

BARBARA DAUNER-LIEB

Unternehmen in Sondervermögen

Jus Privatum

35

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 35



Barbara Dauner-Lieb

Unternehmen in Sondervermögen

Haftung und Haftungsbeschränkung

Zugleich ein Beitrag zum Unternehmen
im Erbgang

Mohr Siebeck

Barbara Dauner-Lieb: Geboren 1955; Studium der Rechtswissenschaften und Referendariat in Köln; 1979–83 wiss. Assistentin; 1984 Promotion in Tübingen; 1986–90 Leiterin der Rechtsabteilung einer börsennotierten Familien-AG; 1988–94 Lehrauftrag an der Wissenschaftlichen Hochschule für Unternehmensführung in Koblenz; 1991–94 Lehrauftrag am DSGV Bonn; 1997 Habilitation in Mainz; Wintersemester 1997/98 Lehrstuhlvertretung in Köln; 1998 Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozeßrecht in Hagen/Düsseldorf.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Dauner-Lieb, Barbara:

Unternehmen in Sondervermögen : Haftung und Haftungsbeschränkung ;
zugleich ein Beitrag zum Unternehmen im Erbgang / Barbara Dauner-Lieb. –
Tübingen : Mohr Siebeck, 1998

(Jus privatum ; Bd. 35)

ISBN 3-16-146983-6

978-3-16-157902-8 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1998 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Garamond Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

Für Manfred

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1997 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Habilitationsschrift angenommen. Die Rechtsentwicklung, insbesondere die stürmischen Aktivitäten des Gesetzgebers, wurden bis zur Jahresmitte 1998 inhaltlich berücksichtigt. Auf eine Umstellung auf die neue Insolvenzordnung wurde allerdings verzichtet, um den Zugang zu den sämtlich noch auf die Konkursordnung bezogenen Quellen nicht zu erschweren. Sachlich hat sich im Bereich der amtlichen Nachlaßliquidation im Hinblick auf die zentrale Regelung des § 224 KO (§ 324 InsO) nichts geändert. Die soeben erschienene Habilitationsschrift von Windel „Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall“ konnte nur noch in den Fahnen in wenigen Fußnoten berücksichtigt werden.

Meinem verehrten Habilitationsvater, Herrn Professor Dr. Horst Konzen, danke ich sehr herzlich für Zutrauen, Geduld und unermüdliche Gesprächsbereitschaft. Dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Arndt Teichmann, bin ich besonders dafür verbunden, daß er durch schnelle Lektüre den Abschluß des Verfahrens noch im Sommersemester 1997 ermöglicht hat. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft sei herzlich gedankt für die Gewährung eines Habilitationsspendiums sowie für die Gewährung einer Druckkostenbeihilfe.

Bergisch Gladbach, im Oktober 1998

Barbara Dauner-Lieb

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
§ 1 Anlaß, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	1
§ 2 Annäherung an die Grundbegriffe	14
I. Unternehmen und unternehmerische Tätigkeit	14
II. Schuld, Haftung und Haftungsbegrenzung	30
III. Sondervermögen	37
§ 3 Der Nachlaß als Liquidationsmasse (I): Die bürgerlich-rechtliche Ausgangssituation	65
I. Einleitung	65
II. Systematische Grundlagen.....	67
III. Rechtstechnische Ausgestaltung der Nachlaßsonderung	79
IV. Veränderungen des Nachlasses zwischen Erbfall und Nachlaßforderung	93
V. Der Schutz der Nachlaßgläubiger im Erbenkonkurs ?	148
§ 4 Der Nachlaß als Liquidationsmasse (II): Besonderheiten bei der Vererbung eines einzelkauf- männischen Unternehmens.....	152
I. Problemstellung	152
II. Der Meinungsstand	156
III. Stellungnahme	182
§ 5 Nachlaßsonderung durch Testamentsvollstreckung (I): Die bürgerlich-rechtliche Ausgangssituation	253
I. Einleitung	253
II. Funktion, Tatbestand und Rechtstechnik der Nachlaßsonderung	255
III. Die Stellung des Testamentsvollstreckers	259

IV. Die Entwicklung des Nachlasses unter der Testamentsvollstreckung	270
V. Dauervollstreckung und beschränkbare Erbenhaftung	286
§ 6 Nachlaßsonderung durch Testamentsvollstreckung (II): Die Zulässigkeit einer Dauervollstreckung an Unternehmen ..	298
I. Meinungsstand	298
II. Stellungnahme	326
III. Zusammenfassung	355
§ 7 Nachlaßsonderung aufgrund Miterbengemeinschaft (I): Die bürgerlich-rechtliche Ausgangssituation	358
I. Einleitung	358
II. Nachlaßsonderung im Wege der gesamthänderischen Bindung des Nachlasses	362
III. Das Rechtsverhältnis der Erben untereinander	372
IV. Das Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern	439
V. Dauererbengemeinschaft und beschränkbare Erbenhaftung	487
§ 8 Nachlaßsonderung aufgrund Miterbengemeinschaft (II): Zur Zulässigkeit einer „unternehmenstragenden Erbengemeinschaft mbH“	492
I. Der Meinungsstand	492
II. Eigene Auffassung	526
III. Zusammenfassung	544
§ 9 Ausblick: Schuld und Haftung in der BGB-Gesellschaft	548
I. Zum Diskussionsstand	548
II. Elemente der Modellbildung	550
III. Ergebnis: Rechtssubjektive Verselbständigung der unter- nehmenstragenden BGB-Gesellschaft als unvollständiges Rechtsfortbildungsprogramm	581
§ 10 Ergebnis	583
Literaturverzeichnis	565
Sachverzeichnis	577

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
§ 1 Anlaß, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	1
§ 2 Annäherung an die Grundbegriffe	14
I. Unternehmen und unternehmerische Tätigkeit	14
1. Das Unternehmen als Rechtsbegriff	14
a) Die teleologische Determinierung des Unternehmensbegriffs ...	14
b) Der handelsrechtliche Unternehmensbegriff (<i>K. Schmidt</i>)	16
c) Der privatrechtliche Unternehmensbegriff (<i>Reiff</i>)	18
2. Die haftungsrechtliche Eigenart unternehmerischer Betätigung	20
a) Einzelansätze im Schrifttum (<i>Limbach, Reuter, Mutter</i>)	20
b) Verallgemeinerung: Entscheidung in Unsicherheit	25
c) Konsequenzen	26
3. Das Unternehmen als dynamische Einheit	28
II. Schuld, Haftung und Haftungsbegrenzung	30
1. Haftung als Komplementärbegriff zur Schuld	30
2. Haftung als Einstandspflicht für die Verbindlichkeiten eines anderen Rechtsträgers	33
3. Rechtsgeschäftliche und statutarische Haftungsbeschränkung	35
III. Sondervermögen	37
1. Der Diskussionsstand	37
a) Der Ausgangspunkt	37
b) Das Theoriedefizit	38
c) Die Zweckbindung	41
2. Vermögenssonderung als Trennung verschiedener Haftungsmassen	43
a) Vermögenssonderung als Haftungsproblem	43
aa) Die Fragestellung	43
bb) Das Vermögen als einheitliches Haftungsobjekt	44
(1) Der Begriff des Vermögens im haftungsrechtlichen Sinne ...	44

(2) Das Vermögen als dynamisches Zugriffsobjekt	45
(3) Kompensation durch unbeschränkte Vermögenshaftung ...	45
cc) Ausnahme: Die Haftungssonderung	46
(1) Gewährleistung der Zweckbindung durch Haftungs- sonderung	46
(2) Einseitige Haftungssonderung	47
(3) Doppelseitige Haftungssonderung	48
(4) Haftungssonderung bei der Gesamthand	48
(5) Arbeitsdefinition des Sondervermögens	50
b) Die gemeinsame Problemstruktur der Sondervermögen	51
c) Zur Rechtssubjektivität von Sondervermögen	55
3. Der Nachlaß als Sondervermögen	58
a) Überblick	58
b) Der Nachlaß als permanentes, potentiellies Sondervermögen zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger	62
c) Zusammentreffen verschiedener Formen der Nachlaßsonderung	63
 § 3 Der Nachlaß als Liquidationsmasse (I):	
Die bürgerlich-rechtliche Ausgangssituation	65
I. Einleitung	65
II. Systematische Grundlagen	67
1. Die Doppelfunktion der amtlichen Nachlaßliquidation	67
a) Haftungsbeschränkung im Interesse des Erben	67
b) Gesonderte und konkursmäßige Befriedigung der Nachlaßgläubiger	68
c) Das Primat der amtlichen Nachlaßliquidation	69
d) Rechtspolitische Bewertung	71
2. Probleme einer gegenständlichen Haftungsbeschränkung	73
3. Die Voraussetzungen der amtlichen Nachlaßliquidation	76
III. Rechtstechnische Ausgestaltung der Nachlaßsonderung	79
1. Der Grundsatz: Vermögenssonderung ex nunc	79
2. Die Regelung der §§ 780 ff.ZPO	81
3. Rückwirkende Sicherung von Haftungssonderung und Haftungsbeschränkung	84
a) Gesetzliche Ausgangssituation und Erweiterungstendenzen ...	84
aa) Die Regelung des § 1976	84
bb) Die Regelungen der §§ 784 ZPO, 221 KO	85
cc) Die Regelung des § 1977	85
b) Stellungnahme zu den Erweiterungstendenzen	88
c) Bedeutung für den Gesamtzusammenhang	90
4. Haftungssonderung ohne Haftungsbeschränkung	90
5. Zwischenergebnis	92

IV. Veränderungen des Nachlasses zwischen Erbfall und Nachlaßsonderung	93
1. Gesetzliche Ausgangssituation	93
a) Überblick über die §§ 1978–1980	93
b) Der Erbe als Fremdverwalter	96
c) Die Funktion der §§ 1978–1980	98
2. Ersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe und Wertminderung von Nachlaßgegenständen	99
3. Nutzungen, rechtsgeschäftlicher Neuerwerb, Surrogation ...	101
a) Problemstellung	101
b) Vermehrungen des Nachlasses aus sich selbst heraus	102
c) Rechtsgeschäftlicher Erwerb	103
aa) Der Meinungsstand	103
bb) Stellungnahme	105
(1) Die Rechtslage im normalen Auftragsverhältnis	105
(2) Die Zuordnung des Neuerwerbs	107
(a) Handeln des Erben für eigene Rechnung	107
(b) Handeln des Erben für Rechnung des Nachlasses	110
(c) Exkurs: Die Konsequenzen einer generellen Herausgabepflicht	111
(3) Das Problem der Surrogation	112
dd) Zwischenergebnis	114
4. Schuld und Haftung	115
a) Problemstellung: Zur Reichweite der Nachlaßhaftung	115
aa) Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten gemäß § 1967 Abs. 2	115
bb) Haftung für Ansprüche des Erben gemäß §§ 1978 Abs. 3, 1970, 257	116
cc) Die Begründung neuer Nachlaßverbindlichkeiten durch den Erben?	119
b) Die Lehre von der Nachlaßeigenschuld	120
aa) Der Meinungsstand	120
(1) Überblick	120
(2) Die Entstehung von Eigenverbindlichkeiten	122
(3) Die Begründung neuer Nachlaßverbindlichkeiten	123
(a) RGZ 90, 91: Ableitung aus §§ 1978, 1979	123
(b) Das Kriterium der ordnungsgemäßen Verwaltung	124
(c) Indizien für eine Abkoppelung von § 1978 Abs. 3	126
(4) Vertragliche Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß	127
bb) Stellungnahme	129
(1) Die gesetzliche Ausgangslage	129
(2) Legitimation einer Direktverpflichtung des Nachlasses ...	131
(a) Die Argumentation des RG: Sicherung der Erbeninteressen	131
(b) Verbesserung der Stellung der Neugläubiger	132
(aa) Problemstellung	132
(bb) Verfahrensökonomie	133

(cc) Entlastung vom Konkursrisiko des Erben	134
(dd) Zugriff auf den Nachlaß bei unbeschränkter Haftung des Erben	135
(ee) Vertrauensschutz?	136
(c) Ermöglichung einer vertraglichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß?	137
(3) Haftungsbeschränkung kraft „Offenlegung des Nachlaßbezuges“?	139
c) Zusammenfassung: Plädoyer für eine Verabschiedung der Nachlaßeigenschuld	142
5. Zusammenfassende Würdigung der §§ 1978 bis 1980	145
V. Der Schutz der Nachlaßgläubiger im Erbenkonkurs?	148
§ 4 Der Nachlaß als Liquidationsmasse (II): Besonderheiten bei der Vererbung eines einzelkauf- männischen Unternehmens	
I. Problemstellung	152
II. Der Meinungsstand	156
1. Das Unternehmen als Nachlaßgegenstand	156
a) Der Ausgangspunkt	156
b) Die Entwicklung des Betriebsvermögens: Neuerwerb, Erträge, Gewinne	157
c) Die Geschäftsverbindlichkeiten: Schuld und Haftung	160
aa) Die Altverbindlichkeiten: § 27 HGB	160
bb) Die Neuverbindlichkeiten	163
(1) Noch einmal: Die Lehre von der Nachlaßeigenschuld	163
(2) Vertragliche Haftungsbeschränkung kraft Firmenfortführung?	168
d) Zwischenbilanz	172
2. Das Unternehmen als Nachlaßgegenstand auf Zeit	173
a) Der Übergang des Unternehmens in das Erbeneigenvermögen ..	173
b) Funktion des Übergangs des Unternehmens in das Erbeneigenvermögen	176
c) Zwischenbilanz	180
3. Gesamtwürdigung: Das Fehlen eines Gesamtmodells	181
III. Stellungnahme	182
1. Die gesetzliche Ausgangslage	182
a) Entwicklung des Betriebsvermögens und Zuordnung der unternehmerischen Chancen	182
b) Entwicklung der Nachlaßverbindlichkeiten und Zuordnung des unternehmerischen Risikos	184

aa)	Die bürgerlich-rechtliche Ebene: §§ 1978 BGB, 224 Abs. 1 Nr. 1 KO	184
(1)	Risikoverlagerung zu Lasten der Nachlaßgläubiger	184
(2)	Konsequenzen für die neuen Geschäftsgläubiger	187
(3)	Teleologische Reduktion der §§ 1978 Abs. 3 BGB, 224 Abs.1 Nr. 1 KO?	188
bb)	Die handelsrechtliche Ebene: § 27 HGB	192
(1)	Die Kompensationswirkung des § 27 HGB	192
(2)	Zu den Ansätzen von <i>Reuter</i> und <i>Lieb</i>	193
(3)	Verbleibende Wertungswidersprüche	194
cc)	Zwischenbilanz	197
c)	Die Gesetzeslücke	199
2.	Modelle der Lückenfüllung	203
a)	Dauerhafter Verbleib des Unternehmens im Nachlaß?	203
aa)	Konstruktion einer generellen Herausgabepflicht gemäß §§ 1978 Abs. 1 S.1, 667	203
bb)	Noch einmal: Teleologische Reduktion der §§ 1978 Abs. 3 BGB, 224 Abs. 1 Nr.1 KO	204
cc)	Bedenken aus der Perspektive des Erben	205
b)	Kompensation durch unbeschränkte Haftung des Erben	206
aa)	Konstruktion: Ausdehnung des § 27 HGB auf alle Nachlaßverbindlichkeiten	206
bb)	Veränderung der erbrechtlichen Ausgangssituation	207
cc)	Anpassung der Antragsfristen gemäß §§ 1981 Abs. 2 S. 2 BGB, 220 KO an § 27 Abs. 2 HGB	208
c)	Ausgliederung des Unternehmens aus dem Nachlaß	209
aa)	Konstruktion: Gleichstellung von erbrechtlichem und rechtsgeschäftlichem Erwerb	209
bb)	Konsequenzen für die Auslegung des § 27 HGB	213
cc)	Noch einmal: Der Schutz der Nachlaßgläubiger im Erbenkonkurs	214
d)	Das Problem der Systemfortbildung	217
3.	Zusammenfassung	220

§ 5 Nachlaßsonderung durch Testamentsvollstreckung (I):

Die bürgerlich-rechtliche Ausgangssituation	225
I. Einleitung	225
II. Funktion, Tatbestand und Rechtstechnik der Nachlaßsonderung	227
III. Die Stellung des Testamentsvollstreckers	231
1. Aufgabenbereich und Kompetenzen	231
2. Vergütung und Aufwendungsersatz	232
3. Verantwortlichkeit und Haftung	233
a) Die gesetzliche Ausgangssituation	233
b) Die Auffassung von <i>Muscheler</i>	238

aa) Die Konzeption der Außenhaftung kraft „institutionalisierten Vertrauens“	238
bb) Stellungnahme	238
IV. Die Entwicklung des Nachlasses unter der Testamentsvollstreckung	242
1. Nutzungen, Surrogation und rechtsgeschäftlicher Neuerwerb	242
a) Problemstellung	242
b) Der Meinungsstand	243
c) Stellungnahme	244
aa) Zur Kompetenzsurrogation	244
bb) Zur materiellen Surrogation mit Subjektswechsel	245
cc) Kompetenzsurrogation und amtliche Nachlaßliquidation ..	247
2. Schuld und Haftung	248
a) Vertragliche Verbindlichkeiten	248
aa) Die gesetzliche Ausgangssituation	248
bb) Die Reichweite der Testamentsvollstreckervollmacht	249
cc) Zurechnung nach § 278	251
dd) Dauerschuldverhältnisse	251
ee) Zwischenbilanz	253
b) Haftung des Nachlasses für deliktisches Verhalten des Testamentsvollstreckers	254
V. Dauervollstreckung und beschränkbare Erbenhaftung	258
1. Problemstellung	258
2. Die Konzeption von <i>Muscheler</i>	261
a) Verzahnung der §§ 1975 ff. mit den §§ 2209 S. 2, 2207	261
aa) Korrektur zum Schutz des Erben: Teleologische Reduktion der §§ 1994, 2005	261
bb) Korrekturen zum Schutz der Nachlaßgläubiger	263
(1) Anpassung der §§ 1981 Abs. 2 BGB, 220 KO	263
(2) Teleologische Reduktion des § 1974	263
(3) Teleologische Reduktion des § 224 Abs. 1 Nr. 5 KO	264
b) Verzahnung der §§ 1975 ff. mit § 2219: Drittschadensliquidation ..	265
3. Stellungnahme: Zielkonflikt zwischen Dauervollstreckung und beschränkbarer Erbenhaftung	267
§ 6 Nachlaßsonderung durch Testamentsvollstreckung (II): Die Zulässigkeit einer Dauervollstreckung an Unternehmen ..	270
I. Meinungsstand	270
1. Die traditionelle Ablehnung der Testamentsvollstreckung an Unternehmen	270
2. Die Ersatzlösungen	274
a) Die Problemstellung	274

b) Die Vollmachtslösung	275
c) Die Treuhandlösung	279
aa) Die sogenannte Ermächtigungstreuhand	279
bb) Die Vollrechtstreuhand	282
cc) Exkurs: Konsequenzen für den Gesamtzusammenhang	285
d) Die Gestaltungsoption des Rechtsformwechsels	288
e) Zwischenbilanz	289
3. Die sog. echte Testamentsvollstreckerlösung	
(<i>Baur, Muscheler, Canaris</i>)	291
a) Überblick	291
b) Zum „Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung“	292
c) Zum „Dogma der zwingenden Unbeschränkbarkeit	
der Haftung“	293
d) Vergleich mit der Selbstverwaltung durch den Erben	295
e) Zusammenfassung	297
II. Stellungnahme	298
1. Problemstellung	298
2. Dauervollstreckung an Unternehmen und beschränkbare	
Erbenhaftung	300
a) Das Problem der doppelten Gesetzeslücke	300
aa) Noch einmal: Das Spannungsverhältnis zwischen	
den §§ 2197 ff. und den §§ 1978 ff.	300
bb) Noch einmal: Das Versagen der §§ 1978 ff. bei Unter-	
nehmensfortführung durch den Erben	302
cc) Das Versagen der §§ 2216, 2219 bei Unternehmens-	
fortführung durch den Testamentsvollstrecker	304
b) Möglichkeiten der Lückenfüllung?	306
aa) Gleichschaltung mit der Erbenselbstverwaltung?	306
bb) Nichtanwendung des § 224 Abs. 1 Nr. 5 KO bei Dauervoll-	
streckung an Unternehmen?	307
cc) Kompensation durch Zuordnung der unternehmerischen	
Chancen zum Nachlaß?	309
c) Ergebnis: Die erbrechtliche Unzulässigkeit einer Dauervoll-	
streckung an Unternehmen	312
3. Dauervollstreckung an Unternehmen als Erweiterung	
des organisatorischen Gestaltungsspielraums?	314
a) Neuformulierung der Problemstellung	314
b) Noch einmal: Vergleich mit der Selbstverwaltung	
durch den Erben	315
c) Noch einmal: Zum „Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung“	
320	
d) Noch einmal: Zum „Dogma der zwingenden Unbeschränk-	
barkeit der Haftung“	322
e) Ergebnis	326
III. Zusammenfassung	327

