

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 505

Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter

Eine vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes

Von

Hendrik Quast



Duncker & Humblot · Berlin

HENDRIK QUAST

Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker
und Insolvenzverwalter

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 505

Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter

Eine vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes

Von

Hendrik Quast



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-15945-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55945-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Sie wurde im Herbst 2019 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurden Literatur und Rechtsprechung bis zum Februar 2020 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt, MCJ (NYU). Er hat mich bei dieser Arbeit von Beginn an vorbehaltlos unterstützt. Mit Offenheit und wissenschaftlicher Neugier hat er mir immer wieder Ansporn gegeben. Darüber hinaus danke ich Herrn Prof. Dr. Peter Mankowski für die sehr zügige Zweitbegutachtung.

Schließlich möchte ich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Hamburger Max-Planck-Instituts danken. Das Umfeld, das ich dort vorfinden durfte, hat wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Hamburg, im März 2020

Hendrik Quast

Inhaltsübersicht

Einleitung	21
<i>Teil 1</i>	
Problemstellung und Vergleichsmaßstab	27
Kapitel 1	
Das Haftungsproblem bei der Unternehmensführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter	27
Kapitel 2	
Kapitalgesellschaftsrecht als Vergleichsmaßstab	81
<i>Teil 2</i>	
Vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes als Legitimation der Haftungsbeschränkung	102
Kapitel 3	
Vermögensaufbringung und Vermögensbindung	102
Kapitel 4	
Persönliche Haftung der Fremdverwalter	115
Kapitel 5	
Haftung für unerlaubte Handlungen der Fremdverwalter	255
Kapitel 6	
Gläubigerschutz durch Information	263
Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit	279
Literaturverzeichnis	285
Stichwortverzeichnis	305

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Problemaufriss	21
B. Gang der Darstellung	25
<i>Teil I</i>	
Problemstellung und Vergleichsmaßstab	27
<i>Kapitel 1</i>	
Das Haftungsproblem bei der Unternehmensführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter	27
A. Unzulässigkeit der Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker	27
I. Ablehnung der Verwaltungstestamentsvollstreckung am Unternehmen .	29
II. Haftungsbeschränkung für Neuverbindlichkeiten als Kernproblem	29
1. Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen ..	30
2. Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen	31
a) Vereinbarkeit mit Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts..	31
b) Haftungsbeschränkung als Grenze der Liberalisierung	32
III. Ausweichlösungen und ihre Defizite	35
1. Vollmachtlösung	35
a) Ausgangspunkt	35
b) Kritik	36
aa) Keine verdrängende Wirkung der Vollmacht	37
bb) Schwierigkeiten bei Begründung der Vollmacht	37
(1) Vollmachterteilung durch den Erblasser	37
(2) Vollmachterteilung durch den Erben	38
(a) Keine Haftung ohne Herrschaft	39
(b) Umgehung des Testamentsvollstreckungsrechts	41
(c) Sittenwidrigkeit der Vollmachtaufgabe	41
cc) Zweifelhafte Folgen für die Haftungsstruktur	43
(1) Haftung mit dem Nachlass?	43
(2) Erhalt des Nachlassvermögens	45
2. Treuhandlösung	46
a) Ausgangspunkt	46

b) Kritik	48
aa) Praktische Probleme	48
bb) Zweifelhafte Folgen für die Haftungsstruktur	49
(1) Drohende persönliche Haftung des Erben	49
(2) Erschwerter Zugriff der Gläubiger auf das Unternehmensvermögen	51
(a) Ermächtigungstreuhand	51
(b) Vollrechtstreuhand	53
3. Fazit	56
IV. Zweifel an der Unzulässigkeitsthese	56
1. Die „echte“ Testamentsvollstreckerlösung	56
2. Schwächen der herrschenden Argumentationslinie	58
B. Zulässigkeit der Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter	61
I. Bedeutung der Unternehmensfortführung in der Insolvenz	61
1. Unternehmensfortführung im Rahmen der Liquidation	62
2. Unternehmensfortführung zu weiteren Zwecken	62
II. Haftungsbeschränkung für Neuverbindlichkeiten	63
1. Die Haftung für durch den Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten	63
2. Gründe für die Haftungsbeschränkung	65
III. Geringe Berücksichtigung der Haftungsproblematik	68
1. Kritische Stimmen	68
2. Die Haftungsproblematik im Fall der insolventen Personengesellschaft	69
C. Mögliche Gründe für eine Ungleichbehandlung der Amtstreuhand	71
I. Nur geringfügige Unternehmensfortführung in der Insolvenz	72
II. Strengere Anforderungen an die Insolvenzverwalterbestellung	75
1. Gerichtliche Bestellung des Insolvenzverwalters	75
2. Juristische Personen als Amtswalter	77
III. Strengere Überwachung des Insolvenzverwalters	78
IV. Verfahren bei Masseunzulänglichkeit	80
V. Fazit	81

Kapitel 2

Kapitalgesellschaftsrecht als Vergleichsmaßstab	81
A. Das Haftungsproblem als Frage des Gläubigerschutzes	81
B. Kapitalgesellschaft als paradigmatische Organisationsform	82
C. Insolvenzverwaltung und Testamentsvollstreckung als funktionale Kapitalgesellschaft	83
I. Organisationsform der Kapitalgesellschaft	83

Inhaltsverzeichnis	11
1. Interessenlage	84
2. Stellung des Gesellschaftsvermögens	85
a) Haftungssonderung zulasten der Gesellschaftsgläubiger	85
b) Haftungssonderung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger	86
II. Organisationsform der Insolvenzverwaltung	87
1. Interessenlage	87
2. Stellung der Insolvenzmasse	89
a) Haftungssonderung zulasten der Massegläubiger	89
b) Haftungssonderung zugunsten der Massegläubiger	89
III. Organisationsform der Testamentsvollstreckung	91
1. Interessenlage	91
2. Stellung des Nachlasses unter Testamentsvollstreckung	91
a) Potenzielle Haftungssonderung zulasten der Nachlassgläubiger	92
b) Haftungssonderung zugunsten der Nachlassgläubiger	94
c) Die Privilegierung der Neunachlassgläubiger durch § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO	95
aa) Fragwürdigkeit der Privilegierung im Fall der Testamentsvollstreckung	96
bb) Die Belastung der Altnachlassgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko als Argument gegen die Testamentsvollstreckung am Unternehmen?	97
D. Zusammenfassung	100

Teil 2

Vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes als Legitimation der Haftungsbeschränkung 102

Kapitel 3

Vermögensaufbringung und Vermögensbindung 102

A. Vermögensaufbringung	103
I. Kein Mindestvermögen des Nachlasses oder der Insolvenzmasse	104
II. Relativierung des Mindestkapitals im Kapitalgesellschaftsrecht	105
1. Aufgabe des Mindestkapitals in der Unternehmergeellschaft	105
2. Thesaurierungspflicht als Ausgleich	105
3. Thesaurierungspflicht als Mittel der Vermögensbindung	106
B. Vermögensbindung	108
I. Kapitalgesellschaft	109
II. Insolvenzverwaltung	111
III. Testamentsvollstreckung	112

Kapitel 4

Persönliche Haftung der Fremdverwalter	115
A. Zur Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung	116
B. Innenhaftung	120
I. Sorgfaltspflicht	121
1. Geschäftsleiter	121
a) Unternehmerisches Ermessen	121
b) Die business judgment rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	122
aa) Tatbestand	122
bb) Sachliche Rechtfertigung	123
cc) Übertragung auf den GmbH-Geschäftsführer	124
2. Insolvenzverwalter	125
a) Ermessen	125
b) Konkretisierung durch die business judgment rule	125
aa) Argumente gegen eine Übertragung auf den Insolvenz-	
verwalter	126
(1) Kein Interesse an risikoneutraler Verwaltung	126
(2) Keine alternativen Kontrollmechanismen	127
bb) Stellungnahme	129
cc) Einzelheiten	132
3. Testamentsvollstrecker	133
a) Ermessen	134
b) Konkretisierung durch die business judgment rule	135
II. Treuepflicht	136
1. Begründung der Treuepflicht	137
a) Geschäftsleiter	137
b) Insolvenzverwalter	138
c) Testamentsvollstrecker	139
2. Ausprägungen der Treuepflicht	140
a) Wettbewerbsverbot	141
aa) Geschäftsleiter	141
bb) Insolvenzverwalter	142
cc) Testamentsvollstrecker	143
b) Geschäftschancenlehre	144
aa) Geschäftsleiter	144
bb) Insolvenzverwalter	144
cc) Testamentsvollstrecker	145
c) Verschwiegenheitspflicht	145
aa) Geschäftsleiter	145
bb) Insolvenzverwalter	146
cc) Testamentsvollstrecker	147

III. Disponibilität der Innenhaftung und ihre Grenzen	148
1. Geschäftsleiter	148
2. Insolvenzverwalter	150
3. Testamentsvollstrecker	153
C. Außenhaftung	156
I. Außenhaftung aus allgemeinen Vorschriften	157
1. Eigenhaftung aus culpa in contrahendo	157
a) Geschäftsleiter	157
b) Insolvenzverwalter	160
c) Testamentsvollstrecker	163
2. Eigenhaftung aus Deliktsrecht	164
a) Verletzung von Schutzgesetzen gem. § 823 Abs. 2 BGB	165
b) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung gem. § 826 BGB	166
II. Insolvenzverschleppungshaftung und Funktionsäquivalente	167
1. Geschäftsleiter	167
a) Haftung gegenüber Neugläubigern	168
b) Haftung gegenüber Altgläubigern	171
2. Insolvenzverwalter	172
a) Haftung gegenüber Neugläubigern	172
aa) Entwicklung der Außenhaftung unter § 82 KO a. F.	173
bb) Die Außenhaftung gem. § 61 InsO	176
(1) Tatbestand	178
(2) Normzweck und Haftungsgrund	180
cc) § 61 InsO als funktionales Äquivalent zur Insolvenz-	
verschleppungshaftung gegenüber Neugläubigern	182
b) Haftung gegenüber Altgläubigern	186
3. Nachlassverwalter	188
a) Haftung gegenüber Neugläubigern	188
aa) Verwalterhaftung gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB	188
bb) Insolvenzverschleppungshaftung gem. §§ 1985 Abs. 2	
S. 2, 1980 BGB	193
b) Haftung gegenüber Altgläubigern	193
aa) Verwalterhaftung gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB	194
bb) Insolvenzverschleppungshaftung gem. §§ 1985 Abs. 2	
S. 2, 1980 BGB	194
4. Testamentsvollstrecker	195
a) Haftung gegenüber Neugläubigern	195
aa) Ausgangspunkt: Keine unmittelbare Haftung des Testaments-	
vollstreckers	195
bb) Mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers?	196
(1) Konstruktion der mittelbaren Außenhaftung	197
(2) Abhängigkeit vom Bestehen eines Regressanspruchs des	
Erben	199

(a) Unbeschränkte Haftung des Erben?	200
(b) Isoliertes Abstellen auf einen Schaden im Nachlass- vermögen?	201
(c) Differenzierung zwischen Schadenseintritt und Schadensauswirkung?	205
(d) Drittschadensliquidation?	207
(3) Keine korrekte Abwicklung der Neugläubigerschäden ..	209
cc) Unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers analog § 1980 BGB	211
(1) Planwidrige Regelungslücke	213
(2) Vergleichbare Interessenlage	214
(a) Erfordernis einer Insolvenzantragspflicht	214
(b) Testamentsvollstrecker als richtiger Adressat	215
(c) Antragspflicht bei gegenständlich beschränkter Testamentsvollstreckung	217
(d) Zumutbarkeit für den Testamentsvollstrecker	219
(e) Vereinbarkeit mit dem Zweck der Testamentsvoll- streckung	219
b) Haftung gegenüber Altgläubigern	223
5. Zusammenfassung	223
III. Zahlungsverbot und Haftung für Masseschmälerung	224
1. Geschäftsleiter	225
2. Insolvenzverwalter	227
a) Verteilungsfehler im Regelinsolvenzverfahren	228
b) Verteilungsfehler im Verfahren bei Masseunzulänglichkeit	229
c) Die Rechtsfolge der Haftung für Verteilungsfehler	230
3. Nachlassverwalter	232
a) § 1979 BGB als Zahlungsverbot	233
b) Sanktionierung des Zahlungsverbots aus § 1979 BGB	234
aa) Haftung des Erben	235
bb) Haftung des Nachlassverwalters	236
4. Testamentsvollstrecker	239
a) Ausgangspunkt: Kein Zahlungsverbot im Testaments- vollstreckungsrecht	239
b) Mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers?	240
c) Unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers analog §§ 1985 Abs. 2, 1979 BGB	242
aa) Planwidrige Regelungslücke	242
bb) Vergleichbare Interessenlage	243
(1) Erfordernis eines Zahlungsverbots	244
(2) Testamentsvollstrecker als richtiger Adressat	245
(3) Kein Anlass für eine Privilegierung der Testamentsvoll- streckung	246

cc) Inhalt des Ersatzanspruchs	247
IV. Insolvenzverursachung, Existenzvernichtung und Funktionsäquivalente	248
1. Kapitalgesellschaft	249
a) Insolvenzverursachungshaftung aus § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG	249
b) Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB	250
2. Insolvenzverwaltung	251
3. Nachlassverwaltung	252
4. Testamentsvollstreckung	252
a) Haftung des Testamentsvollstreckers	252
b) Haftung des Erben	254

Kapitel 5

Haftung für unerlaubte Handlungen der Fremdverwalter 255

A. Kapitalgesellschaft	256
B. Insolvenzverwaltung	258
C. Testamentsvollstreckung	260

Kapitel 6

Gläubigerschutz durch Information 263

A. Transparenz der Haftungsverhältnisse	264
I. Kapitalgesellschaft	264
II. Insolvenzverwaltung	266
III. Testamentsvollstreckung	268
B. Registerpublizität	269
I. Insolvenzverwaltung	269
II. Testamentsvollstreckung	269
1. Eintragungsfähigkeit	270
2. Eintragungspflichtigkeit	271
C. Rechnungslegung und Publizität	273
I. Kapitalgesellschaft	273
II. Insolvenzverwaltung	274
III. Testamentsvollstreckung	275
IV. Bedeutung der Rechnungslegungspublizität für die Legitimation der Haftungsbeschränkung	276

Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit	279
A. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	279
B. Fazit	283
Literaturverzeichnis	285
Stichwortverzeichnis	305

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
a. M.	am Main
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebsberater
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
c. i. c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E/B/J/S	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GS	Gedächtnisschrift
HambKomm InsO	Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-InsO	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. e. S.	im engeren Sinne
IfM	Institut für Mittelstandsforschung Bonn
InsO	Insolvenzordnung
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG	Landgericht
MAH ErbR	Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
P/W/W	Prütting/Wegen/Weinreich
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
S.	siehe; Seite; Satz
sog.	sogenannte
UG	Unternehmergesellschaft
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

A. Problemaufriss

Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter fungieren als treuhänderische Verwalter fremden Vermögens.¹ Die rechtstechnische Umsetzung dieser Fremdverwaltung gestaltet sich im Wesentlichen identisch. Die verwaltete Vermögensmasse bleibt im Eigentum des Erben bzw. des Insolvenzschuldners. Allerdings sind diesen Eigentümern die wesentlichen Eigentumsrechte entzogen. So geht die Verfügungsbefugnis über die verwaltete Vermögensmasse gem. §§ 2205, 2211 BGB auf den Testamentsvollstrecker bzw. gem. § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Diese Aufspaltung von Rechtsträgerschaft und Verwaltungsbefugnis führt zu einer temporären Vermögensverselbstständigung.² Dabei entwickeln der unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlass bzw. die Insolvenzmasse nicht etwa eigene Rechtspersönlichkeit. Vielmehr bilden diese Vermögensmassen ein vom übrigen Vermögen des Erben bzw. des Insolvenzschuldners zu trennendes, jedoch rechtlich un-selbstständiges Sondervermögen.

Die regelmäßige Aufgabe beider Amtstreuhänder besteht traditionell in einer *liquidierenden Funktion*.³ In Form der Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203, 2204 BGB) setzt der Testamentsvollstrecker den Nachlass auseinander. Auch das Insolvenzrecht war lange Zeit vom Leitbild der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung durch möglichst rasche Liquidierung des Schuldnervermögens geprägt. Doch können beide Amtstreuhänder auch eine *werbende Funktion* wahrnehmen. So kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker in Form der Dauervollstreckung (auch: Verwaltungsvollstreckung) nach § 2209 BGB zur längerfristigen Verwaltung des Nachlasses oder einzelner Nachlassgegenstände einsetzen. Dogmatisch wie praktisch interessant und seit langer Zeit heftig umstritten ist hierbei die Frage, ob der Testaments-

¹ Zum Testamentsvollstrecker: BGHZ 25, 275, 279; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 10; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, Vor § 2197 Rn. 5; zum Insolvenzverwalter: *Kumpan*, KTS 2010, 169, 180; *Graeber*, in: MünchKomm InsO, § 56 Rn. 148.

² *Jacoby*, Das private Amt, S. 25 ff.; *Reuber*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, S. 269.

³ Zur Unterscheidung von liquidierender, haltender und werbender Treuhand *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 23 ff.

vollstrecker auch zur Verwaltung eines einzelkaufmännischen Unternehmens eingesetzt werden kann.⁴ Im Insolvenzrecht spielt die werbende Tätigkeit des Insolvenzverwalters im Rahmen der Unternehmensfortführung eine immer wichtigere Rolle. Hier übernimmt der Insolvenzverwalter die Rolle eines gleichsam treuhänderisch unternehmerisch tätigen Geschäftsleiters.⁵

Diese *werbende Funktion* der Amtstreuhand^{er} steht im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung. Im Rahmen der Testamentsvollstreckung ist sie von besonderem praktischen Interesse, weil sie ein attraktives Instrument für die Nachfolgesteuerung von Unternehmen in Aussicht stellt. Häufig hat der Erblasser eines unternehmerischen Nachlasses ein Interesse daran, sein Unternehmen für eine Übergangszeit nicht durch den Erben, sondern durch eine neutrale Person seines Vertrauens als Fremdverwalter fortführen zu lassen. Die möglichen Motive des Testators, die Verwaltung seines Unternehmens einem Testamentsvollstrecker zu übertragen, sind vielfältig.⁶ Leitend ist jedoch regelmäßig der Gedanke, das im Nachlass befindliche Unternehmen als lebende Einheit zu erhalten.⁷ So kommt eine Testamentsvollstreckung namentlich in Betracht, wenn der Erbe etwa wegen seines jungen Alters oder einer noch nicht abgeschlossenen Ausbildung zur Zeit des Erbfalls noch nicht für die Unternehmensleitung geeignet erscheint.⁸

Das praktische Bedürfnis an einer Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich ist dementsprechend groß.⁹ Dennoch verwehrt die herrschende Meinung dem Erblasser seit einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1931 die Möglichkeit, ein einzelkaufmännisches Unternehmen einer verwaltenden Testamentsvollstreckung zu unterstellen. Der wesentliche Grund hierfür liegt in einem sonst drohenden Bruch mit dem Grundsatz unbeschränkter persönlicher Inhaberhaftung. Denn der Testamentsvollstrecker haftet grundsätzlich nicht persönlich für die von ihm in seiner amtlichen

⁴ Aus der umfangreichen Diskussion s. insbesondere *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht; *Muscherler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung; *Baur*, in: FS Dölle, S. 249.

⁵ *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206; *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer, S. 319, 320; *Weitzmann*, in: Priester/Heppe/H. P. Westermann (Hrsg.), Praxis und Lehre im Wirtschaftsrecht, S. 423 ff. Zur funktionalen Vergleichbarkeit von Insolvenzverwalter und Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft *Kumpan*, KTS 2010, 169, 176.

⁶ *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 109; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 294.

⁷ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 38; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 2.

⁸ *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 109.

⁹ s. nur *Lorz*, in: MAH ErbR, § 19 Rn. 1; *Roglmeier*, in: Riedel (Hrsg.), Praxis-handbuch Unternehmensnachfolge, § 10; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 113; *Kämper*, RNotZ 2016, 625, 629.

Funktion begründeten Verbindlichkeiten. Gleichzeitig ist der Testamentsvollstrecker gem. §§ 2206, 2207 BGB lediglich zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass ermächtigt, kann den Erben aber grundsätzlich nicht persönlich (d. h. mit seinem Privatvermögen) verpflichten. Es ist also streng zwischen dem Privatvermögen des Erben und dem geerbten Nachlassvermögen zu unterscheiden. Für die Nachlassverbindlichkeiten haftet der Erbe gem. § 1967 Abs. 1 BGB zwar zunächst persönlich und unbeschränkt. Ihm bleibt jedoch gemäß den erbrechtlichen Regelungen der §§ 1975 ff., 2206 Abs. 2 BGB die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass. Somit haften gegenüber den Neunachlassgläubigern weder der Testamentsvollstrecker noch der Erbe unbeschränkt und unbeschränkbar mit ihrem gesamten Vermögen, sondern im Ernstfall lediglich der Erbe mit dem Nachlass als Sondervermögen. Diese potenzielle Haftungsbeschränkung auf das Sondervermögen Nachlass steht im Gegensatz zu dem im Handelsrecht vorherrschenden Dogma der unbeschränkbaren persönlichen Haftung eines Unternehmensträgers für seine unternehmerische Tätigkeit. Die Testamentsvollstreckung an einem einzelkaufmännischen Unternehmen, so die Argumentation des Reichsgerichts, führe daher zu einem unzulässigen „Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung“.¹⁰ Um das praktische Bedürfnis an einer Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich zu befriedigen, sah sich die Kautelarpraxis genötigt, Ersatzkonstruktionen zu entwickeln. Diese Ausweichlösungen bereiten jedoch ebenfalls erhebliche rechtliche Schwierigkeiten und es ist äußerst zweifelhaft, ob sie zu interessengerechten Lösungen führen. Vor diesem Hintergrund mehrten sich in jüngerer Zeit die Stimmen, die sich im Anschluss an die schon früh von *Baur* begründete „echte Testamentsvollstreckerlösung“ für die Zulassung der Testamentsvollstreckung an Unternehmen aussprechen und ein Überdenken der Haftungsproblematik fordern.¹¹

Auch die insolvenzrechtliche Literatur hat die Frage beschäftigt, ob und innerhalb welcher Grenzen der Insolvenzverwalter ein Unternehmen in der Insolvenzmasse fortführen darf. Verbunden mit der stärkeren Anerkennung des Sanierungsgedankens im Insolvenzrecht hat die Unternehmensfortführung hier erheblich an Bedeutung gewonnen. Ähnlich wie der Testamentsvollstrecker Verbindlichkeiten für den Nachlass als Sondervermögen begründet, so begründet der Insolvenzverwalter dabei neue Verbindlichkeiten für die Insolvenzmasse. Für diese Neumasseyverbindlichkeiten haftet der Insol-

¹⁰ RGZ 132, 138, 144.

¹¹ *Weidlich*, NJW 2011, 641 ff.: „Grundlagen der Rechtsprechung nochmals kritisch zu hinterfragen“; *Wälzholz*, in: VGR 2014, S. 67, 72; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 19: „Argumente erscheinen [...] nicht zwingend.“; *Kroiß*, in: NomosKommentar BGB, § 2205 Rn. 33; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 149; grundlegend *Baur*, in: FS Dölle, S. 249 ff.

venzverwalter grundsätzlich nicht persönlich und der Insolvenzschuldner haftet ebenso lediglich gegenständlich beschränkt mit der Insolvenzmasse. Bei der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter kommt es also zu einer ganz ähnlichen Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen. Dennoch wird die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter heute großzügig gehandhabt und in weitem Umfang zugelassen. Der mit der Situation bei der Testamentsvollstreckung im Grundsatz identische Haftungskonflikt scheint keine bedeutende Rolle zu spielen.

Warum verhält sich die Diskussion um die Unternehmensfortführung im Fall der Testamentsvollstreckung so dogmatisch, im Fall der Insolvenzverwaltung dagegen so pragmatisch? Sind die mit einem Insolvenzverwalter kontrahierenden Gläubiger etwa besser geschützt als diejenigen, die sich auf einen Vertragsschluss mit einem Testamentsvollstrecker einlassen? In der Literatur findet man nicht viele Antworten auf diese Fragen. An einer ausführlichen vergleichenden Analyse von Testamentsvollstreckung und Insolvenzverwaltung im Hinblick auf die Unternehmensfortführung fehlt es bislang. Dabei liegt ein solcher Vergleich schon angesichts der engen rechtsdogmatischen Verwandtschaft der beiden Amtstreuhande besonders nah. So wurde schon die Rechtsstellung von Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter als sog. Parteien kraft Amtes regelmäßig im gemeinsamen Zusammenhang erörtert.¹² Auch wird der Vergleich mit dem jeweils anderen Amtstreuhande in verschiedenen Zusammenhängen von Rechtsprechung und Literatur immer wieder argumentativ genutzt.¹³ Hinsichtlich der Frage der Unternehmensführung sind Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter grundsätzlich dogmatisch und funktional vergleichbar. Die nahe Verwandtschaft der beiden Amtstreuhande sollte auch für die Diskussion um die Unternehmensfortführung fruchtbar gemacht werden. Vor diesem Hintergrund sollen hier die Organisations- und Haftungsstrukturen bei der Fremdverwaltung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter vergleichend untersucht werden. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob eine Differenzierung zwischen Insolvenzverwaltung und Testamentsvollstreckung gerechtfertigt ist, und ob aus der Rechtslage bei der Insolvenzverwaltung Rückschlüsse

¹² Zu Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter als sog. Parteien kraft Amtes s. nur *Jacoby*, Das private Amt, S. 29; *Offergeld*, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, S. 49 f.; vgl. zum Unternehmen unter Insolvenzverwaltung und Testamentsvollstreckung *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 IV Rn. 66. Zu strukturellen und funktionalen Berührungspunkten vgl. auch *Reuber*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, S. 269; *John*, Die organisierte Rechtsperson, S. 190 ff., 200 ff.

¹³ Vergleichende Argumentation z.B. bei BGHZ 100, 346, 351; *Baur*, in: GS Bruns, S. 241, 247; für eine Vergleichbarkeit konkret im Hinblick auf die Unternehmensführung auch *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 144 ff.

auf die Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung gezogen werden können. Auf diese Weise soll die Arbeit einen Beitrag zur Diskussion um die Testamentsvollstreckung am Unternehmen leisten.

B. Gang der Darstellung

Daraus ergibt sich folgender Gang der Darstellung. Im ersten Teil der Arbeit wird zunächst das Problem der gegenständlichen Haftungsbeschränkung als Kernfrage der Unternehmensführung durch die Amtstreuhand erörtert. Es wird herausgearbeitet, dass sich im Testamentsvollstreckungsrecht sowie im Insolvenzrecht im Wesentlichen das gleiche Haftungsproblem stellt. Sodann wird im zweiten Kapitel das Kapitalgesellschaftsrecht als relevanter Vergleichsmaßstab für die Zulassung unternehmerischer Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung definiert. Dabei wird gezeigt, dass zwischen den Organisationsformen der Insolvenzverwaltung bzw. der Testamentsvollstreckung einerseits und der Organisationsform der Kapitalgesellschaft andererseits wesentliche funktionale sowie strukturelle Parallelen bestehen. Damit ist die Grundlage gelegt für eine ausführliche vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes als Legitimation der Haftungsbeschränkung bei der Unternehmensführung durch die Amtstreuhand. Sie ist Gegenstand des zweiten Teils der Arbeit. Dabei orientiert sich das Untersuchungsprogramm in vier Kapiteln an den wesentlichen Gläubigerschutzmechanismen des Kapitalgesellschaftsrechts. Zuerst wird der Gläubigerschutz mit Blick auf Regelungen zur Vermögensaufbringung und Vermögensbindung untersucht. Darauf folgt die Analyse der persönlichen Haftung der Fremdverwalter. Sie bildet einen Schwerpunkt der Untersuchung. Anschließend wird die Haftung für unerlaubte Handlungen der Fremdverwalter dargestellt. Schließlich ist auf den Gläubigerschutz durch Information einzugehen. Im Laufe der vergleichenden Betrachtung werden wesentliche Defizite des Gläubigerschutzes im Testamentsvollstreckungsrecht herausgearbeitet, die in der Literatur gegebenen Antworten auf diese Defizite hinterfragt und, soweit erforderlich, alternative Lösungen angeboten.

Wenn hier von Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter die Rede ist, darf der Nachlassverwalter als weiterer Amtstreuhand nicht vollkommen in Vergessenheit geraten. Neben dem Nachlassinsolvenzverfahren bietet die Nachlassverwaltung ein zusätzliches Verfahren einer amtlichen Nachlassliquidation. Wie die Nachlassinsolvenz dient auch die Nachlassverwaltung der Befriedigung der Nachlassgläubiger. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass die Nachlassverwaltung auf Fälle eines ggf. unübersichtlichen, aber voraussichtlich solventen Nachlasses zugeschnitten ist, während das Nachlassinsolvenzverfahren gem. § 320 InsO die Überschuldung oder mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund

voraussetzt.¹⁴ Ansonsten gilt, dass die Rechtsstellung des Nachlassverwalters im Wesentlichen der des Insolvenzverwalters angenähert ist.¹⁵ Der Nachlassverwalter wird vor diesem Hintergrund von der Literatur grundsätzlich – auch mit Blick auf die Unternehmensfortführung – wie der Insolvenzverwalter behandelt. Um die Darstellung nicht zu überfrachten, wird im Folgenden daher nur dann spezifisch auf den Nachlassverwalter eingegangen, soweit die Besonderheiten der Nachlassverwaltung dies gebieten. Dies ist insbesondere bei der Untersuchung der persönlichen Haftung der Amtstreuhänder der Fall.

¹⁴ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 69; *H. P. Westermann*, in: *Erman*, BGB, § 1975 Rn. 1 ff.; *Küpper*, in: *MünchKomm BGB*, § 1975 Rn. 2 ff.

¹⁵ RGZ 61, 221, 222; RGZ 65, 287, 289; RGZ 135, 305, 307; BGHZ 38, 281, 284; BGH NJW 1987, 1019, 1020; *Kumpen*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 194; *Küpper*, in: *MünchKomm BGB*, § 1985 Rn. 2.

Teil 1

Problemstellung und Vergleichsmaßstab

Kapitel 1

Das Haftungsproblem bei der Unternehmensführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter

Im Folgenden soll zunächst auf die an der Schnittstelle zwischen Erb- und Handelsrecht geführte Diskussion um die Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker eingegangen werden. Eine seit langem strikt ablehnende herrschende Meinung zwingt die Rechtspraxis hier zu komplizierten und unbefriedigenden Ersatzkonstruktionen. Der wesentliche Grund hierfür liegt in der drohenden Haftungsbeschränkung auf das Nachlassvermögen für die durch den Testamentsvollstrecker im Rahmen der Unternehmensfortführung begründeten Neuverbindlichkeiten. Dem wird die Rechtslage bei der heute in weitem Umfang zulässigen Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter gegenübergestellt. Der unternehmerische Insolvenzverwalter hat kontinuierlich an Bedeutung gewonnen, obwohl sich hier eine ganz ähnliche Haftungsproblematik stellt. Daraufhin werden die in der Literatur vorgebrachten Argumente für eine Ungleichbehandlung von Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter hinsichtlich der Zulässigkeit der Unternehmensfortführung erörtert.

A. Unzulässigkeit der Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker

Die Testamentsvollstreckung am Unternehmen, ebenso wie an Anteilen unbeschränkt haftender Personengesellschafter, bereitet der rechtswissenschaftlichen Diskussion schon lange Kopfzerbrechen.

Dabei wird die bloß liquidierende Funktion der Testamentsvollstreckung als wenig problematisch empfunden. Hier wird die Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker überwiegend toleriert. So akzeptiert die herrschende Ansicht die Abwicklungsvollstreckung an einem einzelkaufmännischen Unternehmen trotz der möglichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlass für die vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkei-

ten.¹ Das gilt jedenfalls unter der Bedingung, dass die werbende geschäftliche Tätigkeit innerhalb der Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 HGB aufgegeben wird.² Zur Begründung wird angeführt, der Testamentsvollstrecker trete bei der Abwicklungsvollstreckung nicht als Unternehmer, sondern lediglich als Abwickler mit einer zweckgebundenen, vorübergehenden und möglichst schnell zu erledigenden Verwaltungsaufgabe auf.³

Tatsächlich drohen bei der reinen Abwicklungsvollstreckung geringere Gefahren für den Rechtsverkehr und damit deutlich weniger scharfe Konflikte zwischen beschränkter Erbenhaftung und dem sonst geltenden Grundsatz unbeschränkter Vermögenshaftung. Das liegt daran, dass die reine Abwicklungsvollstreckung ihrer Funktion nach eher binnenorientiert ist. Es entsteht kaum ein nennenswertes „Außenverhältnis“ zu neuen Geschäftspartnern.⁴ Zwar kann auch die Abwicklungsvollstreckung die Eingehung neuer Verbindlichkeiten durch den Testamentsvollstrecker erfordern, z.B. zum Zwecke des Verkaufs von Nachlassgegenständen. Auch diese Neunachlassgläubiger verdienen Schutz. Doch grundsätzlich fehlt es bei der Abwicklungsvollstreckung an der Notwendigkeit, fortlaufend neue Verbindlichkeiten einzugehen.⁵ Daher bleiben auch die Haftungsrisiken gegenüber Neugläubigern überschaubar.

¹ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 30; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 18; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 116; *Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 Rn. 28. Die Abwicklungsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen hat aufgrund der hier eintretenden Sondererfolge, nach der sich die Beteiligung automatisch teilt und auf die als Nachfolger des Erblassers gesellschaftsrechtlich bestimmten Erben im Umfang ihrer Erbquote übergeht, keine große praktische Bedeutung, s. nur *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 32.

² In jüngerer Zeit betonen einige Autoren, die Abwicklungsvollstreckung müsse innerhalb der Dreimonatsfrist vollständig abgeschlossen sein: *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 2205 Rn. 7; *Kroiß*, in: NomosKommentar BGB, § 2205 Rn. 32; *Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 Rn. 28. Andere halten es für ausreichend, dass die Einstellung der Geschäftsfortführung innerhalb der Dreimonatsfrist beschlossen wird und die werbende geschäftliche Tätigkeit aufgegeben wird: *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 30; *Damrau*, in: Soergel, BGB, § 2205 Rn. 16; großzügiger, ohne Begrenzung auf die Dreimonatsfrist: *Brandner*, in: FS Stimpel, S. 991, 997; *Holzhauser*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 61; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 401; *Reimann*, in: Staudinger, § 2205 Rn. 144.

³ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 30.

⁴ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 243.

⁵ *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 24.

I. Ablehnung der Verwaltungstestamentsvollstreckung am Unternehmen

Im Fokus dieser Untersuchung steht jedoch die werbende Funktion der Testamentsvollstreckung in Gestalt der sog. Verwaltungs- oder auch Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 BGB). Diese spezielle Form der Testamentsvollstreckung ist für die Nachfolgesteuerung von Unternehmen von ganz besonderem Interesse, da allein sie eine längerfristige, vom Einfluss des Erben unabhängige, treuhänderische Fremdverwaltung durch den Testamentsvollstrecker ermöglicht. Die Rechtsprechung und ihr folgend die herrschende Auffassung in der Literatur befriedigen dieses Interesse allerdings nur eingeschränkt. Zwar erlauben sie ohne große Problematisierung die Verwaltungsvollstreckung an Kapitalgesellschaftsanteilen.⁶ Auch die Dauervollstreckung am Kommanditanteil wird heute als grundsätzlich zulässig angesehen.⁷ Doch hält die herrschende Meinung die Testamentsvollstreckung in Form der Dauervollstreckung an einem zum Nachlass gehörigen einzelkaufmännischen Unternehmen seit einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1931 für unzulässig.⁸ Ebenso verneint sie die Möglichkeit einer uneingeschränkten Verwaltungsvollstreckung an Anteilen unbeschränkt haftender Personengesellschafter, insbesondere also an OHG-Anteilen oder Komplementäranteilen einer KG.⁹

II. Haftungsbeschränkung für Neuverbindlichkeiten als Kernproblem

Entscheidend für die ablehnende Haltung des Reichsgerichts zur Testamentsvollstreckung am Unternehmen, die bis heute die herrschende Meinung prägt,¹⁰ waren neben registerrechtlichen Bedenken vor allem die haftungsrechtlichen Folgen.

⁶ BGHZ 201, 216 Rn. 14; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 51 ff.

⁷ BGH NZG 2012, 385; BGHZ 108, 187, 192.

⁸ Grundlegend RGZ 132, 138; dem folgend BGHZ 12, 100, 102; BGHZ 24, 106, 112; BGHZ 35, 13, 15 f.; BGH NJW 1975, 54; ebenso BayObLGZ 1969, 138, 141; KG NJW 1959, 1086, 1087; aus der Literatur *Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 Rn. 28; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 19; *Reimann*, in: Staudinger, § 2205 Rn. 147; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 270 ff.; *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, S. 264.

⁹ RGZ 170, 392 zur OHG; RGZ 172, 199 zur KG; BGHZ 24, 106, 112 f.; BGH WM 1969, 492; BGH NJW 1985, 1953, 1954.

¹⁰ RGZ 132, 138; ferner die Nachweise in Fn. 8.

1. Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen

So kommt es im Fall der Testamentsvollstreckung an einem Einzelunternehmen vordergründig zu einer Kollision von erbrechtlichen und handelsrechtlichen Haftungsprinzipien. Den Testamentsvollstrecker trifft, wenn und weil er erkennbar als Testamentsvollstrecker handelt, grundsätzlich keine persönliche Haftung für von ihm begründete Verbindlichkeiten.¹¹ Gleichzeitig ist der Testamentsvollstrecker gem. §§ 2206, 2207 BGB lediglich zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass ermächtigt. Er kann den Erben grundsätzlich nicht persönlich, d. h. mit seinem gesamten Vermögen, verpflichten, sondern lediglich Nachlassverbindlichkeiten begründen.¹² Für die Nachlassverbindlichkeiten haftet der Erbe gem. § 1967 Abs. 1 BGB zwar zunächst persönlich und unbeschränkt. Die §§ 1975 ff., 2206 Abs. 2 BGB eröffnen ihm jedoch die Möglichkeit, seine Haftung für Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken.¹³ Somit haften gegenüber den Neunachlassgläubigern weder der Testamentsvollstrecker noch der Erbe unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen, sondern im Ernstfall lediglich der Erbe gegenständlich beschränkt mit dem Nachlass als Sondervermögen. Dies steht im Gegensatz zu dem im Handelsrecht vorherrschenden Dogma der unbeschränkten – und unbeschränkbaren – persönlichen Haftung eines Rechtsträgers für seine unternehmerische Tätigkeit. Die Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens durch einen Testamentsvollstrecker, so die Argumentation des Reichsgerichts, würde daher zu einem „Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung“ führen, was „völlig unvereinbar mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs wie auch mit den Vorschriften des Gesetzes, insbesondere mit den §§ 22, 27 HGB“ sei.¹⁴ Mit Blick auf den in Art. 2 EGHGB geregelten Vorrang handelsrechtlicher Normen müssten die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 2197 ff. BGB zurücktreten und eine Verwaltungstestamentsvollstreckung an einem Einzelunternehmen ausscheiden.¹⁵ Andernfalls würden zudem die zwingenden Vorschriften umgangen, die im Handels- und Gesellschaftsrecht – insbesondere in Form der Gründungsvorschriften zu Kommanditgesellschaft, GmbH oder Aktiengesellschaft – die Voraussetzungen für die Erlangung eines entsprechenden Haftungsprivilegs regeln.¹⁶

¹¹ RGZ 80, 416, 418; *Reimann*, in: Staudinger, § 2206 Rn. 18; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2206 Rn. 14.

¹² *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2206 Rn. 9.

¹³ *Ders.*, in: MünchKomm BGB, § 2206 Rn. 14.

¹⁴ RGZ 132, 138, 144.

¹⁵ RGZ 132, 138, 144.

¹⁶ RGZ 132, 138, 144; *John*, BB 1980, 757.

2. Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen

Die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass bildet auch ein entscheidendes Hindernis einer reinen, uneingeschränkten Verwaltungstestamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen.¹⁷ Ihre ursprünglich vollkommen ablehnende Haltung hat die herrschende Meinung hier allerdings relativiert. So hat der BGH für vollhaftende Beteiligungen, insbesondere also OHG-Anteile oder Komplementäranteile einer KG, die Dauertestamentsvollstreckung an der sog. Außenseite des Gesellschaftsanteils zugelassen.¹⁸ Dazu gehören in erster Linie die mit der Beteiligung verbundenen Vermögensrechte wie Ansprüche auf Auseinandersetzung- oder Abfindungsguthaben, nicht aber die die inneren Gesellschaftsangelegenheiten betreffenden Mitgliedschaftsrechte wie insbesondere die Geschäftsführung oder das Stimmrecht (sog. Innenseite).¹⁹ Die genaue Abgrenzung von Innen- und Außenseite bleibt jedoch unklar.²⁰ Eine gewisse Liberalisierung lässt sich auch bei der Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen beobachten. Im Jahr 1989 hat der BGH festgestellt, dass die Dauertestamentsvollstreckung am Kommanditanteil grundsätzlich zulässig ist.²¹

a) Vereinbarkeit mit Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts

Zusätzlich zur Haftungsproblematik stellen sich bei der Testamentsvollstreckung im Personengesellschaftsrecht weitere erbrechtliche und insbesondere gesellschaftsrechtliche Fragen. Diese zusätzlichen Fragen der Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen sollen hier nicht vertieft werden. Sie stehen einer uneingeschränkten Zulassung der Testamentsvollstreckung nach vordringender Auffassung nicht entgegen. So ist die erbrechtliche Frage nach der Nachlasszugehörigkeit des Personengesellschaftsanteils heute nicht mehr problematisch. Inzwischen ist anerkannt, dass der Gesellschaftsanteil zwar im Wege der Sondererbfolge unmittelbar auf den nachfolgeberechtigten Gesellschafter-Erben übergeht, aber dennoch Nachlassbestandteil ist.²² Auch

¹⁷ BGHZ 108, 187, 195; *Schäfer*, in: Staub, HGB, § 139 Rn. 60; *Reimann*, in: Staudinger, § 2205 Rn. 167; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 141; *Kämper*, RNotZ 2016, 625, 632; vgl. *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 534.

¹⁸ BGHZ 98, 48, 57.

¹⁹ *Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 Rn. 51.

²⁰ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 36; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 167.

²¹ BGHZ 108, 187, 192. Das gilt auch für die „Innenseite“ des Kommanditanteils.

²² BGHZ 98, 48; BGHZ 108, 187; BGH ZIP 1998, 383; *Kunz*, in: Staudinger, § 1922 Rn. 208; *Ulmer/Schäfer*, ZHR 160 (1996), 413, 439. In BGHZ 201, 216 hat der BGH die Nachlasszugehörigkeit ohne Problematisierung vorausgesetzt.

die weiteren gesellschaftsrechtlichen Einwände haben sich aus heutiger Sicht im Wesentlichen erledigt.²³ Hinsichtlich der Personenbezogenheit der Mitgliedschaft wird darauf hingewiesen, dass dieser durch die erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter ausreichend Rechnung getragen wird.²⁴ Auch das Abspaltungsverbot steht der Testamentsvollstreckung am Personengesellschaftsanteil nach überwiegender Ansicht nicht entgegen.²⁵ Entsprechendes gilt für den Grundsatz der Selbstorganschaft.²⁶ Schließlich verneint die vordringende Ansicht auch eine Begrenzung der Testamentsvollstreckerbefugnisse durch den Kernbereich der Mitgliedschaft des Gesellschafter-Erben.²⁷ Denn als Instrument des Minderheitenschutzes betrifft die Kernbereichslehre das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und lässt sich nicht auf das Verhältnis zwischen Gesellschafter-Erben und Testamentsvollstrecker übertragen. Beschränkungen der Testamentsvollstreckerbefugnisse sind vielmehr aus dem Erbrecht zu entwickeln. Somit verbleibt auch bei der Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen allein die erbrechtliche Haftungsbeschränkung als das entscheidende Hindernis.

b) Haftungsbeschränkung als Grenze der Liberalisierung

Daher soll im Rahmen dieser Untersuchung die Haftungsproblematik als Kernproblem einer umfassenden Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich im Fokus stehen. In diesem Zusammenhang ist vorrangig von Interesse, ob die im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen zu beobachtende Liberalisierungstendenz auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Haftungsproblematik hat. Eine Lockerung im Hinblick auf die Haftungsproblematik in Richtung einer großzügigeren Akzeptanz einer Haftungsbeschränkung auf den Nachlass auch für den unternehmerischen Testamentsvollstrecker ist dabei aber nicht erkennbar.

So bedeutet die Zulassung der Testamentsvollstreckung an der sog. Außenseite von OHG- bzw. Komplementäranteilen keine Aufweichung des Dogmas unbeschränkter Haftung. Hier verbleiben die innergesellschaftlichen Handlungsbefugnisse, die zu einer Haftung der Gesellschaft führen können, beim

²³ K. Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 139 Rn. 45; Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 37; Schäfer, in: Staub, HGB, § 139 Rn. 59; ders., in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 111; Kämper, RNotZ 2016, 625, 632 f.; Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 126 ff.

²⁴ Schäfer, in: Staub, HGB, § 139 Rn. 59, 61; K. Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 139 Rn. 47 f.

²⁵ Schäfer, in: Staub, HGB, § 139 Rn. 59, 63; Kämper, RNotZ 2016, 625, 632 f.; BGHZ 108, 187, 199 (zur KG).

²⁶ Kämper, RNotZ 2016, 625, 633; Stimpel, in: FS Brandner, S. 779, 783.

²⁷ Priester, in: FS Streck, S. 891, 902; Wälzholz, in: VGR 2014, S. 67, 98.

Erben, der weiterhin unbeschränkt persönlich haftet.²⁸ Mit der Zulassung der Testamentsvollstreckung an der Außenseite vermeidet die herrschende Meinung somit den Bruch mit dem Grundsatz unbeschränkter Inhaberhaftung durch eine Beschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers.

Auch bei der Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil ist eine großzügigere Akzeptanz der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlass für den unternehmerischen Testamentsvollstrecker nicht erkennbar. Vielmehr deuten Rechtsprechung und Stellungnahmen im Schrifttum hier eine Lösung der Haftungsproblematik zulasten des Erben an. Im Fall der volleingezahlten Kommanditeinlage stellt sich die Haftungsproblematik grundsätzlich nicht.²⁹ Im Fall der Vererbung einer nicht volleingezahlten Kommanditeinlage geht die Rechtsprechung wie selbstverständlich davon aus, dass der Erbe gem. § 171 Abs. 1 HGB bis zur Höhe der Einlage unbeschränkt persönlich hafte und die Anordnung von Testamentsvollstreckung auf diese Haftung keinerlei Einfluss haben könne.³⁰ Auch für den Fall der Rückzahlung der Kommanditeinlage an den Testamentsvollstrecker ohne Zustimmung des Erben hat sich die Rechtsprechung nicht für das Konzept einer zwingend auf den Nachlass beschränkbarer Erbenhaftung ausgesprochen.³¹ Vielmehr hält sie apodiktisch fest, dass sich die „persönliche – nicht auf das Nachlaßvermögen beschränkte – Haftung [des Erben] nach § 172 Abs. 4 HGB wegen des nötigen Schutzes der Gläubiger nicht vermeiden lassen“ werde.³² Die Aussage des BGH, dass sich aus Handeln des Testamentsvollstreckers ausnahmsweise unbeschränkbare Verpflichtungen des Erben ergeben können, bedeutet in der Sache eine teleologische Reduktion des § 2206 Abs. 2 BGB.³³

Dies entspricht einer Tendenz, die sich auch bei der Diskussion um die Testamentsvollstreckung am OHG-Anteil beobachten lässt. Während nahezu sämtliche Vertreter der echten Testamentsvollstreckerlösung im Fall des Einzelunternehmens die Testamentsvollstreckung trotz der möglichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlass zulassen möchten, wollen einige Befürworter einer reinen Testamentsvollstreckung am OHG-Anteil nicht etwa ebenso mit

²⁸ OLG Düsseldorf RNotZ 2008, 303, 304; *Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 Rn. 52; *Schmitz*, ZGR 1988, 140, 152.

²⁹ BGHZ 108, 187, 195.

³⁰ BGHZ 108, 187, 197; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 44. Sehr kritisch zur Selbstverständlichkeit, mit der dies angenommen wird, aber im Ergebnis für den typisch ausgestalteten Kommanditanteil zustimmend *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 508 ff.

³¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 516; vgl. auch *Horn*, in: Heymann, § 177 Rn. 15.

³² BGHZ 108, 187, 197.

³³ So auch *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 189.

dem Dogma unbeschränkbarer Haftung brechen. Vielmehr zielen sie mit unterschiedlicher Argumentation auf eine unbeschränkbare persönliche Haftung des Gesellschafter-Erben und damit auf einen Bruch mit der Wertung des § 2206 Abs. 2 BGB.³⁴ Die Diskussion um die Zulassung der Testamentsvollstreckung an vollhaftenden Beteiligungen steht damit in einem auffälligen und durchaus fragwürdigen Gegensatz zur Diskussion um die Zulassung der Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen.³⁵ Entsprechende Ansätze, die unter Umgehung des § 2206 Abs. 2 BGB auf eine unbeschränkbare Haftung des Erben zielen, haben sich jedoch nicht durchsetzen können. Sie hätten nicht nur eine zweifelhafte Ungleichbehandlung von Einzelunternehmen und Personengesellschaftsanteil zur Folge.³⁶ Zudem sind, auch unter Berücksichtigung des Wahlrechts des Gesellschafter-Erben aus § 139 HGB, keine überzeugenden Gründe für einen Vorrang des § 128 HGB gegenüber der Schutzvorschrift des § 2206 BGB ersichtlich.³⁷ Vor diesem Hintergrund mehrten sich in jüngerer Zeit die Stimmen, die für eine uneingeschränkte Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen unter Anerkennung der Wertung des § 2206 BGB eintreten.³⁸

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich bei der Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen zwar eine gewisse Liberalisierung der zuvor strikt ablehnenden herrschenden Meinung beobachten lässt. Damit ist jedoch bislang keine Aufweichung im Hinblick auf die Haftungsproblematik verbunden. Vielmehr sieht die herrschende Meinung in der gegenständlichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nach wie vor ein unüberwindbares Hindernis für eine weitergehende Zulassung der Testamentsvollstreckung an Unternehmen sowie an vollhaftenden Personengesellschaftsanteilen.

³⁴ *Faust*, DB 2002, 189, 193; *Marotzke*, JZ 1986, 457, 461; *Emmerich*, ZHR 132 (1969), 297, 304 ff.; *Holzhauser*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 28 ff.

³⁵ Darauf zu Recht kritisch hinweisend *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 539 f.

³⁶ *Ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 545; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 143.

³⁷ *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 113; *ders.*, in: Staub, HGB, § 139 Rn. 60; *Dörrie*, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personenhandelsgesellschaften und der GmbH, S. 56; s. die Kritik einzelner Ansätze bei *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 142 ff.; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 540 ff.

³⁸ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 36 und Rn. 21; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 549 ff.; *Kämper*, RNotZ 2016, 625, 634 f.; *Freiherr von Proff*, DStR 2018, 415, 417.

III. Ausweidlösungen und ihre Defizite

Die strikte, ablehnende Haltung der Rechtsprechung zur Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen zwingt die Kautelarpraxis zu komplizierten Umwegen. Sie hat Ausweidlösungen entwickelt, um das bestehende praktische Bedürfnis an einer Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich zu befriedigen.³⁹ In Gestalt der sog. Vollmachtlösung und der sog. Treuhandlösung zielen diese darauf ab, eine unbeschränkte persönliche Haftung eines der Beteiligten sicherzustellen und so dem Dogma einer unbeschränkten und unbeschränkbaren persönlichen Haftung zu entsprechen.⁴⁰ Als Haftungssubjekt kommen dabei in erster Linie der Erbe oder der Testamentsvollstrecker in Betracht.

1. Vollmachtlösung

a) Ausgangspunkt

Bei der Vollmachtlösung⁴¹ soll der Erbe als stets unbeschränkt haftender Rechtsträger zur Verfügung stehen. Zu diesem Zweck erhält der Testamentsvollstrecker eine Vollmacht, mittels derer er das Unternehmen im Namen des Erben fortführen und den Erben dabei auch als Inhaber seines Privatvermögens verpflichten kann.⁴² Der Erbe ist Unternehmensinhaber und als solcher selbst, ohne einen Testamentsvollstreckervermerk, in das Handelsregister einzutragen.⁴³ Für die durch den Testamentsvollstrecker als Bevollmächtigten begründeten Neuverbindlichkeiten haftet der Erbe unbeschränkt und unbeschränkbar. Für die geerbten Altverbindlichkeiten haftet er nach Maßgabe der §§ 25, 27 HGB erbrechtlich beschränkbar, wenn er das Geschäft ohne die bisherige Firma fortführt, sonst bei Fortführung unter der bisherigen Firma unbeschränkt.⁴⁴ Nach überwiegender Ansicht besteht jedoch auch im letzteren Fall die Möglichkeit, die handelsrechtlich unbeschränkte Haftung für

³⁹ s. zu den Ausweidlösungen die umfangreiche Darstellung bei *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 37 ff. Die Ausweidlösungen dienen ebenso zur Realisierung einer Testamentsvollstreckung an Anteilen eines unbeschränkt haftenden Personengeschafters, *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 38.

⁴⁰ *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 113.

⁴¹ Vgl. RGZ 172, 199, 205 (zur KG); BGHZ 12, 100, 102 f.; BGHZ 35, 13, 15 f.

⁴² *John*, BB 1980, 757, 758.

⁴³ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 25; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 129; dagegen für Testamentsvollstreckervermerk *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 317.

⁴⁴ *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 130; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 39; *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 256.

Altverbindlichkeiten analog § 25 Abs. 2 HGB durch Eintragung einer einseitigen Erklärung im Handelsregister und Bekanntmachung auszuschließen.⁴⁵

In den Details entstehen bei den unter dem Stichwort Vollmachtlösung diskutierten Konstruktionen Unklarheiten daraus, dass nicht immer deutlich wird, ob es sich bei der jeweils diskutierten Ausweidlösung noch um eine Testamentsvollstreckung handelt. In der Literatur wird nicht immer klar, ob die Vollmacht an die Stelle der Testamentsvollstreckung treten und die Anordnung der Testamentsvollstreckung folglich gänzlich ersetzen soll (vollstreckungsersetzende Vollmacht), oder ob die Vollmacht lediglich ergänzend neben die angeordnete Testamentsvollstreckung treten soll (vollstreckungsergänzende Vollmacht).⁴⁶ Rechtsprechung und überwiegende Meinung gehen in der Regel davon aus, dass die Vollmacht die Anordnung von Testamentsvollstreckung lediglich ergänzt, aber nicht vollständig ersetzt.⁴⁷ Dies entspricht der Zielsetzung, weitgehend Testamentsvollstreckungsrecht zur Anwendung zu bringen mit der lediglich aufgrund der Haftungsproblematik veranlassten Modifikation einer unbeschränkbaren Haftung des Erben.⁴⁸

b) Kritik

Für die Vollmachtlösung ist eine möglichst umfassende sowie unwiderrufliche Vollmacht erforderlich. Überdies müsste die Vollmacht verdrängende Wirkung haben, da andernfalls der Erbe nicht von der Verwaltung des Unternehmens ausgeschlossen bliebe. Die Begründung einer diesen Kriterien genügenden Vollmacht bereitet allerdings erhebliche Schwierigkeiten.

⁴⁵ KG DR 1940, 2007; *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 49; *Thiessen*, in: MünchKomm HGB, § 27 Rn. 46; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 27 Rn. 8; *Canaris*, Handelsrecht, § 7 Rn. 111; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1967 Rn. 44; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 39; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 130.

⁴⁶ Die Begriffe vollstreckungsersetzende und vollstreckungsergänzende Vollmacht wurden geprägt von *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 345 ff.; s. ferner *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 39; zu beiden Konstruktionen auch *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513, 517 f.

⁴⁷ BGHZ 12, 100, 103; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 25; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 39; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 99; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 352. Der Begriff der Ersatzlösung ist daher (s. auch zur Treuhandlösung bei Fn. 106 in diesem Teil) irreführend, vorzugswürdig erscheint der auch von *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 294 verwandte Begriff der Ausweidlösung.

⁴⁸ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 99.

aa) Keine verdrängende Wirkung der Vollmacht

In der Variante der vollstreckungsersetzenden Vollmacht kann die Vollmachtlösung schon deswegen keine überzeugende Alternative zur Testamentsvollstreckung bieten, weil hier das Fernhalten des Erben von der selbstständigen Verwaltung des im Nachlass befindlichen Unternehmens erhebliche Schwierigkeiten bereitet.⁴⁹ Es bildet ein wesentliches Merkmal der Testamentsvollstreckung, dass der Erbe gem. §§ 2211, 2214 BGB über den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlass nicht verfügen kann. Allein der Testamentsvollstrecker hat die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, §§ 2205, 2209 BGB. Eine entsprechende Verlagerung der Verfügungsbefugnis allein auf rechtsgeschäftlichem Weg scheitert an § 137 BGB. Das deutsche Recht kennt keine verdrängende Vollmacht.⁵⁰ Bei der vollstreckungsersetzenden Vollmacht ist es daher nicht möglich, den Erben mit dinglicher Wirkung von der Verwaltung und Verfügung über das Unternehmen auszuschließen. In Betracht kommt allein eine testamentarische Verpflichtung zu einem Verzicht auf die eigene Rechtsausübung, die aber nur schuldrechtlich wirken und somit nicht die nötige Rechtssicherheit bieten kann.⁵¹ Geht man jedoch mit der Figur der vollstreckungsergänzenden Vollmacht weiterhin von der Anordnung der Testamentsvollstreckung aus, so gilt weiterhin die Verfügungsbeschränkung des § 2211 BGB sowie das Zugriffsverbot für Erbeneigengläubiger gem. § 2214 BGB.

bb) Schwierigkeiten bei Begründung der Vollmacht

Zudem bereitet bereits die Begründung der Vollmacht schwierige Probleme.

(1) Vollmachterteilung durch den Erblasser

Dabei kommt zunächst in Betracht, dass bereits der Erblasser den Testamentsvollstrecker zur Geschäftsfortführung im Namen des Erben bevollmächtigt. Zwar sind sowohl transmortale Vollmacht, die bereits vor dem Tod wirksam wird und über den Tod hinaus gilt, als auch postmortale Vollmacht, die erst mit dem Tod des Erblassers wirksam wird, grundsätzlich zulässig. Dennoch scheidet die Vollmachterteilung durch den Erblasser als Grundlage der Vollmachtlösung von vornherein aus. Denn sie kann den wesentlichen

⁴⁹ Ebenso *dies.*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 99.

⁵⁰ *Armbrüster*, in: MünchKomm BGB, § 137 Rn. 17; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 182.

⁵¹ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 52.

Aspekt der Vollmachtlösung, die unbeschränkbare Haftung des Erben mit seinem gesamten Vermögen, nicht garantieren. Nach ganz herrschender Auffassung kann sich eine trans- oder postmortale Vollmacht nur auf den Nachlass, nicht aber auf das Privatvermögen des Erben, beziehen, sodass diesem stets die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass bleibt.⁵² Alles andere wäre ein unzulässiges Rechtsgeschäft zulasten Dritter.⁵³ Nach vereinzelt vertretener Auffassung soll etwas anderes für eine transmortale Vollmacht gelten.⁵⁴ Dies kann jedoch kaum überzeugen. Denn es darf keinen Unterschied machen, ob der Bevollmächtigte vor oder nach dem Todesfall handelt.⁵⁵

Außerdem ist es nicht möglich, den Widerruf einer durch den Erblasser erteilten Generalvollmacht auszuschließen.⁵⁶ So ist – anders als bei einer Spezialvollmacht – die unwiderrufliche Erteilung einer Generalvollmacht nach herrschender Meinung unzulässig.⁵⁷ Auch eine nicht für den Erblasser, sondern erst für den Erben unwiderrufliche Generalvollmacht halten erhebliche Teile des Schrifttums aufgrund der damit verbundenen Knebelung für sittenwidrig und nichtig gem. § 138 BGB.⁵⁸ Jedenfalls würden durch eine solche Vollmacht die Vorschriften der Testamentsvollstreckung umgangen.⁵⁹

(2) Vollmachterteilung durch den Erben

Die Alternative besteht darin, dass der Erbe dem Testamentsvollstrecker Vollmacht erteilt. Selbstverständlich kann er dies freiwillig tun. Damit wäre

⁵² RGZ 106, 185, 187; vgl. BGH NJW 1962, 1718, 1719; OLG Frankfurt a. M. ZEV 2012, 377, 378; Zimmermann, in: MünchKomm BGB, Vor § 2197 Rn. 14; Schubert, in: MünchKomm BGB, § 168 Rn. 39; Grunewald, ZEV 2014, 579, 580; umfangreiche Nachweise bei Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 379; zum Meinungsstand auch Jacoby, Das private Amt, S. 327.

⁵³ Madaus, ZEV 2004, 448, 449; Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 46; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 382.

⁵⁴ Beuthien, in: FS Fischer, S. 1, 12 ff.

⁵⁵ Dutta, in: Staudinger, § 1967 Rn. 28; Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 46.

⁵⁶ Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 97.

⁵⁷ BGH NJW 2011, 66 Rn. 16; Schubert, in: MünchKomm BGB, § 168 Rn. 20 ff., 25.

⁵⁸ KG JFG 1, 318; Pauli, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 133; Reimann, in: Staudinger, § 2205 Rn. 154; Stürner, in: Jauernig, BGB, Vor § 2197 Rn. 2; a.A. Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 387.

⁵⁹ Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 50; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 388; Stürner, in: Jauernig, BGB, Vor § 2197 Rn. 2; Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 98; Kipp/Coing, Erbrecht, § 91 IV 11; vgl. RGZ 139, 41, 43.

eine vom Willen des Erben unabhängige Fremdverwaltung aber nicht sicher gestellt. Die Bemühungen müssen sich dementsprechend darauf konzentrieren, den Erben testamentarisch dazu zu zwingen, den Testamentsvollstrecker zur Fortführung des Unternehmens im Namen und unter unbeschränkter Haftung des Erben zu bevollmächtigen. In Betracht kommen insofern eine bedingte Erbeinsetzung (§§ 2074, 2075 BGB) und praktisch insbesondere eine testamentarische Auflage (§§ 1940, 2192 ff. BGB).⁶⁰ Eine testamentarische Auflage zur Vollmachterteilung ist zwar nicht etwa bereits deswegen unzulässig, weil sie sich nicht ausschließlich auf den Nachlass bezieht und auf eine Verpflichtung des Erben mit seinem Privatvermögen ohne finanziellen Ausgleich zielt.⁶¹ Die Unzulässigkeit der Vollmachtauflage folgt also nicht bereits aus dem Wesen der Auflage.⁶² Dennoch bestehen gravierende Bedenken, den Erben testamentarisch zur Vollmachterteilung zu verpflichten.⁶³

(a) Keine Haftung ohne Herrschaft

So hat *Siebert* gegen die Vollmachtlösung eingewandt, sie verstoße gegen den Grundsatz, dass es eine „Haftung ohne Herrschaft“ nicht geben dürfe.⁶⁴ Außerhalb der notwendigen gesetzlichen Vertretung gebe es keine Fälle, in denen jemand persönlich haften müsse, aber in den Entscheidungen, die eine solche Haftung begründen können, unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen sei. Der Einwand beruht auf der Umkehrung des insbesondere durch *Müller-Erbach* geprägten Postulats „keine Herrschaft ohne Haftung“. ⁶⁵ Nun hat schon *Wiedemann* dargelegt, dass in dieser Pauschalität kein verbindlicher Rechtssatz existiert, der den Gleichklang von

⁶⁰ BGHZ 12, 100; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 53 f. macht deutlich, dass aus praktischer Sicht lediglich eine Auflage ernsthaft in Betracht kommt. Eine bedingte Erbeinsetzung sei praktisch wenig hilfreich, weil sich der Unternehmenserbe nicht einfach ersetzen lasse. Eine bedingte Erbeinsetzung werde zudem in der Regel nicht den Vorstellungen des Erblassers entsprechen. Hinsichtlich des Zwangs des Erben zur Vollmachterteilung sind beide Wege grundsätzlich gleich zu beurteilen.

⁶¹ *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 65 II; *Daragan*, in: *Damrau/Tanck*, § 2192 Rn. 9; a.A. noch *Siebert*, in: *FS Hueck*, S. 321, 333.

⁶² *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 56 f.

⁶³ *K. Schmidt*, in: *MünchKomm HGB*, § 1 Rn. 59.

⁶⁴ *Siebert*, in: *FS Hueck*, S. 321, 335; vgl. *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 57.

⁶⁵ *Müller-Erbach*, AcP 154 (1955), 299, 342 f.; *Schläfke*, Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG als haftungsbeschränkter Personengesellschaft, S. 43; diese Umkehrung ist bereits bei *Müller-Erbach*, Deutsches Handelsrecht, S. 180 angedeutet.

Herrschaft und Haftung vorschreibt.⁶⁶ Dafür ist das Postulat zu vage. Einem zwingenden, gar wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz „keine Herrschaft ohne Haftung“ hat auch der BGH im sog. Rektor-Fall eine Absage erteilt, indem er klargestellt hat, dass ein Kommanditist nicht schon dann unbeschränkt haften müsse, wenn er wirtschaftlich gesehen der alleinige Inhaber des Handelsgeschäfts sei und eine vermögenslose Person als Komplementär vorschiebe.⁶⁷ Allerdings hat *Siebert* bei seiner Forderung nach einem Gleichlauf von Haftung und Herrschaft auch konkreter formuliert, dass niemand unfreiwillig der Entscheidungsgewalt einer anderen Person unterworfen werden dürfe. Dem stimmt auch *Wiedemann* zu: „Niemand kann eine fremde geschäftsfähige Person ohne ihr wenigstens generelles Einverständnis, also unfreiwillig, persönlich unbeschränkt durch Rechtsgeschäft verpflichten.“⁶⁸ Dies entspringe der Idee von der Freiheit und Gleichheit der Person im Privatrecht. Das so konkretisierte Postulat lässt sich jedenfalls nicht mit dem Hinweis verwerfen, auch ein persönlich haftender Gesellschafter könne vollständig von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden.⁶⁹ Denn auf eine solche Gestaltung muss sich der Gesellschafter freiwillig einlassen.⁷⁰ Allerdings lässt sich auch mit diesem konkretisierten Satz die Zulässigkeit der Vollmachtauflage nicht abschließend beurteilen. Denn die Freiwilligkeit der Vollmachterteilung durch den Erben steht gerade in Frage. Einerseits wird der Erbe zwar durch die Auflage zur Vollmachterteilung gezwungen. Andererseits könnte er aber auch die Erbschaft ausschlagen und setzt er sich insofern bewusst der Vollmachtauflage aus. Dabei kann man bei der Beurteilung der Entscheidung des Erben nicht einfach zwischen der freiwilligen Annahme der Erbschaft und der unfreiwilligen Vollmachtauflage trennen, um dann zur Unzulässigkeit der Vollmachtauflage zu kommen.⁷¹ Vielmehr ist die maßgebliche Frage, inwiefern bei einer Gesamtbetrachtung die Annahme der Erbschaft unter Inkaufnahme der Vollmachtauflage freiwillig geschieht. Diese Frage lässt sich aber kaum abstrakt beantworten, sondern lediglich im konkreten Einzelfall.

⁶⁶ *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 328.

⁶⁷ BGHZ 45, 204; ausführlich hierzu *Fleischer/Hahn*, in: *Fleischer/Thiessen* (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 255 ff.

⁶⁸ *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 329.

⁶⁹ Vgl. *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 58.

⁷⁰ Vgl. *Fleischer/Hahn*, in: *Fleischer/Thiessen* (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 255, 279.

⁷¹ *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 329; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 59.

(b) Umgehung des Testamentsvollstreckungsrechts

Andere Autoren sehen in der Auflage zur Erteilung einer unwiderruflichen Generalvollmacht eine Umgehung der Vorschriften über die Testamentsvollstreckung.⁷² Denn die Vollmachtlösung zielt auf eine vom Einfluss des Erben unabhängige Verwaltung bei gleichzeitiger unbeschränkbarer Haftung des Erben mit seinem gesamten Vermögen.⁷³ Nach den Regeln über die Testamentsvollstreckung wird die vom Willen des Erben unabhängige Stellung des Testamentsvollstreckers jedoch gerade durch dessen auf den Nachlass beschränkte Verpflichtungsmacht begrenzt und nur somit akzeptabel.⁷⁴ Mit der unwiderruflichen Eingriffsmöglichkeit in das Privatvermögen des Erben durch einen unabhängigen Fremdverwalter würden daher Interessen verletzt, die durch die Regeln über die Testamentsvollstreckung, zwingend geschützt werden sollten.⁷⁵ Es sei daher zweifelhaft, ob der Erblasser über den Umweg einer Auflage die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers auf das Privatvermögen des Erben erweitern könne.

(c) Sittenwidrigkeit der Vollmachtauflage

Erhebliche Teile der Literatur gehen im Übrigen von der Unzulässigkeit einer Auflage zur Erteilung einer umfassenden und unwiderruflichen Verwaltungsvollmacht aufgrund der für den Erben damit verbundenen wirtschaftlichen Selbstentmündigung aus, § 138 BGB.⁷⁶ Weitergehend formuliert *Muscheler*, dass eine notwendige verfassungskonforme Auslegung der §§ 1940, 2192 ff. BGB zur Unzulässigkeit der Vollmachtauflage führt. Der Erbe hat kaum Einfluss auf die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers. So kann er weder frei entscheiden, ob er die Vollmacht erteilt, noch kann er über die Person des Bevollmächtigten, den Umfang oder die Dauer der Vollmacht bestimmen.⁷⁷ Auch nach der Vollmachterteilung hat er nur sehr geringen

⁷² *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 61; *Emmerich*, ZHR 132 (1969), 297, 314; *Brandner*, in: FS Stimpel, S. 991, 1002.

⁷³ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 61.

⁷⁴ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 61; *Emmerich*, ZHR 132 (1969), 297, 314.

⁷⁵ *Buschmann*, Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 77; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 61.

⁷⁶ *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 123; vgl. *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 25 f.; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 106; *John*, BB 1980, 757, 758; *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 257 f.; *Brandner*, in: FS Stimpel, S. 991, 1002; *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513, 517; erhebliche Zweifel auch bei BGH WM 1969, 492, 493; BayObLGZ 1986, 34, 40.

⁷⁷ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 371.

Einfluss auf die Führung der Geschäfte durch den Bevollmächtigten. Er darf nicht selbst handeln, bei der vollstreckungsergänzenden Vollmacht ist er hieran gem. §§ 2214, 2211 BGB sogar dinglich gehindert. Er kann keine Weisungen erteilen und sich des Fremdverwalters, abgesehen von einem Widerruf aus wichtigem Grund oder einer Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB, auch nicht einfach wieder entledigen. Der Erbe ist dadurch in seiner Privatautonomie und damit in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG sowie in seinem Recht auf Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG beeinträchtigt. Der wesentliche Einwand der Befürworter der Vollmachtauflage lautet dagegen, es stehe dem Erben frei, die Erbschaft auszuschlagen.⁷⁸ Ob der Erbe in dieser Situation jedoch tatsächlich frei entscheiden kann, ist zweifelhaft.⁷⁹ Denn die Konsequenzen seiner Entscheidung sind für ihn zum Zeitpunkt der Annahme der Erbschaft kaum abzusehen.⁸⁰ Er muss zwischen dem Verzicht auf einen gegenwärtigen Vorteil und der Hinnahme möglicher zukünftiger Nachteile für einen langen Zeitraum wählen.⁸¹ Damit wird er zur Eingehung eines unkalkulierbaren Risikos genötigt. In Reaktion auf diese Einwände versuchen einige Autoren, das Verdikt der Sittenwidrigkeit durch zeitliche und inhaltliche Begrenzung der Vollmacht auf ein zumutbares Maß zu vermeiden.⁸² Zeitlich soll sie an die Dauer der Amtszeit des Testamentsvollstreckers geknüpft werden. Inhaltlich sollen etwa unentgeltliche Verfügungen aus der Vollmacht ausgeklammert werden. Doch droht sich die Vollmachtlösung damit selbst zu entwerten, weil jede Begrenzung der Vollmacht den durch sie angestrebten Verkehrsschutz schmälert.⁸³

⁷⁸ BGHZ 12, 100, 103; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 314; *Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 Rn. 29.

⁷⁹ *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 258; *Brandner*, in: FS Stimpel, S. 991, 1002; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 106; vgl. *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 329 f.

⁸⁰ Dies zugestehend auch *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 318.

⁸¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 371. Es ist auch hier eine gewisse Parallele zum Insolvenzrecht und der Ansicht von *Wolff*, ZZP 22 (1896), 207 ff. zu erkennen, der entgegen der heute h.M. den Insolvenzschuldner für sämtliche Masseverbindlichkeiten mit der Begründung unbeschränkt haften lassen will, der Schuldner habe die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verursacht. Dagegen spricht, dass nicht vorhersehbar ist und der Schuldner auch keinen Einfluss darauf hat, inwieweit der Verwalter Masseverbindlichkeiten begründet. Die Verursachung der Fremdverwaltung tritt wertungsmäßig zurück hinter dem Umstand, dass kein Einfluss auf die Bestellung des Verwalters und die Verwaltungsführung gegeben ist.

⁸² *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 135; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 68; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 316.

Selbst wenn es nach alledem gelingt, den Erben testamentarisch zur Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers zu zwingen, so leidet die Vollmachtlösung weiterhin an der fehlenden Möglichkeit, eine Generalvollmacht unwiderruflich zu erteilen.⁸⁴ Der mögliche Widerruf ist ein Druckmittel in der Hand des Erben gegen den Testamentsvollstrecker. Zwar kann der Erbe durch drohende testamentarische Sanktion von dem Widerruf der Vollmacht abgehalten werden. Ein dinglicher Ausschluss des Widerrufs ist bei einer Generalvollmacht aber nicht möglich.

Ungeachtet der dogmatischen Einzelheiten der verschiedenen Argumentationsansätze gegen die Vollmachtlösung zeigt sich, dass das mit ihr angestrebte Ziel, nämlich eine Verwaltungstestamentsvollstreckung mit unbeschränkbarer persönlicher Haftung des Erben, auf schwerwiegende Bedenken stößt.⁸⁵ Eine unfreiwillige, umfassende, unwiderrufliche und verdrängende Vollmacht ist dem Privatrecht grundsätzlich fremd.⁸⁶ Eine solche Vollmacht durch Kombination von Testamentsvollstreckung und Zwang zur Bevollmächtigung zu konstruieren bzw. sich einer solchen Konstruktion anzunähern, löst zu Recht Unbehagen aus.

cc) Zweifelhafte Folgen für die Haftungsstruktur

Abgesehen von den erheblichen Schwierigkeiten bei der Begründung der Vollmacht ist noch nicht einmal sicher, ob die Vollmachtlösung zu einer interessengerechten Haftungsstruktur führt.

(1) Haftung mit dem Nachlass?

Dem Dogma der unbeschränkten persönlichen Haftung mag die Vollmachtlösung formal gerecht werden. Jedoch stellt sich die Frage, ob sie den Zugriff der mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neugeschäftsgläubiger auf das Geschäftsvermögen gewährleistet. Da die Vollmachtlösung

⁸³ Schiemann, in: FS Medicus, S. 513, 518; vgl. auch Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 50, nach dem die testamentarische Verpflichtung zu einer widerruflichen Generalvollmacht oder einer Spezialvollmacht zwar denkbar wäre, aber nicht den Erblasserwunsch verwirklichen würde.

⁸⁴ Dazu Canaris, Handelsrecht, § 9 Rn. 32; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 278; Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 62.

⁸⁵ Dieses negative Gesamtbild hervorhebend Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 278; Burgard, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 78; vgl. Holzhauser, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 40 ff.

⁸⁶ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 278; Lieb, in: MünchKomm HGB, 2. Aufl. 2005, § 27 Rn. 24; Schubert, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 238.

nichts daran ändert, dass sich das Unternehmensvermögen im Nachlass befindet, erfordert dies die Begründung von Nachlassverbindlichkeiten. Es kommt also darauf an, ob der Bevollmächtigte neben Eigenverbindlichkeiten des Erben auch Nachlassverbindlichkeiten begründet. Dabei ist zwischen vollstreckungsersetzender und vollstreckungsergänzender Vollmacht zu unterscheiden.

Bei der vollstreckungsersetzenden Vollmacht liegt keine Testamentsvollstreckung vor. Der Bevollmächtigte tritt allein im Namen des Erben auf und kann den Nachlass dementsprechend nur unter denselben Voraussetzungen verpflichten, unter denen auch der Erbe selbst Nachlassverbindlichkeiten begründen kann. Nach der Lehre von der Nachlasserbenschuld begründet der Erbe bei der eigenhändigen Verwaltung des Nachlasses zunächst persönliche Eigenverbindlichkeiten.⁸⁷ Diese Verbindlichkeiten können zugleich Nachlassverbindlichkeiten sein, sofern sie einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses dienen (sog. Nachlasserbenschulden).⁸⁸ Im Fall der vollstreckungsersetzenden Vollmacht können die Neugeschäftsgläubiger auf den Nachlass und das darin befindliche Geschäftsvermögen daher nur unter dem Vorbehalt zugreifen, dass die Eingehung der jeweiligen Verbindlichkeit einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung entsprochen hat. Selbst bei ordnungsgemäßer Verwaltung haben Neugeschäftsgläubiger in der Nachlassinsolvenz nur den Rang eines einfachen Insolvenzgläubigers. Die für durch den Testamentsvollstrecker begründete Forderungen geltende Privilegierung als vorrangig zu befriedigende Masseverbindlichkeit gem. § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO kommt ihnen nicht zugute.⁸⁹ Der Bevollmächtigte ist kein Testamentsvollstrecker.

Komplizierter gestaltet sich die Lage bei der vollstreckungsergänzenden Vollmacht. Bei der Dauervollstreckung ist der Testamentsvollstrecker in seiner Verpflichtungsbefugnis für den Nachlass gem. §§ 2209 S. 2, 2207 BGB im Zweifel unbeschränkt. Befürworter der Vollmachtlösung gehen davon aus, dass durch das Handeln des bevollmächtigten Testamentsvollstreckers stets ohne Weiteres sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch Nachlassverbindlichkeiten entstehen.⁹⁰ Die §§ 2209 S. 2, 2207 BGB sollen unabhängig davon Anwendung finden, ob der Testamentsvollstrecker in seiner Amtsfunktion als Testamentsvollstrecker oder als Bevollmächtigter han-

⁸⁷ Statt vieler BGH NJW 2013, 3446 Rn. 14.

⁸⁸ BGH NJW 2013, 933 Rn. 16.

⁸⁹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 348 f. Zur rechtspolitischen Fragwürdigkeit der Regelung bei der Testamentsvollstreckung s. unten Kapitel 2 – C.III.2.c).

⁹⁰ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 40; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 275.

delt.⁹¹ Diese Sichtweise gerät allerdings in Konflikt mit dem das Stellvertretungsrecht beherrschenden Offenkundigkeitsprinzip.⁹² Der bevollmächtigte Testamentsvollstrecker muss sich entscheiden, ob er als Bevollmächtigter oder als Testamentsvollstrecker handeln will. Die Annahme, er handele jedes Mal sowohl für den Erben als Privatperson als auch für den Nachlass, erscheint dagegen zweifelhaft konstruiert. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Testamentsvollstrecker bei der Vollmachtlösung im Zweifel als Bevollmächtigter des Erben handelt. Wenn und weil der Testamentsvollstrecker als Bevollmächtigter des Erben und nicht als Testamentsvollstrecker handelt, scheidet aber die Anwendung der §§ 2209 S. 2, 2207 BGB und ebenso des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO aus.⁹³ Eine Nachlassverbindlichkeit entsteht dann wie bei der Erbeneigenverwaltung nur unter dem Vorbehalt ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung und wird in der Nachlassinsolvenz nicht als Masseverbindlichkeit privilegiert.

(2) Erhalt des Nachlassvermögens

Weitere Fragen ergeben sich hinsichtlich der Erhaltung des Nachlassvermögens. So ist die Zuordnung des rechtsgeschäftlichen Neuerwerbs zum Nachlass fraglich. Handelt der Testamentsvollstrecker in Ausführung seines Amtes, so fällt rechtsgeschäftlicher Neuerwerb kraft der Erwerbsmacht des Testamentsvollstreckers in den Nachlass.

Bei vollstreckungsersetzender Vollmacht handelt jedoch allein ein Bevollmächtigter. Es gelten somit die gleichen Regeln wie bei der Eigenverwaltung durch den Erben.⁹⁴ Bei der Erbeneigenverwaltung ist die Zuordnung von Neuerwerb zum Nachlass oder Erbenprivatvermögen aber fraglich. Nach herrschender Auffassung gibt es hier keine dingliche Surrogation, andere Surrogationsvorschriften (z. B. § 2019 Abs. 1 BGB, § 2041 BGB oder § 2111 Abs. 1 BGB) sind auch nicht analog anwendbar.⁹⁵ Rechtsgeschäftlicher Neuerwerb wird nur dann Nachlassbestandteil, wenn und weil der Erbe für

⁹¹ Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 40; vgl. auch Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 100.

⁹² Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 354 unter Verweis auf das Verbot der Verpflichtungsermächtigung; auch Pauli, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 131 verneint Nachlassverbindlichkeit; zum Verbot der Verpflichtungsermächtigung Bayreuther, in: MünchKomm BGB, § 185 Rn. 31.

⁹³ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 354; so auch Siegmann/Scheuing, in: MünchKomm InsO, § 324 Rn. 12.

⁹⁴ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 354.

⁹⁵ BGH NJW-RR 1989, 1226, 1227; Küpper, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 6.

den Nachlass handeln will.⁹⁶ Ein solches nachlassbezogenes Handeln ist einem Bevollmächtigten des Erben nur schwer möglich.⁹⁷ Da der Neuerwerb regelmäßig in das Erbenprivatvermögen fällt, kommt es schleichend zu einer Verflüchtigung des Geschäftsvermögens aus dem Nachlass in das Privatvermögen des Erben.⁹⁸ Die Nachlassgläubiger können in der Folge nicht mehr direkt auf das Unternehmensvermögen zugreifen, sondern nur noch auf einen in den Nachlass fallenden schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben, §§ 1978, 667 BGB.

Dieses Problem vermeidet die vollstreckungsergänzende Vollmacht. Denn nach wohl herrschender Ansicht fällt Neuerwerb des Testamentsvollstreckers unabhängig von einem etwaig abweichenden Willen des Testamentsvollstreckers in direkter oder analoger Anwendung von § 2041 BGB in den Nachlass.⁹⁹ Wenn die herrschende Ansicht sogar bei Handeln des Testamentsvollstreckers in eigenem Namen eine dingliche Surrogation annimmt,¹⁰⁰ muss dies auch bei Handeln des Testamentsvollstreckers als Bevollmächtigter des Erben gelten.¹⁰¹

2. Treuhandlösung

a) Ausgangspunkt

Bei der Treuhandlösung soll der Testamentsvollstrecker als unbeschränkt haftender Rechtsträger dienen. Dazu tritt der Testamentsvollstrecker nach außen als Geschäftsinhaber auf und wird persönlich, nicht etwa in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen.¹⁰² Da allein der Testamentsvollstrecker als Unternehmer und

⁹⁶ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 6; *Dobler*, in: Staudinger, § 1978 Rn. 17; streitig ist, ob dieser Wille erkennbar hervortreten muss.

⁹⁷ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 102.

⁹⁸ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 355; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 101; zur Lehre vom Unternehmen als Nachlassgegenstand auf Zeit *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 173 ff.

⁹⁹ RGZ 138, 132; OLG Hamm ZEV 2001, 275; *Gergen*, in: MünchKomm BGB, § 2041 Rn. 3; *M. Wolf*, JuS 1975, 710, 715; ein Verstoß gegen das Offenkundigkeitsprinzip liegt hier nicht vor, da es bei Verfügungen nicht gilt. Gegen dingliche Surrogation bei Handeln des Testamentsvollstreckes in eigenem Namen *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 262 ff.; dem folgend *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 245; kritisch unter Hervorhebung des Rechtsgedankens des § 164 BGB *Jacoby*, Das private Amt, S. 296.

¹⁰⁰ Explizit *M. Wolf*, JuS 1975, 710, 715.

¹⁰¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 355 in Fn. 37.

¹⁰² *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 73.

Kaufmann agiert, bedeutet die Fortführung durch den Treuhänder für den Erben eine Geschäftseinstellung i. S. v. § 27 Abs. 2 HGB, sodass diesen bei Einhaltung der Dreimonatsfrist keine handelsrechtliche Haftung für die Altverbindlichkeiten trifft, sondern lediglich die auf den Nachlass beschränkbare Haftung als Erbe. Der Testamentsvollstrecker haftet für die Altverbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 25, 27 HGB, wobei er diese Haftung analog § 25 Abs. 2 HGB durch Eintragung einer einseitigen Erklärung im Handelsregister und Bekanntmachung ausschließen kann.¹⁰³ Für die durch den Testamentsvollstrecker als Treuhänder begründeten Neuverbindlichkeiten haftet der Testamentsvollstrecker persönlich unbeschränkt. Im Innenverhältnis kann er vom Erben gem. §§ 2218, 670 BGB Befreiung von der unbeschränkten Haftung für die Neuverbindlichkeiten verlangen.¹⁰⁴

Ob das Treuhandverhältnis neben die angeordnete Testamentsvollstreckung tritt oder ob es die Testamentsvollstreckung gänzlich ersetzt, wird in der Regel nicht problematisiert.¹⁰⁵ Es wird regelmäßig, wenn auch selten explizit, von einer bloßen Ergänzung der angeordneten Testamentsvollstreckung ausgegangen.¹⁰⁶ Doch ist auch bei der Treuhandlösung zwischen verschiedenen Spielarten zu unterscheiden, namentlich zwischen der Ermächtigungstreuhand¹⁰⁷ und der Vollrechtstreuhand. Sie unterscheiden sich in der jeweils durch sie implementierten Haftungsstruktur, insbesondere hinsichtlich der Zuordnung des Unternehmensvermögens. Bei der sog. Ermächtigungstreuhand erwirbt der Testamentsvollstrecker kein Eigentum an dem Geschäftsvermögen.¹⁰⁸ Er erhält lediglich das Recht, im eigenen Namen über die seiner Verwaltung unterliegenden Geschäftsgegenstände zu verfügen. Bei der sog. Vollrechtstreuhand¹⁰⁹ erwirbt der Testamentsvollstrecker das Eigentum an den Aktiva des Unternehmens und wird Inhaber der Geschäftsforderungen.

¹⁰³ Hopt, in: Baumbach/Hopt, § 27 Rn. 8; Pauli, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 125; Thiessen, in: MünchKomm HGB, § 25 Rn. 46; John, BB 1980, 757, 758; Baur, in: FS Dölle, S. 249, 252.

¹⁰⁴ Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 74. Zur Frage, ob der Erbe die Haftung für den Regressanspruch des Testamentsvollstreckers auf den Nachlass beschränken kann, s. sogleich unten Kapitel 1 – A.III.2.b)bb)(1).

¹⁰⁵ Vgl. dagegen Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 82.

¹⁰⁶ So wird grundsätzlich von der Geltung der §§ 2197 ff. BGB im Verhältnis zwischen Erben und Vollstrecker ausgegangen, Brandner, in: FS Stimpel, S. 991, 1003; Reimann, in: Staudinger, § 2205 Rn. 151.

¹⁰⁷ Für die Ermächtigungstreuhand findet sich auch der Begriff der Verwaltungstreuhand: Reimann, in: Staudinger, § 2205 Rn. 150; Bonefeld, in: Damrau/Tanck, § 2205 Rn. 34.

¹⁰⁸ Z. B. KG JW 1939, 104, 105; BGH NJW 1975, 54, 55. Rechtsprechung und Literatur gehen wohl regelmäßig von dieser Variante der Treuhandlösung aus, vgl. Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 74.

¹⁰⁹ Grundlegend John, BB 1980, 757 ff.

Die Übertragung erfolgt aufgrund des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips im Wege der Einzelübertragung aller Vermögensgegenstände auf den Treuhänder. Das ist aufwendig und kostenintensiv. Teilweise werden daher einzelne Gegenstände, z. B. Grundstücke, von der Übertragung ausgenommen.

b) Kritik

aa) Praktische Probleme

Die Treuhandlösung sieht sich zunächst erheblichen praktischen Einwänden ausgesetzt. Nach ihr soll der Testamentsvollstrecker die unbeschränkte persönliche Außenhaftung für alle neu begründeten Geschäftsverbindlichkeiten übernehmen, obwohl er am Gewinn des Unternehmens grundsätzlich nicht beteiligt ist. Praktisch wird es schwierig, einen Testamentsvollstrecker zu finden, der sich dazu bereit erklärt.¹¹⁰ Der ihm im Innenverhältnis gegen den Erben zustehende Anspruch auf Befreiung von der unbeschränkten Haftung gem. §§ 2218, 670 BGB bietet keinen ausreichenden Ausgleich, und zwar unabhängig davon, ob der Erbe hierfür nur mit dem Nachlass oder auch mit seinem Privatvermögen haftet. Ebenso ist zweifelhaft, ob die Berücksichtigung des Haftungsrisikos bei der Ausgestaltung der Vergütung gem. § 2221 BGB durch Gewährung einer „Risikoprämie“ oder Gewinnbeteiligung einen ausreichenden Anreiz für den Testamentsvollstrecker schaffen kann.¹¹¹ Sie müsste dazu eine beträchtliche Höhe erreichen.

Darüber hinaus kann der Umstand, dass der Testamentsvollstrecker bei der Treuhandlösung nach außen im eigenen Namen als Unternehmer agiert, zu berufsrechtlichen Schwierigkeiten führen.¹¹² Das Berufsrecht muss zwar kein unüberwindbares Hindernis darstellen. So hat die Ausübung einer kaufmännisch-gewerblichen Tätigkeit durch einen Rechtsanwalt nach heutiger Sicht nicht mehr zwangsläufig den Verlust der Zulassung zur Folge, vgl. §§ 7 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 9 BRAO.¹¹³ Doch selbst ein nur geringes Restrisiko kann hier praktisch abschreckend wirken.¹¹⁴ Ein Notar benötigt für die kauf-

¹¹⁰ Schon *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 253; *Goldschmit*, JW 1931, 3057, 3058.

¹¹¹ *John*, BB 1980, 757, 761; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 140; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 88.

¹¹² *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 88.

¹¹³ BVerfG NJW 2002, 503; BVerfG NJW 1993, 317; *Vossebürger*, in: Weyland, BRAO, § 7 Rn. 115 ff.; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 76; *Sandkühler*, in: Bengel/Reimann, § 11 Rn. 7; deutlich zurückhaltender *Bonefeld*, in: Mayer/Bonefeld (Hrsg.), Testamentsvollstreckung, § 23 Rn. 2, der darauf hinweist, dass ausreichender Freiraum für die Anwaltstätigkeit verbleiben muss; vgl. auch *Vossebürger*, in: Weyland, BRAO, § 14 Rn. 71.

¹¹⁴ Dies betont *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 89.

männische Tätigkeit als Treuhänder eine Genehmigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 BNotO.¹¹⁵ Auch für Steuerberater ergeben sich aus der Führung eines einzelkaufmännischen Unternehmens berufsrechtliche Probleme. Nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG ist eine gewerbliche Tätigkeit mit dem Beruf des Steuerberaters grundsätzlich nicht vereinbar.¹¹⁶

bb) Zweifelhafte Folgen für die Haftungsstruktur

Neben den praktischen Einwänden ist aber auch fraglich, ob die Treuhandlösung die interessengerechte Haftungsstruktur bieten kann, die sie verspricht.

(1) Drohende persönliche Haftung des Erben

Aus Sicht des Erben stellt sich die brisante Frage, ob er seine Haftung für den Regressanspruch des Treuhänders aus §§ 2218, 670 BGB auf den Nachlass beschränken kann oder ob er dafür unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen haftet.¹¹⁷ Teilweise wird der Aufwendungsersatzanspruch als sog. Nachlasserbenschuld eingeordnet, für die der Erbe die Haftung nicht beschränken kann.¹¹⁸ Zur Begründung wird in der Regel auf das Treuhandverhältnis zwischen Erbe und Testamentsvollstrecker abgestellt, das neben dem durch die Testamentsvollstreckung begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis stehe.¹¹⁹ Andere qualifizieren den Aufwendungsersatzanspruch als reine Nachlassverbindlichkeit, für die der Erbe nach allgemeinen Regeln die Haftung auf den Nachlass beschränken kann.¹²⁰

Die Einordnung hängt richtigerweise maßgeblich mit der Begründung des Treuhandverhältnisses zusammen.¹²¹ Zum einen ist denkbar, dass der Testamentsvollstrecker das Treuhandverhältnis mit dem Erben als Privatperson begründet. Es ist aber auch möglich, dass der Testamentsvollstrecker das Treuhandverhältnis mit sich selbst im eigenen Namen und in seiner amtli-

¹¹⁵ Sandkühler, in: Bengel/Reimann, § 11 Rn. 19.

¹¹⁶ Ders., in: Bengel/Reimann, § 11 Rn. 45.

¹¹⁷ Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 85.

¹¹⁸ BGHZ 12, 100, 103 f.; ebenso die wohl überwiegende Literatur Brandner, in: FS Stimpel, S. 991, 1004; Pauli, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 127; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 308.

¹¹⁹ Brandner, in: FS Stimpel, S. 991, 1004; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 308.

¹²⁰ Reimann, in: Staudinger, § 2205 Rn. 151; Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 28; Goebel, ZEV 2003, 261, 263.

¹²¹ Dies betont Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 301 ff.; Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 78.

chen Funktion für den Nachlass begründet. Geht man davon aus, dass das Treuhandverhältnis zum Testamentsvollstrecker mit dem Erben als Privatperson begründet wird, so kann aus dieser Treuhandabrede auch eine unbeschränkbare Haftung des Erben mit seinem Privatvermögen resultieren. In diesem Fall ist für die Begründung des Treuhandverhältnisses jedoch die Mitwirkung des Erben erforderlich. Denn der Erblasser kann auch durch die Anordnung von Testamentsvollstreckung nicht einseitig auf das Privatvermögen des Erben zugreifen, § 2206 Abs. 2 BGB.¹²² Bei der Erzwingung einer solchen Mitwirkung ergäben sich die gleichen Probleme und Bedenken wie bei der Vollmachtlösung.¹²³ Die damit verbundenen Komplikationen müssten sogar zur Unzulässigkeit der Treuhandlösung führen.¹²⁴ Sie sind aber bei der Treuhandlösung unnötig. Eine Treuhandlösung, die sowohl zur unbeschränkten Haftung des Treuhänders als auch mittelbar zur unbeschränkten Haftung des Erben mit Nachlass und Privatvermögen führt, schießt über das Ziel hinaus.¹²⁵ Das Ziel der Treuhandlösung besteht darin, weitgehend Testamentsvollstreckungsrecht zur Anwendung zu bringen mit der durch die Haftungsproblematik veranlassten Modifikation einer unbeschränkten Haftung des Testamentsvollstreckers. Dies lässt sich – im Gegensatz zur Vollmachtlösung – auch ohne Mitwirkung des Erben verwirklichen. Der von den Beschränkungen des § 181 BGB ausdrücklich oder konkludent befreite¹²⁶ Testamentsvollstrecker kann das Treuhandverhältnis mit sich selbst in eigenem Namen und in seiner Amtsfunktion für den Nachlass abschließen, §§ 2206, 181 BGB.¹²⁷ Auf demselben Wege kann er das Handelsgeschäft und ggf. das Geschäftsvermögen auf sich übertragen.¹²⁸ Dass nur diese Konstruktion ernsthaft in Betracht kommt, zeigt sich besonders plastisch bei der Vollrechtstreuhand. Denn der Erbe könnte wegen § 2211 BGB das Geschäftsvermögen gar nicht auf den Testamentsvollstrecker übertragen.¹²⁹ Aus dieser vorzugswürdigen Konstruktion des Treuhandverhältnisses folgt gleichzeitig die Befugnis des Erben zur Haftungsbeschränkung auf den Nachlass. Denn wenn

¹²² *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 84.

¹²³ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 280; *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 79; s. dazu oben Kapitel 1 – A.III.1.b)bb(2).

¹²⁴ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 84.

¹²⁵ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 86; *Goebel*, ZEV 2003, 261, 263.

¹²⁶ BGHZ 30, 67, 69; nach anderer Ansicht liegt kein Verstoß gegen § 181 BGB vor, weil der Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf die Übertragung habe *John*, BB 1980, 757, 761; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 300.

¹²⁷ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 28; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 303; *John*, BB 1980, 757, 761.

¹²⁸ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 87.

¹²⁹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 304; BGHZ 12, 100.

der Testamentsvollstrecker das Treuhandverhältnis mit sich selbst begründet, so verbietet § 2206 Abs. 2 BGB eine daraus resultierende unbeschränkbare Haftung des Erben.

(2) Erschwerter Zugriff der Gläubiger auf das Unternehmensvermögen

Dem Axiom der unbeschränkten persönlichen Haftung entspricht die Treuhandlösung selbstverständlich.¹³⁰ Für die mit dem Testamentsvollstrecker-Treuhandler kontrahierenden Neugläubiger wirkt sie sich dennoch nicht nur vorteilhaft aus. Dabei bereitet insbesondere der Zugriff auf das Unternehmensvermögen als Haftungsmasse Probleme.

(a) Ermächtigungstreuhand

So steht den Neugeschäftsgläubigern im Fall der Ermächtigungstreuhand das Unternehmensvermögen nicht mehr ohne Weiteres als Haftungsmasse zur Verfügung. Denn das Geschäftsvermögen verbleibt bei der Ermächtigungstreuhand im Nachlass und wird nicht auf den Treuhänder übertragen. Anstelle des befürchteten „Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung“ tritt nun also ein „Handelsgeschäft ohne Haftung des Geschäftsvermögens“.¹³¹ Der direkte Zugriff auf das Geschäftsvermögen kann entgegen mancher Befürworter der Treuhandlösung auch nicht einfach durch die Konstruktion einer Nachlassverbindlichkeit ermöglicht werden.¹³² Der Testamentsvollstrecker begründet bei der Treuhandlösung Eigenverbindlichkeiten für sein Vermögen und handelt dafür notwendig im eigenen Namen und nicht in amtlicher Funktion. Die Annahme, er begründe dadurch jeweils eine eigene, persönliche Verbindlichkeit und gleichzeitig eine Nachlassverbindlichkeit, kommt der Zulassung einer dem deutschen Recht fremden Verpflichtungsermächtigung gleich und verstößt gegen das Offenkundigkeitsprinzip.¹³³ Die

¹³⁰ Eine Beschränkung der Treuhänderhaftung auf das Treugut als Sondervermögen, wie sie etwa von *Coing*, Treuhand, S. 174 angestrebt wird, ist im deutschen Treuhandrecht nicht anerkannt; dazu *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 80.

¹³¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 329; *Daurer-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 285; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 44 a. E.

¹³² So aber *Reimann*, in: Staudinger, § 2205 Rn. 150; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 126; auch *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 27 bei Fn. 65, der aber auf die damit verbundenen „Konstruktionsschwierigkeiten“ hinweist.

¹³³ So bereits *John*, BB 1980, 757, 759; *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513, 520; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 76; *Daurer-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 281; *Goebel*, ZEV 2003, 261, 262. Die Annahme ei-

ausnahmsweise Zulassung einer Verpflichtungsermächtigung lässt sich auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, sie sei für den Gläubiger lediglich vorteilhaft, wenn und weil er nicht einen anderen, sondern nur einen zusätzlichen Schuldner erhalte.¹³⁴ Die Verpflichtungsermächtigung bleibt auch in diesem Fall systemfremd und nicht risikolos für den Gläubiger, etwa wenn der zusätzliche Schuldner ihn in Gläubigerverzug versetzen oder aufrechnen könnte.¹³⁵

In Betracht kommt somit nur eine mittelbare Haftung des Nachlasses. So können die Neugläubiger auf den Regressanspruch des Testamentsvollstreckers gegen den Erben auf Befreiung von den eingegangenen Neuverbindlichkeiten gem. §§ 2218, 670 BGB und so indirekt auf das im Nachlass befindliche Geschäftsvermögen zugreifen.¹³⁶ Dieser mittelbare Zugriff ist jedoch aufwendig und mit Risiken verbunden. Der Gläubiger muss im Ernstfall zwei Titel erwirken, zunächst gegen den Treuhänder und anschließend gegen den Erben. In diesem Zusammenhang ist für die Neugeschäftsgläubiger von

ner Haftung des Sondervermögens beruht letztlich auf einer Gleichsetzung von Amtswalterhandeln und bloßem Eigenhandeln im Rahmen der Amtstheorie. So sind Vertreter der Amtstheorie der Ansicht, dem Offenkundigkeitsprinzip müsse hier nicht entsprochen werden; exemplarisch für diese Sicht etwa *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 5a; *ders.*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 116, 141 f., dort Fn. 132; *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 45 zum Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter; vgl. dagegen *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 Rn. 70 zum Testamentsvollstrecker; sehr kritisch auch *Jacoby*, Das private Amt, S. 294 f. Tatsächlich fällt es schwer, Gründe zu finden, für die Parteien kraft Amtes von dem in § 164 BGB zum Ausdruck gekommenen Offenheitsgrundsatz abzuweichen und diese Amtswalter insoweit anders zu behandeln als andere Organwalter oder Vertreter. Auch bei Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter ist das Handeln in amtlicher Funktion (Amtswalterhandeln) daher vom bloßen Eigenhandeln abzugrenzen und entsprechend § 164 Abs. 2 BGB offenzulegen; vgl. auch *Dobler*, in: Staudinger, § 1985 Rn. 8. Auch der Vorschlag von *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 82, eine Mitverpflichtung könne durch gleichzeitiges Auftreten des Testamentsvollstreckers als Treuhänder und in amtlicher Funktion erreicht werden, erscheint wenig praktikabel. Zwar ist ein Handeln zugleich im eigenem und im fremden Namen nach h.M. nicht ausgeschlossen, BGH NJW 2013, 1873 Rn. 11; BGH NJW 2009, 3506 Rn. 12; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 118. Dennoch erscheint die Annahme sehr fragwürdig, der Verwalter handle stets gleichzeitig im eigenem Namen und in amtlicher Funktion. Dies steht im Übrigen im Widerspruch zur Auslegungsregel des § 164 Abs. 2 BGB, wonach im Zweifel ein Handeln im eigenen Namen anzunehmen ist. Kritisch zu einer solchen Konstruktion im Rahmen der Diskussion um die Doppelverpflichtungslehre bei der GbR *Blenske*, NJW 2000, 3170, 3171; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 524 ff.; *Schwark*, in: FS Heinsius, S. 753, 757 f.

¹³⁴ *John*, BB 1980, 757, 759; so aber *Dölle*, in: FS Schulz, S. 268, 277.

¹³⁵ *Bayreuther*, in: MünchKomm BGB, § 185 Rn. 32; vgl. auch *Peters*, AcP 171 (1971), 234, 245; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 907.

¹³⁶ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 74.

besonderer Bedeutung, dass nach Auffassung der Befürworter der Ermächtigungstreuhandlösung auch rechtsgeschäftlicher Neuerwerb des Testamentsvollstreckers-Treuhänders analog § 2041 BGB in den Nachlass fällt.¹³⁷ Dadurch wird die Vermögenssituation für die Neugeschäftsgläubiger sehr verworren. Sie können nicht nur auf das ursprünglich im Nachlass befindliche Geschäftsvermögen allenfalls mittelbar zugreifen. Sogar eine von ihnen erbrachte Gegenleistung fällt automatisch in den Nachlass, so dass sie auch hierauf nur noch mittelbar zugreifen können.

Solange der Treuhänder solvent ist, mag dieser Aufwand für die Neugläubiger noch zumutbar sein. Sie sind immerhin dadurch geschützt, dass der Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Freistellung von einer Schuld allein an den Gläubiger dieser Schuld abgetreten oder durch ihn gepfändet werden kann.¹³⁸ Besonders hart trifft es die Neugläubiger aber in der Insolvenz des Treuhänders. Dann treten sie auch bezüglich des Zugriffs auf den Regressanspruch des Treuhänders in Konkurrenz mit dessen Privatgläubigern.¹³⁹ Denn in der Insolvenz des Treuhänders fällt der Aufwendungsersatzanspruch in die Insolvenzmasse, wandelt sich zum Zahlungsanspruch und führt somit zur Erhöhung der Insolvenzquote auch der Privatgläubiger des Treuhänders.¹⁴⁰ Für letztere ist der Aufwendungsersatzanspruch des Treuhänders und der damit ermöglichte Zugriff auf den Nachlass in der Treuhänderinsolvenz ein unverdientes Geschenk.¹⁴¹

(b) Vollrechtstreuhand

Dem Axiom der unbeschränkten persönlichen Haftung entspricht die Vollrechtstreuhand ebenso wie die Ermächtigungstreuhand. Sie überwindet zudem das bei der Ermächtigungstreuhand entstehende Problem des „Handelsgeschäfts ohne Haftung des Geschäftsvermögens“. Denn das auf den Treuhänder übertragene Geschäftsvermögen steht den Neugeschäftsgläubigern nun unmittelbar zur Verfügung. Auch rechtsgeschäftlicher Neuerwerb fällt bei dieser Lösung in das Vermögen des Testamentsvollstreckers-Treuhänders. Denn für eine dingliche Surrogation analog § 2041 BGB fehlt es nach der

¹³⁷ Baur, in: FS Dölle, S. 249, 251; Damrau, in: Soergel, BGB, § 2205 Rn. 22; KG JW 1939, 104, 105; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 244 m. w. N.; vgl. Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 27.

¹³⁸ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 318; BGH NJW 1993, 2232, 2233; Smid, in: MünchKomm ZPO, § 851 Rn. 11.

¹³⁹ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 318; zustimmend Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 79.

¹⁴⁰ BGH NJW 1994, 49; BGHZ 57, 78, 81; vgl. die weiteren Nachweise bei Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 318 in Fn. 101.

¹⁴¹ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 319.

