

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

- - - - -

Gesetz: BGB §§ 2216, 2219

Rechtssatz: 1. Ein Testamentsvollstrecker, welcher ein zum Nachlaß gehörendes Einzelhandelsgeschäft unter Abänderung der alteingeführten Firma und Entnahme erheblicher Beträge zur Bestreitung des Gründungsaufwandes aus der Nachlaßmasse zur Beschränkung seiner persönlichen Haftung und ohne die sichere Aussicht auf Steuereinsparungen in eine GmbH umwandelt und hierbei einen oder mehrere Geschäftsanteile auf seinen Namen erwirbt, verletzt die ihm obliegende Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses.

2. Die Geltendmachung des Ersatzanspruchs, der dem Erben aus einer Pflichtverletzung eines früheren Testamentsvollstreckers erwachsen ist, steht dem Testamentsvollstrecker zu.

Aktenzeichen: IV ZR 129/57

OLG München

Urteil des BGH vom 23. April 1958

LG München I

IV ZR 129/57

Verkündet
am 23. April 1958
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Dipl.Kaufmanns Heinrich Z [REDACTED], M [REDACTED],
N [REDACTED] Allee [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], [REDACTED]

g e g e n

die Sylvia B [REDACTED], M [REDACTED], H [REDACTED] str. [REDACTED]
gesetzlich vertreten durch Rechtsanwältin Dr. [REDACTED]
in [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. April 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske, Wüstenberg,
Maaß und Dr.Loewenheim

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München vom 18. Januar 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

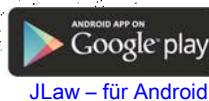
Tatbestand:

Die am [REDACTED] 1943 geborene Klägerin ist die eheliche Tochter der Fabrikbesitzerseheleute Richard und Katharina B [REDACTED]. Der Vater der Klägerin starb am 20. September 1942; er wurde von seiner Ehefrau allein beerbt. Frau Katharina B [REDACTED] starb am 19. Dezember 1945; ihr Alleinerbe war die Klägerin. Zum Nachlaß der Frau Katharina B [REDACTED] gehörte hauptsächlich ein von Richard B [REDACTED] gegründetes und nach seinem Tode von seiner Ehefrau als Einzelkaufmann fortgeführtes Unternehmen, das sich mit der Herstellung von Bodenwachs und ähnlichen Erzeugnissen befaßte. Testamentsvollstrecker auf Grund des eigenhändigen Testaments der Katharina B [REDACTED] war der Beklagte; nach dem Inhalte des Testaments sollte er das vorhandene Vermögen übernehmen und, sofern es ihm zweckmäßig erschien, bis zum 31. Dezember 1968 verwalten, im Einvernehmen mit dem Erben sollte er aber auch berechtigt sein, die Verteilung des Vermögens bereits vor diesem Zeitpunkt zu veranlassen. Vormund der Klägerin wurde zunächst die Fabrikbesitzersehefrau Maria S [REDACTED] in W [REDACTED], Gegenvormund am 9. Dezember 1947 der Rechtsanwalt Dr. Wilhelm M [REDACTED] in M [REDACTED]. Der Testamentsvollstrecker beschränkte seine Verwaltung im wesentlichen auf die zum Nachlaß gehörige chemische Fabrik und bestellte den Ehemann des Vormunds Hans S [REDACTED] zum Geschäftsführer. Dieser führte schon vor der Währungsreform den Wiederaufbau des im Kriege erheblich zerstörten Fabrikbetriebes im wesentlichen durch. Beim Tode der Katharina B [REDACTED] betrug der Aktivnachlaß rund 480.000,- RM, wovon auf den Fabrikbetrieb rund 428.000,- RM entfielen; diesem Aktivwerte standen als Passiva rund 170.000,- RM Steuerschulden gegenüber, so daß der Reinnachlaß auf 310.000,- RM veranschlagt wurde. Der Rohgewinn des Fabrikunternehmens

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

belief sich 1946 auf rund 288.000,- RM, der Betriebsgewinn auf rund 17.000,- RM, der monatliche Nettoerlös in der Zeit vom 1. Januar bis 20. Juni 1948 betrug durchschnittlich 67.000,- RM und in der Zeit vom 21. Juni bis 31. Dezember 1948 durchschnittlich 134.000,- DM. Das Reinvermögen des Fabrikunternehmens belief sich am 21. Juni 1948 auf etwa 247.000,- DM und am 13. Oktober 1948 auf rund 292.000,- DM, der Reingewinn für die Zeit vom 21. Juni bis 13. Oktober 1948 auf rund 153.000,- DM.

Im Oktober 1948 wurde S. [REDACTED] infolge tiefgreifender Meinungsverschiedenheiten von dem Beklagten fristlos entlassen. Der Beklagte übernahm die Geschäftsführung selbst und führte das Unternehmen zunächst unter der bisherigen Firma "Chemische Fabrik Richard B. [REDACTED]" fort. Durch Verfügung vom 26. Oktober 1948 wies indessen der Vormundschafts- und Nachlaßrichter den Vormund und den Gegenvormund sowie den Beklagten darauf hin, daß der Testamentsvollstrecker entweder die Fabrik an den Vormund herauszugeben oder das Unternehmen im eigenen Namen weiterzuführen habe. Der Beklagte antwortete am 15. November 1948, er habe sich zu letzterem entschlossen, er ließ sich jedoch nicht als Geschäftsinhaber im Handelsregister eintragen, sondern gründete am 17. Dezember 1948, zusammen mit dem bisherigen Steuerberater des Unternehmens, Dr. St. [REDACTED] in M. [REDACTED] eine GmbH, deren Stammkapital von 300.000,- DM in Höhe von 299.000,- DM von ihm, dem Beklagten, durch Einbringung des bisherigen Einzelhandelsunternehmens Richard B. [REDACTED] und in Höhe von 1.000,- DM von Dr. St. [REDACTED] durch Zahlung eines ihm zu diesem Zweck von dem Beklagten zur Verfügung gestellten Betrages von 1.000,- DM, aufgebracht wurde. Bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags wurde Dr. St. [REDACTED] von dem Beklagten auf Grund einer Vollmacht vertreten, in der er von den

Beschränkungen des § 181 BGB befreit war. Zum Geschäftsführer der Gesellschaft wurde der Beklagte bestellt; er war von Dr. St. [REDACTED] auch ermächtigt, dessen Geschäftsanteil an sich oder einen von ihm benannten Dritten zu überlassen oder abzutreten. Er erwarb auch später den Anteil des Dr. St. [REDACTED] für sich. Am 20. Dezember 1948 meldete der Beklagte die Gesellschaft mit der Firma "Chemische Fabrik Richard B. [REDACTED] GmbH" beim Registergericht zur Eintragung an. Er wurde jedoch unter dem 22. Dezember 1948 dahin beschieden, es bedürfe zu dieser Eintragung noch der Einwilligung des Vormunds der Klägerin und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Daraufhin ließ der Beklagte am 10. Januar 1949 einen Nachtragsvertrag beurkunden, in welchem die Gesellschafter die Firma der Gesellschaft in "R. [REDACTED]-GmbH" abänderten; unter dieser Firma wurde die Gesellschaft dann am 11. Januar 1949 in das Handelsregister eingetragen.

