BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 250/12

Verkündet am:
13. Mai 2014
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 2205, 2211, 2212, 2216; GmbHG § 47 Abs. 4, § 50; HGB § 119

a) Die Ausübung der Gesellschafterbefugnisse einschließlich des Stimmrechts und der gerichtlichen Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen obliegt bei Anordnung der unbeschränkten Testamentsvollstreckung hinsichtlich einer zum Nachlass gehörenden Beteiligung an einer Gesellschaft grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker (§§ 2205, 2211, 2212 BGB).

b) Der Testamentsvollstrecker, der selbst kein Gesellschafter ist, unterliegt ähnlich wie der Vertreter eines Gesellschafters bei der Ausübung des Stimmrechts aus der seiner Verwaltung unterliegenden Beteiligung an einer Gesellschaft grundsätzlich den gesellschaftsrechtlichen Stimmverboten wie dem Verbot, Richter in eigener Sache zu sein (vgl. § 47 Abs. 4 GmbHG).

c) Der Umstand, dass der Testamentsvollstrecker bei einer Beschlussfassung über einen bestimmten Beschlussgegenstand wegen eines Stimmverbots ausgeschlossen wäre und das Stimmrecht insoweit den Erben zustünde, hat nicht zur Folge, dass auch die Ausübungsbefugnis hinsichtlich des mit der Beteiligung verbundenen Rechts, von dem zuständigen Gesellschaftsorgan die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung über diesen Gegenstand zu verlangen bzw. diese selbst einberufen zu dürfen, vom Testamentsvollstrecker auf die Erben übergeht; die (aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung folgende) Einberufungsbefugnis verbleibt vielmehr beim Testamentsvollstrecker, während die Erben eine Einberufung der Gesellschafterversammlung nur über die ihnen aus ihrem erbrechtlichen Rechtsverhältnis zu dem Testamentsvollstrecker diesem gegenüber zustehenden Rechte, insbesondere aus dem Anspruch auf eine ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), erreichen können.

BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 - II ZR 250/12 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe, Dr. Reichart und den Richter Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 4. Juli 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 015 für Handelssachen, vom 4. Oktober 2010 weiter abgeändert:

Es wird festgestellt, dass die von den Nebenintervenienten am 18. Mai 2010 gefassten Gesellschafterbeschlüsse der A. V. E. GmbH & Co. KG nichtig sind.

Es wird festgestellt, dass die von den Nebenintervenienten am 9. Juli 2010 gefassten Gesellschafterbeschlüsse der A. V. E. GmbH & Co. KG nichtig sind.

Es wird festgestellt, dass die von den Nebenintervenienten am 19. August 2010 gefassten Gesellschafterbeschlüsse der A. V. E. GmbH & Co. KG nichtig sind.

Es wird festgestellt, dass die von den Nebenintervenienten am 19. August 2010 gefassten Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten nichtig sind.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte und die Nebenintervenienten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Nebenintervenienten sind Erben der H. T. . Die Erblasserin war Alleingesellschafterin der im Revisionsverfahren nicht vertretenen Beklagten, der Komplementärin der A. V. E. GmbH & Co. KG (nachfolgend: AVE KG), und deren alleinige Kommanditistin. Der Kläger war nahezu 30 Jahre Vermögensverwalter und Generalbevollmächtigter der Erblasserin und bereits zu deren Lebzeiten und darüber hinaus bis zum Jahre 2009 Geschäftsführer der Beklagten. Die Nebenintervenienten haben die Beteiligungen der Erblasserin im Wege der Erbfolge nach ihrem Tod am 18. Dezember 2006 erlangt. In ihrem Testament hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung für die Dauer von zehn Jahren angeordnet und den Kläger als Testamentsvollstrecker eingesetzt. Das Testament enthält in § 4 "Testamentsvollstreckung" unter anderem folgende Regelungen:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

"...

(Absatz 5) Die jährlichen Liquiditätsüberschüsse aus der Verwaltung meines Nachlasses sollen meinen Erben zustehen mit der Maßgabe, dass zunächst eine hinreichende Vorsorge zur Sicherung und Erhaltung des Nachlasses, insbesondere Gesellschaftsvermögen der A. V. E. GmbH & Co. KG sowie der Tilgung etwaiger Darlehen vorzunehmen ist. ...