Vollrechtsübertragung auf den Testamentsvollstrecker an einem irgendwie gearteten Bezug zum Nachlass.¹⁴² Prima facie gestaltet sich die Vollrechtstreuhand als für die Neugläubiger äußerst vorteilhaft und somit als vielversprechende Lösung. Sie können unmittelbar auf das Privatvermögen des Treuhänders sowie das Geschäftsvermögen zugreifen.

Allerdings wirft die Vollrechtstreuhand wiederum zahlreiche neue Fragen auf. Vom Zugriff der Erbeneigengläubiger ist das Unternehmensvermögen zwar auch bei der Vollrechtstreuhand geschützt.¹⁴³ Die mit der Vollrechtsübertragung auf den Treuhänder verbundene Privilegierung der mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neugeschäftsgläubiger korrespondiert jedoch mit einer Benachteiligung der Nachlassgläubiger. Denn durch die Übertragung wird ihnen der Zugriff auf das Unternehmensvermögen sowie den Neuerwerb als Haftungsmasse entzogen.¹⁴⁴ Gleichzeitig kommt es zu einer fragwürdigen Begünstigung der Privatgläubiger des Treuhänders. Sie können nun ohne Weiteres (und zwar schon vor der Insolvenz des Treuhänders!) auf das Unternehmensvermögen zugreifen.¹⁴⁵ Durch die Herauslösung aus dem Nachlass muss die Vollrechtstreuhandlösung auf den bei der Testamentsvollstreckung durch die §§ 2211, 2214 BGB vermittelten dinglichen Schutz des Unternehmensvermögens verzichten.¹⁴⁶ Die Anerkennung von Treugut als Sondervermögen hat sich im deutschen Treuhänderrecht bislang nicht durchsetzen können.¹⁴⁷ Die danach allein verbleibende Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage (§ 771 Abs. 1 ZPO) oder Aussonderung (§ 47 InsO) bietet nur einen unzureichenden Schutz vor dem Zugriff der Treuhänderprivatgläubiger. Nach tradierter Auffassung steht dem Treugeber Vollstreckungsschutz gem. § 771 Abs. 1 ZPO, § 47 InsO grundsätzlich nur dann zu, wenn er das Treugut unmittelbar auf den Treuhänder übertragen hat (sog. Unmittelbarkeitsprinzip).¹⁴⁸ Ein durch Rechtsgeschäft an die Stelle des ursprünglichen Treuguts tretender Gegenstand ist dagegen nicht selbst Treugut, sodass der Treugeber insoweit

¹⁴² Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 83.

¹⁴³ Den Schutz vor den Erbeneigengläubigern gewährleistet die „echte“ Testamentsvollstreckung durch die Sperre der §§ 2211, 2214 BGB.

¹⁴⁴ Lorz, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 84; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 338.

¹⁴⁵ Vgl. auch Hansmann/Kraakman, Yale Law Journal 110 (2000), 387, 415 zu diesem Grundproblem der Vollrechtstreuhandlösung.

¹⁴⁶ K. Schmidt/Brinkmann, in: MünchKomm ZPO, § 771 ZPO Rn. 44.

¹⁴⁷ Dafür Coing, Treuhand, S. 174; Canaris, Handelsrecht, § 9 Rn. 34.

¹⁴⁸ Preuß, in: BeckOK ZPO, § 771 Rn. 14; Schubert, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 150; Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, § 47 Rn. 80; Ganter, in: MünchKomm InsO, § 47 Rn. 357; a.A. K. Schmidt/Brinkmann, in: MünchKomm ZPO, § 771 ZPO Rn. 25; ausführlich mit Grundlagenkritik am Unmittelbarkeitsgrundsatz Bitter, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 51 ff.; dagegen auch schon Coing, Treuhand, S. 177 ff.; s. auch Grundmann, Treuhandvertrag, S. 309 ff.

keinen Vollstreckungsschutz genießt (sog. Surrogationsverbot).¹⁴⁹ Der Schutz eines dynamisch verwalteten Vermögens als Treugut scheidet damit grundsätzlich aus. Zwar hat die Rechtsprechung schon früh Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsprinzip zugelassen, insbesondere bei Treuhandkonten.¹⁵⁰ Ungeachtet starker Kritik in der Literatur hat die Rechtsprechung das Unmittelbarkeitsprinzip jedoch bisher nicht aufgegeben.¹⁵¹ In den genannten Ausnahmefällen wurde statt des Unmittelbarkeitsprinzips zunächst auf die Offenkundigkeit (Publizitätsprinzip) sowie die Bestimmtheit (Vermögenstrennungsprinzip) der treuhänderischen Bindung abgestellt.¹⁵² Unter Betonung der Bestimmtheit der treuhänderischen Zuordnung hat sich insbesondere *John* dafür ausgesprochen, auch bei einem Handelsunternehmen als Treugut eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip anzunehmen.¹⁵³ Die Trennung des Betriebsvermögens vom sonstigen Vermögen des Testamentsvollstreckers sei weitgehend rechtlich institutionalisiert. Ob eine so weitgehende Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip angenommen werden kann, erscheint allerdings äußerst zweifelhaft. Jedenfalls entspricht eine solche Ausnahme nicht gesicherter Rechtsprechung.¹⁵⁴ Im Ergebnis müssen die Nachlassgläubiger eine Vollstreckung in das auf den Treuhänder übertragene Unternehmensvermögen hinnehmen. Ihnen bleiben lediglich im Nachlass an die Stelle des Treuguts tretende Ersatzansprüche gegen den Treuhänder.

Schließlich besteht durch die Vollrechtsübertragung eine erhöhte Gefahr durch treuwidrige Verfügungen des Testamentsvollstreckers.¹⁵⁵ Die Verfügungsbefugnis des Treuhänders ist unbeschränkbar, § 137 BGB. Die Beschränkung des § 2205 S. 3 BGB bei unentgeltlichen Verfügungen gilt nicht. Auch die Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht ist – anders als bei der Testamentsvollstreckung¹⁵⁶ – auf den Treuhänder nicht anwendbar.¹⁵⁷

¹⁴⁹ *Ganter*, in: MünchKomm InsO, § 47 Rn. 31; *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 65.

¹⁵⁰ BGH NJW-RR 1993, 301; vgl. BGHZ 11, 37; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 47 Rn. 83; *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 87 ff.

¹⁵¹ *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 47 Rn. 83; in BGHZ 155, 227, 231 hat der BGH ausdrücklich offengelassen, „inwieweit die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Offenkundigkeit allgemein taugliche Abgrenzungsmerkmale darstellen.“

¹⁵² *Brinkmann*, in: Uhlenbruck, InsO, § 47 Rn. 80 f.; an die Bestimmtheit knüpft auch *John*, BB 1980, 757, 760 an.

¹⁵³ *John*, BB 1980, 757, 760.

¹⁵⁴ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 92.

¹⁵⁵ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 332; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 92.

¹⁵⁶ BGHZ 30, 67, 69; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 68 V 1; *Reimann*, in: Staudinger, § 2205 Rn. 138; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 70.

¹⁵⁷ BGH NJW 1968, 1471; *Coing*, Treuhand, S. 164; für Ausdehnung auf die Treuhand *Kötz*, Trust und Treuhand, S. 141.

3. Fazit

Die Ausweichlösungen bieten weder rechtlich noch praktisch voll befriedigende und interessengerechte Lösungen.¹⁵⁸ Bei der Vollmachtlösung soll der Erbe haften, obwohl er keinerlei Einfluss auf den Testamentsvollstrecker und dessen Geschäftsführung hat. Es wird zu Recht bezweifelt, ob dem Erben dies aufgezungen werden kann. Bei der Treuhandlösung soll der Testamentsvollstrecker haften, obwohl ihm nicht die Erträge des Unternehmens zustehen. Praktisch wird sich kaum ein Testamentsvollstrecker dazu bereitfinden. Überdies ist unsicher, ob die Ausweichlösungen zu einer überzeugenden Haftungsstruktur führen. Sicher ist nur, dass das Zusammentreten von Vollmacht bzw. Treuhand einerseits und Testamentsvollstreckung andererseits die Rechtslage erheblich verkompliziert. Damit liefern die Ausweichlösungen keineswegs eine der reinen Testamentsvollstreckung ebenbürtige Alternative.

IV. Zweifel an der Unzulässigkeitsthese

Vor diesem Hintergrund verschärft sich die Frage, ob die Ablehnung der reinen Testamentsvollstreckung aufgrund der Haftungsproblematik tatsächlich zwingend ist.

1. Die „echte“ Testamentsvollstreckerlösung

Die Befürworter der sog. echten Testamentsvollstreckerlösung bezweifeln dies.¹⁵⁹ Da die Ersatzlösungen, zu denen sich die Praxis aufgrund der ablehnenden herrschenden Meinung gezwungen sieht, zu schwierigen Folgefragen führen und nicht vollkommen überzeugen können, haben sich schon früh Stimmen in der Literatur für die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung am Einzelunternehmen ausgesprochen.¹⁶⁰ In jüngerer Zeit verstärken sich die Stimmen, die unter dem Schlagwort „echte Testamentsvollstreckerlösung“ oder auch „erbrechtliche Lösung“ für die Anwendung der §§ 2197 ff. BGB auch auf Unternehmen werben.¹⁶¹

¹⁵⁸ Ebenso *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 291; *K. Schmidt*, JuS 2017, 809, 814; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 149.

¹⁵⁹ *Baur*, in: FS Dölle, S. 249 ff.; *Emmerich*, in: Heymann, § 1 Rn. 31; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 68 III 3a; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 389 ff.; *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513 ff.; *Canaris*, Handelsrecht, § 9 Rn. 36 ff.; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 44; *Winkler*, in: FS Schippel, S. 519 ff.; *Weidlich*, NJW 2011, 641 ff.; *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 83; *Wälzholz*, in: VGR 2014, S. 67, 72; *Kroiß*, in: NomosKommentar BGB, § 2205 Rn. 33.

¹⁶⁰ Grundlegend *Baur*, in: FS Dölle, S. 249 ff.

¹⁶¹ Aus jüngerer Zeit *Freiherr von Proff*, DStR 2018, 415, 417; *Weidlich*, NJW 2011, 641 ff.; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 44; *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27

Bei dieser Lösung führt der Testamentsvollstrecker das zum Nachlass gehörige Unternehmen in seiner amtlichen Funktion als Testamentsvollstrecker fort. Allein der Testamentsvollstrecker kann über das Geschäftsvermögen verfügen, § 2211 BGB. Er leitet das Unternehmen unter Ausschluss des Erben. Der Erbe bleibt Rechtsträger des Nachlasses sowie des darin befindlichen Unternehmensvermögens, er fungiert als Unternehmensinhaber und Kaufmann und ist als solcher auch in das Handelsregister einzutragen.¹⁶² Nach den Befürwortern der echten Testamentsvollstreckerlösung ist zudem ein Vermerk über die Anordnung der Testamentsvollstreckung in das Handelsregister einzutragen.¹⁶³ Die durch den Testamentsvollstrecker begründeten Neuverbindlichkeiten sind Nachlassverbindlichkeiten, § 2206 Abs. 1 BGB. Der Testamentsvollstrecker kann unter der bisherigen Firma zeichnen.¹⁶⁴ Dadurch, dass der Testamentsvollstrecker bei der Unternehmensfortführung unter Hinweis auf seine amtliche Stellung auftritt, vermeidet er seine eigene persönliche Haftung. Das Unternehmensvermögen bleibt Teil des Nachlasses, der als Sondervermögen vom Erbenprivatvermögen abgesondert ist. Rechtsgeschäftlicher Neuerwerb des Testamentsvollstreckers sowie Nutzungen fallen in den Nachlass.¹⁶⁵ Somit stehen den Neu- wie den Altgläubigern stets der gesamte Nachlass sowie das darin befindliche Geschäftsvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung. Gleichzeitig bleibt das Unternehmensvermögen vor dem Zugriff des Erben sowie seiner Privatgläubiger dinglich geschützt, §§ 2211, 2214 BGB.

Nach ganz überwiegender Ansicht trifft den Erben bei der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker im Rahmen der echten Testamentsvollstreckerlösung nicht die handelsrechtliche Haftung für Altverbindlichkeiten gem. § 27 Abs. 1 HGB.¹⁶⁶ Dem ist zuzustimmen, denn auf die Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker hat der Erbe keinen Einfluss. Bezüglich der Altverbindlichkeiten bleibt es daher bei der auf den Nachlass beschränkbaren Haftung als Erbe. Die Entscheidung über

Rn. 83; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 389 ff.; *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513 ff.; *Canaris*, Handelsrecht, § 9 Rn. 36 ff.; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 149; *Zabel*, Die Publizität der Testamentsvollstreckung in der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge, S. 90.

¹⁶² *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 1 Rn. 60.

¹⁶³ Im Einzelnen ist dies umstritten. Zur Registerpublizität s. unten Kapitel 6 – B.

¹⁶⁴ So *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 22; *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 263.

¹⁶⁵ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 22.

¹⁶⁶ RGZ 132, 138, 144; *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 85; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 27 Rn. 3; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 395; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 20; so auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 304; vgl. *Thiessen*, in: MünchKomm HGB, § 27 Rn. 20; gegen die h. M. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 8 Rn. 139.

die Fortführung der bisherigen Firma (mit oder ohne Beifügung eines Nachfolgezusatzes) trifft der Testamentsvollstrecker.¹⁶⁷ Die „unbefangene“ Anwendung der §§ 2197 ff. BGB auch auf Unternehmen als Nachlassgegenstand scheint somit zu einer klaren und befriedigenden Lösung zu führen.

2. Schwächen der herrschenden Argumentationslinie

Dagegen ist die Argumentation der herrschenden Meinung nicht frei von Zweifeln. In seiner grundlegenden Entscheidung hat das Reichsgericht die Ablehnung der echten Testamentsvollstreckung am Unternehmen neben registerrechtlichen Bedenken in erster Linie auf die Haftungsproblematik gestützt. Den Haftungskonflikt hat es zulasten des Testamentsvollstreckungsrechts gelöst und dies mit dem Vorrang des Handelsrechts gegenüber dem Bürgerlichen Recht begründet. So laufe die Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens durch einen Testamentsvollstrecker auf ein „Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung“ hinaus. Dies sei „völlig unvereinbar mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs wie auch mit den Vorschriften des Gesetzes, insbesondere mit den §§ 22, 27 HGB“.¹⁶⁸ Aufgrund des in Art. 2 EGHGB geregelten Vorrangs handelsrechtlicher Normen müssten die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 2197 ff. BGB zurücktreten und eine Verwaltungstestamentsvollstreckung an einem Einzelunternehmen ausscheiden.¹⁶⁹ Die Stichhaltigkeit dieser Argumente ist zweifelhaft.

Zunächst lässt sich bei der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker ein Konflikt mit den §§ 22, 27 HGB nicht feststellen. Diese Vorschriften betreffen allein die Haftung des Erben für Altverbindlichkeiten des Erblassers. Bezüglich der Haftung für Altverbindlichkeiten ist ein Konflikt mit der Testamentsvollstreckung jedoch nicht erkennbar. Denn nach herrschender Ansicht ist es auch im Rahmen des § 27 HGB möglich, die Haftung für Altverbindlichkeiten analog § 25 Abs. 2 HGB durch Eintragung einer einseitigen Erklärung im Handelsregister und Bekanntmachung auszuschießen.¹⁷⁰ Soweit es dagegen um die Haftungsbeschränkung für durch den

¹⁶⁷ Streitig, so *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 417; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 22; für Entscheidungskompetenz des Erben *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 263 f.; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 44.

¹⁶⁸ RGZ 132, 138, 144.

¹⁶⁹ RGZ 132, 138, 144. Diese Argumentation hat die Rechtsprechung später auf die Testamentsvollstreckung am OHG-Anteil übertragen, RGZ 170, 392, 395.

¹⁷⁰ KG DR 1940, 2007; *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 49; *Thiessen*, in: MünchKomm HGB, § 27 Rn. 46; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 27 Rn. 8; *Canaris*, Handelsrecht, § 7 Rn. 111; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1967 Rn. 44; *Lorz*, Tes-

Testamentsvollstrecker begründeten Neuverbindlichkeiten geht, die ja die maßgebliche Schwierigkeit für die Zulassung der Testamentsvollstreckung darstellt, trifft § 27 HGB darüber keine Aussage.¹⁷¹

Gewiss führt die potenzielle gegenständliche Haftungsbeschränkung für Neuverbindlichkeiten gem. §§ 1975 ff., 2206 Abs. 2 BGB zu einem Konflikt mit dem Grundsatz der unbeschränkten Haftung. Allerdings macht es sich das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Meinung bei der Lösung dieses Konflikts allzu leicht, wenn es den Grundsatz der unbeschränkten Haftung als einen „handelsrechtlichen“ Grundsatz qualifiziert und sodann aus Art. 2 EGHGB folgert, die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 2197 ff. BGB müssten zurücktreten.¹⁷² Diese Zuspitzung auf einen Konflikt zwischen vorrangigem Handelsrecht und bürgerlichem Recht ist nicht überzeugend. Denn der Grundsatz der unbeschränkten Haftung ist ein allgemein bürgerlich-rechtlicher und kein speziell handelsrechtlicher Grundsatz und dementsprechend auch im HGB an keiner Stelle normiert.¹⁷³ Der in Art. 2 EGHGB normierte Vorrang des Handelsrechts kommt damit nicht zum Tragen.¹⁷⁴

Zudem führt das Abstellen auf einen vermeintlich speziellen und vorrangigen handelsrechtlichen Grundsatz zu einer zweifelhaften Differenzierung zwischen handelsrechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Sachverhalten.¹⁷⁵ Denn wenn man die Unzulässigkeit einer unternehmerischen Betätigung des Testamentsvollstreckers maßgeblich mit handelsrechtlichen Besonderheiten

tamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 39; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 130; a.A. *Reuschle*, in: E/B/J/S, § 27 Rn. 35.

¹⁷¹ *Weidlich*, NJW 2011, 641, 643; etwas anderes kommt nur in Betracht, wenn man mit *K. Schmidt*, ZHR 157 (1993), 600 ff. den Zweck des § 27 HGB in der Begründung einer Haftungsgleichstellung für Alt- und Neuverbindlichkeiten sieht, dagegen aber die ganz überwiegende Meinung s. nur *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 16; *Reuschle*, in: E/B/J/S, § 27 Rn. 4.

¹⁷² BGHZ 12, 100; *Reimann*, in: Staudinger, § 2205 Rn. 144; *Lange*, in: BeckOK BGB, § 2205 Rn. 28; *Dörrie*, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personenhandelsgesellschaften und der GmbH, S. 52; vgl. *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 2205 Rn. 7.

¹⁷³ *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 263; *Brandner*, in: FS Stimpel, S. 991, 994; *Buchwald*, AcP 154 (1955), 22, 29 f.; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 397; auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 32; zum sog. Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung *Olzen*, in: Staudinger, Einl. zum Schuldrecht Rn. 242; bereits *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 315; ebenso BGHZ 142, 315, 319. Zur parallelen Problematik bei der Insolvenzverwaltung *Zimmermann*, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, S. 101.

¹⁷⁴ Schon *Goldschmit*, JW 1931, 3057, 3058.

¹⁷⁵ So auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 314.

begründet, folgt daraus grundsätzlich die Zulässigkeit werbender Tätigkeit des Testamentsvollstreckers außerhalb des Handelsrechts. So muss man mit der Argumentation der herrschenden Auffassung von der Zulässigkeit der Dauertestamentsvollstreckung an Unternehmen außerhalb des Handelsrechts ausgehen, wie z.B. bei kleingewerblichen Unternehmen, Grundstücksverwaltungen,¹⁷⁶ landwirtschaftlichen Betrieben oder Betrieben von Freiberuflern.¹⁷⁷ Dies erscheint inkonsequent. Eine Unterscheidung zwischen kaufmännischen Unternehmen und nichtkaufmännischen Unternehmen ist auch wenig praktikabel. Denn für den Übergang vom Kleingewerbe zum Einzelkaufmann kann infolge des wertungsabhängigen Kriteriums des Erfordernisses eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs gem. § 1 Abs. 2 HGB ein genauer Zeitpunkt kaum bestimmt werden.¹⁷⁸

Konsequent wäre dagegen nur die Annahme der Unzulässigkeit oder Zulässigkeit sämtlicher unternehmerischer Tätigkeit des Testamentsvollstreckers im Sondervermögen Nachlass.¹⁷⁹ Die Annahme der Unzulässigkeit sämtlicher unternehmerischer Aktivität des Testamentsvollstreckers würde jedoch eine massive Rechtsfortbildung im Wege teleologischer Reduktion bedeuten.¹⁸⁰ Sie würde das Institut der Verwaltungstestamentsvollstreckung, das inhärent auf eine dynamische Verwaltung des Nachlasses ausgerichtet ist, ihres Wesens berauben. Vielmehr entspricht „dem gesetzlichen Regelungsprogramm der §§ 2197, 2203 ff., 2209 BGB [...] die Zulassung der Testamentsvollstreckung“ auch am unternehmerischen Nachlass.¹⁸¹ Sie sollte nur dann in teleologischer Reduktion des Testamentsvollstreckungsrechts verboten werden, wenn sie zu untragbaren Ergebnissen führt.¹⁸²

¹⁷⁶ Vgl. etwa LAG Berlin BeckRS 2004, 42519 für einen Fall, in dem ein Testamentsvollstrecker nicht unerheblichen Immobilienbesitz verwaltete und zu diesem Zweck mehr als 30 Arbeitnehmer beschäftigte.

¹⁷⁷ *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 263; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 398; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 60.

¹⁷⁸ BGHZ 146, 341, 346.

¹⁷⁹ So auch *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 61.

¹⁸⁰ Kritisch *Canaris*, Handelsrecht, § 9 Rn. 36; dafür aber, von ihrem ablehnenden Standpunkt aus konsequent *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 314.

¹⁸¹ *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 136, § 4 IV Rn. 76.

¹⁸² Vgl. *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513, 526; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 66 f.; vgl. *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 83.

B. Zulässigkeit der Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter

Die Frage, ob und innerhalb welcher Grenzen eine Unternehmensfortführung zulässig ist, hat auch die insolvenzrechtliche Literatur beschäftigt. Im Zuge der immer stärkeren Anerkennung des Sanierungsgedankens im Insolvenzrecht hat die Unternehmensfortführung hier deutlich an Bedeutung gewonnen. Aufgabe des Insolvenzverwalters kann demnach nicht nur die Abwicklung des schuldnerischen Vermögens sein, sondern auch die werbende Verwaltung zur Massemehrung einschließlich der Fortführung des schuldnerischen Unternehmens.

Die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter wird rechtstechnisch im Wesentlichen so gehandhabt, wie es die echte Testamentsvollstreckterlösung auch für den Testamentsvollstrecker propagiert.¹⁸³ Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt das Unternehmen des Insolvenzschuldners als Sachgesamtheit in die Insolvenzmasse, die – wie der Nachlass beim Erben – ein unselbstständiges Sondervermögen des Insolvenzschuldners bildet. Bei der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter bleibt der Schuldner als Rechtsträger der Insolvenzmasse Unternehmensinhaber sowie Kaufmann und als solcher im Handelsregister eingetragen. Gem. § 32 Abs. 1 HGB ist die Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Kaufmanns in das Handelsregister einzutragen. Der Insolvenzverwalter kann das schuldnerische Unternehmen unter der bisherigen Firma fortführen.¹⁸⁴ Zur Vermeidung des Risikos einer persönlichen Eigenhaftung sollte der Verwalter auf seine Stellung als Insolvenzverwalter hinweisen.¹⁸⁵

I. Bedeutung der Unternehmensfortführung in der Insolvenz

Die Unternehmensfortführung in der Insolvenz hat im Laufe der Zeit zunehmend an Bedeutung gewonnen. Diesem Bedeutungswandel entsprechend

¹⁸³ Vgl. *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 1 Rn. 57. Vgl. oben Kapitel 1 – A.IV.1.

¹⁸⁴ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 17 Rn. 47; *Heidinger*, in: MünchKomm HGB, § 17 Rn. 78; *von Websky*, in: Borchardt/Frind, § 16 Rn. 1852; auch BGH NJW-RR 1989, 1263.

¹⁸⁵ *K. Schmidt*, NJW 1987, 1905, 1908; vgl. *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 45; *Jahr*, in: FS Weber, S. 275, 300 f.; für eine Pflicht des Verwalters über seine Amtsstellung aufzuklären auch *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 119; *ders.*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 5a; nach BGH ZIP 1989, 937, 938 besteht jedoch grundsätzlich keine wettbewerbsrechtliche Pflicht des Insolvenzverwalters, in Werbeanzeigen auf die Insolvenzeröffnung hinzuweisen.

hat sich auch die Beurteilung der Zulässigkeit und Grenzen der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter gewandelt.

1. Unternehmensfortführung im Rahmen der Liquidation

Bereits unter der Konkursordnung von 1877 war anerkannt, dass der Insolvenzverwalter das schuldnerische Unternehmen im Rahmen seiner Verwertungsaufgabe kurzfristig fortführen kann und darf. Allerdings war die Konkursordnung noch sehr stark vom Leitgedanken der bestmöglichen und beschleunigten Gläubigerbefriedigung durch Liquidierung und Verteilung des Schuldnervermögens geprägt.¹⁸⁶ Ursprünglich zeigte die Rechtsprechung daher mit Blick auf den Konkurszweck hinsichtlich der Unternehmensfortführung eine sehr restriktive Haltung. Die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter wurde als Ausnahme angesehen. Es wurde deutlich betont, dass sie von „vornherein durch den Befriedigungs- und Liquidationszweck begrenzt“ sei.¹⁸⁷ Damit waren einer unternehmerischen Aktivität des Insolvenzverwalters enge Grenzen gesetzt.¹⁸⁸ Eine Unternehmensfortführung wurde im Wesentlichen nur zum Zwecke des Abverkaufs von Vorräten oder der Ausführung vorhandener und erfolgsversprechender Aufträge akzeptiert.¹⁸⁹

2. Unternehmensfortführung zu weiteren Zwecken

Beeinflusst durch eine stärker ökonomisch geprägte Sichtweise begann sich bereits unter der Konkursordnung die Einsicht durchzusetzen, dass jedenfalls eine vorübergehende Unternehmensfortführung der Massemehrung dienlich und daher im Interesse der Gläubiger zuzulassen sei.¹⁹⁰ Der Insolvenzverwalter sollte das Unternehmen nicht nur im Rahmen einer beschleunigten Liquidation, sondern auch zu weiteren Zwecken, insbesondere einer geplanten Betriebsveräußerung fortführen dürfen.¹⁹¹ In diesem Sinne gewann die Unternehmensfortführung Bedeutung als „eigenständige Verwertungsform“ neben der Unternehmenserschlagung.¹⁹² Mit Inkrafttreten der Insol-

¹⁸⁶ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 6; BT Drs. 12/2443, S. 74.

¹⁸⁷ BGH NJW 1973, 1043; s. auch *Janssen*, in: MünchKomm InsO, § 157 Rn. 2.

¹⁸⁸ Sie war danach im Wesentlichen nur als Vorbereitungshandlung zur Liquidation zu verstehen, *Stüdemann*, in: FS 100 Jahre Konkursordnung, S. 401, 433 f.

¹⁸⁹ BGH NJW 1980, 55 nennt zusätzlich den Versuch, einen günstigeren Zwangsvergleich für die Gläubiger zu erreichen.

¹⁹⁰ Vgl. bereits BGH NJW 1980, 55; BGHZ 99, 151, 153.

¹⁹¹ BGHZ 99, 151, 155.

¹⁹² *Stüdemann*, in: FS 100 Jahre Konkursordnung, S. 401, 428 ff., 436.

venzordnung am 1. Januar 1999 wurde die Unternehmensfortführung schließlich als neben der Liquidation gleichrangige Verfahrensoption anerkannt.¹⁹³ Damit ist auch eine Unternehmensfortführung, die über das für eine beschleunigte Liquidation erforderliche Maß hinausgeht, zulässig. Nach § 157 S. 1 InsO entscheidet die Gläubigerversammlung, ob das Unternehmen vorläufig fortgeführt werden soll. In einem sanierungsorientierten Insolvenzrecht spielt die Unternehmensfortführung eine große Rolle. Für den Insolvenzverwalter bedeutet sie eine anspruchsvolle Aufgabe, die sich wesentlich von einer nur kurzfristigen Unternehmensfortführung zum Zwecke einer raschen Abwicklung unterscheidet. Der Insolvenzverwalter ist nicht mehr lediglich in liquidierender, sondern verstärkt in werbender Funktion tätig.¹⁹⁴ Er setzt die Insolvenzmasse zum Zwecke der Erfolgserzielung werbend ein.¹⁹⁵ Die Unternehmensfortführung für die Insolvenzmasse kann durchaus längere Zeit in Anspruch nehmen. Zwar spricht § 157 S. 1 InsO lediglich von einer „vorläufigen“ Fortführung. Eine bestimmte zeitliche Grenze lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen.

II. Haftungsbeschränkung für Neuverbindlichkeiten

Dabei kommt es auch bei der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter zu einer gegenständlichen Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen. Ebenso zeigen sich bei den Sachgründen für diese Haftungsbeschränkung deutliche Parallelen zur Testamentsvollstreckung.

1. Die Haftung für durch den Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten

Begründet der Insolvenzverwalter im Zuge der Unternehmensfortführung neue Verbindlichkeiten, so handelt es sich dabei um neue Masseverbindlichkeiten i. S. v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO. Für diese Neumasseverbindlichkeiten haftet der Schuldner nach herrschender Meinung auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens lediglich mit der Masse, nicht unbeschränkt mit

¹⁹³ BT Drs. 12/2443, S. 73 ff.; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206.

¹⁹⁴ Das verdeutlichen die zahlreichen Stellungnahmen zur Insolvenzverwalterhaftung bei der Unternehmensfortführung: *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251 ff.: „Unternehmenslenker“; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322: „[...] einem Unternehmensleiter vergleichbar“; *von Websky*, in: Borchardt/Frind, § 16 Rn. 1835: „Unternehmerfunktion“; allgemein *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 11 zur stärkeren Außenorientierung der werbenden Funktion des Insolvenzverwalters. s. ferner die Nachweise in Fn. 2 in diesem Teil.

¹⁹⁵ *Stüdemann*, in: FS 100 Jahre Konkursordnung, S. 401, 431: „Verwerten in diesem Sinne bedeutet [...] Einsetzen zur Erfolgserzielung.“

seinem sonstigen freien Vermögen.¹⁹⁶ Somit haften für die durch den Insolvenzverwalter begründeten Neuverbindlichkeiten weder der Insolvenzverwalter noch der Insolvenzschnldner, geschweige denn die Insolvenzgläubiger unbeschränkt persönlich, sondern lediglich der Schuldner gegenständlich beschränkt auf die Insolvenzmasse.¹⁹⁷ Hinsichtlich der durch den Insolvenzverwalter begründeten Neuverbindlichkeiten entspricht die Haftungslage somit derjenigen bei der Testamentsvollstreckung. Der einzige Unterschied ist, dass die Haftung für durch den Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten von vornherein auf die Insolvenzmasse beschränkt ist, während die Haftungsbeschränkung für durch den Testamentsvollstrecker begründete Verbindlichkeiten auf den Nachlass erst unter den Voraussetzungen der §§ 1975 ff. BGB greift.

Im Übrigen ist streng zwischen den bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Altverbindlichkeiten und den nach Verfahrenseröffnung durch den Insolvenzverwalter begründeten Neuverbindlichkeiten zu unterscheiden.¹⁹⁸ Für die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Altverbindlichkeiten des Schuldners kommt es grundsätzlich nicht zu einer Haftungsbeschränkung. Als Insolvenzgläubiger haben die Altgläubiger nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich ein freies Nachforderungsrecht und können ihre Restforderungen unbeschränkt gegen den

¹⁹⁶ BGH NZG 2010, 31 Rn. 12; BGH NJW 1955, 339; BGH WM 1964, 1125; *Hintzen*, in: MünchKomm InsO, § 201 Rn. 16; *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 207 Rn. 76; *Pehl*, in: Braun, InsO, § 201 Rn. 4; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 202 Rn. 7; *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 1 Rn. 63; *ders.*, KTS 1984, 345, 396; *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 148 ff.; *Böttcher*, ZZP 77 (1964), 55, 56; zu den Gründen *Siebeking*, Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, S. 25 ff. a.A. für eine gegenständlich unbeschränkte Haftung des Schuldners *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 44; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 25.30; *Herchen*, in: HambKomm InsO, § 201 Rn. 6; *Mock*, in: Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 28; *Ries*, in: Uhlenbruck, InsO, § 207 Rn. 49; *Runkel/Schnurbusch*, NZI 2000, 49, 56 f.; *Pütter*, Der Nachlaßverwalter als Unternehmer, S. 48. In der älteren konkursrechtlichen Diskussion war die Gegenansicht, die eine unbeschränkte Haftung des Schuldners vertrat, noch stärker verbreitet, s. etwa *Wolff*, ZZP 22 (1896), 207, 210; *Levy*, ZZP 49 (1925), 212, 213.

¹⁹⁷ Zwar gehört gem. § 35 Abs. 1 InsO auch das während des Verfahrens durch den Schuldner erlangte Vermögen zur Insolvenzmasse, sodass auch dieser Neuerwerb für Masseverbindlichkeiten haftet. Nach Verfahrensabschluss erlangter Neuerwerb unterfällt jedoch nicht dem Insolvenzbeschlagn. Insoweit besteht keine Nachhaftung für während des Verfahrens begründete Masseverbindlichkeiten. Daher führt auch die Neuregelung des § 35 Abs. 1 InsO nicht zu einer unbeschränkten Haftung für Neu-masseverbindlichkeiten; insofern etwas missverständlich die Ausführungen von *Zimmermann*, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandels-gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, S. 102 ff.

¹⁹⁸ So ist auch beim Erbfall zwischen Alt- und Neuverbindlichkeiten zu trennen.

Schuldner geltend machen, § 201 Abs. 1 InsO.¹⁹⁹ Auch für vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Ansprüche, die während des Insolvenzverfahrens die Privilegierung als Masseansprüche genießen, haftet der Schuldner unbestritten nach Beendigung des Insolvenzverfahrens weiter fort.²⁰⁰ Für die vorliegende Untersuchung ist aber ausschließlich die Haftung für die durch die Amtstreuhandler begründeten neuen Verbindlichkeiten von Interesse.²⁰¹ Insofern gilt für Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter gleichermaßen, dass die Haftung im Ernstfall gegenständlich auf das Sondervermögen Nachlass bzw. Insolvenzmasse beschränkt ist.

2. Gründe für die Haftungsbeschränkung

Es entspricht also der ganz herrschenden Ansicht, dass der Insolvenzschnldner für durch den Insolvenzverwalter begründete Neumasseverbindlichkeiten stets nur beschränkt auf die Insolvenzmasse haftet. Dies ist vor dem Hintergrund bemerkenswert, dass die Insolvenzordnung wie auch schon die Konkursordnung keine Vorschriften enthält, die – abweichend vom Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung – eine Haftungsbeschränkung regeln.²⁰² Insbesondere lässt sich eine gesetzliche Haftungsbeschränkung nicht aus §§ 215 Abs. 2, 201 InsO oder § 206 InsO herleiten. Im Gegensatz zum Erbrecht, das Möglichkeit und Voraussetzungen einer Haftungsbeschränkung auf den Nachlass in den §§ 1967 ff., 1975 ff., 1993 ff. BGB regelt, ergibt sich im Insolvenzrecht weder der Schuldner, noch Art oder Umfang der Haftung für die durch den Insolvenzverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten aus dem Gesetz. Insbesondere lässt sich der Insolvenzordnung nichts über eine auf die Insolvenzmasse beschränkte Haftung des Insolvenzschnldners entnehmen.

Mangels Rechtsfähigkeit der Insolvenzmasse ist nach heute ganz herrschender Meinung der Insolvenzschnldner als Rechtsträger der Insolvenzmasse auch Schuldner der Masseverbindlichkeiten.²⁰³ Unter den Masseverbindlichkeiten ist zwischen den Kosten des Insolvenzverfahrens (§§ 53, 54 InsO) und den sog. sonstigen Masseverbindlichkeiten (§§ 53, 55 InsO) zu unterscheiden. Für die vorliegende Untersuchung und den Vergleich mit

¹⁹⁹ Die besondere Möglichkeit einer Restschuldbefreiung gem. §§ 286 ff. InsO soll hier unberücksichtigt bleiben.

²⁰⁰ *Hintzen*, in: MünchKomm InsO, § 201 Rn. 15; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 202 Rn. 6.

²⁰¹ Allein aus der Haftungsbeschränkung für die Neuverbindlichkeiten leitet die h. M. die Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung ab, s. oben Kapitel 1 – A.II.

²⁰² Gegen eine Haftungsbeschränkung daher *Runkel/Schnurbusch*, NZI 2000, 49, 56 f.; zweifelnd auch BFH ZIP 2018, 593 Rn. 27.

²⁰³ BGH NZG 2010, 31 Rn. 12; *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 53 Rn. 30.

durch den Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Verpflichtungsbefugnis gem. § 2206 Abs. 1 BGB begründeten Verbindlichkeiten ist allerdings in erster Linie die Haftung für durch den Insolvenzverwalter begründete Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO interessant. Schon unter der Konkursordnung hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass der Gemeinschuldner, obwohl selbst Schuldner der Masseverbindlichkeiten, nicht mit seinem konkursfreien Vermögen für durch den Konkursverwalter begründete Verbindlichkeiten (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 KO als Vorgängervorschrift zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO) haftet.²⁰⁴ Die maßgeblichen Wertungsgründe für diese Haftungsbeschränkung hat *Sieveking* bereits im Jahr 1937 herausgearbeitet.²⁰⁵ Als die tragenden Gründe für die Haftungsbeschränkung nannte er

- die geringe Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners auf die Bestellung des Verwalters,
- die geringe Einwirkungsmöglichkeit auf die Führung der Verwaltung, und
- die Führung der Verwaltung im Fremdinteresse.²⁰⁶

In diesen Sachgründen kommt erneut das Postulat „keine Haftung ohne Herrschaft“ in der von *Siebert* und *Wiedemann* konkretisierten Form zum Ausdruck.²⁰⁷ Sie decken sich im Wesentlichen mit der Feststellung *Wiedemanns*: „Niemand kann eine fremde geschäftsfähige Person ohne ihr wenigstens generelles Einverständnis, also unfreiwillig, persönlich unbeschränkt durch Rechtsgeschäft verpflichten.“²⁰⁸ Ähnlich wie der Erbe keinen nennenswerten Einfluss auf die Bestellung des Testamentsvollstreckers und dessen Verwaltungstätigkeit hat, so hat auch der Insolvenzschnuldner kaum Einwirkungsmöglichkeit auf die Bestellung des Insolvenzverwalters geschweige auf dessen Verwaltungsführung. Bei der Fremdverwaltung durch den Insolvenzverwalter kommt noch hinzu, dass die Verwaltung in erster Linie im Interesse der Insolvenzgläubiger erfolgt und nicht im Interesse des Insolvenzschnldners. Das ist sicher richtig und entspricht der heute verbreiteten ökonomischen Sichtweise im Insolvenzrecht, die Insolvenzgläubiger als die neuen

²⁰⁴ *K. Schmidt*, ZHR 152 (1988), 105, 113; *Sieveking*, Die Haftung des Gemeinschnldners für Masseansprüche, S. 25 ff.; *Schmidt*, Der Gemeinschnldner als Schnldner der Masseverbindlichkeiten, S. 117.

²⁰⁵ *Sieveking*, Die Haftung des Gemeinschnldners für Masseansprüche, S. 40; *K. Schmidt*, ZHR 152 (1988), 105, 114.

²⁰⁶ *Sieveking*, Die Haftung des Gemeinschnldners für Masseansprüche, S. 40.

²⁰⁷ *Berger*, EWIR 2009, 775; *K. Schmidt*, ZHR 174 (2010), 163, 167; *ders.*, in: MünchKomm HGB, § 128 Rn. 81; *H.-F. Müller*, in: Jaeger, InsO, § 93 Rn. 32; *ders.*, Der Verband in der Insolvenz, S. 234; vgl. *Gehrlein*, in: MünchKomm InsO, § 93 Rn. 7.

²⁰⁸ *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 329; *ders.*, Gesellschaftsrecht, Band 1, S. 546 ff.

wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens anzusehen.²⁰⁹ Dennoch scheint die Annahme, die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter entspreche überhaupt nicht dem Interesse des Insolvenzschuldners, zweifelhaft. Dagegen lässt sich einwenden, dass eine durch die Unternehmensführung erzielte Mehrung der Insolvenzmasse dem Schuldner jedenfalls mittelbar zu Gute kommt, indem sie seine Nachhaftung gegenüber den Insolvenzgläubigern mindert.²¹⁰ Zudem steht dem Insolvenzschuldner gem. § 199 InsO, zwar praktisch selten aber möglich, ein nach Abschluss des Insolvenzverfahrens verbleibender Überschuss zu. Der Insolvenzschuldner ist in diesem Sinne potenzieller Residualberechtigter der Insolvenzmasse. Unterlässt der Insolvenzverwalter eine mögliche Massemehrung, so haftet er daher unter Umständen auch gegenüber dem Insolvenzschuldner gem. § 60 InsO.²¹¹ Entscheidend für die Haftungsbeschränkung erscheint daher vor allem der Gesichtspunkt der unfreiwilligen und vollkommen weisungsunabhängigen Fremdverwaltung.²¹² So schwierig es ist, aus der abstrakten Grundwertung „Keine Haftung ohne Herrschaft“ konkrete Rechtssätze abzuleiten, so bildet die konkretisierte Feststellung, dass niemand eine fremde geschäftsfähige Person unfreiwillig persönlich unbeschränkt durch Rechtsgeschäft verpflichten kann, doch das materiale Sachargument für die auf die Masse beschränkte Haftung des Insolvenzschuldners.²¹³ Es handelt sich um den gleichen Sachgrund, welcher der auf den Nachlass beschränkten Haftung des Erben gem. § 2206 Abs. 2 BGB für das Testamentsvollstreckerhandeln zugrunde liegt und dessen Aufweichung durch die Vollmachtlösung zu Recht erheblichen Bedenken begegnet.²¹⁴

²⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 17/5712, S. 17 f.; *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, 545; *Jungmann*, NZI 2009, 80, 84.

²¹⁰ *H.-F. Müller*, Der Verband in der Insolvenz, S. 233 f.; *Kessler*, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partnerschaftsgesellschaft, Rn. 540; vgl. auch *Sieveling*, Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, S. 35, 46 ff., der selbst feststellt, dass letzten Endes alle Masseschulden im Interesse des Gemeinschuldners entstanden seien und dass das fehlende Interesse des Schuldners allein die Haftungsbeschränkung nicht rechtfertigen könne.

²¹¹ OLG Hamm NZI 2001, 373, 374 f.; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 Rn. 24; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 35; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 47; a.A. *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 251.

²¹² So auch *Zimmermann*, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, S. 77, 101.

²¹³ *H.-F. Müller*, in: Jaeger, InsO, § 93 Rn. 32; *Zimmer*, ZInsO 2011, 1081, 1083.

²¹⁴ Den Grundgedanken der fehlenden Einflussmöglichkeit auf die Begründung der Verbindlichkeiten als Legitimation der Haftungsbeschränkung hat bereits *Ehrenberg*, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, S. 21 hervorgehoben. Den engen Zusammenhang zwischen dem Übergang der Verwaltungsbefug-

III. Geringe Berücksichtigung der Haftungsproblematik

Die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter wird heute also in weitem Umfang zugelassen, obwohl es hier es zu einer ganz ähnlichen Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen kommt wie im Fall der Testamentsvollstreckung. Der sich mit der zunehmenden Bedeutung der werbenden Funktion des Insolvenzverwalters verschärfende Konflikt zwischen dem Grundsatz unbeschränkter Inhaberhaftung einerseits und der Haftungsbeschränkung auf die Insolvenzmasse für die durch den Insolvenzverwalter begründeten Verbindlichkeiten andererseits wird in der insolvenzrechtlichen Literatur allerdings nur sehr selten problematisiert.

1. Kritische Stimmen

Jedoch finden sich in der Literatur durchaus auch kritische Hinweise mit Blick auf die zum Testamentsvollstreckungsrecht parallele Haftungsproblematik.²¹⁵ So mahnt ein Autor, es stelle sich die Frage, „ob das Rechtssystem einer vagabundierenden Masse dem Unternehmen des Gemeinschuldners die Teilnahme am Rechtsleben ermöglichen soll, ohne [daß] zumindest ein mit seinem gesamten Vermögen haftender Unternehmensträger vorhanden ist.“²¹⁶ Aufgrund der Haftungsproblematik wurde früher auch die Unternehmensfortführung durch den mit dem Insolvenzverwalter eng verwandten Nachlassverwalter²¹⁷ für unzulässig gehalten.²¹⁸ Heute wird dagegen, regelmäßig mit Verweis auf die Rechtslage beim Insolvenzverwalter, auch die Unterneh-

nis hinsichtlich des Sondervermögens auf den Amtswalter und der Haftungsbeschränkung des Sondervermögensträgers auf das Sondervermögen betont auch *Jacoby*, Das private Amt, S. 302. Auch im Kapitalgesellschaftsrecht spielt die strikte Trennung von Eigentum und Herrschaft eine Rolle für die Legitimation der institutionellen Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, vgl. *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 292. Doch ist die Trennung von Eigentum und Kontrolle bei den Amtstreuhandern noch deutlich stärker ausgeprägt.

²¹⁵ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 241; *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 143, dort Fn. 135: „Dieselbe Frage stellt sich aber auch bei einer Betriebsfortführung im Rahmen der Konkursabwicklung.“; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 399 ff.; *M. Wolf*, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 113, 122; *Riering*, Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter, S. 40 ff., 120 ff.; *Walendy*, Funktion und Legitimation des Zwangsvergleichs im Insolvenzfall von Unternehmensträgern, S. 124 ff.

²¹⁶ *Walendy*, Funktion und Legitimation des Zwangsvergleichs im Insolvenzfall von Unternehmensträgern, S. 126.

²¹⁷ Zur engen Verwandtschaft von Nachlassverwalter und Insolvenzverwalter siehe etwa RGZ 61, 221, 222; RGZ 65, 287, 289; RGZ 135, 305, 307; BGHZ 38, 281, 284; BGH NJW 1987, 1019, 1020; *Kumpfan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 194; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 2. Im Folgenden wird dann

mensfortführung durch den Nachlassverwalter unproblematisch als zulässig angesehen.²¹⁹

2. Die Haftungsproblematik im Fall der insolventen Personengesellschaft

Größere Aufmerksamkeit hat die Haftungsproblematik allerdings im Rahmen der Diskussion um die persönliche Gesellschafterhaftung für Masseverbindlichkeiten im Fall der insolventen Personengesellschaft erfahren. Hier lässt sich der Konflikt zwischen dem Grundsatz unbeschränkter Haftung und der aufgrund unfreiwilliger Fremdverwaltung gebotenen Haftungsbeschränkung besonders anschaulich beobachten. Dabei geht es um die Frage, ob die Gesellschafter einer Personengesellschaft für die vom Insolvenzverwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft begründeten Masseverbindlichkeiten persönlich haften.²²⁰

Noch heute vertritt eine Ansicht im Schrifttum, die Gesellschafter müssten auch für die durch den Insolvenzverwalter ihrer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten gem. § 128 HGB unbeschränkt persönlich haften.²²¹ Allein mit der unfreiwilligen Fremdverwaltung im Fremdinteresse lasse sich eine Haftungsbeschränkung nicht überzeugend begründen. Denn die persönliche Gesellschafterhaftung beruhe auch auf der fehlenden Vermögensbindung der Gesellschaft und diene dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger.²²² Zudem sei die persönliche Haftung des Gesellschafters grundsätzlich nicht an die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis gebunden.²²³ Die Zulassung einer Haftungsbeschränkung zugunsten der Gesellschafter bedeute im praktischen Ergebnis die Zulassung einer systemwidrigen Personengesell-

spezifisch auf den Nachlassverwalter eingegangen, sofern die Besonderheiten der Nachlassverwaltung dies gebieten.

²¹⁸ So noch von *Lübtow*, Erbrecht, S. 1142.

²¹⁹ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 5; *Gottwald*, in: Damrau/Tanck, § 1985 Rn. 7; *Pütter*, Der Nachlassverwalter als Unternehmer, S. 10.

²²⁰ Demgegenüber gibt es fast kein Anschauungsmaterial bezüglich einer Unternehmensfortführung mit einem insolventen Personengesellschafter. Das dürfte daran liegen, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters regelmäßig zu dessen Ausscheiden führt, §§ 131 Abs. 3 Nr. 2, 161 Abs. 2 HGB. In einem sanierungsorientierten Insolvenzrecht scheint es aber nicht fernliegend, dass auch die Fortführung einer Gesellschaft mit dem Insolvenzverwalter eines insolventen Gesellschafters Bedeutung gewinnt, vgl. dazu *Heerma*, ZIP 2011, 981 ff.

²²¹ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 93 Rn. 83; *M. Wolf*, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 113, Rn. 122.

²²² *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 93 Rn. 83.

²²³ *Ders.*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 93 Rn. 83; *Armbruster*, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personenhandelsgesellschaft nach geltendem und künftigen Recht, S. 165.

schaft mit beschränkter Haftung.²²⁴ Bei der Betriebsfortführung verfüge die Gesellschaft über keine haftenden Gesellschafter und nehme dennoch als solche am Wirtschaftsleben teil.²²⁵

Entgegen diesen Bedenken hat sich die herrschende Ansicht in der Literatur im Anschluss an *K. Schmidt* und die von *Sievekling* herausgearbeiteten Wertungsgesichtspunkte für eine teleologische Reduktion des § 128 HGB ausgesprochen. Der BGH hat sich dem im Ergebnis angeschlossen und entschieden, dass die Gesellschafter nicht mit ihrem Privatvermögen für die vom Insolvenzverwalter einer Personengesellschaft gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 begründeten Masseverbindlichkeiten haften.²²⁶ Bemerkenswert ist die Begründung des BGH. Er hält zur Erreichung dieses Ergebnisses nicht einmal eine teleologische Reduktion des § 128 HGB für erforderlich. Die Haftungsbeschränkung folge bereits aus rein insolvenzrechtlichen Gründen, nämlich aus der auf die Insolvenzmasse beschränkten Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Verwalters. Eine teleologische Reduktion von § 128 HGB sei damit nicht verbunden.²²⁷ Diese Begründung des BGH scheint zweifelhaft.²²⁸ Denn unbestritten ist die Personengesellschaft als Insolvenzschildnerin auch Schuldnerin der Masseverbindlichkeiten. Auch die Neumasseverbindlichkeit ist also eine Gesellschaftsverbindlichkeit und somit der Tatbestand des § 128 HGB grundsätzlich erfüllt.²²⁹ Möchte man die Rechtsfolge des § 128 HGB vermeiden, ist somit eine teleologische Reduktion der Norm erforderlich. Die teleologische Reduktion des § 128 HGB ist aufgrund des für die Gesellschafter unfreiwilligen Auseinanderfallens von Eigentum

²²⁴ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 93 Rn. 87; *M. Wolf*, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 113, 122; *Homann*, in: Mohrbutter/Ringstmeier, § 26 Rn. 50; dies konzedierend auch *Zimmermann*, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, S. 108.

²²⁵ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 93 Rn. 87.

²²⁶ BGH NZG 2010, 31, wobei sich der BGH in dieser Entscheidung explizit nur zu einer Haftungsbeschränkung während des Insolvenzverfahrens bekannt hat. Die Begründung und der Verweis auf die frühere Rechtsprechung deuten jedoch darauf hin, dass auch der BGH von einer Haftungsbeschränkung auf die Insolvenzmasse auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ausgeht. s. auch *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 128 Rn. 81; vgl. *Zimmermann*, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten. Zur KG s. auch OLG Stuttgart, NZI 2019, 903.

²²⁷ BGH NZG 2010, 31 Rn. 11; so zuvor bereits *Kessler*, NZI 2008, 42 f.

²²⁸ Kritisch *K. Schmidt*, ZHR 174 (2010), 163, 172 f.; *Marotzke*, DB 2013, 681, 682; kritisch auch BFH ZIP 2018, 593 Rn. 27.

²²⁹ *K. Schmidt*, ZHR 152 (1988), 105, 115; *H.-F. Müller*, LMK 2010, 295526; *Zimmermann*, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, S. 61.

und Herrschaft gerechtfertigt.²³⁰ Gleichsam handelt es sich auch bei der Beschränkung der Haftung einer natürlichen Person auf die Insolvenzmasse um eine teleologische Reduktion des allgemeinen, ungeschriebenen Grundsatzes der unbeschränkten Vermögenshaftung.²³¹

Das Beispiel der persönlichen Gesellschafterhaftung für durch den Insolvenzverwalter begründete Masseverbindlichkeiten zeigt, dass die herrschende Meinung durchaus bereit ist, mit dem Grundsatz unbeschränkter Inhaberhaftung zu brechen. Die herrschende Meinung ermöglicht eine werbende Tätigkeit auf kaufmännischen Niveau durch den Insolvenzverwalter unter Haftungsbeschränkung auf die Insolvenzmasse. Im Fall der insolventen Personengesellschaft erreicht sie dieses Ergebnis nur durch eine teleologische Reduktion des § 128 HGB. Deutlich überspitzt kann man sagen: Die herrschende Meinung betreibt im Fall der Insolvenzverwaltung eine Rechtsfortbildung, um ein Ergebnis zu erreichen, das sie im Fall der Testamentsvollstreckung durch eine gegenläufige Rechtsfortbildung gerade zu vermeiden sucht.²³²

C. Mögliche Gründe für eine Ungleichbehandlung der Amtstreuhänder

Dogmatisch begegnet einem bei der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter und derjenigen durch den Testamentsvollstrecker eine vergleichbare Haftungsproblematik. Unter dem Gesichtspunkt einer ggf. problematischen gegenständlichen Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen wurde die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter jedoch selten betrachtet. Im Gegensatz zur intensiven Diskussion um die Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker spielte der Umstand der Haftungsbeschränkung für Neuverbindlichkeiten in der insolvenzrechtlichen Diskussion keine entscheidende Rolle. In erster Linie wurde gefragt, ob

²³⁰ Soweit dagegen vorgebracht wird, allein mit dem Auseinanderfallen von Eigentum und Herrschaft lasse sich die Haftungsbeschränkung nicht begründen, da z. B. auch der nicht geschäftsführungsbefugte aber gem. § 128 HGB voll haftende Personengesellschafter dem Gesellschaftsrecht nicht fremd sei, *Kesseler*, NZI 2008, 42; *Armbruster*, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personenhandelsgesellschaft nach geltendem und künftigen Recht, S. 165, so wird übersehen, dass die Fremdbestimmung hier im wesentlichen Gegensatz zu den genannten Beispielen unfreiwillig eintritt. Auch hier besteht eine deutliche Parallele zur Diskussion im Testamentsvollstreckungsrecht, vgl. oben Kapitel 1 – A.III.1.b)bb)(2)(a) bei Fn. 70.

²³¹ *Zimmermann*, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, S. 101.

²³² Zur teleologischen Reduktion des Testamentsvollstreckungsrechts durch die h. M. s. oben Kapitel 1 – A.IV.2.

die Unternehmensfortführung dem Zweck des Insolvenzverfahrens entspricht. Als man erkannte, dass die Fortführung wirtschaftlich sinnvoll sein könnte, ließ man sie relativ großzügig zu.

Warum verhält sich die Diskussion um die Unternehmensfortführung im Fall der Testamentsvollstreckung so dogmatisch, im Fall der Insolvenzverwaltung dagegen so pragmatisch? In der Literatur finden sich nur selten Begründungen für diese unterschiedliche Behandlung. Es stellt sich die Frage, ob es Unterschiede zwischen Testamentsvollstreckung und Insolvenzverwaltung gibt, die eine Unternehmensführung allein durch den Insolvenzverwalter, nicht aber durch den Testamentsvollstrecker rechtfertigen.²³³

I. Nur geringfügige Unternehmensfortführung in der Insolvenz

Häufig wird gegen eine Vergleichbarkeit von Testamentsvollstreckung und Insolvenz vorgebracht, in der Insolvenz finde eine Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter nur in wesentlich geringerem Umfang statt.²³⁴ Die Unternehmensfortführung habe im grundsätzlich auf Verwertung gerichteten Insolvenzverfahren allenfalls einen untergeordneten, dienenden Zweck. Dagegen sei einzig die Verwaltungstestamentsvollstreckung auf eine längerfristige werbende Verwaltung ausgerichtet.²³⁵ Nur hier werde die Unternehmensfortführung zum Selbstzweck. Eng damit verbunden ist das Argument, die Unternehmensfortführung in der Insolvenz sei jeweils nur von geringer Dauer.²³⁶ Nach dieser Sichtweise wäre die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter allenfalls mit der kurzfristigen Unternehmensfortführung bei bloßer Abwicklungstestamentsvollstreckung gem. §§ 2203, 2204 BGB vergleichbar, bei der die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nach überwiegender Ansicht zumindest innerhalb der Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 HGB hinzunehmen ist.²³⁷

²³³ Teilweise wird insoweit darauf hingewiesen wird, Art. 2 EGHGB gelte nur im Verhältnis von HGB und BGB, aber nicht im Verhältnis von HGB und InsO, *Riering*, Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter, S. 42; vgl. auch *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 143, dort Fn. 135. Das hilft indes nicht viel weiter. Die Argumentation mit Art. 2 EGHGB ist ohnehin nicht zielführend.

²³⁴ *Holzhauer*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 44; *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 33; *Mittmann*, Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, S. 156 ff.; dagegen *Christopeit*, Haftung des Erben, S. 106.

²³⁵ *Holzhauer*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 44; *Mittmann*, Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, S. 156 ff.; dagegen *Christopeit*, Haftung des Erben, S. 106.

²³⁶ *Mittmann*, Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, S. 158.

²³⁷ Vgl. etwa *Damrau*, in: Soergel, BGB, § 2205 Rn. 16; vgl. oben Kapitel 1 – A.I.

Zuzugeben ist, dass eine endgültige Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter kaum in Betracht kommen dürfte.²³⁸ Das Insolvenzverfahren kann auch unter der Insolvenzordnung „nicht nach dem Prinzip „c’est le provisoire, qui dure“ auf Dauer die Organisations- und Finanzverfassung eines am Markt tätigen Unternehmens hergeben.“²³⁹ Vielmehr soll das Unternehmen bei der Fortführung in der Insolvenz schließlich wieder einem voll haftenden Rechtsträger zugeführt werden: Bei Sanierung des Unternehmensträgers ist dies der Schuldner, bei übertragender Sanierung ein anderer Rechtsträger. Die Unternehmensfortführung in der Insolvenz darf nicht Selbstzweck und endloser Dauerzustand werden, sondern ist grundsätzlich dem übergeordneten Ziel der besseren Gläubigerbefriedigung verpflichtet, § 1 Abs. 1 InsO.²⁴⁰

Selbst wenn man von einer solchen funktionalen Begrenzung der Unternehmensfortführung in der Insolvenz ausgeht, so folgt daraus jedoch keineswegs, dass die Fortführung durch den Insolvenzverwalter stets nur von kurzer Dauer wäre. Zunächst ist festzustellen, dass sich der Insolvenzordnung keine feste zeitliche Grenze entnehmen lässt. § 157 S. 1 InsO bestimmt lediglich, dass die Gläubigerversammlung im Berichtstermin beschließt, ob das Unternehmen des Schuldners „vorläufig“ fortgeführt werden soll. Teilweise wird aber auch eine dauerhafte Fortführung mit dem Ziel der Unternehmenssanierung als zulässig angesehen, ggf. auf Grundlage wiederholter Beschlüsse der Gläubigerversammlung gem. § 157 S. 3 InsO.²⁴¹ Doch selbst wenn man nicht so weit gehen möchte und mit der überwiegenden Literatur von der Zulässigkeit einer bloß vorläufigen Fortführung ohne Insolvenzplan ausgeht, so ist damit keineswegs eine eindeutige Grenze definiert.²⁴² Denn was „vorläufig“ bedeutet, bleibt weiterhin unklar. Letztlich ist „vorläufig“ alles, was nicht endgültig ist. Jedenfalls sind Fälle nicht selten, in denen der Insolvenzver-

²³⁸ *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 157 Rn. 14a; *Wegener*, in: FK-InsO, § 157 Rn. 2, der betont das schon die „längere“ Fortführung ohne Insolvenzplan auch unter der InsO die Ausnahme sein werde.

²³⁹ Prägnant *K. Schmidt*, in: Verhandlungen des 54. DJT, Band 1, 1982, D 73.

²⁴⁰ *Voigt-Salus*, in: Mohrbutter/Ringstmeier, § 22 Rn. 1; zum Konkursverwalter *Jaeger*, KuT 1935, 17; BT Drs. 12/2443, S. 108: bestmögliche Gläubigerbefriedigung als „einheitliches Hauptziel“ des Insolvenzverfahrens; vgl. auch BGH ZIP 2017, 779 Rn. 12.

²⁴¹ *Zipperer*, in: Uhlenbruck, InsO, § 157 Rn. 10; *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 157 Rn. 9; *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 157 Rn. 14a; ähnlich *Jungmann*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 157 Rn. 6.

²⁴² Vgl. *Janssen*, in: MünchKomm InsO, § 157 Rn. 11; *Andres*, in: Andres/Leithaus, InsO, § 157 Rn. 12; *Wegener*, in: FK-InsO, § 157 Rn. 2; *Ries*, in: HK-InsO, § 157 Rn. 4; *Theiselmann*, in: BeckOK InsO, § 157 Rn. 2; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 ff. sprechen von einem „längeren“ Zeitraum; vgl. auch *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 5.

walter das Unternehmen über mehrere Jahre fortführt.²⁴³ Einen Anhaltspunkt bietet die durchschnittliche Dauer von Insolvenzverfahren. Laut einer Studie des Instituts für Mittelstandsforschung Bonn aus dem Jahr 2010 dauert ein Regelinsolvenzverfahren bei juristischen Personen durchschnittlich vier Jahre, bei natürlichen Personen zwei Jahre.²⁴⁴ Bereits im Jahr 1980 hat der BGH eine Unternehmensfortführung durch den Konkursverwalter über einen Zeitraum von acht Jahren für nicht grundsätzlich unzulässig gehalten.²⁴⁵ Es ist sehr zweifelhaft, ob eine feste zeitliche Grenze für die Unternehmensfortführung in der Insolvenz bestimmt werden kann oder sollte.²⁴⁶ Eine solche wäre notwendig eine „gegriffene Größe“. Es zeigt sich jedoch, dass auch die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter längere Zeit in Anspruch nehmen kann, die deutlich über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 HGB hinausgeht. Schließlich ist daran zu erinnern, dass auch für die Dauer-testamentsvollstreckung eine zeitliche Begrenzung existiert, § 2210 BGB.

Insgesamt scheint zweifelhaft, ob allein die Dauer der Unternehmensfortführung, jedenfalls sobald sie nicht mehr ganz unerheblich²⁴⁷ ist, einen entscheidenden Unterschied ausmachen kann.²⁴⁸ Vielmehr spricht einiges dafür, den wesentlichen Unterschied in der funktionalen Differenzierung zwischen Liquidation und werbender Fortführung und der damit korrespondierenden Binnen- bzw. Außenorientierung zu sehen. Dabei ist die werbende Funktion zwangsläufig mit einer wesentlich stärkeren Außenorientierung verbunden, unabhängig von ihrer genauen Dauer.²⁴⁹ Mit der stärkeren Betonung des

²⁴³ Kübler, ZGR 1982, 498, 512 f.

²⁴⁴ Kranzusch/Icks, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg.): IfM-Materialien Nr. 193, 33.

²⁴⁵ BGH ZIP 1980, 851; vgl. BGH NJW 1980, 55: mehr als 10 Jahre.

²⁴⁶ Ebenso Kübler, ZGR 1982, 498, 513; Lüke, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 134; vgl. auch Baur, in: GS Bruns, S. 241, 244; anders dagegen die Rechtslage in Österreich: Hier hat das Insolvenzgericht gem. § 115 Abs. 4 IO die Schließung des Unternehmens spätestens ein Jahr nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens anzuordnen oder zu bewilligen, wenn nicht innerhalb dieser Frist ein Sanierungsplanvorschlag angenommen wurde. Die Frist kann gem. § 115 Abs. 4 S. 3 IO mehrmals, jedoch höchstens insgesamt um zwei Jahre verlängert werden.

²⁴⁷ Als Anhaltspunkt bietet sich die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 HGB an, die im Fall der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter häufig überschritten werden dürfte.

²⁴⁸ Gegen die Dauer als maßgeblichen Gesichtspunkt für bzw. gegen die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung auch Christopeit, Haftung des Erben, S. 106; Pütter, Der Nachlaßverwalter als Unternehmer, S. 34, unentschieden aber auf S. 52; kritisch zur Differenzierung zwischen Abwicklungsvollstreckung und Verwaltungsvollstreckung auch Weidlich, NJW 2011, 641 ff.

²⁴⁹ Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 11; für eine Differenzierung nach Binnen- oder Außenorientierung und gegen Ablehnung der jeweiligen Dauer als Kriterium auch Muscheler, Die Haftungsordnung der Testa-

Sanierungsgedankens in der Insolvenz und der Anerkennung der Unternehmensfortführung zu diesem Zweck geht zwangsläufig eine stärkere Außenorientierung der Insolvenzverwaltung einher, die sich von der konservativen Verwertungsmethode der raschen Liquidation deutlich unterscheidet. Denn erst die Zulassung der werbenden Funktion des Insolvenzverwalters führt zum Entstehen eines relevanten Außenverhältnisses. Gerade die werbende Funktion erfordert die fortwährende Begründung neuer Verbindlichkeiten in relevantem Umfang. Lässt man die werbende Funktion zu, können auch in relativ kurzer Zeit Neuverbindlichkeiten von erheblichem Umfang begründet werden. Die genaue Dauer der Unternehmensfortführung erscheint dann weniger relevant. Hinsichtlich der Außenorientierung besteht aber kein relevanter Unterschied zwischen werbender Insolvenzverwaltung und werbender Testamentsvollstreckung.

II. Strengere Anforderungen an die Insolvenzverwalterbestellung

Zudem könnte für eine großzügigere Handhabung der unternehmerischen Funktion des Insolvenzverwalters sprechen, dass die Anforderungen an die Bestellung eines Insolvenzverwalters strenger sind als die Anforderungen an die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers.

1. Gerichtliche Bestellung des Insolvenzverwalters

Insoweit wird insbesondere vorgebracht, der Insolvenzverwalter werde im Gegensatz zum Testamentsvollstrecker gerichtlich bestellt. Dies gewährleiste eine größere Zuverlässigkeit und Sicherheit.²⁵⁰ Entsprechend § 56 InsO ist zum Insolvenzverwalter eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, geschäftskundige und unabhängige Person zu bestellen. Tatsächlich wird im Zusammenhang mit der Betriebsfortführung die Auswahl eines mit der dafür nötigen Erfahrung und Qualifikation ausgestatteten Insolvenzverwalters besonders betont.²⁵¹ Sicherlich ist es für sämtliche Beteiligte vorteilhaft, wenn eine geeignete und erfahrene Person das Unternehmen fortführt. Die Regularien für die Bestellung des Insolvenzverwalters sind insoweit strenger als für die Bestellung des Testamentsvollstreckers. Allerdings sind auch die Herausforderungen für den Insolvenzverwalter größer, denn er übernimmt die Ge-

mentstestamentsvollstreckung, S. 243 bei Fn. 241; wobei *ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 244 a. E. noch von einer reinen Binnenorientierung des Insolvenzverfahrens ausgeht.

²⁵⁰ *Mittmann*, Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, S. 157; *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 33.

²⁵¹ *Z. B. von Websky*, in: Borchardt/Frind, § 16 Rn. 1835; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 423.

schaftsleitung für das insolvente Unternehmen regelmäßig in einer sehr schwierigen Situation. Im Übrigen ist auch bei der Unternehmensfortführung durch einen Testamentsvollstrecker im Normalfall mit der Einsetzung einer geeigneten Person zu rechnen. Zwar hat der Erblasser bei der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers eine große Freiheit. Er kann grundsätzlich jede voll geschäftsfähige Person benennen, § 2201 BGB. Man wird jedoch regelmäßig davon ausgehen können, dass der Erblasser, der einen Testamentsvollstrecker zur Führung seines Unternehmens bestimmt, darum bemüht sein wird, eine hinsichtlich Qualifikation und Erfahrung geeignete Person auszuwählen.²⁵² Zudem kann das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker gem. § 2227 BGB auf Antrag entlassen, wenn ein wichtiger Grund, insbesondere die Unfähigkeit zu ordnungsgemäßer Geschäftsführung vorliegt. Insgesamt scheint zweifelhaft, warum allein Qualifikation und Erfahrung des Fremdverwalters eine Haftungsbeschränkung gegenüber Neugläubigern auf das verwaltete Vermögen rechtfertigen können sollten. Selbst die qualifizierteste Leitungsperson kann keinen sicheren Schutz vor einem Scheitern des Unternehmens bieten.²⁵³

Schließlich könnte man auf den Gedanken kommen, die strengeren Auswahlanforderungen gewährleisteten einen besonderen Schutz vor einem Missbrauch von Amtsstellung und Haftungsbeschränkung. Doch als tragender Grund für die Legitimation unternehmerischer Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung vermag auch dieser Gedanke nicht zu überzeugen. Im Übrigen geht er am Problem vorbei. Zwar ist im Zusammenhang mit jeder Haftungsbeschränkungsmöglichkeit stets auch die Verhinderung von Missbrauch der Haftungsbeschränkung ein bedeutsames Anliegen. Allerdings beruht die Ablehnung der Testamentsvollstreckung am Unternehmen durch die herrschende Meinung in keiner Weise auf irgendwie gearteten Missbrauchsgefahren, sondern schlicht auf dem Umstand der nur beschränkten Erbenhaftung für die unternehmerischen Schulden.

Zusätzliche Zweifel daran, dass es sich bei der gerichtlichen Bestellung des Verwalters um das maßgebliche Differenzierungskriterium handeln soll, ergeben sich bei einem Seitenblick auf den Nachlassverwalter. Er ist in seiner Rechtsstellung mit dem Insolvenzverwalter sehr eng verwandt. Auch für den Nachlassverwalter gilt heute unbestritten, dass er ein im Nachlass be-

²⁵² Vgl. etwa BGHZ 201, 216 Rn. 29, wo betont wird, dass „es der Erblasserin mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung um den wirtschaftlich bestmöglichen Erhalt des Unternehmens ging“; s. auch die Empfehlung bei *Reimann*, in: *Bengel/Reimann*, § 2 Rn. 140; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 147. Auch bei der Ernennung durch das Nachlassgericht gem. § 2200 BGB ist mit der Auswahl einer geeigneten Person zu rechnen.

²⁵³ Das dies auch auf den Insolvenzverwalter zutrifft, zeigen schon die zahlreichen Bemühungen, die Haftung des Verwalters im Außenverhältnis zu reduzieren.

findliches Unternehmen fortführen darf.²⁵⁴ Die Ernennungsvoraussetzungen sind für den Nachlassverwalter im Vergleich zum Insolvenzverwalter aber deutlich weniger streng. Zum Nachlassverwalter kann jede geeignete, unbefangene Person bestellt werden.²⁵⁵

2. Juristische Personen als Amtswalter

Bislang wurde in der Diskussion kaum berücksichtigt, dass das Testamentsvollstreckungsrecht auch die Ernennung einer juristischen Person zum Testamentsvollstrecker ermöglicht.²⁵⁶ Im Gegensatz dazu erlaubt § 56 Abs. 1 S. 1 InsO allein die Bestellung einer natürlichen Person zum Insolvenzverwalter.²⁵⁷ Aus Sicht der Gläubiger ist die Einsetzung einer juristischen Person als Amtswalter nicht unbedenklich. Vor allem droht sie zu einer Mediatisierung von Verantwortlichkeit und damit zu haftungsrechtlichen Steuerungsverlusten zu führen.²⁵⁸ So ist etwa der Geschäftsführer einer GmbH, die das Testamentsvollstreckeramt übernimmt, unmittelbar nur gegenüber seiner Gesellschaft verantwortlich. Die Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Testamentsvollstreckerpflichten trifft ihn dagegen nur noch mittelbar. Unmittelbar haftet für die Verletzungen von Testamentsvollstreckerpflichten dann grundsätzlich nur die Gesellschaft, beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen. Dies erschwert die effektive Durchsetzung der Haftung der letztlich verantwortlichen natürlichen Person und schwächt somit die verhaltenssteuernde Wirkung persönlicher Haftung. Im Fall der Einsetzung einer juristischen Person zum Testamentsvollstrecker ist eine potenzielle Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen daher nicht von der Hand zu weisen.

Ob allerdings allein die Möglichkeit des Einsatzes einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker zu einem Verbot der Testamentsvollstreckung am Unternehmen zwingt, scheint ebenso zweifelhaft. In der überwiegenden

²⁵⁴ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 5.

²⁵⁵ *Ders.*, in: MünchKomm BGB, § 1981 Rn. 8.

²⁵⁶ Vgl. §§ 2210 S. 3, 2163 Abs. 2 BGB; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2197 Rn. 9.

²⁵⁷ Für Verfassungskonformität bei reinem Inlandssachverhalt BVerfG NJW 2016, 930 mit kritischer Anmerkung *Piekenbrock/Blum*; zuvor bereits BGHZ 198, 225. Dazu und zu den damit verbundenen verfassungs- und europarechtlichen Bedenken *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 278 ff.; *Zipperer*, in: Uhlenbruck, InsO, § 56 Rn. 13. Auch der Nachlassverwalter muss eine natürliche Person sein. Auch der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft muss eine natürliche Person sein, § 76 Abs. 3 S. 1 AktG, § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

²⁵⁸ Zum Geschäftsleiter *Gehrlein*, NZG 2016, 566, 567; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 76 Rn. 120. Zum Insolvenzverwalter: *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 283.

Zahl der Fälle, welche die Fortführung eines Unternehmens betreffen, wird der Erblasser ohnehin an der Einsetzung einer bestimmten natürlichen Person seines Vertrauens als Fremdverwalter interessiert sein. Die Einsetzung einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker ist mit diesem Interesse nicht vereinbar, weil die juristische Person ihre Organwalter selbst wählt und auswechseln kann. Im Übrigen sind die Interessen potenzieller Gläubiger auch bei Einsetzung einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker immerhin insoweit gewahrt, als sich jeder Geschäftspartner stets freiwillig auf den Vertragsschluss mit einem solchen Testamentsvollstrecker einlassen muss. Vor allem aber erschiene ein pauschales Verbot der Testamentsvollstreckung am Unternehmen kaum als adäquate Antwort auf die Fragen, die der Einsatz juristischer Personen als Amtswalter grundsätzlich aufwirft. Weder wäre es überzeugend, die Testamentsvollstreckung am Unternehmen allein im Hinblick auf diese Sonderkonstellation allgemein zu verbieten, noch würden dadurch die grundsätzlichen Herausforderungen gelöst, die der Einsatz juristischer Personen als Amtswalter mit sich bringt. Die Möglichkeit der Einsetzung einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker hat in der Diskussion um die Testamentsvollstreckung am Unternehmen denn auch bislang keine Rolle gespielt. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Zweifel bestehen, ob der Ausschluss juristischer Personen vom Insolvenzverwalteramt mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie²⁵⁹ vereinbar ist und aufrechterhalten werden kann.²⁶⁰

III. Strengere Überwachung des Insolvenzverwalters

Des Weiteren wird geltend gemacht, der Insolvenzverwalter sei im Gegensatz zum Testamentsvollstrecker wesentlich strenger überwacht.²⁶¹ Tatsächlich unterliegt der Insolvenzverwalter der fortwährenden Aufsicht durch das Insolvenzgericht, § 58 Abs. 1 S. 1 InsO.²⁶² Der Testamentsvollstrecker unterliegt dagegen keiner gerichtlichen Kontrolle. Auch wenn die Insolvenzordnung nicht zwischen Rechts- und Fachaufsicht differenziert, so wird das Insolvenzgericht allerdings im Wesentlichen als „Hüter der Rechtmäßigkeit des

²⁵⁹ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABLEU vom 27.12.2006, L 376/36.

²⁶⁰ *Riedel*, in: HK-InsO, § 56 Rn. 3; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 56 Rn. 34; einen Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie annehmend AG Mannheim ZIP 2016, 132.

²⁶¹ *Mittmann*, Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, S. 157; *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 33.

²⁶² Für den Nachlassverwalter gilt dies entsprechend, §§ 1975, 1915, Abs. 1, 1873 Abs. 2 BGB.

Insolvenzverfahrens“ charakterisiert.²⁶³ Eine Zweckmäßigkeitsskontrolle findet grundsätzlich nicht statt.²⁶⁴ Eine engmaschige Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen bei der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter ist also nicht ersichtlich. Eine solche „Fachaufsicht“ durch das Insolvenzgericht wäre auch kaum praktikabel.²⁶⁵ Zu berücksichtigen ist, dass den Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht eine Berichtspflicht trifft. Die Berichte ermöglichen dem Insolvenzgericht, anlassbezogen einzugreifen. Die Überwachung des Insolvenzverwalters ist also stärker ausgeprägt. Aber auch eine Berichtspflicht bietet kaum eine Rechtfertigung für eine Haftungsbeschränkung.

Daneben ist die Überwachung des Insolvenzverwalters durch die Insolvenzgläubiger im Gläubigerausschuss gem. § 69 InsO zu berücksichtigen.²⁶⁶ Im Gegensatz zum Insolvenzgericht obliegt dem Gläubigerausschuss auch die Zweckmäßigkeitsskontrolle des Verwalterhandelns.²⁶⁷ Allerdings steht auch dem Gläubigerausschuss kein Weisungsrecht gegenüber dem Insolvenzverwalter zu.²⁶⁸ Im Übrigen sieht sich auch der Testamentsvollstrecker einer gewissen Kontrolle durch den Erben ausgesetzt, §§ 2218, 666 BGB. Insbesondere aber scheint zweifelhaft, ob die Kontrolle des Verwalters durch die Interessenträger im Innenverhältnis maßgeblich für die Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung gegenüber Neugläubigern im Außenverhältnis sein kann. Denn die von der Haftungsbeschränkung betroffenen Neugläubiger haben keinen Einfluss auf diese Kontrolle. Die Massegläubiger haben kein Teilnahmerecht an der Gläubigerversammlung, die Insolvenzordnung räumt ihnen keine Einflussmöglichkeiten ein. So wird auch die Kontrolle des Vorstands einer AG durch den Aufsichtsrat oder des Geschäftsführers einer GmbH durch die Gesellschafter in der Regel nicht mit der Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in Verbindung gebracht. Vielmehr ist damit in erster Linie das „Innenverhältnis“ der Organisation angesprochen.

²⁶³ BT-Drs. 12/1443, S. 80; *Vallender*, in: Uhlenbruck, InsO, § 58 Rn. 2; *Voigt-Salus/Pape*, in: Mohrbuter/Ringstmeier, § 21 Rn. 57.

²⁶⁴ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 58 Rn. 11; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 205.

²⁶⁵ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 147.

²⁶⁶ Dieser Gesichtspunkt wurde in der Literatur, soweit ersichtlich, bisher kaum beachtet; vgl. *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 33; *Mittmann*, Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, S. 157.

²⁶⁷ *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 69 Rn. 2.

²⁶⁸ *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, § 69 Rn. 10; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 69 Rn. 21.

IV. Verfahren bei Masseunzulänglichkeit

Schließlich wird darauf verwiesen, die Haftungsproblematik, welche der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker entgegensteht, werde bei der Insolvenzverwaltung durch das Verfahren bei Masseunzulänglichkeit (§§ 208 ff. InsO) aufgefangen.²⁶⁹ Im Fall der Masseunzulänglichkeit reicht die Insolvenzmasse nicht mehr aus, um sämtliche Masseverbindlichkeiten zu erfüllen. Es handelt sich um die sog. „Insolvenz in der Insolvenz“.²⁷⁰ Sie wird durch die §§ 208 ff. InsO geregelt. Es bleibt jedoch unklar, welche Vorteile die das Verfahren im Fall der Masseunzulänglichkeit als der „Insolvenz in der Insolvenz“ regelnden §§ 208 ff. InsO den Gläubigern im Vergleich zu einem Nachlassinsolvenzverfahren bieten können. Es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass das Verfahren bei Masseunzulänglichkeit die Massegläubiger schwächer schützt als ein reguläres Insolvenzverfahren die Insolvenzgläubiger. Denn das Verfahren bei Masseunzulänglichkeit ist deutlich weniger formal ausgestaltet als das Verfahren zur Befriedigung von Insolvenzforderungen.²⁷¹ So führt die Masseunzulänglichkeit als „Insolvenz in der Insolvenz“ nicht automatisch zu einer Ablösung des Insolvenzverwalters durch einen neuen Sonderinsolvenzverwalter und belässt dem Insolvenzverwalter einen großen Handlungsspielraum.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich umgekehrt auch Argumente für eine strengere Behandlung der Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter finden lassen. So könnte man anführen, dass das Risiko eines Scheiterns der Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter (Insolvenz in der Insolvenz) relativ hoch scheint.²⁷² Denn der Insolvenzverwalter führt ein Unternehmen unter erschwerten Bedingungen fort.²⁷³ Dagegen geht es bei der Testamentsvollstreckung in aller Regel um die Fortführung gesunder Unternehmen.²⁷⁴

²⁶⁹ K. Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 1 Rn. 63.

²⁷⁰ Statt vieler Ries, in: Uhlenbruck, InsO, § 208 Rn. 1.

²⁷¹ Thole, ZIP 2018, 2241, 2247.

²⁷² BGHZ 159, 104, 110: „Das gegenüber einem normalen Geschäftsabschluss erhöhte Risiko, das die Haftung des Insolvenzverwalters rechtfertigt, liegt in der besonderen Situation des Vertragsschlusses durch einen insolventen Partner. Hier ist die Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsunfähigkeit deutlich höher als bei dem Vertragsschluss durch jemand, über dessen Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet ist.“; Schoppmeyer, in: FS Kreft, S. 525, 530 f.; a.A. Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 184.

²⁷³ BT-Drs. 12/2443, S. 129.

²⁷⁴ Canaris, Handelsrecht, S. 180, § 9 II Rn. 39.

V. Fazit

Bei den in der Literatur betonten Unterschieden zwischen Testamentsvollstreckung und Insolvenzverwaltung handelt es sich zwar durchaus um zu berücksichtigende Aspekte. Zur Begründung einer Ungleichbehandlung von Testamentsvollstreckung und Insolvenzverwaltung im Hinblick auf die Zulassung der Unternehmensfortführung erscheinen diese Argumente jedoch nicht überzeugend, jedenfalls nicht zwingend. Es müssten also andere Gründe für eine Differenzierung zwischen Testamentsvollstreckung und Insolvenzverwaltung zu finden sein, um die restriktive Handhabung der werbenden Funktion des Testamentsvollstreckers im Gegensatz zur großzügigen Akzeptanz der werbenden Funktion des Insolvenzverwalters überzeugend erklären zu können.

Kapitel 2

Kapitalgesellschaftsrecht als Vergleichsmaßstab

Die bisher in der Literatur zu findenden Begründungen für die Ungleichbehandlung von Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter im Hinblick auf die Unternehmensfortführung erscheinen nicht befriedigend. Vielmehr ist eine genauere Untersuchung der werbenden Tätigkeit der Amtstreuhänder erforderlich. Dafür ist zunächst zu klären, welches die maßgeblichen Kriterien für den Vergleich der Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker einerseits und Insolvenzverwalter andererseits sein sollten.

A. Das Haftungsproblem als Frage des Gläubigerschutzes

Bei der Unternehmensführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter geht es im Kern um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine unternehmerische Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung zugelassen werden kann.²⁷⁵ Dabei ist von ausschlaggebender Bedeutung, welchen Schutz die mit den Amtstreuändern in Kontakt tretenden Neugläubiger im Gegenzug dafür genießen, dass ihnen nur eine gegenständlich beschränkte Vermögensmasse haftet. Die Problematik der Unternehmensführung durch die Amtstreuänder präsentiert sich damit in erster Linie als eine Frage des Gläubigerschutzes. Hinsichtlich der testamentsvollstreckungsrechtlichen Diskussion bedeutet diese Einsicht zugleich einen Perspektivenwechsel. Es geht weniger um die Frage, ob die Testamentsvollstreckung auch an einem mehr oder weniger besonderen Nachlassgegenstand „Unternehmen“ (oder „Gesell-

²⁷⁵ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 241.

schaftsanteil“) möglich ist.²⁷⁶ Stattdessen geht es allgemeiner um die Frage, wie mit einem Testamentsvollstrecker in geschäftlichen Kontakt tretende Gläubiger geschützt sind.²⁷⁷ Die allgemeine Frage des Gläubigerschutzes wird im Fall der Unternehmensführung schlicht besonders virulent, weil gerade die werbende Tätigkeit in erheblichem Umfang die fortwährende Eingehung neuer Verbindlichkeiten erfordert. Denn die unternehmerische Tätigkeit führt typischerweise zur Entstehung eines relevanten Außenverhältnisses mit rechtsgeschäftlichen Beziehungen zu einer Vielzahl neuer Gläubiger.²⁷⁸ Der Fall der Unternehmensführung im Besonderen ist daher eine harte Bewährungsprobe für den Gläubigerschutz im Allgemeinen.

B. Kapitalgesellschaft als paradigmatische Organisationsform

Im Fall der Unternehmensfortführung sind die Ämter des Testamentsvollstreckers bzw. des Insolvenzverwalters mit den Ämtern des Vorstands einer AG bzw. des Geschäftsführers einer GmbH funktional vergleichbar.²⁷⁹ Sie alle führen ein Unternehmen für eine abgesonderte Vermögensmasse und mit der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf die verwaltete Vermögensmasse. Zur Untersuchung der Frage, ob und unter welchen Bedingungen die unternehmerische Tätigkeit für ein Sondervermögen unter Haftungsbeschränkung auf dieses Sondervermögen zuzulassen ist,²⁸⁰ mit anderen Worten, ob eine Haftungsbeschränkung außerhalb des Kapitalgesellschaftsrechts zulässig ist,²⁸¹ liegt es daher nahe, sich an denjenigen Kriterien zu orientieren, welche bei den Kapitalgesellschaften die institutionelle Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen rechtfertigen. Das Kapitalgesellschaftsrecht liefert das Paradigma für die Zulassung unternehmerischer Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung.

²⁷⁶ Vgl. *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 15; vgl. auch *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 27 ff.

²⁷⁷ Treffend *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 83: „Dieser Hinweis zeigt freilich zugleich, dass vielerlei Einwände, die gegen die echte Testamentsvollstreckerlösung angeführt werden, allgemeine Unzulänglichkeiten des Testamentsvollstreckungsrechts betreffen, die eben nur bei der Testamentsvollstreckung an Unternehmen besonders deutlich hervortreten. Hieran gilt es – solange der Gesetzgeber nicht tätig wird – rechtsfortbildend zu arbeiten.“

²⁷⁸ Vgl. *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 11 (zur Insolvenz); *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 243.

²⁷⁹ So ausdrücklich *Kumpan*, KTS 2010, 169, 176 für den Insolvenzverwalter.

²⁸⁰ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 241.

²⁸¹ *Dies.*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 241.

Bei den Kapitalgesellschaften bilden insbesondere die Regelungen über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung zusammen mit der Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter und der bei ihrer Verletzung drohenden Insolvenzverschleppungshaftung die Legitimation für die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen.²⁸² Der Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft wird ergänzt durch weitere Haftungstatbestände wie die Haftung für masseschmälernde Zahlungen, die vornehmlich die Geschäftsleiter adressieren. Hinzu treten Maßnahmen des informationellen Gläubigerschutzes wie das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes, die potenziellen Gläubigern die Möglichkeit zum Selbstschutz einräumen.²⁸³ Der so skizzierte Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht bildet den Maßstab für die Beurteilung des Gläubigerschutzes bei der Unternehmensführung durch die Amtstreuhand.

C. Insolvenzverwaltung und Testamentsvollstreckung als funktionale Kapitalgesellschaft

Dass die Ämter des Testamentsvollstreckers bzw. des Insolvenzverwalters im Fall der Unternehmensfortführung mit dem Amt des Geschäftsleiters einer Kapitalgesellschaft funktional vergleichbar sind, hat eine hohe Plausibilität.²⁸⁴ Als Fremdverwalter mit unternehmerischer Funktion nehmen sie ganz ähnliche Aufgaben wahr. Ein Vergleich der Organisationsformen der Insolvenzverwaltung und der Testamentsvollstreckung mit der Kapitalgesellschaft als der paradigmatischen Organisationsform für unternehmerisches Handeln unter Haftungsbeschränkung offenbart jedoch noch deutlich weitergehende Parallelen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Interessen der Beteiligten als auch bezüglich der Stellung des jeweils verwalteten Vermögens. Die Organisationsformen der Insolvenzverwaltung sowie der Testamentsvollstreckung präsentieren sich auf diese Weise gewissermaßen als funktionale Kapitalgesellschaften.

I. Organisationsform der Kapitalgesellschaft

Um diese Betrachtungsweise zu verdeutlichen, ist zunächst ein funktionaler Blick auf die Interessenlage und die Kapitalstruktur bei der Kapitalgesellschaft erforderlich.

²⁸² BGHZ 126, 181, 197; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 332; *Lieder*, in: Michalski, GmbHG, § 13 Rn. 336; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 540, § 18 IV 1. b. bb.

²⁸³ *Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, S. 461.

²⁸⁴ So ausdrücklich auch *Kumpan*, KTS 2010, 169, 176 für den Insolvenzverwalter.

1. Interessenlage

Idealtypisch lassen sich die Interessen der Beteiligten hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft als diejenigen von Residualgläubigern und Festbetragsgläubigern definieren.

Die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft verfügen als Eigenkapitalgeber über die Residualberechtigung an dem Gesellschaftsvermögen, d.h. ihnen steht der nach Begleichung sämtlicher Gesellschaftsverbindlichkeiten verbleibende Überschuss zu.²⁸⁵ Sie sind sog. Residualgläubiger. Man bezeichnet sie aus diesem Grund auch als die wirtschaftlichen Eigentümer des Gesellschaftsvermögens.²⁸⁶ Bei den Gläubigern einer Kapitalgesellschaft handelt es sich dagegen im typischen Regelfall um sog. Festbetragsgläubiger.²⁸⁷ Sie haben als Fremdkapitalgeber Anspruch auf einen festen Forderungsbetrag, der von der Entwicklung des Gesellschaftsvermögens grundsätzlich unabhängig ist.

So lange die Gesellschaft solvent ist, tragen die Gesellschafter die wirtschaftlichen Chancen und Risiken der Unternehmensführung. Für die Gesellschaftsgläubiger als regelmäßige Festbetragsgläubiger ist die Entwicklung des Gesellschaftsvermögens hingegen irrelevant, so lange sie nur von der Erfüllung ihrer Forderungen ausgehen können.²⁸⁸ Der Geschäftsleiter führt das Unternehmen einer solventen Kapitalgesellschaft somit in erster Linie im Interesse der Gesellschafter als Residualgläubiger.²⁸⁹

²⁸⁵ *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, S. 34; *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 112; *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 13.

²⁸⁶ Das wirtschaftliche Eigentum ist zu unterscheiden vom juristischen Eigentum an dem Unternehmensvermögen, das der Kapitalgesellschaft als juristischer Person zugeordnet ist.

²⁸⁷ *Baums*, Recht der Unternehmensfinanzierung, § 12 Rn. 3 ff. Die Begriffe „Festbetrags- und Restbetragsansprüche“ wurden geprägt von *Stützel*, in: FS Wilhelm Seuß, S. 193, 208. Bei der Unterscheidung zwischen Festbetragsgläubiger und Restbetragsgläubigern handelt es sich um Idealtypen. Es sind zahlreiche Zwischenformen (Mezzanine-Kapital) möglich.

²⁸⁸ *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 112.

²⁸⁹ Es braucht an dieser Stelle nicht auf die insbesondere im Aktienrecht geführte, umfangreiche Diskussion um die Zielbestimmung der Leitungsmacht des Vorstands eingegangen werden, dazu statt vieler *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 76 Rn. 21 ff. Denn die Diskussion um die normativen Leitungsvorgaben hat keinen Einfluss auf die tatsächliche Beobachtung, dass das Geschäftsergebnis eines solventen Unternehmens und damit das Geschäftsleiterhandeln in erster Linie das Interesse der Inhaber als Residualgläubiger berührt. Im Übrigen entspricht es jedenfalls für die GmbH der überwiegenden Ansicht, dass die Geschäftsführer angesichts ihrer Weisungsgebundenheit vorrangig die Interessen der Gesellschafter zu verfolgen haben, *ders.*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 14; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 68; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 27; *Hopt*, ZGR 2000,

2. Stellung des Gesellschaftsvermögens

Diese idealtypische Interessenlage spiegelt sich wider in den Möglichkeiten der Beteiligten, auf das Gesellschaftsvermögen zuzugreifen. Im Kapitalgesellschaftsrecht wird die Stellung des Gesellschaftsvermögens maßgeblich dadurch geprägt, dass die Kapitalgesellschaft als juristische Person über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Das Gesellschaftsvermögen ist juristisch allein der Gesellschaft zugeordnet. Diese Verselbstständigung hat maßgebliche Konsequenzen für die Zugriffsmöglichkeiten der Beteiligten auf das Gesellschaftsvermögen.

a) Haftungssonderung zulasten der Gesellschaftsgläubiger

Aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger bedeutet die Verselbstständigung des Gesellschaftsvermögens zur juristischen Person zunächst eine Haftungssonderung des Gesellschaftsvermögens zu ihren Lasten. Nach dem sog. Trennungsprinzip haftet den Gesellschaftsgläubigern lediglich das Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG. Die Gesellschafter haften dagegen grundsätzlich nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Rein rechtsdogmatisch betrachtet handelt es sich dabei nicht um eine Haftungsbeschränkung, sondern lediglich um eine Folge der Personifizierung der Kapitalgesellschaft, die ihrerseits mit ihrem gesamten Vermögen haftet.²⁹⁰ Doch im wirtschaftlichen Ergebnis bedeutet es eine Haftungsbeschränkung auf das „Sondervermögen“²⁹¹ des Verbandes (auch *defensive asset partitioning* genannt).²⁹²

779, 799. Auch wenn man die Innenhaftung als „Auffangregelung im System des Gläubigerschutzes“ nutzen möchte, dazu *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 116, so lässt sich daraus wenig für die hiesige Untersuchung folgern. Denn da sämtliche Fremdverwalter eine Innenhaftung für die sorgfältige Verwaltung des jeweiligen Vermögens trifft, wäre es grundsätzlich möglich und angezeigt, ein entsprechendes Verständnis auch auf die Innenhaftung von Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker zu übertragen.

²⁹⁰ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 538, 18 IV 1 b: „Erkennt man einmal einen Verband als Rechtsträger [...] an, so erweist sich, daß in dogmatischer Hinsicht die Haftung der Mitglieder, in rechtspolitischer Hinsicht dagegen die Beschränkung dieser Haftung besonderer Rechtfertigung bedarf.“; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 13 Rn. 66. Damit ist allerdings keineswegs gesagt, dass die Haftungsbeschränkung notwendige Folge der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft wäre, wie etwa das Beispiel der KGaA zeigt, § 278 Abs. 1 AktG; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 332.

²⁹¹ Rein dogmatisch ist das Kapitalgesellschaftsvermögen kein Sondervermögen. Es handelt sich nicht um eine Teilvermögensmasse eines Vermögensträgers, sondern schlicht um das gesamte Vermögen der zum Rechtssubjekt verselbstständigten Gesellschaft. Die Bildung eines Sondervermögens setzt dagegen begrifflich voraus, dass

b) Haftungssonderung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger

Daneben führt die Verselbstständigung des Gesellschaftsvermögens zur juristischen Person jedoch auch zu einer Haftungssonderung des Gesellschaftsvermögens zugunsten der Gesellschaftsgläubiger. Sie genießen einen vorrangigen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen, ohne mit den Gesellschaftern oder deren Gläubigern in Konkurrenz treten zu müssen. Diese Vermögenssonderung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger wird auch *affirmative asset partitioning* oder *entity shielding* genannt.²⁹³ Sie hat vor allem den Effekt einer Vorrangregel zugunsten der Gesellschaftsgläubiger. Die Gesellschafter bekommen als Residualberechtigte nur einen etwaigen Überschuss ausgeschüttet, soweit alle Gesellschaftsverbindlichkeiten gedeckt sind.

Zu dieser Vorrangregel tritt ein Schutz vor Liquidation. Den Gläubigern der Gesellschafter ist der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen gänzlich entzogen.²⁹⁴ Sie können nur die Beteiligung des Gesellschafters pfänden und verwerten, nicht aber auf das Gesellschaftsvermögen selbst zugreifen oder sonst darauf Einfluss nehmen.²⁹⁵ Insbesondere haben sie nicht die Möglichkeit, die Kündigung der Mitgliedschaft ihres Schuldners zu erzwingen und so über dessen Abfindungsanspruch auf das Gesellschaftsvermögen zuzugreifen.²⁹⁶ Dies führt zu einem besonders starken Schutz des Kapitalgesellschaftsvermögens vor dem Zugriff der Gesellschafter und der Gesellschafter-

einem Vermögensträger neben dessen eigentlichen Vermögen eine weitere Vermögensmasse zugeordnet wird, s. nur *Jacoby*, Das private Amt, S. 53; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 46; *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 377; *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, § 19 VIII (bezeichnet als VII). Dennoch wird aufgrund der mit der Verselbstständigung des Gesellschaftsvermögens verbundenen institutionellen Haftungsbeschränkung auch das Gesellschaftsvermögen gelegentlich als Sondervermögen bezeichnet, s. etwa *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 243; *Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, S. 10.

²⁹² Vorzugswürdig erscheint daher der Begriff der institutionellen Haftungsbeschränkung.

²⁹³ *Hansmann/Kraakman*, Yale Law Journal 110 (2000), 387, 394; s. auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 47, die diesen Aspekt als „einseitige Haftungssonderung“ definiert; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, S. 14: „umgekehrte“ Durchlässigkeit; zu verschiedenen Formen der Vermögenssonderung bereits *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 338.

²⁹⁴ Das gilt auch für die Einpersonen-GmbH, BGHZ 156, 310; *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, § 13 Rn. 185. Auch im Fall der Gesellschafterinsolvenz haben die Gläubiger keinen unmittelbaren Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen, *Reichert/Weller*, in: MünchKomm GmbHG, § 15 Rn. 551; *Löbke*, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 336.

²⁹⁵ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, S. 14; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm GmbHG, § 15 Rn. 236.

²⁹⁶ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, S. 14.

gläubiger (*strong affirmative asset partitioning* bzw. *strong entity shielding*), der sich abhebt vom Personengesellschaftsrecht.²⁹⁷ Dort genießen die Gesellschaftsgläubiger zwar ebenfalls Vorrang vor den Gesellschaftergläubigern. Die Privatgläubiger der Gesellschafter einer Personengesellschaft können jedoch durch Vollstreckung in den Gesellschaftsanteil ihres Schuldners gem. § 725 BGB, § 135 HGB die Gesellschaft kündigen und über den Abfindungsanspruch unmittelbar auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen.²⁹⁸

Aufgrund des Zusammentretens der Haftungsbeschränkung zulasten der Gesellschaftsgläubiger sowie der Haftungssonderung des Gesellschaftsvermögens zugunsten der Gesellschaftsgläubiger spricht man auch von einer doppelseitigen Haftungssonderung.²⁹⁹ Die personelle Trennung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft hat somit grundsätzlich eine doppelseitige Haftungssonderung des Gesellschaftsvermögens zur Folge, d. h. dass sich die Gesellschaftsgläubiger allein aus dem Gesellschaftsvermögen und die Gläubiger der Gesellschafter allein aus dem Privatvermögen der Gesellschafter befriedigen können.³⁰⁰

II. Organisationsform der Insolvenzverwaltung

Auch im Fall der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter lassen sich die Interessen von Restbetragsgläubigern und Festbetragsgläubigern identifizieren. Obwohl wir es bei der Insolvenzmasse nicht mit einem verselbstständigten Rechtssubjekt zu tun haben, so führt auch hier die Organisationsform der Insolvenzverwaltung zu einer doppelseitigen Haftungssonderung des verwalteten Vermögens.

1. Interessenlage

Mit der Insolvenz des Unternehmensträgers ändert sich die Interessenlage der Beteiligten.³⁰¹ Im statistischen Regelfall haben die ursprünglichen Inha-

²⁹⁷ *Hansmann/Kraakman*, Yale Law Journal 110 (2000), 387, 394; *Hansmann/Kraakman/Squire*, EBOR 8 (2007), 59, 66; *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Anatomy, S. 5 ff. zur Differenzierung zwischen „*strong*“ und „*weak*“ *entity shielding* bzw. *affirmative asset partitioning*.

²⁹⁸ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, S. 14.

²⁹⁹ So (zu den Sondervermögen) *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 48.

³⁰⁰ *Hansmann/Kraakman*, Yale Law Journal 110 (2000), 387, 390 sehen gerade in der Bereitstellung dieser doppelseitigen Vermögenssonderung die wesentliche Funktion des Kapitalgesellschaftsrechts als Organisationsrecht.

³⁰¹ Dazu und zur Kategorisierung von Insolvenzgläubigern als Residualberechtigten *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 13 ff.

ber des Unternehmens nach Abschluss des Insolvenzverfahrens keinen Überschuss gem. § 199 InsO zu erwarten.³⁰² Ihre Beteiligung an dem insolventen Unternehmensträger ist wirtschaftlich entwertet. Etwas zu erwarten haben in aller Regel nur noch die Insolvenzgläubiger. Sie können zwar realistisch nicht mehr die volle Befriedigung ihrer Forderung erwarten. Stattdessen können sie jedoch auf eine möglichst hohe Insolvenzquote hoffen. Im eröffneten Insolvenzverfahren werden deshalb die Insolvenzgläubiger als die neuen wirtschaftlichen Eigentümer der Insolvenzmasse und des darin befindlichen Unternehmens angesehen.³⁰³ Sie verfügen nun über die Residualberechtigung an der Insolvenzmasse und treten insofern an die Stelle der Gesellschafter der werbenden Kapitalgesellschaft. Als Residualgläubiger erwarten die Insolvenzgläubiger vom Insolvenzverwalter, dass er die Insolvenzmasse möglichst mehrt. Der Insolvenzverwalter verwaltet die Masse somit in erster Linie im Interesse der Insolvenzgläubiger.³⁰⁴

Begründet der Insolvenzverwalter hierbei – und das geschieht bei einer Unternehmensfortführung naturgemäß besonders häufig – neue Verbindlichkeiten für die Insolvenzmasse, so haben diese den Rang von Masseverbindlichkeiten, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Die mit dem Insolvenzverwalter kontrahierenden Neugläubiger sind als Massegläubiger gem. §§ 53, 208, 209 InsO vorrangig vor den Insolvenzgläubigern aus der Masse zu befriedigen. Die Massegläubiger stehen der Insolvenzmasse nicht anders gegenüber als jeder andere Gläubiger gegenüber seinem Schuldner.³⁰⁵ Sie sind nach dem gesetzlichen Leitbild Festbetragsgläubiger. Erst ein nach ihrer vollständigen Befriedigung verbleibender Überschuss kann an die Insolvenzgläubiger als Insolvenzquote verteilt werden.

³⁰² Jungmann, NZI 2009, 80, 83.

³⁰³ Ausführlich zur Stellung der Insolvenzgläubiger als Residualberechtigte Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 13 ff.; Kebekus/Zenker, in: FS Maier-Reimer, S. 319, 333; Jungmann, NZI 2009, 80, 83; Eidenmüller, ZIP 2010, 649, 652; Eidenmüller/Engert, ZIP 2009, 541, 545.

³⁰⁴ Dieser Beobachtung steht nicht entgegen, dass der Insolvenzverwalter regelmäßig als „Wahrer der Interessen aller am Insolvenzverfahren Beteiligten“ bezeichnet wird, so namentlich § 1 Abs. 1 der vom Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID) verabschiedeten Berufsgrundsätze der Insolvenzverwalter; Kumpan, KTS 2010, 169. So richtig es ist, dass der Insolvenzverwalter neutral gegenüber sämtlichen am Verfahren Beteiligten handelt, so wenig darf dies darüber wegtäuschen, dass der Insolvenzverwalter keineswegs neutral in Bezug auf die von ihm verwaltete Insolvenzmasse handelt. Denn er verfolgt gerade die Zwecke, denen die Insolvenzmasse im Insolvenzverfahren dient, Windel, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 45 a. E. Dieses Interesse wird aber im Regelinsolvenzverfahren in erster Linie durch die Interessen der Insolvenzgläubiger bestimmt, weil sie die Residualberechtigung an der Insolvenzmasse innehaben, vgl. auch BT-Drs. 12/2443, S. 80.

³⁰⁵ John, Die organisierte Rechtsperson, S. 194.

