
Datum: 06.11.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 64/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:1106.27U64.01.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 4 O 376/00

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 29. Januar 2001 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsmittels werden den Klägern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Klägern wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung i. H. v. 15.000,00 DM abzuwenden, sofern die Beklagten ihrerseits nicht zuvor Sicherheit in derselben Höhe leisten.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch Prozessbürgschaft eines in Deutschland als Zoll-/Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen.

Die Urteilsbeschwer der Kläger übersteigt 60.000 DM.

Tatbestand:

1

2

Die Kläger sind Testamentsvollstrecker des am 23.07.1991 verstorbenen E9. Erben sind zu gleichen Teilen dessen Kinder E4, E sowie die Beklagten zu 1) und 2). Der Erblasser war ursprünglich Gesellschafter dreier Familienunternehmensgesellschaften, nämlich der N GmbH & Co. KG (nachfolgend N), die ein Mode- und Textilkaufhaus betreibt, deren Komplementärin, der E8 GmbH, und der E7 KG, die Eigentümerin des Kaufhausgrundstücks in C ist, das die N für ihre Geschäftstätigkeit gepachtet hat. Die Beteiligungen an diesen Gesellschaften stellten sich skizziert so dar:

Am 26. September 1989 ließ E9 zugunsten seiner Ehefrau E3 eine Generalvollmacht (Bl. 244 ff GA) beurkunden, die ihr die Möglichkeit eröffnen sollte, für ihn zu handeln, wenn er infolge Erkrankung o.ä. zur Wahrnehmung seiner Geschäfte nicht mehr in der Lage wäre. 3

Reagierend auf gerichtliche Auseinandersetzungen mit seinem Sohn E4 über die Familienunternehmen hob E9 seine bis dahin gefassten letztwilligen Verfügungen auf und verfasste am 09.10.1990 ein neues handschriftliches Testament, in dem er seine vier Kinder zu gleichen Teilen als Erben berief. Außerdem ordnete er unter anderem an: 4

"Mein Sohn E10 (Beklagter zu 1) erhält als Vorausvermächtnis die zu meinem Nachlass gehörenden Beteiligungen an der E8 (HRB #####1 AG Bielefeld) und der E6 GmbH & Co. (HR #####2 AG Bielefeld)."

... (Barzahlungsvermächtnisse für die Töchter) ... 6

Mein Sohn E4 ist von Vermächtnissen ausgeschlossen, weil er durch seine Prozessführung gegen mich und die Familienunternehmen der Familie erheblichen Schaden verursacht hat. ..." 7

Wegen des weiteren Wortlauts des Testaments wird auf dessen Kopie Bl. 196 ff GA verwiesen. 8

Im Februar 1991 erlitt E9 einen Schlaganfall, von dem er sich nicht mehr erholte. Fortan handelte seine Ehefrau unter Verwendung der 1989 beurkundeten Generalvollmacht für ihn. So wurde am 1.3.1991 die E7 KG aus steuerlichen Gründen und auf Anraten des Klägers zu 2) umgewandelt in eine GmbH & Co. KG, in die die E8 GmbH (mittlerweile umbenannt in X... GmbH; nachfolgend aber weiterhin nur als E8 GmbH bezeichnet) als alleinige Komplementärin eintrat. E9 wurde mit seinem Kapitalanteil Kommanditist. Außerdem wurde am 10.5.1991 die H GmbH gegründet, die nach Behauptung der Kläger alsbald die E8 GmbH als Komplementärin der E7 KG ersetzen sollte. 9

Außerdem wurde am 14.6.1991 als BGB-Gesellschaft die E5 GbR gegründet, in die das private Grundvermögen des Erblassers eingebracht wurde. 10

Zwischenzeitlich war E4 einvernehmlich als Kommanditist aus der N sowie als Gesellschafter und Geschäftsführer aus der E8 GmbH ausgeschieden. 11

Am 07.07.1991 übertrug E3 u.a. die Geschäftsanteile des danach am 23.7.1991 verstorbenen E9 an der E8 auf den Beklagten zu 1). 12

Sodann stellten sich die Unternehmensbeteiligungen so dar: 13

Mit Schreiben vom 22.12.1998 und 29.12.1998 (Bl. 62 65 GA.) kündigten sämtliche Kommanditisten der E7 GmbH & Co. KG, also die Beklagten sowie E4 und E, zum 31.12.1999 ihre Beteiligungen. Nach Behauptung der Kläger geschah dies vor dem 14

Hintergrund des Vorwurfs treuwidriger Ausbeutung des Gesellschaftsvermögens durch den geschäftsführenden Erstbeklagten zugunsten der diesem wirtschaftlich allein gehörenden N. Die Testamentsvollstrecker haben den Kündigungen zugestimmt. Der Gesellschaftsvertrag der KG sieht vor, dass im Falle einer Kündigung eines Gesellschafters die Gesellschaft von den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt wird (Bl. 212, 213 GA).

Die Kläger haben den Standpunkt vertreten, der notarielle Vertrag vom 08.07.1991, mit dem E3 die Geschäftsanteile an der E8 GmbH auf den Beklagte zu 1) übertrug, sei gemäß § 138 BGB wegen Missbrauchs der Vollmacht vom 26.09.1989 entgegen dem Willen des Erblassers und wegen kollusiven Zusammenwirkens der Vertragsbeteiligten zum Nachteil der übrigen Miterben nichtig. Die Geschäftsanteile gehörten deshalb zum Nachlass. Sie haben hierzu behauptet, E3 habe mit dieser Übertragung die testamentarische Verfügung ihres Ehemannes vom 09.10.1990, die ihr Anfang April 1991 bekannt geworden sei, umgehen wollen. Sie habe so verhindern wollen, dass E4 Einfluss in dem Familienunternehmen gewinnt. Anfang April 1991 habe E3 deshalb sogar gegenüber dem Kläger zu 1) versucht, eine Änderung des Testaments zu veranlassen, was dieser im Hinblick auf die seit dem Schlaganfall nicht mehr bestehende Testierfähigkeit des E9 abgelehnt habe. 15

