Nr. 1 WpÜG genannte Merkmal des familiären Näheverhältnisses zwischen dem Erblasser einerseits und den Erben andererseits voraus? Einerseits ließe sich auf die Einordnung der Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit als Bietergemeinschaft abstellen und daraus folgern, dass das familiäre Näheverhältnis bei sämtlichen Miterben vorliegen müsse, um die Privilegierung zur Geltung kommen zu lassen.⁴⁰⁷ Dies liefe auf eine Ganz-oder-gar-nicht-Betrachtung hinaus. Demgegenüber liest die herrschende Meinung den § 36 Nr. 1 WpÜG so, dass die Gesamthand gedanklich aufgespalten würde und das familiäre Näheverhältnis beim Erbgang individuell bei den einzelnen Mitgliedern der Erbengemeinschaft im Verhältnis zum Erblasser vorliegen

⁴⁰² BT-Drucks. 14/7034, S. 60; *Hasselbach/Alles*, DB 2020, 39, 40; *Heuber*, Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2006, S. 222, 227; *Noack/Zetzsche*, in: *Schwark/Zimmer*, § 36 WpÜG Rn. 1; *Schütz*, Pflichtangebote an Aktionäre, 2005, S. 130.

⁴⁰³ *Bunz*, ZIP 2014, 454 ff.; *Meyer/Lipsky*, NZG 2009, 1092 ff.

⁴⁰⁴ *Hasselbach*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 36 WpÜG Rn. 23, 25.

⁴⁰⁵ BT-Drucks. 14/7034, S. 60.

⁴⁰⁶ *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 169 m. w. N.

⁴⁰⁷ So *Hecker*, in: *Baums/Thoma*, § 36 WpÜG Rn. 22.

müsse. Träfen entsprechend privilegierte und nichtprivilegierte Erben in der Erbengemeinschaft aufeinander, so müssten die Nichtprivilegierten grundsätzlich ein Pflichtangebot abgeben und seien ansonsten auf die Ermessensentscheidung der BaFin nach § 37 Abs. 1 WpÜG verwiesen.⁴⁰⁸

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit § 36 Nr. 1 WpÜG gezielt die Nachfolge in Familienunternehmen privilegieren und den Erben ein die Fortführung des Unternehmens gefährdendes Pflichtangebot ersparen wollte. Dabei zog er die Grenze ausdrücklich nicht beim Erbfall als solchem, sondern bei den genannten familiären Nähebeziehungen.⁴⁰⁹ Der objektive Sinn und Zweck ist mithin so zu verstehen, dass nur bei einem entsprechenden familiären Näheverhältnis davon auszugehen ist, dass sich die Geschäftspolitik durch die Entstehung der Kontrollposition nicht wesentlich verändert.⁴¹⁰ Wie dieser Schutzzweck sich aber nun konkret mit der Dogmatik der gesamthänderischen Zuordnung der Aktionärsstellung in Einklang bringen lässt, wurde bislang noch nicht diskutiert.

Im ersten Schritt nach § 35 WpÜG sind durch die Erbengemeinschaft hindurch entweder alle Miterben pflichtig oder keiner. Eine Aufteilung auf einzelne Miterben findet nicht statt, da die Miterben die personalen Endzurechnungspunkte der einen, im Sondervermögen befindlichen Aktionärsstellung darstellen. Davon ausgehend gibt es für den zweiten Schritt im Rahmen des § 36 Nr. 1 WpÜG neben den beiden bislang geäußerten Auffassungen aber noch eine dritte Möglichkeit: Man könnte ähnlich wie bei der Problematik der konzernrechtlichen Unternehmenseigenschaft der Teilhaber eines Aktionärs-pools⁴¹¹ oder wie beim Tatbestandsmerkmal des

⁴⁰⁸ *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 170; *Hasselbach*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 36 WpÜG Rn. 31 f.; *Hippeli/Schmiady*, ZIP 2015, 705, 708; *Holzborn/Blank*, NZG 2002, 948, 949 f.; *Meyer*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 36 WpÜG Rn. 13; *Noack/Zetzsche*, in: Schwark/Zimmer, § 36 WpÜG Rn. 5; *Pittroff*, Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG, 2004, S. 322; *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 36 WpÜG Rn. 21; *Schütz*, Pflichtangebote an Aktionäre, 2005, S. 133; wohl auch *Ekkenga/Schirrmacher*, in: Beurskens/Ehrliche/Ekkenga, § 36 WpÜG Rn. 7 f.; ebenso allerdings mit rechtspolitischer Kritik *Wiesbrock/Zens*, ZEV 2006, 137, 140; *Diekmann*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 12 Rn. 29 f.

⁴⁰⁹ BT-Drucks. 14/7034, S. 60.

⁴¹⁰ *H. Braun*, Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem WpÜG, 2008, S. 148.

⁴¹¹ Dazu ausf. *C. Müller*, Der Aktionärs-pool in der Familienaktiengesellschaft, 2012, S. 96 ff. m. w. N.

Tochterunternehmens in §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 4 WpÜG die Frage stellen, ob die Erbengemeinschaft quotal von Miterben dominiert wird, die ihrerseits das für § 36 Nr. 1 WpÜG relevante, familiäre Näheverhältnis aufweisen. Abhängig davon würde dann ausgehend von einer Erbenmehrheitsbetrachtung die ganze Erbengemeinschaft entweder als familiär hinreichend nah oder nicht eingeordnet werden. So würden dann im Ergebnis auch entweder alle Miterben nach § 36 Nr. 1 WpÜG von der Pflicht befreit, oder keiner.

Zur Klärung dieser Frage muss die erbengemeinschaftliche Haftungsproblematik berücksichtigt werden. Spaltet man die Gesamthand gedanklich auf und befreit nur die Miterben mit dem in § 36 Nr. 1 WpÜG genannten familiären Näheverhältnis von der Pflicht, so würde sich ein nicht befreiter Miterbe, der die Pflicht nicht erfüllt, haftbar machen, wenn infolge des Rechtsausschlusses nach § 59 WpÜG bezüglich der gesamthänderisch gehaltenen Stimmrechte Schäden entstehen. Die befreiten Miterben trügen demnach das Risiko, dass etwaige nichtbefreite Miterben den Antrag auf Befreiung nach § 37 Abs. 1 WpÜG stellen oder ansonsten den Pflichten aus § 35 WpÜG nachkommen. Das passt nicht zu der erbrechtlichen Grundwertung, dass die Erbengemeinschaft als Zwangsgemeinschaft⁴¹² kein gesetzliches Schuldverhältnis darstellt⁴¹³ und in dieser Form keine voraussetzungslose, wechselseitige Verantwortlichkeit bei den Miterben besteht.

Vorzugswürdig erscheint das Alternativmodell der einheitlichen Gesamteinordnung, welches an die zum kapitalgesellschaftsrechtlichen Stimmverbot entwickelten Grundsätze der Infektion der Erbengemeinschaft bei Vorliegen eines hinreichenden Einflusses⁴¹⁴ erinnert. Die Forderung, dass das Näheverhältnis dann bei jedem einzelnen Gemeinschaftsmitglied vorliegen müsse, geht indes zu weit. Eine Mehrheitsbetrachtung würde besser zu den Wertungen aus §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 4 WpÜG passen, aus denen ersichtlich ist, dass zwischen die natürliche Person und die Zielgesellschaft geschaltete Tochterunternehmen auf der vermögensorientierten Ebene anhand der dominierenden Rechtsmacht erfasst werden sollen. Diese Rechtsmacht liegt nicht bei den einzelnen Miterben als Privatpersonen, sondern wegen § 2038 BGB auf der Ebene des Kollektivs. Daher

⁴¹² Siehe oben Kap. 3 Fn. 398.

⁴¹³ Siehe oben Kap. 3 C. II.

⁴¹⁴ Siehe oben Kap. 5 C. II. 1. b).

kann die Privilegierung nicht sinnvollerweise zwischen den Mitgliedern der Erbengemeinschaft aufgeteilt werden. Für eine dominierende Rechtsstellung ist aber keine 100 %-ige Beherrschung vonnöten; es genügt stattdessen, wenn sich mehr als die Hälfte der Stimmrechte in der Erbengemeinschaft unter der Kontrolle eines der Miterben oder eines innererbengemeinschaftlichen Stimmrechtskonsortiums befindet. Wenn also bei einer quotalen Mehrheit der Erben das familiäre Näheverhältnis vorliegt, so kann nach § 36 Nr. 1 WpÜG der Antrag gestellt werden, sodass sämtliche Miterben von den einheitlichen Pflichten nach § 35 WpÜG befreit werden.

g) Ausschluss der Pflichten gemäß § 37 Abs. 1 WpÜG

Lässt sich für die Erbengemeinschaft insgesamt nicht das von § 36 Nr. 1 WpÜG geforderte Näheverhältnis zum Erblasser feststellen, weil dies bei einer quotalen Erbenmehrheit nicht bestand, so bleibt noch die Möglichkeit des Befreiungsantrags gemäß § 37 Abs. 1 WpÜG. Die Entscheidung über diesen ist – im Unterschied zu der nach § 36 Nr. 1 WpÜG – in das Ermessen der BaFin gestellt.⁴¹⁵ Solange der Antrag nicht beschieden ist, sind die Pflichten des § 35 WpÜG wie beim Antrag nach § 36 Nr. 1 WpÜG suspendiert.⁴¹⁶ Die allgemeinen Befreiungsgründe des § 37 Abs. 1 WpÜG werden durch die vom Bundesfinanzministerium in § 9 WpÜG-AngVO genannten Regelbeispiele konkretisiert. Für den Untersuchungsgegenstand ist der in § 9 S. 1 Nr. 1 WpÜG-AngVO geregelte Befreiungsgrund der Erbschaft von Bedeutung. Davon werden unter anderem die Fälle erfasst, in denen eine Erbengemeinschaft eine Kontrollposition erlangt, bei der nicht das familiäre Näheverhältnis zum Erblasser gemäß § 36 Nr. 1 WpÜG gegeben ist. Ein Verwandtschaftsverhältnis ist nicht erforderlich.⁴¹⁷ Ebenso ist es in Ermangelung einer entsprechenden Stütze im Wortlaut oder Sinn und Zweck des Gesetzes nicht nötig, dass ein Verhältnis zum Erblasser vorliegt, welches

⁴¹⁵ *Hasselbach/Alles*, DB 2020, 39, 41; *Heuber*, Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2006, S. 231 ff.; *Holzborn/Blank*, NZG 2002, 948, 949; die Entscheidung ist allerdings gerichtlich voll überprüfbar, siehe *Ekkenga/Schirmacher*, in: *Beurskens/Ehricke/Ekkenga*, § 37 WpÜG Rn. 51 ff.

⁴¹⁶ Siehe oben Kap. 5 Fn. 403.

⁴¹⁷ *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 195 f.; *Hippeli/Schmiady*, ZIP 2015, 705, 709; *Meyer*, in: *Angerer/Geibel/Süßmann*, § 37 WpÜG Rn. 33.

wegen seiner tatsächlichen Ausprägung und der besonderen Tiefe und Verbundenheit dem familiären Näheverhältnis gleichgesetzt werden könnte.⁴¹⁸

2. Erstmalige Entstehung einer pflichtigen Kontrollposition durch den Erbfall im Wege der Stimmrechtsaddition

Die zweite Möglichkeit einer für den Untersuchungsgegenstand relevanten Kontrollposition besteht darin, dass sich durch den Erbgang das Aktienpaket des Erblassers zusammen mit dem bereits existierenden Aktienpaket eines einzelnen oder mehrerer Miterben so addiert, dass rechnerisch erstmalig eine hinreichende Kontrollposition entsteht.

a) Addition der erbgemeinschaftlichen Aktien mit den Aktien der Miterben

Wie bei der wertpapierhandelsrechtlichen Situation stellt sich auch hier die Frage, ob und wenn ja wie genau die Stimmrechte aus den Aktien im Sondervermögen mit den Stimmrechten aus den Privataktien einzelner Miterben addiert werden.

aa) Von den Miterben zur Erbengemeinschaft

Auch hier wäre es einerseits denkbar, die Stimmrechte aus den gesamthänderisch gehaltenen Aktien mit allen Stimmrechten aus den ggf. gehaltenen Privataktien der jeweiligen Miterben zu addieren.

bb) Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben

Andererseits ließe sich die Zurechnung auch von der Erbengemeinschaft hin zur Ebene des einzelnen Miterben vornehmen.⁴¹⁹ Gemäß § 2 Abs. 4 WpÜG kommen als Bieter nur natürliche oder juristische Personen oder

⁴¹⁸ H. Braun, Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem WpÜG, 2008, S. 165 f.; Hippeli/Schmiady, ZIP 2015, 705, 709; Meyer, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 37 WpÜG Rn. 33; a. A. Holzborn/Blank, NZG 2002, 948, 950; Sohbi, in: Heidel, § 37 WpÜG Rn. 4.

⁴¹⁹ Angerer, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 2 WpÜG Rn. 12; Baums/Hecker, in: Baums/Thoma, § 35 WpÜG Rn. 96; R. Koch, ZIP 2008, 1260, 1263 f.; Santelmann, in: Steinmeyer, § 35 WpÜG Rn. 38; wohl auch Harbarth, ZIP 2002, 321, 329; Hippeli/Schmiady, ZIP 2015, 705, 710; Werkmüller, ZEV 2006, 491, 492.

Personengesellschaften in Frage, die allein oder gemeinsam mit anderen Personen ein Angebot abgeben, ein solches beabsichtigen oder zur Abgabe verpflichtet sind. Im Fall der Erbengemeinschaft handelten demzufolge die einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft „gemeinsam mit anderen Personen“ im Sinne des § 2 Abs. 4 WpÜG und alle Mitglieder seien selbst Bieter, so dass die Zurechnung hin zum einzelnen Miterben erfolge.⁴²⁰ Teilweise wird hierbei auch auf § 30 Abs. 2 WpÜG abgestellt, der eine gesamthänderische Bindung erfasse.⁴²¹ Im zweiten Schritt sei diese Konstellation des Ersterwerbs einer pflichtigen Kontrollposition durch Aktienaddition infolge des Erbgangs dann als zu privilegierender Kontrollerwerb im Sinne des § 36 Nr. 1 WpÜG einzuordnen.⁴²²

cc) Von der Erbengemeinschaft zum einzelnen Miterben entsprechend der Erbquote

Wie auch zu § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG⁴²³ wird hier einschränkend die Position vertreten, dass die gesamthänderisch gehaltenen Stimmrechte dem einzelnen Miterben nur entsprechend seiner Erbquote zuaddiert werden sollten.⁴²⁴

⁴²⁰ *Angerer*, in: *Angerer/Geibel/Süßmann*, § 2 WpÜG Rn. 12; a. A. wohl *Santelmann*, in: *Steinmeyer*, § 2 WpÜG Rn. 13, der zwar die Biereigenschaft der Erbengemeinschaft selbst zu bejahen scheint, aber nicht spezifiziert, wie eine unmittelbare Pflichtenadressierung ohne Rechtssubjektivität möglich sein kann.

⁴²¹ *Heinrich/Mock*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 2 WpÜG Rn. 144, wobei nicht klar ersichtlich ist, ob damit nur eine Addition von gesamthänderisch gehaltenen Aktien hin zu der Ebene des einzelnen Miterben oder obendrein auch noch eine Addition sämtlicher Privataktien der Gesamthänder vorgenommen werden soll.

⁴²² *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 329, der auch potenzielle Gegenargumente nennt; *Hippeli/Schmiady*, ZIP 2015, 705, 710; *R. Koch*, ZIP 2008, 1260, 1263 f.; *Schlitt*, in: *MünchKomm. AktG*, § 36 WpÜG Rn. 13; wohl auch *Pittroff*, Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG, 2004, S. 321, der jedoch nicht den konkreten Fall der Erbengemeinschaft berücksichtigt; so auch *H. Braun*, Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem WpÜG, 2008, S. 148.

⁴²³ Siehe dazu den obigen Ansatz von *Opitz* in Kap. 4 Fn. 293.

⁴²⁴ *Beurskens*, in: *Beurskens/Ehrlicke/Ekkenga*, § 29 WpÜG Rn. 20; v. *Bülow/Schwarz*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 29 WpÜG Rn. 95; *Diekmann*, in: *Baums/Thoma*, § 29 WpÜG Rn. 44; *Hasselbach*, in: *KölnerKomm. WpÜG*, § 35 WpÜG Rn. 73; *Krause/Pötzs*, in: *Assmann/Pötzs/U. H. Schneider*, § 35 WpÜG Rn. 53;

b) Ausschluss einer Stimmrechtsaddition

Die vierte Möglichkeit besteht – wie beim Wertpapierhandelsgesetz – darin, dass das Additionskonzept als solches gar nicht von §§ 2 Abs. 4, 29, 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG gedeckt ist.

c) Stellungnahme

Die Frage nach der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft ist für die hiesige Ebene der Stimmrechtsaddition nicht von Bedeutung.⁴²⁵ Denn die objektbezogene Frage nach der Berechnung des Stimmrechtsanteils besteht unabhängig von der subjektbezogenen Frage nach dem am Ende rechtstechnisch Verpflichteten.

Der Rückgriff auf § 30 Abs. 2 WpÜG zum Zwecke einer Stimmrechtsaddition im Verhältnis zwischen den Privataktien der Miterben und den gesamthänderisch gehaltenen Aktien verstößt (ebenso wie der damit gleichsetzbare, an anderer Stelle erwähnte Rückgriff⁴²⁶ auf § 33 Abs. 2 WpHG) gegen das aktienrechtliche Teilungsverbot der Mitgliedschaft nach § 8 Abs. 5 AktG⁴²⁷. Denn § 30 Abs. 2 WpÜG erfasst nur den Fall, in dem ein Aktionär mit einem Dritten, der nicht mit ihm als Mitglied identisch ist, zusammenwirkt,⁴²⁸ was bei der gesamthänderisch gehaltenen Einzelmitgliedschaft im Verhältnis zwischen den Miterben indes der Fall ist. Auch § 30 Abs. 2 WpÜG orientiert sich in Bezug auf die Gesamthand an der realen Stimmrechtsmacht und somit nicht der personenrechtlichen, sondern der vermögensrechtlichen Zuordnung der Mitgliedschaft.

Rothenfußer, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 45.

⁴²⁵ A. A. *Hasselbach*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 35 WpÜG Rn. 73; *Rothenfußer*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 45; *Wackerbarth*, in: MünchKomm. AktG, § 2 WpÜG Rn. 32.

⁴²⁶ Siehe oben Kap. 5 Fn. 292.

⁴²⁷ Siehe dazu oben Kap. 2 B.

⁴²⁸ Vgl. v. *Bülow/Schwarz*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 30 WpÜG Rn. 232; *Noack/Zetsche*, in: Schwark/Zimmer, § 30 WpÜG Rn. 22; *Süßmann*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 30 WpÜG Rn. 31; *U. H. Schneider*, in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § 30 WpÜG Rn. 135; *U. H. Schneider/Favoccia*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § 30 WpÜG Rn. 150 ff.

Im Übrigen verstößt die Addition von Stimmrechten, die sich einerseits aus den gesamthänderisch gehaltenen Aktien und andererseits aus den Privataktien des einzelnen Miterben ergeben, (wie bei der Parallelfrage nach der Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG) grundsätzlich gegen die gesamthänderische Vermögenstrennung. Dass diese auch hier zu berücksichtigen ist, ergibt sich aus dem formalen Kontrollbegriff des § 29 Abs. 2 WpÜG. Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz ist genau wie das Wertpapierhandelsgesetz auf die Frage nach der wahren Rechtsmacht ausgerichtet. Insofern lässt sich die zu § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG vorgebrachte Argumentation⁴²⁹ zur Ablehnung einer Stimmrechtsaddition auf § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG übertragen. Solange es keinen Mehrheitserben oder ein entsprechendes Stimmrechtskonsortium innerhalb der Erbengemeinschaft gibt, lässt sich die Rechtsmacht in Bezug auf die sich aus den Nachlassaktien ergebenden Stimmrechten nicht einem der Miterben zuordnen. Man nehme beispielsweise an, dass sich im Nachlass ein Aktienpaket mit 20 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft befindet und drei Miterben, E₁, E₂ und E₃, existieren, die in ihren einzelnen Privatvermögen Aktien halten, die jeweils 4 %, 4 % und 10 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft vermitteln. Würde man die Stimmrechte von der Erbengemeinschaft hin zur Ebene des einzelnen Miterben addieren, so ergäbe sich bei E₁ und E₂ jeweils ein Stimmrechtsanteil von 24 % und bei E₃ einer von 30 %. Nur bei E₃ läge demnach eine Kontrollposition nach § 29 Abs. 2 WpÜG vor, nur er wäre damit zur Veröffentlichung und zur Abgabe eines Angebots nach § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG verpflichtet und nur er wäre Bieter nach § 2 Abs. 4 WpÜG. Diese Lösung übersieht wie auch auf der wertpapierhandelsrechtlichen Ebene das entscheidende Detail der Erbquote. Es kann nämlich sein, dass E₃ aufgrund seiner Erbquote gar kein Mehrheitserbe innerhalb der Erbengemeinschaft ist. Wenn aber dem einzelnen Miterben keine Erbquote von über 50 % zugeordnet ist, dann kann er die Mehrheitsverwaltung des Nachlasses nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB und damit eben in aller Regel auch die Ausübung der mitgliedschaftlichen Kapitalgesellschafterrechte, die sich aus dem vererbten Aktienpaket ergeben, nicht hinreichend kontrollieren. Der Schutzzweck des § 35 WpÜG knüpft aber an den Kontrollwerb in der Form an, dass nur dann ein Bieter existiert, wenn eine Situation eintritt, in der die relevante

⁴²⁹ Siehe oben Kap. 5 E. I. 2. c).

Machtkonzentration bezüglich der Aktiengesellschaft entstanden ist. Dieser Zweck wäre in der vorgenannten Konstellation gar nicht erfüllt. E₃ würden in der Konsequenz der herrschenden Meinung die Pflichten aus § 35 WpÜG treffen, obwohl er keine eindeutig zuordenbare Macht über die im Nachlass befindlichen Aktien innehat, und der Rechtsverkehr würde durch die Kontrollveröffentlichung obendrein noch bezüglich der wahren Machtverhältnisse in die Irre geführt. Eine Stimmrechtsaddition findet daher nur dann statt, wenn einem der Miterben eine Erbquote von über 50 % zugeordnet ist.

3. Keine Vererbung einer noch nicht erfüllten Veröffentlichungs- und Angebotspflicht

Wie die Stimmrechtsmitteilungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG stellt die Veröffentlichungs- und Angebotspflicht nach § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG eine öffentlich-rechtliche und mithin personenbezogene Pflicht dar. Bleibt sie zu Lebzeiten des Erblassers unerfüllt, so unterfällt sie nicht der Gesamtrechtsnachfolge, sondern geht stattdessen mit dem Tod des Erblassers unter und wird damit nicht zur Angelegenheit der Erbengemeinschaft.⁴³⁰ Das Erben einer noch nicht erfüllten Pflicht ist insofern ausgeschlossen.

4. Zeitlich nachfolgender Erwerb weiterer Aktien

Die vierte Möglichkeit besteht in der Erlangung einer entsprechenden Kontrollposition durch einen zeitlich auf den Erbfall nachfolgenden Erwerb zusätzlicher Aktien durch die Erbengemeinschaft. Die Alt- und Neustimmrechte werden in diesem Fall zusammenaddiert, sodass erstmalig eine Kontrollposition entsteht. Bezüglich der neu erworbenen Aktien selbst findet keine Privilegierung nach § 36 Nr. 1 WpÜG statt. Richtigerweise kann der Antrag auf Nichtberücksichtigung der im Wege des Erbfalls erworbenen Stimmrechte nach § 36 Nr. 1 WpÜG aber auch dann noch gestellt werden, wenn die Kontrollschwelle von 30 % erst später durch den Erwerb dieser

⁴³⁰ A. A. Hagen, Der Rechtsverlust im Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2012, S. 197 ff.

weiteren Aktien überschritten wird.⁴³¹ Ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang des Erwerbs dieser weiteren Aktien mit dem Erbfall ist hierfür nicht erforderlich.⁴³² Denn die zeitliche Reihenfolge der Erwerbssachverhalte darf sich nicht nachteilig für den Aktionär auswirken.⁴³³ Liegen die Voraussetzungen für den Antrag nach § 36 Nr. 1 WpÜG nicht vor und kommt stattdessen ein Antrag nach § 37 Abs. 1 WpÜG i. V. m. § 9 S. 1 Nr. 1 WpÜG-AngVO in Betracht, so gilt das gleiche. Auch hier ist keine strenge Kausalität zwischen dem Erbgang und dem Kontrollerwerb erforderlich.⁴³⁴

II. Testamentsvollstrecker

Bezüglich des Testamentsvollstreckers ist wiederum zwischen originären und derivativen Pflichten zu unterscheiden.

1. Originäre Pflicht

Eine originäre Veröffentlichungs- und Angebotspflicht des Testamentsvollstreckers ergibt sich aus § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 WpÜG. Denn wie bei § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG gilt – entgegen der Minderauffassung⁴³⁵ –, dass

⁴³¹ Harbarth, ZIP 2002, 321, 330; R. Koch, ZIP 2008, 1260, 1264; Schlitt, in: MünchKomm. AktG, § 36 WpÜG Rn. 46.

⁴³² A. A. Meyer, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 36 WpÜG Rn. 2; ähnlich Hecker, in: Baums/Thoma, § 36 WpÜG Rn. 16, der eine teleologische Reduktion der Vorschrift auf die Fälle befürwortet, in denen allein der privilegierte Erwerb zur Kontrollerlangung führt.

⁴³³ Schlitt, in: MünchKomm. AktG, § 36 WpÜG Rn. 46.

⁴³⁴ Schlitt, in: MünchKomm. AktG, § 37 WpÜG Rn. 97; a. A. Faden, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 197; Hommelhoff/Witt, in: Haarmann/Schüppen, § 37 WpÜG Rn. 14; Seiler, in: Assmann/Pötzsch/U. H. Schneider, § 9 WpÜG-AngVO Rn. 12.