§ 7 Nachlasssonderung aufgrund Miterbengemeinschaft (I): Die bürgerlich-rechtliche Ausgangssituation	330
I. Einleitung	330
II. Nachlasssonderung im Wege der gesamthänderischen Bindung des Nachlasses	334
1. Tatbestand und Rechtstechnik der Nachlasssonderung	334
2. Die ratio der Nachlasssonderung	338
a) Interessenausgleich zwischen den Miterben	338
b) Die Erbengemeinschaft als notwendige Abwicklungsgemeinschaft?	338
c) Durchsetzung des Erblasserwillens?	339
d) Gemeinwohlbezug der gesamthänderischen Bindung?	341
e) Schutz der Nachlaßgläubiger	342
f) Zusammenfassung	343
3. Rechtsbeziehungen zwischen der Erbengemeinschaft und einzelnen Miterben	343
III. Das Rechtsverhältnis der Erben untereinander	344
1. Systematische Grundlagen	344
2. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens durch die Miterben	346
a) Überblick	346
b) Kompetenzverteilung, Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis	347
aa) Die Regelung des § 2038	347
bb) Das Außenverhältnis	350
(1) Einverständnis aller Miterben	350
(2) Mehrheits- und Einzelverwaltung	352
cc) Zwischenbilanz	355
c) Aufwendungsersatz und Vergütung	357
d) Früchte und Erträge	360
e) Verantwortlichkeit und Haftung	361
3. Nutzungen, Surrogation und rechtsgeschäftlicher Neuerwerb	362
a) Problemstellung	362
b) Noch einmal: Früchte und Erträge	364
c) Surrogation im engeren Sinn	366
aa) Meinungsstand	366
bb) Stellungnahme	367
d) Rechtsgeschäftlicher Neuerwerb	369
aa) Meinungsstand	369
bb) Stellungnahme	372
e) Zwischenbilanz	377
4. Schuld und Haftung	378
a) Problemstellung	378

b) Meinungsstand	381
aa) Der Ausgangspunkt	381
bb) Die erbrechtlich orientierten Stellungnahmen	382
cc) Die unternehmensrechtlich orientierten Stellungnahmen ...	385
dd) Zwischenbilanz	386
c) Stellungnahme	387
aa) Problemstruktur	387
(1) Prämisse: Rechtssubjektivität nur der Erben	387
(a) Gemeinsames Auftreten aller Miterben	387
(b) Handeln einzelner Miterben	389
(c) Zwischenbilanz	391
(2) Prämisse: Rechtssubjektive Verselbständigung der Erbengemeinschaft	391
(3) Zur Austauschbarkeit der Prämissen	393
bb) Anforderungen an eine Haftungsbeschränkungs- vereinbarung	396
(1) Fragestellung	396
(2) Zur begrenzten Aussagekraft von RGZ 146, 343	397
(3) Zum Erklärungswert eines „Handelns für den Nachlaß“ ...	399
(4) Zum Erklärungswert der Fortführung der Erblasserfirma ..	402
(5) Zwischenbilanz	403
cc) Zur haftungsrechtlichen Neutralisierung eines Prämissenwechsels	404
(1) Ausgangspunkt	404
(2) Vertrauensschutzlösung	405
(3) Akzessorietätslösung	406
d) Zusammenfassung: Haftung und Haftungsbeschränkung für Neuerbindlichkeiten	407
5. Gesamtwürdigung: Die „Dauererbengemeinschaft“ im System der §§ 2038 bis 2041	408
IV. Das Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern	411
1. Systematische Grundlagen	411
2. Die Regelung der §§ 2058 ff.	413
a) Die Systematik	413
aa) Problemstellung	413
bb) Gesamtschuld und Teilschuld	414
cc) Haftung und Haftungsbeschränkung	415
(1) Die Haftung des Gesamthandsvermögens	415
(a) Die Gesamthands- und Gesamtschuldklage	415
(b) Zur Problematik der „Gesamthandsschuld“	417
(2) Die Haftung der Erbeneigenvermögen vor der Teilung.	419
(3) Die Haftung der Erbeneigenvermögen nach der Teilung.	422
dd) Zwischenbilanz	422
b) Zur Reichweite des § 2059 Abs. 1 S. 1	423
aa) ratio	423

bb) Zum Begriff der Teilung	427
(1) Der Ausgangspunkt	427
(2) Das Problem der Teilauseinandersetzung	427
(3) Teilung bei Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen	430
(a) Problemstellung	430
(b) Der Meinungsstand	431
(c) Stellungnahme	435
(4) Teilung bei Auflösung des Gesamthandsvermögens im Wege der Schuldentilgung und Zwangsvollstreckung	437
(5) Ergebnis: Teilung als Auflösung des Gesamthands- vermögens	440
cc) § 2059 Abs.1 S. 1 als Kompensation der gesamt- händerischen Bindung des Nachlasses	442
c) Zusammenfassende Würdigung der §§ 2058 ff.	443
3. Zur Reichweite der §§ 1975 ff.	445
a) Gesetzliche Ausgangssituation und Problemstellung	445
b) Meinungsstand	446
c) Stellungnahme	450
aa) Die Grundlagen	450
bb) Ersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe und Wertminderung	450
cc) Rechtsgeschäftlicher Neuerwerb und Surrogation	451
dd) Schuld und Haftung	454
(1) Der Ausgangspunkt	454
(2) Die Bedeutung des § 2041	454
(3) Die Bedeutung des § 2038	456
d) Zusammenfassung	457
V. Dauererbengemeinschaft und beschränkbare Erbenhaftung	459
§ 8 Nachlaßsonderung aufgrund Miterbengemeinschaft (II): Zur Zulässigkeit einer „unternehmenstragenden Erbengemeinschaft mbH“	464
I. Der Meinungsstand	464
1. Zur Zulässigkeit der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft	464
a) Der Ausgangspunkt	464
b) Die Konzeption von <i>Fischer</i>	465
c) BGHZ 92, 259	467
d) Die Reaktion des Schrifttums	469
aa) Verlagerung der wissenschaftlichen Beweislast	469
bb) Praktisches Bedürfnis nach einer von der OHG verschiedenen Rechtsform	471
cc) Unternehmenstragende Erbengemeinschaft und Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen	472

e) Neuformulierung der Problemstellung: Lückenfüllung durch Rechtsfortbildung	475
2. Die Rechtsfortbildungsprogramme	477
a) Überleitung des Unternehmens auf eine Personengesellschaft ...	477
b) Entwicklung einer unternehmenstragenden Erbengemeinschaft eigener Art	479
c) Erbrechtliche Lösung: Vorrang der §§ 2032 ff.	481
aa) Der Ausgangspunkt.	481
bb) Teilrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft.	482
cc) Geschäftsführung und Vertretung	483
dd) Rechtsgeschäftlicher Neuerwerb und Surrogation	487
ee) Schuld und Haftung	488
d) „Unternehmenstragende Erbengemeinschaft mbH“ kraft Firmenfortführung (<i>Canaris</i>)	491
3. Vorentscheidung gegen eine „erbrechtliche Lösung“	494
II. Eigene Auffassung	498
1. Die gesetzliche Ausgangssituation	498
a) Das Rechtsverhältnis der Erben untereinander: Die erste Gesetzeslücke	498
b) Das Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern	499
aa) Entwicklung des Betriebsvermögens und Zuordnung der unternehmerischen Chancen	499
bb) Die Entwicklung der Nachlaßverbindlichkeiten und die Zuordnung des unternehmerischen Risikos	500
cc) Die zweite Gesetzeslücke	502
c) Das Zusammentreffen der beiden Gesetzeslücken	504
2. Modelle der Lückenfüllung.	505
a) Kompensation durch Zuordnung der unternehmerischen Chancen?	505
b) Überleitung des Unternehmens auf eine Personengesellschaft ...	506
c) Ausgliederung des Unternehmens aus dem Nachlaß (nur) als Liquidationsmasse	510
d) Kompensation durch unbeschränkte Haftung des Erben	512
e) Noch einmal das Problem der Systemfortbildung	513
3. Die „unternehmenstragende Erbengemeinschaft mbH“ als Erweiterung des handelsrechtlichen Gestaltungsspielraums? .	516
III. Zusammenfassung	516
§ 9 Ausblick: Schuld und Haftung in der BGB-Gesellschaft	520
I. Zum Diskussionsstand	520
II. Elemente der Modellbildung	522

1. Problemstruktur	522
a) <i>Prämisse</i> : Rechtssubjektivität nur der Gesellschafter	522
b) <i>Prämisse</i> : Rechtssubjektive Verselbständigung der Gesellschaft ..	524
aa) Veränderung der Problemstellung	524
bb) Die Doppelverpflichtungstheorie	524
(1) Die Problemstellung	524
(2) Der Rechtsscheinsansatz (<i>Ulmer</i>)	525
(3) Die immanenten Grenzen des Rechtsscheinsansatzes	527
(4) Die Perspektive einer „unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft mbH“	529
(5) Vermeidungsstrategien	530
(6) Zwischenbilanz	532
cc) Die Akzessorietätstheorie	533
c) Zwischenergebnis: Zur Austauschbarkeit der Prämissen	534
2. Anforderungen an eine Haftungsbeschränkungsvereinbarung	535
a) Identität von Zerstörung des Rechtsscheins und Haftungs- beschränkungsvereinbarung?	535
b) Zum rechtsgeschäftlichen Erklärungswert eines auf Haftungs- beschränkung hinweisenden Namenszusatzes	537
c) Die Wertung des § 9 AGBG	539
3. Die Schuld- und Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft als Rechtfortbildungsproblem	541
a) Neuformulierung der Problemstellung	541
aa) Die aktuelle Fragestellung	541
bb) Die gesetzliche Ausgangslage	542
cc) Begründungsbedürftigkeit der Doppelverpflichtungstheorie	544
b) Gläubigerschutz durch gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens?	547
c) Schutzwürdige Interessen der Gesellschafter an einer einseitigen Haftungsbeschränkungsmöglichkeit?	550
III. Ergebnis: Rechtssubjektive Verselbständigung der unter- nehmenstragenden BGB-Gesellschaft als unvollständiges Rechtsfortbildungsprogramm	553
§ 10 Ergebnis	555
Literaturverzeichnis	565
Sachverzeichnis	577

§ 1 Anlaß, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung

Thema dieser Arbeit ist die These von der „Erweiterung handelsrechtlicher Handlungsspielräume durch Anerkennung besonderer Möglichkeiten legaler Haftungsbeschränkung“¹ ohne Gründung einer juristischen Person und außerhalb des Rechts der Personengesellschaften des HGB. Seit einiger Zeit zeichnet sich eine deutliche Tendenz ab, bei der BGB-Gesellschaft,² der Erbengemeinschaft³ und der Verwaltungstreuhand⁴ eine *unternehmerische Betätigung mit beschränkter Haftung, aber ohne objektiven Gläubigerschutz durch Kapital-sicherung*, anzuerkennen, sofern nur ein ausreichender *subjektiver* Gläubigerschutz kraft Information sichergestellt ist.⁵ Auch die von der herrschenden Meinung bisher abgelehnte echte Testamentsvollstreckung an Unternehmen findet in *Canaris*⁶ und *Muscheler*⁷ neuerdings wieder gewichtige Befürworter. Vor diesem Hintergrund wird teilweise der Eindruck erweckt, es gebe bereits jetzt eine breite, „liberale“ Grauzone bequemer Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten zwischen der harten unbeschränkten Kaufmannshaftung und dem straffen Korsett des Kapitalgesellschaftsrechts mit seinem ausdifferenzierten System der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung.⁸

Die inzwischen weit verbreitete Neigung, ein „Wirtschaften mit beschränktem Risiko“ allein schon im Hinblick auf eine ausreichende „Warnung“ des Ge-

¹ *Canaris*, Handelsrecht, § 9 II 3, 155 bezüglich der echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen sowie der „unternehmenstragenden Erbengemeinschaft mit beschränkter Haftung“.

² Grundlegend *MüKo-Ulmer*, § 714 Rn. 23 ff.; siehe im übrigen hier nur *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, Teil 1 A Rn. 101 ff., Teil 3 Rn. 1 ff.; *Hadding*, FS Rittner, 133; *Habersack*, JuS 1993, 1; *Heermann*, BB 1994, 2421.

³ Siehe insbesondere *Canaris*, Handelsrecht, § 9 I, 144 ff.; ebenso *Muscheler*, 414; offensichtlich auch *Brox*, § 44 I, Rn. 745.

⁴ Siehe insbesondere *Canaris*, Handelsrecht, § 9 II 2, 154, unter Berufung auf *Coing*, Treuhand, 174; zum „Konkursverwalter als Unternehmer mit beschränkter Haftung“ siehe S. 238 ff..

⁵ Besonders ausgeprägt *Canaris*, Handelsrecht, § 9, 144 ff., 153 ff. für das Unternehmen im Erbgang; siehe aber etwa auch *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, Teil 3 Rn. 4; *Hobensee*, 138; aufschlußreich für diesen Problemzusammenhang ist die Kontroverse zwischen *Michael Lehmann*, ZGR 1986, 345 und *G. H. Roth*, ZGR 1986, 371.

⁶ *Canaris*, Handelsrecht, § 9 II, 153 ff.

⁷ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 285 ff.; ihm aus der Sicht der Praxis zustimmend etwa *Winkler*, FS Schippel, 519.

⁸ So etwa *Muscheler*, insbesondere 395 ff.

schäftsverkehrs durch bloße *Information* über Haftungsbeschränkungen zuzulassen, steht in auffälligem Gegensatz zu den Bemühungen, im *Kapitalgesellschaftsrecht* den Gläubigerschutz im Wege der objektiven Kapitalsicherung noch zu verstärken. Beispielhaft seien hier nur die Problemfelder „verschleierte Sacheinlage“⁹ und „materielle Kapitalausstattung“¹⁰ genannt. Auch die Ansätze zu einer Verschärfung und Effektivierung der Organhaftung¹¹ zielen letztlich auf den Schutz der Gläubigerinteressen. In diesen Zusammenhang gehören aber vor allem auch die neuesten Entwicklungen im Bereich der Vor-GmbH. Im Anschluß an *Flume*¹² und *Stimpel*¹³ setzt sich insoweit die Auffassung durch, daß das typische unternehmerische Risiko, durch wirtschaftliche Betätigung am Markt Verluste zu erleiden, de lege lata nur dann den Gläubigern zugeschoben werden kann, wenn ihnen ein gesicherter und präventiv kontrollierter Haftungsfond zur Verfügung steht und die Haftungsbeschränkung im Handelsregister publiziert ist.¹⁴ Sie ist durch den BGH in seiner Entscheidung vom 27. 1. 1997 eindrucksvoll bestätigt worden.¹⁵

Dennoch werden die geschilderten Haftungsbeschränkungstendenzen von den Vertretern des klassischen Handels- und Gesellschaftsrechts bisher ganz überwiegend nicht wahrgenommen oder jedenfalls nicht als ernsthaftes Problem angesehen. Diese Einstellung mag damit zusammenhängen, daß die Entwicklungen bisher nur Randbereiche unternehmerischer Betätigung betreffen. Dies ändert freilich nichts an ihrer Brisanz: Sie unterminieren schleichend die *Autorität des geltenden Systems der Kapitalsicherung*. Da sie die Anforderungen, die das Kapitalgesellschaftsrecht an ein „Wirtschaften mit beschränktem Risiko“ stellt, für Teilbereiche unternehmerischer Betätigung unterlaufen, werfen sie zwangsläufig die allgemeine Frage nach der Verzichtbarkeit dieser Anforderungen auf. Wie schnell das geltende Gläubigerschutzsystem aufgrund solcher Erosionen in Randbereichen unter erheblichen Legitimationsdruck geraten kann, belegt etwa die Forderung des DIHT, als neue, innovative Rechtsformen für den Mittelstand den „Einzelkaufmann-mbH“ und „die Kommanditgesellschaft-mbH“ kraft einfacher Registrierung einzuführen.¹⁶

⁹ Vgl. dazu die Darstellung in *Baumbach/G. Hueck*, § 19 Rn. 30 ff. m.w.N.

¹⁰ Siehe nur *Lutter/Hommelhoff*, § 13 Rn. 12 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 4, 247 ff.

¹¹ Dazu umfassend *Hachenburg/Mertens*, § 43 Rn. 110 ff.

¹² NJW 1981, 1753.

¹³ FS Fleck, 345.

¹⁴ Vgl. nur *Hachenburg/Ulmer*, § 11 Rn. 60 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, § 11 Rn. 7; *Scholz/K. Schmidt*, § 11 Rn. 78 ff.; *K. Schmidt*, ZHR 156 (1992), 93, 98, 108; *Baumbach/G. Hueck*, § 11 Rn. 20 ff.; *W. H. Roth*, ZGR 1984, 597; *Lieb*, FS Stimpel, 399; *Dreher*, DStR 1992, 33; a.A. *Jäger*, passim; zu den Vorlagebeschlüssen des BAG ZIP 1995, 1892 und des BGH ZIP 1996, 590 siehe nur *Ulmer*, ZIP 1996, 733; *K. Schmidt*, ZIP 1996, 353; *ders.*, ZIP 1996, 593; speziell zum Verhältnis von unbeschränkter Haftung und statutarischer Haftungsbeschränkung *Dauner-Lieb*, GmbH 1996, 82.

¹⁵ BGH ZIP 1997, 679, 680.

¹⁶ Vgl. Handelsblatt Nr. 130 vom 10.07.1995, S. 5.

Die Beschränkung der Haftung Minderjähriger im Sinne des „Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz – MHbeG)“¹⁷ gehört dagegen nicht in den hier interessierenden Problemzusammenhang.¹⁸ Zwar ist in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten worden, ein entsprechendes Haftungsbeschränkungsmodell zugunsten des Minderjährigen laufe auf die Einführung eines „Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung“ oder einer „OHG mit beschränkt haftendem Gesellschafter“ hinaus und sprengte daher das geltende unternehmensrechtliche Haftungssystem.¹⁹ Diese Einschätzung trägt jedoch letztlich nicht. Die Konstruktionen einer „unternehmenstragenden GbR mbH“, einer „unternehmenstragenden Erbengemeinschaft mbH“ oder einer echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen sind deshalb so problematisch, weil sie ein „Wirtschaften mit begrenztem Risiko“ im Sinne einer *Freistellung des Privatvermögens* ermöglichen. Das Vermögen des oder der Unternehmensträger wird hier – ohne Zwischenschaltung einer juristischen Person – aufgespalten in ein *haftendes Sondervermögen* und ein *Hauptvermögen*, auf das die Geschäftsgläubiger *keinen Zugriff* haben. Zu einer solch problematischen Trennung verschiedener Vermögens- und Haftungsmassen kommt es jedoch nach dem Haftungsbeschränkungsmodell des MHbeG gerade nicht. Vielmehr wird das gesamte, bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen der Haftung unterworfen. Es ermöglicht daher gerade keine Haftungsbeschränkung auf ein gegenständlich definiertes Sondervermögen, sondern lediglich eine zeitliche *Haftungszäsur*. Darin liegt zwar sicher noch immer ein gewichtiger Eingriff in die Gläubigerrechte. Das geltende unternehmensrechtliche Haftungssystem wird dadurch jedoch nicht in Frage gestellt. Aus dem MHbeG lassen sich daher keine Argumente für die geschilderten Haftungsbeschränkungstendenzen ableiten.²⁰

Ein Teilbereich der aktuellen Haftungsprobleme ist Gegenstand der Habilitationsschrift von *Reiff*. Er untersucht die „Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände“. Dabei konzentriert er sich auf die *unternehmenstragende GbR*,²¹ wobei er zwischen Sollhandels-GbR,²² minderkaufmännischer-GbR,²³ kleingewerblicher- und land- und forstwirtschaftlicher-GbR²⁴ sowie nichtgewerblicher- (freiberuflicher) GbR²⁵ unterscheidet. Er kommt – entgegen der derzeit wohl noch herrschenden Auffassung – zu dem Ergebnis, daß die Mitglieder aller nichtsrechtsfähigen unternehmenstragenden

¹⁷ BGBl 1998, 2487; Regierungsentwurf (Gesetzestext und allgemeine Begründung) abgedruckt in ZIP 1996, 935.

¹⁸ Ausführlich dazu *Dauner-Lieb*, ZIP 1996, 1818.

¹⁹ So etwa *Laum/Dylla-Krebs*, FS Vieregge, 513, 535; vgl. auch *Hüffer*, ZGR 1986, 603, 650.

²⁰ Siehe aber *Muscheler*, 364 ff., 402.

²¹ *Reiff*, 159 ff.

²² *Reiff*, 186 ff.

²³ *Reiff*, 224 ff.

²⁴ *Reiff*, 296 ff.

²⁵ *Reiff*, 321 ff.

