

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. Insolvenzerursachung, Existenzvernichtung und Funktionsäquivalente	248
1. Kapitalgesellschaft	249
a) Insolvenzerursachungshaftung 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
ZEVI	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 unselbstständiges 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; *Muscher*, 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 Neumasseverbindlichkeiten 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: MünchKommBGB, § 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.