

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 444

Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft

Unter besonderer Berücksichtigung der Einflüsse
der deutschen Gesamthandslehre und des Preußischen
Allgemeinen Landrechts auf die Rechtsgemeinschaften
des Bürgerlichen Gesetzbuches

Von

Christopher Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPHER SCHMIDT

Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 444

Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft

Unter besonderer Berücksichtigung der Einflüsse
der deutschen Gesamthandslehre und des Preußischen
Allgemeinen Landrechts auf die Rechtsgemeinschaften
des Bürgerlichen Gesetzbuches

Von

Christopher Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahre 2014 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

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-14641-3 (Print)

ISBN 978-3-428-54641-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84641-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*„Was uns obliegt, ist nicht die Lust des Lebens,
auch nicht einmal die Liebe, die wirkliche,
sondern lediglich die Pflicht ...“*

Theodor Fontane: Der Stechlin

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 2014/2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen worden. Das Manuskript wurde im Januar 2014 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2014 berücksichtigt werden.

Den Anstoß für die vorgelegte Untersuchung empfing der Verfasser durch seinen Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hanns Prütting mit der Anregung, die Grundbuchfähigkeit der Erbengemeinschaft unter Berücksichtigung des § 47 Abs. 2 GBO zu untersuchen, wofür ihm ebenso erheblicher Dank geschuldet ist wie für die Einräumung großzügiger Freiräume im Rahmen der Anstellung des Verfassers am Institut für Verfahrensrecht der Universität zu Köln. Dies hat eine zügige Erstellung des Manuskripts überhaupt erst ermöglicht. In diesem Zusammenhang gebührt auch Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald ausdrücklicher Dank für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

In Ansehung der ursprünglich angeregten Thematik ist die vorgelegte Untersuchung dem Verfasser bei der Bearbeitung ersichtlich unter der Hand gewachsen, zeigte sich doch bald, dass die Beurteilung der Grundbuchfähigkeit der Erbengemeinschaft letzten Endes weitaus umfangreichere Vorarbeiten nicht nur hinsichtlich der Frage nach der Rechtssubjektivität der Erbengemeinschaft erforderte, sondern vielmehr noch hinsichtlich der Frage nach der dogmatischen Grundlage der Gesamthand überhaupt. In Ansehung dessen hofft der Verfasser einige in der vorgelegten Arbeit angebrachte Hinweise auf die inhaltliche Beschränkung der Untersuchung gegenüber dem Leser entschuldigen zu können. Nur so war ein weiteres Anschwellen der Ausführungen sowie eine weitere Verlagerung des Untersuchungsschwerpunkts zu vermeiden.

Die in der Untersuchung gewählte Herangehensweise ebenso wie die hier vertretene Auffassung haben es im Übrigen erforderlich gemacht, in einem nicht unerheblichen Umfang namhaften Juristen zu widersprechen sowie mehr als einem Jahrhundert ständiger Rechtsprechung. Sollte es für entsprechende Angriffe über den wissenschaftlichen Diskurs hinaus einer besonderen Rechtfertigung bedürfen, so weiß sie der Verfasser nur in den Worten Lessings zu finden: „Wir widerlegen immer die am liebsten, aus denen wir das meiste lernen. Aus einem kleinen Stolze, meine ich, dass wir doch etwas besser wissen als sie.“ Sofern man letztlich mit Blick auf den heutigen (Still-)Stand der Diskussion hinsichtlich der Dogmatik der Gesamthand sowie der Erbengemeinschaft in Sonderheit den praktischen Wert der nachfolgenden Ausführungen anzweifeln will, so mag dem mit Otto von Gierke entgegengehalten werden, dass „nur Kleinmut den Kampf für höhere Güter [aufgibt], weil eine

Schlacht verloren ging oder weil die Hoffnung dies Sieges nur in weiter Ferne winkt.“ Sollten die vorgelegten Gedanken zum Gesamthandsprinzip und zur Beurteilung der Erbgemeinschaft im Speziellen der Diskussion einen neuen Blickwinkel verleihen und auch nur vereinzelt zu einer kritischen Hinterfragung der herrschenden Anschauung anregen, so ist das Ziel nicht etwa in weite Ferne gerückt, sondern im Gegenteil erreicht.

