

# Inhaltsverzeichnis

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

## *Teil I*

### **Historische Entwicklung der Gesamthandslehre** .....

§ 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 societas nach der Theorie von Schmid .....	37
c) Aufspaltung der genossenschaftlichen Verhältnisse unter societas 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

<b>Zur rechtlichen Konstruktion der Gesamthand</b>	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 dominium plurium in solidum	85
2. Übertragung der Kritik am dominium plurium in solidum auf die Lehre der ungeteilten Gesamtberechtigung	86
3. Die Kritik Engländerns 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 Gemeinschaftler	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. Fremdorganshaft	140
aa) Die Genossenschaft als Ausnahme vom Prinzip der Fremdorganshaft 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 verwaltungsgesamthänderische 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

<b>Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft</b>	<b>176</b>
§ 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 Erbengemeinschaft des Bürgerlichen Rechts	184
I. Zu den Spuren germanischer Rechtsgedanken im ALR und der Rechtsprechung 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 .....	202
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 Erbengemeinschaft	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 Wohnungseigentümergeinschaft 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 Rechtsperson“	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 Erbschaftskäufer	254
b) Aufhebung der Asynchronität zwischen Leistungspflicht und Leistungsvermögen	255
c) Surrogation und Vertretungsmacht	255
aa) Der Umfang der Beziehungssurrogation nach § 2041 BGB	256
bb) Die Verpflichtung der Erbengemeinschaft durch Nachlassverbindlichkeiten	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
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>278</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	<b>297</b>