(Absatz 7) Ich erteile meinem Testamentsvollstrecker die weitgehendsten Befugnisse und erkläre ausdrücklich, dass er, sofern er und soweit er meine Anordnungen ausführt, nicht der Zustimmung meiner Erben und Vermächtnisnehmer zu Einzelhandlungen bedarf, sondern insoweit nach eigenem Ermessen und unter Wahrung eines langfristigen Erhalts des Nachlassvermögens verfügen kann. ..."

2 Die Nebenintervenienten werfen dem Kläger vor, er habe seine Pflichten als Geschäftsführer der Beklagten verletzt und sei deshalb gegenüber der AVE KG zum Schadensersatz verpflichtet. Er habe ein Grundstück in D. zu teuer erworben sowie den Erlös aus der Veräußerung eines anderen, in H. belegenen Grundstücks nicht hinreichend gewinnbringend angelegt. Die nach dem Ausscheiden des Klägers im Jahre 2009 neu eingesetzte Geschäftsführung der Beklagten hat die gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe - unstreitig - durch einen unabhängigen Dritten prüfen lassen mit dem Ergebnis, dass es für die behauptete Schadensersatzpflicht keinen Anlass gebe.

3 In Verfolgung ihres abweichenden Standpunkts fassten die Nebenintervenienten mehrfach Gesellschafterbeschlüsse bei der Beklagten und bei der AVE KG, die darauf gerichtet sind, die Nebenintervenienten zur Einziehung der behaupteten Schadensersatzforderungen der AVE KG gegen den Kläger zu ermächtigen.

4 Die Gesellschaftsverträge der Beklagten (§ 5 Abs. 2) und der AVE KG (§ 6 Abs. 2) enthalten zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen folgende nahezu wortgleiche Regelung:

> "Die Geschäftsführer *(AVE KG: die GmbH)* haben die Gesellschafterversammlung in den im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag bestimmten Fällen sowie dann einzuberufen, wenn das Interesse der Gesellschaft dies erfordert. Darüber hinaus ist jeder Gesellschafter berechtigt, unter Angabe der von ihm gewünschten Tagesordnung die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen. Kommen die Geschäftsführer *(AVE KG: die GmbH)* dem Verlangen nicht binnen zwei Wochen nach, so ist der das Verlangen stellende Gesellschafter selbst zur Einberufung der Gesellschafterversammlung berechtigt. "

5 Einen jeweils ersten für die Beklagte und die AVE KG "gemeinschaftlichen Gesellschafterbeschluss" fassten die Nebenintervenienten betreffend sowohl den Grundstückserwerb in D. als auch die Geldanlage bezüglich des H. er Grundstücks am 18. Mai 2010 schriftlich, ohne den Kläger und die Geschäftsführerin der Beklagten hiervon vorab in Kenntnis zu setzen. Die Geschäftsführerin der Beklagten wies diese Beschlüsse zurück.

6 Daraufhin fassten die Nebenintervenienten am 31. Mai 2010 - wiederum im schriftlichen Verfahren und erneut ohne vorherige Benachrichtigung des Klägers und der Geschäftsführung der Beklagten - zwei Beschlüsse des Inhalts, dass sie - die Nebenintervenienten - zu gemeinschaftlichen Prozessvertretern zwecks Durchsetzung der Beschlüsse vom 18. Mai 2010 gegenüber der Beklagten bestellt wurden. Gestützt auf diese Beschlüsse nehmen die Nebenintervenienten in einem weiteren Verfahren die Beklagte auf Befolgung der Beschlüsse vom 18. Mai 2010 gerichtlich in Anspruch.

7 Um (unter anderem) formelle Mängel der Beschlussfassungen vom 18. Mai 2010 und 31. Mai 2010 zu beheben, verlangten die Nebenintervenienten von der Beklagten die Einladung zu einer Gesellschafterversammlung der AVE KG und luden nach Zurückweisung dieses Ansinnens durch die Geschäftsführung der Beklagten selbst zu einer Gesellschafterversammlung auf den 9. Juli 2010 ein. An dieser Gesellschafterversammlung nahmen die Geschäftsführerin der Beklagten und für den Kläger ein anwaltlicher Vertreter teil. Beide widersprachen der Abhaltung der Gesellschafterversammlung und beteiligten sich an der Abstimmung nicht. Die Nebenintervenienten führten die Gesellschafterversammlung gleichwohl durch und beschlossen mit ihren Stimmen, der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Kläger zuzustimmen.