Im Insolvenzverfahren stehen somit die Massegläubiger zu den Insolvenzgläubigern in einem vergleichbaren Verhältnis wie außerhalb des Insolvenzverfahrens die Gesellschaftsgläubiger zu den Gesellschaftern, nämlich im Verhältnis von Festbetragsgläubigern zu Residualgläubigern.³⁰⁶ Das ändert sich erst im Fall der Masseunzulänglichkeit gem. § 208 Abs. 1 InsO. Die Insolvenzmasse reicht dann nicht einmal mehr aus, um sämtliche Masseverbindlichkeiten zu erfüllen. In diesem Fall der sog. „Insolvenz in der Insolvenz“ übernehmen die Massegläubiger die Stellung der Residualgläubiger. Die Erwirtschaftung einer Insolvenzquote zugunsten der Insolvenzgläubiger ist nicht mehr zu erwarten. Stattdessen ist das Ziel nun eine möglichst hohe Befriedigungsquote der Massegläubiger.³⁰⁷

2. Stellung der Insolvenzmasse

Ähnlich wie bei der Kapitalgesellschaft finden die Interessen von Festbetragsgläubigern und Restbetragsgläubigern auch im Fall der Insolvenz ihren Ausdruck in den Zugriffsmöglichkeiten der Beteiligten auf die Insolvenzmasse.

a) Haftungssonderung zulasten der Massegläubiger

So müssen die Massegläubiger eine Haftungssonderung der Insolvenzmasse zu ihren Lasten akzeptieren. Für die durch den Insolvenzverwalter begründeten Neumasseverbindlichkeiten besteht eine gegenständliche Haftungsbeschränkung auf die Insolvenzmasse (*defensive asset partitioning*).³⁰⁸ Die Neumassegläubiger können weder auf neues insolvenzfreies Vermögen des Schuldners geschweige auf das Vermögen der Insolvenzgläubiger zugreifen.

b) Haftungssonderung zugunsten der Massegläubiger

Umgekehrt profitieren die Massegläubiger von einer Haftungssonderung der Insolvenzmasse zu ihren Gunsten. Während des Insolvenzverfahrens haben die Massegläubiger vorrangigen Zugriff auf das in der Insolvenzmasse gebündelte Vermögen, § 53 InsO.³⁰⁹ Sie allein können während des Insolvenz-

³⁰⁶ Jungmann, NZI 2009, 80, 84; zum Interessenkonflikt zwischen Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern in der Kapitalgesellschaft Klöhn, ZGR 2008, 110 ff.

³⁰⁷ BGH NJW 2002, 3170, 3171.

³⁰⁸ Zur Haftungsbeschränkung für durch den Insolvenzverwalter begründete Masseverbindlichkeiten bereits oben Kapitel 1 – B.II.

³⁰⁹ Hefermehl, in: MünchKomm InsO, § 53 Rn. 46; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 53 Rn. 7.

verfahrens vom Insolvenzverwalter die Erfüllung ihrer Forderungen aus der Masse verlangen.³¹⁰ Der Insolvenzschuldner oder neue Eigengläubiger des Insolvenzschuldners (nicht: der Insolvenzmasse) haben keine Zugriffsmöglichkeit auf die Insolvenzmasse, § 80 InsO.³¹¹ Gleiches gilt für die Insolvenzgläubiger oder deren Gläubiger, vgl. § 89 InsO. Denn im Insolvenzverfahren haben die Insolvenzgläubiger nur noch Anspruch auf quotale Befriedigung ihrer Forderungen nach Maßgabe der §§ 187 ff. InsO. Es besteht somit eine Haftungssonderung zugunsten der Massegläubiger (*affirmative asset partitioning*). Ähnlich wie im Kapitalgesellschaftsrecht ist dieser vorrangige Zugriff der Massegläubiger auf das verwaltete Sondervermögen effektiv abgesichert. Denn es besteht keine dem Kündigungsrecht bei den Personengesellschaften (§ 725 BGB, § 135 HGB) vergleichbare Möglichkeit für den Insolvenzschuldner, die Insolvenzgläubiger geschweige deren Gläubiger, unmittelbar auf das in der Insolvenzmasse gebundene Vermögen zuzugreifen. Die Haftungssonderung zugunsten der Massegläubiger ist folglich stark ausgeprägt.

Das Ergebnis ist eine doppelseitige Haftungssonderung des verwalteten Vermögens, wie sie dem Kapitalgesellschaftsrecht entspricht.³¹²

³¹⁰ Breuer/Flöther, in: MünchKomm InsO, § 89 Rn. 10.

³¹¹ Windel, in: Jaeger, InsO, § 87 Rn. 6; Breuer/Flöther, in: MünchKomm InsO, § 87 Rn. 15. Neugläubigern des Insolvenzschuldners steht es frei, ihre Ansprüche gegen den Insolvenzschuldner geltend zu machen. Sie können aber nur auf dessen beschlagfreies Vermögen zugreifen.

³¹² Gleiches gilt für die Organisationsform der Nachlassverwaltung, die entsprechend der Insolvenzverwaltung ausgestaltet ist, BGHZ 38, 281, 284. Mit ihrer Anordnung verliert der Erbe die Verfügungsbefugnis über den Nachlass an den Nachlassverwalter. Damit ist dem Erben sowie den Erbeneigengläubigern der Zugriff auf das Nachlassvermögen entzogen, § 1984 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB. Die Nachlassverwaltung dient wie das Nachlassinsolvenzverfahren als weiteres Verfahren amtlicher Nachlassliquidation der Befriedigung der Nachlassgläubiger. Im Gegensatz zum Nachlassinsolvenzverfahren ist die Nachlassverwaltung auf die Verwaltung eines voraussichtlich solventen Nachlassvermögens zugeschnitten. Insofern hat auch der Erbe noch die Aussicht, etwas aus dem Nachlass zu erlangen. Allerdings dient die Nachlassverwaltung insbesondere der Verwaltung in Fällen, in denen der Nachlass unübersichtlich und die Befriedigung der Nachlassgläubiger ungewiss ist. Vor diesem Hintergrund verfolgt die Nachlassverwaltung in erster Linie das Befriedigungsinteresse der im Zeitpunkt der Anordnung der Nachlassverwaltung bereits vorhandenen „Altnachlassgläubiger“. Begründet der Nachlassverwalter zu diesem Zweck wiederum neue Verbindlichkeiten für den Nachlass, so gilt für diese – wie allgemein für Nachlassverbindlichkeiten – ebenfalls eine Haftungsbeschränkung auf das Nachlassvermögen. Als Ausgleich genießen diese neuen Nachlassgläubiger, mit denen der Nachlassverwalter kontrahiert, einen vorrangigen Zugriff auf das Nachlassvermögen. Sie sind im Fall der Nachlassinsolvenz als Massegläubiger noch vorrangig vor den Altnachlassgläubigern zu befriedigen, §§ 324 Abs. 1 Nr. 5, 325, 199 InsO.

III. Organisationsform der Testamentsvollstreckung

Schließlich lässt sich auch im Fall der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker eine vergleichbare Interessenlage beobachten. Zudem existieren vergleichbare Zugriffsmöglichkeiten auf den unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlass.

1. Interessenlage

Auch im Fall des unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlasses lassen sich die Beteiligten entsprechend ihrer gesetzestypischen Interessenpräferenz in Residualgläubiger und Festbetragsgläubiger unterteilen.

Der Erbe verfügt über die Residualberechtigung hinsichtlich des Nachlassvermögens.³¹³ Er ist – wie die Gesellschafter bzgl. des Gesellschaftsvermögens bzw. die Insolvenzgläubiger bzgl. der Insolvenzmasse – der wirtschaftliche Eigentümer des Nachlasses. Das Interesse des Erben ist insbesondere darauf gerichtet, dass der Nachlass durch die Testamentsvollstreckung wenigstens erhalten und möglichst vermehrt wird.³¹⁴

Die Nachlassgläubiger sind – ähnlich wie die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft – nach dem gesetzlichen Leitbild Festbetragsgläubiger. Sie haben Anspruch auf einen festen Forderungsbetrag, der grundsätzlich von der Entwicklung des Nachlassvermögens unabhängig ist. Dies gilt sowohl für die bereits im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Altnachlassgläubiger als auch für die Neunachlassgläubiger, die erst nach dem Erbfall durch Vertrag mit dem Testamentsvollstrecker ihre Forderung gegen den Nachlass erwerben.³¹⁵ Die Entwicklung des Nachlassvermögens ist für sie unerheblich, solange sie sicher sein können, dass ihre Forderungen bei Fälligkeit erfüllt werden. Der Testamentsvollstrecker verwaltet den solventen Nachlass daher in erster Linie im Interesse des Erben und nicht im Interesse der Nachlassgläubiger.

2. Stellung des Nachlasses unter Testamentsvollstreckung

Diese Interessenlage spiegelt sich wiederum in den Zugriffsmöglichkeiten der Beteiligten auf das Nachlassvermögen wider. Dabei ergibt sich die Stellung des Nachlasses unter Testamentsvollstreckung aus dem Zusammenspiel

³¹³ BT-Drs. 12/2443, S. 232; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 499.

³¹⁴ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 6.

³¹⁵ Vgl. *ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 7. Zur rechtspolitisch fragwürdigen Privilegierung dieser Neunachlassgläubiger gegenüber den Altnachlassgläubigern gem. § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO s. sogleich unter Kapitel 2 – C.III.2.c).

der allgemeinen erbrechtlichen Regelungen über den Nachlass und die beschränkte Erbenhaftung gem. §§ 1975 ff. BGB sowie den speziellen Regelungen über die Testamentsvollstreckung gem. §§ 2197 ff. BGB. Es ist daher zunächst die allgemeine Stellung des Nachlasses als potenzielles Sondervermögen zu klären. Sie führt zu einer potenziellen Haftungsbeschränkung zugunsten der Nachlassgläubiger. Daran anschließend sind die Besonderheiten des unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlasses zu betrachten. Die Anordnung von Testamentsvollstreckung führt zu einer Haftungsseparation zugunsten der Nachlassgläubiger.

a) Potenzielle Haftungsseparation zugunsten der Nachlassgläubiger

Mit dem Erbfall ist nicht automatisch eine Separation des Nachlassvermögens von dem sonstigen Vermögen des Erben verbunden. Vielmehr verschmelzen grundsätzlich mit Annahme der Erbschaft durch den Erben das Nachlassvermögen und das Erbeneigenvermögen zu einem einheitlichen Gesamtvermögen des Erben (*confusio bonorum*).³¹⁶ Die Folge ist, dass Nachlassgläubiger wegen ihrer Forderungen auch auf das Erbeneigenvermögen zugreifen können und Erbeneigengläubiger auch in das Nachlassvermögen vollstrecken können.³¹⁷ Es besteht dann weder eine Separation des Nachlassvermögens zugunsten der Nachlassgläubiger noch eine Haftungsbeschränkung zugunsten der Nachlassgläubiger. Grundsätzlich bildet der Nachlass im Vermögen des Alleinerben somit zunächst kein Sondervermögen. Der Erbe hat aber die Möglichkeit, seine Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken, indem er die Anordnung von Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens beantragt, §§ 1975 ff. BGB. In diesem Fall kommt es zu einer doppelseitigen Separation des Nachlassvermögens (*separatio bonorum*).³¹⁸ Das bedeutet einerseits, dass nur noch die Nachlassgläubiger auf das Nachlassvermögen zugreifen können. Der Erbe und Erbeneigengläubiger sind vom Zugriff auf das Nachlassvermögen ausgeschlossen. Andererseits können die Nachlassgläubiger

³¹⁶ *Leipold*, in: MünchKomm BGB, § 1922 Rn. 187; *Kunz*, in: Staudinger, § 1922 Rn. 120. Dies gilt für den Grundfall des Alleinerben. Bei einer Mehrheit von Erben (§ 2032 BGB) tritt eine Vermögensseparation durch Zuordnung des Nachlassvermögens zur Erbengemeinschaft als Gesamthand ein. In das Erbeneigenvermögen fällt nur der Anteil an der Erbengemeinschaft. Neben der Erbengemeinschaft kann eine Nachlassseparation eintreten durch Einsetzung eines Nacherben (§ 2100 BGB) und eben durch Anordnung von Testamentsvollstreckung. Zu den verschiedenen Formen der Nachlassseparation *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 58 ff.

³¹⁷ *Kunz*, in: Staudinger, § 1922 Rn. 126.

³¹⁸ *Dobler*, in: Staudinger, § 1975 Rn. 5 ff.; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 79 ff.

nicht mehr auf das Erbeneigenvermögen zugreifen. Die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten beschränkt sich nunmehr auf das Nachlassvermögen. Damit den Nachlassgläubigern das Nachlassvermögen im Fall der Absonderung vom Erbeneigenvermögen möglichst ungeschmälert als Befriedigungsmasse zur Verfügung steht, bestimmen die §§ 1978 ff. BGB, dass der Erbe den Nachlassgläubigern gegenüber für die bisherige Verwaltung des Nachlasses wie der Verwalter eines fremden Vermögens verantwortlich ist.³¹⁹ Für den Erben besteht die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung gem. §§ 1975 ff. BGB zeitlich unbegrenzt.³²⁰ Da es somit grundsätzlich stets noch zur amtlichen Nachlassabsonderung kommen kann, bildet der Nachlass im Vermögen des Erben vor diesem Zeitpunkt ein potenzielles Sondervermögen.³²¹

Die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass aufgrund des Systems der beschränkten Erbenhaftung ist zwar zunächst nur potenziell, sie realisiert sich erst unter den Voraussetzungen der §§ 1975 ff. BGB. Das ändert jedoch nichts an dem Befund, dass die mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neunachlassgläubiger stets damit rechnen müssen, im Ernstfall der Insolvenz des vererbten Unternehmens ausschließlich auf den Nachlass zugreifen zu können.³²² Für eine angemessene Beurteilung des Gläubigerschutzes bei der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker muss daher stets von dem Eintritt der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass ausgegangen werden. Unbeschadet der rechtstechnisch divergierenden Konstruktion besteht also im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung praktisch gesehen kein Unterschied zur Kapitalgesellschaft.³²³

³¹⁹ Vgl. zur Verwalterhaftung des Erben unten Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(1).

³²⁰ Nachlassgläubiger können Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz dagegen grundsätzlich nur innerhalb von zwei Jahren seit der Annahme der Erbschaft beantragen, § 1981 Abs. 2 BGB, § 319 InsO. Für den Fall der Verwaltungstestamentsvollstreckung ist diese zeitliche Begrenzung fragwürdig. *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 134 ff. spricht sich dafür aus, die Vorschriften der § 1981 Abs. 2 BGB, § 319 InsO so auszulegen, dass die Frist erst mit dem Ende der Dauervollstreckung beginnt; dafür auch *Lüer/Weidmüller*, in: Uhlenbruck, InsO, § 319 Rn. 3; *Marotzke*, in: HK-InsO, § 319 Rn. 4; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 33.09; a.A. mit Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 319 Rn. 4; *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 319 Rn. 3; *Böhm*, in: HambKomm InsO, § 319 Rn. 2.

³²¹ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 62; *Kunz*, in: Staudinger, § 1922 Rn. 96.

³²² *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 320; vgl. auch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 393, der den Einwand, die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass sei nur potenziell, selbst als „eher formal“ bezeichnet.

³²³ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 322.

b) Haftungssonderung zugunsten der Nachlassgläubiger

Bei der Anordnung von Testamentsvollstreckung kommt es bereits vom Erbfall an zu einer Separierung des Nachlassvermögens vom Eigenvermögen des Erben.³²⁴ Nach § 2211 BGB verliert der Erbe die Verfügungsbefugnis über die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenstände an den Testamentsvollstrecker. Zudem können Erbeneigengläubiger gem. § 2214 BGB nicht auf den unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlass zugreifen. Vielmehr können allein die Nachlassgläubiger³²⁵ auf den unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlass zugreifen. Die Anordnung von Testamentsvollstreckung führt auf diese Weise zu einer einseitigen Haftungs-sonderung zugunsten der Nachlassgläubiger (*affirmative asset partitioning*). Das Testamentsvollstreckungsrecht sichert den vorrangigen Zugriff der Nachlassgläubiger auf den Nachlass effektiv ab. So besteht keine dem Kündigungsrecht bei den Personengesellschaften (vgl. § 725 BGB, § 135 HGB) vergleichbare Möglichkeit der Erbeneigengläubiger, unmittelbar auf das unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlassvermögen zuzugreifen. Selbst im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Privatvermögen des Erben können die Erbeneigengläubiger nicht auf den unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlass zugreifen.³²⁶ Die einseitige Haftungs-sonderung zugunsten der Nachlassgläubiger ist stark ausgeprägt. Die Anordnung von Testamentsvollstreckung führt aber nicht automatisch zu einer Haftungs- beschränkung des Erben, vgl. § 2206 Abs. 2 BGB.³²⁷ Die Haftungsbeschrän- kung des Erben auf den Nachlass greift vielmehr auch im Fall der Testa- mentsvollstreckung erst ab dem Zeitpunkt, in dem Nachlassverwaltung ange- ordnet oder das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet wird, §§ 1975 ff. BGB. Die Testamentsvollstreckung als solche führt also zunächst allein zu einer einseitigen Haftungs-sonderung zugunsten der Nachlassgläubiger. Ihre Lage ist bis zur Anordnung von Nachlassverwaltung oder Eröffnung der Nach- lassinsolvenz überaus commod. Sie können allein auf das unter Testaments- vollstreckung stehende Nachlassvermögen zugreifen und müssen dabei nicht den Zugriff des Erben oder die Konkurrenz der Erbeneigengläubiger fürch-

³²⁴ Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 3; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 59.

³²⁵ Ob es sich dabei um Altnachlassgläubiger oder um Neunachlassgläubiger han- delt, die ihre Forderung durch Vertrag mit dem Testamentsvollstrecker erworben ha- ben, ist irrelevant.

³²⁶ BGHZ 167, 352. Die §§ 2211, 2214 BGB dienen dem Schutz der Verwaltungs- befugnis des Testamentsvollstreckers.

³²⁷ Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2214 Rn. 1; Dauner-Lieb, Unterneh- men in Sondervermögen, S. 47. Dies gilt sowohl für alte als auch für neue Nachlass- verbindlichkeiten.

ten. Gleichzeitig steht es ihnen frei, wegen ihrer Nachlassforderungen in das übrige Vermögen des Erben zu vollstrecken.

Das Bild von der Stellung des Nachlassvermögens unter Testamentsvollstreckung ist freilich nur komplett unter Berücksichtigung der allgemeinen erbrechtlichen Regelungen über die Beschränkung der Erbenhaftung gem. §§ 1975 ff. BGB. Sie führen zu einer potenziellen Haftungsbeschränkung, die für die Zwecke einer Untersuchung des Gläubigerschutzes wie eine bereits eingetretene Haftungsbeschränkung betrachtet werden muss. Die Regelungen über die Testamentsvollstreckung gem. §§ 2197 ff. BGB bewirken dagegen eine stark ausgeprägte Haftungssonderung zugunsten der Nachlassgläubiger. Das Zusammenspiel der §§ 2197 ff. BGB über die Testamentsvollstreckung und der §§ 1975 ff. BGB über die beschränkte Erbenhaftung führt auf diese Weise zu einer doppelseitigen Haftungssonderung, ähnlich wie wir sie aus dem Kapitalgesellschaftsrecht kennen und auch bei der Insolvenzverwaltung beobachtet haben.

*c) Die Privilegierung der Neunachlassgläubiger
durch § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO*

Eigentlich ist das Bild von der Organisationsform der Testamentsvollstreckung als einer „funktionalen Kapitalgesellschaft“ damit vollständig. Der Erbe hat die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass. Dafür hat der Erbe – wie der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft – als Residualberechtigter nur Anspruch auf den nach Befriedigung sämtlicher Nachlassgläubiger verbleibenden Überschuss. Die neuen wie alten Nachlassgläubiger haben – wie die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft – als Festbetragsgläubiger einen vorrangigen Zugriff auf das Nachlassvermögen.

Doch bleibt das Gesetz hier nicht stehen, sondern gewährt den durch Vertragsschluss mit dem Testamentsvollstrecker hinzutretenden Neunachlassgläubigern eine zusätzliche Privilegierung gegenüber den übrigen Nachlassgläubigern. So deklariert die Regelung des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO³²⁸ Verbindlichkeiten aus von einem Nachlasspfleger (dazu gehört auch der Nachlassverwalter) oder einem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften in der Nachlassinsolvenz als Masseverbindlichkeiten. Die mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neunachlassgläubiger sind somit in der Nachlassinsolvenz nicht nur vorrangig vor dem Erben, sondern auch vorrangig vor den Altnachlassgläubigern zu befriedigen.

³²⁸ Früher: § 224 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 KO.

aa) Fragwürdigkeit der Privilegierung
im Fall der Testamentsvollstreckung

Diese zusätzliche Privilegierung der mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neunachlassgläubiger ist rechtspolitisch zweifelhaft.³²⁹

Die Regelung basiert auf dem Gedanken, dass bei Geschäften, die im Interesse der Altnachlassgläubiger vorgenommen werden, die aus ihnen berechtigten Neunachlassgläubiger im Fall der Nachlassinsolvenz nicht auf die Quote verwiesen werden sollen.³³⁰ Dieser Gedanke überzeugt aber nur, soweit die Verwaltung des Nachlasses auch tatsächlich im Interesse der Altnachlassgläubiger erfolgt. Der Gedanke passt daher für den Fall der amtlichen Nachlassverwaltung i. S. v. § 1975 BGB. Hier lässt sich die Privilegierung gem. § 324 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO überzeugend darauf stützen, dass der Nachlassverwalter den Nachlass gem. §§ 1975, 1985 Abs. 2 BGB maßgeblich im Interesse der Altnachlassgläubiger verwaltet, die durch das Verfahren der Nachlassverwaltung möglichst vollständig befriedigt werden sollen.³³¹ Bei der Nachlasspflegschaft ist die Privilegierung der Neugläubiger bereits fragwürdig, aber noch akzeptabel vor dem Hintergrund, dass sich diese in erster Linie auf die Sicherung und Erhaltung des Nachlasses beschränkt.³³² Für die Testamentsvollstreckung, insbesondere in Form der Verwaltungsvollstreckung, fehlt es dagegen an einer Rechtfertigung. Im Gegensatz zur Nachlassverwaltung geht das Testamentsvollstreckungsrecht grundsätzlich vom Normalfall des unproblematischen, wirtschaftlich gesunden Nachlasses aus. Der Testamentsvollstrecker verwaltet den Nachlass und begründet neue Nachlassverbindlichkeiten dementsprechend gerade nicht im Interesse der Altnachlassgläubiger, sondern in erster Linie im Interesse des Erben als Residualgläubiger.³³³ Dies rechtfertigt einen vorrangigen Zugriff

³²⁹ Sehr kritisch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 143 ff.; *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 324 Rn. 9. Für eine Streichung de lege ferenda bereits *Binder*, in: Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 157 f.

³³⁰ RGZ 60, 30, 31; *Lüer/Weidmüller*, in: Uhlenbruck, InsO, § 324 Rn. 6.

³³¹ Die Nachlassverwaltung dient wie das Insolvenzverfahren in erster Linie der Befriedigung der bei Anordnung der Nachlassverwaltung vorhandenen Nachlassgläubiger, *Dobler*, in: Staudinger, § 1986 Rn. 6; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1985 Rn. 5. Diese Altnachlassgläubiger sind im Fall der Nachlassverwaltung neben dem Erben potenzielle Residualgläubiger, weil die Nachlassverwaltung insbesondere in den Fällen Anwendung findet, in denen unsicher ist, ob sämtliche Nachlassverbindlichkeiten erfüllt werden können, s. oben in Fn. 312.

³³² *Holzhauer*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 38; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 144.

³³³ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 145. Im Normalfall des wirtschaftlich gesunden, also solventen Nachlasses ist allein der Erbe Residualberechtigter und damit der maßgebliche Interessenträger.

der mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Gläubiger auf den Nachlass im Verhältnis zum Erben, aber nicht gegenüber den übrigen Nachlassgläubigern. Um einen gegenüber dem Erben vorrangigen Zugriff auf das Nachlassvermögen zu begründen, ist bereits die Stellung der mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Gläubiger als „schlichte“ Nachlassgläubiger ausreichend, §§ 325, 199 InsO.³³⁴ In Verbindung mit der durch die §§ 2211, 2214 BGB bewirkten Vermögensbindung profitieren sämtliche Nachlassgläubiger von einer stark ausgeprägten einseitigen Haftungssonderung (*strong affirmative asset partitioning*).³³⁵ Es lassen sich jedoch keine überzeugenden Gründe für eine darüber hinausgehende Privilegierung der mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neunachlassgläubiger gegenüber den übrigen Nachlassgläubigern finden.³³⁶ Vielmehr stehen Alt- wie Neunachlassgläubiger dem Nachlass gleichermaßen als Festbetragsgläubiger gegenüber. Über diese strukturelle Schwäche der Norm hilft auch die von der herrschenden Auffassung vorgenommene Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 324 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO auf Verbindlichkeiten, die in ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses entstanden sind, nicht hinweg.³³⁷

bb) Die Belastung der Altnachlassgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko als Argument gegen die Testamentsvollstreckung am Unternehmen?

Aus der mit der Regelung des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO verbundenen Benachteiligung der Altnachlassgläubiger hat insbesondere *Dauner-Lieb* einen weiteren Einwand gegen die Testamentsvollstreckung am Unternehmen abgeleitet.³³⁸ Sie sieht nicht nur in der *handels- bzw. unternehmensrechtlichen Problematik* der Haftungsbeschränkung gegenüber den mit dem Vollstrecker kontrahierenden Neunachlassgläubigern unüberwindbare Hindernisse für eine Testamentsvollstreckung am Unternehmen. Vielmehr erachtet sie eine unternehmerische Tätigkeit des Testamentsvollstreckers bereits aus *erbrecht-*

³³⁴ Das ist ein entscheidender Unterschied zur Situation bei der Insolvenzverwaltung. Dort ist die Qualifizierung der durch den Insolvenzverwalter begründeten Neuverbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO erforderlich, um den Neumassegläubigern überhaupt erst einen vorrangigen Zugriff auf die Insolvenzmasse gegenüber den Insolvenzgläubigern als Residualgläubigern zu verschaffen.

³³⁵ Vgl. *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 146.

³³⁶ Kritisch auch *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 59.

³³⁷ *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 324 Rn. 10; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 150; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 307.

³³⁸ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 300 ff.

lichen Gründen für unzulässig. Dabei richtet sie besonderes Augenmerk auf die Altnachlassgläubiger, deren Interessen sie durch den unternehmerischen Testamentsvollstrecker inakzeptablen Gefahren ausgesetzt sieht.³³⁹ Da die Neunachlassgläubiger gegenüber den Altnachlassgläubigern gem. § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Nachlassinsolvenz privilegiert zu befriedigen seien, führe die Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker zu einer unbilligen und inakzeptablen Belastung der Altnachlassgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko.³⁴⁰ Die Haftung des Vollstreckers gem. § 2219 BGB biete den Altnachlassgläubigern keinen geeigneten Ausgleich, da unternehmerische Risikoentscheidungen in ihrem Kernbereich einer objektiven Richtigkeitskontrolle unzugänglich seien.³⁴¹

Tatsächlich ist die zusätzliche Bevorteilung der Neunachlassgläubiger durch § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Fall der Testamentsvollstreckung rechtspolitisch fragwürdig. Ob schon allein aufgrund der damit verbundenen Benachteiligung der Altnachlassgläubiger die Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Unternehmen angenommen werden sollte, erscheint jedoch ebenfalls zweifelhaft.³⁴² Die herrschende Meinung zieht diesen Schluss jedenfalls nicht.³⁴³ So sehr sie sich wegen der drohenden Haftungsbeschränkung für Neuverbindlichkeiten gegen die Testamentsvollstreckung am Unternehmen sträubt. In der Belastung der Altnachlassgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko sieht die herrschende Auffassung kein maßgebliches Problem.³⁴⁴ Das zeigt bereits ein Blick auf die von ihr angebotenen Ausweichlösungen. Denn auch hier werden die Altnachlassgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko belastet. So gehen Rechtsprechung und überwiegende Literatur bei der Vollmachtlösung davon aus, dass die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers allein dazu dient, ihm die zusätzliche Verpflichtung des Erben mit seinem Privatvermögen zu ermöglichen, und es im Übrigen bei der Anwendung des Testamentsvollstreckungsrechts bleibt (sog. vollstreckungsergänzende Vollmacht).³⁴⁵ Das bedeutet, dass nach der Vorstellung der herr-

³³⁹ Dies., Unternehmen in Sondervermögen, S. 304.

³⁴⁰ Dies., Unternehmen in Sondervermögen, S. 304; vgl. auch Meyke, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 59.

³⁴¹ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 302 ff., 312 ff.

³⁴² Zweifelnd auch Marotzke, AcP 199 (1999), 615, 622; Holzhauser, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 38; vgl. aber Meyke, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 59.

³⁴³ Canaris, Handelsrecht, S. 180.

³⁴⁴ Weidlich, NJW 2011, 641, 643: Das für Neuverbindlichkeiten geltende Haftungssystem ist „alleine maßgebend für die Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung.“

³⁴⁵ BGHZ 12, 100, 103; Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 25; Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 99. Zur Konzeption der

schen Auffassung bei der Vollmachtlösung stets auch der Nachlass gem. § 2209 BGB, § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO verpflichtet wird.³⁴⁶ Dann genießen aber die Neunachlassgläubiger auch bei der Vollmachtlösung einen gegenüber den Altnachlassgläubigern vorrangigen Zugriff auf den Nachlass.³⁴⁷ Im Übrigen trägt grundsätzlich jeder ungesicherte Gläubiger das Risiko, dass sich andere, auch später hinzutretende Gläubiger vorrangige Zugriffsmöglichkeiten auf das Schuldnervermögen verschaffen.³⁴⁸

Den Neunachlassgläubigern, deren Gefährdung aus Sicht der Kritiker das Hauptproblem bei der Testamentsvollstreckung am Unternehmen bildet, bietet die Privilegierung als Masseverbindlichkeit gem. § 324 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO einen zusätzlichen Schutz.³⁴⁹ Die damit verbundene Benachteiligung der Altnachlassgläubiger offenbart letztlich nur ein allgemeines Defizit des Testamentsvollstreckungsrechts im Bereich der Verwaltungsvollstreckung, aus der sich kein Argument speziell gegen die Unternehmensfortführung herleiten lässt.³⁵⁰ Im Übrigen entschärft sich die mit § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO verbundene Problematik bei längerer Verwaltungsdauer von selbst. Denn während die Summe der als Masseschulden qualifizierten Nachlassneverbindlichkeiten im Laufe der Zeit zunimmt, verringert sich die Zahl der Nachlassaltverbindlichkeiten.³⁵¹ Die Problematik wird somit in aller Regel nur für langfristige Nachlassaltverbindlichkeiten

Ausweichlösungen und den damit verbundenen Zweifelsfragen s. oben Kapitel 1 – A.III.

³⁴⁶ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 275; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 40; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 353 f. Zur Kritik an dieser Konstruktion s. oben Kapitel 1 – A.III.1.b)cc(1).

³⁴⁷ Ein ähnliches Risiko droht den Altnachlassgläubigern auch bei der Treuhandlösung, bei welcher der Testamentsvollstrecker das Unternehmen im eigenen Namen als Treuhänder für Rechnung des Nachlasses führt. Im Innenverhältnis steht dem Testamentsvollstrecker dafür ein Anspruch auf Befreiung von der unbeschränkten Haftung gem. §§ 2218, 670 BGB zu, für den der Erbe jedenfalls mit dem Nachlass haftet. Auch bei der Treuhandlösung kommt es zur Belastung der Altnachlassgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko, sofern man dem Testamentsvollstrecker hinsichtlich seines Regressanspruchs die Privilegierung als Masseverbindlichkeit gem. § 324 Abs. 1 Nr. 6 InsO einräumt. Die Frage, ob § 324 Abs. 1 Nr. 6 InsO hier anwendbar ist, wird allerdings nur selten behandelt, dafür *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 143; dagegen *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 324 Rn. 12; *Döbereiner*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 115 Rn. 2 im Anschluss an *Jaeger*, in: *Jaeger*, KO, § 224 Rn. 13.

³⁴⁸ *Marotzke*, AcP 199 (1999), 615, 622.

³⁴⁹ Zu diesem Aspekt *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 249.

³⁵⁰ *Holzhauser*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 38.

³⁵¹ *Ders.*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 38; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 148.

virulent.³⁵² Die Gläubiger solcher Verbindlichkeiten sind aber ohnehin wenig schutzwürdig, wenn sie sich trotz ihres langfristigen Engagements keine insolvenzfesten Sicherheiten haben einräumen lassen.³⁵³

Die mit § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO verbundene Benachteiligung der Altnachlassgläubiger erscheint somit nicht so gravierend, dass sie für sich genommen die mit dem Verbot der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker verbundene teleologische Reduktion der §§ 2197 ff. BGB rechtfertigen könnte.³⁵⁴ Schließlich bleibt dennoch festzustellen, dass die Regelung des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO für die Testamentsvollstreckung rechtspolitisch verfehlt ist und gestrichen werden sollte.³⁵⁵ Mit einer Streichung der Vorschrift wäre zwar eine Verschlechterung der Stellung der Neunachlassgläubiger und insofern eine Verschärfung der Haftungsproblematik verbunden.³⁵⁶ Denn dann müssten die mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neunachlassgläubiger mit den übrigen Nachlassgläubigern konkurrieren. Das sollte jedoch nicht überbewertet werden. Es ist keine Besonderheit, dass grundsätzlich jeden ungesicherten Gläubiger das Risiko trifft, bezüglich seines Schuldners mit weiteren Gläubigern in Konkurrenz treten zu müssen.³⁵⁷

D. Zusammenfassung

Bei der Unternehmensführung durch Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter geht es im Kern um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine unternehmerische Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung zugelassen werden kann. Dabei ist entscheidend, welchen Schutz die mit den Amtstreuändern in Kontakt tretenden Neugläubiger als Ausgleich dafür erfahren, dass ihnen nur eine gegenständlich beschränkte Vermögensmasse haftet. Das Problem der Unternehmensführung durch die Amtstreuänder ist somit in erster Linie eine Frage des Gläubigerschutzes. Angesichts der strikt ablehnenden herrschenden Meinung zur Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker und der deutlich liberaleren Haltung zur Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter stellt sich die Frage, ob die mit einem Insolvenzver-

³⁵² *Canaris*, Handelsrecht, S. 180.

³⁵³ *Ders.*, Handelsrecht, S. 180.

³⁵⁴ *Ders.*, Handelsrecht, S. 180; zweifelnd auch *Marotzke*, AcP 199 (1999), 615, 622.

³⁵⁵ s. auch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 143 ff.; für eine Streichung bereits *Binder*, in: Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 157 f.

³⁵⁶ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 308: „Teilentschärfung der erbrechtlichen Bedenken“ würde zu einer „korrespondierenden Verschärfung der unternehmensrechtlichen Problematik“ führen.

³⁵⁷ *Marotzke*, AcP 199 (1999), 615, 622.

walter kontrahierenden Gläubiger tatsächlich besser geschützt sind als diejenigen, die sich auf einen Vertrag mit einem Testamentsvollstrecker einlassen.

Eine ausführlichere vergleichende Untersuchung der Unternehmensführung durch die Amtstreuhänder sollte sich an denjenigen Kriterien orientieren, die bei den Kapitalgesellschaften die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen legitimieren. Denn das Kapitalgesellschaftsrecht bildet das Paradigma für die Zulassung unternehmerischer Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung. Ein näherer Vergleich der Organisationsformen der Insolvenzverwaltung respektive Testamentsvollstreckung mit der paradigmatischen Organisationsform der Kapitalgesellschaft offenbart zudem weitreichende strukturelle Parallelen nicht nur hinsichtlich der Aufgaben der jeweils als Unternehmensleiter tätigen Fremdverwalter, sondern auch hinsichtlich der Interessen der jeweiligen Beteiligten und der Stellung des jeweils verwalteten Vermögens. Die Organisationsformen der Insolvenzverwaltung sowie der Testamentsvollstreckung präsentieren sich auf diese Weise als funktionale Kapitalgesellschaften.

Im Folgenden gilt es zu untersuchen, ob und inwiefern die mit einem Insolvenzverwalter kontrahierenden Gläubiger besser geschützt sind als die mit einem Testamentsvollstrecker in rechtsgeschäftlichen Kontakt tretenden Gläubiger. Orientierung und Maßstab bildet dabei jeweils der kapitalgesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz. Die Eckpfeiler des Gläubigerschutzes in der Kapitalgesellschaft bilden die Regelungen über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung zusammen mit der Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter. Der kapitalgesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz wird ergänzt durch weitere Haftungstatbestände, wie die Haftung für masseschmälernde Zahlungen, sowie durch Maßnahmen des informationellen Gläubigerschutzes, die potenziellen Gläubigern die Möglichkeit zum Selbstschutz einräumen sollen.

Teil 2

Vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes als Legitimation der Haftungsbeschränkung

Kapitel 3

Vermögensaufbringung und Vermögensbindung

Nach tradierter Vorstellung im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht gilt die Aufbringung und Erhaltung eines gesetzlich geforderten Mindestkapitals durch die Gesellschafter als „Preis“ für das Haftungsprivileg.¹ Das von den Gesellschaftern aufzubringende Stammkapital soll als Haftungsfonds bzw. Verlustpuffer dienen und gleichzeitig Gewähr dafür bieten, dass der Gesellschaft notwendige Betriebsmittel zur Verfügung stehen.² Die Regelungen zur Kapitalsicherung bilden somit einen wesentlichen Pfeiler zur Legitimation der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen. Das Kapitalsicherungsregime teilt sich auf in Regelungen zur Kapitalaufbringung (z.B. §§ 7 Abs. 2 und 3, 9, 19 bis 24 GmbHG, §§ 7, 9 Abs. 1, 26, 27, 36, 36a AktG) und Regelungen zur Kapitalerhaltung (insbesondere §§ 30, 31 GmbHG, § 57 AktG).³ Die durch die Kapitalerhaltungsregeln bewirkte Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft wird ergänzt durch gesetzlich zwingend zu bildende Gewinnrücklagen (z.B. § 150 Abs. 3 AktG).

Im Gegensatz zum Kapitalgesellschaftsrecht sind *prima facie* weder im Fall der Testamentsvollstreckung noch im Fall der Insolvenzverwaltung spezifische Regelungen zur Kapitalsicherung für das verwaltete Sondervermögen vorgesehen. Die Zulassung einer unternehmerischen Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen ohne Kapitalsicherungsregelungen stellt ohne Frage eine Anomalie dar. Zum einen stellt sich allerdings die Frage, ob diese Anomalie nicht bereits angesichts einer Veränderung des gesetzlichen Regelungsumfelds an Schärfe verloren hat. Denn das tradierte

¹ *Ulmer/Casper*, in: *Ulmer, GmbHG*, § 5 Rn. 12; *Wicke*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 3 Rn. 43; *Schall*, *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz*, S. 101, 283.

² *Schwandtner*, in: *MünchKomm GmbHG*, § 5 Rn. 27; *Ulmer/Casper*, in: *Ulmer, GmbHG*, § 5 Rn. 12; *Schall*, *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz*, S. 101.

³ *Ulmer/Casper*, in: *Ulmer, GmbHG*, § 5 Rn. 12; *Koch*, in: *Hüffer/Koch, AktG*, § 1 Rn. 11 f.

System der Kapitalsicherung hat durch das MoMiG⁴ und insbesondere die mit ihm eingeführte Unternehmergesellschaft bedeutsame Änderungen erfahren. Zum anderen enthalten sowohl das Insolvenzrecht als auch das Testamentsvollstreckungsrecht Regelungen, die auf andere Weise als die gesellschaftsrechtlichen Kapitalsicherungsregeln zu einer starken Sicherung und Bindung des Sondervermögens führen.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob und inwiefern Insolvenzrecht und Testamentsvollstreckungsrecht im Hinblick auf Vermögensaufbringung und Vermögensbindung ein den gesellschaftsrechtlichen Kapitalsicherungsregeln vergleichbares Gläubigerschutzniveau erreichen. Dabei ist funktional streng zwischen der Vermögensaufbringung einerseits und der Vermögensbindung andererseits zu unterscheiden.⁵ Regelungen zur Vermögensaufbringung sorgen für die Aufbringung eines bestimmten Mindestvermögens durch Zuführung bestimmter Vermögenswerte in das verwaltete Vermögen. Demgegenüber schützen Regelungen zur Vermögensbindung das verwaltete Vermögen vor dem Zugriff der Residualberechtigten.

A. Vermögensaufbringung

Traditionell erfordert die Gründung einer Kapitalgesellschaft die Aufbringung eines bestimmten Mindestgarantiekapitals. In der GmbH beträgt das sog. Stammkapital mindestens fünfundzwanzigtausend Euro, § 5 Abs. 1 GmbHG. Das sog. Grundkapital der AG beläuft sich auf mindestens fünfzigtausend Euro, § 7 AktG. Der Ziffer des Garantiekapitals kommt eine zentrale Bedeutung zu. Sie bestimmt den Betrag des im Rahmen der Gründung der Gesellschaft von den Gesellschaftern durch Einlagen aufzubringenden Vermögens.⁶ Durch Übernahme der Einlageverpflichtung durch die Gesellschafter erhält die Gesellschaft schon im Zeitpunkt der Gründung die Einlageforderung (§ 14 S. 1 GmbHG) als Aktivposten und damit bilanziell betrachtet Kapital von außen.⁷ Nach dem Grundsatz der realen Kapitalaufbrin-

⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. 2008 I, S. 2026.

⁵ Vgl. *Grimm*, Die Finanzverfassung der kleinen Kapitalgesellschaft, S. 384: „Die Funktionen von Kapitalaufbringungsregeln einerseits und Kapitalerhaltungsregeln andererseits müssen daher stärker auseinander gehalten werden, als dies zumeist geschieht. [...] Einen unmittelbaren und unbedingten Einfluss auf die Aktiva der Gesellschaft haben nur erstere, indem sie die Zuführung von realen Vermögenswerten in Höhe des Stammkapitals erzwingen. Letztere hingegen [...] schützen [...] nur vor dem Zugriff der Gesellschafter.“

⁶ *Schwandtner*, in: MünchKomm GmbHG, § 5 Rn. 27; bereits *Wuerdinger*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, S. 31.

⁷ Vgl. *Wöhe/Bilstein/Ernst u. a.*, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, S. 75; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 5 Rn. 6.

gung möchte das Gesetz darüber hinaus die tatsächliche Zuführung des Garantiekapitals gewährleisten.⁸ Dafür sieht es eine gewisse Mindesteinzahlung vor Anmeldung der Gesellschaft (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG)⁹, spezielle Anforderungen an die Erfüllung der Einlageforderungen (§ 19 GmbHG) sowie eine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter hinsichtlich der Einlagepflicht (§ 24 GmbHG) vor.¹⁰

I. Kein Mindestvermögen des Nachlasses oder der Insolvenzmasse

Vorschriften zur Vermögensaufbringung vergleichbar den Regularien über das Garantiekapital und die Kapitalaufbringung bei den Kapitalgesellschaften existieren weder für den Nachlass noch für die Insolvenzmasse.¹¹ Vielmehr handelt es sich beim Nachlass schlicht um das gesamte vererbte Vermögen des Erblassers im Todeszeitpunkt, § 1922 Abs. 1 BGB. Zudem ist der Erblasser gem. § 2208 Abs. 1 S. 2 BGB frei darin, nur einen Teil des Nachlasses unter Testamentsvollstreckung zu stellen. Dann beschränkt sich der durch §§ 2211 Abs. 1, 2214 BGB vermittelte Schutz vor dem Zugriff des Erben und dessen Eigengläubigern auf die durch den Testamentsvollstrecker verwalteten Gegenstände. Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gem. §§ 2209 S. 2, 2207 BGB bezieht sich allerdings auch im Fall gegenständlich beschränkter Testamentsvollstreckung stets auf den gesamten Nachlass.¹² Ähnlich wie der Nachlass (§ 1922 Abs. 1 BGB) ist die Insolvenzmasse gem. § 35 Abs. 1 InsO definiert als das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Bei den Sondervermögen Nachlass und Insolvenzmasse handelt es sich insofern um gegebene Größen, für die keine Regelungen bezüglich einer Mindestvermögensaufbringung existieren und für die entsprechende Regelungen auch kaum vorstellbar wären. Es fehlt also sowohl bei der Insolvenzverwaltung als auch bei der Testamentsvollstreckung an einem präventiven Gläubigerschutz durch die anfängliche Aufbringung eines bestimmten Mindestvermögens. Insofern besteht sowohl bei der Testamentsvollstreckung als auch bei der Insolvenzverwaltung ohne Frage eine Diskrepanz zur klassischen Konzeption des Gläubigerschutzes durch Aufbringung eines Mindestkapitals im Kapitalgesellschaftsrecht.

⁸ *Schwandtner*, in: MünchKomm GmbHG, § 19 Rn. 1; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, S. 558, § 10 IV 2 a.

⁹ *Schwandtner*, in: MünchKomm GmbHG, § 5 Rn. 28.

¹⁰ *Ulmer/Casper*, in: Ulmer, GmbHG, § 5 Rn. 12.

¹¹ Zum Nachlass: *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 323; zur Insolvenzmasse: *Riering*, Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter, S. 40.

¹² *Reimann*, in: Staudinger, § 2208 Rn. 11; *Soergel*, BGB, Rn. 6; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 248.

II. Relativierung des Mindestkapitals im Kapitalgesellschaftsrecht

Die darin bestehende Diskrepanz zum Kapitalgesellschaftsrecht hat sich jedoch mit Inkrafttreten des MoMiG deutlich verringert.

1. Aufgabe des Mindestkapitals in der Unternehmungsgesellschaft

So hat insbesondere die Einführung der Unternehmungsgesellschaft (UG) in § 5a GmbHG den Grundsatz der Aufbringung eines Mindestkapitals als tragenden Pfeiler zur Legitimation der institutionellen Haftungsbeschränkung bei den Kapitalgesellschaften deutlich relativiert.¹³ Die Aufbringung eines Mindestgarantiekapitals ist nicht mehr Voraussetzung zur Gründung einer Kapitalgesellschaft und zur Erlangung des damit einhergehenden Haftungsprivilegs. §§ 5a, 5 Abs. 2 GmbHG erlauben nunmehr die Gründung einer Kapitalgesellschaft mit einem technischen Mindeststammkapital von lediglich einem Euro.¹⁴ Unabhängig davon, wie man zu diesen Entwicklungen rechtspolitisch steht,¹⁵ ist der eindeutige Wille des Gesetzgebers zur Deregulierung und Liberalisierung im Hinblick auf die Kapitalsicherung anzuerkennen.¹⁶ Das kapitalgesellschaftsrechtliche Haftungsprivileg ist heute auch ohne Aufbringung und Erhaltung eines bestimmten Mindestkapitals zugänglich.

2. Thesaurierungspflicht als Ausgleich

Freilich ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber am Prinzip der Kapitalsicherung insofern festgehalten hat, als § 5a Abs. 3 GmbHG für die Unternehmungsgesellschaft eine spezifische Thesaurierungspflicht vorsieht.¹⁷ Danach ist ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einzustellen. Die entsprechend gebildete Rücklage darf nur für die in § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHG genannten Zwecke verwendet werden. Dazu gehören neben einer Kapitalerhö-

¹³ Deutlich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/6140, S. 31: Mindeststammkapital ist „kein zwingender Bestandteil des Haftkapitalsystems der GmbH“; *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 103.

¹⁴ *Rieder*, in: MünchKomm GmbHG, § 5a Rn. 8.

¹⁵ Sehr kritisch *Grimm*, Die Finanzverfassung der kleinen Kapitalgesellschaft, S. 418 f.; *Höfer*, Flex-GmbH statt UG, S. 73 ff.; *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 899; deutlich positiver dagegen *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 4; *H. P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, § 5a Rn. 1 f.; *Fleischer*, DB 2017, 291, 292; *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 97 ff.

¹⁶ So auch *Rieder*, in: MünchKomm GmbHG, § 5a Rn. 6.

¹⁷ *Ders.*, in: MünchKomm GmbHG, § 5a Rn. 26 ff.

hung aus Gesellschaftsmitteln gem. §§ 57c ff. GmbHG (§ 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GmbHG) der Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, soweit er nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist (§ 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GmbHG) sowie der Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit er nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist (§ 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GmbHG).

Mit der Thesaurierungspflicht wollte der MoMiG-Gesetzgeber einen Ausgleich für die Deregulierung im Bereich der formalen Kapitalsicherung und den Verzicht auf das Mindestkapital schaffen. Durch die Thesaurierung soll die Unternehmergesellschaft im Laufe der Zeit eine höhere Eigenkapitalausstattung erreichen.¹⁸ Die Pflicht zur Rücklagenbildung gem. § 5a Abs. 3 GmbHG kennt keine zeitliche oder betragliche Grenze.¹⁹ Sie besteht also selbst dann fort, wenn das Stammkapital und die gesetzliche Rücklage zusammen das Mindeststammkapital gem. § 5 Abs. 1 GmbHG überschreiten. Die Thesaurierungspflicht endet gem. §§ 5a Abs. 5, 5 Abs. 1 GmbHG erst mit Erstarken der UG zur GmbH durch Erhöhung des Stammkapitals auf mindestens fünfundzwanzigtausend Euro. Vor diesem Hintergrund bildet die Thesaurierungspflicht einen Anreiz für die Gesellschafter, die UG im Wege der Kapitalerhöhung zur GmbH wachsen zu lassen.²⁰ Die UG wird deshalb zwar teilweise als Übergangsform bezeichnet.²¹ Es besteht allerdings keine Pflicht der Gesellschafter, die UG durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zur GmbH erstarken zu lassen.²² Vielmehr können die Gesellschafter dauerhaft in der UG bleiben.

3. Thesaurierungspflicht als Mittel der Vermögensbindung

Angesichts der Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 GmbHG könnte man sagen, dass der Gesetzgeber das Prinzip der Kapitalaufbringung nicht vollständig aufgegeben hat.²³ Häufig ist insoweit die Rede von einem Prinzip der

¹⁸ BT-Drs. 16/6140, S. 32.

¹⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 32; *H. P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, § 5a Rn. 25; *Rieder*, in: MünchKomm GmbHG, § 5a Rn. 28; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 5a Rn. 26.

²⁰ *H. P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, § 5a Rn. 25; *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 42; *Joost*, ZIP 2007, 2242, 2245.

²¹ Vgl. *Joost*, ZIP 2007, 2242, 2245: „gesetzlich intendierte Übergangslösung“.

²² *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 36 Rn. 11; *Fleischer*, DB 2017, 291, 296, der sich auch de lege ferenda gegen eine Beschränkung der UG auf eine Einstiegs- oder Übergangsrechtsform ausspricht.

²³ So etwa *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 42: „[...] nicht vollständig vom Prinzip der Kapitalaufbringung gelöst.“; *Joost*, ZIP 2007, 2242, 2245: „[...] Kapitalaufbringung durch die Verwendung von erzielten Unternehmensgewinnen [...]“; *Mostertz*, Die UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG, S. 94: „[...] Verantwortung zur Kapitalaufbringung [...] allein in zeitlicher Hinsicht verschoben.“; vgl. auch *Veil*,

„Kapitalaufholung“.²⁴ Daran ist richtig, dass die Thesaurierungspflicht auf den Aufbau einer Eigenkapitalreserve der Unternehmengesellschaft und insofern auf die Aufbringung von Kapital zielt. Allerdings darf dies keinesfalls darüber hinweg täuschen, dass es sich bei dem Thesaurierungsgebot gem. § 5a Abs. 3 GmbHG weder rechtstechnisch noch der Sache nach um eine Mindestkapitalaufbringungsregelung im klassischen Sinne handelt, sondern lediglich um eine Regelung zur Vermögensbindung. Denn das Thesaurierungsgebot bewirkt nicht etwa die Zuführung eines bestimmten Mindestvermögens in das Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschafter, sondern lediglich ein Ausschüttungsverbot.²⁵ Im Gegensatz zur Kapitalaufbringung beim Mindestkapital erhält die Gesellschaft nicht bei ihrer Gründung ein bestimmtes Kapital aus dem Privatvermögen der Gesellschafter in Form der Außenfinanzierung.²⁶ Vielmehr handelt es sich um eine Innenfinanzierung der Gesellschaft in Form einer Ansparung von im Unternehmen erwirtschafteten Gewinnen, die voraussetzt, dass die Gesellschaft selbst überhaupt entsprechende Überschüsse erwirtschaftet.²⁷ Das Thesaurierungsgebot ist daher funktional als Regelung zur Kapitalerhaltung bzw. Vermögensbindung aufzufassen und nicht etwa als abgeschwächte oder neuartige Regelung zur Kapitalaufbringung.²⁸ Das bestätigt ein Blick auf die mit der Pflichtrücklage gem. § 5a Abs. 3 GmbHG eng verwandte Regelung des § 150 Abs. 3 AktG. Richtig erkennt die allgemeine Auffassung in der Literatur in der Funktionsweise der Thesaurierungspflicht gem. § 5a Abs. 3 GmbHG eine deutliche Parallele zur gesetzlichen Rücklage nach § 150 Abs. 3 AktG.²⁹ Nach ebenso zutreffender und einhelliger Auffassung ist

ZGR 2009, 623, 641: Thesaurierungspflicht sei „funktional gesehen das Äquivalent zur Aufbringung eines bestimmten Stammkapitals.“

²⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 32; auch *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 42; *Noack*, DB 2007, 1395, 1396.

²⁵ Auch bei einer möglichen, anschließenden Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung, sondern um eine Maßnahme zur Stärkung der Vermögensbindung, s. nur *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 57c Rn. 4.

²⁶ Zur Unterscheidung zwischen Innen- und Außenfinanzierung s. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 522, § 18 II 3 a; *Wöhe/Bilstein/Ernst u. a.*, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, S. 14; *Drukarczyk/Lobe*, Finanzierung, S. 31.

²⁷ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 5a Rn. 26; *H.-F. Müller*, ZGR 2012, 81, 85; *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1083.

²⁸ Mit Recht fordert *Grimm*, Die Finanzverfassung der kleinen Kapitalgesellschaft, S. 384, s. Zitat in Fn. 5, eine stärkere Differenzierung zwischen den „Funktionen von Kapitalaufbringungsregeln einerseits und Kapitalerhaltungsregeln andererseits“, ebenso zutreffend daher auch die (leider ohne Begründung getroffene) Einordnung des § 5a Abs. 3 GmbHG als Kapitalerhaltungsregel bei *Kutschmann*, Mindestkapitalfreie Gesellschaften in Deutschland, S. 222; ebenso *Stumm*, Die Kapitalverfassung der Unternehmengesellschaft (haftungsbeschränkt), S. 89.

²⁹ s. nur *H.-F. Müller*, ZGR 2012, 81, 83; *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 42; *H. P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, § 5a Rn. 25.

§ 150 Abs. 3 AktG aber keine Regelung zur Kapitalaufbringung, sondern dient der Kapitalerhaltung, also der Vermögensbindung.³⁰ Die Thesaurierungspflicht gem. § 5a GmbHG erschöpft sich darin, Verschiebungen aus dem Gesellschaftsvermögen in das Gesellschaftervermögen zu begrenzen. Eine Mindestkapitalisierung wie bei der Aufbringung eines Mindeststammkapitals garantiert sie nicht. Es lässt sich nach Einführung der Unternehmergesellschaft der Unternehmensführung durch Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter daher nicht mehr ernsthaft entgegenhalten, das Kapitalgesellschaftsrecht knüpfe bereits die Entstehung der Kapitalgesellschaft hinsichtlich der Vermögensaufbringung an strenge Voraussetzungen.³¹

B. Vermögensbindung

Neben der Aufbringung eines bestimmten Mindestvermögens spielt insbesondere das Maß der Vermögensbindung der verwalteten Vermögensmasse eine entscheidende Rolle für den Gläubigerschutz. Die Vermögensbindung schützt das verwaltete Vermögen vor dem Zugriff der Residualberechtigten.³² Auf diese Weise trägt sie zur Sicherung eines gewissen Eigenkapitalniveaus bei, das im Krisenfall als Puffer zur Verfügung steht, und sichert den vorrangigen Zugriff der Gläubiger auf das verwaltete Vermögen im Fall der Insolvenz.³³ Während das Konzept der Aufbringung eines bestimmten Mindestvermögens insbesondere seit der MoMiG-Reform an Bedeutung verloren hat, hat die Frage der Vermögensbindung für die Legitimation der Haftungsbeschränkung eher noch weiter an Bedeutung gewonnen. Das zeigt bereits die für die UG charakteristische Thesaurierungspflicht gem. § 5a Abs. 3 GmbHG, die durch eine verstärkte Vermögensbindung einen Ausgleich für den Verzicht auf das Mindestkapital bieten soll. Der MoMiG-Gesetzgeber suchte also die Aufgabe der Vermögensaufbringung bei der UG durch eine strengere Vermögensbindung auszugleichen. Es ist daher die Ausprägung der Vermögensbindung bei den verwalteten Vermögensmassen zu vergleichen. Dabei zeigt sich, dass sowohl das Insolvenzrecht als auch das Testamentsvollstreckungsrecht eine dem Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbare und sogar strengere Form der Vermögensbindung aufweisen.

³⁰ OLG München AG 2007, 292, 294; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 150 Rn. 1; *Hennrichs/Pöschke*, in: MünchKomm AktG, § 150 Rn. 4; *Euler/Sabel*, in: Spindler/Stilz, § 150 Rn. 2.

³¹ Vgl. dagegen *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 324; wie hier *Weidlich*, NJW 2011, 641, 645.

³² Es geht also primär um den Schutz des Gesellschaftsvermögens vor dem Zugriff der Gesellschafter, der Insolvenzmasse vor dem Zugriff der Insolvenzgläubiger und des Nachlasses vor dem Zugriff des Erben.

³³ *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 30 Rn. 2.

I. Kapitalgesellschaft

Für die Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft sorgen vornehmlich die Regelungen über die Kapitalerhaltung. Auch hier kommt der Ziffer des Garantiekapitals maßgebliche Bedeutung zu.³⁴ Für GmbH wie UG³⁵ gilt, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf, § 30 Abs. 1 GmbHG. Auszahlungen an Gesellschafter sind damit ausgeschlossen, soweit eine Unterbilanz bereits besteht oder die Auszahlung zu einer Unterbilanz führen würde.³⁶ Noch strenger bestimmt das Aktienrecht, dass Einlagen nicht zurückgewährt werden dürfen (§ 57 Abs. 1 AktG) und an die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden darf (§ 57 Abs. 3 AktG).³⁷ Zu Unrecht ausgezahlte Beträge sind zu erstatten, § 31 GmbHG, § 62 AktG. Ferner droht dem Geschäftsleiter, der Zahlungen unter Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften leistet, die persönliche Haftung, § 43 Abs. 3 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG.

Zusätzlich zu dem formalen Kapitalschutz durch Kapitalerhaltungsregelungen tragen insbesondere gesetzliche Verpflichtungen zur Bildung von Gewinnrücklagen zur Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft bei. Für die GmbH besteht allerdings keine solche allgemeine Pflicht zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage.³⁸ Die Vermögensbindung in der GmbH erschöpft sich somit grundsätzlich in der Erhaltung des Stammkapitals.³⁹ Im Aktienrecht verpflichtet § 150 Abs. 1 und 2 AktG zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage, in welche jährlich 5 % des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen sind, bis die gesetzliche Rücklage zusammen mit den Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 HGB mindestens 10 % des Grundkapitals erreicht.⁴⁰ Der Mindestbetrag der gesetzlichen Rücklage darf nicht als Gewinn ausgeschüttet werden, sondern nur zu den in § 150 Abs. 3 AktG genannten Zwecken verwandt werden, also zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags oder eines Verlustvortrags aus dem

³⁴ *Habersack*, in: Ulmer, GmbHG, § 30 Rn. 27; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 30 Rn. 55.

³⁵ Die UG unterliegt als Rechtsformvariante der GmbH uneingeschränkt den §§ 30, 31 GmbHG, *Habersack*, in: Ulmer, GmbHG, § 30 Rn. 17a; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 30 Rn. 10.

³⁶ Statt vieler *Habersack*, in: Ulmer, GmbHG, § 30 Rn. 25.

³⁷ Zur unterschiedlichen Formulierung *ders.*, in: Ulmer, GmbHG, § 30 Rn. 18.

³⁸ *Ekkenga*, in: MünchKomm GmbHG, § 30 Rn. 63; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 30 Rn. 7; *Frhr. von Falkenhausen*, NZG 2009, 1096, 1097.

³⁹ *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 30 Rn. 7; *Habersack*, in: Ulmer, GmbHG, § 30 Rn. 29.

⁴⁰ *Euler/Sabel*, in: Spindler/Stilz, § 150 Rn. 1.

Vorjahr.⁴¹ Die Thesaurierungspflicht dient dem Aufbau eines das Grundkapital schützenden Reservefonds und damit der Kapitalerhaltung.⁴² Besondere Bedeutung gewinnt die obligatorische Thesaurierung schließlich bei der UG. Als Ausgleich für das fehlende Mindeststammkapital ist in der UG gem. § 5a Abs. 3 GmbHG stets eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die 25 % des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einzustellen ist.⁴³ Das auf diese Weise in der UG angesparte Kapital unterliegt einer strengen Ausschüttungssperre.⁴⁴ Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 3 GmbHG führt analog § 256 AktG zur Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses, was analog § 253 AktG die Nichtigkeit eines darauf beruhenden Gewinnverwendungsbeschlusses nach sich zieht.⁴⁵ Es bestehen bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter.⁴⁶ Nach überwiegender Ansicht gelten zudem die Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG für die gesetzliche Rücklage nach § 5a Abs. 3 GmbHG entsprechend.⁴⁷ Ferner droht auch hier dem Geschäftsführer die persönliche Haftung aus § 43 GmbHG.⁴⁸ Das gilt sogar, soweit der Betrag der gesetzlichen Rücklage fünfundzwanzigtausend Euro und damit die Mindeststammkapitalsumme der GmbH überschreitet. Denn die Thesaurierungspflicht in der UG kennt im Gegensatz zu § 150 Abs. 2 AktG weder eine zeitliche noch eine betragliche Grenze.⁴⁹ Die Vermögensbindung in der UG ist in dieser Hinsicht sogar stärker ausgeprägt als bei GmbH oder AG.⁵⁰ Bis die UG durch Kapitalerhöhung zur GmbH erstarkt, bleibt stets ein Viertel der Gewinne in der Gesellschaft gebunden. In anderer Hinsicht bleibt die durch § 5a Abs. 3 GmbHG bewirkte Vermögensbindung jedoch hinter der an das Stammkapital anknüpfenden Kapitalerhaltung zurück. Ist die gebildete Rücklage durch Verluste vermindert, so müssen die Gesellschafter nicht vollstän-

⁴¹ *Dies.*, in: Spindler/Stilz, § 150 Rn. 19.

⁴² s. die Nachweise in Fn. 30 in diesem Teil.

⁴³ s. dazu bereits soeben unter Kapitel 3 – A.II.

⁴⁴ *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 46.

⁴⁵ *Ders.*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 50.

⁴⁶ *H. P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, § 5a Rn. 26; *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 50.

⁴⁷ Vgl. bereits die Anregung in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/6140, S. 32; *Habersack*, in: Ulmer, GmbHG, § 30 Rn. 17a; *Paura*, in: Ulmer, GmbHG, § 5a Rn. 44; a.A. *Noack*, DB 2007, 1395, 1396; a.A. auch *Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, S. 456 für Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht.

⁴⁸ *Rieder*, in: MünchKomm GmbHG, § 5a Rn. 30.

⁴⁹ *H. P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, § 5a Rn. 25; *Rieder*, in: MünchKomm GmbHG, § 5a Rn. 28; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 5a Rn. 26.

⁵⁰ *Veil*, GmbHG 2007, 1080, 1083; vgl. *Freitag/Riemenschneider*, ZIP 2007, 1485, 1488.

dig auf Ausschüttungen verzichten bis das ursprüngliche höhere Niveau der Rücklage wieder erreicht ist.⁵¹ Vielmehr müssen sie stets nur ein Viertel der jeweils erwirtschafteten Gewinne in die Rücklage einstellen.

II. Insolvenzverwaltung

Im Insolvenzrecht unterliegt die Insolvenzmasse ebenfalls einer starken Vermögensbindung. Nach § 80 InsO geht die Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter über. Der Insolvenzbeschlagn gem. § 80 InsO führt auf diese Weise zu einer den Schuldner- sowie den Gläubigerzugriff ausschließenden Vermögensbindung.⁵² Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen gegen den Schuldner nur noch nach Maßgabe der Insolvenzordnung verfolgen, § 87 InsO. Neugläubiger des Insolvenzschuldners (nicht: der Insolvenzmasse) können zwar weiterhin den Schuldner verklagen, sie können jedoch nicht auf die Insolvenzmasse zugreifen, sondern sind vollstreckungsrechtlich auf das vom Insolvenzbeschlagn freie Schuldnervermögen beschränkt.⁵³

Von dieser starken Vermögensbindung sind auch Erträge aus der Fortführung eines Unternehmens durch den Insolvenzverwalter erfasst. Sie fallen wie sämtlicher Verwaltungserwerb ebenfalls in die Insolvenzmasse.⁵⁴ Die herrschende Auffassung erklärt den Rechtserwerb für die Insolvenzmasse auf Basis der Amtstheorie als Surrogationserwerb (sog. Massesurrogation).⁵⁵ Dafür ist nach herrschender Ansicht erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Verwalter subjektiv mit entsprechendem Willen handelt und objektiv ein Bezug zur Insolvenzmasse besteht.⁵⁶ Im Ergebnis unterfallen damit sämtliche Erträge aus der Unternehmensfortführung der Verwaltungsmacht des Insolvenzverwalters sowie der strengen insolvenzrechtlichen Vermögensbindung und den damit einhergehenden Verteilungsregeln.

⁵¹ *Rieder*, in: MünchKomm GmbHG, § 5a Rn. 28.

⁵² *K. Schmidt*, ZHR 174 (2010), 163, 176, mit dem Hinweis, die durch § 80 InsO bewirkte Vermögensbindung sei noch strenger als im Kapitalgesellschaftsrecht. Für den Nachlassverwalter gilt § 1984 BGB.

⁵³ *Breuer/Flöther*, in: MünchKomm InsO, § 87 Rn. 15.

⁵⁴ Der Verwaltungserwerb des Insolvenzverwalters ist abzugrenzen vom Neuerwerb des Schuldners i. S. v. § 35 Abs. 1 Alt. 2 InsO.

⁵⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 122; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 9.28; *Hirte/Praß*, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 123; *Peters*, in: MünchKomm InsO, § 35 Rn. 69; *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 48; für Surrogationserwerb entsprechend § 1473 Abs. 1 Satz 1 BGB *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 80 Rn. 86; kritisch *Jacoby*, Das private Amt, S. 296.

⁵⁶ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 80 Rn. 86.

Insbesondere die Insolvenzgläubiger als die neuen wirtschaftlichen Eigentümer der Insolvenzmasse können nicht einfach auf die Insolvenzmasse zugreifen, vgl. § 87 InsO. Allein der Insolvenzverwalter kann über die Insolvenzmasse verfügen und allein er ist für Verteilungen an die Insolvenzgläubiger zuständig, § 187 Abs. 3 S. 1 InsO.⁵⁷ Der Insolvenzverwalter darf das in der Insolvenzmasse gebundene Vermögen auch nicht beliebig an die Insolvenzgläubiger verteilen. Vielmehr hat er bei Auszahlungen aus der Insolvenzmasse stets auf die korrekte Verteilungsreihenfolge zu achten. Vor jeder Verteilung muss der Insolvenzverwalter prüfen, ob die vorrangige Befriedigung der Massegläubiger gewährleistet ist.⁵⁸ Unter Missachtung der korrekten Verteilungsreihenfolge ausgezahlte Beträge sind vom Zahlungsempfänger nach Bereicherungsrecht zu erstatten.⁵⁹ Zudem droht dem Insolvenzverwalter die persönliche Haftung aus § 60 InsO, wenn er die insolvenzmäßige Verteilungsreihenfolge missachtet.⁶⁰

Der Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter bildet auf diese Weise zusammen mit den strengen Regelungen über die korrekte Verteilung der Insolvenzmasse einen der gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltung vergleichbaren Schutz.⁶¹

III. Testamentsvollstreckung

Auch im Fall der Testamentsvollstreckung kommt es zu einer stark ausgeprägten Bindung des verwalteten Sondervermögens. Mit Anordnung der Testamentsvollstreckung verliert der Erbe gem. §§ 2211 Abs. 1, 2214 BGB die Verfügungsbefugnis über die von der Testamentsvollstreckung erfassten Nachlassgegenstände an den Testamentsvollstrecker.⁶² Damit ist der unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlass dem Zugriff durch den Erben sowie durch dessen Privatgläubiger entzogen.

⁵⁷ Zur funktionalen Vergleichbarkeit von gesellschaftsrechtlicher Kapitalerhaltung und den insolvenzrechtlichen Verteilungsregeln bereits *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 101 f.

⁵⁸ *Kebekus/Schwarzer*, in: MünchKomm InsO, § 187 Rn. 21.

⁵⁹ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 101; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, § 187 Rn. 20; ausführlich *Mohrbutler*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 148 ff.

⁶⁰ *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 53 Rn. 89. Auch im Fall einer sorgfaltswidrigen Freigabe von Gegenständen aus der Insolvenzmasse an den Insolvenzschuldner haftet der Insolvenzverwalter gem. § 60 InsO, BGHZ 163, 32, 37; *Peters*, in: MünchKomm InsO, § 35 Rn. 116.

⁶¹ s. bereits *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 101 f.

⁶² *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 3.

Mit Blick auf das sich bei der Unternehmensfortführung dynamisch verändernde Nachlassvermögen ist wichtig, dass diese Vermögensbindung nach herrschender Auffassung auch Erträge erfasst, die der Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses erwirtschaftet.⁶³ Die durch den Testamentsvollstrecker für den Nachlass erwirtschafteten Erträge werden ihrerseits Nachlassbestandteil.⁶⁴ Zudem erstreckt sich nach herrschender Auffassung auch das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers im Wege der sog. Kompetenzsurrogation⁶⁵ auf die erwirtschafteten Erträge.⁶⁶ Das überzeugt, weil die Kompetenzsurrogation insbesondere für die Verwaltungsvollstreckung von elementarer Bedeutung ist. Ohne sie würde sich die Verwaltung bei dynamischem Verwaltungsvermögen mit der Zeit von selbst erledigen.⁶⁷ Das verwaltete Vermögen würde sich aus dem Zugriffsbereich des Testamentsvollstreckers verflüchtigen.

Im Testamentsvollstreckungsrecht kommt es auf diese Weise zu einer starken Bindung des verwalteten Vermögens sowie zunächst zu einer Thesaurierung nicht nur eines Teils, sondern sämtlicher erwirtschafteter Überschüsse. Die Gewinne aus der Unternehmensführung führen somit zu einer Erhöhung der Haftungsmasse. Nach § 2217 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Testamentsvollstrecker zwar Nachlassgegenstände, die er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht mehr benötigt, dem Erben auf Verlangen aus der Vollstreckung freizuge-

⁶³ Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob die Erträge Nachlassbestandteil werden und der Frage, ob die Erträge weiterhin der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unterfallen, s. dazu *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 242.

⁶⁴ Die herrschende Auffassung verweist häufig pauschal auf eine analoge Anwendung der dinglichen Surrogation des § 2041 BGB, s. etwa *Gergen*, in: MünchKommBGB, § 2041 Rn. 3; *Zimmermann*, in: MünchKommBGB, § 2205 Rn. 22. Dagegen betonen insbesondere *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 242; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 258, dass sich dies bereits aus der gesetzlichen Erbvermächtnisübertragung ergibt. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Testamentsvollstrecker erkennbar für den Nachlass, also in amtlicher Funktion handelt; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 245; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 262; vgl. dagegen weitergehend für eine dingliche Surrogation sogar dann, wenn der Amtstreuhandler seine Amtsstellung nicht offenlegt *M. Wolf*, JuS 1975, 710, 715.

⁶⁵ Zum Begriff und zur Unterscheidung zwischen Kompetenzsurrogation und materieller Surrogation *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 257; zuvor bereits *M. Wolf*, JuS 1975, 710, 715.

⁶⁶ Die h.M. wendet dazu § 2041 BGB analog an, s. etwa *Zimmermann*, in: MünchKommBGB, § 2205 Rn. 6; *Reimann*, in: Staudinger, § 2205 Rn. 40; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 258 ff. befürwortet eine Analogie zu § 1638 Abs. 2 BGB; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 245 zweifelt an der Erforderlichkeit einer Analogie, folge die Kompetenzsurrogation doch bereits aus dem Wesen der Dauervollstreckung.

⁶⁷ *Dies.*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 310; *M. Wolf*, JuS 1975, 710, 715.

ben. Bei der Anordnung von Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) scheidet eine Freibabpflicht bezüglich der durch den Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlassgegenstände (also bzgl. des vererbten Unternehmensvermögens) jedoch grundsätzlich aus.⁶⁸ Auch hinsichtlich erwirtschafteter Erträge ist der Testamentsvollstrecker gegenüber dem Erben grundsätzlich zu einer Thesaurierung berechtigt.⁶⁹ Der Erbe kann die Herausgabe von Gewinnen nur verlangen, soweit dies einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung entspricht.⁷⁰

Allerdings kann der Testamentsvollstrecker abseits einer Freibabpflicht nach herrschender Auffassung im Einverständnis mit dem Erben auch freiwillig Gegenstände aus seiner Verwaltung an den Erben freigeben.⁷¹ Insoweit droht den Nachlassgläubigern ein gewisses Risiko. Denn mit der Freigabe an den Erben endet der dingliche Schutz der §§ 2211 Abs. 1, 2214 BGB. Die freigegebenen Nachlassgegenstände unterfallen wieder der Verfügungsbefugnis des Erben und damit auch dem potenziellen Zugriff der Erbenprivatgläubiger. Zudem ist der Testamentsvollstrecker den Nachlassgläubigern wegen einer aus einer Freigabe an den Erben resultierenden Beeinträchtigung nicht unmittelbar verantwortlich.⁷²

Dennoch sind die Nachlassgläubiger nicht vollkommen schutzlos. Denn die Freigabe führt nicht dazu, dass die Nachlassgläubiger den Zugriff auf die freigegebenen Nachlassgegenstände verlieren. So bleiben Nachlassgegenstände auch nach Freigabe durch den Testamentsvollstrecker gem. § 2217 BGB Bestandteil des Nachlasses als Liquidationsmasse i. S. v. §§ 1975 ff. BGB.⁷³ Der Erbe haftet also im Fall der Nachlassinsolvenz auch mit den vom Testamentsvollstrecker freigegebenen Erträgen weiterhin gegenüber den Nachlassgläubigern.⁷⁴ Eine Gewinnentnahme, die zu einer Enthaltung des entnommenen Kapitals führt, wie dies bei Ausschüttungen aufgrund eines Gewinnverwendungsbeschlusses im Kapitalgesellschaftsrecht regelmäßig der Fall ist, ist dem Erbrecht fremd.⁷⁵ Vielmehr entspricht es dem in § 1978

⁶⁸ BGHZ 56, 275, 284; *Reimann*, in: Staudinger, § 2217 BGB Rn. 10. Ein Freibabanspruch ist insbesondere zu bejahen, soweit der Erbe die Erträge zur Begleichung fälliger Erbschaftssteuerschulden bedarf.

⁶⁹ OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2016, 1496 mit zustimmender Anmerkung *J. P. Schmidt*; *Reimann*, ZEV 2010, 8, 10.

⁷⁰ OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2016, 1496; *Reimann*, in: Staudinger, § 2216 Rn. 17.

⁷¹ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2217 Rn. 13; a. A. für dingliche Unwirksamkeit freiwilliger Freigaben *Muscheler*, ZEV 1996, 401, 405.

⁷² *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2217 Rn. 13.

⁷³ Vgl. aber *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 310.

⁷⁴ *Schapp*, Die Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens durch Erben und Testamentsvollstrecker, S. 198. Gleiches gilt für den Fall der Anordnung der Nachlassverwaltung.

⁷⁵ Vgl. dagegen *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 311.

BGB zum Ausdruck kommenden Grundgedanken gegenständlicher Haftungsbeschränkung, dass der Erbe für eine Minderung des Sondervermögens grundsätzlich persönlich haften muss.⁷⁶ Der Erbe haftet für an ihn durch den Testamentsvollstrecker ausgekehrte Gewinne aus der Unternehmensführung weiter.⁷⁷ Verbraucht er an ihn ausgekehrte Gewinne, so haftet er unabhängig von einem Verschulden auf Ersatz gem. § 1978 BGB.⁷⁸

Durch das Zusammenspiel der §§ 2211, 2214 BGB und § 1978 BGB sind die Gläubiger somit vor Entnahmen des Erben aus dem Nachlass geschützt.⁷⁹ Hinsichtlich der Vermögensbindung ist dieses Schutzniveau durchaus vergleichbar mit dem Schutz, den die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft erfahren.

Kapitel 4

Persönliche Haftung der Fremdverwalter

Neben den auf die Gewährleistung einer ausreichenden Haftungssubstanz zielenden Kapitalsicherungsregeln trägt im Kapitalgesellschaftsrecht vor allem die persönliche Haftung der Geschäftsleiter zum Gläubigerschutz bei. Geschäftsleiter unterliegen nicht nur einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft, die sie zu einem verantwortungsvollen Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen anhält und so auch zum Gläubigerschutz beiträgt. Darüber hinaus hält das Kapitalgesellschaftsrecht für den Fall der Krise verschiedene Regelungen zur Außenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber den Gläubigern bereit. Dabei bildet insbesondere die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter einen tragenden Pfeiler zur Legitimation der institutionellen

⁷⁶ Vgl. *Sieveking*, Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, S. 98; s. bereits *Ehrenberg*, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, S. 414, 428, 468.

⁷⁷ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 395, 398; ebenso *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 44, der daraus ein Argument gegen die Zulässigkeit der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker wegen Unzumutbarkeit für den Erben herleiten möchte. A.A. *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 247, 309 ff., die sich mit Blick auf die damit für den Erben verbundenen Nachteile gegen die Zugehörigkeit von durch den Testamentsvollstrecker erwirtschafteten Erträgen zum Nachlass i. S. d. §§ 1975 ff. BGB wendet; vgl. dagegen kritisch zu der damit verbundenen Annahme eines gespaltenen Nachlassbegriffs *Kunz*, in: Staudinger, § 1922 Rn. 93. Tatsächlich ist diese strenge Haftung für den Erben nicht unbedenklich. Immerhin ist seine Haftung jedoch – im wesentlichen Gegensatz zur Vollmachtlösung – kalkulierbar.

⁷⁸ BGH ZEV 2008, 237.

⁷⁹ Dies konzедierend *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 324.

Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen.⁸⁰ Die bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht drohende Insolvenzverschleppungshaftung bildet den traditionellen Kernbestandteil der Geschäftsleiterhaftung in der Krise. Sie wird ergänzt durch das an die Geschäftsleiter adressierte Verbot, im Stadium materieller Insolvenz Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen zu leisten (§ 64 S. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 1 AktG). Letzteres hat mit Einführung der unmittelbar an die Geschäftsleiter adressierten Insolvenzverursachungshaftung in § 64 S. 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 3 AktG eine Erweiterung erfahren. Diese Haftungsgrundlagen zielen spezifisch auf den Gläubigerschutz in der Krise bzw. Insolvenz der Gesellschaft. Doch auch die allgemeine Organhaftung der Geschäftsleiter gem. § 43 Abs. 2 GmbHG und § 93 Abs. 2 AktG, welche die Geschäftsleiter primär im Interesse der Gesellschafter als Residualberechtigte zu einer sorgfältigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens anhält, spielt eine Rolle für den Gläubigerschutz, insbesondere soweit das Gesetz sie der Disponibilität der Gesellschafter entzieht.⁸¹ Schließlich kann sich eine gläubigerschützende Eigenhaftung der Geschäftsleiter auch aus allgemeinen Vorschriften ergeben.⁸²

Damit richtet sich der Fokus auf die persönliche Haftung der Amtstreuhanders. Es stellt sich die Frage, ob Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker einer vergleichbaren Haftung zum Schutz der mit ihnen in Kontakt tretenden Gläubiger ausgesetzt sind wie die Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft. Dabei ist zunächst die Innenhaftung mit Blick auf ihr gläubigerschützendes Potential zu untersuchen. Daraufhin sind die Voraussetzungen einer unmittelbaren Außenhaftung der Fremdverwalter gegenüber den Gläubigern zu untersuchen. Dabei geht es im ersten Schritt um die Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften. Anschließend sind die spezifischen gesellschaftsrechtlichen, insolvenzrechtlichen und erbrechtlichen Regelungen zu erörtern. Die vergleichende Betrachtung wird zeigen, dass das Testamentsvollstreckungsrecht hier Nachholbedarf hat.

A. Zur Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung

Die folgende Untersuchung gliedert sich in die Betrachtung der Innenhaftung sowie der Außenhaftung der Fremdverwalter. Dabei handelt es sich –

⁸⁰ BGHZ 126, 181, 197; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 332; *Lieder*, in: Michalski, GmbHG, § 13 Rn. 336; *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 97; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 540, § 18 IV 1 b bb; *ders.*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 131.

⁸¹ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 2.

⁸² Insbesondere aus c.i.c.: *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 214 ff.; *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 227 ff.

entsprechend der Betrachtungsweise dieser Untersuchung – um eine rein funktionale Unterscheidung.⁸³ Geschäftsleiter, Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker verwalten jeweils eine fremde Vermögensmasse und nehmen die in diesem Vermögen begründeten Interessen wahr.⁸⁴ Die funktionale Unterscheidung knüpft an diese Vermögensbezogenheit des Verwalterhandelns an.⁸⁵ Als Innenhaftung wird in diesem Rahmen lediglich die Verantwortlichkeit des Fremdverwalters im Hinblick auf das verwaltete Vermögen verstanden.⁸⁶ Sie betrifft also die für die Geschäftsleiter in § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG, § 93 Abs. 1 und 2 AktG normierte Haftung für die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, des Insolvenzverwalters im Hinblick auf die ordnungsgemäße Verwaltung der Insolvenzmasse bzw. des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses.⁸⁷ Die übrige Haftung der Fremdverwalter betrifft funktional die Außenhaftung. Die Außenhaftung betrifft insbesondere die Haftung der Fremdverwalter gegenüber den Beteiligten, soweit diese individuell, d. h. mit Bezug auf ihr freies, privates Vermögen betroffen sind, sowie gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber den mit den Fremdverwaltern jeweils in Kontakt tretenden Neugläubigern.⁸⁸

Die damit zugrunde gelegte Unterscheidung zwischen Innenhaftung und Außenhaftung entspricht im Wesentlichen derjenigen, die für die Geschäfts-

⁸³ Zu einer funktionalen Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis bei der Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter vgl. jüngst *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 35 ff. mit gewissen Unterschieden in der Abgrenzung; zur Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung des Konkursverwalters bereits *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 ff., der daraus jedoch auch dogmatische Folgerungen für die Konkursverwalterhaftung ableitet.

⁸⁴ Bei den Geschäftsleitern der Kapitalgesellschaft spricht man vom Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresse, s. nur *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 13. Der Insolvenzverwalter verfolgt die Zwecke, denen das verwaltete Vermögen jetzt dient, *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 45; beim Testamentsvollstrecker ist vom objektiven Nachlassinteresse die Rede, *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2216 Rn. 4. Bei aller Unbestimmtheit dieser Begriffe im Einzelnen geht es doch stets um die in dem verwalteten Vermögen begründeten Interessen, wobei jeweils das Interesse der Residualberechtigten eine prägende Rolle spielt.

⁸⁵ Diese Vermögensbezogenheit hat auch *Dölle*, in: FS Schulz, S. 268, 272 in seiner Theorie vom neutralen Handeln betont, worauf *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 45 hinweist.

⁸⁶ *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 193.

⁸⁷ Dogmatisch handelt es sich um die Haftung gegenüber dem Insolvenzschuldner als Rechtsträger der Insolvenzmasse bzw. gegenüber dem Erben als Rechtsträger des Nachlasses.

⁸⁸ Ähnlich *Baur*, in: GS Bruns, S. 241, 243. Somit gehört die Haftung des Insolvenzverwalters im Hinblick auf das freie Vermögen des Schuldners oder des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf das Privatvermögen des Erben nicht zur Innenhaftung, sondern zur Außenhaftung, *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 193 f.

leiter von Kapitalgesellschaften üblich ist.⁸⁹ Für den Insolvenzverwalter deckt sie sich im Kern mit der im Rahmen der Insolvenzverwalterhaftung gem. § 60 InsO geläufigen Unterscheidung zwischen Gesamt- und Einzelschäden.⁹⁰ Dabei entspricht die funktional definierte Innenhaftung der Haftung des Insolvenzverwalters für sog. Gesamtschäden.⁹¹ Schädigt der Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse, so resultiert daraus ein Gesamtschaden, der die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich betrifft und der durch Wiederauffüllen der Masse auszugleichen ist.⁹² Ein Anspruch auf Ersatz eines Gesamtschadens kann während des Insolvenzverfahrens nur durch einen neu zu bestellenden Insolvenzverwalter geltend gemacht werden (nunmehr § 92 S. 2 InsO).⁹³ Demgegenüber kann der einzelne Beteiligte lediglich den allein ihn individuell betreffenden sog. Einzelschaden während des Insolvenzverfahrens gegen den Insolvenzverwalter geltend machen.⁹⁴ Für den Testamentsvollstrecker meint die funktional verstandene Innenhaftung allein die Haftung des Testamentsvollstreckers für einen Schaden, der dem Erben als Erben, also durch eine Schädigung des Nachlassvermögens entsteht.⁹⁵ Die Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erben für eine Schädigung seines Privatvermögens sowie gegenüber anderen Personen gehört demgegenüber zur Außenhaftung. Das spiegelt sich – ähnlich der Unterscheidung zwischen Einzel- und Gesamtschaden beim Insolvenzverwalter – darin wider, dass nach herrschender Auffassung nur solche Schadensersatzansprüche gegen Testamentsvollstrecker analog § 2041 BGB in den Nachlass fallen, die aus einer Schädigung des Nachlassvermögens resultieren. Schadensersatzansprüche, die nicht aus der Schädigung des Nachlasses als solchem, sondern aus der persönlichen Schädigung eines Einzelnen resultieren, werden dagegen nicht dem Nachlass zugeordnet.⁹⁶

⁸⁹ Ähnlich *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 35; vgl. auch *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 50: „Typisch für eine juristische Person.“ Vgl. aber unten Kapitel 4 – C.III, wonach die Haftung für verbotene Zahlungen zwar dogmatisch als Innenhaftung ausgestaltet ist, funktional aber als Außenhaftung verstanden werden sollte, weil sie allein dem Interesse der Gläubigergesamtheit dient.

⁹⁰ *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 118 ff.; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 116 ff.

⁹¹ s. *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 192; ebenso *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 115; *Weitzmann*, in: HambKomm InsO, § 60 Rn. 7.

⁹² *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 238.

⁹³ *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 120.

⁹⁴ *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 118.

⁹⁵ Vgl. *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 231, der kurz erwägt, ob § 2219 BGB ausschließlich Schäden im Nachlassvermögen erfasst.

Zwar ist weder die vom Insolvenzverwalter verwaltete Masse noch der durch den Testamentsvollstrecker verwaltete Nachlass rechtlich verselbstständigt. Aus diesem Grund trifft den Insolvenzverwalter nach § 60 InsO keine Haftung gegenüber „der Masse“, sondern allein gegenüber „allen Beteiligten“. Ebenso haftet der Testamentsvollstrecker gem. § 2219 BGB nicht gegenüber „dem Nachlass“, sondern allein gegenüber dem Erben bzw. dem Vermächtnisnehmer als den am Nachlass Beteiligten. Die überwiegende Auffassung klassifiziert diese Haftung der Amtstreuhand gegenüber den verschiedenen Beteiligten stets einheitlich als solche aus gesetzlichem Schuldverhältnis und lehnt in diesem Zusammenhang regelmäßig eine Trennung zwischen Innen- und Außenhaftung ab.⁹⁷ Jedoch ist die rein funktionale Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung keineswegs von einer rechtlichen Verselbstständigung des verwalteten Vermögens abhängig.⁹⁸ Es ist damit keine dogmatische Festlegung auf die Organtheorie oder eine Versubjektivierung des Sondervermögens verbunden. Die funktionale Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis ist vielmehr grundsätzlich

⁹⁶ Für die Schädigung eines einzelnen Miterben: RGZ 138, 132, 134; vgl. OLG Schleswig ZEV 2014, 542, 543; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2219 Rn. 6; *Damrau*, in: Soergel, BGB, § 2219 Rn. 2; *Reimann*, in: Staudinger, § 2219 BGB Rn. 33. Für Schäden, die allein das Privatvermögen eines Alleinerben betreffen, kann nichts anderes gelten, s. auch *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 73 II 7.

⁹⁷ Zum Insolvenzverwalter: *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 7; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 Rn. 11b, beide in Ablehnung der von *K. Schmidt* begründeten modernen Organtheorie; *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 15; der die Frage dagegen zutreffend von dem Streit um die Rechtsstellung des Verwalters unterscheidet; *Rein*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 5 f.; für eine Unterscheidung von Innen- und Außenhaftung dagegen *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 35 ff.; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 114; *Weitzmann*, in: HambKomm InsO, § 60 Rn. 7 f.

Für den Testamentsvollstrecker wird die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung kaum problematisiert. Doch ist auch hier die Terminologie uneinheitlich. Das zeigt sich deutlich bei der Haftung gegenüber Vermächtnisnehmern, die nach der hier zugrunde gelegten Unterscheidung zur Außenhaftung gehört, so auch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 179 ff.; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2219 Rn. 7 bei Fn. 14; a.A. für Innenhaftung aber *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 237; vgl. auch *Jacoby*, Das private Amt, S. 564, der unter der Überschrift „Binnenhaftung“ für eine einheitliche Qualifizierung der Haftung der Amtstreuhand aus Amtswalterrechtsverhältnis eintritt, aber wiederum auch zwischen der Haftung gegenüber dem Vermögensträger und sonstigen Interessenträgern unterscheidet.

⁹⁸ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 35; auch *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 116, der zwischen einer Außenhaftung wegen Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nach § 60 InsO und einer Außenhaftung wegen Verletzung nichtinsolvenzspezifischer Pflichten nach allgemeinen Regeln unterscheidet; bereits *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 193: „nicht als ein Spezifikum der Lehre von der Rechtsfähigkeit der Masse“.

immer geboten, wenn jemand als Interessenvertreter fremde Vermögensinteressen wahrnimmt, insbesondere also wenn jemand im Interesse anderer oder im Interesse eines abgesonderten Vermögens ein Unternehmen führt.⁹⁹

B. Innenhaftung

Als Innenhaftung wird hier funktional allein die Haftung des Fremdverwalters im Hinblick auf das verwaltete Vermögen verstanden. Es geht also um die Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter für die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, des Insolvenzverwalters im Hinblick auf die ordnungsgemäße Verwaltung der Masse bzw. des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses.¹⁰⁰ Für den Testamentsvollstrecker ergibt sich diese Innenhaftung aus §§ 2219 Abs. 1, 2216 BGB¹⁰¹, für den Insolvenzverwalter folgt sie aus § 60 InsO. Orientierung und Maßstab bei der Untersuchung der Innenhaftung der Amtswalter bietet wiederum das privatrechtlich weit entwickelte und ausdifferenzierte Verantwortlichkeitsrecht der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften. Das funktionale Äquivalent bei den Geschäftsleitern von Kapitalgesellschaften bilden hier die § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG. Aus der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung bekannt ist insbesondere die grundlegende Trennung zwischen der Sorgfaltspflicht und der Treuepflicht.¹⁰² Sie hat nicht nur Parallelen in anderen Rechtsordnungen, in denen zwischen Sorgfaltspflicht (*duty of care*) und Treuepflicht (*duty of loyalty*) unterschieden wird.¹⁰³ Die wesentliche Trennung zwischen Sorgfaltspflicht und Treuepflicht hat darüber hinaus auch Bedeutung für die Verantwortlichkeit von Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter als Interessenwahrer und treuhänderische Verwalter fremden Vermögens und wird daher auch der vergleichenden Untersuchung dieser Amtstrehänder zugrunde gelegt.¹⁰⁴

⁹⁹ Baur, in: GS Bruns, S. 241, 243.

¹⁰⁰ Zur funktionalen Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung s. oben Kapitel 4 – A.

¹⁰¹ Die in § 2219 BGB normierte Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber Vermächtnisnehmern ist ein Fall der Außenhaftung.

¹⁰² Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 52; Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 113.

¹⁰³ Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 52; Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 117.

¹⁰⁴ Für diese grundlegende Unterscheidung bei allen Interessenwahrern vgl. Hopt, ZGR 2004, 1, 9; für den Insolvenzverwalter Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 40.

I. Sorgfaltspflicht

Als treuhänderische Verwalter fremden Vermögens sind sowohl Geschäftsleiter als auch Amtstreuhande zu einer sorgfältigen Amtsausübung verpflichtet. Im Rahmen der Unternehmensführung ist dabei vor allem die Frage nach der Einräumung und Konturierung eines unternehmerischen Ermessens relevant.

1. Geschäftsleiter

Der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft ist gem. § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG zu einem sorgfältigen Handeln gegenüber seiner Gesellschaft verpflichtet.

a) Unternehmerisches Ermessen

Ein Geschäftsleiter schuldet jedoch keinen Erfolg, sondern lediglich sorgfaltsgemäßes Verhalten.¹⁰⁵ Für den Erfolg unternehmerischen Handelns kann es keine Garantie geben. Dementsprechend ist in der Sache seit langem anerkannt, dass einem Geschäftsleiter im Rahmen von unternehmerischen Entscheidungen ein weiter Handlungsspielraum einzuräumen ist.¹⁰⁶ Unter Rezeption der *business judgment rule* des US-amerikanischen Rechts hat sich die Rechtslehre um eine Konkretisierung dieses Ermessens bemüht.¹⁰⁷ Der BGH hat das unternehmerische Ermessen im Jahr 1997 in dem grundlegenden ARAG/Garmenbeck-Urteil zunächst für den AG-Vorstand näher ausgeformt.¹⁰⁸ Nach dieser Rechtsprechung komme eine Haftung des Vorstands erst in Betracht,

„wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß.“¹⁰⁹

¹⁰⁵ Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 61; Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 60.

¹⁰⁶ Spindler, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 43; Fleischer, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 68.

¹⁰⁷ Fleischer, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 68; Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 18.

¹⁰⁸ BGHZ 135, 244 – ARAG/Garmenbeck.

¹⁰⁹ BGHZ 135, 244, 253 f. – ARAG/Garmenbeck.

In einer Entscheidung zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus dem Jahr 2002 hat er explizit auf die dort entwickelten Grundsätze des unternehmerischen Ermessens rekurriert.¹¹⁰

b) Die business judgment rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

Ausgehend von dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber für die Vorstände von Aktiengesellschaften im Jahr 2005 mit dem UMAG¹¹¹ in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die *business judgment rule* kodifiziert. Sie konkretisiert das den Geschäftsleitern bei der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten eingeräumte Ermessen maßgeblich durch die Definition von Bedingungen, unter denen eine Sorgfaltspflichtverletzung ausgeschlossen ist.¹¹² Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bewegt sich der Geschäftsleiter in einem haftungsfreien „sicheren Hafen“.¹¹³ Liegen die Voraussetzungen der *business judgment rule* nicht vor, so steht damit umgekehrt jedoch noch nicht automatisch eine Pflichtverletzung des Vorstands fest. Vielmehr muss dann in einem zweiten Schritt das Vorliegen einer Pflichtverletzung gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG positiv festgestellt werden.¹¹⁴ Die deutsche *business judgment rule* enthält daher nur eine Teilkodifikation des unternehmerischen Ermessens.¹¹⁵

aa) Tatbestand

Zur Erreichung des sicheren Hafens müssen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfüllt sein.¹¹⁶ Danach kommt ein Schutz durch die *business judgment rule* nur bei einer unternehmerischen Entscheidung in Betracht. Das Tatbestandsmerkmal dient insbesondere zu einer Negativabgrenzung. So greift die *business judgment rule* nicht bei Verstößen

¹¹⁰ BGHZ 152, 280, 282; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 71.

¹¹¹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.9.2005, BGBl. 2005 I, S. 2802.

¹¹² *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 9; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 53.

¹¹³ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 65.

¹¹⁴ *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 47.

¹¹⁵ *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 11; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 118.

¹¹⁶ Vgl. BT-Drs. 15/5092, S. 11.

gegen die organschaftliche Treuepflicht.¹¹⁷ Auch bei Verstößen gegen gesetzliche oder satzungsmäßige Pflichten sowie gegen bindende Hauptversammlungsbeschlüsse bietet das unternehmerische Ermessen dem Geschäftsleiter keinen Schutz. Im Übrigen fällt es schwer, eine positive Definition des Begriffs der unternehmerischen Entscheidung zu finden.¹¹⁸ Erforderlich ist wenigstens eine bewusste Entscheidung des Geschäftsleiters, verbreitet wird eine Entscheidung unter Unsicherheit gefordert,¹¹⁹ jedenfalls ist der Begriff weit auszulegen.¹²⁰ Des Weiteren setzt § 93 Abs. 1 S. 2 AktG voraus, dass der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Außerdem muss der Geschäftsleiter annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Zudem muss der Geschäftsleiter frei von Interessenkonflikten und sachfremden Einflüssen handeln. Schließlich muss der Geschäftsleiter gutgläubig handeln.

bb) Sachliche Rechtfertigung

Für den durch die *business judgment rule* gewährleisteten Haftungsfreiraum im Bereich unternehmerischer Entscheidungen werden eine Reihe von Sachgründen angeführt.¹²¹ Zunächst beruht die Regelung auf der Eigenart unternehmerischer Entscheidungen, bei denen es sich grundsätzlich um Entscheidungen unter Unsicherheit handelt, die zudem häufig in sehr kurzer Zeit getroffen werden müssen.¹²² Überdies wird bezweifelt, ob Gerichte die richtige Instanz für eine umfassende Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen sind.¹²³ Zudem wirkt die *business judgment rule* der Gefahr eines Rückschaufehlers (*hindsight bias*) entgegen. Damit ist die Gefahr umschrieben, dass bei einer später stattfindenden Überprüfung der Entscheidung von dem negativen Ergebnis auf die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung geschlossen wird.¹²⁴ Des Weiteren soll die Bereitschaft der Unternehmensleiter zur Eingehung angemessener Risiken gestärkt werden. Insbesondere im Aktienrecht wird überdies ein aus der Portfolio- bzw. Investmenttheorie abgeleitetes

¹¹⁷ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 67; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 52; s. bereits die Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/5092, S. 11.

¹¹⁸ *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 48; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 68 mit typischen Beispielen.

¹¹⁹ *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, Rn. 18; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 48.

¹²⁰ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 80.

¹²¹ *Dies.*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 63; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 60.

¹²² *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 67.

¹²³ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 65.

¹²⁴ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 67.

Argument für die *business judgment rule* angeführt.¹²⁵ Die Eröffnung eines Haftungsfreiraums dient danach dem Interesse der Anteilseigner an risikoneutral handelnden Geschäftsleitern. Denn rational handelnde Anleger haben aufgrund der Möglichkeit, ihr eigenes Portfolio zu diversifizieren, kein Interesse an risikoavers handelnden, sondern vielmehr ein Interesse an risikoneutral agierenden Geschäftsleitern.¹²⁶

cc) Übertragung auf den GmbH-Geschäftsführer

Der Gesetzgeber hat die *business judgment rule* zunächst lediglich im Aktienrecht kodifiziert.¹²⁷ In § 43 GmbHG fehlt bis heute eine entsprechende Regelung. Nach ganz herrschender Auffassung in der Literatur sind jedoch die im Aktienrecht entwickelten und verfeinerten Grundsätze des Geschäftsleiterermessens und damit die *business judgment rule* auf den Geschäftsführer einer GmbH übertragbar.¹²⁸ In einer jüngeren Entscheidung hat auch der BGH das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers unter wortgetreuer Wiedergabe des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG konkretisiert, ohne dabei jedoch die Norm des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu nennen.¹²⁹ Bei der Übertragung der *business judgment rule* auf die GmbH sind allerdings „GmbH-spezifische Grenzen“ des Geschäftsleiterermessens zu beachten.¹³⁰ Dazu gehört insbesondere die Bindung des Geschäftsführers an Weisungen der Gesellschafter gem. § 37 Abs. 1 GmbHG.¹³¹ Ein unternehmerisches Ermessen des Geschäftsführers kommt dementsprechend nur in Betracht, soweit keine Weisungen der Gesellschafterversammlung vorliegen.

¹²⁵ Vgl. Jungmann, in: FS K. Schmidt, S. 831, 839.

¹²⁶ Zu diesem Argument Kuntz, GmbHR 2008, 121, 122.

¹²⁷ s. aber nunmehr für die Genossenschaft gleichlautend § 34 Abs. 1 S. 2 GenG.

¹²⁸ Gewisse Schwierigkeiten bereitet die methodische Begründung, vgl. dazu Taube, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, S. 216 ff., der eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung annimmt. Zahlreiche Vertreter scheinen von einer Analogie zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auszugehen, wenn sie von einer entsprechenden Anwendung sprechen, so etwa U. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 54; vgl. Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 8; vgl. auch Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 8 ff.; explizit für eine Analogie Fleischer, NZG 2011, 521, 523. Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/5092, S. 12; a.A. Jungmann, in: FS K. Schmidt, S. 831, 850.

¹²⁹ BGH NZG 2013, 1021 Rn. 26 f.; der BGH verweist stattdessen auf die vorangegangene Rechtsprechung zum unternehmerischen Ermessen und zwar sowohl zur AG als auch zur GmbH; Taube, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, S. 222.

¹³⁰ Fleischer, NZG 2011, 521, 524 f.

¹³¹ Ders., NZG 2011, 521, 524., der zudem auf die Vorlagepflicht gem. § 49 Abs. 2 GmbHG, Interessenkonflikte bei Insichgeschäften und ggf. bestehende mitglied-schaftliche Treubindungen eines Gesellschafter-Geschäftsführers hinweist.

2. Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter hat gem. § 60 Abs. 1 S. 2 InsO für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. Bei der Formulierung der Norm hat sich der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung auch an den § 93 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG orientiert.¹³² Für den Fall der Unternehmensfortführung bedeutet dies, dass der Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat.¹³³

a) Ermessen

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass dem Insolvenzverwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben im Dienste der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen ist.¹³⁴ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Insolvenzverwalter nur bei Einräumung eines erheblichen Ermessensspielraums seinen vielfältigen und komplexen Aufgaben, die zudem häufig schnelle „Entschlusskraft“ und ein „gewisses Maß an Risikobereitschaft“ erfordern, gerecht werden kann.¹³⁵ Dies gilt umso mehr, wenn der Insolvenzverwalter ein Unternehmen fortführt.

b) Konkretisierung durch die *business judgment rule*

In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, ob die dem Aktienrecht entstammende *business judgment rule* deutscher Prägung auch zur Konkretisierung des dem Insolvenzverwalter bei Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht eingeräumten Ermessens herangezogen werden kann.¹³⁶ Die mittlerweile wohl überwiegende Ansicht in der insolvenzrechtlichen Literatur spricht sich für die Übertragung der *business judgment rule* auf den Insolvenzverwalter aus.¹³⁷ Das wirkt plausibel. Soweit der Insolvenzverwalter

¹³² BT-Drs. 12/2443, S. 129 nennt zudem § 347 Abs. 1 HGB und § 34 Abs. 1 S. 1 GenG.

¹³³ Thole, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 13.

¹³⁴ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 15; BGH ZIP 2013, 531 Rn. 8; BGH ZIP 2002, 1093, 1095; Kirschey, Die Haftung des Insolvenzverwalters, S. 125; Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 159 Rn. 5; Zipperer, in: Uhlenbruck, InsO, § 159 Rn. 3. Zum Ermessen der Amtstreuhänder allgemein Jacoby, Das private Amt, S. 571 ff.

¹³⁵ Vgl. BGH NJW 1994, 323, 326.

¹³⁶ Monographisch Oldiges, Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgement Rule; Kirschey, Die Haftung des Insolvenzverwalters.

¹³⁷ Thole, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 14: Übernahme „im Ansatz“; Rein, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 80; Weitzmann, in: HambKomm InsO, § 60

unternehmerische Entscheidungen zu treffen hat, gilt es auch hier, die Spezifika unternehmerischer Entscheidungen zu berücksichtigen, Rückschaufehler zu vermeiden und Anreize zu einem übervorsichtigen, risikoaversen Verhalten zu vermeiden.¹³⁸

aa) Argumente gegen eine Übertragung auf den Insolvenzverwalter

Doch sind auch kritische Stimmen zu hören, die sich gegen eine entsprechende Anwendung der *business judgment rule* gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf den Insolvenzverwalter aussprechen.¹³⁹ Die Kritiker einer Übertragung der *business judgment rule* auf den Insolvenzverwalter betonen die aktienrechtliche Provenienz der Regelung und insbesondere ihre Rechtfertigung aus Besonderheiten des Kapitalmarkts.¹⁴⁰ Die Begründung der *business judgment rule* rechtfertige sich maßgeblich aus den spezifischen Rahmenbedingungen börsennotierter Unternehmen bzw. des Gesellschaftsrechts. Die dort geltenden Rahmenbedingungen seien jedoch mit der Unternehmensfortführung durch einen Insolvenzverwalter nicht vergleichbar.

(1) Kein Interesse an risikoneutraler Verwaltung

Die Gegner einer Übertragung der *business judgment rule* gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf den Insolvenzverwalter machen geltend, die Rechtfertigung des durch die Regelung eröffneten Haftungsfreiraums beruhe in erster Linie auf dem Interesse der Gesellschafter an risikoneutral handelnden Ge-

Rn. 32; *Vuia*, in: MünchKomm InsO, § 80 Rn. 61; *Uhlenbruck*, in: FS K. Schmidt, S. 1603, 1613 ff.; *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer, S. 319 ff. *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 210; *Erker*, ZInsO 2012, 199, 204 für „einschränkende Auslegung“ des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO; *Bönner*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Insolvenzverwalters im Vergleich mit anderen gesetzlich geregelten Vermögens-Verwaltern, S. 111 ff.; *Oldiges*, Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgement Rule, S. 130 ff., 147; sympathisierend auch BGH ZIP 2017, 779 Rn. 15.

¹³⁸ Vor Rückschaufehlern bei der Insolvenzverwalterhaftung warnend *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 7. Zur abschreckenden Wirkung der Insolvenzverwalterhaftung BGHZ 99, 151, 153; bereits *Stüdemann*, in: FS 100 Jahre Konkursordnung, S. 401, 439.

¹³⁹ *Jungmann*, NZI 2009, 80 ff.; *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 40 ff.; *Kirschey*, Die Haftung des Insolvenzverwalters, S. 177 ff.; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 Rn. 37; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 28a, 90a, der dem Verwalter aber ebenfalls ein weites Handlungsermessen bei der Unternehmensfortführung einräumt.

¹⁴⁰ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 43.

schaftsleitern.¹⁴¹ Es bestehe aber kein vergleichbares Interesse der Insolvenzgläubiger an einem risikoneutral agierenden Insolvenzverwalter.