Verbände²⁶ für die Verbandsschulden analog § 128 unbeschränkt persönlich auch mit ihrem Privatvermögen haften und zwar unabhängig von Gegenstand und Größe des betriebenen Unternehmens.²⁷ Damit sieht er seine Arbeitshypothese bestätigt, daß nach geltendem deutschen Recht der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts unter Freistellung des Privatvermögens nur in der Rechtsform einer juristischen Person möglich ist, bei der ein ausreichender Schutz der Gläubiger durch strikte Kapitalbindung gesichert ist.²⁸ Damit bekräftigt *Reiff* die Tendenzen, die bisher schon in den §§ 128 ff. HGB ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip, das Grundmodell für die Haftung in den Personengesellschaften, gesehen und dementsprechend (zumindest) für die unternehmenstragende BGB-Gesellschaft eine akzessorische Gesellschafterhaftung befürwortet haben.²⁹ Mit seinen grundsätzlichen, über die unternehmenstragende BGB-Gesellschaft hinausweisenden Thesen liegt er im Ergebnis auf der Linie der neuesten Überlegungen zur Haftungsverfassung der Vor-GmbH.³⁰

Im Mittelpunkt *dieser* Arbeit steht die Frage nach den Möglichkeiten unternehmerischer Betätigung mit beschränkter Haftung außerhalb der Organisationsformen des Kapitalgesellschaftsrechts. Sie behandelt die dogmatisch und praktisch wichtigsten Haftungsbeschränkungstendenzen und geht dementsprechend auch auf die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft ein.³¹ Zunächst legt sie den Schwerpunkt jedoch auf die *Testamentsvollstreckung an Unternehmen*³² und die sog. *unternehmenstragende Erbengemeinschaft*³³; beide, stark erbrechtlich geprägten, bisher nicht im Zusammenhang der verschiedenen Haftungsbeschränkungstendenzen erörterten Problemfelder sind von besonders hohem Interesse.³⁴ Zunächst stellt sich auf der unternehmensrechtlichen Ebene die Haftungsfrage noch sehr viel dramatischer als bei der BGB-Gesellschaft. Die Haftungsbeschränkungstendenzen betreffen dort in erster Linie unternehmerische Aktivitäten auf kaufmännischem Niveau und berühren damit die Grundlagen des Handels- und Gesellschaftsrechts. Durch die Anerkennung einer echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen oder einer „Erbengemeinschaft mbH“ eröffnet sich die brisante Perspektive der *Führung eines*

²⁶ Zu seinem Begriff der Nichtrechtsfähigkeit siehe *Reiff*, 32 f.; er versteht darunter alle nicht als juristische Person verfaßten Verbände, mögen sie auch rechtssubjektiv verselbständigt und damit teilrechtsfähig sein, wie § 124 HGB dies für OHG und KG ausdrücklich anerkennt. Zu seinem Verbandsbegriff siehe *Reiff*, 19 ff., 25 ff.

²⁷ *Reiff*, 345 ff.

²⁸ *Reiff*, 3, 347 f.

²⁹ Siehe hier nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 60 III, 1784 ff.; § 8 III, 203 ff.; *Timm*, NJW 1995, 3209; *Schwark*, FS Heinsius, 753; *G. H. Roth*, ZHR 155 (1991), 24, 38 ff.

³⁰ Die werdende juristische Person wurde von ihm wegen ihrer „zeitlich begrenzten Aufgabenstellung“ allerdings bewußt ausgeklammert; siehe *Reiff*, 33 ff.

³¹ Dazu § 9.

³² Siehe §§ 5, 6.

³³ Siehe §§ 7, 8.

³⁴ Sie werden von *Reiff*, 25 ff., ausgeklammert.

Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung.³⁵ Die Frage nach der Tragfähigkeit entsprechender Konstruktionen ist auch praktisch außerordentlich bedeutsam. Angesichts des enormen Anwachsens der in den nächsten Jahren und Jahrzehnten zu vererbenden Unternehmen wird die Aufgabe einer harmonischen Verzahnung von Erbrecht und Unternehmensrecht immer drängender.³⁶ Eine sinnvolle Beratung über die Gestaltung der Unternehmensnachfolge setzt Klarheit über die haftungsrechtlichen Folgen der verschiedenen erbrechtlichen Optionen voraus.³⁷ Zu recht finden daher die Testamentsvollstreckung an Unternehmen³⁸ und die unternehmenstragende Erbengemeinschaft³⁹ im Schrifttum verstärkt Aufmerksamkeit. Besonderes Gewicht kommt dabei der Habilitationsschrift von *Muscheler* zu, der erstmals „Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung“ zum Gegenstand einer systematischen und umfassenden Analyse gemacht hat. Er stellt im Anschluß an Überlegungen von *Baur*⁴⁰ die provozierende These auf, bei der Testamentsvollstreckung sei der im Erbfall vorhandene Nachlaß einschließlich eines Unternehmensvermögens in vergleichbarer Weise geschützt wie das Grundkapital bei den Kapitalgesellschaften⁴¹ und leitet daraus die – wie sich zeigen wird dennoch unhaltbare – Zulässigkeit der echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen ab.⁴²

Die Kontroverse über die Zulässigkeit einer echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen und die Diskussion über die unternehmenstragende Erbengemeinschaft weisen in ihrer Argumentationsstruktur eine auffällige Ähnlichkeit auf. Die Wurzel der Probleme wird gleichermaßen ganz überwiegend in einem Spannungsverhältnis zwischen den erbrechtlichen Regelungen und handels- und gesellschaftsrechtlichen Prinzipien und damit einer *fehlenden Harmonisierung zwischen Erbrecht und Unternehmensrecht* gesehen: Gegner wie Befürworter einer Dauervollstreckung an Unternehmen gehen so gut wie einmütig von der gemeinsamen Prämisse aus, daß die sog. echte Testamentsvollstreckung *vollkommen erbrechtskonform*, jedoch *handelsrechtlich bedenklich* ist. Entsprechend erfolgt die Verteilung der wissenschaftlichen „Beweis“-Last⁴³ zugunsten des Instituts der Testamentsvollstreckung. Seine Gegner sollen die Einschränkung der §§ 2197 ff. begründen und dabei die Unvereinbarkeit der auf den Nachlaß beschränkbaren Erbenhaftung mit zwingenden unterneh-

³⁵ Grundlegend und richtungsweisend nach wie vor RGZ 132, 138.

³⁶ Zu den neuesten Entwicklungen im Bereich der Sondervererbung von Gesellschaftanteilen siehe zuletzt *Ulmer/Schäfer*, ZHR 160 (1996), 413; ausführlich dazu S. 430 ff.

³⁷ Vgl. etwa *Langenfeld*, NJW 1996, 2601, 2603.

³⁸ Siehe nur die Monographien von *Muscheler*, *Lorz* und *Offergeld*; vgl. aus der Sicht der Praxis auch *Brandner*, FS Stimpel, 991; *Winkler*, FS Schippel, 519.

³⁹ Siehe nur die Monographien von *Hohensee* und *Hahn*; vgl. auch *Fischer*, ZHR 144 (1980), 1; *Hüffer*, ZGR 1986, 603; *M. Wolf*, AcP 181 (1981), 480; *Strothmann*, ZIP 1985, 969; *K. Schmidt*, NJW 1985, 2785; *MüKo-HGB/Lieb*, § 27 Rn. 61 ff.

⁴⁰ *F. Baur*, FS Dölle, 249.

⁴¹ *Muscheler*, 397 ff.

⁴² Siehe dazu ausführlich S. 291 ff.

⁴³ Zur Kategorie der Begründungslast siehe *Krebs*, AcP 195 (1995), 171.

mensrechtlichen Prinzipien nachweisen müssen. Dies fällt ihnen keineswegs leicht. Ein Grundsatz unbeschränkter Kaufmannshaftung ist an keiner Stelle im Gesetz festgeschrieben. Die Vermutung, daß er in der Entstehungszeit von HGB und BGB völlig selbstverständlich und deshalb für den Gesetzgeber kein Thema war, liegt zwar schon angesichts der seinerzeit weit verbreiteten Entrüstung über die Einführung der GmbH⁴⁴ nahe. Eine entsprechende, rechtshistorischen Anforderungen genügende Beweisführung ist jedoch kaum zu leisten. Solange über Grundwertungen Konsens besteht, werden sie nicht artikuliert und erst recht nicht kodifiziert.

Die Argumentation im Hinblick auf die unternehmenstragende Erbengemeinschaft verläuft in entsprechenden Bahnen. Aus der Tatsache, daß die §§ 2032 ff. nicht zwischen normalen Nachlaßgegenständen und Unternehmen differenzieren, wird gefolgert, daß der Gesetzgeber die Erbengemeinschaft bewußt als zusätzliche Organisationsform für eine unternehmerische Betätigung neben die klassischen Organisationstypen des Gesellschaftsrechts gestellt habe, mit der Folge, daß der *numerus clausus* der Gesellschaftsformen nicht greife.⁴⁵ Infolgedessen sei es verfehlt zu prüfen, ob sich aus dem Gesetz eine besondere Rechtfertigung für die Fortführung eines Handelsgeschäfts in der Form einer Erbengemeinschaft ergebe; angesichts der auch für den Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts grundsätzlich maßgeblichen §§ 2032 ff. müsse die Frage vielmehr umgekehrt lauten, ob sich aus dem Gesetz eine Einschränkung ableiten lasse.⁴⁶ Damit verengt sich die Problemstellung auch insoweit auf den (schwer zu führenden) Nachweis ungeschriebener Grundsätze des Unternehmensrechts. Vor dem Hintergrund dieser Sicht erstaunt es nicht, daß sich die Diskussion auf beiden Problemfeldern weitgehend auf die unternehmensrechtlichen Aspekte konzentriert, dagegen den erbrechtlichen Unterbau weitgehend ausgeblendet hat. Die *entscheidenden*, zunächst *erbrechtlichen Vorfragen* nach der rechtlichen Erfassung von Veränderungen des Erblasservermögens zwischen Erbfall und amtlicher Nachlaßliquidation zwecks Haftungsbeschränkung werden gar nicht behandelt oder jedenfalls nicht systematisch aufgearbeitet.⁴⁷

Der Schlüssel zu den Problemen der Testamentsvollstreckung an Unternehmen und der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft liegt jedoch – weit im Vorfeld aller unternehmensrechtlichen Bedenken – gerade in diesem, bisher ganz überwiegend vernachlässigten, *erbrechtlichen Unterbau* mit seinem fast undurchdringlichen und daher aus der unternehmensrechtlichen Perspektive abschreckenden Normengestrüpp. Die allgemein zugrundegelegte Prämisse,

⁴⁴ Siehe dazu ausführlich Schubert, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1; vgl. auch Limbach, GmbHR 1967, 71.

⁴⁵ Siehe hier nur Canaris, Handelsrecht, § 9 I 1, 145 sowie die berühmte Entscheidung BGHZ 92, 259.

⁴⁶ Besonders deutlich und repräsentativ Strothmann, ZIP 1985, 969, 972; Hohensee 37 f.

⁴⁷ Eine Ausnahme bildet die Arbeit von Muscheler im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung.

entsprechende Konstruktionen seien vollkommen erbrechtskonform, nur eben unternehmensrechtlich problematisch, hält einer genaueren Überprüfung nicht stand. Von einer klaren und in ihren Konsequenzen durchdachten, gesetzgeberischen Entscheidung, den handelsrechtlichen Gestaltungsspielraum um „besondere Möglichkeiten legaler Haftungsbeschränkung“⁴⁸ zu erweitern, kann nicht die Rede sein: So hat der Gesetzgeber zwar die Möglichkeit einer Dauervollstreckung ausdrücklich im Gesetz vorgesehen (§ 2209). Er hat es jedoch versäumt, das Institut der Dauervollstreckung – eine späte Konzession an deutsch-rechtliche Forderungen –⁴⁹ in das System der beschränkbarer Erbenhaftung einzufügen. Es ist das Verdienst von *Muscheler*⁵⁰, erstmals (insoweit überzeugend) herausgearbeitet zu haben, daß das Erbrecht an der Schnittstelle zwischen Dauervollstreckung und beschränkbarer Erbenhaftung eine Lücke, genauer eine *Vielzahl von Lücken*, aufweist. Er setzt sich zum Ziel, die vom Gesetzgeber versäumte Arbeit nachzuholen und zwecks Ausfüllung dieser Lücken mit den „Mitteln der Dogmatik“ eine stimmige erbrechtliche Haftungsordnung für die Dauervollstreckung zu entwickeln, die auch handelsrechtlichen Anforderungen standhält.

Auch der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft fehlt eine tragfähige bürgerlich-rechtliche Basis. Die §§ 2032 ff. weisen im Hinblick auf die Dauererbengemeinschaft Lücken auf. Der Gesetzgeber hat zwar die Möglichkeit einer dauerhaften Aufrechterhaltung der Erbengemeinschaft ausdrücklich anerkannt (§§ 2038 Abs. 2 S. 3, 2044 Abs. 1), jedoch nicht gleichzeitig für eine entsprechende Handlungsorganisation und Haftungsverfassung gesorgt, die eine langfristige und effektive Vermögensverwaltung in ungeteilter Erbengemeinschaft ermöglichen würde. Der Ausbau der Erbengemeinschaft zu einer schlagkräftigen und „verkehrsfähigen“⁵¹ Aktionseinheit, der geradezu zwangsläufig zu einer rechtssubjektiven Selbstständigkeit und damit einer Annäherung an die Organisationsformen des Personengesellschaftsrechts führen würde,⁵² ist keine Frage der Auslegung und Korrektur einzelner Normen, sondern läßt sich nur im Wege einer *tiefgreifenden Systemfortbildung der §§ 2032 ff.* erreichen.⁵³

Damit setzt die Anerkennung der echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen und der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft bereits auf der bürgerlich-rechtlichen Ebene der einschlägigen Normenkomplexe erhebliche

⁴⁸ Noch einmal *Canaris*, Handelsrecht, § 9 II 3, 155.

⁴⁹ Siehe dazu ausführlich *Muscheler*, 45 ff.; *Holzhauser*, 43 ff., 51.

⁵⁰ *Muscheler*, 95 ff., 117 ff., 173 ff.

⁵¹ MüKo-HGB/*Lieb*, § 27 Rn. 79.

⁵² Siehe hier nur den Vorstoß von *Grunewald*, AcP 197 (1997), 305.

⁵³ Dies gilt letztlich wohl auch für den haftungsrechtlichen Ausbau der Dauervollstreckung, etwa im Sinne des Lösungsvorschlags von *Muscheler*; seine Selbsteinschätzung, bei den von ihm vorgeschlagenen *Korrekturen* handle es sich (nur) um Analogien und teleologische Reduktionen (*Muscheler*, 4), überzeugt letztlich nicht; angesichts der Vielzahl der Eingriffe und ihrer Tragweite ist davon auszugehen, daß die Grenze zu einer rechtsfortbildenden Weiterentwicklung des Normensystems der §§ 2197 ff. bereits überschritten ist.

rechtsschöpferische Aktivitäten voraus. Dieser Weg ist allerdings nicht zwingend. Man kann auf die Lücken des Gesetzes im Hinblick auf Dauervollstreckung und Dauererbgemeinschaft auch in der Weise reagieren, daß man den Anwendungsbereich dieser Institute durch restriktive Handhabung der wenigen Regelungsansätze zurückdrängt und damit insoweit die Ausstrahlungen des Erbrechts tendenziell auf eine überschaubare Übergangszeit von wenigen Monaten begrenzt, die *Boehmer* so treffend mit dem Schlagwort „zwischen zwei Rechtsleben“ gekennzeichnet hat.⁵⁴ Diese Alternative⁵⁵ ist schon deshalb erwägenswert, weil durchaus zweifelhaft erscheint, ob die Motive, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, eine „Verewigung des Nachlasses als Sondervermögen“ zu ermöglichen, angesichts der inzwischen erfolgten, tiefgreifenden wirtschaftlichen und sozialen Umwälzungen heute noch tragfähig sind. So wird etwa dafür plädiert, die Dauervollstreckung im Hinblick auf ihre oftmals entrechtende und bevormundende Wirkung *de lege ferenda* zu überdenken und *de lege lata* restriktiv zu handhaben.⁵⁶ Bei entsprechender Weichenstellung wäre dann freilich der Fortführung eines Unternehmens in der „besonderen Organisationsform“ eines erbrechtlichen Sondervermögens bereits die notwendige bürgerlich-rechtliche Grundlage entzogen.

Damit ist die *erbrechtliche* Dimension des Themas noch keineswegs erschöpft. Die *unternehmensrechtlich* so problematischen Haftungsbeschränkungstendenzen werden letztlich überhaupt nicht unmittelbar aus den (lückenhaften) Regelungen der Testamentsvollstreckung oder der Erbgemeinschaft abgeleitet, sondern aus dem *System der beschränkbaren Erbenhaftung* in Kombination mit der rechtsgeschäftlichen Figur der „konkludenten Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß“.⁵⁷ Ob die einschlägigen Haftungsbeschränkungsregelungen der §§ 1975 ff. BGB, 780 ff. ZPO, 214 ff. KO⁵⁸ ohne weiteres auf die Fortführung eines ererbten *Unternehmens* Anwendung finden können, erscheint jedoch schon für den *normalen*, nicht der Testamentsvollstreckung unterworfenen *Alleinerben* zweifelhaft. *Reuter*⁵⁹ hat bereits 1971 die bahnbrechende These aufgestellt, daß der Ausgleichsmechanismus der §§ 1978 - 1980 im Hinblick auf die Eigenart unternehmerischer Tätigkeit, der „fehlenden Normierbarkeit richtigen unternehmerischen Handelns“,⁶⁰ versagt und zu einer Belastung der Nachlaßgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko führt, die mit dem teleologischen Leitbild der §§ 1975 ff. unvereinbar ist. Seine, bis heute nicht ausreichend gewürdigten Gedankengänge legen den Schluß nahe, daß das

⁵⁴ *Boehmer*, RG-Festgabe Bd. III, 216, 261 ff.

⁵⁵ So auch *Muscheler*, 3 f.

⁵⁶ *Offergeld*, 214 ff., 229.

⁵⁷ Meist unter Berufung auf RGZ 146, 343 und BGH WM 1968, 798; für eine konkludente Haftungsbeschränkung auf das jeweils zum Unternehmen gehörende Vermögen *Canaris*, Handelsrecht, § 9 I 2 c, 148.

⁵⁸ Siehe den Überblick bei *Harder*, Grundzüge, 132 ff.

⁵⁹ *Reuter*, ZHR 135 (1971), 511.

⁶⁰ *Reuter*, ZHR 135 (1971), 511, 522; dazu S. 20 ff.

Erbrecht im Hinblick auf die Interessen der Nachlaßgläubiger bei Fortführung eines Unternehmens eine *weitere Lücke* aufweist.⁶¹

Die *Wertungswidersprüche*, die sich bei einer schematischen Anwendung der §§ 1978 – 1980 auf die Unternehmensfortführung durch den Alleinerben ergeben, werden allerdings bisher kaum wahrgenommen. Die Diskussion konzentriert sich seit Jahrzehnten auf § 27 HGB⁶². Obwohl *Reuter*⁶³ sehr deutlich auf das komplizierte Zusammenspiel zwischen § 27 HGB und den §§ 1975 ff. BGB, 780 ff. ZPO, 214 ff. KO aufmerksam gemacht hat, begnügt man sich nach wie vor ganz überwiegend mit pauschalen Hinweisen auf die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung gemäß §§ 1967 ff., 1975 ff.⁶⁴ Man geht entweder davon aus, daß eine Fortführung des Unternehmens durch den Alleinerben keine spezifisch erbrechtlichen Probleme aufwirft⁶⁵ oder glaubt, diese Probleme als „rein erbrechtlich“ ausklammern zu können.⁶⁶ In dieser Ausblendung erbrechtlicher Details liegt die tiefere Ursache dafür, daß im Hinblick auf ratio und Reichweite des § 27 HGB bis heute keine Konsolidierung des Meinungsstandes zu erreichen war, sondern die Kontroverse gerade in jüngster Zeit noch einmal neue Schubkraft erhalten hat.⁶⁷

Eine gewisse Ausnahme bilden die Monographien von *Friedrich* und *Ernst*. Sie räumen zwar § 27 HGB ebenfalls eine wesentliche Rolle ein, versuchen jedoch die Brücke zwischen Handelsrecht und Erbrecht zu schlagen. Ihr zentrales Anliegen gilt dabei der Frage nach Haftung und Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten im Hinblick auf die vom Erben begründeten *neuen* Geschäftsverbindlichkeiten. Insofern weisen sie überzeugend – im Ausgangspunkt ganz auf der Linie der Ansätze von *Reuter* –⁶⁸ nach, daß die Interessen der Nachlaßgläubiger und die Haftungserwartungen der neuen Geschäftsgläubiger nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen sind, also – ganz unabhängig von der Regelung des § 27 HGB – ein Spannungsverhältnis zwischen den Schutztendenzen der §§ 1975 ff. und den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs besteht. Auch sie stoßen allerdings in ihrer Problemanalyse nicht zum Kern vor. Dies liegt daran, daß sie sich einerseits unkritisch die vor allem von *Boehmer* geprägte Lehre von der Nachlaßeigenschuld⁶⁹ zu eigen machen,

⁶¹ So auch MüKo-HGB/*Lieb*, § 27 Rn. 38 ff.

⁶² Der neueste Überblick über den Meinungsstand findet sich bei MüKo-HGB/*Lieb*, § 27 passim; vgl. auch *Baumbach/Hopt*, § 27 passim; *Staub/Hüffer*, § 27 passim.

⁶³ ZHR 135 (1971), 511.

⁶⁴ Vgl. nur *Staub/Hüffer*, § 27 Rn. 13 ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 8 IV 1 b, 265.

⁶⁵ Typisch etwa *Lange/Kuchinke*, § 5 IV, 110.

⁶⁶ Vgl. etwa *Canaris*, Handelsrecht, § 7 IV 1, 122.

⁶⁷ Siehe *Friedrich*, 44 ff.; *Hohensee*, 41 ff.; *K. Schmidt*, ZHR 157 (1993), 600; MüKo-HGB/*Lieb*, § 27 passim; *Canaris*, Handelsrecht, § 7 IV, 121 ff.