8 Schließlich verlangten die Nebenintervenienten von der Beklagten mit Schreiben vom 15. Juli 2010 - vergeblich - die Einberufung von Gesellschafterversammlungen sowohl der Beklagten als auch der AVE KG und luden nachfolgend selbst auf den 19. August 2010 ein. Zu den Gesellschafterversammlungen erschienen wiederum für den Kläger ein anwaltlicher Vertreter sowie zur Gesellschafterversammlung der AVE KG auch die Geschäftsführerin der Beklagten, die in der sie jeweils betreffenden Versammlung beide der Abhaltung widersprachen und nicht abstimmten. Die gleichwohl durchgeführte Gesellschafterversammlung der Beklagten beschloss mit den Stimmen der Nebenintervenienten, dass die Geschäftsführung der Beklagten die Nebenintervenienten zur Durchsetzung der Schadensersatzansprüche gegen den Kläger zugunsten der AVE KG zu ermächtigen habe und die Nebenintervenienten befugt seien, im Falle der Weigerung dieses gerichtlich gegenüber der Beklagten durchzusetzen. Die ebenfalls durchgeführte Gesellschafterversammlung der AVE KG stimmte mit den Stimmen der Nebenintervenienten der Beschlussfassung der Beklagten zu.

9 Das Landgericht hat die Klage, mit der sich der Kläger gegen sämtliche Beschlüsse gewandt hat, als unzulässig abgewiesen. Der Kläger sei wegen Interessenkollision nicht befugt gewesen, gegen die von den Nebenintervenienten gefassten Beschlüsse gerichtlich vorzugehen, weil es bei den Beschlussfassungen um Schadensersatzansprüche gehe, die die Nebenintervenienten gegen ihn geltend machen wollten. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Nichtigkeit der Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten vom 18. Mai 2010 und vom 31. Mai 2010 festgestellt, die Klageabweisung im Übrigen - also hinsichtlich der Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG vom 18. Mai 2010 und vom 9. Juli 2010 sowie der Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten und der AVE KG vom 19. August 2010 - dagegen bestätigt. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein auf die Feststellung der Nichtigkeit auch dieser Beschlüsse gerichtetes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision des Klägers hat Erfolg und führt unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils und weitergehender Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu der Feststellung, dass auch die Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG vom 18. Mai 2010 und vom 9. Juli 2010 sowie die Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten und der AVE KG vom 19. August 2010 nichtig sind.

11 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner - insoweit - klageabweisenden Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei entgegen der Ansicht des Landgerichts zwar zulässig, aber nicht begründet. Die Nebenintervenienten seien zur Einberufung der Gesellschafterversammlungen der AVE KG und der Beklagten auf den 19. August 2010 berechtigt gewesen. Da der Kläger im Hinblick auf die behaupteten Schadensersatzansprüche einem

Stimmverbot gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG unterlegen habe, habe insoweit die Verwaltungsbefugnis hinsichtlich der Gesellschaftsanteile einschließlich des Einberufungsrechts den Nebenintervenienten zugestanden. Sie seien nicht auf erbrechtliche Ansprüche zu verweisen. Die Teilnahmerechte des Klägers oder der Beklagten seien nicht verletzt worden; ebenso wenig hätten die Nebenintervenienten einem Stimmverbot unterlegen. Aufgrund der wirksamen Beschlussfassungen am 19. August 2010 seien etwaige Mängel der Beschlussfassungen der Gesellschafter der AVE KG vom 18. Mai 2010 und vom 9. Juli 2010 jedenfalls geheilt.