⁴³⁵ V. Bülow/Schwarz, in: KölnerKomm. WpÜG, § 30 WpÜG Rn. 197; Rothenfuß, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 274; Walz, in: Haarmann/Schüppen, § 30 WpÜG Rn. 60 f.; so auch Diekmann, in: Baums/Thoma, § 30 WpÜG Rn. 61 unter Verweis darauf, dass bei gesetzlichen Verfügungsbefugnissen wie der Testamentsvollstreckung kein Anvertrautsein im Sinne eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Aktieninhaber und dem Vollstrecker vorläge; zust. Süßmann, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 30 WpÜG Rn. 26.

eine Weisungsabhängigkeit vom Aktionär nicht erforderlich ist.⁴³⁶ Das Vertrauensverhältnis leitet sich aus dem Bedürfnis des Vermögensinhabers ab, vor einem Missbrauch der Rechtsstellung durch den Vermögensverwalter geschützt zu werden.⁴³⁷ Der Ansatz⁴³⁸, das Tatbestandsmerkmal des Anvertrautseins in § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 WpÜG aufgrund teleologischer Differenzen gezielt anders auszulegen als das des § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG, sodass der Testamentsvollstrecker nicht unter die Vorschrift fällt, überzeugt im Übrigen nicht.⁴³⁹ Denn zwar trifft es in der Tat zu, dass § 34 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpHG einerseits Markttransparenz und § 30 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpÜG andererseits die Zuordnung materieller Stimmrechtsherrschaft als jeweiligen Schutzzweck verfolgen.⁴⁴⁰ Diese Ziele sind jedoch ihrerseits beide auf die „Erleichterung der Steuerung durch den Markt durch Verbesserung der Information der Akteure und Ausschaltung von marktverzerrenden Informationsasymmetrien“⁴⁴¹ als übergeordneten Hauptschutzzweck gerichtet. Sowohl das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz wie auch das Wertpapierhandelsgesetz „interessiert nicht, wie reich jemand ist, sondern wie viel Macht er ausüben kann“⁴⁴². Gerade der Testamentsvollstrecker kann bei seiner Verwaltung nach § 2205 S. 1 BGB völlig andere unternehmenspolitische Ansichten vertreten als es die

⁴³⁶ *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 122; *Noack/Zetsche*, in: Schwark/Zimmer, § 30 WpÜG Rn. 4; *Pittroff*, Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG, 2004, S. 239; *Rothenfuß*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 273 f.; *Rulf*, Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG, 2010, S. 160; *Sohbi*, in: Heidel, § 30 WpÜG Rn. 14; *Wiesbrock/Zens*, ZEV 2006, 137, 141; i. E. auch BaFin, Jahresbericht 2015, S. 250; *Steinmeyer*, in: ders., § 30 WpÜG Rn. 44.

⁴³⁷ *Pittroff*, Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG, 2004, S. 239.

⁴³⁸ *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 366; vgl. auch den Verweis von *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 34 WpHG Rn. 3 auf die diesbezügliche Relativität der Rechtsbegriffe.

⁴³⁹ *Wackerbarth*, in: MünchKomm. AktG, § 30 WpÜG Rn. 6 ff.

⁴⁴⁰ Insoweit zutr. *Casper*, ZIP 2003, 1469, 1472; *Franck*, BKR 2002, 709 ff.; *Seibt*, ZIP 2005, 729, 733; wohl auch *Diekmann*, in: Baums/Thoma, § 30 WpÜG Rn. 2; vgl. auch *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, § 34 WpHG Rn. 3.

⁴⁴¹ *Wackerbarth*, ZIP 2005, 1217, 1218; *ders.*, in: MünchKomm. AktG, § 30 WpÜG Rn. 8.

⁴⁴² *Wackerbarth*, ZIP 2005, 1217, 1219.

Erbengemeinschaft bei Fehlen einer Testamentsvollstreckung über § 2038 BGB getan hätte, sodass die Kontrollinhaber sich unterscheiden.

Sollte der Testamentsvollstrecker persönlich das von § 36 Nr. 1 WpÜG geforderte familiäre Näheverhältnis zum Erblasser gehabt haben, so kann er den entsprechenden Antrag auf Nichtberücksichtigung der Stimmrechte stellen. Kann er das auch dann tun, wenn nicht er, sondern nur die Erbengemeinschaft (beziehungsweise nach dem hier vertretenen Modell zumindest die Erbenmehrheit)⁴⁴³ dieses Näheverhältnis aufweist? Dies wird teilweise bejaht.⁴⁴⁴ Die Gegenposition geht davon aus, dass die Privilegierung der Erbengemeinschaft nach § 36 Nr. 1 WpÜG nicht automatisch auch für den Testamentsvollstrecker gelte.⁴⁴⁵ Wie bereits erwähnt, ist der objektive Sinn und Zweck der Vorschrift so zu deuten, dass nur bei einem entsprechenden familiären Näheverhältnis zwischen dem Kontrollinhaber und dem Erblasser davon auszugehen ist, dass sich die Geschäftspolitik durch die Entstehung der Kontrollposition nicht wesentlich verändert.⁴⁴⁶ Dem Testamentsvollstrecker ist im Rahmen der Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses nach §§ 2205 S. 1, 2216 BGB – vorbehaltlich spezieller Anordnungen des Erblassers – ein weites Ermessen und insbesondere ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eingeräumt.⁴⁴⁷ Der Bezugspunkt der Erbengemeinschaft und das Machtzentrum des Testamentsvollstreckers sind demnach stark voneinander separiert. Nun mag es sein, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker gerade mit dem Wunsch nach einer Fortführung der Unternehmenspolitik in seinem Sinne ausgewählt hat. Das genügt jedoch nicht, um das familiäre Näheverhältnis aufzuwiegen, welches § 36 Nr. 1 WpÜG voraussetzt. Vorzugswürdig erscheint es, den Testamentsvollstrecker hier auf den Antrag nach § 37 Abs. 1 WpÜG zu verweisen.

⁴⁴³ Siehe zu der Frage, wann die Erbengemeinschaft trotz ihrer Nichtrechtsfähigkeit das von § 36 Nr. 1 WpÜG geforderte, familiäre Näheverhältnis zum Erblasser hat, oben Kap. 5 F. I. 1. f) bb).

⁴⁴⁴ *Wiesbrock/Zens*, ZEV 2006, 137, 141.

⁴⁴⁵ *Noack/Zetzsche*, in: *Schwark/Zimmer*, § 36 WpÜG Rn. 4; *Ponath/Raddatz*, ZEV 2013, 361, 366 f.; unklar *Blusz*, ZEV 2014, 339, 343.

⁴⁴⁶ Siehe oben Kap. 5 Fn. 410.

⁴⁴⁷ Siehe dazu oben Kap. 4 F. V.

2. Derivative Pflicht

Aus den zur Parallellfrage im Rahmen des Wertpapierhandelsgesetzes erörterten Gründen⁴⁴⁸ erscheint es sachgerecht, die Pflicht der Erbengemeinschaft nicht auf den Testamentsvollstrecker übergehen zu lassen, sondern jeweils sowohl die Erbengemeinschaft nach § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG wie auch den Testamentsvollstrecker nach § 30 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 WpÜG in der Pflicht zu belassen. Dafür trifft den Testamentsvollstrecker gegenüber der Erbengemeinschaft die Pflicht, deren Veröffentlichungs- und Angebotspflicht zu unterstützen beziehungsweise für sie vorzunehmen, oder auch die erforderlichen Befreiungsanträge nach den §§ 36, 37 WpÜG für sie zu stellen.⁴⁴⁹

III. Gemeinschaftlicher Vertreter

Der gemeinschaftliche Vertreter ist kein Eigentümer der Aktien, sodass er keine eigene Kontrollposition nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG hält. Ist der gemeinschaftliche Vertreter allerdings zur weisungsunabhängigen Stimmrechtsausübung nach § 134 Abs. 3 AktG bevollmächtigt, wovon bei Fehlen entsprechender Angaben durch die Erbengemeinschaft nach §§ 133, 157 BGB auszugehen ist, so erfolgt infolge seines Ermessensspielraums eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 6 Var. 2 WpÜG.⁴⁵⁰ In diesem Fall trifft auch ihn die Veröffentlichungs- und Angebotspflicht.

IV. Konkurrenzen bei der Verpflichtung Mehrerer

Zwar gilt auch beim Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz der Grundsatz der mehrfachen Zurechnung, sodass sowohl der nach § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG wie auch der nach § 30 WpÜG Adressierte im ersten Schritt alle miteinander parallel verpflichtet werden.⁴⁵¹ Im zweiten Schritt ist allerdings zu differenzieren: Bezüglich der Veröffentlichungspflicht in

⁴⁴⁸ Siehe oben Kap. 5 E. II. 2.

⁴⁴⁹ Vgl. *Werkmüller*, ZEV 2006, 491, 493.

⁴⁵⁰ *U. H. Schneider/Favocchia*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § 30 WpÜG Rn. 123, 127; vgl. auch *Beurskens*, in: Beurskens/Ehrlicke/Ekkenga, § 30 WpÜG Rn. 76; *Diekmann*, in: Baums/Thoma, § 30 WpÜG Rn. 64.

⁴⁵¹ *U. H. Schneider/Favocchia*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § 30 WpÜG Rn. 22.

§ 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG gilt, dass die Erfüllung durch einen der parallel Verpflichteten nicht zur Absorption der Pflichten der Anderen führt. Bezüglich der Angebotspflicht in § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG gilt indes, dass die Erfüllung durch einen der parallel Verpflichteten mit einer Erfüllungswirkung für alle einhergeht.⁴⁵²

Da die Verpflichtung bei der Erbengemeinschaft an eine einzelne Aktionärsmitgliedschaft anknüpft, muss es indes für beide Pflichten genügen, wenn einer der Miterben den Gesamtstimmrechtsanteil der Erbengemeinschaft unter Wahrung der entsprechenden Formvorgaben veröffentlicht und ein Angebot abgibt. Denn die aufgespaltene subjektbezogene Zuordnung korrespondiert als Folge der gesamthänderischen Verbundenheit mit nur einer einzelnen kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft. Für die Notwendigkeit einer Veröffentlichung durch jeden einzelnen Miterben bezogen auf die eine gesamthänderisch gehaltene Mitgliedschaft existiert somit kein Grund.

Tritt neben die Erbengemeinschaft ein pflichtiger gemeinschaftlicher Vertreter, so muss dieser zwar seiner Veröffentlichungspflicht weiterhin nachkommen. Ein etwaiges Angebot von Seiten eines der Miterben befreit ihn indes von seiner eigenen Angebotspflicht. Existiert ein Testamentsvollstrecker, so ist die zum Wertpapierhandelsgesetz angeführte Argumentation⁴⁵³ zu berücksichtigen. Der Testamentsvollstrecker muss in der Lage sein, die Veröffentlichungs- und die Angebotspflicht für die Miterben zu erfüllen, um die Ausübung der mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte sicherzustellen.

⁴⁵² *Faden*, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2008, S. 61 ff.; *Hasselbach*, in: KölnerKomm. WpÜG, § 35 WpÜG Rn. 239 ff.; *Noack/Zetzsche*, in: Schwark/Zimmer, § 35 WpÜG Rn. 19; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/U. H. Schneider, § 35 WpÜG Rn. 59, 194 ff.; a. A. gegen eine Absorption auf der Ebene der Angebotspflicht *Baums/Hecker*, in: Baums/Thoma, § 35 WpÜG Rn. 292 f.; *Ekkenga/Schirrmacher*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § 35 WpÜG Rn. 63 f.; *Hommelhoff/Witt*, in: Haarmann/Schüppen, § 35 WpÜG Rn. 68 ff.; a. A. für eine Absorption auch auf der Ebene der Veröffentlichungspflicht *Meyer*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § 35 WpÜG Rn. 69; *Rothenfuß*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 11 Rn. 356 ff.; *Schlitt*, in: MünchKomm. AktG, § 35 WpÜG Rn. 52.

⁴⁵³ Siehe oben Kap. 5 E. IV.

V. Zusammenfassung

Die Veröffentlichungs- und Angebotspflicht nach § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG dockt im ersten Schritt an die Vermögenszuordnung des im Nachlass befindlichen Aktienpakets an, weil sich hier die reale Rechtsmacht befindet, auf deren Offenlegung auch das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz ausgerichtet ist. Die personenorientierte Betrachtung tritt dann jedoch auf zwei Weisen neben die vermögensorientierte: Erstens insofern, als letztlich jeder einzelne Miterbe als taugliches Einzelsubjekt personal verpflichtet wird. Zweitens in dem Fall, dass einem Miterben, der Stimmrechte aus Aktien am Emittenten in seinem Privatvermögen hält, eine Erbquote von über 50 % zugeordnet ist. Hier werden die gesamthänderisch gehaltenen Stimmrechte am Emittenten mit den im Privatvermögen befindlichen Stimmrechten addiert, um optimale Transparenz herzustellen. Außerdem werden die vermögensorientierte und die personenorientierte Zuordnung auf der Ebene des Befreiungsantrags nach § 36 Nr. 1 WpÜG bei der Frage nach dem Vorliegen des familiären Näheverhältnisses miteinander kombiniert.

VI. Vergleich bei unterstellter Rechtsfähigkeit

Gestünde man der Erbengemeinschaft Rechtsfähigkeit zu, so entstände die Veröffentlichungs- und Angebotspflicht auch hier im ersten Schritt auf der Ebene der Gemeinschaft. Da sie dann allerdings selbst in personaler Hinsicht zum einzelnen Endzuordnungssubjekt würde, fände kein Durchschlag auf die einzelnen Miterben mehr statt. Die Erbengemeinschaft selbst wäre als ein einzelnes Subjekt zur Stimmrechtsmitteilung verpflichtet und damit in analoger⁴⁵⁴ Anwendung des § 2 Abs. 4 WpÜG ein einzelner Bieter. Die Erben würden die Pflichten für die Erbengemeinschaft als deren Organe erfüllen. Auch hier würde die Erfüllung durch einen der Miterben mit Wirkung für die gesamte Erbengemeinschaft gelten.

Wenn die gemeinschaftlichen Stimmrechte nicht nur objektbezogen auf einer separaten Vermögensebene, sondern auch personenbezogen einem

⁴⁵⁴ Da die Erbengemeinschaft in Ermangelung eines privatautonomen Entstehungsgrundes dann keine rechtsfähige Personengesellschaft, sondern eine rechtsfähige Personengemeinschaft darstellen würde (siehe zur begrifflichen Abgrenzung von Gesellschaft und Gemeinschaft oben Kap. 2 Fn. 147), wäre die Vorschrift des § 2 Abs. 4 WpÜG wohl nicht unmittelbar anwendbar.

eigenen, rechtsfähigen, von den Miterben abgetrennten Subjekt zugeordnet würden, dann erschiene eine Addition der Gemeinschaftsstimmrechte mit den Stimmrechten der Miterben als Privatpersonen erst recht unzulässig. Die Erbengemeinschaft wäre insofern noch im höheren Maße mit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gleichsetzbar. Die Zurechnung zu einem der beteiligten Miterben wäre nur unter den Voraussetzungen des § 30 WpÜG möglich.

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





Kapitel 6

Schluss

Bei der Ausübung der beleuchteten Mitgliedschaftsrechte durch eine Erbgemeinschaft ergeben sich keine Schwierigkeiten, die groß genug wären, um etwa die Notwendigkeit einer gesetzesübersteigernden Rechtsfortbildung¹ zu begründen.² Folglich lässt sich aus dem aufgedeckten Wertungsgeflecht, das die berührten Normen durchzieht, induktiv eine einzelne Schlussfolgerung für das dogmatische Verständnis von der gesamthänderischen Zuordnung der im Nachlass befindlichen Mitgliedschaft in einer Körperschaft ableiten.

A. Der gesamthänderische Zuordnungsdualismus

Bei der natürlichen Person existieren die Person A und ihr Vermögen auf der Ebene A. Bei der juristischen Person und auch den rechtsfähigen Personengesellschaften existieren die Person B (beziehungsweise das der Person insoweit gleichgestellte, rechtsfähige Subjekt B) und ihr Vermögen auf der Ebene B. Bei der nichtrechtsfähigen Erbgemeinschaft fällt infolge der Kollision des Gesamthandmodells mit dem Individualpersonenbegriff das heute ansonsten vorherrschende, dogmatische Konzept von Einzelsubjekt und Einzelvermögen auseinander. Hier existieren die Erben E_1 und E_2

¹ Siehe zum Begriff *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 413 ff.

² Allerdings ist zu berücksichtigen, dass, auch wenn durch die hier erarbeiteten Einzellösungen den Beteiligten und insbesondere der Erbenmehrheit wohl ein etwas größeres Maß an Rechtssicherheit und unternehmerischer Freiheit zugestanden würde, dies nicht das tatsächliche Problem der Streitanzfälligkeit innerhalb der Erbgemeinschaft löst. Berücksichtigt man dabei noch die vorbürgerlichen Wurzeln der Gesamthand, so lässt sich die Frage in den Raum stellen, ob der Gesetzgeber nicht gut damit beraten wäre, das Lösungskonzept der Erbgemeinschaft als den Nachlass verwaltende Gruppe als solches zumindest zu überprüfen, vgl. auch zu bestehenden Reformüberlegungen *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 113 f.

(beziehungsweise E₃, E₄ etc.) und ihr Vermögen auf der separaten Ebene X.³ Der Gesellschaftsanteil wird nicht dem einzelnen Miterben, sondern objektbezogen der eigenständigen, überindividuellen, nicht selbst versubjektivierten Vermögenssphäre der Erbengemeinschaft zugeordnet. Dies hat nicht nur zur Folge, dass die Erbengemeinschaft als solche eine verhältnismäßig atypische Erscheinungsform in der Dogmatik des Bürgerlichen Gesetzbuchs darstellt, bei der sich die Rechtsanwendung gerade dann als kompliziert erweist, wenn andere Rechtsmaterien berührt sind. Aus der Untersuchung ergibt sich vielmehr, dass die Verknüpfung der Rechtsbereiche auch dazu führt, dass in den einzelnen Rechtsmaterien, die durch den Gesellschaftsanteil berührt werden, genau darauf zu achten ist, ob der vermögensrechtliche Aspekt der gesamthänderisch gehaltenen Mitgliedschaft oder der personale Aspekt des einzelnen Miterben in den Vordergrund tritt, und dass diese beiden Faktoren nicht streng voneinander getrennt existieren, sondern hintereinander in einem wechselseitig aufeinander Bezug nehmenden Verhältnis stehen können.⁴ Damit ist die Frage, weshalb weite Teile der Rechtsprechung und der Literatur aneinander vorbeizureden scheinen, wenn sie sich zur Rechtsstellung einer Kapitalgesellschaftererbengemeinschaft äußern, beantwortet: Weder die These, dass die Erbengemeinschaft nur einen einzelnen Gesellschafter in der Körperschaft darstelle,⁵ noch die, dass die Miterben jeder für sich Gesellschafter seien,⁶ kann in ihrer jeweiligen Absolutheit als zutreffend bezeichnet werden. Vielmehr trifft je nach berührtem Rechtsproblem *beides* zu. Die Lösung liegt in der Unterscheidung nach der Art der Zuordnung. Im Grundsatz ist die Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft in einer Kapitalgesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft eine vermögensrechtlich zugeordnete Position,

³ Vgl. v. Tuhr, BGB AT I, 1910, § 3 III. (S. 80 f.).

⁴ Diese Terminologie bezieht sich trotz ihrer äußeren Ähnlichkeit wohl nicht auf die von H. Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 32 ff. vorgenommene Unterscheidung zwischen der personenrechtlichen und der vermögensrechtlichen Seite der Mitgliedschaft. Denn während er sich dabei letztlich wohl auf die mitgliedschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen Verwaltungsrechten und Vermögensrechten und damit auf einen ordnenden Inhaltsdualismus der Mitgliedschaft bezieht, geht es hier um den darüberliegenden Dualismus der gesamthänderischen Zuordnung.

⁵ Siehe oben Kap. 2 Fn. 17.

⁶ Siehe oben Kap. 2 Fn. 21.

sodass die Erbengemeinschaft prinzipiell in der Tat nur einen einzelnen Gesellschaftler darstellt. Bisweilen findet sich dann aber die Notwendigkeit zu einer Auslegung, die nur im ersten Schritt an die vermögensrechtliche Zuordnung der Mitgliedschaft anknüpft, die sich im zweiten Schritt jedoch maßgeblich an der personalen Zuordnung zu den einzelnen Miterben orientiert. Die objekt- und die subjektbezogene Betrachtung sind hier zwingend miteinander zu kombinieren. Diese Doppelzuordnung⁷, die wertungsabhängig mal vermögensbezogen-kollektiv und mal personenbezogen-individuell ausfallen kann, muss demnach im Wesen der gesamthänderischen Zuordnung selbst liegen. Es geht gar nicht anders, wenn man die Wertungen des allgemein bürgerlichen Rechtes, des Gesellschaftsrechts und des Kapitalmarktrechts miteinander in Einklang bringen will. Um das Bild der Quellen⁸ fortzusetzen, ließe sich daher sagen, dass, wenn die Erben als Gesamthand mit verschlungenen Händen daherkommen, grundsätzlich auf das Handgemenge, manchmal jedoch auch auf die einzelnen Gesichter zu schauen ist.

Die These, dass die Nachfolge einer Erbengemeinschaft in Kapitalgesellschaftsanteile „kaum konzeptionelle Probleme“⁹ bereite, dürfte den Umstand außer Acht lassen, dass sich dieser Dualismus von objektbezogener Vermögenszuordnung und subjektbezogener Personenzuordnung nicht aus theoretischen Erwägungen, sondern aus der pragmatischen Anwendung des kodifizierten Rechts selbst ergibt. Das Konzept der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft ist daher gedanklich insofern weiterzudenken, als sie den Rechtsanwender dazu zwingt, *zwischen den einzelnen Miterben als den relevanten Rechtssubjekten und der Vermögensebene der Gesamthand situativ je nach berührtem Rechtsgebiet, berührter Rechtsnorm und bisweilen sogar berührtem Tatbestandsmerkmal zu unterscheiden*.¹⁰ Es

⁷ Einen ähnlichen Zuordnungsdualismus entwickelt auf theoretischer Seite R. Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, passim, der zwischen Rechtszuständigkeit und Verfügungsmacht unterscheidet, dabei aber die Lehre von der ungeteilten Gesamtberechtigung ablehnt; vgl. dazu auch Brecher, AcP 166 (1966), 362 ff.; Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 101 ff.

⁸ Siehe oben Kap. 3 Fn. 85.

⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 415.

¹⁰ Das entspricht der Auffassung von J. Blomeyer, JR 1971, 397, 403: „Dabei dient der Zusatz ‚in ihrer Verbundenheit‘ gewissermaßen als Erinnerungszeichen dafür, daß

verhält sich demnach so, dass nicht nur die verschiedenen Arten der Gesamthand unterschiedlich stark auf die personenbezogene oder die vermögensbezogene Ebene ausgerichtet sind. Diese Wechselzuordnung ist aufgrund des Vorrangs der teleologischen Auslegung zwingend auch innerhalb der Erbgemeinschaft selbst und damit einer einzelnen Gesamthandsform zu berücksichtigen.

Kritiker haben diesen bislang wohl nur vage ausformulierten Ansatz der Verbundenheitslehre als „Kapitulation der Theorie vor der Fülle der

zur sachgemäßen Lösung der zahlreichen praktischen Einzelfragen der Gesamthand nicht nur Anteils- sondern auch Einheitsbetrachtung, – d. h. mal diese mal jene – im Hinblick auf die Zuordnung der Einzelgegenstände des Gesamthandsvermögens geboten ist“; ähnlich *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13, 15: „Denn der sachgemäßen und vernünftigen Lösung einer Einzelfrage kann in einem Falle die Rechts- und Pflichtenträgerschaft oder das Handeln der Gesamtheit, in einem anderen Fall einer Mehrheit, in einem dritten Fall eines einzelnen dienen. Es kommt nur darauf an, wie man die beste dieser drei Möglichkeiten auf Grund der gesetzlichen Zwecke, der Interessen der Beteiligten und der konkreten Normenwertungen für den Einzelfall bestimmt“; *Blaurock*, ZHR 137 (1973), 433, 435: „Ich meine, daß es in der Tat an der Zeit ist, der Gesamthand eine solche differenzierte Behandlung zuteil werden zu lassen, die ihre Funktion als Organisationsform eines Sondervermögens betont und den einzelnen Zweckrichtungen genügend Raum gewährt“; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 I. 1. b) (S. 247): „offenes Rechtsprinzip, das in seinem Kern [...] so angelegt ist, daß Ableitungen nach beiden Richtungen zulässig erscheinen“ und § 5 II. 3. a) (S. 263): „mehr ‚objektbezogen‘ hinsichtlich des Gesamthandsvermögens oder mehr ‚subjektbezogen‘ zugunsten der Gesamthänder“; ähnlich seinerzeit zum Gesamthandstheorienstreit bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts *Beuthien/A. Ernst*, ZHR 156 (1992), 227, 235: „alle praktisch wesentlichen Streitfragen lassen sich, jedenfalls was die Mitgliedschaftsfähigkeit von Personengesellschaften angeht, mit der einen wie der anderen Theorie beantworten. Jeweils hängt das Ergebnis nicht von der gewählten Gesamthandstheorie, sondern davon ab, welche Sachwertungen man im Einzelfall innerhalb der betreffenden Theorie anstellt“; vgl. auch *A. Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021, S. 131: „Bild eines Zauberwürfels [...], der sich über mehrere Raumachsen in verschiedene Richtungen drehen lässt und dabei immer wieder neue Farbmuster hervorbringt“, der sich dabei allerdings nur auf die Variationen zwischen verschiedenen Gesamthandsformen bezieht und wohl nicht die Situation innerhalb einer einzelnen Gesamthandsform ins Auge fasst.

praktischen Fragen¹¹, als „Element der Beliebigkeit“¹² oder – besonders drastisch – als Perversion der „Gesamthand zu einem janusköpfigen Billiinstrument, das wider sämtlicher sachenrechtlicher Bestimmtheit einer unüberschaubaren Einzelkasuistik Tür und Tür“¹³ öffne sowie als das Produkt eines „Verstandes zweiter Klasse“, der „entwickelt genug“ sei, „um beide Seiten der Sache zu sehen, aber sie immer nur abwechselnd, nie gleichzeitig“ sehe,¹⁴ bezeichnet. In dieser Kritik dürfte eine Überdehnung der Grenzen der Rechtsauslegung und letzten Endes ein methodischer Grundirrtum (*Proton Pseudos/falsche Prämisse*)¹⁵ stecken. Denn juristische Theorien sind als Teil des Prozesses der Bildung des inneren Systems überhaupt erst aus dem geltenden Recht mit seinen Normen, Regelungen und Regelungskomplexen unter Berücksichtigung aller dabei betroffenen Wertungen zu entwickeln.¹⁶ Da das Recht der Erbengemeinschaft über die

¹¹ *Eberl-Borges*, Die Erbaueinandersetzung, 2000, S. 13; zust. *Jäkel*, Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft und ihre Beteiligungsfähigkeit an Personengesellschaften, 2007, S. 7 Fn. 29; *R. Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 168: „ohne feste Vorstellung dessen, was unter einer Gesamthand in dogmatisch-konstruktiver Hinsicht zu verstehen ist, entbehrt die Praxis der massgeblichen Kriterien“.

¹² *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316, 324.