In der Folgezeit betrieben Vormund und Gegenvormund die Entlassung des Beklagten als Testamentsvollstreckers und dieser seinerseits die Entlassung des Vormunds und des Gegenvormunds, beide Parteien mit der Begründung angeblicher Pflichtverletzungen der Gegenseite, Vormund und Gegenvormund wiesen dabei insbesondere auch auf die Nichteinholung ihrer Zustimmung zu der nach ihrer Ansicht auch im übrigen unstatthaften Gründung der GmbH hin. Durch Beschluß vom 20. Juli 1949 entließ das Nachlaßgericht den Beklagten als Testamentsvollstreckter wegen schwerer schuldhafter Pflichtverletzung, weil er aus eigensüchtigen Motiven, nämlich zur Beschränkung seiner eigenen Haftung, durch Gründung der GmbH und Änderung von deren Firma ohne Fühlungnahme mit Vormund und Gegenvormund die Rechtsstellung der Erbin verschlechtert habe. Die gegen den Beschluß des Nachlaßgerichts eingelegte Beschwerde des

Beklagten blieb erfolglos, das Beschwerdegericht billigte auch die Gründe des angefochtenen Beschlusses. Später wurden der Vormund und der Gegenvormund auf ihren Antrag entlassen.

Am 7. September 1949 übertrug der Beklagte dem Rechtsanwalt Dr. Pf. [REDACTED] in M. [REDACTED] als Neubestelltem Testamentsvollstrecker auf dessen Verlangen die Geschäftsanteile an der R. [REDACTED]-GmbH. Dieser übernahm zugleich die Geschäftsführung der Gesellschaft. Die R. [REDACTED]-GmbH kam nun alsbald in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten. Während die monatlichen Nettoerlöse des Unternehmens sich in der zweiten Hälfte des Jahres 1948 noch immer auf über 100.000,- DM gehalten hatten - im Oktober 1948 erreichten sie den Betrag von 186.352,78 DM -, blieben sie in den ersten acht Monaten des Jahres 1949 ganz wesentlich unter diesem Betrag und sanken im August 1949 auf 23.558,83 DM. Zwar ergab sich für die Zeit vom 1. Januar bis 31. August 1949 noch ein Betriebsgewinn von 12.000,- DM, für den Gesamtzeitraum des Jahres 1949 erlitt das Unternehmen einen solchen Verlust, daß das Finanzamt für den Veranlagungszeitraum vom 21. Juni 1948 bis 31. Dezember 1949 keine Körperschaftssteuer erhob. Auch die Betriebsmittel des Unternehmens wurden unzulänglich, es kam zu Vollstreckungsmaßnahmen. Aus diesen Gründen trat der neue Testamentsvollstrecker Dr. Pf. [REDACTED] am 2. Februar 1950 die Geschäftsanteile der R. [REDACTED]-GmbH an die "A. [REDACTED] Gesellschaft mbH" zum Preise von 12.000,- DM ab; hiervon zahlte indessen die Erwerberin mit der Begründung, das Inventar sei unvollständig, nur 4.000,- DM. Der Testamentsvollstrecker legte dann sein Amt nieder.

Den Erlös von 4.000,- DM erhielt der Beklagte, welcher am 5. September 1949 mit Dr. Pf. [REDACTED] vereinbart hatte, er

75

bekomme für seine zurückliegende Tätigkeit als Geschäftsführer der R- GmbH noch 10.000,- DM, zahlbar in monatlichen Raten von 1.000,- DM seit dem 1. November 1949, und im Falle eines Verkaufes der R- GmbH noch vor dem 1. Juli 1950 weitere 5.000,- DM, womit alle gegenseitigen Ansprüche abgegolten sein sollten. Als der Beklagte gegen die - im Rechtsstreit "durch Dr. Pf- als Testamentsvollstrecker" vertretene - R- GmbH Klage auf Zahlung von 10.000,- DM erhob, rechnete die Gesellschaft mit einem aus der Tätigkeit des jetzigen Beklagten als Testamentsvollstrecker hergeleiteten Schadensersatzanspruch auf, der insbesondere auch daraus hergeleitet werde, daß der Beklagte durch die Umwandlung des B- 'schen Unternehmens in eine GmbH die Gesellschaft mit einer Kapitalverkehrssteuer von angeblich mehr als 12.000,- DM belastet habe. In diesem Rechtsstreit verglichen sich die Parteien im Februar 1950 dahin, daß die R- GmbH sich zwecks Abfindung aller Ansprüche des gegenwärtigen Beklagten verpflichtete, an diesen 4.000,- DM zu zahlen und ihm außerdem seine Gerichtskosten wegen der Entlassung als Testamentsvollstrecker im Betrage von 50,- DM zu ersetzen.

Die Klägerin macht nun geltend, der Beklagte habe die ihm als Testamentsvollstrecker obliegenden Verpflichtungen durch die ohne jeden Anlaß und ohne Kenntnis des Vormunds vorgenommene Umwandlung des Unternehmens in eine GmbH und die Aufgabe der alteingeführten Firma "Chemische Fabrik Richard B- " schuldhaft verletzt. Die der Klägerin hierdurch entstandenen Vermögensnachteile bestünden einmal in der Entnahme von Gründungskosten (Notariatskosten, Gerichtskosten, Kapitalverkehrssteuer) in einer Gesamthöhe von 10.736,17 DM

aus dem vom Beklagten als Testamentsvollstrecker verwalteten Vermögen, sowie ferner in den durch die Firmenänderung bewirkten zusätzlichen Kosten für Entwürfe, Werbung usw. mit 30.681,69 DM und Umsatzeinbußen von mindestens 10.000,- DM.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von 51.417,26 DM
nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu
verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Entstehung eines Schadens bestritten und im übrigen vorgetragen, es sei für ihn nur die Fortführung der Fabrik im eigenen Namen in Frage gekommen, da eine Freigabe des Unternehmens an den Vormund nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen und zudem die Gefahr eines Ruins des Betriebes durch die Konkurrenz von dessen früherem Geschäftsführer Hans S., des Ehemanns des Vormunds, mit sich gebracht hätte. Die Umwandlung in eine GmbH sei auch zweckentsprechend gewesen, da er mit seinem eigenen bescheidenen Vermögen die persönliche Haftung für das Risiko eines Unternehmens mit 300.000,- DM Stammkapital nicht habe übernehmen können, andererseits aber mit der auf Grund der gewählten Gesellschaftsform, anstelle der von der Klägerin sonst zu zahlenden außerordentlich hohen Einkommenssteuer, jetzt lediglich in Betracht kommenden, wesentlich niedrigeren Körperschaftsteuer erhebliche steuerliche Vorteile zu erzielen vermocht habe. Der Vormund habe der Eintragung der GmbH zwar widersprochen; sachkundige Personen, darunter der