Damit rekurren die Kritiker auf die im Aktienrecht für die *business judgment rule* angeführten Überlegungen aus der Portfolio- bzw. Investitionstheorie.¹⁴² Danach agieren Aktionäre bei eigenen Investitionsentscheidungen regelmäßig risikoavers. Aus diesem Grund nutzen rationale Aktionäre die Möglichkeit, ihr Portfolio zu diversifizieren. Diese Diversifizierungsmöglichkeit hat wiederum zur Folge, dass ein rational agierender Aktionär von einer risikoaversen Haltung der Geschäftsleiter nicht zusätzlich profitiert, sondern im Gegenteil an risikoneutral agierenden Geschäftsleitern interessiert ist.¹⁴³ Demgegenüber haben Vorstandsmitglieder grundsätzlich Anreize zu risikoaversem Verhalten, da sie ihr gesamtes Humankapital in der Gesellschaft gebunden und somit ein Interesse an dem Erhalt ihres Arbeitsplatzes haben.¹⁴⁴ Aus diesen Gründen, so die Gegner einer Ausdehnung der *business judgment rule*, hätten zwar Aktionäre börsennotierter Gesellschaften ein besonderes Interesse an der Förderung risikoneutralen Verhaltens ihrer Geschäftsleiter durch Einräumung eines Haftungsfreiraums. Dieser Rechtfertigungsgrund sei aber auf die Unternehmensfortführung durch einen Insolvenzverwalter nicht übertragbar. Denn im Gegensatz zu den Aktionären einer Aktiengesellschaft sei die Gruppe der Insolvenzgläubiger im Hinblick auf ihre Risikopräferenz heterogen zusammengesetzt.¹⁴⁵ Dabei hätten zahlreiche Insolvenzgläubiger gerade keine Möglichkeit zur Diversifizierung.¹⁴⁶ Es bestehe somit kein vergleichbares Interesse an einer Förderung risikoneutralen Insolvenzverwalterhandelns. Damit fehle jede Rechtfertigung für eine Übertragung der *business judgment rule*.

(2) Keine alternativen Kontrollmechanismen

Des Weiteren heben die Gegner einer Übertragung der *business judgment rule* auf den Insolvenzverwalter die Gefahren eines entsprechenden Haftungsfreiraums für die Beteiligten, insbesondere für die Insolvenzgläubiger als primäre Interessenträger, hervor.¹⁴⁷ Während der durch die *business judg-*

¹⁴¹ Jungmann, in: FS K. Schmidt, S. 831, 839; Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 44 ff.

¹⁴² Kuntz, GmbHR 2008, 121, 122; Jungmann, NZI 2009, 80, 81 f.; vgl. auch Gurrea-Martínez, Journal of Corporate Law Studies 18 (2018), 417, 427 f.

¹⁴³ Kuntz, GmbHR 2008, 121, 122.

¹⁴⁴ Jungmann, NZI 2009, 80, 82.

¹⁴⁵ Ders., NZI 2009, 80, 84; Kirschey, Die Haftung des Insolvenzverwalters, S. 197 f.

¹⁴⁶ Jungmann, NZI 2009, 80, 84.

¹⁴⁷ Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 47 ff.

ment rule gewährte Haftungsfreiraum bei den Geschäftsleitern von Kapitalgesellschaften durch alternative Kontrollmechanismen abseits der persönlichen Haftung kompensiert werde, fehle es im Fall des Insolvenzverwalters an einem entsprechenden, alternativen Kontrollmechanismus.

So rechtfertige sich die *business judgment rule* in der Aktiengesellschaft maßgeblich aus der Erwägung, dass der Vorstand einer börsennotierten AG einer effektiven externen Kontrolle durch den Kapitalmarkt unterliege. Dabei gewährleiste vor allem der Markt für Unternehmenskontrolle¹⁴⁸, dass Geschäftsleiter, die schlechte Leistungen erbringen, sanktioniert und ausgewechselt würden.¹⁴⁹ Denn bei andauerndem Fehlverhalten des Vorstands sinke der Aktienkurs, wodurch die Gesellschaft als Übernahmeejekt für Investoren interessant werde.¹⁵⁰ Darüber hinaus könnten die Aktionäre über den Aufsichtsrat auf eine Auswechslung des Vorstands drängen. Schließlich könnten Aktionäre ihre Aktien leicht veräußern.¹⁵¹ Zudem unterlägen die Geschäftsleiter im Gesellschaftsrecht einer strengeren internen Kontrolle. So bestehe bei der nichtbörsennotierten AG zwar keine externe Marktkontrolle, jedoch immerhin noch die interne Kontrolle durch den Aufsichtsrat, der den Vorstand gem. § 84 Abs. 3 AktG abberufen, die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands einschränken (§ 82 Abs. 2 AktG) oder Zustimmungserfordernisse einführen (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG) könne.¹⁵² Insbesondere im Fall des GmbH-Geschäftsführers bilde allein die interne Kontrolle durch die Gesellschafter die Rechtfertigung für eine Anwendung der *business judgment rule*.¹⁵³ So sei der Geschäftsführer einer GmbH zwar ebenfalls grundsätzlich keiner Kontrolle durch einen öffentlichen Markt für Unternehmenskontrolle ausgesetzt. Doch unterliege der Geschäftsführer dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung, § 37 Abs. 1 GmbHG. Zudem könnten die Gesellschafter den Geschäftsführer gem. § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit abberufen.¹⁵⁴ Schließlich könnten die Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft auch auf die Vergütung des Geschäftsleiters Einfluss nehmen.¹⁵⁵

Dagegen unterliege der Insolvenzverwalter keiner vergleichbaren externen oder internen Kontrolle. So könnten die Insolvenzgläubiger im Gegensatz zu den Aktionären einer börsennotierten AG nicht auf den Kapitalmarkt und den

¹⁴⁸ Grundlegend *Manne*, J. Pol. Econ. 73 (1965), 110 ff.

¹⁴⁹ *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 122.

¹⁵⁰ *Ders.*, GmbHR 2008, 121, 122.

¹⁵¹ *Ders.*, GmbHR 2008, 121, 122.

¹⁵² *Ders.*, GmbHR 2008, 121, 123.

¹⁵³ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 52; *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 123.

¹⁵⁴ *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 123.

¹⁵⁵ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 61.

damit eröffneten Markt für Unternehmenskontrolle als externes Kontrollmittel vertrauen.¹⁵⁶ Auch die interne Kontrolle des Insolvenzverwalters durch die Insolvenzgläubiger sei wesentlich schwächer ausgeprägt als bei den Geschäftsleitern einer Kapitalgesellschaft.¹⁵⁷ Denn der Insolvenzverwalter verfügt über eine gegenüber den Insolvenzgläubigern weitgehend unabhängige Stellung. So können die Insolvenzgläubiger dem Insolvenzverwalter weder durch die Gläubigerversammlung noch durch den Gläubigerausschuss Weisungen erteilen.¹⁵⁸ Auch haben die Insolvenzgläubiger grundsätzlich nicht die Möglichkeit, den Insolvenzverwalter abzuwählen und durch eine andere Person zu ersetzen.¹⁵⁹ § 57 S. 1 InsO ermöglicht den Insolvenzgläubigern lediglich in der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Insolvenzverwalters folgt, die Wahl einer anderen Person an dessen Stelle. Nach diesem Zeitpunkt haben die Insolvenzgläubiger keine Möglichkeit, den Verwalter abzuwählen.¹⁶⁰ Vielmehr kann allein das Insolvenzgericht und dies nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes den Insolvenzverwalter entlassen, § 59 Abs. 1 InsO.

bb) Stellungnahme

Die gegen eine Anwendung der Grundsätze der *business judgment rule* auf unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters angeführten Argumente können nicht vollkommen überzeugen.

Soweit vorgebracht wird, es bestehe kein Interesse an einem risikoneutral agierenden Insolvenzverwalter, so liegt darin zunächst einmal ein zutreffender Hinweis auf strukturelle Unterschiede zwischen börsennotierter Aktiengesellschaft und der Organisationsform der Insolvenzverwaltung. Sicher kann das, was für das unternehmerische Ermessen eines AG-Vorstands gilt, nicht unbesehen eins-zu-eins auf den Insolvenzverwalter übertragen werden.¹⁶¹ Doch neigen die Gegner einer Übertragung der *business judgment rule* auf den Insolvenzverwalter zu einer gewissen Überbetonung der kapita-

¹⁵⁶ Ders., Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 64; vgl. zum Kapitalmarkt als Kontrollinstanz Kuntz, GmbHR 2008, 121, 122.

¹⁵⁷ So insbesondere Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 48 ff.

¹⁵⁸ Ders., Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 55; Zur Gläubigerversammlung: Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 74 Rn. 6; Ehrlicke/Ahrens, in: MünchKomm InsO, § 74 Rn. 18. Zum Gläubigerausschuss: Knof, in: Uhlenbruck, InsO, § 69 Rn. 10; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 69 Rn. 21.

¹⁵⁹ Kritisch und für einen stärkeren Einfluss der Insolvenzgläubiger Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 67.

¹⁶⁰ Graeber, in: MünchKomm InsO, § 57 Rn. 20 f.

¹⁶¹ Vgl. Merkt, ZGR 2017, 129, 142.

listischen Rechtfertigung des Geschäftsleiterermessens.¹⁶² Die Annahme, die Geltung des unternehmerischen Ermessens i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG stehe und falle allein mit dem Interesse diversifizierter Investoren an einem risikoneutralen Agieren des Vorstands, ist jedoch äußerst zweifelhaft. Schon bei Betrachtung allein der Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bestehen berechnete Zweifel, dass das Interesse der Gesellschafter an einem risikoneutral agierenden Vorstand einen tragenden Pfeiler zur Legitimation der *business judgment rule* deutscher Prägung bildet. Denn auch Vorstandsmitglieder nicht börsennotierter Aktiengesellschaften kommen in den Genuss des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, obwohl hier gerade nicht von einer vergleichbaren Diversifizierung der Aktionäre ausgegangen werden kann.¹⁶³ Eine Beschränkung der Regel auf börsennotierte Aktiengesellschaften wäre dem Gesetzgeber ohne Weiteres möglich gewesen. Es entspricht einer gängigen Gesetzgebungstechnik im Aktienrecht, dass das Gesetz für die in § 3 Abs. 2 AktG definierten börsennotierten Aktiengesellschaften in verschiedenen Vorschriften spezielle Regelungen bereithält. Auch das UMAG, mit dem § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eingeführt wurde, enthielt spezifische, allein für börsennotierte Aktiengesellschaften geltende Regelungen.¹⁶⁴ Jedenfalls seit der Gesetzgeber bei der jüngsten Reform des Genossenschaftsrechts im Jahr 2017 die *business judgment rule* auch in § 34 Abs. 1 S. 1 GenG eingefügt hat, lässt sich nicht mehr überzeugend argumentieren, die Regelung rechtfertige sich im Wesentlichen aus Besonderheiten börsennotierter Aktiengesellschaften.¹⁶⁵ Ein Interesse der Mitglieder einer Genossenschaft an einem risikoneutralen Vorstandshandeln ist eher fernliegend.¹⁶⁶ Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang erneut betont, dass sich „der Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen [...] auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung findet“.¹⁶⁷ Er knüpft damit nahtlos an die Gesetzesbegründung zur Einführung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG an, in der er bereits hervorhob, dass der „Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen [...] nicht auf die Aktiengesellschaft be-

¹⁶² Eine solche Zuspitzung ablehnend auch K. Schmidt, in: FS Haarmann, S. 191, 201: „Problematisches, die Rechtsfortbildung hinderndes“ Verständnis des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

¹⁶³ Kuntz, GmbHR 2008, 121, 123; Jungmann, in: FS K. Schmidt, S. 831, 847, der von seinem Standpunkt aus konsequent eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG für die nicht börsennotierte AG in Betracht zieht.

¹⁶⁴ Z.B. § 149 Abs. 1 AktG, BT-Drs. 15/5902, S. 24.

¹⁶⁵ Vgl. dagegen Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 43.

¹⁶⁶ Jungmann, in: FS K. Schmidt, S. 831, 853.

¹⁶⁷ BT Drs. 18/11506, S. 28.

schränkt“ sei und das „für das Aktiengesetz [...] gefundene Regelungsmuster [...] als Anknüpfungs- und Ausgangspunkt für die weitere Rechtsentwicklung dienen“ könne.¹⁶⁸ Die deutsche *business judgment rule* steht in der Tradition der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung und konkretisiert diese maßgeblich. Sie bietet eine wichtige Richtschnur für die Überprüfung unternehmerischer Ermessensentscheidungen, die bereits deutlich konkreter ausfällt als die bloße Einräumung eines Ermessensspielraums.¹⁶⁹ Diese Konkretisierung sollte, wie vom Gesetzgeber intendiert, für weitere, vergleichbare Formen unternehmerischen Handelns fruchtbar gemacht werden. Das spricht für eine Ausdehnung der Regel auf den Insolvenzverwalter. Es spricht nichts dagegen, dass auch der Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen gutgläubig auf der Grundlage angemessener Information, frei von Interessenkonflikten und sachfremden Einflüssen, zum Wohle der Insolvenzmasse zu handeln hat. Im Übrigen zwingt das so konkretisierte unternehmerische Ermessen auch nicht zu einer risikoneutralen Verwaltungsführung. Vielmehr ist das Wohl des verwalteten Vermögens, beim Insolvenzverwalter also das Wohl der Masse, zu beachten, dass durchaus auch eine andere Risikopräferenz verlangen kann.

Dem Einwand, im Fall des Insolvenzverwalters fehle es an zur persönlichen Haftung alternativen Kontrollmechanismen, ist entgegen zu halten, dass sich dieser Einwand nicht spezifisch gegen die Übertragung der *business judgment rule* i. S. v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG richtet, sondern allgemein gegen die Einräumung eines Ermessensspielraums zugunsten des Insolvenzverwalters. Es ist aber bereits anerkannt, dass dem Insolvenzverwalter bei der Erfüllung seiner Verwertungsaufgabe ein weiter Ermessensspielraum zusteht.¹⁷⁰ Das ist zu begrüßen und entspricht der starken und unabhängigen Stellung des Insolvenzverwalters, die ihm nach der Konzeption der Insolvenzordnung zukommt.¹⁷¹ Die Einräumung eines weiten Ermessensspielraums dient gerade dem Schutz der unabhängigen Rechtsstellung des Verwalters, dem die Hauptaufgabe der Verwaltung obliegt. In diesem Sinne dient die *business judgment rule* in der Aktiengesellschaft auch dem Schutz der Organkompetenzen der Geschäftsleitung.¹⁷² Ähnlich wie der Vorstand vor übergriffigem Verhalten durch den Aufsichtsrat muss auch der Insolvenzverwalter vor einer überzogenen Kontrolle durch den Gläubigerausschuss und das Insolvenzgericht geschützt werden. So liegen die Grenzen einer Überwachung des Insol-

¹⁶⁸ BT Drs. 15/5092, S. 12.

¹⁶⁹ Merkt, ZGR 2017, 129, 143.

¹⁷⁰ Gerhardt, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 31; ferner die Nachweise in Fn. 134 in diesem Teil.

¹⁷¹ Ehrlicke/Ahrens, in: MünchKomm InsO, § 74 Rn. 18: „Dem Insolvenzverwalter obliegt die eigentliche Aufgabe der Verwaltung“.

¹⁷² Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 63.

venzverwalters durch den Gläubigerausschuss dort, wo die Überwachung den Insolvenzverwalter in der Erfüllung seiner Verwertungsaufgabe zu beeinträchtigen droht.¹⁷³

Die Übertragung der *business judgment rule* gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zur Konkretisierung der Haftung des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO für unternehmerische Entscheidungen ist daher mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur zu befürworten. Gewisse Schwierigkeiten bereitet zwar die methodische Begründung.¹⁷⁴ Doch wird man die Maßstäbe der *business judgment rule* bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen der Auslegung des § 60 Abs. 1 InsO berücksichtigen können.¹⁷⁵

cc) Einzelheiten

Nach der hier befürworteten Übertragung der *business judgment rule* liegt eine Pflichtverletzung i. S. v. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Masse zu handeln.¹⁷⁶ Die Anwendbarkeit der *business judgment rule* auf den Insolvenzverwalter ist unabhängig von der Rechtsform des Schuldners.¹⁷⁷ Denn nach der herrschenden Amtstheorie führt der Insolvenzverwalter die Geschäfte stets für die Insolvenzmasse als Sondervermögen. Des Weiteren kann die Einräumung des Ermessensspielraums auch im Fall der bloßen Liquidation Bedeutung erlangen, sie ist nicht an die Unternehmensfortführung gebunden.¹⁷⁸ Auch im Rahmen der bloßen Liquidation kann es vorkommen, dass der Verwalter unternehmerische Entscheidungen zu treffen hat. Im Übrigen sind insolvenzrechtsspezifische Grenzen des unternehmerischen Ermessens zu beachten.¹⁷⁹ So hat die Anwendung der Grundsätze der *business*

¹⁷³ *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, § 69 Rn. 22.

¹⁷⁴ Sie wird von den Befürwortern einer Übertragung häufig nicht ausdrücklich thematisiert, sehr kritisch dazu *Kirschey*, Die Haftung des Insolvenzverwalters, S. 183.

¹⁷⁵ *Erker*, ZInsO 2012, 199, 204; wohl auch *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 14; *K. Schmidt*, ZIP 2018, 853, 856; *Weitzmann*, in: HambKomm InsO, § 60 Rn. 32.

¹⁷⁶ So auch *Uhlenbruck*, in: FS K. Schmidt, S. 1603, 1620; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 210.

¹⁷⁷ *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer, S. 319, 337; a. A. *Jungmann*, NZI 2009, 80, 82 f.

¹⁷⁸ *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207; *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer, S. 319, 338.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207 ff.; ebenso *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer, S. 319, 338; so wie auch bei der GmbH rechtsformspezifische Grenzen zu beachten sind, dazu *Fleischer*, NZG 2011, 521, 524 f.

judgment rule auf den Insolvenzverwalter keinerlei Einfluss darauf, dass der Insolvenzverwalter stets dem Verfahrenszweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO) verpflichtet ist.¹⁸⁰ Die Anwendung der *business judgment rule* ändert also nichts an dem Umstand, dass die Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter kein Selbstzweck ist, sondern stets dem Verfahrensziel des § 1 InsO zu dienen hat. Des Weiteren obliegen dem Insolvenzverwalter zahlreiche Aufgaben, die keine unternehmerischen Entscheidungen beinhalten und bei deren Erfüllung sich der Verwalter folglich nicht auf den Schutz durch die *business judgment rule* verlassen kann. So ist das verfahrensbezogene Handeln des Insolvenzverwalters von der unternehmerischen Entscheidung abzugrenzen.¹⁸¹ Zu nennen sind etwa die Anerkennung von Absonderungsrechten oder die Herausgabe von Gegenständen an Aussonderungsberechtigte.¹⁸² Auch bei Missachtung von Zustimmungsvorbehalten der Gläubigerorgane (vgl. §§ 157, 158, 160 InsO) hilft dem Verwalter die *business judgment rule* nicht. Allgemein kommt eine Berufung auf das unternehmerische Ermessen nur hinsichtlich der Innenhaftung für die ordnungsgemäße Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse gegenüber der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger bzw. dem Schuldner in Betracht, also in der Regel nur, soweit es um eine Haftung für einen sog. Gesamtschaden geht. Die *business judgment rule* schützt den Insolvenzverwalter dagegen nicht im Rahmen von Pflichten, die dem Verwalter gegenüber den einzelnen Beteiligten obliegen und deren Verletzung zu Individualschäden der Beteiligten führt.

Die *business judgment rule* ist nach alledem grundsätzlich auf den Insolvenzverwalter übertragbar. Zu beachten sind dabei insolvenzspezifische Grenzen.

3. Testamentsvollstrecker

Der Testamentsvollstrecker ist gem. § 2216 Abs. 1 BGB zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet. Der Inhalt der Sorgfaltspflicht wird durch etwaige Anordnungen des Erblassers, die Aufgabe des Testamentsvollstreckers und die Umstände des Einzelfalles bestimmt.¹⁸³

¹⁸⁰ Schoppmeyer, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 90a.

¹⁸¹ Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 208.

¹⁸² Oldiges, Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgement Rule, S. 149; Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 207f.

¹⁸³ Reimann, in: Staudinger, § 2216 Rn. 3.

a) *Ermessen*

Auch für den Testamentsvollstrecker ist der Sache nach anerkannt, dass ihm im Rahmen der Erfüllung seiner Aufgaben in angemessenem Umfang Ermessen einzuräumen ist.¹⁸⁴ Eine Sorgfaltspflichtverletzung des Testamentsvollstreckers gem. § 2216 BGB liegt nur vor, wenn er die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschreitet.¹⁸⁵ Mit dem Ermessensspielraum des Testamentsvollstreckers hat sich die Rechtsprechung insbesondere im Rahmen von Anlageentscheidungen befasst.¹⁸⁶ Dabei hat sie klargestellt, dass der ein erhebliches Vermögen verwaltende Testamentsvollstrecker bei der Vermögensanlage nicht an den „sichersten Weg“ gebunden ist.¹⁸⁷ Der BGH zeichnet vielmehr das Bild „eines zwar umsichtigen und soliden, aber „dynamischen“ Geschäftsführers, der die Risiken und Chancen kalkuliert und dann eingeht/nutzt oder nicht.“¹⁸⁸ Danach stehe der Testamentsvollstrecker grundsätzlich „wie der Erblasser und bei größerem Vermögen unter Umständen ähnlich wie ein Unternehmer.“¹⁸⁹ Es sei grundsätzlich nicht Sache des Gerichts, die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Testamentsvollstreckerhandelns zu überprüfen. Die Gerichte würden sonst „in einer vom Gesetz nicht gewollten Weise die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers überwachen und unter Umständen hemmen.“¹⁹⁰ Das LAG Berlin formulierte noch deutlicher, unternehmerische Entscheidungen des Testamentsvollstreckers seien „nur an den Maßstäben von Willkür, Unvernunft und Unsachlichkeit zu messen.“¹⁹¹ Insbesondere unternehmerische Entscheidungen des Testamentsvollstreckers unterliegen somit einer lediglich eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle.¹⁹²

¹⁸⁴ s. bereits BGHZ 25, 275, 283 f.; Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2216 Rn. 4.

¹⁸⁵ BGHZ 25, 275, 283 f.

¹⁸⁶ BGH NJW-RR 1995, 577; BGH NJW 1987, 1070; BGH WM 1967, 25; Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 184; Zeising, Pflichten und Haftung des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung von Großvermögen.

¹⁸⁷ BGH NJW 1987, 1070, 1071.

¹⁸⁸ BGH NJW 1987, 1070, 1071.

¹⁸⁹ BGH NJW 1987, 1070, 1071.

¹⁹⁰ BGHZ 25, 275, 284.

¹⁹¹ LAG Berlin BeckRS 2004, 42519.

¹⁹² BayObLG FamRZ 1990, 1279, 1281 für das nachlassgerichtliche Entlassungsverfahren.

b) Konkretisierung durch die business judgment rule

In diesem Zusammenhang stellt sich auch für den Testamentsvollstrecker die Frage, ob zur Konkretisierung seines Ermessens auf die *business judgment rule* zurückgegriffen werden kann. Sie wird immer dann relevant, wenn der Testamentsvollstrecker unternehmerische Entscheidungen zu treffen hat.¹⁹³ Die Übertragung der *business judgment rule* auf den Testamentsvollstrecker wurde bislang verhältnismäßig selten diskutiert.¹⁹⁴ Doch gilt auch für den unternehmerisch tätigen Testamentsvollstrecker, dass aus einer sich im Nachhinein als falsch herausstellenden Entscheidung nicht automatisch auf eine Pflichtverletzung geschlossen werden darf.¹⁹⁵ Rückschaufehler gilt es auch hier zu vermeiden.¹⁹⁶ Den Ermessensspielraum des Testamentsvollstreckers gilt es zu schützen. Dies spricht im Ausgangspunkt für eine Übertragung der *business judgment rule*.

Gegen eine Übertragung der Regelung auf den Testamentsvollstrecker könnte man anführen, dass der Erbe regelmäßig kein Interesse an einem risikoneutralen Handeln des Testamentsvollstreckers habe. Bei der durch den Testamentsvollstrecker verwalteten Erbschaft wird es sich – gerade in den Fällen, in denen eine Unternehmensfortführung in Betracht kommt – häufig um einen wesentlichen Teil des Vermögens des Erben handeln. Darüber hinaus könnte man einwenden, dass der Erbe abseits der Haftung aus §§ 2219, 2216 BGB keine effektiven Instrumente in der Hand hat, um den Testamentsvollstrecker zu kontrollieren.¹⁹⁷ Der Testamentsvollstrecker ist insbesondere im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer deutlich autonomer. Er hat allein die Anordnungen des Erblassers zu befolgen, § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB. Anweisungen des Erben unterliegt er nicht. Der Erbe kann den Testamentsvollstrecker auch nicht ohne Weiteres, sondern nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entlassen, § 2227 BGB. Insofern könnte man monieren, dass der durch die *business judgment rule* gewährte Handlungsspielraum nicht durch alternative Kontrollmechanismen kompensiert wird.

¹⁹³ Das kann nicht nur bei der Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens vorkommen, sondern auch bei der Verwaltung von Anteilen an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft.

¹⁹⁴ Für die Übertragung der *business judgment rule* auf den Testamentsvollstrecker Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 211; Schiemann, in: P/W/W, § 2216 Rn. 2; Wicke, ZGR 2015, 161, 174; allgemein für eine Übertragung auf die Amtstreuhander Jacoby, Das private Amt, S. 572; vgl. auch Stimpel, in: FS Brandner, S. 779, 784.

¹⁹⁵ Offergeld, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, S. 168.

¹⁹⁶ Explizit Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2216 Rn. 5.

¹⁹⁷ Vgl. auch Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 207.

Doch sind beide Argumente wie schon beim Insolvenzverwalter so auch beim Testamentsvollstrecker nicht überzeugend. Zum ersten wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Interesse an einem risikoneutralen Handeln des Fremdverwalters für die Anwendung der deutschen *business judgment rule* nicht tragend ist. Im Übrigen zwingt die *business judgment rule* deutscher Prägung keineswegs zu einem risikoneutralen Handeln. Vielmehr verlangt sie – in Übertragung auf den Testamentsvollstrecker – ein Handeln zum Wohle des Nachlasses. Zum zweiten ist daran zu erinnern, dass die herrschende Ansicht dem Testamentsvollstrecker gerade deswegen einen weiten Ermessensspielraum einräumt, um seine unabhängige Stellung gegenüber dem Erben zu sichern. Insoweit betont die Rechtsprechung zu Recht, dass gerade die freie Stellung, die der Testamentsvollstrecker gegenüber dem Erben einnimmt, einen Hauptwesenszug des Instituts der Testamentsvollstreckung bildet.¹⁹⁸ Ohne Einräumung eines weiten Handlungsspielraums zugunsten des Testamentsvollstreckers würde diese vom Gesetz vorgesehene, unabhängige Stellung des Testamentsvollstreckers erheblich beeinträchtigt.

Soweit der Testamentsvollstrecker unternehmerische Entscheidungen zu treffen hat, kann somit zur Konkretisierung des Ermessens, das dem Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht gem. § 2216 Abs. 1 BGB zukommt, auf die Grundsätze der *business judgment rule* gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zurückgegriffen werden. Dabei sind testamentsvollstreckungsrechtliche Grenzen zu beachten. Als spezifische Grenze im Testamentsvollstreckungsrecht sind insbesondere Anordnungen des Erblassers gem. § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB zu nennen.

II. Treuepflicht

Die Treuepflicht der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften bildet neben der Sorgfaltspflicht die zweite wesentliche Säule der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung.¹⁹⁹ Sie geht über die aus Treu und Glauben folgenden Nebenpflichten in sonstigen Schuldverhältnissen (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) hinaus und kann bei Verletzung Organhaftungsansprüche aus § 93 AktG, § 43 GmbHG auslösen.²⁰⁰ Die Geschäftsleiter werden in diesem Zusammenhang häufig als treuhänderische Verwalter des Gesellschaftsvermögens oder vorsichtiger als Inhaber einer treuhänderähnlichen Position bezeich-

¹⁹⁸ Bereits BGHZ 25, 275, 279 f.; jüngst BGHZ 201, 216 Rn. 26; *Wicke*, ZGR 2015, 161, 174.

¹⁹⁹ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 113.

²⁰⁰ *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 28; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 224.

net.²⁰¹ Aufgrund ihrer Treuepflicht sind die Geschäftsleiter verpflichtet, in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Gesellschaft berühren, allein das Wohl der Gesellschaft und nicht ihre persönlichen Interessen oder den Vorteil Dritter zu verfolgen.²⁰² Sie sind allgemein zu einem loyalen Einsatz für die Gesellschaft verpflichtet.²⁰³ Sie haben die Interessen der Gesellschaft zu wahren und alles zu unterlassen, was diesen Interessen zuwiderlaufen könnte.²⁰⁴ Dazu gehört auch, Interessenkonflikte zu vermeiden und die Gesellschaft nicht zu schädigen.²⁰⁵ Im Gegensatz zur Sorgfaltspflicht kommt im Rahmen der Treuepflicht die Einräumung eines unternehmerischen Ermessens, insbesondere in Gestalt der *business judgment rule*, nicht in Betracht.²⁰⁶ Vielmehr gilt hier ein besonders strenger Maßstab.²⁰⁷

1. Begründung der Treuepflicht

a) Geschäftsleiter

Der Geltungsgrund der Treuepflicht der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften wurde früher insbesondere in dem ihnen entgegengebrachten, besonderen Vertrauen gesehen.²⁰⁸ Dagegen wird nach heute vorherrschender Sicht maßgeblich auf die Einwirkungsmacht des Geschäftsleiters auf fremde Vermögensinteressen als objektives Kriterium abgestellt.²⁰⁹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Geschäftsleiter eine erhebliche Einwirkungsmacht auf das ihnen anvertraute Gesellschaftsvermögen und sämtliche Gesellschaftsinteressen haben. Dieses umfassende rechtliche und faktische Können verlangt nach einer verstärkten Bindung in Gestalt des rechtlichen Dürfens. In diesem Sinne korreliert die Treuepflicht mit der dem Geschäfts-

²⁰¹ BGHZ 129, 30, 34; *Kumpan*, KTS 2010, 169, 178; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 114; kritisch zur Bezeichnung von Vorstandsmitgliedern als Treuhänder *Dubovitskaya*, NZG 2015, 983 ff.

²⁰² *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 114; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 227, 229.

²⁰³ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 238.

²⁰⁴ *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 88 Rn. 1; *Kumpan*, KTS 2010, 169, 178.

²⁰⁵ *Kumpan*, KTS 2010, 169, 178 f.

²⁰⁶ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 227; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 115.

²⁰⁷ *Hopt*, ZGR 2004, 1, 9.

²⁰⁸ Zu den verschiedenen Begründungsansätzen *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 91 ff.

²⁰⁹ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 116; grundlegend *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 342 f.; zuvor bereits *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 214 f.

leiter eingeräumten, weitgehenden Machtbefugnis und Einwirkungsmöglichkeit auf das verwaltete Vermögen.²¹⁰ Darin kommt der Rechtsgedanke zum Ausdruck, dass sich Einwirkungsmöglichkeiten und Verantwortung entsprechen sollen.²¹¹

b) Insolvenzverwalter

Wie bei den Geschäftsleitern von Kapitalgesellschaften findet sich auch für den Insolvenzverwalter lediglich eine gesetzliche Normierung der Sorgfaltspflicht (§ 60 Abs. 1 S. 2 InsO), jedoch keine Normierung einer Treuepflicht. Sieht man den Geltungsgrund der Treuepflicht mit der heute herrschenden Ansicht in der umfassenden Einwirkungsmöglichkeit des Organwalters, so spricht jedoch alles für eine entsprechende, ungeschriebene Treubindung auch des Insolvenzverwalters.²¹² Denn durch den Übergang der Verfügungsbefugnis gem. § 80 InsO erlangt der Insolvenzverwalter eine umfassende Einwirkungsmöglichkeit auf das dem Insolvenzbeschluss unterliegende Vermögen. Diese umfassende Rechtsmacht hat der Insolvenzverwalter zur Verfolgung des Verfahrenszwecks (§ 1 InsO) einzusetzen.²¹³ Die starke Stellung des Insolvenzverwalters bedarf als Korrelat einer verstärkten rechtlichen Bindung und Kontrolle. Wie der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft fungiert auch der Insolvenzverwalter als treuhänderischer Verwalter fremden Vermögens.²¹⁴ Im Vergleich zu einem GmbH-Geschäftsführer erscheint seine Machtposition sogar als noch stärker. Denn im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsführer, der gem. § 37 Abs. 1 GmbHG an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden ist, unterliegt der Insolvenzverwalter grundsätzlich keinen Weisungen.²¹⁵ Das Insolvenzgericht überprüft ohnehin lediglich die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit des Verwalterhandelns.²¹⁶ Aber auch die Gläubiger haben weder durch die Gläubigerversammlung noch durch den Gläubigerausschuss die Möglichkeit, dem Insolvenzverwalter Weisungen zu erteilen.²¹⁷ Auch ist die Treuepflicht in ihrer

²¹⁰ Hopt, ZGR 2004, 1, 18 ff.; vgl. auch Grundmann, Treuhandvertrag, S. 140 ff.; 193 ff., der den Rechtsgrund der Interessenwahrungspflicht in der gegenleistungsfreien Treugutübertragung erblickt.

²¹¹ Hopt, ZGR 2004, 1, 19.

²¹² Zur Übertragung der Treuepflicht auf den Insolvenzverwalter, auch unter Berücksichtigung ihrer einzelnen Ausprägungen Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 74 ff.; dafür auch Kumpan, KTS 2010, 169, 179 f.

²¹³ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 21.

²¹⁴ Kumpan, KTS 2010, 169, 180; Graeber, in: MünchKomm InsO, § 56 Rn. 148.

²¹⁵ Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 74.

²¹⁶ Vgl. bereits oben Kapitel 1 – C.III.

²¹⁷ Zur Gläubigerversammlung: Ehrcke/Ahrens, in: MünchKomm InsO, § 74 Rn. 18; zum Gläubigerausschuss: Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 69 Rn. 21.

Funktion, Interessenkonflikte zu vermeiden und eine Richtschnur für den Umgang mit konkreten Interessenkonflikten zu bieten, kein Spezifikum des Gesellschaftsrechts.²¹⁸ Es ist daher zu begrüßen, dass der BGH den Rechtsgedanken der Treuepflicht in einer jüngeren Entscheidung auf den Insolvenzverwalter übertragen hat.²¹⁹ Bei der so begründeten, ungeschriebenen Treuepflicht des Insolvenzverwalters handelt es sich um eine insolvenzspezifische Pflicht i. S. v. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO.²²⁰ Eine Verletzung der Treuepflicht durch den Insolvenzverwalter kann somit Schadensersatzansprüche gem. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO auslösen.

c) Testamentsvollstrecker

Auch für den Testamentsvollstrecker fehlt es an der Normierung einer Treuepflicht. § 2216 Abs. 1 BGB normiert lediglich die Sorgfaltspflicht. Die Frage nach einer Treuepflicht des Testamentsvollstreckers wurde bislang nur selten thematisiert. Doch finden sich auch hier Ansätze. So entspricht es allgemeiner Auffassung, dass sich der Testamentsvollstrecker bei seiner Verwaltungstätigkeit – neben der Beachtung von Anordnungen des Erblassers gem. § 2216 Abs. 2 BGB – grundsätzlich am objektiven Interesse des Nachlasses auszurichten hat und sich nicht von persönlichen Interessen leiten lassen darf.²²¹ In einer früheren Entscheidung hat der BGH formuliert, der Testamentsvollstrecker habe alles zu tun, was von einem im fremden Interesse tätigen Verwalter verlangt werden kann, und alles zu unterlassen, was sich für die materiell am Nachlass Beteiligten nachteilig auswirken könnte.²²² Konkret bedeutet das, dass der Testamentsvollstrecker keine Prozesse führen darf, die überwiegend seinen persönlichen Interessen dienen.²²³ Des Weiteren findet sich die Auffassung, auch die Vermeidung von Interessenkonflikten gehöre zur ordnungsmäßigen Verwaltung i. S. v. § 2216 BGB.²²⁴ In der Sache ist damit anerkannt, dass der Testamentsvollstrecker die Interessen „des Nachlasses“ zu wahren hat. Dies lässt sich überzeugend darauf zurückführen, dass der Testamentsvollstrecker einer Treuepflicht unterliegt. Der Geltungs-

²¹⁸ Vgl. allgemein zur Treuepflicht als Interessenwahrungspflicht *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 89 ff.

²¹⁹ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 20 f. im Zusammenhang mit der Geschäftschancenlehre.

²²⁰ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 77; implizit auch *Kumpan*, KTS 2010, 169, 191; BGH ZIP 2017, 779.

²²¹ BGH WM 1967, 25, 27; *Reimann*, in: Staudinger, § 2216 Rn. 2; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2216 Rn. 1.

²²² BGH WM 1967, 25, 27.

²²³ BGH WM 1967, 25, 29 m.w.N.; *Reimann*, in: Staudinger, § 2219 BGB Rn. 5.

²²⁴ *Reimann*, in: Staudinger, § 2216 Rn. 8; *Schmitz*, ZErB 2005, 74, 80 f.

grund der Treuepflicht, die Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen,²²⁵ lässt sich zwanglos auf den Testamentsvollstrecker übertragen. Der Testamentsvollstrecker ist gem. §§ 2205, 2211 BGB berechtigt, den unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlass zu verwalten und darüber zu verfügen. Die Machtposition des Testamentsvollstreckers ist äußerst stark.²²⁶ Insbesondere unterliegt er keinen Weisungen seitens des Erben, geschweige denn der Nachlassgläubiger.²²⁷ Die unabhängige Stellung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erben ist ein Hauptwesenszug der Testamentsvollstreckung.²²⁸ Diese umfassende Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers ist jedoch zweckgebunden und verlangt nach verstärkter rechtlicher Bindung.²²⁹ Der Testamentsvollstrecker hat von ihr ausschließlich zur Verfolgung der Zwecke der Testamentsvollstreckung Gebrauch zu machen. Er unterliegt einer Treuepflicht gegenüber dem Erben im Hinblick auf die Verwaltung des Nachlassvermögens.

2. Ausprägungen der Treuepflicht

Sowohl Insolvenzverwalter als auch Testamentsvollstrecker unterliegen damit grundsätzlich wie die Geschäftsleiter der Kapitalgesellschaft einer Treuepflicht im Hinblick auf das von ihnen verwaltete Vermögen. Das bedeutet allerdings nicht, dass die aus der Treuepflicht im Einzelnen fließenden Verpflichtungen für jeden Fremdverwalter zwangsläufig vollkommen deckungsgleich sind. Die mit der Treuepflicht im Einzelnen verbundenen Pflichten sind abstrakt kaum zu definieren, sondern erfordern jeweils eine Konkretisierung.²³⁰ Insoweit kommt den von Rechtsprechung und Lehre herausgebildeten Einzelfällen besondere Bedeutung zu. Zu den konkreten Ausformungen der Treuepflicht gehören insbesondere das Wettbewerbsverbot, die sog. Geschäftschancenlehre, und die Verschwiegenheitspflicht.

²²⁵ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 224.

²²⁶ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 78 f.

²²⁷ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, Vor § 2197 Rn. 6; BGHZ 25, 275, 279.

²²⁸ BGHZ 25, 275, 279 f.

²²⁹ Vgl. auch *Reimann*, in: Staudinger, § 2219 BGB Rn. 1; vgl. zum Insolvenzverwalter BGH ZIP 2017, 779 Rn. 21.

²³⁰ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 227; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 151; die Notwendigkeit einer Konkretisierung für den jeweiligen Interessenwahrer betont auch *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 124 f.

a) Wettbewerbsverbot

aa) Geschäftsleiter

Eine elementare Ausprägung der Treuepflicht bildet das Wettbewerbsverbot.²³¹ Für den AG-Vorstand ist es ausdrücklich in § 88 AktG geregelt. Im GmbHG existiert keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Doch ist auch für den GmbH-Geschäftsführer anerkannt, dass er während der Dauer seiner Amtsstellung als Ausfluss seiner allgemeinen, organschaftlichen Treuepflicht einem umfassenden Wettbewerbsverbot unterliegt.²³²

Der Umfang des Wettbewerbsverbots der Geschäftsleiter wird weit verstanden. Geschäftsleitern ist es verboten, im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen oder sich an mit der Gesellschaft in Wettbewerb stehenden Unternehmen zu beteiligen.²³³ Das Wettbewerbsverbot ist zu unterscheiden von einem allgemeinen unternehmerischen Betätigungsverbot.²³⁴ So geht das Aktienrecht über die Regelung eines bloßen Wettbewerbsverbots hinaus, wenn es in § 88 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, S. 2 AktG bestimmt, dass die Vorstandsmitglieder ohne Einwilligung des Aufsichtsrats überhaupt kein Handelsgewerbe betreiben dürfen, und zwar unabhängig davon, ob sie damit in Konkurrenz zu ihrer Gesellschaft treten oder nicht. Ein solches allgemeines Betätigungsverbot lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres mit der Treuepflicht begründen.²³⁵ Denn die bloße anderweitige Tätigkeit ohne Konkurrenzsituation begründet noch keinen hinreichend konkreten Interessenkonflikt. Vielmehr dient ein Betätigungsverbot in erster Linie dazu, der Gesellschaft die vollständige Arbeitskraft des Geschäftsleiters zu sichern.²³⁶ Mit dem Loyalitätsgedanken hat dies weniger zu tun. So unterliegt auch der GmbH-Geschäftsführer nach herrschender Meinung kraft seiner Treuepflicht grundsätzlich nur einem Wettbewerbsverbot im engeren

²³¹ Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 247.

²³² U. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 153; Jaeger/Steinbrück, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 360; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 83.

²³³ Jaeger/Steinbrück, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 361. Vgl. OLG Stuttgart ZIP 2017, 868 zu der Frage, ob eine rein kapitalistische Minderheitsbeteiligung vom Wettbewerbsverbot erfasst ist.

²³⁴ U. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 154; Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1270.

²³⁵ Differenzierend auch BGH ZIP 2017, 779 Rn. 18f.; Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1270; Grundmann, Treuhandvertrag, S. 445 bei Fn. 99; relativierend Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 88 Rn. 2.

²³⁶ Kort, in: Großkomm AktG, § 88 Rn. 26; Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1270.

Sinne, nicht jedoch einem Betätigungsverbot.²³⁷ Manche Autoren möchten das Betätigungsverbot auf die Treuepflicht zurückführen mit der Begründung, aus jeder anderweitigen Betätigung erwachse zumindest ein abstrakter Interessenkonflikt. Das Betätigungsverbot erfülle insoweit die Funktion eines Vorfeldtatbestands.²³⁸ Keinesfalls jedoch gehört ein Betätigungsverbot zum Kernbereich der Treuepflicht.

bb) Insolvenzverwalter

Im Insolvenzrecht existiert kein gesetzlich geregeltes Wettbewerbsverbot des Insolvenzverwalters. Damit stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter, der ein Unternehmen fortführt, einem ungeschriebenen gesetzlichen Wettbewerbsverbot unterliegt. In einem sanierungsorientierten Insolvenzrecht ist es durchaus denkbar, dass der Insolvenzverwalter zwei konkurrierende Unternehmen fortführt.²³⁹ Ebenso ist vorstellbar, dass ein Insolvenzverwalter ein Unternehmen in einem Geschäftszweig fortführt, in dem er selbst oder ein Unternehmen, an dem er beteiligt ist, tätig ist. Schon das Beispiel des GmbH-Geschäftsführers zeigt, dass das Fehlen eines gesetzlichen Wettbewerbsverbots in der Insolvenzordnung nicht bedeutet, dass der Insolvenzverwalter keinem Wettbewerbsverbot unterliegen könne. Vielmehr unterliegt der Insolvenzverwalter als Ausfluss seiner Treuepflicht grundsätzlich auch einem Wettbewerbsverbot.²⁴⁰ Er darf somit nicht im Geschäftszweig eines von ihm fortgeführten Unternehmens für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.²⁴¹ Ein allgemeines Betätigungsverbot des Insolvenzverwalters ist dagegen sowohl aus praktischen wie rechtsdogmatischen Gründen abzulehnen.²⁴² Praktisch ist ein Insolvenzverwalter regelmäßig in mehreren Insolvenzverfahren gleichzeitig zum Verwalter bestellt.²⁴³ Zwar darf der Insolvenz-

²³⁷ Polley, Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre, S. 95 f.; U. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 155; Grundmann, Treuhandvertrag, S. 445 bei Fn. 99; a.A. Paefgen, in: Ulmer, GmbHG, § 43 Rn. 82, 89. Die h. M. beschränkt sich bezüglich des GmbH-Geschäftsführers auf die Feststellung, dem Geschäftsführer sei verboten, „im Geschäftszweig“ der Gesellschaft Geschäfte zu machen, BGHZ 49, 30, 31; Jaeger/Steinbrück, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 361; Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 230.

²³⁸ Dafür Kort, in: Großkomm AktG, § 88 Rn. 1; vorsichtiger Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 88 Rn. 2: „Erwägenswert ist [...] ihre Rechtfertigung als eine Art Vorfeldtatbestand“; Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 79.

²³⁹ Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 80.

²⁴⁰ Deutlich bereits Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 208.

²⁴¹ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 19 ff.

²⁴² Vgl. dagegen Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 86.

²⁴³ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 18.

verwalter selbstverständlich nicht mehr Mandate übernehmen, als er ordnungsgemäß bewältigen kann.²⁴⁴ Im Gegensatz zum Vorstand einer AG (§ 88 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, S. 2 AktG) ist der Insolvenzverwalter jedoch grundsätzlich nicht verpflichtet, seine gesamte Arbeitskraft allein der (einzelnen) Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen.²⁴⁵ Zudem spricht in dogmatischer Hinsicht gegen ein unternehmerisches Betätigungsverbot des Insolvenzverwalters, dass ein solches in der Insolvenzordnung nicht normiert ist und es sich im Gegensatz zum Wettbewerbsverbot i. e. S. auch nicht ohne Weiteres aus der Treuepflicht ableiten lässt.

cc) Testamentsvollstrecker

Die §§ 2197 ff. BGB enthalten kein gesetzliches Wettbewerbsverbot des Testamentsvollstreckers. Ob den Testamentsvollstrecker ein Wettbewerbsverbot trifft, wird bislang kaum problematisiert. Angesichts der ablehnenden herrschenden Meinung zur Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker ist das nicht verwunderlich. Die Frage gewinnt jedoch Relevanz, je großzügiger man die werbende Funktion des Testamentsvollstreckers handhabt. Es ist anerkannt, dass der Testamentsvollstrecker alles zu tun hat, was von einem im fremden Interesse tätigen Verwalter verlangt werden kann, und alles zu unterlassen, was sich für den Nachlass nachteilig auswirken kann.²⁴⁶ Als konkrete Auswirkung seiner Treuepflicht trifft auch den Testamentsvollstrecker ein Wettbewerbsverbot gegenüber dem Erben hinsichtlich des Nachlasses. Führt er ein im Nachlass befindliches Unternehmen fort, so sind ihm im Geschäftszweig des von ihm fortgeführten Unternehmens Geschäfte auf eigene oder fremde Rechnung untersagt. Dagegen kommt ein umfassendes Betätigungsverbot auch für den Testamentsvollstrecker nicht in Betracht. Weder entspricht es praktisch der Regel, dass ein Testamentsvollstrecker seine gesamte Arbeitskraft der Durchführung der Testamentsvollstreckung widmet, noch lässt sich ein umfassendes Betätigungsverbot aus der Treuepflicht ableiten.

²⁴⁴ *Graeber*, in: MünchKomm InsO, § 56 Rn. 75; *Delhaes/Römermann*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, § 56 Rn. 20; vgl. auch *Lüke*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 56 Rn. 43 ff.

²⁴⁵ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 18.

²⁴⁶ BGH WM 1967, 25, 27.

b) Geschäftschancenlehre

aa) Geschäftsleiter

Eine weitere bedeutsame, eng mit dem Wettbewerbsverbot verwandte Ausprägung der Treuepflicht bildet das Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft für sich persönlich zu nutzen.²⁴⁷ Nach der sog. Geschäftschancenlehre darf ein Geschäftsleiter keine Geschäfte an sich ziehen, die in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallen und dieser auf Grund bestimmter konkreter Umstände bereits zugeordnet sind.²⁴⁸ Schwierigkeiten bereitet die trennscharfe Unterscheidung zwischen Geschäftschancen, die der Gesellschaft zugeordnet sind und solchen, die der Geschäftsleiter persönlich nutzen darf.²⁴⁹ Der Gesellschaft zuzuordnen sind zum einen solche Geschäftschancen, die im Geschäftszweig der Gesellschaft liegen.²⁵⁰ Zum anderen sind ihr solche Geschäftschancen zuzuordnen, an denen die Gesellschaft bereits ein konkretes Interesse hat.²⁵¹

bb) Insolvenzverwalter

Auch bei der Unternehmensfortführung in der Insolvenz stellt sich die Frage, wie der Insolvenzverwalter mit Geschäftschancen umzugehen hat, die sich ihm im Rahmen seiner Fortführungstätigkeit eröffnen. Der BGH hat sich jüngst für eine Übertragung der Geschäftschancenlehre auf den Insolvenzverwalter ausgesprochen. Der Insolvenzverwalter müsse eine Geschäftschance, die dem von ihm verwalteten Schuldnerunternehmen zugeordnet sei, für die Insolvenzmasse wahrnehmen und dürfe sie nicht für sich persönlich nutzen.²⁵² Dem ist zuzustimmen. Das Verbot, Geschäftschancen an sich zu ziehen, ist als Ausprägung der ungeschriebenen Treuepflicht auf den Insolvenzverwalter übertragbar.²⁵³ Die Treuepflicht führt im Hinblick auf die Wahrung von Geschäftschancen auch zu einer vergleichbar starken Bindung des Insol-

²⁴⁷ *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 250; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 136; BGH NZG 2013, 216 Rn. 20.

²⁴⁸ So die Formulierung in BGH NZG 2013, 216 Rn. 21.

²⁴⁹ *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 138; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 254.

²⁵⁰ *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 142; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 255.

²⁵¹ *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 256; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 140.

²⁵² BGH ZIP 2017, 779; zuvor bereits *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 208.

²⁵³ *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, S. 506.

venzverwalters wie bei den Geschäftsleitern einer Kapitalgesellschaft.²⁵⁴ Denn der Insolvenzverwalter übernimmt die Unternehmensleitung und hat somit eine Rechtsmacht, die der eines Geschäftsleiters wenigstens gleichkommt.²⁵⁵ Für die Frage, wann eine Geschäftschance der Insolvenzmasse zuzuordnen ist, kann grundsätzlich auf die im Gesellschaftsrecht entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden.²⁵⁶

cc) Testamentsvollstrecker

Für den unternehmerisch tätigen Testamentsvollstrecker kann sich ebenfalls die Frage nach dem rechtmäßigen Umgang mit sich eröffnenden Geschäftschancen stellen. Die Rechtsprechung hat schon früh klargestellt, dass der Testamentsvollstrecker die Gelegenheit, Vorteile für den Nachlass zu gewinnen, grundsätzlich wahrnehmen muss.²⁵⁷ Geschäftschancen, die einem von ihm für den Nachlass fortgeführten Unternehmen zuzuordnen sind, darf der Testamentsvollstrecker nicht an sich ziehen. Dies ergibt sich dem Grunde nach aus der Treuepflicht des Testamentsvollstreckers. Auch müssen in diesem Fall für ihn die gleichen Maßstäbe gelten wie für den Geschäftsleiter und den unternehmerisch tätigen Insolvenzverwalter. Denn im Fall der Unternehmensfortführung hat der Testamentsvollstrecker einen vergleichbar starken Einfluss auf die Unternehmensleitung wie Geschäftsleiter bzw. Insolvenzverwalter.

c) Verschwiegenheitspflicht

aa) Geschäftsleiter

Es gehört zu dem Pflichtenkanon der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften, über Geheimnisse und vertrauliche Angaben der Gesellschaft, die ihnen durch ihre Tätigkeit für die Gesellschaft bekanntgeworden sind, Stillschweigen zu bewahren. Zu den Geheimnissen gehören insbesondere Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse. Geheimnisse sind nicht offenkundige Tatsachen, die nach dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen der Gesell-

²⁵⁴ Die Stellung des Insolvenzverwalters gebietet keine schwächere Ausprägung der Geschäftschancenlehre, vgl. zur gebotenen Differenzierung nach der Stellung des Interessenwahren anhand des Beispiels von Aufsichtsratsmitgliedern, *ders.*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 496.

²⁵⁵ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 21.

²⁵⁶ BGH ZIP 2017, 779 Rn. 22; ebenso *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 90.

²⁵⁷ BGH WM 1967, 25, 27.

schaft auch nicht offenkundig werden sollen.²⁵⁸ Vertrauliche Angaben sind Tatsachen, deren Äußerung sich für die Gesellschaft nachteilig auswirken kann, auch wenn es sich nicht um Geheimnisse handelt.²⁵⁹ Entscheidend ist jeweils, dass objektiv ein Geheimhaltungsbedürfnis im Interesse des Unternehmens besteht. Darin wird die Verbindung zur Treuepflicht deutlich. Für den AG-Vorstand ist die Verschwiegenheitspflicht in § 93 Abs. 1 S. 3 AktG normiert.²⁶⁰ Im GmbHG fehlt zwar eine entsprechende Regelung, aber die Verschwiegenheitspflicht des GmbH-Geschäftsführers wird von § 85 GmbHG vorausgesetzt und ist allgemein anerkannt.²⁶¹ Das überzeugt, denn in der GmbH besteht ein vergleichbares Bedürfnis an Vertraulichkeit durch den Geschäftsleiter und rechtsdogmatisch handelt es sich bei der Verschwiegenheitspflicht um eine spezifische Ausprägung der organschaftlichen Treuepflicht.²⁶²

bb) Insolvenzverwalter

Die Insolvenzordnung kennt keine gesetzliche Normierung einer Verschwiegenheitspflicht des Insolvenzverwalters.²⁶³ Die Frage, ob und inwieweit der Insolvenzverwalter zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, wird im Schrifttum relativ selten behandelt.²⁶⁴ Für die aus der Treuepflicht fließende Verschwiegenheitspflicht ist im Ausgangspunkt zu unterscheiden zwischen Geheimnissen, die in die Insolvenzmasse fallen, und solchen, die Teil des insolvenzfremden Vermögens des Schuldners bleiben.²⁶⁵ Denn nur die Insolvenzmasse ist dem Insolvenzverwalter zur eigenständigen Verwaltung anvertraut. Persönliche Geheimnisse des Insolvenzschaftschuldners sowie Geheimnisse Dritter, von denen der Insolvenzverwalter während seiner Tätigkeit Kenntnis erlangt, fallen nach herrschender Ansicht nicht in die Insolvenzmasse. Ihre

²⁵⁸ BGHZ 64, 325, 329; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 164.

²⁵⁹ *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 137.

²⁶⁰ Ebenso § 34 Abs. 1 S. 3 GenG für den Vorstand der Genossenschaft.

²⁶¹ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 199; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 144.

²⁶² Für die h.L. *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 279; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 160; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 130; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 29; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 144 spricht von der „allgemeinen [...] Förderpflicht“; a.A. *Spieker*, NJW 1965, 1937 ff.

²⁶³ *Deckenbrock/Fleckner*, ZIP 2005, 2290, 2291.

²⁶⁴ s. aber jüngst *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 91 ff.; zuvor *Uhlenbruck*, BB 1976, 1198 ff.; *Deckenbrock/Fleckner*, ZIP 2005, 2290 ff.; *Bork*, ZIP 2007, 793 ff.

²⁶⁵ *Deckenbrock/Fleckner*, ZIP 2005, 2290; ebenso *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 92 ff.

Behandlung ist im Rahmen der vorliegenden Untersuchung der Unternehmensführung auch nicht von primärem Interesse. Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des schuldnerischen Unternehmens fallen dagegen nach herrschender Auffassung in die Insolvenzmasse.²⁶⁶ Sie unterfallen damit der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, § 80 InsO. Daraus lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass sich damit die Frage einer Verschwiegenheitspflicht des Insolvenzverwalters erübrigen würde.²⁶⁷ Vielmehr bildet die Verschwiegenheitspflicht als Ausfluss der Treuepflicht gerade das notwendige Korrelat zu der umfassenden Verfügungsbefugnis des Verwalters über die der Masse zuzuordnenden Geheimnisse und vertraulichen Angaben.²⁶⁸ Der Insolvenzverwalter ist kraft seiner Treuepflicht zur Verschwiegenheit über die zur Insolvenzmasse gehörenden Geheimnisse verpflichtet.

cc) Testamentsvollstrecker

Wie für den Insolvenzverwalter findet sich für den Testamentsvollstrecker keine spezielle gesetzliche Regelung einer Verschwiegenheitspflicht. Es finden sich wenige Stellungnahmen zu der Frage, ob und inwieweit der Testamentsvollstrecker gegenüber dem Erben als Nachlassträger aufgrund seiner Amtsstellung zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.²⁶⁹ Auch hier ist danach zu differenzieren, ob die vertraulichen Informationen in den Nachlass fallen oder ob sie dem Privatvermögen des Erben zuzuordnen sind. Führt der Testamentsvollstrecker ein Unternehmen fort, so fallen die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens in den Nachlass. Auch den Testamentsvollstrecker trifft kraft seiner Treuepflicht eine Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich der in den Nachlass fallenden Geheimnisse und vertraulichen Angaben. Bei Verstoß gegen seine Verschwiegenheitspflicht droht dem Testamentsvollstrecker die Haftung aus § 2219 BGB.

²⁶⁶ *Hirte/Praß*, in: Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 268; *Peters*, in: MünchKomm InsO, § 35 Rn. 532.

²⁶⁷ Zutreffend *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 93; vgl. aber *Deckenbrock/Fleckner*, ZIP 2005, 2290, 2291.

²⁶⁸ Ebenso *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 93; *Bork*, ZIP 2007, 793, 796 für eine Verschwiegenheitspflicht der Amtstreuhand-der.

²⁶⁹ s. aber für eine Verschwiegenheitspflicht des Testamentsvollstreckers *Bork*, ZIP 2007, 793, 796; ebenso *Piltz/Holtz*, in: Bengel/Reimann, § 8 Rn. 166; allgemein zur Treuepflicht der privaten Amtswalter *Jacoby*, Das private Amt, S. 477.

III. Disponibilität der Innenhaftung und ihre Grenzen

Auch die Innenhaftung des Fremdverwalters leistet einen Beitrag zum Gläubigerschutz.²⁷⁰ Das gilt zum einen in der Hinsicht, dass die Interessen von Fremdverwaltungsprinzipal und Gläubigern in gewissem Maße parallel laufen, soweit es um die Erhaltung und Mehrung des verwalteten Vermögens geht.²⁷¹ Führt der Fremdverwalter die Geschäfte so, dass sich das Unternehmen gut entwickelt, haben auch die Gläubiger keinen Grund zur Sorge.²⁷² Durch einen sorgfältigen Einsatz des verwalteten Vermögens werden somit mittelbar auch die Interessen der Gläubiger gefördert. Zum anderen bildet ein Innenhaftungsanspruch gegen den Fremdverwalter einen Vermögensgegenstand des verwalteten Vermögens, auf den somit auch die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen zugreifen können. Die Gläubiger können sich allerdings nur auf den ihnen durch die Innenhaftung vermittelten Schutz verlassen, soweit diese nicht zur beliebigen Disposition der jeweiligen Residualberechtigten (d.h. der Gesellschafter, der Insolvenzgläubiger bzw. des/der Erben) steht. Entscheidend für das Potential der Innenhaftung, einen effektiven Beitrag zum Gläubigerschutz zu leisten, ist daher, ob und in welchem Umfang die Innenhaftung indisponibel ist.

1. Geschäftsleiter

Im Kapitalgesellschaftsrecht besteht die Pflicht der Geschäftsleiter zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung allein gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber den Gläubigern. Die Organhaftung der Geschäftsleiter ist grundsätzlich disponibel.²⁷³ Allerdings bestehen die Pflichten der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft nicht allein im Interesse der Gesellschaft und der Gesellschafter, sondern auch im Interesse der Gläubiger.²⁷⁴ Vor diesem Hintergrund sind Haftungsbeschränkungen und dem Verzicht auf bereits entstandene Organhaftungsansprüche Grenzen gesetzt.²⁷⁵

Das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft haftet bei im Vorhinein erteilter Zustimmung durch gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschluss grundsätzlich nicht, § 93 Abs. 4 S. 1 AktG. Das wird im Wesentlichen auf die

²⁷⁰ U. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 10.

²⁷¹ Vgl. Lücke, ZIP 2005, 1113, 1115. Freilich laufen die Interessen von beschränkt haftenden Residualberechtigten und Gläubigern nicht vollkommen parallel, s. nur Klöhn, ZGR 2008, 110, 112.

²⁷² So explizit BGHZ 126, 181, 188.

²⁷³ Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 121.

²⁷⁴ U. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 10; Fleischer, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 2.

²⁷⁵ U. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 10.

Bindung des Vorstands an entsprechende Hauptversammlungsbeschlüsse gem. § 83 Abs. 2 AktG zurückgeführt.²⁷⁶ Dagegen schließt die Billigung durch den Aufsichtsrat die Haftung des Vorstands nicht aus, § 93 Abs. 4 S. 2 AktG. Denn der Aufsichtsrat hat keine Weisungsbefugnis gegenüber dem Vorstand.²⁷⁷ Für einen Verzicht ist ein zustimmender Hauptversammlungsbeschluss notwendig und es sind die Voraussetzungen (insbesondere die Dreijahresfrist) des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zu beachten. Nach § 93 Abs. 5 S. 3 AktG wird die Haftung des Vorstands gegenüber den Gläubigern jedoch weder durch einen zustimmenden Hauptversammlungsbeschluss noch durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft aufgehoben, wenn bei Vorliegen einer gröblichen Pflichtverletzung oder einer Pflichtverletzung aus dem Katalog des § 93 Abs. 3 AktG die persönliche Vorstandshaftung zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. In diesen Fällen können die Gesellschaftsgläubiger zudem den Ersatzanspruch der Gesellschaft gem. § 93 Abs. 5 S. 1 AktG selbst geltend machen.

Im Recht der GmbH gilt, dass der Geschäftsführer angesichts seiner Weisungsgebundenheit gem. § 37 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich nicht gem. § 43 Abs. 2 GmbHG haftet, wenn er aufgrund einer wirksamen Weisung der Gesellschafterversammlung handelt.²⁷⁸ Ebenso lässt das GmbHG den Gesellschaftern weitgehenden Freiraum, über bereits entstandene Organhaftungsansprüche zu verfügen, vgl. § 46 Nr. 8 GmbHG.²⁷⁹ Nach § 43 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 9b Abs. 1 GmbHG ist ein Verzicht lediglich für Ansprüche aus § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG ausgeschlossen, also soweit der Geschäftsführer gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 33 GmbHG verstoßen hat und der entsprechende Ersatzanspruch zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.²⁸⁰ In diesem Fall befreit auch eine Weisung oder das Einverständnis der Gesellschafter den Geschäftsführer nicht von der Haftung, § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG. Nach überwiegender Ansicht gelten die Schranken des § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG entsprechend für Schadenersatzansprüche wegen existenzvernichtenden Eingriffs, Kreditgewährung an Geschäftsführer unter Verstoß gegen § 43a GmbHG sowie der Binnenhaftung wegen Insolvenzverschleppung.²⁸¹ Im Übrigen sind die Grenzen der Disposi-

²⁷⁶ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 265.

²⁷⁷ *Ders.*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 275a.

²⁷⁸ *Ders.*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 275.

²⁷⁹ *Paefgen*, in: Ulmer, GmbHG, § 43 Rn. 244; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 281.

²⁸⁰ BGH NZG 2008, 314 Rn. 11; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 67; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 260, 264; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 281, 297.

²⁸¹ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 297; *Paefgen*, in: Ulmer, GmbHG, § 43 Rn. 263 ff.

tion über die Innenhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG im Detail umstritten.²⁸² Nach herrschender Auffassung gelten die Schranken des § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG jedoch nicht für Ansprüche aus § 43 Abs. 2 GmbHG.²⁸³ Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer ist demnach im Vergleich zur Haftung des AG-Vorstands in deutlich größerem Maße disponibel. Abseits eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 33 GmbHG ist die Geschäftsführerhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich sogar dann disponibel, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreicht. Auch eine persönliche Haftung der über die Geschäftsleiterhaftung disponierenden Gesellschafter kommt in diesem Fall mangels entsprechender Anspruchsgrundlage grundsätzlich nicht in Betracht.²⁸⁴

2. Insolvenzverwalter

Auch im Insolvenzrecht stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Gläubigerorgane, also die Gläubigerversammlung (§ 74 InsO) oder der Gläubigerausschuss (§ 67 InsO), über die Insolvenzverwalterhaftung aus § 60 InsO verfügen können.²⁸⁵

In diesem Zusammenhang wird vor allem diskutiert, welchen Einfluss eine im Vorhinein von einem Gläubigerorgan erteilte Zustimmung auf die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters hat. Dabei setzt die herrschende Auffassung einer Beschränkung der Insolvenzverwalterhaftung durch Zustimmung der Gläubigerorgane enge Grenzen.²⁸⁶ Es ist zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen der Gläubigerversammlung bzw. dem Gläubigerausschuss die endgültige Entscheidung über eine Maßnahme zusteht, Fällen, in denen die Insolvenzordnung lediglich ein Zustimmungserfordernis des Gläubigerorgans regelt und schließlich Fällen, in denen keine gesetzliche Regelung bzgl. einer Zustimmung existiert.²⁸⁷ Nur wenn dem Gläubigerorgan die abschließende Entscheidungskompetenz übertragen ist, wie in den Fällen der §§ 100 Abs. 1, 157 InsO²⁸⁸ oder des § 197 Abs. 1 Nr. 3 InsO²⁸⁹, ist der Verwalter an

²⁸² *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 298 ff.; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 126 ff.

²⁸³ *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 297; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 66 f.; *Paefgen*, in: Ulmer, GmbHG, § 43 Rn. 244, 272; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 126 ff., 132.

²⁸⁴ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 127.

²⁸⁵ Vgl. *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 94 ff.

²⁸⁶ *Ders.*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 98; *Meyer-Löwy/Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 364 f.

²⁸⁷ *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 143 ff.; *Lohmann*, in: HK-InsO, § 60 Rn. 35.

²⁸⁸ Entscheidung über Stilllegung oder Fortführung des schuldnerischen Unternehmens.

diese Entscheidung gebunden und kommt somit ein Haftungsausschluss in Betracht.²⁹⁰ Es bleibt jedoch auch in diesem Fall die Pflicht des Verwalters, soweit möglich gem. § 78 Abs. 1 InsO gegen solche Beschlüsse vorzugehen, die dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger zuwiderlaufen.²⁹¹ Hat die von dem zuständigen Gläubigerorgan beschlossene Maßnahme in diesem Fall einen Gesamtschaden zur Folge, so haftet der Verwalter grundsätzlich nicht gegenüber den Insolvenzgläubigern.²⁹² In anderen Fällen, wie insbesondere in § 160 InsO, verpflichtet das Gesetz den Insolvenzverwalter zwar zur Einholung einer Zustimmung, der einzuholende Beschluss bindet den Insolvenzverwalter jedoch nicht. Nach ganz überwiegender Auffassung führen entsprechende Beschlüsse mangels Bindungswirkung auch nicht ohne Weiteres zu einem Haftungsausschluss des Verwalters.²⁹³ Die Zustimmung verringert das Haftungsrisiko des Verwalters nur insofern als sie ein Indiz für eine vertretbare Entscheidung darstellt.²⁹⁴ Schließlich kann und darf der Insolvenzverwalter auch über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus die Zustimmung der Gläubigerorgane einholen. Die durch die Gläubigerorgane erteilte Zustimmung schließt jedoch die Haftung des Insolvenzverwalters nach herrschender Auffassung grundsätzlich nicht aus.²⁹⁵ Die Zustimmung kann auch hier allenfalls ein Indiz für die Rechtmäßigkeit sein und ist im Einzelfall im Rahmen des Verschuldens zu berücksichtigen.²⁹⁶ Schließlich wird verbreitet angenommen, dass die Zustimmung die Haftung gegenüber anderen Beteiligten als den Insolvenzgläubigern (insbesondere gegenüber den Massegläubigern) vollkommen unbeeinflusst lasse.²⁹⁷ Denn die Massegläubiger werden durch die Gläubigerorgane nicht repräsentiert.

²⁸⁹ Entscheidung über die nicht verwertbaren Gegenstände der Insolvenzmasse.

²⁹⁰ *Lohmann*, in: HK-InsO, § 60 Rn. 36.

²⁹¹ *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 143; *Lohmann*, in: HK-InsO, § 60 Rn. 36; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 100.

²⁹² Teilweise wird bereits die Pflichtwidrigkeit abgelehnt: *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 143; *Lohmann*, in: HK-InsO, § 60 Rn. 36; teilweise nur das Verschulden verneint: *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 101; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 104.

²⁹³ *Jungmann*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 160 Rn. 18; *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 160 Rn. 4; großzügiger *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 144.

²⁹⁴ BGH NZI 2008, 490 Rn. 10; *Janssen*, in: MünchKomm InsO, § 160 Rn. 28.

²⁹⁵ *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 145, 148; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 Rn. 45; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 99; *Jahntz*, in: FK-InsO, § 60 Rn. 20.

²⁹⁶ *Frind*, in: HambKomm InsO, § 69 Rn. 18; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 102 ff.; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 103; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 Rn. 47; *Lohmann*, in: HK-InsO, § 60 Rn. 37.

²⁹⁷ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 Rn. 46; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 101; wohl auch *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 143.

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach einem Verzicht auf bereits entstandene Innenhaftungsansprüche gegen den Insolvenzverwalter. Im Hinblick auf die soeben erörterten, gesetzlich geregelten Zustimmungserfordernisse betont die überwiegende Ansicht in der Literatur, dass eine vorherige Zustimmung erforderlich ist. Eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) sei dagegen nicht ausreichend.²⁹⁸ Zu einer abseits der gesetzlich geregelten Zustimmungserfordernisse denkbaren Möglichkeit eines Verzichts auf oder Vergleichs über bereits entstandene Haftungsansprüche gegen den Insolvenzverwalter durch die Gläubigerorgane finden sich nur wenige Stellungnahmen.²⁹⁹ Gegen die Möglichkeit eines Verzichts auf Haftungsansprüche durch die Gläubigerorgane spricht, dass an den Beschlüssen der Gläubigerorgane nicht sämtliche Beteiligte des Insolvenzverfahrens mitwirken.³⁰⁰ Insbesondere ist keine Beteiligung von Massegläubigern vorgesehen, §§ 67 Abs. 2, 74 Abs. 1 InsO. Doch bereits die Bindung eines nicht mitwirkenden (oder dagegen stimmenden) Insolvenzgläubigers an einen durch ein Gläubigerorgan mehrheitlich (§§ 72, 76 Abs. 2 InsO) beschlossenen Verzicht erscheint zweifelhaft.³⁰¹ Mit der Haftung des Insolvenzverwalters für einen sog. Gesamt- oder Masseverkürzungsschaden korrespondieren grundsätzlich individuelle Schadensersatzansprüche jedes einzelnen an der Masseverteilung teilnehmenden Insolvenzgläubigers auf Ersatz seines Quotenverringerungsschadens.³⁰² Somit ist für einen Verzicht nach allgemeinen Regeln die Zustimmung sämtlicher betroffener Gläubiger erforderlich. Eine diesbezügliche Mehrheitsbindung der Insolvenzgläubiger sieht die Insolvenzordnung nicht vor.³⁰³ Auch aus einem Rechtsverhältnis zwischen den Insolvenzgläubigern lässt sich eine Bindung an einen solchen Mehrheitsbeschluss nicht ohne Weiteres herleiten. Die Insolvenzgläubiger bilden – im Gegensatz zu den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft – grundsätzlich nur eine Schicksalsgemeinschaft.³⁰⁴ Den einzelnen geschädigten Gläubigern ihren Ersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter ohne ihre erklärte Zustimmung zu nehmen,

²⁹⁸ *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 160 Rn. 3; *Jungmann*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 160 Rn. 13.

²⁹⁹ s. aber die befürwortende Andeutung bei *Baur*, in: GS Bruns, S. 241, 245, in Fn. 13: Es sei stets zu prüfen, ob die Zustimmung der Gläubigerversammlung einen „Haftungsverzicht“ beinhalte. Ablehnend dagegen *Adam*, DZWIR 2008, 14, 16: „Entlastung des Insolvenzverwalters und Verzicht auf gegen ihn gerichtete Forderungen gehört nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Gläubigerausschusses“.

³⁰⁰ *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 172.

³⁰¹ Zweifelnd auch *ders.*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 173.

³⁰² BGH NZI 2004, 496; BGH ZIP 1989, 1407, 1408 f.; BGH NJW 1973, 1198; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 116.

³⁰³ Auch nicht durch Insolvenzplan, *Spahlinger*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 217 Rn. 53; *Spliedt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 217 Rn. 18.

³⁰⁴ BGH ZIP 2006, 39 Rn. 15.

würde die Zulassung eines Vertrags zulasten Dritter bedeuten. Dies gilt erst recht für die Massegläubiger, die in den Gläubigerorganen überhaupt nicht repräsentiert sind. Wirkt sich eine Massekürzung durch den Verwalter wegen eingetretener Masseunzulänglichkeit zu ihren Lasten aus, so haben sie einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter. Über diesen können die Insolvenzgläubiger nicht disponieren.

Eine Befreiung des Insolvenzverwalters von seiner Haftung durch Gläubigerversammlung oder Gläubigerausschuss haben die Massegläubiger nach alledem grundsätzlich nicht zu fürchten. Ob die Insolvenzverwalterhaftung in Anlehnung an das Kapitalgesellschaftsrecht in einem größeren Umfang zur Disposition der Gläubigerorgane gestellt werden sollte,³⁰⁵ kann hier offen bleiben. Unter Zugrundelegung der herrschenden Auffassung bleibt der Schutz der Massegläubiger im Hinblick auf einen etwaigen Verzicht auf Innenhaftungsansprüche gegen den Insolvenzverwalter jedenfalls nicht hinter dem Gläubigerschutzniveau im Kapitalgesellschaftsrecht zurück.

3. Testamentsvollstrecker

Schließlich ist den Grenzen der Disponibilität der Innenhaftung des Testamentsvollstreckers für die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses gem. § 2219 BGB nachzugehen. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker nicht von den in §§ 2215, 2216, 2218, 2219 BGB normierten Verpflichtungen befreien, § 2220 BGB.³⁰⁶ Der Erbe unterliegt dagegen keiner entsprechenden Beschränkung und kann den Testamentsvollstrecker von den in § 2220 BGB genannten Pflichten befreien und grundsätzlich auch auf bereits entstandene Schadensersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker verzichten.³⁰⁷ Die weitgehende Dispositionsbefugnis des Erben über die Haftung des Testamentsvollstreckers entwickelt sich zu einem besonderen Risiko für die Nachlassgläubiger, wenn der Nachlass nicht zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreicht. Das führt zu der Frage, ob und inwieweit dem Erben hinsichtlich einer Disposition über die Innenhaftung des Testamentsvollstreckers Grenzen gesetzt sind.

³⁰⁵ Dafür *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 100 ff., der sich für eine uneingeschränkte Entlastungswirkung des Beschlusses eines Gläubigerorgans ausspricht, soweit keine Masseunzulänglichkeit vorliegt und insoweit allein die Insolvenzgläubiger betroffen seien. Dagegen spricht jedoch, dass für einen Verzicht grundsätzlich die Zustimmung sämtlicher betroffener Insolvenzgläubiger erforderlich ist.

³⁰⁶ Ein Verzicht auf entstandene Haftungsansprüche gegen den Testamentsvollstrecker durch den Erblasser kommt faktisch nicht Betracht.

³⁰⁷ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2220 Rn. 4; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 266.

Man kann diese Frage zulasten der Nachlassgläubiger, zulasten des Testamentsvollstreckers oder zulasten des Erben lösen.³⁰⁸ Zulasten der Gläubiger löst man sie, wenn man dem Erben die Disposition über die Testamentsvollstreckerhaftung schrankenlos erlaubt. Damit würde man eine erhebliche Lücke im Gläubigerschutz eröffnen, was kaum überzeugen kann. Zulasten des Testamentsvollstreckers löst man die Frage, wenn man Befreiung oder Verzicht unter bestimmten Voraussetzungen keine Wirkung beimisst.³⁰⁹ Dies entspräche der Lösung im Kapitalgesellschaftsrecht. Dort führt der missbilligte Verzicht auf die Geschäftsleiterhaftung nicht etwa zu einer Durchgriffshaftung gegen die Gesellschafter. Vielmehr ist ein Verzicht unter den in § 43 Abs. 3 GmbHG, § 93 Abs. 5 AktG definierten Voraussetzungen unwirksam und bleibt somit die Geschäftsleiterhaftung aufrechterhalten. Im Fall des Testamentsvollstreckers spricht gegen eine solche Lösung jedoch zunächst der klare Gesetzeswortlaut. Das Verbot des § 2220 BGB, den Testamentsvollstrecker von seinen Pflichten zu befreien, trifft nur den Erblasser. Eine den gesellschaftsrechtlichen Regelungen der § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 i. V. m. § 9b Abs. 1 S. 1 GmbHG, § 93 Abs. 5 AktG vergleichbare Bestimmung existiert im Testamentsvollstreckungsrecht nicht. Die für eine Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke ist ebenfalls zu verneinen. Zunächst lässt sich angesichts der spezifischen Regelung des § 2220 BGB an der Planwidrigkeit zweifeln. Insbesondere aber lässt sich bereits auf Basis der allgemeinen Verwalterhaftung des Erben gem. §§ 1978 ff. BGB eine sachgerechte Lösung finden. Die gesetzliche Ausgangslage im Erbrecht spricht nämlich für eine Lösung zulasten des Erben, der zum Nachteil der Gläubiger über die Haftung des Vollstreckers verfügt.³¹⁰ Nach § 1978 Abs. 1 BGB ist der Erbe im Fall der amtlichen Nachlassliquidation für die bisherige Verwaltung des Nachlasses gegenüber den Nachlassgläubigern verantwortlich. Die Anordnung von Testamentsvollstreckung entbindet den Erben nicht von seiner eigenen Pflicht zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung.³¹¹ Auch die Zustimmung zu einer schädigenden Handlung oder der Verzicht auf die Haftung des Testamentsvollstreckers stellt eine ordnungswidrige Verwaltung und damit eine eigene Pflichtverletzung des Erben gem. § 1978 Abs. 1 BGB dar.³¹² Das Gesetz geht in § 1978 BGB von einem sehr weit zu verstehenden Ver-

³⁰⁸ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 229.

³⁰⁹ Dagegen *ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 229.

³¹⁰ Für Lösung zulasten des Erben *ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 230 ff.; ebenso *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 247.

³¹¹ Vgl. *Dobler*, in: Staudinger, § 1978 Rn. 13; zur Insolvenzantragspflicht aus § 1980 BGB *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 12.

³¹² *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 229 f.; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 247.

waltungsbegriff aus, der die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über den Nachlass umfasst.³¹³ Damit gehört zur Verwaltung i. S. v. § 1978 BGB „jede Einwirkung auf den Nachlaß durch Tun oder Unterlassen“.³¹⁴ Unter Zugrundelegung dieses weiten Begriffsverständnisses verbleibt dem Erben auch bei angeordneter Testamentsvollstreckung stets eine Verwaltungskompetenz gem. §§ 1978 ff. BGB, selbst wenn sich diese im Einzelfall in erster Linie auf die Kontrolle des Testamentsvollstreckers beschränkt.³¹⁵ Das gilt insbesondere für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Testamentsvollstrecker aus § 2219 BGB. Denn diese gehören zum Nachlass und sind grundsätzlich vom Erben gegenüber dem – insoweit von der Vertretung des Nachlasses ausgeschlossenen – Testamentsvollstrecker geltend zu machen.³¹⁶ Stimmt etwa der Erbe einer Verwaltungshandlung des Testamentsvollstreckers zu und vereitelt er auf diese Weise einen Haftungsanspruch aus § 2219 BGB, so droht dem Erben die persönliche Haftung gegenüber den Nachlassgläubigern aus § 1978 BGB.³¹⁷ Entsprechendes gilt für einen nachträglich erklärten Verzicht auf bereits entstandene Haftungsansprüche aus § 2219 BGB. Der Maßstab für die ordnungsgemäße Verwaltung i. S. v. § 1978 BGB ist das Interesse der Nachlassgläubiger an einem ungeschmälernten Erhalt des Nachlasses als Haftungsmasse.³¹⁸ Dies gebietet im Regelfall die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Testamentsvollstrecker. Damit droht dem Erben grundsätzlich stets die persönliche Haftung gegenüber den Nachlassgläubigern, soweit er über die Testamentsvollstreckerhaftung disponiert und in der Folge das Nachlassvermögen nicht mehr ausreicht, um sämtliche Nachlassgläubiger zu befriedigen.³¹⁹

Die Innenhaftung des Testamentsvollstreckers gem. § 2219 BGB wird somit durch die Haftung des Erben gem. § 1978 Abs. 1 BGB abgesichert. Damit ist sichergestellt, dass der Erbe im Ernstfall nicht zulasten der Nachlassgläubiger über die Haftung des Testamentsvollstreckers disponieren kann. Es lässt sich feststellen, dass das Testamentsvollstreckungsrecht in dieser Hin-

³¹³ Einhellige Auffassung, s. nur *Dobler*, in: Staudinger, § 1978 Rn. 10; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 10; *Mugdan*, Band V, S. 337.

³¹⁴ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 97.

³¹⁵ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 230; *Floeth*, NZI 2014, 727, 728.

³¹⁶ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2219 Rn. 6; vgl. zum Fall einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern *ders.*, in: MünchKomm BGB, § 2212 Rn. 17.

³¹⁷ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 11; *Floeth*, NZI 2014, 727, 728.

³¹⁸ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 10.

³¹⁹ Der Schutz vor einer Disposition über die Innenhaftung ist in dieser Hinsicht stärker ausgeprägt als im Recht der GmbH. Hier wird die weitreichende, im Wesentlichen nur durch § 43 Abs. 3 begrenzte Disponibilität der Geschäftsführerhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG teilweise scharf kritisiert; vgl. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 126 ff.

sicht ohne Weiteres einen effektiven Gläubigerschutz gewährleisten kann, der dem Gläubigerschutzniveau im Kapitalgesellschaftsrecht sowie Insolvenzrecht grundsätzlich ebenbürtig ist.

C. Außenhaftung

Es gehört zu den wesentlichen Prinzipien der hier behandelten Fälle der Fremdverwaltung, dass den mit den Fremdverwaltern kontrahierenden Gläubigern regelmäßig allein das verwaltete Vermögen haftet. Dagegen haften die Fremdverwalter grundsätzlich nicht persönlich für die Verbindlichkeiten, die sie für das verwaltete Vermögen begründen. Verallgemeinernd ist insoweit von einem Prinzip der beschränkten Interessenvertreteraußenhaftung die Rede, das grundsätzlich für sämtliche Fälle der Vertretung fremder Interessen Geltung beansprucht.³²⁰ Im Kapitalgesellschaftsrecht hat dieser Grundsatz expliziten Niederschlag in den § 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG gefunden. Danach haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Eine Eigenhaftung der Geschäftsleiter scheidet also im Regelfall aus. Aber auch für den Insolvenzverwalter entspricht es einhelliger Auffassung, dass er – wie jeder andere Vertreter fremder Interessen – nicht für die im Rahmen seiner Verwaltung begründeten Masseverbindlichkeiten haftet.³²¹ Ebenso haftet der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht persönlich für die von ihm eingegangenen Nachlassverbindlichkeiten.³²²

Insbesondere dann, wenn sich das verwaltete Vermögen in der Krise bzw. Insolvenz befindet und nicht mehr für die Befriedigung aller Verbindlichkeiten ausreicht, besteht dagegen ein erhebliches Interesse der Gläubiger an einem Zugriff auf das private Vermögen des Fremdverwalters. Die Eigenhaftung des Fremdverwalters übernimmt dann eine das Ausfallrisiko der Gläubiger mindernde Funktion und hat insoweit eine wesentliche Bedeutung für den Gläubigerschutz.³²³ Eine Eigenhaftung der Fremdverwalter im Zusammenhang mit der Krise des verwalteten Vermögens kann sich im Einzelfall bereits aus allgemeinen Vorschriften ergeben. Ferner hält das Gesetz insbesondere für die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften spezifische Haftungsvorschriften für den Fall der Gesellschaftsinsolvenz bereit, die zu einer unmittelbaren Außenhaftung gegenüber den Gläubigern führen. Es ist zu

³²⁰ Ausführlich *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 172 ff.; grundlegend *Baur*, in: GS Bruns, S. 241, 247 ff.

³²¹ BGH NZI 2005, 500; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 46.

³²² *Reimann*, in: Staudinger, § 2206 Rn. 18; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2206 Rn. 14.

³²³ Vgl. *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 413.

untersuchen, ob und inwieweit Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker einer vergleichbaren gläubigerschützenden Haftung unterliegen.

I. Außenhaftung aus allgemeinen Vorschriften

Vor einer näheren Betrachtung der speziellen gesellschafts-, insolvenz- bzw. erbrechtlichen Haftungsgrundlagen steht die Frage nach einer Haftung aus allgemeinen Vorschriften. Eine Eigenhaftung der Fremdverwalter gegenüber den Gläubigern im Fall der Insolvenz des verwalteten Vermögens kommt insbesondere aus culpa in contrahendo (c.i.c., §§ 280, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB) oder aus Delikt in Betracht.

1. Eigenhaftung aus culpa in contrahendo

Zu untersuchen ist zunächst eine persönliche Haftung der Fremdverwalter wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen, § 311 Abs. 2 BGB. So kommt eine Haftung aus c.i.c. insbesondere in Betracht, wenn der Fremdverwalter im Stadium der Krise oder der Insolvenz neue Verträge für das verwaltete Vermögen abschließt, ohne den betroffenen Gläubiger über das mit dem Vertragsschluss verbundene erhöhte Ausfallrisiko aufzuklären. Der haftungsbegründende Umstand liegt dabei jeweils in der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht über die finanzielle Lage der verwalteten Vermögensmasse.³²⁴ In der Rechtsfolge kann der unzureichend aufgeklärte Gläubiger vom Fremdverwalter gem. § 280 Abs. 1 BGB dann Ersatz seines negativen Interesses, also seines vollen Kontrahierungsschadens verlangen.³²⁵ Als problematisch erweist sich jeweils vor allem die Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Fremdverwalter und Gläubiger.

a) Geschäftsleiter

Führt der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft das Unternehmen in der Krise fort und begründet er hierbei neue Verbindlichkeiten, so stellt sich die Frage nach einer Eigenhaftung des Geschäftsleiters gegenüber Neugläubigern aus c.i.c. Schwierigkeiten bereitet dabei vor allem die Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Geschäftsleiter und Gläubiger. Denn das vorvertragliche Schuldverhältnis entsteht grundsätzlich allein zwischen dem potenziellen Gläubiger und der Gesellschaft als den potenziel-

³²⁴ Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 288.

³²⁵ Ders., in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 284.

len Vertragspartnern.³²⁶ Der Geschäftsleiter ist als Vertreter nicht Vertragspartner des Gläubigers, sondern lediglich Dritter hinsichtlich des zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger geschlossenen Vertrags. Nach den klassischen anerkannten Fallgruppen, auf die auch nach der Kodifizierung der c.i.c. in § 311 Abs. 2 BGB zurückgegriffen wird, droht einem Dritten eine Eigenhaftung aus c.i.c. insbesondere dann, wenn er ein eigenes unmittelbares, wirtschaftliches Interesse an dem Vertragsschluss hat oder besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt (§ 311 Abs. 3 S. 2 BGB).

Die durch die frühere Rechtsprechung sehr großzügig interpretierte Fallgruppe des wirtschaftlichen Eigeninteresses bildete die Grundlage für eine kontinuierliche Ausdehnung der Eigenhaftung von Geschäftsleitern.³²⁷ So spielte die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss geraume Zeit eine bedeutende Rolle im Rahmen der Geschäftsleiterhaftung in der Krise. Seit der Grundsatzentscheidung BGHZ 126, 181³²⁸ zur Eigenhaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften wird die Vertreter-eigenhaftung aus c.i.c. von der ganz herrschenden Meinung allerdings deutlich restriktiver gehandhabt. Mit dieser Entscheidung hat der BGH, worauf später genauer einzugehen sein wird,³²⁹ das Verhältnis zwischen der Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter und der Eigenhaftung aus c.i.c. neu justiert. Dabei hat er die Insolvenzverschleppungshaftung wesentlich ausgeweitet und damit korrespondierend die Eigenhaftung aus c.i.c. deutlich eingeschränkt. Hinsichtlich letzterer ist heute anerkannt, dass das erforderliche Eigeninteresse so stark sein muss, dass der Dritte als „procurator in rem suam“ auftritt, also bei wirtschaftlicher Betrachtung als die eigentliche Partei erscheint.³³⁰ Ein lediglich mittelbares wirtschaftliches Interesse, etwa in Form einer Provision oder Vergütung, ist nicht ausreichend.³³¹ Auch die maßgebliche Beteiligung an der Gesellschaft ist für die Annahme einer Eigenhaftung des Geschäftsleiters nicht ausreichend.³³² Eine Haftung des Geschäftsleiters wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses scheidet daher in aller Regel aus.

³²⁶ *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 187; *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 285.

³²⁷ Noch sehr weitgehend BGHZ 87, 27, 33 f.: Position als Gesellschafter-Geschäftsführer ausreichend; restriktiver dann bereits BGH NJW 1986, 586: Selbst maßgebliche Gesellschaftsbeteiligung des Geschäftsführers allein nicht ausreichend.

³²⁸ BGHZ 126, 181; ausführlich zur Entwicklung der Eigenhaftung aus c.i.c. bis zu dieser Entscheidung *Poertzen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 92 ff., 345 ff.

³²⁹ Zur Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter sogleich unter Kapitel 4 – C.II.1.

³³⁰ *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 190.

³³¹ *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 311 Rn. 122; *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 190.

³³² BGHZ 126, 181, 186 f.; *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 192.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens lässt sich eine Eigenhaftung des Geschäftsleiters aus c.i.c. regelmäßig nicht begründen. Dafür ist erforderlich, dass der Dritte, der nicht Vertreter oder Verhandlungspartner zu sein braucht, besonderes Vertrauen für sich persönlich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.³³³ Die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens ist eine Frage des Einzelfalles und muss demnach für jeden Vertragsschluss gesondert geprüft werden.³³⁴ Es kann daher nicht ohne Weiteres von der Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens durch den Geschäftsleiter ausgegangen werden, wenn er in der Gesellschaftskrise neue Verbindlichkeiten begründet. Vielmehr ist die Inanspruchnahme eines über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgehenden besonderen persönlichen Vertrauens erforderlich. Dies kann grundsätzlich nur bei Erklärungen angenommen werden, die sich im Vorfeld einer Garantiezusage bewegen.³³⁵

Entgegen dieser restriktiven Linie der herrschenden Meinung spricht sich insbesondere *K. Schmidt* für eine weitergehende Eigenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber Neugläubigern in der Krise aus c.i.c. wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens aus. Anknüpfend an Gedanken *Ballerstedts*³³⁶ vertritt er die Auffassung, bereits das „Auftreten als geschäftsleitender Repräsentant der Gesellschaft“ begründe ein besonderes persönliches Vertrauen.³³⁷ Die Geschäftsleiter seien gleichsam „Vertrauensträger kraft Amtes“.³³⁸ Die Annahme einer solchen generellen Repräsentantenhaftung aufgrund einer Vertrauensstellung kraft Amtes ist abzulehnen.³³⁹ Sie droht zu einer konturlosen Ausweitung der Vertretereigenhaftung führen. Mit der Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens hat sie nichts mehr zu tun.³⁴⁰ Zudem wäre damit gerade keine spezifisch auf die Krise der Gesellschaft zugeschnittene Haftung gefunden. Konsequenter müsste vielmehr stets, also auch beim Vertragsschluss mit einer wirtschaftlich vollkommen

³³³ *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 193; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 311 Rn. 119.

³³⁴ Vgl. nur *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 64 Rn. 58; *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 227.

³³⁵ *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 193; BGH NJW-RR 2006, 993, 994.

³³⁶ *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), 501 ff.

³³⁷ *K. Schmidt*, ZIP 1988, 1497, 1503; vgl. auch *Flume*, ZIP 1994, 337, 338.

³³⁸ *K. Schmidt*, ZIP 1988, 1497, 1502; *ders.*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 218.

³³⁹ Dagegen auch *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2210; *Bork*, ZGR 1995, 505, 509; *Habersack/Foerster*, in: Großkomm AktG, § 92 Rn. 120; *Paefgen*, in: Ulmer, GmbHG, § 43 Rn. 345.

³⁴⁰ So explizit BGHZ 126, 181, 189.

gesunden Kapitalgesellschaft, ein vorvertragliches Schuldverhältnis auch zum Geschäftsleiter als Drittem entstehen.³⁴¹ Eine so weite Ausdehnung der Vertretereigenhaftung verkehrt die Ausnahme zur Regel.

b) Insolvenzverwalter

Begründet der Insolvenzverwalter eine neue Verbindlichkeit für die finanziell ungesunde Insolvenzmasse, obwohl er absehen kann, dass die Verbindlichkeit aus der Masse nicht erfüllt werden kann, so stellt sich auch hier die Frage einer Eigenhaftung des Insolvenzverwalters aus c.i.c.³⁴² Wie beim Geschäftsleiter gestaltet sich vor allem die Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Verwalter und Schuldner schwierig. Denn der Vertrag kommt zwischen dem Schuldner als Träger der Insolvenzmasse und dem Gläubiger zustande. Somit entsteht auch das vorvertragliche Schuldverhältnis grundsätzlich nur zwischen diesen Vertragsparteien, nicht aber gegenüber dem Insolvenzverwalter als Drittem.

Eine Haftung des Insolvenzverwalters wegen eines eigenen unmittelbaren, wirtschaftlichen Interesses am Vertragsabschluss dürfte in aller Regel ausscheiden.³⁴³ Der Insolvenzverwalter hat im Normalfall kein so starkes Eigeninteresse an dem Vertragsschluss für die Insolvenzmasse, dass er bei wirtschaftlicher Betrachtung als der eigentliche Interessenträger bzw. als „*procurator in rem suam*“ erschiene.³⁴⁴ Zwar hat der Insolvenzverwalter ein Interesse an einer Wertsteigerung der Masse. Denn hiermit steigt regelmäßig auch seine Vergütung, § 63 Abs. 1 S. 2 InsO, §§ 1 und 2 Abs. 1 InsVV. Zudem wird sich eine erfolgreiche Insolvenzverwaltung mit hoher Befriedigungsquote positiv auf die Chancen des Verwalters zur Bestellung in anderen Insolvenzverfahren auswirken. Wie bereits geschildert, ist dieses Vergütungsinteresse als lediglich mittelbares wirtschaftliches Interesse jedoch nicht ausreichend, um eine Eigenhaftung aus c.i.c. zu begründen.³⁴⁵

Fraglich erscheint dagegen eine Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters aus c.i.c. wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens, § 311 Abs. 3 S. 2 BGB. Dass auch ein Insolvenzverwalter – wie jeder Dritte – im Fall der Inanspruchnahme eines solchen persönlichen Vertrauens

³⁴¹ Kritisch daher *Bork*, ZGR 1995, 505, 509f.

³⁴² Die Neuregelung des § 61 InsO, auf die an späterer Stelle eingegangen werden soll, schließt die Haftung des Insolvenzverwalters nach allgemeinen Regeln nicht aus.

³⁴³ Im Ergebnis ebenso *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 74; *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 139; *Rein*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 109.

³⁴⁴ *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 190.

³⁴⁵ *Ders.*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 190.

aufgrund besonderer vertrauensbegründender Umstände nach c.i.c. haften kann, ist dabei noch keine Besonderheit.³⁴⁶ Die heute restriktiv verstandenen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens sind jedoch auch beim Insolvenzverwalter nur selten anzunehmen.³⁴⁷

Bedeutung erlangt daher die Frage, ob stets schon allein das Auftreten des Verwalters in seiner Amtsstellung als Insolvenzverwalter eine Verantwortlichkeit gegenüber Neugläubigern gem. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB aufgrund der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens begründen kann. Ebenfalls in Anlehnung an *Ballerstedt*³⁴⁸ hat sich noch unter der Konkursordnung insbesondere *Lüke* für eine solch weitgehende Haftung des Konkursverwalters aus c.i.c. unter dem Gesichtspunkt der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens ausgesprochen.³⁴⁹ Allein kraft seiner Amtsstellung nehme der Insolvenzverwalter auch gegenüber Dritten eine gewisse Vertrauensposition ein. Gerade das Amt des Insolvenzverwalters solle in diesem Zusammenhang ein besonderes Vertrauen hervorrufen und mache neue Verträge überhaupt erst wieder möglich.³⁵⁰ Ähnlich weitgehend hat das OLG Schleswig die Auffassung vertreten, die vorläufige (schwache) Insolvenzverwalterin hätte „auf Grund ihrer Stellung als vom Gericht eingesetzte vorläufige Insolvenzverwalterin besonderes Vertrauen für sich in Anspruch genommen.“³⁵¹ Aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis soll den Verwalter dann eine vorvertragliche Aufklärungspflicht gegenüber Neugläubigern treffen, sobald er eine Verbindlichkeit für die Masse trotz fehlender Erfüllungsaussicht eingeht.³⁵² Bei Verletzung dieser Pflicht hafte der Verwalter dem Geschädigten auf das negative Interesse.³⁵³

Das Konzept einer „Vertrauensstellung kraft Amtes“ überzeugt jedoch beim Insolvenzverwalter nicht mehr als beim Geschäftsleiter. Die Annahme eines institutionellen Vertrauens bzw. einer „Vertrauensstellung kraft

³⁴⁶ Für eine solche Haftung des Insolvenzverwalters aus c.i.c. wegen Inanspruchnahme besonderen Vertrauens etwa OLG Frankfurt a.M. ZInsO 2007, 548, 549; OLG Rostock ZIP 2005, 220, 222.

³⁴⁷ *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 74.

³⁴⁸ *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), 501 ff.

³⁴⁹ *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 135 ff.

³⁵⁰ *Ders.*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 144.

³⁵¹ OLG Schleswig NJW 2004, 1257, 1258; kritisch *Undritz*, EWiR 2004, 393, 394: Ob dem Verwalter „auf Grund seiner Einsetzung durch das Gericht gerade gegenüber Neugläubigern eine besondere, haftungsbegründende Vertrauensstellung zukommt, erscheint sehr fraglich.“

³⁵² *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 119.

³⁵³ *Ders.*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 151.

Amtes³⁵⁴ droht zu einer konturlosen Ausweitung der Vertreter eigenhaftung zu führen. Zudem wäre eine Haftung des Verwalters aus c.i.c. nicht auf den Krisenfall der drohenden Masseunzulänglichkeit beschränkt. Vielmehr müsste stets eine vorvertragliche Sonderverbindung zwischen Insolvenzverwalter und potenziellen Neugläubigern angenommen werden. Dem Verwalter würde also auch dann eine Eigenhaftung drohen, wenn es der Masse finanziell gut geht. Angesichts der funktionalen Vergleichbarkeit von Insolvenzverwalter und Geschäftsleiter spricht viel dafür, an eine Eigenhaftung des Insolvenzverwalters aus c.i.c. im Grundsatz die gleichen Anforderungen zu stellen wie an eine Eigenhaftung eines Vorstands einer AG oder eines Geschäftsführers einer GmbH.³⁵⁵ Es lässt sich also feststellen, dass allein das Auftreten des Insolvenzverwalters „als Insolvenzverwalter“ noch kein besonderes Vertrauensverhältnis erzeugt.³⁵⁶ Die Annahme, der Insolvenzverwalter nehme stets allein schon durch Auftreten in seiner amtlichen Funktion besonderes Vertrauen in Anspruch, würde den Grundsatz, dass bei einer Vertretung fremder Interessen regelmäßig nur der Vertretene, nicht aber der Vertreter haftet, völlig entwerten.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die großzügige Annahme einer Haftung aus c.i.c. durch *Lüke* im Kontext mit der Abkehr von einer Haftung des Konkursverwalters gegenüber Neugläubigern aus der allgemeinen konkursrechtlichen Haftungsnorm des § 82 KO zu sehen ist.³⁵⁷ So dürfte das Streben nach einer Ausdehnung der Haftung aus c.i.c. maßgeblich durch die restriktivere Handhabung der Insolvenzverwalterhaftung gegenüber Neugläubigern aus § 82 KO motiviert gewesen sein. Jedenfalls nach Einführung der besonderen Ausfallhaftung des § 61 InsO, der die Haftung des Verwalters für die Begründung nicht erfüllbarer Massenforderungen insolvenzrechtlich regelt, besteht jedoch keine besondere Schutzlücke mehr, die für eine übermäßige Ausweitung der Insolvenzverwalterhaftung aus c.i.c. sprechen könnte.³⁵⁸

³⁵⁴ Vgl. aber für Vertrauensstellung kraft Amtes des GmbH-Geschäftsführers in der Krise *K. Schmidt*, ZIP 1988, 1497, 1503; dagegen *Altmeppen*, ZIP 2001, 2201, 2210.

³⁵⁵ So auch schon BGH ZIP 1989, 1584, 1588.

³⁵⁶ Ebenso BAG NJW 2011, 3739 Rn. 40: „Mehr als das im Geschäftsverkehr übliche Verhandlungsvertrauen nimmt auch ein Insolvenzverwalter nicht in Anspruch, der als solcher in Erscheinung tritt.“; BGH NZI 2005, 500; BGHZ 159, 104, 121 f.; BGHZ 100, 346, 352; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 74; *Rein*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 108; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 56.

³⁵⁷ Besonders deutlich wird das bei *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 144 (dort Fn. 138), 220.

³⁵⁸ Heute dann auch deutlich restriktiver *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 6, wonach den Insolvenzverwalter als Verhandlungs- und Vertragspartner dieselben Pflichten treffen sollen wie jede andere Person.

c) *Testamentsvollstrecker*

Schließlich liegt auch für den Testamentsvollstrecker die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss nahe, wenn er neue Nachlassverbindlichkeiten begründet, obwohl der Nachlass zur Befriedigung dieser Verbindlichkeiten voraussichtlich unzureichend ist.

Eine Eigenhaftung des Testamentsvollstreckers unter dem Gesichtspunkt eines eigenen unmittelbaren, wirtschaftlichen Interesses ist jedoch grundsätzlich zu verneinen.³⁵⁹ Ohne Hinzutreten besonderer Umstände ist das Eigeninteresse des Testamentsvollstreckers regelmäßig nicht so stark, dass er bei wirtschaftlicher Betrachtung als die eigentliche Partei („procurator in rem suam“) erschiene. Das Interesse des Testamentsvollstreckers an der weiteren Bekleidung seines Amtes oder seiner Vergütung (§ 2221 BGB), mag letztere im Fall der Unternehmensfortführung auch als Gewinnbeteiligung ausgestaltet sein, genügt nicht, um eine Haftung aus c. i. c. zu begründen.

Damit stellt sich die Frage nach einer Außenhaftung des Testamentsvollstreckers wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens gem. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB. Es steht außer Frage, dass auch den Testamentsvollstrecker – wie jeden Dritten – eine Haftung aus c. i. c. treffen kann, wenn er auf Grund besonderer Umstände im Einzelfall besonderes Vertrauen für sich persönlich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.³⁶⁰ Dafür sind aber die strengen Voraussetzungen der Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens im Einzelfall zu prüfen. Ähnlich wie für Geschäftsleiter und Insolvenzverwalter finden sich auch für den Testamentsvollstrecker Stimmen, die über diese Grenzen hinausgehen wollen. Bereits das Auftreten des Testamentsvollstreckers in amtlicher Funktion soll ein besonderes persönliches Vertrauen und damit eine Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der c. i. c. begründen.³⁶¹ In diesem Sinne hat sich insbesondere *Muscheler*, wiederum in Anknüpfung an *Ballerstedt*³⁶², für eine stets eintretende Haftung des Testamentsvollstreckers aus c. i. c. kraft „institutionalisierten, rollengebundenen Vertrauens“ ausgesprochen.³⁶³ Es geht also wieder um ein besonderes persönliches Vertrauen kraft Amtes. Das so begründete quasivertragliche Schuld-

³⁵⁹ So auch *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 226; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 200.

³⁶⁰ Zu den Voraussetzungen *Emmerich*, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 193; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 311 Rn. 119.

³⁶¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 201; *Schmitz*, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, S. 69 ff.; für den Insolvenzverwalter *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 141 ff.

³⁶² *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), 501 ff.

³⁶³ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 201.

verhältnis soll insbesondere dann zu einer Haftung des Testamentsvollstreckers führen, wenn dieser einen Vertrag mit einem Dritten abschließt, obwohl er wissen müsste, dass der Nachlass zur Begleichung der Schuld wahrscheinlich nicht mehr ausreicht.³⁶⁴

Schließlich erscheint es jedoch auch im Falle des Testamentsvollstreckers wenig ratsam, von den von der Rechtsprechung heute deutlich restriktiver verstandenen Voraussetzungen einer Vertretereigenhaftung abzuweichen.³⁶⁵ Selbst wenn sich im Testamentsvollstreckungsrecht ansonsten eine Schutzlücke feststellen lassen sollte, wäre es kaum überzeugend, allein für den Testamentsvollstrecker im Rahmen einer allgemeinen Vorschrift einen Sonderweg einzuschlagen und stets eine Haftung aus c. i. c. anzunehmen. Die Annahme eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zu Personen, die nicht Vertragspartei werden sollen, ist die begründungsbedürftige Ausnahme.³⁶⁶ Vorrangig sind andere Lösungswege zu suchen.³⁶⁷ Ein Interessenvertreter, auch wenn er erkennbar eine nicht erfüllbare Verbindlichkeit begründet, haftet ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht persönlich aus c. i. c.³⁶⁸ Im Ergebnis kommt eine Eigenhaftung der Fremdverwalter aus c. i. c. nur in Ausnahmefällen in Betracht. Sie hat daher keine große praktische Relevanz für die Gewährleistung eines angemessenen Gläubigerschutzniveaus als Ausgleich für die Haftungsbeschränkung.