¹³ *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, 2015, S. 127.

¹⁴ *R. Kunz*, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, 1963, S. 83 (in rhetorischer Anlehnung an *v. Jhering*); zust. *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 124.

¹⁵ Siehe zum Begriff *Schnapp*, Logik für Juristen, 2016, S. 234 ff.; siehe auch *Kirchner/Michaëlis*, Wörterbuch der Philosophischen Grundbegriffe, 1907, S. 465.

¹⁶ *R. Dreier*, Recht – Moral – Ideologie, 1981, S. 70 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 449 ff.; vgl. auch *Engländer*, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, 1914, S. 6: „Es müssen daher die zur rechtlichen Konstruktion verwendeten Rechtsbegriffe aus dem positiven Recht selbst entwickelt werden“; *Kattausch*, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, 1911, S. 2: „Diese Arbeit berücksichtigt lediglich das geltende Recht: Aus ihm müssen sich die Begriffe, die ihm angehören, auch ableiten lassen“; *Ascheuer*, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, 1992, S. 223 f.; in anderem Zusammenhang zur GbR auch *Zöllner*, in: FS Kraft, 1998, 701 f.: „Ich wiederhole dabei als Grundeinstellung für den Umgang mit der Frage, daß man Rechtsfolgen im einzelnen nicht aus einer vorgefaßten Zuordnung der BGB-Gesellschaft zu bestimmten begrifflichen

Nachlassregelung der §§ 2038 ff. BGB und die Vielzahl an denkbaren Nachlassgegenständen eine ebenso große Vielzahl an Rechtsmaterien berührt, sind alle Wertungen, die mit dem jeweiligen Recht dieser Nachlassgegenstände zusammenhängen, zu berücksichtigen. Das macht es dann in der Tat erforderlich, die Frage nach der Rechtsnatur der gesamthänderischen Zuordnung für jede einzelne Rechtsmaterie induktiv in pragmatischer, sorgfältiger Kleinarbeit zu entschlüsseln und daraus dann erst im zweiten Schritt eine einheitliche Betrachtung zu entwickeln. Denn die Funktion der Dogmatik ist es, Wertungsfragen in Denkaufgaben zu übersetzen,¹⁷ nicht umgekehrt. Der vorzugswürdige Ansatz zur gesamthänderischen Zuordnung von Kapitalgesellschaftsanteilen bei einer Erbengemeinschaft lautet daher weder traditionelle Lehre beziehungsweise Vielheitstheorie noch Gruppenlehre beziehungsweise Einheitstheorie, sondern in der Tat Verbundenheitslehre. Alternativ böte sich zur Erläuterung dieses Begriffs die Bezeichnung der *Differenzial-* beziehungsweise *Situativtheorie* an. Die Uneinheitlichkeit der Zuordnung selbst ist die Lösung. Dafür spricht gerade auch der Umstand, dass ein Zugeständnis von Rechtsfähigkeit für die Erbengemeinschaft im Rahmen des Untersuchungsgegenstands keinen ersichtlichen Mehrwert hätte, da es an keinem für die mitgliederschaftliche Rechtsausübung relevanten Punkt zu einer greifbaren, sachlichen Verbesserung führen würde. Die Wirkung der Rechtsfähigkeit würde sich darauf beschränken, dass sie die jeweiligen Zurechnungspunkte in der Matrix zwischen dem einzelnen Miterben, dem Kollektiv der Erbengemeinschaft, der Gesellschaft und gegebenenfalls dem gemeinschaftlichen Vertreter sowie dem Testamentsvollstrecker entweder unberührt lässt oder bloß in formaler Hinsicht verschiebt. Inhaltlich gelöst würden die Probleme dadurch jedoch nicht. Der Rechtsanwender muss die jeweiligen Wertungen so oder so miteinander in Einklang bringen und dabei nach wie vor zwischen der Ebene des Nachlassvermögens und der des einzelnen Miterben differenzieren.¹⁸ Die Einordnung aus dem Jahr 1971, nach welcher der

Kategorien deduzieren darf, vielmehr sich zu bemühen hat, das Verständnis von der Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft so gut wie möglich an ihrem Normenbestand auszurichten“.

¹⁷ Esser, AcP 172 (1972), 97, 109, 113; zust. Reuter, AcP 207 (2007), 673, 674; vgl. auch Schönemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 59, 78.

¹⁸ Vgl. Beuthien/A. Ernst, ZHR 156 (1992), 227, 235.

Begriff „Rechtsträgerschaft der Gesamthänder in ihrer Verbundenheit“ das Ergebnis auf Grund seiner großen Spannbreite und seiner Elastizität decke, er es jedoch nicht von vornherein aufzwinge,¹⁹ hat zur Flexibilität der Zuordnung insofern nur vorskizziert, was der Sinn und Zweck im Einzelnen ohnehin vorgibt.

B. Ausblick

Auf der Grundlage dieses Ergebnisses ließe sich die Frage stellen, ob die das Verbundenheitsmodell der nach wie vor ganz herrschenden Meinung kritisierenden Theoretiker sich nicht möglicherweise allzu weit von der Frage nach den im geltenden Recht angelegten Wertungen entfernt haben.²⁰ Vielleicht liegt die eigentliche Krux auch gerade darin, welche Grundannahmen bei der dogmatischen Analyse des Rechts im Allgemeinen als gegeben vorauszusetzen sind, und welche nicht.²¹ Die in mancherlei Hinsicht scharf ausfallenden Formulierungen der Kritiker könnten darauf hinweisen,

¹⁹ J. Blomeyer, JR 1971, 397, 400.

²⁰ Vgl. zum Bestehen einer Lücke zwischen real praktizierter Rechtsanwendung und monographisch geprägter Theorienbildung in der Frage der Gesamthand *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13: „Von den Theorien zur Gesamthand läßt sich das im allgemeinen nicht sagen. Sie haben sich zwar nach der letzten Jahrhundertwende in einer kaum überschaubaren Fülle wissenschaftlicher Publikationen niedergeschlagen. Aber sie haben die Rechtsprechung entweder nur gering, mitunter sogar überhaupt nicht beeinflusst“, 14 f.: „Aber die meisten Theorien bemühen sich um originelle Angebote, jedoch auf Kosten der Grenzen einer Auslegung, die man nur ungerne ‚grenzenlos‘ nennen möchte. Fast nie bestätigen sie die herrschende Meinung“.

²¹ Vgl. die Argumentation von *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, der zunächst auf S. 36 betont, dass Rechtsdogmatik dem Zweck diene, „die Normen des geltenden Rechts in ihrem Zusammenhang zu *entwickeln*, sie zu *erklären* und zu *verstehen*“ und auf S. 38 ff. ein detailliertes, rechtsmethodisches Konzept zur induktiven Vorgehensweise skizziert, dann aber auf S. 60 ff., 67 ff., 110 ff. die einzelnen Gesamthandstheorien (darunter die Verbundenheitslehre) im Kern unter theoretischen Gesichtspunkten abzulehnen scheint und auf S. 164 ff. einen gestalttheoretischen Ansatz zur Gesamthand befürwortet, anstatt bereits auf dieser Ebene zu fragen, ob sich in den von den verschiedenen Formen der Gesamthand berührten Rechtsnormen Wertungen verbergen, die zwingend in Richtung einer bestimmten Theorie weisen; vgl. auch *Leipold*, ZZP 91 (1978), 353, 354 ff.

dass sich hinter dem Streit um die Rechtsnatur der gesamthänderischen Zuordnung ein tieferer, rechtsmethodischer Konflikt verbirgt. Auf welche gegebenen Strukturen und Prinzipien innerhalb des bürgerlichen Rechts darf sich eine induktive Analyse ausgehend von den Einzelrechtsnormen verlassen? Welchen konkret abgegrenzten methodologischen Anteil soll der induktive und welchen der deduktive Aspekt innehaben?²²

Im Übrigen könnte man auf der Grundlage des hier vorgestellten Ansatzes die Pflichtenseite der Erbgemeinschaft im Verhältnis zur Körperschaft in den Blick nehmen und untersuchen, ob sich das zu den mitgliederschaftlichen Rechten angerissene Modell auf das komplizierte Gebiet der Erbenhaftung übertragen lässt.

Auch ließen sich die anderen denkbaren Arten von Nachlassgegenständen in den Blick nehmen, bei denen die Gesamtrechtsnachfolge gilt. Dadurch könnte in Erfahrung gebracht werden, ob die situative Variation von vermögensorientierter und subjektorientierter Zuordnung des gesamthänderischen Nachlassgegenstands auch in diesen Rechtsmaterien zur Anwendung kommt. Infrage kämen insbesondere Grundstücke und digitale Nachlassgegenstände. Auch die erbgemeinschaftliche Berechtigung an Wohnungseigentum²³ bietet sich an. Als Kompass könnte möglicherweise wieder die Unterscheidung von mit dem Nachlassgegenstand verbundenen Rechten einerseits und von die Rechtsausübung einschränkenden Pflichten andererseits dienen. Es ist denkbar, dass sich dort ähnliche Mechanismen aufdecken lassen wie im Fall der hier untersuchten gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft. Möglicherweise wird die Sache von den Rechtsanwendern dort auch bereits stillschweigend so gehandhabt, ohne dass eine bewusste Klarstellung erfolgt, welcher Ansatz darin steckt. Sollte dem so sein, so ließe sich die Debatte um die Frage nach einem potenziellen Zugeständnis von Rechtsfähigkeit unter Umständen auch in diesen Bereichen neu ausrichten. Denn es ist denkbar, dass auch in den Rechtsgebieten anderer Nachlassgegenstände keine explizite Differenzierung von Vermögenszuordnung einerseits und personaler Zurechnung andererseits vorgenommen und damit der in den Wertungen angelegte, dritte Weg zwischen reinem

²² Vgl. *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 38 ff. und insb. 49.

²³ Vgl. dazu jüngst im kleinen Modell und mit Blick auf die Rechtsausübungsvereinheitlichungsvorschrift des § 25 Abs. 2 S. 2 WEG *Lehmann-Richter*, ZWE 2022, 389 ff.

Individualismus und reinem Kollektivismus übersehen oder übergangen wurde. Auch nichtprivatrechtliche Themen wie etwa die Rolle der Erben-gemeinschaft im Vermögensstrafrecht²⁴ ließen sich mit Blick auf die ge-wonnenen Erkenntnisse womöglich neu analysieren.

Denkbar wären auch entsprechende Untersuchungen zu potenziellen Sta-tusfragen bezüglich der Erben-gemeinschaft wie etwa der Arbeitgeber-eigenschaft nach § 611a BGB²⁵ oder der Verbraucher- beziehungsweise Unter-nehmereigenschaft nach den §§ 13 f. BGB, wobei explizit zwischen vermö-gensrechtlicher und personaler Zuordnung unterschieden werden und man sich den einschlägigen Wertungen von dieser Seite aus annähern könnte.

Schließlich bietet sich der diskursiv-historische Vergleich zum Rechts-institut der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an. Es erscheint denkbar, dass der hier vertretene Ansatz zur erbengemeinschaftlichen Gesamthand im Rahmen der extensiven Diskussion zur Rechtsnatur der Gesellschaft bür-gerlichen Rechts während des 20. Jahrhunderts womöglich bereits an einer Stelle vertreten oder vorgedacht wurde. Die Beantwortung dieser Frage würde jedoch eine umfangreiche historisch-theoretische Analyse erforder-lich machen, die im Rahmen des hier gewählten, pragmatisch-induktiven, auf das Recht der Erben-gemeinschaft begrenzten Untersuchungszuschnitts keinen Platz finden konnte. Eine im Jahr 1975 geäußerte Kritik²⁶ bezüglich der Vagheit der Verbundenheitslehre wäre allerdings wohl als erstes Indiz zu verstehen, dass dieser Ansatz seinerzeit noch nicht konsequent als sol-cher artikuliert wurde. Vielleicht ist es in der vorliegenden Untersuchung gelungen, einen Beitrag zu dessen Ausformulierung zu leisten. Aber wie man es auch dreht und wendet, so dürfte die Geschichte der Gesamthand aufgrund der vielfältigen Bezugspunkte, die sie mit den verschiedenen Un-terdisziplinen der Rechtswissenschaft verbindet, ohnehin noch lange nicht auserzählt sein.

²⁴ Dazu etwa jüngst *Zierden*, Die Erbenuntreue, 2022, passim.

²⁵ Vgl. dazu etwa LAG Hamm, Beschluss vom 04.01.2012 – 2 Ta 337/11, FamRZ 2012, 1907, 1908; zur Frage nach der Arbeitgeber-eigenschaft einer Gesellschaft bür-gerlichen Rechts seinerzeit auch BAG, Urteil vom 16.10.1974 – 4 AZR 29/74, BAGE 26, 320 ff.

²⁶ Vgl. *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975, S. 119: „solange die h. M. auf die notwendige Explikation des dogmatisch-konstruktiven Gehalts dieser Formel verzich-tet“.

C. Zusammenfassung in Thesen

Die folgenden Thesen fassen die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit zusammen:

1. Bei der im Nachlassvermögen befindlichen Mitgliedschaft in der privatrechtlichen Körperschaft wirkt sich das Prinzip der gesamthänderischen Zuordnung so aus, dass zwischen der objektbezogenen Ebene des Sondervermögens und der subjektbezogenen Ebene des einzelnen Miterben zu unterscheiden ist.

2. In den Rechtsanwendungsbereichen, die sich auf die unmittelbare Ausübung mitgliedschaftlicher Kapitalgesellschafterrechte beziehen, findet zuerst die Bündelung des Kollektivwillens der Erbengemeinschaft statt, der sich dann im zweiten Schritt als einzelner Wille nach außen hin vollzieht. Hier überwiegt – insbesondere in Bezug auf die verwaltende Funktionsfähigkeit der Erbengemeinschaft – aufgrund der allgemein bürgerlich-rechtlichen Dogmatik und den auf die Mitgliedschaft gerichteten Teilungsverboten das objektiv-vermögenszuordnende Element.

3. Die §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB schützen die Erbenminderheit vor einer quantitativ-wertsummenorientierten Minderung und die §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 S. 1 BGB vor einer qualitativ-strukturellen Umformung des Nachlasses.

4. Die Lücke im Rahmen der gegenwärtigen Auslegung des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB ist mithilfe der Business Judgment Rule im Wege einer analogen Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu schließen.

5. Die Willensbildung zwischen den Miterben nach § 2038 BGB wird nicht von wechselseitig schützenden, intraerbengemeinschaftlichen Treuepflichten beeinflusst.

6. Die Bevollmächtigung des gemeinschaftlichen Vertreters im Sinne des § 69 Abs. 1 AktG und des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG ist auf einen gesetzlich bestimmten Mindestumfang ausgelegt.

7. Jedes Auftreten der Miterben für die im Nachlass befindliche kapitalgesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft ist als gesamthänderische Vertretung *sui generis* einzuordnen.

8. Der wahre Wertungsunterschied zwischen dem Recht der GmbH einerseits und dem Aktienrecht sowie dem Genossenschaftsrecht andererseits liegt nicht in der Frage, ob ein gemeinschaftlicher Vertreter existiert,

sondern in der Möglichkeit des aktien- beziehungsweise genossenschaftsrechtlichen Versammlungsleiters, alle gemeinschaftlichen Vertreter bis auf einen von der Teilnahme an der Haupt- beziehungsweise Generalversammlung auszuschließen.

9. Die Vereinheitlichungsvorschriften des § 69 Abs. 1 AktG, des § 18 Abs. 1 GmbHG und auch des § 77 Abs. 1 S. 3 GenG sind auf die Rechtsausübung durch den einzelnen Testamentsvollstrecker nicht anwendbar; er ist kein gemeinschaftlicher Vertreter der Erbengemeinschaft.

10. Bei den Varianten der Register- beziehungsweise Listenpublizität im Aktienrecht, im Recht der GmbH und im Genossenschaftsrecht tritt im Anschluss an den vermögenszuordnenden Aspekt im zweiten Schritt der personale Aspekt des einzelnen Miterben in den Vordergrund. Denn die Vorschriften zur Eintragung sind darauf ausgerichtet, dass die Miterben als natürliche Personen mit ihren individuellen Daten eingetragen werden. Gleichwohl sind sie auch hier als ein einzelner Gesellschafter kenntlich zu machen, da zwingend der Zusatz „in Erbengemeinschaft“ (oder etwas gleichsetzbares) anzugeben ist und sie im Zweifel, sofern diese verwendet werden, mit einer einheitlichen Gesellschafternummer kenntlich zu machen sind.

11. Bei der mitgliedschaftlich kapitalgesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Erbengemeinschaft im Verhältnis zur Gesellschaft bleibt der Grundsatz der vermögensrechtlichen Betrachtung uneingeschränkt, da sich die Treuepflicht im Kern aus der Kombination von abstrakter und situativer Rechtsmacht des Gesellschafters speist und diese auf der Ausübung des Rechts selbst basiert. Die personale Zuordnung ist für die Verknüpfung der hier betroffenen Wertungen irrelevant. Denn die Rechtsmacht ergibt sich aus den mit dem Anteil verbundenen Mitgliedschaftsrechten und damit nicht aus der einzelnen Miterbenstellung, sondern aus der kollektiven Verwaltungsregelung des § 2038 BGB.

12. Bei den körperschaftsrechtlichen Stimmverboten wird der Grundsatz der Vermögenszuordnung gegebenenfalls durch den personalen Aspekt ergänzt, wenn der Personenbezug dies erforderlich macht. Nur wenn bei dieser Variante in der Person eines der Miterben ein hypothetisches körperschaftsrechtliches Stimmverbot vorliegt und dieser Miterbe einen beherrschenden Einfluss auf die Erbengemeinschaft, d. h. eine Erbquote von über 50 %, innehat, infiziert das personale Element bei ihm das vermögenszuordnende Element in Form der gesamthänderischen Mitgliedschaft.

13. Die bloße Existenz der Erbengemeinschaft führt nicht zu einem Konzernkonflikt im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 AktG. Dieser kann allerdings aufgrund anderweitiger Unternehmungen oder Beteiligungen entstehen, welche die Erbengemeinschaft mit dem Nachlass als vermögensrechtlichem Bezugspunkt eingeht. Besteht die Konzerngefahr nicht unmittelbar aufgrund der an den Nachlass gekoppelten Rechtsmacht, sondern in der Person eines der Miterben und ist diesem Miterben eine Erbquote von über 50 % zugeordnet, so wird die vermögensrechtliche Zuordnung der Mitgliedschaft in der Körperschaft durch eine personale ergänzt und die Trennung von Gesamthands- und Privatvermögen durchbrochen.

14. Bei den kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpHG und § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 WpÜG ist zwischen der Frage nach dem Verpflichteten und der Berechnung der zu publizierenden Stimmrechte zu unterscheiden. Bei dieser bleibt es im Grundsatz bei der rein vermögensrechtlichen Zuordnung, da die Stimmrechte aus den gesamthänderisch gehaltenen Aktien nicht mit den Stimmrechten der Miterben aus ihren privat gehaltenen Aktien addiert werden, es sei denn, dass einem der Miterben eine Erbquote von über 50 % zugewiesen ist. Bei jener tritt neben die vermögensrechtliche eine personale Orientierung, in dem jeder der Miterben für die eine Publizitätspflicht der Erbengemeinschaft verantwortlich ist. Ebenso wird die vermögensrechtliche durch die personale Zuordnung ergänzt, wenn die Frage im Raum steht, ob das familiäre Näheverhältnis im Rahmen des Befreiungsantrags nach § 36 Nr. 1 WpÜG gegeben ist.

Literaturverzeichnis

- Abeltshauser, Thomas E.*: Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht – Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht, Köln/Berlin 1998.
- Aderhold, Lutz*: Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft, Bonn 1981.
- Ahner, Nicole*: Die Rechtsstellung der Erbengemeinschaft in Prozess und Zwangsvollstreckung – Unter besonderer Berücksichtigung des Wandels im Verständnis der Gesamthandsgemeinschaft, Hamburg 2008.
- Aktiengesetz, Großkommentar: hrsg. von Wilhelm Gadow, Eberhard Heinen et al., 1. Auflage, Berlin 1939 (zit.: *Bearbeiter*, in: Großkomm. AktG, 1. Aufl. 1939, § Rn.).
- Aktiengesetz, Großkommentar:
Erster Band, 1. Halbband: §§ 1–75, hrsg. von Carl Barz, Herbert Bröner et al., 3. Auflage, Berlin 1973;
Erster Band, 2. Halbband: §§ 76–147, hrsg. von Joachim Meyer-Landrut, Wilhelm Gadow und Carl Hans Barz, 3. Auflage, Berlin 1973 (zit.: *Bearbeiter*, in: Großkomm. AktG, 3. Aufl. 1973, § Rn.).
- Aktiengesetz, Großkommentar: hrsg. von Heribert Hirte, Peter O. Mülbart und Markus Roth:
Erster Band: Einleitung, §§ 1–22, 5. Auflage, Berlin et al. 2017;
Zweiter Band, Teilband 2: §§ 41–53, 5. Auflage, Berlin et al. 2016;
Dritter Band, Teilband 2: §§ 67–75, 5. Auflage, Berlin et al. 2018;
Vierter Band, Teilband 2: §§ 92–94, 5. Auflage, Berlin et al. 2016;
Siebter Band, Teilband 2: §§ 131–146, 5. Auflage, Berlin et al. 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl., § Rn.).
- Alberts, Martin*: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Umbruch, Frankfurt am Main 1994.
- Alles, Max*: Der Tod des GmbH-Gesellschafters – Eine strukturelle Untersuchung zur Rechtsnachfolge von Todes wegen bei Gesellschaftsbeteiligungen, Köln, 2017.

- Altmeyden, Holger*: Neutralitätspflicht und Pflichtangebot nach dem neuen Übernahmerecht, ZIP 2001, S. 1073–1084.
- ders.*: Abschied von der „unwiderlegbar vermuteten“ Mitgliedschaft des Scheingesellschafters in der Kapitalgesellschaft, ZIP 2009, S. 345–354.
- ders.*: Gibt es Stimmverbote in der Einmann-Gesellschaft?, NJW 2009, S. 3757–3759.
- ders.*: Kernbereichslehre, Bestimmtheitsgrundsatz und Vertragsfreiheit in der Personengesellschaft, NJW 2015, S. 2065–2071.
- ders.*: Insichgeschäft und Stimmverbot am Beispiel der GmbH, in: Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, hrsg. von Meinrad Dreher et al., Berlin/Boston 2018, S. 1–16 (zit.: *Altmeyden*, in: FS Bergmann, 2018, S. 1).
- ders.*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 10. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Altmeyden*, § Rn.).
- Angerer, Lutz/Geibel, Stephan/Süßmann, Rainer*: Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) – Kommentar, 3. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, § Rn.).
- Ann, Christoph*: Die Erbengemeinschaft, Köln 2001.
- ders.*: Rechtsfähigkeit auch für die Erbengemeinschaft? – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11.9.2002 – XII ZR 187/00, MittBayNot 2003, S. 193–196.
- ders.*: Mitwirkungspflicht eines Miterben bei der Veräußerung eines Nachlassgrundstücks: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, MittBayNot 2006, S. 247–248.
- ders.*: Ausschluss eines Miterben vom Stimmrecht in der Miterbengemeinschaft: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 23.05.2007 – IV ZR 19/06, ZEV 2007, S. 487–489.
- ders.*: Kündigung eines Pachtvertrags als Verfügung über Nachlassgegenstand – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.04.2006 – LwZR 10/05, MittBayNot 2007, S. 133–135.
- ders.*: Der Konzeptionsmangel der Erbengemeinschaft zeigt an Problemen der Nachlassverwaltung durch Miterben, in: Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag – Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht, hrsg. von Thomas Wachter, Bonn 2009, S. 953–958 (zit.: *Ann*, in: FS Spiegelberger, 2009, S. 953).
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/0, ZEV 2010, S. 39–40.

- Anzinger, Heribert M.*: Die normative Reichweite des Transparenzgebots für Beteiligungen an börsennotierten Kapitalgesellschaften – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel im Melderegime, WM 2011, S. 391–397.
- Apfelbaum, Sebastian*: Gütergemeinschaft und Gesellschaftsrecht, Mitt-BayNot 2006, S. 185–195.
- Arends, Volker*: Die Offenlegung von Aktienbesitz nach deutschem Recht, Wiesbaden 2000.
- Armbrüster, Christian*: Zur uneinheitlichen Stimmrechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000 – Rechtsanwalt und Notar im Wirtschaftsleben, hrsg. von Harm Peter Westermann und Klaus Mock, Berlin 2000, S. 3–21 (zit.: *Armbrüster*, in: FS G. Bezenberger, 2000, S. 3).
- ders.*: Treuhänderische GmbH-Beteiligungen (II), GmbHR 2001, S. 1021–1032.
- Armbruster, Uli*: Die Erbgemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts, Diss., Univ. Tübingen, 1965.
- Arnim, Hans Herbert von*: Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin 1988.
- Ascheuer, Annette*: Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, Berlin 1992.
- Assmann, Heinz-Dieter/Pöttsch, Thorsten/Schneider, Uwe H.*: Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz – Kommentar, 3. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Assmann/Pöttsch/U. H. Schneider, § Rn.).
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Mülbert, Peter O.*: Wertpapierhandelsrecht – Kommentar: WpHG, MAR, PRIIP, MiFIR, Leerverkaufs-VO, EMIR, 7. Auflage, Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*; in: Assmann/U. H. Schneider/Mülbert, § Rn.).
- Assmann, Heinz-Dieter/Schütze, Rolf A./Buck-Heeb, Petra*: Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2020, § Rn.).
- Bacher, Philipp*: Die erweiterte Anwendung des Stimmverbots auf Beteiligungsverhältnisse, GmbHR 2001, S. 610–614.
- Bachmann, Gregor*: Namensaktie und Stimmrechtsvertretung, WM 1999, S. 2100–2108.
- ders.*: Die Einmann-AG, NZG 2001, S. 961–971.
- ders.*: Reformbedarf bei der Business Judgement Rule?, ZHR 177 (2013), S. 1–12.

