

Verena Heid

Die GbR als Erbin



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Die GbR als Erbin

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen

vorgelegt von
Verena Isabel Heid
aus Stuttgart

2011

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.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2011

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2011

978-3-86955-694-9

Dekanin:	Prof. Dr. Barbara Remmert
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Gottfried Schiemann
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Jan Thiessen
Tag der mündlichen Prüfung:	7. Februar 2011

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2011

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2011

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-694-9

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 bei der juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation eingereicht. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Oktober 2009 berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Schiemann in Tübingen, der die Dissertation mit weit überdurchschnittlichem Zeitaufwand betreut hat und mir stets mit wertvollen facettenreichen Ratschlägen und Anregungen zur Seite stand. Er hat damit wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Thiessen in Tübingen, der innerhalb kürzester Zeit das Zweitgutachten anfertigte.

Vielen Dank auch an Frhr. Kurt von Poelnitz und Dr. Christian von Busse, die es mir ermöglicht haben diese Arbeit neben meiner Tätigkeit für die Rechtsabteilung der IBM Deutschland GmbH fertig zu stellen. Besonders danken möchte ich Dr. Marcus Pohl, der den nötigen Druck aufgebaut hat auch zu einem Ende zu kommen.

Ganz besonders danken möchte ich meinen Eltern Wilma und Helmut Heid, die mir die Ausbildung ermöglicht, mich stets gefördert und auch in schwierigen Zeiten immer liebevoll unterstützt haben. Auch meinen Großeltern Margot und Willi Heckes danke ich herzlich für ihren Rückhalt. Liebevollen Dank auch an meine Schwester Christiane Heid, die mich durch ihre einmalige Art immer wieder motiviert, aufgemuntert und bestärkt hat das Ganze durchzuziehen. May the 4th...!

Aus tiefstem Herzen danke ich meinem zukünftigen Ehemann Silvio Möller, der stets an mich geglaubt hat und mich immer wieder ermutigt hat dieses Projekt zu beenden. Er ist mein bester Freund und meine bessere Hälfte.

Mein größter Dank gilt meinem Onkel Hans Heid und meinem Onkel Werner Heid, ohne deren finanzielle Unterstützung das Studium und diese Arbeit niemals möglich geworden wären. Ihnen ist daher die vorliegende Arbeit von ganzem Herzen gewidmet.

Esslingen, März 2011

Verena Heid

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis.....	V
Literaturverzeichnis.....	XI
§ 1 Einleitung	1
I. Zur Problemstellung der Untersuchung	1
II. Gründe für die Erbeinsetzung einer GbR.....	2
§ 2 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	4
I. Die Entwicklung der GbR	4
II. Die GbR heute	5
§ 3 Die Grundlage der Untersuchung: Die Rechtsfähigkeit der GbR.....	8
I. Der Begriff der Rechtsfähigkeit	8
II. Die Entwicklung der Literatur.....	8
1.) Die moderne Gesamthandslehre	9
2.) Die traditionelle Gesamthandsdoktrin	12
III. Die Entwicklung der Rechtsprechung bis zum 29. Januar 2001	14
IV. Die Entscheidung am 29. Januar 2001	16
1.) Die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR	16
2.) Beschränkung auf bestimmte GbR	19
3.) Ist auch die Erbengemeinschaft rechtsfähig?	22
4.) Abschied von der Unterscheidung Gesamthand und juristische Person?.....	25
§ 4 Die Erbfähigkeit der GbR	27
I. Annahme 1: Die GbR besteht zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits	28
1.) Der Erblasser ist an der GbR X nicht beteiligt.....	28
Beispiel 1:	28
Beispiel 2:	28
a) Die Behandlung der Erbfähigkeit vor der Entscheidung vom 29.1.2001	30
(1) Ablehnende Auffassungen zur Erbfähigkeit der GbR vor dem 29.1.2001	30
(2) Befürworter der Erbfähigkeit der GbR vor dem 29.1.2001	32
b) Die Behandlung der Erbfähigkeit nach der Entscheidung des BGH vom 29.1.2001	33
(1) Ablehnende Auffassungen zur Erbfähigkeit der GbR nach dem 29.1.2001	33
(2) Befürworter der Erbfähigkeit der GbR nach dem 29.1.2001	35
c) Eigene Auffassung zur Erbfähigkeit der GbR	37
Beispiel 3:	40
Beispiel 4:	43
Beispiel 5:	44
Beispiel 6:	46
(1) Selbständige und unselbständige Stiftung	46
(2) Gesellschaftsrechtliche Ersatzformen.....	48
(3) Die Stiftungs-GbR	51
(4) Der anglo-amerikanische Trust	54
(5) Der trust als Instrument der Nachfolgeplanung auch in Deutschland?	57
(6) Zusammenfassung	61
2.) Der Erblasser E ist an der GbR X beteiligt.....	62

Beispiel 7:.....	62
Beispiel 8:.....	63
Beispiel 9:.....	64
Beispiel 10:.....	65
Beispiel 11:.....	69
II. Annahme 2: Die GbR besteht zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht	71
1.) 1. Möglichkeit: Die GbR entsteht bereits mit dem Tod des Erblassers.....	71
Beispiel 12:.....	71
Beispiel 13:.....	75
2.) 2. Möglichkeit: Universalvermächtnis	77
Beispiel 14:.....	77
3.) 3. Möglichkeit: eine testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel.....	78
Beispiel 15:.....	78
a) Mögliche gesellschaftsrechtliche Probleme	79
b) Mögliche erbrechtliche Probleme.....	80
(1) Möglicher Verstoß gegen § 1923 I.....	80
(2) Die Verhinderung der Erbaueinandersetzung durch die Gründung einer GbR	81
(a) Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft.....	81
(b) Gesellschaftsgründung als Ausschluss der Auseinandersetzung gem. § 2044 BGB	82
(c) Gründung einer GbR / Umwandlung in eine GbR als Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft	83
(d) Ergebnis	87
(3) Die erbrechtliche Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel	90
(a) Abgrenzung der einzelnen Verfügungstypen	90
(b) Die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel als Teilungsanordnung.....	92
(c) Die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel als Vermächtnis	94
(d) Differenzierung.....	96
(e) Die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel als Auflage.....	97
(aa) Inhalt der Auflage.....	97
(bb) Gesellschaftsgründungsklausel als Auflage?.....	98
- Stellt die Gesellschaftsgründungsklausel einen unzulässigen Eingriff in die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft dar?.....	99
(cc) Die Vollziehungsberechtigung gem. § 2194 BGB.....	100
(dd) Die Lösung Strothmanns.....	104
(ee) Zusammenfassung	105
(f) Absicherung durch Einfügen einer Bedingung	105
(g) Ergebnis	108
(4) Sonstige mögliche Probleme	108
(a) Vereinbarkeit mit den Schranken der Privatautonomie.....	108
(aa) Vereinbarkeit mit Art. 9 I GG	108
(bb) Vereinbarkeit mit § 138 I BGB.....	109
(b) Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit	111
(aa) Durch konkret zwingende Normen	111
(bb) Außerhalb konkret zwingender Normen.....	112
(5) Ergebnis zur Gesellschaftsgründungsklausel.....	113
§ 5 Weitere Probleme, die sich aus der Erbeinsetzung der GbR ergeben könnten	114
I. Pflichtteilsrecht bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung	114
Beispiel 16:.....	116
1.) Lösungsansatz der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise	116
2.) Lösungsansatz der gesellschaftsrechtlichen Betrachtungsweise	117

a)	Gesellschafterstellung als Zuwendung	118
	Beispiel 17:	118
	Beispiel 18:	118
b)	Treuepflicht des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters, den Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen	122
3.)	Lösungsansatz der rein erbrechtlichen Betrachtungsweise	123
4.)	möglicher vermittelnder Lösungsvorschlag	125
a)	Umgehung der Ungleichbehandlung durch Verweigerung des Pflichtteilsanspruchs ..	
	126
b)	Vermeidung der Ungleichbehandlung durch Anrechnung der Ausschüttungen bzw. Abfindungen auf den Pflichtteil	127
c)	Fazit	129
II.	Auswirkungen der Erbnunwürdigkeit einzelner Gesellschafter auf die GbR	130
	Beispiel 19:	130
1.)	Die Erbnunwürdigkeit	130
2.)	Die Erbnunwürdigkeit der GbR „selbst“	132
a)	Die GbR wird erst mit dem Erbfall gegründet	132
b)	Die GbR besteht bereits vor dem Erbfall	133
3.)	Die Erbnunwürdigkeit einzelner Gesellschafter	134
4.)	Auswirkungen der Erbnunwürdigkeit der einzelnen Gesellschafter auf die Erbnunwürdigkeit der Gesellschaft	134
a)	Die Erbnunwürdigkeit eines Gesellschafters bewirkt die Erbnunwürdigkeit der Gesellschaft	134
1.)	Analogiefähigkeit des § 2339 BGB	135
2.)	Vergleichbarkeit mit anderen Fällen	135
3.)	Die Entstehungsgeschichte der Unwürdigkeitsgründe	136
4.)	Extensive Auslegung der Erbnunwürdigkeitsgründe	137
b)	Auswirkung der Undankbarkeit bei einer Schenkung an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts	138
	Beispiel 20:	138
c)	Auswirkungen der Undankbarkeit bei der Schenkung eines Gesellschaftsanteils ..	139
	Beispiel 21:	139
	Beispiel 22:	140
d)	Konsequenz für den Erblasser	141
5.)	Ergebnis zu II	142
III.	Gestaltung des Vorkaufsrechts der Miterben	142
1.)	Vorkaufsrecht der Miterben	142
2.)	Vorkaufsrecht bei Gesellschaften als Miterben	144
a)	Vorkaufsrecht der Miterben beim Verkauf eines Anteils am Nachlass eines verstorbenen Miterben	144
b)	Analoge Anwendung des § 2034 BGB für den Fall des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen von Gesellschaftern einer Erben-Gesellschaft	146
(1)	Ähnlichkeit der Sachverhalte	146
(2)	Zweck des § 2034 BGB	150
(3)	Anderweitiger Gesellschafterwechsel in der Erben-GbR	151
(4)	Auswirkungen auf eine analoge Anwendung von § 2034 BGB	152
(3)	Ergebnis	153
IV.	Wie wird die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer GbR vorgenommen?	153
1.)	Die Verwaltungstestamentsvollstreckung	153

2.) Die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer juristischen Person ..	154
3.) Die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ..	155
4.) Ergebnis ..	157
V. Unterschiedliche Haftung in Gesellschaftsrecht und Erbrecht ..	157
1.) Haftung der Gesellschaft ..	158
2.) Haftung von Gesellschaftern ..	158
3.) Haftung von Erben ..	160
4.) Übereinstimmung der Haftung in Gesellschaftsrecht und Erbrecht – Stehen beide Systeme im Widerspruch zueinander? ..	162
a) Die Haftung der GbR als Erbin ..	163
b) Die Nachhaftung ..	164
c) Das Zusammenspiel der Haftung in Gesellschaftsrecht und Erbrecht ..	166
5.) Ergebnis ..	167
§ 6 Schlussbetrachtung ..	169

Literaturverzeichnis

- Ann, Christoph Die Erbengemeinschaft, 2001,
zit.: Ann, Die Erbengemeinschaft
- Ders., Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, JA 2001, S. 441
- Ders., Anmerkung zu BGH MittbayNot 2001, S. 192,
MittbayNot 2001, S. 197
- Anwaltskommentar BGB Band 5: Erbrecht, von Barbara Dauner-Lieb, Thomas
Heidel, Gerhard Ring, Ludwig Kroiß, Christoph Ann,
Jörg Mayer
Zit.: Anwaltskommentar BGB – Erbrecht/Bearbeiter
- Arzt, Gunther Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962
Zit.: Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht
Denkenden
- Bächstädt, Peter Die unselbständige Stiftung des Privatrechts, 1966
Zit.: Bächstädt, Die unselbständige Stiftung des
Privatrechts
- Bamberger, Heinz Georg
Roth, Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage,
2008,
Zit.: Bamberger/Roth
- Bartholomeyczik, Horst Das Gesamthandsprinzip beim gesetzlichen
Vorkaufsrecht der Miterben, in Festschrift für Hans Carl
Nipperdey,
Zit.: Das Gesamthandsprinzip beim gesetzlichen
Vorkaufsrecht der Miterben in FS Nipperdey
- Baumbach, Adolf,
Hopt, Klaus J. Handelsgesetzbuch Kommentar,
34. Auflage 2010
Zit.: Baumbach/Hopt HGB
30. Auflage
zit.: Baumbach/Hopt HGB 30. Auflage
- Bergmann, Andreas Die BGB-Gesellschaft als persönlich haftender
Gesellschafter in oHG und KG, ZIP 2003, S. 2231
- Biedermann, Klaus Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts,
dargestellt an ihrem Vorbild, dem trust des Common
Law (unter Berücks. d. Gesetzes betreffend d.
Treuunternehmen), 1981
Zit.: Biedermann, Biedermann, Die Treuhänderschaft des
liechtensteinischen Rechts

- Birke, Wolfgang Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, 1968
Zit.: Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen
- Boehmer, Gustav Zur Reform des Pflichtteilsrechts, AcP 144 (1938) S. 249
- Bogert, George Gleason Handbook of the Law of Trusts, 1975
Bogert, Handbook of the Law of Trusts
- Boin, Kai T. Die Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – eine never ending story?, GmbHR 2001, S. 513
- Breitschmid, Peter Trust und Nachlassplanung in FS Heini, 1995
Zit.: Breitschmid, Trust und Nachlassplanung, in FS Heini
- Breuninger, Gottfried E., Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr, 1991,
zit.: Breuninger, Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr
- Brodersen, Kilian Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften, 1988
Zit.: Brodersen, Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften
- Brox, Hans Erbrecht, 22. Auflage 2007
Zit.: Brox, Erbrecht
- Buchda, Gerhard von, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, 1936,
zit.: Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre
- Buchner, Herbert, Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP 169, 1969, S. 483
- Bürgerliches Gesetzbuch Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes: Grosskommentare der Praxis. Band 2 /Tl 4. §§ 631-811 12. Auflage 1978
Zit.: RGRK/Bearbeiter
- Bydlinski, Franz Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986
Zit.: Bydlinski, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht

- Canaris, Claus-Wilhelm Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971
Zit.: Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht
- Coing, Helmut Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, JZ 1962, S. 529
- Ders., Übernahme des trust in unser internationales Privatrecht, in Festschrift Heinsius, 1991, S. 79
Zit.: Coing, Übernahme des trust in unser internationales Privatrecht, in FS Heinsius, S. 79
- Cordes, Albrecht Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf dem Weg zur juristischen Person?, JZ 1998, S. 545
- Czermak, Peter Der Express Trust im Internationalen Privatrecht, 1986
Zit.: Czermak, Express Trust
- Danckwerth, Richard Das Recht der unselbständigen Stiftungen, 1908
Danckwerth, Das Recht der unselbständigen Stiftungen
- Daragan, Hanspeter Trusts und gespaltenes Eigentum, ZEV 2007, 204
- Dauner-Lieb, Barbara, Unternehmen in Sondervermögen, 1998,
zit.: Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen
- Dies., Das „weisse Roß“-Urteil des BGH vom 29. 1.2001 zur Bgb-Gesellschaft – Rechtsdogmatische Konsequenzen in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001, VGR 5 (2002) S. 124
- Dies., Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft, DStR 2001, S. 356
- David, Heinrich Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand, nach englisch-amerikanischen Rechte, 1926
Zit.: David, Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand, nach englisch-amerikanischen Rechte
- Derleder, Peter, Die Aufgabe der monistischen Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Verleihung der Rechtsfähigkeit, BB 2001, S. 2458
- Dernburg, Heinrich
Engelmann, Arthur Deutsches Erbrecht, 3. Auflage 1911
Zit.: Dernburg/Engelmann, Deutsches Erbrecht
- Deutscher Erbrechtskommentar, hrsg. von der Deutschen Gesellschaft für Erbrechtswissenschaften e.V., 2010
zit.: Dt. Erbrechtskommentar/Bearbeiter

- Dittmann Testament und Erbvertrag: Handkommentar mit Gestaltungsvorschlägen für die kautelarjuristische Praxis / herausgegeben von Wolfgang Reimann, 3. Auflage 2000
Zit.: Dittmann, Testament und Erbvertrag
- Dreier, Horst Grundgesetz: Kommentar / hrsg. von Horst Dreier, 2. Auflage 2010
Zit.: Dreier/Bearbeiter, Grundgesetz
- Düringer, Adelbert
Hachenburg, Max Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 1932
Zit.: Düringer/Hachenburg/Bearbeiter, HGB
- Ebenroth, Carsten Th., Erbrecht, 2002,
zit.: Ebenroth, Erbrecht
- Eberl-Borges, Christina, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft nach dem Urteil des BGH vom 29.1.2001 zur Rechtsfähigkeit der (Außen-) GbR, ZEV 2002, S. 125
- Ebersbach, Harry Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972
Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts
- Eckert, Jörn Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), S. 337
- Ehrenkönig, Ernst-Michael Die Erbenhaftung – ein Vorschlag zur Neuregelung 1991
Zit.: Ehrenkönig, Die Erbenhaftung
- Eidenmüller, Horst Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, JA 1991, S. 150
- Eisenhardt, Ulrich Gesellschaftsrecht, 14. Auflage 2009
Zit.: Eisenhardt, Gesellschaftsrecht
- Elsing, Siegfried, Alles entschieden bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts? – Die Rechtsprechung zwischen Mosaik- und Meilensteinen, BB 2003, S. 909
- Erdmann, Marcus Einzelzuwendungen an Miterben – Die Abgrenzung von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, 2001
Zit.: Erdmann, Einzelzuwendungen an Miterben
- Enneccerus, Ludwig
Nipperdey H.C. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, allgemeiner Teil 1931
Zit.: Enneccerus / Nipperdey

- Esch, Günther
Baumann, Wolfgang
Schulze zur Wiesche, Dieter,
Handbuch der Vermögensnachfolge, Bürgerlich-
rechtliche und steuerliche Gestaltung der
Vermögensnachfolge von Todes wegen und unter
Lebenden, 6. Auflage 2001
Zit.: Esch, Baumann, Schulze zur Wiesche, Handbuch
der Vermögensnachfolge
- Esch, Günter
Die Nachlaßzugehörigkeit vererbter
Personengesellschaftsbeteiligungen, NJW 1984, 339
- Ders.,
Einheitlichkeit der Personengesellschaftsbeteiligung, BB
1993, 664 ff
- Ders.,
Das Dogma der Einheitlichkeit der
Personengesellschaftsbeteiligung, BB 1996, 1621 ff
- Erman, Walter
Westermann, Harm Peter
Handkommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch,
10. Auflage 2000
zit.: Erman/Westermann. 10. Auflage
12. Auflage 2008
Zit.: Erman/Westermann
- Exner, Monika
Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im
deutschen und im französischen Recht, 1994
Zit.: Exner, Die Auseinandersetzung der
Erbengemeinschaft im deutschen und im französischen
Recht
- Fabricius, Fritz,
Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963,
zit.: Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit
- Fischer, Robert
Identitätswahrende Umwandlung einer
Erbengemeinschaft in eine Personengesellschaft, DNotZ
1955, S. 182
- Flume, Werner,
Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136, 1972, S. 177
- Ders.,
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Erster Band, Erster Teil: Die Personengesellschaft, 1977,
zit.: Flume, Die Personengesellschaft
- Ders.,
Die Erbennachfolge in den Anteil an einer
Personengesellschaft und die Zugehörigkeit des Anteils
zum Nachlaß, NJW 1988, S. 161

- Ders., Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters in Festschrift Schilling, S. 23, Zit.: Flume, Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer beim Tode eines Gesellschafters, in FS Schilling, S. 23
- Frank, Rainer
Helms, Tobias Erbrecht, 5. Auflage 2010,
zit.: Frank, Erbrecht
- Fuhrmann, Lambertus Modelle lebzeitiger Unternehmensübertragung : Erbvertrag, Testamentsvollstreckung, Fortsetzungsklausel, Stiftung und Trust im zivil- und steuerrechtlichen Vergleich, 1990 Zit.: Fuhrmann, Modelle lebzeitiger Unternehmensübertragung
- Ganßmüller, Helmut Identitätswahrend Umwandlung der Erbgemeinschaft in eine Personalgesellschaft, DNotZ 1955, S. 172
- Gebel, Dieter Die Beteiligung der Gesamthand an einem der Erbschaftssteuer unterliegenden Erwerbsvorgang, BB 1993, S. 706
- Gernhuber, Joachim Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, S. 355
- Gesmann-Nuissl, Dagmar Die Rechts- und Parteifähigkeit sowie Haftverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Urteil des BGH, WM 2001, S. 973
- Giefers, Hans-Werner
Ott, Hans Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Unternehmensform. Gesellschaftsrechtlicher Leitfaden und steuerlicher Überblick, 3. Auflage, 1996
Zit.: Giefers/Ott
- Gierke, Otto von, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887,
zit.: v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung
- Ders., Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, zit.: Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht
- Ders., Deutsches Privatrecht:
Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895,
zit.: v. Gierke, Dt. PrivatR Bd. 1
Dritter Band: Schuldrecht 1917,
zit.: v. Gierke Dt. PrivatR Bd. 3

- Goldstein, Gerd Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, 1972
Zit.: Goldstein, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes
- Groh, Manfred Personen- und Kapitalgesellschaften als Erben und Zuwendungsempfänger in Festschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, S. 436
- Grunewald, Barbara Gesellschaftsrecht, 7. Auflage 2008
Zit.: Grunewald, Gesellschaftsrecht
- Dies., Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197, S. 313
- Gummert, Hans „Das weisse Ross“ – Urteil des BGH vom 29.01.2001 zur BGB-Gesellschaft – Auswirkungen auf die Rechtspraxis, VGR 5 (2002), S. 162 f
- Haas, Ulrich Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig, ZEV 2000, S. 249
- Habersack, Matthias Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JuS 1990, S. 179
- Ders., Titel, BB 1999, S. 61
- Ders., Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, S. 477
- Habscheid, Walter J. Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155, 1956, S. 375
- Hachenburg, Max Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: (GmbHG); Großkommentar 8. Auflage 1992
Zit.: Hachenburg/Bearbeiter, GmbHG
- Hadding, Walther, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, S. 712
- Ders., Zum Erlangen von Rechtsfähigkeit nach deutschem Zivilrecht, in: Festschrift für Alfons Kraft, S. 137
- Handkommentar –BGB Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Dörner Heinrich, Schulze Reiner ua, 5. Auflage 2007
Zit.: HK-BGB/Bearbeiter

- HGB Kommentar
Bd. 1: §§ 1-342e: Kommentar, herausgegeben von Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn, 2. Auflage 2007
Zit.: Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn
- Harder, Manfred
Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, 1968
Zit.: Harder, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall
- Ders.,
Grundzüge des Erbrechts, 5. Auflage 2002,
Zit.: Harder Grundzüge des Erbrechts
- Heckelmann, Dieter
Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen : eine Studie über die Grenzen der Gestaltungsfreiheit beim Ausscheiden aus der Offenen Handelsgesellschaft, 1973
Zit.: Heckelmann, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen
- Heil, Hans-Jürgen
Parteifähigkeit der GbR – der Durchbruch der Gruppenlehre?, NZG 2001, S. 300
- Ders.,
Ist die Erbengemeinschaft rechtsfähig? – Ein Zwischenruf aus der Praxis, ZEV 2002, S. 296
- Heintzenberg, Rolf
Die Einzelunternehmung im Erbgang, 1957
Zit.: Heintzenberg, Die Einzelunternehmung im Erbgang
- Hellermann, Johannes
Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993
Zit.: Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte
- Heymann,
Handelsgesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Norbert Horn, Band 2 – 2. Buch §§ 105-237 1. Auflage 1989
Zit.: Heymann/Bearbeiter, 1. Auflage
- Hopt, Klaus J.
Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 1999
Zit.: Hopt, Handels- und Gesellschaftsrecht
- Huber, Ulrich,
Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970
Zit.: Huber, Vermögensanteil
- Hueck, Alfred
Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage 1971
Zit.: Hueck, Recht der oHG