12 II. Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG vom 18. Mai 2010 und vom 9. Juli 2010 sowie die Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten und der AVE KG vom 19. August 2010 sind nichtig, weil die Nebenintervenienten nicht berechtigt waren, die Gesellschafterversammlungen einzuberufen. Die Einberufung durch einen Unbefugten stellt einen zur Nichtigkeit führenden Einberufungsmangel sowohl in der GmbH als auch in der KG dar (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1953 - II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 236 f.; Urteil vom 21. Juni 2010 - II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rn. 12; weitere Nachweise bei Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 49 Rn. 10 und § 51 Rn. 28 sowie bei Oetker/Weitemeyer, HGB, 3. Aufl., § 119 Rn. 56; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 119 Rn. 81). Angesichts des Widerspruchs gegen die Durchführung der Versammlungen und gegen die Abstimmung fand auch keine den Einladungsmangel heilende Universalversammlung statt (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 19. Januar 2009 - II ZR 98/08, ZIP 2009, 562 Rn. 2 mwN; § 51 Abs. 3 GmbHG).

13 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass dem Kläger das Prozessführungsrecht zur Geltendmachung von Mängeln

bei der Beschlussfassung der Beklagten und der AVE KG zusteht und die Klage zutreffend gegen die Beklagte gerichtet ist.

14 a) Hat ein Erblasser - wie hier in § 4 Abs. 7 des Testaments - hinsichtlich einer Beteiligung an einer Gesellschaft unbeschränkte Testamentsvollstreckung angeordnet, sind die Erben grundsätzlich gemäß § 2205 Satz 1, § 2211 BGB von der Ausübung der Gesellschafterbefugnisse ausgeschlossen. Die den Geschäfts-/Gesellschaftsanteil betreffenden Verwaltungs- und Vermögensrechte werden allesamt von dem Testamentsvollstrecker ausgeübt, der hierbei an den Willen der Erben nicht gebunden ist und in seinen Kompetenzen lediglich durch die Verbote der unentgeltlichen Verfügung nach § 2205 Satz 3 BGB und der Begründung einer persönlichen Haftung der Erben (vgl. § 2206 BGB) sowie durch seine generelle Pflichtenstellung gegenüber den Erben eingeschränkt ist (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 1957 - IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 279 f.; Beschluss vom 3. Juli 1989 - II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 189 f.; Beschluss vom 14. Februar 2012 - II ZB 15/11, ZIP 2012, 623 Rn. 18; so auch schon RG, Urteil vom 23. Juni 1931 - VII 237/30, RGZ 133, 128, 134). Die klageweise Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen obliegt deshalb ebenfalls dem Testamentsvollstrecker (§ 2212 BGB), es sei denn, dass der Testamentsvollstrecker selbst unzulässigerweise anstelle der Erben mitgestimmt hat und insoweit seine Verwaltungsbefugnis beschränkt ist (BGH, Urteil vom 12. Juni 1989 - II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 23 f.). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Vielmehr macht der Kläger, der nicht mitgestimmt hat, einen Einberufungsmangel geltend.

15 b) Die Klage konnte auch hinsichtlich aller angegriffenen Gesellschafterbeschlüsse gegen die Beklagte gerichtet werden. In der Personengesellschaft ist, sofern der Gesellschaftsvertrag wie hier nichts anderes bestimmt, der Streit über Beschlussmängel unter den Gesellschaftern auszutragen (st. Rspr., vgl.

BGH, Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 83/09, ZIP 2011, 806 Rn. 19; Beschluss vom 9. April 2013 - II ZR 3/12, ZIP 2013, 1021 Rn. 14). Da der Kläger mit seiner Klage Rechte der Nebenintervenienten als Erben geltend macht und sich die Rechtskraft der Entscheidung auf diese erstreckt (§ 327 Abs. 1 ZPO), genügt es, die Klage hinsichtlich der Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG gegen die Beklagte als alleinige weitere Gesellschafterin zu richten. Klagen hinsichtlich der Beschlüsse, welche eine GmbH betreffen, sind gegen die Gesellschaft zu richten (BGH, Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 83/09, ZIP 2011, 806 Rn. 22; weitere Nachweise bei Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., Anh § 47 Rn. 163), so dass auch insoweit die Beklagte die richtige Klagegegnerin ist.

16 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Nebenintervenienten wegen eines Stimmverbots des Klägers die Gesellschafterversammlungen selbst einberufen durften und die in diesen Versammlungen gefassten Beschlüsse deshalb nicht unter einem die Nichtigkeit verursachenden Einberufungsmangel leiden.