- ders.*: Was ist eine „rechtsfähige Personengesellschaft“? – Ein Rätsel und seine Lösung, in: Festschrift für Karsten Schmidt – Band I, hrsg. von Katharina Boele-Woelki et al., München 2019, S. 49–63.
- Ballerstedt, Kurt*: Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/1951), S. 501–531.
- ders.*: Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, S. 253–263.
- Baltzer, Johannes*: Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln/Berlin 1965.
- Barella, Max*: Erbfolge bei GmbH-Gesellschaftern, GmbHR 1959, S. 45–47.
- Bartholomeyczik, Horst*: Die Miterbengemeinschaft im künftigen Recht, in: Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft – 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, hrsg. von Heinrich Lange, Tübingen 1940, S. 120–315.
- ders.*: Das Gesamthandsprinzip beim gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miterben, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965 – Band I, hrsg. von Rolf Dietz und Heinz Hübner, München 1965, S. 145–175 (zit.: *Bartholomeyczik*, in: FS Nipperdey I, 1965, S. 145).
- ders.*: Das Aktienpaket der Miterbengemeinschaft, in: Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung – Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag – 25. März 1970, hrsg. von Kurt Kuchinke, München 1970, S. 343–367 (zit.: *Bartholomeyczik*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 343).
- ders.*: Erbrecht – Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1971.
- ders.*: Willensbildung, Willensverwirklichung und das Gesamthandsprinzip in der Miterbengemeinschaft, in: Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag, 7. Juni 1972, hrsg. von Klemens Pleyer und Dietrich Schultz, Köln 1972, S. 13–35 (zit.: *Bartholomeyczik*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 13).
- Bartsch, Carolin*: Der (unternehmens-)verwaltende Testamentsvollstrecker und seine Haftung, Baden-Baden 2010.
- Barz, Carl Hans*: Anmerkung zu RG, Urteil vom 02.02.1938 – II ZR 174/37, JW 1938, S. 1400.
- Bauer, Patrick*: Zur Abhängigkeit einer AG von einem Konsortium – Kommentar zu OLG Hamm, NZG 2001, und LG Mosbach NZG 2001, 763, NZG 2001, S. 742–745.
- Baumann, Horst/Reiss, Wilhelm*: Satzungsergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht, ZGR 1989, S. 157–215.

- Baumann, Wolfgang*: Mehrfachbeteiligungen an Gesamthandsgemeinschaften oder die Eine-Person-Erbengemeinschaft (im Vergleich zur Einmann-Personengesellschaft), in: Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte – Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag, hrsg. von Wolfgang Baumann, München 2005, S. 15–38 (zit.: *W. Baumann*, in: FS Otte, 2005, S. 15).
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*: Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968 (zit.: *Bearbeiter*, in: Baumbach/ A. Hueck, § AktG Rn.).
- Baums, Theodor*: Der Aufsichtsrat – Aufgaben und Reformfragen, ZIP 1995, S. 11–18.
- Baums, Theodor/Thoma, Georg F.*: WpÜG – Kommentar zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Band I und II, Loseblattwerk mit 16. Aktualisierung, Köln Dezember 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Baums/Thoma, § Rn.).
- Baus, Kirsten*: Kooperationsfähigkeit als Schlüsselkompetenz – Familienstrategie und Unternehmerfamilien, in: Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft – Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, hrsg. von Rainer Kirchdörfer et al., München 2009, S. 3–19.
- Bayer, Josef*: Die Schuld- und Haftungsstruktur der Erbengemeinschaft, Diss., Univ. Augsburg 1993.
- Bayer, Walter*: Der an der Tochter beteiligte Mehrheitsgesellschafter der Mutter: herrschendes Unternehmen? – Zugleich Besprechung der Entscheidung BGHZ 148, 123 (MLP), ZGR 2002, S. 933–954.
- ders.*: Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, hrsg. von Georg Bitter et al., Berlin/Köln 2009, S. 85–104 (zit.: *W. Bayer*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 85).
- ders.*: Gesellschafterliste: Einreichungspflichtige Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse, GmbHR 2012, S. 1–7.
- Bayer, Walter/Habersack, Mathias*: Aktienrecht im Wandel, Band I: Entwicklung des Aktienrechts, Tübingen 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: W. Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I, 2007, Kap. Rn.).
- Bayer, Walter/Hoffmann, Thomas*: Hauptversammlungsleitung: Statuarische Regelungen, AG 2012, R339–R341.
- Bayer, Walter/Sarakinis, Niovy*: Der gemeinschaftliche Vertreter der Erbengemeinschaft im Aktienrecht, NZG 2018, S. 561–571.

- Becker, Peter*: Rechtsfähigkeit der Erbgemeinschaft – Anmerkung zu SozG Konstanz, FamRZ 2014, 1812, FamRZ 2014, S. 1756–1761.
- Becker, Udo*: Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, Tübingen 2016.
- Beck-online.GROSSKOMMENTAR zum BGB: Hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BGB, § (Stand) Rn.).
- Beck-online.GROSSKOMMENTAR zum HGB: Hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK HGB, § (Stand) Rn.).
- Beck'scher Online-Kommentar zum BGB: Hrsg. von Wolfgang Hau und Roman Poseck, 64. Edition, Stand 01.11.2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB, § (Stand) Rn.).
- Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG: Hrsg. von Hildegard Ziemons, Carsten Jaeger und Moritz Pöschke, 54. Edition, Stand: 01.03.2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK GmbHG, § (Stand) Rn.).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz: Hrsg. von Volker Epping und Christian Hillgruber, 53. Edition, Stand: 15.11.2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG, § (Stand) Rn.).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Wertpapierhandelsrecht: Hrsg. von Christoph H. Seibt, Petra Buck-Heeb und Rafael Harnos, 6. Edition, Stand: 15.11.2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK WpHR, § (Stand) Rn.).
- Beck'scher Online-Kommentar zur Zivilprozessordnung: Hrsg. von Volkert Vorwerk und Christian Wolf, 47. Edition, Stand: 01.12.2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK ZPO, § (Stand) Rn.).
- Bengel, Manfred/Reimann, Wolfgang*: Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § Rn.).
- Berger, Christian/Frege, Michael C.*: Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz – Haftungsprivileg für den Verwalter?, ZIP 2008, S. 204–210.
- Berger, Christian/Frege, Michael C./Nicht, Matthias*: Unternehmerische Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren – Entscheidungsfindung, Kontrolle und persönliche Haftung, NZI 2010, S. 321–332.
- Berner, Klaus/Stadler, Markus*: Die uneinheitliche Stimmabgabe beim GmbH-Geschäftsanteil – Gesetzesverstoß oder sinnvolles, gleichermaßen auch zulässiges Gestaltungsmittel?, GmbHR 2003, S. 1407–1412.
- Bertzel, Karl*: Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn, AcP 158 (1959/1960), S. 107–150.

- Beseler, Georg*: System des gemeinen deutschen Privatrechts – Erste Abteilung. Allgemeiner Theil. Das allgemeine bürgerliche Recht., 4. Auflage, Berlin 1885 (zit.: *Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts I, 1885, S.).
- Bettecken, Anne-Kathrin*: Die Gesellschafterstellung von Miterben an GmbH-Geschäftsanteilen, Baden-Baden 2016.
- Beurskens, Michael/Ehricke, Ulrich/Ekkenga, Jens*: Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Beurskens/Ehricke/Ekkenga, § Rn.).
- Beutel, Bianca*: Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste, NZG 2014, S. 646–650.
- Beuthien, Volker*: Die Miterbenprokura, in: Festschrift für Robert Fischer, hrsg. von Herbert Wiedemann, Marcus Lutter und Walter Stimpel, Berlin/New York 1979, S. 1–18 (zit.: *Beuthien*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 1).
- ders.*: Zur Begriffsverwirrung im deutschen Gesellschaftsrecht, JZ 2003, S. 715–722.
- ders.*: Zur Grundlagengewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts, NJW 2005, S. 855–860.
- ders.*: Darf die Innengesellschaft kein Vermögen bilden?, NZG 2017, S. 201–205.
- ders.*: Genossenschaftsgesetz – mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft, 16. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Beuthien, § Rn.).
- Beuthien, Volker/Ernst, Astrid*: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mitglied einer eG, ZHR 156 (1992), S. 227–247.
- Beuthien, Volker/Götz, Gerhard*: Anm. zum Beschluß des LG Kassel (12 T 1/75) vom 09.04.1975, ZfG 1976, S. 78–83.
- Binder, Julius*: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch – III. Teil, Leipzig 1905 (zit.: *Binder*, Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB III, 1905, S.).
- ders.*: Der Gegenstand, ZHR 59 (1907), S. 1–78.
- ders.*: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Band XI, Bürgerliches Recht, Erbrecht, 2. Auflage, Berlin 1930 (zit.: *Binder*, Erbrecht, 1930, S.).
- Bitter, Christian von*: Das Informationsrecht der GmbH-Gesellschafter in §§51 a, 51 b GmbHG, ZIP 1981, S. 825–832.

- Blasche, Sebastian*: Die Anwendung der Business Judgment Rule bei Kollegialentscheidungen und Vorliegen eines Interessenkonflikts bei einem der Vorstandsmitglieder, AG 2010, S. 692–699.
- ders.*: Zulässigkeit und Rechtswirkungen der Eintragung eines gemeinschaftlichen Vertreters im Aktienregister, AG 2015, S. 342–348.
- ders.*: Die uneinheitliche Abgabe der Stimmen aus GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 2016, S. 99–104.
- Blaufuß, Henning/Braun, Michael Josef*: Der gemeinsame Vertreter der Anleihegläubiger nach § 19 II 1 SchVG – Erfüllung der Berichtspflicht aus § 7 II 4 SchVG über das Internet und Anmeldungen zur Insolvenztabelle, NZI 2016, S. 5–11.
- Blaurock, Uwe*: Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, ZHR 137 (1973), S. 433–436.
- Bletz, Ralf Dieter*: Die Mitgliedschaft der Erbgemeinschaft in der OHG, Diss., Univ. Marburg 1983.
- Blomeyer, Jürgen*: Die Rechtsnatur der Gesamthand, JR 1971, S. 397–403.
- Blusz, Pawel*: Kapitalmarktrechtliche Besonderheiten bei börsennotierten Aktiengesellschaften in der Nachfolgeplanung, ZEV 2014, S. 339–344.
- Bock, Merle*: Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses, AcP 217 (2017), S. 370–417.
- Boehmer, Gustav*: Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927.
- ders.*: Zur Rechtsreform des Pflichtteilsrechts, AcP 144 (1938), S. 32–88.
- Bohne, Gerhard*: Erbgemeinschaft und Miterbenanteil, Diss., Univ. Köln 1929.
- Bolle, Walter*: Der Geschäftsanteil in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss., Univ. Leipzig 1908.
- Bollmann, Christian-Friedrich*: Der Schadenersatzanspruch gemäß § 317 AktG bei Schädigung der abhängigen Eine-Person-AG, Berlin 1995.
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten*: GmbHG – Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage, Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bork/C. Schäfer, § Rn.).
- Börner, Bodo*: Die Erbgemeinschaft als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, AcP 166 (1966), S. 426–453.
- Borowski, Sascha*: Schuldverschreibungsgesetz, 1. Online-Auflage, 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Borowski, § Rn.).
- Borries, Stephan*: Anforderungen an Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 13.10.2020 – II ZR 359/18, NZG 2020, 1384, NZG 2021, S. 194–198.

- Bosch, Nikolaus/Lange, Knut Werner*: Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, JZ 2009, S. 225–237.
- Böttcher, Lars*: Verpflichtungen des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, S. 49–54.
- Böttcher, Lars/Habighorst, Oliver/Schulte, Christian/Althoff, Markus*: Umwandlungsrecht – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Verfahrensrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Böttcher/Habighorst et al., § Rn.).
- Böttcher, Eduard*: Erbe und Gemeinschuldner als gewillkürte Prozeßstandschafter des Nachlaß- und Konkursverwalters – Kritische Bemerkungen zu BGHZ 38, 281 und 35, 180, JZ 1963, S. 582–586.
- ders.*: Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZZP 77 (1964), S. 55–77.
- Brach, Thomas*: Die Funktionen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Bruchteilsgemeinschaft – Eine Untersuchung am Beispiel der Maschinengemeinschaften, Frankfurt am Main 2001.
- Braun, Eberhard*: Insolvenzordnung – InsO mit EuInsVO (2015), Kommentar, 9. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: E. Braun, § Rn.).
- Braun, Hendrik*: Das einflusslose Mitglied im Stimmrechtspool – Bieter i.S. des § 35 II WpÜG? –, NZG 2008, S. 928–933.
- ders.*: Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem WpÜG – Zugleich eine vergleichende Untersuchung zum Recht des Vereinigten Königreichs, Österreichs und der Schweiz, Baden-Baden 2008.
- Braun, Reiner/Pfeiffer, Ulrich/Thomschke, Lorenz*: Erben in Deutschland – Volumen, Verteilung und Verwendung, Köln 2011.
- Brazel, Margrit*: Die Rechtsstellung der Genossen-Erben gegenüber der eingetragenen Genossenschaft und ihre Nachschußpflicht im Genossenschaftskonkurs – ein Beitrag zum Problem der Vererbung der Mitgliedschaft, Diss., Univ. Mainz 1983.
- Brecher, Fritz*: Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, AcP 166 (1966), S. 362–367.
- ders.*: Funktionsaufteilung als Zivilrechtsproblem, in: Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung – Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag – 25. März 1970, hrsg. von Kurt Kuchinke, München 1970, S. 123–162 (zit.: *Brecher*, in: FS Heinrich Lange, 1970, S. 123).
- Brehsan, Godo/Gohrke, Thomas/Opolony, Bernhard*: Der ausreichende Nachweis ordnungsgemäßer Bevollmächtigung nach § 174 BGB aus anwaltlicher Sicht, ZIP 2001, S. 773–781.

- Brellocks, Michael*: Die Neuregelung der kapitalmarktrechtlichen Beteiligungspublizität – Anmerkungen aus Sicht der M&A- und Kapitalmarktpraxis, AG 2016, S. 157–170.
- Bressendorf, Tobias von/Meise, Clara*: Die Erbgemeinschaft am GmbH-Geschäftsanteil, RFamU 2022, S. 105–110.
- Brete, Raik/Braumann, Florian*: Das Informationsrecht des Gesellschafters der verschiedenen Gesellschaftsformen, GWR 2019, S. 59–66.
- Brock, Karl*: Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, Berlin 2017.
- Brodmann, Erich*: Aktienrecht, 1. Auflage, Berlin/Leipzig 1928 (zit.: *Brodmann*, in: ders., § Rn.).
- Brömmelmeyer, Christoph*: Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule, WM 2005, S. 2065–2070.
- Brouwer, Tobias*: Stimmrechtsverlust de lege ferenda bei unterlassener Meldung potentieller Stimmrechte (§§ 25, 25a WpHG), AG 2012, S. 78–86.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: Erbrecht, 29. Auflage, München 2021.
- Buchda, Gerhard*: Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Marburg 1936.
- Bucher, Eugen*: «Schuldverhältnis» im BGB: ein Terminus – drei Begriffe, in: Norm und Wirkung – Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, hrsg. von Eugen Bucher et al., Bern 2005, S. 93–139.
- Buchka, Hermann*: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock/Schwerin 1852.
- Buchwald, Friedrich*: Zum Wesen des GmbH-Geschäftsanteils, GmbHR 1962, S. 25–26.
- Budzikiewicz, Christine*: Digitaler Nachlass, AcP 218 (2018), S. 558–593.
- Bülow, Christoph von/Petersen, Sven*: Der verlängerte Rechtsverlust auf Grund der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Mitteilungspflichten, NZG 2009, S. 481–486.
- Bülow, Christoph von/Stephanblome, Markus*: Acting in Concert und neue Offenlegungspflichten nach dem Risikobegrenzungs-gesetz, ZIP 2008, S. 1797–1806.
- Bunke, Caspar*: Fragen der Vollmachtserteilung zur Stimmrechtsausübung nach §§ 134, 135 AktG, AG 2002, S. 57–72.
- Bunz, Thomas*: Die Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten im Kollegialorgan, NZG 2011, S. 1294–1296.

- ders.*: Suspensiveffekt von Befreiungs- und Nichtberücksichtigungsanträgen im Übernahmerecht (§§ 36, 37 WpÜG), ZIP 2014, S. 454–457.
- ders.*: Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzungen – Eine Fallstudie, CCZ 2021, S. 81–88.
- Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter*: Erbrecht, 4. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Burandt/Rojahn, § Rn.).
- Burgard, Ulrich*: Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeit- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft, Berlin 1990.
- ders.*: Die Offenlegung von Beteiligungen bei der Aktiengesellschaft, AG 1992, S. 41–55.
- ders.*: Die Berechnung des Stimmrechtsanteils nach §§ 21–23 Wertpapierhandelsgesetz, BB 1995, S. 2069–2078.
- ders.*: Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH, ZIP 2002, S. 827–839.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten/Lieder, Jan*: Aktiengesetz, 5. Auflage, Heidelberg 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bürgers/Körber/Lieder, § Rn.).
- Busche, Jan*: Die Information der Aktionäre über Angelegenheiten der Gesellschaft, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, hrsg. von Michael Martinek, Peter Rawert und Birgit Weitemeyer, S. 939–956 (zit.: *Busche*, in: FS Reuter, 2010, S. 939).
- Butzke, Volker*: Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 5. Auflage, Stuttgart 2011.
- Bydlinski, Franz*: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996.
- Cahn, Andreas*: Probleme der Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem WpHG bei Veränderungen des Stimmrechtsanteils an börsennotierten Gesellschaften, AG 1997, S. 502–512.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage, Berlin 1983.
- ders.*: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1983.
- ders.*: Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006.
- Casper, Matthias*: Das Anfechtungsklageerfordernis im GmbH-Beschlußmängelrecht, ZHR 163 (1999), S. 54–86.
- ders.*: Acting in Concert – Grundlagen eines neuen kapitalmarktrechtlichen Zurechnungstatbestandes, ZIP 2003, S. 1469–1477.
- Chachulski, Claudia*: Verlängerter Rechtsverlust nach § 28 Satz 3 WpHG bei Erfüllung aktueller Meldepflichten, BKR 2010, S. 281–283.

- Coester-Waltjen, Dagmar*: Gesamthandsgemeinschaften, JURA 1990, S. 469–473.
- Cohn, Georg*: Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen – IV. Erbrecht, Berlin 1900 (zit.: *Cohn*, Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen IV, S.).
- Coing, Helmut*: Die Anlagevorschriften des deutschen Erbrechts, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht – Festschrift für Heinz Kaufmann zum 65. Geburtstag, hrsg. von Horst Bartholomeyczik, Goldbach 1972, S. 127–137 (zit.: *Coing*, in: FS Kaufmann, 1972, S. 127).
- ders.*: Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973.
- Damler, Daniel/Zeyher, Stefan*: Der Rechtsirrtum in der offenen Gesellschaft – Theorie und Praxis, AcP 218 (2018), S. 905–943.
- Damrau, Jürgen*: Erbenmehrheit und Familiengericht, ZEV 2006, S. 190–192.
- Däubler, Wolfgang*: Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, Köln 1965.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen – Haftung und Haftungsbeschränkung – Zugleich ein Beitrag zum Unternehmen im Erbgang, Tübingen 1998.
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner*: Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldrecht:
Band 2/1: §§ 241–487, 4. Auflage, Baden-Baden 2021;
Band 2/3: §§ 662–853, 4. Auflage, Baden-Baden 2021
(zit.: *Bearbeiter*, in: Dauner-Lieb/Langen, § Rn.).
- DAV-Handelsrechtsausschuss: Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie, NZG 2015, S. 1069–1072.
- Demko, Daniela*: Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, Berlin 2002.
- Dempewolf, Günter*: Zum Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Prokura nach dem Tode des Erblassers, DB 1955, S. 889–890 und DB 1956, S. 886–887.
- Derpa, Christian*: Die Zurechnung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns bei Vertretung kraft Amtes, Bonn 1973.
- Derst, Philipp*: Ansprüche von Aktionären bei unterlassenem Pflichtangebot – Anlegerschutz im WpÜG, Baden-Baden 2010.
- Dieckmann, Andreas*: Gesamthand und juristische Person, Tübingen 2019.
- Dietl, Fabian*: Die mehrköpfige Gesellschafterversammlung in kommunalen Unternehmen, KommJur 2019, S. 45–49.

- Dietrich, Christian*: Voraussetzungen und Inhalte einer Geschäftsordnung der Hauptversammlung – zugleich eine Besprechung des Art. 1 Nr. 16 (§ 129 I 1 AktG neu) des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), NZG 1998, S. 921–929.
- Dölle, Hans*: Neutrales Handeln im Privatrecht – Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung, in: Festschrift Fritz Schulz – Zweiter Band, Weimar 1951, S. 268–280 (zit.: *Dölle*, in: FS F. Schulz II, 1951, S. 268).
- Dönges, Flemming Vasco*: Die §§ 21 ff. WpHG als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Würzburg 2012.
- Dorpalen, Andreas*: Die Treupflicht des Aktionärs, ZHR 102 (1936), S. 1–30.
- Dörrie, Robin*: Reichweite der Kompetenzen des Testamentsvollstreckers an Gesellschaftsbeteiligungen, ZEV 1996, S. 370–376.
- Dreher, Meinrad*: Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), S. 150–171.
- Dreier, Ralf*: Zum Begriff der „Natur der Sache“, Berlin 1963.
- ders.*: Recht – Moral – Ideologie – Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1981.
- Drinhausen, Florian/Eckstein, Hans-Martin*: Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, 3. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Drinhausen/Eckstein, Beck'sches Handbuch der AG, 2018, § Rn.).
- Drinhausen, Florian/Marsch-Barner, Reinhard*: Zur Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden als Leiter der Hauptversammlung einer börsennotierten Gesellschaft, AG 2014, S. 757–769.
- Druey, Jean Nicholas*: Wie verbindlich ist ein Beschluss?, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag – Band I, hrsg. von Katharina Boele-Woelki et al., München 2019, S. 249–259 (zit.: *Druey*, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 249).
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert*: Grundgesetz – Kommentar, 99. Ergänzungslieferung, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/R. Scholz, Art. Rn.).
- Düringer, Adalbert/Hachenburg, Max*: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, III. Band / 1. Teil: Einleitung, Die Aktiengesellschaft im Leben der Wirtschaft und §§ 178–230a, 3. Auflage, Mannheim et al. 1934 (zit.: *Bearbeiter*, in: Düringer/Hachenburg, § Anm.).
- Ebeling, Jürgen/Geck, Richard*: Handbuch der Erbengemeinschaft – Steuerrecht – Zivilrecht, 57. Lieferung Juni 2021, Köln 2021.

- Ebenroth, Carsten Thomas*: Erbrecht, München 1992 (zit.: *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, §).
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz*: Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band 1: §§ 1–342e, 4. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Ebenroth/Boujong et al.*, § Rn.).
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung, Tübingen 2000.
- Dies.*: Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft nach dem Urteil des BGH vom 29.1.2001 zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR, ZEV 2002, S. 125–132.
- Dies.*: Mehrheitserfordernisse in der Miterbengemeinschaft bei wesentlichen Verwaltungsmaßnahmen: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, LMK 2006, 171983.
- Dies.*: Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung, NJW 2006, S. 1313–1315.
- Dies.*: Der blockierende Miterbe, ErbR 2008, S. 234–246.
- Dies.*: Blockadepolitik in der Erbengemeinschaft, in: *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, Band 2, hrsg. von Karlheinz Muscheler, Tübingen 2012, S. 1–21 (zit.: *Eberl-Borges*, in: *Hereditare Band II* (2012), S. 1).
- Dies.*: Die Veräußerung von Grundstücken durch eine Erbengemeinschaft, NJW 2020, S. 3137–3141.
- Dies.*: Geschäftsführung ohne Auftrag unter Miterben?, ZEV 2022, S. 1–5.
- Edenfeld, Stefan*: Lebenslange Bindungen im Erbrecht, DNotZ 2003, S. 4–20.
- Effer-Uhe, Daniel Oliver*: Singularia non sunt extendenda – Eine zweifelhafte Rechtsregel und ihr römisch-rechtlicher Ursprung, in: *Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung – Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Moritz Brinkmann, Daniel Oliver Effer-Uhe et al., Köln 2018, S. 15–26 (zit.: *Effer-Uhe*, in: *FS Prütting*, 2018, S. 15).
- Ehricke, Ulrich*: Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz – Wege zur Vergrößerung der Haftungsmasse abhängiger Konzernunternehmen im Konkurs und Verfahrensfragen. Eine rechtsvergleichende Analyse, Tübingen 1998.
- Ehricke, Ulrich/Roth, Markus*: Squeeze-out im geplanten deutschen Übernahmerecht, DStR 2001, S. 1120–1127.
- Ehrlich, Eugen*: Die juristische Logik, 2. Auflage, Tübingen 1925.
- Eichmanns, Max*: Erwerb und Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils durch eine Erbengemeinschaft, Diss., Univ. Köln 1980.

- Eisele, Stefan*: § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – Ein sicherer Hafen? – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgement Rule deutscher Prägung, Jena 2016.
- Eiselt, Gerhard*: Die Vererbung der Beteiligung an einer OHG, AcP 158 (1959/60), S. 319–335.
- Ekkenga, Jens/Hofschroer, Josef*: Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Teil II), DStR 2002, S. 768–777.
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias*: Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 10. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Emmerich/Habersack, § Rn.).
- Endemann, Friedrich*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts:
Dritter Band: Erbrecht: Erste Hälfte, 9. Auflage, Berlin 1919;
Dritter Band: Erbrecht: Zweite Hälfte, 9. Auflage, Berlin 1920.
- Engisch, Karl*: Die Einheit der Rechtsordnung, Universität Heidelberg 1935.
- ders.*: Die Relativität der Rechtsbegriffe, in: Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, Berlin 1959, S. 59–75.
- ders.*: Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage, Stuttgart 2018.
- Engländer, Konrad*: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft – Teil I: Grundlegung, Berlin 1914.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Einleitung, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Marburg 1931 (zit.: *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I, 1931).
- Dies.*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Ein Lehrbuch – Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, 15. Auflage, Tübingen 1960 (zit.: *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT II, 1960).
- Erbarth, Alexander*: Die Ehe ist kein Schuldverhältnis – Abgrenzung familienrechtlicher Rechtsverhältnisse von Schuldverhältnissen, NJW 2013, S. 3478–3484.
- Erker, Astrid*: Die Business Judgment Rule im Haftungsstatut des Insolvenzverwalters, ZInsO 2012, S. 199–204.
- Erlen, Franziska*: Die Markenrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, Berlin 2006.
- Erman, Walter*: Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar:
Band I: §§ 1–778., 16. Auflage, Köln 2020;
Band II: §§ 779–2385, 16. Auflage, Köln 2020
(zit.: *Bearbeiter*, in: Erman, § Rn.).