Notar, hätten ihm aber zu der Umwandlung geraten, der Registerrichter die GmbH auch eingetragen und Dr. Pfister, welcher stets im Einvernehmen mit Vormund und Gegenvormund gehandelt habe, sowie der spätere Geschäftsführer der GmbH, Rudolf von K[REDACTED], ihm nach seiner Entlassung die Entlastung erteilt. Schließlich seien etwaige Ansprüche der Klägerin auch verjährt und verwirkt.

Beide Instanzen haben den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin nimmt gemäß § 2219 Abs. I BGB als Erbin ihrer Mutter Katharina B[REDACTED] den Beklagten wegen des Schadens in Anspruch, der ihr durch die von ihm, dem Beklagten, als Testamentvollstrecker bewirkte Umwandlung eines Handelsgeschäfts in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und durch die damit verbundene Aufgabe der Firma "Chemische Fabrik Richard B[REDACTED]" zugunsten der neuen Firma "R[REDACTED] GmbH" entstanden sei. Nach der genannten Vorschrift haftet der Testamentvollstrecker dem Erben, wenn er einmal die ihm obliegenden Pflichten verletzt und ihm außerdem die Pflichtwidrigkeit als Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) angerechnet werden kann.

I.

1. Das Oberlandesgericht prüft zunächst die Frage, ob die Umwandlung des Unternehmens eine (objektive) Verletzung

der dem Testamentsvollstrecker obliegenden Pflichten sei, und bejaht sie aus folgenden Gründen:

Es müsse bereits zweifelhaft erscheinen, ob nicht die rechtliche Zulässigkeit der mit der Einlage des Handelsgeschäfts verbundenen Errichtung der Gesellschaft als solcher zu verneinen sei. Denn angesichts der dem Beklagten übertragenen Aufgabe, das Handelsgeschäft, solange es rentabel sei, weiterzuführen und der Erbin bis zum 25. Lebensjahr möglichst zu erhalten, habe der Beklagte durch die Gründung weder unmittelbar noch mittelbar die Gefahr hervorrufen dürfen, daß das erwähnte Ziel der Erblasserin nicht erreicht werde. Außerdem habe er die Rechtsstellung der Erbin ohne zwingenden Grund nicht wesentlich verschlechtern dürfen. Eine solche Verschlechterung sei aber dann unter Umständen eingetreten, wenn der Beklagte das Handelsgeschäft zu Eigentum der Gesellschaft eingebracht und die Klägerin somit ihr formelles Eigentum daran verloren habe, während es ihr, wenn der Testamentsvollstrecker das Geschäft als Einzelkaufmann im eigenen Namen fortgeführt hätte, verblieben wäre. Der Umstand, daß der Beklagte seine Sacheinlage nicht mit dem Nutzungswert, sondern mit dem Substanzwert in Ansatz gebracht habe, spreche auch dafür, daß der Gesellschaftsvertrag die Übertragung des Eigentums an dem Handelsgeschäft vorgesehen habe. Zwar sei die Gesellschaft lediglich eine Treuhandgesellschaft für den Beklagten in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker und damit, vermöge des ohnehin schon zwischen ihm und der Erbin kraft Gesetzes bestehenden Treuhandverhältnisses, auch für die Erbin selbst gewesen, wenngleich ausdrücklich ein Treuhandvertrag weder schriftlich noch mündlich abgeschlossen worden sei. Auch dieses Treuhandverhältnis habe aber

die mit dem Verlust des rechtlichen Eigentums der Klägerin an dem Handelsgeschäft unter Umständen verbundene erhebliche Gefährdung des Nachlasses nicht schlechthin ausgeschlossen. Wenn auch dem Mißbrauch der Treuhandstellung durch den Beklagten äußerstenfalls durch dessen Entlassung habe begegnet werden können, so sei doch die Gefahr von Verfügungen bestehen geblieben, welche die Erben des Beklagten noch vor dem Amtsantritt und der Übernahme des Geschäftsanteils durch einen neuen Testamentsvollstrecker auf Grund ihrer formalen Stellung als Gesellschafter hätten treffen können. Außerdem könne zweifelhaft sein, ob nicht ein Vermögensverfall des Beklagten und die damit verbundene Einzel- oder Gesamtvollstreckung in seinen Geschäftsanteil die Rechtsstellung oder doch die Interessen der Klägerin erheblich mehr hätten schädigen können als die Fortführung des Geschäfts durch den Beklagten als Einzelkaufmann unter Aufrechterhaltung nicht nur des wirtschaftlichen, sondern auch des rechtlichen Eigentums der Klägerin. Schließlich sei zweifelhaft, ob der Beklagte den Gesellschaftsvertrag vom 17. Dezember 1948 überhaupt habe erfüllen können, nämlich, ob er der hierin übernommenen persönlichen Verpflichtung zur Einbringung des Handelsgeschäfts der Klägerin als Stammeinlage, welche sich als eine zu seinen Gunsten erfolgende und damit unentgeltliche Verfügung über Nachlaßgegenstände habe darstellen können, ohne Mitwirkung der Erbin nachzukommen vermocht habe; jedenfalls aber könne, auch bei Berücksichtigung des Willens der Erblasserin, zweifelhaft sein, ob der Beklagte bei der Einbringung des Handelsgeschäfts in die GmbH nicht in einen derartigen Interessenwiderstreit geraten sei, daß er von der Verfügung über das Geschäft habe Abstand nehmen müssen.- Einer endgültigen Klärung dieser Zweifelsfragen bedürfe es aber nicht; denn der Beklagte habe auf jeden Fall von