Hierüber wird bescheidenlich das Urteil der Leserschaft erwartet.

Köln, den 18. Januar 2015

Christopher Schmidt

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	19
A. Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung	19
B. Gang der Untersuchung	21

Teil I

Historische Entwicklung der Gesamthandslehre	23
§ 2 Von der Gesamthand als Trägerin von Rechten und Pflichten	23
A. Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert	24
I. Die Gesamthand als Rechtssubjekt	25
1. Die ‚mystische Person‘ nach Hasse	25
a) Anhänger der Lehre Hasses	26
b) Modifikationen der Theorie von der mystischen Person	27
2. Die ersten Ansätze einer Genossenschaftslehre durch Beseler	28
a) Ausgangspunkt: Die Vergabungen von Todes wegen	28
b) Weiterentwicklung: Die Genossenschaft im ‚Volksrecht und Juristenrecht‘	29
c) Schärfere Abgrenzung der Gemeinschaftsformen: Deutsches Privatrecht	30
3. Die Ausformulierung der Genossenschaftslehre durch Gierke	31
a) Die Wirkungen des personenrechtlichen Bandes bei der Gesamthand ..	32
b) Gestaltung und Grundlagen der Rechtssubjektivität der Gesamthand ..	33
II. Abweichende Auffassungen	35
1. Kritik am deutschen Gesamteigentum	35
2. Kritische und divergierende Stimmen zur Genossenschaftslehre	36
a) Kritik an Beselers Volksrecht und Juristenrecht durch Thöl	36
b) Die vermeintlichen Genossenschaften als bloße Modifikationen und Fortbildungen der societates nach der Theorie von Schmid	37
c) Aufspaltung der genossenschaftlichen Verhältnisse unter societates und universitas durch Gerber	38
d) Heusler: Die Gesamthand als Rechtsprinzip auf Grundlage der communitio	38

B. Die Gesamthandslehre im Bürgerlichen Gesetzbuch	39
I. Aus den Materialien zum BGB	40
1. Motive der Kommission zum ersten Entwurf	40
a) Das Verhältnis der Miterben	40
b) Das Gesellschaftsverhältnis	41
c) Die Gütergemeinschaft	41
d) Zusammenfassung	41
2. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB	42
a) Zur Güter- und Erbengemeinschaft	42
b) Zur Gesellschaft	42
II. Beurteilung in Literatur und Rechtsprechung	43
1. Theorie der geteilten Mitberechtigung	44
a) Dogmatische Grundlage	44
b) Vorrangig bediente Argumente	45
2. Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung	46
a) Dingliche Ausprägung	46
b) Mitgliedschaftliche Ausprägung	48
3. Die Aufgliederungstheorien	49
a) Die Theorie von Engländer	49
b) Die Theorie von Larenz	51
4. Theorie der Subjektsqualität der Gesamthand	53
a) Die ausschließliche Rechtszuständigkeit der Gesamthand nach Kat- tausch	54
b) Die Gemeinschaft nach August Saenger	56
c) Die Unterscheidung von Rechtsperson und Rechtssubjekt durch Schönfeld	58
d) Einheit von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt nach Arwed Blomeyer ..	60
e) Die Gesamthand nach der Auffassung Buchdas	60
f) Die relativ rechtsfähige Gesamthand nach Fabricius	64
g) Betonung der Interdependenzen zwischen Rechts- und Verpflichtungs- trägerschaft durch Hennecke	67
5. Die Gruppenlehre von Flume	69
a) Historische Einordnung und Bedeutung für die Gesamthandslehre ...	69
b) Kerninhalt	70
C. Zusammenfassung	72