Die Kläger haben weiter behauptet, es habe neben dem beim Kläger zu 1) verwahrten und nach dem Tode des Erblassers eröffneten Testament ein weiteres, gleichlautendes Testament gegeben, das im Wohn oder Geschäftsbereich des Erblassers aufbewahrt und von dessen Ehefrau bewusst unterdrückt worden sei. 16

Weiterhin habe E3 noch in zwei anderen Fällen die ihr eingeräumte Generalvollmacht missbraucht: So habe sie den zwischen der E7 KG und der N bestehenden Pachtvertrag unter Verwendung der Generalvollmacht unter dem 07.01.1991 verlängert, wobei dieser Verlängerungsvertrag rückdatiert worden sei. Hierdurch sei die von dem Beklagten zu 1) beherrschte N in den Vorteil einer nicht marktüblichen, günstigen Miete gelangt. Die Rückdatierung des Verlängerungsvertrages ergebe sich schon daraus, dass der Ehefrau die Generalvollmacht am 07.01.1991 noch gar nicht bekannt gewesen sei, sie vielmehr erst im März 1991 nach dem Schlaganfall ihres Ehemannes davon erfahren habe. Auch habe sie die Generalvollmacht dazu genutzt, ein Wertpapierdepot ihres Mannes im Wert von rd. 650.000 DM zu verkaufen und den Erlös als Bankguthaben anzulegen. Dabei habe sie sich davon leiten lassen, dass ihr in dem ihr zwischenzeitlich bekannten Testament ihres Mannes als Vermächtnis alle Bankguthaben, nicht jedoch die Wertpapierdepots zugewandt worden waren. 17

Die Kläger haben ferner die Ansicht vertreten, die Kündigung ihrer Beteiligung durch die vier Kommanditisten der E7 GmbH & Co. KG habe entgegen der in § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vereinbarten Fortsetzungsklausel zur Auflösung der Gesellschaft geführt, die damit zu liquidieren sei. Die E8 GmbH sei nicht als die allein verbleibende Komplementärin Gesamtrechtsnachfolgerin der KG geworden. Die Auslegung der Kündigungserklärungen ergebe, dass die Kommanditisten keine Anwachsung ihrer Geschäftsanteile bei der Komplementärin, sondern eine Auflösung der Gesellschaft und Auseinandersetzung herbeiführen wollten. Es sei nie vorgesehen gewesen, dass die E8 GmbH am Vermögen der KG beteiligt sein sollte. Im Gegenteil habe es der Intention des Erblassers und dem Willen der Beteiligten entsprochen, dass die E8 GmbH langfristig nur die Komplementärstellung in der N innehaben und in dieser Funktion bei der E7 KG alsbald durch die am 10.5.1991 zu diesem Zweck gegründete H GmbH ersetzt werden sollte. 18

Die Kläger haben beantragt, 19

1. festzustellen, dass der zwischen dem Beklagten zu 1) und seiner Mutter, Frau E3, abgeschlossene notarielle Vertrag vom 08.07.1991 des Notars B, UR-Nr. #####, über den Verkauf und die Abtretung des Geschäftsanteils von 50.000 DM der E8 GmbH an den Beklagten zu 1) nichtig ist und demgemäß der Geschäftsanteil der ungeteilten Erbengemeinschaft, bestehend aus vier Kindern des Erblassers (d. h. den beiden Beklagten und Frau E, M-Str., S und Herrn E4, X-Straße, C) zusteht und der Verwaltung der Kläger (d.h. der Testamentsvollstrecker) unterliegt,

hilfsweise den Beklagten zu 1) zu verurteilen, die widerrechtlich in seinem Besitz befindlichen Geschäftsanteile an der E8 an die (vorgenannte) Erbengemeinschaft zu übertragen.

2. festzustellen, dass die Kündigung der Gebr. E8 & Co. KG durch die vier Kommanditisten und Zustimmung zur Kündigung durch die Testamentsvollstrecker die Auflösung der Gesellschaft zum 31.12.1999 bewirkt und nicht zur Anwachsung bei der Komplementärin, der E8, sondern zur Liquidation der Gesellschaft führt,

hilfsweise durch gerichtliche Entscheidung auf die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 133 Abs. 1 und 2 HGB aus wichtigem Grund zu erkennen.

Der Beklagte zu 1) hat beantragt, die Klage abzuweisen. 24

Er hat behauptet, die von der Klägern dargestellten Verfügungen sowohl über die Geschäftsanteile der E8 als auch über das Wertpapierdepot seien mit Willen des Erblassers erfolgt. Eine Ausfertigung der Generalvollmacht habe E3 bereits am Tag ihrer Beurkundung erhalten. Über die Wertpapiere habe sie zudem mit einer gesondert erteilten Bankvollmacht verfügt. Schließlich habe sie Geld aus der Veräußerung der Wertpapiere nicht erhalten. 25

Der Kündigung der Beteiligungen an der E7 KG habe eine Einigung, die Gesellschaft aufzulösen, nicht zugrunde gelegen. Jedenfalls der Beklagte zu 1) habe die Auflösung nicht gewollt. 26