- Hueck, Götz,
Windbichler, Christine
Drei Fragen zur Gesamthandsgesellschaft, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Band 1, Köln 1998, S. 275
Zit.: Hueck in FS Zöllner
- Ders.:
Gesellschaftsrecht: ein Studienbuch, 21. Auflage, 2008
Zit.: Hueck/Windbichler
- Hülsmann, Christoph
Rechtsprechung,
Abfindungsklauseln: Kontrollkriterien der NJW 2002, 1673 ff
- Hütte, Rüdiger
Der Gemeinschaftsgedanke in den Erbrechtsreformen des Dritten Reiches, 1988
Zit.: Hütte, Der Gemeinschaftsgedanke in den Erbrechtsreformen des Dritten Reiches
- Hüttemann, Rainer
Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, ZHR 2003, S. 35
- Ipsen, Hans Peter
AÖR 78, S. 284
- Jakobs, Horst H.
Schubert, Werner
Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs / Recht der Schuldverhältnisse: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 1983
Zit.: Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches
- Jauernig, Othmar
Bürgerliches Gesetzbuch
Kommentar, 13. Auflage 2009
Zit.: Jauernig/Bearbeiter
- Joachim, Norbert
Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 2002
Zit.: Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten
- Johannsen, Kurt
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft WM 1970, S. 738
- John, Uwe,
Die organisierte Rechtsperson, 1977,
zit.: John, Die organisierte Rechtsperson
- Kallmeyer, Harald
Dirksen, Dirk
Umwandlungsgesetz: Kommentar; Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften, 4. Auflage, 2010
Zit.: Kallmeyer, Umwandlungsgesetz

- Kanzleiter, Rainer in Festschrift für Willi Weichler 1997, Mehrfach-Beteiligung einer Person an Gesamt- oder Rechtsgemeinschaft? Einmann-Gesamthand? S. 39 ff, zit.: Kanzleiter, FS Weichler, 1997
- Karpen, Ulrich Gemeinnützige Stiftungen im pluralistischen Rechtsstaat: neuere Entwicklungen des amerikanischen und deutschen Stiftungs-(Steuer)-rechtes, 1980
Zit.: Karpen, Gemeinnützige Stiftungen im pluralistischen Rechtsstaat
- Kaser, Max
Knütel, Rolf Römisches Privatrecht, 19. Auflage 2008
Zit.: Kaser, Römisches Privatrecht
- Keeton, George Williams
Sheridan, L.A. The law of trusts, 1974
Sheridan/Keeton, The Law of Trusts
- Kegel, Gerhard Nemo minus iuris transferre potest, quam ipse habet, oder warum Erbteilungsverbote so kraftlos sind, in Festschrift Lange, S. 927
Zit.: Kegel, Nemo minus iuris transferre potest, quam ipse habet, oder warum Erbteilungsverbote so kraftlos sind
- Kipp, Theodor
Coing, Helmut Erbrecht, 14. Auflage 1990
zit.: Kipp/Coing, Erbrecht
- Klamroth, Sabine Beteiligung einer BGB-Gesellschaft an einer Personenhandelsgesellschaft,, BB 1983, S. 796
- Klein, Manfred Testamentary Trust nach Common Law und funktionsverwandte deutsche Zivilrechtsinstitute – ein Rechtsvergleich, ZVglR Wiss 2002, 175
- Klook, Sven Die überschuldete Erbschaft: der Erbe als Berechtigter und Treuhänder der Nachlassgläubiger 1998
Zit.: Klook, Die überschuldete Erbschaft
- Knöchlein, Gerhard Abfindungsvereinbarungen bei Personenhandelsgesellschaften, DNotZ 1960, 452
- Knüfermann, Eckart Das Miterbenvorkaufsrecht, 1970
Zit.: Knüfermann, Das Miterbenvorkaufsrecht
- Kollhosser, Helmut Aktuelle Fragen der vorweggenommenen Erbfolge, AcP 194 (1994), S. 231
- Kort, Michael Die neuere Entwicklung im Recht der Abfindungsklauseln, DStR 1995, S. 1961

- Kraft, Alfons
Kreutz, Peter
Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 1999
Zit.: Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht
- Kroiß, Ludwig,
Ann, Christoph,
Mayer, Jörg
Erbrecht, 3. Auflage 2010
Zit.: Kroiß/Ann/Mayer, Erbrecht
- Kronke, Herbert
Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung : eine
rechtsvergleichende Untersuchung, 1988
Zit.: Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung
- Krug, Walter
Rudolf, Michael
Kroiß, Ludwig
Erbrecht: Schriftsätze, Verträge, Erläuterungen, 3.
Auflage 2006
Zit.: Krug/Rudolf/Kroiß, Erbrecht
- Kübler, Friedrich,
Assmann, Hans-Dieter
Gesellschaftsrecht,
6. Auflage 2006
Zit.: Kübler, Gesellschaftsrecht 5. Auflage
- Lange, Heinrich,
Kuchinke, Kurt,
Erbrecht, 5. Auflage, 2001,
zit.: Lange/Kuchinke, Erbrecht
4. Auflage, 1995,
zit.: Lange/Kuchinke, Erbrecht 4. Auflage
- Lange, Heinrich
Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre
Grenzen JuS 1970, S. 101
- Larenz, Karl,
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991,
zit.: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft
- Larenz, Karl
Canaris, Claus Wilhelm
Lehrbuch des Schuldrechts Band 2, 13. Auflage 1986,
zit.: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts
- Leipold, Dieter
Erbrecht, 18. Auflage 2010,
zit.: Leipold, Erbrecht
- Lieb, Manfred
Zum Entwurf eines Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes,
GmbHG 1992, S. 561 ff
- Liermann, Hans
Die unselbständige Stiftung, 1965
zit.: Liermann, Die unselbständige Stiftung
- Lindacher, Walter F.
Grundfälle zur Haftung der Personengesellschaften JuS
1981, S. 431

- Lindacher, Walter F. Der praktische Fall - Gesellschaftsrecht: Undank ist der Welt Lohn, JuS 1995, S. 1002
- Lübtow, Ulrich von Erbrecht, 2. Halbband, 1971
Zit.: von Lübtow, Erbrecht, 2. Halbband
- Lutter, Marcus
Bayer, Walter Umwandlungsgesetz, 4. Auflage 2009-03-06
Zit.: Lutter/Bayer Umwandlungsgesetz
- Lüttge, Jörg W., Das neue Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrecht, NJW 1995, S. 417
- Lutz, Marion Irene Ist das Rechtsinstitut der Erb-, Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit reformbedürftig, 2005
Zit.: Lutz, Ist das Rechtsinstitut der Erb-, Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit reformbedürftig
- Maitland, Frederic William Equity: also, The forms of action at common law, 1913
Zit.: Maitland, Equity
- Marotzke, Wolfgang Die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft als Gegenstand der Testamentsvollstreckung, JZ 1986, 457
- Martens, Klaus-Peter Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenzen im Recht der Personengesellschaften, DB 1973, S. 413
- Mattern, Friedrich Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 450
- Maunz, Theodor
Dürig, Günther
Herzog, Roman Grundgesetz Kommentar
Zit.: Maunz/Dürig
- Mayer-Maly, Theo Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, S. 801
- McGovern, William M.
Rein, Jan Ellen
Kurtz, Sheldon Wills, Trusts and Estates: Including Taxation and Future Interests, 1988
Zit.: McGovern/Kurtz/Rein, Wills, Trusts and Estates
- Mecklenbrauck, Dirk Abfindungsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, BB 2000, S. 2001

- Meincke, Jens P. Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG),
Kommentar, 9. Auflage
Zit.: Meincke, ErbStG, 9. Auflage
- Menold, Felix Die erbrechtlichen Schranken der Gestaltung der
Vererbung von Anteilen an
Gesamthandspersonengesellschaften, 2005
Zit.: Menold, Die erbrechtlichen Schranken der
Gestaltung der Vererbung von Anteilen an
Gesamthandspersonengesellschaften
- Mertens, Hans-Georg Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die
gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilerbrecht, 1970
Zit.: Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB
über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilerbrecht
- Michalski, Lutz Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur
Perpetuierung von Unternehmen : ein Beitrag zur
Unternehmensnachfolge in der Familiengesellschaft,
1980
Zit.: Michalski, Gesellschaftsrechtliche
Gestaltungsmöglichkeiten
- Ders.: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften
mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2002
Zit.: Michalski, GmbHG
- Möschel, Wernhard, Das Außenverhältnis der fehlerhaften Gesellschaft, in
Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum
70. Geburtstag, 1976, S. 171
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich,
Band I: Allgemeiner Theil 1888
Zit.: Motive I
Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 1888
Zit.: Motive II
- Mülbart, Peter O. Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199. 1999, S.
38
- Müller, Gerd Die Buchwertklausel - ein Dauerthema, ZIP 1995, S.
1561
- Müller, Paul Das erbrechtliche Übernahmerecht, Teilungsanordnung
oder Vorausvermächtnis, 1970
Zit.: Müller, Das erbrechtliche Übernahmerecht

Münchener Anwaltshandbuch
Erbrecht

hrsg. v. Stephan Scherer
3. Auflage, 2009
Zit.: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Bearbeiter

Münchener Handbuch
des Gesellschaftsrechts

Band 1, hrsg. v. Gummert, Hans / Riegger, Bodo /
Weipert, Lutz, 2. Auflage, Juli 2004,
zit.: Bearbeiter in Münchener Handbuch des
Gesellschaftsrechts

Münchener Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

hrsg. v. Rebmann Kurt, Säcker Franz Jürgen, Rixecker
Roland,
Band 1 – Allgemeiner Teil, §§1-240, AGB-Gesetz, 4.
Auflage, 2001
Band 1 – Allgemeiner Teil, §§ 1-120, 3. Auflage 1993
Band 2 – Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 241-432,
FernAbsG, 4. Auflage 2001
Band 3 – Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 433-610, 5.
Auflage 2008
Band 4 – Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 611-704,
5. Auflage 2009
Band 5 – Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 705-853,
3. Auflage, 3. Auflage, 1997
Band 5 – Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 705-853,
4. Auflage 2003
Band 9 – Erbrecht, 3. Auflage 1997
Band 9 – Erbrecht, 4. Auflage 2004
Band 9 – Erbrecht, 5. Auflage 2010
Band 10 – Einführungsgesetz zum Bürgerlichen
Gesetzbuche, Internationales Privatrecht, 5. Auflage
2010
zit.: MüKo/Bearbeiter

Münchener Kommentar
zum Handelsgesetzbuch,

hrsg. v. Karsten Schmidt, 3. Auflage 2010
zit.: MüKo-HGB/Bearbeiter

Müther, Peter-Hendrik

Die BGB-Gesellschaft im Zivilprozess, MDR 1998, S.
625

Mugdan, Benno,

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch
für das Deutsche Reich, Band II: Recht der
Schuldverhältnisse, 1899, zit.: Mugdan, Materialien

Muscheler, Karlheinz

Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung,
1994,
Zit.: Muscheler, Die Haftungsordnung der
Testamentsvollstreckung

- Muscheler, Karlheinz
Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft:
Grundlagen, Gegenstände, Verfahren, ZEV 1997, S. 169
- Nieder, Heinrich
Kössinger Reinhard
Kössinger Winfried
Handbuch der Testamentsgestaltung: Grundlagen und
Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen
und vorbereitende Erbfolgemäßen, 3. Auflage 2008
Zit.: Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung
- Nitschke, Manfred
Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft,
1970
Zit.: Nitschke, Personengesellschaft
- Oetker, Hartmut,
Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994,
zit.: Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine
Beendigung
- Olzen, Dirk
Erbrecht, 3. Auflage 2009
Zit.: Olzen, Erbrecht
- Otte, Gerhard
Zur Erbfähigkeit von Personengesellschaften, Festschrift
für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008,
S. 535 ff.
- Palandt, Otto,
Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch,

67. Auflage 2008
62. Auflage, 2003
60. Auflage, 2001
Zit.: Palandt/Bearbeiter Auflage

70. Auflage, 2011,
zit.: Palandt/Bearbeiter
- Pfeifer, Karl-Nikolaus
Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand
– die GbR als oHG?, NZG 2001, S. 296
- Prütting, Hanns
Anm. zu BGH, Urt. v. 29.1.2001, EwIR 2001, S. 341
- Raiser, Thomas
Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen
Umwandlungsrechts, AcP 194, 1994, S. 495
- Ders.,
Gesamthand oder juristische Person – Eine Geschichte
ohne Ende?, Festschrift für Wolfgang Zöllner I, 1998, S.
469 ff.
- Ders.,
Der Begriff der juristischen Person – Eine
Neubesinnung, AcP 199, 1999, S. 104

- Rebmann, Stefanie
Der Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtspositionen, 2004
Zit.: Rebmann, Der Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtspositionen
- Rehmann, Wolfgang
Testamentsvollstreckung von Gesellschaftsanteilen, BB 1985, 298
- Reichert, Bernhard
Dannecker, Franz J.
Kühr, Christian
Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 4. Auflage 1987
Reichert/Dannecker/Kühr, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts
- Reichold, Hermann
Das neue Nachhaftungsbegrenzungsgesetz, NJW 1994, S. 1617 ff
- Reiff, Peter
Wider die unternehmenstragende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesellschafterhaftung, ZIP 1999, 517 - 528
- Ders.,
Die Haftungsverfassung der GbR nach dem Urteil des BGH vom 27.9.1999 (II ZR 371/98) NZG 2000, 281 – 285
- Reinhardt, Rudolf
Schultz, Dietrich
Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 1981
Zit.: Reinhardt/Schultz, Gesellschaftsrecht
- Reuter, Dieter
Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen : ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen, 1973
Zit.: Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen
- Richardi, Reinhard
Das Verwaltungsrecht des Testamentvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft 1961
Zit.: Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft
- Riehmer, Klaus
Körperschaften als Stiftungsorganisation: eine Untersuchung stiftungsartiger Körperschaften in Deutschland, England und den USA, 1993
Zit.: Riehmer, Körperschaften als Stiftungsorganisation
- Rittner, Fritz
Die werdende juristische Person, 1973
Zit.: Rittner, Die werdende juristische Person

- Römer, Matthias Die Eignung der GmbH als Rechtsform für Stiftungszwecke: eine Untersuchung anhand der unternehmensverbundenen gemeinnützigen Stiftungs-GmbH, 1990
Zit.: Römer, Die Eignung der GmbH als Rechtsform für Stiftungszwecke
- Rowedder, Heinz
Schmidt-Leithoff, Christian Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: (GmbHG); Kommentar, 4. Auflage 2002
Zit.: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bearbeiter, GmbHG
- Säcker, Franz Jürgen Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften - eine Analyse der unterschiedlichen gesetzlichen Ordnungsstrukturen, 1970
Zit.: Säcker, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften
- Schellhammer, Kurt Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Auflage 2010
Zit.: Schellhammer, Erbrecht
- Schemmann, Till, Anmerkung zu BGH DNotZ 2001, S. 234, in: DNotZ 2001, S. 244
- Scherer, Stephan
Feick, Ernst Martin Die GbR als Erbin – Thesen und Gestaltungsmöglichkeiten, ZEV 2003, 341
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch Kommentar von Ernst Geßler ua Band III 1. Halbband, §§ 105-160, 5. Auflage 1992
Zit.: Schlegelberger/Bearbeiter HGB
- Schlitt, Gerhard Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor belastenden Anordnungen: Testierfreiheit und gesetzliche Korrekturen 1990
Zit.: Schlitt, Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor belastenden Anordnungen
- Schlüter, Wilfried Erbrecht, 16. Auflage 2007,
zit.: Schlüter, Erbrecht
- Schlüter, Andreas Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung : ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA, 2004
Zit.: Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung

- Schmidt, Karsten, Gesellschaft bürgerlichen Rechts., in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg.vom Bundesministerium der Justiz, Band III, 1983, S. 413, zit.: Schmidt, Gutachten
- Ders., Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann, NJW 1985, 2785, (2786)
- Ders., Gesetzliche Gestaltung und dogmatisches Konzept eines neuen Umwandlungsgesetzes – Überlegungen zur legislatorischen Praxis und Theorie, ZGR 1990, S. 580
- Ders., Die Schenkung von Personengesellschaftsanteilen durch Einbuchung, BB 1990, 1992, 1995
- Ders., Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 1997
Zit.: Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage
- Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002,
zit.: Schmidt, Gesellschaftsrecht
- Ders., Die BGB-Aussengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, S. 993
- Ders., „Ersatzformen“ der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft, in Hopt/Reuter (Hrsg.), Europäisches Stiftungsrecht, 2001, S. 175 ff
- Schmidt, Ludwig
Drenseck, Walter Einkommensteuergesetz, Kommentar, 2010
Zit.: Schmidt, Einkommenssteuergesetz
- von Schmitt, Gottfried Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes, 1879
Zit.: von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich
- Schmitt, Joachim
Hörtnagl Robert
Stratz, Rolf Christian Umwandlungsgesetz, 3. Auflage 2006,
zit.: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG
- Schneider, Uwe H. Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, ZGR 1978, S. 1

- Schnorbus, York
Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht : das Verhältnis des UmwG zu Strukturmaßnahmen außerhalb seines Anwendungsbereichs im System des deutschen und europäischen Umwandlungsrechts, 2001
Zit.: Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht
- Scholz, Kai-Steffen,
Die BGB-Gesellschaft nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29.1.2001, NZG 2002, S. 153
- Schönknecht, Elke
Die Aufrechterhaltung der gesamthänderischen Bindung als Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft; dargestellt anhand der Personengesellschaften des BGB und des HGB, 1987
Zit.: Schönknecht, Die Aufrechterhaltung der gesamthänderischen Bindung als Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft
- Schöpflin, Martin,
Der nicht rechtsfähige Verein, 2002
Zit.: Schöpflin, Der nicht rechtsfähige Verein
- Schulte, Hans
Besprechung der Entscheidung BGHZ 64, 238, ZGR 1976, S. 97
- Scott, Austin Wakeman
The Law of Trusts, 1967
Zit.: Scott/Fratcher, The Law of Trusts
- Seemüller, Beate
Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, 1977
Zit.: Seemüller, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft
- Seifart, Werner
Campenhausen, Axel von
Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Auflage 2009
Zit.: Seifart/v.Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts
- Seiferlein, Sibylle
Die Rechtsfähigkeit der BGB-Aussengesellschaft unter Betrachtung ausgewählter Folgeprobleme, 2004,
zit.: Seiferlein, Rechtsfähigkeit
- Semmler, Johannes
Stengel, Arndt
Arnold, Michael
Umwandlungsgesetz, Kommentar 2. Auflage, 2007,
zit.: Semmler/Stengel/Bearbeiter, UmwG
- Siebert, Wolfgang
Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft : Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 2. Juli 1954, 1954
Zit.: Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der oHG

Siebert, Wolfgang	Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in FS A. Hueck zum 70. Geburtstag, 1959 Zit.: Siebert in FS A. Hueck,
Siegmann, Matthias	Zur Fortbildung des Rechts der Anteilsvererbung – Grundlagen und aktuelle Fragen im Zivil- und Ertragssteuerrecht, NJW 1995, 481
Simon, Jürgen	Kann die GmbH & Co. KG Inhaberin der Geschäftsanteile ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin sein?, DB 1963, S. 1210
Sonnenberger, Hans Jürgen, Dammann, Reinhard,	Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, 2007 Zit.: Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht
Soergel, Hans Theodor	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. von Wolfgang Siebert Allgemeiner Teil 1, §§ 1-103, 13. Auflage 2000 Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Auflage 1999 Schuldrecht I, § 241-432, 12. Auflage 1990 Schuldrecht II, § 611-853, 10. Auflage 1969 Erbrecht, § 1922 – 2385, 12. Auflage 1992 zit.: Soergel/Bearbeiter
Speckmann, Werner	Erbunwürdigkeit bei Testamentsfälschung im Sinne des Erblasserwillens, JuS 1971, S. 235
Staub	Großkommentar HGB, herausgegeben von Canaris Claus-Wilhelm, Schilling Wolfgang, Ulmer Peter, 4. Auflage 1997 Zit.: Staub/Bearbeiter, HGB

- Staudinger, von Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch, Erbrecht, §§ 1967-2063, 9. Auflage
Viertes Buch, Erbrecht, §§ 1967-2063, 11. Auflage 1954
Zit.: Staudinger/Bearbeiter, Auflage
- Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 21-103, 13. Auflage, 1995
Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 164-240, 2001
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-314, 2001
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 652-740, 12. Auflage
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, § 705-740, 13. Auflage, 2003
Viertes Buch, Erbrecht, §§ 1967-2063, 13. Auflage 1996
Zit.: Staudinger/Bearbeiter
- Internationales Gesellschaftsrecht, 15. Auflage 2008
Zit.: Staudinger/Bearbeiter IntGesR
- Einführungsgesetz zu Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Art. 25, 26 EGBGB, 13. Auflage 2007
- 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger
Beiträge zum Symposion vom 18.-20. Juni 1998 in München, 1999
zit.: Staudinger/Bearbeiter 100 Jahre BGB
- Steinbeck, Anja Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft, DStR 2001, S. 1162
- Stenger, Erika Die Teilungsanordnung des Erblassers nach geltendem Recht : unter Berücksichtigung des früheren (gemeinen und preußischen) Rechts, 1933
Zit.: Stenger, Die Teilungsanordnung des Erblassers nach geltendem Recht
- Strätz, Hans-Wolfgang Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB, FamRZ 1998, S. 1553
- Streck, Michael
Mack, Alexandra
Schwedhelm, Rolf Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHR 1995, S. 161
- Streck, Michael Die Steuerpflicht nichtrechtsfähiger Stiftungen und anderer Zweckvermögen, StuW 1975

- Strickrodt, Georg
Stiftungsrecht: geltende Vorschriften u. rechtspolit.
Vorschlaege, 1977
Zit.: Strickrodt, Stiftungsrecht
- Strohal, Emil
Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen
Gesetzbuchs, 3. Auflage 1904
Zit.: Strohal Erbrecht
- Strothmann, York
Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel: ein
erbrechtlicher Beitrag zu den Grenzen der
Gestaltungsfreiheit im Recht der
Unternehmensnachfolge, 1983
Zit.: Strothmann, Die letztwillige
Gesellschaftsgründungsklausel
- Ders.
Einzelkaufmännisches Unternehmen und Erbenmehrheit
im Spannungsfeld von Handels-, Gesellschafts-,
Familien- und Erbrecht, ZiP 1985, S. 969
- Sturm, Norbert
und
Der Vollziehungsberechtigte der erbrechtlichen Auflage
seine Befugnisse, 1985
Zit.: Sturm, Der Vollziehungsberechtigte der
erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse
- Sudhoff, Heinrich
Unternehmensnachfolge, 5. völlig überarb. Auflage des
von Dr. Heinrich Sudhoff begr. Werkes 2005,
zit.: Sudhoff, Unternehmensnachfolge/Bearbeiter
- Timm, Wolfram,
Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 3209
- Timme, Michael,
Hülk, Fabian,
Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen
Rechts, NJW 2001, 1056
- Tipke, Klaus
Kruse, Heinrich Wilhelm
Abgabenordnung . Finanzgerichtsordnung. Kommentar
zur AO 1977 und FGO (ohne Steuerstrafrecht)
Zit.: Tipke/Kruse
- Troll, Max
Erbstiftungssteuergesetz, 1959,
zit.: Troll ErbStG
- Tuor, Peter
Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Eine systematische
Darstellung, 12. Auflage 2002
Zit.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Eine
systematische Darstellung
- Turner, Nikolaus
Doppstadt, Joachim
Die Stiftung - eine Möglichkeit individueller
Nachfolgegestaltung, DStrR 1996, 1448