17 a) Das Berufungsgericht verkennt, dass die Nebenintervenienten mit der Einberufung der Gesellschafterversammlungen ein Gesellschafterrecht geltend gemacht haben, dessen Ausübung ihnen nach dem ausdrücklichen Willen der Erblasserin nicht zustehen sollte. Bei einer - wie hier nach § 4 Abs. 7 des Testaments - unbeschränkt angeordneten Testamentsvollstreckung ist im erbrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker nach den Bestimmungen der §§ 2205, 2211 BGB nur der Testamentsvollstrecker zur Ausübung der Gesellschafterrechte befugt. Solange und soweit er gesellschaftsrechtlich befugt ist, die Gesellschafterrechte - als Amtswalter der Erben - wahrzunehmen, sind die Erben auf die ihnen aus ihrem erbrechtlichen Rechtsverhältnis zu dem Testamentsvollstrecker diesem gegenüber zustehen-

den Rechte beschränkt und können nicht selbst in der Gesellschaft Rechte ausüben. Nur auf diese Weise wird dem durch die Anordnung der unbeschränkten Testamentsvollstreckung zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers Rechnung getragen, die Ebene der Gesellschaft - nicht zuletzt auch wegen des damit für die Gesellschaft verbundenen Kostenrisikos - von der Klärung von Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker über die - allein das zwischen ihnen bestehende (erbrechtliche) Innenverhältnis betreffende - ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses frei zu halten. Derartige Streitigkeiten sollen die Erben außerhalb der Gesellschaft auf ihr Kostenrisiko gegenüber dem Testamentsvollstrecker mit den dafür vorgesehenen erbrechtlichen Mitteln klären.

18 Während der Dauer der Testamentsvollstreckung sind die Bestimmungen der Gesellschaftsverträge der Beklagten und der AVE KG hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Gesellschafter daher so zu verstehen, dass insoweit grundsätzlich der Testamentsvollstrecker berechtigt und verpflichtet ist.

19 b) Nach § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten bzw. § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der AVE KG steht danach anstelle der dort genannten Gesellschafter (allein) dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zu, von dem Geschäftsführer/der GmbH die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen und im Falle der Weigerung des Geschäftsführers/der GmbH diese selbst einzuberufen (vgl. allgemein zum Einberufungsrecht des Testamentsvollstreckers Hillmann in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 50 GmbHG Rn. 4; Hölters/Drinhausen, AktG, 2. Aufl., § 122 Rn. 4; MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 122 Rn. 5; Rieckers in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 122 Rn. 7; Dörrie, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personenhandelsgesellschaften und der GmbH, 1994, S. 125; Frank, ZEV 2002, 389, 390).

20 Aus gesellschaftsrechtlichen Gründen war der Kläger nicht gehindert, gegenüber der Geschäftsführung/der GmbH ein Einberufungsverlangen zu stellen und im Falle der Weigerung, dem Einberufungsverlangen nachzukommen, selbst eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Dass er auf einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung einem Stimmverbot hinsichtlich der dort zur Beschlussfassung anstehenden Beschlussgegenstände unterliegen würde, beseitigt nicht sein Recht, die Einberufung einer solchen Gesellschafterversammlung zu verlangen bzw. im Wege des Selbsthilferechts diese selbst einzuberufen.

21 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger hinsichtlich der zur Abstimmung gestellten Beschlussgegenstände, die allesamt der Verfolgung von angeblichen Schadensersatzansprüchen der AVE KG gegen ihn wegen behaupteter Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit seiner Geschäftsführertätigkeit dienten, in einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung einem gesellschaftsrechtlichen Stimmverbot unterlegen wäre, so dass die Nebenintervenienten ausnahmsweise selbst das Stimmrecht hätten ausüben dürfen (BGH, Urteil vom 12. Juni 1989 - II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 28).