Die Beklagte zu 2) hat sich erstinstanzlich nicht vertreten lassen. 27

Das Landgericht hat die Klage mit im Wesentlichen dieser Begründung abgewiesen: Die Übertragung der GmbH-Anteile durch E3 auf den Beklagten zu 1) sei nicht wegen kollusiv mit dem Beklagten begangenen Missbrauchs der vom Erblasser erteilten Generalvollmacht gemäß § 138 I BGB nichtig. Ein Missbrauch der Vollmacht liege schon deshalb nicht vor, weil die Bevollmächtigte mit der Übertragung nur dem in dem testamentarischen Vorausvermachtnis zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers, der auf Bevorzugung des Beklagten zu 1) hinsichtlich des Einflusses auf das Familienunternehmen gerade durch die Übertragung der GmbH-Anteile gerichtet gewesen sei, Rechnung getragen habe. Das sonst von den Klägern behauptete Fehlverhalten der Mutter beim Gebrauch der Vollmacht habe in keinem Punkt Indizwirkung für einen Missbrauch durch die Anteilsübertragung. Der Klageantrag zu 2) sei abzuweisen, da die in dem Gesellschaftsvertrag der E7 KG enthaltene Fortsetzungsklausel nach unmissverständlicher Kündigungserklärung der vier Kommanditisten die Fortsetzung der Gesellschaft durch die E8 bewirkt habe. Dass die Komplementär-GmbH ursprünglich am Vermögen der KG nicht beteiligt war, sei für die Rechtsfolgen der erklärten Kündigungen ohne Belang. Ein einstimmiger Auflösungsbeschluss liege dagegen nicht vor. Da die E8 so Gesamtrechtsnachfolgerin der KG geworden sei, gehe auch der Hilfsantrag auf Auflösung der KG nach § 133 HGB ins Leere. 28

Mit der Berufung verfolgen die Kläger ihre erstinstanzlichen Anträge weiter. 29

Sie rügen zunächst Verfahrensfehler des Landgerichts. Dieses habe der Klage gegenüber der Beklagten zu 2) durch Versäumnisurteil stattgeben müssen. Die Übertragung auf den Einzelrichter sei verfahrensfehlerhaft vor Eingang der Klageerwiderung erfolgt. Das Landgericht habe einen Beweisantritt übergangen. Der Tatbestand des angefochtenen Urteils enthalte Fehler. 30

In der Sache wiederholen und vertiefen die Kläger ihr erstinstanzliches Vorbringen. 31

Zum Klageantrag zu 1.: 32

Die Kläger halten sich trotz der Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf die Abwicklung bzw. Erbauseinandersetzung für anspruchsberechtigt, da sie zur Erfüllung dieser Aufgaben den Nachlass einschließlich der bei Nichtigkeit des Übertragungsvertrags dazu gehörenden Geschäftsanteile in Besitz nehmen müssten und dem Beklagten nicht mehr durch die Vermächtnisanordnung zur anschließenden Übertragung der Geschäftsanteile verpflichtet seien. Die Auslegung des Testaments führe nämlich zu dem Ergebnis, dass es nicht dem Willen des Erblassers entsprochen habe, dem Beklagten über Geschäftsanteile an der E8 auch die Vormachtstellung in der E7 KG zu verschaffen. Dazu im Einzelnen: 33

Der Anteilsübertragungsvertrag vom 8.7.1991 zwischen der Mutter und dem Beklagten zu 1) sei wegen kollusiven Missbrauchs der vom Erblasser erteilten Generalvollmacht zum Nachteil der übrigen Erben nichtig. Nach dem Testament vom 9.10.1990 habe nämlich der Beklagte zu 1) als Vorausvermächtnis nur die Beteiligungen des Erblassers an der N KG und an deren Komplementärin, der E8, erhalten sollen, während die E7 KG den vier Kindern als Erben zu gleichen Teilen hätte zufallen sollen. Auf diese Weise habe der Erblasser dem Beklagten zu 1) die Vormachtstellung in der N KG verschaffen wollen, aber nicht im gesamten Familienunternehmen. Den Eintritt der E8 als neue Komplementärin zusätzlich in die E7 KG, der – unstreitig – erst nach Testamenterrichtung und Verlust der Testierfähigkeit des Erblassers vornehmlich aus steuerlichen Gründen erfolgt sei, und deren planwidrigen Verbleib in dieser Position habe der Erblasser nicht vorausgesehen, die über eine Alleingesellschafterstellung des Beklagten an der GmbH begründete Macht- und Einflussausweitung auf jene KG, die allen vier Kindern zu gleichen Teilen habe zufallen sollen, auch nicht gewollt. 34

Den so zu verstehenden Willen des Erblassers habe E3 hintertrieben, indem sie unter Ausnutzung der Generalvollmacht die Geschäftsanteile an der GmbH bereits zu Lebzeiten des Erblassers auf den Beklagten übertrug und so dem Zugriff der Testamentsvollstrecker entzog. Sie habe nämlich Anfang April 1991 das Testament in den Unterlagen des Erblassers gefunden und am 9.4.1991 den Kläger zu 1) bedrängt, den Bestand dieses Testament zu verhindern; Beweis: Zeugnis Hanna E. Dieterle, Parteivernehmung des Klägers zu 1). Nachdem der Kläger dies abgelehnt habe, habe sie sich mit dem Beklagten ins Benehmen gesetzt, um auf andere Weise den Erblasserwillen zu unterlaufen; Beweis: Zeugnis E3, Parteivernehmung des Beklagten. So sei man gemeinsam auf die Lösung verfallen, dem Beklagten die Geschäftsanteile noch vor dem schon als kurzfristig absehbaren Tod des Erblassers zu übertragen. 35

Der Beklagte ziehe aus der alleinigen Haltung der Geschäftsanteile zahlreiche Vorteile wie: 36

- Persönliche Einflussnahme auf die E7 KG, 37
- Persönliche Vereinnahmung der Geschäftsführervergütung der E8 in

38

der KG,

- Vereinnahmung des der E8 zufließenden, 20 %-igen, Gewinnanteils aus der KG, 39
- Bestand des Pachtvertrags mit der N KG zu für jene unberechtigt günstigen Konditionen,
- Mieteinnahmen der E8.
- Verwendung von Mitteln aus zu Lasten der E7 KG aufgenommenen Darlehen für Zwecke der N,

Wegen der Einzelheiten zu dem letztgenannten Punkt wird auf die Seiten 11 – 13 der 40
Berufungsbegründung (Bl. 162 ff GA) verwiesen.

Die Vereinbarung einer Gegenleistung i. H. v. 50.000 DM für die Übertragung der 41
Geschäftsanteile stehe der Qualifizierung als sittenwidrig nicht entgegen, da dieser am 9.7.91
auf das Privatkonto geflossene Betrag bereits am 12.7. wieder in bar abgehoben und so der
Erbmasse vorenthalten worden sei; Beweis: Zeugin E3.