der Errichtung der Gesellschaft absehen müssen, weil er das Ziel einer Steuerersparnis mit seinen Maßnahmen nicht habe erreichen können. Zwar bestünden im Hinblick auf das Bestreben des Beklagten, das in den Jahren 1948 und 1949 bei größeren Geschäftsgewinnen besonders starke Gefälle zwischen der Einkommens- und der Körperschaftssteuer auszunutzen, keine steuerrechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung; denn es sei dem Steuerpflichtigen grundsätzlich gestattet, die Möglichkeiten zur Einsparung von Steuern wahrzunehmen und sein Verhalten auf die Steuertatbestände einzurichten, und er sei grundsätzlich insbesondere nicht verpflichtet, zwischen mehreren Rechtsformen die mit höheren Steuern belastete Gestaltungsmöglichkeit zu wählen. Die Gründung der Gesellschaft sei aber mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses nicht zu vereinbaren gewesen. Denn nach dem Gesetz würden Wirtschaftsgüter, die von einer Person einer anderen zu treuen Händen - entgeltlich oder unentgeltlich - übereignet oder durch den Treuhänder zu treuen Händen für den Treugeber erworben würden, sachlich dem Treugeber zugerechnet. Mithin sei, da die Gesellschaft mit beschränkter Haftung das Handelsgeschäft nur als Treuhänderin für den Testamentsvollstrecker und damit für die Erbin betrieben habe, die sachliche Steuerpflicht hinsichtlich der Einkünfte des Handelsgeschäfts so zu beurteilen, als ob nach wie vor die Klägerin als natürliche Person diese Einkünfte erzielt hätte. Die darnach als Zweck der Gründung allein noch in Betracht kommende Beschränkung der persönlichen Haftung des Beklagten habe aber die Gründung zumindest in dem von diesem gewählten Zeitpunkt nicht gerechtfertigt, da die - angemessene - Mitberücksichtigung auch eigener Interessen des Testamentsvollstreckers jedenfalls

nicht zu einer Vernachlässigung wesentlicher Interessen des Erben führen dürfe. Eine solche wesentliche Beeinträchtigung der Interessen der Klägerin liege aber darin, daß diese mit erheblichen aus dem Geschäftsvermögen, also aus ihrem wirtschaftlichen Vermögen, entnommenen Gründungskosten belastet worden sei. Allein an Notariats- und Gerichtskosten sowie an Kapitalverkehrssteuer seien rund 10.000,- DM angefallen; hiervon verbleibe, selbst wenn - wie der Beklagte vortrage - die Gründungskosten als Betriebsausgaben verbucht werden könnten, nach seiner eigenen Berechnung noch immer ein Betrag von etwa 40 %, also etwa 4.000,- DM, als Verlust der Klägerin. Hinzu kämen noch beträchtliche Aufwendungen für Werbungskosten und dergleichen. Statt die Klägerin - zumal kurz nach der Aufnahme eines Kredits von mindestens 40.000,- DM zur Ergänzung der mangelhaften Betriebsmittel - mit diesen Beträgen zu belasten, habe der Beklagte, wenn er schon die unbeschränkte persönliche Haftung nicht übernehmen zu können geglaubt habe, die Fortführung des Handelsgeschäfts mit Zustimmung des Vormunds der Klägerin in deren Namen anstreben müssen und bei Verweigerung der Zustimmung entweder gegen den damaligen Vormund klagen oder das Amt des Testamentsvollstreckers kündigen können.- Aus der Pflichtwidrigkeit der Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ergebe sich auch, daß der Beklagte, ohne die Grundsätze ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses zu verletzen, die Firma "Chemische Fabrik Richard B. [REDACTED] [REDACTED]" nicht habe aufgeben dürfen, wenn er dazu an sich auch ohne Zustimmung der Klägerin ermächtigt gewesen sei. Da aber die objektive Pflichtverletzung des Beklagten das Vermögen der Klägerin, möge auch die Höhe des Schadens im einzelnen noch nicht feststehen, so doch in jedem Falle beträchtlich gemindert habe und

das konkrete Schadensereignis, nämlich die anfangs 1949 vorgenommene Errichtung der GmbH unter Änderung der Firma, einen innerlich einheitlichen tatsächlichen Vorgang bilde, so könne im Grundverfahren unerörtert bleiben, inwieweit gerade auch die Änderung der Firma zu einem Schaden der Klägerin geführt, insbesondere sonst nicht entstandene Werbungskosten sowie Einbußen durch Umsatzrückgänge zur Folge gehabt habe; denn die Klägerin mache weder mehrere Klagegründe noch verschiedenartige Schadensfolgen geltend, sondern erhebe mit der Behauptung, die Gründung der GmbH unter Änderung der Firma habe sie geschädigt, einen einheitlichen Anspruch auf Ersatz ihres Vermögensschadens, bestehend aus positivem Schaden (Gründungskosten) und entgangenem Gewinn (Umsatzrückgang).

2. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision, es habe mit der Gründung der GmbH das Ziel der Steuerersparnis durchaus erreicht werden können, die Grundsätze über die steuerrechtliche Behandlung des Treuhandverhältnisses seien in dem angefochtenen Urteil verletzt und der Zweck der Gründung sei auch dahin gegangen, das Vermögen der Klägerin dadurch zu sichern, daß im Falle wirtschaftlicher Rückschläge im Betriebe nur das Betriebsvermögen in Gefahr geräte, greifen jedenfalls teilweise durch.

Der Testamentsvollstrecker verletzt die ihm obliegenden Verpflichtungen, wenn er bei seinen Verfügungen über den Nachlaß oder beim Eingehen von Verbindlichkeiten für diesen, unter Berücksichtigung des Zwecks seiner Verwaltung, der letztwilligen Anordnungen des Erblassers und der Umstände des einzelnen Falles, die Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung überschreitet oder durch Verwaltungshandlungen oder Unterlassung von solchen den Nachlaß schädigt (vgl. Staudinger, BGB 10./11.

Aufl. 1956, § 2219, Bem. 2, S. 1119; § 2216, Bem. 2 S. 1104).

a) Es kann zunächst dem Oberlandesgericht in seinen Ausführungen zu der Frage nicht gefolgt werden, ob durch die Gründung der GmbH und eine hierdurch bedingte Zahlung von Körperschaftssteuer, anstelle von Einkommenssteuer, für den Beklagten als Testamentsvollstrecker die Möglichkeit zur Erzielung wesentlicher Steuereinsparungen bestanden habe. Das gilt insbesondere gegenüber der Ansicht des Berufungsgerichts, die Gesellschaft habe das Handelsgeschäft nur als Treuhänderin für den Testamentsvollstrecker und damit für die Klägerin als Erbin betrieben.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG sind Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit dem Sitz im Inland unbeschränkt körperschaftssteuerpflichtig. Aus der Wahl der Rechtsform der GmbH ergibt sich regelmäßig ihre körperschaftssteuerpflicht (Blumich/Klein/Steinbring, Körperschaftssteuergesetz, 3. Aufl., Anm. 9, 10 zu § 1 KStG). Für die Frage, ob hier nicht die Gesellschaft, sondern die Beklagte als Erbin als Steuerrechtssubjekt in Betracht kommt, ist die Vorschrift des § 11 Nr. 2 StAnpG von Bedeutung. Nach Ziffer 2 dieser Bestimmung werden Wirtschaftsgüter, die zu treuen Händen (entgeltlich oder unentgeltlich) übereignet worden sind, dem Treugeber zugerechnet. Ein solches Treuhandverhältnis liegt vor, wenn ein Vertragsteil (Treugeber) dem anderen (Treunehmer, Treuhänder) aus wirtschaftlichen oder sonstigen Zweckmäßigkeitserwägungen, häufig zur Ausübung der Verwaltung, hinsichtlich eines Wirtschaftsgutes eine Rechtsstellung, insbesondere bei Sachen das Eigentum und bei Forderungen die Inhaberschaft, einräumt, die der mit der Übertragung verfolgte Zweck nicht erfordert und deren Ausübung infolgedessen im Innenverhältnis durch ausdrückliche oder stillschweigende Ab-