- Ernst, Wolfgang*: Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus – Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, hrsg. von Martin G. Häublein und Stephen Utz, Berlin 2012, S. 1–42 (zit.: *W. Ernst*, in: FS Leenen (2012), S. 1).
- Esser, Josef*: Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97–130.
- Fabricius, Fritz*: Relativität der Rechtsfähigkeit – Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München 1963.
- Faden, Christoph*: Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), Göttingen 2008.
- Farkas-Richling, Dirk*: Ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlassvermögens im Wertpapierbereich nach § 2216 BGB, ZEV 2007, S. 310–313.
- Feldmann, Hans*: Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Zürich 1954.
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung – Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998.
- Felzl, Christian*: Der Beschluss als Instrument organschaftlicher Willensbildung im Privatrecht, in: Festschrift für Josef Aicher, hrsg. von Florian Schuhmacher, Wien 2012, S. 79–114 (zit. *Felzl*, in: FS Aicher, 2012, S. 79).
- Fezer, Karl-Heinz*: Markenrecht – Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen; Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 4. Auflage, München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fezer, § Rn.).
- Fischer* (Vorname unveröffentlicht): Anmerkung zu RG, Urteil vom 16.10.1925 – III 650/24, JW 1926, S. 549–550.
- Fischer, Curt Eduard*: Die Reform des Aktiengesetzes – Grundsätzliche Gesichtspunkte und einige Vorschläge für die Neufassung, AcP 154 (1955), S. 181–243.
- Fischer, Nicolai*: Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata), Berlin 2018.
- Fischer, Robert*: Fortführung eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft, ZHR 144 (1980), S. 1–17.
- Flechtheim, Julius*: Zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen, JW 1925, S. 564–573.
- Fleck, Hans-Joachim*: Stimmrechtsabspaltung in der GmbH?, in: Festschrift für Robert Fischer, hrsg. von Herbert Wiedemann, Marcus Lutter

- und Walter Stimpel, Berlin et al. 1979, S. 107–129 (zit.: *Fleck*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 107).
- Fleischer, Holger*: Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, S. 1–11.
- ders.*: Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, S. 1045–1058.
- ders.*: Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, S. 685–692.
- ders.*: Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, S. 1129–1137.
- ders.*: Aktienrechtliche Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, S. 141–152.
- ders.*: Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NJW 2005, S. 3525–3530.
- ders.*: Rechtsverlust nach § 28 WpHG und entschuldbarer Rechtsirrtum des Meldepflichtigen, DB 2009, S. 1335–1341.
- ders.*: Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, S. 1305–1316.
- Fleischer, Holger/Harzmeier, Lars*: Zur Abdingbarkeit der Treuepflichten bei Personengesellschaft und GmbH, NZG 2015, S. 1289–1297.
- Fleischer, Holger/Körber, Torsten*: Der Rükckerwerb eigener Aktien und das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, BB 2001, S. 2589–2595.
- Fleischer, Holger/Schmolke, Klaus Ulrich*: Zum beabsichtigten Ausbau der kapitalmarktrechtlichen Beteiligungstransparenz bei modernen Finanzinstrumenten (§§ 25, 25a DiskE-WpHG), NZG 2010, S. 846–854.
- Flume, Werner*: Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), S. 177–207.
- ders.*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Erster Band, Erster Teil: Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg 1977;
Erster Band, Zweiter Teil: Die juristische Person, Berlin/Heidelberg 1983;
Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 1992 (zit.: *Flume*, BGB AT, §).
- ders.*: Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs – Zugleich eine Besprechung des Girmes-Urteils des BGH vom 20. März 1995 – II ZR 205/94, ZIP 1995, 819, ZIP 1996, S. 161–167.

- Foerster, Max*: Die Zuordnung der Mitgliedschaft, Tübingen 2018.
- Fomm, Martin*: Das Stimmverbot des Aktionärs in der Generalversammlung, Leipzig 1933.
- Förl, Thomas*: Die neue Teilbarkeit von Geschäftsanteilen – einfach (und) gut?, RNotZ 2008, S. 409–417.
- Franck, Jens-Uwe*: Die Stimmrechtszurechnung nach § 22 WpHG und § 30 WpÜG, BKR 2002, S. 709–716.
- Frank, Michael Adam*: Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, Baden-Baden 2002.
- ders.*: Die Testamentsvollstreckung über Aktien, ZEV 2002, S. 389–394.
- ders.*: Verwaltungskompetenz des Testamentsvollstreckers und Organkompetenz – Zur Vereinbarkeit der Befugnisse eines fremdnützigen Vermögensverwalters mit dem Amt des Vorstands und des Aufsichtsrats in der AG, NZG 2002, S. 898–904.
- Frieser, Andreas/Pothast, Cornel*: Verwaltung, Verwertung und Fruchtziehung in der Erbengemeinschaft, ErbR 2020, S. 2–11.
- Dies.*: Aufwendungsersatz in der Erbengemeinschaft – Ansprüche bei un-abgestimmten Maßnahmen einzelner Miterben, NJW 2021, S. 124–126.
- Fuchs, Andreas*: Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) – Kommentar, 2. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fuchs, § Rn.).
- Gehrlein, Markus*: Sorgfaltsmaßstab der Organ- und Insolvenzverwalterhaftung – Anwendbarkeit der Business Judgement Rule, NZG 2020, S. 801–811.
- Gehrlein, Markus/Born, Manfred/Simon, Stefan*: GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gehrlein/Born/S. Simon, § Rn.).
- Geiger, Jan-David*: Mitgliedschaftseingriff und Normprägung, Baden-Baden 2020.
- Geißler, Markus*: Der aktienrechtliche Auskunftsanspruch im Grenzbereich des Missbrauchs, NZG 2001, S. 539–545.
- Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno*: Aktiengesetz – Band I: §§ 1–75, München 1984 (zit.: *Bearbeiter*, in: Geßler/Hefermehl et al., § Rn.).
- Gierke, Otto von*: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
- ders.*: Deutsches Privatrecht – Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht., Leipzig 1895 (zit.: v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 1895, S.).

- ders.*: Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht. Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, am 15. Dezember 1900, ArchBürgR 19 (1901), S. 114–137.
- ders.*: Über die Geschichte des Majoritätsprinzips, Schmollers Jb. 39 (1915), S. 565–587.
- Godin, Reinhard von*: Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949.
- Godin, Reinhard von/Wilhelmi, Hans*: Aktiengesetz vom 6. September 1965 – Kommentar, 4. Auflage, Berlin 1971 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Godin/Wilhelmi, § Anm.).
- Goette, Wulf*: Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 19.06.1995 – II ZR 112/94, DStR 1995, S. 1396–1397.
- Goffin, Raffael*: Der wirtschaftlich Berechtigte und die Transparenzpflichten des § 20 GwG bei der GmbH, Jena 2022.
- Goldstein, Gerd*: Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, Diss., Univ. Köln 1972.
- Gottwald, Uwe*: Die Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft – eine Übersicht, ErbR 2007, S. 11–20.
- Göz, Philipp*: Die Nachfolgeregelung bei der GmbH & Co. KG, NZG 2004, S. 345–355.
- Greil-Lidl, Stephanie*: Die Verfügungsverwaltung in der Erbengemeinschaft – Ein Interessenkonflikt zwischen Gläubigerschutz und Privatautonomie unter dem Deckmantel des Gesamthandsprinzips, München 2014.
- Grigoleit, Hans Christoph*: Aktiengesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grigoleit, § Rn.).
- Grigoleit, Hans Christoph/Rachlitz, Richard*: Beteiligungstransparenz aufgrund des Aktienregisters, ZHR 174 (2010), S. 12–60.
- Grimm, Helmut*: Uneinheitliche Stimmrechtsausübung und vertragliche Stimmrechtsbindung im Aktienrecht, Diss., Univ. Köln 1959.
- Groß, Wolfgang*: Stimmrecht und Stimmrechtsausschluss bei der Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil, GmbHR 1994, S. 596–603.
- Grossfeld, Bernhard/Spennemann, Gert*: Die Teilhabeberechtigung mehrerer gesetzlicher Vertreter von Gesellschaften in Mitgliederversammlungen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, AG 1979, S. 128–135.
- Grünberger, Michael*: Personale Gleichheit – Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.

- Grüneberg, Christian*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grüneberg, § Rn.).
- Grunewald, Barbara*: Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197 (1997), S. 305–315.
- Dies.*: Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, S. 813–818.
- Dies.*: Die Rechtsstellung des Legitimationsaktionärs, ZGR 2015, S. 347–360.
- Dies.*: Stimmverbote nach § 47 Abs. 4 GmbHG ohne Interessenkonflikt?, in: Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, hrsg. von Meinrad Dreher et al., Berlin/Boston 2018, S. 215–226 (zit.: *Grunewald*, in: FS Bergmann, 2018, S. 215).
- Grunsky, Wolfgang*: Vereinbarkeit der Ämter als Testamentsvollstrecker und Mitglied eines Organs einer Aktiengesellschaft, ZEV 2008, S. 1–5.
- Guntz, Peter*: Treubindungen von Minderheitsaktionären – Eine vergleichende Analyse im deutschen und US-amerikanischen Recht, dargestellt am Phänomen der treuwidrigen Aktionärsklage, Berlin 1997.
- Haarmann, Wilhelm/Schüppen, Matthias*: Frankfurter Kommentar zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Haarmann/Schüppen, § Rn.).
- Habersack, Mathias*: Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – BAG, NJW 1989, 3034, JuS 1990, S. 179–184.
- ders.*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, Tübingen 1996.
- ders.*: Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien, ZHR 164 (2000), S. 1–22.
- ders.*: Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), S. 782–806.
- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbbe, Marc*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar: Band I, Einleitung: §§ 1–28, 3. Auflage, Tübingen 2019; Band II: §§ 29–52, 3. Auflage, Tübingen 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Habersack/Casper/Löbbe, § Rn.).
- Hachenburg, Max*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar – Band I: §§ 1–34, 8. Auflage, Berlin 1992 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hachenburg, § Rn.).
- Hadding, Walther*: Zum Erlangen von Rechtsfähigkeit nach deutschem Zivilrecht, in: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, hrsg. von

- Günther Hönn, Neuwied 1998, S. 137–146 (zit.: *Hadding*, in: FS Kraft, 1998, S. 137).
- Haegele, Karl*: Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen, Rpfleger 1969, S. 186–194.
- ders.*: Der Testamentsvollstrecker im Handels- und Gesellschaftsrecht (III), Rpfleger 1973, S. 203–206.
- ders.*: Erbrechtsfragen zur GmbH, BWNotZ 1976, S. 53–62.
- Hagen, Eva-Maria*: Der Rechtsverlust im Aktien- und Kapitalmarktrecht – Eine Untersuchung zu §§ 20 Abs. 7 AktG, 28 WpHG, 59 WpÜG, Baden-Baden 2012.
- Hahn, Christoph*: Mehrere Erben als Rechtsträger des einzelkaufmännischen Unternehmens, Diss., Univ. Würzburg 1992.
- Hahn, Friedrich von*: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch – Erster Band. Das erste, zweite und dritte Buch des Handelsgesetzbuchs, Braunschweig 1863 (zit.: *F. v. Hahn*, in: *ders.*, Art. Rn.).
- Harbarth, Stephan*: Kontrollerlangung und Pflichtangebot, ZIP 2002, S. 321–332.
- Häsemeyer, Ludwig*: Obstruktion gegen Sanierungen und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, ZHR 160 (1996), S. 109–132.
- Hasselbach, Kai/Alles, Max*: Übernahmerechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge in börsennotierte Familienunternehmen, DB 2020, S. 39–46.
- Hausmann, Rainer/Hohloch, Gerhard*: Handbuch des Erbrechts, 2. Auflage, Berlin 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hausmann/Hohloch, Handbuch des Erbrechts, 2010, Kap. Rn.).
- Haußmann, Fritz*: Prof. Dr. Friedrich Klausning: Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände (Rezension), JW 1928, S. 2904–2905.
- Hayek, Friedrich August von*: The Use of Knowledge in Society, The American Economic Review 35 (1945), S. 519–530.
- Heck, Philipp*: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
- Heckelmann, Dieter*: Die uneinheitliche Abstimmung bei Kapitalgesellschaften, AcP 170 (1970), S. 306–346.
- Heckschen, Heribert*: Hauptversammlung der Aktiengesellschaft – Schutz des Teilnahmerechts des Aktionärs, EWiR 1991, S. 1149–1150.
- ders.*: Die Gestaltung der Mitgliedschaftsrechte für den Fall der Insolvenz des GmbH-Gesellschafters, ZIP 2010, S. 1319–1326.

- ders.*: Stimmverbote – Aktuelle Entwicklungen und Gestaltungsmöglichkeiten, GmbHR 2016, S. 897–914.
- Heckschen, Heribert/Strnad, Korina*: Kompetenzkonflikt zwischen Testamentsvollstreckung und Erben, NZG 2014, S. 1201–1208.
- Heermann, Peter W.*: Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, ZIP 1998, S. 761–769.
- Heidel, Thomas*: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Heidel, § Rn.).
- Heidel, Thomas/Hüßtege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich*: BGB – Allgemeiner Teil: §§ 1–240, EGBGB, 4. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Heidel/Hüßtege et al., § Rn.).
- Heidel, Thomas/Schall, Alexander*: Handelsgesetzbuch – Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Heidel/Schall, § Rn.).
- Heidinger, Andreas*: Zusätzliche Angaben in der Gesellschafterliste und ihre Wirkung nach § 16 Abs. 1 GmbHG, in: Festschrift für Eberhard Stilz zum 65. Geburtstag, hrsg. von Mathias Habersack, Karl Huber und Gerald Spindler, München 2014, S. 253–265 (zit.: *Heidinger*, in: FS Stilz, 2014, S. 253).
- Heil, Hans-Jürgen*: Die ordnungsmässige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht, Diss., Univ. Bayreuth 1998.
- ders.*: Ist die Erbengemeinschaft rechtsfähig? – Ein Zwischenruf aus der Praxis, ZEV 2002, S. 296–300.
- Heinbach, Nadine*: Kontrollerlangung und Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz – Unter besonderer Berücksichtigung des Spannungsverhältnisses zum Umwandlungsrecht, Frankfurt am Main 2005.
- Heintzenberg, Rolf*: Die Einzelunternehmen im Erbgang, Berlin 1957.
- Hell, Patrick*: Gesellschaftervereinbarungen in Form von Stimmrechtspools, NJW-Spezial 2020, S. 143–144.
- Hellfeld, Christian*: Treuepflichten unter Miterben – Zur persönlichen Gebundenheit in organisierten Personenmehrheiten, Tübingen 2010.
- Henke, Horst-Eberhard*: Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses – Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner?, Berlin 1989.
- Hennecke, Bernd*: Das Sondervermögen der Gesamthand – Beispiel einer Vermögenssonderung im Zivil- und Handelsrecht, Berlin 1976.

- Hennrichs, Joachim*: Treupflichten im Aktienrecht – zugleich Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB sowie zur Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters –, AcP 195 (1995), S. 221–273.
- Henssler, Martin*: Verhaltenspflichten bei der Ausübung von Aktienstimmrechten durch Bevollmächtigte – Zivilrechtliche Grundlagen, ZHR 157 (1993), S. 91–124.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz*: Gesellschaftsrecht – BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, DCKG, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR, 5. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn, § Rn.).
- Henze, Hartwig*: Zur Treupflicht unter Aktionären, in: Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, hrsg. von Reinhard Goerdeler, Peter Hommelhoff et al., Berlin/Boston 1991, S. 141–152 (zit.: *Henze*, in: FS Kellermann, 1991, S. 141).
- ders.*: Die Treupflicht im Aktienrecht – Gedanken zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von „Kali und Salz“ über „Linotype“ und „Kochs Adler“ bis zu „Girmes“, BB 1996, S. 489–499.
- ders.*: Treupflichten der Gesellschafter im Kapitalgesellschaftsrecht, ZHR 162 (1998), S. 186–196.
- Heppe, Hansjörg*: Zu den Mitteilungspflichten nach § 21 WpHG im Rahmen der Umwandlung von Gesellschaften, WM 2002, S. 60–71.
- Herberger, Marie*: „Ausnahmen sind eng auszulegen“ – Die Ansichten beim Gerichtshof der Europäischen Union, Berlin 2017.
- Hermann, Jan Bela*: Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz, Wiesbaden 2014.
- Herrler, Sebastian*: Offene Fragen rund um die Gesellschafterliste: Einreichungszuständigkeit, registerrechtliches Prüfungsrecht und Publizitätswirkungen – Zugleich Besprechung des Beschlusses des OLG München vom 6.2.2013 – 31 Wx 8/13 –, GmbHR 2013, S. 617–630.
- Herzfelder, Franz*: Stimmrecht und Interessenkollision bei den Personenverbänden des deutschen Reichsprivatrechts, München 1927.
- Heuber, Martin Philipp*: Die Befreiung vom Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), Göttingen 2006.
- Heusel, Matthias*: Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungs-transparenzpflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, Berlin 2011.
- Hillebrand, Klaus-Peter/Keßler, Jürgen*: Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, Freiburg 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hillebrand/Keßler, § Rn.).

- Hippeli, Michael/Schmiady, Hendrik*: Übernahmerechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge bei börsennotierten Familienunternehmen, ZIP 2015, S. 705–714.
- Hirte, Heribert/Heidel, Thomas*: Das neue Aktienrecht – nach ARUG II und Corona-Gesetzgebung, Handkommentar, Baden-Baden 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hirte/Heidel, § Rn.).
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann, Tübingen 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: HKK BGB, § Rn.).
- Hochgräbe, Bernhard*: Vergleich einer Erbgemeinschaft, die ein Handelsgewerbe betreibt, mit einer offenen Handelsgesellschaft, Diss., Univ. Jena 1934.
- Hoffmann, Gunter M.*: Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, S. 1393–1399.
- Hoffmann, Jochen*: Systeme der Stimmrechtsvertretung in der Publikumsgesellschaft – Eine vergleichende Betrachtung insbesondere der Haftung des Stimmrechtsvertreters im deutschen und U.S.-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1999.
- Hoffmann-Becking, Michael*: Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, ZGR 1998, S. 497–519.
- ders.*: Vorstandsvergütung nach Mannesmann, NZG 2006, S. 127–131.
- Hohensee, Wolfgang*: Die unternehmenstragende Erbgemeinschaft, Baden-Baden 1994.
- Hölters, Wolfgang/Weber, Markus*: Aktiengesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: W. Hölters/Markus Weber, § Rn.).
- Holzborn, Timo/Blank, Joachim*: Die Nichtzurechnung nach §§ 20, 36 WpÜG und die Befreiung vom Pflichtangebot nach § 37 WpÜG, §§ 8 ff. WpÜG-AngVO, NZG 2002, S. 948–954.
- Holzborn, Timo/Foelsch, Martin Eberhard*: Schadensersatzpflichten von Aktiengesellschaften und deren Management bei Anlegerverlusten – Ein Überblick, NJW 2003, S. 932–940.
- Hömig, Dieter/Wolff, Heinrich Amadeus*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Handkommentar, 13. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hömig/H. A. Wolff, Art. Rn.).
- Hopt, Klaus J.*: Familien- und Aktienpools unter dem Wertpapierhandelsgesetz, ZGR 1997, S. 1–31.
- ders.*: Die Reform der Organhaftung nach § 93 AktG – Bemerkungen zu den Beschlüssen des 70. Deutschen Juristentages 2014 –, in: Privat- und

- Wirtschaftsrecht in Europa – Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, hrsg. von Thomas Ackermann und Johannes Köndgen, München 2015, S. 225–240 (zit.: *Hopt*, in: FS W-H Roth, 2015, S. 225).
- ders.*: Handelsgesetzbuch – Mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 41. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Hopt*, § Rn.).
- Hornung, Anton*: Die Fortsetzung der Mitgliedschaft des verstorbenen Genossen durch dessen Erben (§ 77 GenG n. F.), *Rpfleger* 1976, S. 37–43.
- Huber, Ulrich*: Rechtsfähigkeit, juristische Person und Gesamthand, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag – Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, hrsg. von Uwe H. Schneider und Peter Hommelhoff, Köln 2000, S. 107–139 (zit.: *Huber*, in: FS Lutter, 2000, S. 107).
- Hübner, Heinz*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin 1995.
- Hübner, Rudolf-Matthias/Hammes, Philipp-Gerald*: Testamentsvollstreckung und Vertretung bei Gesellschafts- und Geschäftsanteilen, *BB* 2013, S. 2307–2314.
- Hueck, Alfred*: Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947.
- ders.*: Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft, *ZHR* 125 (1963), S. 1–24.
- ders.*: Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965 – Band 1, München 1965, S. 401–420 (zit.: *A. Hueck*, in: FS Nipperdey I, 1965, S. 401).
- Hueck, Götz*: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München/Berlin 1958.
- ders.*: Gesellschaftsrecht – Ein Studienbuch, 18. Auflage, München 1983.
- Hüffer, Uwe*: Die Fortführung des Handelsgeschäfts in ungeteilter Erben-gemeinschaft und das Problem des Minderjährigenschutzes – Überlegungen zu den Entscheidungen BGHZ 92, 259 und BVerfG WM 1986, 828, *ZGR* 1986, S. 603–650.
- ders.*: Der korporationsrechtliche Charakter von Rechtsgeschäften – Eine hilfreiche Kategorie bei der Begrenzung von Stimmverboten im Recht der GmbH?, in: Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, hrsg. von Friedrich Kübler et al., Berlin 1991, S. 337–356 (zit.: *Hüffer*, in: FS Heinsius, 1991, S. 337).

- ders.*: Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand aktienrechtlicher Auskunftsbegehren, ZIP 1996, S. 401–411.
- Hüther, Mario*: Namensaktien, Internet und die Zukunft der Stimmrechtsvertretung, AG 2001, S. 68–72.
- Ihrig, Hans-Christoph*: Rechtsschutz Drittbetroffener im Übernahmerecht, ZHR 167 (2003), S. 315–350.
- Immenga, Ulrich*: Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, hrsg. von Marcus Lutter, Köln 1992, S. 189–208 (zit.: *Immenga*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 189).
- Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian*: Markengesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ingerl/Rohnke, § Rn.).
- Ising, Peter*: Gesellschafterliste nach Umwandlungen: Probleme in der Praxis, NZG 2010, S. 812–816.
- Ivens, Michael*: Leitlinien zur Unternehmensnachfolge: Die Vererbung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen, ZEV 2011, S. 177–182.
- Ivo, Malte*: Die Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZEV 2006, S. 252–257.
- ders.*: Die Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen nach Inkrafttreten des MoMiG, ZEV 2009, S. 333–336.
- Jacoby, Florian*: Das private Amt, Tübingen 2007.
- Jäkel, Heiko*: Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft und ihre Beteiligungsfähigkeit an Personengesellschaften, Frankfurt am Main 2007.
- Jaschke, Martin*: Gesamthand und Grundbuchrecht, Köln 1991.
- Jauernig, Othmar*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, Eu-UnthVO/HUntProt und EuErbRVO, Kommentar, hrsg. von Rolf Stürner, 18. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jauernig, § Rn.).
- Jhering, Rudolf von*: Passive Wirkungen der Rechte – Ein Beitrag zur Theorie der Rechte, Jb. f. Dogmatik 10 (1871), S. 387–586.
- Joerges, Ernst*: Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht., ZHR 49 (1900), S. 140–227.
- Johannsen, Kurt Herbert*: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts – 6. Teil: Die Erbengemeinschaft (1. Abschnitt), WM 1970, S. 573–581.
- John, Uwe*: Die organisierte Rechtsperson – System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Berlin 1977.
- Johs, Richard*: Können mehrere Vertreter einer juristischen Person in der Generalversammlung einer A. G. verschieden stimmen?, Diss., Univ. Erlangen 1931.

- Joussen, Edgar*: Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag, Köln 1995.
- Jülicher, Friedrich*: Mehrheitsgrundsatz und Minderheitenschutz bei der Erbgemeinschaft, AcP 175 (1975), S. 143–157.
- Jungmann, Carsten*: Business Judgments in der Insolvenz: Freiräume trotz richterlicher Sachlichkeitskontrolle – Zugleich Besprechung von BGH NZI 2020, 671, NZI 2020, S. 651–659.
- juris-Praxiskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5 – Erbrecht, 9. Auflage, 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: jurisPK BGB, § (Stand) Rn.).
- Just, Clemens/Voß, Thorsten/Ritz, Corinna/Becker, Ralf*: Wertpapierhandelsgesetz – WpHG – Kommentar, 1. Auflage, München 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Just/Voß et al., § Rn.).
- Kallmeyer, Harald*: Die Mängel des Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission, ZHR 161 (1997), S. 435–454.
- Kalss, Susanne/Fleischer, Holger*: Neues zur Lockerung der Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften – Ein Grundsatzbeschluss des österreichischen OGH und seine Implikationen für das deutsche Recht, AG 2013, S. 693–704.
- Kämmerer, Ludwig*: Die Rechtsstellung des Vermögensverwalters – Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters, Testamentsvollstreckers und Nachlaßverwalters, JR 1970, S. 328–332.
- Kämper, Irene*: Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen, RNotZ 2016, S. 625–648.
- Kapp, Reinhard*: Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers zum Erben, BB 1981, S. 113–116.
- Kattausch, Karl*: Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, Mainz 1911.
- Kaufmann, Arthur*: Analogie und „Natur der Sache“ – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Auflage, Heidelberg 1982.
- Kaya, Zekiye*: Erbgemeinschaft und Gesellschafterversammlung, ZEV 2013, S. 593–597.
- Kebekus, Frank/Zenker, Wolfgang*: Business Judgment Rule und Geschäftsleiterermessen – auch in Krise und Insolvenz?, in: Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Barbara Grunewald und Harm Peter Westermann, München 2010, S. 319–343 (zit.: *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer, 2010, S. 319).

- Kemen, Klaus*: Stimmrecht und Interessenkollision in der BGB-Gesellschaft, der Bruchteils- und der Erbengemeinschaft, Frankfurt am Main 1992.
- Kersting, Christian*: Ausweitung des Fragerechts durch die Aktionärsrechtlichlinie, ZIP 2009, S. 2317–2324.
- Kiefner, Alexander/Friebel, Jari*: Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung durch den Vollmachtgeber trotz fortbestehender Bevollmächtigung eines Vertreters? – Anmerkung zu den praktischen Folgeproblemen des Textformerfordernisses in § 134 III 3 AktG, NZG 2011, S. 887–891.
- Kindler, Peter*: Der Aktionär in der Informationsgesellschaft – Das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung, NJW 2001, S. 1678–1691.
- ders.*: EU-ausländische Beteiligungskonsortien im Visier der BaFin – Keine multiple Meldepflicht nach § 21 WpHG für Gesellschafter eines ausländischen Anteilserwerbers!, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 – Unternehmen, Markt und Verantwortung – Band 2, hrsg. von Stefan Grundmann et al., Berlin/New York 2010, S. 2081–2093 (zit.: *Kindler*, in: FS Hopt II, 2010, S. 2081).
- Kipp, Theodor/Coing, Helmut*: Erbrecht – Ein Lehrbuch, 14. Auflage, Tübingen, 1990 (zit.: *Kipp/Coing*, Erbrecht, 1990, §).
- Kipper, Beatrix*: Rechtliche Interessenkonflikte beim Willensbildungsprozess in der GmbH – Das Zusammenspiel des Verbots des Ingeschäftes mit dem gesellschaftsrechtlichen Stimmverbot, insbesondere bei der Geschäftsführerbestellung, Frankfurt am Main 2006.
- Kirchner, Friedrich/Michaëlis, Carl*: Wörterbuch der Philosophischen Grundbegriffe, 5. Auflage, Leipzig 1907.
- Klausning, Friedrich*: Anmerkung zu RG, Urteil vom 16.09.1927 – 21/27 II., JW 1927, S. 2982–2986.
- ders.*: Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände – Ein Beitrag zu den „allgemeinen Lehren“ des Verbandsrechts, Berlin/Wien 1928.
- ders.*: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz u. „Amtlicher Begründung“, Berlin 1937 (zit.: *Klausning*, AktG, 1937, S.).
- Klein, Nico*: Stimmrechtsausübung einer Erbengemeinschaft in der Gesellschafterversammlung einer GmbH, BWNNotZ 2018, S. 84–89.
- Klein-Wiele, Christian*: Der Poolvertrag im Familienunternehmen, NZG 2018, S. 1401–1407.