Die weiteren, bereits erstinstanzlich der Mutter vorgeworfenen Handlungen zum Nachteil des 42
Nachlasses wie

- Rückdatierung des die N bevorteilenden Pachtvertrags, 43
- Unterdrückung des im April 1991 in Besitz genommenen Testaments und
- Versilberung von dem Erblasser gehörenden Wertpapieren am 2., 3. und 16.5.1991 zwecks
Vereinnahmung des Barerlöses

belegten deren Grundmotiv, das Erbe ihres Mannes unter Übergehung der Miterben 44
ausschließlich auf den Beklagten zu verschieben. Hinzu träten mit derselben Indizwirkung

- die Veräußerung des mit mindestens 600.000 DM zu bewertenden Wohnhauses S- 45
Straße aus dem Vermögen des Erblassers an die Beklagte zu 2) für nur 325 TDM am
7.5.1991 sowie die Vereinnahmung dieses Erlöses und
- die Vereinnahmung der 50.000 DM aus dem angegriffenen Verkauf des Geschäftsanteils.

Hilfsweise für den Fall, dass die Sittenwidrigkeit die Nichtigkeit nur des 46
Verpflichtungsgeschäfts über die Geschäftsanteile begründe, habe der Beklagte diese
Geschäftsanteile an die Erbengemeinschaft entsprechend dem klägerischen Hilfsantrag zu 1.
zurückzuübertragen.

Zum Klageantrag zu 2.: 47

Obwohl der Kommanditanteil des Erblassers bereits geteilt auf die Miterben übergegangen 48
sei, bestehe das Rechtsschutzinteresse für die Klage, da die Testamentsvollstrecker gegen
Miterben Forderungen geltend machen könnten, um so eine den testamentarischen
Anordnungen entsprechende Auseinandersetzung zu erreichen.

Die Kläger halten an der Auffassung fest, die Kündigung der vier Kommanditisten habe zur 49
Auflösung der E7 KG geführt. Sie vertiefen dazu ihr erstinstanzliches Vorbringen, mit dem
sich das angefochtene Urteil zu Unrecht nicht auseinandersetze, so: Die Fortsetzungsklausel
des KG Vertrags betreffe schon nach ihrem Wortlaut nur den Fall der Kündigung eines
Gesellschafters, jedenfalls nicht aller Kommanditisten. Die Kündigungen seien auch nicht
zufällig gleichzeitig erfolgt, sondern als einheitliches Vorgehen mit dem Ziel, die Gesellschaft

zu beenden, um so die Erbauseinandersetzung abzuschließen; Beweis: Zeuge E4. Sei bereits die Auflösung einer Publikums-Gesellschaft trotz Fortsetzungsklausel bei Kündigung von 86 der 91 Kommanditisten zu bejahen (so OLG Stuttgart in BB 1983, 12) so gelte das erst recht für eine nicht auf ständigen Wechsel ihrer Mitglieder angelegte Familiengesellschaft, wenn sämtliche Familienmitglieder ihre Beteiligung kündigen und so der Zweck der Fortsetzungsklausel, die in der Gesellschaft geschaffenen Werte der Familie zu erhalten nicht mehr erreicht werden könne. Die E8 als einzig verbleibende Gesellschafterin sei insoweit nicht schutzwürdig, da deren Gesellschafter – gleichgültig ob dies alle vier Erben oder nur der Beklagte seien – mit ihren Kündigungen zu erkennen gegeben hätten, dass sie an einer Fortsetzung der KG nicht interessiert sind.

Der Hilfsantrag auf Auflösung der KG gemäß § 133 I, II HGB sei für den Nachlass gestellt und berechtigt, nachdem die Beteiligung an der E8 gemäß dem Vorbringen zum ersten Klageantrag in den Nachlass gefallen sei. Wichtige Gründe für die Auflösung seien das dargestellte gesellschaftsschädigende Verhalten des Beklagten zu 1) und das Bestreben der Kläger, die Erbauseinandersetzung zum Abschluss zu bringen. 50

Die Kläger beantragen, 51

1. festzustellen, dass der zwischen dem Beklagten zu 1) und seiner Mutter, Frau E3, abgeschlossene notarielle Vertrag vom 08.07.1991 des Notars B, UR-Nr. #####, über den Verkauf und die Abtretung des Geschäftsanteils von 50.000 DM der E8 GmbH an den Beklagten zu 1) nichtig ist und demgemäß der Geschäftsanteil der ungeteilten Erbengemeinschaft, bestehend aus den vier Kindern des Erblassers (d. h. den beiden Beklagten und Frau E, M-Str., S und Herrn E4, X-Straße, C) zusteht und der Verwaltung der Kläger (d.h. der Testamentsvollstrecker) unterliegt, 52

hilfsweise den Beklagten zu 1) zu verurteilen, den in seinem Besitz befindlichen Geschäftsanteil an der E8 an die vorgenannte Erbengemeinschaft zu übertragen. 53

2. festzustellen, dass die Kündigung der Gebr. E8 & Co. KG durch die vier Kommanditisten und die Zustimmung zur Kündigung durch die Testamentsvollstrecker die Auflösung der Gesellschaft zum 31.12.1999 bewirkt hat und nicht zur Anwachsung bei der Komplementärin, der E8, sondern zur Liquidation der Gesellschaft führt, 54

hilfsweise durch gerichtliche Entscheidung auf die Auflösung der Gesellschaft Abs. 1 und 2 HGB aus wichtigem Grund zu erkennen. 55

Die Beklagten beantragen, die Berufung zurückzuweisen. 56

Sie rügen Unzulässigkeit der Klage im Hinblick auf ein vermeintliches Fehlen der Prozessführungsbefugnis der Kläger, die nur hinsichtlich ihrer Testamentsvollstreckung unterliegender Rechte bestehe. 57