⁶⁸ *Reuter*, ZHR 135 (1971), 511.

⁶⁹ *Boehmer*, Erbfolge, 117 ff.; *ders.*, RG-Festgabe Bd. III, 216, 264; zu den äußersten Grenzen der Lehre von der Nachlaßeigenschuld siehe die richtungsweisenden Überlegungen von *Staudinger/Marotzke*, § 1967 Rn. 39 ff.

andererseits das Problem der Entwicklung der Unternehmensaktiva und ihrer Zuordnung weitgehend vernachlässigen.

Die nach dem derzeitigen Diskussionsstand für die Probleme der Unternehmensfortführung *durch den Alleinerben* ernsthaft in Betracht kommenden Lösungsmodelle laufen darauf hinaus, die Ausstrahlungen des Systems der beschränkbaren Erbenhaftung zeitlich im Sinne des § 27 Abs. 2 HGB zu begrenzen und zwar im Interesse der Nachlaßgläubiger. Sie entziehen damit gleichzeitig im Hinblick auf die neuen Geschäftsgläubiger der Perspektive eines „Einzelkaufmanns mit beschränktem Risiko kraft Erbrechts“ endgültig den Boden. Für die unternehmerischen Aktivitäten des Erben wird der Zustand handelsrechtlicher Haftungsnormalität, die unbeschränkte Kaufmannshaftung für alle im Unternehmen begründeten Verbindlichkeiten, wiederhergestellt. Der Erbe wäre dann ein Einzelkaufmann wie jeder andere auch. Daraus ergeben sich freilich weitere gewichtige Bedenken gegen die Anerkennung einer echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen oder einer „unternehmenstragenden Erbengemeinschaft mbH“. Es erscheint nicht gerechtfertigt, irgendeine Gläubigergruppe besser oder schlechter zu stellen, nur weil Testamentsvollstreckung angeordnet ist oder mehrere Erben vorhanden sind. So geht auch *Muscheler* von der „grundlegenden Wertung“⁷⁰ aus, daß die Erbenselbstverwaltung den Maßstab für die Behandlung der Nachlaßgläubiger bilden muß.⁷¹

Vor dem Hintergrund dieser Problemskizze erklärt sich ohne weiteres der *Gang der Untersuchung*. Zunächst erfolgt eine *Annäherung an die Grundbegriffe* Unternehmen und unternehmerische Tätigkeit, Schuld, Haftung und Haftungsbegrenzung sowie Sondervermögen.⁷² In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf einzugehen, daß unternehmerische Entscheidungen wegen ihrer Ausrichtung auf die Zukunft und deren Komplexität nur begrenzt justizierbar sind. Herauszuarbeiten ist weiterhin die Unterscheidung zwischen Haftungsbegrenzung im Sinne einer Begrenzung der Schuld und einer Beschränkung der Haftung für eine bestimmte Schuld auf einzelne Gegenstände oder Teile des Vermögens, genauer auf ein vom Hauptvermögen des Schuldners getrenntes Sondervermögen. Zu thematisieren ist auch die Abgrenzung zwischen rechtsgeschäftlicher und statutarischer Haftungsbeschränkung. Schließlich ist zu zeigen, daß der aus der Mode gekommene und als unergiebig geltende⁷³ Begriff des *Sondervermögens* im Lichte haftungsrechtlicher Fragestellungen einen Schlüssel zum Verständnis der verschiedenen Einzelprobleme, vor allem aber auch zu ihrer Systematisierung bietet und damit die notwendige Querschnittsanalyse erheblich erleichtert.

⁷⁰ *Muscheler*, 8 ff.

⁷¹ *Muscheler*, 11 f.

⁷² Siehe § 2.

⁷³ Vgl. etwa *Staudinger/Marotzke*, § 1922, Rn. 95; eine Ausnahme bilden die Überlegungen von *Ulmer/Ibrig*, GmbHR 1988, 373.

In einem weiteren Schritt wird als zentrale Vorfrage das *geltende System der gegenständlich beschränkbaren Erbenhaftung* analysiert.⁷⁴ Im Mittelpunkt stehen dabei zunächst die bisher nicht ausreichend aufgearbeiteten, wertungsmäßigen Grundlagen, insbesondere das auf den normalen, statischen Nachlaß zugeschnittene *Leitbild der Bestandssicherung*.⁷⁵ Besondere Aufmerksamkeit wird außerdem der gerade auch für die Fortführung ererbter Unternehmen wichtigen Frage gewidmet, ob und unter welchen Voraussetzungen der oder die Erben *neue* Nachlaßverbindlichkeiten begründen können.⁷⁶ Insoweit wird derzeit so gut wie einhellig auf die *Lehre von der Nachlaßeigenschuld* verwiesen. Diese Lehre erweist sich jedoch als durchaus fragwürdig, überwindet man nur die Scheu, eine seit Jahrzehnten tradierte und verfestigte Auffassung ernsthaft auf den Prüfstand zu stellen. Als Nebenprodukt enthält diese Arbeit daher ein „Plädoyer für die Abschaffung der Nachlaßeigenschuld“.⁷⁷ Von besonderem Interesse ist schließlich die Frage, ob die ratio der §§ 1975 ff. auch einen „dinglichen Schutz“ der Nachlaßgläubiger im Erbenkonkurs abdeckt.⁷⁸ Sie ist bisher nicht systematisch aufgearbeitet worden. Dies ist eine gewichtige Ursache dafür, daß man im Hinblick auf die Unternehmensfortführung durch den Alleinerben bisher Schwierigkeiten hatte, zu systematisch stimmigen und praktisch brauchbaren Problemlösungen vorzustoßen.⁷⁹

Vor dem Hintergrund dieser, auf die erbrechtlichen Prämissen bezogenen Analyse der bürgerlich-rechtlichen Ausgangssituation erschließen sich die Besonderheiten, die sich bei der Vererbung eines einzelkaufmännischen *Unternehmens* ergeben.⁸⁰ Das zentrale Problem bildet die Verteilung des unternehmerischen Risikos, die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen den geschützten Interessen der Nachlaßgläubiger und den berechtigten Haftungserwartungen der neuen Geschäftsgläubiger. Den §§ 1978 BGB, 224 Abs. 1 Nr. 1 KO, 27 HGB läßt sich insoweit kein wertungsmäßig stimmiges und tragfähiges Konzept entnehmen. Sie sind infolgedessen im Wege der Rechtsfortbildung weiterzuentwickeln.⁸¹ Dafür bieten sich zwei ganz unterschiedliche Lösungsmodelle an. Ihnen entspricht jeweils auch eine völlig unterschiedliche Handhabung des § 27 HGB.⁸² Seine Funktion und damit auch seine Auslegung hängt also – ein weiteres wichtiges Nebenprodukt dieser Arbeit – davon ab, auf welchem Weg man die offenen erbrechtlichen Probleme lösen will.

Die Aufarbeitung der Rechts- und Haftungslage bei Unternehmensfortführung durch einen *Alleinerben* – zugleich ein Beitrag zum Unternehmen im Erb-

⁷⁴ Siehe § 3.

⁷⁵ Siehe S. 73 ff.; 93 ff.

⁷⁶ Siehe S. 115 ff.

⁷⁷ Siehe S. 142 ff.

⁷⁸ Siehe S. 73 ff.; 148 ff.

⁷⁹ Siehe S. 217 ff.

⁸⁰ Siehe § 4.

⁸¹ Siehe S. 199 ff.

⁸² Siehe S. 203 ff.

gang – schafft die Grundlage für das Herzstück der Arbeit, die Untersuchung der *Testamentsvollstreckung an Unternehmen*⁸³ und der *unternehmenstragenden Erbengemeinschaft*⁸⁴. Wegen der Komplexität der einschlägigen Normen der §§ 2197 ff. und der §§ 2032 ff., 2058 ff. ist auch insoweit jeweils zwischen der bürgerlich-rechtlichen Ausgangssituation und der spezifisch unternehmensrechtlichen Fragestellung zu unterscheiden. Im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung kommt der Auseinandersetzung mit der Konzeption von *Muscheler* besonderes Gewicht zu. Sie führt zu dem Ergebnis, daß seine Korrekturvorschläge zwar die Lücke zwischen Dauervollstreckung und beschränkbarer Erbenhaftung zu lösen vermögen, nicht dagegen die *vorgelagerte*, weitere Lücke, die das System der gegenständlich beschränkbaren Erbenhaftung im Hinblick auf den komplexen und dynamischen Nachlaßgegenstand Unternehmen aufweist.⁸⁵ Einen weiteren Schwerpunkt bildet die Darstellung der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Ersatzkonstruktionen (Vollmacht- und Treuhandlösung).⁸⁶ Zentrale Bedeutung hat jedoch vor allem die Herausarbeitung der unternehmensrechtlichen Fragwürdigkeit der sog. echten Testamentsvollstreckerlösung.⁸⁷

Im Rahmen der Analyse der *Erbengemeinschaft* ist zunächst zwischen dem Rechtsverhältnis der Erben untereinander und dem Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern zu differenzieren. Dementsprechend ist deutlich zwischen dem Nachlaß als gemeinschaftlichem Vermögen der Erben und dem Nachlaß als Liquidationsmasse zur privilegierten Befriedigung der Nachlaßgläubiger und auch zwischen der Haftung des Gesamthandsvermögens vor einer amtlichen Nachlaßliquidation und der Haftung des Nachlasses im Rahmen eines solchen Verfahrens zu unterscheiden. Nur wenn man die traditionelle Konzeption eines „einheitlichen Nachlaßbegriffs“ verabschiedet, gelangt man zu klaren Problemstellungen und stimmigen Problemlösungen.⁸⁸ Im Hinblick auf das Rechtsverhältnis der Erben untereinander ist zunächst der Inhalt der Kompetenzregelung des § 2038 sowie die Reichweite der Surrogationsnorm des § 2041 auszuloten.⁸⁹ Einen weiteren Schwerpunkt bildet die „Schuld- und Haftungsstruktur“ der Erbengemeinschaft. Dabei wird herausgearbeitet, daß die Haftungslage einerseits davon abhängt, ob man die Erbengemeinschaft rechtssubjektiv verselbständigen will, andererseits davon, welche rechtsgeschäftlichen Anforderungen man an eine konkludente Haftungsbeschränkungsvereinbarung stellt. Bei der Erörterung des Rechtsverhältnisses zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern wird ein deutlicher Akzent auf die Reichweite des § 2059 gelegt, der auch für die Problematik der Sonderverer-

⁸³ Siehe §§ 5, 6.

⁸⁴ Siehe §§ 7, 8.

⁸⁵ Siehe S. 258 ff.; 300 ff.

⁸⁶ Siehe S. 274 ff.

⁸⁷ Siehe S. 291 ff.; 314 ff.

⁸⁸ Siehe S. 344 ff.; 459 ff.

⁸⁹ Siehe S. 346 ff.; 362 ff.

bung von Gesellschaftsanteilen eine Schlüsselrolle spielt.⁹⁰ Noch wichtiger ist die Frage, ob die §§ 2041, 2038 den Nachlaßgläubigern einen Schutz bieten, der es rechtfertigt, zu ihren Lasten von den allgemeinen Regelungen der §§ 1975 ff. abzuweichen. Sie ist dahingehend zu beantworten, daß das Schutzsystem der §§ 1978 – 1980 für die Nachlaßgläubiger bei der Erbengemeinschaft ebenso unverzichtbar ist wie beim Alleinerben.⁹¹ Da dieses Schutzsystem versagt, wenn zum Nachlaß ein Unternehmen gehört,⁹² bestehen gegen die Zulässigkeit der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft aus der Sicht der Nachlaßgläubiger die gleichen erbrechtlichen Bedenken wie gegen eine schematische Anwendung der §§ 1978 – 1980 auf die Unternehmenfortführung durch den Alleinerben.⁹³ Die in Betracht kommenden Lösungsmodelle entziehen damit der Perspektive einer „unternehmenstragenden Erbengemeinschaft mbH“ bereits weitgehend die erbrechtliche Grundlage.⁹⁴ Sie widerspricht außerdem den Grundprinzipien der Rechtsgeschäftslehre und ist vor allem ebenso wie die echte Testamentsvollstreckungslösung gewichtigsten unternehmensrechtlichen Bedenken ausgesetzt.⁹⁵

In einem Ausblick wird die Brücke zur *unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft geschlagen*.⁹⁶ Insoweit zeigt sich, daß die Diskussion über die „Schuld- und Haftungsstruktur der Erbengemeinschaft“ weitgehend dem älteren Streitstand über das „Schuldmodell der BGB-Gesellschaft“ entspricht. Die rechtssubjektive Verselbständigung der BGB-Gesellschaft entspricht derzeit herrschender Auffassung. Die entscheidende Frage lautet daher, ob es legitim ist, durch Verselbständigung einer Gesamthandsgemeinschaft ein neues Rechtssubjekt zu schaffen, ohne gleichzeitig die Haftungsverfassung der Gesamthandsgesellschaften zu übernehmen, deren eigenständige Verpflichtungsfähigkeit der Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt hat. Es geht im Kern darum, ob man der Sache nach § 124 HGB ausdehnen darf, ohne gleichzeitig eine dem § 128 HGB entsprechende Haftungsregelung zu entwickeln. Diese Frage ist – im Ergebnis in Übereinstimmung mit den Vertretern einer Akzessorietätslösung und insbesondere auch den Thesen von *Reiff* – uneingeschränkt zu verneinen. Das Gesamtergebnis der Arbeit⁹⁷ lautet daher, daß es keine besonderen Möglichkeiten (einseitiger) legaler Haftungsbeschränkung gibt. Eine unternehmerische Betätigung unter einseitiger Freistellung des Eigenvermögens ist nur in der Rechtsform einer juristischen Person möglich.⁹⁸

⁹⁰ Siehe S. 430 ff.

⁹¹ Siehe S. 445 ff.

⁹² Siehe S. 199 ff.

⁹³ Siehe S. 504 f.

⁹⁴ Siehe S. 491 ff; 516.

⁹⁵ Siehe S. 516.

⁹⁶ Siehe § 9.

⁹⁷ Siehe § 10.

⁹⁸ So jetzt auch ganz eindeutig BGH ZIP 1997, 679, 680 zur Problematik der Gesellschafterhaftung bei der Vor-GmbH.

§ 2: Annäherung an die Grundbegriffe

I. Unternehmen und unternehmerische Tätigkeit

1. Das Unternehmen als Rechtsbegriff

a) Die teleologische Determinierung des Unternehmensbegriffs

Das Unternehmen wird in der Rechtswissenschaft unter ganz verschiedenen Aspekten beleuchtet.¹ Die Spannweite reicht vom „Unternehmen als Organisation“, dem Versuch einer juristischen Unternehmenstheorie auf soziologischer Basis,² über das „Unternehmen an sich“, der Konzeption eines von den Anteilseignern/Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft losgelösten, eigenständigen Unternehmensinteresses³ bis hin zu unmittelbar praktischen Ansätzen wie dem „Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs“⁴. Dabei herrscht Einigkeit, daß es einen einheitlichen Rechtsbegriff des Unternehmens nicht gibt und nicht geben kann. Der juristische Unternehmensbegriff ist in dem Sinne „*teleologisch determiniert*“⁵, daß er für die einzelnen Rechtsgebiete im Hinblick auf die konkret zu lösende Regelungsaufgabe im Lichte des jeweiligen gesetzlichen Leitbildes zu konkretisieren ist.⁶

Im *Kartellrecht* geht es etwa darum, durch Offenhaltung der Märkte die „Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen“⁷. Dementsprechend stellte schon die Begründung zum Regierungsentwurf des GWB fest, daß für die Annahme

¹ Vgl. nur die Überblicke bei K. Schmidt, Handelsrecht, § 4, 63 ff.; Gierke/Sandrock, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 13, 171 ff.; Kübler, Gesellschaftsrecht, § 5 IV, 34 ff.; siehe auch die ganz unterschiedlichen Beiträge in Lutter/Semler (Hrsg.), Rechtsgrundlagen freier Unternehmensewirtschaft; aus rechtshistorischer Sicht Conradi, Das Unternehmen im Handelsrecht.

² Thomas Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 1969; ders., ZHR 144 (1980), 206; vgl. zu diesem Blickwinkel auch Kübler, Gesellschaftsrecht, § 5 IV, 36 f.

³ Dazu umfassend aus rechtshistorischer Sicht Riechers; zum Begriff des Unternehmensinteresses siehe auch Salm, insbes. 127 ff.

⁴ Siehe nur Canaris, Handelsrecht, § 8, 127 ff.; K. Schmidt, Handelsrecht, § 6, 138 ff.; MüKo-HGB/Lieb, Anhang § 25.

⁵ K. Schmidt, Handelsrecht, § 4 I 1, 64.

⁶ K. Schmidt, Handelsrecht, § 4 I 1, 63 ff.; ders., ZGR 1980, 277; Gierke/Sandrock, § 13 I, 177; Baumbach/Hopt, Einl. vor § 1, Rn. 31 ff.; Reiff, 19 f.; Reuber, 25 ff.

⁷ BGHZ (GS) 67, 81, 84; siehe zum Schutzzweck des GWB Burkhardt, Kartellrecht, Rn. 2 ff.; Emmerich, Kartellrecht, 37 ff.

eines Unternehmens im Sinne des GWB jede wirtschaftliche Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen genüge; die Absicht der Gewinnerzielung sei ebenso unerheblich wie die Rechtsform und die Eigentumsfrage.⁸ Dem Unternehmensbegriff kommt hier eine Abgrenzungsfunktion dahingehend zu, daß der private Verbrauch, abhängige Arbeit sowie hoheitliches Handeln dem Anwendungsbereich des GWB entzogen werden.⁹ Dagegen fallen unter den funktionalen Unternehmensbegriff des BGB etwa auch die freien Berufe.¹⁰ Nach herrschender Meinung begründen auch künstlerische, sportliche oder wissenschaftliche Tätigkeiten jedenfalls dann die Unternehmenseigenschaft, wenn ihr Urheber in die wirtschaftliche Verwertung eintritt.¹¹

Im *Konzernrecht* geht es um die Verbindung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen zu einer neuen wirtschaftlichen Einheit (§ 15 AktG). Seine Regelungen zielen schwerpunktmäßig darauf ab, die Gläubiger und die außenstehenden Gesellschafter der einzelnen, abhängigen Gesellschaften davor zu schützen, daß die Muttergesellschaft zu ihren Lasten ihre Einflußmöglichkeiten im Interesse des Gesamtkonzerns oder anderer Konzerngesellschaften ausnützt.¹² Auf diesen typischen Konzernkonflikt haben Rechtsprechung und herrschende Lehre den konzernrechtlichen Unternehmensbegriff zugeschnitten:¹³ Notwendig, aber auch hinreichend für die Unternehmenseigenschaft ist danach, daß der betreffende Rechtsträger ins Gewicht fallende Einwirkungsmöglichkeiten auf mehrere wirtschaftliche Einheiten hat, so daß die Gefahr der Vernachlässigung der einen Interessenbindung zugunsten eines anderen wirtschaftlichen Engagements besteht. Eine bloße Beteiligung, auch eine Mehrheitsbeteiligung, reicht nicht aus. Andererseits ist – abweichend vom normalen Sprachgebrauch – ein eigenes Auftreten am Markt nicht erforderlich. Die reine Verwaltungsholding kann ebenso Unternehmen im Sinne des Konzernrechts sein wie der private Großaktionär, der wirtschaftliche Interessen nicht nur in einer Gesellschaft, sondern in mehreren Unternehmen maßgeblich verfolgen kann.¹⁴

Die Abhängigkeit des Unternehmensbegriffs vom Normzweck des jeweiligen Regelungszusammenhangs zeigt sich schließlich besonders plastisch bei der Auslegung des § 5 MitbestG. Obwohl § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG ausdrücklich auf § 18 AktG verweist, ist das OLG Stuttgart in Konkretisierung der h.L. nicht

⁸ BT-Drucks. II/1158, 31.

⁹ *Emmerich*, Kartellrecht, 37 ff.; *Burkhardt*, Kartellrecht, Rn. 90 ff.

¹⁰ BGHZ 42, 318, 324 f.; *Emmerich*, Kartellrecht, 40 ff.

¹¹ Siehe nur *Burkhardt*, Kartellrecht, Rn. 101.

¹² Siehe die Überblicke bei *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, § 1, 2 und 7 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 17, 493 ff.; prägnant OLG Stuttgart, BB 1989, 1005, 1006.

¹³ Siehe insbesondere BGHZ 69, 334; BGHZ 95, 330; dazu auch die Überblicke über den Diskussionsstand bei Kölner Kommentar-Koppensteiner, § 15, Rn. 6 ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Schlußanhang I: Die GmbH im Unternehmensverbund, Rn. 11; *Lutter/Hommelhoff*, Anhang § 13, Rn. 4; ausführlich und kritisch *Milde*, 9 ff.