Teil 2

Zur rechtlichen Konstruktion der Gesamthand	74
§ 3 Kritische Würdigung der Gesamthandstheorien des BGB	74
A. Grundlegung: Eigentum, subjektives Recht und Rechtszuständigkeit	74
I. Eigentum	74
II. Rechtszuständigkeit und subjektives Recht	76
B. Zur Lehre der ungeteilten Gesamtberechtigung als Grundlage der Gesamthand	76
I. Das Sondervermögen als selbstständiger Vermögensbegriff	77
1. Theorien zum Vermögensbegriff	78
2. Der Vermögensbegriff im Preußischen Allgemeinen Landrecht	79
3. Die Gesamthand als Ausnahme des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und Grundlage eines Vermögensbegriffes im Bürgerlichen Gesetzbuch	80
a) Die Bedeutung des Inbegriffes im BGB	80
b) Zum Einfluss der Kritik Gierkes an dem ersten Entwurf auf den Eigentumsbegriff des BGB	81
c) Erwägungen des Gesetzgebers	81
4. Zwischenergebnis	84
II. Die Vollzuständigkeit der Gesamthänder zu den einzelnen Vermögensgegenständen	84
1. Anklänge an das <i>dominium plurium in solidum</i>	85
2. Übertragung der Kritik am <i>dominium plurium in solidum</i> auf die Lehre der ungeteilten Gesamtberechtigung	86
3. Die Kritik Engländer an der Konstruktion	87
III. Sonderrechtliche Beteiligung mit sachenrechtlichem Gehalt	88
1. Das Wesen der sonderrechtlichen Beteiligung	89
2. Das Sonderrecht in der Genossenschaftstheorie	90
a) Der frühe Gedanke der Vermischung von Allein- und Bruchteilseigentum	91
b) Aufteilung des Eigentumsrechts auf die Gesamtsphäre der Gemeinschaft und die Sondersphäre der Gesellschafter	91
c) Schlussfolgerung	92
3. Zwischenergebnis	93
a) Unzulänglichkeit des Sonderrechts-Gedankens	93
b) Übertragung des Ergebnisses auf die Annahme (vorläufig) unbestimmter Anteilsrechte	94
IV. Die Zuweisung der Vermögensgegenstände an die „Gemeinschaft“	95
V. Mitgliedschaftliche Berechtigung an den Vermögensgegenständen im Sinne Sohms	98
VI. Ergebnis zur Gesamtberechtigungslehre als Grundlage der Gesamthand	99

C. Die Aufgliederungstheorien in der Kritik	101
I. Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft – Konrad Engländer	101
1. Überkommenes Verständnis von subjektivem Recht und Rechtszuständigkeit	101
2. Keine Lösung der Zuständigkeitsproblematik	101
3. Verwischung der Grenze zwischen mitgliedschaftlichen und dinglichen Rechten	102
II. Aufgliederungstheorie nach Karl Larenz	103
1. Keine Lösung der Zuständigkeitsproblematik	103
2. Negierung einer unmittelbaren Berechtigung der Gesamthänder ohne Anerkennung der Rechtssubjektivität der Gesamthand	104
III. Ergebnis zu den Aufgliederungstheorien	105
D. Die Gesamthand als eine modifizierte Form der Bruchteilsgemeinschaft	105
I. Die Vereinbarkeit der Annahme ideeller Bruchteile bei der Gesamthand vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung	106
1. Ursprünge des Gedankens der Unterteilung des Vermögens	106
2. Das Gesamthandseigentum in den frühen Gesetzestexten	107
3. Zur Kritik am ungeteilten deutschrechtlichen (Gesamthands-)Eigentum ..	109
a) Das Vorhandensein von Anteilen als Konsequenz ausstehender Teilung	109
b) Das deutschrechtliche Eigentum als Folge von Verständnisproblemen und Anwendungsfehlern des Römischen Rechts	110
4. Gegenargument: Nebeneinander von geteiltem und ungeteiltem Eigentum	110
5. Zwischenergebnis	112
II. Praktische Erwägungen	112
1. Gutgläubiger Erwerb von Sondervermögensgegenständen	113
2. Verfügung über Nachlassgegenstände	114
3. Ausschluss der Aufrechnungsmöglichkeit	115
4. Ausschluss von Konfusion und Konsolidation	116
5. Anwachsung und Abwachsung	117
6. Der Anteil an einem Vermögensgegenstand im Sondervermögen	119
III. Ergebnis	121
E. Die rechtsfähige Gesamthand	122
I. Zuständigkeit und Anteilsrecht	123
1. Die Gesamthand – Ein Nebeneinander von Gemeinschafts- und Sondersphäre?	123
a) Systemfremdheit der Sonderbeteiligung	124
b) Zur Konsequenz des römisch-rechtlichen Eigentumsbegriffs des BGB für die Sonderrechte der Gesamthänder	126
c) Die Untauglichkeit der Theorie Jürgen Blomeyers	127
d) Zwischenergebnis	127