- Ulmer, Peter, Gesellschafternachfolge und Erbrecht, ZGR 1972, 195, 214
- Ders., Zur Gesellschafternachfolge im Todesfall, BB 1977, S. 805
- Ders., Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen, ZHR 146 (1982) 555
- Ders., Die Gesamthand – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198, 1998, S. 113
- Ders., Wege zum Ausschluß der persönlichen Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 1999, S. 509
- Ders., Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, S. 585
- Ders., Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: Systematischer Kommentar der §§ 705-740 BGB und des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes 3. Auflage, 2003
zit.: Ulmer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft
- Vorwerk, Volkert Geldzuwendung durch erbrechtliche Auflage, ZEV 1998, S. 297
- Wäntig Verfügungsrecht des Nacherben und seine Rechte DNotZ 1906, S. 377
- Weber-Grellet, Heinrich Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182, 1982, S. 316
- Weckbach, Thomas Die Bindungswirkung von Erbteilungsverboten, 1987
Zit.: Weckbach, Die Bindungswirkung von Erbteilungsverboten
- Wege, Joachim Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977
Zit.: Wege, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat
- Weimar, Robert, Einmann-Personengesellschaften – ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts? ZIP 1997, 1769, 1772 ff,

- Weipert, Lutz Die Mitgliedschaft zur gesamten Hand in Personengesellschaften, in Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, herausgegeben von Harm Peter Westermann und Klaus Mock, S. 439 – 448
- Ders., Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft, ZEV 2002, S. 300
- Wellkamp, Ludger Gesellschaftsrecht, Haftung und Haftungsbeschränkung im 1998
Zit.: Wellkamp, Haftung und Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht
- Wertenbruch, Johannes, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 211,
zit.: Wertenbruch, Haftung
- Westebbe, Achim Die Stiftungstreuhand: eine Untersuchung des Privatrechts der unselbständigen gemeinnützigen Stiftung mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf den charitable trust, 1993
Zit.: Westebbe, Die Stiftungstreuhand
- Westermann, Harm Peter Die höchstrichterliche Regelung der Erbfolge in Beteiligungen an Personengesellschaften, JuS 1979, S. 761
- Ders., Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, NZG 2001, S. 289
- Ders., Handbuch der Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, 39. Lieferung 2006,
zit.: Westermann, Handbuch der Personengesellschaften
- Weyl, Richard System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1905
Zit.: Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch
- Wiedemann, Herbert, Die Legitimation von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, in FS Westermann, 1974
Zit.: Wiedemann, Die Legitimation von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, in FS Westermann
- Ders., Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen WM 1975, Beilage Nr. 4 S. 1

- Ders., Gesellschaftsrecht I, 1980,
Zit.: Wiedemann, Gesellschaftsrecht I
- Ders., Die Personengesellschaft – Vertrag oder Organisation?,
ZGR 1996, S. 286
- Ders., Anmerkung zu BGH JZ 2001, S. 655, in: JZ 2001, S. 661
- Wiedemann, Herbert
Frey, Kaspar Begrenzte Nachhaftung ehemaliger BGB-Gesellschafter
analog § 159 HGB, DB 1989, S. 1809 ff
- Wienbracke, Mike A clash of cultures: Trusts und deutsches
(internationales) Privatrecht – mit Bezug zum ErbStG,
ZEV 2007, 415
- Wiesner, Georg Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, 1980
Zit.: Wiesner, Die Lehre von der fehlerhaften
Gesellschaft
- Winter, Martin Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht :
Rechtsformspezifische Aspekte e. allgemeinen
gesellschaftsrechtlichen Prinzips, 1988
Zit.: Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im
GmbH-Recht
- Wittuhn, Georg Das internationale Privatrecht des trust, 1987
Zit.: Wittuhn, Das internationale Privatrecht des trust
- Wochner, Georg Stiftungen und stiftungsähnliche Körperschaften als
Instrumente dauerhafter Vermögensbindung“,
MittRhNotK 1994, 89
- Ders., Die Stiftungs-GmbH, DStR 1998, 1835
- Zimmermann, Hellmuth O Die sachenrechtlichen Beziehungen in der
rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach englisch-
amerikanischem Rechte, 1970
Zit.: Zimmermann, Die sachenrechtlichen Beziehungen
in der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach
englisch-amerikanischem Rechte
- Zippelius, Reinhold
Württemberg, Thomas Deutsches Staatsrecht : ein Studienbuch, 32. Aufl. des
von Theodor Maunz begr. Werkes, 2008
Zit.: Maunz, Staatsrecht

Zöllner, Wolfgang

Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht
bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1960
Zit.: Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher
Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen
Personenverbänden

Ders.,

Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, in:
Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag,
1993, S. 563
Zit.: Zöllner in FS Gernhuber

§ 1 Einleitung

I. Zur Problemstellung der Untersuchung

Die GbR steht seit geraumer Zeit im Blickpunkt rechtswissenschaftlichen Interesses. Insbesondere die Frage der Rechtsnatur und mithin auch der Rechtsfähigkeit war schon lange umstritten. Seit über einem Jahrhundert wurde die Rechtsfähigkeit der GbR von verschiedenen Standpunkten aus thematisiert. Vor allem die Entscheidung „Weißes Ross“¹, die einen (zumindest vorläufigen) Schlussstrich unter die langanhaltende Diskussion gezogen hat, ist auf große Resonanz in der Literatur gestoßen.

Die meisten Autoren beschäftigten sich jedoch, wie auch die Entscheidung selbst, nur mit der Rechtsfähigkeit selbst. Folgeprobleme dieser Entscheidung, die sich aus der Rechtsfähigkeit der GbR ergeben, wie beispielsweise die Erbfähigkeit der GbR, sind hingegen bislang, wenn überhaupt, dann nur stiefmütterlich behandelt worden. Auch hierbei ergeben sich jedoch etliche Problemkreise, die einer Untersuchung bedürfen.

Die Frage, die sich zunächst stellt, ist grundsätzlicher Natur. Warum soll überhaupt eine GbR erben können? Was wird damit bezweckt?

Anschließend ist die Entwicklung der Meinungen zur Rechtsfähigkeit zu erörtern, um deren Folgen, genauer diejenigen bezüglich der Erbfähigkeit, zu bearbeiten. Diese hängt untrennbar mit der Rechtsfähigkeit zusammen, ist aber nicht identisch.

Zuletzt ist zu den Problemen Stellung zu nehmen, die sich aus der Erbfähigkeit ergeben, und denjenigen, welche sich aus der Herbeiführung eines tauglichen Rechtsträgers mithilfe einer testamentarischen Gesellschaftsgründungsklausel ergeben können.

¹ BGH v. 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 = DSStR 2001, 310 = ZIP 2001, 330 = WM 2001, 408 = NZG 2001, 311, = DNotZ 2001, 234 = JZ 2001, 655 = MDR 2001, 459 = MittBayNot 2001, 192, s.a. ZEV 2001, 106, 107

II. Gründe für die Erbeinsetzung einer GbR

Erst einmal ist fraglich, warum eine GbR überhaupt Erbin werden soll. Welche Gründe können jemanden dazu bewegen, eine GbR als Erbin einzusetzen?

Durch die Erbeinsetzung einer GbR kann Konfliktpotential, welches sich aus der Entstehung einer Erbengemeinschaft ergibt, vermieden werden. Die Erbengemeinschaft entsteht kraft Gesetzes nach dem Tod des Erblassers, ohne dass ihre Mitglieder dies durch eigene Willenserklärungen verhindern oder beeinflussen können². Diese „aufgedrängte“ Gemeinschaft kann zu Konflikten innerhalb der Erbengemeinschaft führen. Wenn allerdings lediglich die GbR als Erbin eingesetzt wird, entsteht, falls außer der GbR keine weiteren (Mit)Erben vorhanden sind, keine Erbengemeinschaft kraft Gesetzes. Es erbt lediglich die GbR. Diese besteht meist bereits bei dem Tod des Erblassers.

Ferner kann mit der Erbeinsetzung einer GbR Familienvermögen so gesichert werden, dass ein dauerhafter Zusammenhalt des Vermögens bestehen bleibt. Die Erbengemeinschaft ist auf Auseinandersetzung und Teilung ausgerichtet. Sie stellt eine sog. Liquidationsgemeinschaft dar. Ihr Ziel ist die Auseinandersetzung und Aufteilung des Nachlasses unter den Miterben³. Zwar kann auch bei einer Erbengemeinschaft gem. § 2044 BGB die Auseinandersetzung zumindest zeitweilig ausgeschlossen werden, ein dauerhafter Zusammenhalt des Vermögens ist auf diesem Weg jedoch nicht möglich.

Auch gibt es Vorteile hinsichtlich der Rechtsfähigkeit. Im Gegensatz zur GbR ist die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft nach BGH⁴ und herrschender Lehre nicht anerkannt. Daneben gibt es bei der GbR flexiblere Gestaltungsmöglichkeiten bei der Übertragung von Gesellschaftsrechten. Bei der Erbengemeinschaft ist diese Übertragung lediglich gem. § 2033 BGB möglich.

Auch bezüglich der Verwaltung bietet die GbR gegenüber der Erbengemeinschaft erhebliche Vorteile. Zwar können die Miterben auch einen Stellvertreter bevollmächtigen, der für die Erbengemeinschaft handelt, grundsätzlich wird jedoch der Nachlass gem. § 2038 BGB gemeinschaftlich verwaltet. Bei der GbR hingegen kann die Verwaltung und Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden, gem. § 710 BGB. Darüber hinaus kann auch durch die Gestaltung von Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag Einfluß auf den weiteren Verbleib des vererbten Vermögens genommen

² Dt. Erbrechtskommentar/Wrede, § 2032, RN 2.

³ Sudhoff, Unternehmensnachfolge/Scherer, § 14 I RN 1.

⁴ Urteil vom 11.9.2002, Fundstelle

werden. Dies geschieht mittelbar dadurch, dass nur bestimmte Personen wie Abkömmlinge oder andere unmittelbare Mitglieder der Familie zur weiteren Nachfolge zugelassen sind.

Ebenso kann durch die Erbeinsetzung der Gesellschaft, wie einer Freiberuflersozietät, die gerade kein Unternehmen darstellt und mithin als GbR organisiert ist, sichergestellt werden, dass diese durch die Nachkommen weitergeführt wird und somit fortbesteht, wenn das Vermögen auf sie übertragen ist. Dies bedarf allerdings auch noch einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag.

Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch auch abgeändert oder die Gesellschaft aufgelöst werden.

§ 2 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts

I. Die Entwicklung der GbR

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde seit 1874 erarbeitet. Bereits hier wurden Regelungen über die ‚Gesellschaft‘ als privatrechtliche Personenvereinigung gestaltet. Als Vorlage dienten sowohl das römische Modell der „societas“, als auch das deutsche Modell der „Gesamthand“. Diese waren bereits in verschiedenen Gesetzeswerken verwertet worden⁵.

Im ersten Entwurf setzte sich das Modell der „societas“ durch⁶. Diese war als reines Schuldverhältnis ausgestaltet, das sich in Begründung und Erzeugung von Schuldrechten und –pflichten nur unter den Gesellschaftern erschöpfte. Daraus ergibt sich auch die Stellung der gesellschaftsrechtlichen Regelung im Titel der „Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften zwischen Lebenden“. Die Gesellschaft entstand durch vertragliche Gründung mit gemeinschaftlicher Zwecksetzung und der Verpflichtung, die vereinbarten Leistungen beizutragen. Die Gesellschaft konnte nicht als Einheit nach außen auftreten, da die Gestaltgebung durch die „societas“ nur zwischen den Gesellschaftern wirkt. Die Gesellschafter konnten somit nur einzeln oder durch einen Stellvertreter handeln, nie jedoch als Gesellschaft. Somit kamen hierbei weder eine Personeneinheit, noch eine Vermögenseinheit zustande⁷. Vielmehr bestand zwischen den Gesellschaftern Miteigentum und eine Art Bruchteilsgemeinschaft.

An der Gesellschaft des ersten Entwurfes wurde vor allem kritisiert, dass keine Gemeinschaft unter den Gesellschaftern zustande kam und das „deutsche“ Modell der gesamten Hand nicht beachtet wurde⁸. Es wurde dementsprechend eine Regelung gefordert, die der Grundlage der Gesamthand entsprach.

Die Kommission zum zweiten Entwurf im Jahr 1890 bestand sowohl aus Juristen, als auch aus Nichtjuristen und Praktikern. Sie berücksichtigte bei ihrem Entwurf das deutschrechtliche Prinzip der Gesamthand⁹.

Das Gesellschaftsvermögen wurde zum Gesamthandsvermögen deklariert, und die in die Gesellschaft eingebrachten Gegenstände bildeten ein selbständiges Gesellschaftsvermögen

⁵ Hierzu: Gummert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 1 RN 39 ff.

⁶ Motive II, S. 591

⁷ Motive II S. 591, 598 f.

⁸ Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, S. 191 f

und dienten dem Zweck der Gesellschaft¹⁰. Die Gesellschafter konnten über das Gesellschaftsvermögen nur noch in Gemeinschaft verfügen.

Zwar führte die Kommission das Gesamthandsprinzip ein, sie erläuterte jedoch nicht die Konstruktion als solche. Die Meinungen innerhalb der Kommission gingen darüber auseinander „wie die Rechtsgemeinschaft der gesamten Hand theoretisch zu konstruieren und was als ihr charakteristisches Merkmal anzusehen sei“¹¹. Sie glaubte sich lediglich zwischen den beiden Modellen entscheiden zu müssen.

Es wurden auch keine Regelungen bezüglich der Haftung der Gesamthand aufgenommen, sondern lediglich die ursprünglich im ersten Entwurf normierte Bruchteilshaftung gestrichen. Auch blieben die Fragen offen, ob die Gesellschafter Quoteneigentum oder keine Anteile an den Gegenständen haben sollten und wem das „gemeinschaftliche Vermögen“ zustand. Ferner fehlte eine Aussage über die Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft.

Durch die unterschiedlichen Modelle der beiden Kommissionen entstand eine Art Doppelstruktur¹², da Merkmale beider in der endgültigen Fassung zu finden sind. Ausprägungen des Gesamthandsprinzip finden sich in der Konstituierung des Gesellschaftsvermögens als Gesamthandsvermögen und über die Beitragspflicht in den §§ 706 II, 718, 719 und 738 BGB. Das Haftungsprivileg des § 708 BGB ergibt sich unter anderem aus dem römischen Modell.

II. Die GbR heute

Auch in der Folgezeit kam es zu keinen klärenden Gesetzesänderungen. Mithin stellt sich die Frage, was eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts heute überhaupt ist.

Zunächst ist eine Gesellschaft im weiten Sinne jeder rechtsgeschäftliche Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen zur Förderung des vereinbarten gemeinsamen Zweckes¹³. Diese Definition ist unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaft. Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gilt hingegen ein engerer Begriff der Gesellschaft, für den es zusätzlich auf die einzelnen Gesellschafter als vertraglich verbundene und in der Regel auch gesamthänderisch beteiligte, nicht beliebig auswechselbare Mitglieder ankommt.

⁹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, im Auftrage des Reichs-Justizamts, S. 431

¹⁰ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, im Auftrage des Reichs-Justizamts, S. 429

¹¹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, im Auftrage des Reichs-Justizamts, S. 429

¹² Staudinger/Kessler, Vor § 705 RN 23

¹³ Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 3 f; Schmidt, Gesellschaftsrecht, §§ 1 I 1, 4 II 1

Das erste Kennzeichen der GbR ist die vertragliche Dauerbeziehung zwischen den Gesellschaftern. Sie gehört damit zu der Kategorie der Dauerschuldverhältnisse. Deren Wesensmerkmal ist, dass sich die Partner während der vertraglich festgelegten, oder durch Kündigung gestaltbaren Vertragszeit eine dauernde Pflichten Anpassung schulden, deren Grundlage als vertragliches „Stammrecht“, unabhängig von der Erfüllung der jeweils fälligen Einzelleistungen, während der ganzen Vertragsdauer fortbesteht¹⁴. Das Ausscheiden oder der Wegfall aller bis auf einen Gesellschafter führt zur Beendigung der Dauerbeziehung und mithin zum Ende der Gesellschaft¹⁵.

Ein weiteres unverzichtbares Kennzeichen der GbR ist nach § 705 BGB der gemeinsame Zweck und die hierauf gerichtete Förderungspflicht. Beide Elemente gehören untrennbar zusammen und dienen dazu, die Gesellschaft von sonstigen Dauerschuldverhältnissen zu unterscheiden. Die Vergemeinschaftung des Zwecks kommt darin zum Ausdruck, dass die Gesellschafter als Vertragspartner eine Einigung über bestimmte, gemeinsam zu verfolgende Interessen herbeiführen, um dadurch einen bestimmten Erfolg zu erzielen¹⁶. Zudem erfüllen sie die Verpflichtung, ihr Handeln an diesem Zweck auszurichten und seine Verwirklichung zu fördern.

Grundsätzlich kann jeder erlaubte Zweck Gegenstand der GbR sein. Er kann sowohl einmalig, als auch auf Dauer angelegt sein. Jedoch entsteht bei kaufmännischer Zwecksetzung mit Geschäftsbeginn auch gegenüber Dritten eine oHG¹⁷. Die Freiheit der Gesellschafter bei der Bestimmung des gemeinsamen Zwecks findet im Übrigen ihre Grenze bei Gesetzeswidrigkeit oder Sittenverstoß.

Drittes unverzichtbares Wesensmerkmal der GbR ist die Treubindung der Gesellschafter und der persönliche Charakter des Zusammenschlusses (intuitus personae). Sie können von GbR zu GbR unterschiedlich stark ausgeprägt sein.

Die Pflicht der Gesellschafter zur Förderung des gemeinsamen Zwecks beruht auf der mit der Beteiligung an einer GbR begründeten rechtsgeschäftlichen Bindung. Es kommen hierfür alle Arten von Handlungen in Betracht, allerdings muss die Pflicht eine dauernde sein¹⁸.

¹⁴ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 66 ff, 105 ff; MüKo/Ulmer, Vor § 705, RN 5

¹⁵ Die Anerkennung einer Ein-Personen-GbR wird zwar weitgehend abgelehnt, insbesondere bei dem auf rechtsgeschäftlichem oder erbrechtlichem Übergang beruhenden Zusammentreffen mehrerer Anteile in der Hand des letzten Gesellschafters ist sie hingegen umstritten, so dass es in letzter Zeit häufiger Stimmen gibt die wenn auch z.T. mit unterschiedlichen Voraussetzungen die Ein-Personen-GbR anerkennen. Vgl. MüKo-HGB/Grunewald, § 161 RN 4 f; Esch, BB 1993, 664 ff und BB 1996, 1621 ff.; Weimar, ZIP 1997, 1769, 1772 ff.; Kanzleiter, FS Weichler, 1997, S. 39 ff. ablehnend: MüKo/Ulmer, § 705 RN 62 Eine solche Gestaltung steht nicht zur Disposition der Gesellschafter.

¹⁶ MüKo/Ulmer, § 705 RN 142

¹⁷ Staudinger/Habermeier, § 705, RN 1

¹⁸ BGH NJW-RR 1991, 1186, 1187

Auch die die Gesellschaftsorganisation kennzeichnenden Elemente, Organe und Gesamthandsvermögen sind typische Wesensmerkmale der GbR. Es gibt jedoch, wie die Beispiele Innengesellschaft, stille GbR und Unterbeteiligung zeigen, auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts ohne gemeinsames Vermögen.

Die Erscheinungsformen der GbR sind vielfältig. Die Flexibilität der gesetzlichen Regelungen ermöglicht die unterschiedlichsten Ausgestaltungen, wie zum Beispiel Arbeitsgemeinschaften, Bauherrengemeinschaften und Sozietäten.¹⁹

¹⁹ Palandt/Sprau, § 705 RN 37 ff.

§ 3 Die Grundlage der Untersuchung: Die Rechtsfähigkeit der GbR

Um die Frage der Erbfähigkeit der GbR zu klären, ist zunächst die Rechtsfähigkeit zu beleuchten.

I. Der Begriff der Rechtsfähigkeit

Zunächst ist zu fragen, was unter der Rechtsfähigkeit zu verstehen ist. Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, selbständiger Träger von Rechten und Pflichten sein zu können²⁰. Die Definition als Fähigkeit eines Zuordnungssubjekts, sich rechtserheblich verhalten zu können²¹, konnte sich nicht durchsetzen.

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ist nicht auf natürliche Personen beschränkt. Auch juristische Personen und Personengesellschaften können rechtsfähig sein.

Es wird daher zwischen rechtsfähigen und nicht-rechtsfähigen sozialen Gebilden unterschieden, wobei diese Zweiteilung wiederum durch Zwischenformen durchbrochen wird. Zu diesem Zweck werden Begriffe wie „teilrechtsfähig“, „partiell“, „beschränkt“ oder „relativ“ rechtsfähig gebraucht. Dadurch sollen Abstufungen innerhalb der Rechtsfähigkeit und Begrenzungen ihres Umfangs deutlich gemacht werden.

Auch bezüglich der GbR werden die Begriffe der Teil-Rechtsfähigkeit²² und der eingeschränkten Rechtsfähigkeit²³ verwandt.

II. Die Entwicklung der Literatur

Die GbR wird in den §§ 705 ff umschrieben als vertragliche Verbindung mehrerer Gesellschafter zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks. § 718 BGB regelt noch, dass die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung der Gesellschaft erworbenen Gegenstände Gesellschaftsvermögen werden, und in § 719 wird die gesamthänderische Bindung festgelegt. Allerdings sind weder Regelungen zur Rechtsnatur noch zur Haftungsverfassung der GbR in den § 705 ff BGB enthalten. Ob die Gesellschaft selbst oder die einzelnen Gesellschafter Zuordnungssubjekt sind, wird ebenso wenig geklärt wie die Frage, wer berechtigt oder verpflichtet werden soll.

²⁰ MüKo/Schmitt, § 1 RN 6 m.w.N.

²¹ Fabricius, Rechtsfähigkeit, S. 34 ff

²² Palandt/Heinrichs, Überbl v § 1 RN 1

²³ Bamberger/Roth, § 1 RN 7

1.) Die moderne Gesamthandslehre

Die sogenannte „moderne Gesamthandslehre“ geht historisch auf *Otto v. Gierke*²⁴ zurück. Sie wurde von *Flume*²⁵ in den 70-er Jahren des 20. Jahrhunderts aufgegriffen und fortentwickelt. Heute wird sie als herrschend²⁶ bezeichnet.

Otto von Gierke stellte 1895, also bereits vor Inkrafttreten des BGB, die gesamthänderische Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eine auf „personenrechtlicher Verbundenheit“ beruhende „verbundene Personenmehrheit“ dar²⁷. Diese Personenmehrheit wird durch das Gesamthandsprinzip zu einer „Personeneinheit“ und damit Personengemeinschaft. Die Gesamthänder werden nicht einzeln, sondern „kollektiv“ berechtigt oder verpflichtet. Der einzelne Gesamthänder ist „für sich weder aktiv noch passiv legitimiert“. Die verbundene Personenmehrheit ist mithin als solche rechtsfähig, und doch seien in der Gesamtheit, da ihre Personeneinheit nur die Zusammenfassung von Personen in einer bestimmten Verbundenheit bedeutet, die einzelnen irgendwie enthalten²⁸. Die Gesamthand ist nicht selbst Person. So unterscheidet *von Gierke* die Gesamtheit als „verbundene Personenmehrheit“ von der juristischen Person als „Verbandsperson“.