2. Eigenhaftung aus Deliktsrecht

Als jedermann treffende Vorschriften gelten die deliktischen Regelungen nicht nur für den Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft, sondern auch für den ein Unternehmen fortführenden Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter.³⁶⁹ Dabei existieren zahlreiche Haftungstatbestände, die bei der Unternehmensführung in der Krise relevant werden und gläubigerschützend wirken. Begründet der Fremdverwalter eine neue Verbindlichkeit für das verwaltete Vermögen, welche erkennbar aus der verwalteten Vermögens-

³⁶⁴ Ders., Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 196.

³⁶⁵ Zu Recht kritisch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 238 ff.

³⁶⁶ *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, S. 276; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 311 Rn. 60; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 311 Rn. 118.

³⁶⁷ Gegen eine Ausweitung der c. i. c. abseits der anerkannten, heute restriktiv verstandenen Fallgruppen für den Testamentsvollstrecker auch *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 227.

³⁶⁸ Dieser Linie entspricht, dass auch BGH NZG 2018, 1025 Rn. 37 ff. eine Haftung der Geschäftsleiter bei Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren aus c. i. c. abgelehnt hat.

³⁶⁹ *Reimann*, in: Staudinger, § 2219 BGB Rn. 2; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 75 ff.

masse nicht befriedigt werden kann, kommt – abgesehen von der heute ebenfalls deliktsrechtlich konstruierten Haftung wegen Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einer bestehenden Insolvenzantragspflicht³⁷⁰ – eine Haftung insbesondere aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB³⁷¹ sowie aus § 826 BGB³⁷² in Betracht.³⁷³ Daneben bestehen weitere Haftungstatbestände, die im Fall der Krise relevant werden und gläubigerschützend wirken, insbesondere über § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetzen. Eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet dagegen regelmäßig aus. Denn weder die Eingehung einer Verbindlichkeit noch die Nichterfüllung stellen eine Rechtsgutsverletzung i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB dar.

a) Verletzung von Schutzgesetzen gem. § 823 Abs. 2 BGB

Begründet der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft eine Verbindlichkeit für die Gesellschaft, obwohl er von der materiellen Insolvenz der Gesellschaft Kenntnis hat, kommt eine Haftung gegenüber dem geschädigten Gläubiger aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB in Betracht.³⁷⁴ Entsprechendes gilt für einen Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter,³⁷⁵ der neue Verbindlichkeiten in Kenntnis der Unzulänglichkeit des von ihm verwalteten Sondervermögens begründet. In der Rechtsfolge hat der Geschädigte Anspruch auf Ersatz des durch die Täuschung entstandenen Schadens. Doch ist die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB an enge Voraussetzungen geknüpft. Eine Offenbarungspflicht des Geschäftsleiters über die bedrohliche Lage des Unternehmens gegenüber Vertragspartnern kann nur unter besonderen Umständen angenommen werden.³⁷⁶ Insbesondere aber muss der Täter mit Täuschungs- und Schädigungsvorsatz handeln. Die Beweislast dafür trägt der Gläubiger. Diese strengen Voraussetzungen machen die Haftung wenig effektiv. Für einen angemessenen Gläubigerschutz ist sie nicht ausreichend.

Hohe praktische Bedeutung in der Unternehmenskrise hat im Übrigen die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266a StGB wegen Verletzung der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung.³⁷⁷ Sie

³⁷⁰ Dazu sogleich unter Kapitel 4 – C.II.

³⁷¹ BGH NJW 2012, 601.

³⁷² BGH NJW-RR 2010, 351; BGH NZI 2008, 242 Rn. 15 ff.; BGHZ 108, 134, 142; BGHZ 75, 96, 114; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 826 Rn. 157.

³⁷³ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 149.

³⁷⁴ BGH NJW 2012, 601.

³⁷⁵ Vgl. BGHZ 100, 346.

³⁷⁶ BGH NJW 1979, 1823, 1828.

³⁷⁷ *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 230.

droht auch dem Insolvenzverwalter als funktionellen Arbeitgeber.³⁷⁸ Entsprechendes gilt für den Testamentsvollstrecker, wenn er in seiner amtlichen Funktion ein Unternehmen führt.³⁷⁹ Auch die steuerliche Verantwortlichkeit gem. §§ 34, 69 AO ist von hoher praktischer Bedeutung. Danach haften Geschäftsleiter für schuldhaft nicht entrichtete Steuern.³⁸⁰ Auch diese Haftung droht ebenso dem Insolvenzverwalter³⁸¹ sowie dem verwaltenden Testamentsvollstrecker.³⁸² Für die Legitimation einer Haftungsbeschränkung für unternehmerische Tätigkeit sind diese Haftungsvorschriften allerdings von untergeordneter Bedeutung. Die Schutzgesetzeigenschaft der Insolvenzstraftaten gem. §§ 283 ff. StGB hat der BGH bislang offengelassen.³⁸³ Sie spielen praktisch keine wesentliche Rolle für den Gläubigerschutz.³⁸⁴

b) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung gem. § 826 BGB

Führt der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft ein Unternehmen trotz materieller Insolvenzreife fort, kann dies in Ausnahmefällen den Tatbestand der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB erfüllen.³⁸⁵ Entsprechendes gilt auch für den Insolvenzverwalter sowie den Testamentsvollstrecker, wenn sie ein Unternehmen trotz materieller Unzulänglichkeit des von ihnen verwalteten Sondervermögens fortführen.³⁸⁶ In der Rechtsfolge haben bereits existierende Altgläubiger Anspruch auf Ersatz ihres durch Verringerung des verteilungsfähigen Vermögens entstehenden Quotenschadens. Neugläubiger können gem. § 826 BGB Ersatz ihres vollen negativen Interes-

³⁷⁸ Radtke, in: MünchKomm StGB, § 266a Rn. 37; Fischer, StGB, § 266a Rn. 6: Insolvenz- und Nachlassverwalter über § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

³⁷⁹ Der Begriff des gesetzlichen Vertreters i. S. v. § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist weit zu verstehen und umfasst die Parteien kraft Amtes und somit auch den Testamentsvollstrecker, Fischer, StGB, § 14 Rn. 3; Radtke, in: MünchKomm StGB, § 14 Rn. 89.

³⁸⁰ H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 229.

³⁸¹ Schuppen/Ruh, in: MünchKomm InsO, Insolvenzsteuerrecht Rn. 17 ff.

³⁸² Zum Insolvenzverwalter: dies., in: MünchKomm InsO, Insolvenzsteuerrecht Rn. 17; zum Testamentsvollstrecker: Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 229 f.; Piltz/Holtz, in: Bengel/Reimann, § 8 Rn. 153. Auch Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker können sich grundsätzlich gem. §§ 283 ff. StGB strafbar machen, Fischer, StGB, Vor § 283 Rn. 25 und § 14 Rn. 3.

³⁸³ Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 294 m. w. N.; Schutzgesetzeigenschaft von § 283b Abs. 1 Nr. 3 lit. a StGB verneinend jüngst BGH NZG 2019, 437 Rn. 25 ff.

³⁸⁴ K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 224; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 233.

³⁸⁵ BGHZ 108, 134, 142; BGH NZI 2008, 242 Rn. 15.

³⁸⁶ Zum Konkursverwalter BGH NJW 1987, 3133, 3135 (insoweit in BGHZ 100, 346 nicht abgedruckt).

ses verlangen.³⁸⁷ Auch die Haftung aus § 826 BGB ist allerdings an strenge Voraussetzungen geknüpft. Die Haftung kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn der Fremdverwalter den bereits „als unabwendbar erkannten Todeskampf eines Unternehmens“ nur noch hinauszögert und dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf nimmt.³⁸⁸ Der Geschädigte muss den Vorsatz des Schädigers beweisen, der sich nicht nur auf die Schädigungshandlung, sondern auch auf den Schadenseintritt beziehen muss. Wegen dieser strengen und für die Gläubiger nur schwer zu beweisenden Voraussetzungen kann auch die Haftung aus § 826 BGB für sich genommen einen effektiven Gläubigerschutz nicht vermitteln.

II. Insolvenzverschleppungshaftung und Funktionsäquivalente

Die Haftung nach allgemeinen Vorschriften ist für die Gewährleistung eines angemessenen Gläubigerschutzniveaus nach alledem nicht ausreichend. Damit richtet sich der Blick auf die besonderen gesellschafts-, insolvenz- bzw. erbrechtlichen Haftungsregelungen, die Gläubigerschutz bewirken und somit einen gewissen Ausgleich zur Haftungsbeschränkung bieten. Im Kapitalgesellschaftsrecht steht dabei zunächst die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter und die im Falle ihrer Verletzung drohende Insolvenzverschleppungshaftung im Mittelpunkt. Die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter bildet eine tragende Säule für die Legitimation der institutionellen Haftungsbeschränkung. Sie spielt eine maßgebliche Rolle für den Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht.³⁸⁹ Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit auch Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker einem vergleichbaren Haftungsregime unterliegen.

1. Geschäftsleiter

Zunächst gilt es, die als Vergleichsmaßstab dienende Haftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften wegen verzögerter Insolvenzantragstellung genauer in den Blick zu nehmen. Nach § 15a Abs. 1 InsO trifft jeden Geschäftsleiter die Pflicht, bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes, Insolvenzantrag zu stellen. Der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit liegt gem. § 17 Abs. 2 InsO vor, wenn die Gesell-

³⁸⁷ Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 307.

³⁸⁸ So die drastischen Worte von BGHZ 108, 134, 142; s. auch BGH NZI 2008, 242 Rn. 15.

³⁸⁹ Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 34: „§ 15a InsO gehört zu den Eckpfeilern des Gläubigerschutzes“; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 134.

schaft nicht in der Lage ist, ihre fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Der Insolvenzgrund der Überschuldung ist nach § 19 Abs. 2 InsO gegeben, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mehr ausreicht, um sämtliche Verbindlichkeiten zu erfüllen (bilanzielle oder rechnerische Überschuldung), es sei denn die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (sog. modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff). Nach heute ganz herrschender Auffassung ist der die Insolvenzantragspflicht regelnde § 15a InsO ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB.³⁹⁰ Dementsprechend stützt sich die Haftung der Geschäftsleiter für die pflichtwidrige Verzögerung des Insolvenzantrags heute auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO. Die für Geschäftsleiter einerwerbenden Kapitalgesellschaft aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO hergeleitete Insolvenzverschleppungshaftung umfasst zwei strikt voneinander zu trennende Haftungsregime.³⁹¹ Nach der heute herrschenden Konzeption der Insolvenzverschleppungshaftung ist streng zu unterscheiden zwischen den sog. Neugläubigern, die ihre Forderungen erst nach Eintritt materieller Insolvenzreife, also nach dem Zeitpunkt, ab dem Insolvenzantrag gestellt werden muss, erwerben, und den sog. Altgläubigern, die ihre Forderungen bereits vor materieller Insolvenzreife der Gesellschaft erworben haben.³⁹²

a) Haftung gegenüber Neugläubigern

Schließt der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft neue Verträge, obwohl die Gesellschaft bereits materiell insolvent ist, so droht ihm gegenüber den Neugläubigern eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO. Seit der Grundsatzentscheidung BGHZ 126, 181 können die vertraglichen Neugläubiger von dem die Insolvenzantragstellung verzögernden Geschäftsleiter Ersatz ihres vollen Kontrahierungsschadens verlangen (negatives Interesse).³⁹³ Denn hätte der Geschäftsleiter den Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt, hätten die Neugläubiger mit der materiell insolventen Gesellschaft gar nicht mehr kontrahiert.³⁹⁴ Daher sollen die Neu-

³⁹⁰ Steffek, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 15a Rn. 93; Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 140.

³⁹¹ Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 151; dazu auch Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 151 ff., 234 ff.

³⁹² Grundlegend für diese Konzeption BGHZ 126, 181; Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 15a Rn. 40; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 206 f.

³⁹³ Grundlegend BGHZ 126, 181.

³⁹⁴ H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 207. Jedenfalls hätten die Neugläubiger nicht ohne insolvenzrechtlichen Schutz kontrahiert, Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 7. Zu letzterem gehört insbesondere die Stellung als Massegläubiger gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO bei Vertrag mit dem Insolvenzverwalter, vgl.

gläubiger nicht bloß den Ersatz des durch eine zusätzliche Verringerung ihrer Insolvenzquote entstehenden Quotenschadens ab Begründung ihrer Forderung, sondern den vollen Ersatz ihres in der Begründung ihrer Forderung liegenden Schadens verlangen können. Bei der Berechnung dieses Schadens braucht sich der Neugläubiger auch nicht die Insolvenzquote, die auf seine Insolvenzforderung gegen die Gesellschaft entfällt, anrechnen zu lassen.³⁹⁵ Ausschlaggebend für diesen umfassenden Ersatz des Kontrahierungsschadens der Neugläubiger ist insbesondere der Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht. Die Insolvenzantragspflicht dient nach heutiger Sicht nicht nur dem Zweck, die Haftungsmasse im Interesse der bereits vorhandenen Gläubiger zu erhalten.³⁹⁶ Sie verfolgt darüber hinaus den Zweck, materiell insolvente Unternehmen mit beschränktem Haftungsfonds in das Insolvenzverfahren zu überführen. Auf diese Weise sollen potenzielle Neugläubiger vor dem Vertragsschluss mit einem insolventen Unternehmensträger ohne insolvenzrechtlichen Schutz bewahrt werden. Der Schutz der Insolvenzverschleppungshaftung kommt den Neugläubigern bereits in ihrer Eigenschaft als potenziellen Gläubigern zugute.³⁹⁷ Ihren individuellen Vertrauensschaden können die Neugläubiger selbst und außerhalb des Insolvenzverfahrens gegen den Geschäftsleiter geltend machen.³⁹⁸

Die Gewährung des vollen Kontrahierungsschadens zugunsten der Neugläubiger stellt eine bedeutsame Wende in der Entwicklung der Insolvenzverschleppungshaftung dar.³⁹⁹ Zuvor sah die Rechtsprechung den Zweck der Insolvenzverschleppungshaftung allein darin, die Gesellschaftsgläubiger vor einer Minderung ihrer Insolvenzquote durch die weitere Schmälerung der Insolvenzmasse zu schützen.⁴⁰⁰ Ausgehend von diesem eng definierten Schutzzweck konnten Neugläubiger wie Altgläubiger lediglich den Ersatz ihres Quotenschadens verlangen, der durch die Verringerung ihrer Insolvenzquote im Zeitraum der Insolvenzverschleppung ab dem Zeitpunkt der Forderungsbegründung entstand.⁴⁰¹ Die Neugläubiger waren somit lediglich in ih-

Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 22 ff.; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 308.

³⁹⁵ BGHZ 171, 46 Rn. 20; *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 188; Analog § 255 BGB hat der ersatzleistende Geschäftsleiter dann Zug-um-Zug Anspruch auf Abtretung der Insolvenzforderung des Neugläubigers gegen die Gesellschaft.

³⁹⁶ *Steffek*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 15a Rn. 3.

³⁹⁷ BGHZ 171, 46, 52; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 131; *Casper*, in: Ulmer, GmbHG, § 64 Rn. 5.

³⁹⁸ BGHZ 138, 211, 216; *Steffek*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 15a Rn. 115.

³⁹⁹ *Wiedemann*, EWiR 1993, 583, 584: kleiner „Paradigmawechsel“.

⁴⁰⁰ *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 11.

⁴⁰¹ BGHZ 29, 100.

rer Eigenschaft als „nunmehrige Gläubiger [...] gegen weitere Verletzungen“⁴⁰² der Insolvenzantragspflicht geschützt. Demgegenüber bedeutete die Gewährung des vollen Kontrahierungsschadens zugunsten der Neugläubiger eine erhebliche Erweiterung des Schutzbereichs der Insolvenzverschleppungshaftung. In sachlicher Hinsicht erweiterte die Rechtsprechung den Schutz der Antragspflicht auf den Zweck, vor dem geschäftlichen Kontakt mit einer materiell insolventen Gesellschaft zu schützen.⁴⁰³ Mit der Erweiterung des sachlichen Schutzbereichs ging aber auch eine wesentliche Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs einher.⁴⁰⁴ Denn während die Altgläubiger in dem Zeitpunkt, in dem die materielle Insolvenz eintritt und somit die Antragspflicht greift, bereits Gläubiger sind, werden die Neugläubiger überhaupt erst durch den Vertragsschluss zu Gläubigern. Dass die Neugläubiger Ersatz ihres vollen Kontrahierungsschadens verlangen können sollen, lässt sich folglich nur damit erklären, dass nicht nur Gesellschaftsgläubiger in den persönlichen Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht einbezogen sind, sondern auch solche Personen, die erst im Begriff sind, Gläubiger zu werden.⁴⁰⁵ Die Neugläubiger werden also nicht mehr lediglich ab dem Zeitpunkt des Erwerbs ihrer Gläubigerstellung in ihrer Eigenschaft als „nunmehrige Gläubiger“ geschützt, sondern bereits vor Erwerb ihrer Gläubigerstellung in ihrer Eigenschaft als „potenzielle Gläubiger“ und somit letztlich als Teil der Allgemeinheit.⁴⁰⁶ Diese mit der Erweiterung des sachlichen Schutzbereichs korrespondierende Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs zwingt jedoch keineswegs zur Ablehnung des Ersatzes des vollen Kontrahierungsschadens der Neugläubiger.⁴⁰⁷ Vielmehr lässt sich die Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs der Insolvenzverschleppungshaftung aufgrund ihrer Konstruktion als deliktische Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. der Antragspflicht als Schutzgesetz dogmatisch gut begründen.⁴⁰⁸ Denn auch bei

⁴⁰² So noch die Formulierung in BGHZ 29, 100, 104.

⁴⁰³ BGHZ 126, 181, 194; BT-Drs. 16/6140, S. 55.

⁴⁰⁴ Darauf hat *Ulmer*, ZIP 1993, 769, 771 zutreffend hingewiesen; ebenso *Schüppen*, DB 1994, 197, 201 f.; *Bork*, ZGR 1995, 505, 523; *Jacoby*, Das private Amt, S. 566. A.A. BGHZ 126, 181, 193; *Lutter*, DB 1994, 129, 135; *Flume*, ZIP 1994, 337, 340; *Müller*, ZIP 1993, 1531, 1536; vgl. aber noch die Formulierung in BGHZ 29, 100, 104.

⁴⁰⁵ *Ulmer*, ZIP 1993, 769, 771; *Bork*, ZGR 1995, 505, 521; *Schüppen*, DB 1994, 197, 201 f.

⁴⁰⁶ *Bork*, ZGR 1995, 505, 522.

⁴⁰⁷ So aber *Ulmer*, ZIP 1993, 769, 771.

⁴⁰⁸ *Bork*, ZGR 1995, 505, 522; a.A. *Ulmer*, ZIP 1993, 769, 771, mit dem Argument, eine solche Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs führe zur Konturlosigkeit der Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB. Die eine Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs ablehnenden Stellungnahmen (vgl. Fn. 404 in diesem Teil) sind insbesondere vor dem Bestreben zu sehen, die Ausdehnung der Insolvenzverschlep-

der Gruppe der potenziellen Gläubiger handelt es sich noch um eine hinreichend individualisierbare Personengruppe, deren Schutz die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB bezweckt.⁴⁰⁹

Im Rahmen der Entwicklung der Insolvenzverwalterhaftung gegenüber Neumassegläubigern, auf die sogleich eingegangen wird, bereitete die parallele Ausdehnung des Schutzes aus § 82 KO a.F. (heute: § 60 Abs. 1 InsO) von den bestehenden Massegläubigern auf die potenziellen Massegläubiger aufgrund der damit verbundenen Strapazierung des Beteiligtenbegriffs dagegen deutlich größere Schwierigkeiten.⁴¹⁰

b) Haftung gegenüber Altgläubigern

Die Altgläubiger, die bereits vor Insolvenzreife mit der Gesellschaft kontrahiert haben, können von dem Geschäftsleiter gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO dagegen lediglich Ersatz ihres Quotenschadens verlangen. Dieser besteht in der Differenz zwischen tatsächlich erlangter Insolvenzquote und der bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung hypothetisch erzielbaren Insolvenzquote. Es handelt sich um einen Gesamtschaden, der den Gläubigern gemeinschaftlich entsteht. Im eröffneten Insolvenzverfahren wird der Quotenschaden der Altgläubiger gem. § 92 InsO durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht. Der einzelne Altgläubiger kann seinen Anspruch nicht selbst geltend machen.

Die Durchsetzung der Haftung des Geschäftsleiters für den Quotenschaden der Altgläubiger wegen schuldhaft verzögerter Insolvenzantragstellung bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten.⁴¹¹ Denn die Bezifferung des durch die Quotenverringerung eingetretenen Gesamtschadens der Altgläubiger gestaltet sich regelmäßig äußerst kompliziert.⁴¹² Sie erfordert die Berechnung der fiktiven Insolvenzquote bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung.⁴¹³ Diese Schwierigkeiten führen dazu, dass die Insolvenzverschleppungshaftung

pungshaftung im Ergebnis zu verteidigen. Allerdings ist mit der Feststellung, das mit der Erweiterung des sachlichen Schutzbereichs die Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs korrespondiert, nicht zwingend eine Kritik der Ausweitung der Insolvenzverschleppungshaftung verbunden.

⁴⁰⁹ Bork, ZGR 1995, 505, 522; a.A. Ulmer, ZIP 1993, 769, 771; vgl. zur Bestimmtheit der Schutznorm BGHZ 40, 306; Sprau, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 58.

⁴¹⁰ Jacoby, Das private Amt, S. 566. Dazu sogleich Kapitel 4 – C.II.2.a).

⁴¹¹ Goette, in: FS Kreft, S. 53, 59 f.; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 214; Wischemeyer, DZWIR 2005, 230, 231 f.

⁴¹² Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 184; Steffek, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 15a Rn. 92.

⁴¹³ Zur Berechnung Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 15a Rn. 42; Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 185.

für den Quotenschaden der Altgläubiger praktisch keine nennenswerte Rolle spielt.⁴¹⁴ Dagegen hat die Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Neugläubigern eine deutlich höhere praktische Relevanz.⁴¹⁵

2. Insolvenzverwalter

Mit der zunehmenden Bedeutung der Unternehmensfortführung in der Insolvenz verschärfte sich auch die Problematik der Außenhaftung des Insolvenzverwalters. So stellte sich immer häufiger die Frage nach einer Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber den mit ihrer Forderung gegen die Masse ausfallenden Massegläubigern im Fall des Scheiterns der Unternehmensfortführung.⁴¹⁶ Das kann kaum überraschen, geht doch mit der werbenden Tätigkeit zwangsläufig eine stärkere Außenorientierung der Verwaltung einher.⁴¹⁷ So kommt es gerade bei der Unternehmensfortführung in größerem Umfang zur Begründung weiterer Masseverbindlichkeiten.⁴¹⁸ Im Mittelpunkt der insolvenzrechtlichen Diskussion stand dabei die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter gegenüber Neumassegläubigern haftet, mit denen er noch kontrahiert, obwohl die Erfüllbarkeit der neu begründeten Verbindlichkeit aus der Masse zweifelhaft ist.

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit die Haftung des Insolvenzverwalters ein vergleichbares Gläubigerschutzniveau bietet wie die Insolvenzverschleppungshaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften.⁴¹⁹ Dabei ist wie bei der Insolvenzverschleppungshaftung zwischen der Haftung gegenüber Neumassegläubigern und der Haftung gegenüber Altmassegläubigern zu unterscheiden.

a) Haftung gegenüber Neugläubigern

Zunächst soll der Blick gerichtet werden auf die Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Neumassegläubigern, mit denen der Insolvenzverwalter kontrahiert, obwohl es um die Insolvenzmasse finanziell schlecht bestellt ist.

⁴¹⁴ *Wagner*, in: FS K. Schmidt, S. 1665, 1683.

⁴¹⁵ *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 158.

⁴¹⁶ *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 17; s. jüngst die umfassende Untersuchung von *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung.

⁴¹⁷ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 11; vgl. oben Kapitel 1 – C.I.

⁴¹⁸ *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 2.

⁴¹⁹ Vgl. *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 143 ff., 234 ff.

Es geht also um die Pflichten des Insolvenzverwalters bei der Begründung neuer Masseverbindlichkeiten. Riskiert der Insolvenzverwalter eine persönliche Haftung gegenüber den potenziellen Massegläubigern, wenn er neue Verbindlichkeiten eingeht, welche aus der Insolvenzmasse nicht erfüllt werden können?

aa) Entwicklung der Außenhaftung unter § 82 KO a.F.

Die Rechtsprechung zur Insolvenzverwalterhaftung bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten hat eine wechselhafte Entwicklung durchgemacht.⁴²⁰ Der BGH gründete eine Außenhaftung des Konkursverwalters zunächst auf die Haftungsnorm des § 82 KO a.F. (Vorgängervorschrift zum heutigen § 60 Abs. 1 InsO), der wie folgt lautete:

Der Verwalter ist für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten verantwortlich.

Der weite Wortlaut des § 82 KO, der den Kreis der Anspruchsberechtigten – im Gegensatz zu § 2219 BGB – nicht abschließend definiert („allen Beteiligten“), erlaubte es, auch Personen, die erst durch Rechtshandlungen des Verwalters zu Massegläubigern werden, in den Schutz des § 82 KO miteinzubeziehen. Anknüpfend an die Rechtsprechung des Reichsgerichts nahm der BGH zunächst auf Grundlage von § 82 KO, gestützt auf einen weiten Beteiligtenbegriff, eine sehr weitgehende Außenhaftung des Konkursverwalters an.⁴²¹ Beteiligter i. S. v. § 82 KO war nach diesem weiten, sog. materiellrechtlichen Beteiligtenbegriff jeder, dem gegenüber der Verwalter Pflichten zu erfüllen hat.⁴²² Der Verwalter dürfe den Betrieb nach Konkurseröffnung nur so lange weiterführen, als die Gewähr bestehe, dass neu einzugehende Verbindlichkeiten voll gedeckt seien.⁴²³ Es gehöre auch zu den Pflichten des Verwalters, Masseansprüche nur dann zu begründen, wenn sie aus der Masse erfüllt werden können und ihre Begründung zu unterlassen, wenn dies nicht der Fall sei.⁴²⁴ Mit dem Beginn von Vertragsverhandlungen konkretisiere sich diese Pflicht auf den Vertragspartner, sodass dieser in den Kreis der

⁴²⁰ Zum Folgenden *ders.*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 143 ff.; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 2 f.; ausführliche Darstellung bei *Alles*, Haftung des Konkursverwalters bei der Fortführung insolventer Unternehmen.

⁴²¹ BGH NJW 1958, 1351; BGH NJW 1973, 1043.

⁴²² Der materiell-rechtliche Beteiligtenbegriff gilt auch im Rahmen des heutigen § 60 InsO *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 6; zur Begrenzung des materiell-rechtlichen Beteiligtenbegriffs auf insolvenzspezifische Pflichten sogleich unten bei Fn. 429.

⁴²³ BGH WM 1961, 511, 512; BGH WM 1975, 517.

⁴²⁴ BGH NJW 1958, 1351; BGH WM 1961, 511; BGH WM 1977, 847, 848.

Beteiligten gem. § 82 KO rücke.⁴²⁵ Verletzte der Konkursverwalter diese Pflicht, hafte er dem Neugläubiger zwar nicht für die Erfüllung des Vertrags, jedoch für den Schaden, der diesem durch Eingehung des Vertrags entstehe. Im Ergebnis erweiterte die Rechtsprechung damit den persönlichen Schutzbereich des § 82 KO auf potenzielle Massegläubiger.

Bereits in seinem Urteil vom 10. April 1979 deutete der BGH eine Relativierung dieses strengen Standpunkts an.⁴²⁶ In diesem Fall wurde das schuldenrische Unternehmen zehn Jahre fortgeführt. Der Kläger, als Lieferant bereits Konkursgläubiger, schloss während dieser Zeit zahlreiche Verträge mit dem Konkursverwalter und erzielte dadurch erhebliche Umsätze. Als die Unternehmensfortführung letztlich scheiterte, fiel der Kläger mit einem – im Verhältnis zu den früheren Umsätzen geringfügigen – Betrag aus. Diesen Ausfallbetrag verlangte er vom Verwalter aus § 82 KO ersetzt mit dem Argument, der Verwalter hätte sichergehen müssen, dass die Beträge vollständig aus der Masse erbracht werden könnten. Der BGH lehnte eine Haftung des Konkursverwalters ab. Allerdings begründete er dies noch nicht mit einer Einschränkung der Haftung aus § 82 KO. Stattdessen führte er aus, der Kläger verhalte sich gem. § 242 BGB unredlich, weil er selbst lange Zeit von der Unternehmensfortführung profitiert hätte. Auf diese Weise vermied das Gericht zunächst eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Außenhaftung des Konkursverwalters. Vielmehr betonte der BGH in dieser Entscheidung noch einmal, der Verwalter dürfe ein Unternehmen nur ausnahmsweise und nur zu eng begrenzten Zwecken kurzfristig fortführen. Er habe die Pflicht, neue Masseansprüche nur dann zu begründen, wenn gegen ihre Erfüllung aus der Masse nach sorgfältiger Prüfung aller Umstände keine Bedenken bestünden.⁴²⁷

In Reaktion auf scharfe Kritik aus der Literatur⁴²⁸ lockerte der BGH schließlich die strenge Haftung des Konkursverwalters gegenüber Neugläubigern bei der Unternehmensfortführung. Beteiligter i. S. v. § 82 KO sei nach dem materiell-rechtlichen Beteiligtenbegriff derjenige, dem gegenüber der Konkursverwalter Pflichten zu erfüllen habe. Allerdings sei die Haftung aus § 82 KO auf die Verletzung „insolvenzspezifischer“ Pflichten begrenzt.⁴²⁹ Abzugrenzen von „insolvenzspezifischen“ Pflichten seien Pflichten, die dem

⁴²⁵ BGH NJW 1958, 1351.

⁴²⁶ BGH NJW 1980, 55.

⁴²⁷ BGH NJW 1980, 55, 56.

⁴²⁸ Vor allem *Baur*, in: GS Bruns, S. 241 ff.; auch *Stüdemann*, in: FS 100 Jahre Konkursordnung, S. 401, 439.

⁴²⁹ BGHZ 99, 151, 154; dieser konkretisierte materiell-rechtliche Beteiligtenbegriff entspricht auch heute der h.M. zu § 60 InsO: BGH NZI 2007, 286; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 2.

Verwalter der Masse wie jedem Vertreter fremder Interessen gegenüber seinem Geschäftspartner bei oder nach Vertragsschluss obliegen. Eine Haftung des Konkursverwalters sei daher nicht gerechtfertigt, wenn im Zeitpunkt der Masseschuldbegründung die Aussicht bestand, dass die Verbindlichkeit aus der Masse erfüllt werden könne. Das Risiko des Scheiterns dürfe in diesem Fall nicht allein den Verwalter treffen. Der Konkursverwalter sei jedoch verpflichtet, keine weiteren Masseverbindlichkeiten zu begründen, sobald feststehe, dass er diese aus der Masse nicht vollständig werde erfüllen können.⁴³⁰ Verletze er schuldhaft diese insolvenzspezifische Pflicht, hafte er den Neu-massegläubigern gem. § 82 KO.

Noch restriktiver formulierte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1987.⁴³¹ Erneut betonte er die Beschränkung der Haftung gem. § 82 KO auf die Verletzung insolvenzspezifischer, d. h. aus der Konkursordnung folgender Pflichten. Insbesondere rückte er in dieser Entscheidung von der Annahme ab, dass Verhandlungs- und Vertragspartner der Konkursmasse stets Beteiligte i. S. v. § 82 KO seien.⁴³² Vielmehr träfen den Insolvenzverwalter insolvenzspezifische Pflichten gegenüber dem Gemeinschuldner, den Insolvenzgläubigern, den Massegläubigern sowie gegenüber den Aus- und Absonderungsberechtigten.⁴³³ Dagegen folge nicht aus der Konkursordnung, sondern aus allgemeinen Vorschriften, welche Pflichten den Konkursverwalter als Verhandlungs- und Vertragspartner eines Dritten, der mit der Konkursmasse kontrahieren will, träfen.⁴³⁴

Besondere Beachtung verdient, dass der BGH die Einschränkung der Insolvenzverwalterhaftung ausdrücklich auch mit einem Vergleich mit der Haftung des Testamentsvollstreckers gem. § 2219 BGB begründete.⁴³⁵ Die Pflichten, die dem Insolvenzverwalter wie „jedem Vertreter fremder Interessen gegenüber seinem Geschäftspartner bei oder nach Vertragsschluss obliegen“, seien nicht konkursspezifisch.⁴³⁶ Die Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 82 KO finde ihre Parallele in anderen gesetzlich geregelten Fällen der Haftung von Interessenvertretern gegenüber den jeweiligen Interessenträgern, so wie „der Vorstände und Geschäftsführer in § 93 AktG und § 43 GmbHG gegenüber der Gesellschaft, des Testamentsvollstreckers in

⁴³⁰ BGHZ 99, 151, 156.

⁴³¹ BGHZ 100, 346.

⁴³² BGHZ 100, 346, 350; vgl. dagegen noch BGHZ 85, 75, 77; BGH NJW 1958, 1351.

⁴³³ BGHZ 100, 346, 350.

⁴³⁴ BGHZ 100, 346, 351.

⁴³⁵ Darauf hinweisend auch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 239.

⁴³⁶ BGHZ 100, 346, 351.

§ 2219 BGB gegenüber dem Erben und Vermächtnisnehmer sowie des Nachlaßverwalters in § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber den Erben und Nachlaßgläubigern.⁴³⁷ Eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters (z. B. aus c. i. c. oder Delikt) komme – wie bei den übrigen Interessenvertretern – nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht. Es bestünde keinerlei Anlass, den Insolvenzverwalter insofern anders zu behandeln als jeden anderen Vertreter fremder Interessen. Nach diesem Stand der Rechtsprechung konnte der Insolvenzverwalter das Unternehmen also mit einem geringen Risiko einer Eigenhaftung gegenüber den Neumassegläubigern fortführen. Von einer (konkursspezifischen) Haftung für die Begründung von Masseverbindlichkeiten war er vollkommen befreit. Nach diesem letzten Stand der Rechtsprechung zu § 82 KO entsprach die Außenhaftung des Konkursverwalters gegenüber Neugläubigern im vertraglichen Bereich damit genau derjenigen des Testamentsvollstreckers. Auch heute entspricht es der wohl herrschenden Meinung, dass sich aus § 60 InsO als der Nachfolgevorschrift zu § 82 KO keine Haftung gegenüber Neumassegläubigern auf Ersatz ihres Kontrahierungsschadens herleiten lässt.⁴³⁸ Potenzielle Neugläubiger sind nicht Beteiligte i. S. v. § 60 InsO bzw. § 82 KO.⁴³⁹

bb) Die Außenhaftung gem. § 61 InsO

Eine erneute Wende ergab sich durch die Einführung der Insolvenzordnung im Jahr 1999. Zunächst hat der Gesetzgeber die Haftungsgrundnorm des § 82 KO a. F. durch den neuen § 60 InsO⁴⁴⁰ ersetzt, der wie folgt lautet:

- (1) ¹Der Insolvenzverwalter ist allen Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. ²Er

⁴³⁷ BGHZ 100, 346, 351 f.

⁴³⁸ So BGH NZI 2008, 607 Rn. 10; BGH ZIP 2010, 2356 Rn. 5 und 11: Einen entsprechenden Schutz gewährleistet § 61 S. 1 InsO, der insoweit abschließend ist. Ebenso *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 42.

⁴³⁹ *Jacoby*, Das private Amt, S. 566; *Lüke*, ZIP 2005, 1113, 1117; überzeugend *ders.*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 3: „Die Tatsache, dass der Gesetzgeber sich zu einer eigenen gesetzlichen Haftungsbestimmung veranlasst sah, zeigt allerdings den auch nach seiner Auffassung fehlenden insolvenzspezifischen Charakter dieser Pflicht.“; *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 61 Rn. 5; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 11; *Adam*, DZWIR 2008, 14: Der Insolvenzverwalter haftet gegenüber dem Vertragspartner, „der zu jener Zeit noch kein materiell am Verfahren Beteiligter war. Bei § 61 InsO handelt es sich daher um eine Erweiterung des die Beteiligung voraussetzenden § 60 InsO.“; *Pape*, in: FS Kirchhof, S. 391, 395. A.A. *Schoppmeyer*, in: FS Kreft, S. 525, 528.

⁴⁴⁰ Im Gesetzesentwurf noch im Wesentlichen gleichlautend § 71 InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 19.

hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen.

(2) Soweit er zur Erfüllung der ihm als Verwalter obliegenden Pflichten Angestellte des Schuldners im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit einsetzen muß und diese Angestellten nicht offensichtlich ungeeignet sind, hat der Verwalter ein Verschulden dieser Personen nicht gemäß § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu vertreten, sondern ist nur für deren Überwachung und für Entscheidungen von besonderer Bedeutung verantwortlich.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Neumassegläubigern in Abkehr von der zuletzt sehr verwalterfreundlichen Rechtsprechung zu § 82 KO a.F. separat von der Haftungsgrundnorm des § 60 Abs. 1 InsO durch Einführung der Vorschrift des § 61 InsO⁴⁴¹ neu geregelt:

¹Kann eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden, so ist der Verwalter dem Massegläubiger zum Schadenersatz verpflichtet. ²Dies gilt nicht, wenn der Verwalter bei der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, daß die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen würde.

Damit erfuhr die Außenhaftung des Insolvenzverwalters gegenüber den Neumassegläubigern wieder eine Verschärfung. Laut der Gesetzesbegründung wurde die zuletzt restriktivere Rechtsprechung des BGH als zu verwalterfreundlich eingeschätzt.⁴⁴² Die Haftung gem. § 61 InsO ähnelt in gewisser Weise der früheren Rechtsprechung zur Haftung des Konkursverwalters gegenüber Neumassegläubigern gem. § 82 KO.⁴⁴³ Wie der BGH in seiner früheren Rechtsprechung zu § 82 KO knüpft auch § 61 InsO an eine Prognose des Insolvenzverwalters im Zeitpunkt der Masseschuldbegründung darüber an, ob die Verbindlichkeit aus der Masse voraussichtlich erfüllt werden kann. Dabei muss die Wahrscheinlichkeit der Erfüllbarkeit größer sein als die drohenden Nichterfüllbarkeit.⁴⁴⁴ Der Verwalter haftet also nicht erst, wenn schon ex ante feststeht, dass die Verbindlichkeit nicht aus der Masse erfüllt werden kann.⁴⁴⁵ Zudem verschärft die Neuregelung die Haftung des Insolvenzverwalters durch eine Beweislastumkehr zulasten des Insolvenzverwalters, § 61 S. 2 InsO. Will er sich exkulpieren, so obliegt ihm der Beweis, dass er die voraussichtliche Nichterfüllbarkeit aus der Masse im Zeitpunkt

⁴⁴¹ Im Gesetzesentwurf noch mit demselben Wortlaut § 72 InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 20.

⁴⁴² BT-Drs. 12/2443, S. 129.

⁴⁴³ Schoppmeyer, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 6.

⁴⁴⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 129; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 61 Rn. 25; Thole, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 10.

⁴⁴⁵ Vgl. dagegen noch BGHZ 99, 151, 156.

der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte.⁴⁴⁶ Die ganz überwiegende Ansicht sieht in § 61 InsO eine Verschärfung der Insolvenzverwalteraußenhaftung gegenüber § 82 KO.⁴⁴⁷ Aus diesem Grund ist die Haftungsnorm des § 61 InsO bei zahlreichen Autoren auf Skepsis gestoßen, die kritisieren, die Haftung gem. § 61 InsO gehe zu weit.⁴⁴⁸ Es finden sich jedoch auch Befürworter, die in § 61 InsO eine gelungene Regelung sehen, welche die Entwicklung um die Außenhaftung des Insolvenzverwalters zu einem sinnvollen Abschluss bringe.⁴⁴⁹

(1) Tatbestand

Nach § 61 S. 1 InsO haftet der Verwalter einem Neumassegläubiger auf Schadensersatz, wenn die durch seine Rechtshandlung begründete Masseverbindlichkeit aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann. Der Verwalter kann sich gem. § 61 S. 2 InsO entlasten, indem er entweder beweist, dass im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit objektiv von einer voraussichtlich zur Erfüllung ausreichenden Masse auszugehen war, oder nachweist, dass er die voraussichtliche Nichterfüllbarkeit nicht erkennen konnte.⁴⁵⁰ Da es um eine Prognose im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit geht, ist die strenge Beachtung der ex ante-Perspektive erforderlich, um die Gefahr eines *hindsight bias* zu vermeiden.⁴⁵¹ Aus dem Umstand, dass sich die Prognose ex post im Ergebnis als falsch erwiesen hat, darf nicht auf die Fehlerhaftigkeit der Prognose geschlossen werden. Gegenstand der Prognose ist die voraussichtliche Erfüllbarkeit der Verbindlichkeit. Die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung muss größer sein als die der drohenden Nichterfüllbarkeit.⁴⁵² Für eine erfolgreiche Exkulpation des Verwalters

⁴⁴⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 129.

⁴⁴⁷ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 147; *von Olshausen*, ZIP 2002, 237, 238; *Pape*, in: FS Kirchhof, S. 391, 397; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 1; *Rein*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 61 Rn. 2; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 61 Rn. 1; *Baumert*, in: Braun, InsO, § 61 Rn. 2.

⁴⁴⁸ *Von Olshausen*, ZIP 2002, 237, 238.

⁴⁴⁹ *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 6; *ders.*, in: FS Kreft, S. 525, 530; wohlwollend auch *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 1: Die Haftungsverschärfung werde „in moderate Bahnen“ gelenkt.

⁴⁵⁰ BGH NZI 2005, 222; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 24; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 9; strenger *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 4h: „gewisse Sicherheit“ erforderlich.

⁴⁵¹ BGH NZI 2005, 222, 223; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 24; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 9.

⁴⁵² BT-Drs. 12/2443, S. 129; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 61 Rn. 25; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 10.

gem. § 61 S. 2 InsO ist grundsätzlich eine ordnungsgemäße Liquiditäts- und Finanzplanung erforderlich.⁴⁵³ Denn nur anhand eines Finanzplans zur Liquiditätsprognose kann der Verwalter beurteilen, ob die Masse voraussichtlich zur Erfüllung ausreichen wird. In dem Finanzplan müssen der Mittelbedarf und die vorhandenen und erwarteten Mittel gegenübergestellt werden. Die Liquiditätsplanung muss laufend aktualisiert werden, wobei eine taggenaue Planung nicht erforderlich ist. Für die Liquiditätsprognose sind der Zahlungsmittelbestand sowie künftig zu erwartende Zahlungsströme zu berücksichtigen.⁴⁵⁴ Es geht um eine Prognose auf Basis der aktuellen Liquiditätslage, einer realistischen Beurteilung ausstehender, offener Forderungen sowie der künftigen Geschäftsentwicklung.⁴⁵⁵ Die schlüssige Prognose erfordert eine verlässliche Tatsachenbasis. Forderungen, an deren Realisierbarkeit ernsthafte Zweifel bestehen, sind nicht zu berücksichtigen.⁴⁵⁶ Mittelbar hält § 61 InsO den Insolvenzverwalter somit zur Unterhaltung einer Liquiditätsplanung an. Trotz negativer Erfüllungbarkeitsprognose haftet der Verwalter nach ganz überwiegender Ansicht dann nicht gem. § 61 InsO, wenn er den Geschäftspartner auf das Risiko hinweist und der so aufgeklärte Geschäftspartner das Risiko bewusst eingeht.⁴⁵⁷ Unklarheit besteht lediglich darüber, ob dieses Ergebnis im Wege teleologischer Reduktion des § 61 InsO zu erreichen oder eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs anzunehmen ist.⁴⁵⁸

In der Rechtsfolge haftet der Verwalter dem Massegläubiger nach § 61 InsO nicht auf das positive, sondern lediglich auf das negative Interesse.⁴⁵⁹ Ein entsprechender Ausfallschaden liegt jedenfalls dann vor, wenn der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit angezeigt hat und mit einer Erfüllung der fälligen Neumasseforderung in absehbarer Zeit nicht mehr zu rechnen ist.⁴⁶⁰ Bei der Schadensberechnung muss sich der Neugläubiger nicht seine Quote, die er aus der unzulänglichen Insolvenzmasse nach § 209 Abs. 1 Nr. 3

⁴⁵³ *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 25.

⁴⁵⁴ *Pape*, in: FS Kirchhof, S. 391, 405.

⁴⁵⁵ BGHZ 159, 104, 116; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 7.

⁴⁵⁶ BGHZ 159, 104, 116.

⁴⁵⁷ *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 61 Rn. 21; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 5; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 50; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 61 Rn. 23; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 10; auch OLG Düsseldorf ZIP 2004, 1375.

⁴⁵⁸ Für teleologische Reduktion *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 61 Rn. 21; für Ablehnung des Zurechnungszusammenhangs *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 10; wohl auch *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 50.

⁴⁵⁹ BGH NZI 2014, 400 Rn. 17; BGH NZI 2005, 222, 223; BGHZ 159, 104, 117 ff.; a.A. früher noch OLG Brandenburg NZI 2003, 552, 553.

⁴⁶⁰ BGHZ 159, 104, 108; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 12.

InsO zu erwarten hat, anrechnen lassen.⁴⁶¹ Bei dem Schadensersatzanspruch aus § 61 InsO handelt es sich um einen Individualanspruch, den der ausfallende Massegläubiger bereits während des Insolvenzverfahrens gegen den Insolvenzverwalter geltend machen kann.⁴⁶²

(2) Normzweck und Haftungsgrund

Die Regelung des § 61 InsO soll potenzielle Massegläubiger schützen, die im Rahmen der Unternehmensfortführung durch Rechtshandlungen des Verwalters mit der Masse in Kontakt kommen.⁴⁶³ Die Vorschrift bezweckt einen Ausgleich des mit den erweiterten Möglichkeiten der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter verbundenen Risikos für die potenziellen Massegläubiger.⁴⁶⁴ In der Gesetzesbegründung liest man dazu:

„Entscheidend ist, ob der Verwalter bei der Begründung der Schuld erkennen konnte, daß die Masse zur Erfüllung der Verbindlichkeit, voraussichtlich nicht ausreichen würde [...]. Das Wort „voraussichtlich“ ist [...] so auszulegen, daß der Eintritt des Ereignisses – hier: der Masseunzulänglichkeit – wahrscheinlicher sein muß als der Nichteintritt. Ist diese Voraussetzung gegeben, so trifft den Vertragspartner ein erhöhtes Risiko, das über die allgemeinen Gefahren eines Vertragsabschlusses – auch des Vertragsschlusses mit einem Insolvenzverwalter – weit hinausgeht und das den Verwalter daher schon nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen zu einer Warnung des Vertragspartners verpflichtet.“⁴⁶⁵

Dies wird teilweise so interpretiert, der Gesetzgeber gehe anscheinend davon aus, dass die Teilnahme der Insolvenzmasse am Rechtsverkehr mit einem besonderen, im Vergleich zum sonstigen Rechtsverkehr erhöhten, Risiko verbunden sei.⁴⁶⁶ Doch worin besteht das erhöhte Risiko, von dem in der Gesetzesbegründung die Rede ist? Man könnte daran denken, dass die Gefahr einer Masseunzulänglichkeit im Insolvenzverfahren, also einer „Insolvenz in der Insolvenz“, größer ist als das Risiko einer Insolvenz einer verbenden Gesellschaft.⁴⁶⁷ So geht auch der BGH davon aus, dass der Ver-

⁴⁶¹ BGHZ 159, 104, 121. Auch insoweit ist die Haftung parallel zur Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter ausgestaltet, vgl. oben Kapitel 4 – C.II.1.a) bei Fn. 395.

⁴⁶² BGH NZI 2006, 580 Rn. 7; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 7.

⁴⁶³ BGH ZInsO 2015, 1216 Rn. 18; *Weitzmann*, in: HambKomm InsO, § 61 Rn. 1; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 1.

⁴⁶⁴ *Pape*, in: FS Kirchhof, S. 391, 397; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 2.

⁴⁶⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 129.

⁴⁶⁶ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 3; *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 61 Rn. 5.

⁴⁶⁷ So etwa *Schoppmeyer*, in: FS Kreft, S. 525, 531.

tragsschluss mit einem insolventen Vertragspartner besondere Risiken birgt. Die Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsunfähigkeit sei hier deutlich höher als bei dem Vertragsschluss mit einer Person, über deren Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet ist.⁴⁶⁸ Das mag zutreffen,⁴⁶⁹ doch wäre dies jedenfalls kein Risiko, das „über die allgemeinen Gefahren [...] auch des Vertragsschlusses mit einem Insolvenzverwalter [...] weit hinausgeht“.⁴⁷⁰ Das besondere Risiko für den potenziellen Massegläubiger ergibt sich vielmehr in erster Linie daraus, dass er zur Befriedigung seines Anspruch grundsätzlich nur auf die Insolvenzmasse zugreifen kann, deren Suffizienz aber in der geregelten Konstellation unwahrscheinlich ist. Die besondere Gefahr folgt also schlicht aus der Kombination von Haftungsbeschränkung auf die Insolvenzmasse und absehbarer Masseunzulänglichkeit. § 61 InsO soll dementsprechend Dritte vor dem Vertragsschluss mit dem Insolvenzverwalter in einem Stadium schützen, in dem die Masseunzulänglichkeit konkret droht oder bereits eingetreten ist.⁴⁷¹

Zudem soll die Ausfallhaftung des Verwalters gem. § 61 InsO die Kontrahierungsbereitschaft potenzieller Vertragspartner mit der Masse stärken und so zur Förderung der Unternehmensfortführung in der Insolvenz beitragen.⁴⁷² Ließ die Rechtsprechung den Verwalter ursprünglich haften, um ihn von einer als Ausnahme verstandenen Unternehmensfortführung grundsätzlich abzuhalten,⁴⁷³ so soll die Verwalterhaftung gem. § 61 InsO also das genaue Gegenteil bewirken. Bereits die wechselvolle Entwicklung der Insolvenzverwalterhaftung verdeutlicht damit, dass es sich insoweit bei der Außenhaftung um ein zweischneidiges Schwert handelt. Eine zu strenge Haftung des Verwalters für Neuverbindlichkeiten neben der Masse würde einen Anreiz zu risikoavermem Verhalten setzen und den Verwalter von der Unternehmensfortführung abschrecken. Auf der anderen Seite mindert eine zu schwache Verwalterhaftung für Neuverbindlichkeiten die Bereitschaft potenzieller Geschäftspartner, mit der Masse zu kontrahieren.⁴⁷⁴ § 61 InsO sucht hier einen Mittelweg in Form einer strengen Ausfallhaftung des Verwalters, die jedoch

⁴⁶⁸ BGHZ 159, 104, 110; BGH NJW-RR 2009, 276, 277; *Lüke*, ZIP 2005, 1113, 1115. Der Hinweis auf ein besonderes Risiko, dass mit der Fortführung eines insolventen Unternehmens verbunden ist, findet sich bereits in der früheren Rechtsprechung: BGH NJW 1973, 1043; BGH NJW 1980, 55.

⁴⁶⁹ Sehr kritisch dagegen *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 184 mit dem Hinweis, es fehle insoweit an empirischen Daten.

⁴⁷⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 129.

⁴⁷¹ *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 61 Rn. 22.

⁴⁷² BT-Drs. 12/2443, S. 129; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 1.

⁴⁷³ BGH NJW 1958, 1351; BGH NJW 1973, 1043.

⁴⁷⁴ *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 2.

durch die Voraussetzung eines Sorgfaltsverstößes auf durch den Verwalter beherrschbare Risiken begrenzt wird.⁴⁷⁵

Über den Haftungsgrund der Norm existieren unterschiedliche Ansichten, die sich im Wesentlichen in zwei Gruppen teilen lassen.⁴⁷⁶ Teilweise wird die Haftung gem. § 61 InsO als ein speziell geregelter Fall der Haftung aus c. i. c. gesehen.⁴⁷⁷ Der Haftungsgrund des § 61 InsO liege in einer Aufklärungspflichtverletzung, hierauf müsse sich auch das Verschulden beziehen.⁴⁷⁸ Dagegen spricht der Wortlaut des § 61 InsO, der keine Aufklärungspflicht statuiert und auch die Exkulpation nicht an eine erfolgte Aufklärung knüpft.⁴⁷⁹ Nach anderer, vorzugswürdiger Auffassung liegt der Haftungsgrund des § 61 InsO in der pflichtwidrigen Unternehmensfortführung trotz voraussehbaren Scheiterns.⁴⁸⁰ Die Haftung rechtfertige sich aus der Verletzung der Pflicht, Masseverbindlichkeiten nur dann zu begründen, wenn die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten voraussichtlich gesichert ist.⁴⁸¹

cc) § 61 InsO als funktionales Äquivalent zur Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Neugläubigern

Die Haftung des Insolvenzverwalters gem. § 61 InsO schützt potenzielle Gläubiger auf ganz ähnliche Weise wie die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften. Es handelt es sich um funktionale Äquivalente.⁴⁸²

⁴⁷⁵ Ders., in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 2; Thole, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 1.

⁴⁷⁶ Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 154. Die Ansicht, die den Haftungsgrund in der unvollständigen Erfüllung der Verbindlichkeit sah und zu einer Haftung auf das positive Interesse führte, so früher OLG Brandenburg NZI 2003, 552, 553 f., wird heute wohl nicht mehr vertreten.

⁴⁷⁷ Gerhard, in: Jaeger, InsO, § 61 Rn. 5, 26; Webel, Die Haftung des Insolvenzverwalters für Masseverbindlichkeiten im Rahmen des § 61 InsO, S. 10 ff.

⁴⁷⁸ So noch Hefermehl, in: MünchKomm InsO, § 53 Rn. 84 in der 3. Aufl. 2013, aufgegeben in 4. Aufl. 2019; vgl. Laws, MDR 2003, 787, 790; auch Webel, Die Haftung des Insolvenzverwalters für Masseverbindlichkeiten im Rahmen des § 61 InsO, S. 43.

⁴⁷⁹ Vgl. auch Laws, MDR 2003, 787, 792.

⁴⁸⁰ Schoppmeyer, in: FS Kreft, S. 525, 530.

⁴⁸¹ BGHZ 159, 104, 109; Schoppmeyer, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 20; ders., in: FS Kreft, S. 525, 530; Thole, in: Karsten Schmidt, InsO, § 61 Rn. 1; Lohmann, in: HK-InsO, § 61 Rn. 12; Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 170.

⁴⁸² Für Vergleichbarkeit bereits BGHZ 159, 104, 119; s. insbesondere Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 148 ff. mit ausführlicher

Beide Regelungen verfolgen im Wesentlichen den gleichen ausfallspezifischen Schutzzweck.⁴⁸³ Potenzielle Gläubiger sollen vor dem Vertragsschluss mit einer haftungsbeschränkten Organisationsform, deren Vermögen insuffizient ist, geschützt werden. Dabei geht es nicht um den Schutz vor dem gewöhnlichen Insolvenzrisiko, das auch bei natürlichen Personen existiert.⁴⁸⁴ Vielmehr es geht um den Schutz vor dem Kontakt mit einer Organisationsform ohne persönliche haftende natürliche Person, deren Vermögen insuffizient ist. Soweit der Zweck des § 61 InsO in der Förderung der Unternehmensfortführung durch Ermutigung Dritter zum Vertragsschluss mit dem Insolvenzverwalter gesehen wird, so handelt es sich dabei letztlich nur um die andere Seite derselben Medaille. Denn dieses Ziel verfolgt § 61 InsO gerade durch die Stärkung des Gläubigerschutzes.

Rechtstechnisch bedienen sich die Haftungsregelungen zwar unterschiedlicher Mittel. So knüpft die Insolvenzverschleppungshaftung an das Unterlassen der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung an.⁴⁸⁵ Sie ist rechtsdogmatisch als zivilrechtliches Unterlassungsdelikt ausgestaltet.⁴⁸⁶ Die Haftung gem. § 61 InsO knüpft demgegenüber an die pflichtwidrige Begründung neuer Masseverbindlichkeiten an, nicht etwa an das Unterlassen der rechtzeitigen Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO.⁴⁸⁷ Dennoch ist die Haftung gem. § 61 InsO in wesentlichen Aspekten parallel zur Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften ausgestaltet.⁴⁸⁸ In beiden Fällen ist die Haftung des Verwalters auf das negative Interesse des geschädigten Neugläubigers gerichtet. Sowohl die Haftung nach § 61 InsO als auch die Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO greifen bereits bei einfacher Fahrlässigkeit

Analyse der Haftung aus § 61 InsO als funktionales Äquivalent zur Insolvenzverschleppungshaftung.

⁴⁸³ Vgl. *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 413: „Ausfallrisikospezifischer Schutzzweck“ der Insolvenzverschleppungshaftung.

⁴⁸⁴ *Ders.*, ZHR 170 (2006), 398, 413; auch die Gesetzesbegründung zu § 61 InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 129.

⁴⁸⁵ *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, S. 456.

⁴⁸⁶ Für die h. M. *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 146; *Casper*, in: Ulmer, GmbHG, § 64 Rn. 160; *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 203; kritisch und für eine Konzeption als Tätigkeitsdelikt *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 132.

⁴⁸⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 129 f. Dies schließt eine Begehung durch rechtlich relevantes Unterlassen nicht aus, vgl. zur Haftung wegen unterlassener Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses BGH ZIP 2012, 533. Eine insolvenzspezifische Pflicht zur rechtzeitigen Anzeige der Masseunzulänglichkeit im Interesse einzelner Gläubiger besteht jedoch gerade nicht, BGH ZIP 2010, 2356.

⁴⁸⁸ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 153.

keit.⁴⁸⁹ Ebenfalls gilt in beiden Fällen eine Beweislastumkehr zugunsten der Geschädigten. Bei der Insolvenzverschleppungshaftung muss der Gläubiger den objektiven Tatbestand der Insolvenzverschleppung darlegen, also die Eigenschaft des Beklagten als Antragspflichtiger, das Vorliegen des Insolvenzgrundes, das Unterlassen des Insolvenzantrags, den Schaden und die haftungsausfüllende Kausalität. Das Verschulden wird bei Vorliegen des objektiven Tatbestands der Insolvenzverschleppung nach ständiger Rechtsprechung vermutet.⁴⁹⁰ Im Rahmen von § 61 InsO muss der Gläubiger lediglich die Begründung der Masseverbindlichkeit durch den Insolvenzverwalter und die Nichterfüllung darlegen. Daraufhin werden Pflichtwidrigkeit und Verschulden des Verwalters vermutet.⁴⁹¹ Auch die prozessuale Abwicklung ist parallel ausgestaltet. So können die Neugläubiger in beiden Fällen ihre individuellen Vertrauensschäden jeweils individuell gegenüber dem Fremdverwalter geltend machen.

Im Vergleich zur Insolvenzverschleppungshaftung ist die Haftung gem. § 61 InsO allerdings insofern strenger, als der Tatbestand des § 61 InsO keine materielle Masseunzulänglichkeit (als Pendant zur materiellen Insolvenz bei der Insolvenzverschleppungshaftung) im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit voraussetzt.⁴⁹² Im Gegensatz zur Insolvenzverschleppungshaftung, die zeitlich erst ab Eintritt materieller Insolvenz greift, droht die Haftung gem. § 61 InsO bereits vor dem Eintritt materieller Masseunzulänglichkeit. Die potenzielle Haftungsverschärfung durch den Verzicht auf das Kriterium der objektiven Masseunzulänglichkeit im Rahmen des § 61 InsO sollte allerdings nicht überschätzt werden. Entscheidend ist, welche Maßstäbe die Gerichte bei der Prüfung der vom Insolvenzverwalter anzustellenden Prognose anlegen. Bislang ist nicht ersichtlich, dass die Gerichte insofern unangemessen strenge Anforderungen an die Insolvenzverwalter stellen würden.⁴⁹³ So betont auch der BGH, dass sich der von § 61 S. 2 InsO verlangte Entlastungsbeweis lediglich auf die Erkenntnismöglichkeiten des Insolvenzverwalters im Zeitpunkt der Begründung der Ansprüche bezieht.⁴⁹⁴ Die Rechtsprechung ist sich also durchaus bewusst, dass der Insolvenzverwalter nicht

⁴⁸⁹ Zu § 61 InsO: *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 61 Rn. 19. Zu § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. § 15a InsO: BGHZ 126, 181, 199; *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 171.

⁴⁹⁰ BGHZ 143, 184, 185.

⁴⁹¹ *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 53.

⁴⁹² Kritisch und für eine entsprechende Ergänzung des § 61 InsO *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 188 ff.

⁴⁹³ So auch *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 2.

⁴⁹⁴ BGH NZI 2005, 222, 223; auch OLG Düsseldorf NZI 2012, 675, 678, wonach bei der Prognose der Masseunzulänglichkeit auf das nächste Geschäftsjahr abzustellen ist.

unendlich weit in die Zukunft blicken kann. Das maßgebliche Abstellen auf eine Erfüllungsprognose im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit muss folglich nicht zwangsläufig eine Haftungsverschärfung bedeuten. Dies illustriert auch ein Seitenblick auf das funktionale Äquivalent zur deutschen Insolvenzverschleppungshaftung im englischen Recht, die Haftung aus *wrongful trading* nach section 214 Insolvency Act 1986 (kurz: s. 214 IA).⁴⁹⁵ Die Voraussetzungen einer Haftung aus *wrongful trading* bestimmt s. 214 (2) IA:

- (a) The company has gone into insolvent liquidation,
- (b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and
- (c) that person was a director of the company at that time.

Danach haftet der Direktor im Fall einer insolventen Liquidation seiner Gesellschaft, wenn er zu einem bestimmten Zeitpunkt (sog. *moment of truth*) vor der Liquidation wusste oder wissen musste, dass keine vernünftige Aussicht für die Gesellschaft bestand, eine überschuldete Liquidation vermeiden zu können.⁴⁹⁶ Die englische *wrongful trading* Haftung basiert also im Wesentlichen auf der gem. s. 214 (2)(b) IA durch den Geschäftsleiter zu treffenden Prognose.⁴⁹⁷ Die Überschuldung ist zwar gem. s. 214 (2)(a) IA Haftungsvoraussetzung, aber nicht Gegenstand der Prognose. Die Prognose bezieht sich allein auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der *moment of truth* könnte nach dem Wortlaut der Norm daher theoretisch schon weit vor dem Eintritt materieller Insolvenzreife liegen.⁴⁹⁸ Tatsächlich nehmen die englischen Gerichte den *moment of truth* jedoch erst deutlich später an.⁴⁹⁹ Auf diese Weise führt die Anknüpfung an den *moment of truth* gerade nicht zu einer zeitlichen Vorverlagerung und Verschärfung der Haftung im Vergleich zur deutschen Insolvenzverschleppungshaftung, sondern im Gegenteil dazu, dass die Haftung aus *wrongful trading* regelmäßig sogar später greift.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Zur funktionalen Äquivalenz von Insolvenzverschleppungshaftung und *wrongful trading* Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 148; Steffek, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, S. 440 ff.

⁴⁹⁶ Steffek, NZI 2010, 589, 590.

⁴⁹⁷ Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 183; Steffek, NZI 2010, 589, 590: „Herzstück des *wrongful trading*“.

⁴⁹⁸ So etwa die Einschätzung bei *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 754 f.

⁴⁹⁹ Deutlich Steffek, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 364 ff., 461 ff.; Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 184; Guntermann, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, S. 343.

⁵⁰⁰ Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 188.

Im Ergebnis eröffnet § 61 InsO eine Haftung des Insolvenzverwalters, die Neugläubigern ein vergleichbares Schutzniveau bietet wie die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft.

b) Haftung gegenüber Altgläubigern

Nach dem heute herrschenden Verständnis umfasst die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO zwei unterschiedliche Haftungsregime.⁵⁰¹ Zum einen können die nach materieller Insolvenzreife mit dem Geschäftsleiter kontrahierenden Neugläubiger Ersatz ihres durch den Vertragsschluss entstandenen Vertrauensschadens verlangen. Dabei geht es um Fälle, in denen bereits im Zeitpunkt der Begründung der Neuverbindlichkeit Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen und somit die Neuverbindlichkeit überhaupt nicht mehr hätte begründet werden dürfen. Diese Fälle werden bei der Insolvenzverwalterhaftung nunmehr durch § 61 InsO geregelt. Zum anderen umfasst die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter jedoch auch die Haftung für den Schaden, der den Altgläubigern, die ihre Forderungen bereits vor dem Eintritt materieller Insolvenz erworben haben, während der Insolvenzverschleppungsphase durch eine Verringerung ihrer Insolvenzquote entsteht. Der Ersatz eines entsprechenden Quotenschadens der Altmassegläubiger ist von § 61 InsO allerdings nicht erfasst. § 61 InsO regelt lediglich die Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Neugläubigern, mit denen der Verwalter kontrahiert, obwohl es bereits schlecht um die Insolvenzmasse bestellt ist. Die Vorschrift bestimmt ausschließlich Pflichten des Insolvenzverwalters bei der Begründung von neuen Masseverbindlichkeiten, nicht aber für die Zeit nach der Begründung einer Masseverbindlichkeit.⁵⁰² § 61 InsO deckt also nur einen Teilbereich dessen ab, was bei der Kapitalgesellschaft durch die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter abgedeckt wird, nämlich die Haftung für den Kontrahierungsschaden der Neugläubiger.⁵⁰³ Es bleibt die Frage nach einem funktionalen Äquivalent zur Haftung des Geschäftsleiters gegenüber den Altgläubigern auf Ersatz des Quotenschadens als Gesamtschaden.

Eine entsprechende Haftung des Insolvenzverwalters für den Quotenschaden der Altmassegläubiger ergibt sich auf der Grundlage von § 60 InsO.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ s. zum Folgenden *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 234 ff.

⁵⁰² BGHZ 159, 104; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 27.

⁵⁰³ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 234.

⁵⁰⁴ Dies zeigt *ders.*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 234 ff.

Massegläubiger sind (im Gegensatz zu den nur potenziellen Massegläubigern) Beteiligte i. S. v. § 60 InsO.⁵⁰⁵ Dies gilt auch für Personen, die ihre Masseforderung durch Vertrag mit dem Insolvenzverwalter erworben haben. So haben die Massegläubiger gem. § 60 InsO einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihnen durch die schuldhafte Verkürzung der Insolvenzmasse entsteht.⁵⁰⁶ Dies gilt auch für den Fall, dass der Insolvenzverwalter durch die pflichtwidrige Unternehmensfortführung im Fall der Masseunzulänglichkeit die auf bereits entstandene Masseansprüche entfallende Quote weiter verkürzt.⁵⁰⁷ Der Insolvenzverwalter ist allen Massegläubigern gegenüber dafür verantwortlich, die Masseunzulänglichkeitsanzeige gem. § 208 InsO zum richtigen Zeitpunkt abzugeben.⁵⁰⁸ Werden nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit die Forderungen von Altmassegläubigern durch Handlungen des Verwalters weiter geschmälert, so entsteht den Altmassegläubigern ein Gesamtschaden.

Auch die Abwicklung dieses Schadens gelingt ähnlich wie die Abwicklung des Quotenschadens der Altgläubiger bei der Insolvenzverschleppungshaftung. Zwar enthält das Gesetz für die Abwicklung eines Gesamtschadens der Massegläubiger keine Regelung. Insbesondere ist § 92 InsO nicht direkt anwendbar, da er nur von der Geltendmachung eines Schadens der Insolvenzgläubiger handelt. Allerdings ist § 92 InsO nach überwiegender und überzeugender Ansicht in der Literatur analog auf diesen Gesamtschaden der Altmassegläubiger anzuwenden.⁵⁰⁹ Eine vergleichbare Interessenlage liegt vor. Denn die Verteilungsregeln des § 209 InsO gebieten nach vorrangiger Befriedigung der Neumassegläubiger eine gleichmäßige Verteilung der Restsumme unter den Altmassegläubigern.

§ 60 InsO führt auf diese Weise zu einer der Insolvenzverschleppungshaftung für den Quotenschaden der Altgläubiger vergleichbaren Haftung des Insolvenzverwalters.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 27.

⁵⁰⁶ BGHZ 159, 104, 105; vgl. *Gehrlein*, in: MünchKomm InsO, § 92 Rn. 8.

⁵⁰⁷ *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 208 Rn. 33; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 42.

⁵⁰⁸ BGH ZIP 2010, 2356 Rn. 12.

⁵⁰⁹ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 92 Rn. 51; *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 208 Rn. 30; *Gehrlein*, in: MünchKomm InsO, § 92 Rn. 8; *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 92 Rn. 22; symphatisierend BGHZ 159, 104, 112.

⁵¹⁰ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 239.

3. Nachlassverwalter

Bevor auf die Haftung des Testamentsvollstreckers eingegangen werden kann, ist ein Blick auf die Haftung des Nachlassverwalters zu werfen. Der Nachlassverwalter ist in seiner Rechtsstellung dem Insolvenzverwalter angenähert. Doch steht er funktional und rechtstechnisch gewissermaßen zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Nachlassinsolvenzverwalter.⁵¹¹ Die persönliche Haftung des Nachlassverwalters gegenüber den Nachlassgläubigern ist gesetzlich eigens geregelt in § 1985 BGB.⁵¹² Seine zwischen Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter einzuordnende Rechtsstellung macht sich auch bei den ihn treffenden Haftungsregelungen bemerkbar.

a) Haftung gegenüber Neugläubigern

Auch dem Nachlassverwalter droht eine Haftung gegenüber neuen Gläubigern, wenn er Nachlassverbindlichkeiten begründet, obwohl der Nachlass zur Befriedigung dieser Verbindlichkeiten erkennbar nicht ausreicht. Zum einen kommt eine Haftung des Nachlassverwalters aus der allgemeinen Haftungsregelung des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB in Betracht. Zum anderen ist an eine Haftung des Nachlassverwalters gegenüber Neugläubigern wegen Insolvenzverschleppung gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2 i. V. m. 1980 BGB zu denken.

aa) Verwalterhaftung gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB

In Parallele zur Haftung der Geschäftsleiter gem. § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG, des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO und des Testamentsvollstreckers gem. § 2219 BGB regelt § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB die Verantwortlichkeit des Nachlassverwalters gegenüber dem Erben und den Nach-

⁵¹¹ Die Nachlassverwaltung ist entsprechend der Insolvenzverwaltung ausgestaltet und die Rechtsstellung des Nachlassverwalters derjenigen des Insolvenzverwalters ähnlich, BGHZ 38, 281, 284; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 2. Im Gegensatz zur Insolvenzverwaltung dient die Nachlassverwaltung jedoch (wie die Testamentsvollstreckung) der Verwaltung eines zureichenden, also solventen Nachlasses. Daher ist der Nachlassverwalter anders als der Insolvenzverwalter grundsätzlich nicht an eine bestimmte Reihenfolge der Gläubigerbefriedigung gebunden, sondern lediglich an die Voraussetzungen der §§ 1985 Abs. 2 i. V. m. 1979, 1980 BGB, *ders.*, in: MünchKomm BGB, § 1975 Rn. 1. Ist allerdings der Fall der Nachlassinsolvenz eingetreten, so darf der Nachlassverwalter grundsätzlich überhaupt keine Zahlungen mehr leisten, sondern muss Insolvenzantrag stellen.

⁵¹² Die Haftung des Nachlassverwalters gegenüber dem Erben richtet sich nach den §§ 1915, 1833 BGB, denn die Nachlassverwaltung ist eine Form der Nachlasspflegschaft, § 1975 Abs. 1 BGB, s. nur *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 10.

lassgläubigern für die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses.⁵¹³ § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt, dass der Nachlassverwalter für die Verwaltung des Nachlasses auch gegenüber den Nachlassgläubigern verantwortlich ist. Erleiden die Nachlassgläubiger einen Schaden, weil der Nachlassverwalter den Nachlass schlecht verwaltet, so haben die Gläubiger einen eigenen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Nachlassverwalter. Es stellt sich aber die Frage, ob § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB auch den Fall erfasst, dass der Nachlassverwalter eine Verbindlichkeit begründet, die er später nicht aus dem Nachlassvermögen erfüllen kann.⁵¹⁴ Können ausfallende Neunachlassgläubiger in diesem Fall gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB Ersatz ihres Kontrahierungsschadens vom Nachlassverwalter verlangen? Das hängt davon ab, ob auch solche Personen bereits als Nachlassgläubiger unter die Vorschrift des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB fallen, die gerade erst im Begriff sind, mit dem Nachlassverwalter zu kontrahieren, die also nur potenzielle Gläubiger sind. In dieser Frage besteht eine große Ähnlichkeit zur Ausdehnung der Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften auf den gesamten Kontrahierungsschaden der potenziellen Neugläubiger sowie zur extensiven Handhabung der Insolvenzverwalterhaftung gegenüber neuen potenziellen Massegläubigern auf Grundlage des § 82 KO a.F. (heute § 60 InsO) durch die frühere Rechtsprechung.⁵¹⁵ Sie wurde im Rahmen des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch nur selten behandelt.⁵¹⁶ Insbesondere *Siegmann* hat eine Verantwortlichkeit des Nachlassverwalters gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber Verhandlungs- und Vertragspartnern angenommen.⁵¹⁷

Aus heutiger Perspektive sprechen allerdings die besseren Argumente gegen eine Haftung des Nachlassverwalters gegenüber potenziellen Neunachlassgläubigern aus § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB.⁵¹⁸

⁵¹³ *Jacoby*, Das private Amt, S. 563.

⁵¹⁴ Dafür etwa *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 11; *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 99 ff.; nicht eindeutig *Bönner*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Insolvenzverwalters im Vergleich mit anderen gesetzlich geregelten Vermögens-Verwaltern, S. 157, der eine entsprechende Pflicht mittelbar aus § 1980 BGB ableitet.

⁵¹⁵ Vgl. *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 100 zu dieser Parallele zwischen Insolvenzverwaltung und Nachlassverwaltung.

⁵¹⁶ Laut *ders.*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 100 hatte sich bis zum Jahr 1986 nur *Siegmann* dazu geäußert.

⁵¹⁷ *Siegmann*, in: MünchKomm BGB, 3. Aufl. 1997, § 1985 Rn. 11 und 5, dort Fn. 19, der die Zulässigkeit der Unternehmensfortführung durch Insolvenzverwalter wie Nachlassverwalter im Gegensatz zum Testamentsvollstrecker gerade mit dieser Haftung begründet; fortgeführt bei *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 11.

⁵¹⁸ So auch *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 180.

Gegen eine Haftung gegenüber potenziellen Neugläubigern aus § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB spricht zunächst der Vergleich mit der aus der Insolvenzverwalterhaftung bekannten Parallelvorschrift des § 60 InsO (§ 82 KO a.F.). Die Rechtsprechung hat eine Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber potenziellen Neumassegläubigern aus der Vorgängervorschrift des § 82 KO zuletzt verneint.⁵¹⁹ Der Gesetzgeber hat darauf reagiert, indem er § 61 InsO als neue spezialgesetzliche Außenhaftung eingeführt hat. Eine Haftung gegenüber potenziellen Neumassegläubigern lässt sich vor diesem Hintergrund heute nicht mehr aus § 60 InsO (§ 82 KO a.F.) herleiten.⁵²⁰ Der Gesetzgeber hat dies letztlich selbst bestätigt, indem er die Haftung gegenüber Neugläubigern in der neuen Vorschrift des § 61 InsO separat geregelt hat.⁵²¹ Die enge Verwandtschaft von Nachlassverwalter und Insolvenzverwalter spricht dafür, die restriktive Auslegung des § 60 InsO auch auf die Parallelvorschrift des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB zu übertragen.⁵²² Denn es geht hier um die gleiche Frage. Für diese Sichtweise spricht zudem, dass der BGH bei der Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 82 KO a.F. explizit auf die Parallele zur Haftung des Nachlassverwalters in § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB Bezug genommen hat.⁵²³ So wie in der Insolvenz die potenziellen Neumassegläubiger erst durch Begründung der Verbindlichkeit zu Massegläubigern und damit zu Beteiligten i.S.v. § 60 InsO werden, werden die potenziellen Neunachlass-

⁵¹⁹ Dazu Kapitel 4 – C.II.2.a)aa).

⁵²⁰ *Weitzmann*, in: HambKomm InsO, § 60 Rn. 6; *Adam*, DZWIR 2008, 14: Der Verwalter haftet gegenüber dem Vertragspartner, „der zu jener Zeit noch kein materiell am Verfahren Beteiligter war. Bei § 61 InsO handelt es sich daher um eine Erweiterung des die Beteiligung voraussetzenden § 60 InsO.“; *Pape*, in: FS Kirchhof, S. 391, 395. Bereits der Umstand, dass der Gesetzgeber die Regelung der Haftung in einer separaten gesetzlichen Haftungsbestimmung für nötig hielt, zeigt, dass die Pflichten gegenüber Neumassegläubigern eben nicht insolvenzspezifisch i.S.v. § 60 InsO, so überzeugend *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 3; zustimmend *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 61 Rn. 5; vgl. dagegen *Schoppmeyer*, in: FS Kreft, S. 525, 527 f.

⁵²¹ *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 61 Rn. 5; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 3; *ders.*, ZIP 2005, 1113, 1117, der hervorhebt, dass § 61 InsO im Gegensatz zu § 60 InsO keine Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten voraussetze und die Begründung von Masseverbindlichkeiten keine Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten darstelle.

⁵²² Für eine Übertragung der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung auf § 1985 Abs. 2 BGB auch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 400; auch *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 100 weist auf die große Ähnlichkeit bei der Auslegung von § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB und § 82 KO hin. Allgemein zur Ähnlichkeit von Insolvenzverwalter und Nachlassverwalter BGHZ 38, 281, 284.

⁵²³ BGHZ 100, 346, 351 f.; bereits für *Siegmann*, in: MünchKomm BGB, 3. Aufl. 1997, § 1985 Rn. 5, dort Fn. 19 war die Parallele zum damals noch extensiver verstandenen § 82 KO a.F. von besonderer Bedeutung.

gläubiger erst durch Begründung der Verbindlichkeit zu Nachlassgläubigern und damit zu Gläubigern i. S. v. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB.⁵²⁴

Gegen eine Einbeziehung von potenziellen Neugläubigern in den persönlichen Schutzbereich von § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB sprechen zudem systematische Erwägungen. Denn nähme man Ansprüche von solchen Neugläubigern gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB an, so würden diese gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2 BGB, 1987 Abs. 2 BGB in den Nachlass fallen. Zwar droht hierdurch entgegen der Annahme von *Becker*⁵²⁵ kein Widerspruch zur Vorschrift des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO, die Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlasspfleger oder einem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften im Nachlassinsolvenzverfahren als Masseverbindlichkeiten qualifiziert. Denn bei der Haftung aus § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB handelt es sich um die persönliche Haftung des Nachlassverwalters mit seinem Privatvermögen, nicht um eine Haftung des Nachlassvermögens.⁵²⁶ Die Qualifizierung von Masseverbindlichkeiten in der Nachlassinsolvenz gem. § 324 InsO betrifft jedoch nur Verbindlichkeiten des Nachlasses, nicht aber Verbindlichkeiten des Nachlassverwalters. § 324 InsO ist dementsprechend auf die gegen den Nachlassverwalter persönlich gerichteten Ansprüche aus § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB nicht anwendbar.⁵²⁷ Daher ändert sich auch nichts mit der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens.⁵²⁸ Die gegen den Nachlassverwalter gerichteten Ansprüche aus § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB fallen gem. §§ 1978 Abs. 2, 1985 Abs. 2 S. 2 BGB in den Nachlass und sind nunmehr vom Nachlassinsolvenzverwalter geltend zu machen.⁵²⁹ Dennoch spricht der Umstand, dass die Ansprüche aus § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich in den Nachlass fallen, gegen die Annahme von Ansprüchen von potenziellen Neugläubigern auf der Grundlage von § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB. Denn die auf den Ersatz ihres individuellen Kontrahierungsschadens (negatives Interesse) gerichteten Ansprüche der Neugläubiger könnten bei der durch die §§ 1985 Abs. 2 S. 2 BGB, 1987 Abs. 2 BGB

⁵²⁴ Vgl. auch *Jacoby*, Das private Amt, S. 566; entgegen *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 100 f. besteht daher auch kein erheblicher Unterschied darin, dass § 60 InsO von „Beteiligten“ und § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB von „Gläubigern“ spricht.

⁵²⁵ *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 178 ff.

⁵²⁶ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 11; *Dobler*, in: Staudinger, § 1985 Rn. 40.

⁵²⁷ Genauso ist auch beim Insolvenzverwalter streng zwischen der persönlichen Verwalterhaftung gem. §§ 60, 61 InsO und der Massehaftung gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu unterscheiden, *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 120; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 Rn. 7.

⁵²⁸ Vgl. dagegen *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 179.

⁵²⁹ BGH NJW 1985, 140; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1985 Rn. 10; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 11.

erzwungenen Abwicklung über den Nachlass nicht korrekt abgerechnet werden.⁵³⁰ Die Neugläubiger würden nicht Ersatz ihres gesamten, individuellen Vertrauensschadens erlangen, sondern die entsprechende Summe käme durch Erhöhung des Nachlassvermögens der Gesamtheit der Nachlassgläubiger zu Gute. Die Abwicklung von Schadensersatzansprüchen der Neunachlassgläubiger über den Nachlass hätte somit einerseits zur Folge, dass die Altgläubiger durch eine Erhöhung ihrer Quote ungerechtfertigt profitierten, während andererseits die Neugläubiger gerade nicht den vollen Ersatz ihres negativen Interesses vom Nachlassverwalter, sondern lediglich einen – wenn auch gem. § 324 Nr. 5 InsO als Masseanspruch privilegierten – Anspruch gegen die Nachlassinsolvenzmasse erlangten.⁵³¹ Die Nachlasszugehörigkeit des Ersatzanspruchs gem. § 1978 Abs. 2 BGB ergibt daher nur dann Sinn, wenn man den vollen Kontrahierungsschaden der Neunachlassgläubiger nicht von § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB erfasst ansieht, sondern, mit anderen Worten, den persönlichen Schutzbereich des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB auf Nachlassgläubiger beschränkt und nicht auf potenzielle Neunachlassgläubiger ausweitet.⁵³²

Schließlich lässt sich auch der Gesetzeswortlaut, der von der Verantwortlichkeit des Nachlassverwalters „für die Verwaltung des Nachlasses“ spricht, für die hier befürwortete restriktive Auslegung des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB anführen. Die Formulierung erinnert an die klassischen Innenhaftungsnormen der § 43 GmbHG („in Angelegenheiten der Gesellschaft“) und § 93 AktG („bei ihrer Geschäftsführung“), was auf eine reine „Innenhaftung“ gegenüber dem Erben und den bestehenden Nachlassgläubigern als den Interessenträgern der Verwaltung hindeutet.⁵³³ Neugläubiger sind aber eben erst als nunmehrige Gläubiger von der Qualität der Verwaltung durch den Nachlassverwalter betroffen.

⁵³⁰ Zum entsprechenden Problem bei der Geltendmachung des Neugläubigerschadens im Rahmen der Insolvenverschleppungshaftung: *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 259; *Wagner*, in: FS K. Schmidt, S. 1665, 1684; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenverschleppung, S. 138.

⁵³¹ Zur entsprechenden Problematik s. sogleich unter Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(3). Denkbar wäre einzig eine Bildung von Sondermassen durch den Nachlassinsolvenzverwalter. Auch dann müsste jedoch für jeden einzelnen Neugläubiger der Schaden individuell berechnet werden, was erhebliche praktische Schwierigkeiten bedeuten und die Vorteile einer zentralen Abwicklung über den Nachlass entwerten würde, BGHZ 138, 211, 214 zu § 64 GmbHG a.F.; *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 259.

⁵³² So im Ergebnis auch *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 180; s. auch *Jacoby*, Das private Amt, S. 563 bei Fn. 425, S. 566.

⁵³³ s. auch *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 177; *Jacoby*, Das private Amt, S. 563 dort Fn. 425, der sich für eine Haftung des Nachlassverwalters gegenüber Neugläubigern aus Insolvenverschleppungshaftung ausspricht und die Haftung aus § 1985 BGB als Binnenhaftung charakterisiert.

Auf Grundlage von § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB können die Neunachlassgläubiger folglich nicht den Ersatz ihres vollen Kontrahierungsschadens vom Nachlassverwalter verlangen.

bb) Insolvenzverschleppungshaftung gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 BGB

Doch bedeutet die restriktivere Lesart des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB im Fall des Nachlassverwalters keine Schutzlücke für die Gläubiger, die durch eine Neuregelung geschlossen werden müsste. Eine Außenhaftung des Nachlassverwalters gegenüber Neunachlassgläubigern, deren Forderungen aus dem Nachlassvermögen nicht erfüllt werden können, kann sich nämlich aus §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 BGB ergeben. Kraft der Verweisung des § 1985 Abs. 2 S. 2 BGB trifft den Nachlassverwalter die Insolvenzantragspflicht aus § 1980 BGB bezüglich des Nachlassvermögens. Verletzt der Nachlassverwalter schuldhaft seine Antragspflicht, so droht ihm die Insolvenzverschleppungshaftung gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 BGB. Hinsichtlich des Schutzzumfangs der Insolvenzverschleppungshaftung des Nachlassverwalters entspricht es der ganz überwiegenden Ansicht, dass die seit BGHZ 126, 181 für die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften geltenden Grundsätze zu übertragen sind.⁵³⁴ Den nach Eintritt materieller Insolvenz mit ihm kontrahierenden Gläubigern hat er daher deren gesamten Kontrahierungsschaden (negatives Interesse) zu ersetzen.⁵³⁵ Seinen Ersatzanspruch kann der geschädigte Neugläubiger individuell gegenüber dem Nachlassverwalter geltend machen.⁵³⁶ Die Rechtslage entspricht insoweit im Wesentlichen derjenigen bei der Insolvenz der Kapitalgesellschaft.

b) Haftung gegenüber Altgläubigern

Die Haftung des Nachlassverwalters für Schädigungen während der Insolvenzverschleppungsphase ergibt sich zum einen aus der allgemeinen Verwalterhaftung gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB. Zum anderen ergibt sich eine Haftung des Nachlassverwalters für den Quotenschaden der Altgläubiger wegen Insolvenzverschleppung gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 BGB.

⁵³⁴ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 10; *Dutta*, in: Staudinger, § 1967 Rn. 43; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 1980 Rn. 6; *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 18; *Marotzke*, AcP 199 (1999), 615, 620; *Poertzen*, ZInsO 2013, 517, 524.

⁵³⁵ *Poertzen*, ZInsO 2013, 517, 524; *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 17.

⁵³⁶ *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 17; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 10. § 1978 Abs. 2 BGB ist insoweit nicht anwendbar.

aa) Verwalterhaftung gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB

Nach § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB ist der Nachlassverwalter für die Verwaltung des Nachlasses auch gegenüber den Nachlassgläubigern verantwortlich. In erster Linie ist dabei an diejenigen Nachlassgläubiger gedacht, die ihre Forderung *vor* Anordnung der Nachlassverwaltung erworben haben. Das Institut der Nachlassverwaltung dient gerade der Befriedigung dieser Nachlassforderungen. Doch enthält der Wortlaut der Norm insoweit keine Einschränkung, sondern stellt pauschal auf die Stellung als Nachlassgläubiger ab. Damit sind auch diejenigen Nachlassgläubiger, die ihre Forderung erst *nach* Anordnung der Nachlassverwaltung durch Vertrag mit dem Nachlassverwalter erworben haben, in ihrer Eigenschaft als *nunmehrige* Nachlassgläubiger vom persönlichen Schutzbereich des § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB erfasst.⁵³⁷ § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB schützt die Nachlassgläubiger auch in der Insolvenzverschleppungsphase vor einer weiteren Schmälerung des Nachlassvermögens und einer daraus resultierenden Quotenminderung. Der Ersatzanspruch fällt gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1978 Abs. 2 BGB in den Nachlass und ist im Nachlassinsolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter geltend zu machen.⁵³⁸

bb) Insolvenzverschleppungshaftung gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 BGB

Als Haftungsgrundlage für den Ersatz des Quotenschadens der Altgläubiger ist die allgemeine Verwalterhaftung gem. § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch von untergeordneter Bedeutung. Im Vordergrund steht vielmehr auch hier die Insolvenzantragspflicht des Nachlassverwalters gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 Abs. 1 S. 1 BGB.⁵³⁹ So ergibt sich die Haftung des Nachlassverwalters

⁵³⁷ Lüke, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 99, die dort zitierte Fundstelle von Lübtow, Erbrecht, S. 1142 bietet dafür allerdings keinen Nachweis; ebenso Bönner, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Insolvenzverwalters im Vergleich mit anderen gesetzlich geregelten Vermögens-Verwaltungen, S. 156; dagegen aber Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 177, der nur diejenigen sog. „Altnachlassgläubiger“ als von § 1985 Abs. 2 BGB erfasst sieht, die bereits zum Zeitpunkt der Anordnung der Nachlassverwaltung Nachlassgläubiger waren. Es besteht jedoch kein Anhaltspunkt für eine so enge Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs des § 1985 Abs. 2 BGB, die zudem eine teleologische Reduktion erfordern würde. Vielmehr sind auch die durch Vertrag mit dem Nachlassverwalter hinzugetretenen Neunachlassgläubiger in ihrer Eigenschaft als *nunmehrige* Gläubiger von § 1985 Abs. 2 BGB erfasst. Sie sind nur – insoweit ist Becker vollkommen zuzustimmen – nicht in ihrer Eigenschaft als *potenzielle* Gläubiger von § 1985 Abs. 2 BGB erfasst.

⁵³⁸ BGH NJW 1985, 140; Dobler, in: Staudinger, § 1985 Rn. 41.

⁵³⁹ Lüke, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 99 f.; vgl. OLG Köln NZI 2012, 1030.

für den Quotenschaden der Altgläubiger unproblematisch aus der Insolvenzverschleppungshaftung gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Anspruch auf Ersatz des Quotenschadens wird im Nachlassinsolvenzverfahren entsprechend § 92 InsO durch den Nachlassinsolvenzverwalter geltend gemacht.⁵⁴⁰ Insoweit besteht kein wesentlicher Unterschied zur Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften.

4. Testamentsvollstrecker

Kapitalgesellschafts-Geschäftsleiter, Insolvenzverwalter und auch der Nachlassverwalter haben also gemeinsam, dass ihnen im Fall der Unternehmensfortführung trotz Insolvenz bzw. Unzulänglichkeit des ihnen anvertrauten Vermögens eine Außenhaftung gegenüber den Gläubigern droht. Daran gilt es das Testamentsvollstreckungsrecht zu messen. Wieder ist zwischen der Haftung gegenüber Neugläubigern sowie gegenüber Altgläubigern zu unterscheiden.

a) Haftung gegenüber Neugläubigern

Damit ist vorrangig die Frage nach einer persönlichen Haftung des Testamentsvollstreckers aufgeworfen, wenn er neue Verbindlichkeiten eingeht, obwohl diese Verbindlichkeiten aus dem Nachlass nicht erfüllt werden können.

aa) Ausgangspunkt: Keine unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers

Schaut man auf die Außenhaftung des Testamentsvollstreckers, so ist die Lage für die Neugläubiger *prima facie* tatsächlich ernüchternd. Auf Grundlage der herrschenden Meinung existiert – lässt man eine Haftung aus allgemeinen Vorschriften außer Acht – praktisch keine unmittelbare Außenhaftung des Testamentsvollstreckers.⁵⁴¹ Eine Ausnahme bildet lediglich die in § 2219 Abs. 1 BGB normierte Haftung gegenüber Vermächtnisnehmern.⁵⁴² Eine da-

⁵⁴⁰ K. Schmidt, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 18; so auch Lohmann, in: BeckOK BGB, § 1980 Rn. 6; mit Verweis auf § 92 InsO auch Döbler, in: Staudinger, § 1980 Rn. 17; ähnlich (Anspruch als Massebestandteil) Küpper, in: MünchKommBGB, § 1980 Rn. 11.

⁵⁴¹ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 175; Niemöller, in: Bengel/Reimann, § 12 Rn. 96. Zur deliktischen Verantwortlichkeit s. unten, Kapitel 5 – C.

⁵⁴² Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 179; zur Einordnung dieser Haftung als Außenhaftung s. o. bei Fn. 97 im 2. Teil.

rüber hinausgehende Außenhaftung lässt sich aus § 2219 BGB dagegen nicht herleiten. Denn die Norm zählt als Anspruchsinhaber ausdrücklich und damit abschließend den Erben und den Vermächtnisnehmer auf. Für von ihm eingegangene Verbindlichkeiten haftet der Testamentsvollstrecker demnach grundsätzlich nicht, solange er nur bei Begründung der Verbindlichkeit deutlich macht, dass er in amtlicher Funktion, also für den Nachlass, handelt.⁵⁴³ Eine Haftung analog § 179 BGB trifft ihn lediglich dann, wenn er die Grenzen seiner Verpflichtungsbefugnis überschreitet.⁵⁴⁴ Als Ausnahmefall kann diese Haftung hier ausgeklammert werden, zumal der verwaltende Testamentsvollstrecker gem. §§ 2209 S. 2, 2207 BGB regelmäßig über eine umfassende Verpflichtungsbefugnis verfügt. Eine § 1985 Abs. 2 BGB oder §§ 60, 61 InsO entsprechende Außenhaftung des Testamentsvollstreckers sieht das Gesetz dagegen nicht vor.⁵⁴⁵ Geht der Testamentsvollstrecker für den Nachlass eine Verbindlichkeit ein, für deren Erfüllung der Nachlass nicht ausreicht, haftet er dem Vertragspartner nicht aus einer speziellen erbrechtlichen Regelung.⁵⁴⁶ Auch eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung gegenüber den Nachlassgläubigern braucht der Testamentsvollstrecker nicht zu fürchten. Nach herrschender Auffassung trifft ihn niemals eine Insolvenzantragspflicht.⁵⁴⁷ Lediglich der den gesamten Nachlass verwaltende Testamentsvollstrecker soll gem. § 317 InsO berechtigt sein, die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu beantragen, und selbst unter dieser Voraussetzung soll ihn keine Insolvenzantragspflicht gegenüber den Gläubigern treffen.

bb) Mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers?

Die fehlende unmittelbare Außenhaftung des Testamentsvollstreckers führt zu einer Lücke im testamentvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz. Diese Lücke sucht die überwiegende Ansicht durch eine mittelbare Außenhaftung des Testamentsvollstreckers zu schließen.⁵⁴⁸ Grob skizziert soll da-

⁵⁴³ Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2206 Rn. 14; Reimann, in: Staudinger, § 2206 Rn. 18; Schaub, in: Bengel/Reimann, § 4 Rn. 77.

⁵⁴⁴ Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2206 Rn. 8.

⁵⁴⁵ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 10; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 237.

⁵⁴⁶ Lüke, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 102.

⁵⁴⁷ Holzer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 317 Rn. 12; Siegmann/Scheuing, in: MünchKomm InsO, § 317 Rn. 7; Reimann, in: Staudinger, § 2205 Rn. 222; vgl. BGHZ 161, 281, 287 (zum Nachlasspfleger); für Insolvenzantragspflicht des Verwaltungstestamentsvollstreckers aber K. Schmidt, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 14; vgl. auch Canaris, Handelsrecht, § 9 Rn. 39. Der Testamentsvollstrecker soll jedoch gegenüber dem Erben zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung verpflichtet sein.

⁵⁴⁸ Zur mittelbaren Haftung auch Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 234 ff.; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 209 ff.

nach auch bei angeordneter Testamentsvollstreckung nur der Erbe unmittelbar gegenüber den Gläubigern haften. Dabei soll dem Erben ein Verschulden des Testamentsvollstreckers zugerechnet werden. Wegen seines Fehlverhaltens soll dem Erben wiederum ein Regressanspruch gegen den Testamentsvollstrecker zustehen. Auf diesen Regressanspruch könnten schließlich auch die Nachlassgläubiger zugreifen. Es ist zu klären, ob das Modell einer mittelbaren Haftung des Testamentsvollstreckers einen effektiven Gläubigerschutz ermöglicht, insbesondere im Hinblick auf den Kontrahierungsschaden der Neugläubiger.

(1) Konstruktion der mittelbaren Außenhaftung

Nach herrschender Meinung bleibt auch bei Anordnung von Testamentsvollstreckung im Außenverhältnis gegenüber den Nachlassgläubigern allein der Erbe gem. §§ 1978 ff. BGB verantwortlich. Die §§ 1978 ff. BGB regeln die persönliche Verantwortlichkeit des Erben für die bisherige Verwaltung des Nachlasses im Fall der Herbeiführung der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass, also bei der Anordnung der Nachlassverwaltung oder der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens gem. § 1975 BGB. Durch diese Regelungen wird der Erbe in Bezug auf das Nachlassvermögen rückwirkend in die Position eines „funktionellen Fremdverwalters“ gerückt.⁵⁴⁹ Er ist dann wie ein Verwalter eines fremden Vermögens verantwortlich. So wird der Erbe im Fall der Absonderung des Nachlassvermögens vom Erbeneigenvermögen gem. § 1978 Abs. 1 BGB so behandelt, als ob er vom Zeitpunkt der Erbschaftsannahme an die Verwaltung als Beauftragter für die Nachlassgläubiger zu führen gehabt hätte.⁵⁵⁰ Auf diese Weise will das Gesetz schuldrechtlich sicherstellen, dass den Nachlassgläubigern im Fall der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass das Nachlassvermögen möglichst ungeschmälert zur Verfügung steht.⁵⁵¹ Für Pflichtverletzungen im Rahmen seiner Verwalterhaftung gem. §§ 1978 ff. BGB haftet der Erbe mit seinem gesamten Privatvermögen. Aus den §§ 1978 ff. BGB ergibt sich die Pflicht des Erben gegenüber den Nachlassgläubigern zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses.⁵⁵² Insbesondere trifft den Erben gem. § 1980 Abs. 1 S. 1 BGB die Insolvenzantragspflicht im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Nachlasses. Für die schuldhafte Verletzung der Insolvenzantragspflicht haftet der Erbe den Nachlassgläubigern auf Schadensersatz, § 1980

⁵⁴⁹ Poertzgen, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 121; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 96.

⁵⁵⁰ Küpper, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 2.

⁵⁵¹ Ders., in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 1; BGH NJW 2014, 391 Rn. 11.

⁵⁵² Küpper, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 10.

Abs. 1 S. 2 BGB. Nach Eintritt materieller Nachlassinsolvenz mit dem Nachlass kontrahierende Neugläubiger können vom Erben gem. § 1980 Abs. 1 S. 2 BGB nach denselben Grundsätzen, die der BGH im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung von Organwaltern von Kapitalgesellschaften entwickelt hat,⁵⁵³ Ersatz ihres gesamten, in der Begründung ihrer Forderung liegenden Vertrauensschadens verlangen (negatives Interesse).⁵⁵⁴

Diese persönliche Verwalterhaftung des Erben soll nun mittelbar auf den Testamentsvollstrecker verlagert werden. Nach überwiegender Ansicht hat sich der Erbe im Rahmen seiner persönlichen Verantwortlichkeit nach §§ 1978 ff. BGB ein Verschulden des Testamentsvollstreckers gem. § 278 BGB zurechnen zu lassen. Allerdings schränkt die überwiegende Ansicht diese Haftungsausdehnung zulasten des Erben im gleichem Atemzug erheblich ein. So soll der Erbe für gem. § 278 BGB zugerechnetes Verschulden des Testamentsvollstreckers auch im Rahmen seiner Verwalterhaftung aus §§ 1978 ff. BGB stets nur mit dem Nachlass haften.⁵⁵⁵ Diese Einschränkung der Rechtsfolge bei der Verschuldenszurechnung erscheint nicht nur als inkonsequente Anwendung von § 278 BGB. Denn die Verwalterhaftung aus §§ 1978 ff. BGB trifft den Erben grundsätzlich mit seinem Eigenvermögen und wenn man die Anwendung von § 278 BGB in diesem Zusammenhang schon bejaht, so dürfte konsequent nichts anderes gelten.⁵⁵⁶ Sie droht zudem zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes zu führen. Soll für die Schädigung des Vermögens das geschädigte Vermögen haften?⁵⁵⁷ Die Lösung erblickt die überwiegende Ansicht in dem Regressanspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker aus § 2219 BGB. Führe ein Fehlver-

⁵⁵³ Grundlegend BGHZ 126, 181.

⁵⁵⁴ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 10; *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 18; *Poertzen*, ZInsO 2013, 517, 522.

⁵⁵⁵ *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1978 Rn. 3; *Pfeuffer*, in: Roth/Pfeuffer, Praxis-handbuch Nachlassinsolvenzverfahren, S. 349, 374; *Horn*, in: Erman, BGB, § 1978 Rn. 4; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 11; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 1978 Rn. 5; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 241; wobei nicht immer deutlich wird, ob die Haftungsbeschränkung ohne weiteres eintreten soll. Teilweise ist dagegen explizit nur von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung die Rede: *Damrau*, in: Soergel, BGB, § 2219 Rn. 8; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 259.

⁵⁵⁶ Gegen die Anwendbarkeit von § 278 BGB im Rahmen der persönlichen Verwalterhaftung des Erben gem. §§ 1978 ff. BGB daher überzeugend *Dobler*, in: Staudinger, § 1978 Rn. 13; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 223; vgl. auch BGHZ 161, 281 gegen eine Zurechnung von Verschulden des Nachlasspfleger im Rahmen von § 1980 BGB mit Verweis auf RGZ 159, 387, 352 zum Testamentsvollstrecker; dem zustimmend auch *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 12.

⁵⁵⁷ Zu Recht kritisch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 212.

halten des Testamentsvollstreckers, z.B. die pflichtwidrige Unterlassung der Insolvenzantragstellung, zu einer Haftung des Erben gegenüber den Nachlassgläubigern gem. §§ 1978, 1980, 278 BGB, so habe der Erbe regelmäßig im Innenverhältnis gegen den Testamentsvollstrecker einen Ersatzanspruch aus § 2219 BGB.⁵⁵⁸ Dieser Regressanspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker, der wiederum in den Nachlass fällt,⁵⁵⁹ könne dann unmittelbar durch den Nachlassinsolvenzverwalter zugunsten der Nachlassgläubiger geltend gemacht werden.⁵⁶⁰

(2) Abhängigkeit vom Bestehen eines Regressanspruchs des Erben

Diese mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers unterscheidet sich allerdings deutlich von einer unmittelbaren Außenhaftung und verursacht erhebliche Schwierigkeiten. Das Kernproblem der mittelbaren Haftung des Testamentsvollstreckers liegt darin, dass sie das Bestehen eines Regressanspruchs des Erben gegen den Testamentsvollstrecker aus § 2219 BGB voraussetzt. Das ist nicht etwa nur deswegen problematisch, weil der Regressanspruch des Erben durch dessen Mitverschulden gem. § 254 BGB geringer ausfallen kann oder weil die Haftung gem. § 2219 BGB grundsätzlich zur Disposition des Erben steht.⁵⁶¹ Die Abhängigkeit der Konstruktion von einem Schadensersatzanspruch des Erben wird vor allem dann zum Problem, wenn zwar ein Schaden der Nachlassgläubiger, aber kein Schaden des Erben vorliegt. Denn bei der Haftung des Testamentsvollstreckers gem. § 2219 BGB handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch des Erben und daher ist grundsätzlich maßgeblich, ob dem Erben ein Schaden entstanden ist, und nicht, ob den Gläubigern ein Schaden entstanden ist.

Dieses Problem stellt sich aufgrund des Rechts des Erben zur Haftungsbeschränkung auf den Nachlass insbesondere bei einer Überschuldung des Nachlasses, also gerade dann, wenn es für die Nachlassgläubiger auf die persönliche Außenhaftung des Fremdverwalters ankommt. So etwa, wenn der Testamentsvollstrecker trotz Überschuldung die Beantragung des Nachlassinsolvenzverfahrens unterlässt und es in der Folge zu einer weiteren Minderung des Nachlassvermögens kommt. Ein Schaden des Erben liegt nicht vor,

⁵⁵⁸ Gegenüber dem Erben ist der Testamentsvollstrecker unter Umständen zur Insolvenzantragstellung verpflichtet, um eine Schmälerung des Nachlasses zu vermeiden, K. Schmidt, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 14; BGHZ 161, 281, 287 (Nachlasspfleger).

⁵⁵⁹ RGZ 138, 132; Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2219 Rn. 6.

⁵⁶⁰ Küpper, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 11.

⁵⁶¹ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 229; Bartsch, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 246. Zur Disponibilität der Innenhaftung s. oben Kapitel 4 – B.III.

weil er seine Haftung auf den Nachlass beschränken kann.⁵⁶² Ist der Nachlass ohnehin bereits überschuldet, so hat der Erbe nichts mehr aus dem Nachlass zu erwarten, eine weitere Minderung des Nachlassvermögens ist für ihn irrelevant. Auch ein Haftungsschaden des Erben durch Belastung mit einer Verbindlichkeit ist zu verneinen. Denn seine Haftung gegenüber den Nachlassgläubigern ist nach herrschender Ansicht nicht nur hinsichtlich der Nachlassverbindlichkeiten, sondern auch hinsichtlich seiner (eigentlich persönlichen) Haftung für zugerechnetes Verschulden des Testamentsvollstreckers im Rahmen von §§ 1978, 1980, 278 BGB auf den Nachlass begrenzt.⁵⁶³

Damit ist gerade in den virulenten Fällen der Unzulänglichkeit des Nachlasses zweifelhaft, ob überhaupt ein Schaden des Erben vorliegt.⁵⁶⁴ Hat der Erbe aber keinen Schaden, so steht ihm auch kein Regressanspruch gegen den Testamentsvollstrecker zu, auf den die Nachlassgläubiger zugreifen könnten. Zur Bewältigung dieser Schadensproblematik im Rahmen des Regressanspruchs sind verschiedene Lösungswege vorgeschlagen worden. Es gilt zu untersuchen, ob sie ein tragfähiges Fundament für die Liquidation der den Gläubigern entstehenden Insolvenzverschleppungsschäden bieten können.