Dies treffe, so der Beklagte zu 1), für die mit dem Klageantrag zu 1. befangenen Geschäftsanteile schon deshalb nicht zu, weil die Kläger deren Innehaltung zum Zweck der Nachlassabwicklung und Auseinandersetzung als den einzigen Anordnungsgründen ihrer Testamentsvollstreckung nicht bedürften, sie vielmehr zur Erfüllung des testamentarischen Vorausvermachnisses – bei unterstellter Nichtigkeit der Übertragung vom 8.7.91 – die Geschäftsanteile sofort auf den Beklagten übertragen müssten. Das Testament lasse nicht die Auslegung zu, die Kinder sollten auch die Geschäftsanteile an der E8 erben. Darüber hinaus seien die Kläger in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstrecker nicht befugt, eine 58

Vermögensverfügung rückgängig zu machen, die der Erblasser – wirksam vertreten durch seine Ehefrau – zu Lebzeiten getroffen habe.

Der Vorwurf, E3 habe den Willen des Erblassers hintertrieben, sei demnach unerheblich, im Übrigen unzutreffend. Insbesondere habe die Ehefrau des Erblassers dessen Testament nicht im April 1991 gefunden und nicht am 9.4.91 an den Kläger zu 1) das Ansinnen, eine Änderung herbeizuführen, herangetragen. Diesbezüglich widerspricht der Beklagte einer Parteivernehmung des Klägers. Tatsächlich habe die E3 in keinem Fall die Vollmacht missbraucht, insbesondere nicht in kollusivem Zusammenwirken mit dem Beklagten zum Nachteil der Erbengemeinschaft die Geschäftsanteile übertragen. 59

Beide Beklagte halten den Klageantrag zu 2. für in gleicher Weise unzulässig: Da der Kommanditanteil des Erblassers an der E7 KG auf die vier Miterben einzeln übergegangen, die entsprechende Eintragung im Handelsregister erfolgt sei, bedürfe es insoweit keiner von den Klägern zu betreibenden Erbauseinandersetzung, vielmehr sei der Streit um der das Ausscheiden aus der KG oder deren Auflösung unter den Gesellschaftern selbst auszutragen. 60

Materiell sei das Feststellungsbegehren unbegründet, weil § 7 II des Gesellschaftsvertrags die Fortsetzung der Gesellschaft bei Kündigung durch einen Gesellschafter anordne. Diese Fortsetzungsklausel gelte auch für den Fall, dass bei Kündigung mehrerer nur ein Gesellschafter verbleibe. Tatsächlich seien die Kündigungen nicht mit dem Ziel der Auflösung der Gesellschaft erklärt worden, zumal es dazu auch der unstreitig nicht erklärten Kündigung der E8 als Komplementärin bedurft hätte. 61

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 62

Der Senat hat den Kläger zu 1) und den Beklagten persönlich gehört. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung wird auf den Berichterstattevermerk zum Protokoll der Berufungsverhandlung vom 6. November 2001 verwiesen. 63

Entscheidungsgründe: 64

Die Berufung der Kläger ist unbegründet, weil das Landgericht im Ergebnis zutreffend sowohl den gegen den Beklagten gerichteten Klageantrag zu 1. als auch den gegen beide Beklagte gerichteten Klageantrag zu 2. abgewiesen hat. 65

A. Die erhobenen Verfahrensrügen bleiben sämtlich ohne Erfolg, namentlich ist die vermeintlich fehlerhafte Übertragung auf den Einzelrichter mit der Berufung gemäß §§ 512, 348 II 2 ZPO nicht anfechtbar. Dies vorliegend auch nicht mit der Rüge greifbarer Gesetzeswidrigkeit durch Versagung rechtlichen Gehörs, denn auch die Beklagte zu 2) – der Beklagte zu 1) hatte im Zeitpunkt des Übertragungsbeschlusses der Kammer ohnehin bereits auf die Klage erwidert – hatte bis dahin ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. 66

B. Zum Klageantrag zu 1. 67

I. Aus dem Inhalt des Antrags und seiner Begründung ergibt sich, dass er nur gegenüber dem Beklagten zu 1) verfolgt wird, denn es geht um die Feststellung bzw. mit dem Hilfsantrag die Rückabwicklung eines Rechtsverhältnisses ausschließlich zwischen den Klägern / der Erbengemeinschaft und dem Beklagten zu 1). Die Beklagte zu 2) hat offensichtlich keine rechtliche Verfügungsmacht über das Übertragungsgeschäft zwischen der Mutter und dem 68

II. Der Antrag ist zwar zulässig, denn die Prozessführungsbefugnis der Kläger folgt aus § 2212 BGB i. V. m. § 2205 BGB. Danach kann ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht (nur) von dem Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden. Dass die Klärung der Rechtsstellung an den Geschäftsanteilen der E8 zur Verwaltungsbefugnis der Kläger gehört, stellt der Beklagte zu Unrecht in Abrede. Bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen ist auf den Klagevortrag abzustellen. Behauptet der Kläger das reklamierte Recht als sein eigenes, ist er die richtige Partei für dessen gerichtliche Verfolgung. Ob ihm das Recht zusteht, betrifft die Begründetheit seiner Klage. Vorliegend machen die Kläger geltend, die Geschäftsanteile gehörten zum verwalteten Nachlass, weil sowohl das diesbezügliche Verkaufs- als auch das Abtretungsgeschäft zwischen E3 und dem Beklagten nichtig seien, bzw. hilfsweise die Abtretung wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrags rückabzuwickeln sei. Damit behaupten sie eine materielle Berechtigung gemäß § 2205 BGB, denn das Hinzuziehen der Geschäftsanteile zum Nachlass ist ebenso wie die Feststellung, dass sie zum Nachlass und nicht zum Vermögen des Beklagten gehören, eine "Inbesitznahme" im Sinne dieser Norm. Dies begründet ihre Prozessführungsbefugnis; ob die Geschäftsanteile oder ein Anspruch auf deren Übertragung tatsächlich zum Nachlass gehören, ist erst mit der Begründetheit der Klage zu klären. Insbesondere gehört der vom Beklagten erhobene allgemeine Arglisteinwand, die Kläger müssten ihm bei Zuerkennung ihrer Rechtsposition die Geschäftsanteile in Erfüllung des testamentarischen Vermächtnisses sofort wieder verschaffen, in die materiellrechtliche Prüfung des Klageanspruchs. Die Kläger machen nämlich gerade geltend, wegen der seit dem Verlust der Testierfähigkeit des Erblassers veränderten Sachlage nicht zur uneingeschränkten Erfüllung des Vermächtnisses verpflichtet zu sein.