Die Kollektiveinheit sei jedoch durch das Prinzip der gesamten Hand als solche handlungsfähig, und zwar auch in prozessualer Hinsicht.

Auch im Verhältnis zu Dritten tritt die Gesamthand als handlungsfähige Personeneinheit selbst auf. Hierbei ist sowohl möglich, dass alle Gesellschafter zusammen handeln, als auch dass einer oder mehrere Gesellschafter als Vertreter für die Gesamthand auftreten. Desgleichen treten die Rechtswirkungen allein bei der Personeneinheit ein, so dass die verbundenen Personen nur insgesamt berechtigt oder verpflichtet werden können. Im Außenverhältnis erlangt die Personeneinheit als solche damit volle Geltung²⁹. Die Personeneinheit greift indes nur, soweit die gesamte Hand Geltung hat. Im Innenverhältnis wird die Personeneinheit gerade nicht wirksam. Es soll sich nach *von Gierke* nämlich gerade kein Rechtssubjekt mit eigener Persönlichkeit entwickeln.

Zusammenfassend stellt *von Gierke* zufolge die Gesamthand eine Gemeinschaft dar, die als „kollektive Einheit“ Rechtsfähigkeit besitzt und selbst Träger von Rechten und Pflichten ist.

²⁴ v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 339 ff.; ders., Dt. PrivatR, Bd.1, S. 660 ff.; Bd.3, S. 828 ff.

²⁵ Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136, S. 177 ff.; ders., Die Personengesellschaft, S. 50 ff.

²⁶ statt aller z.B. Gummert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 1995, § 9 RN 9 ff.; Mülbart, AcP 199 (1999), 38 (63); MüKo/Ulmer § 714 RN 129f.

²⁷ Gierke, Dt. PrivatR, Bd.1, S. 671 ff.

²⁸ Gierke, Dt. PrivatR, Bd.1, S. 675

²⁹ Gierke, Dt. PrivatR, Bd.1, S. 682 ff

Die Rechtsfähigkeit der verbundenen Personenmehrheit bezeichnet er deshalb als „kollektive“ Rechtsfähigkeit³⁰.

Über *von Gierke* hinausgehend hat *Buchda*³¹ die Gesamthand, als Einheit und Rechtssubjekt, der juristischen Person gleichgestellt.

*Fabricius*³² hingegen vertritt eine Mittelmeinung zwischen *von Gierke* und *Buchda*. Er sieht die Gesamthand, wie allgemein die Rechtsgemeinschaft, als Rechtssubjekt an. Die Gemeinschaften haben nach ihm jedoch nur eine „Teilrechtsfähigkeit“ im Sinne einer „kollektiven Rechtsfähigkeit“. Sie nehmen nicht als individuelle Einheiten am allgemeinen Rechtsverkehr teil, sondern die Mitglieder bleiben nach außen als Verkehrsteilnehmer sichtbar³³. Die Gesellschaft selbst ist für ihn Zuordnungs- und Rechtssubjekt³⁴. Dies schließt er aus den §§ 718, 719 I. Er fasst die Mehrheit der Subjekte in einer organisatorischen kollektiven Einheit zusammen und ordnet ihr als Rechtssubjekt das jeweilige subjektive Recht zu.

1972 schloss sich *Flume* der Auffassung *von Gierkes* an. Er legte in diesem Jahr seinen Aufsatz über „Gesellschaft und Gesamthand“³⁵ vor. Dessen Thesen gingen wiederum in sein Grundlagenwerk über „die Personengesellschaft“³⁶ ein.

Durch die Einführung von Gesellschaftsvermögen durch die zweite Kommission wird seiner Ansicht zufolge das Gesellschaftsrecht zugleich zum Recht einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand. Damit ordnete er die Gesamthandspersonengesellschaft nicht, wie der Aufbau des BGB es nahelegen würde, dem Schuldrecht zu, sondern dem „Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts“³⁷.

Auch maß *Flume* wie *von Gierke* der Gesamthand als „Gruppe“ eigene Rechtszuständigkeit bei, wobei durch den Terminus „Gruppe“ lediglich veranschaulicht werden sollte, dass die Gesamthand als Organisationseinheit der in der Gesamthand verbundenen Personen am Rechtsleben teilnimmt. Das Gesamthandsprinzip bei der Gesellschaft bewirkt, dass in seinem Geltungsbereich die Handlungs- und Rechtszuständigkeit den Gesamthändern im Rahmen ihrer besonderen Verbindung zu einer Personengemeinschaft zugeordnet ist. Die Gruppe tritt mithin im Rechtsverkehr in Erscheinung. Sie wird berechtigt, verpflichtet und für sie werden

³⁰ Gierke, Dt. PrivatR, Bd.1, S. 682

³¹ Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, S. 259

³² Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963

³³ Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 236

³⁴ Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 158f

³⁵ Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136, 177 ff.

³⁶ Flume, Die Personengesellschaft

³⁷ Flume, ZHR 136, 177 (178f)

Rechtsverhältnisse begründet³⁸. Die Aufgabe der Gesellschafter ist lediglich die, Mitglied der Gesamtheit zu sein.

Jede dem Gesamthandsprinzip unterliegende Gruppe falle demnach unter § 124 HGB und könne eigene „Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben“. Der Unterschied zur oHG ist nur das dortige Vorhandensein einer die „geschlossene Einheit“ dokumentierenden Firma³⁹. Hierunter kann die OHG auch klagen und verklagt werden. Flume verwendet hierfür den Begriff *Gierkes* von einem „Plus“ an Gesamthand, das die oHG als Handelsgesellschaft von der BGB-Gesellschaft unterscheidet.

Flume stellt jedoch auch eine klare Abstufung zur juristischen Person dar. Dadurch soll der Unterschied zwischen der Gesellschaft als Trägerin von Rechten und ihren Mitgliedern zum Ausdruck gebracht werden⁴⁰. Die Gesamthand kann selbst auch Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Sie selbst allerdings bleibt von Mitgliederwechseln unberührt. Keineswegs ist jedoch die GbR im zivilprozessualen Sinne parteifähig. Nicht geklärt wird indes, ob und wie die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

Flumes Auffassung zufolge wird die Gesellschaft durch das Gesamthandsprinzip zur handlungsfähigen Gruppe und damit zur (teil-)rechtsfähigen Beteiligten am Rechtsverkehr. Den Begriff der Teilrechtsfähigkeit verwendet *Flume*, da die Gesamthand keine Person ist. Nur diesen (natürlichen und juristischen mit wenigen Einschränkungen) kommt volle Rechtsfähigkeit zu. Die Gesamthand hingegen wird nur als solche im Rechtsverkehr anerkannt, da sich die Mitglieder zu einem bestimmten Zweck vereint haben und die GbR als Träger der Rechtsbeziehungen im Rahmen des verfolgten Zwecks dient⁴¹. Mit der Teilrechtsfähigkeit sollen auch nach *Ulmer*⁴² die der GbR im Rechtsverkehr gesetzten Grenzen ausgedrückt werden.

Neuerdings wird die moderne Gesamthandslehre auch durch das geänderte Umwandlungsgesetz gestützt. Der Gesetzgeber hat hier festgelegt, dass auch die GbR an einem Formwechsel beteiligt sein kann⁴³. Das Entscheidende bei einem solchen Formwechsel ist, dass der Rechtsträger eine andere Rechtsform erhält, seine Identität jedoch wahr. Hierdurch ist die strenge Differenzierung zwischen juristischen Personen und

³⁸ Flume, ZHR 136, 177 (189ff)

³⁹ Flume, ZHR 136, 177 ff

⁴⁰ Flume, AT BGB, Bd.1/1, S. 90.

⁴¹ Flume, ZHR 136, 177 (192)

⁴² MüKo/Ulmer § 705 RN 131

⁴³ Timm, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 2309 (2311); Semmler/Stengel/Schwanna, UmwG, § 191 RN 12

Gesamthandsgemeinschaften aufgebrochen.⁴⁴ Daraus wurde der Schluß gezogen, dass der Gesetzgeber bereits hierdurch die Rechtsfähigkeit⁴⁵ der GbR bestätigt habe⁴⁶.

Durch die sogenannte moderne Gesamthandslehre gelangte die Gesellschaft in gänzlich neue Sphären. Sie kann im Rechtsverkehr auftreten und selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Sie nimmt quasi eine Zwitterstellung zwischen natürlichen und juristischen Personen ein – kann mithin weder der einen noch der anderen Seite zugeordnet werden.

Vor allem durch *Flume* hat sich die „neue“ Ansicht über die Gesamthand immer mehr zur herrschenden Meinung entwickelt⁴⁷.

2.) Die traditionelle Gesamthandsdoktrin

Früher wurde in Rechtsprechung⁴⁸ und Lehre⁴⁹ die traditionelle Gesamthandsdoktrin vertreten. Auch heute sind noch Stimmen dieser traditionellen Lehre vorhanden⁵⁰.

Dieser Meinung zufolge ist die GbR nicht rechtsfähig und die Gesamthand primär ein sachenrechtliches Institut der Zuordnung von Vermögen zu einer Mehrzahl von Personen. Es kommen lediglich die Gesellschafter als Träger aller Rechte und Pflichten in Betracht. Nur sie nehmen im Außenverhältnis als Individuen am Rechtsleben teil. Diese Ansicht leugnet für die Gesamthand die Einheit und argumentiert gegen die Anerkennung der Rechtssubjektivität und

⁴⁴ Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 190, RN 7

⁴⁵ Timm, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 2309 (2312); Raiser, Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 199 (1999), S. 495 (496,511)

⁴⁶ Dieser Ansicht wird jedoch dahingehend widersprochen, dass der Herleitung der Rechtsfähigkeit allein aufgrund des geänderten Umwandlungsgesetzes jegliche Grundlage fehle. Aus der Aufzählung der Gesellschaften welche an einem Formwechsel teilnehmen könnten, kann noch nicht auf Rechtsfähigkeit oder Rechtssubjektivität geschlossen werden. Ein solches Unterfangen kann dem Gesetzgeber hierbei nicht unterstellt werden. Unabhängig vom Ergebnis hinsichtlich der Rechtsfähigkeit: Mülbart, Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), S. 38; Wiedemann, Die Personengesellschaft – Vertrag oder Organisation, ZGR 1996, S. 286 (290f)

Ferner wird Kritik an der Gleichstellung von juristischer Person und Gesamthandsgemeinschaft geübt: Ulmer, Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen, AcP 198 (1998), S. 113 (119f); Lüttge, Das neue Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrecht, NJW 1995, S. 417 (422).

⁴⁷ Soergel/Hadding, Vor § 705 RN 20 ff; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Teil 1, § 1 RN 16; Schmidt, Gesellschaftsrecht, §§ 8, 60; Timm, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 3209 (3210); Reinhard/Schultz, Gesellschaftsrecht, § 705 RN 37; MüKo/Ulmer, Vor § 705 RN 8, § 705 RN 130; Lindacher, Grundfälle zur Haftung der Personengesellschaften, JuS 1981, S. 431 (433)

⁴⁸ vgl. RGZ 9, 143 (144); 112, 124 (125); BGHZ 5, 35 (37f.); BGH, NJW 1957, 750 (751); BGHZ 59, 179 (184); BGH, NJW 1973, 1691 (1692)

⁴⁹ statt aller z.B. Huber, Vermögensanteil S. 101 f., 106; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, § 60 IV c; RGRK /v. Gamm, Vor § 705 RN 4.

der Rechtsfähigkeit mit dem Wortlaut des Gesetzes. Als Anhaltspunkt hierfür wird § 718 BGB herangezogen, demzufolge die Gegenstände „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“ werden. Auch mit dem Wortlaut des § 714 BGB wird argumentiert. Es werden hiernach lediglich „die anderen Gesellschafter“ vertreten.

Nach dieser Auffassung gibt es keine Gesellschaft als solche, sondern nur die Gesamthänder, und im Besonderen die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter handelt weder als Vertreter der Gesellschaft, noch als Organ. Er handelt vielmehr im eigenen Namen und als Stellvertreter für die übrigen Gesellschafter⁵¹. Diese Ansicht orientiert sich hauptsächlich an den vermögensrechtlichen Folgen des Gesamthandsprinzips und ordnet demzufolge das Gesamthandsvermögen den beteiligten Gesamthändern als Sondervermögen zu⁵². Die Gesamthänder sind infolgedessen zusammen Subjekt eines ihnen gemeinsam zustehenden Vermögens – und darüber hinaus nichts weiter⁵³. Ein personenrechtliches Element der Gesamthand wird negiert, mit der Folge, dass Gesamthandsverbindlichkeiten „nichts anderes als Schulden der Gesellschafter sind“⁵⁴. Die Rechte und Pflichten treffen somit allein die Gesellschafter. Belegt wird dies durch den Gesetzeswortlaut, da Gesellschaftsvermögen gemeinschaftliches Vermögen „der Gesellschafter“ sei. Durch dieses sind die Gesellschafter auch verbunden. Zudem werden durch den/die vertretungsberechtigten Gesellschafter nur „die anderen Gesellschafter“ vertreten und gerade nicht „die Gesellschaft“⁵⁵. Das Gesetz vermeidet sorgfältig jede Formulierung, die darauf hindeuten könnte, dass die Gesellschaft Rechtssubjekt sei.

Diese Ansicht sieht in der gesamthänderischen Bindung des Vermögens nach § 719 BGB das Gesamthandsprinzip und weist somit der Gesamthand einen Platz im Vermögensrecht zu⁵⁶. Auch werden allen Vorschriften bezüglich Verwaltung, Nutzung und Auseinandersetzung lediglich vermögensrechtliche Wirkungen zugesprochen.

Der traditionellen Lehre zufolge verleiht § 124 HGB der oHG nur Rechtshandlungsfähigkeit, nicht aber Rechtsfähigkeit. § 124 HGB könne mithin nicht als Argument für die Rechtsfähigkeit herangezogen werden.

⁵⁰ Statt aller z.B. Boin, GmbHR 2001, 513 (515); Cordes, JZ 1998, 545, (551); Heil, NZG 2001, 300 ff.; Hueck in FS Zöllner, S.275, 288 ff.; Müther, MDR 1998, 625; Pfeifer, NZG, 2001, 193 (200ff.); Zöllner in FS Gernhuber, S. 563 ff.

⁵¹ Buchner, Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP 169, (1969), S. 483, (500)

⁵² Weber-Grellet, Die Gesamthand ein Mysterienspiel, AcP 182 (1982), S. 316 (326f); Soergel/Schulze-v.Lasaulx, Vor § 705 RN 37

⁵³ Seiferlein, Rechtsfähigkeit, S. 16

⁵⁴ Düringer/Hachenburg/Flechtheim, HGB, § 128 Anm. 5

⁵⁵ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, § 60 IV c

⁵⁶ Wiedemann, Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1975, Beilage Nr. 4 S. 27

Diese Betrachtungsweise hat ihre Grundlage in der Doktrin des 19. Jahrhunderts, die eine Fülle von Erklärungsversuchen für dieses schwierige Institut vorgelegt, schlußendlich aber keinen Zweifel daran gelassen hatte, dass es um ein Phänomen der Vermögensbindung, nicht um ein solches der Rechtssubjektivität gehe⁵⁷.

III. Die Entwicklung der Rechtsprechung bis zum 29. Januar 2001

Der II. Zivilsenat des BGH hat bereits in den letzten zwei Jahrzehnten immer wieder die (beschränkte) Rechtsfähigkeit der GbR angenommen. Er hatte anerkannt dass eine GbR Gründerin einer GmbH⁵⁸ oder AG⁵⁹, Mitglied einer Genossenschaft⁶⁰ oder Gesellschafterin einer anderen GbR⁶¹ sein kann. Ferner wurde ihre Scheckfähigkeit⁶² und die Fähigkeit als Partner von Schuldverträgen mit Dritten zu agieren⁶³ bejaht. Auch wurde von der Rechtsprechung⁶⁴ im Fall der Übertragung eines Grundstücks zwischen zwei personengleichen Gesellschaften eine Auflassung gefordert. Dies belegt, dass ein Rechtsträgerwechsel vorausgesetzt wurde. Da beide Gesellschaften personenidentisch sind, kann es zu diesem Erfordernis nur kommen, wenn den beiden Gesellschaften eigene Rechtssubjektivität zugesprochen würde und sie als verschiedene Rechtsträger angesehen würden.

Dadurch dass die GbR in diesen Fällen jeweils als solche, und nicht als die Gesamtheit der ihr im Zeitpunkt des Vertragsschluss angehörenden Gesellschafter, behandelt wurde, wurde der GbR bereits hier der Sache nach Rechtsfähigkeit zuerkannt⁶⁵. Kennzeichnend hierfür war der immer wieder auftretende Satz: Die GbR könne als Teilnehmerin am Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen, soweit nicht spezielle Rechtsvorschriften dem entgegenstünden⁶⁶.

Allerdings wichen auch etliche Entscheidungen, insbesondere die anderer Zivilsenate des BGH, hiervon ab. 1989 lehnte der V. Zivilsenat die Fähigkeit einer GbR als WEG-Verwalter

⁵⁷ Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993, (994)

⁵⁸ BGHZ 78, 311 = ZIP 1981, 183 hierzu auch siehe FN. 71

⁵⁹ BGHZ 118, 83 = ZIP 1992, 995

⁶⁰ BGHZ 116, 86 = ZIP 1992, 114

⁶¹ BGH ZIP 1997, 2120

⁶² BGHZ 136, 254 = ZIP 1997, 1496 (XI. Zivilsenat)

⁶³ BGHZ 79, 374 = ZIP 1981, 289

⁶⁴ RGZ 136, 402 (406) bei Übertragung von OHG auf GbR; KG NJW-RR1987, S. 1321; BayObLG NJW 1982, S. 109 = BayObLGZ 1980, 299

⁶⁵ Ulmer, Die höchstrichterlich enträtselte Gesellschaft, ZIP 2001, 585 (586)

⁶⁶ so z.B. BGHZ 116, 86, 88 = ZIP 1992, 114; BGHZ 136, 254, 257 = ZIP 1997, 1496

zu fungieren ab⁶⁷. Hierdurch wurden, obwohl § 26 WEG dem nicht entgegenstand, Freiberufler-Sozietäten vom Beruf des WEG-Verwalters ausgeschlossen. 1998 sprach sich der XII. Zivilsenat gegen die Rechtsfähigkeit der GbR in einem Fall aus, in dem sie als Vermieterin eines Grundstücks aufgetreten war⁶⁸. Noch im Jahr 2000 verneinte der I. Zivilsenat die Markenrechtsfähigkeit der GbR⁶⁹, obwohl auch der Wortlaut des § 7 Nr. 3 MarkenG, anders als die Gesetzesbegründung⁷⁰, dem nicht entgegensteht.

Auch der II. Zivilsenat ließ in seinen Urteilen keine Konstanz erkennen, vor allem durch missverständliche Formulierungen, und ließ somit auch die Anhänger der traditionellen Lehre hoffen, dass eine endgültige Entscheidung für oder gegen die Rechtsfähigkeit noch nicht getroffen war. Dies zeigte sich insbesondere durch zwei Urteile. 1980 war zu entscheiden, ob eine GbR an der Gründung einer GmbH beteiligt werden konnte⁷¹. Die Fähigkeit der GbR eine GmbH zu gründen wurde freilich bejaht, allerdings nur unter dem einschränkenden Hinweis, dass es nicht darum gehe, dass die GbR „wie ein von seinen Mitgliedern abgesonderter selbständiger Rechtsträger Gesellschafterin einer GmbH werden solle“, sondern um die gemeinsame Übernahme der Stammeinlage durch mehrere Personen, die sich zu einer GbR verbunden haben. 1999 war ein Fall zu entscheiden, in dem es um die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einer GbR ging. Hierbei wurde im Namenszusatz auf die Haftungsbeschränkung hingewiesen⁷². Der Senat verneinte sie mit einer Begründung, die sich alternativ entweder auf die gesamtschuldnerische Haftung nach § 427 BGB als Folge der gemeinsamen Verpflichtung oder auf diejenigen Stimmen stützte, die die akzessorische Haftung analog § 128 HGB bejahen. Die Entscheidung musste folglich so verstanden werden, als sei sie hinsichtlich der Rechtsfähigkeit der GbR, entgegen der zuvor dargelegten Rechtsprechung der letzten 20 Jahre, noch offen.

⁶⁷ BGHZ 107, 268

⁶⁸ BGHZ 138, 82 = ZIP 1998, 604

⁶⁹ BGH DB 2000, 2117

⁷⁰ Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6581, S. 69

⁷¹ BGHZ 78, 311 = ZIP 1981, 183

⁷² BGHZ 142, 315 = ZIP 1999, 1755

IV. Die Entscheidung am 29. Januar 2001

1.) Die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR

Mit der Entscheidung des BGH vom 29. Januar 2001⁷³ endete (zumindest vorerst) die langwierige Diskussion über die Rechtsfähigkeit der GbR. Der BGH bestätigte die moderne Gesamthandslehre. Die GbR ist Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten.

Im ersten Leitsatz heißt es: Die (Außen-)GbR besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Insbesondere für die Rechtsfigur der zur Gesamtschuld nach § 427 BGB führenden gemeinschaftlichen Verpflichtung der Gesellschafter⁷⁴ ist beim rechtsgeschäftlichen Handeln der GbR kein Raum mehr⁷⁵.

Die Literatur hat dies in verschiedenster Art gewürdigt.

*H.P. Westermann*⁷⁶ spricht von einem „Befreiungsakt“ und dass ein „Knoten durchgehackt“ sei. *Ulmer*⁷⁷ sieht die Entscheidung als „höchstrichterlichen Markstein auf dem Weg zur „Enträtselung“ der GbR“, und *Dauner-Lieb*⁷⁸ und *Peifer*⁷⁹ als „Befreiungsschlag“. Für *Prütting*⁸⁰ kommt die Entscheidung einem „Erdrutsch“ gleich und für *Schmidt*⁸¹ „endet der 30jährige Krieg“. Auch *Habersack*, *Ann*, *Heil*, *Gesmann-Nuissl* und *Timme/Hülk* haben sofort zur Feder gegriffen⁸². Zum ganz großen Teil wird das Urteil des BGH begrüßt. Die Meisten sehen in ihm das Ende der langen Debatte um Rechtsnatur und Haftungsverfassung der GbR. Es ist Schlusspunkt und logische Konsequenz der neueren Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet.

Im vorliegenden Fall handelte es sich um einen Wechselprozess. Es wurde die ARGE „Weißes Roß“, eine bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft, als Wechselakzeptantin

⁷³ BGH v. 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 = DStR 2001, 310 = ZIP 2001, 330 = WM 2001, 408 = NZG 2001, 311, = DNotZ 2001, 234 = JZ 2001, 655 = MDR 2001, 459 = MittBayNot 2001, 192, s.a. ZEV 2001, 106, 107

⁷⁴ so noch: BGHZ 61, 338, 343 und die Anhänger der traditionellen Gesamthandsdotrin (s.o.)

⁷⁵ Ulmer, Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585 (587)

⁷⁶ H.P. Westermann, Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, NZG 2001, 298

⁷⁷ Ulmer, Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585

⁷⁸ Dauner-Lieb, Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft, DStR 2001, 356

⁷⁹ Peifer, Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand – die GbR als OHG? NZG 2001, 296

⁸⁰ Prütting, EwIR 2001, 341.