2. Die Elastizität des Gesamthandsprinzips	128
a) Die Vielfalt mitgliedschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten als Ausdruck der Elastizität des Gesamthandsprinzips	129
b) Modifikation des Anteilsgedankens auf Grundlage der Genossenschaftstheorie	130
c) Zwischenergebnis	131
3. Anteil und Mitgliedschaft	131
a) Der Anteil als vermögensrechtliche Seite der gesamthänderischen Beteiligung	132
aa) Kritik an der Klassifizierung des „Anteils“ durch Flume	132
bb) Zur Argumentation Wiedemanns	133
b) Gleichsetzung von Anteil und Mitgliedschaft	134
II. Die Gesamthand als Rechtssubjekt zwischen natürlicher und juristischer Person	134
1. Rechtspositivistische Aspekte	135
2. Organisation und Willensbildung als Unterscheidungsmerkmale	136
a) Untauglichkeit der Abgrenzungskriterien als Folge der Vielschichtigkeit der Gesamthandsgemeinschaften	136
b) Die Form der Willensbildung Insonderheit	137
3. Haftungsbeschränkung auf das Korporationsvermögen als Eigenheit der juristischen Person?	138
4. Die Struktur der Mitgliedschaft als Unterscheidungskriterium	139
a) Abhängigkeit des Gemeinschaftsverhältnisses vom Willen der Einzelnen	139
b) Selbst- und Dritt- bzw. Fremdorganschaft	140
aa) Die Genossenschaft als Ausnahme vom Prinzip der Fremdorganschaft bei den juristischen Personen	141
bb) Die Mischform der GmbH & Co. KG	143
c) Abhängigkeit vom Mitgliederbestand	144
aa) Unzulässigkeit der Einpersonen-Gesamthand	144
bb) Zum Einwand eines Mindestbestandes an Mitgliedern bei den juristischen Personen	146
cc) Personenmehrheit als Strukturprinzip der Gesamthand	147
5. Zwischenergebnis: Die Gesamthand, ein Rechtssubjekt ohne Rechtspersönlichkeit	149
a) Konstituierender Charakter der Mitgliedschaft	149
b) Zu den Auswirkungen der Alternative: Die Gesamthand als juristische Person vor dem Prinzip der „Einheits-Gesamthand“	149
III. Abgrenzung der Gesamthand von der Bruchteilsgemeinschaft	151
1. Das Anteilsrecht nach der Einheitstheorie	152
2. Unvereinbarkeit der dinglichen Einheitstheorie mit dem Eigentumsbegriff 154	

3. Die Bruchteilsgemeinschaft als Kollisionsgemeinschaft	156
a) Die „Wiederauferstehung“ des dominium plurium in solidum	157
aa) Die Bruchteilsgemeinschaft nach Hilbrandt	157
bb) Die Bruchteilsgemeinschaft nach Madaus	159
b) Eigener Lösungsansatz: Innerrechtliche Befugniskollision bei geteilter Rechtszuständigkeit	160
aa) Vorüberlegung	160
bb) Koordination der Befugnisse durch die verwaltungsgesamthänderi- sche Vereinigung	162
cc) Ausprägungen und Wirkungen der Verwaltungsgesamthand	163
dd) Der Anteil im Sinne des § 747 BGB und die dinglichen Wirkungen der Verwaltungsgesamthand	164
ee) Zur Verfügungsbefugnis	165
ff) Scheidung von Bruchteilsgemeinschaft und Gesamthand	166
4. Zur Notwendigkeit der Einheit des Subjekts	167
a) Wortlaut des § 741 BGB	167
b) Kritik am Ansatz Buchdas und Fabricius	168
c) Kritik an der „Unteilbarkeitslehre“	169
d) Zusammenfassung	170
5. Ergebnis	170
F. Ergebnis zu Teil 2 der Untersuchung	172
I. Zusammenfassung	172
II. Schlussfolgerung – Die Gesamthand als Einheitsprinzip	174