¹⁴ BGHZ 95, 330, 337.

ohne weiteres vom konzernrechtlichen Unternehmensbegriff ausgegangen, sondern hat einen eigenen, eigenständigen *mitbestimmungsrechtlichen* Unternehmens- und Konzernbegriff zugrundegelegt.¹⁵ Es begründet diese Differenzierung überzeugend mit der unterschiedlichen Zielsetzung von Konzern- und Mitbestimmungsrecht. Im Konzernrecht sei der Unternehmensbegriff wesentlich bestimmt durch den Schutzzweck der Vorschriften über verbundene Unternehmen zugunsten von Minderheitsaktionären und der Gesellschaftsgläubiger. Dagegen sei der Normzweck des § 5 MitbestG darauf gerichtet, den Arbeitnehmern bei einer Verlagerung der Entscheidungsprozesse Mitbestimmungsrechte auch dort einzuräumen, wo die grundlegenden Entscheidungen getroffen werden. Zur Erreichung dieses Ziels, der Sicherstellung der Mitbestimmung, komme es aber nur darauf an, daß die Konzernspitze, in die die Entscheidungsprozesse verlagert sind, in einer der Rechtsformen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG organisiert sei; dagegen sei es hierfür unerheblich, ob sie auch einen eigenen Geschäftsbetrieb mit eigenen Arbeitnehmern habe, auf Gewinnerzielung gerichtet oder an anderen Gesellschaften beteiligt sei.¹⁶ Auf den typischen Konzernkonflikt kommt es also beim mitbestimmungsrechtlichen Unternehmensbegriff nicht an.

b) Der handelsrechtliche Unternehmensbegriff (K. Schmidt)

Die §§ 1 ff. HGB¹⁷ verwenden das Unternehmen als Tatbestandsmerkmal und setzen daher einen *handelsrechtlichen* Unternehmensbegriff voraus. Über seine Funktion und Bedeutung besteht seit langem heftiger Streit.¹⁸ Für K. Schmidt¹⁹ bildet das Unternehmen den „Zentralbegriff“²⁰ des Handelsrechts. Er will das Handelsrecht von einem Sonderprivatrecht für Kaufleute zu einem „Außenprivatrecht der Unternehmen“²¹ weiterentwickeln. Dabei definiert er das Unternehmen in Anknüpfung an Raisch²² als „organisierte Wirtschaftseinheit, mittels derer der Unternehmer am Markt auftritt“²³. Als konstitutive Elemente sieht er die *Selbständigkeit*, die *anbietende und entgeltliche*, rechtsgeschäftliche Tätigkeit am *Markt* sowie *Planmäßigkeit* und *Ausrichtung auf Dauer* an.²⁴

¹⁵ OLG Stuttgart, BB 1989, 1005.

¹⁶ OLG Stuttgart, BB 1989, 1005, 1006.

¹⁷ Aber etwa auch § 262 HGB; siehe dazu im Zusammenhang mit der Problematik des Unternehmensbegriffs Canaris, Handelsrecht, § 1 III 1 b, 10.

¹⁸ Vgl. Raisch, ZHR 154 (1990), 567 („Stellungskrieg“); Hopt, ZGR 1987, 145, 146 („Generaloffensive, allgemeines Sperrfeuer, Frontberichterstattung“).

¹⁹ Siehe insbes. K. Schmidt, Handelsrecht, § 4, 63 ff.; ders., JuS 1985, 249.

²⁰ K. Schmidt, Handelsrecht, § 4 I 2 b, 67.

²¹ K. Schmidt, Handelsrecht, § 4 I 2 b, 67 f.

²² Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, insbes. 119 ff.; vgl. aus neuerer Zeit auch Raisch, ZHR 154 (1990), 467; ders., FS Stimpel, 29.

²³ K. Schmidt, Handelsrecht, § 4 I 2 a, 66.

²⁴ K. Schmidt, Handelsrecht, § 4 I 2 b, 67.

Die Konzeption von *K. Schmidt* wurde bisher ganz überwiegend abgelehnt.²⁵ Die Kritiker stützten sich im wesentlichen auf zwei Argumente: Die Ablösung von Kaufmann/Handelsgewerbe durch Unternehmensträger/Unternehmen sei de lege lata nicht zulässig, weil dadurch die in den §§ 1 ff. HGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Entscheidung unterlaufen werde. Zwar könne man einzelne Normen des Handelsrechts auf Unternehmen oder, was weitgehend auf dasselbe hinauslaufe, auf „kaufmannsähnliche“ Personen analog anwenden, doch bedürfe jede Analogie einer besonderen Begründung. Demgegenüber kehre die Lehre vom Außenprivatrecht der Unternehmen die Argumentationslast in gesetzwidriger Weise um: Die Anwendbarkeit des Handelsrechts auf Unternehmer, die nicht unter die §§ 1 ff. HGB fallen, werde zur Regel und die Unabwendbarkeit zur begründungsbedürftigen Ausnahme.²⁶ Vor diesem Hintergrund seien wissenschaftliche Bemühungen um eine Vertiefung des Unternehmensbegriffs für das geltende Handelsrecht – anders als für das Konzern- und Kartellrecht – nicht sonderlich lohnend.²⁷

Neben diesem zentralen Einwand wird *K. Schmidt* vor allem entgegengehalten, sein handelsrechtlicher Unternehmensbegriff sei so konturenlos, daß er als *Rechtsbegriff* nicht handhabbar sei.²⁸ Dies überzeugt freilich nicht.²⁹ Der von *K. Schmidt* vertretene handelsrechtliche Unternehmensbegriff weist keine größeren Abgrenzungsschwierigkeiten und Unschärfen auf als der traditionelle Gewerbebegriff³⁰; er deckt lediglich zusätzlich die freien Berufe ab.³¹ Im übrigen wird die Konzeption von *K. Schmidt* rechtspolitisch insoweit bestätigt, als im Zuge der europäischen Rechtsvereinheitlichung der Unternehmer (zu Lasten des Kaufmanns) als Gegenpol zum Verbraucher und zum Arbeitnehmer zunehmend an Bedeutung gewinnt.³² In der soeben in Kraft getretenen Neufassung der §§ 1 ff. HGB³³ wird sie freilich nicht aufgegriffen.³⁴ Es ist im Gegenteil der Minderkaufmann als Rechtsbegriff eliminiert

²⁵ Siehe vor allem *Canaris*, Handelsrecht, § 1 III, 8 ff. und § 3 I 2, 30 f.; *Zöllner*, ZGR 1983, 82, 84 ff.; *Ulmer*, ZGR 1984, 313, 323 f.; ihm folgend *Habersack*, JuS 1993, 1, 3; *Bydlinksi*, 26 ff.

²⁶ Siehe insbes. *Canaris*, Handelsrecht, § 1 III 1 a, 9 f.

²⁷ *Canaris*, Handelsrecht, § 3 I 2 a, 30 f.

²⁸ Siehe etwa *Zöllner*, ZGR 1983, 82, 84; ähnlich *Ulmer*, ZGR 1984, 313, 323 f.; ihm folgend *Habersack*, JuS 1993, 1, 3; relativierend *Canaris*, Handelsrecht, § 1 III 1 b, 10 f.; vgl. auch *Bydlinksi*, 22 f.

²⁹ Zutreffend *Reiff*, 23 f.

³⁰ Siehe zu seinen Merkmalen *Staub/Brüggemann*, § 1, Rn. 5 ff.

³¹ *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 I 2 b, 67; § 4 I 3, 68 ff.; *Reiff*, 24.

³² Darauf hat im Hinblick auf die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs der sog. Sonderprivatrechte besonders *Preis*, ZHR 158 (1994), 567, 570 ff., insbes. 574, sowie 611 f. aufmerksam gemacht; ebenso im Hinblick auf die Novellierung des HGB *Krebs*, DB 1996, 2013, 2018 f.; siehe auch *Hadding*, FS Rittner, 133, 135.

³³ Entwurf und Begründung abgedruckt in ZIP 1996, 1401 ff., 1445 ff., 1485 ff.; dazu *K. Schmidt*, ZHR 161 (1997), 2; *Henssler*, ZHR 161 (1997), 13; *Krebs*, DB 1996, 2013.

³⁴ Siehe Begründung I B 1 c; ZIP 1996, 1401, 1402.

und der Kleingewerbetreibende damit jedenfalls grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des HGB herausgenommen worden.³⁵ Diese Entscheidung ist freilich durch die merkwürdige Figur einer neuen Art von Kann-Kaufmann (§ 2 n.F.) entschärft worden. Es ist jedoch zweifelhaft, ob und inwieweit sie sich durchsetzen wird.³⁶ Die freien Berufe sind ohnehin ausgeklammert geblieben.

c) Der privatrechtliche Unternehmensbegriff (Reiff)

Reiff,³⁷ der in seiner Untersuchung der „Haftungsverfassungen nicht-rechtsfähiger unternehmenstragender Verbände“ eine ähnliche Fragestellung wie die vorliegende Arbeit verfolgt,³⁸ dabei jedoch den Schwerpunkt auf die unternehmenstragende BGB-Gesellschaft legt,³⁹ nimmt zu der Frage, ob das Handelsrecht zu einem Unternehmensprivatrecht weiterentwickelt werden sollte, bewusst nicht Stellung.⁴⁰ Auch wer die Konzeption von K. Schmidt ablehne, könne die reale Existenz von nicht kaufmännischen Unternehmen nicht leugnen und müsse die Frage beantworten, wer für die unternehmensbezogenen Schulden hafte, wenn der unternehmenstragende Verband kein Kaufmann sei.⁴¹ Im Hinblick auf diese Haftungsproblematik geht Reiff von einem privatrechtlichen Unternehmensbegriff aus, der sich inhaltlich mit dem von K. Schmidt vertretenen handelsrechtlichen Unternehmensbegriff deckt, also eine *selbständige, planmäßige, auf Dauer ausgerichtete, anbietende und entgeltliche rechtsgeschäftliche Marktteilnahme voraussetzt*.⁴² Dieser Begriff des Unternehmens sei besonders geeignet, weil er sich mit dem „Begriffskern“ des Unternehmens decke und als pragmatische Begriffsbildung zur schlagwortartigen Kennzeichnung eines erweiterten Gewerbebegriffs kaum umstritten sei.⁴³

Die Definition des Unternehmens als „organisierte Wirtschaftseinheit, mittels derer der Unternehmensträger am Markt auftritt“, entspricht in der Tat dem natürlichen Sprachgebrauch und bietet sich schon deshalb als Ausgangspunkt für eine *pragmatische Begriffsbildung* an.⁴⁴ Reiff ist auch insoweit

³⁵ Siehe Begründung I B 1 f; ZIP 1996, 1401, 1403 f.

³⁶ Zur Unterscheidung zwischen Groß- und Kleinunternehmen kritisch Krebs, DB 1996, 2013, 2018 f.

³⁷ Reiff, insbes. 19 ff.

³⁸ Dazu bereits § 1.

³⁹ Dazu § 9.

⁴⁰ Reiff, 20 (Fn. 99), 22 ff.

⁴¹ Reiff, 23.

⁴² Reiff, 21 f.; ähnlich Reuber, 29 ff.; siehe auch MüKo-HGB/Lieb, Anhang § 25, Rn. 3; Staub/Hüffer, vor § 22, Rn. 6; Hadding, FS Rittner, 133, 135; vgl. auch Hopt, ZGR 1987, 145, 122 ff.

⁴³ Reiff, 22 f.; ähnlich Reuber, 28 f.; vgl. auch Baumbach/Hopt, Einl. vor § 1, Rn. 33.

⁴⁴ Baumbach/Hopt, Einl. vor § 1, Rn. 33.

zuzustimmen, daß die §§ 1 ff. HGB im Hinblick auf die Haftungsfrage keinen geeigneten Anknüpfungspunkt bieten. Diesen Regelungen läßt sich in ihrem Zusammenspiel mit den §§ 105 ff., 161 ff. HGB nur entnehmen, daß bei unternehmerischer Betätigung einer Gesellschaft auf kaufmännischem Niveau neben dem Gesellschaftsvermögen zwingend grundsätzlich alle Gesellschafter, bei der KG zumindest ein Gesellschafter, auch persönlich mit ihrem Privatvermögen haften. Die Beschränkung der Kommanditistenhaftung auf die jeweilige Haftsumme ist systematisch gesehen eine Ausnahme, die im Gläubigerinteresse durch Publizitätsanforderungen und Rückzahlungssanktionen flankiert wird.⁴⁵ Diese Wertungen sind für die vorliegende Arbeit insoweit von großer Bedeutung, als sie eindeutig gegen eine echte Testamentsvollstreckung an kaufmännischen Unternehmen⁴⁶ und gegen die Konstruktion einer kaufmännischen „unternehmenstragenden Erbengemeinschaft mbH“⁴⁷ sprechen. Im übrigen ist das HGB für die Haftungsfrage jedoch unergiebig. Insbesondere läßt sich entgegen einer verbreiteten Auffassung dem § 128 HGB nicht im Umkehrschluß entnehmen, daß im Hinblick auf die BGB-Gesellschaft im allgemeinen und die unternehmenstragende BGB-Gesellschaft im besonderen die Konstruktion einer entsprechenden, akzessorischen Gesellschafterhaftung unzulässig wäre.⁴⁸

Mit der Konkretisierung eines privatrechtlichen Unternehmensbegriffs im Sinne von *Reiff* ist freilich für sich genommen noch nicht viel gewonnen. Thema dieser Arbeit ist die Zulässigkeit einer unternehmerischen Betätigung mit beschränkter Haftung, aber ohne objektiven Gläubigerschutz durch Kapitalisierung, insbesondere in den „Organisationsformen“ der Testamentsvollstreckung, der Erbengemeinschaft sowie der BGB-Gesellschaft. Diese Problemstellung ist letztlich nur sinnvoll, wenn die *unternehmerische Betätigung* als solche Besonderheiten aufweist, die sie aus der Perspektive der Gläubiger von anderen menschlichen Aktivitäten unterscheidet und zwar unabhängig von Gegenstand und Größe des betreibenden Unternehmens⁴⁹ sowie der Rechtsform des jeweiligen Unternehmensträgers.⁵⁰ Damit stellt sich die Frage nach der *haftungsrechtlichen Eigenart* unternehmerischer Betätigung.

⁴⁵ Ausführlich *Reiff*, 37 ff., insbesondere 39 f.

⁴⁶ Dazu § 6 II.

⁴⁷ Dazu § 8 II.

⁴⁸ Dazu S. 541 ff.; daran hat sich auch nach der Novellierung der §§ 1 ff. HGB nichts geändert.

⁴⁹ Zur Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 I 3, 68 ff.

⁵⁰ Dazu den Überblick bei *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5, 88 ff.

2. Die haftungsrechtliche Eigenart unternehmerischer Betätigung

a) Einzelansätze im Schrifttum (Limbach, Reuter, Mutter)

Obwohl das Unternehmen in der Rechtswissenschaft zunehmend auf Interesse stößt⁵¹ wird die *Eigenart unternehmerischer Betätigung* kaum erörtert und jedenfalls nicht als Grundsatzproblem von Haftung und Haftungsbeschränkung thematisiert. Allerdings finden sich im Hinblick auf verschiedene Einzelfragen bemerkenswerte und durchaus verallgemeinerungsfähige Argumentationsansätze, deren Zusammenschau ein erstaunlich klares Bild ergibt.

Aufschlußreich sind zunächst die Überlegungen, die *Limbach*⁵² in der zweiten Hälfte der 60er Jahre im Hinblick auf eine Reform des GmbH-Rechts entwickelt hat.⁵³ Zwecks Verteidigung der GmbH wendet sie sich entschieden gegen das Postulat einer notwendigen Verknüpfung von Herrschaft und Haftung in dem Sinne, daß derjenige, der für Planungen und Entscheidungen eines Unternehmens verantwortlich sei, auch die damit verbundenen Risiken zu tragen habe und eine Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht infolgedessen nur insoweit zuzulassen sei, als der Kapitalgeber überhaupt nicht oder nur begrenzt für die Geschäftsführung verantwortlich sei, wie etwa der Kleinaktionär oder der Kommanditist.⁵⁴ Das Bild des Unternehmers, der die Geschicke seines Gewerbebetriebs unabhängig lenken, die mit ihm verbundenen Gefahren beherrschen und gleichberechtigt am wirtschaftlichen Wettkampf teilnehmen könne, sofern nur die staatlichen Behörden die Einhaltung der Spielregeln des Wettbewerbs garantierten, gehöre der Vergangenheit an.⁵⁵ Die ordoliberalen Vorstellung, eine unbeschränkte Haftung des Unternehmers bewirke einen vorsichtigen und verantwortungsvollen Einsatz des Kapitals, verhindere eine Konzentration von wirtschaftlicher Macht und führe zu einer positiven Auslese von Betrieben und Persönlichkeiten durch den Wettbewerb, sei ideologisches Wunschdenken⁵⁶; derjenige, der als Eigentümer oder Geschäftsführer das Schicksal des Unternehmens beeinflussen könne, sei damit nicht ohne weiteres in der Lage, die mit seinem Betrieb verbundenen Gefahren zu beherrschen. Als Begleit- und Folgerscheinungen des technischen Fortschritts sei sowohl die private Autonomie eingeschränkt als auch die Waffengleichheit der Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr vielfach aufgehoben. Der moderne Wirtschaftsapparat sei

⁵¹ Siehe etwa nur *Lutter/Semler* (Hrsg.), *Rechtsgrundlagen freiheitlicher Unternehmenswirtschaft*.

⁵² Theorie und Wirklichkeit der GmbH; siehe auch die Zusammenfassung ihrer Kernthesen in *GmbHR* 1967, 71.

⁵³ Zum damaligen Diskussionsstand etwa die Beiträge in: *GmbH-Reform*, 1970 (Hrsg. Ernst Gessler u.a.).

⁵⁴ *Limbach*, Theorie, 107 ff.; *dies.*, *GmbHR* 1967, 71, 72 ff., insbes. in Auseinandersetzung mit *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 279 ff.

⁵⁵ *Limbach*, Theorie, 116 ff.; *dies.*, *GmbHR* 1967, 71, 73.

⁵⁶ *Limbach*, Theorie, 101 ff., 116 ff.; *dies.*, *GmbHR* 1967, 71, 74; sehr viel radikaler *Wietölter* in: *Probleme der GmbH-Reform*, 11.

derart vielfältig und kompliziert, daß ihm die Unternehmer mit den herkömmlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht mehr gerecht werden könnten. Die spezialisierte Fertigungsweise enge vornehmlich die Spielräume der Kleinunternehmer ein, weil diese nicht imstande seien, die risikoreichen Geschäfte zu meiden, wenn sie überhaupt im Geschäft bleiben wollten. Die in der modernen Wirtschaft vorherrschenden Großbetriebe hätten die Tendenz, die kleinen Produktions- und Handelsunternehmen zu verdrängen. Die kleinen Unternehmer ständen den Großbetrieben und der Konzentration wirtschaftlicher Macht vor allem deshalb hilflos gegenüber, weil die Kartellgesetzgebung sie hindere, durch ihren Zusammenschluß eine Marktgegenmacht zu bilden. Die Bedrängnis des mittelständischen Unternehmertums werde also durch die das Wettbewerbsrecht beherrschende ordoliberalen Wirtschaftstheorie noch verstärkt.⁵⁷

Im Mittelpunkt der Konzeption von *Limbach* steht die *Nichtbeherrschbarkeit der Verlustrisiken*, in der sie die tiefere Ursache für die allgemeine „Flucht in die beschränkte Haftung“⁵⁸ und gleichzeitig die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Rechtfertigung für die Gesellschaftsform der GmbH, auch der Einmann-GmbH,⁵⁹ sieht. Ihre Argumentation ist freilich nur auf kleinere und mittlere Unternehmen zugeschnitten und vermittelt deutlich die Auffassung, daß Großunternehmen und Konzerne von diesem Problem nicht betroffen seien. Diese (letztlich nicht haltbare) Einschätzung erklärt sich einmal aus der rechtspolitischen Zielsetzung von *Limbach*, die Erhaltung der GmbH als Instrument der Risikobegrenzung des „kleinen Mannes, des armen Mannes“⁶⁰. Sie ist aber vor allem auch auf den damals herrschenden Zeitgeist zurückzuführen, der durch eine deutliche Skepsis gegenüber den Kräften des Marktes und vor allem gegenüber Großunternehmen, insbesondere multinationalen Konzernen (Multis), geprägt war. Insofern waren die damaligen Kritiker der „Ideologie“ der ordoliberalen Wirtschaftstheorie aus heutiger Sicht für eine ideologische Verengung ihres Blickfeldes anfällig.

Unabhängig von Unternehmensgröße und -gegenstand wird die Eigenart unternehmerischer Tätigkeit im Rahmen der *Abgrenzung von Idealverein und wirtschaftlichem Verein* (§§ 21, 22) von *Reuter*⁶¹ thematisiert. Insoweit hat sich inzwischen im Anschluß an *K. Schmidt*⁶² die Auffassung durchgesetzt, daß § 22 in erster Linie als Flankenschutz der Normativbedingungen des Handelsvereinsrechts (AG, GmbH, Genossenschaften) zu verstehen ist.⁶³ Nach dieser Konzeption soll die Konzessionspflichtigkeit des Erwerbs der Rechtsfähigkeit

⁵⁷ *Limbach*, Theorie, 97 ff., 101 ff.; *dies.*, GmbHR 1967, 71, 73 f.; dieses Problem wurde entschärft durch die Einführung von § 5 b GWB; dazu *Emmerich*, Kartellrecht, 115 ff.

⁵⁸ *Limbach*, Theorie, 101; *dies.*, GmbHR 1967, 71, 73.

⁵⁹ *Limbach*, Theorie, 120 ff.; *dies.*, GmbHR 1967, 71, 74 f.