machungen gebunden wird (vgl. Rolf Kühn, Reichsabgabenordnung, Steueranpassungsgesetz, Nebengesetze, 4. Aufl. 1956, § 11 StAnpG Anm. 4 S. 633). Ein dem Treuhandverhältnis verwandtes Verhältnis liegt vor, wenn eine Gesellschaft (Organ-gesellschaft) von den Weisungen einer anderen (der Oberge-sellschaft) derart abhängig ist, daß sie als deren "Organ" angesehen werden muß. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes (vgl. RFH I. und III. Senat, Gut-achten vom 26. Juli 1932, RFH 31, 297, 299), welcher zu folgen ist, muß eine Gesellschaft, um als unselbständige Organ-Gesellschaft eines anderen Unternehmens anerkannt werden zu können, nach Art einer bloßen Geschäftsabtei-lung finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das geschäftliche Unternehmen der Obergesellschaft ein-gegliedert, ein Handeln der Untergesellschaft auf eigene Rechnung und Gefahr im Innenverhältnis mithin ausgeschlos-sen sein. Es muß für sie vor allem ein persönliches Unter-ordnungsverhältnis gegenüber der Obergesellschaft als ihrem Dienstherrn derart bestehen, daß sie in geschäft-lichen Angelegenheiten grundsätzlich den Weisungen des Dienstherrn zu folgen hat, zu deren Befolgung also recht-lich gezwungen werden kann, und sich auch dessen persön-liches Eingreifen in den von ihr geleiteten Betrieb ge-fallen lassen muß. Wenn gewisse Unterschiede zwischen den eigentlichen Treuhandverhältnissen und den Organ-schafts- bzw. Abhängigkeitsverhältnissen auch nicht ge-leugnet werden sollen, so sind im Hinblick auf die zwis-chen beiden Rechtsinstituten bestehenden großen Ähnlich-keiten keine grundlegenden Einwände dagegen zu erheben, entsprechend der auch in der steuerrechtlichen Praxis vor-herrschenden Gepflogenheit, die Kriterien des Organschafts-verhältnisses zur Erkenntnis des Vorliegens eines Treu-handverhältnisses vergleichend heranzuziehen.

Verfolgt man diesen Weg, so bestehen erhebliche Bedenken gegen die Auffassung des Oberlandesgerichts, die von dem Beklagten gegründete GmbH sei "nichts anderes als eine Treuhandgesellschaft für den Beklagten in seiner Eigenschaft als Testamentvollstrecker und damit auch, vermöge des ohnehin schon zwischen ihm und der Erbin kraft Gesetzes (§ 2218 BGB) bestehenden Treuhandverhältnisses, für die Erbin". Wenig überzeugend erscheint vor allem der Hinweis des Oberlandesgerichts, wenn die Rechtsprechung der Finanzgerichte auf die Weisungsgebundenheit des Treuhänders gegenüber dem Treugeber abstelle, so sei für den vorliegenden Fall festzustellen, daß die Gesellschafter und die Organe der GmbH von den Weisungen des Beklagten als des Testamentvollstreckers hätten abhängig sein sollen und daß dieser, weil er das Stimmrecht im wesentlichen in der Hand gehabt habe und außerdem Geschäftsführer gewesen sei, auch zur Durchsetzung seiner Weisungen in der Lage gewesen sei. Dem ist, mangels jeglicher tatsächlicher Feststellungen in dieser Beziehung in dem angefochtenen Urteil, entgegenzuhalten, daß das Oberlandesgericht hier zwischen der rein erbrechtlichen Stellung des Beklagten als Testamentvollstrecker und der lediglich nach Handelsrecht zu beurteilenden Stellung des Beklagten als Geschäftsführer der GmbH nicht hinreichend unterscheidet. In seiner Eigenschaft als Testamentvollstrecker, also auf Grund der Bestimmungen des Erbrechts, hatte der Beklagte gegenüber der GmbH als Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit keinerlei Weisungsrecht, obwohl es gerade hierauf zur Bejahung eines Treuhandverhältnisses zwischen ihm und ihr wesentlich angekommen wäre. Ebensowenig gab der - rein tatsächliche - Umstand, daß der Beklagte nach der Höhe seines Geschäftsanteils ein maßgebendes Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung besaß, ihm ein unmittelbares Weisungsrecht in den

geschäftlichen Angelegenheiten der GmbH. Dieses beruhte vielmehr lediglich auf den handelsrechtlichen Vorschriften des Gesellschaftsrechts über die Stellung des Geschäftsführers, hatte also mit der Frage, ob die GmbH Treuhänderin für den Testamentsvollstrecker und damit für die Erbin sei, nichts zu tun. Entscheidend ist aber der übrigens auch vom Oberlandesgericht nicht verkannte Umstand, daß weder in der Satzung der GmbH von der Begründung eines Treuhandverhältnisses die Rede ist noch ein schriftlicher oder mündlicher ausdrücklicher Treuhandvertrag geschlossen worden ist. Zur Annahme eines Treuhandverhältnisses zwischen der GmbH als Treuhänderin und dem Testamentsvollstrecker bzw. der Klägerin als Treugeber hätte es aber als Mindestvoraussetzung der Aufnahme einer entsprechenden Satzungsbestimmung (vgl. RFH, Urteil vom 15. Januar 1942, RStBl 1942, 507, 509; Kühn aaO § 11 StAnpG, Anm. 4, S. 633) oder der Schaffung einer besonderen Treuhandvereinbarung (vgl. Riewald, (18)) § 11 StAnpG, Anm. 3, S. 106; Kühn aaO S. 634; RFH Urteil vom 20. Februar 1930, RStBl 1930, 251 - 252, Nr. 352; RFH Urteil vom 8. Mai 1930, RStBl 1930, 516, 518 Nr. 691) bedurft. Dabei ist übrigens nach der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes (vgl. RFH Urteil vom 26. Oktober 1932, RFH 1932, 145, 150; RFH Urteil vom 15. Januar 1942, RStBl 1942, 507, 509 f) wegen der leichten Möglichkeit bei den nach außen nicht erkennbaren Treuhandverhältnissen den Tatbestand zu verschleiern und Steuern zu verkürzen, selbst eine Treuhandvereinbarung wegen der jederzeitigen Aufhebbarkeit dieses Vertrages oder der ausgesprochenen Selbständigkeit der Zweckbestimmung der als Treuhänderin gedachten Gesellschaft gelegentlich nicht einmal als hinreichend erachtet worden. Mangels einer schriftlichen Festlegung eines Treuhandverhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem Testamentsvollstrecker bzw.