- Klingbeil, Stefan*: Der Begriff der Rechtsperson, AcP 217 (2017), S. 848–885.
- Klosterkemper, Bernd*: Abhängigkeit von einer Innengesellschaft, Frankfurt am Main 2004.
- Klumpp, Hans-Hermann*: Handlungsspielraum und Haftung bei Vermögensanlagen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 1994, S. 65–70.
- ders.*: Amtspflichten eines Testamentsvollstreckers bei Einsetzung eines GmbH-Beirats, ZEV 2006, S. 257–260.
- Knapowski, Thomas*: Das Kartellbußgeldrecht unter ökonomischer Perspektive – Bewertung der europäischen und der deutschen Sanktionsnormen und Entwicklung effektiver Vorschriften, Berlin 2019.
- Knott, Michael/Jacobsen, Juliane*: Die Verpflichtung des (Belegschafts-)Aktionärs zur Rückübertragung seiner Aktie, NZG 2014, S. 372–377.
- Koch, Burkhard*: Rechtsbegriff und Widerstandsrecht – Notwehr gegen rechtswidrige Ausübung von Staatsgewalt im Rechtsstaat und unter dem Nationalsozialismus, Berlin 1985.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*: Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.
- Koch, Heinrich*: Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Univ. Göttingen 1935.
- Koch, Jens*: Aktiengesetz, 16. Auflage, München 2022 (zit.: *J. Koch*, in: *ders.*, § Rn.).
- Koch, Raphael*: Passiver Kontrollerwerb und Pflichtangebot, ZIP 2008, S. 1260–1264.
- Koch, Ulrich*: Die Zuordnung des vererbten GmbH-Geschäftsanteils, Diss., Univ. Heidelberg 1981.
- ders.*: Die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einer GmbH-Gründung, ZHR 146 (1982), S. 118–139.
- Kocher, Dirk*: Zur Reichweite der Business Judgment Rule, CCZ 2009, S. 215–221.
- Kocher, Dirk/Feigen, Jan Philipp*: Hilfspersonen des Versammlungsleiters, NZG 2015, S. 620–623.
- Kock, Martin/Dinkel, Renate*: Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen – Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NZG 2004, S. 441–448.

- Kollbach, Klaus*: § 147 AktG – Einzelfragen im Zusammenhang mit der Bestellung des Vertreters des „Minderheitsverlangen“, *EWiR* 1994, S. 835–836.
- Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-Henning/Drüen, Klaus-Dieter*: *Handelsgesetzbuch – Kommentar*, 9. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Koller/Kindler et al., § Rn.).
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz: hrsg. von Wolfgang Zöllner und Ulrich Noack:
Band 1: §§ 1–75, 3. Auflage, Köln 2011;
Band 3/1: §§ 133–134, 136–137, 3. Auflage, Köln 2016
(zit.: *Bearbeiter*, in: KölnerKomm. AktG, § Rn.).
- Kölner Kommentar zum WpHG: hrsg. von Heribert Hirte und Thomas M. J. Möllers, 2. Auflage, Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: KölnerKomm. WpHG, § Rn.).
- Kölner Kommentar zum WpÜG: mit AngebVO: hrsg. von Heribert Hirte, Sebastian Mock, Simon Schwarz und Christoph Seibt, 3. Auflage, Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: KölnerKomm. WpÜG, § Rn.).
- König, Wolfgang*: Zur Willensbildung im Stimmenpool, *ZGR* 2005, S. 417–436.
- Koppensteiner, Hans-Georg*: Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, *ZIP* 1994, S. 1325–1330.
- ders.*: Zur konzernrechtlichen Behandlung von BGB-Gesellschaften und Gesellschaftern, in: *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, hrsg. von Mathias Habersack, Peter Hommelhoff et al., Berlin 2003, S. 349–363 (zit.: *Koppensteiner*, in: FS Ulmer, 2003, S. 349).
- Korch, Stefan*: *Haftung und Verhalten – Eine ökonomische Untersuchung des Haftungsrechts unter Berücksichtigung begrenzter Rationalität und komplexer Präferenzen*, Tübingen 2015.
- Kornblum, Udo*: Hennecke, Bernd, *Das Sondervermögen der Gesamthand, Beispiel einer Vermögenssonderung im Zivil- und Handelsrecht*, Berlin 1976, *ZZP* 91 (1978), S. 342–349.
- Kowalski, André*: *Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden – Zum gesellschaftlichen Zweckbindungsgedanken im Schadensrecht*, Köln 1990.
- ders.*: Die Gesellschafterklage und § 46 Nr. 8 GmbHG – kein unlösbares Problem, *ZIP* 1995, S. 1315–1319.
- Kowalski, Philipp*: Geschlechtergerechte Sprache im Spannungsfeld mit rechtswissenschaftlicher Methodik, *NJW* 2020, S. 2229–2234.

- ders.*: Geschlechterquoten im Kapitalgesellschaftsrecht – Eine interdisziplinäre Analyse, RW 2021, S. 148–183.
- Krause, Hartmut*: Das obligatorische Übernahmeangebot – Eine juristische und ökonomische Analyse, Baden-Baden 1996.
- Krausnick, Daniel*: Grundfälle zu Art. 19 III GG, JuS 2008, S. 869–874.
- Krebs, Peter*: Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, München 2000.
- Krenz, Uwe*: Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft – Dogmatische, rechtsvergleichende und rechtspolitische Aspekte, AcP 195 (1995), S. 361–391.
- Kreß, Hugo*: Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903 (zit.: *Kreß*, Die Erbengemeinschaft nach dem BGB, 1903, S.).
- Kretzschmar* (Vorname unveröffentlicht): Das Wesen der Rechtsgemeinschaften, SAfRpfl 10 (1915), S. 385–392.
- Kroiß, Ludwig/Horn, Claus-Henrik*: BGB – Erbrecht, Band 5: §§ 1922–2385, 6. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kroiß/Horn, § Rn.).
- Kroiß, Ludwig/Horn, Claus-Henrik/Solomon, Dennis*: Nachfolgerecht – Erbrechtliche Spezialgesetze, 2. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kroiß/Horn/Solomon, § Rn.).
- Kropff, Bruno*: Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1089) und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6. 9. 1965 (Bundesgesetzbl. I. S. 1185) mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf 1965.
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard*: InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, 94. Ergänzungslieferung, Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kübler/Prütting/Bork, § Rn.).
- Kumpan, Christoph*: Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht – Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, Tübingen 2014.
- Kunte, Liv*: Die Erbengemeinschaft mit instandsetzungsbedürftigem Nachlass – Miterben in unterschiedlicher sozialer und finanzieller Lage, Baden-Baden 2017.
- Kuntz, Thilo*: Geltung und Reichweite der Business Judgment Rule in der GmbH, GmbHR 2008, S. 121–128.

- Kunz, Romano*: Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand – Versuch einer dogmatischen Konstruktion, Bern 1963.
- Laband, Paul*: Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch., ZHR 10 (1866), S. 183–241.
- Lakner, Yves*: Der mehrstufige Konzern, Köln 2005.
- Lammel, Siegbert*: Die Haftung des Treuhänders aus Verwaltungsgeschäften – zur Dogmatik des „Verwaltungshandelns“ im Privatrecht, Frankfurt am Main 1972.
- Lang, Johann/Weidmüller, Ludwig*: Genossenschaftsgesetz – Mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz und zur Europäischen Genossenschaft (SCE), 40. Auflage, Berlin/Boston 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: J. Lang/Weidmüller, § Rn.).
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*: Erbrecht, 5. Auflage, München 2001 (zit.: *Heinrich Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, §).
- Lange, Hermann*: Verwaltung, Verfügung und Auseinandersetzung bei der Erbengemeinschaft – BGH, FamRZ 1965, 267, JuS 1967, S. 453–457.
- Lange, Knut Werner*: Kodex und Familienverfassung als Mittel der Corporate Governance in Familienunternehmen, in: Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft – Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, hrsg. von Rainer Kirchdörfer et al., München 2009, S. 135–149 (zit.: *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135).
- ders.*: Vererbung von GmbH-Anteilen und Gesellschafterliste, GmbHR 2012, S. 986–991.
- ders.*: Erbengemeinschaft an einem GmbH-Geschäftsanteil, GmbHR 2013, S. 113–118.
- ders.*: Die Teilung eines GmbH-Anteils zur Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, GmbHR 2014, S. 281–287.
- ders.*: Erbrecht, 3. Auflage, München 2022.
- Lange, Oliver*: Aktuelle Rechtsfragen der kapitalmarktrechtlichen Zuordnung, ZBB 2004, S. 22–27.
- Langenbach, David Maximilian*: Der Versammlungsleiter in der Aktiengesellschaft – Zurückweisungskompetenz – Abwahl – Haftung, Tübingen 2018.
- Langenbacher, Katja/Bliesener, Dirk H./Spindler, Gerald*: Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler, § Rn.).

- Langner, Olaf/Heydel, Jens*: Nachfolgeklauseln im GmbH-Gesellschaftsvertrag, GmbHR 2006, S. 291–296.
- Larenz, Karl*: Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, Jherings Jb. 83 (1933), S. 108–177.
- ders.*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989.
- ders.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin et al. 1991.
- Lassen, Jasmin*: Die Nachlassverwaltung in der Erbengemeinschaft – Eine problemorientierte Untersuchung der Verwaltungsbefugnisse von Miterben, Baden-Baden 2020.
- Lehmann, Karl*: Das Recht der Aktiengesellschaften, Band 2, Berlin 1904 (zit.: *K. Lehmann*, Aktienrecht II, 1904, S.).
- Lehmann, Karl/Ring, Viktor*: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich – Erster Band, Berlin 1901 (zit.: *K. Lehmann/Ring*, in: dies., § Rn.).
- Lehmann, Matthias*: Der Begriff der Rechtsfähigkeit, AcP 207 (2007), S. 225–255.
- Lehmann-Richter, Arnold*: Die gemeinschaftliche Berechtigung an Wohnungseigentum, ZWE 2022, S. 389–394.
- Leipold, Dieter*: Schünemann, Wolfgang B., Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, Berlin 1975, ZZZ 91 (1978), S. 353–358.
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19. 9. 2012 (XII ZR 151/10; ZEV 2013, 81) – Zur Ermächtigung des Teilhabers zur Einziehung einer Nachlassforderung durch die Erbengemeinschaft, ZEV 2013, S. 82–84.
- ders.*: Erbrecht, 22. Auflage, Tübingen 2022.
- Lent, Friedrich*: Zur Lehre der Partei kraft Amtes, ZZZ 62 (1941), S. 129–209.
- Lenz, Jürgen/Linke, Ulf*: Die Handhabung des WpÜG in der aufsichtsrechtlichen Praxis, AG 2002, S. 361–369.
- Dies.*: Rückkauf eigener Aktien nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, AG 2002, S. 420–424.
- Lenz, Tobias*: Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 2000, S. 927–929.
- Leonhardt, Paul August*: Die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines Handelsgeschäfts, Diss., Univ. München 1963.
- Lepsius, Oliver*: Normenhierarchie und Stufenbau der Rechtsordnung, JuS 2018, S. 950–954.

- Leßmann, Herbert*: Vinkulierungspflichten bei der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 1986, S. 409–418.
- Letzel, Hans-Joachim*: Das Pflichtangebot nach dem WpÜG, BKR 2002, S. 293–304.
- Leuering, Dieter*: Zurechnung von Stimmrechten minderjähriger Aktionäre bei den gesetzlichen Vertretern, NZG 2010, S. 1285–1288.
- Lieberam-Schmidt, Sabine*: Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, Diss., Univ. Siegen 2010.
- Liebscher, Thomas*: Das Übernahmeverfahren nach dem neuen Übernahmegesetz – Übernahmerechtliche Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf die Übernahmestrategien des Bieters, ZIP 2001, S. 853–869.
- Lieder, Jan*: Der Namensaktionär im gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahren, NZG 2005, S. 159–166.
- Lieder, Jan/Pommering, Paul*: Nießbrauchsrechte und Kapitalgesellschaftsanteile im Erbfall, ZEV 2019, S. 564–570.
- Lieske, Patrick*: Der Rechtsverlust im Kapitalmarktrecht – Die Auslegung der §§ 28 WpHG, 59 WpÜG, Diss., Univ. Düsseldorf 2011.
- Limbach, Francis*: Gesamthand und Gesellschaft – Geschichte einer Begegnung, Tübingen 2016.
- Linden, Klaus von der*: Haftung für Fehler bei der Leitung der Hauptversammlung, NZG 2013, S. 208–212.
- Link, Jan*: Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, RNotZ 2009, S. 193–221.
- Lion, E.* (vollständiger Vorname unveröffentlicht): Der Übergang des Einzelkaufmännischen Geschäfts auf mehrere Erben, LZ 1925, S. 842–848.
- Litten, Rüdiger*: Sorgfaltspflichten und Haftung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht, ZBB 2013, S. 32–39.
- Löhnig, Martin*: Treuhand – Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Tübingen 2006.
- ders.*: Geschäftsführung und Vertretung bei der Erbengemeinschaft, JA 2007, S. 262–264.
- ders.*: Neues zur Geschäftsführung und Vertretung bei der Erbengemeinschaft, ErbR 2007, S. 50–53.
- ders.*: Stimmrechtsverbote in der Erbengemeinschaft, FamRZ 2007, S. 1600–1602.
- Lohr, Martin*: Der Stimmrechtsausschluss des GmbH-Gesellschafters (§ 47 IV GmbHG), NZG 2002, S. 551–562.

- Lorz, Rainer*: Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht – Ein Beitrag zur Fortschreibung unternehmensstrategischer Kompetenzen fremdnütziger Vermögensverwalter, München 1995.
- Lorz, Rainer/Kirchdörfer, Rainer*: Unternehmensnachfolge – rechtliche und steuerliche Gestaltungen, 2. Auflage, München 2011.
- Lübtow, Ulrich von*: Erbrecht, 2. Halbband, Berlin 1971 (zit.: v. Lübtow, Erbrecht II, 1971).
- Lüdeking, Matthias*: Der gemeinsame Zweck in § 705 BGB, AcP 220 (2020), S. 303–342.
- Ludwig, Frank*: Formanforderungen an die individuell erteilte Stimmrechtsvollmacht in der Aktiengesellschaft und in der GmbH, AG 2002, S. 433–443.
- Lüscher, Kurt*: Widersprüchliche Mannigfaltigkeit: Ehe, Familie und Verwandtschaft im aktuellen gesellschaftlichen und erbrechtlichen Kontext heute, ZEV 2004, S. 2–8.
- Lutter, Marcus*: Zur Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976, S. 225–233.
- ders.*: Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), S. 84–159.
- ders.*: Die Treuepflicht des Aktionärs – Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH, ZHR 153 (1989), S. 446–471.
- ders.*: Das Girmes-Urteil, JZ 1995, S. 1053–1056.
- ders.*: Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998), S. 164–185.
- ders.*: Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, S. 841–848.
- ders.*: Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag Band II, hrsg. von Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller et al., München 2007, S. 245–256 (zit.: *Lutter*, in: FS Canaris II, 2007, S. 245).
- ders.*: Umwandlungsgesetz (UmwG), Kommentar, Band I: §§ 1–122m, 6. Auflage, Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Lutter*, § Rn.).
- Lutter, Marcus/Grunewald, Barbara*: Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH, AG 1989, S. 109–117.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*: GmbH-Gesetz, Kommentar, 20. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Lutter/Hommelhoff*, § Rn.).
- Lutz, Reinhard*: Erbengemeinschaft kann ihre Stimmrechte in der GmbH grundsätzlich mit der Mehrheit der Miterben ausüben, GWR 2012, S. 325.

- Madaus, Stephan*: Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern, AcP 212 (2012), S. 251–295.
- Mangold, Stephan*: Verwaltungsmaßnahmen in der Miterbengemeinschaft – Problemdarstellung und Lösungsversuch, Diss., Univ. Regensburg 1996.
- Mark, Jonas*: Grenzen der Pflicht zur Zustimmung zu Beschlussanträgen in der GmbH, GWR 2016, S. 319.
- Marotzke, Wolfgang*: Keine Berechtigung der Erbengemeinschaft zum Abschluss eines Mietvertrags, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.09.2002 – XII ZR 187/00, ZEV 2002, S. 506–508.
- Marsch-Barner, Reinhard*: Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), S. 172–195.
- ders.*: Zu den Rechtsfolgen von Fehlern bei der Leitung der Hauptversammlung, in: Festschrift für Günter Brambring zum 70. Geburtstag, hrsg. von der Rheinischen Notarkammer, München 2011, S. 267–281 (zit.: *Marsch-Barner*, in: FS Brambring, 2011, S. 267).
- Maul, Silja*: Zur Ausgabe von Namensaktien, NZG 2001, S. 585–590.
- Max, Dietrich*: Die Leitung der Hauptversammlung, AG 1991, S. 77–94.
- Mayer, Dieter*: Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil – Voraussetzungen und Rechtsfolgen –, ZIP 1990, S. 976–979.
- ders.*: Grenzen von Aktionärsvereinbarungen, MittBayNot 2006, S. 281–292.
- ders.*: Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil II), MittBayNot 2014, S. 114–128.
- Mayer, Jörg*: Die Testamentsvollstreckung über GmbH-Anteile, ZEV 2002, S. 209–216.
- ders.*: Teilung bricht Gesamthand – Praktische Fälle der Erbauseinandersetzung, MittBayNot 2010, S. 345–355.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016.
- Meilicke, Heinz/Heidel, Thomas*: Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (Teil I), DStR 1992, S. 72–75.
- Menzel, Ralf*: Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen – Eine Untersuchung über die Grenzen der Privatautonomie des Erben, des Vermächtnisnehmers und des Pflichtteilsberechtigten, Baden-Baden 2008.
- Merkner, Andreas*: Das Damoklesschwert des Rechtsverlusts – Vorschlag für eine Neufassung von § 28 WpHG, AG 2012, S. 199–209.

- Merkner, Andreas/Sustmann, Marco*: Die Neuaufgabe des Emittentenleitfadens der BaFin – Rechtssicherheit bei der Abgabe von Stimmrechtsmitteilungen?, NZG 2009, S. 813–819.
- Merkt, Hanno*: Unternehmenspublizität – Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001.
- ders.*: Anmerkungen zur Treuepflicht des Kleinaktionärs, in: Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, hrsg. von Meinrad Dreher et al., Berlin/Boston 2018, S. 509–528 (zit.: *Merkt*, in: FS Bergmann, 2018, S. 509).
- Meßink, Daniel*: Die unternehmenstragende Erbgemeinschaft in der Insolvenz, Baden-Baden 2007.
- Meyer, Andreas H./Lipsky, Max*: Suspensiveffekt des Antrags gem. §§ 36, 37 WpÜG, NZG 2009, S. 1092–1096.
- Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG):
Band I: §§ 1–34 GmbHG, 3. Auflage, München 2017;
Band II: §§ 35–88 GmbHG, EGGmbHG, 3. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Michalski/Heidinger et al., § Rn.).
- Miegel, Meinhard A.*: Der Unternehmerbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen, AG 1973, S. 122–125.
- Miller, Matthias*: Gesellschafterlistenverordnung – Sinn und Unsinn gegenwärtiger Rechtsetzung, NJW 2018, S. 2518–2523.
- ders.*: Negative Legitimationswirkung im GmbH-Recht – Grundlagen – Anwendungsbereich – Ausnahmen – Zugleich Besprechung BGH v. 2. 7. 2019 – II ZR 406/17, ZIP 2019, 1521, ZIP 2020, S. 62–68.
- Mugdan, Benno*: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich:
I. Band: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899;
II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899;
III. Band: Sachenrecht, Berlin 1899;
V. Band: Erbrecht, Berlin 1899
(zit.: *Mugdan*, Materialien zum BGB, S.).
- Mühlhäuser, Felix H. J.*: Stimmrechtsbindung in der Personengesellschaft und Nachlaßplanung, Baden-Baden 1999.
- Mülbert, Peter O.*: Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), S. 1–53.
- ders.*: „Altfälle“ im Bereich der Pflichtangebote, in: Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, hrsg. von Reinhard

- Damm, Peter W. Heermann und Rüdiger Veil, Berlin 2005, S. 273–292 (zit.: *Mülbert*, in: FS Raiser, 2005, S. 273).
- ders.*: Das Recht des Rechtsverlusts – insbesondere am Beispiel des § 28 WpHG, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, hrsg. von Georg Bitter, Marcus Lutter et al., Berlin/Köln 2009, S. 1219–1242 (zit.: *Mülbert*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 1219).
- Mülbert, Peter O./Sajnovits, Alexander*: Erstreckung aktienrechtlicher Stimmverbote auf Drittgesellschaften, AG 2020, S. 841–848.
- Müller, Cédric*: Der Aktionärspool in der Familienaktiengesellschaft – Konzern- und aktienrechtliche Zurechnungsfragen, Frankfurt am Main 2012.
- Müller, Klaus Jochen*: Anmeldung des Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen, DStR 1998, S. 296–303.
- Müller, Klaus Wolfgang*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften – Vierter Band (Anh. nach § 64c bis § 164; Anhang; Sachregister), 2. Auflage, Bielefeld 2000 (zit.: *K. W. Müller*, in: *ders.*, § Rn.).
- Müller-Erzbach, Rudolf*: Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Jherings Jb. 61 (1912), S. 343–384.
- ders.*: Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip*: Grundgesetz – Kommentar – Band 1 (Art. 1–69), 7. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig, Art. Rn.).
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Band 4: Aktiengesellschaft, hrsg. von Michael Hoffmann-Becking, 5. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MHdB GesR IV, § Rn.).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Wulf Goette und Matthias Habersack:
- Band 1: §§ 1–75, 5. Auflage, München 2019;
 - Band 2: §§ 76–117, 5. Auflage, München 2019;
 - Band 3: §§ 118–178, 5. Auflage, München 2022;
 - Band 4: §§ 179–277, 5. Auflage, München 2021;
 - Band 5: §§ 278–328, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht, 5. Auflage, München 2020;
 - Band 6: §§ 329–410, WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht, 5. Auflage, München 2021
- (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm. AktG, § Rn.).

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg:
Band 1: Allgemeiner Teil: §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Auflage, München 2021;
Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I: §§ 241–310, 9. Auflage, München 2022;
Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II: §§ 311–432, 9. Auflage, München 2022;
Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV: §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Auflage, München 2020;
Band 8: Sachenrecht: §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, 9. Auflage, München 2023;
Band 10: Familienrecht II: §§ 1589–1921, SGB VIII, 8. Auflage, München 2020;
Band 11: Erbrecht: §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, 9. Auflage, München 2022
(zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm. BGB, § Rn.).
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, hrsg. von Holger Fleischer und Wulf Goette:
Band 1: §§ 1–34, , 4. Auflage, München 2022;
Band 2: §§ 35–52, 3. Auflage, München 2019
(zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm. GmbHG, § Rn.).
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Ingo Drescher, Holger Fleischer und Karsten Schmidt:
Band 1: §§ 1–104a, 5. Auflage, München 2021;
Band 2: §§ 105–160, 4. Auflage, München 2016;
Band 3: §§ 161–237, 4. Auflage, München 2019
(zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm. HGB, § Rn.).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: Band 1: §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), hrsg. von Rolf Stürner, Horst Eidenmüller und Heinrich Schoppmeyer, 4. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm. InsO, § Rn.).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen: Band 1: §§ 1–354, hrsg. von Wolfgang Krüger und Thomas Rauscher, 6. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MünchKomm. ZPO, § Rn.).
- Muscheler, Karlheinz*: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, Tübingen 1994.

- ders.*: Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft – Grundlagen, Gegenstände, Verfahren –, ZEV 1997, S. 169–175.
- ders.*: Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft – Schranken, Änderungen der Mehrheitskompetenz, Rechtsfolgen, Verwalterbestellung –, ZEV 1997, S. 222–233.
- ders.*: Die Entlassung des Testamentsvollstreckers, AcP 197 (1997), S. 226–304.
- ders.*: Singularia non sunt extendenda, in: Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, hrsg. von Walter Drenseck und Roman Seer, Köln 2001, S. 135–160 (zit.: *Muscheler*, in: FS Kruse, 2001, S. 135).
- ders.*: Universalsukzession und Vonselbsterwerb – Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts, Tübingen 2002.
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.09.2005 – IV ZR 82/04, NJW 2006, 24–26, ZEV 2006, S. 26–27.
- ders.*: Die vom Testamentsvollstrecker erteilte Vollmacht, ZEV 2008, S. 213–216.
- ders.*: Erbrecht – Band II, Tübingen 2012 (zit.: *Muscheler*, Erbrecht II, 2012).
- ders.*: Die Verpflichtung zur Annahme der Erbschaft und zur Annahme des Testamentsvollstreckeramtes, ErbR 2020, S. 326–330.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang*: Zivilprozessordnung – Mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 19. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, § Rn.).
- Müßig, Ulrike*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, JZ 2011, S. 481–484.
- Mutter, Christoph*: Die Stimmrechtszurechnung nach § 22 WpHG bei Einschaltung eines Trusts, AG 2006, S. 637–650.
- Nagler, Johannes*: Die gesammte Hand im Gesellschaftsrechte. – (Ein Beitrag zum neudeutschen Gesellschaftsrechte.), SAfBR 10 (1900), S. 695–749.
- Nartowska, Urszula*: Rechtsverlust nach § 28 WpHG, Jena 2013.
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker*: Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, 45. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Nerlich/Römermann, § Rn.).
- Neuner, Jörg*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, München 2020 (zit.: *Neuner*, BGB AT, 2020, § Rn.).
- Nietsch, Michael*: Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz bei Treuhandverhältnissen, WM 2012, S. 2217–2225.