⁶⁰ *Wietölter* in: Probleme der GmbH-Reform, 11, 18.

⁶¹ *MüKo-Reuter*, §§ 21, 22, Rn. 21 ff.

⁶² Grundlegend *K. Schmidt*, Rpfleger 1972, 286; *ders.*, Verbandszweck, 105 ff.; *ders.*, AcP 182 (1982), 1; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 23 III, 669 ff.

⁶³ Siehe nur *MüKo-Reuter*, §§ 21, 22, Rn. 4 ff.; *Soergel/Hadding*, §§ 21, 22, Rn. 24 ff.; *Staudinger/Coing*, § 21, Rn. 6 ff.; *Hemmerich*, 63 f.

durch einen wirtschaftlichen Verein verhindern, daß die materiell dem Kapitalgesellschaftsrecht oder dem Genossenschaftsrecht zugedachten Vereine sich den dort vorgesehenen Anforderungen an ihre Struktur und ihr Verhalten durch Flucht in das BGB-Vereinsrecht entziehen.⁶⁴ Trotz aller Differenzen im Detail besteht insoweit Einigkeit, daß der Volltypus des unternehmerischen Vereins, der dadurch gekennzeichnet sein soll, „daß er an einem äußeren Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet“⁶⁵, unter § 22 fällt und daher nicht in der Rechtsform des Idealvereins betrieben werden kann.⁶⁶ In diesem Zusammenhang setzt *Reuter* in seiner weit über das Vereinsrecht hinausweisenden Kommentierung die Rolle des Unternehmens in der Marktwirtschaft deutlich und grundsätzlich gegen die durch bloße Nachfrage gekennzeichnete Konsumentenrolle ab.⁶⁷ Wer lediglich nachfrage, richte sich nach eigenen Bedürfnissen und Mitteln; er plane nicht im Hinblick auf so unberechenbare, externe Einflußgrößen wie Kundengeschmack und Leistungsfähigkeit der Konkurrenz. Infolgedessen entfalle das Risiko, an das vor allem die zwingende Risikobeteiligung der Mitglieder aufgrund der Grund- bzw. Stammkapitalgarantie nach Aktien- und GmbH-Recht anknüpfe. Daher gebe es bei der nachfragenden Tätigkeit – anders als beim unternehmerischen Handeln – leistungsfähige Maßstäbe für richtiges und unrichtiges Verhalten, so daß bereits eine Schadensersatzpflicht wegen Pflichtverletzung einer vereins- und mittelbar gläubigerschädigenden Politik entgegenwirke.⁶⁸

Noch deutlicher wird der Ansatz von *Reuter* in seinen für den Gesamtzusammenhang dieser Arbeit besonders wichtigen Überlegungen zum Zusammenspiel des § 27 HGB und den §§ 1975 ff. BGB, 780 ff. ZPO, 214 ff. KO.⁶⁹ Dort leitet er aus der Nichtbeherrschbarkeit des unternehmerischen Risikos als Eigenart unternehmerischer Tätigkeit die „fehlende Normierbarkeit richtigen unternehmerischen Handelns“ und das Postulat eines „weiten unternehmerischen Ermessensspielraums“ ab.⁷⁰ Unternehmerisches Handeln sei in der Marktwirtschaft dadurch gekennzeichnet, daß es mit Verlustrisiken gekoppelte Gewinnchancen zu realisieren bestrebt sei. Die Abhängigkeit des Erfolgs von den Unwägbarkeiten des Kundengeschmacks, der Leistungsfähigkeit der Konkurrenten, den Schwankungen der Konjunktur u.ä., schließe es aus, das unternehmerische Bemühen an erlernbaren und entsprechend verbindlichen „Kunstregeln“ zu messen. Nicht selten erweise sich gerade die Wahl unorthodoxer oder sogar bisher unbekannter Mittel als die richtige, weil erfolgreiche Metho-

⁶⁴ MüKo-Reuter, §§ 21, 22, Rn. 7.

⁶⁵ K. Schmidt, Rpfleger 1972, 286, 291 ff.; ders., AcP 182 (1982), 1, 16; Soergel/Hadding, §§ 21, 22, Rn. 25; Staudinger/Coing, § 21, Rn. 8; MüKo-Reuter, §§ 21, 22, Rn. 8.

⁶⁶ Zum sog. Nebenzweckprivileg siehe MüKo-Reuter, §§ 21, 22, Rn. 17 ff.; Soergel/Hadding, §§ 21, 22, Rn. 33; Hemmerich, 78 ff.

⁶⁷ MüKo-Reuter, §§ 21, 22, Rn. 21 ff.; in Auseinandersetzung mit *Mummenhoff*, 112.

⁶⁸ MüKo-Reuter, §§ 21, 22, Rn. 22; ebenso Soergel/Hadding, §§ 21, 22, Rn. 25.

⁶⁹ Reuter, ZHR 135 (1971), 509; vgl. auch Sobich, 97 ff.; Ernst, 57 ff.

⁷⁰ Reuter, ZHR 135 (1971), 509, 521 f.

de. Der Wettbewerb verlange von dem tüchtigen Unternehmer immer neue technische und kaufmännische Leistungen, damit der zum Erfolg notwendige Leistungsvorsprung erzielt oder doch wenigstens mit dem ebenfalls Innovationen aufbringenden Konkurrenten Schritt gehalten werden könne. Die Dynamik eines solchen Wettstreits könne sogar Entscheidungen erforderlich machen, die von vornherein mit erkennbaren Unsicherheiten belastet seien, jedoch gleichwohl getroffen werden müßten, weil die verfügbare Zeit und die Undurchsichtigkeit der Marktlage keine auch nur einigermaßen fundierte Problemanalyse gestatteten.⁷¹

Die Arbeit von *Mutter*⁷² zur *Haftung des Aufsichtsrats* für unternehmerische Fehlentscheidungen⁷³ bestätigt, daß das „Prognostisch-Wagnishafte“⁷⁴ unternehmerischen Handelns – entgegen der Argumentation von *Limbach* – nicht nur oder auch nur überwiegend die Aktivitäten kleinerer oder mittlerer Unternehmen kennzeichnet, sondern ein prägendes Merkmal *jeder* unternehmerischen Betätigung ist. Sie ist deshalb von besonderem Interesse, weil *Mutter* im Hinblick auf die vielfach geforderte Effektivierung der Haftungstatbestände der §§ 116, 93 AktG umfassend die verschiedenen wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Ansätze einer Konkretisierung des Begriffs der unternehmerischen Fehlentscheidung aufarbeitet⁷⁵ und dabei auch die gedanklich vorgelagerte, allgemeine Frage nach dem „Wesen der unternehmerischen Entscheidung“⁷⁶ aufwirft. Die Bandbreite seiner Untersuchung reicht dabei von den verschiedenen Varianten der betriebswirtschaftlichen Entscheidungssphäre⁷⁷ über die Figur der „business judgement rule“ aus der US-amerikanischen Judikatur⁷⁸ bis hin zur öffentlich-rechtlichen Lehre von Beurteilungsspielraum und Ermessen.⁷⁹ Sein Ergebnis ist äußerst ernüchternd und geht in seinem sachlichen Gehalt nicht wesentlich über die Gedankengänge von *Reuter* hinaus.⁸⁰ *Mutter* definiert die unternehmerische Entscheidung als bewußte Auswahl einer unternehmerischen Handlungsmöglichkeit von besonderer wirtschaftlicher Tragweite aus mehreren Handlungsalternativen, wobei die erforderliche wirtschaftliche Bedeutung dann anzunehmen sei, wenn die so getroffene Ent-

⁷¹ *Reuter*, ZHR 135 (1971), 511, 521.

⁷² Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats für unternehmerische Fehlentscheidungen.

⁷³ Zu seiner Problemstellung und zur Funktion des Aufsichtsrats als unternehmerisches Entscheidungsorgan *Mutter*, 1 ff.; zum Ermessen des Aufsichtsrats siehe auch *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614; zum unternehmerischen Ermessen des Vorstandes etwa Kölner Kommentar-*Koppensteiner*, § 76, Rn. 10 ff.

⁷⁴ *MüKo-Reuter*, §§ 21, 22, Rn. 23.

⁷⁵ *Mutter*, 176 ff.

⁷⁶ *Mutter*, 4.

⁷⁷ *Mutter*, 182 ff., 204 f.

⁷⁸ *Mutter*, 206 ff., vor allem unter Bezugnahme auf *Merkt*, Rn. 672 ff.

⁷⁹ *Mutter*, 230 ff.

⁸⁰ Die Überlegungen von *Reuter* werden von *Mutter* überhaupt nicht zur Kenntnis genommen; dies bestätigt die hier vertretene Auffassung, daß die Eigenart unternehmerischer Tätigkeit bisher nicht als allgemeines Haftungsproblem wahrgenommen wird.

scheidung entweder nach ihrem Umfang oder Risiko von hoher Bedeutung für die Vermögens- oder Ertragslage des Unternehmens sei, oder aufgrund ihrer andauernden Gestaltungswirkung das Unternehmen so präge, daß durch diese Ausrichtung die künftige Entwicklung des Unternehmens in seiner Gesamtheit vorgezeichnet werde.⁸¹ Das wesentliche Kennzeichen dergestalt definierter unternehmerischer Entscheidungen sei die regelmäßige Notwendigkeit zur Entscheidung unter Unsicherheit.⁸² Sie ergebe sich einmal schon daraus, daß der Erhebung erforderlicher Daten, sei es über das eigene Unternehmen, sei es über das externe Entscheidungsumfeld, durch den in der Praxis nicht unwesentlichen Faktor Zeit Grenzen gesetzt seien.⁸³ Ein steter Ungewissheitsfaktor ergebe sich auch daraus, daß die in einem Unternehmen zu treffenden Entscheidungen in weitem Umfang zukunftsorientiert seien.⁸⁴ Eine wesentliche Ursache für die Unsicherheit sei schließlich die hohe Komplexität unternehmerischer Entscheidungen, die unter anderem durch die Unklarheit der Problemstruktur, Unkenntnis der Problemvariablen und ihrer Verknüpfungen, der Mehrdeutigkeit von Prognosen und den Mangel an Isolierbarkeit einzelner Probleme gekennzeichnet sei.⁸⁵ Angesichts dieser Eigenart unternehmerischer Tätigkeit sieht *Mutter* greifbare Anknüpfungspunkte für eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme des Aufsichtsrats im wesentlichen nur in den altbekannten Fällen einer Verletzung der Informationspflicht, der Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften sowie der Entscheidung unter sachfremden Erwägungen, insbesondere der Verstrickung in Eigeninteressen.⁸⁶ Im übrigen geht er von einem *weiten unternehmerischen Ermessen* aus.⁸⁷ Insbesondere unterliege der Aufsichtsrat in seiner unternehmerischen Entscheidungsfindung keinen zwingenden betriebswirtschaftlichen Vorgaben im Sinne eines Anwendungszwangs zugunsten einzelner Entscheidungsregeln, wie sie in vielfältiger Weise durch die betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre hervorgebracht worden seien. Der eigentliche Abwägungsprozeß des Aufsichtsrats im inneren Kern der unternehmerischen Entscheidung, der die Fülle unternehmerischer Entscheidungsalternativen im Wege des Wägens und Gewichtens, des Meinens und Dafürhaltens, auf eine einzige Option hin verjünge, unterliege keiner rechtlichen Regulierung.⁸⁸

⁸¹ *Mutter*, 23.

⁸² *Mutter*, 8 ff.; vgl. auch *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614, 618 ff.

⁸³ *Mutter*, 9.

⁸⁴ *Mutter*, 10 ff.

⁸⁵ *Mutter*, 12 ff.; vgl. auch *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614, 619.

⁸⁶ Siehe nur MünchHdb. AG/*Hoffmann-Becking*, § 33, Rn. 40 ff.; Kölner Kommentar-*Mertens*, § 116, Rn. 9 ff., Rn. 22 ff.; siehe auch *Wiedemann*, Organverantwortung, 11 ff.

⁸⁷ Zum Ermessen des Vorstandes Kölner Kommentar-*Mertens*, § 76, Rn. 10 ff.; MünchHdb. AG/*Hoffmann-Becking*, § 19, Rn. 15 ff.

⁸⁸ *Mutter*, 263 f., 309 ff.

b) Verallgemeinerung: Entscheidung in Unsicherheit

Reduziert man die nur beispielhaft referierten Ansätze von *Limbach*, *Reuter* und *Mutter* auf ihren gemeinsamen sachlichen Kern, dann ergibt sich eine klare, verallgemeinerungsfähige Schlußfolgerung: Die haftungsrechtliche Eigenart unternehmerischer Tätigkeit besteht darin, daß sie sich einer objektiven Richtigkeitskontrolle entzieht, mit der Folge, daß die haftungsrechtlichen Denkkategorien der Pflichtverletzung und des Verschuldens von vornherein nicht greifen. Die fehlende Normierbarkeit „richtigen“ unternehmerischen Handelns ergibt sich aus einer Ausrichtung auf die Zukunft und seiner hohen Komplexität. Die unternehmerische Entscheidung ist in ihrem Kern immer eine Entscheidung *in Unsicherheit*. Der entscheidende Unsicherheitsfaktor ist dabei der *Markt*: Das typische unternehmerische Risiko besteht im Kern darin, daß die angebotene Ware oder Dienstleistung vom Markt überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu mindestens kostendeckenden Preisen angenommen wird und infolgedessen die Erträge die Aufwendungen nicht decken.⁸⁹

Dieses Risiko ist *nicht beherrschbar* und wächst mit der zunehmenden Globalisierung der Märkte: Zwar können betriebswirtschaftliche Entscheidungsunterstützungssysteme, insbesondere auf einem Data Warehouse basierende Managementinformationssysteme (MIS) dazu beitragen, die Datenflut zu kanalisieren und zu strukturieren, auf dieser Grundlage Prognosen zu entwickeln und Planverfehlungen frühzeitig festzustellen.⁹⁰ Mit Hilfe des Konzepts einer Computergestützten Simulativen Unternehmensführung (MSS) kann die Entwicklung eines Unternehmens in einem künstlichen „Business-Kosmos“ in Varianten vorgedacht werden; Entscheidungsalternativen lassen sich in ihren Auswirkungen auf Gewinn und Verlust, cash-Flow und Finanzentwicklung gegenüberstellen.⁹¹ Die mit Hilfe solcher Instrumente zu erreichende „Reduzierung von Komplexität“ kann die entscheidende Unsicherheit jedoch nicht beseitigen, ob die erarbeiteten Prognosen Wirklichkeit werden, insbesondere ob der zur Erreichung bestimmter Zielwerte (Rentabilität etc.) erforderliche Umsatz tatsächlich zu erzielen ist. Der Computer kann – entgegen verbreiteten, diffusen Vorstellungen – die unternehmerische Entscheidung zwar erheblich erleichtern, sie jedoch nicht ersetzen und erst recht nicht unangreifbar den Erfolg sichern. Umgekehrt läßt sich aus einem Mißerfolg nicht automatisch auf eine juristisch greifbare, vorwerfbare „Fehlerhaftigkeit“ der Entscheidungsprozesse zurückschließen.⁹² In diesem Sinne hat kürzlich *Bill Gates* ausgeführt, daß Software-Unternehmen gezwungen seien, sich allen Risiken eines unübersichtli-

⁸⁹ Die vielbeschworene Erhöhung der Produktivität nutzt daher einem Unternehmen auch nur dann etwas, wenn die bei gleichbleibenden Kosten zusätzlich produzierten Mengen auch am Markt abgesetzt werden können.

⁹⁰ Einen Querschnitt aktueller Ansätze bietet etwa *Hannig* (Hrsg.), *Data Warehouse und Managementinformationssysteme*.

⁹¹ Dazu *Dauner/Dauner-Lieb*, BFuP 1996, 233; *dies.*, DStR 1996, 1541 und 1578.

⁹² Zutreffend *Mutter*, 178 ff. m.zahlr.N. aus der betriebswirtschaftlichen Literatur.

chen Marktes auszusetzen, weil es nahezu unmöglich sei, die Kunden zu befragen, um herauszufinden, ob sie ein neues Software-Produkt kaufen würden. Man müsse alle verfügbaren Mittel dafür einsetzen, ein Produkt zu entwickeln – und dann darauf hoffen, daß dafür ein (großer) Markt existiere.⁹³

c) Konsequenzen

Die Kennzeichnung der unternehmerischen Entscheidung als „Entscheidung in Unsicherheit“ erscheint zunächst selbstverständlich, fast banal und damit enttäuschend. Die aus dieser Eigenart zwangsläufig resultierende Konsequenz eines „Rückzugs der Rechtsordnung“⁹⁴ aus dem Kernbereich unternehmerischer Tätigkeit wird freilich häufig nicht gezogen.⁹⁵ Die Neigung, im Hinblick auf eingetretene Verluste ex post zu erklären, daß man es ex ante hätte besser wissen können und müssen, ist nicht nur unter Juristen verbreitet. Nur so erklärt sich das (zunehmende) Bedürfnisse vieler Vorstände und Aufsichtsräte, sich im Hinblick auf rein unternehmerische Entscheidungen durch Gutachten externer Berater abzusichern, die öffentliche Diskussion über das „Versagen der Aufsichtsräte“, aber etwa auch die Konjunktur der „Organ- und Gesellschafterklage“ im wissenschaftlichen Schrifttum.⁹⁶ Der Ausbau von Sorgfalts- und Treuepflichten sowie die korrespondierende Entwicklung von Klagemöglichkeiten⁹⁷ erscheint für den Juristen außerordentlich reizvoll. Ein entsprechendes Instrumentarium betrifft aber immer nur die Peripherie der wirtschaftlichen Probleme und kann Verluste, in denen sich das Marktrisiko realisiert, nicht verhindern. Es besteht im Gegenteil die Gefahr, daß eine erheblich über die bisher anerkannten Grundsätze hinausgehende Verfeinerung der Verhaltensmaßstäbe, eine weitere Verrechtlichung der unternehmerischen Tätigkeit, die unverzichtbare Entscheidungs- und Risikobereitschaft lähmt und damit geradezu kontraproduktiv wirkt.⁹⁸

⁹³ Welt am Sonntag, 9. 2. 1997, S. 59.

⁹⁴ Mutter, 264.

⁹⁵ Die Kontroverse über das „unternehmerische Ermessen“ des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern (ARAG/Garmenbeck) gehört insoweit nicht unmittelbar in diesen Zusammenhang, weil sie nicht das Marktrisiko betrifft; siehe dazu insbesondere Dreher, ZHR 158 (1994), 614; Lutter, ZIP 1995, 441; Dreher, ZIP 1995, 628; Jaeger/Trölitzsch, ZIP 1995, 1157; Raiser, NJW 1996, 552; Thümmel, DB 1997, 1117; Kindler, ZHR 162 (1998), 101; Horn, ZIP 1997, 1129; vgl. auch Heermann, ZIP 1998, 761.

⁹⁶ Siehe nur Bork, ZGR 1989, 1; Brücher, AG 1989, 190; Lewerenz, 147 ff.; Mertens, ZHR 154 (1990), 24; Th. Raiser, ZHR 153 (1989), 1; ders., AG 1989, 185; Pflugrath, 65 ff., 103 ff.; K. Schmidt, ZZP 92 (1979), 212; Stodolkowitz, ZHR 154 (1990), 1; Teichmann, FS Mühl, 663; Wiedemann, Organverantwortung; zu recht sehr kritisch zum Organstreit Kölner Kommentar-Mertens, Vorbem. § 76, Rn. 4 ff.

⁹⁷ Wiedemann, Organverantwortung, 55 f.

⁹⁸ Bedenkenswert die Bemerkungen von H. P. Westermann in seinem Geleitwort zur Arbeit von Mutter; zu Recht insoweit kritisch auch die Stellungnahme des DAV zum Referen-

Daß bisher nicht ausreichend zwischen Verlusten (besser: Schäden) aufgrund greifbarer Pflichtverletzungen und der Realisierung des unternehmerischen Risikos unterschieden wird, zeigt auch der – inzwischen überholte – Referentenentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes.⁹⁹ Danach sollten in den §§ 93 Abs. 1 AktG nach S. 1 die folgenden Sätze eingefügt werden: „Sie (die Vorstandsmitglieder) haben insbesondere unter Berücksichtigung der Art und Größe ihrer Gesellschaft und bei Mutterunternehmen im Sinne des § 290 des HGB ihres Konzerns geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu gewährleisten, daß den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen, insbesondere risikobehaftete Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft oder des Konzerns wesentlich auswirken, früh erkannt werden. Dazu gehört auch die Einrichtung eines Überwachungssystems mit der Aufgabe, die Einhaltung der nach S. 2 zu treffenden Maßnahmen zu überwachen“.¹⁰⁰ Dieser Textfassung hat der BDI entgegengehalten, daß die Worte „gewährleisten“ und „Überwachungssystem“ suggerierten, daß allein durch die Einführung eines Risikomanagements und eines Überwachungssystems Fehlentwicklungen verhindert werden könnten. Eine derartige Garantie könne es jedoch nicht geben. Der vorgeschlagene Wortlaut würde zu einer Erfolgshaftung führen und fast automatisch Organisationsverschulden auslösen.¹⁰¹ Diese Kritik ist im Ansatz zutreffend, stößt jedoch noch nicht zum Kern des Problems vor: Ein effektives Controlling gehört heute zweifellos zu den unverzichtbaren Instrumenten erfolgreicher Unternehmensführung. Ein „angemessenes Risikomanagement“ mag „existenzbedrohenden Verlusten“ aus bestimmten, besonders gefährlichen Einzelaktivitäten, etwa aus „Geschäften mit Derivaten“¹⁰², vorbeugen. Das eigentliche unternehmerische Risiko eines Scheiterns am Markt¹⁰³ bleibt von solchen Maßnahmen jedoch völlig unberührt. Seine Realisierung läßt sich auch durch ein noch so ausgefeiltes „Frühwarnsystem“ nicht vermeiden. Dementsprechend postuliert § 91 Abs. 2 AktG n.F. etwas vorsichtiger: „Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“

Als *Zwischenbilanz* ist damit festzuhalten, daß die unternehmerische Tätigkeit in ihrem Kernbereich einer objektiven Richtigkeitskontrolle nicht zugäng-

tenentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes, ZIP 1997, 163, 165 f.; geradezu sensationell *Röbriht*, in: RWS-Forum 10 „Gesellschaftsrecht 1997“, 191, 204 ff.