*) Reichsabgabenordnung und
Steueranpassungsgesetz,
Teil I 1956

der Erbin müßten jedenfalls andere Kriterien für die Annahme eines solchen Verhältnisses erkennbar sein. Aber auch hieran fehlt es. Denn weder ist das der GmbH zu rechtlichem Eigentum übertragene, aus dem Nachlaß stammende Vermögen etwa in ihrer Hand fremdes Vermögen gewesen noch wurde die GmbH bei der Verwaltung und Nutzung dieses Vermögens völlig außerhalb ihrer eigentlichen selbständigen Zweckbestimmung tätig (vgl. Riewald aaO S. 106; RFH Urteil vom 15. Januar 1942 aaO S. 509 f; RFH Urteil vom 26. Oktober 1932, RFH 1932, 145, 150). Schließlich ist ein Treuhandverhältnis der von dem Oberlandesgericht angenommenen Art auch in keiner Weise äußerlich in Erscheinung getreten und in die Wirklichkeit überführt worden (vgl. Kühn aaO S. 633; RFH vom 6. April 1938, Kartei StAnpG § 11 Ziff. 1; RFH vom 15. Januar 1942 aaO S. 509 f).

Barnach ist davon auszugehen, daß ^{als} Steuerschuldnerin für die geschäftlichen Vorfälle im Betriebe der GmbH nicht die Klägerin als Erbin, sondern die Gesellschaft selbst in Betracht zu ziehen war. Die weitere Frage, ob die GmbH als solche auch steuerlich anzuerkennen sei, ist mit dem Berufungsgericht zu bejahen, da in ihrer Gründung weder ein Scheingeschäft i.S. des § 5 StAnpG noch ein Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts i.S. des § 6 StAnpG zu erblicken ist.

Die damit gegebene, eigentliche Frage, ob wegen der Körperschaftssteuerpflicht der GmbH eine geringere Steuerschuld als im Falle einer die gesamten Geschäftsvorfälle einheitlich erfassenden Einkommenssteuerpflicht der Klägerin zu erwarten gewesen wäre, kann auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Oberlandesgerichts

freilich nicht abschließend beantwortet werden. Zu prüfen wäre in dieser Hinsicht zunächst, ob sich etwa mit der GmbH im Falle der Ausschüttung ihres gesamten, um die Körperschaftssteuer verminderten Gewinns ein Steuervorteil allerdings nicht erzielen ließ, weil die Summe der Körperschaftssteuer und der Einkommenssteuer aus der Gewinnausschüttung auf den Geschäftsanteil der Klägerin in diesem Falle immer höher war, als die aus dem Gewinn des Einzelhandelsunternehmens allein zu entrichtende Einkommenssteuer. Zu prüfen wäre jedoch weiter, ob sich eine Steuerersparnis mit Hilfe der GmbH-Gründung nicht vielleicht dann ergeben konnte, wenn die Körperschaftssteuer aus dem gesamten, größtenteils aber nicht ausgeschütteten Betriebsgewinn - zuzüglich der Einkommenssteuer der Klägerin aus dem auf ihren Geschäftsanteil tatsächlich ausgeschütteten Gewinn - niedriger war als die aus dem - entnommenen oder im Betrieb verbliebenen - Gewinn des Einzelhandelsunternehmens zu entrichtende Einkommenssteuer. Ziffernmäßig gesprochen war möglicherweise bei jährlichen Betriebsgewinnen von einer bestimmten Mindesthöhe ab und Ausschüttung nur eines geringen Bruchteils dieses - um die Körperschaftssteuer verminderten - Gewinns auf dem Wege über die GmbH-Gründung mit Steuervorteilen zu rechnen, während sonst in der Rechtsform der GmbH vielleicht insgesamt mehr Steuern zu zahlen waren, als das Einzelhandelsunternehmen als solches zu leisten verpflichtet gewesen wäre.

b) Einer Nachprüfung und Beantwortung dieser Fragen im einzelnen bedarf es indessen hier nicht; denn der Senat hält die in der Gründung der GmbH unter Abänderung der Firma liegende Handlungsweise des Beklagten in ihrer rechtlichen Auswirkung nicht für so zweifelhaft, wie das Berufungsgericht. Nach den für die Revisionsinstanz bindenden Feststellungen des Oberlandesgerichts war die Grün-

15

dung der GmbH durch den Beklagten mit erheblichen Vermögensverlusten für die Klägerin zunächst insofern verbunden, als die Entnahme der Gründungskosten, insbesondere der Notariats- und Gerichtskosten und der Kapitalverkehrssteuer, welche auch nach dem eigenen Vortrage des Beklagten keineswegs vollständig als Betriebsausgaben abgeschrieben werden konnten, eine fühlbare Vermögenseinbuße für die Klägerin darstellte, ohne daß für dieses Opfer aus der Erbschaftsmasse eine gleichwertige Gegenleistung in den Nachlaß geflossen wäre; eine solche bildete insbesondere nicht der Geschäftsanteil an der GmbH, da dieser, wenn auch im Innenverhältnis (vgl. § 2218 BGB) treuhänderisch für die Klägerin erworben, so doch nach außen völlig uneingeschränkt dem Beklagten und gerade nicht der Klägerin zustand. Hinzukommt, was übrigens weder von dem Berufungsrichter noch von der Revision verkannt wird, daß die Klägerin durch die Einbringung des gesamten Handelsgeschäfts als Stammeinlage in die GmbH seitens des Beklagten ihre Stellung als rechtliche Eigentümerin der eingebrachten Vermögensgegenstände gänzlich verlor. Selbst wenn die GmbH das Handelsgeschäft lediglich als Treuhänderin für den Testamentsvollstrecker und damit für die Klägerin als Erbin betrieben hätte, so würde auch dieser Umstand nichts daran ändern, daß jedenfalls das rechtliche Eigentum an den auf die Stammeinlage eingebrachten Werten in das Eigentum der als juristische Person völlig selbständigen GmbH übergegangen wäre. Ein Gegenwert floß auch hierfür nicht in die - auf diese Weise im Hinblick auf das rechtliche Eigentum des wesentlichsten Teils ihrer Substanz beraubte - Erbschaftsmasse der Klägerin. Im Gegenteil stellt auch das Berufungsgericht, welches ein Treuhandverhältnis zwischen der GmbH und - über den Testamentsvollstrecker - der Klägerin annimmt, aus-