(a) Unbeschränkte Haftung des Erben?

Zunächst könnte man daran denken, die durch das Auseinanderfallen von Erbenscha den und Gläubigerscha den entstehende Haftungslücke zulasten des Erben zu lösen. Konstruktiv böte sich dazu an, den Erben – insoweit mit der herrschenden Ansicht – gem. §§ 1978, 1980, 278 BGB auch für Verschulden des Testamentsvollstreckers haften zu lassen, ihm dabei jedoch – entgegen der herrschenden Ansicht – nicht die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung

⁵⁶² *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 215; *Holzhauser*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 13, 35; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 137; *Marotzke*, in: HK-InsO, Anh. § 317 Rn. 46 a.E.; *Roth*, ZInsO 2013, 1567, 1570 (Nachlasspfleger).

⁵⁶³ Etwas anderes gilt nur, wenn dem Erben hinsichtlich der Verletzung der Insolvenzantragspflicht ein eigenes Verschulden angelastet werden kann, sodass er persönlich mit seinem gesamten Privatvermögen aus § 1980 BGB haftet. Zwar wird vom Erben erwartet, dass er von seinem Recht aus § 2215 BGB Gebrauch macht. Im Fall der Verwaltungstestamentsvollstreckung wird ein eigenes Verschulden des Erben jedoch selten vorliegen, *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 14.

⁵⁶⁴ Einen Schaden des Erben verneinend *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 215; *Holzhauser*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 13, 35; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 137; *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 20; *dies.*, in: Staudinger, § 1978 Rn. 13; *Roth*, ZInsO 2013, 1567, 1570 (Nachlasspfleger); *Pfeuffer*, in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, S. 349, 370.

auf den Nachlass zuzugestehen.⁵⁶⁵ Die Folge wäre eine unbeschränkte Außenhaftung des Erben für Schlechtverwaltung (insbesondere: Insolvenzverschleppung) durch den Testamentsvollstrecker. Für aus dieser Außenhaftung resultierende Haftungsschäden könnte der Erbe dann beim Testamentsvollstrecker gem. § 2219 BGB Regress nehmen. Er müsste jedoch das Insolvenzrisiko des Vollstreckers tragen.

Im Hinblick auf die von der überwiegenden Ansicht befürwortete Anwendung des § 278 BGB auch auf die den Erben gerade mit seinem Privatvermögen treffenden Verwalterpflichten der §§ 1978 ff. BGB wäre diese Lösung immerhin dogmatisch konsequent.⁵⁶⁶ Doch ist dem Erben eine umfassende Einstandspflicht mit seinem Privatvermögen für Fehlverhalten des Testamentsvollstreckers keinesfalls zumutbar.⁵⁶⁷ Der Erbe hat keinen bedeutenden Einfluss auf den Testamentsvollstrecker. Er kann ihn weder auswählen, noch ist er ihm gegenüber weisungsbefugt.⁵⁶⁸ Diese starke, vom Einfluss des Erben unabhängige Stellung des Testamentsvollstreckers lässt sich nur rechtfertigen, wenn und weil der Erblasser den Erben durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht über den Nachlass hinaus verpflichten kann.⁵⁶⁹ Diese grundlegende Wertung des Testamentsvollstreckungsrechts kann man nicht durch die Anwendung des § 278 BGB im Rahmen der §§ 1978 ff. BGB umgehen.

(b) Isoliertes Abstellen auf einen Schaden im Nachlassvermögen?

Teilweise wird im Schrifttum vertreten, in den skizzierten Konstellationen liege sehr wohl ein Schaden des Erben i. S. v. § 2219 BGB vor.⁵⁷⁰ Nach die-

⁵⁶⁵ Vgl. für eine Lösung zulasten des Erben *Emmerich*, ZHR 132 (1969), 297, 306 f.; *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 46; explizit dagegen *Holzhauser*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 18; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 223.

⁵⁶⁶ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 224. Die überwiegende Auffassung ist demgegenüber inkonsequent, wenn sie einerseits § 278 BGB auf die den Erben grundsätzlich persönlich (also mit seinem Privatvermögen) treffenden Pflichten gem. §§ 1978 ff. BGB anwenden möchte, andererseits dies aber nur zu einer Haftung des Erben mit dem Nachlass führen soll.

⁵⁶⁷ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 242; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 222 f.; *Meyke*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, S. 46.

⁵⁶⁸ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 223.

⁵⁶⁹ *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, S. 61; *Emmerich*, ZHR 132 (1969), 297, 314; auch *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 242.

⁵⁷⁰ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 243; *Schapp*, Die Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens durch Erben und Testaments-

ser Sichtweise handelt es sich bei der Schadensproblematik lediglich um ein Scheinproblem. Zur Begründung eines Schadens des Erben i. S. v. § 2219 BGB wird zunächst vorgebracht, die bereits bestehende Überschuldung des Nachlassvermögens schließe den Eintritt weiterer Vermögensschäden nicht aus.⁵⁷¹ Daran ist richtig, dass nach ganz herrschender Meinung auch eine bereits überschuldete und vermögenslose Person, etwa durch Belastung mit einer Verbindlichkeit, weitere Vermögensschäden erleiden kann.⁵⁷² Allerdings ist damit die entscheidende Frage noch nicht beantwortet, auf welche Vermögensmasse bei der Schadensberechnung im Rahmen des Ersatzanspruchs aus § 2219 BGB abzustellen ist, auf das Gesamtvermögen des Erben oder allein auf das Nachlassvermögen? Ein Schaden „des Nachlasses“ wäre nach den genannten Grundsätzen tatsächlich zu bejahen. Dies setzt aber voraus, dass man eben auch bei der Schadensberechnung isoliert den Nachlass betrachtet.⁵⁷³ Dafür könnte man anführen, dass durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung der Nachlass ein Sondervermögen bildet.⁵⁷⁴ Diese Trennung von Erbeneigenvermögen und Sondervermögen hat zur Folge, dass trotz der durch den Erbfall eingetretenen Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Erben keine Konfusion eintritt.⁵⁷⁵ Der Erbe kann gegen den Nachlass gerichtete Ansprüche gegenüber dem Testamentsvollstrecker geltend machen. Umgekehrt kann der Testamentsvollstrecker eine Nachlassforderung gegen den Erbschuldner geltend machen.⁵⁷⁶ Die zu beobachtende Vermögensverselbstständigung könnte dafür sprechen, auch hinsichtlich der Schadensberechnung zwischen dem Erben als Träger des Nachlasses und dem Erben als Privatperson zu unterscheiden.⁵⁷⁷

Auf den ersten Blick erscheint das isolierte Abstellen auf das Nachlassvermögen bei der Schadensberechnung als verlockend einfache Lösung. Dage-

vollstrecker, S. 205; *Kaltwasser*, Der überschuldete Nachlass, S. 130 ff.; *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 317 Rn. 7: Schädigung „des Erben als Träger des Nachlasses, nicht als Träger seines Eigenvermögens“ ist maßgeblich.

⁵⁷¹ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 243; ähnlich *Schapp*, Die Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens durch Erben und Testamentsvollstrecker, S. 205; *Kaltwasser*, Der überschuldete Nachlass, S. 134 f.; implizit auch *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 317 Rn. 7 durch Verweis auf BGH NJW 1986, 581.

⁵⁷² OLG Hamburg NZG 2005, 1008, 1011; BGHZ 59, 148; BGH NJW 1986, 581; BGHZ 100, 190, 198.

⁵⁷³ Dafür *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 244.

⁵⁷⁴ *Dies.*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 244. Zum Nachlass als Sondervermögen BGHZ 48, 214.

⁵⁷⁵ BGHZ 48, 214; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2211 Rn. 7; a. A. *Reimann*, in: Staudinger, Vor §§ 2197 ff. Rn. 12.

⁵⁷⁶ BGHZ 25, 275.

⁵⁷⁷ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 245.

gen spricht allerdings, dass der Nachlass als Sondervermögen nicht rechtsfähig ist und dementsprechend § 2219 BGB einen Anspruch „des Erben“ und nicht etwa „des Nachlasses“ normiert.⁵⁷⁸ Gleichzeitig entspricht es allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts, dass es bei dem nach der Differenzhypothese zur Schadensermittlung durchzuführenden Vergleich stets auf das gesamte Vermögen des Geschädigten ankommt.⁵⁷⁹ Geschädigter ist aber grundsätzlich nur der Gläubiger als Rechtsträger des Schadensersatzanspruchs.⁵⁸⁰ Mit dem Abstellen auf den Nachlass bei der Schadensberechnung wäre somit die Annahme eines eigenen Anspruchs des Nachlasses gem. § 2219 BGB und damit eine dogmatisch äußerst bedenkliche Versubjektivierung des Nachlasses verbunden.⁵⁸¹ Zwar zeigt das Beispiel der Konfusion, dass Privat- und Sondervermögen in gewisser Hinsicht wie Vermögen verschiedener Rechtsträger behandelt werden.⁵⁸² Sieht man den Grund für die Konfusion mit der Theorie der logischen Unmöglichkeit darin, dass ein Rechtsverhältnis nur zwischen zwei Personen bestehen könne, so zeigt die Ablehnung der Konfusion, dass der Rechtsträger durch die Nachlasssonderung eine „doppelte Subjektsrolle“ einnehmen kann.⁵⁸³ Allerdings lässt sich daraus nicht ohne Weiteres herleiten, dass das Sondervermögen auch in jeder anderen Hinsicht wie das Vermögen eines anderen Rechtsträgers behandelt werden sollte. Die Zweifel an einer solchen Verallgemeinerung verstärken sich, wenn man berücksichtigt, dass der Ausschluss der Konfusion auf verschiedenen Gründen beruhen kann und die Theorie der logischen Unmöglichkeit als Rechtsgrund der Konfusion nicht unbestritten ist.⁵⁸⁴

⁵⁷⁸ *Reimann*, in: Staudinger, § 2219 BGB Rn. 17; *Zimmermann*, in: MünchKommBGB, § 2219 Rn. 6.

⁵⁷⁹ s. nur BGH NJW 2015, 1373 Rn. 7; BGH NJOZ 2011, 1736 Rn. 16; *Oetker*, in: MünchKommBGB, § 249 Rn. 21; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vor § 249 Rn. 10.

⁵⁸⁰ *Schiemann*, in: Staudinger, Vor §§ 249–254 Rn. 249; *Oetker*, in: MünchKommBGB, § 249 Rn. 280; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vor § 249 Rn. 102.

⁵⁸¹ Ebenso BGH ZIP 1989, 1407, 1408 f. zur Insolvenzmasse. Die Nähe der „doppelten Subjektsrolle“ zur Organtheorie, die das Sondervermögen zum Rechtssubjekt erhebt, wird auch bei *Schröder*, JZ 1978, 379, 382 deutlich. Sieht man den Erben aber konsequent und in jeder Hinsicht als „gespaltene Persönlichkeit“ mit doppelter Subjektsrolle, besteht faktisch kaum noch ein Unterschied zur Organtheorie. Der Unterschied ist dann im Wesentlichen terminologisch, vgl. auch die Argumentation der Befürworter der Organtheorie *Böttcher*, ZZP 77 (1964), 55, 76, Fn. 27; *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 141, Fn. 155.

⁵⁸² *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 41.

⁵⁸³ *Jacoby*, Das private Amt, S. 25; zur doppelten Subjektsrolle als Charakteristikum von Sondervermögen *Schröder*, JZ 1978, 379 ff.; sehr kritisch *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 41.

⁵⁸⁴ *Jacoby*, Das private Amt, S. 26 mit Zweifel an der Theorie der logischen Unmöglichkeit; kritisch auch *Olzen*, in: Staudinger, Einleitung zu §§ 362 ff. Rn. 28 f.:

Dass bei der Beurteilung des Schadens nicht isoliert auf das Sondervermögen, sondern nur auf die betroffenen Rechtssubjekte abgestellt werden kann, bestätigt wiederum der Vergleich mit dem Insolvenzrecht. Im Rahmen der Insolvenzverwalterhaftung gem. § 60 InsO unterscheidet man zwischen sog. Einzelschäden und Gesamtschäden.⁵⁸⁵ Einen Einzelschaden kann der betroffene Beteiligte sofort, bereits während des laufenden Insolvenzverfahrens individuell gegen den Insolvenzverwalter geltend machen.⁵⁸⁶ Schädigt jedoch der Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse, so resultiert daraus ein Gesamtschaden, der die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich betrifft und der durch Wiederherstellung der Masse auszugleichen ist.⁵⁸⁷ Dennoch handelt es sich auch bei einem Gesamtschaden nicht etwa um einen Schaden der Insolvenzmasse, sondern um einen Schaden der am Insolvenzverfahren beteiligten Rechtsträger, regelmäßig der Insolvenzgläubiger bzw. der Gemeinschaft der Insolvenzgläubiger oder des Schuldners.⁵⁸⁸ So ist ein Gesamtschaden nach der mit der Insolvenzordnung eingeführten Legaldefinition des § 92 InsO ein Schaden, den die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens erleiden. Der Gesamtschaden „bezieht sich auf einen solchen Schaden, den der einzelne Gläubiger ausschließlich auf Grund seiner Gläubigerstellung und damit als Teil der

Forderung erlischt durch Konfusion, „weil regelmäßig kein rechtliches Bedürfnis für den Fortbestand der Forderung existiert.“; kritisch zum Ausschluss der Konfusion bei Testamentsvollstreckung *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 274 ff.

⁵⁸⁵ s. nur *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 116 ff.

⁵⁸⁶ *Ders.*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 118.

⁵⁸⁷ *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 238.

⁵⁸⁸ Deutlich BGH ZIP 1989, 1407, 1408 f.; vgl. BGH NZI 2009, 771; *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 15; *K. Schmidt*, KTS 1976, 191; explizit *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 25: „Beide Schäden entstehen bei den Konkursgläubigern oder dem Gemeinschuldner.“ s. auch *Laukemann*, ZInsO 2006, 415, 417, der im Regelfall (ohne Übererlös des Schuldners) von einem lediglich auf Befreiung von der erhöhten Nachhaftung gegenüber den Insolvenzgläubigern gerichteten Anspruch des Insolvenzschuldners und einem auf Zahlung gerichteten Schadensersatzanspruch der Insolvenzgläubiger ausgeht. Dies entspricht der Vorstellung, dass es nicht um einen Schaden „der Insolvenzmasse“ geht, sondern stets nach einem Schaden der beteiligten Rechtsträger zu fragen ist; ebenso *Pape/Sietz*, in: Pape/Graeber, Rn. 1580. Vgl. auch *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 134: Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens stehe der Anspruch regelmäßig dem bisherigen Schuldner zu. Dem Schuldner könne nicht entgegengehalten werden, ihm sei deshalb kein Schaden entstanden, weil der Ausgleich der Masseverkürzung ohnehin den Insolvenzgläubigern zugute gekommen wäre. *Gerhardt* begründet dies aber nicht etwa damit, dass es allein auf einen Schaden der Insolvenzmasse ankäme, sondern damit, dass der Insolvenzschuldner (mit seinem gesamten Vermögen) gem. § 201 Abs. 1 InsO der Nachhaftung gegenüber den Insolvenzgläubigern ausgesetzt ist, die sich bei Ausgleich der Masseverkürzung entsprechend vermindert hätte; vgl. auch RGZ 78, 186, 189.

Gesamtheit der Gläubiger erlitten hat.“⁵⁸⁹ Auch wenn die Schäden aus der Minderung des Sondervermögens Insolvenzmasse resultieren, so handelt es sich also stets um Schäden der Insolvenzgläubiger als den Inhabern eines Anspruchs auf Ersatz dieser Schäden gem. § 60 InsO.⁵⁹⁰ Der Umstand, dass der Gesamtschaden durch Leistung in die Insolvenzmasse auszugleichen ist, bedeutet nicht, dass die Insolvenzmasse Inhaberin eines Schadensersatzanspruchs wäre. Der Anspruch auf Ersatz des Gesamtschadens kann vielmehr nur einem Rechtsträger zustehen, in dessen Vermögen sich die Massekürzung auswirkt.⁵⁹¹ Die Insolvenzmasse ist jedoch kein Rechtsträger. Der Schadensersatzanspruch kann also nur den Insolvenzgläubigern bzw. der Gläubigergemeinschaft oder dem Schuldner als den am Insolvenzverfahren beteiligten Rechtsträgern zustehen. Daher ist maßgeblich, ob diesen Rechtsträgern ein Schaden entstanden ist. Gleiches gilt für das Sondervermögen Nachlass. Auch wenn der Ersatzanspruch aus § 2219 BGB in den Nachlass fällt, so handelt es sich um einen Anspruch des Erben. Daher kann man zur Schadensberechnung nicht isoliert auf das Nachlassvermögen abstellen, sondern es kommt allein darauf an, ob dem Erben ein Schaden entstanden ist. Dies ist zu verneinen, soweit der Nachlass ohnehin überschuldet ist und der Erbe die Haftung auf den Nachlass beschränken kann.

(c) Differenzierung zwischen Schadenseintritt und Schadensauswirkung?

Des Weiteren findet sich die Auffassung, das Problem sei durch eine präzise Unterscheidung zwischen dem Zeitpunkt des jeweiligen Schadensereignisses und der erst später eintretenden Haftungsbeschränkung auf den Nachlass zu lösen.⁵⁹² Dabei wird betont, dass sich die Haftungsbeschränkung des Erben auf den Nachlass erst mit der amtlichen Nachlassliquidation realisiert, d. h. mit Anordnung der Nachlassverwaltung bzw. Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens, § 1975 BGB. Die materielle Nachlassinsolvenz und die Verletzung der Insolvenzantragspflicht treten aber notwendig bereits vor der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens ein.⁵⁹³ Verzögert nun der Testamentsvollstrecker die Insolvenzantragstellung und führt dies zu einer weiteren Verkürzung des Nachlassvermögens, so entsteht ein entsprechender

⁵⁸⁹ BGH NZI 2011, 682 Rn. 9.

⁵⁹⁰ Vgl. *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 92 Rn. 5; vgl. dagegen *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 194.

⁵⁹¹ BGH ZIP 1989, 1407, 1409; vgl. auch *Schmolke*, Organwalterhaftung für Eigenschäden von Kapitalgesellschaften, S. 3 f.; *Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, S. 27 ff., S. 34 f.: (Erst) die Verselbstständigung zum Rechtssubjekt führt zum Prinzip der Schadenstrennung.

⁵⁹² Dafür *Kaltwasser*, Der überschuldete Nachlass, S. 138.

⁵⁹³ *Ders.*, Der überschuldete Nachlass, S. 138.

Schaden des Erben bereits in der Insolvenzverschleppungsphase, d.h. im Zeitraum zwischen materieller Nachlassinsolvenz und Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens. Wenn und weil der Schaden des Erben stets bereits vor dem Eintritt der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass eintrete, könne es nicht entscheidend sein, wenn sich der Schaden wegen der später eintretenden Haftungsbeschränkung nicht beim Erben, sondern bei den Nachlassgläubigern auswirke.⁵⁹⁴

Doch hilft auch die genaue Differenzierung zwischen zeitlich vorgelagertem Schadensereignis und erst später eintretender Haftungsbeschränkung durch die amtliche Nachlassliquidation nicht wesentlich weiter.⁵⁹⁵ Denn selbst wenn man aufgrund einer Minderung des Nachlassvermögens während der Insolvenzverschleppungsphase einen Schaden des Erben annähme,⁵⁹⁶ so entfielen dieser Schaden – und damit auch ein entsprechender Regressanspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker – spätestens mit Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens. Denn ab diesem Zeitpunkt haftet der Erbe eben nicht mehr mit seinem Privatvermögen.⁵⁹⁷ Das ist für die geschädigten Nachlassgläubiger deswegen besonders misslich, weil ihre Ansprüche aus Insolvenzverschleppungshaftung gem. §§ 1978, 1980 BGB überhaupt erst im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen.⁵⁹⁸ Bereits deswegen bietet das etwaige Bestehen eines Regressanspruchs des Erben während der Insolvenzverschleppungsphase den Gläubigern keinen effektiven Schutz. Überdies ermöglicht die zeitliche Differenzierung selbst für den Zeitraum der Insolvenzverschleppungsphase keinen vollständigen Gleichlauf zwischen dem Schaden des Erben im Rahmen des § 2219 BGB und den von der Insolvenzverschleppungshaftung erfassten Gläubigerschäden.⁵⁹⁹ Die Insolvenzverschleppungsschäden der Gläubiger entsprechen nicht einzueins dem Schaden, der dem Erben durch die Schmälerung des Nach-

⁵⁹⁴ Ders., Der überschuldete Nachlass, S. 138.

⁵⁹⁵ So aber ders., Der überschuldete Nachlass, S. 138.

⁵⁹⁶ Ders., Der überschuldete Nachlass, S. 138.

⁵⁹⁷ Für die Schadensbemessung ist materiell-rechtlich der Zeitpunkt der Schadensersatzleistung maßgeblich, vgl. *Oetker*, in: MünchKomm BGB, § 249 Rn. 309 ff. Etwas anderes gälte nur in dem seltenen Fall, dass sich in der Zwischenzeit bereits Nachlassgläubiger aus dem Privatvermögen des Erben befriedigt haben und der Erbe nun keinen werthaltigen Aufwendungsersatzanspruch gegen Nachlass hat.

⁵⁹⁸ Das gilt allgemein für die Insolvenzverschleppungshaftung, weil erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Schaden der Gläubiger feststeht, *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 248. Sieht man die Insolvenzantragspflicht des Erben gem. § 1980 BGB als Ausprägung der Verwalterhaftung des Erben gem. § 1978 ff. BGB, so ist überdies zu berücksichtigen, dass die Haftung gem. § 1978 Abs. 1 S. 1 BGB erst mit der Haftungsseparation greift, *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 1978 Rn. 1; *Horn*, in: Erman, BGB, § 1978 Rn. 5d.

⁵⁹⁹ So auch *Kaltwasser*, Der überschuldete Nachlass, S. 147.

lasses in der Insolvenzverschleppungsphase entsteht. Das gilt in besonderem Maße für den individuellen Vertrauensschaden der nach materieller Insolvenz kontrahierenden Neugläubiger, denn dieser steht in keinem Zusammenhang mit einer weiteren Verkürzung des Nachlassvermögens als potenzieller Insolvenzmasse. Allein durch eine Differenzierung zwischen Schadenseintritt und später eintretender Haftungsbeschränkung auf den Nachlass kann das Problem nicht befriedigend gelöst werden.⁶⁰⁰

(d) Drittschadensliquidation?

Auf *Muscheler* geht schließlich der Vorschlag zurück, die Problematik nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation zu lösen.⁶⁰¹ Der Erbe habe zwar grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker aus § 2219 BGB, aufgrund der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass entstehe ihm jedoch kein Schaden. Ein Schaden entstehe vielmehr den Gläubigern, denen aber kein eigener Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker zustehe. Aus Sicht des Testamentsvollstreckers handele es sich zudem um eine zufällige Schadensverlagerung. Den Testamentsvollstrecker gingen die mit der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit für den Erben verbundenen Vorteile nichts an. Die Haftungsbeschränkung des Erben dürfe nicht zum Wegfall der Haftung des Testamentsvollstreckers aus § 2219 BGB führen, weil dies für den Testamentsvollstrecker eine zufällige und ungerechtfertigte Entlastung bedeuten würde. In diesen Fällen müsse der Schaden im Rahmen des Regressanspruchs aus § 2219 BGB nach den Interessen der Gesamtgläubigerschaft bestimmt werden. Der Erbe solle daher im Wege der Drittschadensliquidation den Schaden der Nachlassgläubiger gegenüber dem Testamentsvollstrecker liquidieren. Der entsprechende Ersatzanspruch aus § 2219 BGB fällt in den Nachlass und wird in der Nachlassinsolvenz durch den Insolvenzverwalter zugunsten der Gläubiger geltend gemacht.

Tatsächlich wirkt die Argumentation von *Muscheler* für die Anwendung der Drittschadensliquidation überzeugend.⁶⁰² Das gilt jedenfalls für Fälle, in denen sich ein Schaden lediglich aufgrund der Haftungsbeschränkung des Erben auf den Nachlass nicht beim Erben, sondern stattdessen bei den Nach-

⁶⁰⁰ Schließlich verweist auch *ders.*, Der überschuldete Nachlass, S. 138 a. E. absichernd darauf, selbst im Fall der Nachlassinsolvenz sei der Erbe „als Träger des Nachlasses“ gleichwohl ebenfalls geschädigt. Dies ist aber gerade die Frage, die es zu beantworten gilt.

⁶⁰¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 226.

⁶⁰² Befürwortend auch *Pfeuffer*, in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, S. 349, 374; symphatisierend *Dobler*, in: Staudinger, § 1978 Rn. 13 und § 1980 Rn. 20; auch *Niemöller*, in: Bengel/Reimann, § 12 Rn. 109; vgl. (referierend) *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2219 Rn. 8.

lassgläubigern realisiert. Es ist nicht einzusehen, warum ausgerechnet der Testamentsvollstrecker von der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass profitieren sollte. Denn die durch die amtliche Nachlassliquidation eröffnete Möglichkeit der Haftungsbeschränkung dient allein den Interessen des Erben. Es wäre unverständlich, wenn der Testamentsvollstrecker nur haften würde, solange der Nachlass nicht überschuldet ist, aber haftungsfrei sein sollte, wenn der Nachlass überschuldet und amtliche Nachlassliquidation angeordnet ist.⁶⁰³ Es scheint, als sei das aus der Konstruktion der mittelbaren Haftung resultierende Problem der Schadensermittlung mit Hilfe der Drittschadensliquidation grundsätzlich in den Griff zu bekommen.

Allerdings sind auch der Schadensabwicklung auf Grundlage der Drittschadensliquidation Grenzen gesetzt. Das Institut der Drittschadensliquidation soll verhindern, dass ein Schädiger durch eine zufällige Schadensverlagerung entlastet wird.⁶⁰⁴ Umgekehrt darf die Drittschadensliquidation aber nicht zu einer Erweiterung der Haftungsrisiken für den Schädiger führen.⁶⁰⁵ Der Schädiger soll durch eine aus seiner Perspektive zufällige Schadensverlagerung nicht besser, aber eben auch nicht schlechter gestellt werden. Daher kann auf dem Weg der Drittschadensliquidation nicht jeder beliebige Drittschaden liquidiert werden. Vielmehr soll das Institut die Liquidierung desselben Schadens gewährleisten, der ohne die zufällige Verlagerung beim Ersatzberechtigten eingetreten wäre.⁶⁰⁶ Damit scheidet eine Drittschadensliquidation hinsichtlich solcher Schäden aus, die beim Gläubiger selbst noch nicht einmal potenziell eintreten können, sondern ausschließlich bei dem Dritten.⁶⁰⁷ Denn dann fehlt es an einem Schaden, der „zufällig“ auf den Dritten verlagert werden könnte.

Vor diesem Hintergrund ermöglicht die Drittschadensliquidation zwar grundsätzlich den Ersatz desjenigen Schadens, der den Nachlassgläubigern durch eine weitere Verminderung des Nachlassvermögens als potenzieller Insolvenzmasse in der Insolvenzverschleppungsphase entsteht und der sich lediglich aufgrund der Haftungsbeschränkung auf den ohnehin überschuldeten Nachlass nicht beim Erben realisiert.⁶⁰⁸ Es ist jedoch äußerst zweifelhaft,

⁶⁰³ Vgl. die Argumentation in BGHZ 59, 148, 151; BGH NJW 1986, 581, 583.

⁶⁰⁴ *Oetker*, in: MünchKomm BGB, § 249 Rn. 289.

⁶⁰⁵ *Schiemann*, in: Staudinger, Vor §§ 249–254 Rn. 64; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 693; vgl. auch *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 102.

⁶⁰⁶ *Oetker*, in: MünchKomm BGB, § 249 Rn. 292; vgl. BGH NJW 1963, 2071, 2076.

⁶⁰⁷ Deutlich BGHZ 181, 12 Rn. 45; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 693.

⁶⁰⁸ Der Quotenschaden der Altgläubiger ist einer zentralen Abwicklung über den Nachlass grundsätzlich zugänglich. Der Schaden i. S. v. § 2219 BGB deckt sich allerdings nicht notwendig vollständig mit dem Quotenschaden der Altgläubiger, vgl.

ob die Drittschadensliquidation eine tragfähige Grundlage für den Ersatz des individuellen Vertrauensschadens der nach materieller Insolvenzreife mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neugläubiger bieten kann. Denn dieser Schaden steht in keinem Zusammenhang mit einer weiteren Verkürzung des Nachlassvermögens als Haftungsmasse.⁶⁰⁹ Der individuelle Kontrahierungsschaden der Neunachlassgläubiger kann nie beim Erben, sondern von vornherein ausschließlich bei dem jeweils betroffenen Neugläubiger eintreten. Hinsichtlich des Vertrauensschadens der Neugläubiger mangelt es somit an einer zufälligen Schadensverlagerung. Er kann nicht, auch nicht unter Zuhilfenahme der Drittschadensliquidation, über § 2219 BGB geltend gemacht werden.⁶¹⁰

(3) Keine korrekte Abwicklung der Neugläubigerschäden

Neben diesem kaum in den Griff zu bekommenden materiell-rechtlichen Problem bereitet das Konzept der mittelbaren Haftung zudem erhebliche Schwierigkeiten bei der Abwicklung der Insolvenzverschleppungshaftung. Die mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers basiert auf dessen Innenhaftung gegenüber dem Erben gem. § 2219 BGB. Der Regressanspruch des Erben aus § 2219 BGB fällt in den Nachlass und wird in der Nachlassinsolvenz unmittelbar durch den Nachlassinsolvenzverwalter zugunsten der Nachlassgläubiger geltend gemacht. Die mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers wird also stets zentral über den Nachlass abgewickelt. Die gebündelte Abwicklung über den Nachlass verursacht schwierige Probleme bei der Abwicklung der einzelnen Insolvenzverschleppungsschäden der Gläubiger. Im Einklang mit der seit BGHZ 126, 181 geltenden Konzeption der Insolvenzverschleppungshaftung gilt auch im Rahmen von § 1980 Abs. 1 S. 2 BGB, dass die nach materieller Insolvenzreife hinzutretenden Neugläubiger einen Anspruch auf Ersatz ihres gesamten Kontrahierungsschadens (negatives Interesse) haben, während die Altgläubiger nur den Ersatz ihres Quoten-

BGHZ 138, 211, 216. Denn der Quotenschaden der Altgläubiger ergibt sich aus der Differenz zwischen der tatsächlich erhaltenen und der bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung hypothetisch erzielbaren Insolvenzquote. Er lässt sich aber nicht allein anhand einer eventuellen Verkürzung des Aktivvermögens berechnen, *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 183; ausführlich *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 15a Rn. 42; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 276 ff.

⁶⁰⁹ BGHZ 138, 211, 216 f.; *Karollus*, ZIP 1995, 269, 271; vgl. auch *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 415: „Durch das Kontrahieren mit dem Neugläubiger wird meist weder dem Verband noch der Gläubigersamtheit ein Schaden entstehen“.

⁶¹⁰ Vgl. auch BGHZ 138, 211, 217, wonach bei der Insolvenz einer GmbH der Insolvenzverwalter Neugläubigerschäden aus denselben Gründen auch nicht über § 43 GmbHG als Gesellschaftsschaden geltend machen kann.

schadens verlangen können.⁶¹¹ Ein schadensersatzrechtlich korrekter Ersatz dieser unterschiedlichen Insolvenzverschleppungsschäden ist bei einer ausschließlich zentralen Haftungsabwicklung über den Nachlass kaum möglich.⁶¹² Die Abwicklung über den Nachlass führt dazu, dass auch die Schadensersatzansprüche der Neugläubiger, die auf Ersatz ihres individuellen Kontrahierungsschadens gerichtet sind, in den Nachlass fallen. Die Neugläubiger erhalten dadurch gerade nicht ihren gesamten Ausfallsschaden ersetzt. Vielmehr kommt die entsprechende Schadensersatzleistung im Wege der Erhöhung des Nachlassvermögens der Gesamtheit der Nachlassgläubiger zu Gute. In der Folge erlangen die Altgläubiger einen ungerechtfertigten Vorteil durch die Erhöhung ihrer Quote, während die Neugläubiger eben auch nur diese Quote bekommen und gerade nicht den Ersatz ihres individuellen Vertrauensschadens.⁶¹³ Damit wird der Neugläubigerschutz erheblich beeinträchtigt.

Überdies ist die zentrale Geltendmachung der Neugläubigerschäden durch den Nachlassinsolvenzverwalter mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden.⁶¹⁴ Zwar ist die Bildung von Sondermassen zugunsten der jeweiligen Neugläubiger theoretisch denkbar, aber auch dann müsste der Schaden für jeden einzelnen Neugläubiger individuell berechnet werden.⁶¹⁵ So hängt der Einzelschaden der Neugläubiger von zahlreichen individuellen Umständen ab, die dem Insolvenzverwalter nicht ohne Weiteres bekannt sind.⁶¹⁶ Aus diesen Gründen gilt für die aus der Insolvenzverschleppung resultierenden Vertrauensschäden der Neugläubiger gerade kein „Gebot der Haftungskanalisation“ über die verwaltete Vermögensmasse.⁶¹⁷ Sie unterliegen auch nicht

⁶¹¹ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 10; *Dutta*, in: Staudinger, § 1967 Rn. 43; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 1980 Rn. 6; *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 18; *Marotzke*, AcP 199 (1999), 615, 620; *Poertzen*, ZInsO 2013, 517, 524.

⁶¹² *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 259; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 140; *ders.*, in: FS K. Schmidt, S. 1665, 1684; *Poertzen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 138.

⁶¹³ *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 140, der dies als Sozialisierung des Neugläubigerschadens zulasten des Neugläubigers bezeichnet. Das Problem identifiziert auch *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 209.

⁶¹⁴ BGHZ 138, 211, 214 zu § 64 GmbHG a.F.; *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 259.

⁶¹⁵ *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 259; *Wagner*, in: FS K. Schmidt, S. 1665, 1684.

⁶¹⁶ BGHZ 138, 211, 216.

⁶¹⁷ Vgl. dagegen noch *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 225. Die Ansicht *Muschelers* wurde vor der Grundsatzentscheidung BGHZ 126, 181 entwickelt und beruht dementsprechend noch auf dem zuvor geltenden Konzept der Insolvenzverschleppungshaftung, das keinen Ersatz des Kontrahierungsschadens der Neugläubiger vorsah; darauf hinweisend auch *Poertzen*, Organhaftung

der gebündelten Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter gem. § 92 InsO. Vielmehr erfordert der korrekte Ersatz der Neugläubigerschäden grundsätzlich eine direkte Außenhaftung des Fremdverwalters, die von den geschädigten Neugläubigern individuell geltend zu machen ist.⁶¹⁸ Dem entspricht, dass es sich auch bei der Haftung des Insolvenzverwalters aus § 61 InsO um eine von den geschädigten Neumassegläubigern individuell gegenüber dem Verwalter geltend zu machende unmittelbare Außenhaftung handelt, die nicht etwa analog § 92 InsO von einem neu zu bestellenden Insolvenzverwalter durchgesetzt werden kann.⁶¹⁹

Für die Haftung gegenüber den nach materieller Insolvenz mit dem Testamentsvollstrecker kontrahierenden Neugläubigern ermöglicht die Konstruktion einer mittelbaren Außenhaftung des Testamentsvollstreckers keine tragfähige Lösung. Eine voll befriedigende Lösung für den Gläubigerschutz lässt sich allein durch eine unmittelbare Außenhaftung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Nachlassgläubigern erreichen.

cc) Unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers analog § 1980 BGB

Die durch das Fehlen einer unmittelbaren Außenhaftung des Testamentsvollstreckers entstehende Lücke im testamentsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz lässt sich durch das Modell einer mittelbaren Haftung nicht befriedigend schließen. Es ist daher eine unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Neugläubigern erforderlich, mit denen der Testamentsvollstrecker kontrahiert, obwohl er weiß oder wissen müsste, dass der Nachlass zur Begleichung der Verbindlichkeit voraussichtlich nicht ausreicht. Eine unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers könnte dogmatisch auf verschiedenen Wegen konstruiert werden. Erinnert sei insoweit an das Konzept einer unmittelbaren Haftung des Testamentsvollstreckers aus c. i. c. kraft „institutionalisierten Vertrauens“.⁶²⁰ Doch wurde bereits festgestellt, dass die herrschende Meinung die Voraussetzungen einer Vertreterengenhaftung aus c. i. c. heute deutlich restriktiver definiert und es nicht über-

wegen Insolvenzverschleppung, S. 139. Die Annahme, dass es Muscheler vor allem um die Abwicklung dieses Gesamtschadens gegangen ist, wird auch durch seine Formulierung gestützt, der Schaden der „Gesamtgläubigerschaft“ müsse maßgeblich sein, *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 226.

⁶¹⁸ BGHZ 126, 181, 201; BGHZ 138, 211, 216; BGHZ 171, 46, 51 f.

⁶¹⁹ BGH NZI 2006, 580 Rn. 7; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 61 Rn. 7.

⁶²⁰ Insbesondere *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 195 ff., der damit explizit den Fall abdecken wollte, dass der Vollstrecker ein Geschäft mit einem Dritten abschließt, „obwohl er wissen müsste, daß der Nachlaß zur Begleichung der Schuld wahrscheinlich nicht mehr ausreicht“, *ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 196.

zeugt, allein für den Testamentsvollstrecker einen Sonderweg einzuschlagen und eine Haftung aus c.i.c. anzunehmen.⁶²¹ In den Fokus rückt damit die Frage nach einer unmittelbaren Insolvenzverschleppungshaftung des Testamentsvollstreckers.

Nach herrschender Meinung trifft den Testamentsvollstrecker im Verhältnis zu den Gläubigern keine Insolvenzverschleppungshaftung.⁶²² Zur Begründung begnügt man sich in der Regel mit einem Umkehrschluss zu § 1985 Abs. 2 S. 2 BGB, der für den Nachlassverwalter explizit die entsprechende Anwendung der Insolvenzantragspflicht des § 1980 BGB anordnet.⁶²³ Nach § 317 Abs. 1 InsO ist zwar ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, zur Insolvenzantragstellung berechtigt. Nach herrschender Auffassung gilt dies jedoch nur, wenn der Testamentsvollstrecker den gesamten Nachlass verwaltet,⁶²⁴ und selbst in diesem Fall soll ihn keine Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber den Nachlassgläubigern treffen. Lediglich im Innenverhältnis zum Erben trifft den Testamentsvollstrecker eine Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung, deren Verletzung Schadensersatzansprüche des Erben aus § 2219 BGB auslösen kann.⁶²⁵

Andererseits finden sich auch gewichtige Gegenstimmen, die sich im Fall der Verwaltungsvollstreckung für eine Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers aussprechen.⁶²⁶ Sprechen also überzeugende Gründe für eine Insolvenzverschleppungshaftung des Testamentsvollstreckers analog § 1980 Abs. 1 BGB?

⁶²¹ s. oben Kapitel 4 – C.I.1.c).

⁶²² *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1980 Rn. 3; vgl. BGHZ 161, 281, 287 (Nachlasspfleger).

⁶²³ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 12; *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 20; a.A. *von Lübtow*, Erbrecht, S. 988, Fn. 48.

⁶²⁴ *Schallenberg/Rafiqpoor*, in: FK-InsO, § 317 Rn. 18; *Bauch*, in: Braun, InsO, § 317 Rn. 11; *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 317 Rn. 4; *Riering*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 317 Rn. 8; vgl. *Holzer*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 317 Rn. 11; *Lüer/Weidmüller*, in: Uhlenbruck, InsO, § 317 Rn. 8; *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 317 Rn. 7.

⁶²⁵ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 12; *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 12; vgl. BGHZ 161, 281, 287 (Nachlasspfleger).

⁶²⁶ *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 14; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 18 Rn. 9; *Haegeler*, KTS 1969, 158; *Uhlenbruck*, MitRhNotK 1994, 305, 308, jeweils für die Verwaltung des Nachlasses; *Poertzen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 143 für den Fall der Verwaltung des gesamten Nachlasses oder eines im Nachlass befindlichen Unternehmens; ohne Einschränkung auf die Verwaltungsvollstreckung *von Lübtow*, Erbrecht, S. 988, 1219; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rn. 170.

(1) Planwidrige Regelungslücke

Voraussetzung für eine Analogie ist zunächst eine planwidrige Regelungslücke. Das Fehlen einer eigenen Insolvenzverschleppungshaftung des Testamentsvollstreckers zeigt eine Unvollständigkeit des Gesetzes. Jedenfalls für den Fall der Verwaltungstestamentsvollstreckung ist diese Unvollständigkeit auch planwidrig.⁶²⁷ Die Verwaltungsvollstreckung fand ihren Weg erst relativ spät in das Gesetzgebungsverfahren.⁶²⁸ Zu diesem Zeitpunkt waren die Vorarbeiten zu den §§ 1975 ff. BGB schon erheblich vorangeschritten.⁶²⁹ Vor diesem Hintergrund wurden die Folgen der Verwaltungsvollstreckung, die der Testamentsvollstreckung durch die werbende Funktion eine neue Qualität brachte,⁶³⁰ nicht vollständig berücksichtigt.⁶³¹ Das gilt insbesondere für den Umstand, dass der Testamentsvollstrecker noch Jahre oder sogar Jahrzehnte nach dem Erbfall neue Nachlassverbindlichkeiten begründet, die die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens erforderlich machen können.⁶³² Ein bewusste Entscheidung gegen eine Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers ist dabei nicht erkennbar.

Das gilt auch mit Blick auf spätere Gesetzesreformen. Zwar hat der Gesetzgeber im Rahmen der Insolvenzrechtsreform im Jahr 1994 neben der Insolvenzantragspflicht des Vereinsvorstands gem. § 42 Abs. 2 BGB auch die Insolvenzantragspflicht des Erben (und damit aufgrund der Verweisung des § 1985 Abs. 2 S. 2 BGB auch diejenige des Nachlassverwalters) gem. § 1980 BGB um den Fall der Zahlungsunfähigkeit erweitert.⁶³³ Es bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich der Gesetzgeber bei der Insolvenzrechtsreform Gedanken über die Haftung des Testamentsvollstreckers gemacht hätte.⁶³⁴ Entsprechendes gilt für das MoMiG, mit dem der Gesetzgeber die Insolvenzantragspflichten der Geschäftsleiter aus den verschiedenen

⁶²⁷ Auch von Lübtow, Erbrecht, S. 988.

⁶²⁸ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 45 ff.

⁶²⁹ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 260.

⁶³⁰ Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 55.

⁶³¹ Ders., Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 3, 123; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 260. Insbesondere konnte zu diesem Zeitpunkt kaum die weitere Rechtsentwicklung im Bereich der culpa in contrahendo sowie der Insolvenzverschleppungshaftung vorhergesehen werden.

⁶³² Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 261.

⁶³³ BT-Drs. 12/3803, S. 24, 79; vgl. OLG Hamburg NZG 2009, 1036, 1037.

⁶³⁴ Bei BT-Drs. 12/3803, S. 79 ist nur vom Erben (und nicht etwa vom Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker) die Rede: Ihm sollte bei drohender Zahlungsunfähigkeit eines zum Nachlass gehörenden Unternehmens noch die Möglichkeit bleiben, ohne die Gefahr von Schadenersatzpflichten eine freie Sanierung zu versuchen. Auch in BT-Drs. 12/2443, S. 231 ist lediglich von der „Antragspflicht des Erben“ die Rede.

Gesellschaftsrechtsgesetzen in § 15a InsO zusammengefasst hat. So findet sich in der Begründung des Gesetzesentwurfes zum MoMiG – im Gegensatz zu einem Hinweis auf die vereinsrechtliche Sonderregelung in § 42 Abs. 2 BGB – kein Hinweis auf die Insolvenzantragspflichten hinsichtlich des Nachlassvermögens.⁶³⁵ Es bestehen somit keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 15a InsO irgendeine Aussage über die Haftung des Erben oder des Nachlassverwalters, geschweige denn des Testamentsvollstreckers treffen wollte.

(2) Vergleichbare Interessenlage

Des Weiteren müsste die Interessenlage im Fall des Testamentsvollstreckers vergleichbar sein zu anderen Fällen, in denen das Gesetz einen Fremdverwalter einer Insolvenzantragspflicht unterwirft.

(a) Erfordernis einer Insolvenzantragspflicht

Zunächst ist festzuhalten, dass unbestritten auch im Fall der Testamentsvollstreckung eine Insolvenzantragspflicht bezüglich des Nachlassvermögens erforderlich ist. Nach ganz herrschender Ansicht besteht die Insolvenzantragspflicht des § 1980 Abs. 1 BGB auch bei Anordnung von Testamentsvollstreckung fort.⁶³⁶ Der Erbe verliert nicht etwa seine Insolvenzantragspflicht.⁶³⁷ Dass auch im Fall der Testamentsvollstreckung eine Insolvenzantragspflicht erforderlich sein soll, überzeugt. Als tieferer Grund für das Bestehen einer Insolvenzantragspflicht wird verbreitet auf das Fehlen einer unbeschränkt persönlich haftenden natürlichen Person rekurriert.⁶³⁸ So korreliert auch die Pflicht des Erben zum Insolvenzantrag gem. § 1980 Abs. 1 BGB mit dessen Möglichkeit, die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken.⁶³⁹ Auch im Fall der Testamentsvollstreckung verlangt die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nach einem gläubigerschützenden Ausgleich durch die Anordnung einer Insolvenzantragspflicht.

⁶³⁵ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 55.

⁶³⁶ Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1980 Rn. 3; Dobler, in: Staudinger, § 1980 Rn. 14.

⁶³⁷ Vgl. dagegen für Wegfall der Insolvenzantragspflicht des Erben im Fall der Nachlassverwaltung Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1980 Rn. 3; Küpper, in: Münch-Komm BGB, § 1980 Rn. 9 (Übergang auf den Nachlassverwalter); a.A. Dobler, in: Staudinger, § 1980 Rn. 14.

⁶³⁸ Klöhn, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 29; Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 15a Rn. 1; Steffek, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 15a Rn. 2.

⁶³⁹ s. auch § 2013 Abs. 1 BGB, wonach § 1980 BGB nicht mehr anwendbar ist, wenn der Erbe das Haftungsbeschränkungsrecht verloren hat.

(b) Testamentsvollstrecker als richtiger Adressat

Damit verengt sich die Frage nach der vergleichbaren Interessenlage darauf, wer im Fall der Testamentsvollstreckung der richtige Adressat der Insolvenzantragspflicht ist. In Betracht kommen der Erbe, der Testamentsvollstrecker oder beide gemeinsam. Nach der herrschenden Meinung soll die Insolvenzantragspflicht stets allein den Erben treffen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob er wirklich der allein richtige Adressat der Insolvenzantragspflicht ist.

Um den richtigen Adressaten zu bestimmen, ist entscheidend, welche Kriterien im Allgemeinen für die Auswahl der Adressaten der Insolvenzantragspflicht maßgeblich sind. Bei der Kapitalgesellschaft sind primär die Geschäftsleiter zur Insolvenzantragstellung verpflichtet, § 15a Abs. 1 InsO.⁶⁴⁰ Auch in den anderen Fällen, in denen das Gesetz eine Insolvenzantragspflicht vorsieht, trifft die Antragspflicht jeweils primär die mit der Verwaltung des beschränkt haftenden Vermögens betrauten Organwalter.⁶⁴¹ Das lässt sich insbesondere darauf zurückführen, dass die Geschäftsleiter bzw. sonst verwaltungsbefugten Organwalter die besten Informations- und Handlungsmöglichkeiten haben.⁶⁴² Sie erfahren regelmäßig als erstes von der materiellen Insolvenz des beschränkt haftenden Vermögens.⁶⁴³ Aufgrund ihrer Position und Funktion sind sie diejenigen, die insolvenzbedingte Schäden am effektivsten verhindern können.⁶⁴⁴

Es fragt sich, ob der Erbe im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker grundsätzlich über die besseren Informations- und Handlungsmöglichkeiten hinsichtlich des Nachlassvermögens verfügt. Im Fall der Abwicklungsvollstreckung mag das zutreffen. Im Fall der Verwaltungsvollstreckung, jedenfalls wenn sie den gesamten Nachlass erfasst, ist dies jedoch äußerst zweifelhaft. Das zeigt auch die herrschende Ansicht, die zwar auch bei angeordneter Verwaltungstestamentsvollstreckung streng auf der Insolvenzantragspflicht des Erben beharrt, aber sogleich ergänzt, in diesem Fall werde ein Verschulden des Erben im Rahmen von § 1980 Abs. 1 S. 2 BGB nur sehr selten an-

⁶⁴⁰ Die Gesellschafter sind gem. § 15a Abs. 3 InsO nur subsidiär im Fall der Führungslosigkeit antragspflichtig.

⁶⁴¹ So verpflichtet § 15a Abs. 1 S. 1 InsO im Fall der juristischen Person primär die Mitglieder des Vertretungsorgans zur Insolvenzantragstellung. Im Verein ist die Insolvenzantragspflicht an den Vorstand adressiert, § 42 Abs. 2 BGB.

⁶⁴² *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, S. 262.

⁶⁴³ *Klöhn*, in: MünchKomm InsO, § 15a Rn. 29.

⁶⁴⁴ *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, S. 262. Zudem unterliegen die Fremdverwalter schädlichen Verhaltensanreizen, die sie zu gläubigerschädlichen Verhalten, insbesondere der Eingehung exzessiver Risiken, motivieren. Auch dieser Gedanke lässt sich auf den Testamentsvollstrecker übertragen.

genommen werden können.⁶⁴⁵ Diese Einschränkung leuchtet ein. Denn der Erbe hat regelmäßig einen deutlich schlechteren Überblick über die Vermögenslage des Nachlasses, wenn nicht er selbst, sondern ein Testamentsvollstrecker den Nachlass verwaltet. Schon damit offenbart die herrschende Ansicht letztlich selbst, dass in diesem Fall weniger der Erbe als der Testamentsvollstrecker der richtige Adressat der Insolvenzantragspflicht ist. Der Testamentsvollstrecker hat die ausschließliche Verwaltungsbefugnis und damit die maßgebliche Kontrolle über den Nachlass, §§ 2205 ff. BGB. Soweit der Testamentsvollstrecker den Nachlass verwaltet, kann der Erbe auch keine Nachlassverbindlichkeiten begründen.⁶⁴⁶ Es ist daher der Testamentsvollstrecker, der über die besseren Informations- und Handlungsmöglichkeiten verfügt. Die herrschende Ansicht, die stets nur den Erben für die rechtzeitige Insolvenzantragstellung in die Verantwortung nehmen will, wird der starken Position und Funktion Testamentsvollstreckers, insbesondere bei der Verwaltungsvollstreckung, nicht gerecht.⁶⁴⁷ Nur durch eine Inpflichtnahme des Testamentsvollstreckers lässt sich außerdem die Haftungslücke vermeiden, die droht, wenn man den Erben zwar stets für antragspflichtig erachtet, aber (mit gutem Grund!) ein eigenes Verschulden des Erben im Fall der Testamentsvollstreckung nur selten annehmen möchte.⁶⁴⁸ Jedenfalls der den gesamten Nachlass verwaltende Testamentsvollstrecker sollte daher analog § 1980 Abs. 1 BGB zur Insolvenzantragstellung verpflichtet sein.

An der fortbestehenden Insolvenzantragspflicht des Erben gem. § 1980 BGB auch bei angeordneter Testamentsvollstreckung ändert dies nichts. Eine Haftung des Erben wird zwar mangels eigenen Verschuldens häufig ausscheiden. Sie kommt aber insbesondere dann in Betracht, wenn der Erbe den Testamentsvollstrecker nicht hinreichend kontrolliert (vgl. § 2215 BGB), ihm erforderliche Informationen über den Nachlass vorenthält oder ihn sogar bewusst täuscht.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 14; *Weber*, in: Jaeger, KO, §§ 217–220 Rn. 24; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 231.

⁶⁴⁶ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2211 Rn. 8; *Reimann*, in: Staudinger, § 2211 Rn. 17.

⁶⁴⁷ Vgl. *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 14.

⁶⁴⁸ Die Zurechnung von Verschulden des Testamentsvollstreckers mit der Folge unbeschränkter persönlicher Haftung des Erben kommt nicht in Betracht und auch die Konstruktion einer mittelbaren Haftung des Testamentsvollstreckers bietet keinen geeigneten Ausgleich.

⁶⁴⁹ Vgl. *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 14; *Horn*, in: Erman, BGB, § 1980 Rn. 5; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1980 Rn. 3 zur Insolvenzverschleppungshaftung des Erben im Fall der Nachlassverwaltung.

(c) Antragspflicht bei gegenständlich beschränkter Testamentsvollstreckung

Der Erblasser muss nicht stets für den gesamten Nachlass Testamentsvollstreckung anordnen. Er kann auch nur einen Teil des Nachlasses oder einzelne Nachlassgegenstände der Testamentsvollstreckung unterstellen, § 2208 Abs. 1 S. 2 BGB. Ist dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung eines einzelkaufmännischen Unternehmens übertragen, so wird es sich häufig um eine Verwaltung des gesamten Nachlasses handeln. Denn das Unternehmensvermögen wird oftmals den wesentlichen Teil des Nachlasses ausmachen. Die Ausklammerung einzelner Nachlassgegenstände aus der Verwaltung des Testamentsvollstreckers durch den Erblasser ist insofern unschädlich und es wird von einer gegenständlich unbeschränkten Testamentsvollstreckung auszugehen sein.⁶⁵⁰ Es ist aber auch möglich, dass das zu verwaltende Unternehmen nicht den ganz überwiegenden Teil des Nachlasses ausmacht. Soll der Vollstrecker dann lediglich das Handelsgeschäft, nicht aber andere Teile des Nachlasses verwalten, handelt es sich um eine gegenständlich beschränkte Testamentsvollstreckung i. S. v. § 2208 Abs. 1 S. 2 BGB.⁶⁵¹

Damit stellt sich die Frage, ob der verwaltende Testamentsvollstrecker auch dann richtiger Adressat der Insolvenzantragspflicht ist, wenn sich seine Verwaltungsbefugnis gegenständlich auf einen Teil des Nachlasses beschränkt. Nach herrschender Auffassung hat der Testamentsvollstrecker in diesem Fall nicht einmal das Recht zur Antragstellung gem. § 317 Abs. 1 InsO.⁶⁵² Doch auch in diesem Fall scheint es fragwürdig, dass allein der Erbe für die rechtzeitige Insolvenzantragstellung verantwortlich sein soll. Die gegenständlich beschränkte Testamentsvollstreckung führt zu einer Aufteilung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker. Dabei ist hervorzuheben, dass auch der gegenständlich beschränkte Testamentsvollstrecker die Befugnis zur Begründung von Nachlassverbindlichkeiten hat, für die stets der gesamte Nachlass haftet.⁶⁵³ Der Erbe kann nach den allgemeinen Regeln der

⁶⁵⁰ So die herrschende Ansicht zu § 2213 Abs. 1 S. 2 BGB, der ebenfalls auf die „Verwaltung des Nachlasses“ abstellt: *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2213 Rn. 8; *Reimann*, in: Staudinger, § 2213 Rn. 8, 12. Es spricht viel dafür, diese Auslegung auf § 2208 Abs. 1 S. 2 BGB zu übertragen.

⁶⁵¹ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2208 Rn. 8; *Reimann*, in: Staudinger, § 2208 Rn. 10 nennen explizit das Handelsgeschäft als Beispiel gegenständlich beschränkter Testamentsvollstreckung. Eine gegenständliche Beschränkung liegt im Übrigen häufig bei der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen vor.

⁶⁵² *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 317 Rn. 4; *Reimann*, in: Staudinger, § 2208 Rn. 9. Der Wortlaut des § 317 Abs. 1 InsO zwingt nicht zu einer so restriktiven Auslegung.

⁶⁵³ *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 2206 Rn. 4; *Reimann*, in: Staudinger, § 2208 Rn. 11; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2208 Rn. 9.

sog. Nachlasserbenschuld Nachlassverbindlichkeiten begründen, soweit dies der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung bezüglich der nicht von der Testamentsvollstreckung erfassten Nachlassgegenstände dient.⁶⁵⁴ Testamentsvollstrecker und Erbe stehen sich hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses damit abstrakt betrachtet im Wesentlichen gleichberechtigt gegenüber. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum der Erbe im Fall der gegenständlich beschränkten Verwaltungstestamentsvollstreckung stets der allein richtige Adressat der Insolvenzantragspflicht sein sollte. Die Informations- und Handlungsmöglichkeiten in Bezug auf den Nachlass können je nach Umfang der gegenständlichen Beschränkung im konkreten Einzelfall ganz unterschiedlich zwischen Erbe und Testamentsvollstrecker verteilt sein. Es ist einerseits möglich, dass der Testamentsvollstrecker den ganz überwiegenden Teil des Nachlasses verwaltet. Andererseits kann dem Testamentsvollstrecker auch nur die Verwaltung eines kleinen Teils des Nachlasses übertragen sein. Einen vollständigen Überblick über den Nachlass und dessen wirtschaftliche Situation können sich Erbe und Testamentsvollstrecker jedoch regelmäßig nur gemeinsam verschaffen. Dies spricht dafür, den Erben und den Testamentsvollstrecker grundsätzlich gleichermaßen für die rechtzeitige Insolvenzantragsstellung in die Verantwortung zu nehmen. Ansonsten droht auch hier eine Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes, wenn nur der Erbe antragspflichtig ist, aber ein eigenes Verschulden des Erben angesichts der Mitverwaltungskompetenz des Testamentsvollstreckers häufig verneint werden muss. Es lässt sich insoweit eine gewisse Parallele zu dem Fall erkennen, dass in einer Kapitalgesellschaft mehrere Personen zu Geschäftsleitern bestellt sind, deren Zuständigkeit aufgrund einer internen Geschäftsverteilungsregelung aufgeteilt ist.⁶⁵⁵ Auch hier gilt, dass eine interne Aufteilung der Verwaltungsbefugnisse einen Geschäftsleiter nicht von seiner Insolvenzantragspflicht entbindet.⁶⁵⁶ Mitgeschäftsleiter sind im Zweifel entsprechend zu kontrollieren und zu überwachen.⁶⁵⁷ Der Umstand einer internen Geschäftsverteilung und einer Fehlinformation durch Mitgeschäftsleiter kann nur im Rahmen des Verschuldens Berücksichtigung finden. Dies entspricht dem Grundgedanken, dass die Arbeitsteilung in einer Organisation nicht auf Kosten des Gläubigerschutzes gehen darf.⁶⁵⁸ Auch bei gegenständlicher Beschränkung sollte den verwaltenden Testamentsvollstrecker daher die Insolvenzantragspflicht analog § 1980 Abs. 1 BGB treffen.

⁶⁵⁴ Statt vieler BGH NJW 2013, 3446 Rn. 14; BGH NJW 2013, 933 Rn. 16.

⁶⁵⁵ *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 15a Rn. 7.

⁶⁵⁶ BGH NZG 2019, 225 Rn. 13 ff.; BGH NJW 1994, 2149; zur Buchführungspflicht aus § 41 GmbHG BGH NJW 1986, 54, 55; *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 15a Rn. 7.

⁶⁵⁷ BGH NJW 1994, 2149, 2150; BGH NZG 2019, 225 Rn. 14.

⁶⁵⁸ *Fleischer*, NZG 2003, 449, 451.

(d) Zumutbarkeit für den Testamentsvollstrecker

Eine Insolvenzverschleppungshaftung ist dem verwaltenden Testamentsvollstrecker zumutbar.⁶⁵⁹ Sie ist dies vor allem deswegen, weil sie – im entscheidenden Gegensatz zu einer uneingeschränkten Einstandspflicht des Testamentsvollstreckers wie etwa bei der Treuhandlösung – verhaltensbezogen ausgestaltet ist.⁶⁶⁰ Dem Risiko, dass der Erbe den Testamentsvollstrecker unvollständig oder unrichtig informiert,⁶⁶¹ lässt sich dadurch begegnen, dass man dies im Einzelfall im Rahmen des Verschuldens berücksichtigt. Auf diese Weise verfährt die herrschende Ansicht bereits heute mit dem Erben, der durch den Testamentsvollstrecker nicht richtig informiert wird.⁶⁶² Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Testamentsvollstrecker sein Amt freiwillig antritt.⁶⁶³ Er sucht sich Erblasser und Erben, für die er tätig ist, aus. Schließlich kann er sein Amt jederzeit niederlegen (§ 2226 BGB), womit grundsätzlich auch seine Amtspflichten einschließlich der Antragspflicht enden.⁶⁶⁴ Systematisch geht die Annahme einer Antragspflicht mit einem Antragsrecht des Testamentsvollstreckers auch im Fall gegenständlicher Beschränkung gem. § 317 Abs. 1 InsO einher. Gegen voreilige Insolvenzanträge ist der Erbe dadurch geschützt, dass der Testamentsvollstrecker den Insolvenzgrund glaubhaft machen muss, § 317 Abs. 2 InsO.

(e) Vereinbarkeit mit dem Zweck der Testamentsvollstreckung

Es sprechen also gewichtige Gründe für eine Insolvenzantragspflicht des verwaltenden Testamentsvollstreckers analog § 1980 Abs. 1 BGB. Vor diesem Hintergrund verliert der von der herrschenden Ansicht regelmäßig schlicht postulierte Umkehrschluss zu den §§ 1985 Abs. 2, 1980 BGB, die explizit eine Insolvenzantragspflicht (nur) des Nachlassverwalters anordnen,

⁶⁵⁹ Vgl. *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 269 ff.

⁶⁶⁰ Zur hohen Plausibilität verhaltensbezogener Haftung vgl. *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, 1073.

⁶⁶¹ Man muss, wenn man eine Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers annimmt, den Erben auf Grundlage des zwischen ihnen bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses dazu verpflichten, dem Testamentsvollstrecker die für die Prüfung der Insolvenzgründe erforderlichen Informationen über den Nachlass zu geben, insbesondere über durch den Erben neu begründete Nachlassverbindlichkeiten; vgl. zur Auskunftspflicht des Erben gegenüber dem Nachlassverwalter *Dobler*, in: *Staudinger*, § 1985 Rn. 15.

⁶⁶² *Dies.*, in: *Staudinger*, § 1980 Rn. 14; *Weber*, in: *Jaeger*, KO, §§ 217–220 Rn. 24. Ein Verschulden wird umso seltener in Betracht kommen, je unbedeutender der verwaltete Nachlassteil ausfällt.

⁶⁶³ *Zimmermann*, in: *MünchKomm BGB*, § 2202 Rn. 2.

⁶⁶⁴ Vgl. *Weber*, in: *Jaeger*, KO, §§ 217–220 Rn. 20.

an Überzeugungskraft.⁶⁶⁵ Es sind jedoch auch teleologische Argumente zu berücksichtigen, die gegen eine Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers sprechen könnten. Insoweit wird vor allem vorgebracht, die Annahme einer Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers sei unvereinbar mit dem Grundsatz, dass das Institut der Testamentsvollstreckung allein dem Interesse des Erben, nicht aber den Interessen der Nachlassgläubiger zu dienen bestimmt sei.⁶⁶⁶ Nur die Verfahren der amtlichen Nachlassliquidation, d.h. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz, dienen den Interessen der Nachlassgläubiger. Dementsprechend sei allein dem Nachlassverwalter in § 1985 Abs. 1 BGB die Aufgabe der Gläubigerbefriedigung besonders zugewiesen. Dies spreche dafür, dass nur den Nachlassverwalter, nicht aber den Testamentsvollstrecker die Insolvenzantragspflicht treffe.⁶⁶⁷

Schaut man genauer hin, so steht diese Argumentation jedoch auf tönernen Füßen. Die Insolvenverschleppungshaftung des Nachlassverwalters gem. §§ 1985 Abs. 2, 1980 BGB lässt sich nämlich nicht damit erklären, dass die Nachlassverwaltung den Interessen „der Gläubiger“ dient.

Zunächst einmal ist die Aussage, dass die amtliche Nachlassliquidation den Interessen „der Gläubiger“ dient, ungenau und muss präzisiert werden. Nachlassverwaltung sowie Nachlassinsolvenzverwaltung dienen in erster Linie den Interessen derjenigen Gläubiger, die ihre Forderung *vor* der Anordnung der Nachlassverwaltung bzw. der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben haben.⁶⁶⁸ So dient das Insolvenzverfahren maßgeblich der Befriedigung der Insolvenzgläubiger, §§ 1, 38 InsO. Es dient dagegen nicht den Interessen der neuen Massegläubiger, mit denen der Insolvenzverwalter zum Zwecke der Verwaltung der Insolvenzmasse kontrahiert. Nichts anderes gilt für die Nachlassverwaltung i. S. v. § 1975 BGB. Sie dient in erster Linie der Befriedigung derjenigen Nachlassgläubiger, die ihre Forderung *vor* Anordnung der Nachlassverwaltung erworben haben. Diese „Altnachlassgläubiger“ sollen durch die Nachlassverwaltung befriedigt werden. Die Nachlassverwal-

⁶⁶⁵ Zum Verhältnis von Analogie und Umkehrschluss *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946, 974; *Joerden*, Logik im Recht, S. 312; *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 27 f.; vgl. auch *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 132.

⁶⁶⁶ *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 20; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 225. Die ablehnenden Ausführungen *Muschelers* beziehen sich im Übrigen auf eine über eine Insolvenzantragspflicht noch deutlich hinausgehende generelle unmittelbare Verantwortlichkeit des Vollstreckers gegenüber den Nachlassgläubigern.

⁶⁶⁷ *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 20; *Weber*, in: Jaeger, KO, §§ 217–220 Rn. 24; vgl. zum Nachlasspfleger *Mešina*, in: Staudinger, § 1960 Rn. 54.

⁶⁶⁸ *Dobler*, in: Staudinger, § 1986 Rn. 6; für das Insolvenzverfahren explizit §§ 1, 38 InsO; sehr deutlich bereits *John*, Die organisierte Rechtsperson, S. 190 zur Konkursverwaltung.

tung verfolgt dagegen nicht die Interessen der neuen Gläubiger, mit denen der Nachlassverwalter in Kontakt tritt.⁶⁶⁹ Die Befriedigung dieser „Neunachlassgläubiger“ ist nicht originärer Zweck der Nachlassverwaltung.⁶⁷⁰

Vor allem diese „Neunachlassgläubiger“ werden jedoch durch die Insolvenverschleppungshaftung geschützt. Während die Nachlassverwaltung maßgeblich dem Befriedigungsinteresse der „Altnachlassgläubiger“ dient, schützt die Insolvenzantragspflicht des Nachlassverwalters in erster Linie die „Neunachlassgläubiger“, mit denen der Nachlassverwalter kontrahiert. Die Insolvenzantragspflicht dient also nicht in erster Linie dem Schutz derjenigen Gläubiger, in deren Interesse die Nachlassverwaltung durchgeführt wird. Sie lässt sich somit nicht damit begründen, dass die Nachlassverwaltung den Interessen „der Nachlassgläubiger“ dient. Vielmehr ist die Insolvenzantragspflicht des Nachlassverwalters der notwendige gläubigerschützende Ausgleich dafür, dass die „Altnachlassgläubiger“ ihre Interessen durch die Organisationsform der Nachlassverwaltung unter Haftungsbeschränkung gegenüber den „Neunachlassgläubigern“ verfolgen dürfen.

Das verdeutlicht auch der Blick auf die zur Insolvenverschleppungshaftung funktionsäquivalente Außenhaftung des Insolvenzverwalters gegenüber Neumassegläubigern aus § 61 InsO. Sie beruht ebenfalls nicht darauf, dass die Insolvenzverwaltung den Interessen „der Gläubiger“ dient. Denn während das Insolvenzverfahren gem. §§ 1, 38 InsO in erster Linie dem Befriedigungsinteresse der Insolvenzgläubiger dient, schützt die Haftung aus § 61 InsO ausschließlich die Interessen neuer Massegläubiger. Die Haftung des Insolvenzverwalters aus § 61 InsO beruht also gerade nicht auf dem besonderen Zweck des Insolvenzverfahrens, der Befriedigung der Insolvenzgläubiger. Sie ist vielmehr der gläubigerschützende Ausgleich dafür, dass die Insolvenzgläubiger durch die Organisationsform der Insolvenzverwaltung ihre Interessen unter Haftungsbeschränkung gegenüber den Neumassegläubigern verfolgen dürfen.

⁶⁶⁹ So auch *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 177 ff.; vgl. auch *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 118: „Der Konkursverwalter ist auch nicht eine „neutrale Amtsperson“, die eine schlichtende Funktion hat, sondern er muß die Masse mehrten und so die Interessen der Gläubiger und Gemeinschuldner wahrnehmen. Dies ist aber dem neuen Gläubiger bekannt.“

⁶⁷⁰ So explizit *Dobler*, in: Staudinger, § 1986 Rn. 6. Das bestätigt auch *Muscherler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 401, wenn er feststellt: „Daß Konkurs- und Nachlaßverwaltung im Gegensatz zur Testamentsvollstreckung primär den Interessen der Gläubiger dienen, erweist sich mithin als ein Satz, der sich auf konkursspezifische Gläubigerinteressen beschränkt, und begründet nicht, warum nur in ihrem Rahmen die Fortführung des Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung für die Neuverbindlichkeiten zulässig sein soll.“

Die Aussage, dass die amtliche Nachlassliquidation den Interessen „der Gläubiger“ dient, bringt also lediglich zum Ausdruck, dass diese Verfahren im Interesse ganz bestimmter Gläubiger als den idealtypischen Residualberechtigten des Nachlasses durchgeführt werden. Sie sagt aber nichts darüber aus, wie potenzielle neue Gläubiger, die mit den Organisationsformen der amtlichen Nachlassliquidation in Kontakt kommen, zu schützen sind. Die Insolvenzverschleppungshaftung des Nachlassverwalters ist damit keineswegs eine Besonderheit der amtlichen Nachlassliquidation, die nicht auf den Testamentsvollstrecker übertragbar wäre. Schließlich ist kein Grund ersichtlich, warum es ausgerechnet und allein dem Erben ermöglicht werden sollte, seine Interessen durch die Organisationsform der Testamentsvollstreckung unter dem Schutzschirm möglicher Haftungsbeschränkung auf den Nachlass ohne einen entsprechenden gläubigerschützenden Ausgleich verfolgen zu lassen. Das Institut der Verwaltungstestamentsvollstreckung bedeutet eine erhebliche Erweiterung der Privatautonomie des Erblassers bzw. Erben, die nicht selbstverständlich ist.⁶⁷¹ Mit ihr stellt der Gesetzgeber eine weitere privatrechtliche Organisationsform zur Verfügung, die der Erblasser weitgehend nach seinen privaten Vorstellungen nutzen kann. Es besteht kein Anlass, die Testamentsvollstreckung gegenüber anderen privatrechtlichen haftungsbeschränkten Organisationsformen zu privilegieren. Das schlichte Postulat, die Testamentsvollstreckung diene allein dem Interesse des Erben, reicht jedenfalls nicht aus, um eine solche Privilegierung zu begründen.

Der Grundsatz, dass das Institut der Testamentsvollstreckung dem Interesse des Erben dient, steht einer Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers nicht entgegen. Vielmehr liefert erst die Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers den erforderlichen gläubigerschützenden Ausgleich dafür, dass der Testamentsvollstrecker die Interessen des Erben durch die Organisationsform der Testamentsvollstreckung unter dem Schutzschirm möglicher Haftungsbeschränkung auf den Nachlass verfolgen darf.

Im Ergebnis ist eine Insolvenzantragspflicht des verwaltenden Testamentsvollstreckers analog § 1980 BGB anzunehmen. Damit wird für die Neugläubiger ein Schutzniveau erreicht, dass der Situation bei der Kapitalgesellschaft im Wesentlichen entspricht. Zwar ist im Gegensatz zur Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO im Rahmen von § 1980 Abs. 1 BGB keine dreiwöchige Frist normiert, nach der spätestens Insolvenzantrag zu stellen ist.⁶⁷² Dieser Unterschied erscheint jedoch für den Gläubigerschutz nicht

⁶⁷¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 244.

⁶⁷² Daneben ist umstritten, ob der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO n.F. auch auf die Nachlassinsolvenz anwendbar ist, wenn sich im Nachlass ein Unternehmen befindet. Dafür spricht, dass der Nachlass für die Zeit der Testamentsvollstreckung auf Fortführung gerichtet ist, *Marotzke*, in: HK-InsO,

besonders gravierend. Einerseits zwingt das Fehlen einer Dreiwochenfrist nicht zu dem Schluss, dass der Insolvenzantrag stets sofort nach Eintreten eines Insolvenzgrundes gestellt werden müsste.⁶⁷³ Andererseits kann die Dreiwochenfrist des § 15a InsO im Rahmen der Auslegung der Antragspflicht gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 Abs. 1 S. 1 BGB Berücksichtigung finden. In Betracht kommen insbesondere höhere Anforderungen an die Darlegungslast bis hin zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens nach Ablauf von drei Wochen.⁶⁷⁴

b) Haftung gegenüber Altgläubigern

Erkennt man, wie hier befürwortet, eine Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers an, so ergibt sich daraus auch eine Haftung des Testamentsvollstreckers für den Quotenschaden der Altgläubiger aus Insolvenzverschleppungshaftung analog § 1980 Abs. 1 BGB. Es besteht dann kein wesentlicher Unterschied zur Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften.

5. Zusammenfassung

Bei der Kapitalgesellschaft bildet die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter durch ihre gläubigerschützende Funktion eine tragende Säule für die Legitimation der institutionellen Haftungsbeschränkung. Dabei spielt vor allem die Haftung gegenüber Neugläubigern bei der Begründung von Neuverbindlichkeiten nach Eintritt materieller Insolvenz eine entscheidende Rolle für den Gläubigerschutz. Die Haftung des Insolvenzverwalters hat sich nach einer wechsellvollen Entwicklung auf eine funktional vergleichbare Lösung in Gestalt des § 61 InsO eingependelt. Auch der Nachlassverwalter unterliegt einer Insolvenzverschleppungshaftung. Der Vergleich mit den anderen Fremdverwaltern, insbesondere der erreichte Stand der Insolvenzver-

§ 320 Rn. 3; *Holzer*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 320 Rn. 4; a.A. *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 320 Rn. 4; *Roth*, ZInsO 2009, 2265. Lehnt man dies ab, so bedeutet dies nur eine strengere Behandlung der Nachlassinsolvenz und keine Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes. Auch die fehlende Strafandrohung im Rahmen von § 1980 BGB (vgl. dagegen § 15a Abs. 4 InsO) dürfte den Gläubigerschutz nicht zu stark beeinträchtigen. Schließlich fehlt es auch für den Nachlassverwalter an einer Strafbarkeit.

⁶⁷³ Zu § 42 BGB *Roth/Knof*, KTS 2009, 163, 178; *Hirte*, in: FS Werner, S. 222, 227; a.A. *Poertzen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 168.

⁶⁷⁴ So auch zu § 42 BGB *Roth/Knof*, KTS 2009, 163, 178 m.w.N. zu dem insoweit breit gefächerten Meinungsspektrum; *Hirte*, in: FS Werner, S. 222, 227. Für eine Berücksichtigung der Dreiwochenfrist auch im Rahmen von § 42 Abs. 2 BGB *Lenger/Finsterer*, NZI 2016, 571, 572.

walteraußenhaftung, verdeutlicht ein Defizit bei der Außenhaftung des Testamentsvollstreckers. Dieses Defizit ist durch die Konstruktion einer mittelbaren Haftung, selbst unter Zuhilfenahme der Drittschadensliquidation, nicht zu beheben. Es ist vielmehr eine unmittelbare Außenhaftung des Testamentsvollstreckers erforderlich. Eine solche Außenhaftung lässt sich überzeugend durch Annahme einer Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers analog § 1980 BGB begründen.

III. Zahlungsverbot und Haftung für Masseschmälerung

Die Haftung wegen Verzögerung der Insolvenzantragstellung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO ist nicht die einzige Haftung, die den Geschäftsleitern in der Krise der Kapitalgesellschaft droht. Der kapitalgesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz wird maßgeblich dadurch ergänzt, dass die Geschäftsleiter ab Eintritt der materiellen Insolvenz grundsätzlich keine Zahlungen mehr aus dem Gesellschaftsvermögen leisten dürfen.⁶⁷⁵ An dieses Zahlungsverbot knüpft eine strenge Haftung der Geschäftsleiter für verbotswidrige masseschmälernde Zahlungen.⁶⁷⁶ Im Folgenden soll zunächst das für die Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft geltende Zahlungsverbot und die Haftung für masseschmälernde Zahlungen dargestellt werden. Daraufhin wird der Frage nachgegangen, ob und inwieweit sich im Insolvenz- und Testamentsvollstreckungsrecht vergleichbare gläubigerschützende Haftungsregelungen finden lassen.

Die Haftung der Geschäftsleiter für masseschmälernde Zahlungen im Stadium materieller Insolvenz ist im Kapitalgesellschaftsrecht dogmatisch als Innenhaftung konstruiert. Der Geschäftsleiter haftet für verbotene Zahlungen gegenüber der Kapitalgesellschaft, § 64 S. 1 GmbHG und §§ 92 Abs. 2 S. 1 i. V. m. 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG. Funktional geht es bei den Zahlungsverboten aber um eine Haftung gegenüber der Gläubigergesamtheit.⁶⁷⁷ Allein sie wird durch eine Verminderung der Insolvenzmasse infolge vorzeitiger, überquotaler Befriedigung einzelner Gläubiger geschädigt. Dagegen erleidet die Gesellschaft selbst keinen Schaden, wenn und weil der Geschäftsleiter lediglich ihre Verbindlichkeiten erfüllt.⁶⁷⁸ Die Aktivlegitimation der Gesellschaft dient

⁶⁷⁵ Vgl. § 92 Abs. 2 S. 1 AktG. In § 64 S. 1 GmbHG ist das Zahlungsverbot als solches nicht normiert, sondern nur die Haftung als Sanktionsfolge.

⁶⁷⁶ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 800, der deutlich auf die Unterscheidung zwischen Primärpflicht und Sanktionsform hinweist.

⁶⁷⁷ Vgl. BGH NJW 2011, 2427 Rn. 20; BGH NZI 2010, 313 Rn. 10; BGH NJW 1974, 1088, 1089; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 33; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 63, 68.

⁶⁷⁸ BGH NJW 1974, 1088, 1089; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 33; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 63, 68.

allein dem gebündelten Ausgleich des Gesamtgläubigerschadens und einer geregelten Verteilung im Insolvenzverfahren.⁶⁷⁹ Die Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen wird daher hier im Rahmen der – funktional verstandenen – Außenhaftung behandelt.

1. Geschäftsleiter

Für die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften bestimmt das Gesetz, dass sie bei materieller Insolvenzreife keine Zahlungen mehr aus dem Gesellschaftsvermögen leisten dürfen. Ein solches Zahlungsverbot ist in § 92 Abs. 2 S. 1 AktG explizit normiert. Entsprechendes gilt gem. § 130a Abs. 1 S. 1 HGB für Personenhandelsgesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter sowie gem. § 99 S. 1 GenG für Genossenschaften. Für die GmbH ist das Zahlungsverbot als solches zwar nicht explizit normiert, es wird aber von § 64 S. 1 GmbHG vorausgesetzt.⁶⁸⁰ Das Zahlungsverbot ist jeweils durch eine Haftung für verbotswidrige Zahlungen sanktioniert. So sind Geschäftsleiter gem. § 64 S. 1 GmbHG, §§ 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung der Gesellschaft geleistet werden.⁶⁸¹ Die Haftung entfällt jeweils, wenn die Zahlungen auch nach Eintritt der Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind, § 64 S. 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG.⁶⁸²

Die Zahlungsverbote sowie die daran anknüpfende Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen dienen dem Zweck, das materiell insolvenzreife Gesellschaftsvermögen als potenzielle Insolvenzmasse im Interesse der Gläubigersamtheit bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erhalten und eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu vermeiden.⁶⁸³ Kommt es dennoch zu einer Masseschmälerung, soll das Gesellschaftsvermögen als potenzielle Insolvenzmasse wieder aufgefüllt werden. Damit sol-

⁶⁷⁹ *Habersack/Foerster*, in: Großkomm AktG, § 92 Rn. 137; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 33. Insoweit besteht eine Parallele zu den Regelungen in § 92 InsO und § 1978 Abs. 2 BGB, s. den Hinweis von *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637, 654 f., die Norm sei der „materiell-rechtlich angelegte Urvater von § 92 InsO“.

⁶⁸⁰ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 791 f.

⁶⁸¹ Ähnliche Regelungen finden sich in §§ 99 S. 1, 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG sowie §§ 130a Abs. 1 und 2, 177a S. 1 HGB.

⁶⁸² Ähnlich § 99 S. 2 GenG, § 130a Abs. 1 S. 2 HGB.

⁶⁸³ BGH NZG 2016, 550 Rn. 15; BGH NZG 2011, 624 Rn. 20; BGHZ 143, 184, 186; BGHZ 146, 264, 275; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 18; *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 391, 395 ff. mit zahlreichen Nachweisen; *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 1.

len die Regelungen die ranggerechte und gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger im Insolvenzverfahren gewährleisten.⁶⁸⁴

Bei der Haftung für masseschmälernde Zahlungen handelt es sich nicht etwa um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Erstattungsanspruch eigener Art.⁶⁸⁵ Der Geschäftsleiter hat der Gesellschaft die geleisteten Zahlungen ungekürzt zu erstatten.⁶⁸⁶ Insbesondere kann er nicht die hypothetische Insolvenzquote des Zahlungsempfängers unmittelbar in Abzug bringen. Um eine ungerechtfertigte Bereicherung der Insolvenzmasse zu vermeiden, ist dem Geschäftsleiter allerdings die Geltendmachung der fiktiven Insolvenzquote des durch die verbotene Zahlung befriedigten Gläubigers im Insolvenzverfahren vorzubehalten, § 255 BGB analog.⁶⁸⁷ Die Pflicht zur ungekürzten Erstattung der geleisteten Zahlung macht die Haftung für Masseschmälerung zu einem scharfen Schwert.

Im Rahmen der Krisenhaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften kommt der Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen eine ganz erhebliche praktische Bedeutung zu.⁶⁸⁸ Das liegt daran, dass sie – im Gegensatz zur Insolvenzverschleppungshaftung für den Quotenschaden der Altgläubiger gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO – praktisch leicht durchzusetzen ist. Die Durchsetzung der Haftung des Geschäftsleiters gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO für den Quotenschaden der Altgläubiger wegen schuldhaft verzögerter Insolvenzantragstellung bereitet aufgrund der damit verbundenen Berechnungsschwierigkeiten erhebliche praktische Probleme.⁶⁸⁹ Die Durchsetzung der Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen gestaltet sich demgegenüber deutlich leichter.⁶⁹⁰ Der Insolvenzverwalter

⁶⁸⁴ H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 1.

⁶⁸⁵ BGH NJW 1974, 1088, 1089; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 138. Das gilt trotz des abweichenden Wortlauts auch für § 130a Abs. 1 HGB.

⁶⁸⁶ Für die h.M. BGHZ 146, 264, 278 ff.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 34; *Habersack/Foerster*, in: Großkomm AktG, § 92 Rn. 138; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 138 ff., 167; dagegen mit unterschiedlicher Begründung für eine Haftung lediglich auf den Quotenschaden K. Schmidt, ZHR 168 (2004), 637, 655 ff.; *ders.*, ZIP 2005, 2177 ff.; *Altmeppen/Wilhelm*, NJW 1999, 673 ff.; *Altmeppen*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.

⁶⁸⁷ BGHZ 146, 264; BGH ZIP 2005, 1550, 1551 f.; BGH ZIP 2013, 1251 Rn. 3; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 35; *Goette*, in: FS Kreft, S. 53, 62; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 168; *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 409.

⁶⁸⁸ H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 4.

⁶⁸⁹ *Goette*, in: FS Kreft, S. 53, 59 f.; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 214; *Wischemeyer*, DZWIR 2005, 230, 231 f. Dazu bereits oben Kapitel 4 – C.II.1.b).

⁶⁹⁰ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 798; *Wischemeyer*, DZWIR 2005, 230, 231 f.

braucht lediglich die materielle Insolvenzzreife und einzelne Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen vorzutragen. Der Darlegung eines durch die Zahlungen verursachten Gesamtgläubigerschadens bedarf es nicht.⁶⁹¹ Denn der Geschäftsleiter hat die geleisteten Zahlungen ungekürzt zu erstatten und wird darauf verwiesen, die fiktive Insolvenzquote des durch die verbotene Zahlung befriedigten Gläubigers selbst im Insolvenzverfahren geltend zu machen.⁶⁹²

2. Insolvenzverwalter

Übertragen auf die Organisationsform der Insolvenzverwaltung stellt sich damit die Frage nach einer Haftung des Insolvenzverwalters für Zahlungen im Stadium materieller Masseunzulänglichkeit als der „Insolvenz in der Insolvenz“. Im Vergleich zum Geschäftsleiter einer insolventen Kapitalgesellschaft ist der Insolvenzverwalter in weiterem Umfang zu Zahlungen aus der Insolvenzmasse befugt. Das ergibt sich für das Regelinsolvenzverfahren bereits aus seiner Aufgabe, die gerade darin besteht, die Insolvenzgläubiger gleichmäßig aus der Insolvenzmasse zu befriedigen. Doch auch im Fall der Masseunzulänglichkeit, also der „Insolvenz in der Insolvenz“, behält der Insolvenzverwalter seine Verwaltungsbefugnis. Der Insolvenzverwalter unterliegt insoweit – im Gegensatz zum Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft – keinem strikten Zahlungsverbot. Den erforderlichen Schutz vor masseschmälernden Zahlungen und einer daraus resultierenden fehlerhaften Verteilung der Insolvenzmasse gewährleistet die Haftung des Insolvenzverwalters aus § 60 InsO.⁶⁹³ Es ist die Rede von der Haftung für sog. Verteilungsfehler.⁶⁹⁴ Denn der Insolvenzverwalter ist bei Zahlungen aus der Insolvenzmasse stets verpflichtet, die gesetzliche Verteilungsreihenfolge zu beachten.

⁶⁹¹ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 799; *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 214.

⁶⁹² BGHZ 146, 264, 278 f.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 34; *Habersack/Foerster*, in: Großkomm AktG, § 92 Rn. 138; *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 138 ff., 167.

⁶⁹³ So explizit BGH ZIP 2010, 2356 Rn. 11; ausführlich *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 239 ff. zur Insolvenzverursachungshaftung gem. § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG und der Haftung für Verteilungsfehler als Funktionsäquivalent bei der Insolvenzverwalterhaftung.

⁶⁹⁴ *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 53 Rn. 89; *Kebekus/Schwarzer*, in: MünchKomm InsO, § 187 Rn. 15; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 187 Rn. 22.

a) *Verteilungsfehler im Regelinsolvenzverfahren*

Im Regelinsolvenzverfahren gestaltet sich diese Verteilungsreihenfolge wie folgt. Massegläubiger, insbesondere also diejenigen Gläubiger, gegenüber denen der Insolvenzverwalter im Rahmen der Unternehmensfortführung neue Verbindlichkeiten begründet, sind vorrangig aus der Insolvenzmasse zu befriedigen, §§ 53, 208, 209 InsO. Im Übrigen gilt, dass die Insolvenzmasse im Regelfall, d. h. solange die vollständige Befriedigung der Masseforderungen sichergestellt ist, der Befriedigung der Insolvenzgläubiger dient, § 38 InsO. Die Insolvenzgläubiger sind als Residualgläubiger die neuen wirtschaftlichen Eigentümer der Insolvenzmasse, die nach der Verteilungsreihenfolge der §§ 38 ff. InsO gemeinschaftlich und gleichmäßig befriedigt werden sollen.

Zu diesem Zweck kann der Insolvenzverwalter nach dem allgemeinen Prüfungstermin (§ 176 InsO) bereits während des Insolvenzverfahrens Abschlagszahlungen an die Insolvenzgläubiger vornehmen, soweit ausreichende Barmittel in der Insolvenzmasse vorhanden sind, § 187 Abs. 2 InsO. Der Insolvenzverwalter ist also unter bestimmten Voraussetzungen zu Zahlungen an Insolvenzgläubiger aus der Insolvenzmasse befugt. Die Beteiligten werden jedoch dadurch geschützt, dass der Insolvenzverwalter in jedem Fall für die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Befriedigungsreihenfolge verantwortlich ist.⁶⁹⁵ Der Insolvenzverwalter muss vor jeder Abschlagszahlung an Insolvenzgläubiger die vorrangige Befriedigung der Masseverbindlichkeiten prüfen.⁶⁹⁶ Er darf eine Verteilung an Insolvenzgläubiger nur durchführen, soweit hinreichende Mittel in der Insolvenzmasse vorhanden sind. Die Abschlagszahlung muss gleichmäßig auf alle zu berücksichtigenden Forderungen erfolgen.⁶⁹⁷ Missachtet der Insolvenzverwalter die gesetzliche Verteilungsreihenfolge, haftet er den geschädigten Gläubigern gem. § 60 InsO auf Schadensersatz.⁶⁹⁸ Er haftet also, wenn er Zahlungen an Insolvenzgläubiger leistet, ohne dass die vollständige Befriedigung der Masseverbindlichkeiten sichergestellt ist. Ebenso haftet er, wenn er an einen Insolvenzgläubiger ei-

⁶⁹⁵ Dies gilt stets bei Eintritt materieller Masseunzulänglichkeit, unabhängig von einer Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter, BGH ZIP 2010, 2356 Rn. 12; BGH ZIP 2010, 145 Rn. 14; *Lohmann*, in: HK-InsO, § 60 Rn. 21. Der Insolvenzverwalter hat die gesetzliche Rangordnung in jedem Fall zu beachten.

⁶⁹⁶ *Kebekus/Schwarzer*, in: MünchKomm InsO, § 187 Rn. 21; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, § 187 Rn. 8.

⁶⁹⁷ *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, § 187 Rn. 14; *Preß*, in: HambKomm InsO, § 187 Rn. 10; auch BGH ZIP 1985, 487.

⁶⁹⁸ *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 53 Rn. 89; *Kebekus/Schwarzer*, in: MünchKomm InsO, § 187 Rn. 15 ff.; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 187 Rn. 22.

nen höheren Betrag zahlt, als diesem nach der auf ihn entfallenden Insolvenzquote zusteht.

b) Verteilungsfehler im Verfahren bei Masseunzulänglichkeit

Für den Vergleich mit dem gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot, das ab materieller Insolvenz greift, ist vor allem von Interesse, wie die Massegläubiger vor Masseschmälerung und Verteilungsfehlern geschützt werden, wenn die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter scheitert und zur Masseunzulänglichkeit führt. Die Masseunzulänglichkeit ist das Pendant zur Insolvenz der Kapitalgesellschaft, also die „Insolvenz in der Insolvenz“.⁶⁹⁹ In diesem Fall reicht die Insolvenzmasse nicht einmal mehr aus, um sämtliche Massegläubiger zu befriedigen, § 208 Abs. 1 InsO. Die Insolvenzgläubiger haben gar keine Zahlung mehr aus der Insolvenzmasse zu erwarten. Die Insolvenzmasse dient nunmehr in erster Linie der Befriedigung der Massegläubiger, die ihre Forderung vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit erworben haben.⁷⁰⁰ Aufgrund der Masseunzulänglichkeit haben diese Massegläubiger nur noch eine quotale Befriedigung ihrer Masseforderung zu erwarten.⁷⁰¹ Um einen Wettlauf unter ihnen zu verhindern, unterliegen sie ab Anzeige der Masseunzulänglichkeit auch einem Vollstreckungsverbot, § 210 InsO. Es soll nicht ein einzelner Massegläubiger zum Nachteil der übrigen Massegläubiger die überquotale Befriedigung seiner Forderung durchsetzen können.

Auch nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit behält der Insolvenzverwalter regelmäßig die Verwaltungsbefugnis über die Insolvenzmasse, § 208 Abs. 3 InsO.⁷⁰² Er verliert seine Zuständigkeit nicht etwa an einen neu zu bestellenden Sonderinsolvenzverwalter. Der Insolvenzverwalter bleibt also auch im Fall der „Insolvenz in der Insolvenz“, gleichsam als Insolvenzverwalter in eigener Sache, für die Verwertung und Verteilung der Insolvenz-

⁶⁹⁹ *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 208 Rn. 3; *Ries*, in: Uhlenbruck, InsO, § 208 Rn. 1.

⁷⁰⁰ Dies sind die im Verfahren bei Masseunzulänglichkeit sog. „Altmassegläubiger“ i. S. v. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 208 Rn. 65; *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 208 Rn. 20; *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 208 Rn. 46; BGH NZI 2005, 32, 33; vgl. aber BGH NZI 2008, 98 Rn. 8.

⁷⁰¹ Das gilt für die bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit bereits vorhandenen sog. „Altmassegläubiger“ i. S. v. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit mit dem Insolvenzverwalter kontrahierenden Massegläubiger sind als sog. „Neumassegäubiger“ i. S. v. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO dagegen wiederum vorrangig vor den „Altmassegläubigern“ zu befriedigen und unterliegen auch nicht dem Vollstreckungsverbot des § 210 InsO, *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 208 Rn. 52.

⁷⁰² *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 208 Rn. 19; *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 208 Rn. 43.

masse zuständig. Dem entspricht es, dass der Insolvenzverwalter auch im Stadium der Masseunzulänglichkeit keinem strikten Zahlungsverbot unterliegt.⁷⁰³ Die Massegläubiger werden dadurch geschützt, dass der Insolvenzverwalter auch und insbesondere im Fall der Masseunzulänglichkeit die gesetzliche Befriedigungsreihenfolge strikt zu beachten hat, §§ 208, 209 InsO.⁷⁰⁴ Leistet er nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit eine Zahlung an einen Altmassegläubiger, welche die diesem zustehende Quote übersteigt, so haftet er den geschädigten Gläubigern aus § 60 InsO.⁷⁰⁵

c) Die Rechtsfolge der Haftung für Verteilungsfehler

Die genauen Modalitäten der Haftung des Insolvenzverwalters für fehlerhafte Zahlungen werden in Rechtsprechung und Schrifttum selten problematisiert. Es stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter – wie ein Geschäftsleiter beim Verstoß gegen das Zahlungsverbot – den Zahlungsbetrag ungekürzt zu erstatten hat oder ob er grundsätzlich lediglich auf Schadensersatz haftet. Die wohl überwiegende Auffassung geht davon aus, dass der Insolvenzverwalter wegen Verteilungsfehlern gem. § 60 InsO lediglich auf den Ausfallschaden haftet, der in der Differenz zwischen der erhaltenen Quote und der bei korrekter Verteilung zu erwartenden Quote besteht.⁷⁰⁶ Der Insolvenzverwalter muss fehlerhafte Zahlungen demnach nicht ungekürzt der Masse erstatten, um dann selbst mit der fiktiven Quote des Zahlungsempfängers am weiteren Insolvenzverfahren teilzunehmen. Damit unterliegt der Insolvenzverwalter einer weniger strengen Haftung als der verbotswidrige Zahlungen leistende Geschäftsleiter. Die mit dem Insolvenzverwalter kontrahierenden Gläubiger

⁷⁰³ *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 211 Rn. 5: „Dem Insolvenzverwalter ist freigestellt, wie er die Aufgabe der ranggerechten Verteilung der Insolvenzmasse im jeweiligen Verfahren konkret erfüllt.“; vgl. aber *Ries*, in: Uhlenbruck, InsO, § 209 Rn. 5: Verfahren bei Masseunzulänglichkeit „kennt keine Abschlagszahlungen an sogenannten Altmassegläubiger.“

⁷⁰⁴ Neben dem Verwalter ist der Zahlungsempfänger zur Erstattung der Zahlung an die Insolvenzmasse nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Scheitert die Durchsetzung von Ansprüchen der Insolvenzmasse gegen den Zahlungsempfänger aus ungerechtfertigter Bereicherung, so liegt regelmäßig ein Gesamtschaden der Gläubiger vor, *Zimmer*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 47 Rn. 167.

⁷⁰⁵ *Ries*, in: Uhlenbruck, InsO, § 208 Rn. 43; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 44; vgl. *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 210 Rn. 11.

⁷⁰⁶ BGHZ 159, 104, 115; BAG NZI 2007, 535 Rn. 28, 32 f.; *Keller*, Rpfleger 2008, 1, 5, 7; der Entscheidung BGH ZIP 2010, 2356 Rn. 11 lässt sich entgegen *Büchler*, ZInsO 2011, 1240, 1242 nichts Gegenteiliges entnehmen. Zwar wurde der Konkursverwalter in BGH ZIP 1989, 1407, 1410 zur Erstattung des vollen Betrags einer fehlerhaften Zahlung verurteilt. Der Fall wies allerdings die Besonderheit auf, dass die befriedigten Insolvenzforderungen nicht zur Konkurstabelle festgestellt waren.

scheinen insofern weniger stark geschützt. Das wirkt auf den ersten Blick überraschend. Für diese unterschiedliche Behandlung lässt sich jedoch die allein dem Insolvenzverwalter eingeräumte Verwaltungsautonomie anführen. Im Gegensatz zum Geschäftsleiter einer insolventen Kapitalgesellschaft ist der Insolvenzverwalter grundsätzlich zu Zahlungen aus der Insolvenzmasse berechtigt. Daher kann auch nur anhand der zutreffenden Quotenverteilung festgestellt werden, ob und inwieweit Zahlungen des Insolvenzverwalters fehlerhaft waren oder nicht. Während der Geschäftsleiter nach Eintritt materieller Insolvenz grundsätzlich gar keine Zahlungen mehr leisten soll, soll der Insolvenzverwalter lediglich die richtigen Zahlungen leisten. Die Haftung der Geschäftsleiter auf die ungekürzte Erstattung der Zahlung rechtfertigt sich gerade aus einer Vorverlagerung der Wirkungen der Insolvenzeröffnung auf das Stadium materieller Insolvenz (vgl. § 80 InsO). So werden mit den Zahlungsverboten Schutzziele verfolgt, die erst im eröffneten Insolvenzverfahren, eben durch den Insolvenzverwalter, verwirklicht werden sollen.⁷⁰⁷ Im Zustand materieller Insolvenz ist die insolvenzmäßige, gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger nicht die Aufgabe des Geschäftsleiters, sondern des Insolvenzverwalters.⁷⁰⁸ Leistet der Geschäftsleiter dennoch Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen als der potenziellen Insolvenzmasse, so handelt er gewissermaßen außerhalb seiner Zuständigkeit und verdient daher auch eine besonders strenge Behandlung. Beim Insolvenzverwalter liegen die Dinge anders. Er ist gerade für die Verteilung der Insolvenzmasse an die Gläubiger zuständig und daher unter den Voraussetzungen der §§ 187 ff. InsO zur Leistung von Zahlungen aus der Insolvenzmasse grundsätzlich befugt. Auch im Fall der „Insolvenz in der Insolvenz“ sind dem Insolvenzverwalter Zahlungen an die Massegläubiger, auch an die nur noch quotale zu befriedigenden Altmassegläubiger, nicht grundsätzlich verboten. Denn er behält seine Verwaltungszuständigkeit gem. § 208 Abs. 3 InsO auch nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit und ist grundsätzlich frei darin, wie er die gesetzlich korrekte Befriedigung der Massegläubiger erreicht.⁷⁰⁹

Bei der Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter unterliegt der Verwalter bei Eintritt materieller Masseunzulänglichkeit, also der Insolvenz in der Insolvenz, zwar keinem strikten Zahlungsverbot. Jedoch bietet die Haftung des Insolvenzverwalters aus § 60 InsO einen zumindest vergleichbaren Schutz vor einer fehlerhaften Verteilung der Insolvenzmasse.⁷¹⁰

⁷⁰⁷ Goette, in: FS Kreft, S. 53, 58; auch Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 92 Rn. 18: „Vorverlagerung der insolvenzrechtlichen Grundsätze“.

⁷⁰⁸ Denn, so Goette, DStR 2003, 887, 893, „erst der Insolvenzverwalter soll entscheiden, an wen welche Gelder ausbezahlt werden dürfen.“

⁷⁰⁹ Kluth, ZInsO 2000, 177, 182; Hefermehl, in: MünchKomm InsO, § 208 Rn. 52.

⁷¹⁰ So explizit BGH ZIP 2010, 2356 Rn. 11; ausführlich Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 239 ff. zur Insolvenzverursachungs-

3. Nachlassverwalter

Für die Untersuchung der Haftung des Nachlassverwalters für Zahlungen im Stadium materieller Nachlassinsolvenz ist es ratsam, sich zunächst der Rechtsstellung und Funktion des Nachlassverwalters zu erinnern. Ähnlich wie der Insolvenzverwalter hat auch der Nachlassverwalter die Aufgabe, die Nachlassgläubiger zu befriedigen, § 1985 Abs. 1 BGB. Im Gegensatz zum Insolvenzverwalter ist er dabei allerdings nicht verpflichtet, eine bestimmte Rangreihenfolge einzuhalten.⁷¹¹ Der Nachlassverwalter ist nicht an eine „insolvenzmäßige Reihenfolge“ der Gläubigerbefriedigung gebunden.⁷¹² Das hängt damit zusammen, dass das Verfahren der Nachlassverwaltung auf die vollständige Befriedigung der Gläubiger eines womöglich komplexen, aber voraussichtlich solventen Nachlasses gerichtet ist.⁷¹³ Wenn und weil aber die zu verteilende Vermögensmasse zureichend ist, besteht kein Bedürfnis, eine bestimmte Verteilungsreihenfolge einzuhalten. Das ändert sich allerdings in dem Moment, in dem die materielle Insolvenz eintritt. Daher ist der Nachlassverwalter gegenüber den Nachlassgläubigern verpflichtet, Nachlassverbindlichkeiten nur dann zu erfüllen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Verbindlichkeiten ausreicht, §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB.⁷¹⁴ Bevor er Zahlungen aus dem Nachlass leistet, hat er folglich die Zulänglichkeit des Nachlasses durch Erfassung, Bewertung und Gegenüberstellung der Nachlassaktiva und -passiva sorgfältig zu prüfen.⁷¹⁵ Stellt sich heraus, dass der Nachlass zahlungsunfähig oder überschuldet ist, so hat der Nachlassverwalter unverzüglich die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu beantragen, §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1980 BGB.

Vor diesem Hintergrund ist der Frage nachzugehen, wie der Nachlassverwalter haftet, wenn er trotz eingetretener materieller Nachlassinsolvenz Zahlungen aus dem Nachlassvermögen leistet. Im Folgenden soll zunächst die Funktion der §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB als eines Zahlungsverbots des Nachlassverwalters bei materieller Nachlassinsolvenz herausgearbeitet werden. Daran anschließend wird der Frage nachgegangen, ob das Zahlungsver-

haftung gem. § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG und der Haftung für Verteilungsfehler als Funktionsäquivalent bei der Insolvenzverwalterhaftung.

⁷¹¹ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1975 Rn. 1; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1979 Rn. 1.

⁷¹² *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 8.

⁷¹³ *Ders.*, in: MünchKomm BGB, § 1975 Rn. 1; *Stein*, in: Soergel, BGB, § 1985 Rn. 1.

⁷¹⁴ BGH NJW 1985, 140; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 8, 11.

⁷¹⁵ BGH NJW 1985, 140; *Dobler*, in: Staudinger, § 1985 Rn. 28; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1985 Rn. 7.

bot des Nachlassverwalters ebenso effektiv sanktioniert ist oder sein sollte, wie bei den Geschäftsleitern von Kapitalgesellschaften.

a) § 1979 BGB als Zahlungsverbot

Für den Nachlassverwalter verweist das Gesetz in § 1985 Abs. 2 S. 2 BGB auf die die Haftung des Erben regelnde Vorschrift des § 1979 BGB. Letztere Norm ist Teil des Regimes der §§ 1978 ff. BGB, welche die persönliche Verantwortlichkeit des Erben für die bisherige Verwaltung des Nachlasses im Fall der Herbeiführung der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass regeln. Sie spezifiziert die Haftung des Erben als die eines funktionellen Fremdverwalters.⁷¹⁶ Neben der Insolvenzantragspflicht aus § 1980 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt die Regelung des § 1979 BGB:

Die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit durch den Erben müssen die Nachlassgläubiger als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreiche.

Auf den ersten Blick hat die Vorschrift des § 1979 BGB wenig mit den aus dem Gesellschaftsrecht bekannten Zahlungsverboten gemein. Ungeachtet der unterschiedlichen Formulierung des § 1979 BGB, der nicht explizit ein Verbot formuliert, übernimmt die Norm jedoch eine den Zahlungsverboten der § 64 S. 1 GmbHG, §§ 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG ganz ähnliche Funktion.⁷¹⁷

§ 1979 BGB bestimmt die Voraussetzungen, unter denen Nachlassverbindlichkeiten für Rechnung des Nachlasses erfüllt werden dürfen. Dabei regelt die Vorschrift die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten sowohl aus dem Privatvermögen des Erben als auch aus dem Nachlassvermögen. Erfüllt der Erbe Nachlassverbindlichkeiten aus seinem Privatvermögen, so definiert § 1979 BGB die Voraussetzungen, unter denen der Erbe gem. § 1978 Abs. 3 BGB Ersatz seiner Aufwendungen aus dem Nachlass verlangen kann.⁷¹⁸ Für

⁷¹⁶ Begriff bei *Poertzen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 120 ff. Zur Verwalterhaftung des Erben s. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(1).

⁷¹⁷ Für funktionale Vergleichbarkeit auch *Nöll*, ZEV 2015, 612, 614; vgl. auch *Dobler*, in: Staudinger, § 1979 Rn. 16, die „zu einer ähnlichen Problematik“ auf ein Urteil zum Zahlungsverbot des § 64 GmbHG verweist; vgl. dagegen *Küpper*, ZEV 2000, 238, 239.

⁷¹⁸ *Dobler*, in: Staudinger, § 1979 Rn. 10. In der Nachlassinsolvenz ist der Erstattungsanspruch aus §§ 1978 Abs. 2, 1979 BGB als Masseforderung vorrangig zu befriedigen, § 324 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Liegen die Voraussetzungen des § 1979 BGB nicht vor, so hat der aus seinem Privatvermögen zahlende Erbe nur die Möglichkeit, die fiktive Quote des Zahlungsempfängers im Nachlassinsolvenzverfahren geltend zu machen, § 326 Abs. 2 InsO.