⁸¹ Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993

⁸² Habersack, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung, durch den BGH, BB, 2001, 477; Ann, Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, JA 2001, 441; Heil, Parteifähigkeit der GbR – der Durchbruch der Gruppenlehre?, NZG 2001, 296; Gesmann-Nuissl, Die Rechts- und Parteifähigkeit sowie Haftverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Urteil des BGH, WM 2001, 973; Timme/Hülk, Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 2001, 1056,

verklagt. Im Rahmen der revisionsrechtlichen Überprüfung des zweitinstanzlichen Urteils des OLG Nürnberg schlug der II. Zivilsenat einen neuen Weg ein. Er sah die (Außen-) Gesellschaft im Zivilprozess als aktiv und passiv parteifähig an, so dass sie als Teilnehmerin am Rechtsverkehr Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann.

Zunächst könne „die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter im Rechtsverkehr grundsätzlich, das heißt, soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen“. Woraus der BGH bezüglich der BGB-Gesellschaft folgert: „(...)soweit sie in diesem Rahmen eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie (...) rechtsfähig (...)“.

Der BGH stützt seine These auf eine historische Auslegung der §§ 705 ff BGB. Der Gesetzgeber wollte „zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesamten Hand nicht Stellung nehmen“⁸³. Folglich gibt es keine entstehungsgeschichtlichen Anhaltspunkte, welche gegen das Vorliegen der Rechtsfähigkeit sprechen. Dies gilt ebenso für § 714. Dieser handele zwar von der Vertretung der Gesellschafter, nicht hingegen von der Gesellschaft, beruhe jedoch nicht wie das Gesamthandsprinzip auf dem zweiten Entwurf des BGB sondern auf dem ersten und gibt mithin „für eine Deutung der BGB-Gesellschaft nichts her“⁸⁴.

Der Senat bekräftigt, dass gerade wegen der unvollständigen gesetzlichen Regelungen und aus dem Unterlassen der konkreten Ausgestaltung und Festlegung des Gesetzgebers hinsichtlich der Rechtsnatur der GbR er die Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft „an den praktischen Bedürfnissen“ ausgestalten, und er sich bei der Verwirklichung des Gesamthandsprinzips daran orientieren könne.

Gerade aufgrund solcher Lücken im Gesetz obliegt es den oberen Gerichten, strittige Rechtsfragen grundsätzlich zu klären und die im Gesetz angelegten Leitgedanken an die Bedürfnisse des Lebens anzupassen⁸⁵. Diese Rechtsfortbildung ist Teil der Aufgaben der Rechtsprechung⁸⁶.

Die oben angekündigte Anpassung an die „praktischen Bedürfnisse“ vollzieht der Senat, indem er sich (endgültig?) der modernen Gesamthandslehre anschließt. Die Gründe des BGH, sich nunmehr der auch in der Literatur herrschenden Lehre anzuschließen, werden auch hier kurz angesprochen.

⁸³ Mugdan, Materialien, S. 990

⁸⁴ kritisch in diesem Zusammenhang: Wiedemann, Anmerkung zu BGH JZ 2001, S. 655, JZ 2001, S. 661; Heil, Parteifähigkeit der GbR – der Durchbruch der Gruppenlehre, NZG 2001, S. 300 (301,303); Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, S. 993 (996f)

⁸⁵ Seiferlein, Rechtsfähigkeit, S. 88

⁸⁶ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366ff

Dem BGH zufolge ergibt dieses Verständnis der Rechtsnatur ein praktikables und weitgehend widerspruchsfreies Modell für die vom Gesetz gewollte rechtliche Absonderung von Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen. Dadurch hat auch ein Wechsel im Mitgliederbestand keinen Einfluß auf den Fortbestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse⁸⁷. Vor allem Dauerschuldverhältnisse hätten bei strikter Anwendung der traditionellen Auffassung mit der „Gesellschaft“ bei jedem Wechsel im Mitgliederbestand von den Vertragsparteien neu geschlossen bzw. bestätigt werden müssen. Der BGH stützt sich ferner auf die Möglichkeit identitätswahrender Umwandlungen unter Beteiligung einer BGB-Gesellschaft. Es kommt somit durch das Anwachsen oder Absinken des Umfangs der Tätigkeit einer Personengesellschaft zu einem identitätswahrenden Formwechsel zwischen einer GbR und Personenhandelsgesellschaft⁸⁸. Seit der Änderung des Umwandlungsgesetzes im Jahre 1995 ist gem. § 191 I 2, II Ziff. 1 UmwG auch eine formwechselnde Umwandlung von Kapitalgesellschaften in eine BGB-Gesellschaft möglich. Es ändert sich dabei lediglich das Rechtskleid⁸⁹. Für eine solche Umwandlung sollten sich jedoch die Zuordnung von Rechten und Pflichten bei der BGB-Gesellschaft einerseits und die der Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften andererseits entsprechen. Dies ergibt sich jedoch nur dann, wenn auch die BGB-Gesellschaft rechtsfähig ist⁹⁰.

Auch ergibt sich laut BGH aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit kein Widerspruch zu den §§ 21, 22, 54 BGB. Hier ist mit Rechtsfähigkeit offensichtlich gemeint, dass die Gesellschaft Trägerin von Rechten und Pflichten aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit ist. Für OHG und KG ist es praktisch unbestritten, dass sie Träger von Rechten und Pflichten sein können, und damit rechtsfähig sind, ohne als Gesamthandsgemeinschaften den Status einer juristischen Person zu haben.

Fraglich ist jedoch, welche Reichweite der vom BGH zugebilligten Rechtsfähigkeit zukommt. Ist auch weiterhin am Begriff der „Teil-Rechtsfähigkeit“⁹¹ festzuhalten, um die Diskrepanz zur juristischen Person darzustellen? Es gab auch früher bereits Widerspruch hinsichtlich der Definition der Rechtsfähigkeit⁹². Zumindest nach dem neuen BGH-Urteil sollte es jedoch erforderlich sein, auch aus Gründen der Signalwirkung, von einer Einschränkung der

⁸⁷ vgl. BGH NJW 2001, 1056 (1057)

⁸⁸ BGHZ 10 91 (95) = NJW 1953, 1506; BGH WM 1971, 1198

⁸⁹ RGZ 155, 75, 85; BGH NJW 1967, 1821, Habersack, JuS 1990, 179 (182)

⁹⁰ Scholz, Die BGB-Gesellschaft nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29.1.2001, NZG 2002, 153 (154)

⁹¹ Flume, Die Personengesellschaft, § 7 II, S. 90; MüKo/Ulmer, BGB 3. Aufl. 1997, § 705 RN 131 u.a.

⁹² Wertenbruch, Haftung, S. 211 f

Rechtsfähigkeit, etwa als Teil-Rechtsfähigkeit, Abstand zu nehmen⁹³. Der BGH selbst hat sich hingegen terminologisch nicht festgelegt. Er spricht von „Rechtsfähigkeit soweit sie(...)eigene Rechte und Pflichten begründet“. In den Gründen fällt lediglich der Begriff der „beschränkten Rechtssubjektivität“⁹⁴.

2.) Beschränkung auf bestimmte GbR

Dadurch, dass die GbR durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie rechtsfähig. Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies für alle Arten von GbR gilt oder nur für bestimmte.

Dem Wortlaut des Urteils zum Fall „weißes Ross“ zufolge kommt die Rechtsfähigkeit nur einer Außen-GbR zu⁹⁵. Kriterien zur Abgrenzung von anderen GbR werden jedoch nicht aufgestellt. Es stellt sich mithin die Frage, ob eine solche Einschränkung, die Rechtsfähigkeit bloß der Außen-GbR zuzusprechen, erforderlich ist, und welche Abgrenzungskriterien hierzu erforderlich sind.

Die Außen-GbR gilt als Regel- und Normaltyp⁹⁶. Sie ist dadurch charakterisiert, dass sie nach dem Willen ihrer Gesellschafter als solche am Rechtsverkehr teilnehmen und dabei eigene Rechte und Pflichten begründen soll⁹⁷. Im Gegensatz hierzu steht die reine Innen-GbR. Ihr Zweck beschränkt sich auf ein rein internes Schuldverhältnis der Gesellschafter, ohne dass die Gesellschaft als solche am Rechtsverkehr teilnimmt⁹⁸. Im Außenverhältnis handeln die Gesellschafter der Innengesellschaft in eigenem Namen, so dass nur Rechte und Pflichten der Gesellschafter entstehen, nicht hingegen solche der GbR. Für die Frage der Rechtsfähigkeit kommt es somit zunächst nur darauf an, ob die GbR ihrerseits am Rechtsverkehr teilnimmt. Abgrenzungen bezüglich der äußeren Erkennbarkeit oder Differenzierungen vermögensrechtlicher oder personenrechtlicher Art sind folglich irrelevant⁹⁹. Flume trifft die Unterscheidung danach, ob das Verhältnis der Gesellschafter ein ausschließlich schuldrechtliches ist, oder ob die Gesamthand – als Gruppe – begründet wird, die als solche Rechtsträgerin ist¹⁰⁰.

⁹³ Ulmer, Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585 (588)

⁹⁴ BGH ZIP 2001, 330 (331) A I 2

⁹⁵ kritisch hierzu: Pfeifer, Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand, - die GbR als oHG, NZG 2001, S. 296 (298)

⁹⁶ MüKo/Ulmer, § 705 RN 208

⁹⁷ Westermann, NZG 2001, 289; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 58 II 2.

⁹⁸ Hadding, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, 712 (714).

⁹⁹ a.A.: Timm, NJW 1995, S. 3209 (3216); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 43, II 3, § 58 II b FN 16 Für beide ist liegt immer eine Außengesellschaft bei bestehendem Gesamthandsvermögen vor

¹⁰⁰ Flume, Die Personengesellschaft, § 1 III

Durch die Begrenzung auf bloße Außengesellschaften unterscheidet sich das Urteil von Flumes Ansicht. Er wollte das Recht der Gesamthand, unbeschadet einzelner Unterschiede, insgesamt auf eine neue Grundlage stellen¹⁰¹.

Da eine GbR jedoch sowohl Innen- als auch Außengesellschaft sein kann, stellt sich für Dritte die Frage, ob ihnen eine rechtsfähige Außen-GbR oder eine nicht rechtsfähige Innen-GbR gegenüber steht. Diese Abgrenzung kann sich für unbeteiligte Dritte als durchaus schwierig erweisen¹⁰². Sie müssen vor der Entscheidung über die richtige Verfolgung und Durchsetzung ihrer Rechte feststellen, worum es sich handelt, insbesondere weil nach herrschender Meinung in Schrifttum¹⁰³ und Rechtsprechung¹⁰⁴ nur eine Außengesellschaft, nicht jedoch eine Innengesellschaft Gesamthandsvermögen bilden kann.

Fraglich ist jedoch, ob der BGH durch seinen Zusatz „... soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet...“ eine Einschränkung auf bestimmte Arten von Außen-GbR angedeutet haben könnte. Dies ist nicht der Fall. Der Zusatz muss als Erläuterung verstanden werden, wann eine Außen-GbR existiert¹⁰⁵. Hierzu können als Begründung die allgemein gehaltenen Aussagen in den Leitsätzen und Entscheidungsgründen herangezogen werden.

Mit der Abgrenzung zur Innengesellschaft ist jedoch noch nicht geklärt, ob eine GbR zusätzlich noch weitere Merkmale aufweisen muss, um Rechtsfähigkeit zu besitzen. Einige Autoren befürworten dies.

Umstritten war lange Zeit, ob die Rechtsfähigkeit nur unternehmenstragenden GbR¹⁰⁶ oder auch solchen, welche über eine Handlungsorganisation und eine Identitätsausstattung verfügen¹⁰⁷, zugesprochen werden kann. Schmidt zufolge müsste hierzu zwischen den Mitunternehmer-BGB-Gesellschaften¹⁰⁸ und den schlicht zivilistischen Gesellschaften unterschieden werden. Erstere sollen nach dem Vorbild des § 124 HGB als Rechtssubjekte verselbständigt und als rechtsfähig qualifiziert werden. Dieser Differenzierung ist zu widersprechen. In Bezug auf die Beschränkung auf unternehmenstragende GbR steht ihr der 1998 neu eingefügte¹⁰⁹ § 105 II HGB entgegen¹¹⁰. Der Kreis der mit Rechtsfähigkeit

¹⁰¹ Flume, Die Personengesellschaft, § 7 II Fußnote 12

¹⁰² Scholz, NZG 2002, 153 (156)

¹⁰³ Staudinger/Kessler, 12. Aufl., Vorb § 705 RN 92; Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Auflage, § 58, II 2 b

¹⁰⁴ OLG München, NJW 1968, 1384, (1386); OLG Frankfurt a.M., BB 1969, 1411; OLG Köln, DB 1973, 1065 (1066); BGH NJW 1982, 99, (100)

¹⁰⁵ Habersack, BB 2001, 477, (478); Schemmann, DNotZ 2001, 244 (245)

¹⁰⁶ Schmidt, Gutachten S. 413.

¹⁰⁷ Ulmer, AcP, 198 (1998), 113, 126ff, 150

¹⁰⁸ auch „unternehmenstragende GbR“ oder „Erwerbsgesellschaften“ genannt

¹⁰⁹ per Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22.6.1998

¹¹⁰ hierzu Habersack, BB 2001, 477 (478)

ausgestatteten GbR darf jedenfalls nicht enger sein als der derjenigen Gesellschaften, die nach § 1, 2, 105 II HGB Zugang zum Handelsrecht haben. Eine Beschränkung auf unternehmenstragende GbR, unter Einschluß von Freiberufler-Sozietäten, ist dem Urteil auch nicht zu entnehmen. Bei dem vom BGH zu entscheidenden Fall handelte es sich um eine bauwirtschaftliche ARGE, die gerade kein gemeinschaftliches Unternehmen betreibt, sondern nur zur Verrichtung eines bestimmten Bauauftrags gebildet wird. *Schmidts* Ansicht ist mithin mit dem Urteil nicht zu vereinen.

Auch dem zum Teil¹¹¹ geforderten Ausschluss von lediglich vermögensverwaltenden Gesellschaften wurde vom BGH nicht gefolgt. Sie können gem. § 105 II HGB in den Genuss von § 124 HGB kommen und dürfen mithin auch nicht aus der Gruppe der rechtsfähigen BGB-Gesellschaften ausgeschlossen werden¹¹².

Möglicherweise soll dagegen, wie *Ulmer* und *Dauner-Lieb*¹¹³ vorschlagen, die Rechtsfähigkeit vom Vorliegen einer Handlungsorganisation und Identitätsausstattung abhängig gemacht werden. Anknüpfend an *John*¹¹⁴ müsse „eine - durch Teilnahme am Rechtsverkehr dokumentierte – besondere Identitätsausstattung der GbR in Gestalt eines eigenen Gesellschaftsnamens, verbunden mit dem GbR-Sitz, sowie eine Handlungsorganisation mit für die GbR als solche handelnden Organen und ein aus diesem Handeln resultierendes, die GbR als Haftungsverband qualifizierendes Gesamthandsvermögen“ vorliegen. Nur in Kombination dieser Merkmale ist *Ulmers* Ansicht zufolge der GbR Rechtsfähigkeit zuzuweisen¹¹⁵. Auch *Breuninger*¹¹⁶ bezieht sich auf diese Merkmale. Seiner Ansicht zufolge muß die GbR eine Identitätsausstattung aufweisen und ihre Identität im sozialen Kontext zum Ausdruck bringen, um als verselbständigte Wirkungseinheit funktionieren zu können.

Eine Beschränkung wie oben beschrieben auf vermögensverwaltende oder unternehmenstragende GbR oder solche mit Handlungsorganisation und Identitätsausstattung hat der II. Senat des BGH in seinem Urteil jedoch nicht vorgenommen. Trotz Fehlens einer solchen Einschränkung argumentieren die Vertreter der oben genannten Auffassungen damit, dass eine Beschränkung in dem zu entscheidenden Fall nicht notwendig gewesen sei, da die „ARGE Weißes Roß“ die von *John* geforderten Merkmale aufweise. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Eine Beschränkung auf Außen-GbR, die bestimmte Anforderungen besitzen, ist nicht

¹¹¹ Schmidt, NJW 2001, S. 993 (1002)

¹¹² Habersack, BB 2001, S. 477 (478); Hadding, ZGR 2001, S. 712 (716)

¹¹³ Dauner-Lieb, Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft, DStR 2001, S. 356 (359f)

¹¹⁴ John, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 72 ff

¹¹⁵ Ulmer, ZIP 2001, 585 (593)

¹¹⁶ Breuninger, Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr, S. 18 ff

Inhalt dieses Urteils und kann mithin auch nicht aus der Tatsache gefolgert werden, dass die ARGE „Weißes Roß“ diese „zufällig“ besaß.

Nach alledem verfügt jede Außengesellschaft bürgerlichen Rechts über Rechtsfähigkeit; dies entspricht sowohl der herrschenden Lehre, als auch dem BGH. Innengesellschaften sowie Stille Gesellschaften i.S. der § 230 ff. HGB sind dagegen nicht rechtsfähig.

3.) Ist auch die Erbengemeinschaft rechtsfähig?

Fraglich ist, ob die Grundsätze der Entscheidung „Weißes Roß“ auch für die Erbengemeinschaft gelten sollen und somit dieser damit gleichfalls Rechtsfähigkeit zukommt. Zunächst ist problematisch, welche Funktion und systematische Bedeutung die Erbengemeinschaft hat. Die Erbengemeinschaft entsteht gem. § 2032 BGB willensunabhängig, wenn mehrere Personen nebeneinander erben. Sie endet, wenn der letzte Gegenstand auseinandergesetzt ist oder alle Miterben ihre Anteile auf einen von ihnen übertragen haben. Sie kann daraufhin nicht neu gegründet werden.

Die Erbengemeinschaft ist zwar Gesamthandsgemeinschaft, jedoch nach ganz herrschender Meinung weder juristische Person noch GbR. Möglicherweise könnte ihr jedoch gleichwohl Rechtsfähigkeit zukommen. Gerade aufgrund des BGH-Urteils vom 29.1.2001 ist diese Frage lebhaft diskutiert worden. Auch der Erbengemeinschaft müsse, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, Rechtsfähigkeit zugesprochen werden.

Vor allem *Grunewald*¹¹⁷ und *Eberl-Borges*¹¹⁸, aber auch andere¹¹⁹ haben für die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft plädiert. Die Begründung dafür, dass der Erbengemeinschaft ebenso wie der GbR Rechtsfähigkeit zugebilligt werden müsse, ist, dass das Tätigkeitsfeld der Erbengemeinschaft gleich weit sei wie das der GbR. Sie kann die gleichen Funktionen erfüllen wie eine Personengesellschaft. Auch könne das Argument der Kurzzeitigkeit der Erbengemeinschaft aufgrund ihrer Charakterisierung als geborene Abwicklungsgesamthand nicht greifen, weil diese sehr lange, nämlich so lange, bis einer der Miterben die Auseinandersetzung wünscht, bestehen könne¹²⁰. Aus der Dauer der Existenz

¹¹⁷ Grunewald, AcP 197, 313

¹¹⁸ Eberl-Borges, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft nach dem Urteil des BGH vom 29.1.2001 zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR, ZEV 2002, S. 125

¹¹⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, 394 ff.; Weipert, Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft, ZEV 2002, 300, 301; ders., FS für Bezzenger 2000, 439, 444f; Soergel/Wolf, § 2032 RN 4

¹²⁰ vgl. Muscheler, ZEV 1997, 169; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 339

könnten zumindest keine Schlüsse gegen die Rechtsfähigkeit gezogen werden. Auch die herrschende Ansicht, nur Außen-Gesellschaften seien nach dem Urteil des BGH rechtsfähig, könne nicht als Argument gegen die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft herhalten. Da in Gestalt des Nachlasses auch für die Erbengemeinschaft ein Gesamthandsvermögen bestehe, müsse der Erbengemeinschaft ebenso wie der Außen-GbR Rechtsfähigkeit zugesprochen werden. Die Erbengemeinschaft verfüge immer über Vermögen. Ist kein Vermögen mehr im Nachlass enthalten, so sei nämlich die Erbengemeinschaft beendet¹²¹. Zudem sei die Erbengemeinschaft nicht als schlichtes Sondervermögen, im Sinne der traditionellen Auffassung, zu begreifen. Aus diesem Grund weise die Erbengemeinschaft auch keine der Bruchteilsgemeinschaft vergleichbare Struktur auf.¹²² Die Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft seien gemäß § 744 I BGB zur gemeinschaftlichen Verwaltung berechtigt, die Gesellschafter einer GbR nicht nur gem. § 709 I HS 1 berechtigt, sondern gem. § 705 auch verpflichtet. § 2038 I 2 HS 1 BGB verpflichtet jeden Miterben dazu, zu Maßnahmen mitzuwirken, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind. Dieses Kriterium unterscheidet Erben- und Bruchteilsgemeinschaft signifikant voneinander und nähert gleichsam Erbengemeinschaft und Personengesellschaft aneinander an.

Die herrschende Meinung hingegen lehnt die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft ab¹²³. *Heil* zufolge sind die von *Eberl-Borges* vorgebrachten Argumente sogar „nichtssagend“¹²⁴. Dass die Ausrichtung auf baldige Abwicklung nicht zwingend ist, wird auch von der traditionellen Lehre nicht bestritten, allerdings kann dies nicht Grund für die Rechtsfähigkeit sein.

Bork legt dar, dass die Annahme der Rechtssubjektivität der Erbengemeinschaft dem Wortlaut und der Gesetzgebungsgeschichte zuwider ginge und allenfalls als Produkt einer Rechtsfortbildung anerkannt werden könnte¹²⁵. Eine solche Rechtsfortbildung widerspricht laut *Menold* aber der gesetzlichen Grundtendenz, da das gesamte Recht der Erbengemeinschaft den Aspekt des Sondervermögens betone und insoweit erhebliche Unterschiede zur GbR bestünden¹²⁶. Ferner bestehe gar kein zwingendes Bedürfnis zur Rechtsfortbildung, da die traditionelle Gesamthandslehre die Probleme der

¹²¹ Kipp/Coing, *Erbrecht* 14. Auflage, 1990, § 114 II; Staudinger/*Werner*, 13. Auflage, Vorbem. Zu § 2032 ff. RN1, § 2042, RN 63

¹²² Eberl-Borges, *ZEV* 2002, 125 (127)

¹²³ statt aller: Frank, *Erbrecht*, § 19 RN 1; Ebenroth, *Erbrecht*, RN 719, Schlüter, *Erbrecht*, § 32, RN 643; Leipold, *Erbrecht*, § 21, RN 721; Heil, *Ist die Erbengemeinschaft rechtsfähig? – Ein Zwischenruf aus der Praxis*, *ZEV* 2002, 296; Harder, *Grundzüge des Erbrechts*, RN 576; Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, § 42 I 4 b; Staudinger/*Werner*, § 2032 RN 4 ff; Troll, *ErbStG* § 3 RN 12

¹²⁴ Heil, *ZEV* 2002, 296 (297)

¹²⁵ Staudinger/*Bork*, 100 Jahre BGB, 181, 184

Erbengemeinschaft bereits zufriedenstellend löse¹²⁷. Insbesondere im Bereich der Haftung könnten sich Probleme ergeben, würde die Erbengemeinschaft als Rechtssubjekt angesehen werden. Nur sie selbst würde verpflichtet werden, so dass die Gläubiger nur Zugriff auf den Nachlass hätten¹²⁸. Eine persönliche Haftung der Erben käme mangels Anwendbarkeit des § 128 HGB aufgrund der entgegenstehenden Regelung des § 2059 BGB nicht in Betracht¹²⁹.

Der BGH hat der Diskussion um die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft jedoch am 11.9.2002, zumindest bis auf weiteres, ein Ende gesetzt¹³⁰. Er entschied sich gegen die Rechtsfähigkeit. Grund hierfür war vor allem, dass die Erbengemeinschaft nicht durch Rechtsgeschäft gegründet wird, sondern kraft Gesetz entsteht, sobald mehrere Miterben vorhanden sind. Zudem sei sie nicht auf Dauer angelegt, sondern von vornherein auf Auseinandersetzung gerichtet. Auch ist die Handlungsorganisation bei der Personengesellschaft unterschiedlich zur Erbengemeinschaft ausgeprägt. Zudem ist dem BGH zufolge keinerlei praktisches Bedürfnis für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ersichtlich.