III. Begründetheit des Anspruchs – Hauptantrag 70

a) Der Feststellungsanspruch besteht nicht, weil die dingliche Abtretung der Geschäftsanteile vom 7.7.91 an den Beklagten nicht gemäß § 138 I BGB nichtig ist. Ob das wertneutrale, abstrakte Verfügungsgeschäft hier von einer Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts überhaupt erfasst würde (dazu BGH NJW-RR 1992, 593/4; 1989, 519), kann dahinstehen, weil die dazu vorausgesetzte Sittenwidrigkeit der schuldrechtlichen Anteilsveräußerung nicht gegeben ist. 71

b) Die Kläger werfen insoweit der Mutter des Beklagten vor, mit dem Verkauf der Geschäftsanteile vom 7.7.1991 die ihr vom Erblasser erteilte Generalvollmacht missbraucht zu haben, um dem Beklagten entgegen dem ursprünglichen und als solchen erkannten Willen des nunmehr geschäftsunfähigen Erblassers mit der mittelbaren Verschaffung der Komplementärstellung in der H2 KG einen Sondervorteil zukommen zu lassen und so die übrigen Erben zu schädigen. Der Beklagte habe sich an dem Vollmachtsmissbrauch und der Hintertreibung des Erblasserwillens in Kenntnis aller Umstände kollusiv zum eigenen Vorteil beteiligt. Solches Verhalten würde allerdings gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, somit gegen die guten Sitten i. S. v. § 138 I BGB verstoßen und hätte deshalb die Nichtigkeit jedenfalls des schuldrechtlichen Geschäfts der Anteilsveräußerung an den Beklagten zur Folge. Ein Vertrag, durch welchen die Vertragsparteien einen Dritten durch bewusstes Zusammenwirken schädigen, unterfällt § 138 I BGB; so BGH in NJW-RR 1996, 869 ebenso Palandt/Heinrichs, BGB, 55. Aufl., § 138 Rdnr. 61. Gleiches gilt für Rechtsgeschäfte, die nur das Ziel haben, gültige testamentarische Anordnungen zu Lasten des vom Erblasser Bedachten zu unterlaufen. Indes lassen die von den Klägern 72

vorgetragenen Umstände ein Zusammenwirken von E3 und dem Beklagten zur Vereitelung des Willens des Vollmachtgebers E9 und zum Nachteil der anderen Erben nicht erkennen. Gerade wenn den Klägern folgend unterstellt wird, dass die Mutter seit April 1991 das Testament kannte und diesem zutreffend der Wille des späteren Erblassers entnommen werden konnte, dem Beklagten eine Vormachtstellung allein in der N durch die Verschaffung der Kommanditanteile sowie der Geschäftsanteile an deren Komplementärin zukommen zu lassen, aber allen vier Kinder an der H2 KG einen gleichen Anteil zu vererben, ändert dies nichts daran, dass die Übertragung der Geschäftsanteile am 7.7.1991 die Erfüllung eben des dahin gehenden Erblasserwillens nur vorweg nahm. Wäre die Übertragung unterblieben, hätten die Kläger nach dem keine drei Wochen später eingetretenen Ableben des E9 dem Beklagten auf Grund der testamentarischen Vermächtnisanordnung ebenfalls die Geschäftsanteile übertragen müssen. Selbst bei Unterstellung einer Absicht des Beklagten und seiner Mutter, sich mit dem Testament vom 9.10.1990 nicht abzufinden, beinhaltet das Ergebnis ihres Handelns in diesem Punkt schon objektiv keine Hintertreibung des Erblasserwillens. Zum Ergebnis in diesem Punkt passt sogar die eigene, aus jahrelanger Beratung des Erblassers begründete und in der Berufungsverhandlung geäußerte Auffassung des Klägers zu 1), wonach auch der von ihm vermutete Wille des Erblassers dahin ging, dem Beklagten früher oder später zusätzlich die Geschäftsführung in der E7 KG zu übertragen, wobei nur dem Konflikt aus der Vertetung der Interessen der N und der E7 KG in der Person des Beklagten anders hätte Rechnung getragen werden müssen. Das, was die Kläger als Verfälschung des im Testament zum Ausdruck gebrachten Erblasserwillens und mit dem Vermächtnis der Geschäftsanteile nicht gewollte Verstärkung der Position des Beklagten in der H2 KG ansehen, beruht demnach nicht auf der Übertragung der Geschäftsanteile vom 7.7.1991, sondern auf dem Austausch des E9 als Komplementär in der H2 KG gegen die E8. Dieser Austausch ist indes schon am 1.3.1991 unstreitig aus in Bezug auf die Sittenwidrigkeit unverfänglichen steuerlichen Gründen sogar auf Anraten des Klägers zu 2) erfolgt, als E3 das Testament noch nicht kannte. Die Kläger behaupten insoweit ausdrücklich Kenntniserlangung im April 1991. Zu heilen wäre der so nach Auffassung der Kläger entstandene "Fehler" nur gewesen, indem die Kommanditisten der H2 KG (sei es persönlich, sei es durch die Kläger als Testamentsvollstrecker) die E8 aus ihrer Gesellschaft wieder herausgeklagt und als Komplementärin durch die angeblich zu diesem Zweck am 10.5.1991 gegründete H GmbH ersetzt hätten, wenn denn der Klagevortrag zutrifft, dass der Eintritt nur als vorübergehend und die alsbaldige Ersetzung durch die neue GmbH einverständlich vorgesehen waren. Jedenfalls berechtigt der nach dem Testament angeblich unerwartete Funktionszuwachs der E8 nicht zur Verurteilung der Anteilsübertragung als sittenwidrig und zur Verweigerung der Erfüllung des Vermächtnisses, wie die Kläger mit Schriftsatz vom 11.10.2001 jetzt erstmals ausdrücklich geltend machen, sondern allenfalls zur Ausschließung der E8 aus der H2 KG auf gesellschaftsrechtlichem Weg.