Zahlungen aus dem Nachlassvermögen bestimmt § 1979 BGB dagegen ein Zahlungsverbot, das mit Eintritt der Nachlassunzulänglichkeit als materieller Nachlassinsolvenz greift.⁷¹⁹ Sobald der Erbe (bzw. bei Anordnung von Nachlassverwaltung der Nachlassverwalter) annehmen muss, dass der Nachlass nicht zur Befriedigung sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten ausreicht, darf er keine Zahlungen mehr aus dem Nachlass leisten. Stattdessen soll er Nachlassinsolvenz beantragen.⁷²⁰ Nach diesem Zeitpunkt geleistete Zahlungen müssen die Nachlassgläubiger „nicht als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen“, § 1979 BGB. Leistet der Erbe (bzw. Nachlassverwalter) eine Zahlung aus dem Nachlassvermögen, obwohl er die Unzulänglichkeit des Nachlasses kannte oder kennen musste, so macht er sich gem. §§ 1978 Abs. 1, 1979 BGB gegenüber der Gesamtheit der Nachlassgläubiger ersatzpflichtig.⁷²¹ Der Ersatzanspruch fällt gem. § 1978 Abs. 2 BGB in den Nachlass und kann in der Nachlassinsolvenz durch den Nachlassinsolvenzverwalter geltend gemacht werden.⁷²²

b) Sanktionierung des Zahlungsverbots aus § 1979 BGB

Mit Eintritt von Nachlassüberschuldung unterliegt der Nachlassverwalter also einem Zahlungsverbot. Leistet er Zahlungen, ohne dass er von der Zulänglichkeit des Nachlasses ausgehen darf, so macht er sich gem. §§ 1985 Abs. 2, 1979 BGB ersatzpflichtig. Auch bei der Abwicklung dieser Haftung lassen sich deutliche Parallelen zu den gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverboten der § 64 S. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 1 AktG erkennen. Da die Vorschrift des § 1979 BGB originär auf die Haftung des Erben zugeschnitten ist und nur kraft der gesetzlichen Analogie des § 1985 Abs. 2 BGB auf den Nachlassverwalter Anwendung findet, ist es sinnvoll, zunächst die Rechts-

⁷¹⁹ Im Rahmen von § 1979 BGB ist allein maßgeblich, ob sämtliche Nachlassverbindlichkeiten erfüllt werden können, also ob rechnerische Überschuldung vorliegt. Dagegen kommt es nach dem Wortlaut von § 1979 BGB grundsätzlich nicht auf die Zahlungsunfähigkeit an. Während man die Insolvenzantragspflicht gem. § 1980 BGB anlässlich der Einführung der Insolvenzordnung um den Antragsgrund der Zahlungsunfähigkeit ergänzt hat (s. BT-Drs. 12/3803, S. 24, 79), wurde eine entsprechende Anpassung des § 1979 BGB versäumt. Allerdings dürfte wohl im Regelfall rechnerische Überschuldung vor Zahlungsunfähigkeit eintreten, *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 14 m. w. N.

⁷²⁰ Prot. V 766; *Dobler*, in: Staudinger, § 1979 Rn. 8.

⁷²¹ *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1979 Rn. 5; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 1979 Rn. 5.

⁷²² Ganz ähnlich handelt es sich bei den Ersatzansprüchen aus §§ 64 S. 1 GmbHG etc. um Ansprüche zwar der Gesellschaft, aber zum Schutz und im Interesse der Gläubiger; *Goette*, in: FS Kreft, S. 53, 58; *H.-F. Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 1, 137.

folge der Haftung des Erben im Rahmen von § 1979 BGB darzustellen. Anschließend wird die Haftung des Nachlassverwalters gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB behandelt.

aa) Haftung des Erben

Erfüllt der Erbe Nachlassverbindlichkeiten mit Mitteln des Nachlasses, obwohl er die Unzulänglichkeit des Nachlasses kennt oder kennen muss, so haftet er gem. §§ 1978 Abs. 1, 1979 BGB. Es ist jedoch umstritten, worauf dieser Ersatzanspruch gerichtet ist. Die hier zu beobachtende Diskussion unterstreicht erneut die strukturelle Parallelen zwischen § 1979 BGB und den gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverboten der § 64 S. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 1 AktG, § 130a Abs. 1 S. 1 HGB.

Nach einer gewichtigen Strömung in der Literatur hat der Erbe gem. §§ 1978 Abs. 1, 1979 BGB den vollen Betrag der Zahlung an den Nachlass zu erstatten, ohne dass er die fiktive Insolvenzquote des Leistungsempfängers in Abzug bringen kann.⁷²³ Um eine Bereicherung der Nachlassgläubiger zu vermeiden, bleibt dem Erben vorbehalten, gem. § 326 Abs. 2 InsO mit der fiktiven Quote des Zahlungsempfängers am Nachlassinsolvenzverfahren teilzunehmen.⁷²⁴ Nach dieser Ansicht hätte die Haftung gem. §§ 1978 Abs. 1, 1979 BGB eine besondere Qualität. Sie besäße die gleiche Effektivität und Schärfe wie die Haftung von Geschäftsleitern bei Verstoß gegen die gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote. Auch dort muss der Geschäftsleiter eine verbotswidrig geleistete Zahlung ungekürzt erstatten und wird darauf verwiesen, analog § 255 BGB mit der hypothetischen Insolvenzquote des Zahlungsempfängers am Insolvenzverfahren teilzunehmen.⁷²⁵

Nach anderer, wohl herrschender Auffassung, schuldet der Erbe gem. §§ 1978 Abs. 1, 1979 BGB lediglich Schadensersatz, nicht aber die Erstattung des vollen Zahlungsbetrags. Zu ersetzen sei lediglich der Quotenverrin-

⁷²³ *Dobler*, in: Staudinger, § 1979 Rn. 16; *Lohmann*, in: BeckOK BGB, § 1979 Rn. 5; im Übrigen insbesondere die insolvenzrechtliche Literatur: *Holzer*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 326 Rn. 4; *Marotzke*, in: HK-InsO, § 326 Rn. 4; *Riering*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 326 Rn. 4; *Lüer/Weidmüller*, in: Uhlenbruck, InsO, § 326 Rn. 4; *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 326 Rn. 3.

⁷²⁴ Zweifelhaft ist dann lediglich, ob dies bei Zahlung aus dem Nachlassvermögen gem. § 326 Abs. 2 InsO bereits vor der ungekürzten Erstattung der Zahlung durch den Erben gelten kann, vgl. *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 326 Rn. 3; ablehnend OLG Düsseldorf ZEV 2000, 236, 237; *Dobler*, in: Staudinger, § 1979 Rn. 16; *Marotzke*, in: HK-InsO, § 326 Rn. 4; dafür *Lüer/Weidmüller*, in: Uhlenbruck, InsO, § 326 Rn. 4; *Schallenberg/Rafiqpoor*, in: FK-InsO, § 326 Rn. 6; auch *Holzer*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 326 Rn. 4.

⁷²⁵ Dazu oben Kapitel 4 – C.III.1.

gerungsschaden, d. h. die Differenz zwischen dem, was die übrigen Nachlassgläubiger tatsächlich als Quote erhalten, und dem, was sie als Quote erhalten hätten, wenn die Zahlung aus dem Nachlass unterblieben wäre.⁷²⁶ Der Schadensbetrag berechnet sich aus der Summe der Forderungen, die unberechtigt befriedigt wurden abzüglich der hypothetischen Insolvenzquote, die auf die befriedigten Forderungen entfallen wäre. Die Ermittlung dieses Schadens erfordert also die Berechnung der hypothetischen Insolvenzquote des unberechtigt befriedigten Gläubigers. Damit wird die Realisierung der Haftung des Erben für entgegen § 1979 BGB aus dem Nachlass geleistete Zahlungen erheblich erschwert.⁷²⁷

Für eine mildere Ausgestaltung der Haftung des Erben lässt sich anführen, dass der Erbe – im Gegensatz zu Geschäftsleitern von Kapitalgesellschaften und zu den Amtstreuhandern – den Nachlass in der Regel nicht berufsmäßig und auch nicht als Amtsträger verwaltet.⁷²⁸ Er fühlt sich vor der Herbeiführung der Haftungsbeschränkung durch Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz nicht als Fremdverwalter.⁷²⁹ Der Erbe verwaltet mit der angenommenen Erbschaft sein eigenes Vermögen und denkt nicht an eine spätere Haftungsbeschränkung. Auch werden ihm die damit verbundenen Rechtsfolgen der §§ 1978 ff. BGB in aller Regel unbekannt sein.⁷³⁰ Diese Erwägungen sprechen gegen ein scharf sanktioniertes Zahlungsverbot, dass den Erben bei Verstoß gegen § 1979 BGB zur ungekürzten Erstattung der Zahlung verpflichtet.

bb) Haftung des Nachlassverwalters

Da § 1985 Abs. 2 S. 2 BGB für den Nachlassverwalter auf die Vorschrift des § 1979 BGB verweist, ist auch hier die Frage nach dem Inhalt der Haftung aus §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB zu klären.

Nach herrschender Meinung soll auch der Nachlassverwalter – im Gegensatz zur Haftung der Geschäftsleiter bei Verstoß gegen das Zahlungsverbot – die verbotswidrige Zahlung nicht ungekürzt zu erstatten haben. Vielmehr soll

⁷²⁶ OLG Düsseldorf ZEV 2000, 236 mit zustimmender Anmerkung *Küpper*; OLG Köln NZI 2012, 1030, 1032. Diese Ansicht findet ihre Anhänger insbesondere in der erbrechtlichen Literatur: *Stein*, in: Soergel, BGB, § 1979 Rn. 4; *Gottwald*, in: *Damrau/Tanck*, § 1979 Rn. 7; *Stürner*, in: *Jauernig*, BGB, § 1979 Rn. 1; *Herzog*, in: *BeckOGK*, § 1979 Rn. 26; *Siegmann/Scheuing*, in: *MünchKomm InsO*, § 326 Rn. 6; *Böhm*, in: *HambKomm InsO*, § 326 Rn. 3.

⁷²⁷ Dies einräumend OLG Düsseldorf ZEV 2000, 236, 238.

⁷²⁸ *Küpper*, ZEV 2000, 238, 239.

⁷²⁹ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 99, 146.

⁷³⁰ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 225.

er von vornherein lediglich in Höhe der durch die unberechtigte Zahlung verursachten Quotenschmälerung haften.⁷³¹ Der Nachlassverwalter haftet also nur auf den Quotenverringerungsschaden der benachteiligten Gläubiger, der sich regelmäßig erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ermitteln lässt. Dies mindert die Schlagkraft der Haftung gem. § 1985 Abs. 2 BGB erheblich. Die Schadensberechnung bereitet hier die gleichen enormen Schwierigkeiten wie bei der Geltendmachung des Quotenschadens der Altgläubiger bei der Haftung wegen verzögerter Insolvenzantragstellung. Denn jetzt muss nicht nur die geleistete Zahlung berücksichtigt werden, sondern auch die hypothetische Insolvenzquote des befriedigten Gläubigers.

Angesichts der sonstigen Betonung des Umstands, dass die Nachlassverwaltung den Interessen der Gläubiger zu dienen bestimmt ist,⁷³² überrascht die nachsichtige Behandlung, die der Nachlassverwalter von der herrschenden Ansicht erfährt. Tatsächlich sprechen die besseren Gründe für eine schärfere Ausgestaltung der Haftung des Nachlassverwalters im Fall verbotswidriger Zahlungen. Die Haftung gewinnt erst dann eine überzeugende Effektivität, wenn der Nachlassverwalter zur ungekürzten Erstattung von Zahlungen verpflichtet ist, die er im Stadium materieller Insolvenzreife geleistet hat. Der Verweis auf einen bloßen Ersatz des Quotenverringerungsschadens erschwert die Haftungsdurchsetzung aufgrund der erforderlichen Quotenberechnung dagegen erheblich. Der Wortlaut der §§ 1985 Abs. 2, 1979 BGB steht der Annahme einer Erstattungspflicht des Nachlassverwalters nicht entgegen. Zum einen findet sich hier keine Anordnung eines Schadensersatzanspruchs. Zum anderen hindert selbst der Wortlaut des § 130a Abs. 2 S. 1 Alt. 2 HGB, der explizit vom „Ersatz des daraus entstehenden Schadens“ spricht, die herrschende Meinung nicht daran, auch im Rahmen jener Vorschrift von einer Erstattungspflicht auszugehen.⁷³³ Anders als beim Erben ist kein überzeugender Grund ersichtlich, den Nachlassverwalter hinsichtlich seiner Haftung für unberechtigte Zahlungen zu privilegieren. Zunächst übernimmt der Nachlassverwalter sein Amt freiwillig.⁷³⁴ Zudem hat er Anspruch auf eine angemessene Vergütung, § 1987 BGB. Der Nachlassverwalter ist sich bereits zu Beginn seiner Tätigkeit darüber im Klaren, dass er fremdes Vermögen verwaltet. Seine primäre Aufgabe besteht darin, die im Zeitpunkt der Anordnung der Nachlassverwaltung bestehenden Nachlassforderungen zu befriedigen. Zu diesem Zweck hat er sich einen Überblick über den Nachlass

⁷³¹ BGH NJW 1985, 140, 141; zustimmend OLG Köln NZI 2012, 1030, 1032.

⁷³² Vgl. *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 225; vgl. *Dobler*, in: Staudinger, § 1985 Rn. 1.

⁷³³ BGH NZG 2007, 462; *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 130a Rn. 39.

⁷³⁴ *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 1981 Rn. 5.

zu verschaffen.⁷³⁵ Sobald sich die Unzulänglichkeit des Nachlasses herausstellt, hat er das Nachlassinsolvenzverfahren zu beantragen. Die insolvenzmäßige Befriedigung der Nachlassgläubiger gehört nicht zu seinen Aufgaben, sondern ist einzig und allein dem Nachlassinsolvenzverwalter vorbehalten.⁷³⁶ Der Nachlassverwalter hat nach Eintritt materieller Nachlassinsolvenz grundsätzlich keine Zahlungen mehr zu leisten. Für eine Begrenzung der Haftung des Nachlassverwalters lässt sich daher – im Gegensatz zum Insolvenzverwalter – nicht anführen, dass er zur insolvenzmäßigen Gläubigerbefriedigung befugt wäre. Gerade weil aber der Nachlassverwalter eine besondere Verantwortung für die Befriedigung der Nachlassgläubiger trägt, ist von ihm zu erwarten, dass er auch seine Insolvenzantragspflicht und das Zahlungsverbot im Falle materieller Insolvenz besonders ernst nimmt. Daher scheint es angemessen, ihm für unberechtigte Zahlungen bei Unzulänglichkeit des Nachlasses eine strenge Haftung aufzuerlegen, welche die Nachlassgläubiger wirklich effektiv schützt.

Der Nachlassverwalter hat somit gem. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB den vollen Betrag der unberechtigten Zahlung zu erstatten.⁷³⁷ Um eine Bereicherung der Nachlassgläubiger zu vermeiden, ist ihm vorzubehalten, mit der fiktiven Quote des befriedigten Gläubigers am Nachlassinsolvenzverfahren teilzunehmen.⁷³⁸ Die Ersatzansprüche gegen den Nachlassverwalter fallen in den Nachlass, §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1978 Abs. 2 BGB und werden im Nachlassinsolvenzverfahren durch den Nachlassinsolvenzverwalter geltend gemacht. Damit besteht ein dem Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbarer Schutz.

⁷³⁵ BGH NJW 1985, 140.

⁷³⁶ Hierin besteht bei aller sonstigen Ähnlichkeit ein wesentlicher Unterschied zwischen Nachlassverwaltung und Insolvenzverwaltung.

⁷³⁷ Die von § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 1979 BGB erlaubt eine unterschiedliche Behandlung von Nachlassverwalter und Erben im Hinblick auf die Haftung für unberechtigte Zahlungen. Zum einen eröffnet die gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung auch Anpassungen in der Rechtsfolge. Zum anderen handelt es sich jeweils um unterschiedliche Anspruchsgrundlagen: § 1978 i. V. m. § 1979 BGB für den Erben und § 1985 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB für den Nachlassverwalter, vgl. *Dobler*, in: Staudinger, § 1979 Rn. 16. Die Frage, ob auch der Erbe einer schärferen Haftung bei Verstößen gegen § 1979 BGB ausgesetzt sein sollte, soll daher hier nicht weiter verfolgt werden.

⁷³⁸ Es bietet sich eine Analogie zu § 326 Abs. 2 InsO an. Ansonsten gilt § 255 BGB entsprechend.

4. Testamentsvollstrecker

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob und inwiefern die Nachlassgläubiger vor Zahlungen des Testamentsvollstreckers im Stadium materieller Nachlassinsolvenz geschützt sind.

a) Ausgangspunkt: Kein Zahlungsverbot im Testamentsvollstreckungsrecht

Eine entsprechende Haftung des Testamentsvollstreckers sucht man im Gesetz vergeblich. In den §§ 2197 ff. BGB ist kein Zahlungsverbot, geschweige denn eine Haftung des Testamentsvollstreckers für masseschmälernde Zahlungen normiert. Angesichts einer herrschenden Auffassung, die den Testamentsvollstrecker unter keinen Umständen zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet sehen will, mag dieser Befund nicht weiter überraschen. Er erscheint dadurch aber nicht weniger „normativ unstimmig“,⁷³⁹ wenn man sich nur vergegenwärtigt, dass sich Zahlungsverbote und eine daran anknüpfende Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen nicht nur bei den Geschäftsleitern von Kapitalgesellschaften finden. Entsprechende bzw. funktionsäquivalente Regelungen lassen sich auch bei der Haftung des Insolvenzverwalters, des Nachlassverwalters und auch des Erben identifizieren.⁷⁴⁰ Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass es einzig und allein dem Testamentsvollstrecker erlaubt sein soll, trotz materieller Nachlassinsolvenz Zahlungen an Nachlassgläubiger zu leisten. Gibt es aber Gründe, die Schutzbedürftigkeit der Gläubiger eines durch einen Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlasses geringer zu bewerten? Grundsätzlich ist auch das unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlassvermögen nach materieller Insolvenzreife vor unberechtigten Schmälerungen zu schützen und sind ggf. eingetretene Minderungen wieder auszugleichen.⁷⁴¹ Dass dies nicht etwa nur für das Vermögen von Kapitalgesellschaften, sondern auch für den Nachlass als Sondervermögen gilt, zeigt bereits die Norm des § 1979 BGB. Das Fehlen eines Zahlungsverbots des Testamentsvollstreckers offenbart somit eine weitere Lücke im testamentsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz.

⁷³⁹ Formulierung von K. Schmidt, ZIP 2005, 2177 zur entsprechenden Frage im Vereinsrecht.

⁷⁴⁰ s. auch Nöll, ZEV 2015, 612, 614: Die persönliche Haftung des Organwalters für Auszahlungen trotz materieller Insolvenzreife entspreche einem allgemeinen Rechtsprinzip, welches für alle Rechtssubjekte ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter Gültigkeit besitzt und daher auch für verselbstständigte Sondervermögen wie den Nachlass gelte.

⁷⁴¹ Vgl. Roth/Knof, KTS 2009, 163, 179.

b) Mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers?

Die überwiegende Ansicht sucht diese Haftungslücke wiederum durch eine mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers zu schließen.⁷⁴² Danach soll auch bei angeordneter Testamentsvollstreckung ausschließlich der Erbe unmittelbar gegenüber den Gläubigern für unberechtigte Zahlungen gem. §§ 1978, 1979 BGB haften. Leistet nun der Testamentsvollstrecker Zahlungen trotz Unzulänglichkeit des Nachlassvermögens, so soll dessen Verschulden dem Erben gem. § 278 BGB zugerechnet werden können. Zwar soll die Haftung des Erben aus §§ 1978, 1979, 278 BGB für zugerechnetes Verschulden des Testamentsvollstreckers auf den Nachlass beschränkt sein.⁷⁴³ Allerdings könne der Erbe den Testamentsvollstrecker aufgrund seines Fehlverhaltens gem. § 2219 BGB im Innenverhältnis in Regress nehmen.⁷⁴⁴ Dieser in den Nachlass fallende Regressanspruch könne dann unmittelbar durch den Nachlassinsolvenzverwalter zugunsten der Nachlassgläubiger geltend gemacht werden.

Damit sehen sich die Nachlassgläubiger erneut mit den Schwierigkeiten einer lediglich mittelbaren Haftung konfrontiert, die sich aus der Abhängigkeit von dem Bestehen eines Regressanspruchs des Erben ergeben.⁷⁴⁵ Ein Regressanspruch des Erben aus § 2219 BGB besteht grundsätzlich nicht, wenn zwar die Gläubiger geschädigt sind, aber der Erbe keinen Schaden hat. Dabei erweisen sich die in der Literatur vorgeschlagenen Lösungswege auch hinsichtlich der Haftung aus §§ 1978 Abs. 1, 1979 BGB als wenig vielversprechend.

Eine unbeschränkte Haftung für zugerechnetes Testamentsvollstreckerverschulden ist dem Erben auch im Rahmen von §§ 1978 Abs. 1, 1979, 278 BGB nicht zumutbar.⁷⁴⁶ Auch die Ansicht, bei der Schadensberechnung im Rahmen von § 2219 BGB sei isoliert auf das Nachlassvermögen abzustellen, hilft im Rahmen der Haftung aus §§ 1978 Abs. 1, 1979 BGB nicht weiter.⁷⁴⁷ Denn bei Zahlungen aus dem Nachlass liegt selbst bei isolierter Betrachtung des Nachlassvermögens kein Schaden vor, wenn und weil lediglich Nachlassverbindlichkeiten erfüllt werden. Entsprechendes gilt für die vorgeschla-

⁷⁴² Zur Konstruktion der mittelbaren Haftung des Testamentsvollstreckers s. bereits oben Kapitel 4 – C.II.4.a)bb).

⁷⁴³ Explizit zu § 1979 BGB Pfeuffer, in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, S. 349, 374.

⁷⁴⁴ RGZ 138, 132; Küpper, in: MünchKomm BGB, § 1978 Rn. 11; Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2219 Rn. 6, 17; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 265; Niemöller, in: Bengel/Reimann, § 12 Rn. 54.

⁷⁴⁵ s. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(2).

⁷⁴⁶ s. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(2)(a).

⁷⁴⁷ s. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(2)(b).

gene genaue zeitliche Differenzierung zwischen Schadenseintritt und Schadensauswirkung.⁷⁴⁸ Auch aus der Perspektive des Erben besteht kein Schaden, soweit durch eine Zahlung aus dem Nachlassvermögen lediglich Nachlassverbindlichkeiten erfüllt werden.⁷⁴⁹

Aus dem gleichen Grund ist aber auch zweifelhaft, ob die von *Muscheler* entwickelte Lösung nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation im Fall von Zahlungen unter Verstoß gegen § 1979 BGB eine tragfähige Lösung bieten kann.⁷⁵⁰ Insofern ist erneut von Bedeutung, dass die Drittschadensliquidation lediglich vermeiden soll, dass ein Schädiger durch eine zufällige Schadensverlagerung entlastet wird.⁷⁵¹ Dagegen darf sie nicht zu einer Risikomehrung für den Schädiger führen.⁷⁵² Daher kann auf dem Weg der Drittschadensliquidation nicht jeder beliebige Schaden eines Dritten liquidiert werden.⁷⁵³ Insbesondere scheidet eine Drittschadensliquidation hinsichtlich von solchen Schäden aus, die beim Ersatzberechtigten nicht einmal potenziell eintreten können.⁷⁵⁴ Denn dann fehlt es an einer zufälligen Schadensverlagerung auf den Dritten. So liegt es aber im Fall von Zahlungen des Testamentsvollstreckers unter Verstoß gegen § 1979 BGB. Dem Erben entsteht, wenn der Testamentsvollstrecker Zahlungen aus dem materiell insolventen Nachlassvermögen leistet, grundsätzlich kein Schaden, soweit lediglich Nachlassverbindlichkeiten erfüllt werden. Dies gilt unabhängig von der Möglichkeit des Erben zur Haftungsbeschränkung auf den Nachlass. Denn mit dem Mittelabfluss geht die Befreiung von einer Verbindlichkeit in entsprechender Höhe einher. Aus einer solchen Zahlung kann nur eine fehlerhafte Verteilung des Nachlasses als potenzieller Insolvenzmasse unter den Nachlassgläubigern resultieren. Dies ist für den Erben irrelevant. Vielmehr treten die Schäden, die durch die unberechtigte Befriedigung von Nachlassverbindlichkeiten aus dem Nachlassvermögen trotz Nachlassunzulänglichkeit entstehen, stets exklusiv bei den Gläubigern ein. Eine zufällige Schadensverlagerung vom Erben auf die Nachlassgläubiger liegt somit nicht vor.

⁷⁴⁸ s. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(2)(c).

⁷⁴⁹ So auch *Kaltwasser*, Der überschuldete Nachlass, S. 140.

⁷⁵⁰ s. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)bb)(2)(d). Zur Drittschadensliquidation im Hinblick auf § 1979 BGB *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 233.

⁷⁵¹ *Oetker*, in: MünchKomm BGB, § 249 Rn. 289.

⁷⁵² *Schiemann*, in: Staudinger, Vor §§ 249–254 Rn. 64.

⁷⁵³ *Oetker*, in: MünchKomm BGB, § 249 Rn. 292; vgl. BGH NJW 1963, 2071, 2076.

⁷⁵⁴ BGHZ 181, 12 Rn. 45; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 693.

c) *Unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers*
analog §§ 1985 Abs. 2, 1979 BGB

Es besteht auf Basis der herrschenden Ansicht also keine unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Gläubigern für unberechtigte Zahlungen trotz materieller Insolvenzreife des Nachlasses. Die stattdessen vorgeschlagene mittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers bietet auch unter Zuhilfenahme der Drittschadensliquidation keine tragfähige Lösung zum Ausgleich dieser Haftungslücke. Damit verschärft sich die Frage, ob nicht auch den Testamentsvollstrecker unmittelbar ein Zahlungsverbot und eine Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen treffen sollten. Konstruktiv kommt dazu eine Haftung des verwaltenden Testamentsvollstreckers analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB in Betracht.

aa) Planwidrige Regelungslücke

Erforderlich für eine Analogie ist das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke. Das Fehlen eines Zahlungsverbots des Testamentsvollstreckers zeigt eine Unvollständigkeit des Gesetzes. Jedenfalls für die Verwaltungstestamentsvollstreckung ist diese Unvollständigkeit auch planwidrig. Die Einführung der Verwaltungsvollstreckung erfolgte im Gesetzgebungsprozess relativ spät und plötzlich.⁷⁵⁵ Der Umstand, dass die Verwaltungsvollstreckung der Testamentsvollstreckung mit der ihr inhärenten werbenden Funktion eine neue Qualität brachte,⁷⁵⁶ wurde nicht hinreichend berücksichtigt.⁷⁵⁷ Insbesondere wurde versäumt, das Institut der Dauertestamentsvollstreckung, das über einen langen Zeitraum die Begründung neuer Nachlassverbindlichkeiten mit sich bringt, überzeugend mit dem System der beschränkten Erbenhaftung gem. §§ 1975 ff. BGB abzustimmen.⁷⁵⁸ Es lässt sich vor diesem Hintergrund kaum annehmen, der Gesetzgeber habe bewusst von der Regelung eines Zahlungsverbots für den Testamentsvollstrecker abgesehen.⁷⁵⁹ Das ist auch bei späteren Gesetzesreformen nicht erkennbar.⁷⁶⁰

⁷⁵⁵ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 45 ff., 123.

⁷⁵⁶ *Ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 55.

⁷⁵⁷ *Ders.*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 3, 123; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 260.

⁷⁵⁸ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 3, 116; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 267.

⁷⁵⁹ Vgl. dagegen die Ablehnung einer planwidrigen Regelungslücke hinsichtlich des fehlenden Zahlungsverbots im Vereinsrecht in BGH NZG 2010, 711 Rn. 5; OLG Hamburg NZG 2009, 1036, 1037.

⁷⁶⁰ Vgl. bereits oben Kapitel 4 – C.II.4.a)cc(1). Im Rahmen der Insolvenzrechtsreform blieb die Regelung des § 1979 BGB vollkommen unangetastet.

bb) Vergleichbare Interessenlage

Schließlich müsste die Interessenlage im Fall des Testamentsvollstreckers vergleichbar sein zu den Fällen, in denen das Gesetz einen Fremdverwalter explizit einem Zahlungsverbot, insbesondere in Form von § 1979 BGB, unterwirft.

Für den Testamentsvollstrecker wurde die Frage nach einer Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen bislang kaum spezifisch thematisiert.⁷⁶¹ Aus der erbrechtlichen Literatur lassen sich daher nur wenige Argumente gewinnen. Angesichts des engen funktionalen Zusammenhangs zwischen Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbot sprechen die bereits für die Begründung einer Insolvenzverschleppungshaftung des Testamentsvollstreckers analog § 1980 BGB angeführten Argumente im Ausgangspunkt auch für eine Haftung des Testamentsvollstreckers analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB.⁷⁶² Allerdings kann man auch nicht zwingend von der Insolvenzantragspflicht auf das Zahlungsverbot schließen. Aufschlussreiches Anschauungsmaterial bietet in diesem Zusammenhang die Diskussion um die Haftung der Vorstandsmitglieder von eingetragenen Vereinen und Stiftungen. Denn auch im Vereinsrecht fehlt die Regelung eines Zahlungsverbots, in § 42 Abs. 2 S. 1 BGB ist lediglich eine Insolvenzverschleppungshaftung normiert.⁷⁶³ Vor diesem Hintergrund haben sich gewichtige Stimmen in der Literatur für eine Ausweitung des Zahlungsverbots auf den Vereinsvorstand in Analogie zu den kapitalgesellschaftsrechtlichen Zahlungsverboten ausgesprochen.⁷⁶⁴ Aufgrund der Haftungsbeschränkung auf das Vereinsvermögen seien die Vereinsgläubiger ebenso schutzbedürftig wie die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft. Die Analogiegegner bestreiten die Vergleichbarkeit der Interessenlage im Vereinsrecht.⁷⁶⁵

⁷⁶¹ Vgl. dagegen die Stellungnahmen zur Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers unter Kapitel 4 – C.II.4.a)cc) in Fn. 626. Für eine Haftung analog §§ 1985 Abs. 2, 1979 BGB jedoch von Lübtow, Erbrecht, S. 988; vgl. Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 224 f., der allerdings nicht spezifisch nach einer Haftung entsprechend § 1979 BGB, sondern nach einer generellen Verwalteraußenhaftung fragt.

⁷⁶² Vgl. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)cc).

⁷⁶³ Gleiches gilt im Stiftungsrecht, das insoweit auf das Vereinsrecht verweist, § 86 BGB.

⁷⁶⁴ Für die Vereinsvorstände Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 11 Rn. 220; Wischemeyer, DZWIR 2005, 230 ff.; Reuter, NZG 2010, 808; Passarge, ZInsO 2005, 176 ff. für Analogie ausschließlich zu §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG; wohl auch K. Schmidt, ZHR 168 (2004), 637, 639; ders., ZIP 2005, 2177; für die Stiftungsvorstände Hirte, in: FS Werner, S. 222, 228; Passarge, NZG 2008, 605 ff.; Roth/Knof, KTS 2009, 163, 179 f.; Werner, ZEV 2009, 366, 369 f.

⁷⁶⁵ Koza, DZWIR 2008, 98 ff.; Arnold, in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2015, § 42 Rn. 22; auch Leuschner, ZHR 175 (2011), 787, 798 ff., der lediglich das Zah-

Ihnen hat sich auch der BGH angeschlossen.⁷⁶⁶ Die Argumente aus der vereinsrechtlichen Diskussion um eine Ausdehnung des Zahlungsverbots verdienen Berücksichtigung, wenn im Folgenden der Frage nach der vergleichbaren Interessenlage für die analoge Anwendung des erbrechtlichen Zahlungsverbots gem. § 1979 BGB auf den Testamentsvollstrecker nachgegangen wird.

(1) Erfordernis eines Zahlungsverbots

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit Blick auf die potenzielle Haftungsbeschränkung auf den Nachlass in Gestalt des § 1979 BGB bereits ein Zahlungsverbot geregelt hat. Es kann daher kein grundsätzlicher Zweifel daran bestehen, dass ein Zahlungsverbot für den Nachlass als potenzielles Sondervermögen passend und erforderlich ist.⁷⁶⁷ Nichts anderes gilt im Fall der Testamentsvollstreckung. Den Erben trifft folgerichtig auch bei Anordnung von Testamentsvollstreckung die Haftung aus §§ 1978, 1979 BGB für unberechtigte Zahlungen aus dem Nachlassvermögen. Wie die Insolvenzantragspflicht aus § 1980 BGB korreliert auch die Regelung des § 1979 BGB mit der Möglichkeit des Erben, die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken.⁷⁶⁸ Mit Eintritt der materiellen Nachlassinsolvenz sind die Nachlassgläubiger vor Verteilungsfehlern durch masseschmälernde Zahlungen zu schützen. Auch im Fall der Testamentsvollstreckung erfordert die drohende Haftungsbeschränkung auf den Nachlass den gläubigerschützenden Ausgleich durch das Zahlungsverbot.

Das Bedürfnis nach einem Zahlungsverbot besteht im Übrigen unabhängig davon, ob und inwieweit man eine unternehmerische Tätigkeit für das Sondervermögen Nachlass zulässt oder nicht. Denn das Zahlungsverbot korreliert in erster Linie mit der Haftungsbeschränkung, nicht aber mit der unternehmerischen Tätigkeit.⁷⁶⁹ Selbst wenn man von der Unzulässigkeit wirtschaft-

ungsverbot als Primärpflicht analog anwenden möchte; *Poertzen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 269 bei Fn. 154, der allerdings die Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen insgesamt in Frage stellt, da sie hinter der Haftung für Verzögerung der Insolvenzantragstellung zurück bleibe.

⁷⁶⁶ BGH NZG 2010, 625; BGH NZG 2010, 711; zuvor bereits ablehnend OLG Hamburg NZG 2009, 1036; OLG Karlsruhe NZG 2009, 995.

⁷⁶⁷ Das Argument der Gegner einer Ausdehnung des Zahlungsverbots auf den Vereinsvorstand, ein Zahlungsverbot passe nicht zur Struktur des Vereins, weil dieser keine Kapitalschutzregeln kenne, ist somit für die Frage einer Analogie im Testamentsvollstreckungsrecht von vornherein unergiebig, vgl. BGH NZG 2010, 625 Rn. 5; zu Recht kritisch zu diesem Argument *Reuter*, NZG 2010, 808, 810 f.; *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 789.

⁷⁶⁸ Dementsprechend bestimmt § 2013 Abs. 1 BGB, dass § 1979 BGB nicht mehr anwendbar ist, wenn der Erbe das Haftungsbeschränkungsrecht verloren hat.

⁷⁶⁹ *Roth/Knof*, KTS 2009, 163, 180, bei Fn. 97.

licher Tätigkeit im Nachlassvermögen ausgeht, so entfällt damit also nicht das Bedürfnis nach einem Zahlungsverbot i. S. d. § 1979 BGB.⁷⁷⁰ Zwar führt ein Verbot wirtschaftlicher Tätigkeit zu einem geringeren abstrakten Insolvenzrisiko. Es wirkt somit als „Instrument der Insolvenzprophylaxe“.⁷⁷¹ Allerdings lässt sich damit nicht begründen, warum der Fremdverwalter des haftungsbeschränkten Vermögens einer milderer Haftung unterliegen sollte, wenn die Insolvenz tatsächlich eingetreten ist. Die Höhe des Insolvenzrisikos ex ante ist irrelevant, sobald die materielle Insolvenz tatsächlich vorliegt. Ein geringeres abstraktes Insolvenzrisiko kann daher nicht begründen, warum Gläubiger im trotz geringer Wahrscheinlichkeit eingetretenen Stadium materieller Insolvenzreife weniger schutzwürdig sein sollten.⁷⁷² Der durch das Zahlungsverbot gem. § 1979 BGB vermittelte Schutz vor masseschmälernden Zahlungen bei materieller Nachlassinsolvenz ist auch dann geboten und angemessen, wenn es sich nicht um einen unternehmerischen Nachlass handelt oder man sogar generell von der Unzulässigkeit unternehmerischer Betätigung im Sondervermögen Nachlass ausgeht. Gleichzeitig zeigt sich damit, dass es sich bei dem Fehlen eines Zahlungsverbots um ein allgemeines Defizit des Gläubigerschutzes im Testamentsvollstreckungsrecht handelt, das bei der unternehmerischen Tätigkeit des Testamentsvollstreckers schlicht besondere Relevanz entfaltet.⁷⁷³

(2) Testamentsvollstrecker als richtiger Adressat

Es stellt sich damit die Frage, ob auch im Fall der Testamentsvollstreckung allein der Erbe der richtige Adressat des Zahlungsverbots und der Haftung für verbotene Zahlungen ist. Im Wesentlichen lassen sich diejenigen Argumente, die bereits im Rahmen der Begründung der Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers vorgebracht wurden, auch dafür anführen, dass den verwaltenden Testamentsvollstrecker eine Haftung für verbotene Zahlungen analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB treffen sollte. Hier wie dort ist dem Umstand angemessen Rechnung zu tragen, dass der Erbe seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass bzw. jedenfalls einen Teil des Nachlasses an den Testamentsvollstrecker verliert. Die Annahme einer ausschließlich an den Erben adressierten Haftung führt dagegen zu Lücken im Gläubigerschutz. Denn ein eigenes Verschulden (auch: Überwachungsver-

⁷⁷⁰ Vgl. dagegen aus der vereinsrechtlichen Diskussion OLG Hamburg NZG 2009, 1036, 1037f.; Koza, DZWIR 2008, 98, 99, wonach im Vereinsrecht ein Zahlungsverbot nicht erforderlich sei, weil Vereine im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften normtypisch ideell tätig seien.

⁷⁷¹ Leuschner, ZHR 175 (2011), 787, 803.

⁷⁷² Überzeugend ders., ZHR 175 (2011), 787, 796, 800.

⁷⁷³ Insofern bestätigt sich die Annahme von Burgard, s. Fn. 277 im 1. Teil.

schulden) des Erben gem. §§ 1978, 1979 BGB wird nur selten vorliegen, wenn sich der Nachlass in den Händen eines verwaltenden Testamentsvollstreckers befindet.⁷⁷⁴ Insoweit sei auf die Ausführungen zur Begründung der Insolvenzverschleppungshaftung des Testamentsvollstreckers verwiesen.⁷⁷⁵

(3) *Kein Anlass für eine Privilegierung der Testamentsvollstreckung*

Dagegen fällt es nicht leicht, Gründe zu finden, die gegen eine Haftung des Testamentsvollstreckers für verbotene Zahlungen sprechen. Zu denken ist zunächst an die Einwände, die auch gegen eine Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers vorgebracht wurden. Sie sollen an dieser Stelle nicht wiederholt werden.⁷⁷⁶ Stattdessen soll auf ein anderes mögliches Argument gegen die Ausdehnung des Zahlungsverbots gem. § 1979 BGB auf den Testamentsvollstrecker eingegangen werden. Es hat im Rahmen der vereinsrechtlichen Diskussion um eine Ausdehnung des Zahlungsverbots auf den Vereinsvorstand eine maßgebliche Rolle gespielt. Gläubigerschutz ist „nicht zum „Nulltarif“ zu haben“.⁷⁷⁷ Für den durch die Haftung für verbotene Zahlungen bewirkten Gläubigerschutz gilt nichts anderes. Er kostet „den Preis entsprechender Haftungsrisiken der Haftungsadressaten“.⁷⁷⁸ Im Vereinsrecht hat man sich aus rechtspolitischen Gründen dagegen entschieden, diesen Preis zu zahlen. So war für die Ablehnung eines Zahlungsverbots des Vereinsvorstands vor allem der Gedanke entscheidend, bürgerschaftliches und ehrenamtliches Engagement zu fördern.⁷⁷⁹ Die Vorstandsmitglieder von Vereinen und Stiftungen sollten haftungsrechtlich privilegiert werden, um die für das Gemeinwohl unabdingbare ehrenamtliche Tätigkeit der Bevölkerung zu stärken.⁷⁸⁰

Diese Wertentscheidung ist für das Vereins- und Stiftungsrecht unmittelbar nachvollziehbar.⁷⁸¹ Auf das Testamentsvollstreckungsrecht ist sie dagegen kaum übertragbar. Auch bei der Testamentsvollstreckung bekommt man den Gläubigerschutz nicht zum Nulltarif. So erhöht eine strengere Haftung des

⁷⁷⁴ Vgl. (zu § 1980 BGB) *Dobler*, in: Staudinger, § 1980 Rn. 14; *Weber*, in: Jaeger, KO, §§ 217–220 Rn. 24; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 231.

⁷⁷⁵ s. bereits oben Kapitel 4 – C.II.4.a)cc)(2).

⁷⁷⁶ s. bereits oben Kapitel 4 – C.II.4.a)cc)(2)(e).

⁷⁷⁷ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 800.

⁷⁷⁸ *Ders.*, ZHR 175 (2011), 787, 800.

⁷⁷⁹ Der BGH hat die Ablehnung der Analogie maßgeblich mit der Ehrenamtlichkeit begründet, BGH NZG 2010, 625, 626; BGH NZG 2010, 711, 712.

⁷⁸⁰ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 800.

⁷⁸¹ *Ders.*, ZHR 175 (2011), 787, 800.

Testamentsvollstreckers die Kosten der Testamentsvollstreckung.⁷⁸² Denn der Testamentsvollstrecker wird zum Ausgleich eine erhöhte Vergütung oder den Abschluss einer entsprechenden Versicherung fordern. Die mit der Gewährleistung eines angemessenen Gläubigerschutzes verbundene Verteuerung der Testamentsvollstreckung ist jedoch hinzunehmen. Es besteht kein öffentliches Interesse an der Testamentsvollstreckung.⁷⁸³ Es ist dementsprechend kein rechtspolitisches Interesse erkennbar, das Institut der Testamentsvollstreckung durch eine besondere Haftungsprivilegierung des Testamentsvollstreckers zu fördern. Die Testamentsvollstreckung dient im Grundsatz nicht gemeinnützigen Zwecken. Es handelt sich um ein rein privates Institut,⁷⁸⁴ das der Erblasser in weitem Umfang nach seinen persönlichen Vorstellungen nutzen und ausgestalten kann. Auch handelt es sich beim Amt Testamentsvollstreckers grundsätzlich nicht um ein Ehrenamt.⁷⁸⁵ Der Testamentsvollstrecker kann eine angemessene Vergütung verlangen, § 2221 BGB.⁷⁸⁶ Es gibt somit keinen Grund, die Organisationsform der Testamentsvollstreckung gegenüber anderen privaten Organisationsformen besonders zu privilegieren. Daher muss gelten, dass auch der Testamentsvollstrecker bei materieller Nachlassinsolvenz keine Zahlungen mehr aus dem Nachlass leisten darf.

Somit sprechen überzeugende Gründe für eine unmittelbare Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Nachlassgläubigern analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB.

cc) Inhalt des Ersatzanspruchs

Schließlich ist zu klären, worauf die Haftung des Testamentsvollstreckers analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB gerichtet ist. Nach herrschender, aber umstrittener Ansicht richtet sich die Haftung des Nachlassverwalters aus §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB lediglich auf Ersatz des Quotenverringerschadens der Nachlassgläubiger.⁷⁸⁷ Folgt man dem, so wird man für die Haftung des Testamentsvollstreckers analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB

⁷⁸² Dieses Argument könnte man auch gegen die Insolvenzantragspflicht des Testamentsvollstreckers vorbringen. Es wäre aber aus den nachfolgenden Gründen nicht durchschlagend.

⁷⁸³ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, Vor § 2197 Rn. 5.

⁷⁸⁴ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 8.

⁷⁸⁵ *Eckelskemper*, in: Bengel/Reimann, § 10 Rn. 29.

⁷⁸⁶ Die Vergütung des Testamentsvollstreckers ist nicht reguliert. Es existiert weder eine Vergütungsordnung noch verbindliche Vergütungsrichtlinien, *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2221 Rn. 9. Da somit auch keine Deckelung nach oben existiert, kann die Vergütung insbesondere bei umfangreichen Nachlässen eine erhebliche Höhe erreichen.

⁷⁸⁷ s. oben Kapitel 4 – C.III.3.b)bb).

kaum anders entscheiden können. Allerdings sprechen wie beim Nachlassverwalter auch beim Testamentsvollstrecker die besseren Gründe dafür, die Haftung für verbotene Zahlungen in der Rechtsfolge auf die Erstattung des ungekürzten Zahlungsbetrags zu richten.⁷⁸⁸ Dem Testamentsvollstrecker ist dann im Gegenzug vorzubehalten, mit der hypothetischen Insolvenzquote des Zahlungsempfängers am Nachlassinsolvenzverfahren teilzunehmen.⁷⁸⁹ Der Testamentsvollstrecker übernimmt sein Amt freiwillig. Er ist sich stets bewusst, dass er nicht sein eigenes, sondern fremdes Vermögen verwaltet. Er ist nach dem gesetzlichen Leitbild nicht ehrenamtlich tätig, sondern erhält eine Vergütung. Schließlich besteht kein Anlass, das Institut der Testamentsvollstreckung durch eine milde Haftung besonders zu privilegieren.

Im Ergebnis ist eine Haftung des verwaltenden Testamentsvollstreckers analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1979 BGB zu befürworten.⁷⁹⁰ Der Ersatzanspruch fällt analog §§ 1985 Abs. 2 S. 2, 1978 Abs. 2 BGB in den Nachlass und richtet sich auf die ungekürzte Erstattung der geleisteten Zahlung. Damit besteht auch bei der Testamentsvollstreckung ein dem Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbarer Schutz vor masseschmälernden Zahlungen im Stadium materieller Insolvenz.

IV. Insolvenzverursachung, Existenzvernichtung und Funktionsäquivalente

Schon zu Beginn der vergleichenden Betrachtung ist deutlich geworden, dass die Beschränkung der Haftung auf ein bestimmtes Sondervermögen zulasten der Gläubiger grundsätzlich mit einer Haftungssonderung dieses Vermögens zugunsten der Gläubiger korreliert.⁷⁹¹ Zwischen der Haftungsbeschränkung und der Zweckbindung des Vermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung besteht ein wesentlicher Funktionszusammenhang.⁷⁹² Denn ohne den vorrangigen Zugriff auf das abgesonderte Vermögen wäre die Haftungsbeschränkung für die Gläubiger regelmäßig inakzeptabel.⁷⁹³ Wenn und weil ihnen nur eine beschränkte Vermögensmasse haftet, ist der Schutz dieses Vermögens vor zweckwidrigen Eingriffen für die Gläubiger von we-

⁷⁸⁸ s. oben Kapitel 4 – C.III.3.b)bb).

⁷⁸⁹ Vgl. § 326 Abs. 2 InsO.

⁷⁹⁰ Dafür bereits von *Lübtow*, *Erbrecht*, S. 988.

⁷⁹¹ s. oben Kapitel 2 – C.

⁷⁹² *Hansmann/Kraakman/Squire*, EBOR 8 (2007), 59, 66; *Röhricht*, in: VGR 2002, S. 3, 24; *Matschernus*, Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung in der GmbH, S. 105.

⁷⁹³ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 822. Ebenso würde sich ohne die Privilegierung als Massegläubiger auch kaum jemand auf einen Vertragsschluss mit einem Insolvenzverwalter einlassen, *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 55 Rn. 1.

sentlicher Bedeutung. Vor diesem Hintergrund wird der Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht durch Haftungstatbestände ergänzt, die kompensationslose, insolvenzverursachende Eingriffe in das primär der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen sanktionieren. Dabei geht es im Kern um den Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor zweckwidrigen Vermögensverschiebungen von der Gesellschaft zu den Gesellschaftern, die nicht bereits durch die Regelungen über die Kapitalerhaltung erfasst werden.⁷⁹⁴ Es ist zu prüfen, ob die Gläubiger im Fall der Unternehmensfortführung durch die Amtstreuhänder einen vergleichbaren Schutz genießen.

1. Kapitalgesellschaft

Das Kapitalgesellschaftsrecht hält vor allem zwei Haftungstatbestände bereit, die den gläubigergefährdenden Abzug von Vermögenswerten aus der Gesellschaft sanktionieren. Zum einen ist hier die allein an die Geschäftsleiter gerichtete Haftung für insolvenzverursachende Zahlungen gem. § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG zu nennen. Zum anderen ist die primär an die Gesellschafter adressierte, richterlich entwickelte Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB zu beachten.

a) Insolvenzverursachungshaftung aus § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG

Die Haftung der Geschäftsleiter für insolvenzverursachende Zahlungen gem. § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG wurde mit dem MoMiG eingeführt. Danach ist ein Geschäftsleiter der Gesellschaft von an Gesellschafter geleistete Zahlungen verpflichtet, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten.⁷⁹⁵ Für Personenhandelsgesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter findet sich eine entsprechende Regelung in § 130a Abs. 1 S. 3 HGB.⁷⁹⁶ Die Regelung, die auch einen gewissen Ausgleich für die Aufgabe des Mindestkapitals bieten soll,⁷⁹⁷ sucht den Schutz der Gläubiger vor Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern durch eine Verschärfung der Ge-

⁷⁹⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 46.

⁷⁹⁵ H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 177 ff.

⁷⁹⁶ Weshalb mit dem MoMiG keine entsprechende Regelung im Genossenschaftsgesetz eingefügt wurde, bleibt rätselhaft, Böcker/Poertzgen, WM 2007, 1203. Es ist von einem Redaktionsversehen auszugehen, Leuschner, ZHR 175 (2011), 787, 817 bei Fn. 118.

⁷⁹⁷ H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 2.

schaftsleiterhaftung zu verstärken.⁷⁹⁸ Zu diesem Zweck verlagert die Haftungsregelung das grundsätzlich erst ab dem Eintritt materieller Insolvenz greifende Zahlungsverbot und die daran anknüpfende Haftung für masseschmälernde Zahlungen (§ 64 S. 1 GmbHG, §§ 92 Abs. 2 S. 1 i.V.m. 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG) für Zahlungen an Gesellschafter zeitlich vor. Auf diese Weise wird für einen Teilbereich eine Insolvenzverursachungshaftung begründet.⁷⁹⁹ Die Haftung aus § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG richtet sich allein gegen die Geschäftsleiter. Die Gesellschafter als Zahlungsempfänger trifft die Haftung aus § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG dagegen grundsätzlich nicht.⁸⁰⁰ Für sie kommt allein eine Haftung wegen Existenzvernichtung gem. § 826 BGB in Betracht.

b) Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB

Die Haftung für insolvenzverursachende Zahlungen steht in engem Zusammenhang mit der schon zuvor durch die Rechtsprechung auf Grundlage von § 826 BGB entwickelten sog. Existenzvernichtungshaftung.⁸⁰¹ Seit der Trihotel-Entscheidung⁸⁰² ist die Existenzvernichtungshaftung als eine reine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet.⁸⁰³ Im Gegensatz zur Haftung aus § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG ist die Existenzvernichtungshaftung aus § 826 primär an die Gesellschafter als Empfänger der Vermögensverschiebung adressiert. Sie droht jedoch auch dem an dem existenzvernichtenden Eingriff mitwirkenden Geschäftsleiter als Teilnehmer gem. §§ 826, 830 BGB.⁸⁰⁴ Die Existenzvernichtungshaftung sanktioniert kompensationslose Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen, die zur Insolvenz der Gesellschaft führen oder diese vertiefen. Sie setzt einen missbräuchlichen, kompensationslosen und zur Gesellschaftsinsolvenz führenden oder diese vertiefenden Eingriff in das zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen voraus.⁸⁰⁵ Die Haftung ist auf Ersatz des durch den missbräuchlichen Eingriff entstandenen Schadens gerichtet.⁸⁰⁶ Die strengen subjektiven Voraussetzungen des § 826

⁷⁹⁸ BT-Drs. 16/6140, S. 46; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 79.

⁷⁹⁹ H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 177.

⁸⁰⁰ Casper, in: Ulmer, GmbHG, § 64 Rn. 137.

⁸⁰¹ BGHZ 195, 42 Rn. 13; H.-F. Müller, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 179; BT-Drs. 16/6140, S. 46.

⁸⁰² BGHZ 173, 246.

⁸⁰³ Liebscher, in: MünchKomm GmbHG, Anhang zu § 13 Rn. 526, 582.

⁸⁰⁴ BGHZ 173, 246 Rn. 46.

⁸⁰⁵ BGHZ 173, 246; Liebscher, in: MünchKomm GmbHG, Anhang zu § 13 Rn. 524.

⁸⁰⁶ Liebscher, in: MünchKomm GmbHG, Anhang zu § 13 Rn. 605.

BGB erschweren allerdings die Geltendmachung der Existenzvernichtungshaftung.⁸⁰⁷

2. Insolvenzverwaltung

Ähnlich wie der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung zu respektieren hat, so hat der Insolvenzverwalter die Zweckbindung der Insolvenzmasse zur vorrangigen Befriedigung der Massegläubiger zu achten. Dabei übernimmt die Haftung des Insolvenzverwalters aus § 60 InsO für Verteilungsfehler eine ähnliche Funktion wie die Insolvenzverursachungshaftung bzw. Existenzvernichtungshaftung der Geschäftsleiter der Kapitalgesellschaft.⁸⁰⁸ Es ist auch hier von Bedeutung, dass der Insolvenzverwalter zu jedem Zeitpunkt die Einhaltung der gesetzlichen Befriedigungsreihenfolge zu respektieren hat. Dem Insolvenzverwalter droht damit bereits vor Eintritt der Masseunzulänglichkeit eine Haftung für Verteilungsfehler, die sich zulasten der Massegläubiger auswirken.⁸⁰⁹ Denn vor jeder Zahlung aus der Insolvenzmasse muss der Insolvenzverwalter die vorrangige Befriedigung der Masseverbindlichkeiten sicherstellen.⁸¹⁰ Er darf nur dann Zahlungen an Insolvenzgläubiger leisten, soweit hinreichende Mittel in der Insolvenzmasse vorhanden sind. Missachtet der Insolvenzverwalter die gesetzliche Verteilungsreihenfolge, haftet er den geschädigten Massegläubigern gem. § 60 InsO auf Schadensersatz.⁸¹¹ Er haftet also insbesondere dann, wenn er Zahlungen an die Insolvenzgläubiger als Residualberechtigte leistet, ohne dass die vollständige Befriedigung der Massegläubiger sichergestellt ist. Daneben haben die Insolvenzgläubiger als Zahlungsempfänger Zahlungsbeträge, die sie entgegen der gesetzlichen Befriedigungsreihenfolge erhalten, nach den Grundsätzen ungerechtfertigter Bereicherung zu erstatten.⁸¹²

⁸⁰⁷ Kritisch *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 13 Rn. 93.

⁸⁰⁸ Dazu *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 239 ff.

⁸⁰⁹ *Ders.*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 241.

⁸¹⁰ *Kebekus/Schwarzer*, in: MünchKomm InsO, § 187 Rn. 21; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, § 187 Rn. 8.

⁸¹¹ *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 53 Rn. 89; *Kebekus/Schwarzer*, in: MünchKomm InsO, § 187 Rn. 21; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 187 Rn. 22.

⁸¹² *Kebekus/Schwarzer*, in: MünchKomm InsO, § 187 Rn. 22; ausführlich *Mohr-butter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, S. 148 ff.

3. Nachlassverwaltung

Auch für den Nachlassverwalter existiert ein funktionales Äquivalent zur Existenzvernichtungs- bzw. Insolvenzverursachungshaftung. Der Nachlassverwalter ist gem. § 1985 Abs. 2 BGB auch gegenüber den Nachlassgläubigern für die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses verantwortlich. Bereits daraus ergibt sich die Pflicht, die Befriedigung der Nachlassgläubiger nicht durch zweckwidrige Eingriffe in das Nachlassvermögen zu gefährden. Konkreter festmachen lässt sich diese Pflicht an der Regelung des § 1986 Abs. 1 BGB. Sie bestimmt, dass der Nachlassverwalter den Nachlass dem Erben erst „ausantworten“ darf, wenn die bekannten Nachlassverbindlichkeiten berichtigt worden sind. Die Vorschrift erinnert an die liquidationsrechtlichen Ausschüttungsverbote aus dem Kapitalgesellschaftsrecht (§ 73 Abs. 1 GmbHG, § 271 Abs. 1 AktG) und formuliert die gleiche besondere Zweckbindung des Sondervermögens, die auch dem Existenzvernichtungsverbot im Kapitalgesellschaftsrecht zugrunde liegt.⁸¹³ Der Nachlassverwalter hat die besondere Zweckbindung des Nachlassvermögens zugunsten der Nachlassgläubiger strikt zu beachten. Er haftet nach §§ 1985 Abs. 2 S. 1, 1986 BGB wenn er in das zur vorrangigen Befriedigung der Nachlassgläubiger reservierte Nachlassvermögen eingreift und damit die Insolvenz des Nachlasses verursacht oder vertieft. Daneben haftet der Erbe mit dem ausgeantworteten Nachlass weiter, wobei auch die Verwalterhaftung gem. §§ 1978–1980 BGB weiterhin anwendbar ist.⁸¹⁴

4. Testamentsvollstreckung

Schließlich ist zu untersuchen, wie die Nachlassgläubiger im Fall der Testamentsvollstreckung vor zweckwidrigen Vermögensverschiebungen vom Nachlass zum Erbenprivatvermögen geschützt sind. Dabei kommt nicht nur eine Haftung des Testamentsvollstreckers in Betracht, sondern auch eine Haftung des Erben als Leistungsempfänger.

a) Haftung des Testamentsvollstreckers

Grundsätzlich hat auch der Testamentsvollstrecke die besondere Zweckbindung des Nachlassvermögens zugunsten der vorrangigen Befriedigung der Nachlassgläubiger zu respektieren. Für diese Annahme liefert das Gesetz verschiedene Anhaltspunkte. Einen ersten Fingerzeig bietet die Regelung des § 2204 BGB zur Auseinandersetzung unter mehreren Miterben durch den

⁸¹³ Vgl. Leuschner, ZHR 175 (2011), 787, 822.

⁸¹⁴ Küpper, in: MünchKomm BGB, § 1986 Rn. 6.

Testamentsvollstrecker. Die Vorschrift verweist auf die §§ 2046 Abs. 1, 2047 Abs. 1 BGB, wonach bei der Auseinandersetzung zunächst die Nachlassverbindlichkeiten aus dem Nachlass zu berichtigen sind und den Erben nur ein danach verbleibender Überschuss gebührt. Zudem ergibt sich im Umkehrschluss zu § 2217 Abs. 2 BGB, dass der Testamentsvollstrecker die Freigabe von Nachlassgegenständen aus der Vollstreckung verweigern kann, soweit diese zur Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten erforderlich sind.⁸¹⁵ Beträge, die zur Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten erforderlich sind, hat der Testamentsvollstrecker dementsprechend grundsätzlich zurückzuhalten.⁸¹⁶ Die Befriedigung der Nachlassgläubiger gehört somit ebenso zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers, auch wenn ihm diese Aufgabe nicht vom Gesetz besonders zugewiesen ist.⁸¹⁷

Allerdings obliegt dem Testamentsvollstrecker diese Aufgabe allein im Verhältnis zum Erben, nicht aber gegenüber den Nachlassgläubigern. Es besteht folglich auch insoweit grundsätzlich keine Haftung des Testamentsvollstreckers gem. § 2219 BGB gegenüber den Nachlassgläubigern.⁸¹⁸ Theoretisch denkbar wäre zwar die Konstruktion einer unmittelbaren Verantwortlichkeit des Testamentsvollstreckers gegenüber den Nachlassgläubigern für die Befriedigung ihrer Forderungen in Analogie zu § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB.⁸¹⁹ Im Ergebnis liefe das darauf hinaus, den Kreis der Beteiligten i. S. v. § 2219 BGB, der nach dem Gesetzeswortlaut nur Erben und Vermächtnisnehmer umfasst, um die Nachlassgläubiger zu erweitern.⁸²⁰ Angesichts der Tatsache, dass sich bereits der 21. Juristentag 1891 für eine Verantwortlichkeit des Testamentsvollstreckers gegenüber allen Beteiligten ausgesprochen hatte, schiene dies auch nicht vollkommen abwegig.⁸²¹

Es ist aber doch fraglich, ob eine solche Rechtsfortbildung nicht zu weit ginge. Die generelle, unmittelbare Verantwortlichkeit des Nachlassverwalters gegenüber den Nachlassgläubigern aus § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB rechtfertigt sich im Wesentlichen daraus, dass die Nachlassgläubiger im Fall der amtlichen Nachlassliquidation die maßgeblichen Interessenträger der Verwaltung

⁸¹⁵ Vgl. *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2217 Rn. 3. Nach § 2217 Abs. 2 BGB kann der Testamentsvollstrecker die Überlassung von Nachlassgegenständen wegen offener Nachlassverbindlichkeiten nicht verweigern, wenn der Erbe für die Berichtigung der Verbindlichkeiten Sicherheit leistet.

⁸¹⁶ *Reimann*, in: Staudinger, § 2204 Rn. 25.

⁸¹⁷ *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2204 Rn. 11; *von Lübtow*, Erbrecht, S. 988.

⁸¹⁸ BGHZ 57, 84, 88.

⁸¹⁹ Dafür *von Lübtow*, Erbrecht, S. 988.

⁸²⁰ Vgl. *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 269.

⁸²¹ *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 179; *Deutscher Juristentag*, Verhandlungen des 21. DJT, Band 3, 1892, S. 438 f.

des Nachlasses sind.⁸²² Die amtliche Nachlassliquidation hat den Problemfall des unübersichtlichen oder bereits erkennbar insolventen Nachlasses vor Augen, bei dem die vollständige Befriedigung der Nachlassgläubiger unsicher ist.⁸²³ Vor diesem Hintergrund bezwecken Nachlassverwaltung sowie Nachlassinsolvenzverwaltung in erster Linie die Befriedigung der Nachlassgläubiger, die ihre Forderung *vor* der Anordnung dieser Verfahren erworben haben.⁸²⁴ Nach dem gesetzlichen Leitbild sind diese Nachlassgläubiger im Fall der amtlichen Nachlassliquidation die Residualberechtigten des Nachlassvermögens. Als solche sind sie diejenigen, die primär vom Erfolg oder Misserfolg der amtlichen Nachlassverwaltung betroffen sind, sodass die unmittelbare Verantwortlichkeit des Nachlassverwalters gegenüber den Nachlassgläubigern angemessen erscheint.

Im Gegensatz dazu geht das Testamentsvollstreckungsrecht in den §§ 2197 ff. BGB vom Normalfall des wirtschaftlich gesunden Nachlasses aus, bei dem die vollständige Befriedigung der Nachlassgläubiger außer Frage steht.⁸²⁵ Insofern entspricht es dem gesetzlichen Leitbild der Testamentsvollstreckung, dass allein der Erbe die Stellung des Residualberechtigten innehat. Hierin zeigt sich auch der eigentliche Gehalt des Satzes, dass das Institut der Testamentsvollstreckung allein dem Interesse des Erben, nicht aber den Interessen der Nachlassgläubiger zu dienen bestimmt ist.⁸²⁶ Vor diesem Hintergrund scheint eine generelle, unmittelbare Verantwortlichkeit des Testamentsvollstreckers gegenüber den Nachlassgläubigern für die Verwaltung des Nachlasses analog § 1985 Abs. 2 S. 1 BGB nicht angezeigt. Eine generelle Außenhaftung des Geschäftsleiters gegenüber den Gläubigern kennt auch das Kapitalgesellschaftsrecht nicht, und auch für andere Fälle der Fremdverwaltung unter Haftungsbeschränkung sieht das Gesetz grundsätzlich keine allgemeine Außenhaftung gegenüber den Gläubigern vor. All dies spricht im Ausgangspunkt gegen eine Analogie zu § 1985 Abs. 2 BGB. Demnach ließe sich allein für krasse Fälle eine Existenzvernichtungshaftung des Testamentsvollstreckers aus § 826 BGB herleiten.

b) Haftung des Erben

Die Betrachtung der Haftung des Erben zeigt sodann, dass eine Ausdehnung der Testamentsvollstreckerhaftung zur Gewährleistung eines angemess-

⁸²² So auch *Becker*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 177.

⁸²³ *Dobler*, in: Staudinger, § 1975 Rn. 16.

⁸²⁴ s. bereits oben Kapitel 4 – C.II.4.a)cc)(2)(e), bei Fn. 668.

⁸²⁵ *Canaris*, Handelsrecht, § 9 Rn. 39.

⁸²⁶ Vgl. oben Kapitel 4 – C.II.4.a)cc)(2)(e).

senen Gläubigerschutzniveaus insoweit auch nicht zwingend erforderlich ist. Denn auch im Fall der Testamentsvollstreckung sind die Nachlassgläubiger Vermögensverschiebungen aus dem Nachlass in das Erbenprivatvermögen nicht schutzlos ausgesetzt. Der Schutz der Nachlassgläubiger wird hier allerdings nicht durch eine Haftung des Testamentsvollstreckers, sondern durch die Haftung des Erben als Empfänger der Vermögensverschiebung gewährleistet. Mit Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens trifft den Erben die Haftung für die bisherige Verwaltung des Nachlasses gem. § 1978 Abs. 1 BGB. Die Verwalterhaftung des Erben aus § 1978 Abs. 1 BGB dient insbesondere dazu, Vermögensverschiebungen aus dem Nachlass in das Erbeneigenvermögen auszugleichen.⁸²⁷ Dabei befreit die Anordnung von Testamentsvollstreckung den Erben nicht von seiner Verantwortlichkeit gem. § 1978 Abs. 1 BGB.⁸²⁸ Die Vorschrift liefert somit auch in diesem Fall die geeignete Grundlage für den Ausgleich existenzvernichtender bzw. insolvenzverursachender Eingriffe in das Nachlassvermögen. Der Anspruch der Nachlassgläubiger aus § 1978 Abs. 1 BGB fällt gem. § 1978 Abs. 2 BGB in den Nachlass und wird somit – wie die aus dem Kapitalgesellschaftsrecht bekannte Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB – wie eine Innenhaftung abgewickelt. Im Gegensatz zur Haftung der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft für Existenzvernichtung gem. § 826 BGB, die insbesondere aufgrund ihrer strengen subjektiven Voraussetzungen hohe Hürden stellt, fällt die Inanspruchnahme des Erben aus § 1978 Abs. 1 BGB jedoch deutlich leichter.

Zusammenfassend ist eine Inanspruchnahme des Testamentsvollstreckers im Fall existenzvernichtender Eingriffe zwar nur schwer möglich. Dieses Defizit wird jedoch ausgeglichen durch die strenge Einstandspflicht des Erben gem. § 1978 Abs. 1 BGB. Auch im Fall der Testamentsvollstreckung sind die Nachlassgläubiger somit vor zweckwidrigen Vermögensverschiebungen zwischen Nachlass und Erbeneigenvermögen geschützt.

Kapitel 5

Haftung für unerlaubte Handlungen der Fremdverwalter

Im Zusammenhang mit der persönlichen Haftung der Fremdverwalter steht auch die Frage nach der Haftung für unerlaubte Handlungen. Wie jedermann unterliegen auch Geschäftsleiter, Insolvenzverwalter sowie Testamentsvoll-

⁸²⁷ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 98 f., 324.

⁸²⁸ Vgl. *Dobler*, in: Staudinger, § 1978 Rn. 13; zur Insolvenzantragspflicht aus § 1980 BGB *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1980 Rn. 12.

strecker den deliktischen Haftungsvorschriften der §§ 823 ff. BGB. Ihr privates Amt immunisiert sie nicht gegen deliktische Verantwortlichkeit. Begehen sie im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit eine unerlaubte Handlung, so haften sie dem Geschädigten für den entstandenen Schaden persönlich und unbeschränkt.⁸²⁹ Allerdings ermöglicht der gegen den Fremdverwalter gerichtete deliktische Schadensersatzanspruch dem Geschädigten lediglich den Zugriff auf das Vermögen des Fremdverwalters. Es stellt sich die Frage, ob für die deliktische Schädigung neben dem Fremdverwalter zusätzlich auch das verwaltete Vermögen haftet. Bei der Haftung für unerlaubte Handlungen der Fremdverwalter geht es daher im Kern nicht um die Frage nach der Legitimation von Haftungsbeschränkung gegenüber den Gläubigern des verwalteten Sondervermögens.⁸³⁰ Stattdessen geht es um die Frage, ob und inwiefern ein Ausgleich für das gesteigerte deliktische Schädigungspotential besteht, welches die (werbende) Verwaltung der abgesonderten und selbst handlungsunfähigen Vermögensmasse mit sich bringt. Der Zugriff im Zusammenhang mit der Verwaltungsführung geschädigter Dritter auf das Sondervermögen bildet ein wichtiges Element zum Schutz deliktischer Gläubiger. Es stellt sich die Frage, ob deliktische Gläubiger bei der Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter und den Testamentsvollstrecker vergleichbar geschützt werden, wie dies bei den Kapitalgesellschaften der Fall ist.

A. Kapitalgesellschaft

Begeht der Geschäftsleiter im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die Gesellschaft eine unerlaubte Handlung, so stellt sich die Frage nach einem Zugriff des Geschädigten auf das Gesellschaftsvermögen. Im Zentrum der Frage nach der Zurechnung deliktischen Verhaltens von Geschäftsleitern zur Kapitalgesellschaft steht die vereinsrechtliche Regelung des § 31 BGB. Sie bestimmt, dass der Verein für den Schaden verantwortlich ist, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zu-

⁸²⁹ Für den Geschäftsleiter: *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 347; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 357; für den Testamentsvollstrecker: BGH WM 1957, 514; *Damrau*, in: Soergel, BGB, § 2219 Rn. 29; für den Insolvenzverwalter: *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 60 Rn. 48. Vgl. zu den schwierigen Abgrenzungsfragen bei mittelbaren Verletzungshandlungen bei Geschäftsleitern *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 348 ff.; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 111 ff.; beim Insolvenzverwalter *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 60 Rn. 150 ff.; *Schoppmeyer*, in: MünchKomm InsO, § 60 Rn. 76 ff.; beim Testamentsvollstrecker *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 235; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2216 Rn. 13.

⁸³⁰ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 254.

fügt. Im Kapitalgesellschaftsrecht existiert zwar keine entsprechende Norm und auch keine Verweisung auf § 31 BGB. Doch entspricht es allgemeiner Ansicht, dass die Vorschrift des § 31 BGB auf sämtliche übrige juristische Personen des Privatrechts und somit insbesondere auch auf Kapitalgesellschaften analoge Anwendung findet.⁸³¹ Denn § 31 BGB ist nicht etwa eine vereinsrechtliche Spezialregelung, sondern Ausdruck eines allgemeinen verbandsrechtlichen Grundgedankens. Der Verband, der selbst nicht willens- oder handlungsfähig ist, gewinnt erst durch die Zurechnung des Verhaltens seiner Organe Handlungsfähigkeit.⁸³² Dann aber muss dem Verband das Verhalten seiner Organe umfassend, „im Guten wie im Schlechten“, zugerechnet werden.⁸³³ Ohne eine entsprechende Zurechnung käme eine deliktische Haftung des Verbands grundsätzlich nicht in Betracht. § 278 BGB hilft zur Begründung deliktischer Verantwortlichkeit schon deswegen nicht weiter, weil die Norm eine bestehende Sonderverbindung voraussetzt. Sogar eine Haftung des Verbands für Fehlverhalten seiner Organwalter gem. § 831 BGB müsste ausscheiden. Denn die Norm regelt eine Haftung für vermutetes eigenes Auswahlverschulden des Geschäftsherrn, woran es ohne die erst durch § 31 BGB ermöglichte Verhaltenszurechnung zum Verband a priori fehlen würde.⁸³⁴ Die damit einhergehende Freiheit von deliktischer Verantwortlichkeit würde eine ungerechtfertigte Privilegierung des Verbands bedeuten. In diesem Sinne dient die Regelung der haftungsrechtlichen Gleichstellung von juristischer und natürlicher Person.⁸³⁵ Dies entspricht dem allgemeinen Gedanken, dass das verwaltete Vermögen nicht nur die Vorteile, sondern auch die Nachteile seiner Verwaltung tragen soll.⁸³⁶

Begeht der Geschäftsleiter im Rahmen seiner Tätigkeit für die Kapitalgesellschaft eine unerlaubte Handlung, so wird sein Verhalten, Wissen und Verschulden der Gesellschaft analog § 31 BGB umfassend zugerechnet.⁸³⁷ Voraussetzung für die Zurechnung analog § 31 BGB ist jeweils, dass der Geschäftsleiter das schädigende Verhalten „in Ausführung der ihm zustehen-

⁸³¹ *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 3; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 31 Rn. 3; *Schwennicke*, in: Staudinger, § 31 Rn. 101.

⁸³² *Offenloch*, in: BeckOGK, § 31 Rn. 3; *Schwennicke*, in: Staudinger, § 31 Rn. 1; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 104; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10.

⁸³³ *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 104.

⁸³⁴ *Ders.*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 104; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 208; *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 1; *Offenloch*, in: BeckOGK, § 31 Rn. 3; ebenso *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 IV d.

⁸³⁵ *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 1.

⁸³⁶ *Mugdan*, Band I, S. 409; vgl. *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 102.

⁸³⁷ *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 24.

den Verrichtungen“ begeht. Der Geschäftsleiter muss gerade in amtlicher Eigenschaft handeln.⁸³⁸ Dafür ist ein sachlicher, nicht lediglich ein zufälliger zeitlicher oder örtlicher, Zusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und der Amtstätigkeit erforderlich.⁸³⁹ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist der Zugriff des deliktisch Geschädigten auf das Kapitalgesellschaftsvermögen eröffnet.

B. Insolvenzverwaltung

Auch im Insolvenzrecht ist zu klären, ob und wie tatsächliches Handeln des Insolvenzverwalters, das gesetzliche und insbesondere deliktische Ansprüche begründen kann, der Masse zuzurechnen ist.⁸⁴⁰ Eine spezifische insolvenzrechtliche Zurechnungsnorm existiert nicht. Insbesondere trifft § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO keine Aussage über die Zurechnung von Handlungen des Verwalters zur Masse, sondern setzt die Zurechnung vielmehr voraus.⁸⁴¹ Die Vorschrift des § 278 BGB setzt das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus und bietet somit keine Grundlage für eine Verhaltenszurechnung im deliktischen Bereich. Auch eine Haftung des Insolvenzschuldners mit der Insolvenzmasse gem. § 831 BGB kommt nicht in Betracht. Denn der Insolvenzverwalter ist weder durch den Schuldner oder die Insolvenzgläubiger bestellt, noch ist er weisungsgebunden.⁸⁴² Damit stellt sich die Frage, ob die Regelung des § 31 BGB auf die Organisationsform der Insolvenzverwaltung analog anzuwenden ist. Der BGH wendet § 31 BGB im Falle deliktischen Handelns des Insolvenzverwalters entsprechend an.⁸⁴³ Das herrschende Schrifttum folgt dieser Sicht. Während sich früher vor allem Verfechter der Organtheorie für die Anwendung von § 31 BGB auf die Insolvenzmasse aussprachen,⁸⁴⁴ gelangt die heute herrschende Ansicht auch auf Basis der Amtstheorie zur analogen Anwendbarkeit des § 31 BGB auf die Insolvenz-

⁸³⁸ BGH NJW 1980, 115; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 31 Rn. 10; *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 22.

⁸³⁹ BGHZ 98, 148; BGHZ 49, 19, 23; RGZ 162, 129, 169.

⁸⁴⁰ *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 106 ff.; *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 55 Rn. 28 ff.; *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 55 Rn. 15.

⁸⁴¹ *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 108 zur Vorgängervorschrift § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO.

⁸⁴² *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, § 69 Rn. 10; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 69 Rn. 21.

⁸⁴³ BGH NZG 2018, 1025 Rn. 34; BGH NZI 2006, 592.

⁸⁴⁴ *Böttcher*, ZZZ 77 (1964), 55, 71; *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 129 ff.; auf Basis der modifizierten Organtheorie *K. Schmidt*, KTS 1984, 345, 394; zustimmend *Schürmbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 208.

masse.⁸⁴⁵ Das überzeugt. Die Voraussetzungen einer Analogie sind erfüllt. Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor, da eine Haftung der Insolvenzmasse für tatsächliche Handlungen des Insolvenzverwalters aufgrund der Besonderheiten der Organisationsform der Insolvenzverwaltung weder über § 278 BGB noch über § 831 BGB konstruiert werden kann. Es besteht auch eine vergleichbare Interessenlage. Die für die Regelung des § 31 BGB tragenden Gedanken sind auf die Organisationsform der Insolvenzverwaltung übertragbar. Das gilt nicht nur für die zugegebenermaßen recht allgemeine Erwägung, dass eine verwaltete Vermögensmasse nicht nur die Vorteile, sondern auch die Nachteile ihrer Verwaltung tragen sollte.⁸⁴⁶ Vielmehr ist entscheidend, dass das Sondervermögen Insolvenzmasse bzw. die Organisationsform der Insolvenzverwaltung überhaupt erst durch den Insolvenzverwalter ihre Handlungsfähigkeit gewinnt, § 80 InsO. Damit repräsentiert der Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse umfassend und auf vergleichbare Weise wie der Organwalter einer juristischen Person.⁸⁴⁷ Insoweit muss man zur Begründung der Analogie gar nicht erst auf die von der Rechtsprechung vorangetriebene, überaus großzügige Ausdehnung des § 31 BGB zu einer umfassenden Repräsentantenhaftung hinweisen, die auch nichtorganschaftliche Repräsentanten erfasst.⁸⁴⁸ Die Gegenansicht, welche die Rechtsfähigkeit als notwendige Bedingung einer Analogie begreift,⁸⁴⁹ ist abzulehnen. Der hinter der Zurechnung gem. § 31 BGB stehende Grundgedanke gilt unabhängig davon, ob die Handlungsorganisation des verwalteten Vermögens rechtsfähig ist oder nicht. Die Frage einer Analogie zu § 31 BGB steht und fällt daher nicht mit der Qualifikation des Sondervermögens als juristische Person oder als teilrechtsfähig.⁸⁵⁰ Entscheidend ist, dass es sich auch bei der Insolvenzmasse um eine abgesonderte Vermögensmasse handelt, die erst

⁸⁴⁵ *Lüke*, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, Rn. 59; *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 55 Rn. 17; *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 58; *Hefermehl*, in: MünchKomm InsO, § 55 Rn. 28; *Lohmann*, in: HK-InsO, § 55 Rn. 4; *Jarchow*, in: HambKomm InsO, § 55 Rn. 75.

⁸⁴⁶ Darauf rekurren *H.-F. Müller*, Der Verband in der Insolvenz, S. 58; *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 109; kritisch zur Abstraktheit *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 102; *Martinek*, Repräsentantenhaftung, S. 21 ff.

⁸⁴⁷ *Jacoby*, Das private Amt, S. 302; *Reuber*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, S. 267 ff.

⁸⁴⁸ Kritisch dazu *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 108.

⁸⁴⁹ *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 10; *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 31 Rn. 8; *Martinek*, Repräsentantenhaftung, S. 137 ff.; *Schmidt*, Der Gemeinschuldner als Schuldner der Masseverbindlichkeiten, S. 80 ff.

⁸⁵⁰ *Thole*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 55 Rn. 15; *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, S. 110.

durch das Amt des Insolvenzverwalters überhaupt handlungsfähig wird.⁸⁵¹ Diese Erwägung ist auch maßgeblich dafür, dass § 31 BGB nach ganz herrschender Auffassung entsprechend auf die OHG, die KG und die GbR anzuwenden ist.⁸⁵² Auf eine rechtliche Verselbstständigung kommt es ebenso wenig an wie auf eine körperschaftliche Struktur.⁸⁵³ Es würde eine inakzeptable Privilegierung bedeuten, der Insolvenzmasse nur die Vorteile ihrer durch den Insolvenzverwalter vermittelten Handlungsfähigkeit, nicht aber die damit verbundenen Nachteile zuzuweisen. Mit der herrschenden Meinung ist somit § 31 BGB analog auf die Organisationsform der Insolvenzverwaltung anzuwenden. Voraussetzung für die Zurechnung tatsächlichen Handelns des Insolvenzverwalters zur Insolvenzmasse ist ein innerer Zusammenhang zur Amtstätigkeit. Das Verhalten wird dem Schuldner als Träger der Insolvenzmasse zugerechnet und führt zur Entstehung von Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 InsO).⁸⁵⁴

C. Testamentsvollstreckung

Ebenso stellt sich auch für den unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlass die Frage, unter welchen Voraussetzungen unerlaubte Handlungen des Testamentsvollstreckers dem Erben als Träger des Nachlasses zugerechnet werden können. § 278 BGB ist zwar nach herrschender Meinung auf das Verhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker hinsichtlich der Erfüllung von Nachlassverpflichtungen anwendbar, erlaubt aber keine Zurechnung deliktischen Verhaltens. Auch eine Haftung des Erben gem. § 831 BGB scheidet aus.⁸⁵⁵ Denn er hat den Testamentsvollstrecker nicht bestellt und ist ihm gegenüber auch nicht weisungsbefugt. Damit bleibt auch hier die Frage nach einer Analogie zu § 31 BGB. Im Gegensatz zur Insolvenzverwaltung fehlt es insoweit bislang an jüngerer, einschlägiger Rechtsprechung.⁸⁵⁶ Zahlreiche Stimmen in der Literatur votieren für eine entsprechende Anwendung

⁸⁵¹ *Offenloch*, in: BeckOGK, § 31 Rn. 35; *Reuber*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, S. 267 ff.

⁸⁵² Vgl. *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 4.

⁸⁵³ Dass die körperschaftliche Struktur für § 31 BGB nicht tragend ist zeigt bereits § 89 BGB.

⁸⁵⁴ BGH NZI 2006, 592.

⁸⁵⁵ Statt vieler *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 831 Rn. 21. A.A. *Burgard*, FamRZ 2000, 1269, 1271 ff., dessen Annahme, aus der Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung gem. § 2216 BGB folge die Weisungsabhängigkeit des Testamentsvollstreckers, jedoch fragwürdig erscheint.

⁸⁵⁶ *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 10. Für die Haftung des Nachlasses entsprechend § 31 BGB aber bereits OLG Hamburg OLGE 16, 267.

von § 31 BGB auf den Nachlass unter Testamentsvollstreckung.⁸⁵⁷ Doch stößt die Anwendung des § 31 BGB auf rechtlich nicht verselbstständigte Sondervermögen immer noch auf Widerstand.⁸⁵⁸ Die Voraussetzungen einer Analogie sind hier ebenso gegeben wie im Fall der Insolvenzverwaltung. Die planwidrige Regelungslücke ergibt sich aus der wegen der Besonderheiten der Testamentsvollstreckung fehlenden Anwendbarkeit der §§ 278, 831 BGB. Die Interessenlage ist vergleichbar. Der unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlass bildet ein vom sonstigen Vermögen des Erben abgesondertes Sondervermögen, über das der Erbe nicht verfügen kann, § 2211 BGB. Der auf diese Weise abgesonderte Nachlass ist selbst weder willens- noch handlungsfähig. Er erlangt erst durch die Zurechnung des Testamentsvollstreckers handeln eigene Handlungsfähigkeit, § 2205 BGB. Auch im Fall der Testamentsvollstreckung überzeugt es nicht, die Analogie zu § 31 BGB mit Verweis auf die fehlende Rechtsfähigkeit des Nachlasses als Sondervermögen abzulehnen. Würde deliktisches Handeln des Testamentsvollstreckers nicht zu einer Haftung des Nachlassvermögens führen, so käme nie eine deliktische Haftung des Nachlasses in Betracht, obwohl er – vermittelt durch den Testamentsvollstrecker – am Rechtsverkehr teilnimmt und damit auch ein Schädigungspotential erzeugt. Damit würde die Testamentsvollstreckung ohne Rechtfertigung privilegiert. Gegen eine Anwendung des § 31 BGB sprechen auch nicht etwa die Interessen der übrigen Nachlassgläubiger, insbesondere der Altnachlassgläubiger.⁸⁵⁹ Denn grundsätzlich trägt jeder ungesicherte Gläubiger das Risiko, dass hinsichtlich des Schuldnervermögens weitere, ggf. auch deliktische Gläubiger hinzutreten.⁸⁶⁰ Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum gerade die Gläubiger eines unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlasses von dem Risiko befreit werden sollten, dass ihr – nunmehr eben durch den Testamentsvollstrecker repräsentierte – Schuldner unerlaubte Handlungen begeht und deliktische Verbindlichkeiten generiert. Somit ist auch auf den Nachlass unter Testamentsvollstreckung § 31 BGB analog anzuwenden.

⁸⁵⁷ *Offenloch*, in: BeckOGK, § 31 Rn. 38; *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2219 Rn. 18; *Reimann*, in: Staudinger, § 2219 BGB Rn. 29; *Reuber*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, S. 267 ff. Das wird man dann für den Nachlassverwalter nicht anders handhaben.

⁸⁵⁸ *Leuschner*, in: MünchKomm BGB, § 31 Rn. 10; *Küpper*, in: MünchKomm BGB, § 1985 Rn. 11 (zum Nachlassverwalter); *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 31 Rn. 8.

⁸⁵⁹ So aber *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 257 in Variation ihrer These, die Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker führe zur inakzeptablen Belastung der Altnachlassgläubiger mit dem unternehmerischen Risiko, s. dazu oben Kapitel 2 – C.III.2.c)bb).

⁸⁶⁰ *Marotzke*, AcP 199 (1999), 615, 622.

Ist ein innerer, sachlicher Zusammenhang zur Amtstätigkeit gegeben, so ist Verhalten, Wissen und Verschulden des Testamentsvollstreckers dem Erben als Träger des Nachlasses analog § 31 BGB zuzurechnen. Die entsprechende Anwendung von § 31 BGB führt zur Begründung von Nachlassverbindlichkeiten, für die der Erbe nach den allgemeinen Regeln haftet, also zunächst unbeschränkt aber mit der Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung auf den Nachlass.⁸⁶¹ Zweifelhaft ist, ob diese deliktischen Verbindlichkeiten in der Nachlassinsolvenz das Privileg der Masseverbindlichkeit gem. § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO genießen. Das Schrifttum, soweit es sich überhaupt dazu verhält, verneint dies überwiegend. Dagegen wird vor allem der auch im Vergleich zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO enge Wortlaut des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO angeführt, der von Verbindlichkeiten aus von „einem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften“ spricht.⁸⁶² Angesichts der rechtspolitischen Fragwürdigkeit der Regelung des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Fall der Testamentsvollstreckung ist diese restriktive Linie zu befürworten. Da der Testamentsvollstrecker den Nachlass nicht im Interesse der Altnachlassgläubiger verwaltet, erschiene es nicht sachgerecht, den im Zusammenhang mit der Vollstreckertätigkeit geschädigten Deliktsgläubigern einen gegenüber den Altnachlassgläubigern vorrangigen Zugriff auf den Nachlass zu verschaffen.⁸⁶³

Im Ergebnis haben durch den Testamentsvollstrecker im Zusammenhang mit seiner Amtstätigkeit deliktisch Geschädigte analog § 31 BGB Zugriff auf das Nachlassvermögen. Es besteht insoweit also keine größere Gefahr für den Rechtsverkehr als durch die Aktivität von Kapitalgesellschaften oder die werbende Tätigkeit des Insolvenzverwalters.

⁸⁶¹ *Offenloch*, in: BeckOGK, § 31 Rn. 140; vgl. *Reuber*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, S. 280, der im Fall gegenständlich beschränkter Testamentsvollstreckung nur den von der Vollstreckung erfassten Nachlassanteil haften lassen möchte.

⁸⁶² Darauf abstellend *Siegmann/Scheuing*, in: MünchKomm InsO, § 324 Rn. 10; *K. Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 324 Rn. 7; *Ringstmeier*, in: Mohrbutter/Ringstmeier, § 19 Rn. 52. Dies steht freilich in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der übrigen Tendenz, die Vorschrift des § 324 Abs. 1 Nr. 5 InsO in ihrem sachlichen Anwendungsbereich weit und in Richtung eines Gleichlaufs mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO auszulegen; vgl. *Jaeger*, in: Jaeger, KO, § 224 Rn. 14; *Kilger*, EWiR 1985, 505, 506. Eine konsequente Lösung ist letztlich nur durch Herausnahme des Testamentsvollstreckers aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift zu erreichen, vgl. bereits oben Kapitel 2 – C.III.2.c)aa).

⁸⁶³ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 257; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 245.

Kapitel 6

Gläubigerschutz durch Information

Abschließend ist auf ein letztes wesentliches Element effektiven Gläubigerschutzes einzugehen: Information.⁸⁶⁴ Das durch sie vermittelte Wissen ermöglicht den mit der haftungsbeschränkten Organisationsform in Kontakt tretenden Personen, sich selbst zu schützen. Der damit eröffnete „subjektive Gläubigerschutz“⁸⁶⁵ verfügt über eine starke Legitimationskraft, weil er auf den Gedanken der Freiwilligkeit rekurriert. Es ist die freie Entscheidung eines jeden potenziellen Geschäftspartners, überhaupt einen Vertrag mit einer haftungsbeschränkten Organisationsform zu schließen.⁸⁶⁶ Ferner kann der informierte Gläubiger die mit dem Vertragsschluss verbundenen Risiken besser einschätzen und im Rahmen der Vertragsverhandlungen einpreisen.⁸⁶⁷ Eine in diesem Sinne freie Entscheidung setzt freilich gewisse Mindestkenntnisse des potenziellen Gläubigers über die Verhältnisse des Unternehmensträgers sowie des Unternehmens voraus. Essenziell ist die Information über den Unternehmensträger und dessen Haftungsstruktur, insbesondere über das Bestehen und die Bedingungen einer Haftungsbeschränkung. Erst mit der Aufklärung über die Haftungsverhältnisse erlangen potenzielle Neugläubiger die Gelegenheit, sich selbst vor dem mit der Haftungsbeschränkung verbundenen Risiko zu schützen.⁸⁶⁸ Die Transparenz des Unternehmensträgers und seiner Haftungsverhältnisse wird primär im Wege eines entsprechenden Hinweises des Fremdverwalters bei Vertragsschluss bewirkt. Bei der Kapitalgesellschaft sorgen dafür das aus dem allgemeinen Stellvertretungsrecht bekannte Offenkundigkeitsprinzip sowie firmenrechtliche Regelungen. Daneben dient die Registerpublizität der Information des Rechtsverkehrs über wesentliche Verhältnisse des Unternehmens. Schließlich dient die Rechnungslegung als Informationsquelle über die finanzielle Situation des Unternehmens. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Geschäftspartner bei einem Vertragsschluss mit dem Insolvenzverwalter einen besseren Schutz durch Information genießen als bei einem Vertragsschluss mit einem Testa-

⁸⁶⁴ Monographisch zur Publizität bei der Testamentsvollstreckung an Unternehmen *Zabel*, Die Publizität der Testamentsvollstreckung in der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge. Zur Bedeutung von Publizität im Unternehmensrecht *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 415 ff., § 11.

⁸⁶⁵ *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 325.

⁸⁶⁶ *Thomale*, AcP 218 (2018), 685, 687. Das gilt natürlich nicht für deliktische Gläubiger, die sich ihren Schuldner gerade nicht aussuchen.

⁸⁶⁷ Vgl. *Easterbrook/Fischel*, The economic structure of corporate law, S. 50.

⁸⁶⁸ *Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, S. 461.

mentsvollstrecker.⁸⁶⁹ Den Ausgangspunkt und Vergleichsmaßstab bildet wiederum das Kapitalgesellschaftsrecht.

A. Transparenz der Haftungsverhältnisse

Am wichtigsten für den Gläubigerschutz ist die Transparenz des Unternehmensträgers sowie der Haftungsverhältnisse.⁸⁷⁰ Dafür ist zunächst einmal die Offenkundigkeit der Fremdwirkung des Verwalterhandelns erforderlich. Der potenzielle Gläubiger muss darüber informiert werden, dass er nicht mit dem jeweiligen Fremdverwalter persönlich, sondern mit einem anderen durch den Fremdverwalter repräsentierten Unternehmensträger kontrahiert. Darüber hinaus sind die Haftungsverhältnisse des Unternehmensträgers, für den gehandelt wird, offen zu legen. Nur so wird der Gläubiger über den Umstand sowie die Bedingungen der Haftungsbeschränkung informiert.

I. Kapitalgesellschaft

Der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft muss bei der Vertretung der Gesellschaft deutlich machen, dass er nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen handeln will, wenn er seine persönliche Eigenhaftung ausschließen möchte.⁸⁷¹ Das folgt bereits daraus, dass die organschaftliche Vertretung wie jede andere Form der Vertretung gem. § 164 Abs. 1 und 2 BGB offenzulegen ist.⁸⁷² Der Wille, im Namen der Gesellschaft als Unternehmensträgerin zu handeln, muss wenigstens erkennbar sein. Nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts ist dafür jedoch regelmäßig ausreichend, dass sich aus den Umständen eindeutig ein Bezug zum Unternehmen ergibt.⁸⁷³ Dafür genügt grundsätzlich bereits die Verwendung der Firma der Gesellschaft.⁸⁷⁴ Ob der Geschäftsleiter die Firma korrekt oder inkorrekt, zulässig oder unzulässig verwendet, ist insoweit irrelevant.⁸⁷⁵ Ebenso unbedeutend

⁸⁶⁹ So sieht etwa *Riering*, Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter, S. 42 die stärker ausgeprägte Publizität des Insolvenzverfahrens als entscheidenden Unterschied zur Testamentsvollstreckung, der eine liberalere Haltung zur Unternehmensfortführung allein durch den Insolvenzverwalter rechtfertige.

⁸⁷⁰ s. nur BT-Drs. 16/6140, S. 74: Spezielle Firmierung der Unternehmungsgesellschaft (UG) als „unverzichtbarer Bestandteil“ des Gläubigerschutzes.

⁸⁷¹ *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 35 Rn. 146; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 176.

⁸⁷² *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 12.

⁸⁷³ *Dies.*, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 120 ff.

⁸⁷⁴ *Heinze*, in: MünchKomm GmbHG, § 4 Rn. 10.

⁸⁷⁵ *Cziupka*, in: Scholz, GmbHG, § 4 Rn. 6; *Heinze*, in: MünchKomm GmbHG, § 4 Rn. 10.

ist, ob der Vertragspartner den Inhaber kennt oder ihn sich richtig vorstellt. Daher kommt auch bei Verwendung der Firma unter Weglassen oder falscher Verwendung des Rechtsformzusatzes der Vertrag mit der Kapitalgesellschaft als Unternehmensträgerin zustande.⁸⁷⁶

Es ist jedoch nicht damit getan, dass der Geschäftsleiter deutlich macht, nicht für sich persönlich, sondern für einen anderen als Unternehmensträger zu handeln. Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften müssen zudem im Rahmen geschäftlicher Verhandlungen sowie bei Vertragsabschlüssen stets mit der korrekten Firma zeichnen. Dabei haben sie das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes zu beachten, § 4 Satz 1 GmbHG, § 5a Abs. 1 GmbHG, § 4 AktG.⁸⁷⁷ Danach muss die Firma einer Kapitalgesellschaft einen die jeweilige Rechtsform deutlich machenden Zusatz enthalten, z. B. bei der GmbH den Zusatz „GmbH“ oder bei der Unternehmungsgesellschaft den Zusatz „Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ bzw. „UG (haftungsbeschränkt)“. Dies dient dem Zweck, die Rechts- und Haftungsverhältnisse des Unternehmensträgers für Rechtsverkehr und Gläubiger offen zu legen.⁸⁷⁸ Bei den Kapitalgesellschaften hat dies insbesondere die Funktion, potenzielle Gläubiger auf die institutionelle Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen hinzuweisen.⁸⁷⁹ Besonders deutlich wird dieser Zweck bei der Regelung des § 19 Abs. 2 HGB. Danach muss auch die Firma einer Personengesellschaft, wenn bei ihr keine natürliche Person persönlich haftet, eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet. Zeichnet der Geschäftsleiter für die Gesellschaft, so muss er stets die Firma einschließlich des richtigen Rechtsformzusatzes verwenden. Schließt der Geschäftsleiter (oder ein anderer Vertreter) Verträge für die Kapitalgesellschaft unter Verstoß gegen das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes, so droht ihm nach herrschender Meinung die Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB.⁸⁸⁰ Denn eine Person, die mit einer Firma unter Weglassen des vorgeschriebenen Rechtsformzusatzes zeichnet, ruft regelmäßig das berech-

⁸⁷⁶ BGH NJW 2007, 1529 Rn. 12; *Cziupka*, in: Scholz, GmbHG, § 4 Rn. 79.

⁸⁷⁷ Entsprechende Gebote finden sich in § 3 Satz 1 GenG, Art. 11 Abs. 1 SE-VO, sowie § 19 Abs. 1 HGB.

⁸⁷⁸ Ausführlich zum Zweck *Päßler*, Das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 7 ff.; *Cziupka*, in: Scholz, GmbHG, § 4 Rn. 9; *Heidinger*, in: MünchKomm HGB, § 19 Rn. 42.

⁸⁷⁹ *Päßler*, Das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 19.

⁸⁸⁰ *Heinze*, in: MünchKomm GmbHG, § 4 Rn. 146b ff.; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 346; im Ergebnis zustimmend *Päßler*, Das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 58; dagegen für eine Lösung auf Grundlage von c.i.c. als ungeschriebene Fallgruppe des § 311 Abs. 3 BGB *Belk*, Die Haftung für die Verletzung der Aufklärungspflicht über die Rechtsform, S. 156 ff.

tigte Vertrauen des Geschäftspartners auf die unbeschränkte persönliche Haftung mindestens einer natürlichen Person hervor.⁸⁸¹ Doch auch der unzutreffende Hinweis auf eine andere haftungsbeschränkte Organisationsform durch Verwendung eines falschen Rechtsformzusatzes kann die persönliche Haftung auslösen. So trifft auch denjenigen die persönliche Vertrauenshaftung analog § 179 BGB, der für eine Unternehmergesellschaft fälschlicherweise mit dem Rechtsformzusatz „GmbH“ handelt.⁸⁸² Damit wird deutlich, dass es nicht nur um die Aufklärung über das Bestehen (das „Ob“) einer Haftungsbeschränkung geht, sondern auch um die Transparenz der Bedingungen (das „Wie“) der Haftungsbeschränkung.

II. Insolvenzverwaltung

Nach der herrschenden Amtstheorie handelt der Insolvenzverwalter mit Wirkung für die Insolvenzmasse im eigenen Namen.⁸⁸³ Daher kommt die Offenlegung eines Handelns in fremden Namen für ihn nicht in Betracht.⁸⁸⁴ Dennoch muss der Insolvenzverwalter auch nach der Amtstheorie bei seiner Verwaltungstätigkeit für die Insolvenzmasse die Fremdwirkung seines Handelns offenlegen. Er muss deutlich machen, dass er nicht mit Bezug auf sein eigenes Vermögen handeln will. Tut er dies nicht, so droht ihm die Eigenhaftung mit seinem Privatvermögen.⁸⁸⁵ Für die erforderliche Offenkundigkeit der Fremdwirkung ist jedoch nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfts auch hier grundsätzlich ausreichend, dass der Insolvenzverwalter unter der Firma des Schuldners auftritt oder sonst ein eindeutiger Bezug zum Unternehmen erkennbar ist.

Dabei muss der Insolvenzverwalter nicht nur negativ deutlich machen, dass er kein Eigengeschäft abschließen will. Vielmehr muss er positiv offenlegen, dass er als Insolvenzverwalter handelt. Er muss seine amtliche Stel-

⁸⁸¹ BGH NJW 2007, 1529 Rn. 14; BGH ZIP 1996, 1511, 1512; BGH NJW 1991, 2627 f.

⁸⁸² BGH NJW 2012, 2871; zustimmend und verallgemeinernd für die Anmaßung einer Rechtsform mit höherem Stammkapital *Päßler*, Das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 76 ff.; kritisch *Altmeppen*, NJW 2012, 2833, 2835 ff.

⁸⁸³ *Mock*, in: Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 64; *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 15.

⁸⁸⁴ Nach Vertretern der Amtstheorie ist es für eine Zurechnung zum Sondervermögen nicht erforderlich, dass der Insolvenzverwalter seine amtliche Stellung offenbart, s. *Jahr*, in: FS Weber, S. 275, 301.

⁸⁸⁵ *Windel*, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 45; für eine entsprechende Anwendung des § 164 Abs. 2 BGB *Lüke*, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, Rn. 43; für entsprechende Anwendung des Stellvertretungsrechts auf die Vermögensverwaltung kraft Amtes auch *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 164 Rn. 62; auf Basis der modernen Amtstheorie *Jacoby*, Das private Amt, S. 302.

lung offenbaren.⁸⁸⁶ Damit ist sichergestellt, dass die Neugläubiger darüber informiert sind, dass ihnen lediglich die Insolvenzmasse als Haftungssubstrat zur Verfügung steht. Sie werden über die Haftungsverhältnisse des Unternehmensträgers informiert. Der Insolvenzverwalter haftet persönlich, wenn er bei Vertragsschluss verschweigt, dass über das Vermögen des Unternehmensträgers das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.⁸⁸⁷ Denn damit erzeugt der Insolvenzverwalter den Eindruck, es bestünde die unbeschränkte Haftung wenigstens einer natürlichen Person. Dem Insolvenzverwalter droht somit insbesondere dann die persönliche Haftung, wenn er neue Geschäfte unter der bisherigen Firma des Insolvenzschuldners abschließt, ohne auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinzuweisen.

Allerdings hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach herrschender Auffassung nicht die Ergänzung der schuldnerischen Firma durch einen Firmenzusatz zur Folge. Zwar führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Kapitalgesellschaft zur Auflösung der Gesellschaft, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG. Die Firma erlischt dadurch jedoch nicht und erhält auch – anders als in sonstigen Fällen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation – keinen auf die Auflösung geschweige denn die Insolvenzverfahrenseröffnung hinweisenden Zusatz.⁸⁸⁸ Auch im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Einzelkaufmanns ist kein entsprechender Firmenzusatz vorgesehen.⁸⁸⁹ Aus der Perspektive der mit dem Insolvenzverwalter kontrahierenden Neugläubiger scheint dies auf den ersten Blick fragwürdig.⁸⁹⁰ Denn anders als bei dem Vertragsschluss mit einer Kapitalgesellschaft werden sie nicht durch einen Firmenzusatz vor der insolvenzbedingten Haftungsbeschränkung gewarnt. Diese Funktion übernimmt jedoch die fortwährende Pflicht des Insolvenzver-

⁸⁸⁶ Lücke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 61 Rn. 5a; deutlich bereits Jaeger, KuT 1935, 17. Zum negativen und positiven Aspekt des Offenheitsgrundsatzes Windel, in: Jaeger, InsO, § 80 Rn. 45.

⁸⁸⁷ H.-F. Müller, in: Jaeger, InsO, § 93 Rn. 33: Einstandspflicht nach Rechtscheingrundsätzen; ders., Der Verband in der Insolvenz, S. 235 f.; K. Schmidt, ZHR 152 (1988), 105, 114 f. Angesichts der Entscheidung BGH NJW 2012, 2871 muss dies konsequent auch für die Insolvenz einer Kapitalgesellschaft gelten.

⁸⁸⁸ BGH ZIP 1989, 937, 938 (in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht); Heinze, in: MünchKomm GmbHG, § 4 Rn. 125a; Heinrich, in: Ulmer, GmbHG, § 4 Rn. 94; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 4 Rn. 19. Gegen einen Firmenzusatz bereits Jaeger, KuT 1935, 17, 18 mit dem Argument, der Konkursverwalter habe die Firma überhaupt nicht zu führen.

⁸⁸⁹ Vgl. Hopt, in: Baumbach/Hopt, § 17 Rn. 47; Heidinger, in: MünchKomm HGB, § 17 Rn. 78; Vuia, in: MünchKomm InsO, § 80 Rn. 101.

⁸⁹⁰ Zweifelnd (allerdings in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht) Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 159 Rn. 24; vgl. auch LG Mannheim ZIP 1987, 1417; vgl. auch H.-F. Müller, in: Jaeger, InsO, § 93 Rn. 33.

walters zur Offenlegung seiner amtlichen Stellung. Der so vermittelte Schutz ist nach herrschender Ansicht ausreichend. Eine erhebliche Schutzlücke entsteht dadurch nicht.

III. Testamentsvollstreckung

Wie der Insolvenzverwalter muss der Testamentsvollstrecker als Amtstreuhänder die Fremdwirkung seines Handelns offenlegen. Er haftet persönlich, wenn er nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass er nicht für sich, sondern für einen anderen als Unternehmensträger handelt. Darüber hinaus muss auch der Testamentsvollstrecker stets seine amtliche Stellung offenlegen, um eine persönliche Vertrauenshaftung auszuschließen.⁸⁹¹ Zwar kann er das im Nachlass befindliche Unternehmen unter der bisherigen Firma fortführen.⁸⁹² Allerdings muss er dabei stets auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung hinweisen. Dem Testamentsvollstrecker droht somit insbesondere dann die persönliche Vertrauenshaftung analog § 179 BGB, wenn er unter Verwendung der bisherigen Firma neue Geschäfte abschließt, ohne auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung hinzuweisen. Auf diese Weise sind die mit dem Testamentsvollstrecker in Kontakt tretenden Personen effektiv geschützt.

Die wohl überwiegende Zahl der Befürworter der echten Testamentsvollstreckerlösung spricht sich zudem im Fall der Unternehmensfortführung durch den Testamentsvollstrecker für die Aufnahme eines auf die Testamentsvollstreckung hinweisenden Firmenzusatzes analog § 19 HGB, § 4 AktG, § 4 GmbHG aus.⁸⁹³ Ein solcher Firmenzusatz könnte etwa „e.K. unter Testamentsvollstreckung“ oder im Falle einer Erbengemeinschaft „in eingetragener Erbengemeinschaft unter Testamentsvollstreckung“ lauten.⁸⁹⁴ Für die Forderung nach einem entsprechenden Firmenzusatz spricht insbesondere der

⁸⁹¹ *Weidlich*, in: Palandt, BGB, § 2206 Rn. 4; *Zimmermann*, in: MünchKommBGB, § 2206 Rn. 14; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 44; *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513, 516; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 398; *Canaris*, Handelsrecht, § 9 Rn. 37.