dürcklich und für die Revisionsinstanz bindend fest, ein Gegenwert sei auch durch Steuerersparnisse tatsächlich nicht für die GmbH, geschweige denn für die Klägerin, erzielt worden; denn in dem einheitlichen Veranlagungszeitraum vom 21. Juni 1948 bis zum 31. Dezember 1949, also im wesentlichen bis zur Veräußerung der GmbH-Anteile an einen anderen, habe es an steuerbaren Einkünften in dem Betriebe überhaupt gefehlt. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts sind insofern frei von Rechtsirrtum, als es davon ausgeht, im Grundverfahren bedürfe es keiner Erörterung, inwieweit gerade auch die Änderung der Firma durch zusätzliche Werbungskosten und Einbußen infolge rückläufiger Umsätze zu einem Schaden der Klägerin geführt habe; denn es ist zutreffend, daß die Klägerin mit ihrer Behauptung, die Gründung der GmbH unter Änderung der Firma habe sie geschädigt, ein innerlich einheitliches konkretes Schadensereignis zum Ausgangspunkt ihres gleichermaßen auf positiven Schaden (Gründungskosten) und auf entgangenen Gewinn (Umsatzrückgang) gegründeten Schadensersatzanspruchs macht. Eine besonders weitgehende Überschreitung der Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung sieht der Senat indessen darin, daß der Beklagte die Gesellschaft gegründet und die Firma geändert hat, ohne sich mit dem Vormund, dem Gegenvormund und dem Vormundschaftsgericht ins Benehmen zu setzen, obwohl er auf seine Anmeldung der Gesellschaft unter der alten Firma vom Registergericht darauf hingewiesen worden war, es bedürfe zu der Eintragung noch der Einwilligung des Vormunds und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, und daß er, nachdem er diesen Auflagen durch die Änderung der alteingeführten Firma ausweichen zu können geglaubt hatte, die Eintragung der Gesellschaft mit der geänderten Firma unter Übergang des Widerspruchs

des Vormundes betrieb. Der Hinweis der Revision, diese Eintragung habe auch dem Zwecke gedient, das Vermögen der Klägerin dadurch zu sichern, daß im Falle wirtschaftlicher Rückschläge im Betrieb nur das Betriebsvermögen in Gefahr gerate, ist eine tatsächliche Behauptung, die in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen ist.

II.

1. Zur Frage des Verschuldens führt das Oberlandesgericht folgendes aus:

Der Beklagte habe bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, daß er durch die Errichtung der GmbH die erstrebten steuerlichen Vorteile aus Rechtsgründen nicht werde erreichen können. Als Diplomkaufmann sowie beratender Volkswirt und Devisenberater habe er besonders die steuerliche Seite wirtschaftlicher Vorgänge aufzuklären und als Helfer in Steuersachen die steuerlichen Folgen wirtschaftlichen Handelns in besonderem Maße zu berücksichtigen gehabt. Er habe seine steuerliche Berufserfahrung, die, unabhängig von seinen persönlichen Kenntnissen und Erfahrungen, bei ihm habe vorausgesetzt werden müssen, auch bei der Testamentsvollstreckung einzusetzen gehabt und sich darauf, ein Testamentsvollstrekker habe häufig keine steuerrechtlichen Kenntnisse und Erfahrungen, umso weniger berufen können, als die Erblasserin, wie ihm aus dem Inhalt des Testaments habe bekannt sein müssen, ihn gerade wegen seines Berufes als Wirtschaftsberater und Steuerfachmann zum Testamentsvollstrekker ernannt habe. Habe er trotzdem nur ungenügende Kenntnisse und Erfahrungen oder Zweifel auf steuerrechtlichem Gebiete gehabt, so habe er sich zwar, mindestens zur Vorbereitung seiner Verwaltungstätigkeit, mit Sachverständigen

beraten können und müssen, nun aber für deren etwa ungenügende oder unrichtige steuerrechtliche Beratung, ohne die Möglichkeit einer Entlastung, einzustehen; denn die Zuziehung dieser Sachverständigen sei ein Ausfluß des zwischen ihm als Testamentsvollstrecker und der Klägerin als Erbin bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses gewesen, in dessen Rahmen er zur sorgfältigen Abwägung von Verwaltungsmaßnahmen nach ihrer rechtlichen Zulässigkeit und wirtschaftlichen Erfolgsaussicht, hier also zur gründlichen Durchdenkung der Errichtung der GmbH nach der rechtlichen Möglichkeit des von ihm erstrebten steuerlichen Erfolges, verpflichtet gewesen sei. Bei einer derartigen pflichtgemäßen Überlegung habe er zu dem Ergebnis kommen müssen, die Errichtung der GmbH unter Belastung des Nachlasses mit erheblichen Gründungskosten lediglich um seines persönlichen Vorteils willen, nämlich zwecks Ausschaltung seiner persönlichen Haftung, sei nicht vertretbar und werfe die Frage auf, ob demgegenüber außerdem nicht die Kündigung seines Amtes vorzuziehen sei, was im übrigen alles eingehend mit dem Vormund, dem Gegenvormund und dem Vormundschaftsgericht durchzusprechen gewesen wäre, vom Beklagten aber versäumt worden sei. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt habe er, ohne daß es auf eine Voraussicht oder Voranschaubarkeit des Schadens im einzelnen ankomme, die Schädigung der Klägerin auch im wesentlichen voraussehen müssen.

2. Der gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts erhobene Revisionsangriff, die Anforderungen des Oberlandesgerichts an die Sorgfaltspflicht des Beklagten seien überhöht und der Beklagte habe sachverständige Stellen in hinreichendem Maße zur Beratung herangezogen und sowohl bei diesen, wie auch bei den beteiligten

Finanzämtern seine steuerrechtliche Auffassung bestätigt gefunden, greift nicht durch, wenn freilich auch der Senat dem Ergebnis des angefochtenen Urteils aus anderen Gründen nicht beizutreten vermag.