22 Der Testamentsvollstrecker verdrängt die Erben zwar nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich auch hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts als Teil seiner umfassenden Befugnis zur Verwaltung des Nachlasses, es sei denn, ihm sind - wie hier nicht - durch § 2205 Satz 3, § 2206 BGB und etwaige Anordnungen des Erblassers Grenzen gesetzt (das im Grundsatz ausschließliche Stimmrecht des Testamentsvollstreckers stillschweigend voraussetzend: BGH, Urteil vom 9. Dezember 1968 - II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 214 (GmbH); Urteil vom 12. Juni 1989 - II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 25 (GmbH); Beschluss vom 3. Juli 1989 - II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 198 (KG); vgl. auch Zöllner in Baumbach/

Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 47 Rn. 42; MünchKommGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 88; Hillmann in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 47 GmbHG Rn. 34; Gummert in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 177 HGB Rn. 12; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 139 Rn. 51; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 139 Rn. 29; Pauli in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., Kapitel 5 Rn. 204 (KG) und Rn. 243 (GmbH); Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 21. Aufl., Kapitel VIII Rn. 369 (KG) und Rn. 393 (GmbH); Dörrie, ZEV 1996, 370, 371; Mayer, ZEV 2002, 209, 210 (GmbH); Frank, ZEV 2002, 389, 390 (AG); Lohr, NZG 2002, 551, 553 (GmbH); Priester, Festschrift Streck, 2011, 891, 897).

23 Der Testamentsvollstrecker kann aber dann das Stimmrecht nicht ausüben, wenn ihn ein gesellschaftsrechtliches Stimmverbot trifft. Er unterliegt, wie andere Vertreter von Gesellschaftern auch, dem für die GmbH in § 47 Abs. 4 GmbHG normierten Verbot, Richter in eigener Sache zu sein, auch wenn er selbst nicht Gesellschafter ist (BGH, Urteil vom 12. Juni 1989 - II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 25 mwN). Im Personengesellschaftsrecht gilt dieses Verbot ebenso (BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rn. 16 mwN). Die von den Nebenintervenienten angestrebten Beschlussfassungen dienen allesamt der Geltendmachung von - nach Ansicht der Nebenintervenienten bestehenden - Schadensersatzansprüchen der AVE KG gegen den Kläger, die ihren Grund in einer pflichtwidrigen Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit bei der Beklagten haben sollen. In einem solchen Fall der persönlichen Betroffenheit des Testamentsvollstreckers ist der Erbe anstelle des Testamentsvollstreckers auf einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung stimmberechtigt, wie auch in anderen Fällen der rechtlichen Verhinderung eines Vertreters oder Amtswalters das Stimmrecht vom Vertretenen ausgeübt werden kann (BGH, Urteil vom 12. Juni 1989 - II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 28;

vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Dezember 1968 - II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 219 für den Fall eines Stimmverbots des Testamentsvollstreckers nach § 181 BGB).

24 bb) Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, dass auf der für die Entscheidung des Rechtsstreits allein maßgeblichen Ebene der Gesellschaft das dem Minderheitenschutz dienende Recht, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen bzw. im Wege des Selbsthilferechts eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, davon unabhängig ist, ob der Gesellschafter in der zur Beschlussfassung anstehenden Frage mitstimmen darf. Auch ein Gesellschafter ohne Stimmrecht oder ein Gesellschafter, der in der konkreten Angelegenheit einem Stimmverbot unterliegt, kann ein berechtigtes Interesse daran haben, bestimmte Angelegenheiten in der Gesellschaft zur Diskussion und Abstimmung zu stellen (Hillmann in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 50 GmbHG Rn. 2; MünchKommGmbHG/Liebscher, § 50 Rn. 8; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 50 Rn. 24 jew. mwN; vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 21. Juni 2010 - II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rn. 16 ff.). Werden die Gesellschafterbefugnisse durch einen Testamentsvollstrecker ausgeübt, gilt - sofern dem Gesellschaftsvertrag wie hier nichts anderes zu entnehmen ist - diese Unabhängigkeit des Einberufungsrechts von einem hinsichtlich der Beschlussfassung bestehenden Stimmverbot ebenso. Unterliegt der Testamentsvollstrecker einem Stimmverbot, werden seine Befugnisse nur insoweit eingeschränkt, d.h., er darf auf einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung nicht abstimmen. Die übrigen Gesellschafterrechte können von ihm weiterhin ausgeübt werden und verdrängen die Befugnisse der Erben als Gesellschafts- bzw. Geschäftsanteilsinhaber.