⁹⁹ „Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)“, siehe die endgültige Fassung Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1998, Teil I, Nr. 24 vom 30.4.1998; Entwurf und Begründung abgedruckt in ZIP 1996, 2129 und 2193.

¹⁰⁰ Abgedruckt ZIP 1996, 2129, 2131 f.

¹⁰¹ Noch nicht veröffentlichte Stellungnahme des gemeinsamen Arbeitsausschusses des BDI u.a. v. 20.1.1997; siehe auch die krit. Stellungnahme des DAV v. 20.1.1997, abgedruckt ZIP 1997, 163, 165.

¹⁰² Siehe die Gesetzesbegründung, abgedruckt ZIP 1996, 2129, 2131 f.

¹⁰³ Spektakuläres Beispiel: Kirch/Digitales Fernsehen.

lich ist. Infolgedessen bieten auch schadensersatzrechtliche Regelungen, die, wie die §§ 93, 116 AktG, Pflichtverletzung und Verschulden voraussetzen, den Gläubigern keinen Schutz vor Verlusten, in denen sich das typische, unternehmerische Risiko realisiert. Daher geht es von vornherein am Kern des Problems vorbei, wenn *Muscheler* im Hinblick auf eine echte Testamentsvollstreckung an Unternehmen das Fehlen der unbeschränkten Haftung einer natürlichen Person durch die – den eindeutigen Wortlaut des § 2219 und die Systematik der §§ 2147 ff. überspielende – Konstruktion einer Außenhaftung des Testamentsvollstreckers kompensieren will, die den Gläubigern um so größere Sicherheit biete, als der Testamentsvollstrecker meist eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen haben werde.¹⁰⁴ Dahinter steht wiederum die Vorstellung, daß jeder Verlust auf einen vorwerfbaren „Fehler“ zurückgeführt und daher auch über einen Schadensersatzanspruch liquidiert werden könne. Dies ist jedoch nicht der Fall. Das eigentliche unternehmerische Risiko ist von § 2219 nicht erfaßt und daher von einer Haftpflichtversicherung auch nicht abgedeckt.

Damit spitzt sich die Problemstellung dieser Arbeit auf die Frage zu, unter welchen Voraussetzungen es die geltende Rechtsordnung gestattet, unternehmerische Chancen eigennützig wahrzunehmen, gleichzeitig aber das *nicht beherrschbare Verlustrisiko* auf Dritte, insbesondere den Vertragspartner, im Wege einer Haftungsbeschränkung abzuwälzen. Das typische unternehmerische Risiko, daß die angebotene Ware oder Dienstleistung zu kostendeckenden Preisen keinen Abnehmer findet, prägt nicht nur kaufmännische Aktivitäten, sondern auch die Tätigkeit von Kleingewerbetreibenden, Forst- und Landwirten sowie die Arbeit von Freiberuflern und damit jede marktbezogene Geschäftstätigkeit.

3. Das Unternehmen als dynamische Einheit

Kaum thematisiert wird die Frage, ob das „*Unternehmen im Erbgang*“¹⁰⁵ Besonderheiten gegenüber anderen Nachlaßgegenständen (Grundstücke, Schmuck, Aktien, Geld etc.) aufweist. Das einschlägige Schrifttum behandelt ganz überwiegend das Unternehmen wie jeden anderen Nachlaßgegenstand. Dementsprechend werden die §§ 1978 ff. ohne weiteres auf die Geschäftsfortführung durch den Erben übertragen; seine unternehmerische Tätigkeit wird ganz selbstverständlich der Verwaltung eines normalen Nachlasses gleichgestellt.¹⁰⁶ Diese Prämisse ist die tiefere Ursache dafür, daß das zentrale Problem der Zuordnung des Unternehmens im Fall der amtlichen Nachlaßliquidation und die damit eng zusammenhängende Frage der Haftung des Unternehmensvermögens für die neuen, vom Erben begründeten Geschäftsverbindlichkeiten

¹⁰⁴ *Muscheler*, 405 vgl. auch 223 ff.; dazu S. 304 ff.

¹⁰⁵ *Canaris*, Handelsrecht, § 9, 144 ff.

¹⁰⁶ Siehe S. 156 f.

bis heute nicht befriedigend geklärt sind.¹⁰⁷ Die herrschende Meinung vertritt insoweit die bei unbefangener Betrachtungsweise geradezu absonderliche Theorie des Unternehmens als „Nachlaßgegenstand auf Zeit“.¹⁰⁸ Sie unterscheidet zwischen der „Unternehmenshülle“, der „Gelegenheit zum Geschäftsbetrieb“¹⁰⁹ einerseits, und dem Unternehmensvermögen, den darin zusammengefaßten Substanzwerten, andererseits. Die im Zuge der Unternehmensfortführung neu hinzuerworbenen Gegenstände sollen in das Erbeneigenvermögen fallen, mit der Folge, daß das Geschäftsvermögen allmählich, Rechtsgeschäft für Rechtsgeschäft, aus dem Nachlaß „herauswächst“. Erst wenn das zum Erbeneigenvermögen gehörende Geschäftsvermögen das noch vom Erblasser stammende und daher nachlaßzugehörige überwiegt und der Erbe das Unternehmen durch seine Tätigkeit wesentlich „geprägt“ hat, soll auch das „Unternehmen als solches“ vom Nachlaß in das Erbeneigenvermögen übergehen.¹¹⁰

Ein Blick auf die sehr viel weiter fortgeschrittene Diskussion über das „Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs“¹¹¹ zeigt, daß der Ausgangspunkt der herrschenden Meinung zum „Unternehmen im Erbgang“ aus der Sicht eines modernen Unternehmensrechts in doppelter Hinsicht nicht haltbar ist: Die Trennung zwischen dem „Geschäftsbetrieb als solchem“ und dem Geschäftsvermögen, das hergebrachte Verständnis des Unternehmens als „Inbegriff von Sachen und Rechten“¹¹² abzüglich Passiva plus good-will, wird der Eigenart des Unternehmens nicht gerecht.¹¹³ Das Unternehmen bildet eine *komplexe Einheit*.¹¹⁴ Erst die Kombination des Unternehmensvermögens (Substrat) mit den Immaterialgüterpositionen und vor allem seinen Außenbeziehungen, die sehr stark vom unternehmerischen Geschick des Inhabers/Geschäftsführers abhängig sind, entscheidet über den Erfolg am Markt, der insbesondere an der Höhe des Ertrags und seinem Verhältnis zum eingesetzten Eigenkapital gemessen wird.¹¹⁵ Dementsprechend ist im Hinblick auf die Bewertung von Unternehmen inzwischen die Substanzwertmethode von zumindest gemischten, überwiegend aber von reinen Ertragswertmethoden verdrängt worden.¹¹⁶

¹⁰⁷ Siehe § 4 II.

¹⁰⁸ Siehe S. 173 ff.

¹⁰⁹ Siehe zu den Formulierungen hier nur *Jaeger/Weber*, § 214, Rn. 29; OLG Braunschweig, OLGE 19, 231, 232.

¹¹⁰ Siehe S. 173 ff.; 199 ff.

¹¹¹ *Canaris*, Handelsrecht, § 8, 127 ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 II, 70 ff., § 6, 138 ff.; zu den Einzelheiten umfassend *MüKo-HGB/Lieb*, Anhang § 25 passim.

¹¹² Siehe etwa noch *Hiddemann*, ZGR 1982, 435, 438; *Rittner*, 282 ff.

¹¹³ *MüKo-HGB/Lieb*, Anhang § 25, Rn. 4.

¹¹⁴ *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 II 1, 142 ff.; *MüKo-HGB/Lieb*, Anhang § 25, Rn. 4; vgl. auch *Canaris*, Handelsrecht, § 8 I 1 a, 127.

¹¹⁵ Siehe vor allem *MüKo-HGB/Lieb*, Anhang § 25, Rn. 3.

¹¹⁶ Zur „Unternehmensbewertung als Paradigma“ siehe *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 II 2, 70 ff.; vgl. auch *MüKo-HGB/Lieb*, Anhang § 25, Rn. 9.

Außerdem ist das Unternehmen *dynamisch*. Anders als statische Nachlaßgegenstände wie Grundstücke oder Schmuck ist ein vom Erben fortgeführtes Unternehmen schon nach relativ kurzer Zeit nicht mehr das, was es zum Zeitpunkt des Erbfalls war. Es kann nicht „eingefroren“ und im Fall von Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs „wie eine Raritätensammlung im Urzustand zurückgewährt werden“. ¹¹⁷ Es verändert sich vielmehr schon im Zuge der laufenden Geschäftstätigkeit, erst recht aber aufgrund der Gewinnung neuer und des Verlustes alter Kunden, als Folge von Produktänderungen, Investitionen, Wechsel im Personal sowie unter dem Einfluß von Veränderungen des wirtschaftlichen Umfeldes wie etwa Schwankungen der Konjunktur. Führt der Erbe das ererbte Geschäft fort, dann muß er ständig berechtigende und verpflichtende Rechtsgeschäfte abschließen und dabei – hier liegt der entscheidende Unterschied zur „Verwaltung“ von statischen Nachlaßgegenständen – ganz unvermeidlich auch *Risiken eingehen*. Die Verteilung dieser unternehmerischen Risiken bildet das entscheidende Wertungsproblem bei der Vererbung von Unternehmen. ¹¹⁸

II. Schuld, Haftung und Haftungsbeschränkung

1. Haftung als Komplementärbegriff zur Schuld

Der Ausdruck *Haftung* hat mehrere, scharf zu unterscheidende Bedeutungen. ¹¹⁹ Haftung ist zunächst der Komplementärbegriff zur *Schuld*: Schuld ist das „Leisten-sollen“ als Willensgebundenheit der *Person* des Schuldners zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden. Haftung ist das „Unterworfenensein seines *Vermögens* unter den Zugriff der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung“ ¹²⁰; sie eröffnet dem Gläubiger die Möglichkeit, seine Forderung durchzusetzen, sich durch Verwertung des Schuldnervermögens Befriedigung zu verschaffen. ¹²¹

Das Verhältnis von Schuld und Haftung ist das Ergebnis einer langen historischen Entwicklung und wurde Anfang dieses Jahrhunderts noch intensiv diskutiert. ¹²² Heute ist es so selbstverständlich, daß es kaum noch behandelt

¹¹⁷ K. Schmidt, Handelsrecht, § 6 IV 1, 164 zum Unternehmen als Gegenstand von Rückgewährschuldverhältnissen.

¹¹⁸ Siehe § 4 III.

¹¹⁹ Siehe den Überblick bei Larenz, Schuldrecht/AT, § 2 IV, 21 ff.

¹²⁰ Larenz, Schuldrecht/AT, § 2 IV, 22.

¹²¹ Larenz, Schuldrecht/AT, § 2 IV, 21 ff.; MüKo-Kramer, Einl. Schuldrecht, Rn. 41 ff.; Soergel/Teichmann, Vor § 241, Rn. 5; Staudinger/Marotzke, Vorbem. 6 zu §§ 1967 ff.; ausführlich Staudinger/Boehmer (11. Aufl.), § 1922, Rn. 79 ff.; Aderhold, 83 ff.; vgl. auch aus der Sicht des Handels- und Gesellschaftsrechts K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 IV 1 b, 537 ff.

¹²² Siehe etwa Otto von Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht; Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht; von Tuhr, Allgemeiner Teil Bd. 1, § 4 IV, 108 ff.; § 18, 313 ff.; vgl. auch Boehmer, Erbfolge, § 14, 62 ff.; § 15, 65 ff.

wird.¹²³ Es gilt völlig unbestritten der Grundsatz der *unbeschränkten Vermögenshaftung*. Danach steht dem Gläubiger grundsätzlich das gesamte Vermögen seines Schuldners als Zugriffsobjekt zur Verfügung.¹²⁴ Diese Form der Haftung bedarf keines besonderen Begründungsaktes, sondern ist grundsätzlich mit jeder Schuld verbunden. „Wer schuldet, haftet auch“. Die Haftung ist zwar von der Schuld, dem Leistensollen, begrifflich zu sondern, sie folgt ihr aber gleichsam wie ein Schatten nach. Wer eine Schuldverpflichtung eingeht, nimmt daher nicht nur eine rechtlich/moralische Pflicht auf sich, sondern begibt sich auch in die Gefahr, sein Vermögen (oder Teile desselben) durch Zwangsvollstreckung zu verlieren. So verleiht die sie begleitende *Haftung der Schuld* gleichsam die irdische Schwere!¹²⁵

In diesem Zusammenhang bedeutet *Haftungsbeschränkung* Freistellung bestimmter Teile des Schuldnervermögens. Die Zugriffsmöglichkeiten eines Gläubigers für eine bestimmte Schuld werden auf einzelne Gegenstände oder Teile des Vermögens, genauer, auf ein vom haftungsfreien Hauptvermögen zu trennendes *Sondervermögen*, begrenzt.¹²⁶ Der Schuldner kann allerdings sein Vermögen nicht willkürlich in verschiedene Haftungsmassen aufspalten; selbst wenn er durch gesonderte Verwaltung faktisch eine Trennung vollzieht, bleibt rechtlich alles, was ihm gehört, eine Einheit.¹²⁷ Eine gegenständliche Beschränkung seiner Haftung kann er einseitig nur herbeiführen, soweit dies im *Gesetz* ausdrücklich vorgesehen ist. Der wichtigste und für diese Arbeit allein interessierende Fall einer im Gesetz geregelten Beschränkung der Vermögenshaftung ist die gegenständlich beschränkbare Erbenhaftung nach Maßgabe der §§ 1975 ff.¹²⁸ Unter bestimmten Voraussetzungen haftet der Erbe den Nachlaßgläubigern für die sog. Nachlaßverbindlichkeiten nur mit den Gegenständen, die den Nachlaß bilden, nicht mit seinem gesamten übrigen Vermögen.¹²⁹ Darüber hinaus soll der Schuldner seine Haftung für eine bestimmte Schuld durch *Vereinbarung* mit dem Gläubiger auf bestimmte Vermögensgegenstände oder ein Sondervermögen beschränken können.¹³⁰ Hier haben diejenigen Stimmen

¹²³ Siehe aber die problemherhellenden Kurzdarstellungen bei *Larenz*, Schuldrecht/AT, § 2 IV, 21 ff.; *ders.*, Allgemeiner Teil, § 17 II, 307 ff.; bei *Larenz / M. Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, finden sich die entsprechenden Ausführungen in § 21; ausführlich zu diesem Themenkomplex siehe unten § 2 III.

¹²⁴ Für alle *MüKo-Kramer*, Einl. Schuldrecht, Rn. 41; siehe bereits *von Tuhr*, Allgemeiner Teil Bd. 1, § 18 V, 325 f.

¹²⁵ *Larenz*, Schuldrecht/AT, § 2 IV, 24.

¹²⁶ *Larenz*, Schuldrecht/AT, § 2 IV, 22 f.

¹²⁷ *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil Bd. 1, § 18 III, 320, 321.

¹²⁸ Vgl. *Larenz*, Allgemeiner Teil, § 17 II, 308 f. (beachte dazu den Hinweis oben in Fn. 123).

¹²⁹ Dazu § 3.

¹³⁰ Siehe nur *Larenz*, Allgemeiner Teil, § 17 II, 308 (beachte dazu den Hinweis oben in Fn. 123); siehe schon *von Tuhr*, Allgemeiner Teil Bd. 1, § 18 V, 325 ff.; grundlegend *Reichel*, FS Cohn, 37; a.A. *Hölder*, DJZ 1910, 1264; zur Zulässigkeit von vertraglichen Vollstreckungsbeschränkungen siehe nur *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 33, insbes. § 33 IV, 385 ff.

ihre Wurzel, die eine unternehmerische Betätigung mit begrenztem Risiko in den „Organisationsformen“ der Testamentsvollstreckung¹³¹ und der Erbengemeinschaft¹³² zulassen wollen. Sie leiten die „Erweiterung handelsrechtlicher Handlungsspielräume durch Anerkennung besonderer Möglichkeiten legaler Haftungsbeschränkung“¹³³ letztlich aus dem System der gegenständlich beschränkbaren Erbenhaftung in Kombination mit der rechtsgeschäftlichen Figur einer „konkludenten Beschränkung der Haftung“ auf den Nachlaß bzw. das jeweils zum Unternehmen gehörende Vermögen ab.¹³⁴

Vor dem Hintergrund der regelmäßigen Verknüpfung von Schuld und Haftung wird bereits an dieser Stelle deutlich, daß die „unbeschränkte Kaufmannshaftung“¹³⁵, die in der Diskussion über die Zulässigkeit einer echten Testamentsvollstreckung an Unternehmen eine zentrale Rolle spielt,¹³⁶ ihre Wurzeln nicht oder jedenfalls nicht nur im Handelsrecht hat, sondern sich bereits aus dem allgemeinen, bürgerlichrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung ergibt.¹³⁷ Soweit ein Einzelunternehmer verpflichtungsbegründende Tatbestände erfüllt, also schuldet, haftet er auch und zwar mit seinem gesamten Vermögen. Auch wenn Unternehmensvermögen und Privatvermögen wirtschaftlich/tatsächlich getrennt nebeneinander stehen, bilden sie haftungsrechtlich eine Einheit: Das Unternehmensvermögen des Einzelkaufmanns haftet auch für seine Privatverbindlichkeiten und das Privatvermögen haftet auch für seine Unternehmensverbindlichkeiten.¹³⁸ Will der Einzelunternehmer sein Verlustrisiko unabhängig von einem (im Regelfall nicht zu erreichenden) Konsens seiner Gläubiger begrenzen, dann bleibt ihm nur der Weg in die Kapitalgesellschaft, insbesondere in die GmbH. In der Gründung einer GmbH liegt allerdings keine „Haftungsbeschränkung“ im Rechtssinne. Es gibt keine „beschränkte Haftung“ des GmbH-Gesellschafters. Er schuldet nur der Gesellschaft seine summenmäßig festgelegte Einlage und haftet für *diese* Verbindlichkeit mit seinem gesamten Vermögen. Gegenüber den Gläubigern der GmbH schuldet *und* haftet er dagegen grundsätzlich überhaupt *nicht*.¹³⁹ Die Begrenzung des unternehmerischen Verlustrisikos, die angestrebte Freistellung des Privatvermögens, wird rechtstechnisch dadurch bewirkt, daß zwischen den Unternehmer und die Gläubiger eine juristische Person „geschoben“ wird, die ihrerseits mit ihrem Vermögen unbeschränkt haftet.

¹³¹ Siehe S. 291 ff.

¹³² Siehe S. 491 ff.

¹³³ *Canaris*, Handelsrecht, § 9 II 3, 155.

¹³⁴ Siehe hier nur *Canaris*, Handelsrecht, § 9 I 2 c, 148.

¹³⁵ Vgl. hier nur RGZ 132, 138; KG JW 1937, 2599; dazu S. 270 ff.

¹³⁶ Dazu § 6 I.

¹³⁷ Zutreffend *Baur*, FS Dölle, 249, 263; *Muscheler*, 398.

¹³⁸ Siehe zu diesen Zusammenhängen *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 IV, 78 ff., insbes. § 4 IV 2 c, 83 f.

¹³⁹ Zutreffend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 18 I 1, 512 f.

2. Haftung als Einstandspflicht für die Verbindlichkeiten eines anderen Rechtsträgers

Als „Haftung“ werden häufig auch spezielle Formen des „Schuldens“ bezeichnet. So spricht man von „Verschuldenshaftung“ und „Gefährdungshaftung“, von der Haftung für Gehilfen (§ 278) oder der Organhaftung (§ 31). In allen diesen Fällen ist gemeint, daß jemand für ein bestimmtes eigenes Verhalten, für das anderer Personen oder für bestimmte Gefahren in der Weise verantwortlich ist, daß er dem dadurch Geschädigten Ersatz zu leisten hat. „Haftung“ bedeutet hier soviel wie *Verantwortlichkeit* und zwar mit der Folge einer möglichen Schadensersatzpflicht.¹⁴⁰ Im Hinblick auf die jeweilige Schadensersatzpflicht gilt wiederum der Grundsatz unbeschränkter Vermögenshaftung. Der Ersatzpflichtige haftet (jetzt im engeren Sinne) insoweit unbeschränkt, also mit seinem ganzen Vermögen.