Teil 3

Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft	176
§ 4 Von den Ursprüngen der Erbengemeinschaft im Preußischen Allgemeinen Landrecht	178
A. Die Grundlagen des Allgemeinen Landrechts	179
I. Die Bedeutung des Corpus Juris für das ALR	179
II. Das Verhältnis der Miterben im Römischen Recht	180
B. Die Abweichungen im Preußischen Allgemeinen Landrecht vom Römischen Recht	181
I. Keine Rezeption des Grundsatzes nomina ipso iure divisa sunt	181
II. Der Nachlass in der Rechtsprechung des Obertribunals	182
C. Stellungnahme zur Bedeutung des Allgemeinen Landrechts für die Erbenge- meinschaft des Bürgerlichen Rechts	184
I. Zu den Spuren germanischer Rechtsgedanken im ALR und der Rechtspre- chung des Obertribunals	185
II. Zum Einfluss auf die Erbengemeinschaft des BGB	186

III. Die Bedeutung der Obertribunals-Rechtsprechung für das Verständnis des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens 187

§ 5 Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft in der Rechtsprechung des BGH 188

A. Zur Übertragung der Gruppenlehre auf die Erbengemeinschaft 188

I. Die Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der ARGE „Weißes Ross“ 189

1. Die historische Auslegung und der Wortlaut des Gesetzes hinsichtlich der Berechtigung der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Vermögensgegenständen 190

2. Konzeptionelle Schwächen der gesamtschuldnerischen Haftung nach der Lehre der ungeteilten Gesamtberechtigung 191

 a) Der Konflikt zwischen Leistungspflicht und Leistungsfähigkeit 191

 aa) Die Gesamthandsklage 192

 bb) Die Gesamtschuldklage 192

 b) Verwässerung der Grenzen zwischen Schuld und Haftung 194

 c) Kontinuität der Rechtsverhältnisse 196

3. Prozessuale Wirkungen der Anerkennung der Rechtssubjektivität 197

 a) Parteifähigkeit als Konsequenz der Rechtssubjektivität 197

 b) Die Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft 198

 aa) Praktikabilität kontra dogmatische Konstruktion 199

 bb) Die Vereinbarkeit der Gesamthandsgemeinschaft als Prozesspartei unter eigenem Namen mit dem Gesetz 200

 c) Mängel der Streitgenossenschaftslösung nach traditioneller Auffassung

 aa) Übertragung der Kritik auf das Auftreten der Erbengemeinschaft im Prozess 203

 bb) Praktische Anwendung 204

 (1) Mitgliederwechsel vor Titelerrichtung 204

 (2) Mitgliederwechsel nach Titelerrichtung 205

 d) Vollstreckung in das Gesamthandsvermögen 207

4. Ergebnis 209

II. Die Entscheidung des BGH vom 11.09.2002 211

1. Gesetzliche Begründung 213

 a) Der Entstehungsgrund der Gesamthand in der Genossenschaftstheorie 214

 b) Die vermeintliche „Ambivalenz“ der Genossenschaftstheorie und Gruppenlehre 214