25 c) Aus der vom Berufungsgericht zur Begründung seiner abweichenden Ansicht herangezogenen Entscheidung des Senats vom 12. Juni 1989 (II ZR 246/88, BGHZ 108, 21) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Auch in diesem

Fall folgte das Stimmverbot des Testamentsvollstreckers allein aus dem Gesellschaftsrecht, nicht etwa aus einer Beschränkung seiner erbrechtlichen Verwaltungsbefugnis. Er war wegen seiner gesellschafterlichen Stellung als Beiratsmitglied gehindert, bei seiner eigenen Entlastung abzustimmen. Das aus der Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Beschränkung seiner Befugnisse vom Senat abgeleitete eigene Anfechtungsrecht der Erben hat seinen Grund in der Verletzung ihrer - wegen gesellschaftsrechtlicher Verhinderung des Testamentsvollstreckers bestehenden - Befugnis, das Stimmrecht selbst auszuüben (vgl. zur ähnlichen Konstellation einer Befugnis des Erben, den Testamentsvollstrecker als Nachlassschuldner selbst zu verklagen: BGH, Urteil vom 14. November 2002 - III ZR 19/02, WM 2003, 1570, 1571). Das den Erben vom Senat als Annex zugestandene Anfechtungsrecht beruht allein auf der - feststehenden - Verletzung dieser eigenen Ausübungsbefugnis hinsichtlich der (Gesellschafter)Rechte. Hier sind die Nebenintervenienten - wie ausgeführt - in keiner eigenen Ausübungsbefugnis verletzt.

26 d) Ob die Einberufung einer Gesellschafterversammlung erforderlich ist, um den in den Nachlass fallenden Gesellschaftsanteil ordnungsgemäß zu verwalten, ist, wenn nicht bestimmte Anordnungen durch den Erblasser erteilt sind (§ 2216 Abs. 2 BGB), an denen es hier fehlt, grundsätzlich in die Entscheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gestellt. Auf die subjektiven Interessen der Erben muss der Testamentsvollstrecker dagegen keine Rücksicht nehmen. Einer der Hauptwesenszüge der Testamentsvollstreckung ist gerade die freie Stellung, die der Testamentsvollstrecker gegenüber den Erben hat. Selbst wenn der Erblasser die Testamentsvollstreckung im Interesse und zum Wohle der von ihm eingesetzten Erben angeordnet hat, können diese grundsätzlich auf die Amtsführung des Testamentsvollstreckers keinen Einfluss nehmen (BGH, Urteil vom 29. April 1954 - IV ZR 152/53, BGHZ 13, 203, 205 f.;

Urteil vom 2. Oktober 1957 - IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 279 f.; Beschluss vom 3. Juli 1989 - II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 189; Beschluss vom 14. Februar 2012 - II ZB 15/11, ZIP 2012, 623 Rn. 18; so auch schon RG, Urteil vom 3. Februar 1910 - IV 166/09, RGZ 73, 26, 27 f.; Urteil vom 23. Juni 1931 - VII 237/30, RGZ 133, 128, 134). Würde man in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Erben subjektiv der Ansicht sind, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung sei erforderlich, ihnen das Recht einräumen, selbst die Einberufung zu verlangen und nachfolgend selbst einzuberufen, würde der allein das erbrechtliche Innenverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker betreffende Streit über die ordnungsgemäße (erbrechtliche) Verwaltung des Nachlasses in die Gesellschaft hineingetragen. Genau dies wollte die Erblasserin mit dem Ausschluss jeglicher Einflussnahme der Erben auf gesellschaftsrechtlich zulässige Einzelhandlungen des Testamentsvollstreckers (§ 4 Abs. 7 des Testaments) verhindern.