- Nipperdey, Hans Carl*: Stimmrecht des Miterben bei seiner Bestellung zum Verwalter in der Erbengemeinschaft, AcP 143 (1937), S. 315–325.
- Noack, Ulrich*: Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, Köln/Berlin 1989.
- ders.*: Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1994.
- ders.*: Online-Hauptversammlung – Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge, NZG 2001, S. 1057–1065.
- ders.*: Satzungsergänzende Verträge der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern, NZG 2013, S. 281–285.
- Noack, Ulrich/Servatius, Wolfgang/Haas, Ulrich*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 23. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Noack/Servatius/Haas, § GmbHG Rn.).
- Nodoushani, Manuel*: Die Transparenz von Beteiligungsverhältnissen – Aktien- und kapitalmarktrechtliche Mitteilungspflichten im Lichte neuer Gesetzesentwicklungen, WM 2008, S. 1671–1679.
- Nottmeier, Horst/Schäfer, Holger*: Praktische Fragen im Zusammenhang mit §§ 21, 22 WpHG, AG 1997, S. 87–96.
- Odersky, Walter*: Stimmbindungen in Pool und „Unterpool“, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag – Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, hrsg. von Uwe H. Schneider und Peter Hommelhoff, Köln 2000, S. 557–570.
- Oelrichs, Carsten P.*: Muß der Versammlungsleiter bei der Feststellung von Haupt- oder Gesellschafterversammlungsbeschlüssen treuwidrig abgegebene Stimmen mitzählen?, GmbHR 1995, S. 863–869.
- Oertmann, Paul*: Anmerkung zu RG, 288/30 IV., JW 1931, 2722–2723.
- Oetker, Hartmut*: Handelsgesetzbuch – Kommentar, 7. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Oetker, § Rn.).
- Offermann-Burckart, Susanne*: Interessenlage und Interessenwiderstreit in erbrechtlichen Mandaten, ZEV 2007, S. 151–156.
- Oldiges, Thilo*: Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgment Rule, Baden-Baden 2011.
- Oltmanns, Martin*: Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen – Die Business Judgment Rule im deutschen und im amerikanischen Recht, Frankfurt am Main 2001.
- Ott, Steffen*: Die Hauptversammlung einer Einpersonen-Aktiengesellschaft, RNotZ 2014, S. 423–430.

- Otto, Hans-Jochen*: Obligatorische Bindungsverträge zwischen Aktionär und AG-Vorstand über die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten und Organkompetenzen, NZG 2013, S. 930–937.
- Overrath, Hans-Peter*: Die Stimmrechtsbindung, Köln 1973.
- Paefgen, Walter G.*: Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002.
- ders.*: Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgment Rule im künftigen UMAG, AG 2004, S. 245–261.
- ders.*: Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, S. 554–584.
- ders.*: „Media-Saturn“: Beschlussfreiheit, unternehmerisches Ermessen, Gesellschaftsinteresse und Treubindung – Zugleich Besprechung BGH v. 12. 4. 2016 – II ZR 275/14, ZIP 2016, 1220 – Media-Saturn, ZIP 2016, S. 2293–2300.
- Paschos, Nikolaos/Fleischer, Holger*: Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Paschos/H. Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § Rn.).
- Paudtke, Bernd*: Zum zeitweiligen Verlust der Rechte eines Aktionärs gem. § 20 VII AktG, NZG 2009, S. 939–941.
- Paudtke, Bernd/Glauer, Christian*: Nachforschungspflichten der Emittentin hinsichtlich der Richtigkeit der Meldungen nach §§ 21 ff. WpHG, NZG 2016, S. 125–132.
- Paul, Jens Philippe*: Informelle und formelle Einflussnahmen des faktisch herrschenden Unternehmens auf die faktisch abhängige AG, Baden-Baden 2013.
- Paul, Thomas*: Die Gesellschafterfähigkeit von Gesamthandsgemeinschaften, Frankfurt am Main, 2005.
- Peetz, Carsten*: Anmeldung einer Anteilsabtretung – eine eher unscheinbare Norm, GmbHR 2006, S. 852–860.
- Pentz, Andreas*: Acting in Concert – Ausgewählte Einzelprobleme zur Zurechnung und zu den Rechtsfolgen, ZIP 2003, S. 1478–1492.
- Perzborn, Philipp*: Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften, RNotZ 2017, S. 405–427.
- Peters, Egbert*: Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, AcP 156 (1957), S. 311–346.
- Philippi, Ulrich*: Testamentsvollstreckung an GmbH-Anteilen, Diss., Univ. Tübingen 2000.

- Pickel, Michael*: Die Haftung des Testamentsvollstreckers und seine Versicherung, Diss., Univ. Köln 1986.
- Pittroff, Holger*: Die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 WpÜG, Frankfurt am Main 2004.
- Planck, Gottlieb/Strohal, Emil*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen, V. Band Erbrecht, 4. Auflage, Berlin 1930 (zit.: *Bearbeiter*, in: Planck/Strohal, § Rn.).
- Pleyer, Klemens*: Erwerb von GmbH-Anteilen durch eine Erbengemeinschaft – Anmerkung zu Kammergericht Berlin: Urt. 2 U 266/61 v. 26. 9. 61, GmbHR 1962, S. 49–51.
- Pluskat, Sorika*: „Investorenmitteilung nach § 27a WpHG – wie viel Beteiligungstransparenz geht noch?“, NZG 2009, S. 206–210.
- Podewils, Felix*: Die Geschäftsführerhaftung in der Personengesellschaft, BB 2014, S. 2632–2638.
- Pohl, Karl Wilhelm*: Mängel bei der Erbschaftsannahme und -ausschlagung, AcP 177 (1977), S. 52–81.
- Pöhlmann, Peter; Fandrich, Andreas; Bloehs, Joachim*: Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § Rn.).
- Pohlmann, Petra*: Rechtsschutz der Aktionäre der Zielgesellschaft im Wertpapiererwerbs- und Übernahmeverfahren, ZGR 2007, S. 1–36.
- Ponath, Gerrit/Raddatz, Stefan*: Gefahrenquellen für Nachlassbeteiligte in WpHG und WpÜG, ZEV 2013, S. 361–368.
- Pöschke, Moritz*: Auskunft ohne Grenzen? Die Bedeutung der Aktionärs-rechterichtlinie für die Auslegung des § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG, ZIP 2010, S. 1221–1224.
- Potthast, Cornel*: Zurückweisung und Beanstandung einseitiger Erklärungen „der Erbengemeinschaft“? – Gedanken zum Nachweis eines wirksamen Mehrheitsbeschlusses im Rechtsverkehr, ErbR 2022, S. 879–889.
- Presser* (Vorname unveröffentlicht): Kompetenzfragen unter Miterben, JW 1933, S. 145–147.
- Priester, Hans-Joachim*: Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, hrsg. von Marcus Lutter und Peter Ulmer, Berlin 1985, S. 463–486 (zit.: *Priester*, in: FS Stimpel, 1985, S. 463).
- ders.*: Gespaltene Stimmabgabe bei der GmbH – Gesetzliche Rechtslage und Satzungsgestaltung, in: Beiträge zum Gesellschafts- und Notarrecht – Freundesgabe für Willi Weichler zum 70. Geburtstag, hrsg. von Walter Schmitz-Valckenberg, Köln 1997, S. 101–113.

- ders.*: Eine Lanze für die Kernbereichslehre, NZG 2015, S. 529–531.
- ders.*: Schuldrechtliche Vereinbarungen zur Gewinnverteilung bei der AG, ZIP 2015, S. 2156–2159.
- Prütting, Hanns*: Ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts insolvenzfähig?, ZIP 1997, S. 1725–1734.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd*: Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 17. Auflage, Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § Rn.).
- Puchelt, Ernst Sigismund*: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch – Mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts, Leipzig 1874 (zit.: *Puchelt*, in: *ders.*, Art. Anm.).
- Quast, Hendrik*: Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter – Eine vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes, Berlin 2020.
- Ratschow, Eckart*: Die Aktionärsrechte-Richtlinie – neue Regeln für börsennotierte Gesellschaften, DStR 2007, S. 1402–1408.
- Raude, Karin*: Rechtsprobleme des digitalen Nachlasses: Der Anspruch der Erben auf den Zugang zum Account des Erblassers in sozialen Netzwerken, ZEV 2017, S. 433–439.
- Raue, Benjamin*: Die ordnungsgemäße Verwaltung eines GmbH-Anteils durch eine Erbengemeinschaft, GmbHR 2015, S. 121–128.
- Reichert, Jochem*: Die Treuebindung der Aktionärsmehrheit in Sanierungsfällen, NZG 2018, S. 134–142.
- Reichert, Jochem/Harbarth, Stephan*: Stimmrechtsvollmacht, Legitimationszession und Stimmrechtsausschlußvertrag in der AG, AG 2001, S. 447–455.
- Reichert, Jochem/Heusel, Matthias*: Lock-up-Vereinbarungen mit Großaktionären – regelmäßig kein Fall des acting in concert, in: Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Helmut Siekmann et al., Tübingen 2017, S. 975–990 (zit.: *Reichert/Heusel*, in: FS Baums, 2017, S. 975).
- Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes:
Band I: §§ 1–240, hrsg. von Kurt Herbert Johannsen und Wilhelm Kregel, 12. Auflage, Berlin 1982;
Band II, 4. Teil: §§ 631–811, hrsg. von Walter Dehner und Kurt Herbert Johannsen, 12. Auflage, Berlin 1978;

- Band V, 1. Teil: §§ 1922 bis 2146, hrsg. von Kurt Herbert Johannsen und Wilhelm Kregel, 12. Auflage, Berlin 1974
(zit.: *Bearbeiter*, in: RGRK BGB, § Rn.).
- Reimann, Wolfgang*: Unternehmertestament und Gesellschaftsvertrag: Neue Risiken, neuer Gestaltungsbedarf?, ZEV 2014, S. 521–526.
ders.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.05.2014 – II ZR 250/12, ZEV 2014, S. 666–668.
ders.: Erbe gegen Testamentsvollstrecker – Machtverteilung und Risiken bei der Verwaltung des Nachlasses, ErbR 2017, S. 186–194.
- Reinermann, Heinrich*: Messungsprobleme in der Rechnungskontrolle, in: Wissenschaft, Forschung und Rechnungshöfe – Wirtschaftlichkeit und ihre Kontrolle, hrsg. von Franz Letzelter und Heinrich Reinermann, Berlin 1981, S. 225–282.
- Reinicke, Gerhard*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.09.1959 – II ZR 46/59, MDR 1960, S. 28–29.
- Reithmann, Christoph*: Testamentsvollstreckung und postmortale Vollmacht als Instrumente der Kautelarjurisprudenz, BB 1984, S. 1394–1398.
- Renkl, Günter*: Der Gesellschafterbeschuß, Stuttgart 1982.
- Reuter, Dieter*: Stimmrechtsvereinbarungen bei treuhänderischer Abtretung eines GmbH-Anteils – Besprechung der Entscheidung vom 11. 10. 1976 – II ZR 119/75 –, ZGR 1978, S. 633–642.
ders.: Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit – Rechtstheoretische und rechtspraktische Anmerkungen zu einem großen Thema, AcP 207 (2007), S. 673–717.
- Riegger, Bodo/Wasmann, Dirk*: Rechtsfolgen bei Verletzung der Meldepflichten nach §§ 21, 25 WpHG unter besonderer Berücksichtigung des Risikobegrenzungsgesetzes, in: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Peter Kindler, Jens Koch et al., München 2010, S. 823–842 (zit.: *Riegger/Wasmann*, in: FS Hüffer, 2010, S. 823).
- Riesser, Jakob*: Die Kommissions-Beratungen über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich, DJZ 1896, S. 131–135.
ders.: Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht nebst Entwürfen für neue Statuten und für Statuten-Aenderungen – Mit Rücksicht auf den praktischen Gebrauch, insbesondere des Handelsstandes, Berlin 1899.
- Ripfel* (Vorname unveröffentlicht): Übernahme einer Stammeinlage durch eine Personenmehrheit, GmbHR 1956, S. 7–9.
- Ripka, Bernd*: Poolverträge und die neueren Entwicklungen des Gesellschaftsrechts, Herdecke 2000.

- Rißmann, Stephan*: Die Erbengemeinschaft, 3. Auflage, Bonn 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Rißmann, Die Erbengemeinschaft, 2019, §).
- Ritter, Carl*: Aktiengesetz – mit Einführungsgesetz, Durchführungsverordnungen und Einführungsverordnungen für Österreich und die sudeten-deutschen Gebiete, 2. Auflage, Berlin/München 1939 (zit.: *Ritter*, in: ders., §).
- Rodemann, Carsten*: Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Köln u. a. 1998.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*: Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Köln 2008.
- Roitzsch, Frank*: Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, Königstein (Ts.) 1981.
- Rosenkranz, Frank*: Die Auslegung von Ausnahmenvorschriften, JURA 2015, S. 783–788.
- Roskothen* (Vorname unveröffentlicht): Gesamthänderischer Erwerb innerhalb der Miterbengemeinschaft, JW 1937, S. 2955–2956.
- Röthel, Anne*: Erbrecht – Ein Studienbuch, 18. Auflage, München 2020.
- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 6. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § Rn.).
- Ruby, Gerhard/Schindler, Andreas*: ZEV-Report Zivilrecht, ZEV 2006, S. 468–472.
- Rüfner, Wolfgang*: Der personale Grundzug der Grundrechte und der Grundrechtsschutz juristischer Personen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, hrsg. von Peter Badura und Horst Dreier, Tübingen 2001, S. 55–76 (zit.: *Rüfner*, in: FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 55).
- Rulf, Philipp*: Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG – Auslegung und Abgrenzung der Zurechnungstatbestände des § 22 WpHG und des § 30 WpÜG, Frankfurt am Main 2010.
- Rümelin, Gustav*: Juristische Begriffsbildung, Leipzig 1878.
- Ryu, Paul K./Silving, Helen*: Was bedeutet die sogenannte „Relativität der Rechtsbegriffe“?, ARSP 1973, S. 57–86.
- Sachs, Michael*: Grundgesetz – Kommentar, 9. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sachs, § Rn.).
- Saenger, Ingo*: Treugebundene Zustimmungspflichten im GmbH-Recht, in: Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018,

- hrsg. von Meinrad Dreher et al., Berlin/Boston 2018, S. 603–616 (zit.: *Saenger*, in: FS Bergmann, 2018, S. 603).
- Saenger, Ingo/Aderhold, Lutz/Lenkaitis, Karlheinz/Speckmann, Gerhard*: Handels- und Gesellschaftsrecht – Praxishandbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Saenger/Aderhold et al., Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § Rn.).
- Saenger, Ingo/Inhester, Michael*: GmbHG, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Saenger/Inhester, § Rn.).
- Sarakinis, Niovy*: Die Erbengemeinschaft als Unternehmenserbe, Jena 2021.
- Sarres, Ernst*: Auskunftspflichten zwischen Miterben bei gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge, ZEV 1996, S. 300–301.
- ders.*: Erbrechtliche Auskunftsansprüche aus Treu und Glauben (§ 242 BGB), ZEV 2001, S. 225–229.
- Sauer, Wilhelm*: Juristische Methodenlehre – zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften, Stuttgart 1940.
- Sauerwald, Matthias*: Der Versammlungsleiter im Aktienrecht, Baden-Baden 2018.
- Savigny, Friedrich Carl von*: System des heutigen Römischen Rechts: Erster Band, Berlin 1840; Zweiter Band, Berlin 1840.
- Schäfer, Carsten*: Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, S. 1253–1259.
- ders.*: Interessenkonflikte und Unabhängigkeit im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, ZGR 2014, S. 731–752.
- ders.*: Gibt es noch einen Schutz des Kernbereichs der Mitgliedschaft – Nachlese zu BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, ZIP 2014, 2231, ZIP 2015, S. 1313–1316.
- ders.*: Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrechts nach dem Mauraucher Entwurf, ZIP 2020, S. 1149–1155.
- Schäfer, Frank A./Hamann, Uwe*: Kapitalmarktgesetze – Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: F. A. Schäfer/Hamann, § Rn.).
- Schaffland, Hans-Jürgen*: Die Vererbung der Mitgliedschaft nach § 77 GenG, Diss., Univ. Marburg 1982.
- Schaub, Bernhard*: Die Familien-Aktiengesellschaft und der Schutz vor Fremdeinflüssen – Statuarische Besonderheiten, insbesondere zur Regelung der Vermögensnachfolge, ZEV 1995, S. 82–89.

- ders.*: Der Tod des GmbH-Gesellschafters, in: Erbrecht und Vermögensnachfolge – System, Struktur, Vertrag, Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Jürgen Damrau, München 2012, S. 311–330 (zit.: *Schaub*, in: FS Bengel & Reimann, 2012, S. 311).
- Schauf, Maximilian*: Die (un-)einheitliche Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung im Falle einer Treuhandkonstruktion, GmbHR 2015, S. 799–803.
- Schefer, Anton G.*: Sondererbfolge in den GmbH-Geschäftsanteil?, GmbHR 1960, S. 203–205.
- ders.*: Welche Rechte enthält der Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters?, GmbHR 1961, S. 81–82.
- Schemmann, Till*: Mehrfachbeteiligung von Gesellschaftervertretern bei Organbeschlüssen, NZG 2008, S. 89–92.
- Scherer, Stephan*: Unternehmensnachfolge, 6. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 2020, § Rn.).
- Schilling, Wolfgang*: Die Regelung der Gesellschafternachfolge in der Satzung der GmbH, GmbHR 1962, S. 205–207.
- Schindler, Andreas*: Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2010 – 5 U 505/10, ZEV 2011, S. 322–323.
- Schlegelberger, Franz/Quassowski, Leo*: Aktiengesetz – Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1939 (zit.: *Schlegelberger/Quassowski*, in: dies., § Rn.).
- Schlimm, Katrin*: Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft – Die Kodifikation einer „Business Judgment Rule“ deutscher Prägung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Baden-Baden 2009.
- Schlippe, Arist von*: Psychologie der familieninternen Nachfolge in Familienunternehmen, in: Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft – Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, hrsg. von Rainer Kirchdörfer et al., München 2009, S. 39–55.
- Schlitt, Michael*: Die Auswirkungen des Handelsrechtsreformgesetzes auf die Gestaltung von GmbH & Co. KG-Verträgen, NZG 1998, S. 580–586.
- Schmellenkamp, Egon*: Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen, insbesondere an Kommanditanteilen, und Ersatzlösungen, MitRhNotK 1986, S. 181–193.
- Schmidt, Christopher*: Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft – Unter besonderer Berücksichtigung der Einflüsse der deutschen Gesamthandslehre und des Preußischen Allgemeinen Landrechts auf die Rechtsgemeinschaften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 2015.

- Schmidt, Holger*: Einzelfragen zur Gesellschafterliste i. S. von § 40 GmbHG, NotBZ 2013, S. 13–17.
- Schmidt, Jessica*: Die gemeinschaftliche Ausübung von Rechten aus einem GmbH-Anteil, NZG 2015, S. 1049–1055.
- Schmidt, Karsten*: Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH – Probleme der sog. Vertreterklausel, ZHR 146 (1982), S. 525–554.
- ders.*: Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden – Ein Beitrag zur gesellschaftsrechtlichen Institutionenbildung, Heidelberg 1984.
- ders.*: Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht – Eine Studie über Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Vereine, Heidelberg 1984.
- ders.*: Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann – Verfassung, Haftung, Umwandlung und Minderjährigenschutz –, NJW 1985, S. 2785–2793.
- ders.*: Die Handels-Personengesellschaft in Liquidation – Ein neues Bild des Liquidationsrechts der Gesamthandsgesellschaften, ZHR 153 (1989), S. 270–299.
- ders.*: Klage und Rechtshängigkeit bei Konkursöffnung vor Klagezustellung, NJW 1995, S. 911–916.
- ders.*: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002.
- ders.*: Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils“ – Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes „Personengesellschaft“, AcP 209 (2009), S. 181–204.
- ders.*: Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften?, ZHR 177 (2013), S. 712–739.
- ders.*: Insolvenzordnung – InsO mit EuInsVO, 20. Auflage, München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt, § Rn.).
- ders.*: Konsistenzprobleme im gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Pflichtenkreis, ZIP 2018, S. 853–858.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus*: Aktiengesetz, Kommentar, Band 1: §§ 1–132, 4. Auflage, Köln 2020; Band 2: §§ 133–410, 4. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt/Lutter, § Rn.).
- Schmitt, Joachim/Hörtnagl, Robert*: Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz – Kommentar, 9. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schmitt/Hörtnagl, § Rn.).
- Schmitz-Herscheidt, Fabian*: Gesellschafterbeschluss. Zustimmung eines Gesellschafters zu Beschlussanträgen aufgrund der Treuepflicht –

- Anmerkung zu BGH v. 12.4.2016 – II ZR 275/14, GmbHR 2016, S. 761–763.
- Schnabel, Kerstin/Korff, Matthias*: Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten gem. §§ 21 ff. WpHG und ihre Änderung durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz – Ausgewählte Praxisfragen, ZBB 2007, S. 179–187.
- Schnapp, Friedrich E.*: Logik für Juristen, 7. Auflage, München 2016.
- Schneider, Sven H./Schneider, Uwe H.*: Der Rechtsverlust gemäß § 28 WpHG bei Verletzung der kapitalmarktrechtlichen Meldepflichten – zugleich eine Untersuchung zu § 20 Abs. 7 AktG und § 59 WpÜG, ZIP 2006, S. 493–500.
- Schneider, Uwe H.*: Haftungsmilderung für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei fehlerhafter Unternehmensleitung?, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, hrsg. von Walter Hadding, Berlin 1984, S. 795–816 (zit.: *U. H. Schneider*, in: FS Werner, 1984, S. 795).
- ders.*: Stimmverbote im GmbH-Konzern, ZHR 150 (1986), S. 609–634.
- ders.*: Die kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten nach §§ 21 ff. WpHG, in: Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gerd Pfeiffer, Köln 1996, S. 565–578 (zit.: *U. H. Schneider*, in: FS Brandner, 1996, S. 565).
- ders.*: Anwendungsprobleme bei den kapitalmarktrechtlichen Vorschriften zur Offenlegung von wesentlichen Beteiligungen an börsennotierten Aktiengesellschaften (§§ 21 ff. WpHG), AG 1997, S. 81–87.
- ders.*: Die Erfüllung der kapitalmarktrechtlichen Mitteilungspflichten in der Hauptversammlung, AG 2021, S. 58–65.
- Schnorbus, York*: Rechtsschutz im Übernahmeverfahren – Teil II –, WM 2003, S. 657–664.
- Schnorr, Randolf*: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741–758 BGB), Tübingen 2004.
- Schnur, Roman*: Der Begriff der „herrschenden Meinung“ in der Rechtsdogmatik, in: Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, hrsg. von Karl Doehring, München 1967, S. 43–64 (zit.: *Schnur*, in: FS Forsthoff, 1967, S. 43).
- Scholl, Bernd*: Vorstandshaftung und Vorstandsermessen – Rechtliche und ökonomische Grundlagen, ihre Anwendung in der Finanzkrise sowie der Selbstbehalt bei der D&O-Versicherung, Baden-Baden 2015.
- Scholz, Franz*: GmbHG:
Band 1: §§ 1–34, 12. Auflage, Köln 2021;

- Band 2: §§ 35–52 und Anh. § 45 Gesellschafterversammlung und Gesellschafterkompetenzen in der GmbH & Co. KG, 12. Auflage, Köln 2021
(zit.: *Bearbeiter*, in: F. Scholz, § Rn.).
- Scholz, Kai-Steffen*: Verlust von Aktionärsrechten gem. § 28 WpHG, AG 2009, S. 313–321.
- Scholz, Philip*: Die Genossenschaft in der notariellen Praxis, RNotZ 2021, S. 441–466.
- Schön, Wolfgang*: Die vermögensverwaltende Personenhandelsgesellschaft – Ein Kind der HGB-Reform –, DB 1998, S. 1169–1177.
- Schöne, Michael*: Auskunftsansprüche im Erbrecht, Diss., Univ. Münster 1983.
- Schopp, Heinrich*: Die Kündigung des Mietverhältnisses durch eine Erben- oder Bruchteilsgemeinschaft, ZMR 1967, S. 193–196.
- Schörnig, Michael*: Die obligatorische Gruppenvertretung – Ein gesellschaftsrechtliches und erbrechtliches Gestaltungsmittel, Köln 2001.
- ders.*: Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer obligatorischen Gruppenvertretung bei Personen- und Kapitalgesellschaften durch eine sog. Vertreterklausel, ZEV 2002, S. 343–350.
- Schröder, Jan*: Stimmrechtskonsortien unter Aktionären: Gesellschafts- und erbrechtliche Probleme, ZGR 1978, S. 578–607.
- Schrötter, Hans-Jörg*: Die Grenzen der Abschließbarkeit personenbezogener Aktiengesellschaften gegenüber unerwünschten Beteiligungen nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht, Diss., Univ. Regensburg 1976.
- ders.*: Der Schutzgemeinschaftsvertrag, NJW 1979, S. 2592–2597.
- Schubert, Werner*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, JR 2010, S. 536.
- Schubert, Werner/Schmiedel, Burkhard/Krampe, Christoph*: Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897 – Band II: Denkschriften, Beratungen, Berichte – Zweiter Halbband, Frankfurt am Main 1988 (zit.: *W. Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II 2, 1988, S.).
- Schulenburg, Volker*: Ausnahme und Ende des sechsmonatigen Rechtsverlusts nach § 28 S. 3 WpHG – zu den Grenzen der erlaubten Falschmeldung nach § 28 S. 4 WpHG, NZG 2009, S. 1246–1253.
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Scheuch, Alexander/Schreiber, Christoph/Schulte-Nölke, Hans/Staudinger, Ansgar/Wiese, Volker*:

- Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schulze et al., § Rn.).
- Schulze-Osterloh, Joachim*: Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München 1972.
- ders.*: Die Verwaltung eigenen Vermögens als Handelsgewerbe, in: Festschrift für Prof. Dr. Horst Baumann, hrsg. vom Verein zur Förderung der Versicherungswissenschaft an den drei Berliner Universitäten, Karlsruhe 1999, S. 325–333 (zit.: *Schulze-Osterloh*, in: FS Baumann, 1999, S. 325).
- Schünemann, Wolfgang B.*: Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, Bielefeld 1975.
- Schüppen, Matthias/Gahn, Verena*: Anmerkung zu LG München I, Beschluss vom 23.02.2006 – 17 HK T 1286/06 – Zur Frage der satzungsmäßigen Zulässigkeit einer gespaltenen Stimmabgabe aus einem einheitlichen Geschäftsanteil, GmbHR 2006, S. 432–433.
- Schürnbrand, Jan*: Rechtsstellung und Verantwortlichkeit des Leiters der Hauptversammlung, NZG 2014, S. 1211–1213.
- ders.*: Die Ausübung von Gesellschafterrechten in der GmbH durch Erbengemeinschaften, NZG 2016, S. 241–247.
- Schütte, Burkhard*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.04.2006 – LwZR 10/05, NJW 2007, S. 152–153.
- Schütz, Bernhard G.*: Pflichtangebote an Aktionäre – Zwischen Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht, Bielefeld 2005.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel*: Kapitalmarktrechts-Kommentar – Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Wertpapierprospektgesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Europäische Marktmissbrauchsverordnung, 5. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schwark/Zimmer, § Rn.).
- Schwerin, Claudius Freiherr von*: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin/Leipzig 1928.
- Seemüller, Beate*: Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, Diss., Univ. Hamburg 1976.
- Segna, Ulrich*: Irrungen und Wirrungen im Umgang mit den §§ 21 ff. WpHG und § 244 AktG, AG 2008, S. 311–321.
- ders.*: Die sog. gespaltene Rechtsanwendung im Kapitalmarktrecht – Erörtert am Beispiel der §§ 21 ff WpHG, ZGR 2015, S. 84–123.
- Seibt, Christoph H.*: Stimmrechtszurechnung nach § 30 WpÜG zum Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH?, ZIP 2005, S. 729–740.