c) Die übrigen Vorfälle, die die Kläger für weitere Missbräuche der Generalvollmacht durch E3 anführen, mögen durchaus geeignet sein, Misstrauen gegen die Bevollmächtigte zu wecken. Sie geben aber für die Feststellung einer Sittenwidrigkeit gerade des hier in Rede stehenden Übertragungsgeschäfts sämtlich nichts her.

73

IV. Aus dem Fehlen einer Sittenwidrigkeit des schuldrechtlichen Übertragung vom 7.7.1991 ergibt sich über die Unbegründetheit des Hauptantrags hinaus die Unbegründetheit des Hilfsantrags.

74

C. Zum Klageantrag zu 2.

75

76

Dieser gegen beide Beklagte gerichtete Antrag ist – ebenso wie der Hilfsantrag dazu – unzulässig, weil es an der Prozessführungsbefugnis der Kläger für das Betreiben oder die Feststellung der Auflösung der E7 KG fehlt. Eine außerhalb der Verwaltungsbefugnis vom Testamentsvollstrecker erhobene Klage ist nicht wegen Fehlens der Aktivlegitimation als unbegründet, sondern wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung als unzulässig abzuweisen; BGH NJW 1960, 523; Brandner in MüKo 3. Aufl. Rz. 3 zu § 2212 BGB. Zwar kann ein materieller Streit, ob eine bestimmte Klageverfolgung sich noch im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses hält, nicht bei der Prüfung der Prozessführungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ausgetragen werden; als Prozessvoraussetzung muss es genügen, dass die Rechtsverfolgung nach dem Klagevortrag einen der Testamentsvollstreckung unterfallenden Aufgabenbereich betrifft. Anders ist es jedoch, wenn schon nach dem Klägervortrag ersichtlich die Klage einen Bereich betrifft, der insgesamt dem Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers von vornherein entzogen ist. So ist es im vorliegenden Fall:

Die inneren Verhältnisse der E7 KG sind der Verwaltungsbefugnis der Kläger entzogen, weil der Kommanditanteil des Erblassers an der E7 KG im Wege der Singularsukzession (Sondererbfolge) mit dem Erbfall sogleich aufgeteilt zu je einem Viertel auf die vier Erben einzeln übergegangen ist, ohne dass hieran eine Miterbengemeinschaft entstanden ist; BGH NJW 1983, 2376. Das ändert zwar nichts daran, dass die so aufgeteilten Kommanditanteile weiterhin zum Nachlass gehören (BGH a. a. O.; NJW 1986, 2431). Mit dem Urteil des II. Senats des BGH in NJW 1989, 3152 ist auch anerkannt, dass die Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil zulässig ist und der Testamentsvollstrecker grundsätzlich die mit der Beteiligung verbundenen Mitgliedschaftsrechte ausüben kann. Die in der letztgenannten Entscheidung noch offen gelassene Frage, ob das auch gilt, wenn (wie hier in Person des Beklagten und des E4) Erben des Gesellschaftsanteils vor dem Erbfall bereits an der Gesellschaft beteiligt waren, hat der Erbrechtssenat des BGH in NJW 1996, 1284 in Übereinstimmung mit der in letzter Zeit vorgedungenen Literaturmeinung (Übersicht bei Haegele-Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 15. Aufl. Rz. 373 a) bejaht. Schließlich findet sich in § 10 III des Gesellschaftsvertrags der E7 KG vom 1.12.1974, der im Rahmen der "Erbregelungen" bestimmt, dass bei Anordnung der Testamentsvollstreckung durch einen Gesellschafter die Gesellschafterrechte seiner Erben durch den Testamentsvollstrecker wahrgenommen werden können, auch die notwendige gesellschaftsvertragliche Entsprechung zur erbrechtlichen Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an der Kommanditbeteiligung – diese unterläge nach gesellschaftsrechtlichen Regeln nicht der Testamentsvollstreckung, wenn die übrigen Gesellschafter dem nicht zugestimmt hätten; Haegele-Winkler a. a. O. Rz. 346, 368 a. E.; BGH NJW 1985, 1953; NJW 1977, 1339.

Gleichwohl ist vorliegend die Verfolgung der Beendigung der KG der Verwaltungsbefugnis der Kläger in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstrecker aus zwei Gründen entzogen, wie im Senatstermin erörtert worden ist.

1. Zum einen dürfen Eingriffe in den sogenannten Kernbereich der Mitgliedschaft in der Gesellschaft nicht ohne Zustimmung des betreffenden Gesellschafters vorgenommen werden. Dieses zum Schutz der Minderheitsgesellschafter vor Mehrheitsbeschlüssen entwickelte und anerkannte, so primär im korporativen – quasi horizontalen – Verhältnis der Gesellschafter untereinander wirkende Institut (Bengel/Reimann-Mayer, Handbuch der Testamentsvollstreckung 2. Aufl. Kap. 5 Rz. 174 m. w. N.) begrenzt auch die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers im – quasi vertikalen – erbrechtlichen Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben (Mayer, a. a. O. Kap. 5 Rz. 175). Zum Kernbereich zählen alle Befugnisse, die dazu dienen, die Rechtsstellung des Gesellschafters in ihrem