 c) Tatsächliche Berücksichtigung der gesetzlichen Begründung 217

 aa) Veräußerbarkeit der Mitgliedschaft 217

 bb) Haftungsmaßstab 218

 d) Zwischenergebnis 219

2. Mangelnde Dauerhaftigkeit und Ausrichtung auf Auseinandersetzung ... 220

 a) Das Merkmal der Dauerhaftigkeit 220

 b) Die Ausrichtung auf Auseinandersetzung 224

3. Unzureichende Handlungsorganisation	226
a) Der gemeinschaftliche Handlungszweck	227
b) Gegenüberstellung der Handlungsorganisation von Erbengemeinschaft und Gesellschaft	229
c) Das Verhältnis von § 2038 zu § 2040 Abs. 1 BGB	232
aa) Beurteilung in Literatur und Rechtsprechung	232
bb) Eigene Beurteilung	234
d) Zwischenergebnis – Die Handlungsorganisation der rechtsfähigen Er- bengemeinschaft	239
aa) Zusammenfassung	239
bb) Einfluss auf die Regelungswirkung des § 2039 BGB	241
4. Ergebnis	242
III. Zu den Auswirkungen der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungs- eigentümergeinschaft auf die Erbengemeinschaft	243
1. Entscheidung des BGH vom 02.06.2005	243
2. Keine Übertragung der Entscheidung auf die Erbengemeinschaft	244
B. Zusammenfassung	246
§ 6 Die Teilnahme der Erbengemeinschaft am Rechtsverkehr – Eine Auswahl relevanter Problembereiche	247
A. Die Erbengemeinschaft gemessen an den Kriterien der „organisierten Rechts- person“	248
I. Handlungsorganisation	248
II. Identitätsausstattung	251
III. Haftungsverband	253
1. Vorliegen eines Haftungsverbands	253
2. Ausgestaltung des Haftungsverbands	253
a) Überflüssigkeit der Regelungen zur Haftungserstreckung für den Erb- schaftskäufer	254
b) Aufhebung der Asynchronität zwischen Leistungspflicht und Leis- tungsvermögen	255
c) Surrogation und Vertretungsmacht	255
aa) Der Umfang der Beziehungssurrogation nach § 2041 BGB	256
bb) Die Verpflichtung der Erbengemeinschaft durch Nachlasserb- verbindlichkeiten	258
cc) Ergebnis	262
d) Umkehrung der Haftungsordnung nach § 1978 BGB	263
IV. Ergebnis	264
B. Grundbuchfähigkeit	264
C. Die Verbrauchereigenschaft von Gesamthandsgemeinschaften am Beispiel der Erbengemeinschaft	269
D. Zusammenfassung	272

§ 7 Fazit	273
A. Erste Erkenntnis	273
B. Zweite Erkenntnis	275
C. Dritte Erkenntnis	276
Literaturverzeichnis	278
Sachwortverzeichnis	297

§ 1 Einleitung

A. Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung

„Was bedeutet diese gesamte Hand?“ Diese Frage warf Otto von Gierke im Jahre 1900 knapp ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches und nach einem bis dahin bereits über 200 Jahre andauernden Streit um die Rechtsnatur deutschrechtlicher Rechtsgemeinschaften in seinem Vortrag vor der Berliner Juristischen Gesellschaft auf.¹ Seine Vermutung, dass „hierüber wohl noch manche Fehde entbrennen“ werde, sollte sich bewahrheiten. Dies darf nicht verwundern, denn es ist wohl unbestritten, dass die Theorie der Gesamthand zu den schwierigsten und umstrittensten Fragen der Zivilrechtsdogmatik gehört² und zu einer beinahe uferlosen und kaum erfassbaren Anzahl von Äußerungen geführt hat.³

Bei weiterer Betrachtung der Entwicklung der Gesamthandslehre kommen allerdings Zweifel auf, ob auch die Vorsehung Weber-Grellets, dass der Streit „alle Aussichten besitzt, auch noch das 21. Jahrhundert zu erleben“,⁴ vollumfänglich eingetreten ist. Es scheint vielmehr, dass mit dem Anbruch des neuen Jahrhunderts der Streit um das Wesen des Gesamthandsprinzips nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁵ und der Ablehnung der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft durch den BGH⁶ zu einem vorläufigen Stillstand gekommen ist, jedenfalls unterschiedliche Richtungen eingeschlagen hat. Tatsächlich ist es bereits seit den 1970er-Jahren auf dem Felde der monographischen Bearbeitungen erstaunlich ruhig um die Problematik geworden. Zwar erschienen um die und seit der Jahrtausendwende einige Arbeiten zu der Thematik, diese behandelten jedoch entweder nur einzelne Ausprägungen der Gesamthand⁷ oder sie hatten sich nicht zum Ziel gesetzt, die Gesamthand zu ergründen und Lösungsansätze für das Gesamthandsprinzip als solches zu liefern.⁸ Die letzten hervorstechenden monographischen Bearbeitungen, die sich schwerpunktmäßig

¹ Gierke, ArchBürgR 19, 114.

² K. Schmidt, S. 196.

³ Prütting, in: FS Wiedemann, S. 1178.