Wäre mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, die GmbH habe das Handelsgeschäft nur als Treuhänderin für den Testamentsvollstrecker und damit für die Erbin betrieben und aus diesem Grunde steuerliche Vorteile nicht erzielen können, so ließe die Bejahung des Verschuldens des Beklagten in dem angefochtenen Urteil mit der Begründung, er sei kraft seines Berufes gehalten gewesen, das steuerliche Ergebnis der von ihm getroffenen Maßnahmen in eigener Verantwortung zu erkennen, und habe keine Möglichkeit, sich durch den Hinweis auf die ihm von anderer Seite erteilten Auskünfte zu entlasten, einen Rechtsirrtum allerdings nicht erkennen. Aber auch, wenn der Beklagte in der Tat unter gewissen Voraussetzungen mit der Gründung der GmbH zur Erzielung von steuerlichen Einsparungen in der Lage war, so hätte er mit diesem Schritt möglicherweise noch immer schuldhaft gehandelt, weil er praktisch mit dieser bloßen Möglichkeit keinen greifbaren, die Vermögensverluste der Klägerin voll ausgleichenden Gegenwert in der Erbschaftsmasse gehabt und den Umstand unberücksichtigt gelassen hätte, daß Konjunkturschwankungen oder sonstige wirtschaftlich einschneidende Ereignisse zum Eintritt geschäftlicher Verluste und zum Entfallen jeglicher Verpflichtung zur Steuerzahlung und damit auch jeglicher Möglichkeit zur Steuereinsparung führen konnten, ein Risiko, welches der Beklagte, insbesondere kurz nach der Aufnahme eines erheblichen Betriebsmittelkredits, möglicherweise nicht laufen durfte; in dieser Hinsicht bedarf der Sachverhalt indessen weiterer Aufklärung in tatsächlicher Beziehung durch das Oberlandesgericht.

Das Verschulden des Beklagten, und zwar mindestens im Sinne von Fahrlässigkeit, ist möglicherweise weiterhin auch deswegen zu bejahen, weil er auf die Anfrage vom 26. Oktober 1948 seitens des Vormundschafts- und Nachlaßrichters, ob er die Fabrik an den Vormund herausgeben oder das Unternehmen im eigenen Namen weiterführen wolle; am 15. November 1948 antwortete, er habe sich zu letzterem entschlossen, und sich dann aber umgekehrt verhielt. Er deckte vielmehr ohne Einverständnis des Vormunds, des Gegenvormunds und des Vormundschaftsgerichts, nach seiner eigenen Darstellung sogar gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Vormunds, im Interesse seiner eigenen Haftungsbeschränkung und zum Schaden der Klägerin Unkosten der verschiedensten Art aus der Erbschaftsmasse und entzog ihr durch Einbringung der wesentlichsten Teile ihres Bestandes auf einen ihm zustehenden Geschäftsanteil in die GmbH unter Aufgabe der alteingeführten Firma das rechtliche Eigentum an diesen Vermögenswerten ohne Ausgleich. Das Berufungsgericht wird in dieser Beziehung insbesondere tatsächlich aufzuklären haben, wie sich die einzuschaltenden amtlichen Stellen verhalten, ob sie etwa die Stellung der Erbin gestärkt, die GmbH-Gründung verhindert, den Geschäftsverkauf veranlaßt oder den Beklagten aus seiner Stellung als Testamentvollstrecker entlassen hätten (vgl. RG, VI ZS vom 20. Oktober 1930, RGZ 130, 131, 135, 138). Es ist im übrigen rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Oberlandesgericht davon ausgeht, der Beklagte habe bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt, ohne daß es auf eine Voraussicht oder Voräussenbarkeit des Schadens im einzelnen ankomme, die Schädigung der Klägerin jedenfalls im wesentlichen voraussehen müssen.

III.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Klägerin sei die Geltendmachung ihres Anspruchs auch jetzt noch

15
nicht verwehrt, läßt einen Rechtsirrtum insoweit nicht erkennen und wird auch von der Revision insoweit nicht angegriffen, als es sich um die Feststellung handelt, der Anspruch sei weder verjährt noch verwirkt, weil der Beklagte angesichts der Schwierigkeit und Langwierigkeit der Klagevorbereitungen, trotz des Ablaufes geraumer Zeit, mit der Geltendmachung eines Anspruchs seitens der Klägerin noch immer habe rechnen müssen.

Dagegen bedarf es noch weiterer tatsächlicher Aufklärungen seitens des Oberlandesgerichts in der Richtung, ob der nach der Entlassung des Beklagten zum Testamentsvollstrecker bestellte Rechtsanwalt Dr. Pf. bei Abschluß des Vergleiches mit dem Beklagten - damaligen Kläger - vor dem Arbeitsgericht am 23. Februar 1950 nicht nur als Geschäftsführer der - damals beklagten - R. GmbH, sondern auch in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker aufgetreten sei, um eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob der jetzt von der Klägerin gegen den Beklagten erhobene Schadensersatzanspruch etwa durch eine Verrechnung im Rahmen jenes Vergleiches erloschen sei. Allerdings hat das Oberlandesgericht ausgeführt, neben dem auf Beseitigung der Schadensfolgen durch Vervollständigung des Nachlasses gegen einen früheren Testamentsvollstrecker gerichteten Schadensersatzanspruch, welcher von dem neuen Testamentsvollstrecker geltend zu machen sei, bestehe von Anfang an ein dem Erben in eigener Person zustehender Ersatzanspruch gemäß § 2219 BGB, welcher der Verfügung des Testamentsvollstreckers nicht unterliege, so daß zwischen der Erbin und dem Testamentsvollstrecker eine unechte Gesamtgläubigerschaft in Betracht komme. Einen solchen selbständigen Schadensersatzanspruch vermag der Senat indessen mangels jeglicher gesetzlichen Grundlage nicht anzuerkennen. Der Senat folgt vielmehr der

Auffassung des Reichsgerichts (vgl. RGZ 138, 132, 133), welches die Frage, ob der dem Erben nach § 2219 BGB zustehende Ersatzanspruch zum Nachlaß gehöre, auf Grund der Vorschrift des § 2041 BGB mit Recht bejaht und daraufhin ausgesprochen hat, es sei auch nur der Testamentsvollstrecker befugt, den dem Erben aus der Pflichtverletzung eines früheren Testamentsvollstreckers erwachsenen Ersatzanspruch geltend zu machen. Zwar könnte erwogen werden, ob die gegenüber dem gegenwärtigen Beklagten im Vergleich vom 23. Februar 1950 seitens der - wenn auch durch ihren Geschäftsführer Dr. Pf. [REDACTED] vertretenen - R. [REDACTED] GmbH vorgenommene Verrechnung als die Verfügung einer Nichtberechtigten nicht wirksam sei; indessen wäre, falls sich herausstellt, daß Dr. Pf. [REDACTED] den Vergleich auch in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker abgeschlossen hat, anzunehmen, daß die Verfügung, wenn nicht überhaupt als mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt, jedenfalls aber als von dem Berechtigten genehmigt anzusehen wäre (vgl. § 185 BGB).

IV.

Aus diesen Gründen muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und

Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Ascher

Raske

Wüstenberg

Maaß

Dr. Loewenheim