27 e) Die Rechte der Erben werden hierdurch nicht unzulässig beeinträchtigt. Sie sind ausreichend dadurch geschützt, dass sie von dem Testamentsvollstrecker die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses, zu welcher der Testamentsvollstrecker gemäß § 2216 Abs. 1 BGB verpflichtet ist, verlangen und dies, wenn nötig, auch gerichtlich im Klage- oder einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen können (BGH, Urteil vom 2. Oktober 1957 - IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 283; so auch schon RG, Urteil vom 3. Februar 1910 - IV 166/09, RGZ 73, 26, 28). Ist für die ordnungsgemäße Nachlassverwaltung an einer Gesellschaftsbeteiligung die Wahrnehmung des Minderheitenrechts auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung erforderlich, kann der Erbe den Testamentsvollstrecker gerichtlich hierzu verpflichten lassen. Entsteht ihm durch die nicht pflichtgemäße Verwaltung des Nachlasses ein Schaden, den der Testamentsvollstrecker zu vertreten hat, ist dieser zum Schadensersatz verpflichtet (§ 2219 Abs. 1 BGB). Gegebenenfalls kommt auch die Abberufung

des Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund durch das Nachlassgericht in Betracht (§ 2227 BGB).

28 Diese auf erbrechtliche Maßnahmen beschränkten Befugnisse der Erben verwirklichen den Erblasserwillen bezüglich der Verwaltung - hier des Gesellschaftsvermögens - durch den Testamentsvollstrecker. Die Erben sollen nur dann ihre Überzeugung von der ordnungsgemäßen Ausübung der Gesellschafterrechte in der Gesellschaft durch eine Anweisung an den Testamentsvollstrecker durchsetzen können, wenn ein Gericht festgestellt hat, dass die von ihnen gewollte Maßnahme für die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist und der Testamentsvollstrecker sich pflichtwidrig verhält, wenn er sie nicht durchführt. Würde man den Erben hingegen - wie das Berufungsgericht - die Befugnis zugestehen, durch die Einberufung einer Gesellschafterversammlung eine Beschlussfassung in der Gesellschaft herbeizuführen, wenn sie - nur - subjektiv der Meinung sind, der Testamentsvollstrecker habe sich schadensersatzpflichtig gemacht, was bereits zu einem Stimmverbot allein wegen der bestehenden Interessenkollision führen würde, ohne dass im Ansatz feststünde, ob eine Pflichtwidrigkeit begangen wurde, würden den Erben in der Gesellschaft Einflussmöglichkeiten eröffnet, die sie nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers nicht haben sollen.

29 f) An dieser vom Erblasser bezweckten Beschränkung der Erben auf erbrechtliche Maßnahmen gegen den ihrer Ansicht nach den in den Nachlass fallenden Gesellschaftsanteil nicht ordnungsgemäß verwaltenden Testamentsvollstrecker scheitert auch das von den Nebenintervenienten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat für ihren Rechtsstandpunkt reklamierte Recht, sich gegenüber der Klage auf die Einrede aus § 242 BGB berufen zu können, weil der Kläger ihnen gegenüber wegen der Verletzung seiner Pflichten aus § 2216 BGB zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung verpflichtet sei. Ihnen

ist es auch über den Weg der Einrede versagt, den ihr Innenverhältnis als Erben zum Testamentsvollstrecker betreffenden Streit in die Gesellschaft hineinzutragen und so diesen Streit auf der Ebene der Gesellschaft zu klären mit der Folge, dass im Falle des Unterliegens die Gesellschaft die Prozesskosten tragen muss. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dieses mit der Führung eines solchen Rechtsstreits verbundene Risiko der Minderung des Gesellschaftsvermögens wirtschaftlich letztlich die Erben treffen würde. Diese Argumentation verkennt, dass es der Erblasserin mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung um den wirtschaftlich bestmöglichsten Erhalt des Unternehmens ging, um die Sicherung der darin verkörperten Werte u.a. auch, um Pensions- und Darlehens- und sonstige Verpflichtungen erfüllen zu können. Es liegt auf der Hand, dass das Gesellschaftsvermögen unnötig belastende Prozesse zu der Verwirklichung dieses Ziels und damit zum Erblasserwillen in Widerspruch stehen.

30 III. Da die Sache entscheidungsreif ist, kann der Senat selbst die Nichtigkeit der angegriffenen Beschlüsse feststellen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Bergmann Strohn Caliebe

Reichart Sunder

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 04.10.2010 - 415 HKO 71/10 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 04.07.2012 - 11 U 187/10 -