Auch in seinem Beschluss vom 17.10.2006¹³¹ hat der BGH nochmals entschieden, dass die Erbengemeinschaft weder rechtsfähig noch parteifähig ist. Die Grundsätze zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer seien nicht auf die Erbengemeinschaft zu übertragen. Dies begründet er damit, dass die Erbengemeinschaft weder zur dauerhaften Teilnahme am Rechtsverkehr bestimmt oder geeignet ist, noch sonst auf Dauer angelegt ist. Ferner fehlen ihr eigene Organe, durch die sie im Rechtsverkehr handeln könnte. Als gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist, ist sie nicht mit einem eigenständigen handlungsfähigen Rechtssubjekt gleichzusetzen.

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen. Da die Erbengemeinschaft bewusst als Liquiditätsgemeinschaft ausgestaltet ist und daher Regelungen über Geschäftsführung und Vertretung gänzlich fehlen, ist eine Vergleichbarkeit mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die damit einhergehende Anerkennung der Rechtssubjektivität nicht gegeben.

¹²⁶ Menold, Die erbrechtlichen Schranken der Gestaltung der Vererbung von Anteilen an Gesamthandspersonengesellschaften, 43; so auch MüKo/Dütz, Vor § 2032 RN 5

¹²⁷ Heil, Ist die Erbengemeinschaft rechtsfähig? - Ein Zwischenruf aus der Praxis, ZEV 2002, 296ff.

¹²⁸ Menold, Die erbrechtlichen Schranken der Gestaltung der Vererbung von Anteilen an Gesamthandspersonengesellschaften, 46

¹²⁹ Heil, Ist die Erbengemeinschaft rechtsfähig? - Ein Zwischenruf aus der Praxis, ZEV 2002, 296, 299

¹³⁰ BGH NJW 2002, 3389 = ZEV 2002, 504 mit i.E. zustimmender Anm. Marotzke; dagegen: Ann, MittBayNot 2003, 194

4.) Abschied von der Unterscheidung Gesamthand und juristische Person?

Fraglich ist hingegen, ob eine Unterscheidung zwischen Gesamthand und juristischer Person mittlerweile überholt ist. Die juristische Person ist „aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit“ und nicht nur wie die GbR „als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder“ rechtsfähig. Das BGH-Urteil vom 29.1.2001 sagt bezüglich eines Abschieds von dieser Unterscheidung jedoch nichts, so dass die Frage, ob die Außengesellschaft als juristische Person anerkannt werden müsste, nicht entschieden ist. Von *Raiser* wird eine solche Gleichstellung von Gesamthand und juristischer Person allerdings als geltendes Recht angesehen¹³². Er stützt sich dabei zum einen auf das neue Umwandlungsrecht, zum anderen darauf, dass diese Entwicklung in Frankreich bereits zum Durchbruch gelangt ist¹³³.

Die Unterscheidung oder Gleichstellung ist allerdings kein Problem bezogen auf die Rechtsfähigkeit, sondern eines des Systems der Rechtsträger. Problematisch ist, ob es drei Arten von Rechtsträgern (natürliche Personen, juristische Personen und Gesamthandsgesellschaften) gibt, oder ob Körperschaften und rechtsfähige Personengesellschaften Untergruppierungen der juristischen Person sind. Der II. Senat des BGH setzt mit der modernen Gesamthandslehre Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit nicht gleich, allerdings ist die systematische Entwicklung noch offen¹³⁴. Die GbR ist im Sinne des Grundgesetzes wohl juristische Person, im Sinne des BGB rechtsfähige Personengesellschaft und im Sinne der InsO eine rechtsfähige Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit¹³⁵. Allerdings ist das Verhältnis zwischen „Rechtsfähigkeit“ und „Rechtspersönlichkeit“ weiterhin nicht gerichtlich geklärt. Nach *Flume*¹³⁶ sind Gesamthandsgemeinschaften und juristische Personen begrifflich „überindividuelle Wirkungseinheiten“¹³⁷, für die „als Einheit gehandelt wird, die als Einheit am Rechtsverkehr teilnehmen und für die als Einheit Rechte und Pflichten bestehen“. Insofern sind sie gleich. Sie unterscheiden sich lediglich darin, dass die Gesamthand „als Gruppe der in ihr vereinigten Personen“ zu verstehen ist, während bei der juristischen Person „die Organisation als solche, als Person absolutiert wird“¹³⁸. Zusammenfassend existiert seiner Ansicht zufolge die Gesamthandsgesellschaft als Personengemeinschaft in ihren Mitgliedern; die juristische

¹³¹ BGH, Beschluss vom 17.10.2006 –VIII ZB 94/05 = BGH DNotZ 2007, 134f

¹³² Raiser, AcP 194, (1994) 495 ff.; ders. in: Festschrift für Zöllner I, 1998 S. 469 ff.; ders. AcP, 199 (1999), 104, 107 f.

¹³³ vgl. die Neufassung des Art. 1842 I Code Civil

¹³⁴ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, 1997, § 8 I 3; ders. ZGR 1990, 595, Fußnote 66.

¹³⁵ Schmidt, NJW 2001, 993 (996)

¹³⁶ Flume, Die Personengesellschaft. 54 ff.

¹³⁷ Diesen Begriff übernimmt Flume von Rittner, Die werdende juristische Person, S. 229

¹³⁸ Flume, Die Personengesellschaft, S. 89.

Person ist als Organisation in ihrer Existenz gegenüber den Mitgliedern verselbständigt¹³⁹. Ulmer¹⁴⁰ übernimmt im Wesentlichen die Formulierungen Flumes und sieht in den grundsätzlichen Unterschieden zwischen Gesamthand und juristischer Person die Notwendigkeit einer Differenzierung. Diese Unterschiede sind namentlich: die freie Übertragbarkeit der Anteile an Kapitalgesellschaften im Unterschied zu denen an Personengesellschaften; der Fortbestand der Kapitalgesellschaft bei Rückgang der Mitgliederzahl auf eine Person im Unterschied zur Personengesellschaft, die zwei Mitglieder voraussetzt; die Möglichkeit des Erwerbs eigener Anteile nur für Kapitalgesellschaften; die Geltung des Mehrheitsprinzips in der Kapitalgesellschaft im Unterschied zu dem Einstimmigkeitsprinzip bei der Personengesellschaft; der Grundsatz der Selbstorganschaft in der Personengesellschaft. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR lässt diese grundlegenden Unterschiede jedoch unberührt. Es gibt mithin keinen Anlass künftig auf die Differenzierung zwischen Gesamthand und juristischer Person zu verzichten. Hadding¹⁴¹ kritisiert an Ulmers Differenzierung der unterschiedlichen Charaktere von GbR und Kapitalgesellschaft, dass dieser sich lediglich an die Unterschiede zwischen Kapital- und Personengesellschaften hält. Juristische Personen sind jedoch nicht immer gleichbedeutend mit Kapitalgesellschaften¹⁴² und haben auch nicht alle eine körperschaftliche Struktur¹⁴³. Seiner Ansicht zufolge sollte man sich für das geltende deutsche Recht nüchtern vor Augen führen, dass der Terminus „juristische Person“ nur eine Sammelbezeichnung für diejenigen Tatbestände darstellt, bei denen kraft gesetzlicher Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen in der einen oder anderen Weise Rechtsfähigkeit erlangt worden ist¹⁴⁴. Unbeschadet der verschiedenen Ansichten hat sich jedenfalls der BGH nicht von der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Gesamthand und juristischer Person verabschiedet. Die GbR ist mithin nicht „als solche“ rechtsfähig, sondern dadurch, dass die GbR durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie rechtsfähig.

¹³⁹ Flume, Die Personengesellschaft, S. 94

¹⁴⁰ Ulmer, Die höchstrichterlich enträtselte Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585 ff.

¹⁴¹ Hadding, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 712 ff.

¹⁴² vgl. der rechtsfähiger Verein oder die eingetragene Genossenschaft

¹⁴³ vgl. die rechtsfähige Stiftung des Zivilrechts, § 80 BGB

¹⁴⁴ vgl. Hadding, FS Kraft, S. 137, 140 f.

§ 4 Die Erbfähigkeit der GbR

Auch bei den GbR als Erben kommen verschiedene GbR in Betracht.

Zum einen sind sogenannte Nachlass haltende GbR zu nennen. Der Erblasser nimmt somit die Möglichkeit wahr, auch auf den Verbleib seines Nachlasses als Einheit Einfluss zu nehmen. Ihre Funktion ist, wie ihr Name schon sagt, die, den Nachlass des Erblassers aus verschiedenen Gründen zu halten. Meist kommt es dem Erblasser primär darauf an, das Familienvermögen zusammenzuhalten, um es für nachkommende Generationen zu bewahren. Dies ist in Form der GbR eher möglich als in der der Erbengemeinschaft. Wie bereits erörtert, ist die Erbengemeinschaft zwar auch Gesamthandsgemeinschaft, allerdings kommt ihr keine Rechtsfähigkeit zu. Sie ist zudem auf Auseinandersetzung gerichtet und somit nicht auf Dauer angelegt. Die Erbengemeinschaft ist mithin als Nachlass haltende Gesamthand weniger geeignet. Dem Erblasser bleibt folglich, wenn er will, dass sein Nachlass auf Dauer zusammenbleibt, - neben § 2044 BGB - nur die Möglichkeit, das Erbe in eine GbR einzubringen, oder aber eine GbR zu gründen, bzw. den zu bedenkenden Personen die Gründung einer GbR in irgendwie gearteter Weise aufzugeben.

Zum anderen sind GbR denkbar, die ähnlich einer Stiftung einen gemeinnützigen Zweck verfolgen, wobei sich die Gründung einer Stiftung aus verschiedenen Gründen nicht lohnt oder aber die Voraussetzungen für eine Stiftungsgründung nicht gegeben sind. Der Erblasser will mit einer solchen GbR nicht seine Erben bedenken, sondern verfolgt gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke.

Ebenfalls denkbar sind GbR, die einen gewerblichen Zweck verfolgen. Sie kommen in Betracht, falls der Erblasser selbst Mitglied etwa einer Arbeitsgemeinschaft oder einer Mitunternehmergesellschaft ist oder seinen Erben aufgibt, selbst in Form einer GbR beispielsweise eine Freiberuflersozietät zu gründen. Hierbei kommen GbR verschiedenster Art in Betracht.

Im folgenden sind die verschiedenen Möglichkeiten des Erblassers, eine GbR als Erbin einzusetzen, zu erörtern.

I. Annahme 1: Die GbR besteht zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits

1.) Der Erblasser ist an der GbR X nicht beteiligt

Beispiel 1:

- a) Der Erblasser E setzt in einem formgültigen Testament seine Tochter T zur Alleinerbin ein. Die GbR X, an der er nicht beteiligt ist, soll ein Aktiendepot erhalten.

- b) Der Erblasser E setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er nicht beteiligt ist, zu seiner Alleinerbin ein.

Beispiel 2:

Der Erblasser E setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er nicht beteiligt ist, und seine Tochter T zu gleichen Teilen zu Erben ein.

Da die Rechtsfähigkeit der GbR zumindest bezogen auf die Außen-GbR feststeht, stellt sich die Frage, ob sie auch erbfähig ist. Dies wird zunächst unter der Annahme untersucht, dass die GbR zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits besteht.

In Beispiel 1 a) handelt es sich nicht um eine Erbeinsetzung der BGB-Gesellschaft, sondern um ein Vermächtnis.

Es stellt sich folglich die Frage, ob die GbR Vermächtnisnehmerin sein kann. Bei einem Vermächtnis rückt der Bedachte nicht wie bei der Erbschaft mit dem Erbfall in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein, sondern er bekommt mit dem Erbfall einen Anspruch auf den ihm zugedachten Gegenstand. Mit einem Vermächtnis kann jede rechtsfähige Person bedacht sein. Anders als bei der Erbeinsetzung muss der Vermächtnisnehmer jedoch nicht bereits zum Zeitpunkt des Erbfalls gezeugt oder entstanden sein. Das Vermächtnis bietet somit weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten als die Erbschaft¹⁴⁵.

Ulmer, der die Teilrechtsfähigkeit der GbR bereits vor dem Urteil des BGH bejahte, kommt unproblematisch zu der Annahme, dass es möglich sei, für die GbR ein Vermächtnis

¹⁴⁵ Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, RN 523

anzuordnen. Der Vermächtnisanspruch gehöre unmittelbar mit dem Erbfall zu deren Gesamthandsvermögen¹⁴⁶.

Einer anderen Ansicht zufolge musste der GbR die Fähigkeit, Vermächtnisnehmerin zu sein, mangels Rechtsfähigkeit abgesprochen werden.

Allerdings war selbst *Keßler*¹⁴⁷ der Auffassung, dass der Anspruch direkt ins Gesellschaftsvermögen übergehen soll, anstatt erst die Gesellschafter die Vermächtnisforderung außerhalb der gesamten Hand erwerben zu lassen mit der Maßgabe, dass die Gesellschafter sie erst durch besonderen Übertragungsakt ins Gesellschaftsvermögen einbringen müssen. Er legte aus praktischen Gründen § 718 I BGB erweiternd aus, so dass der Erwerb durch Vermächtnis möglich wurde.

Zumindest heute, da die Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft feststeht, kann eine solche unproblematisch Vermächtnisnehmerin sein¹⁴⁸. Da das Vermächtnis lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten bewirkt, bedarf es keiner besonderen Vermächtnisfähigkeit. Die allgemeine Rechtsfähigkeit genügt. Voraussetzung ist lediglich, dass der Vermächtnisnehmer nicht vorverstirbt¹⁴⁹.

Die GbR X hat somit in Beispiel 1a) gegen die T einen schuldrechtlichen Anspruch.

In Beispiel 1 b) wird die GbR X als Erbin eingesetzt. Hier ist folglich problematisch, ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erbfähig ist.

Erbe ist derjenige, auf den mit dem Tod des Erblassers dessen Vermögen in seiner Gesamtheit übergeht, § 1922 I BGB. Grundsätzlich kennt das BGB keine besondere Erbfähigkeit. Erbfähig ist jede Person, jeder Mensch und jede juristische Person¹⁵⁰. Sie muss lediglich gem. § 1923 II leben bzw. existieren und zum Zeitpunkt des Erbfalls rechtsfähig sein¹⁵¹. Bei der Erbfähigkeit handelt es sich um die Eigenschaft, den Nachlass eines Erblassers als erbrechtlicher Gesamtrechtsnachfolger zu erlangen¹⁵². Unabhängig davon sind nach den §§ 124, 161 II HGB auch die oHG und die KG rechtsfähig und damit erbfähig¹⁵³, weil sie einer juristischen Person angenähert sind¹⁵⁴. Hier fallen Erbschaft und Vermächtnis unmittelbar in das Gesamthandsvermögen der Gesellschaft und gehen nicht auf die einzelnen Gesellschafter

¹⁴⁶ MüKo/Ulmer, 3. Auflage, § 718 RN 18

¹⁴⁷ Staudinger/Kessler, 12. Auflage, § 718 RN 6

¹⁴⁸ Erman/Westermann, § 718 RN 6k

¹⁴⁹ MüKo/Leipold, § 1923, RN 5

¹⁵⁰ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 4 III 1; Olzen, Erbrecht, § 6 A II RN 78 ff

¹⁵¹ Frank, Erbrecht, § 1, RN 11;

¹⁵² Kroiß/Ann/Mayer, Erbrecht, § 1923 RN 1

¹⁵³ Anwaltskommentar BGB – Erbrecht/Kroiß, § 1923, RN 13; Leipold, Erbrecht, RN 26

¹⁵⁴ Palandt/Edenhofer, § 1923 RN 4

über¹⁵⁵. Zwar war auch die Erbfähigkeit der oHG lange Zeit hochgradig umstritten, wurde jedoch bereits im Jahr 1988 vom Bundesfinanzhof endgültig bejaht¹⁵⁶. Soweit der Erwerb von Todes wegen erbschaftssteuerpflichtig ist, ist die Gesellschaft Steuerschuldnerin im Sinne des § 20 I ErbStG¹⁵⁷. Die Erbfähigkeit der juristischen Person wird von verschiedenen erbrechtlichen Normen bestätigt, die von ihrer Erbfähigkeit ausgehen. Dies sind unter anderem § 2044 II 3, § 2101 II, und § 2163 II BGB.

Für die GbR ist auch bereits seit langer Zeit die Erbfähigkeit umstritten.

a) Die Behandlung der Erbfähigkeit vor der Entscheidung vom 29.1.2001

Vor der Entscheidung des BGH vom 29.1.2001 wurde die Erbfähigkeit der GbR weitestgehend abgelehnt. Allerdings gab es auch bereits zu jener Zeit Befürworter der Erbfähigkeit der BGB-Gesellschaft.

(1) Ablehnende Auffassungen zur Erbfähigkeit der GbR vor dem 29.1.2001

Flume hat die These aufgestellt, dass die GbR als solche nicht erbfähig sei¹⁵⁸. Er stellt dabei jedoch nicht auf die seiner Ansicht zufolge ja gar nicht mangelnde Rechtsfähigkeit ab, sondern darauf, dass eine Personengruppe wie oHG oder GbR grundsätzlich nicht erben kann. Er begründet dies damit, dass wenn die GbR als Alleinerbin eingesetzt werden könnte, wie dies in Beispiel 1 b) der Fall ist, nicht die Vorschriften über Miterben zur Anwendung kämen, und wenn sie neben „anderen Personen“ zur Erbin bestimmt wäre, sie als solche eine der Miterben wäre. Es entstehe zwingend eine Erbengemeinschaft. Dies führe zu unerwünschten und unlösbaren Schwierigkeiten. Hier ergäben sich aus den Unterschieden von Gesellschaftsrecht und Erbrecht und Überlagerungen zweier unterschiedlichen Regeln folgender Gesamthandsgemeinschaften, nämlich der Erbengemeinschaft und der BGB-Gesellschaft, unlösbare Kollisionen. *Flume* lehnt mithin die Erbfähigkeit der GbR ab und schlägt dagegen eine andere Möglichkeit vor. Es könnten die Gesellschafter einer Personengesellschaft zu Erben eingesetzt werden, mit der Auflage, die Erbschaft der Gesellschaft zuzuwenden. Im Falle der testamentarischen Einsetzung der Gesellschaft müsse schließlich stets geprüft werden, ob die Erbeinsetzung der Gesellschaft als solche in eine Erbeinsetzung der Gesellschafter mit der Auflage der Zuwendung an die Gesellschaft

¹⁵⁵ MüKo-HGB/Schmidt, § 124 RN 5; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 124 RN 9.

¹⁵⁶ BFH Urteil vom 7.12.1988 – II R 150/85, NJW 89, 1495

¹⁵⁷ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 124 RN 9

¹⁵⁸ *Flume*, Die Personengesellschaft, § 7 III 6

umgedeutet werden kann. Dann wären grundsätzlich die Gesellschafter Erben und nicht die Gesellschaft, so dass sich die genannten Schwierigkeiten vermeiden ließen¹⁵⁹.

Die herrschende Lehre hingegen lehnte die Erbfähigkeit lange Zeit aus anderen Gründen ab¹⁶⁰. Für sie war nur die Rechtsfähigkeit ausschlaggebend. Da nur erben könne, wer rechtsfähig ist, sollte eine Erbfähigkeit der GbR ausscheiden. Im Gegensatz zu oHG und KG fehle der BGB-Gesellschaft, wie auch der Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft, die erforderliche rechtliche Verselbständigung, um ihr Erbfähigkeit zubilligen zu können¹⁶¹. Sowohl die Erbfähigkeit der oHG als auch der KG war jedoch weitgehend anerkannt, da diese unter ihrer Firma Rechte und Verbindlichkeiten erwerben und als Einheit im Rechtsverkehr auftreten können¹⁶². Erbeinsetzungen anderer Gesamthandsgemeinschaften sollten gem. § 2084 BGB als Erbeinsetzungen ihrer Mitglieder auszulegen sein.

v. Gamm zufolge ist die Erbeinsetzung der BGB-Gesellschaft aus Rechtsgründen nicht möglich. Auch er spricht sich für die Erbeinsetzung der Gesellschafter aus, die mit der Auflage eingesetzt werden, die Nachlassgegenstände in das Gesellschaftsvermögen zu überführen. Es werde dann die Forderung auf Übertragung der Nachlassgegenstände von der Erbengemeinschaft auf die Gesellschaft Bestandteil des Gesellschaftsvermögens¹⁶³.

Auch *Kessler* zufolge war die Erbeinsetzung einer GbR abzulehnen¹⁶⁴. Es sei nicht möglich eine solche Erbeinsetzung in der Weise zu behandeln, dass der Nachlass, ohne dass eine Erbengemeinschaft entsteht, unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen übergeht. Er argumentierte damit, dass die Vorschriften über die Erbengemeinschaft zwingendes Recht seien, die der Erblasser nicht völlig durch Gesellschaftsnormen ersetzen könne.

Auch die Rechtsprechung hatte bezüglich der Erbeinsetzung eines Pflegeheims die Erbeinsetzung einer GbR abgelehnt¹⁶⁵.

Die Erblasserin hatte hier per Testament vom 10.6.1993 ein noch zu errichtendes Pflegeheim und die Deutsche Herzstiftung eV als Erben berufen. Die Deutsche Herzstiftung eV ist Miterbin zu ½ geworden, während für die restliche Hälfte der Erbschaft von der gesetzlichen Erbfolge ausgegangen wurde. Dem BayObLG nach kommen hier weder das noch zu

¹⁵⁹ Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 6 Fußnote 61

¹⁶⁰ MüKo/Leipold, 3. Aufl. 1997, § 1923 RN 32; Staudinger/Otte, § 1923, RN 31; Palandt/Edenhofer, BGB 60. Aufl., § 1923 RN 7; Soergel/Stein, 12. Auflage, § 1923 RN 8; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 4. Auflage, § 4 III 1; RGRK-BGB/v. Gamm 12. Auflage, 1978, § 718 RN 7; Staudinger/Kessler, 12. Auflage 1991, § 718, RN 6

¹⁶¹ Ebenroth, Erbrecht, RN 18.

¹⁶² Staudinger/Otte, § 1923 RN 31

¹⁶³ BGB-RGRK/v. Gamm, 12. Auflage, § 718 RN 7

¹⁶⁴ Staudinger/Keßler, 12. Auflage § 718 RN 6

errichtende Pflegeheim, noch die Gesellschafter als Erben in Betracht. Als Grund hierfür wird die mangelnde Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft angegeben. Für die Erbeinsetzung der Gesellschafter finde sich im Testament kein geeigneter Hinweis.

(2) Befürworter der Erbfähigkeit der GbR vor dem 29.1.2001

Allerdings gab es bereits zu dieser Zeit Autoren, welche die Erbfähigkeit der GbR bejahten. Zu nennen ist hier insbesondere *Ulmer*, der aufgrund der Teilrechtsfähigkeit der GbR, je nach Inhalt der letztwilligen Verfügung des Erblassers, der GbR als solcher bereits die Alleinerbenstellung oder die Mitgliedschaft in einer Erbengemeinschaft zusprach¹⁶⁶. Seiner Ansicht nach bedürfte es bereits zu diesem Zeitpunkt der von *Flume* vorgeschlagenen Ersatzkonstruktion nicht.