⁸⁹² *Zimmermann*, in: MünchKommBGB, § 2205 Rn. 22; *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 263.

⁸⁹³ *Canaris*, Handelsrecht, § 9 Rn. 38 unter Verweis auf die entsprechende Rechtslage bei der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft; ebenso *Burgard*, in: Staub, HGB, § 19 Rn. 37; vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 4 IV Rn. 74; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 260; *Zabel*, Die Publizität der Testamentsvollstreckung in der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge, S. 150 ff.; vgl. *Zimmermann*, in: MünchKommBGB, § 2205 Rn. 19, 22; keine Stellungnahme zum Firmenzusatz bei *Baur*, in: FS Dölle, S. 249 ff.; *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513, 527; *Weidlich*, NJW 2011, 641, 645.

⁸⁹⁴ Vorschläge von *Burgard*, in: Staub, HGB, § 19 Rn. 37, § 22 Rn. 93.

in der Regelung des § 19 Abs. 2 HGB zum Ausdruck gelangte gesetzgeberische Wille, dass die Firma stets die Haftungsverhältnisse des unternehmenstragenden Rechtsträgers transparent machen sollte.⁸⁹⁵ So ist bereits für die unternehmenstragende Erbgemeinschaft anerkannt, dass sie analog § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB einen Rechtsformzusatz zu führen hat.⁸⁹⁶ Lässt man die Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker zu, so ist ein entsprechender Firmenzusatz „unter Testamentsvollstreckung“ zu befürworten.

B. Registerpublizität

Neben den konkreten Hinweisen im Moment des Vertragsschlusses dient auch die Eintragung in öffentliche Register der Information des Rechtsverkehrs über die Haftungsverhältnisse des Unternehmensträgers. So sind Kapitalgesellschaften mit ihrer Firma einschließlich des richtigen Rechtsformzusatzes in das Handelsregister einzutragen, §§ 7 ff. GmbHG, §§ 36 ff. AktG. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Registerpublizität der Unternehmensfortführung durch die Amtstreuhand. Dabei wirft insbesondere die Eintragung der Testamentsvollstreckung im Handelsregister Fragen auf.

I. Insolvenzverwaltung

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Einzelkaufmanns sowie von Handelsgesellschaften ist gem. § 32 InsO in das Grundbuch einzutragen. Gleiches gilt für die Register für Schiffe und Luftfahrzeuge, § 33 InsO. Darüber hinaus ist die Insolvenzverfahrenseröffnung in das Handelsregister einzutragen, § 32 Abs. 1 S. 1 HGB. Nach § 32 Abs. 2 HGB wird die Eintragung nicht durch das Handelsregistergericht bekanntgemacht. Die Bekanntmachung durch das Insolvenzgericht ist insoweit abschließend, s. insbesondere § 30 InsO. Das hat insbesondere zur Folge, dass die Handelsregisterpublizität des § 15 HGB keine Anwendung findet.

II. Testamentsvollstreckung

Die Testamentsvollstreckung ist – wie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens – in das Grundbuch einzutragen, § 52 GBO. Gleiches gilt für die Register für Schiffe und Luftfahrzeuge, §§ 55, 74 SchRegO, § 86 LuftRG. Eine

⁸⁹⁵ *Heidinger*, in: MünchKomm HGB, § 19 Rn. 42; *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 260.

⁸⁹⁶ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 19 Rn. 4; *Heidinger*, in: MünchKomm HGB, § 19 Rn. 43.

entsprechende gesetzliche Regelung zur Handelsregisterpublizität findet sich für die Testamentsvollstreckung dagegen nicht. Mangels gesetzlicher Regelung ist umstritten, ob die Dauertestamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen – ihre materiellrechtliche Zulässigkeit unterstellt – in das Handelsregister einzutragen ist.⁸⁹⁷ Dabei ist zwischen der Eintragungsfähigkeit und der Eintragungspflichtigkeit des Testamentsvollstreckervermerks zu unterscheiden.

1. Eintragungsfähigkeit

Ursprünglich hat die Rechtsprechung die Anordnung der Testamentsvollstreckung mangels gesetzlicher Regelung für nicht eintragungsfähig gehalten.⁸⁹⁸ Bereits für die Grundsatzentscheidung RGZ 132, 138 zur Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen war der Auslöser die Frage nach der Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister gewesen. Dabei hat das Reichsgericht auch die mangelnde Eintragungsfähigkeit als Argument gegen die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung am Unternehmen angeführt.

In diesem Zusammenhang ist vorab festzuhalten, dass es schon angesichts der dienenden Funktion des Registerrechts nicht überzeugend wäre, von der registerrechtlichen Frage der Eintragungsfähigkeit auf die materiellrechtliche Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung am Unternehmen zu schließen.⁸⁹⁹ Vielmehr ist die Frage nach der Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks eine bloße Folgefrage. Erlaubt man die Testamentsvollstreckung am Unternehmen, so ist grundsätzlich auch die Möglichkeit der Eintragung eines entsprechenden Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister zu befürworten.⁹⁰⁰ Gegen die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister bestehen aus heutiger Sicht auch keine durchgreifenden registerrechtlichen Bedenken. Dabei ist die Entwicklung des Registerrechts zu berücksichtigen.⁹⁰¹ Zwar werden im Grundsatz nur solche Tatsachen und Rechtsverhältnisse in das Handelsregister eingetragen, deren Eintragung gesetzlich vorgesehen ist. Darüber hinausge-

⁸⁹⁷ Monographisch *Plank*, Testamentsvollstreckung und Handelsregister.

⁸⁹⁸ RGZ 132, 138, 140 f.; a.A. *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 259 f.

⁸⁹⁹ So bereits *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 260; ebenso *Weidlich*, NJW 2011, 641, 643, der darauf aufmerksam macht, dass der BGH die dienende Funktion des Registerrechts auch bei der Änderung seiner Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR betont hat: BGHZ 179, 102, 109; BGH NJW 2008, 1378, 1379.

⁹⁰⁰ Für die Zulässigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks so auch sämtliche Befürworter der echten Testamentsvollstreckerlösung, z.B. *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 419; bereits *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 259 f.

⁹⁰¹ *Weidlich*, NJW 2011, 641, 643.

hend lässt die heutige Rechtsprechung aber auch dann Eintragungen zu, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der betreffenden Information besteht.⁹⁰² Denn nur so kann das Handelsregister seiner Publizitätsfunktion voll gerecht werden, diejenigen Umstände transparent zu machen, die für den Rechtsverkehr von wesentlicher Bedeutung sind.⁹⁰³ Dies bestätigt nicht zuletzt ein Blick auf die Rechtsprechung zur Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, die bereits eine deutliche Liberalisierung erfahren hat. Nachdem der BGH bereits im Jahr 1989 die Dauertestamentsvollstreckung über einen Kommanditanteil für grundsätzlich zulässig erklärt hatte,⁹⁰⁴ hat er im Jahr 2012 auch die Eintragung eines entsprechenden Testamentsvollstreckervermerks ermöglicht.⁹⁰⁵ Zur Begründung hat der BGH ausgeführt, es bestehe ein berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs an der Verlautbarung der Testamentsvollstreckung im Handelsregister. Denn die Testamentsvollstreckung beeinflusse die Haftungsverhältnisse. Zum einen könnten gem. § 2214 BGB nur Nachlassgläubiger, nicht aber Eigengläubiger des Gesellschafter-Erben, auf das Nachlassvermögen und somit auf den Kommanditanteil zugreifen. Zum anderen bestehe ein Interesse des Rechtsverkehrs an der Kundmachung der Testamentsvollstreckung insofern, als der Testamentsvollstreckter nicht berechtigt sei, die Haftsumme des Kommanditisten-Erben zu erhöhen, jedenfalls nicht ohne die dadurch ausgelöste persönliche Haftung des Erben gem. §§ 171 ff. HGB sogleich durch Leistung aus dem Nachlass auszuschließen. Diese Erwägungen gelten ebenso für die Testamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen. Insbesondere der Einfluss der §§ 2197 ff., 1975 ff. BGB auf die Haftungsverhältnisse ist für den Rechtsverkehr von erheblicher Bedeutung. Die Verwaltungstestamentsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen ist daher – ihre materiellrechtliche Zulässigkeit unterstellt – eintragungsfähig. Die Eintragung im Handelsregister hat keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Bedeutung.⁹⁰⁶

2. Eintragungspflichtigkeit

Umstritten ist, ob der Testamentsvollstreckervermerk darüber hinaus auch eintragungspflichtig ist. Die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur

⁹⁰² *Ders.*, NJW 2011, 641, 643 nennt das Beispiel der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens gem. § 181 BGB.

⁹⁰³ Vgl. BGHZ 87, 59, 61; BGH NZG 2012, 385 Rn. 16; weitere Nachweise bei *Krafka*, in: MünchKomm HGB, § 8 Rn. 31.

⁹⁰⁴ BGHZ 108, 187.

⁹⁰⁵ BGH NZG 2012, 385; vgl. dagegen noch KG NJW-RR 1996, 227; a.A. *Krafka*, in: MünchKomm HGB, § 8 Rn. 55a.

⁹⁰⁶ *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 264; *Winkler*, in: FS Schippel, S. 519, 530.

spricht sich nicht nur für die Eintragungsfähigkeit, sondern auch die Eintragungspflichtigkeit des Testamentsvollstreckervermerks aus.⁹⁰⁷ Im Fall der Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil hat der BGH die Eintragungspflichtigkeit zuletzt offengelassen.⁹⁰⁸ Die Gegner einer Eintragungspflicht tragen vor, der Gesetzgeber habe entsprechende Eintragungspflichten zu begründen, ein Informationsinteresse des Rechtsverkehrs sei dafür nicht ausreichend.⁹⁰⁹ Die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks sei daher rein fakultativ. Dem ist entgegen zu halten, dass es durchaus durch die Rechtsprechung begründete handelsregisterrechtliche Anmeldepflichten gibt. Tatsächlich ist die Eintragungsfähigkeit ohne korrespondierende Anmeldepflicht bei deklaratorischen Eintragungen die Ausnahme. So geht die herrschende Meinung davon aus, dass mit der Annahme der ungeschriebenen Eintragungsfähigkeit in das Handelsregister regelmäßig auch eine entsprechende Anmeldepflicht zu verbinden ist.⁹¹⁰ Das überzeugt. Denn wenn man die Eintragungsfähigkeit mit dem Publizitätsinteresse des Rechtsverkehrs rechtfertigt, so wird diesem Publizitätsinteresse regelmäßig nur eine Eintragungspflicht gerecht. Ein lediglich fakultativer Testamentsvollstreckervermerk böte dem Rechtsverkehr dagegen keine verlässliche Information, sondern würde im Gegenteil Verwirrung stiften.⁹¹¹ Es ist daher von einer Anmeldepflicht auszugehen. Die Annahme der Anmeldepflichtigkeit des Testamentsvollstreckungsvermerks hat grundsätzlich zur Folge, dass die Publizität des Handelsregisters gem. § 15 HGB Wirkung entfaltet.⁹¹² Diese Konsequenz wird zwar teilweise als für die Testamentsvollstreckung unpassend empfunden, weil damit der in §§ 2211 Abs. 2, 2368 BGB geregelte Gutgläuberschutz modifiziert werde.⁹¹³ Dabei wird darauf hingewiesen, dass § 32 Abs. 2

⁹⁰⁷ *Reimann*, in: Staudinger, Vor §§ 2197 ff. Rn. 131 ff.; *Burgard*, in: Staub, HGB, § 27 Rn. 82; *Canaris*, Handelsrecht, § 9 Rn. 38; analog § 53 HGB; wohl auch *Zimmermann*, in: MünchKomm BGB, § 2205 Rn. 23; *Schiemann*, in: FS Medicus, S. 513, 527; *Plank*, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, S. 125; gegen Eintragungspflicht *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 419; *Baur*, in: FS Dölle, S. 249, 264; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 68 III. 3. a.

⁹⁰⁸ BGH NZG 2012, 385 Rn. 15; dazu *Zimmermann*, ZEV 2012, 337; für Eintragungspflicht: *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 177 Rn. 37; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 215a.

⁹⁰⁹ *Wälzholz*, in: VGR 2014, S. 67, 106; wohl auch *Zimmermann*, ZEV 2012, 337, 338; *Lorz*, in: MAH ErbR, § 19 Rn. 79.

⁹¹⁰ *Koch*, in: Staub, HGB, § 8 Rn. 47; *Krafka*, in: MünchKomm HGB, § 8 Rn. 33; *Ries*, in: Röhrich/v. Westphalen/Haas, § 8 Rn. 19; *Schaub*, in: E/B/J/S, § 8 Rn. 67; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 8 Rn. 5; so auch *Zimmermann*, ZEV 2012, 337.

⁹¹¹ *Plank*, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, S. 119.

⁹¹² *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 261; *Holzhauser*, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 65 ff.

⁹¹³ Insbesondere *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 419 ff.

HGB die Anwendung von § 15 HGB hinsichtlich der eintragungspflichtigen Tatsache der Insolvenzverfahrenseröffnung explizit ausschließt. Doch wird man die Anwendbarkeit des § 15 HGB bei der Testamentsvollstreckung mangels abweichender gesetzlicher Regelung und im Interesse eines effektiven Rechtsverkehrsschutzes hinnehmen müssen.⁹¹⁴ Mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur ist somit nicht nur von der Eintragungsfähigkeit, sondern auch der Eintragungspflichtigkeit des Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister auszugehen.⁹¹⁵

C. Rechnungslegung und Publizität

Der Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft wird schließlich flankiert durch Vorschriften zur handelsrechtlichen Rechnungslegung. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Pflicht zur Rechnungslegung und der Pflicht zu ihrer Offenlegung. Bereits unabhängig von ihrer Offenlegung leistet die Rechnungslegungspflicht einen mittelbaren Beitrag zum Gläubigerschutz, indem sie die Dokumentation von Geschäftsvorfällen sicherstellt und den Unternehmer zur Selbstinformation anhält (Gläubigerschutz durch Selbstkontrolle).⁹¹⁶ Die Publizität bestimmter Rechnungslegungsunterlagen ermöglicht einen darüber hinausgehenden Gläubigerschutz durch Information der Allgemeinheit über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens.⁹¹⁷

I. Kapitalgesellschaft

Grundsätzlich unterliegt jede Kapitalgesellschaft der handelsrechtlichen Pflicht zur Rechnungslegung. So hat jede Kapitalgesellschaft gem. §§ 238 f. HGB Handelsbücher zu führen, entsprechend §§ 240 f. HGB ein Inventar aufzustellen, sowie nach §§ 242 ff. HGB für jedes Geschäftsjahr einen Jahresabschluss zu erstellen. Bei der Buchführungspflicht und der Pflicht zur Erstellung eines Jahresabschlusses handelt es sich um allgemeine handelsrechtliche Pflichten, die für alle Kaufleute gelten.⁹¹⁸ Als Formkaufleute gem. § 6 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG, § 3 AktG haben auch Kapitalgesellschaften

⁹¹⁴ *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung, S. 261; *Plank*, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, S. 118 ff.

⁹¹⁵ *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 177 Rn. 37; *Pauli*, in: Bengel/Reimann, § 5 Rn. 215a; *Koch*, in: Staub, HGB, § 8 Rn. 68; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, § 8 Rn. 5; *Heckschen/Sirnad*, NZG 2014, 1201, 1207; *Kämper*, RNotZ 2016, 625, 639.

⁹¹⁶ BGHZ 125, 366, 377 f.; *Störk/Lewe*, in: BeckBilKo, § 238 Rn. 90; *Pöschke*, in: Staub, HGB, Vor § 238 Rn. 1.

⁹¹⁷ BGHZ 125, 366, 378; *Pöschke*, in: Staub, HGB, Vor § 238 Rn. 2.

⁹¹⁸ Einzelkaufleute, die die in § 241a HGB genannten Schwellenwerte unterschreiten, sind von der Buchführungspflicht befreit.

diese Vorschriften zu beachten. Darüber hinaus gelten für Kapitalgesellschaften zusätzlich die Vorschriften der §§ 264 ff. HGB. Dabei ist vor allem die Offenlegungspflicht gem. § 325 HGB von Bedeutung, die Kapitalgesellschaften grundsätzlich einer Rechnungslegungspflicht unterwirft. So sind der Jahresabschluss sowie zusätzliche Unterlagen elektronisch beim Betreiber des Bundesanzeigers einzureichen und im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Gem. § 264a HGB gilt dies entsprechend für Personengesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter.

II. Insolvenzverwaltung

In der insolvenzrechtlichen Literatur wird herkömmlich zwischen der sog. „internen“ und der „externen“ Rechnungslegung unterschieden. Dabei wird unter der „internen“ Rechnungslegung allein die Rechenschaftspflicht des Insolvenzverwalters gegenüber den Verfahrensbeteiligten verstanden.⁹¹⁹ Sie dient insbesondere der Information der Insolvenzgläubiger als den Residualberechtigten der Insolvenzmasse, damit diese im Berichtstermin eine informierte Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens treffen können (§§ 156, 157 InsO).⁹²⁰ Eine Offenlegungspflicht zugunsten der Allgemeinheit hinsichtlich dieser insolvenzspezifischen „internen“ Rechnungslegungspflicht besteht nicht. Die „interne“ Rechnungslegung ist gem. § 154 InsO lediglich zur Einsicht der am Insolvenzverfahren Beteiligten in der Geschäftsstelle niederzulegen. Ein Schutz potenzieller Gläubiger, die der Organisationsform der Insolvenzverwaltung gegenüber treten, wird damit nicht bezweckt.

Für den Gläubigerschutz ist dagegen primär die in der insolvenzrechtlichen Literatur sog. „externe“ Rechnungslegung von Interesse. Damit ist die handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung gemeint. Insoweit enthält die Insolvenzordnung nicht etwa ein eigenes Rechnungslegungsregime. Stattdessen beschränkt sie sich mit § 155 InsO im Wesentlichen auf die Klarstellung, dass die handels- und steuerrechtlichen Pflichten des Schuldners zur Buchführung und Rechnungslegung unberührt bleiben und diese Pflichten in Bezug auf die Insolvenzmasse nunmehr durch den Insolvenzverwalter zu erfüllen sind.⁹²¹ Die handelsrechtlichen Buchführungspflichten beurteilen sich,

⁹¹⁹ Diese Terminologie ist missverständlich, weil auch bei den handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten zwischen der zum internen Organisationsrecht gehörenden Buchführungspflicht einerseits und der Offenlegung nach Außen andererseits zu unterscheiden ist, *Jaffé*, in: MünchKomm InsO, Vor §§ 151 bis 155 Rn. 1 ff., bei Fn. 4; *Pöschke*, in: Staub, HGB, Vor § 238 Rn. 2; vgl. auch *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 811.

⁹²⁰ *Jaffé*, in: MünchKomm InsO, Vor §§ 151 bis 155 Rn. 4 ff.; *Wipperfürth*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 154 Rn. 1.

⁹²¹ Die Norm hat lediglich deklaratorischen Charakter, BT-Drs. 12/2443, S. 172.

wie § 155 InsO klarstellt, allein mit Blick auf den Insolvenzschuldner als Unternehmensträger.⁹²² Ist der Insolvenzschuldner eine Kapitalgesellschaft, so bestehen dementsprechend nicht nur die Rechnungslegungspflichten (insbesondere §§ 238, 242 HGB), sondern auch die Offenlegungspflicht gem. § 325 HGB fort. Betrifft das Insolvenzverfahren ein vollkaufmännisches Unternehmen und wird dieses für die Insolvenzmasse fortgeführt, so hat der Insolvenzverwalter Handelsbücher zu führen (§ 239 HGB) und einen Jahresabschluss zu erstellen (§ 242 HGB).⁹²³ Damit greift jedenfalls die mittelbar gläubigerschützende Wirkung der handelsrechtlichen Buchführungspflichten auch bei der Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens durch den Insolvenzverwalter (Gläubigerschutz durch Selbstkontrolle). Es besteht jedoch keine Offenlegungspflicht, wenn der Insolvenzverwalter ein einzelkaufmännisches Unternehmen fortführt.⁹²⁴ Dies gilt trotz der auch hier greifenden Haftungsbeschränkung auf die Insolvenzmasse für die durch den Insolvenzverwalter im Zuge der Unternehmensfortführung begründeten Neuverbindlichkeiten.

III. Testamentsvollstreckung

Der Testamentsvollstrecker unterliegt ebenfalls einer „internen“ Rechnungslegungspflicht gegenüber dem Erben, § 2218 BGB. Insbesondere ist er bei längerdauernder Verwaltungsvollstreckung gem. § 2218 Abs. 2 BGB zur jährlichen Rechnungslegung verpflichtet. Diese „interne“ Rechnungslegungspflicht dient jedoch allein der Information des Erben als dem Residualberechtigten des Nachlasses und ist für den Gläubigerschutz wenig relevant.⁹²⁵

Hinsichtlich der „externen“ handelsrechtlichen Rechnungslegung gilt für den Testamentsvollstrecker nichts anderes als für den Insolvenzverwalter. Das Testamentsvollstreckungsrecht enthält keine speziellen Regelungen. Führt der Testamentsvollstrecker ein vollkaufmännisches Unternehmen in seiner amtlichen Funktion für den Nachlass fort, so bleiben die handels- und steuerrechtlichen Buchführungspflichten davon unberührt und sind nunmehr vom Testamentsvollstrecker zu erfüllen.⁹²⁶ Die mittelbar gläubigerschützende Funktion der handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten durch Doku-

⁹²² Jaffé, in: MünchKomm InsO, § 155 Rn. 2.

⁹²³ BT-Drs. 12/2443, S. 172.

⁹²⁴ Boochs/Nickel, in: FK-InsO, § 155 Rn. 247; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 155 Rn. 73 ff.

⁹²⁵ Zimmermann, in: MünchKomm BGB, § 2218 Rn. 4.

⁹²⁶ Merkt, in: Baumbach/Hopt, § 238 Rn. 9; Graf, in: MünchKomm BilR, § 238 Rn. 36. Für den Nachlassverwalter kann nichts anderes gelten. Dagegen für den Testamentsvollstrecker zwischen den von der h. M. angebotenen Ersatzlösungen differenzierend Pöschke, in: Staub, HGB, § 238 Rn. 28 f.

mentation und Selbstinformation entfaltet somit auch bei der Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker ihre Wirkung. Es mangelt jedoch – wie im Fall der Insolvenzverwaltung – an einer Offenlegungspflicht, und zwar trotz der drohenden Haftungsbeschränkung auf den Nachlass für die Neuverbindlichkeiten.

IV. Bedeutung der Rechnungslegungspublizität für die Legitimation der Haftungsbeschränkung

De lege lata treffen den Insolvenzverwalter und ebenso den Testamentsvollstrecker bei Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens somit zwar grundsätzlich die handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten der §§ 238 ff. HGB.⁹²⁷ Damit greift jedenfalls der durch die interne Rechnungslegung bewirkte „Gläubigerschutz durch Selbstkontrolle“ auch bei der unternehmerischen Tätigkeit der Amtstreuhand. Allerdings unterliegt weder die Organisationsform der Insolvenzverwaltung noch die Organisationsform der Testamentsvollstreckung als solche der Rechnungslegungspublizität. Dies gilt selbst bei Ausübung unternehmerischer Tätigkeit von kaufmännischem Niveau. Das Fehlen einer Offenlegungspflicht scheint auf den ersten Blick bedenklich, entspricht es doch tradierter Auffassung, dass bei den Kapitalgesellschaften die Pflicht zur Rechnungslegungspublizität zwingend mit der Haftungsbeschränkung korreliert. So findet sich häufig der Hinweis, die Rechnungslegungspublizität sei der Preis für die Haftungsbeschränkung.⁹²⁸ Tatsächlich korrespondiert heute mit der Haftungsbeschränkung für unternehmerische Tätigkeit im Handelsrecht regelmäßig die Rechnungslegungspublizität. Das zeigt sich deutlich anhand der Vorschrift des § 264a HGB, die auch haftungsbeschränkte Personengesellschaften der Offenlegungspflicht unterwirft. Daran gemessen bedeutet die Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter wie durch den Testamentsvollstrecker eine Anomalie.

Ein besonders schwerwiegendes Defizit für den Gläubigerschutz ist in der fehlenden Publizität der Rechnungslegung allerdings nicht zu erkennen. Die gläubigerschützende Wirkung der Rechnungslegungspublizität sollte nicht überschätzt werden. Sie ist deutlich weniger stark ausgeprägt, als die vielfach bemühte Formel von der „Publizität als Preis der Haftungsbeschränkung“ glauben macht.⁹²⁹ Das liegt daran, dass die publizierten Rechnungslegungs-

⁹²⁷ Vorbehaltlich eines Überschreitens der in § 241a HGB genannten Schwellenwerte.

⁹²⁸ BT-Drs. 14/2353, S 26; *Schmidt/Usinger*, in: BeckBilKo, § 264a Rn. 2.

⁹²⁹ Kritisch *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 373 ff.; *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, S. 19; *Cheffins*, Company law, S. 508 ff.; deutlich bereits von *Caemmerer*, in: Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 141, 170 ff.

informationen für die potenziellen Gläubiger im Regelfall entweder nicht relevant oder nicht ausreichend sind. Für die Mehrheit der Gläubiger sind die veröffentlichten Informationen irrelevant, weil sich die Kosten der Informationsbeschaffung und -auswertung erst bei relativ hohen Transaktionsvolumen rechnen.⁹³⁰ Für diejenigen Gläubiger, für die entsprechende Informationen bedeutsam sind, sind die publizierten Informationen in der Regel nicht ausreichend. Zum einen sind die Informationen für eine angemessene Kreditbewertung der Gesellschaft zu dünn. Zum anderen sind sie notwendig vergangenheitsbezogen und häufig bereits veraltet.⁹³¹ Im Übrigen werden die Gläubiger, für die entsprechende Informationen von Belang sind, diese auch einfordern und auf andere Weise beschaffen können.⁹³² Dann sind sie aber auf die Rechnungslegungspublizität nicht angewiesen. Vor diesem Hintergrund ist äußerst zweifelhaft, ob die gläubigerschützende Wirkung der Rechnungslegungspublizität so erheblich ist, dass sie eine tragende Säule zur Legitimation der Haftungsbeschränkung für unternehmerische Tätigkeit bilden kann. Auch in historischer Perspektive bestehen Zweifel an einem zwingend notwendigen Zusammenhang zwischen Haftungsbeschränkung und Publizität der Rechnungslegung. So hatte sich der Gesetzgeber bei Einführung der GmbH zunächst gegen eine Pflicht zur Rechnungslegungspublizität entschieden.⁹³³ Erst im Zusammenhang mit der europäischen Harmonisierung der Rechnungslegungspublizität konnte sich die These der zwingenden Verbindung von Haftungsbeschränkung und Rechnungslegungspublizität durchsetzen.⁹³⁴ In jüngerer Zeit mehren sich dagegen die Stimmen, die eine Deregulierung der Rechnungslegungspublizität für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen fordern und sogar für die Aufhebung der allgemeinen Offenlegungspflichten für haftungsbeschränkte Gesellschaften plädieren.⁹³⁵ Umge-

⁹³⁰ *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 813; vgl. *Easterbrook/Fischel*, The economic structure of corporate law, S. 59.

⁹³¹ *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, S. 19.

⁹³² *Leuschner*, ZHR 175 (2011) S. 813; *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 373 ff.; ebenso *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, S. 19.

⁹³³ *Walter*, Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich, S. 55; *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 100.

⁹³⁴ *Walter*, Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich, S. 72 ff.; *Schön*, in: Drexl/Hilty/Schön u. a. (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, S. 563, 600.

⁹³⁵ So *Schön*, in: Drexl/Hilty/Schön u. a. (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, S. 563, 599 ff.; *Ebke*, in: Ebke/Luttermann/Siegel (Hrsg.), Internationale Rechnungslegungsstandards für börsenunabhängige Unternehmen?, S. 67, 92 f.; *Walter*, Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich, S. 297 ff. Eine gewisse Deregulierung für Kleinbetriebe, jedoch keine vollständige Befreiung brachte die sog. Micro-Richtlinie, Richtlinie 2012/6/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 14.3.2012 zur Änderung der Richtlinie 78/660/EWG des Rats über den Jahresabschluss von Gesellschaften

kehrt erscheint damit das Fehlen von Rechnungslegungspublizität nicht als ein so gravierendes Defizit, dass dies einer Unternehmensfortführung durch die Amtstreuhand^{er} zwingend entgegenstünde. Dies gilt gleichermaßen für den Insolvenzverwalter wie für den Testamentsvollstrecker. Die rechtsfortbildende Begründung einer Pflicht zur Rechnungslegungspublizität für die Amtstreuhand^{er} ist vor diesem Hintergrund nicht erforderlich.⁹³⁶ Sollte sich die Zulassung der verwaltenden Testamentsvollstreckung am Unternehmen durchsetzen, so scheint eine gesetzliche Regelung zur Rechnungslegungspublizität zwar bereits aus Klarstellungsgründen bedenkenswert.⁹³⁷ Es bleibt jedoch festzuhalten, dass das Fehlen von Rechnungslegungspublizität nicht zur Ablehnung der unternehmerischen Tätigkeit der Amtstreuhand^{er} zwingt.

Im Ergebnis sind die Gläubiger beim Vertragsschluss mit den Amtstreuhand^{ern} durch verschiedene Publizitätsmechanismen geschützt. Der so erzielte informationelle Gläubigerschutz ist mit dem Schutzniveau im Kapitalgesellschaftsrecht im Wesentlichen vergleichbar. Am wichtigsten ist die Transparenz der Haftungsverhältnisse bei Vertragsschluss. Sie ist bei einem Vertragsschluss mit den Amtstreuhand^{ern} auf vergleichbare Weise gewährleistet wie bei der Kapitalgesellschaft. Zusätzlichen Schutz bietet die Registerpublizität. Zwar fehlt für die Testamentsvollstreckung im Gegensatz zur Insolvenzverwaltung eine gesetzliche Regelung zur Handelsregisterpublizität. Doch ist auch der Testamentsvollstreckervermerk im Handelsregister eintragungsfähig und eintragungspflichtig. Hinsichtlich der Rechnungslegung sind beide Amtstreuhand^{er} nach handelsrechtlichen Vorgaben zur Rechnungslegung verpflichtet. Damit greift auch hier der durch die Rechnungslegung bewirkte Gläubigerschutz durch Selbstkontrolle. Zwar fehlt es an einer Rechnungslegungspublizität, wenn die Amtstreuhand^{er} ein einzelkaufmännisches Unternehmen fortführen. Insoweit besteht ein gewisses Defizit, das beide Amtstreuhand^{er} gleichermaßen betrifft. Dieses Defizit wiegt jedoch nicht besonders schwer. Die gläubigerschützende Funktion der Rechnungslegungspublizität ist deutlich weniger stark ausgeprägt als verbreitet angenommen.

bestimmter Rechtsformen hinsichtlich Kleinstbetrieben, ABLEU vom 21.3.2012, L 81/3, sowie das zu ihrer Umsetzung erlassene MicroBilG BGBl. 2012 I, S. 2751.

⁹³⁶ Vgl. mit Blick auf den unternehmerisch tätigen eingetragenen Verein *Leuschner*, ZHR 175 (2011), 787, 813; dagegen für eine Analogie zu § 264 a HGB für den unternehmerischen Testamentsvollstrecker *Zabel*, Die Publizität der Testamentsvollstreckung in der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge, S. 160. Für den Insolvenzverwalter wird eine entsprechende Analogie, soweit ersichtlich, bislang nicht in Erwägung gezogen.

⁹³⁷ Auch die Vorschrift des § 155 InsO hat in erster Linie klarstellende Funktion, BT-Drs. 12/2443, S. 172. Es wäre auch denkbar, die unternehmerisch tätigen Amtstreuhand^{er} bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte (vgl. §§ 267, 267a HGB) zur Rechnungslegungspublizität zu verpflichten.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

A. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Testamentsvollstreckung an Unternehmen ist für die Rechtspraxis von besonderem Interesse, weil sie ein attraktives Gestaltungsinstrument für die Unternehmensnachfolge verspricht. Die herrschende Meinung befriedigt das erhebliche praktische Bedürfnis an einer Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich jedoch nur eingeschränkt. Bis heute verbietet sie die Testamentsvollstreckung in Form der Verwaltungsvollstreckung am einzelkaufmännischen Unternehmen wegen der ansonsten drohenden Haftungsbeschränkung auf das Sondervermögen Nachlass. Entsprechendes gilt für die Testamentsvollstreckung an Anteilen unbeschränkt haftender Personengesellschafter. Diese strikt ablehnende herrschende Meinung zwingt die Rechtspraxis seit langer Zeit zu komplizierten und unbefriedigenden Ersatzkonstruktionen. Die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter führt zu einem dogmatisch vergleichbaren Bruch mit dem Grundsatz unbeschränkbarer Inhaberhaftung. Dennoch wird die Unternehmensfortführung in der Insolvenz heute in weitem Umfang zugelassen. Die bisher in der Literatur zu findenden Begründungen für diese Ungleichbehandlung der Amtstreuhandner erscheinen nicht überzeugend.

2. Das Haftungsproblem bei der Unternehmensfortführung durch Testamentsvollstrecker wie Insolvenzverwalter ist eine Frage des Gläubigerschutzes. Dabei geht es in erster Linie um den Schutz der mit den Amtstreuhandnern in Kontakt tretenden Neugläubiger. Das Problem der Testamentsvollstreckung am Unternehmen ist daher nicht unter Konzentration auf etwaige Besonderheiten des Nachlassgegenstands „Unternehmen“ zu lösen. Es ist vielmehr Symptom grundsätzlicher Defizite im testamentsvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz, die im Fall der Unternehmensfortführung besonders virulent werden. Den Maßstab für die vergleichende Untersuchung des Gläubigerschutzes bei der Unternehmensführung durch die Amtstreuhandner liefert das Kapitalgesellschaftsrecht. Nicht nur bildet das Kapitalgesellschaftsrecht das Paradigma für die Zulassung unternehmerischer Tätigkeit unter Haftungsbeschränkung. Auch sind die Ämter des Testamentsvollstreckers bzw. des Insolvenzverwalters im Fall der Unternehmensfortführung mit dem Amt des Geschäftsleiters einer Kapitalgesellschaft funktional vergleichbar. Dabei bezieht sich die funktionale Vergleichbarkeit der durch die Amtstreuhandnerschaft gebildeten Organisationsformen einerseits und der Kapital-

gesellschaft andererseits nicht nur auf die Aufgaben, welche die Fremdverwalter im Fall der Unternehmensführung zu erledigen haben. Sie erstreckt sich darüber hinaus auf die idealtypischen Interessen der Beteiligten und die damit korrespondierende Stellung des verwalteten Vermögens. Wie bei der Kapitalgesellschaft lassen sich sowohl bei der Unternehmensführung durch den Insolvenzverwalter als auch bei der Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker die Interessen von Residualberechtigten und Festbetragsgläubigern identifizieren. Dabei stehen im Insolvenzverfahren die Insolvenzgläubiger zu den Massegläubigern sowie bei der Testamentsvollstreckung der Erbe zu den Nachlassgläubigern in einem vergleichbaren Verhältnis wie bei der Kapitalgesellschaft die Gesellschafter zu den Gesellschaftsgläubigern, nämlich jeweils im Verhältnis von Residualberechtigten zu Festbetragsgläubigern. Diese Interessenlage spiegelt sich wider in einer doppelseitigen Haftungssonderung zugunsten wie zulasten der mit den einzelnen Organisationsformen in Kontakt tretenden Gläubiger. Die Organisationsformen der Testamentsvollstreckung sowie der Insolvenzverwaltung lassen sich angesichts dieser Strukturparallelen als funktionale Kapitalgesellschaften betrachten. Dieser Blickwinkel ermöglicht die vergleichende Analyse des Gläubigerschutzes bei der Unternehmensführung durch die Amtstreuhänder am Maßstab des Kapitalgesellschaftsrechts.

3. Als tragende Säule des Gläubigerschutzes im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht gilt nach tradierter Vorstellung die Gewährleistung einer bestimmten Vermögensaufbringung und Vermögensbindung, vornehmlich in Gestalt der Aufbringung und Erhaltung eines gesetzlichen Mindestkapitals. Insoweit ist der Gläubigerschutz bei der Unternehmensführung durch Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker im Wesentlichen mit dem heutigen Schutzniveau im Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbar. Zwar existieren weder für den Nachlass noch für die Insolvenzmasse Regelungen zur Vermögensaufbringung, die denjenigen zur Kapitalaufbringung im Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbar wären. Die darin bestehende Diskrepanz hat sich jedoch in dem Maße verringert, wie das Prinzip der Vermögensaufbringung im Kapitalgesellschaftsrecht an Bedeutung verloren hat. Seit Einführung der Unternehmergesellschaft (UG) mit dem MoMiG ist die Aufbringung eines Mindestgarantiekapitals keine Voraussetzung mehr zur Erlangung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungsprivilegs, § 5a Abs. 1 GmbHG. Daran ändert auch das als Kompensation für die Aufgabe des Mindestkapitals für die UG in § 5a Abs. 3 GmbHG eingeführte Thesaurierungsgebot nichts. Diese Ausschüttungssperre garantiert gerade nicht die Aufbringung eines bestimmten Mindestvermögens, sondern erschöpft sich darin, Verschiebungen aus dem Gesellschaftsvermögen in das Gesellschaftervermögen zu begrenzen. Das Thesaurierungsgebot ist daher funktional nicht etwa als neuartige Regelung zur Kapitalaufbringung aufzufassen, sondern als Regelung zur

Vermögensbindung. Der MoMiG-Gesetzgeber suchte damit die Aufgabe der Vermögensaufbringung durch eine strengere Vermögensbindung auszugleichen. Was die Vermögensbindung betrifft, so ist diese bei Insolvenzverwaltung und Testamentsvollstreckung jedoch sogar noch stärker ausgeprägt als im Kapitalgesellschaftsrecht. Der Insolvenzverwalter darf die Insolvenzmasse und mit ihr erwirtschaftete Überschüsse nur unter strikter Beachtung der vorrangigen Befriedigung der Massegläubiger an die Insolvenzgläubiger oder den Schuldner verteilen. Auch im Testamentsvollstreckungsrecht kommt es grundsätzlich zu einer Thesaurierung nicht nur eines Teils, sondern sämtlicher erwirtschafteter Überschüsse. Letztere sind vor dem Zugriff des Erben geschützt. Selbst wenn der Testamentsvollstrecker Erträge an den Erben freigibt, so haftet der Erbe mit diesen Erträgen weiter. Im Fall ihres Verbrauchs haftet er verschuldensunabhängig auf Ersatz. Spätestens seit Einführung der UG lässt sich der Unternehmensführung durch Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter somit nicht mehr ernsthaft entgegenhalten, das Kapitalgesellschaftsrecht knüpfe bereits die Entstehung der Kapitalgesellschaft an strenge Voraussetzungen und schütze die Gläubiger effektiver durch Regelungen zur Vermögenssicherung.

4. Die persönliche Haftung der Fremdverwalter spielt eine entscheidende Rolle zur Gewährleistung eines effektiven Gläubigerschutzes. Wie bei den Geschäftsleitern der Kapitalgesellschaft lässt sich auch bei den Amtstreuhändern funktional zwischen Innen- und Außenhaftung unterscheiden.

a) Hinsichtlich des mittelbar durch die Innenhaftung erzeugten Gläubigerschutzes erreichen sowohl das Insolvenz- wie das Testamentsvollstreckungsrecht ein ähnlich hohes Niveau wie das Kapitalgesellschaftsrecht. Die hier funktional verstandene Innenhaftung betrifft allein die Verantwortlichkeit des Fremdverwalters im Hinblick auf das verwaltete Sondervermögen. Wie die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften trifft die Amtstreuhänder die Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des ihnen anvertrauten Vermögens. Im Rahmen dieser Sorgfaltspflicht ist den Fremdverwaltern ein Ermessensspielraum einzuräumen. Soweit die Amtstreuhänder unternehmerische Entscheidungen zu treffen haben, kann zur Konturierung dieses Ermessens auf die im Aktienrecht entwickelte und in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sowie nunmehr auch in § 34 Abs. 1 S. 2 GenG kodifizierte „deutsche Version“ der *business judgment rule* zurückgegriffen werden. Des Weiteren unterliegen die Amtstreuhänder hinsichtlich des verwalteten Vermögens wie die Geschäftsleiter der Kapitalgesellschaft einer Treuepflicht. Sie beruht auf der umfassenden Einwirkungsmacht der Fremdverwalter auf das ihnen anvertraute Vermögen und verpflichtet die Fremdverwalter zu einem loyalen Einsatz für die Interessen des von ihnen verwalteten Vermögens. Damit die Innenhaftung einen effektiven Beitrag zum Gläubigerschutz leisten kann, darf sie nur begrenzt zulasten der Gläubiger disponibel sein. Zu diesem Zweck beschränkt das Kapitalgesell-

schaftsrecht die Möglichkeit der Gesellschafter, über Organhaftungsansprüche gegen Geschäftsleiter zu verfügen. Noch engere Grenzen setzt das Insolvenzrecht den Gläubigerorganen hinsichtlich einer Disposition über die Haftung des Insolvenzverwalters. Im Gegensatz dazu kann der Erbe zwar grundsätzlich umfassend über die Haftung des Testamentsvollstreckers verfügen. Allerdings setzt sich der Erbe damit einer eigenen Haftung gegenüber den Nachlassgläubigern aus.

b) Noch wichtiger für den Gläubigerschutz ist die persönliche Außenhaftung der Fremdverwalter gegenüber den Gläubigern. Hier zeigen sich deutliche Diskrepanzen. Während die steigende Bedeutung der Unternehmensfortführung im Insolvenzrecht zu einer Neujustierung und Verschärfung der Außenhaftung des Insolvenzverwalters geführt hat, die deutliche Parallelen zum Gläubigerschutzsystem bei der Kapitalgesellschaft erkennen lässt, besteht bei der Außenhaftung des Testamentsvollstreckers nach wie vor Nachholbedarf. Im Kapitalgesellschaftsrecht bildet neben den Kapitalsicherungsregeln vor allem die Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter die weitere tragende Säule des Gläubigerschutzes zur Legitimation der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen. Sie wird ergänzt durch weitere Haftungstatbestände, die in der Krise Bedeutung erlangen, wie die Haftung für masseschmälernde Zahlungen. Es sollte vor diesem Hintergrund kaum überraschen, dass die zunehmende Bedeutung der Unternehmensfortführung in der Insolvenz eine rege Diskussion um die persönliche Außenhaftung des Insolvenzverwalters ausgelöst hat. Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Neumassegläubigern bei der Begründung neuer Verbindlichkeiten, die sich nach einer wechselvollen Entwicklung auf einen Mittelweg in Gestalt des § 61 InsO eingependelt hat. Zusammen mit der Haftung aus § 60 InsO besteht nunmehr eine Außenhaftung des Insolvenzverwalters, die den Gläubigern ein vergleichbares Schutzniveau bietet wie die persönliche Haftung der Geschäftsleiter im Kapitalgesellschaftsrecht. Der erreichte Stand der Insolvenzverwalterhaftung verdeutlicht erhebliche Defizite im Testamentsvollstreckungsrecht. Die Außenhaftung des Testamentsvollstreckers ist nach wie vor stark unterentwickelt. Der Testamentsvollstrecker agiert hier nahezu im haftungsfreien Raum. Auch die in der Literatur diskutierte Konstruktion einer mittelbaren Außenhaftung des Testamentsvollstreckers bietet keine tragfähige Lösung. Sie ermöglicht insbesondere keine vollständige Liquidation von Insolvenzverschleppungsschäden der Nachlassgläubiger. Diese schwache Haftung wird der umfassenden Aufgaben- und Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, insbesondere bei der Verwaltungsvollstreckung, nicht gerecht. Zur Erreichung eines vergleichbaren und angemessenen Gläubigerschutzniveaus ist vielmehr eine unmittelbare Außenhaftung des Testamentsvollstreckers erforderlich. Vor diesem Hintergrund ist eine Insolvenzverschleppungshaftung des Testamentsvollstre-

ckers analog § 1980 BGB zu befürworten. Ebenso sollte den Testamentsvollstrecker eine Haftung für masseschmälernde Zahlungen im Stadium materieller Nachlassinsolvenz analog §§ 1985 Abs. 2, 1979 BGB treffen. Vor insolvenzverursachenden bzw. existenzvernichtenden Vermögensverschiebungen vom Nachlassvermögen zum Erbenprivatvermögen sind die Nachlassgläubiger dagegen bereits durch die Haftung des Erben aus § 1978 Abs. 1 BGB geschützt. Insofern ist es nicht erforderlich, dem Testamentsvollstrecker entsprechend § 1985 Abs. 2 BGB eine generelle Verantwortlichkeit gegenüber den Nachlassgläubigern aufzuerlegen.

5. Dritte, die durch die Fremdverwalter im sachlichen Zusammenhang mit ihrer Amtstätigkeit deliktisch geschädigt werden, können neben einer möglichen persönlichen Inanspruchnahme der Amtswalter auch auf das verwaltete Sondervermögen als Haftungsmasse zugreifen. Wie die juristische Person durch ihre Organe so gewinnen auch die hier behandelten Sondervermögen erst durch ihre Amtstreuhanders Handlungsfähigkeit. Das rechtfertigt nicht nur für die Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft, sondern auch für Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker eine Analogie zu § 31 BGB.

6. Schließlich sind die Gläubiger beim geschäftlichen Kontakt mit den Amtstreuhandern durch verschiedene Publizitätsmechanismen geschützt. Dieser Schutz ist mit dem Gläubigerschutzniveau im Kapitalgesellschaftsrecht im Wesentlichen vergleichbar. Zentral ist die Offenkundigkeit der Haftungsverhältnisse bei Vertragsschluss. Sie gewährleistet die Information über den Unternehmensträger sowie dessen Haftungsverhältnisse. Zusätzlichen Schutz bietet die Registerpublizität. Ähnlich wie der Insolvenzvermerk ist auch der Testamentsvollstreckervermerk im Handelsregister eintragungsfähig und eintragungspflichtig. Zwar fehlt grundsätzlich eine Pflicht zur Offenlegung von Rechnungslegungsinformationen, soweit die Amtstreuhanders für das von ihnen verwaltete Sondervermögen unternehmerisch tätig sind. Dieses Defizit wiegt jedoch nicht sonderlich schwer. Die gläubigerschützende Funktion der Rechnungslegungspublizität ist deutlich weniger stark ausgeprägt als verbreitet angenommen. Die Rechnungslegungspublizität spielt keine tragende Rolle für die Legitimation der Haftungsbeschränkung für unternehmerische Tätigkeit.

B. Fazit

Das Problem der Unternehmensführung durch den Testamentsvollstrecker gibt Anlass zu einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem Gläubigerschutz im Testamentsvollstreckungsrecht. Dabei sollte man die Testamentsvollstreckung weder ohne sachliche Rechtfertigung privilegieren, noch ohne Not diskriminieren. Die vergleichende Analyse ermöglicht es, wesentliche

Unzulänglichkeiten im testamentvollstreckungsrechtlichen Gläubigerschutz zu identifizieren. Diese Defizite führen gegenwärtig zu einer Privilegierung der Testamentvollstreckung, für die keine Rechtfertigung ersichtlich ist.

Als problematisch erweist sich vor allem die nahezu vollkommene Haftungsfreiheit des Testamentvollstreckers im Außenverhältnis. Man findet sonst kaum einen anderen Fall, in dem eine haftungsbeschränkte Vermögensmasse durch einen Fremdverwalter Handlungsfähigkeit nach außen gewinnt, dieser Verwalter aber keinerlei Verantwortung für die Solvenz des verwalteten Vermögens gegenüber den mit der Vermögensmasse in Kontakt tretenden Gläubigern trägt. Vor diesem Hintergrund ist eine strengere Außenhaftung des Testamentvollstreckers angezeigt. Das Testamentvollstreckungsrecht sollte hier dem Vorbild der insolvenzrechtlichen Entwicklung folgen und den Testamentvollstrecker mit Blick auf seine umfassende Rechts- und Machtstellung stärker in die Pflicht nehmen. Eine strengere Verantwortlichkeit lässt sich überzeugend durch die Annahme einer Insolvenzverschleppungshaftung des Testamentvollstreckers analog § 1980 BGB begründen. Entsprechendes gilt für eine Haftung des Testamentvollstreckers wegen masseschmälernder Zahlungen im Stadium materieller Nachlassinsolvenz analog §§ 1985 Abs. 2, 1979 BGB.

Die so begründete strengere persönliche Haftung des Testamentvollstreckers leistet einen wesentlichen Beitrag zum Gläubigerschutz im Recht der Testamentvollstreckung. Sie macht die von der ablehnenden herrschenden Meinung so sehr gefürchtete Haftungsbeschränkung auf das Sondervermögen Nachlass um einiges erträglicher. Dies ermöglicht eine konsequente Lösung der Haftungsproblematik im Testamentvollstreckungsrecht, die auch für den Fall der Unternehmensfortführung sachgerechte Ergebnisse erzielt. Der auf diese Weise gestärkte Gläubigerschutz erlaubt auch die Ausübung unternehmerischer Tätigkeit durch den Testamentvollstrecker.

Literaturverzeichnis

- Adam*, Roman F., Die Haftung des Insolvenzverwalters aus § 61 InsO, DZWIR 2008, 14–18.
- Alles*, Matthias, Haftung des Konkursverwalters bei der Fortführung insolventer Unternehmen – Wege und Irrwege der Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 2015.
- Altmeyden*, Holger, Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201–2211.
- Altmeyden*, Holger, Irrungen und Wirrungen um den täuschenden Rechtsformzusatz und seine Haftungsfolgen, NJW 2012, 2833–2838.
- Altmeyden*, Holger/*Wilhelm*, Jan, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673–681.
- Andres*, Dirk/*Leithaus*, Rolf/*Dahl*, Michael, Insolvenzordnung – Kommentar, 4. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Andres/Leithaus, InsO).
- Armbruster*, Ekkehard, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personengesellschaft nach geltendem und künftigem Recht, Berlin 1996.
- Armbruster*, Christian, Wettbewerbsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht, ZIP 1997, 1269–1279.
- Ballerstedt*, Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), 501–531.
- Bartsch*, Carolin, Der (unternehmens-)verwaltende Testamentsvollstrecker und seine Haftung, Baden-Baden 2010 (zit. *Bartsch*, Der Testamentsvollstrecker und seine Haftung).
- Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch – Mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), begr. von Baumbach, Adolf, bearb. von Hopt, Klaus J. u.a., 39. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt).
- Baumbach/Hueck*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, begr. von Baumbach, Adolf, fortgeführt von Hueck, Alfred, 22. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG).
- Baums*, Theodor, Recht der Unternehmensfinanzierung, München 2017.
- Baur*, Fritz, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, in: von Caemmerer, Ernst/*Nikisch*, Arthur/*Zweigert*, Konrad (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Döle, Band 1, Tübingen 1963, S. 249–271 (zit. *Baur*, in: FS Döle).

- Baur, Fritz*, Die Eigenhaftung des Konkursverwalters bei Fortführung des gemeinschuldnerischen Betriebs, in: Baltzer, Johannes/Baumgärtel, Gottfried u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 241–251 (zit. *Baur*, in: GS Bruns).
- Beck, Siegfried/Depré, Peter* (Hrsg.), Praxis der Insolvenz – Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 3. Aufl., München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz).
- Becker, Udo*, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, Tübingen 2016.
- beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, hrsg. von Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, BGB, München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOGK).
- Beck'scher Bilanz-Kommentar, hrsg. von Grottel, Bernd/Schmidt, Stefan/Schubert, Wolfgang J./Störk, Ulrich, 12. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Beck-BilKo).
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, hrsg. von Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 52. Edition, München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB).
- Beck'scher Online-Kommentar InsO, hrsg. von Fridgen, Alexander/Geiwitz, Arndt/Göpfert, Burkard, 16. Edition, München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOK InsO).
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO, hrsg. von Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 34. Edition, München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOK ZPO).
- Belk, Alexander*, Die Haftung für die Verletzung der Aufklärungspflicht über die Rechtsform, Baden-Baden 2016.
- Bengel, Manfred/Reimann, Wolfgang* (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl., München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Bengel/Reimann).
- Berger, Christian*, Besprechung von BGH, Urteil vom 24.09.2009 – IX ZR 234/07 (OLG Brandenburg), EWiR 2009, 775–776.
- Berger, Christian/Frege, Michael C.*, Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz – Haftungsprivileg für den Verwalter?, ZIP 2008, 204–210.
- Berger, Christian/Frege, Michael C./Nicht, Matthias*, Unternehmerische Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren – Entscheidungsfindung, Kontrolle und persönliche Haftung, NZI 2010, 321–332.
- Beuthien, Volker*, Die Miterbenprokura, in: Lutter, Marcus/Stimpel, Walter/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, Berlin/New York 1979, S. 1–18 (zit. *Beuthien*, in: FS Fischer).
- Binder, Julius*, Fall Nr. 11, in: Bernhöft, Franz/Binder, Julius (Hrsg.), Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1902, S. 157–158 (zit. *Binder*, in: Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches).
- Bitter, Georg*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung – Außenrecht der Verwaltungstreuhand, Tübingen 2006.

- Blenske*, Holger, Die Haftung der Gesellschafter einer GbR mbH, NJW 2000, 3170–3174.
- Böcker*, Philipp/*Poertzgen*, Christoph, Kausalität und Verschulden beim künftigen § 64 Satz 3 GmbHG, WM 2007, 1203–1208.
- Bönner*, Maximilian, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Insolvenzverwalters im Vergleich mit anderen gesetzlich geregelten Vermögens-Verwaltern, Münster 2009.
- Borchardt*, Peter-Alexander/*Frind*, Frank (Hrsg.), Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren – Von der Betriebsfortführung zur Sanierung, 3. Aufl., München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Borchardt/Frind).
- Bork*, Reinhard, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen verspäteten Konkursantrags – Besprechung der Entscheidung BGHZ 126, 181, ZGR 1995, 505–528.
- Bork*, Reinhard, Die Verschwiegenheitspflicht des Insolvenzverwalters im Zertifizierungsverfahren, ZIP 2007, 793–798.
- Bork*, Reinhard, Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Aufl., Tübingen 2019.
- Bormann*, Michael, Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, 897–904.
- Böttcher*, Eduard, Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZJP 77 (1964), 55–77.
- Brandner*, Hans Erich, Das einzelkaufmännische Unternehmen unter Testamentsvollstreckung, in: Lutter, Marcus/Mertens, Hans-Joachim/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin/New York 1985, S. 991–1005 (zit. *Brandner*, in: FS Stimpel).
- Braun*, Eberhard (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO), 8. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Braun, InsO).
- Büchler*, Olaf, Haftungsrisiken bei „faktischer Masseunzulänglichkeit“, ZInsO 2011, 1240–1244.
- Buchwald*, Friedrich, Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP 154 (1955), 22–33.
- Burgard*, Jens, Die Haftung des Erben für Delikte des Testamentsvollstreckers, FamRZ 2000, 1269–1273.
- Buschmann*, Horst, Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsrecht, Frankfurt a.M. 1982.
- Caemmerer*, Ernst von, Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht, in: Barz, Carl Hans/Claussen, Carsten Peter u. a. (Hrsg.), Frankfurter Publizitätsgespräch, Frankfurt a.M. 1962, S. 141–182 (zit. *von Caemmerer*, in: Frankfurter Publizitätsgespräch).
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006.
- Cheffins*, Brian R., Company law – Theory, structure, and operation, Oxford 1997/2004.
- Christopeit*, Ulrich, Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung eines einzelkaufmännischen Unternehmens, Diss., Tübingen 1960 (zit. *Christopeit*, Haftung des Erben).

- Coing*, Helmut, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973 (zit. *Coing*, Treuhand).
- Damrau*, Jürgen/*Tanck*, Manuel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., Bonn 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Damrau/Tanck).
- Dauner-Lieb*, Barbara, Unternehmen in Sondervermögen – Haftung und Haftungsbeschränkung; zugleich ein Beitrag zum Unternehmen im Erbgang, Tübingen 1998.
- Deckenbrock*, Christian/*Fleckner*, Andreas M., Verschwiegenheitspflichten des Insolvenzverwalters?, ZIP 2005, 2290–2301.
- Deutscher Juristentag, Verhandlungen des einundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Berlin 1892 (zit. Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 21. DJT, Band 3, 1892).
- Dölle*, Hans, Neutrales Handeln im Privatrecht, in: Niedermeyer, Herman u. a. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Schulz, Band 2, Weimar 1951, S. 268–288 (zit. *Dölle*, in: FS Schulz).
- Dörrie*, Robin, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personenhandelsgesellschaften und der GmbH, Berlin 1994.
- Drukarczyk*, Jochen/*Lobe*, Sebastian, Finanzierung – Eine Einführung unter deutschen Rahmenbedingungen, 11. Aufl., Konstanz 2015.
- Dubovitskaya*, Elena, Sind Vorstandsmitglieder einer AG wirklich Treuhänder?, NZG 2015, 983–988.
- Easterbrook*, Frank H./*Fischel*, Daniel R., The economic structure of corporate law, Cambridge, Mass. 1998.
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch, begr. von Boujong, Karlheinz/ Ebenroth, Carsten Thomas/Joost, Detlev, hrsg. von Joost, Detlev/Strohn, Lutz, Band 1 (§§ 1–342e), 4. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: E/B/J/S).
- Ebke*, Werner F., Rechnungslegung und Publizität in europarechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, in: Ebke, Werner F./Luttermann, Claus/Siegel, Stanley (Hrsg.), Internationale Rechnungslegungsstandards für börsenunabhängige Unternehmen?, Baden-Baden 2007, S. 67–94.
- Ehrenberg*, Victor, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, Jena 1880.
- Eidenmüller*, Horst, Reformperspektiven im Restrukturierungsrecht, ZIP 2010, 649–660.
- Eidenmüller*, Horst/*Engert*, Andreas, Reformperspektiven einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Debt-Equity Swap) im Insolvenzplanverfahren, ZIP 2009, 541–553.
- Emmerich*, Volker, Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen, ZHR 132 (1969), 297–326.
- Erker*, Astrid, Die Business Judgment Rule im Haftungsstatut des Insolvenzverwalters, ZInsO 2012, 199–204.
- Erman*, BGB, hrsg. von Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg, 15. Aufl., Köln 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Erman, BGB).

- Falkenhausen*, Joachim Frhr. von, Ausschüttungssperren für die Kapitalrücklage – Eine rechtspolitische Betrachtung von § 150 III und IV AktG, NZG 2009, 1096–1099.
- Faust*, Florian, Die Testamentsvollstreckung am Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters, DB 2002, 189.
- Fischer*, Thomas, Strafgesetzbuch, 67. Aufl., München 2020 (zit. *Fischer*, StGB).
- Fischinger*, Philipp S., Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2015.
- Fleischer*, Holger, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, 449–459.
- Fleischer*, Holger, Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, 521–527.
- Fleischer*, Holger, Die deutsche Unternehmungsgesellschaft und ihre ausländischen Ableger – Bestandsaufnahme und Reformperspektiven, DB 2017, 291–300.
- Fleischer*, Holger/*Hahn*, Jakob, Rektor – BGHZ 45, 204 – Unbeschränkte Haftung eines herrschenden Kommanditisten, in: *Fleischer*, Holger/*Thiessen*, Jan (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, Tübingen 2018, S. 255–284.
- Floeth*, Michael, Anmerkung zu LG Stuttgart, Urteil vom 18.10.2013 – 18 O 525/12, NZI 2014, 727–728.
- Flume*, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft, Berlin 1979.
- Flume*, Werner, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Geschäften nach Konkursreife der GmbH, ZIP 1994, 337–342.
- Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672–772.
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von Wimmer, Klaus, 9. Aufl., Köln 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: FK-InsO).
- Freitag*, Robert/*Riemenschneider*, Markus, Die Unternehmungsgesellschaft – „GmbH light“ als Konkurrenz für die Limited?, ZIP 2007, 1485–1492.
- Gehrlein*, Markus, Leitung einer juristischen Person durch juristische Personen?, NZG 2016, 566–568.
- Goebel*, Joachim, Probleme der treuhänderischen und der echten Testamentsvollstreckung über ein vermächtnisweise erworbenes Einzelunternehmen, ZEV 2003, 261–267.
- Goette*, Wulf, Aktuelle Rechtsprechung zur GmbH – Kapitalschutz und Organhaftung, DStR 2003, 887–895.
- Goette*, Wulf, Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG, in: Haarmeyer, Hans/*Hirte*, Heribert u. a. (Hrsg.), Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz – Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen 2004, S. 53–64 (zit. *Goette*, in: FS Kreft).
- Goldschmit*, Friedrich, Die Beerbung des Einzelkaufmanns durch mehrere Erben, JW 1931, 3057–3058.

- Gottwald*, Peter (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch).
- Grimm*, Michael, Die Finanzverfassung der kleinen Kapitalgesellschaft – Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Reformdiskussion in Europa, Berlin 2013.
- Großkommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Hirte, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus, 5. Aufl., Berlin u. a. 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Großkomm AktG)
- Band 4/1 (§§ 76–91);
 - Band 4/2 (§§ 92–94).
- Grundmann*, Stefan, Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand, München 1997 (zit. *Grundmann*, Treuhandvertrag).
- Grunewald*, Barbara, Die Verwendung post- und transmortaler Vollmachten zum Nachteil des Erben, ZEV 2014, 579–583.
- Guntermann*, Lisa Marleen, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, Köln 2015.
- Gurrea-Martínez*, Aurelio, Re-examining the law and economics of the business judgment rule: notes for its implementation in non-US jurisdictions, Journal of Corporate Law Studies 18 (2018), 417–438.
- Habersack*, Mathias/*Foerster*, Max, Austauschgeschäfte der insolvenzreifen Gesellschaft – Zur Reichweite der Zahlungsverbote und zu den Folgen verbotener Zahlungen, ZHR 178 (2014), 387–418.
- Habersack*, Mathias/*Verse*, Dirk A., Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, ZHR 168 (2004), 174–215.
- Haegel*, Karl, Der Testamentsvollstrecker bei Konkurs, Vergleich und Anfechtung ausserhalb Konkurses, KTS 1969, 158–165.
- Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, hrsg. von Schmidt, Andreas, 7. Aufl., Köln 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: HambKomm InsO).
- Hanisch*, Hans, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse – Die Wiederentdeckung selbstständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt a.M. 1973.
- Hansmann*, Henry/*Kraakman*, Reinier, The Essential Role of Organizational Law, Yale Law Journal 110 (2000), 387–440.
- Hansmann*, Henry/*Kraakman*, Reinier/*Squire*, Richard, The New Business Entities in Evolutionary Perspective, EBOR 8 (2007), 59–69.
- Harbarth*, Stephan, Zum Reformbedarf im GmbH-Recht: Generalrevision oder punktuelle Fortentwicklung?, ZGR 2016, 84–111.
- Häsemeyer*, Ludwig, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln 2007.
- Heckschen*, Heribert/*Strnad*, Korina, Kompetenzkonflikt zwischen Testamentsvollstreckung und Erben, NZG 2014, 1201–1208.
- Heerma*, Per Hendrik, Der (insolvente) Kommanditist als Risiko für eine KG?, ZIP 2011, 981–988.

- Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von Kayser, Godehard/Thole, Christoph, 9. Aufl., Heidelberg 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: HK-InsO).
- Heymann, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), hrsg. von Horn, Norbert, 2. Aufl., Berlin (zit. *Bearbeiter*, in: Heymann).
- Band 1 (§§ 1–104), Erscheinungsjahr: 1995;
 - Band 2 (§§ 105–237), Erscheinungsjahr: 1996.
- Hirte, Heribert, Stiftung und Insolvenz, in: Saenger, Ingo/Bayer, Walter u. a. (Hrsg.), Gründen und Stiften – Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, Baden-Baden 2009, S. 222–238 (zit. *Hirte*, in: FS Werner).
- Höfer, Carl, Flex-GmbH statt UG – eine attraktive Schwester für die alte GmbH!, Köln 2015.
- Holzhauser, Heinz, Erbrechtliche Untersuchungen, Marburg 1973.
- Hopt, Klaus J., Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa?, ZGR 2000, 779–818.
- Hopt, Klaus J., Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht – Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts, ZGR 2004, 1–52.
- Hüffer/Koch, Aktiengesetz, begr. von Hüffer, Uwe, bearb. von Koch, Jens, 13. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Hüffer/Koch, AktG).
- Jacoby, Florian, Das private Amt, Tübingen 2007.
- Jaeger, Ernst, Fortbetrieb eines im Konkurs stehenden Handelsgewerbes durch den Konkursverwalter, KuT 1935, 17–18.
- Jaeger, Großkommentar zur Insolvenzordnung, begr. von Jaeger, Ernst, hrsg. von Henckel, Wolfram/Gerhardt, Walter, Berlin (zit. *Bearbeiter*, in: Jaeger, InsO)
- Band 1 (§§ 1–55), Erscheinungsjahr: 2004;
 - Band 2 (§§ 56–102), Erscheinungsjahr: 2007;
 - Band 6 (§§ 174–216), Erscheinungsjahr: 2010.
- Jaeger, Großkommentar zur Konkursordnung, begr. von Jaeger, Ernst, Band 2/2 (§§ 207–244), 8. Aufl., Berlin/New York 1973 (zit. *Bearbeiter*, in: Jaeger, KO).
- Jahr, Günther, Fremdzurechnung bei Verwaltergeschäften, in: Bökelmann, Erhard/Henckel, Wolfram/Jahr, Günther (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975, S. 275–305 (zit. *Jahr*, in: FS Weber).
- Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von Stürner, Rolf, 17. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB).
- Joerden, Jan C., Logik im Recht – Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2018.
- John, Uwe, Die organisierte Rechtsperson, Berlin 1977.
- John, Uwe, Testamentsvollstreckung über ein einzelkaufmännisches Unternehmen, BB 1980, 757–761.

- Joost*, Detlev, Unternehmergeellschaft, Unterbilanz und Verlustanzeige, ZIP 2007, 2242–2248.
- Jungmann*, Carsten, Die Business Judgment Rule – ein Institut des allgemeinen Verbandsrechts?, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 831–855 (zit. *Jungmann*, in: FS K. Schmidt).
- Jungmann*, Carsten, Die Business Judgment Rule im Gesellschaftsinsolvenzrecht – Wider eine Haftungsprivilegierung im Regelinsolvenzverfahren und in der Eigenverwaltung, NZI 2009, 80–86.
- Kaltwasser*, Martin, Der überschuldete Nachlass – Eine Untersuchung zur Verantwortlichkeit von Nachlasspflegern und Fiskalerben bei der Verwaltung überschuldeter Nachlässe, Berlin 2016.
- Kämper*, Irene, Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen, RNotZ 2016, 625–648.
- Karollus*, Martin, Weitere Präzisierungen zur Konkursverschleppungshaftung, ZIP 1995, 269–273.
- Kaufmann*, Arthur, Analogie und „Natur der Sache“ – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Karlsruhe 1965.
- Kebekus*, Frank/Zenker, Wolfgang, Business Judgment Rule und Geschäftsleiterermessen – auch in Krise und Insolvenz?, in: Grunewald, Barbara/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 319–343 (zit. *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer).
- Keller*, Ulrich, Die Befriedigung von Masseverbindlichkeiten nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit im Insolvenzverfahren, Rpfleger 2008, 1–9.
- Kessler*, Christian, Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partnerschaftsgesellschaft – Ein Beitrag zum Verständnis des Insolvenzverfahrens der Personengesellschaften nach neuem Insolvenzrecht, Köln 2004.
- Kessler*, Christian, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urteil vom 23.5.2007 – 7 U 173/06, NZI 2008, 42–43.
- Kilger*, Joachim, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.5.1985, IX ZR 142/84, EWiR 1985, 505.
- Kipp*, Theodor/Coing, Helmut, Erbrecht, 14. Aufl., Tübingen 1990.
- Kirschey*, Johannes, Die Haftung des Insolvenzverwalters – zur Frage der Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Grundlage einer Insolvency Judgement Rule 2018.
- Kleindiek*, Detlef, Deliktshaftung und juristische Person – Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern, Tübingen 1997.
- Klöhn*, Lars, Interessenkonflikte zwischen Aktionären und Gläubigern der Aktiengesellschaft im Spiegel der Vorstandspflichten, ZGR 2008, 110–158.
- Kluth*, Thomas, Das Verfahren bei unzulänglicher Insolvenzmasse oder ein „Himmelfahrtskommando“ für den Insolvenzverwalter, ZInsO 2000, 177–185.

- Kötz, Hein*, Trust und Treuhand – Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts, Göttingen 1963.
- Kowalski, André*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden – Zum gesellschaftsrechtlichen Zweckbindungsgedanken im Schadensrecht, Köln 1990.
- Koza, Axel*, Haften Vereinsvorstände analog §§ 64 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG auf Ersatz aller Zahlungen nach Insolvenzreife?, DZWIR 2008, 98–100.
- Kraakman, Reinier/Armour, John u.a. (Hrsg.)*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl., Oxford 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Anatomy).
- Kranzusch, Peter/Icks, Annette*, Wann werden die Gläubiger ausgezahlt? – Dauer von Unternehmensinsolvenzverfahren im regionalen Vergleich, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg.): IfM-Materialien Nr. 193, Bonn 2010.
- Krebs, Peter*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, München 2000.
- Kübler, Bruno M.*, Sondersituationen bei Unternehmensfortführung und Unternehmenskauf im Konkurs, ZGR 1982, 498–516.
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard (Hrsg.)*, InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblatt, 82. Lfg., Köln 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO).
- Kumpan, Christoph*, Der Insolvenzverwalter als Interessenwahrer, KTS 2010, 169–194.
- Kumpan, Christoph*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht – Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, Tübingen 2014.
- Kuntz, Thilo*, Geltung und Reichweite der Business Judgment Rule in der GmbH, GmbHR 2008, 121–128.
- Küpper, Wolfgang*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.3.1999 – 7 U 149/98, ZEV 2000, 238–239.
- Kutschmann, Christian*, Mindestkapitalfreie Gesellschaften in Deutschland – Eine Analyse der Finanzverfassungen von Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) und Europäischer Privatgesellschaft (SPE), Baden-Baden 2016.
- Laukemann, Björn*, Gesamtschuldnerische Haftung nach Verfahrensaufhebung, ZInsO 2006, 415–419.
- Laws, Jutta*, Insolvenzverwalter – Haftung wegen Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten nach § 61 InsO, MDR 2003, 787–793.
- Leichtle, Holger/Theusinger, Ingo*, Der Insolvenzverwalter als „Unternehmenslenker“ – Anforderungen und Enthaftungsmöglichkeiten, NZG 2018, 251–255.
- Lenger, Norman/Finsterer, Daniel*, Die Insolvenzantragspflicht von Stiftungen und Vereinen – Schlechterstellung durch Privilegierung?!, NZI 2016, 571–574.
- Leuschner, Lars*, Der eingetragene Verein im System des körperschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, ZHR 175 (2011), 787–826.

- Levy, Leopold*, Die Vergütung des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses nach Konkursbeendigung, ZZP 49 (1925), 212–214.
- Lorz, Rainer*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht – Ein Beitrag zur Fortschreibung unternehmensstrategischer Kompetenzen fremdnütziger Vermögensverwalter, München 1995.
- Lübtow, Ulrich von*, Erbrecht, 1. und 2. Halbband, Berlin 1971 (zit. von *Lübtow*, Erbrecht).
- Lüke, Wolfgang*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters – Dargestellt am Beispiel der Haftung gegenüber neuen Massegläubigern, München 1986.
- Lüke, Wolfgang*, Haftungsrecht überdacht – Überlegungen zur Systematik der Insolvenzverwalterhaftung, ZIP 2005, 1113–1120.
- Lüke, Wolfgang*, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 5. Aufl., Köln 2015.
- Lutter, Marcus*, Gefahren persönlicher Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, DB 1994, 129–135.
- Madaus, Stephan*, Der Widerruf trans- oder postmortaler Vollmachten durch einzelne Miterben, ZEV 2004, 448–449.
- Manne, Henry G.*, Mergers and the Market for Corporate Control, J. Pol. Econ. 73 (1965), 110–120.
- Marotzke, Wolfgang*, Die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft als Gegenstand der Testamentsvollstreckung, JZ 1986, 457–469.
- Marotzke, Wolfgang*, Rezension von Barbara Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, AcP 199 (1999), 615–627.
- Marotzke, Wolfgang*, Gesellschafterhaftung und Verwalterisiko bei Masseverbindlichkeiten einer insolventen Personengesellschaft (Teil 2), DB 2013, 681–690.
- Martinek, Michael*, Repräsentantenhaftung – Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenverbänden für ihre Repräsentanten, Berlin 1979.
- Matschernus, Gunnar*, Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung in der GmbH, Baden-Baden 2007.
- Mayer, Jörg/Bonefeld, Michael* (Hrsg.), Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Bonn 2015.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht I, 21. Aufl., München 2015.
- Merkt, Hanno*, Unternehmenspublizität – Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001.
- Merkt, Hanno*, Rechtliche Grundlagen der Business Judgment Rule im internationalen Vergleich zwischen Divergenz und Konvergenz, ZGR 2017, 129–148.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958.
- Meyer-Löwy, Bernd/Poertzgen, Christoph*, Schranken und Beschränkbarkeit der Insolvenzverwalterhaftung aus §§ 60, 61 InsO, ZInsO 2004, 363–368.
- Meyke, Rolf*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, Diss., Bonn 1966.

- Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica* (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 1 und 2, 3. Aufl., München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Michalski, GmbHG).
- Mittmann, Hans-Dieter*, Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, Diss., Göttingen 1969.
- Mohrbutter, Harro/Ringstmeier, Andreas* (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Köln 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Mohrbutter/Ringstmeier).
- Mohrbutter, Peter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, Köln u. a. 1998.
- Mostertz, Philip*, Die UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG, Baden-Baden 2014.
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, Berlin 1899 (zit. *Mugdan*, Band I).
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V, Berlin 1899 (zit. *Mugdan*, Band V).
- Müller, Gerd*, Zur Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers aus culpa in contrahendo und aus § 64 Abs. 1 GmbHG, ZIP 1993, 1531–1538.
- Müller, Hans-Friedrich*, Der Verband in der Insolvenz, Köln 2002.
- Müller, Hans-Friedrich*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.09.2009 – IX ZR 234/07, LMK 2010, 295526.
- Müller, Hans-Friedrich*, Die gesetzliche Rücklage bei der Unternehmergesellschaft, ZGR 2012, 81–112.
- Müller-Erbach, Rudolf*, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., Tübingen 1928 (zit. *Müller-Erbach*, Deutsches Handelsrecht).
- Müller-Erbach, Rudolf*, Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, AcP 154 (1955), 299–343.
- Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, hrsg. von Scherer, Stephan, 5. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: MAH ErbR).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Goette, Wulf/Habersack, Matthias, München (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG)
- Band 2 (§§ 76–117; MitbestG; DrittelbG), 5. Aufl. 2019;
 - Band 3 (§§ 118–178), 4. Aufl. 2018.
- Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, hrsg. von Hennrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph, Band 2 (§§ 238–342e HGB), 1. Aufl., München 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm BilR).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, München (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).
- Aktuelle Auflagen:
- Band 1 (Allgemeiner Teil §§ 1–240, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, ProstG, AGG), 8. Aufl. 2018;

- Band 2 (Schuldrecht Allgemeiner Teil I, §§ 241–310), 8. Aufl. 2019;
- Band 3 (Schuldrecht Allgemeiner Teil II, §§ 311–432), 8. Aufl. 2019;
- Band 6 (Schuldrecht Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz), 7. Aufl. 2017;
- Band 11 (Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG), 8. Aufl. 2020;

Vorauslagen:

- Band 1 (Allgemeiner Teil §§ 1–240, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, AGG), 7. Aufl. 2015;
- Band 9 (Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG), 3. Aufl. München 1997 (hrsg. von Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland).

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, hrsg. von Fleischer, Holger/Goette, Wulf, 3. Aufl., München (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm GmbHG)

- Band 1 (§§ 1–34), Erscheinungsjahr: 2018;
- Band 2 (§§ 35–52), Erscheinungsjahr: 2019;
- Band 3 (§§ 53–88), Erscheinungsjahr: 2018.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Schmidt, Karsten, 4. Aufl., München (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm HGB)

- Band 1 (Erstes Buch, Handelsstand, §§ 1–104a), Erscheinungsjahr: 2016;
- Band 2 (Zweites Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Erster Abschnitt, Offene Handelsgesellschaft, §§ 105–160), Erscheinungsjahr: 2016;
- Band 3 (Zweites Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, §§ 161–237), Erscheinungsjahr: 2019;

Vorauslage:

- Band 1 (Erstes Buch, Handelsstand, §§ 1–104), 2. Aufl. 2005.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, 3. Aufl., München (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm StGB)

- Band 1 (§§ 1–37), Erscheinungsjahr: 2017;
- Band 5 (§§ 263–358), Erscheinungsjahr: 2019.

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf/Schoppmeyer, Heinrich, 4. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm InsO)

- Band 1 (§§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung);
- Band 2 (§§ 80–216);
- Band 3 (§§ 217–359, Art. 103a–110 EGIInsO, Insolvenzsteuerrecht).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, Band 2 (§§ 355–945b), 5. Aufl., München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm ZPO).

- Muscheler*, Karlheinz, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, Tübingen 1994.
- Muscheler*, Karlheinz, Die Freigabe von Nachlaßgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 1996, 401–406.
- Nerlich*, Jörg/*Römermann*, Volker (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, Stand Juli 2019, 39. Lfg., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Nerlich/Römermann, InsO).
- Noack*, Ulrich, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, 1395–1400.
- Nöll*, Mario, Nachlassverwaltung vs. Nachlasspflegschaft: das bessere Verfahren bei Erbausschlagung und Erbprätendentenstreit, ZEV 2015, 612–617.
- NomosKommentar BGB, Band 5 (Erbrecht, §§ 1922–2385), hrsg. von Kroiß, Ludwig/Ann, Christoph/Mayer, Jörg, 5. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: NomosKommentar BGB).
- Offergeld*, Astrid, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, Berlin 1995.
- Oldiges*, Thilo, Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgement Rule, Baden-Baden 2011.
- Olshausen*, Eberhard von, Die Haftung des Insolvenzverwalters für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten und das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (§ 311a Abs. 2 BGB n.F.), ZIP 2002, 237–240.
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Palandt, BGB).
- Pape*, Gerhard, Zur Haftung des vorläufigen und des endgültigen Insolvenzverwalters aus § 61 InsO, in: Gerhardt, Walter/Haarmeyer, Hans/Kreft, Gerhart (Hrsg.), Insolvenzrecht im Wandel der Zeit – Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag, Recklinghausen 2003, S. 391–419 (zit. *Pape*, in: FS Kirchhof).
- Pape*, Gerhard/*Sietz*, Oliver, in: Pape, Gerhard/Graeber, Thorsten (Hrsg.), Handbuch der Insolvenzverwalterhaftung, Münster 2009 (zit. *Pape/Sietz*, in: Pape/Graeber).
- Pape*, Gerhard/*Uhlenbruck*, Wilhelm/*Voigt-Salus*, Joachim, Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 2010.
- Passarge*, Malte, Haftung des Vereinsvorstands für in der Krise geleistete Zahlungen gem. §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, ZInsO 2005, 176–180.
- Passarge*, Malte, Zur Haftung des Stiftungsvorstands für in der Krise geleistete Zahlungen gem. §§ 92 III, 93 III Nr. 6 AktG analog, NZG 2008, 605–609.
- Päßler*, Jacqueline, Das Gebot zur Führung des Rechtsformzusatzes im Kapitalgesellschaftsrecht – Verstoßfolgen und kollisionsrechtliche Anknüpfung, Tübingen 2017.
- Peters*, Frank, Zur Rechtsfigur der Verpflichtungsermächtigung, AcP 171 (1971), 234–249.
- Pfeuffer*, Jürgen, 3. Teil, Nachlassspezifische Ansprüche, in: Roth, Jan/Pfeuffer, Jürgen, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, Berlin/Boston 2018, S. 349–379 (zit. *Pfeuffer*, in: Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren).

- Plank*, Susanne, Testamentsvollstreckung und Handelsregister – Die Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks, Aachen 1998.
- Poertzen*, Christoph, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, Baden-Baden 2006.
- Poertzen*, Christoph, Die Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 1980 BGB, ZInsO 2013, 517–527.
- Polley*, Notker, Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre – Eine Untersuchung am Beispiel der Geschäftsleitung von US-Corporation und deutscher GmbH, Baden-Baden 1993.
- Priester*, Hans-Joachim, Kernbereich der Mitgliedschaft als Schranke der Testamentsvollstreckung?, in: Binnewies, Burkhard/Spatscheck, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Michael Streck zum 70. Geburtstag, Berlin/Köln 2011, S. 891–902 (zit. *Priester*, in: FS Streck).
- Proff*, Maximilian Freiherr von, Die Testamentsvollstreckung an Beteiligungen an Personengesellschaften – Funktionsweise und Gestaltungsmöglichkeiten, DStR 2018, 415–421.
- Prütting*, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 14. Aufl., Köln 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: P/W/W).
- Pütter*, Thomas, Der Nachlaßverwalter als Unternehmer, Diss., Münster 1999.
- Raiser*, Thomas/Veil, Rüdiger, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., München 2015.
- Reimann*, Wolfgang, Muss der Testamentsvollstrecker die Erträge des Nachlasses an die Erben ausschütten?, ZEV 2010, 8–12.
- Reuber*, Klaus, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern – Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Wertungskriterium für die Anwendung des § 31 BGB auf Unternehmensträger, Berlin 1990.
- Reuter*, Dieter, Keine Vorstandshaftung für masseschmälernde Leistungen nach Eintritt der Insolvenzreife des Vereins? – Eine kritische Stellungnahme zum Hinweisbeschluss des BGH II ZR 156/09 vom 8.2.2010, NZG 2010, 711, NZG 2010, 808–812.
- Riedel*, Christopher (Hrsg.), Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, 2. Aufl., Bonn 2018.
- Riering*, Berthold, Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter – Zur konkursrechtlichen Bewältigung wirtschaftlicher Probleme, Berlin 1987.
- Röhricht*, Volker, Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002 – Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Köln 2003, S. 3–43 (zit. *Röhricht*, in: VGR 2002).
- Röhricht*, Volker/Westphalen, Friedrich Graf von/Haas, Ulrich (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., Köln 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Röhricht/v. Westphalen/Haas).
- Roth*, Gregor/Knof, Béla, Die Stiftung in Krise und Insolvenz, KTS 2009, 163–198.

- Roth*, Günter H./*Altmeppen*, Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 9. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG).
- Roth*, Jan, Die Eröffnungsgründe im Nachlassinsolvenzverfahren, ZInsO 2009, 2265–2271.
- Roth*, Jan, Haftung von Nachlasspflegern und Amtshaftung bei Missbrauch der Nachlasspflegschaft, ZInsO 2013, 1567–1571.
- Runkel*, Hans P./Schnurbusch, Wolfram, Rechtsfolgen der Masseunzulänglichkeit, NZI 2000, 49–57.
- Schall*, Alexander, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz – Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel, München 2009.
- Schapp*, Jan, Die Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens durch Erben und Testamentsvollstrecker, Hamburg 2010.
- Schiemann*, Gottfried, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian u. a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus – Zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 1999, S. 513–528 (zit. *Schiemann*, in: FS Medicus).
- Schläfke*, Henner, Vermögensbindung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG als haftungsbeschränkter Personengesellschaft, Baden-Baden 2013.
- Schmidt*, Karsten, „Amtshaftung“ und „interne Verantwortlichkeit“ des Konkursverwalters – Eine Analyse des § 82 KO, KTS 1976, 191–211.
- Schmidt*, Karsten, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht – Unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil, Gutachten D, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des vierundfünfzigsten Deutschen Juristentages – Nürnberg 1982, München 1982 (zit. *Schmidt*, in: Verhandlungen des 54. DJT, Band 1, 1982).
- Schmidt*, Karsten, Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners – Versuch einer Konkursverwaltertheorie für heute und morgen, KTS 1984, 345–400.
- Schmidt*, Karsten, Anwendung von Handelsrecht auf Rechtshandlungen des Konkursverwalters – Zum Urteil des BGH vom 25.2.1987, NJW 1987, 1905–1909.
- Schmidt*, Karsten, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497–1507.
- Schmidt*, Karsten, Zur Haftung und Enthaltung der persönlich haftenden Gesellschafter bei Liquidation und Konkurs der Personengesellschaft – Korrekturen im Rechtsbild der §§ 128, 159, 160 HGB, ZHR 152 (1988), 105–122.
- Schmidt*, Karsten, Handelsrechtliche Erbenhaftung als Bestandteil des Unternehmensrechts – Für ein neues Verständnis des § 27 HGB im Systemzusammenhang mit §§ 130, 139 HGB, ZHR 157 (1993), 600–620.
- Schmidt*, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln u. a. 2002.
- Schmidt*, Karsten, Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten – Insolvenzzrechtliche Brotvermehrung

- durch Klagen nach § 64 Abs. 2 GmbHG (§§ 92 AktG, 130a, 177a HGB, 99 GenG)?, ZHR 168 (2004), 637–672.
- Schmidt*, Karsten, Übermäßige Geschäftsführerrisiken aus § 64 Abs. 2 GmbHG, § 130a Abs. 3 HGB?, ZIP 2005, 2177–2185.
- Schmidt*, Karsten, Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, 1072–1080.
- Schmidt*, Karsten, Persönliche Gesellschafterhaftung in der Insolvenz – Gesellschaftsrechtliche und insolvenzrechtliche Betrachtungen zum Urteil des BGH vom 24.9.2009, IX ZR 234/07, ZHR 174 (2010), 163–191.
- Schmidt*, Karsten, Handelsrecht, 6. Aufl., Köln 2014.
- Schmidt*, Karsten, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – Business Judgment Rule als Lehrstück zwischen Positivismus und Rechtsfortbildung, in: Blumenberg, Jens/Crezelius, Georg u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Haarmann, Düsseldorf 2015, S. 191–206 (zit. *Schmidt*, in: FS Haarmann).
- Schmidt*, Karsten (Hrsg.), Insolvenzordnung – InsO mit EuInsVO, 19. Aufl., München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Karsten Schmidt, InsO).
- Schmidt*, Karsten, Der Einzelunternehmer – Herausforderung des Handels- und Wirtschaftsrechts, JuS 2017, 809–816.
- Schmidt*, Karsten, Konsistenzprobleme im gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Pflichtenkreis, ZIP 2018, 853–858.
- Schmidt*, Manfred, Der Gemeinschuldner als Schuldner der Masseverbindlichkeiten – Eine Auseinandersetzung mit der Organtheorie, Diss., Göttingen 1972.
- Schmitz*, Alexander, Interessenkollisionen bei der Anlage von Nachlassvermögen durch Kreditinstitute bei Testamentsvollstreckung, ZERB 2005, 74–81.
- Schmitz*, Erich, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, Berlin 1980.
- Schmitz*, Erich, Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen – Folgerungen für die Praxis aus BGHZ 98, 48, ZGR 1988, 140–162.
- Schmolke*, Klaus Ulrich, Organwalterhaftung für Eigenschäden von Kapitalgesellschaftern, Köln 2004.
- Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 2 (§§ 35–52), 11. Aufl., Berlin 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Scholz, GmbHG).
- Schön*, Wolfgang, Unternehmenspublizität und Wettbewerb – eine ökonomische und rechtspolitische Perspektive, in: Drexl, Josef/Hilty, Reto M. u. a. (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, Berlin/Heidelberg 2009, S. 563–616.
- Schoppmeyer*, Heinrich, Die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO – Kontinuität oder Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung?, in: Haarmeyer, Hans/Hirte, Heribert u. a. (Hrsg.), Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz – Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen 2004, S. 525–542 (zit. *Schoppmeyer*, in: FS Kreft).
- Schröder*, Jan, Zum Übergang inhaltlich variabler Verpflichtungen auf den Erben, JZ 1978, 379–385.

Schüppen, Matthias, Aktuelle Fragen der Konkursverschleppung durch den GmbH-Geschäftsführer, DB 1994, 197–204.

Schürnbrand, Jan, Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2012.

Schwark, Eberhard, Voraussetzungen und Grenzen der persönlichen Gesellschafterhaftung in der GbR, in: Kübler, Friedrich/Mertens, Hans-Joachim/Werner, Winfried (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, Berlin 1991, S. 753–769 (zit. *Schwark*, in: FS Heinsius).

Siebert, Wolfgang, Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, in: Dietz, Rolf/Nipperdey, Hans Carl/Ulmer, Eugen (Hrsg.), Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 7. Juli 1959, München/Berlin 1959, S. 321–341 (zit. *Siebert*, in: FS Hueck).

Sieveking, Johannes, Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, Berlin 1937.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, begr. von Soergel, Hans Theodor, neu hrsg. von Siebert, Wolfgang, 13. Aufl., Stuttgart (zit. *Bearbeiter*, in: Soergel, BGB)

- Band 1, Allgemeiner Teil 1, Erscheinungsjahr: 2000;
- Band 21, Erbrecht 1, Erscheinungsjahr: 2002;
- Band 22, Erbrecht 2, Erscheinungsjahr: 2003.

Spieker, Wolfgang, Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1965, 1937–1944.

Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz).

Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begr. von Staub, Hermann, hrsg. von Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten, 5. Aufl., Berlin (zit. *Bearbeiter*, in: Staub, HGB)

- Band 1 (Einleitung, §§ 1–47b), Erscheinungsjahr: 2009;
- Band 3 (§§ 105–160), Erscheinungsjahr: 2009;
- Band 5 (§§ 238–289a), Erscheinungsjahr: 2014.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin (zit. *Bearbeiter*, in: Staudinger)

- Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 21–79 (Vereine), Neubearbeitung 2019;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung 2015;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung 2017;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Neubearbeitung 2016;
- Buch 5, Erbrecht, §§ 1922–1966 (Erbfolge), Neubearbeitung 2017;

- Buch 5, Erbrecht, §§ 1967–2063 (Rechtsstellung des Erben), Neubearbeitung 2016;
- Buch 5, Erbrecht, §§ 2197–2228 (Testament 2), Neubearbeitung 2016.
- Steffek*, Felix, Wrongful Trading – Grundlagen und Spruchpraxis, NZI 2010, 589–596.
- Steffek*, Felix, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft – Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, Tübingen 2011.
- Stimpel*, Walter, Testamentsvollstreckung über den Anteil an einer GbR, in: Pfeiffer, Gerd/Kummer, Joachim/Scheuch, Silke (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 779–798 (zit. *Stimpel*, in: FS Brandner).
- Stüdemann*, Klaus, Der Konkursverwalter als Unternehmer, in: Uhlenbruck, Wilhelm/Klasmeyer, Bernd/Kübler, Bruno M. (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung, 1877–1977, Köln u. a. (1977), S. 401–458 (zit. *Stüdemann*, in: FS 100 Jahre Konkursordnung).
- Stumm*, Sven C., Die Kapitalverfassung der Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt), Frankfurt a. M. 2016.
- Stützel*, Wolfgang, Die Aktie und die volkswirtschaftliche Risiken-Allokation, in: Jung, Michael/Engels, Wolfram (Hrsg.), Geld und Versicherung – Festgabe für Wilhelm Seuß, Karlsruhe 1981, S. 193–211 (zit. *Stützel*, in: FS Wilhelm Seuß).
- Taube*, Carl-Tessen, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, Berlin 2018.
- Thole*, Christoph, Die rechtliche Behandlung der „erneuten Masseunzulänglichkeit“, ZIP 2018, 2241–2249.
- Thomale*, Chris, Kapital als Verantwortung – Kritik der institutionellen Haftungsbeschränkung, AcP 218 (2018), 685–688.
- Tuhr*, Andreas von, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910 (zit. *von Tuhr*, Allgemeiner Teil).
- Uhlenbruck*, Wilhelm, Grenzen der Mitwirkung von Gläubigerausschuß und Gläubigerbeirat im Insolvenzverfahren, BB 1976, 1198–1202.
- Uhlenbruck*, Wilhelm, Aktuelle Fragen des Insolvenzrechts in der notariellen Praxis – unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechtsreformgesetzes, MittRh-NotK 1994, 305.
- Uhlenbruck*, Wilhelm, Corporate Governance, Compliance and Insolvency Judgement Rule als Problem der Insolvenzverwalterhaftung, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 1603–1623 (zit. *Uhlenbruck*, in: FS K. Schmidt).
- Uhlenbruck*, Insolvenzordnung, hrsg. von Hirte, Heribert/Vallender, Heinz, 15. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Uhlenbruck, InsO).
- Ulmer*, Peter, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 01.03.1993 – II ZR 292/91, ZIP 1993, 769–772.
- Ulmer*, Peter/*Habersack*, Mathias/*Löbbe*, Marc (Hrsg.), GmbHG – Großkommentar, 2. Aufl., Tübingen 2013 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: Ulmer, GmbHG).

- Ulmer, Peter/Ihrig, Christoph*, Die Rechtsnatur der Einmann-Gründungsorganisation, GmbHR 1988, 373–384.
- Ulmer, Peter/Schäfer, Carsten*, Die Zugriffsmöglichkeiten der Nachlaß- und Privatläubiger auf den durch Sondervererbung übergegangenen Anteil an einer Personengesellschaft, ZHR 160 (1996), 413–442.
- Undritz, Sven-Holger*, Anmerkung zu OLG Schleswig, Urteil vom 31.10.2003 – 1 U 42/03, EWIR 2004, 393–394.
- Veil, Rüdiger*, Die Unternehmergesellschaft nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, 1080–1086.
- Veil, Rüdiger*, Die Unternehmergesellschaft im System der Kapitalgesellschaften, ZGR 2009, 623–643.
- Verse, Dirk A.*, Organwalterhaftung und Gesetzesverstoß, ZHR 170 (2006), 398–421.
- Wagner, Gerhard*, Grundfragen der Insolvenzverschleppungshaftung nach der GmbH-Reform, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 1665–1692 (zit. *Wagner*, in: FS K. Schmidt).
- Walendy, Heinz*, Funktion und Legitimation des Zwangsvergleichs im Insolvenzfall von Unternehmensträgern, Diss., Saarbrücken 1982.
- Walter, Carsten*, Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich, Baden-Baden 2012.
- Wälzholz, Eckhard*, Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsrecht, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2014 – Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Köln 2015, S. 67–113 (zit. *Wälzholz*, in: VGR 2014).
- Webel, Benjamin*, Die Haftung des Insolvenzverwalters für Masseverbindlichkeiten im Rahmen des § 61 InsO, Berlin 2008.
- Weidlich, Dietmar*, Testamentsvollstreckung an einem einzelkaufmännischen Unternehmen – Zulässigkeit auf Grund geänderter Gesetzeslage?, NJW 2011, 641–646.
- Weitzmann, Jörn*, Der Insolvenzverwalter als Geschäftsleiter, in: Priester, Hans-Joachim/Heppe, Hansjörg/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Praxis und Lehre im Wirtschaftsrecht – 10 Jahre Österberg Seminare, Tübingen 2018, S. 423–436.
- Werner, Rüdiger*, Die Haftung des Stiftungsvorstands, ZEV 2009, 366–371.
- Weyland, Dag*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 10. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Weyland, BRAO).
- Wicke, Hartmut*, Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen, ZGR 2015, 161–184.
- Wiedemann, Herbert*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München/Berlin 1965.
- Wiedemann, Herbert*, Gesellschaftsrecht, Band 1, München 1980.
- Wiedemann, Herbert*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 01.03.1993 – II ZR 292/91, EWIR 1993, 583–584.

- Wiedemann*, Herbert, Gesellschaftsrecht, Band 2, München 2004.
- Windbichler*, Christine, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., München 2017.
- Windel*, Peter A., Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, Heidelberg 1998.
- Winkler*, Karl, „Echte“ Testamentsvollstreckung am Unternehmen und OHG-Anteil?, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, München 1996, S. 519–531 (zit. *Winkler*, in: FS Schippel).
- Winkler*, Karl, Der Testamentsvollstrecker – nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 22. Aufl., Regensburg 2016.
- Wischemeyer*, Markus, Die Vorstandshaftung wegen Insolvenzverschleppung in der Insolvenz des Vereins, DZWIR 2005, 230–234.
- Wöhe*, Günter/*Bilstein*, Jürgen/*Ernst*, Dietmar/*Häcker*, Joachim, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 11. Aufl., München 2013.
- Wolf*, Manfred, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, JuS 1976, 710–717.
- Wolf*, Manfred, Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, in: Leipold, Dieter (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch – Analysen und Alternativen, Köln 1991, S. 113–125.
- Wolff*, Theodor, Die Massegläubiger im Konkurs, ZZP 22 (1896), 207–321.
- Wuerdinger*, Hans, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1981.
- Würdinger*, Markus, Die Analogiefähigkeit von Normen – Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen, AcP 206 (2006), 946–979.
- Zabel*, Nora, Die Publizität der Testamentsvollstreckung in der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge – Erfordernis, Ausgestaltung, Aussagegehalt, Hamburg 2018.
- Zeising*, Patrick, Pflichten und Haftung des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung von Großvermögen, Angelbachtal 2004.
- Zimmer*, Frank Thomas, Keine Haftung der Gesellschafter für Masseverbindlichkeiten in der Insolvenz der Personengesellschaft einschließlich § 55 Abs. 4 InsO?, ZInsO 2011, 1081–1089.
- Zimmermann*, Klaus, Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personenhandelsgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, Diss., Frankfurt a. M. 1997.
- Zimmermann*, Walter, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 14.02.2012 – II ZB 15/11, ZEV 2012, 337–338.
- Zöllner*, Wolfgang, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963.

Stichwortverzeichnis

- Abspaltungsverbot 32
- Abwicklungsvollstreckung 27–28, 72
- Amtstheorie 51 f., 132, 258, 266
- asset partitioning* 83–95
- Außenhaftung 116–120, 156 f.
- des Geschäftsleiters 157–160, 167–172, 224–227, 250 f., 264–266
 - des Insolvenzverwalters 160–162, 172–187, 227–231, 251, 266 f.
 - des Nachlassverwalters 193–195, 232–238, 252
 - des Testamentsvollstreckers 163 f., 211–223, 239–248, 252–254, 268
- Auswehlösungen 35–56, 98 f., 219
- business judgment rule* 122–124, 125–133, 135–136
- culpa in contrahendo 157–164
- Dauer der Unternehmensfortführung** 72–75
- Dauervollstreckung 29, 113, 212
- Drittschadensliquidation 207–209, 241
- Einzelschaden 118, 133, 204 f., 210
- entity shielding* 83–95
- Erbe
- Haftungsbeschränkung 30, 92–95
 - Residualberechtigung 91, 95 f.
 - Verwalterhaftung 154–155, 197–198, 233–236
- Ermessen, unternehmerisches *siehe* Sorgfaltspflicht
- Ersatzlösungen 35–56, 98 f., 219
- Existenzvernichtungshaftung 248–255
- Festbetragsgläubiger** 84, 87–89, 91
- Firma 264–269
- Gesamtschaden 118, 133, 151, 171, 187, 204 f.
- Geschäftschancenlehre 144 f.
- Geschäftsleiter
- Haftung für masseschmälernde Zahlungen 224–227
 - Insolvenzverschleppungshaftung 115 f., 158, 167–172
 - Insolvenzverursachungshaftung 248–251
 - Sorgfaltspflicht 121–124
 - Treuepflicht 136–138, 141 f., 144, 145 f.
- Gesellschaftsgläubiger 83–87
- Gesellschaftsvermögen 85–87
- Gläubigerausschuss 79, 129, 150–153
- Gläubigerschutz 81–83, 102 f., 115 f., 148, 156 f., 167, 224 f., 246, 263 f.
- Gläubigerversammlung 79, 129, 150–153
- Haftung** (*siehe auch* Haftungsbeschränkung)
- deliktische 164–167, 255–262
 - des Erben 91–95, 154–155, 197–198, 233–236
 - für masseschmälernde Zahlungen 224–248
 - Grundsatz unbeschränkter 28, 59
 - und Herrschaft 39, 65–67, 138
- Haftungsbeschränkung
- auf den Nachlass 29–34, 81, 92–93, 95
 - auf die Insolvenzmasse 63–67, 81, 89
 - auf Sondervermögen 29–34, 63–67, 81, 89, 92–93

- bei der Kapitalgesellschaft 68, 82–83, 85, 102, 105, 115, 265
- institutionelle 68, 82–83, 85, 102, 105, 115, 265
- Legitimation 25, 81–83, 102, 115–116, 167
- Haftungsproblematik 27–34, 68 f., 81 f., 92–95
- Haftungssonderung 83–95
- Handelsregister 35 f., 46, 57 f., 61, 269–273
- Herrschaft und Haftung 39, 65–67, 138

Information 263–278

- Innenhaftung 116–120, 224–225
 - des Geschäftsleiters 121–124, 136–138, 141 f., 144, 145 f.
 - des Insolvenzverwalters 125–133, 138 f., 142 f., 144 f., 146 f.
 - des Nachlassverwalters 188–192
 - des Testamentsvollstreckers 133–136, 139 f., 143, 145, 147
 - Disponibilität 148–156
- Insolvenz in der Insolvenz 80, 89, 180–181, 229–230
- Insolvenzgläubiger 64, 66 f., 87–89, 152
- Insolvenzverschleppungshaftung
 - des Geschäftsleiters 115 f., 158, 167–172
 - des Nachlassverwalters 193–195
 - des Testamentsvollstreckers 211–223
- Insolvenzverursachungshaftung 248–255
- Insolvenzverwalter
 - Haftung für Verteilungsfehler 112, 227–231, 251
 - Haftung gegenüber Altgläubigern 186–187
 - Haftung gegenüber Neugläubigern 172–186
 - Unternehmensfortführung 61–63, 72–75, 172
- Insolvenzverwaltung
 - OHG 69–71

- Organisationsform 87–90
- Personengesellschaft 69–71

Kapitalaufbringung 102–108

- Kapitalerhaltung 108–115
- Kapitalgesellschaft 81–101
- Kapitalsicherung 102–115
- Kernbereichslehre 32
- Kommanditanteil 31–34

Massegläubiger 79 f., 87–90, 95–100, 150–153, 172, 219–223

Masseunzulänglichkeit 80, 89, 180–181, 229–230

Masseverbindlichkeiten, Haftung für 63–67, 81, 89

Nachlassgläubiger 91–100, 219–223

- Nachlassverwalter 68 f., 76 f., 90, 96, 220–221
 - Haftung für masseschmälernde Zahlungen 232–238
 - Haftung gegenüber Altgläubigern 193–195
 - Haftung gegenüber Neugläubigern 188–193
 - Insolvenzverschleppungshaftung 193–195, 220–221
 - Insolvenzverursachungshaftung 252
- Nachlassverwaltung *siehe* Nachlassverwalter

Offenkundigkeitsprinzip 45 f., 51 f., 263–269

OHG-Anteil 31–34

Organisationsform

- der Insolvenzverwaltung 87–90
- der Kapitalgesellschaft 83–87
- der Testamentsvollstreckung 91–100

Personengesellschaftsanteil 31–34

Publizität 263–278

Qualifikationsanforderungen 75–77

Quotenschaden der Altgläubiger 171–172, 208–210

- Rechnungslegung** 263, 273–278
- Registerpublizität** 269–273
- Residualberechtigung** 67, 103, 222, 228
- der Gesellschafter der Kapitalgesellschaft 84–86
 - der Insolvenzgläubiger 87–89
 - des Erben 91, 95 f.
- Selbstorganschaft, Grundsatz der** 32
- Sondervermögen** 21, 54, 85, 119, 202–205
- Insolvenzmasse 89 f.
 - Nachlass 91–95
- Sorgfaltspflicht**
- des Geschäftsleiters 121–124
 - des Insolvenzverwalters 125–133
 - des Testamentsvollstreckers 133–136
- Testamentsvollstrecker**
- Haftung für masseschmälernde Zahlungen 239–248
 - Haftung gegenüber Altgläubigern 223
 - Haftung gegenüber Neugläubigern 195–223
 - Insolvenzverschleppungshaftung 211–223
 - Insolvenzverursachungshaftung 252–255
 - mittelbare Haftung 196–209, 240–241
 - Unternehmensfortführung 27–30, 56–60
- Testamentsvollstreckerlösung, echte** 33, 56–58
- Testamentsvollstreckung**
- Abwicklungs~ 27–28, 72
 - am Personengesellschaftsanteil 31–34
 - Ausweichlösungen 35–56, 98 f., 219
 - Dauer~ 29, 113, 212
 - einzelkaufmännisches Unternehmen 27–30, 56–60
 - Haftungsproblematik 29–34, 81 f., 92–95
 - Organisationsform 91–100, 222
 - Testamentsvollstreckerlösung, echte 33, 56–58
 - Treuhandlösung 46–56, 219
 - Verwaltungs~ 29, 113, 212
 - Vollmachtlösung 35–46
 - Thesaurierung 108–115
 - Treuepflicht 136–147
 - des Geschäftsleiters 136–138, 141 f., 144, 145 f.
 - des Insolvenzverwalters 138 f., 142 f., 144 f., 146 f.
 - des Testamentsvollstreckers 139 f., 143, 145, 147
 - Treuhandlösung 46–56, 219
- Überwachung** 78–79, 131 f., 134, 218
- Unerlaubte Handlung** 164–167, 255–262
- Unternehmen, einzelkaufmännisches** 27–30, 56–60
- Unternehmergesellschaft (UG)** 105–108
- Vergleichsmaßstab** 81–100
- Vermögensaufbringung** 102–108
- Vermögensbindung** 108–115
- Verschwiegenheitspflicht** 145–147
- Verteilungsfehler** 112, 227–231, 251
- Vertrauensschaden der Neugläubiger** 168–171, 208–210
- Verwaltungsvollstreckung** 29, 113, 212
- Vollmachtlösung** 35–46
- Weisungsrecht** 79, 129, 138, 140, 149, 201
- Wettbewerbsverbot** 141–143
- Wrongful trading* 185
- Zahlungsverbot** 224–248
- Zeitliche Grenzen der Unternehmensfortführung** 72–75