⁴ Weber-Grellet, AcP 182, 316 (320).

⁵ BGH, Urteil v. 29.01.2001 – Az.: II ZR 331/00 = NJW 2001, 1056.

⁶ BGH, Urteil v. 11.09.2002 – Az.: XII ZR 187/00 = NJW 2002, 3389.

⁷ Vgl. statt vieler Wertenbruch, [passim]; Dauner-Lieb, [passim].

⁸ Tolani, [passim], die die Anerkennung der Rechtsfähigkeit von Vereinigungen anhand von Argumenten der Sachgesetzlichkeit und den Anforderungen an eine zulässige Rechtsfortbildung misst; Ascheuer, [passim] die den Wert der historischen Auslegung für die Ermittlung der dogmatischen Grundlage der Gesamthand untersucht.

mit dem Gesamthandsprinzip auseinandersetzen, stammen von Schulze-Osterloh,⁹ Hennecke¹⁰ und freilich von Flume.¹¹ Nach aktuellem Stand in Rechtsprechung und Literatur gleicht die Gesamthandsdogmatik mehr einem Flickenteppich als einem dogmatisch sauberen Stückwerk. Insbesondere im Gesellschaftsrecht hat man sich im Zuge der Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR vom 29.01.2001 weitestgehend von dem Streit gelöst und stellt bei Beurteilung der Rechtsfähigkeitsproblematik der GbR vorrangig darauf ab, ob durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit „sachgerechte Problemlösungen erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht werden.“ Eine einheitliche Betrachtung wird unter Außerachtlassung des historischen Hintergrundes und der gesetzgeberischen Vorstellungen teilweise offen abgelehnt.¹² Man glaubt vielmehr eine „Abstufung“ in dem Modell zu erkennen.¹³ Hinsichtlich der weiteren Gesamthandsgemeinschaften des bürgerlichen Rechts, Güter- und Erbengemeinschaft, begnügt man sich mit der nebulösen Feststellung, dass Eigentümer des Sondervermögens die Mitglieder in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit seien, ohne jedoch dieser Verbindung Rechtsfähigkeit beizumessen.¹⁴ Eingehendere Auseinandersetzungen mit dieser gesamthänderischen Verbundenheit, insbesondere der Frage nach deren Einpassung in das sachenrechtliche Gefüge des BGB sucht man vergebens. Aktuelleren Anläufen,¹⁵ das „Erbgut“ der Erbengemeinschaft als Gesamthand zu „entschlüsseln“, wird unterstellt, den Gedanken zu wecken, ob nicht die Rechtswissenschaft Besseres zu tun habe;¹⁶ eine Befassung mit der dogmatischen Grundlage der Gütergemeinschaft wird mit dem Prädikat „sinnloser Konstruktivismus“¹⁷ von vornherein im Keim erstickt.

Aber kann denn, so wird sich manch einer fragen, dem die durch Rechtsprechung und Literatur herbeigeführte Rechtszersplitterung bei den Gesamthandsgemeinschaften nicht als Endzustand erscheinen kann, die dogmatische Ergründung eines jahrhundertealten germanischen Rechtsinstituts wie der Gesamthand sinnlos sein? Und bedarf es denn, um das bisher jüngste Opfer zu nennen, einer besonderen Rechtfertigung, wenn die Erbengemeinschaft als die der germanischen, gesamthänderisch gebundenen Hausgemeinschaft nahestehendste Rechtsgemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches in den Mittelpunkt der Untersuchung gerückt wird?

⁹ *Schulze-Osterloh*, [passim] Die Untersuchung *Schulze-Osterlohs* wird hier bis auf einige Quellenverweise nicht eingehender behandelt, da seine Arbeit den Versuch, die Anteile bei der Rechtsteilung zu erfassen, als gescheitert betrachtet und sich daher auf die Beschreibung ihrer Funktion beschränkt. Vgl. dazu *Schnorr*, S. 74, der diese Vorgehensweise zu Recht als eine „Selbstaufgabe der Dogmatik“ bezeichnet.

¹⁰ *Hennecke*, Sondervermögen.

¹¹ *Flume*, [passim]. Freilich handelt es sich bei dem Werk um ein Lehrbuch, welches jedoch beinahe durchgehend monographischen Charakter aufweist.