Auch *Habersack* spricht sich bereits im Jahr 1990 für die Erbfähigkeit der GbR aus¹⁶⁷. Dieses Problem sei kein spezifisches Problem der BGB-Gesellschaft, sondern eines der Personengesellschaften im Allgemeinen. Inkonsequent ist es nach *Habersack*, die Erbfähigkeit von oHG und KG zu bejahen, die der GbR hingegen zu verneinen¹⁶⁸. Er erkennt die GbR als eigenständiges Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten an, so dass Rechtsbeziehungen bei diesem und nicht bei den Mitgliedern enden. Seiner Auffassung zufolge stehen keine gravierenden Bedenken der Erbfähigkeit der GbR entgegen. Auch entsteht nicht zwingend eine Erbengemeinschaft.

Im Urteil vom 7.12.1988 – II R 150/85¹⁶⁹ hat der BFH erstmals anerkannt, dass auch Gesellschaften zur gesamten Hand Erwerber im Sinne des Erbschaftssteuerrechts sein können. Neben den Personenhandelsgesellschaften rechnet der BFH ausdrücklich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu den Personenvereinigungen, die für den Bereich der Erbschaftssteuer als Rechtssubjekte zu behandeln sind.

Die herrschende Meinung hat die mehrfache Erwähnung der GbR und die damit einhergehende Zurechnung zu den erbschaftssteuerrechtlichen Rechtssubjekten weitgehend kritiklos aufgenommen¹⁷⁰. Teilweise wurde jedoch die Auffassung vertreten, dass die GbR nur beiläufig in den Kreis der möglichen Erwerber einbezogen worden war¹⁷¹. *Meincke*

¹⁶⁵ BayObLG v. 31.3.1998, ZEV 1998, 387

¹⁶⁶ MüKo/Ulmer, 3. Auflage § 718 RN 18

¹⁶⁷ Habersack, Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Recht, 179 (184)

¹⁶⁸ so aber: Heymann/Emmerich, 1. Auflage, § 105 RN 5; Hueck, Recht der oHG, § 19 II; Staudinger/Kessler, § 718 RN 6

¹⁶⁹ BStBl. II 1989, 237; BB 1989, 1256

¹⁷⁰ Gebel, Die Beteiligung der Gesamthand an einem der Erbschaftssteuer unterliegenden Erwerbsvorgang, BB 1993, S. 706 ff

¹⁷¹ Meincke, ErbStG, 9. Auflage, § 20 RN 4

zufolge war hier allenfalls denkbar, die GbR als Beschenkte¹⁷², als begünstigte Dritte beim Vertrag zugunsten Dritter¹⁷³ oder als Vermächtnisnehmerin anzusehen.

Inzwischen hat der BFH allerdings seine Rechtsprechung im Urteil vom 14.9.1994 erneut geändert und ist zu der alten Interpretation¹⁷⁴ von vor 1988 zurückgekehrt¹⁷⁵. Demzufolge kann eine Gesamthand weder Schenker sein, noch zu den Erwerbem gehören. Es sind vielmehr die Gesellschafter einzeln und anteilig als Erwerber anzusehen. Begründet hat der BFH diesen Sinneswandel mit dem Hinweis auf § 718 BGB, aus dem er ableitet, dass das Gesellschaftsvermögen nicht Vermögen der Gesellschaft, sondern gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter sei. Der Hinweis des BFH ist somit wohl als Bekenntnis zur traditionellen Gesamthandslehre zu verstehen. Wie sich die Rechtsprechung des BFH nach dem BGH-Urteil vom 29.1.2001 entwickeln wird, bleibt abzuwarten.

Allerdings können zudem auch keine Schlussfolgerungen aus dem Steuerrecht für das Zivilrecht gezogen werden, da ersteres keinerlei Aussagen zum materiellen Zivilrecht trifft. Die steuerrechtliche Beurteilung kann lediglich als Hinweis dienen. Selbst wenn der BFH seine Rechtsprechung beibehalten hätte, hätte dies keine Auswirkungen auf das materielle Erb- und Gesellschaftsrecht. Da der BFH aber wieder zurückgerudert ist, ergab sich bis zur Entscheidung des BGH vom 29.1.2001 keine Abweichung des Steuerrechts vom materiellen Recht im Hinblick auf die BGB-Gesellschaft.

b) Die Behandlung der Erbfähigkeit nach der Entscheidung des BGH vom 29.1.2001

Nunmehr hat sich jedoch die Zivilrechtsprechung bezüglich der Rechtsfähigkeit wie bereits dargelegt, seit dem 29.1. 2001 geändert. Eine Entscheidung des BGH bezüglich der Erbfähigkeit der BGB-Gesellschaft liegt allerdings noch nicht vor.

(1) Ablehnende Auffassungen zur Erbfähigkeit der GbR nach dem 29.1.2001

Schlüter spricht sich auch nach der BGH-Entscheidung zur Rechtsfähigkeit vom 29.1.2001 ausdrücklich gegen die Erbfähigkeit der GbR aus¹⁷⁶. Seiner Ansicht zufolge ist die Entscheidung des gesellschaftsrechtlichen Senats des Bundesgerichtshofs, durch die der (Außen-)GbR aus Gründen des Verkehrsschutzes in bestimmtem Umfang Rechtsfähigkeit

¹⁷² FG Düsseldorf, EFG 91, 333

¹⁷³ FG Rh-Pf EFG 93, 390

¹⁷⁴ vgl. BFH v. 22.6.1960 II 256/57 U, BStBl. III 1960, 358

¹⁷⁵ BStBl II 95, 81; JZ 95, 1074 mit Anmerkung Meincke

¹⁷⁶ Schlüter, Erbrecht, § 5 IV 2 c RN 36

zugebilligt wird, auf das Erbrecht nicht übertragbar. Jedoch gibt er hierfür keinerlei Begründung. Seiner früheren Auffassung zufolge¹⁷⁷ erwerben die Gemeinschaftler den Nachlass als Träger ihres Sondervermögens, also in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, und nicht einzeln, als Träger ihres Privatvermögens¹⁷⁸.

Auch *Derleder*¹⁷⁹ sieht die GbR als nicht erbfähig an. Seiner Ansicht zufolge besteht für die Erbfähigkeit kein ernsthaftes rechtliches Bedürfnis. Der Erblasser könne durch Bedingungen, Vermächtnisse und Auflagen hochdifferenzierte Vorgaben für die Nachlassverwertung machen. Eine Bauarbeitsgemeinschaft oder ein Emissionskonsortium zum Alleinerben einzusetzen sei bislang eher „law pulp fiction“ als eine realitätsgerechte Vorstellung. Auch spreche neben der Heterogenität von Erbrecht und Gesellschaftsrecht die unvermeidliche Unterscheidung zwischen Gesellschaften bürgerlichen Rechts mit und ohne Rechtspersönlichkeit dafür, dass der Erblasser nicht die Erben in die damit verbundenen Unklarheiten sollte stürzen können. *A. Stein* spricht sich nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ebenfalls dafür aus, dass die Einsetzung einer BGB-Gesellschaft zur Erbin wohl als Einsetzung ihrer Mitglieder aufzufassen sein soll. Er belässt es allerdings bei dieser Aussage. Gründe, warum dies so sein muss, und Argumente, die gegen die Erbfähigkeit sprechen, bringt er nicht¹⁸⁰.

Kuchinke argumentiert ebenso wenig. Seiner Ansicht zufolge kann eine Gesamthandsgemeinschaft zwar im Rechtsverkehr unter eigenem Namen auftreten, erbfähig ist sie aber nicht¹⁸¹. Erben können grundsätzlich nur die Mitglieder.

*Schöpflin*¹⁸² bezieht sich zwar hauptsächlich auf den nicht rechtsfähigen Verein, da jedoch gem. § 54 S. 1 BGB das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts darauf Anwendung findet, könnten auch seine Ausführungen zur Erbfähigkeit herangezogen werden. Seiner Auffassung nach ist auch der nicht rechtsfähige Verein nicht erbfähig. Ihm zufolge fehlen dabei eigene erbrechtliche Begründungen; es bliebe nur die Möglichkeit die Vereinsmitglieder als Erben anzusehen. Sie erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit mit der Folge, dass der Nachlass unmittelbar Vereinsvermögen werde. Auch hier würde praktisch der Nachlass Vereinsvermögen, ohne dass jedoch der nicht rechtsfähige Verein als solcher erbt.

¹⁷⁷ Schlüter, Erbrecht, 14. Auflage, § 5 IV 2 c RN 36

¹⁷⁸ dazu Habscheid, Der nicht rechtsfähige Verein, AcP 155 (1956), S. 375 (401)

¹⁷⁹ Derleder, Die Aufgabe der monistischen Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Verleihung der Rechtsfähigkeit, BB 2001, 2485 (2490)

¹⁸⁰ Soergel/Stein, § 1923 RN 8

¹⁸¹ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 4 III 1

Da dem nicht rechtsfähigen Verein somit die Erbfähigkeit abgesprochen wird, kann dies nicht als Argumentation für die Erbfähigkeit der BGB-Gesellschaft herangezogen werden. Diese ist im Gegensatz zum nicht-rechtsfähigen Verein zumindest nach herrschender Meinung rechtsfähig.

(2) Befürworter der Erbfähigkeit der GbR nach dem 29.1.2001

Die heute herrschende Meinung hingegen befürwortet die Erbfähigkeit der GbR¹⁸³.

Dies ist nur konsequent, da die Literatur, soweit sie sich für die Ablehnung der Erbfähigkeit auf das Argument der mangelnden Rechtsfähigkeit gestützt hat, nun ihre Auffassung der neuen Rechtsprechung anpassen muss.

Viele haben dies, soweit sie sich bereits nach dem Urteil mit der Erbfähigkeit auseinandergesetzt haben, getan¹⁸⁴. Allerdings hat man sich selten wirklich ernsthaft mit dem Problem der Erbfähigkeit der GbR auseinandergesetzt. Meist bleibt es bei einem feststellenden Satz. Da durch die Entscheidung vom 29.1. 2001 die Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt wurde, sei die GbR nunmehr auch als erbfähig zu betrachten. Auf weitergehende Probleme, welche sich aus der Erbfähigkeit der GbR ergeben könnten, wird fast nirgends eingegangen und wenn doch, werden nur unzureichende Lösungen gebracht. Zwar ist es konsequent, wenn diejenigen Autoren, die früher die Erbfähigkeit der GbR an ihrer mangelnden Rechtsfähigkeit haben scheitern lassen, nunmehr von ihrer damaligen Auffassung Abstand nehmen und die Erbfähigkeit grundsätzlich bejahen, allerdings müssten auch sie sich mit den Problemen auseinandersetzen, die sich aus der Bejahung der Erbfähigkeit der GbR ergeben. Lange Zeit ging lediglich *Scherer*¹⁸⁵ auf einzelne Probleme ein und versuchte sie anhand der neuen rechtlichen Situation nach der BGH-Entscheidung zu lösen, diese Diskussion hat *Otte* aufgenommen und in der Festschrift für Westermann fortgeführt¹⁸⁶.

¹⁸² Schöpflin, Der nicht rechtsfähige Verein, S. 327 ff

¹⁸³ schon vor der Entscheidung bezüglich der Rechtsfähigkeit: Soergel/Hadding, § 718, RN 5, 13; Habersack, JuS 1990, 179, 184; später auch: Hadding, ZGR 2001, 712 (725); Ulmer, ZIP 2001, 585, 596; Mülbart, AcP 199 (1999), 38, 74

¹⁸⁴ Ulmer, ZIP 2001, 585, 596; ders. Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnergesellschaft, § 718, RN 18; Hadding, ZGR 2001, 712, 725; Habersack, BB 2001, 477, 479; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 4 III 1 Fußnote 12a; Palandt/Edenhofer BGB 62. Auflage § 1923, RN 7a.E.; Staudinger/Otte § 1923 RN 30.

¹⁸⁵ Scherer, Die GbR als Erbin – Thesen und Gestaltungsmöglichkeiten, ZEV 2003, 341 - 346

¹⁸⁶ Gerhard Otte, Zur Erbfähigkeit der Personengesellschaften, Festschrift für Harm Peter Westermann, 2008, S. 535 ff.

*Ulmer*¹⁸⁷ bejaht wie viele andere Autoren nun aufgrund der BGH-Entscheidung die Erbfähigkeit und stellt fest, dass sich eine Unvereinbarkeit von Gesellschaftsrecht und Erbrecht nicht ergibt. Es müssten hier die unterschiedlichen Rechtsgrundsätze des Erb- und Gesellschaftsrechts in wertender Betrachtung aufeinander abgestimmt werden, wie es methodisch aus der Anteilsvererbung für eine Mehrzahl von Personen bekannt ist¹⁸⁸. Seiner Ansicht nach ergeben sich freilich aus der Erbenstellung der GbR einige Probleme. Hier sind vor allem die von *Flume* aufgezeigten unterschiedlichen Grundsätze der Erbenhaftung, die Erbunwürdigkeit einzelner Gesellschafter und das Pflichtteilsrecht bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung zu sehen. Allerdings ergeben sich diese Probleme nicht bloß bei der Erbeinsetzung der GbR. In ähnlicher Weise kommen solche Probleme auch bei der oHG, der KG und teilweise auch bei zu Erben berufenen Kapitalgesellschaften vor. Deren Erbfähigkeit werde jedoch nicht in Frage gestellt. Dies müsse dann auch für die GbR gelten. Seiner Ansicht zufolge sollte eine Synthese zwischen den widerstreitenden Rechtsprinzipien im Wege der praktischen Konkordanz gesucht werden. Jedenfalls sei die Verneinung der Erbfähigkeit von Personengesellschaften im Allgemeinen und die der GbR im Besonderen, nicht haltbar und würde den Erblasser unnötig in seiner Testierfreiheit einschränken. Offensichtlich scheint das Dogma fehlender Erbfähigkeit der BGB-Gesellschaft nach alledem überholt.

Auch *Habermeier* spricht sich nun für die Erbfähigkeit der GbR aus¹⁸⁹. Da die in der Gesellschaft zusammengefassten Personen in den Hintergrund träten und man der GbR als solcher die Fähigkeit zu eigenständigem Handeln und die Eigenschaft als rechtlich verselbständigte Wirkungseinheit zugestehende, änderte sich seiner Ansicht zufolge das Meinungsbild. Vor allem nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH ließen sich gegenüber der Erbeinsetzung der GbR schwerlich konstruktive Einwände vorbringen.

Für *Elsing*¹⁹⁰ hat mit dem BGH-Urteil die traditionalistische, die Recht- und Erbfähigkeit verneinende Theorie ihre Legitimation verloren. Ihm zufolge kann die Behauptung

¹⁸⁷ MüKo/Ulmer, § 718 RN 22

¹⁸⁸ Ulmer, Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585 (596)

¹⁸⁹ Staudinger/Habermeier, § 718 RN 11

¹⁹⁰ Elsing, Alles entschieden bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts? – Die Rechtsprechung zwischen Mosaik- und Meilensteinen, BB 2003, 909 (914)

*Derleders*¹⁹¹, dass es kein rechtliches Bedürfnis für die Erbfähigkeit der GbR gebe, nicht als Argument gegen die Erbfähigkeit der GbR herangezogen werden. Es komme bei der Frage der Erbfähigkeit gerade nicht auf das praktische Bedürfnis, sondern auf die rechtliche Wertung an.

Gummert will Kapitalgesellschaften und die rechtlich selbständige BGB-Gesellschaft gleich behandeln und damit auch letzterer die Erbfähigkeit zusprechen. Eine Differenzierung hinsichtlich der Erbfähigkeit zwischen oHG und KG auf der einen Seite und der BGB-Gesellschaft auf der anderen Seite ist seiner Auffassung zufolge ohne Berechtigung¹⁹². Auch die Mitgliedschaft einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in einer Erbengemeinschaft könne nicht problematischer sein als die einer Erbengemeinschaft in einer Erbengemeinschaft. Diese sei jedoch unbestritten möglich.

c) Eigene Auffassung zur Erbfähigkeit der GbR

Meines Erachtens muss die Erbfähigkeit aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit folgen. Es kann folgerichtig nur Erbe werden, wer auch rechtsfähig ist. Mit dem Urteil vom 29.1.2001 bestätigt der BGH die moderne Gesamthandslehre und spricht der GbR Teil-Rechtsfähigkeit zu. Sie tritt als Einheit im Rechtsverkehr auf und kann sowohl Rechte als auch Verbindlichkeiten erwerben. Die handelsrechtlichen Personengesellschaften wie oHG und KG werden weitgehend, gleich einer juristischen Person, als erbrechtlich berechtigt angesehen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Erbfähigkeit der GbR andere Voraussetzungen haben soll als die der handelsrechtlichen Personengesellschaften. Auch hier wird lediglich auf die Rechtsfähigkeit abgestellt. Würde eine als Erbin eingesetzte oHG oder KG sich in eine GbR umwandeln nach § 191 II Nr. 1 und 2 UmwG, so könnte sie folglich trotz ihrer „Rückstufung“ zur GbR die einmal erlangte Erbenstellung behalten¹⁹³. Dann wäre sie allein in diesem Fall als GbR erbfähig. Auch diese Inkonsequenz in Bezug auf die sonstige Behandlung der Erbfähigkeit spricht für die generelle Erbfähigkeit der GbR.

Da die GbR als solche am Rechtsverkehr teilnehmen kann, ist es nicht zu begründen, warum die Erbfähigkeit anders beurteilt werden soll. Auch sonstige rechtsgeschäftliche Verfügungen werden der GbR selbst zugewendet und nicht ihren Mitgliedern. Folglich ist auch der Umweg, erbrechtliche Zuwendungen gem. § 2084 als Verfügungen zugunsten der einzelnen

¹⁹¹ Derleder, Die Aufgabe der monistischen Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Verleihung der Rechtsfähigkeit, BB 2001, 2485, 2490

¹⁹² Gummert in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts § 17 RN 35

Mitglieder, mit der Auflage den erbrechtlichen Erwerb für den Gesellschaftszweck zu verwenden, auszulegen, überholt. Es kann nicht sein, dass bei der GbR zwischen Schenkung und Erbschaft differenziert werden muss. Der Erblasser könnte somit, falls die Erbfähigkeit verneint würde, der GbR eine Schenkung unter Lebenden zukommen lassen, sie jedoch, mangels Erbfähigkeit, nicht als seine Erbin einsetzen. Dies stellt einen Wertungswiderspruch dar, der weder zu vertreten ist, noch dem Erblasser oder juristischen Laien verständlich gemacht werden kann.

Aufgrund dieser Argumentation muss nunmehr, da sie rechtsfähig ist, auch der BGB-Gesellschaft Erbfähigkeit zugebilligt werden. Die Begründung *Flumes*, dass bei der Erbeinsetzung einer Personengesellschaft zwingend eine Erbengemeinschaft entstehe, ist haltlos. Es wird ja gerade die GbR als solche und nicht etwa ihre Gesellschafter eingesetzt. Der Ansicht *Derleders* kann entgegengehalten werden, dass sehr wohl ein rechtliches Bedürfnis für die Anerkennung der Erbfähigkeit besteht. Zwar stehen dem Erblasser auch andere Möglichkeiten zur Verfügung, allerdings sind Bedingungen, Vermächtnisse und Auflagen kein Ersatz für die schlichte und einfache Erbeinsetzung. Aufgrund dieser Möglichkeit der GbR, selbst Erbin werden zu können, ist auch der Umweg über die Erbeinsetzung ihrer Gesellschafter überflüssig.

Die GbR ist mithin auch als solche erbfähig.

Der Erblasser kann somit, zumindest sofern die GbR zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits besteht, diese testamentarisch zu seiner Erbin einsetzen. Dies kann sowohl, wie es Beispiel 1b) zeigt, als Alleinerbin sein, als auch wie in Beispiel 2 als eine Miterbin. Nur im zweiten Beispiel entsteht eine Erbengemeinschaft. Diese besteht zwischen T und der GbR X. In Beispiel 1 b) hat E nur einen Erben eingesetzt: die GbR X. Sie bleibt auch nach dem Erbfall als solche bestehen und wird nicht gleichzeitig Erbengemeinschaft ihrer Gesellschafter. Wie *Flume* richtigerweise erkannt hat, werden im ersten Beispiel nicht die Vorschriften über die Miterben herangezogen. Dies liegt jedoch daran, dass es in diesem Beispiel keine Miterben gibt. Die GbR als solche wird Alleinerbin. Für die Anwendung der Vorschriften über die Miterben gibt es keinen Grund. Lediglich wenn neben der GbR noch andere „Personen“ als Erben eingesetzt werden, gibt es ein Bedürfnis für die Anwendung der Vorschriften über die Miterben. Dann würde, wie in Beispiel 2 zwischen der GbR und den übrigen Erben, eine Erbengemeinschaft entstehen. Die von *Flume* befürchteten unerwünschten und unlösbaren

¹⁹³ Groh in GS Knobbe-Keuk, Personen- und Kapitalgesellschaften als Erben und Zuwendungsempfänger, S. 436

Schwierigkeiten bleiben aus. Im Fall der Erbeinsetzung einer GbR neben anderen Miterben muss lediglich klar zwischen der GbR als solcher und der zwischen ihr und den übrigen Miterben bestehenden Erbengemeinschaft differenziert werden. Wenn beide Gesamthandsgemeinschaften getrennt betrachtet werden, können keine unlösbaren Schwierigkeiten entstehen.

Aus der Erbeinsetzung einer GbR ergeben sich allerdings noch zahlreiche Probleme. Teilweise wurden diese schon von *Flume*¹⁹⁴ erkannt und als Argument für die mangelnde Erbfähigkeit herangezogen. Diese Probleme, die sich aus der Erbenstellung der GbR ergeben, oder diese gar verhindern, sind zu diskutieren. Als besonders kritisch werden zum Beispiel von *Flume* folgende Punkte gesehen: die Verwaltungstestamentsvollstreckung über eine Personengesellschaft als Erbin, die Frage eines Pflichtteilsrechts der gesetzlichen Erben bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung, die Regelungen die Erbenwürdigkeit betreffend, die Aushöhlung des Vorerwerbsrechts der Miterben durch Änderungen in der Mitgliedschaft der Miterben-GbR und die unterschiedlichen Haftungsregelungen im Personengesellschafts- und Erbrecht. Hinzu kommen noch etwaige Probleme, falls der Erblasser selbst (persönlich haftender) Gesellschafter einer Personengesellschaft war und die GbR als seine Erbin nun seine Stelle in der Gesellschaft einnehmen soll. Diese Probleme werden im weiteren Verlauf der Untersuchung genauer erörtert. An dieser Stelle wird auf diese Streitfragen nur hingewiesen um aufzuzeigen, welche Schwierigkeiten die etwaige Erbenstellung einer GbR mit sich bringen kann.

Zunächst ist jedenfalls davon auszugehen, dass die GbR erbfähig ist.

Dies gilt jedoch nach herrschender Meinung, wie die Rechtsfähigkeit, nur für die Außen-GbR. Die nicht rechtsfähige Innengesellschaft ist hingegen, mangels Rechtsfähigkeit, nicht erbfähig.

Um es dennoch dem Erblasser zu ermöglichen die Innen-GbR zu bedenken, wird dieselbe Prozedur angewandt wie vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit bei der Außen-GbR. Hier können lediglich die Gesellschafter mit der Auflage Erben werden, die Nachlassgegenstände ins Gesellschaftsvermögen zu überführen. Die aus den Gesellschaftern der Innengesellschaft bestehende Erbengemeinschaft muss die Erbschaftsgegenstände dann auf die Gesellschaft

¹⁹⁴ Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 6, S. 106 ff.

übertragen¹⁹⁵. Dies führt folgerichtig zu einer Innengesellschaft mit Gesamthandsvermögen¹⁹⁶.