Um eine besondere Art des Schuldens geht es auch, wenn „Haftung“ als Kürzel für eine vertraglich oder gesetzlich begründete Einstandspflicht¹⁴¹ eines Rechtssubjekts für Verbindlichkeiten eines anderen Rechtsträgers verwendet wird. So spricht etwa § 767 Abs. 2 von der Haftung des Bürgen, während § 767 Abs. 1 den Begriff der Verpflichtung verwendet.¹⁴² In diesen Zusammenhang gehört insbesondere die Einstandspflicht der Gesellschafter einer OHG für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Zwar wird in § 128 HGB ausdrücklich der Begriff der Haftung gebraucht. Es besteht jedoch heute weitgehend Einigkeit darüber, daß § 128 HGB eine von der Gesellschaftsschuld unabhängige *Schuld* der Gesellschafter begründet, für die diese nach allgemeinen Grundsätzen unbeschränkt haften.¹⁴³ Entsprechendes gilt für § 8 Abs. 1 PartGG, der § 128 HGB nachgebildet ist.¹⁴⁴ Danach haften für die Verbindlichkeiten der Partnerschaft den Gläubigern neben dem Vermögen der Partnerschaft die Partner als Gesamtschuldner.

Im Rahmen des Personengesellschaftsrechts bedeutet Haftungsbeschränkung rechtstechnisch grundsätzlich¹⁴⁵ Begrenzung oder Ausschluß der für den Regelfall kraft Gesetzes greifenden persönlichen Mitverpflichtung einzelner Gesellschafter im Hinblick auf alle oder einzelne Gesellschaftsverbindlichkeiten. So wird durch die Beschränkung der Haftung des Kommanditisten auf den

¹⁴⁰ Larenz, Schuldrecht/AT, § 2 IV, 22.

¹⁴¹ Vgl. die Formulierung des § 765 Abs. 1.

¹⁴² Siehe MüKo-Kramer, Einl. Schuldrecht, Rn. 41, Fn. 97.

¹⁴³ Siehe K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 49 II, 1408 ff. m.N. zu der älteren Gesamthandsdoktrin, die die Gesamthand trotz § 124 HGB nicht als Rechtssubjekt ansah und infolgedessen von einer Schuld mit verschiedenen Haftungsmassen ausging. Zum Inhalt der Gesellschafterhaftung, insbes. zur Erfüllungs- und Haftungstheorie K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 49 III, 1408 ff.

¹⁴⁴ Siehe die amtliche Begründung, abgedruckt in Seibert, Partnerschaft, 112 ff.

¹⁴⁵ Die komplizierte und streitige Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft soll hier zunächst außer Betracht bleiben; dazu § 9.

Betrag seiner Einlage im Sinne von § 161 HGB seine Einstandspflicht für die Verbindlichkeiten der KG summenmäßig begrenzt. Im Rahmen seiner Einstandspflicht haftet der Kommanditist unbeschränkt (§ 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB). Soweit seine Einlage geleistet ist, haftet er überhaupt nicht; denn die im Gesellschaftsvermögen vorhandene Einlage ersetzt seine Haftung (§ 171 Abs. 1 2. Hs. HGB). Durch Rückführung der Einlage aus dem gebundenen Vermögen lebt die Haftung wieder auf (§ 172 Abs. 4 HGB).¹⁴⁶ Im Gegensatz zur Konzeption einer gegenständlichen Haftungsbeschränkung, wie sie den § 1975 ff. zugrundeliegt, werden die Gläubiger bei der summenmäßigen Haftungsbeschränkung der §§ 161 ff. HGB nicht auf bestimmte Vermögensgegenstände oder auf ein Sondervermögen verwiesen; ihnen haftet das gesamte Kommanditistenvermögen, jedoch nur bis zu einer bestimmten Summe.¹⁴⁷

Außerhalb der §§ 161 ff. HGB können die Gesellschafter einer Personengesellschaft ihre Einstandspflicht für Gesellschaftsverbindlichkeiten grundsätzlich nur im Konsens mit dem einzelnen Gläubiger begrenzen oder ganz ausschließen. Die (eher theoretische) Möglichkeit einer einverständlichen – auch konkludenten – Abbedingung des § 128 HGB wird allgemein anerkannt.¹⁴⁸ Ausdrücklich zugelassen wurde die Möglichkeit einer vertraglichen Begrenzung der Gesellschafterhaftung in § 8 Abs. 2 PartGG (a.F.). Danach konnten die Partner im Wege der sog. Haftungskonzentration ihre akzessorische Haftung für die Verbindlichkeiten der Partnerschaft gemäß § 8 Abs. 1 PartGG für Ansprüche aus fehlerhafter Berufsausübung auch unter Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen auf diejenigen von ihnen beschränken, der innerhalb der Partnerschaft die berufliche Leistung zu erbringen oder verantwortlich zu leiten oder zu überwachen hat.¹⁴⁹ Weitergehend haften nach § 8 Abs. 2 PartGG n.F. für berufliche Fehler von vornherein nur diejenigen Partner, die mit der Bearbeitung des Auftrags befaßt waren.

¹⁴⁶ Ausführlich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 54 I, 1555 ff.; vgl. für den vorliegenden Zusammenhang auch *MüKo-Kramer*, Einl. Schuldrecht, Rn. 42; zur Unterscheidung zwischen Einlage und Haftsumme siehe *K. Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten, 2 ff.

¹⁴⁷ Zum Gegensatz zwischen gegenständlicher und rechnerischer, summenmäßiger Haftungsbeschränkung im Erbrecht S. 73 ff.

¹⁴⁸ Siehe nur *GroßKomm-HGB/Fischer*, § 105, Rn. 20 b; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 60 III 2, 1787 ff., 1791; *Reiff*, 38; alle unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung; sie ist allerdings wenig ergiebig; BGH WM 1956, 1089 liegt auf der äußersten Grenze rechtsgeschäftlicher Auslegungsmöglichkeiten und ist schon deshalb nicht verallgemeinerungsfähig; BGH BB 1971, 975 betrifft den unproblematischen Fall eines *nachträglichen* Schulderrlasses zwischen Gläubiger und Gesellschafter.

¹⁴⁹ Siehe dazu die amtliche Begründung, abgedruckt in *Seibert*, Partnerschaft, 112 ff. sowie die Stellungnahme von *Seibert*, 56 ff. unter Ablehnung einer „Freiberufler-KG“; siehe auch *Seibert*, DB 1994, 2381, 2384; *Bösert*, ZAP Fach 15, 137, 146 ff.; vgl. auch *K. Schmidt*, NJW 1995, 1, 6; *ders.*, ZIP 1993, 633, 644; *Michalski*, ZIP 1993, 1212, 1213 f.; *Henssler*, NJW 1993, 2137, 2142 f.; *MüKo-Ulmer*, § 8 PartGG, Rn. 16 ff.

3. Rechtsgeschäftliche und statutarische Haftungsbeschränkung

Der bewußt vereinfachende Überblick über die verschiedenen Erscheinungsformen von „Haftung und Haftungsbeschränkung“ bietet im Hinblick auf die Möglichkeiten einer unternehmerischen Betätigung unter Begrenzung des Verlustrisikos, insbesondere im Sinne einer Freistellung des Privatvermögens, ein unter rechtstechnischen Gesichtspunkten differenziertes, im wirtschaftlichen Ergebnis jedoch klares und weitgehend einheitliches Bild: Der Einzelunternehmer ist – unabhängig von Gegenstand und Größe seines Unternehmens – Zurechnungsendpunkt und damit Schuldner sämtlicher unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten. Für diese Schulden haftet er unbeschränkt, also auch mit seinem Privatvermögen. Die Möglichkeit einer einseitigen Haftungsbeschränkung besteht für ihn nicht. Will er sein Verlustrisiko konsensusabhängig begrenzen, ist er auf die Gründung einer GmbH verwiesen.¹⁵⁰

Auch die Mitglieder einer unternehmerisch tätigen „Gruppe“ müssen – sieht man vom komplizierten und streitigen Fall der unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft zunächst einmal ab –¹⁵¹ für Verluste grundsätzlich mit ihrem gesamten Vermögen einstehen. Dies ergibt sich freilich – anders als beim Einzelunternehmer – nicht unmittelbar aus dem Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung: Bezugspunkt der unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten und damit primärer Schuldner ist nunmehr die rechtssubjektiv selbstständige Gesamthand, die *Gesellschaft*, die *ihrerseits* mit *ihrer* Vermögen unbeschränkt haftet. Vor diesem Hintergrund erschließt sich die These von *K. Schmidt*, die Haftung (auch) der Verbandsmitglieder bedürfe in dogmatischer Hinsicht einer besonderen Rechtfertigung, in rechtspolitischer Hinsicht dagegen ihre Beschränkung:¹⁵² Wegen der Zwischenschaltung einer selbständig verpflichtungsfähigen Zurechnungseinheit bedarf die Einstandspflicht der Gesellschafter einer eigenständigen, rechtlichen „Anspruchsgrundlage“. Die Konstruktion einer solchen Mitgliederhaftung erscheint jedoch grundsätzlich schon deshalb geboten, weil die Einzelperson stets für alle Aktivitäten unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen einzustehen hat; eine Privilegierung der „Gruppe“ würde daher den Nachweis vorrangig geschützter Interessen der Gesellschafter voraussetzen. Insofern läßt sich dem Personengesellschaftsrecht eine deutliche Tendenz entnehmen. Das Gesetz verbindet – dies wird für die Haftungsverfassung der unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft von zentraler Bedeutung sein –¹⁵³ die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit (§§ 124 Abs. 1 HGB, 7 Abs. 2 PartGG) mit der Anordnung einer persönlichen, akzessorischen Gesellschaf-

¹⁵⁰ Zur Zulässigkeit der Anwalts-GmbH siehe jetzt §§ 59 c ff. BRAO, zum früheren Diskussionsstand vgl. *Henssler*, ZIP 1994, 844; *Dauner-Lieb*, GmbHR 1995, 259 zum Beschluß des BayOblG v. 24.11.1994, GmbHR 1995, 42.

¹⁵¹ Dazu § 9.

¹⁵² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 18 IV 1 b, 537.

¹⁵³ Siehe S. 541 ff.

terhaftung für die Verbindlichkeiten der rechtssubjektiv verselbständigten Gesellschaft (§§ 128 HGB, 8 Abs. 1 PartGG).¹⁵⁴ Im Rahmen dieser Einstandspflicht haften die Gesellschafter – nicht anders als der Einzelunternehmer – unbeschränkt. Sie können ihr Privatvermögen grundsätzlich nur im Konsens mit dem Gläubiger freistellen. Eine einseitige, statutarische Begrenzung ihres Verlustrisikos ist nur nach Maßgabe der §§ 161 ff. HGB möglich. Wollen alle Mitglieder der Gruppe „mit beschränktem Risiko“ wirtschaften, bleibt wiederum nur die Gründung einer GmbH bzw. einer GmbH & Co. KG.

Die allseits anerkannten Möglichkeiten, eine Risikobegrenzung im Wege der *Vereinbarung* mit dem Gläubiger herbeizuführen, bieten keine gleichwertige Alternative zur Gründung einer Kapitalgesellschaft.¹⁵⁵ Zum einen ist dieser Weg für gesetzliche Verbindlichkeiten (Steuern, Sozialabgaben) von vornherein nicht gangbar.¹⁵⁶ Im übrigen ist diese Form der Risikobegrenzung zu Lasten der Gläubiger in der Praxis kaum durchzusetzen. Um das erforderliche Einverständnis des Gläubigers zu erreichen, müssen die Schuldner aktiv werden. Sie riskieren dabei Nachfragen und Irritationen, die schlimmstenfalls zur Gefährdung des Geschäfts und gar der ganzen Geschäftsbeziehung führen können: Es gibt für den Gläubiger im Normalfall keinen Grund, sich auf ein für ihn so ungünstiges Ansinnen einzulassen. Dagegen wirkt der „Ausschluß“ des persönlichen Risikos im Wege der Zwischenschaltung einer juristischen Person automatisch. Will hier nun ausnahmsweise der Gläubiger über die Haftung seines Vertragspartners, der Kapitalgesellschaft, hinausgehend eine zusätzliche persönliche Haftung einzelner oder aller Gesellschafter erreichen, dann muß er nun seinerseits einen entsprechenden Konsens erzielen und trägt insoweit die Initiativ- und Durchsetzungslast.

¹⁵⁴ Siehe zu diesen Zusammenhängen hier nur *Timm*, NJW 1995, 3209; ausführlich dazu S. 544 ff.

¹⁵⁵ Zum Verhältnis von Anwalts-GmbH und Partnerschaft a.F. siehe etwa *Henssler*, NJW 1993, 2137, 2140 ff.; *Dauner-Lieb*, GmbHHR 1995, 259, 262 f.

¹⁵⁶ Siehe im Hinblick auf die Haftungsverfassung der Vor-GmbH *Dauner-Lieb*, GmbHHR 1996, 82, 84; bezüglich der freiberuflichen, insbes. anwaltlichen Haftung aus fehlerhafter Berufsausübung gegenüber außenstehenden Dritten *Henssler*, NJW 1993, 2137, 2142 f.

III. Sondervermögen

1. Zum Diskussionsstand

a) Der Ausgangspunkt

Der Begriff des Sondervermögens wird im Gesetz nirgends ausdrücklich erwähnt, im Schrifttum jedoch in unterschiedlichen Zusammenhängen ganz selbstverständlich gebraucht.¹⁵⁷ Zu den Sondervermögen zählen nach überwiegender Auffassung der Nachlaß im Fall von Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs (§ 1975), bei Testamentsvollstreckung (§ 2197), in der Hand eines Vorberben (§ 2100) und als gemeinschaftliches Vermögen mehrerer Erben (§ 2032 Abs. 1),¹⁵⁸ weiterhin Sondergut und Vorbehaltsgut bei der Gütergemeinschaft (§§ 1416 ff.), das nicht der elterlichen Sorge unterliegende Kindesvermögen (§§ 1638, 1909) sowie die Konkursmasse (§ 1 KO).¹⁵⁹ Nach traditionellem Verständnis bildet das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen (§ 718) ebenfalls ein Sondervermögen.¹⁶⁰ Eine gewichtige Auffassung geht davon aus, daß auch bei der Treuhand ein Sondervermögen entstehe.¹⁶¹ Von Teilen des Schrifttums wird schließlich die Gründungsorganisation der Einmann-GmbH als Sondervermögen der Gründer qualifiziert.¹⁶²

¹⁵⁷ Siehe bereits den Befund von *Martin*, AcP 102 (1907), 444; vgl. auch *Strauch*, 36 ff. m.w.N.

¹⁵⁸ Siehe dazu grundlegend *Boehmer*, Erbfolge, 31 ff.; *Jaeger/Weber*, § 214, Rn. 2, 2 a.

¹⁵⁹ Siehe etwa *Larenz*, Allgemeiner Teil, § 17 III, 310 ff. (beachte dazu den Hinweis oben in Fn. 123); *MüKo-Holch*, § 90, Rn. 35; *Soergel/Mühl*, Vor § 90, Rn. 12; grundlegend v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, § 19, 330 ff.; § 20, 348 ff.; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, 1. Hb., § 132, 845 ff.; vgl. etwa auch *Hellwig*, Zivilprozeßrecht, § 44, 295 ff.; *M. Wolf*, JuS 1975, 710 ff.; *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376; *A. Schröder*, 94 ff.

¹⁶⁰ Siehe insbes. *Huber*, Vermögensanteil, 61 ff. m.w.N.; *Schünemann*, 74 ff.; zur traditionellen Gesamthandslehre vgl. auch *Schulze/Osterloh*, insbes. 163 ff.; aus neuerer Zeit *Zöllner*, FS Gernhuber, 563, 566 ff., 569 ff.; aus der Sicht der allgemeinen Stellungnahme zum Sondervermögen siehe *Larenz*, Allgemeiner Teil, § 17 III b, 312 f. (beachte dazu den Hinweis oben in Fn. 123); *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, 1. Hb., § 132 I 2, 846; *Hellwig*, Zivilprozeßrecht, § 45, 303 ff.; *Soergel/Mühl*, Vor § 90, Rn. 12; *MüKo-Holch*, § 90, Rn. 35; *Strauch*, 95 ff.; *M. Wolf*, JuS 1975, 710, 711; v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, Bd. 1 differenziert zwischen Sondergut (= Sondervermögen) als der Zuordnung mehrerer gesonderter Vermögensteile zu einem Rechtssubjekt (§ 19, 330 ff.) und Gesamtvermögen als einem Vermögen, das mehreren Rechtssubjekten gemeinsam, zur Gesamthand, zusteht (§ 20, 348 ff.), arbeitet jedoch sehr deutlich die Gemeinsamkeiten heraus; *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 377 wollen die Vermögenssonderung kraft gesamthänderischer Bindung aus dem Begriff des Sondervermögens von vornherein ausklammern, dazu S. 48 ff.

¹⁶¹ *Coing*, Treuhand, insbes. 86; ihm folgend *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376; siehe zu diesem Problemkreis auch *M. Wolf*, JuS 1975, 710, 716 m.w.N. auch zu abweichenden Auffassungen.

¹⁶² Siehe insbes. *Flume*, DB 1980, 1781; *ders.*, ZHR 146 (1982), 205 und *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373; vgl. auch *Fezer*, JZ 1981, 608; *Lutter/Hommelhoff*, § 11, Rn. 24; dagegen insbes. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 40 II 2, 1241 ff.; § 11 IV 3, 312 ff.; zum Diskussionsstand auch *Baumbach/Hueck*, § 11, Rn. 36 ff.; ausführlich *A. Schröder*, 84 ff., insbes. 94 ff.

Vor dem Hintergrund dieses Katalogs erklärt sich der Titel der vorliegenden Arbeit: Sie behandelt schwerpunktmäßig die Zulässigkeit einer unternehmerischen Betätigung in den „Organisationsformen“ der Testamentsvollstreckung¹⁶³ und der Erbengemeinschaft.¹⁶⁴ Sie gehören beide zum weitgehend anerkannten Kreis der Vermögenssonderungen unterhalb der Schwelle der juristischen Person und der kraft Gesetzes rechtssubjektiv verselbständigten Personengesellschaften. Zur Diskussion steht insoweit eine Beschränkung des (nicht beherrschbaren) unternehmerischen Risikos auf das Sondervermögen „Nachlaß“.¹⁶⁵

b) Das Theoriedefizit

Wenig Klarheit besteht darüber, was genau unter einem Sondervermögen zu verstehen ist, wie es sich vom „normalen“ Vermögen unterscheidet, worin die praktische oder auch nur systematische Bedeutung einer Vermögenssonderung liegt. Diese Fragen werden derzeit ganz überwiegend nicht einmal gestellt.¹⁶⁶ Zwar ist die rechtliche Bewältigung fast aller genannten „Sondervermögen“ insbesondere im Hinblick auf Haftungsfragen Gegenstand intensiver und kontroverser Diskussionen. Dies gilt insbesondere für die hier in erster Linie interessierenden Nachlaßsonderungen im Wege der amtlichen Nachlaßliquidation,¹⁶⁷ durch Testamentsvollstreckung¹⁶⁸ und aufgrund Miterbengemeinschaft.¹⁶⁹ In diesen Diskussionen spielt jedoch – so überraschend dies zunächst erscheinen mag – der Begriff des Sondervermögens fast keine Rolle.¹⁷⁰

Dies war nicht immer so. Lange Zeit wurde der Kategorie des Sondervermögens ein erheblicher Erkenntnis- und Systematisierungswert zugetraut.¹⁷¹ Daneben spielte sie als „Theorie des Zweckvermögens“ auch im Verbandsrecht im Rahmen des Theorienstreits um das Wesen der juristischen Person eine gewichtige Rolle.¹⁷² Inzwischen ist sie in beiden Bereichen aus der Mode gekommen.

¹⁶³ Dazu §§ 5, 6.

¹⁶⁴ Dazu §§ 7, 8.

¹⁶⁵ Zum „Nachlaß als Sondervermögen“ S. 58 ff.

¹⁶⁶ Eine Ausnahme bildet der Beitrag von *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376 f., die zu recht ein Theoriedefizit feststellen.

¹⁶⁷ Dazu § 3.

¹⁶⁸ Dazu § 5.

¹⁶⁹ Dazu § 7.

¹⁷⁰ Es wird etwa in der weit ausgreifenden Monographie von *Muscheler* zur Testamentsvollstreckung nur beiläufig erwähnt; siehe etwa *Muscheler*, 257; vgl. auch *Windel*, 69 ff.

¹⁷¹ So widmete etwa *Boehmer* dem „Nachlaß als Sondervermögen“ die §§ 9 – 12 seiner aus Kollegbeilagen entstandenen, immer noch außerordentlich lesenswerten Monographie „Erbfolge und Erbenhaftung“ (1927); vgl. etwa auch *Jaeger/Weber*, § 214, Rn. 2, 2 a; *Binder*, Die Rechtstellung des Erben, Bd. II, § 20, 101 ff.

¹⁷² Siehe insbes. *Brinz*, Bd. I, §§ 59 ff.; dazu *Wiedemann*, WM 1975, SB Nr. 4, 7 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 4 I, 188 ff., vgl. auch *Wieacker*, FS Huber, 339, 358 f.; zum Theorienstreit aus heutiger Sicht *MüKo-Reuter* vor § 21, Rn. 1 ff.; zur Abgrenzung von juristischer Person