Bestand zu erhalten (*Haegeler-Winkler* a. a. O. Rz. 370) und damit erst recht die Befugnis, die Gesellschafterstellung durch Kündigung oder Betreiben der Auflösung der Gesellschaft zu vernichten (*Mayer*, a. a. O. Kap. 5 Rz. 204). Der BGH hat in NJW 1989, 3152/5 die Frage des Kernbereichsschutzes im Verhältnis Testamentsvollstrecker – Erbe noch offen gelassen, jedoch seinem Urteil in NJW 1998, 1313 dem Testamentsvollstrecker das Prozessführungsrecht für Klagen über die Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter einer Personengesellschaft als unmittelbar das Mitgliedschaftsrecht des Erben berührend abgesprochen. Die Verfolgung der Auflösung der Gesellschaft durch die hier ausgesprochenen Kündigungen greift noch weiter in den Kernbereich und die Mitgliedschaftsrechte der Erben ein. Ohne die hier verweigerte Zustimmung des Beklagten ist deshalb der Streit über den Fortbestand der Gesellschaft der Verwaltungsbefugnis der Kläger entzogen.

2. Stärker noch tritt die Begrenzung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch den Zweck der im Einzelfall angeordneten Testamentsvollstreckung hinzu. Der Testamentsvollstrecker hat zwar – abgesehen von den gesetzlichen Einschränkungen aus dem Verbot unentgeltlicher Verfügungen und der Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung – alle für die Durchführung seiner Aufgaben notwendigen Befugnisse (*Bengel/Reimann-Schaub*, Kap. 4 Rz. 58 f), umgekehrt bestimmt der Umfang der vom Erblasser vorgesehenen Aufgaben aber auch die Grenze der Befugnisse (*Palandt-Edenhofer*, Rz. 6 zu § 2205 BGB; *Haegeler-Winkler* Rz. 120). Hier gewinnt die Unterscheidung zwischen der Auseinandersetzungs- und Abwicklungsvollstreckung mit den Aufgaben der §§ 2203, 2204 BGB einerseits und der Verwaltungs- (§ 2209 S. 1, Hs. 1 BGB) sowie der Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 S. 1, Hs. 2 BGB andererseits maßgebliche Bedeutung (dazu *Haegeler-Winkler* Rz. 3; *Mayer* a. a. O. Kap. 5 Rz. 114). Vorliegend hat der Erblasser nicht Dauertestamentsvollstreckung, sondern lediglich die Testamentsvollstreckung zur Auseinandersetzung und Abwicklung des Nachlasses angeordnet. Dies ergibt sich aus Ziffer 2. des Testaments vom 9.10.1990, in der die Aufgaben der Kläger mit Erfüllung der Vermächtnisse und Auseinandersetzung des Nachlasses speziell umschrieben sind und das Ende der Testamentsvollstreckung mit der Durchführung der Erbauseinandersetzung angeordnet ist. Zutreffend ist deshalb der Hinweis der Beklagten darauf, dass die Beendigung oder Auflösung der E7 KG nicht der Verwaltung der Testamentsvollstrecker unterfällt, weil sie mit der Erbauseinandersetzung nichts – ebenso wenig mit der Erfüllung der angeordneten Vermächtnisse – zu tun hat. Der beim Tod des Erblassers noch in Form des Kommanditanteils zum Nachlass gehörende Gesellschaftsanteil an der E7 KG ist mit dem Erbfall im Wege der Sondererbfolge zu vier gleichen Anteilen auf die Erben übergegangen; insoweit kann eine weitere Auseinandersetzung des Erbes nicht Platz greifen. Die somit für diesen Teil des Nachlasses erfolgte Erbauseinandersetzung ist auch bereits durch Anmeldung und Eintragung der entsprechenden neuen Beteiligungsverhältnisse zum Handelsregister nachvollzogen. Der Streit, ob die Kündigungserklärungen der Erben zur Auflösung der KG oder zum Anwachsen ihrer Beteiligungen bei der Komplementär – GmbH geführt haben, ist deshalb zwischen der Komplementärin und den Erben, ggfs. auch unter diesen, auszutragen. Er betrifft nicht mehr die von den Klägern nach dem Willen des Erblassers zu erfüllenden Aufgaben. Anders hätte es allenfalls sein können, wenn die Testamentsvollstrecker der aus dem vererbten Kommanditanteil abspaltbaren – und deshalb einer Nachlassverwaltung grundsätzlich zugänglichen – reinen Vermögensrechte wie die Ansprüche auf Gewinn, Auseinandersetzungsguthaben oder Abfindung bedürften, um die vom Erblasser ausgesetzten Barvermächtnisse zu erfüllen. Solches machen die Kläger indes nicht geltend, insbesondere nicht, dass die einmaligen Barvermächtnisse an die beiden Töchter von je 50.000 nach nunmehr zehn Jahren seit dem Erbfall noch nicht erfüllt seien. Wohl besteht noch der Vermächtnisanspruch der Mutter auf die monatliche Leibrente i. H. v.

80

ursprünglich 3.500 DM zzgl. Indexanpassung. Dass die Kläger als Testamentsvollstrecker die Erfüllung auch dieses Vermächtnisses bis zum Tod der Berechtigten sicherstellen sollten, dann womöglich als allein verbleibende Aufgabe, hat der Erblasser nicht gewollt, wie seine ausdrückliche Anordnung der Beendigung der Testamentsvollstreckung mit erfolgter Erbauseinandersetzung zeigt. Aber selbst wenn sie tatsächlich der Vermögenseinkünfte aus dem Kommanditanteil zur Bedienung der Leibrente bedürften, berechtigt der begrenzte testamentarische Aufgabenkreis die Kläger nicht dazu, die Auflösung der KG zu betreiben. Erst nachdem die Erben diesen Streit ausgetragen haben, könnten die Testamentsvollstrecker auf die dann fälligen Ansprüche auf Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben, die sich in der Höhe nicht einmal wesentlich unterscheiden, zugreifen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

81

Das Urteil ist gemäß §§ 708 Nr. 10, 710 ZPO vorläufig vollstreckbar.

82