- ders.*: Nichtigkeit einer Klausel über Pflicht des Aktionärs zur unentgeltlichen Rückübertragung der Aktien bei Vertragsende, EWiR 2013, S. 131–132.
- ders.*: Sanierungsgesellschaft: Mitgliedschaftliche Treuepflicht und Grenzen der Stimmrechtsausübung in der Aktiengesellschaft, ZIP 2014, S. 1909–1916.
- Semler, Johannes/Asmus, Thomas*: Der stimmlose Beschluss, NZG 2004, S. 881–892.
- Seydel, Eberhard*: Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft, Baden-Baden 1995.
- Siber, Heinrich*: Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB, Jherings Jb. 67 (1917), S. 81–210.
- Siebel, Ulf R.*: Zur Auskunftspflicht des Aktionärs – Übersicht mit Hinweisen auf englisches Recht –, in: Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, hrsg. von Friedrich Kübel, Hans-Joachim Mertens und Winfried Werner, Berlin 1991, S. 771–708 (zit: *Siebel*, in: FS Heinsius, 1991, S. 771).
- Siegels, Jörg*: Die Privatperson als Konzernspitze – Probleme der Unternehmenseigenschaft natürlicher Personen, Baden-Baden 1997.
- Siems, Mathias*: Die Vermögensverwaltung im HGB – Gewerbebegriff und Vermögensverwaltungsgesellschaften, NZG 2001, S. 738–742.
- Sigle, Walter*: Zur Psychologie der Familiengesellschaften, in: Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, hrsg. von Gerd Pfeiffer, München 1994, S. 459–476 (zit.: *Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459).
- Simon, Björn*: Zur Herleitung zivilrechtlicher Ansprüche aus §§ 35 und 38 WpÜG, NZG 2005, S. 541–544.
- Simon, Eric*: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07, NSTZ 2009, S. 84–85.
- Singhof, Bernd*: Die Außenhaftung von Emissionskonsortien für Aktieneinlagen, Berlin 1997.
- ders.*: Die Beauftragung eines „Treuhänders“ durch eine AG zwecks kostenloser Stimmrechtsvertretung für einzelne Aktionäre – zugleich Besprechung von LG Baden-Baden, NZG 1998, 685, NZG 1998, S. 670–674.
- Skauradszun, Dominik*: Der Beschluss als Rechtsgeschäft, Berlin 2020.
- Sobich, Peter-Jürgen*: Erben-gemeinschaft und Handelsgeschäft, Diss., Univ. Kiel 1974.
- Soergel, Hans Theodor*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:

- Band 1: Allgemeiner Teil 1: §§ 1–103 BGB, hrsg. von Manfred Wolf, 13. Auflage, Stuttgart 2000;
- Band 2: §§ 104–240 BGB, hrsg. von dems., 13. Auflage, Stuttgart 1999;
- Band 11/1: §§ 705–758 BGB, hrsg. von Walther Hadding, 13. Auflage, Stuttgart 2012;
- Band 21: Erbrecht 1: §§ 1922–2063 BGB, hrsg. von Jürgen Damrau, 13. Auflage, Stuttgart 2002
(zit.: *Bearbeiter*, in: Soergel, 13. Aufl., § Rn.).
- ders.*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:
- Band 32: Erbrecht 1: §§ 1922–2146, hrsg. von Martin Löhnig, 14. Auflage, Stuttgart 2020;
- Band 33: Erbrecht 2: §§ 2147–2385, hrsg. von dems., 14. Auflage, Stuttgart 2020
(zit.: *Bearbeiter*, in: Soergel, 14. Aufl., § Rn.).
- Sohm, Rudolph*: Der Gegenstand – Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905.
- Speckmann, Werner*: Der Anspruch des Miterben auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses, NJW 1973, S. 1869–1870.
- Spindler, Gerald*: Internet und Corporate Governance – ein neuer virtueller (T)Raum?, ZGR 2000, S. 420–445.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard*: Kommentar zum Aktiengesetz:
- Band 1: §§ 1–132, 5. Auflage, München 2022;
- Band 2: §§ 133–410, SpruchG – SE-VO, § 1 COVMG, 5. Auflage, München 2022
(zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz, § Rn.).
- Stanescu, Ana-Maria*: Die Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft zwischen § 2038 und § 2040 BGB, Diss., Univ. Augsburg 2013.
- Starke, Till M.*: Beteiligungstransparenz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – Rechtsprobleme der §§ 21 ff. WpHG und des § 20 AktG, Baden-Baden 2002.
- Staub, Hermann*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1. Auflage, Berlin 1903 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staub, GmbHG, 1. Aufl. 1903, § Anm.).
- ders.*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 4. Auflage, Berlin 1913 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staub, GmbHG, 4. Aufl. 1913, § Rn.).

- ders.*: Handelsgesetzbuch – Kommentar, 14. Auflage, Berlin/Leipzig 1933 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staub, HGB, 14. Aufl. 1933, § Rn.).
- ders.*: Handelsgesetzbuch – Großkommentar, Band III/3: Bankvertragsrecht, 3. Auflage, Berlin 1981 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staub, Großkomm. HGB, 3. Aufl. 1981, § Rn.).
- ders.*: Handelsgesetzbuch – Großkommentar, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack und Carsten Schäfer, Dritter Band: §§ 105–160, 5. Auflage, Berlin 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staub, Großkomm. HGB, 5. Aufl. 2009, § Rn.).
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Einl. zum BGB, §§ 1–14, VerschG (Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer), Berlin 2018; §§ 21–79 (Vereine), Berlin 2019; §§ 90–124, §§ 130–133 (Sachen und Tiere, Geschäftsfähigkeit und Willenserklärung), Berlin 2017; §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2019; §§ 241–243, Berlin 2019; §§ 705–740 (Gesellschaftsrecht), 13. Auflage, Berlin 2003; §§ 741–764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), Berlin 2021; Einleitung zum Erbrecht, §§ 1922–1966 (Erbfolge), Berlin 2017; §§ 1967–2063 (Rechtsstellung des Erben), Berlin 2020; §§ 2197–2228 (Testamentsvollstrecker), Berlin 2022; (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Staudinger, § Rn.).
- Steinmeyer, Roland*: WpÜG – Kommentar, 4. Auflage, Berlin 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Steinmeyer, § Rn.).
- Steinwenter, Artur*: Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie, in: Festschrift Fritz Schulz – Zweiter Band, Weimar 1951, S. 345–363 (zit.: *Steinwenter*, in: FS F. Schulz II, 1951, S. 345).
- Stobbe, O.* (vollständiger Vorname unveröffentlicht): Miteigentum und gesammte Hand, ZRG 4 (1864), S. 207–248.
- Storz, Thomas*: Autonomie und Heteronomie des Testamentsvollstreckers, Berlin 2009.
- Strohal, Emil*: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Zweiter Band, 3. Auflage, Berlin 1904 (zit.: *Strohal*, Erbrecht II, 1904, §).
- Strothmann, York*: Einzelkaufmännisches Unternehmen und Erbenmehrheit im Spannungsfeld von Handels-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrecht – Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 8.10.1984 – II ZR 223/83, ZIP 1984, 1469, ZIP 1985, S. 969–978.

- Stuckenberg, Carl-Friedrich*: Frauke Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, 2019, ZIS 2021, S. 279–297.
- Stumpf, Christoph A.*: Grundrechtsschutz im Aktienrecht, NJW 2003, S. 9–15.
- Stützel, Dieter*: Grenzen von Einzel- und Mehrheitsentscheidungen in der Erbengemeinschaft, NJW 2013, 3543–3549.
- Stütze, Rudolf/Walgenbach, Joachim*: Leitung der Hauptversammlung und Mitspracherechte der Aktionäre in Fragen der Versammlungsleitung, ZHR 155 (1991), S. 516–544.
- Sudmeyer, Jan*: Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach §§ 21, 22 WpHG, BB 2002, S. 685–692.
- Süßmann, Rainer/Meder, Manuel M.*: Schärfere Sanktionen bei der Verletzung der Mitteilungspflichten – Erweiterung des § 28 WpHG, WM 2009, S. 976–979.
- Suttmann, Christoph*: Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht, MittBayNot 2011, S. 1–16.
- Szalai, Stephan*: Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen – Leistungsstörungen bei (rechtsfähigen) Personengesellschaften, Baden-Baden 2013.
- Taube, Carl-Tessen*: Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, Berlin 2018.
- Tebben, Joachim*: Die Reform der GmbH – das MoMiG in der notariellen Praxis, RNotZ 2008, S. 441–462.
- Teichmann, Christoph*: Fragerecht und Aktionärsrechterichtlinie, NZG 2014, S. 401–407.
- Theusinger, Ingo/Schilha, Ralph*: Die Leitung der Hauptversammlung - eine Aufgabe frei von Haftungsrisiken?, BB 2015, S. 131–139.
- Thielmann, Georg*: Bereicherung des Gesellschaftsvermögens und der Eigenvermögen der Gesellschafter, ZHR 136 (1972), S. 397–424.
- Thiessen, Johannes*: Person und Vermögen., Diss., Univ. Jena 1910.
- Thoma, Georg F.*: Der neue Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission, ZIP 1996, S. 1725–1734.
- Thümmel, Roderich C.*: Organhaftung nach dem Referentenentwurf des UMAG – Neue Risiken für Manager?, DB 2004, S. 471–474.
- Tietze, Jörg*: Die Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, Köln 1985.
- Timm, Wolfram*: Treuepflichten im Aktienrecht, WM 1991, S. 481–494.

- ders.*: Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 3209–3218.
- Todtenhöfer, Jens*: Testamentsvollstreckung an GmbH-Anteilen in der notariellen Praxis, RNotZ 2017, S. 557–577.
- Tolani, Madeleine*: „Teilrechtsfähigkeit“ von Personenvereinigungen – Zur Notwendigkeit einer Balance zwischen richterlicher Rechtsfortbildung und geschriebenem Recht, Berlin 2009.
- Töteberg, Helmut*: Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss., Univ. Göttingen 1955.
- Tröger, Tobias*: Treupflicht im Konzernrecht, Köln 2000.
- Tuhr, Andreas von*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts:
Erster Band. Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910;
Zweiter Band. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft. Zweite Hälfte., München/Leipzig 1918;
(zit.: v. Tuhr, BGB AT).
- Uhlenbruck, Wilhelm*: Corporate Governance, Compliance and Insolvency Judgement Rule als Problem der Insolvenzverwalterhaftung, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, hrsg. von Georg Bitter et al., Berlin/Köln 2009, S. 1603–1624 (zit.: Uhlenbruck, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 1603).
- ders.*: Insolvenzordnung, Kommentar – Band 1, 15. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: W. Uhlenbruck, § Rn.).
- Ulmer, Peter*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5. 6. 1975, NJW 1976, S. 192–193.
- ders.*: Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen? – Ein Beitrag zu den Auswirkungen der Sondervererbung im Personengesellschaftsrecht auf letztwillige Verwaltungsanordnungen des Erblassers, ZHR 146 (1982), S. 555–579.
- ders.*: Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, NJW 1990, S. 73–83.
- ders.*: Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198 (1998), S. 113–151.
- ders.*: Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 (1999), S. 290–342.
- Ulrich, Bernhard*: Geschäftsähnliche Handlungen, NJW 2003, S. 2053–2056.
- Unsöld, Béatrice C.*: Die Testamentsvollstreckung an Aktien, Baden-Baden 2009.

- Vedder, Karl Christian*: Missbrauch der Vertretungsmacht – Der Schutz der Selbstbestimmung durch die Anfechtbarkeit vorsätzlich interessenswidriger Vertretungsgeschäfte, Tübingen 2007.
- Veil, Rüdiger*: Wie viel „Enforcement“ ist notwendig? – Zur Reform des Instrumentenmix bei der Sanktionierung kapitalmarktrechtlicher Mitteilungspflichten gem. §§ 21 ff. WpHG, ZHR 175 (2011), S. 83–109.
- Veil, Rüdiger/Lötscher, Marcel*: Fraktionierte Aktien, WM 2021, S. 2121–2128.
- Veranneman, Peter*: Schuldverschreibungsgesetz einschließlich U.S.A. und England – Kommentar, 2. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Veranneman, § Rn.).
- Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages 2000, Bd. II/1, München 2001.
- Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages 2010, Bd. II/2, München 2011.
- Vetter, Eberhard*: Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie – Überlegungen de lege ferenda, NZG 2014, S. 921–926.
- Vetter, Jochen*: 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: 50 Jahre Aktiengesetz, hrsg. von Holger Fleischer, Jens Koch, Bruno Kropff und Marcus Lutter, Berlin/Boston 2016, S. 231–272.
- Vocke, Christian*: Zum Rechtsverlust nach § 28 WpHG bei Verstößen gegen Stimmrechtsmitteilungspflichten, BB 2009, S. 1600–1607.
- Vocke-Kerkhof, Ricardo*: Die Rechte des GmbH-Gesellschafters in der obligatorischen Gruppenvertretung, Hamburg 2020.
- Vogel, Wolfgang*: Zur Vererbung eines Geschäftsanteils, GmbHR 1971, S. 132–137.
- Wachter, Thomas*: Testamentsvollstreckung an GmbH-Geschäftsanteilen, ZNotP 1999, S. 226–233.
- ders.*: Kurzkomentar zu OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 – 2 U 523/11, EWiR 2012, S. 699–700.
- ders.*: GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall – Erbrecht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht, Bonn 2013.
- ders.*: GmbH-Gesellschafterliste: 10 Jahre nach MoMiG – Rückblick und Ausblick, GmbHR 2018, S. 1129–1141.
- Wackerbarth, Ulrich*: Die Zurechnung nach § 30 WpÜG zum Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH – Erwiderung auf *Seibt*, ZIP 2005, 729, ZIP 2005, S. 1217–1221.

- Wagner, Markus*: Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts – Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts, Heidelberg 2016.
- Waldherr, Klaus*: Der Begriff der „ordnungsmäßigen Verwaltung“ im BGB, Berlin 1998.
- Walker, Wolf-Dietrich*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, FamRZ 2010, S. 204–205.
- Wallisch, Kai*: Unternehmerische Entscheidungen der Hauptversammlung, Baden-Baden 2012.
- Wank, Rolf*: Die juristische Begriffsbildung, München 1985.
- ders.*: Juristische Methodenlehre – Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2020.
- Wassermann, P.* (vollständiger Vorname unveröffentlicht): Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.12.1988 – IV a ZR 290/87, JR 1990, S. 17–20.
- Wastl, Ulrich*: Der Handel mit größeren Aktienpaketen börsennotierter Unternehmen – Eine Bestandsaufnahme aus primär aktien-, börsen- und kapitalmarktrechtlicher Sicht, NZG 2000, S. 505–514.
- Watson, Alan*: Legal Transplants – An Approach to Comparative Law, 2. Auflage, Athens (GA) 1993.
- Weber, Martin*: Der Eintritt des Aktienrechts in das Zeitalter der elektronischen Medien – Das NaStraG in seiner verabschiedeten Fassung, NZG 2001, S. 337–346.
- Weber-Grellet, Heinrich*: Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182 (1982), S. 316–334.
- Weber-Rey, Daniela*: Risikobegrenzungsgesetz – Gratwanderung im Dienste der Transparenz, DStR 2008, S. 1967–1972.
- Weidlich, Dietmar*: Testamentsvollstreckung an einem einzelkaufmännischen Unternehmen – Zulässigkeit auf Grund geänderter Gesetzeslage?, NJW 2011, S. 641–646.
- Weipert, Lutz*: Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft, ZEV 2002, S. 300–304.
- Wellenhofer, Marina*: Erbrecht: Kündigung eines Mietvertrags über Nachlassgrundstück durch Miterben, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.11.2009 – XII ZR 210/05, JuS 2010, S. 543–545.
- Weller, Marc-Philippe*: Die Klagbarkeit gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten, in: Liber amicorum für Martin Winter, hrsg. von Michael Hoffmann-Becking, Uwe Hüffer und Jochem Reichert, Köln 2011, S. 755–773 (zit.: *Weller*, in: FS Winter (2011), S. 755).

- Wendt, Roland*: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 03.12.2014 – IV ZA 22/14, ErbR 2015, S. 196–197.
- ders.*: Die Erbengemeinschaft – vom Gesetzgeber zur Handlungsunfähigkeit verdammt? – 10 Jahre höchstrichterliche Rechtsprechung: Rück- und Ausblicke, ErbR 2017, S. 58–70.
- Werkmüller, Maximilian A.*: Die Mitwirkungsbefugnisse der Bruchteilsminderheit bei Beschlußfassungen in der ungeteilten Erbengemeinschaft, ZEV 1999, S. 218–221.
- ders.*: Der Unternehmensverkauf durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2006, S. 491–493.
- Wernecke, Frauke*: Die Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche bei der Notgeschäftsführung des Miterben – eine Zusammenschau, AcP 193 (1993), S. 240–263.
- Werner, Olaf*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.04.2006 – LwZR 10/05, ZEV 2006, S. 360–361.
- Werner, Rüdiger*: Regelungsbedürftige Punkte bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung an GmbH-Geschäftsanteilen, ZEV 2018, S. 252–257.
- Wertenbruch, Johannes*: Beschlussfassung und Pflichtverletzungen im Stimmrechtskonsortium, NZG 2009, S. 645–649.
- Westermann, Harm Peter*: Das Girosammeldepot im deutschen Recht, RabalsZ 49 (1985), S. 214–239.
- ders.*: Zum Anwendungsbereich von Vinkulierungsklauseln bei der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZIP 1985, S. 1249–1252.
- ders.*: Problemschwerpunkte bei der rechtlichen Beratung von Familiengesellschaftern, in: Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft – Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, hrsg. von Rainer Kirchdörfer et al., München 2009, S. 21–35 (zit.: *Harm P. Westermann*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 21).
- ders.*: Erbrechtsreform und Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, hrsg. von Holger Altmeyen, Hanns Fitz und Heinrich Honsell, München, 2011, S. 893–904 (zit.: *Harm P. Westermann*, in: FS G. H. Roth, 2011, S. 893).
- Wicke, Hartmut*: Die Leitung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft – Praxisrelevante Frage und neuere Entwicklungen, NZG 2007, S. 771–774.
- ders.*: Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. 13. Mai 2014 – II ZR 250/12, BGH NZG 2014, 945, ZGR 2015, S. 161–184.

- ders.*: GmbH-Gesellschafterliste und Transparenzregister, DB 2017, S. 2528–2534.
- ders.*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar, 4. Auflage, München 2020 (zit.: *Wicke*, in: *ders.*, § Rn.).
- Widder, Stefan*: Rechtsnachfolge in Mitteilungspflichten nach §§ 21 ff. WpHG, § 20 AktG?, NZG 2004, S. 275–277.
- ders.*: Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz und Gesamtrechtsnachfolge, BB 2005, S. 1979–1981.
- ders.*: Mitteilungspflichten gemäß §§ 21 ff. WpHG und Anteilerwerb nach UmwG, NZG 2010, S. 455–456.
- Widder, Stefan/Kocher, Dirk*: Die Behandlung eigener Aktien im Rahmen der Mitteilungspflichten nach §§ 21 ff. WpHG, AG 2007, S. 13–19.
- Wiedemann, Andreas*: Familienaktiengesellschaften im Kapitalmarktrecht, in: Die börsennotierte Familienaktiengesellschaft – Dokumentation des Seminars vom 11. Juli 2006, hrsg. von Rüdiger von Rosen, Frankfurt am Main 2006.
- Wiedemann, Andreas/Frohnmayr, Thomas*: Familienunternehmen und Kapitalmarkt, in: Familienunternehmen in Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft – Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes zum 70. Geburtstag, hrsg. von Rainer Kirchdörfer et al., München 2009, S. 283–306 (zit.: *A. Wiedemann/Frohnmayr*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 283).
- Wiedemann, Herbert*: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München 1965.
- ders.*: Minderheitenschutz und Aktienhandel, Stuttgart 1968.
- ders.*: GmbH-Anteile in der Erbengemeinschaft, GmbHR 1969, S. 247–253.
- ders.*: Verbandssouveränität und Außeneinfluß. Gedanken zur Errichtung eines Beirats in einer Personengesellschaft, in: Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht – Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5. Juni 1973, hrsg. von Robert Fischer und Wolfgang Hefermehl, Berlin/Boston 1973, S. 105–126 (zit.: *H. Wiedemann*, in: FS Schilling, 1973, S. 105).
- ders.*: Gesellschaftsrecht – Band I – Grundlagen, München 1980 (zit.: *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, §).
- ders.*: Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, Wiesbaden 1989.
- ders.*: Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, hrsg. von

- Friedrich Kübler et al., Berlin 1991, S. 949–966 (zit.: *H. Wiedemann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 949).
- ders.*: Aufstieg und Krise des GmbH-Konzernrechts, GmbHR 2011, S. 1009–1016.
- Wiedemann, Herbert/Hirte, Heribert*: Die Konkretisierung der Pflichten des herrschenden Unternehmens – Besprechung der Heumann-Ogilvy-Entscheidung BGHZ 89, 162, ZGR 1986, S. 163–174.
- Wiersch, Rachid René*: Relative Gesellschafterstellung im Kapitalgesellschaftsrecht und Gesamtrechtsnachfolge, NZG 2015, S. 1336–1341.
- Wiesbrock, Michael R./Zens, Michael*: Die WpÜG-Pflichten bei der Nachfolge in börsennotierte Aktiengesellschaften, ZEV 2006, S. 137–143.
- Wilhelm, Alexander*: Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, Tübingen 2016.
- ders.*: Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert – Entwicklungsstand und Perspektiven unter besonderer Berücksichtigung der geplanten Reform des Personengesellschaftsrechts, Tübingen 2021.
- Wilsing, Hans-Ulrich/Linden, Klaus von der*: Hauptversammlungsleitung durch einen Unternehmensfremden, ZIP 2009, S. 641–651.
- Windscheid, Bernhard*: Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit, Krit. Ueberschau 1 (1853), S. 181–207.
- Winkler, Karl*: Der Testamentsvollstrecker – Nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 23. Auflage, Regensburg 2020.
- Winnen, Armin*: Die Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG – Eine Untersuchung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und der Durchsetzungsmöglichkeiten von Innenhaftungsansprüchen, Baden-Baden 2009.
- Winter, Martin*: Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht – Rechtsformspezifische Aspekte eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzips, München 1988.
- Winter, Susanne K.*: Die Vererbung von GmbH-Anteilen im Zivil- und Steuerrecht, Herne/Berlin 1997.
- Wittenberg, Tim*: Willensbildung der Mitglieder und Corporate Governance im neuen Genossenschaftsrecht, Berlin 2013.
- Wohlleben, Hermann Peter*: Informationsrechte des Gesellschafters, Köln 1989.
- Wolf, Manfred*: Die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch die Erben-gemeinschaft, AcP 181 (1981), S. 480–514.
- ders.*: Die Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgemeinschaften, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag – Band I, hrsg. von

- Andreas Heldrich et al., München 2007, S. 1313–1323 (zit.: *Wolf*, in: FS Canaris I, 2007, S. 1313).
- Wolff, Reinmar*: Die Verbindlichkeit der Gesellschafterliste für Stimmrecht und Beschlussverfahren, BB 2010, S. 454–462.
- Wolff, Rudolf*: Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Univ. Greifswald, 1910.
- Wolframm, Regina*: Mitteilungspflichten familiär verbundener Aktionäre nach § 20 Aktiengesetz, Berlin/Baden-Baden 1998.
- Wunsch, Oliver*: Börsennotierte Aktien als Gegenstand erbschaftssteuerrechtlich veranlasster Poolvereinbarungen, BB 2011, S. 2315–2319.
- Ziemons, Hildegard*: Geschäftsleiterhaftung in der Eigenverwaltung, in: Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, hrsg. von Meinrad Dreher et al., Berlin et al. 2018, S. 923–935 (zit.: *Ziemons*, in: FS Bergmann, 2018, S. 923).
- Zierden, Johannes*: Die Erbenuntreue – Die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 StGB innerhalb und gegenüber der Erbengemeinschaft, Baden-Baden 2022.
- Zimmermann, Klaus*: Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung und Stimmrechtsausübung, in: Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, hrsg. von Gerd Pfeiffer, München 1994, S. 593–604 (zit.: *K. Zimmermann*, in: FS Rowedder, 1994, S. 593).
- Zimmermann, Martin*: Die kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz nach dem Risikobegrenzungsgesetz, ZIP 2009, S. 57–64.
- Zimmermann, Reinhard*: Kulturelle Prägung des Erbrechts?, JZ 2016, S. 321–332.
- Zinger, Georg/Urich-Erber, Heike S.*: Der Testamentsvollstreckervermerk in der Gesellschafterliste, NZG 2011, S. 286–291.
- Zippelius, Reinhold*: Juristische Methodenlehre, 12. Auflage, München 2021.
- Zöllner, Wolfgang*: Die Schranken mitgliedschaftsrechtlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963.
- ders.*: Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG, ZGR 1976, S. 1–32.
- ders.*: Zu Schranken und Wirkungen von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH, ZHR 155 (1991), S. 168–190.
- ders.*: Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – ein Sachverstands- oder Kommunikationsproblem?, in: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, hrsg. von Günther Hönn, Neuwied 1998, S. 701–718 (zit.: *Zöllner*, in: FS Kraft, 1998, S. 701).

ders.: Treupflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 (1998), S. 235–248.

ders.: Beschluß, Beschlußergebnis und Beschlußergebnisfeststellung – Ein Beitrag zu Theorie und Dogmatik des Beschlussrechts, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag – Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, hrsg. von Uwe H. Schneider und Peter Hommelhoff, Köln 2000, S. 821–834 (zit.: *Zöllner*, in: FS Lutter, 2000, S. 821).

ders.: Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, AG 2000, S. 145–157.

Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich: Geltendmachung von Beschlußmängeln im GmbH-Recht, ZGR 1989, S. 525–544.

Zumbansen, Peer/Lachner, Constantin M.: Die Geheimhaltungspflicht des Vorstands bei der Due Diligence: Neubewertung im globalisierten Geschäftsverkehr, BB 2006, S. 613–619.