¹² *Reuter*, AcP 207, 673 (677 f.) m.w.N.

¹³ *K. Schmidt*, S. 201.

¹⁴ Vgl. § 2 B. II. 2.

¹⁵ *Ann*, [passim]; *Eberl-Borges*, [passim].

¹⁶ *K. Schmidt*, AcP 205, 305 (339).

¹⁷ *K. Schmidt*, S. 201.

Wer glaubt, diese Fragen mit einem „Ja“ beantworten und den Streit um die Theorie der Gesamthand sowie der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft angesichts der Festschreibung der unterschiedlichen rechtlichen Einordnung der Gesamthandsgemeinschaften bzw. der Ablehnung der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft durch den BGH¹⁸ als ausgeschlossen betrachten zu können, der irrt. Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft hat der BGH in einem vor dem Hintergrund des eingangs bereits gezeichneten Umfangs der Streitigkeiten um das Wesen der Gesamthandsgemeinschaften erstaunlich kompakten Umfang unter Verweis auf die Dauer ihrer Existenz, ihren Entstehungsgrund sowie die Ausgestaltung ihrer Handlungsorganisation abgelehnt. Dies kann aus vielerlei Gründen nicht befriedigen und spiegelt die Problemschwerpunkte der nachfolgenden Untersuchung wieder: In seiner Entscheidung hat der BGH auf der einen Seite ohne tragende Begründung einen Keil in die einheitliche Beurteilung der Gesamthandsgemeinschaften getrieben, ohne eine tragfähige dogmatische Grundlage für das Gesamthandsprinzip bei der Erbengemeinschaft zu liefern, und sich mit seiner Begründung auf der anderen Seite in Widerspruch nicht nur zu Entscheidungen begeben, die die Binnenstruktur der Erbengemeinschaft zu Gunsten einer reibungslosen Teilnahme am Rechtsverkehr veränderten, sondern auch zu den übrigen Grundsatzentscheidungen die Rechtsfähigkeit von Personenverbindungen betreffend.¹⁹

In Ansehung der Mängel in der BGH-Rechtsprechung und der ihr zugrundeliegenden Literatur ist es Ziel der vorliegenden Untersuchung, zum einen eine einheitliche dogmatische Grundlage des Gesamthandsprinzips aufzuzeigen, die auf sämtliche Gesamthandsgemeinschaften Anwendung zu finden vermag und insbesondere mit den sachenrechtlichen Grundprinzipien des BGB nicht im Widerspruch steht. Zum anderen, die Erbengemeinschaft als der Gesamthandsgemeinschaft, die durch die aktuelle Rechtsprechung für die Zersplitterung des Gesamthandsrechts steht und die auf Grund des ungemindert steigenden Erbaufkommens mittlerweile wohl die bedeutendste der BGB-Gesamthandsgemeinschaften ist,²⁰ einer umfassenden Würdigung hinsichtlich ihrer Besonderheiten zu unterziehen. Dabei werden nicht nur die in Rechtsprechung und Literatur angebrachten Einwendungen gegen die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft zu berücksichtigen, sondern insbesondere die wichtigsten Konsequenzen, die aus der Übertragung des erarbeiteten Gesamthandsprinzips folgen, aufzuzeigen sein.

B. Gang der Untersuchung

Gemäß dem Titel der vorliegenden Arbeit liegt ihr Untersuchungsschwerpunkt bei der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft. Gleichwohl lässt sich der zuvor erfolgten Darstellung der Problemstellung und des Gegenstands der Untersuchung entnehmen,

¹⁸ BGH, Beschl. v. 17.10.2006 – Az.: VIII ZB 94/05 = NJW 2006, 3715; BGH, Urteil v. 11.09.2002 – Az.: XII ZR 187/00 = NJW 2002, 3389.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 02.06.2005 – Az.: V ZB 32/05 = NJW 2005, 2061; BGH, Urteil v. 29.01.2001 – Az.: II ZR 331/00 = NJW 2001, 1056.

²⁰ *Ann*, in: Hausmann/Hohloch, Handbuch des Erbrechts, S. 1399 Rn. 1.