Beispiel 3:

Der Erblasser E lässt kurz vor seinem Tod die Personen, die er bedenken möchte, A, B und C zusammenkommen. Sie sollen jetzt eine GbR gründen, die das Vermögen des E verwalten soll. Der Erblasser E wird nicht Vertragspartner der GbR X. Er gibt nur den Anstoß dazu. A, B und C gründen die GbR X. E setzt sie schließlich in seinem Testament zur Alleinerbin ein.

Zunächst ist dieses Beispiel dem Beispiel 1 ähnlich. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die GbR X nicht von vorne herein besteht, sondern erst von den zu Bedenkenden gegründet werden müsste, um anschließend vermögensverwaltend tätig zu werden. Diese Gründung der Gesellschaft muss nicht aus dem ursprünglichen Wunsch der Gesellschafter A, B und C heraus entstehen. Der Anstoß für die Gründung einer GbR kann auch von außen kommen. Allerdings müssen auch hier die sonstigen Voraussetzungen für die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (gemeinsamer Zweck, Förderung des gemeinsamen Zwecks, Gesellschaftsvertrag, mindestens zwei Gesellschafter,...) vorliegen¹⁹⁷.

Für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gelten die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts gem. § 145 ff BGB¹⁹⁸. Es müssen zwei übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben werden, die inhaltlich auf die Begründung wechselseitiger Leistungspflichten zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet sind¹⁹⁹. Dies ist im Beispiel 3 gegeben. Problematisch könnte dabei sein, dass die GbR X Erbin des E sein soll. Möglicherweise wären damit die Gesellschafter der X, zumindest mittelbar durch die X, an der Erbengemeinschaft des E beteiligt.

Das OLG München hat in seinem Urteil vom 5.6.1997²⁰⁰ entschieden, dass wenn zwischen Personen rechtliche Verbindungen aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einer Erbengemeinschaft bestehen, an das Vorliegen einer zusätzlichen rechtlichen Beziehung (z.B. BGB-Gesellschaft) strenge Anforderungen zu stellen sind. Auch dies ist jedoch für den untersuchten Fall in

¹⁹⁵ vgl. BGB/RGRK/v. Gamm, § 718 RN 7, der dies noch allgemein für den Erwerb durch letztwillige Verfügungen annimmt.

¹⁹⁶ Erman/Westermann, § 718 RN 6k

¹⁹⁷ Giefers/Ott, S. 62 ff

¹⁹⁸ MüKo/Ulmer, § 705 RN 20

¹⁹⁹ Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705, RN 42

²⁰⁰ OLG München ZEV 1998, 69, 71

zweierlei Hinsicht unproblematisch. Zum einen liegen hier die vom OLG München geforderten strengen Voraussetzungen vor, da es sich in Beispiel 3 nicht wie in dem 1997 entschiedenen Fall um einen konkludenten, sondern einen ausdrücklichen Gesellschaftsvertrag handelt, zum anderen liegt auch bezüglich der Erbengemeinschaft ein anderer Fall vor. Erbe soll nur die GbR werden, da nur sie von E als Erbin eingesetzt wird. Eine Erbengemeinschaft existiert folglich nicht. Falls neben der GbR noch andere Personen zu Erben berufen wären, so hätten A, B und C als Einzelpersonen auch nichts mit der Erbengemeinschaft zu tun. Sie wären als Gesellschafter der GbR nur mittelbar an der Erbengemeinschaft beteiligt, als einzelne Individuen jedoch nicht. Erbe werden also nicht die Mitglieder der GbR, sondern einzig die GbR X. Nur sie ist als Alleinerbin des E eingesetzt. Eine solche Gründung der GbR ist folglich zulässig, Probleme können sich jedoch möglicherweise aus § 311 b IV 1 BGB ergeben.

Lediglich, falls die Gesellschafter durch arglistige Täuschung des Erblassers oder durch Drohung zur Gründung der Gesellschaft veranlasst worden sind, kommt auch eine Anfechtung in Betracht, infolge derer der Gesellschaftsvertrag mit rückwirkender Wirkung gem. § 142 I BGB vernichtet wird²⁰¹. Hier kommen dann die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung. Falls die Voraussetzungen eines fehlerhaften, in Vollzug gesetzten Gesellschaftsvertrags vorliegen und der Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft keine sonstigen schutzwürdigen Interessen entgegenstehen, so ist die Gesellschaft als wirksam zu behandeln. Nach früheren BGH-Urteilen sollte die Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft gegenüber solchen Personen unanwendbar sein, die durch besonders schwere Fälle arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung zur Mitwirkung an der Gründung veranlasst wurden²⁰². Dem ist im Schrifttum allerdings zurecht widersprochen worden, da es außer in Fällen von vis absoluta nicht an zurechenbaren Willenserklärungen fehle, an die für die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft angeknüpft werden könne²⁰³. Die Geltendmachung des Fehlers erfolgt bei der GbR durch Kündigung gem. § 723 BGB. Erst diese Kündigung führt zur Abwicklung der Gesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen. Bis dahin ist die in

²⁰¹ MüKo/Ulmer, § 705 RN 247; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705, RN 84

²⁰² vgl. BGHZ 13, 320, 323 = NJW 1954, 1562; BGHZ 26, 330, 335 = NJW 1958, 668; BGHZ 55, 5, 9 = NJW 1971, 375; anders dann aber: BGHZ 63, 338, 345f = NJW 1975, 1022; BGH NJW 1976, 894

²⁰³ Flume Die Personengesellschaft, S. 24; Hueck Recht der oHG § 7 III 4d, S. 95f; Wiesner, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, S. 134f; Soergel/Hadding, § 705 RN 83.

Vollzug gesetzte Gesellschaft voll wirksam²⁰⁴. Folglich kann sie auch zur Erbin eingesetzt werden.

Eine arglistige Täuschung oder Drohung durch den Erblasser wird jedoch nur in den seltensten Fällen vorkommen.

Möglicherweise könnte allerdings die Gründung der Gesellschaft gegen § 311 b IV 1 BGB evtl. i.V.m. § 2302 BGB verstoßen und somit nichtig sein. Gem. § 311 b IV 1 BGB ist ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nichtig.

§ 311 b IV richtet sich gegen die Gefahr leichtsinniger Vermögensverschleuderung und gefährliche Geschäfte unter Ausnutzung des Leichtsinns²⁰⁵. Die ursprüngliche negative sittliche Bewertung von Verträgen in Erwartung des Todes eines anderen steht demgegenüber heute nicht mehr als Zweck der Vorschrift im Vordergrund.²⁰⁶ Unerheblich ist, ob der Dritte, also der Erblasser, dem Vertrag zustimmt oder nicht²⁰⁷.

Fraglich ist somit, ob A, B und C durch die Gründung der GbR X einen Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten geschlossen haben.

Nach allgemeiner Meinung umfasst § 311 b IV 1 zunächst die Verträge, die über den Nachlass als solchen abgeschlossen werden²⁰⁸. Hierunter versteht man alle Verträge, die wie der Erbschafts Kauf im Sinne der §§ 2371 ff den Nachlass als Ganzes zum Gegenstand haben. Es könnte folglich auch der in Beispiel 3 in Frage stehende Gesellschaftsvertrag gem. § 311 b IV 1 BGB nichtig sein.

Gegenstand des Vertrages muss der Nachlass sein. Hierunter fallen neben gesetzlichen Erbteilen auch testamentarische²⁰⁹, sowie auch Anteile am Nachlass gem. § 1922 II BGB. Parteien eines Vertrages gem. § 311 b IV 1 müssen andere Personen als der zukünftige Erblasser sein²¹⁰. Für das Vorliegen eines noch lebenden Dritten ist die subjektive Vorstellung der Vertragschließenden maßgeblich.

Rechtsfolge bei einer solchen Konstellation ist, dass der schuldrechtliche Vertrag und ein entsprechender Erfüllungsvertrag nichtig sind²¹¹.

²⁰⁴ Soergel/Hadding, § 705 RN 76; Erman/Westermann § 705 RN 76 f; Palandt/Sprau, § 705 RN 18; MüKo/Ulmer, § 705 RN 343; einschränkend: Hueck OHG § 7 III, 2 S. 88 ff a.A.: Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 121 ff, 175 ff; Möschel in FS Hefermehl, 1976, S. 171 ff;

²⁰⁵ BGH NJW 95, 448

²⁰⁶ HK-BGB/Schulze, § 311 b, RN 35

²⁰⁷ Motive II S. 186

²⁰⁸ BGH DNotZ 60, 382 (383)

²⁰⁹ Staudinger/Wufka, § 312 RN 9

²¹⁰ Bei Verpflichtungen des zukünftigen Erblassers bestimmt sich die Wirksamkeit nach erbrechtlichen Vorschriften.

In Beispiel 3 haben A, B und C auf Anraten des E eine GbR gegründet. Dies allein erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 311 b IV 1 BGB. Problematisch ist jedoch, dass die GbR X bereits ab dem Gründungszeitpunkt vermögensverwaltend tätig wird und für dieses Vermögen von E als Alleinerbin eingesetzt wird. Fraglich ist somit, ob durch die Gründung der vermögensverwaltenden GbR ein Vertrag über den Nachlass eines Dritten geschlossen wurde. Dies muss jedoch verneint werden. Zum einen sind A, B und C als bloße Gesellschafter der GbR X nur mittelbar am Nachlass des E beteiligt, zum anderen wurde lediglich eine vermögensverwaltende GbR gegründet. Diese Gesellschaftsgründung wurde von E selbst in die Wege geleitet. Zwar verwaltet die GbR X das Vermögen des E und somit auch seinen künftigen Nachlass, es steht dem E als Vermögensinhaber aber frei, sein Vermögen verwalten zu lassen, von wem er möchte. Auch kann zu diesem Zweck eine GbR gegründet werden. Eine solche Gesellschaftsgründung fällt nicht unter § 311 b IV 1 BGB und ist mithin auch nicht nichtig.

Erblasser E kann in Beispiel 3 A, B und C die Gründung einer sein Vermögen verwaltenden GbR vorschlagen und diese anschließend als Alleinerbin einsetzen. Dies ist kein Fall eines Vertrages über den Nachlass eines noch lebenden Dritten und somit auch nicht nichtig.

Beispiel 4:

Der Erblasser E ist Gesellschafter einer GbR Y. Er setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er nicht beteiligt ist, zu seiner Alleinerbin ein. Im Gesellschaftsvertrag der Y-GbR ist festgelegt, dass die Gesellschaft mit den Erben des Gesellschafters nach dessen Tod fortgesetzt wird.

Die GbR ist wie bereits festgestellt rechtsfähig. Fraglich ist jedoch, ob die GbR X als Erbin des E auch in dessen Gesellschafterstellung in der GbR Y eintreten kann.

Gesellschafter einer Personengesellschaft können natürliche Personen und juristische Personen sein²¹². Allerdings wird auch die Beteiligung einer GbR an einer anderen GbR als zulässig anerkannt²¹³. Eine erbrechtliche Nachfolgeklausel besteht, so dass die GbR Y nach dem Tod des E nicht aufgelöst wird.

²¹¹ Staudinger/Wufka, § 312 RN 20

²¹² Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 59 1 b

²¹³ RGZ 136, 236,240; Erman/Westermann, § 705 RN 21

Nach heutiger Ansicht sind sowohl oHG und KG als auch GbR als Gesellschafter einer anderen Personengesellschaft zuzulassen²¹⁴. Bei den GbR gilt dies jedoch nur für Außen-GbR, da nur sie Trägerin von Rechten und Pflichten sein können²¹⁵. Erblasser E kann somit die GbR X auch hinsichtlich seiner Gesellschafterstellung in der GbR Y als Alleinerbin einsetzen.

Beispiel 5:

Der Erblasser E ist persönlich haftender Gesellschafter einer KG Z. Er setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er nicht beteiligt ist, zu seiner Alleinerbin ein.

In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die GbR X als Alleinerbin des E in all seine Rechtspositionen eintreten kann. Genauer: Kann eine GbR persönlich haftender Gesellschafter einer KG sein?

Noch im Jahr 1986 entschied der II. Zivilsenat des BGH, dass eine GbR nicht Kommanditistin werden könne²¹⁶.

2001 hat der zweite Senat des BGH jedoch seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass eine (Außen-)GbR Kommanditistin einer KG sein könne²¹⁷. Dies geschah unter dem Hinweis auf ihre Beteiligungsfähigkeit an einer AG, GmbH, Genossenschaft oder GbR. Eine Entscheidung, ob sie auch Komplementärin einer KG oder persönlich haftende Gesellschafterin einer oHG sein kann, wurde nicht getroffen.

A. Hueck²¹⁸ hingegen hatte die These aufgestellt, dass eine GbR nicht persönlich haftender Gesellschafter einer oHG oder Komplementärin einer KG sein könne. Dieser Auffassung folgte auch die herrschende Meinung²¹⁹. Andererseits ist es anerkannt, dass Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vorgesellschaften Kommanditisten sein können. Zugleich können auch KG und oHG Gesellschafter anderer oHG und KG sein²²⁰.

²¹⁴ BGH NJW 1998, 376; Mü/Ko/Ulmer, § 705 RN 67; Soergel/Hadding, § 705 RN 24; Klamroth, BB 1983, 796; Erman/Westermann, § 705 RN 21

²¹⁵ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 I 2 a

²¹⁶ BGH NJW-RR 1987, 416

²¹⁷ BGHZ 148, 291 = ZIP 2001, 1713

²¹⁸ Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, § 2 I 3 b

²¹⁹ Baumbach/Hopt, HGB 30. Aufl., § 105 RN 29; Kübler, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. S. 66

²²⁰ Schlegelberger/Schmidt, HGB, § 105 RN 65; Staub/Ulmer, HGB, § 105 RN 94

Es sprechen verschiedene Argumente dafür auch die GbR als persönlich haftende Gesellschafterin einer oHG oder KG eintreten zu lassen²²¹. Ist beispielsweise die B-oHG persönlich haftende Gesellschafterin der A-oHG und wandelt sich identitätswahrend in eine GbR, so bleibt auch diese Gesellschafterin der A-oHG.

*Flume*²²² hingegen will, unabhängig von der Rechtsfähigkeit der GbR, mangels Publizität bei der Vertretung und Veränderung der Gesellschaft eine Beteiligung der GbR an Personenhandelsgesellschaften nicht zulassen. Es würde hierbei an der vom Gesetzgeber gewollten Klarheit und Übersichtlichkeit fehlen. Nach herrschender Lehre²²³ hingegen ist mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit die primäre Voraussetzung für die Anerkennung der GbR als persönlich haftende Gesellschafterin geschaffen²²⁴.

Nunmehr hat auch die Rechtsprechung entschieden, dass eine GbR Komplementärin einer KG sein kann²²⁵. Dies leitet das LG Berlin aus allgemeinen Erwägungen ab: Die GbR kann als Teilnehmerin am Rechtsverkehr jede Rechtsposition einnehmen, soweit ihr nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen. Die fehlende Registerpublizität bildet nach Auffassung der Kammer kein Hindernis für die Komplementärstellung einer GbR. Falls die GbR Kommanditistin ist, müssen die Gesellschafter der GbR und spätere Änderungen im Gesellschafterbestand der GbR zur Eintragung angemeldet werden gem. § 162 I 2 HGB. Gleiches muss auch dann gelten, wenn die GbR als Komplementärin an einer KG beteiligt ist. Der Mangel an Registerpublizität wird dadurch hinreichend kompensiert. Unklarheiten bezüglich der Vertretungsverhältnisse können dadurch ausgeglichen werden, dass von §§ 714, 709 BGB abweichende Vereinbarungen in das Handelsregister eingetragen werden.

Auch steht die unmittelbare Haftung des Komplementärs nach §§ 128, 129 HGB dem nicht entgegen. Die GbR ist selbst Rechtssubjekt und haftet nach § 161 II, 128 HGB für die Schulden der KG. Nach der herrschenden Akzessorietätstheorie²²⁶ können die einzelnen Gesellschafter gemäß § 128 HGB analog in Anspruch genommen werden. Folglich kann eine GbR persönlich haftende Gesellschafterin einer oHG oder einer KG werden.

²²¹ Erman/Westermann, 10. Aufl. 2000, § 705 RN 21; Schlegelberger/Schmidt, HGB, § 105 RN 71; Steinbeck, DStR 2001, 1162 (1164f); Weipert in FS Bezenberger, 2000, S. 439 ff.; Brodersen, Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften, S. 98 ff

²²² Flume, Die Personengesellschaft § 4 IV = S. 63 f.

²²³ Palandt/Sprau, 62. Aufl. § 705 RN 24; Steinbeck, DStR 2001, 1162 ff

²²⁴ vgl. Bergmann, Die BGB-Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter in oHG und KG, ZIP 2003, S. 2231 (2233) m.w.N.

²²⁵ LG Berlin, Beschl. V. 8.4.2003, ZIP 2003, 1201

²²⁶ BGH Z 142, 315

Der Erblasser E kann somit, falls er persönlich haftender Gesellschafter einer oHG oder KG wie in Beispiel 5 ist, eine GbR als (Allein-)Erbin einsetzen. Diese tritt an seine Stelle in der KG Z.

Beispiel 6:

Der Erblasser E setzt die bereits bestehende GbR X zu seiner Alleinerbin ein. Mit dem zugewandten Vermögen sollen gemeinnützige Zwecke verfolgt werden. E ist nicht Gesellschafter der GbR X

Fraglich ist, ob E die GbR X mit dem Ziel als Alleinerbin einsetzen kann, dass mit dem ihr zugewandten Vermögen wohltätige Zwecke verfolgt werden.

Möglicherweise könnte somit aus der GbR X eine Stiftung oder eine stiftungsähnliche Ersatzform entstanden sein.

Sowohl im privaten, als auch im unternehmerischen Bereich wurde in den letzten Jahren die Stiftung als Instrument erbrechtlicher Nachfolgeplanung neu entdeckt²²⁷.

Die Stiftung und das Erbrecht zeigen eine gewisse Funktionsverwandtschaft, da ähnlich wie die Testierfreiheit auch die Stiftungsfreiheit es dem Erblasser ermöglicht über sein Vermögen zu disponieren. Die Stiftung eignet sich besonders, um eine Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden und den Zusammenhalt des Vermögens in einer Hand zu garantieren²²⁸.

(1) Selbständige und unselbständige Stiftung

Fraglich ist zunächst, was eine Stiftung oder eine stiftungsähnliche GbR ist. Gegenstand der §§ 80 ff BGB ist die rechtsfähige Stiftung des privaten Rechts. Sie wird auch als selbständige Stiftung bezeichnet. Nach herrschender Meinung ist die Stiftung i.S.d. §§ 80 – 88 eine rechtsfähige Organisation, welche bestimmte, durch ein Stiftungsgeschäft festgelegte Zwecke mit Hilfe eines Vermögens verfolgt, das diesem Zweck dauernd gewidmet ist²²⁹. Hier werden die Vermögensgegenstände nicht einer anderen Person dinglich zugeordnet, sondern sie „gehören“ gewissermaßen sich selbst. Sie stellen also einen neuen Rechtsträger dar. E gründet im Beispielsfall keine „neue“ Stiftung, sondern benutzt die schon bestehende GbR X, um seine Stiftungsabsicht verwirklichen zu können.

²²⁷ Wochner, MittRhNotK 1994, 89; Turner, DStrR 1996, 1448

²²⁸ Dittmann, Testament und Erbvertrag, RN D 170

Eine selbständige Stiftung liegt demnach nicht vor.

In Betracht kommt jedoch eine unselbständige Stiftung. Sie unterscheidet sich von der selbständigen Stiftung hauptsächlich durch das Fehlen einer eigenen Rechtspersönlichkeit²³⁰. Sie ist nicht rechtsfähig, bedarf im Gegensatz zur selbständigen Stiftung keiner staatlichen Anerkennung²³¹ und unterliegt keiner Stiftungsaufsicht²³². An diesem gerade für die selbständige Stiftung sogenannten Konzessionssystem hat der Gesetzgeber im Bereich der selbständigen Stiftung auch nach dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts“ vom 1.9.2002 festgehalten. Durch dieses Gesetz werden die Entstehungsvoraussetzungen einer rechtsfähigen Stiftung des privaten Rechts abschließend und bundeseinheitlich im BGB geregelt²³³. Neuregelungen bezüglich der unselbständigen Stiftung gab es hingegen nicht.

Nicht die unselbständige Stiftung selbst ist Eigentümerin des Stiftungsvermögens sondern der Träger. Die unselbständige Stiftung entsteht durch Zuwendung des Stiftungsvermögens durch den Stifter an eine andere bestehende Person, den Stiftungsträger. Dies kann sowohl eine natürliche, als auch eine juristische Person mit der Maßgabe sein, diese Werte als ein von dem übrigen Vermögen des Empfängers wirtschaftlich getrenntes Sondervermögen zu verwalten. Diese Zuwendung erfolgt mit der Maßgabe, das Vermögen und seine Erträge auf Dauer zur Verfolgung des vom Stifter festgelegten Zwecks zu nutzen²³⁴. Die unselbständige Stiftung ist somit nichts anderes, als ein durch das Stiftungsgeschäft gebundenes, dem Stiftungsträger zugewandtes Sondervermögen, oder wie es im Steuerrecht heißt: eine Vermögensmasse²³⁵.

Auch eine unselbständige Stiftung gehört zum Typus der Stiftung und steht der Stiftung i.S.d. § 80 ff. BGB bei entsprechender Fassung des Errichtungsgeschäfts funktionell gleich²³⁶. Auch sie ist im rechtssystematischen Sinne eine Stiftung²³⁷.

²²⁹ BayObLG NJW 1973, 249; MüKo/Reuter, Vorbem Zu § 80 RN 11; BGB-RGRK/Steffen, Vorbem zu § 80 RN 1; Erman/Westermann, Vorbem zu § 80 RN 2; Palandt/Heinrichs, Vorbem zu § 80 RN 1; Staudinger/Rawert, Vorbem zu § 80 RN 4

²³⁰ Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 24; Liermann, Die unselbständigen Stiftungen, in Deutsches Stiftungswesen 1948 – 1966, S. 229 f.

²³¹ vgl. BayObLG NJW 1973, 249

²³² Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 RN 10, 16; Staudinger/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff RN 153

²³³ Hüttemann, Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, ZHR 2003, S. 35

²³⁴ Danckwerth, Das Recht der unselbständigen Stiftungen, S. 30; Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 24

²³⁵ Schmidt, „Ersatzformen“ der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft, in Stiftungsrecht in Europa, S. 175 ff, (177)

²³⁶ Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, B I S. 31

²³⁷ RGZ 88, S. 335 (338)

Diesen unselbständigen Stiftungen liegt ein Stiftungsvermögen zugrunde, mit dessen Hilfe durch die notwendige Organisationsstruktur dauerhaft der vom Stifterwillen festgelegte Zweck verfolgt wird. Die herrschende Meinung sieht hierin ein Treuhandgeschäft, d.h. einen Auftrag, das zugewendete Vermögen in einer näher geregelten Weise dem Stiftungszweck zuzuführen²³⁸. Die GbR X, welche E als Stiftungsträger einsetzt, ist jedoch weder natürliche, noch juristische Person. Fraglich ist, ob die GbR der juristischen Person insoweit angenähert ist, als auch sie als Stiftungsträger fungieren kann. Wenn dies der Fall ist, so wäre dies der erste Schritt dazu, das deutsche Stiftungsrecht, ähnlich wie das anglo-amerikanische Trustwesen dies vorzeichnet, der Vielfalt möglicher Organisationsformen zu öffnen.

(2) Gesellschaftsrechtliche Ersatzformen

In Betracht kommen gesellschaftsrechtliche Rechtsformen, die als Ersatzformen stiftungshafte Ziele verfolgen. Bei diesen stiftungsähnlichen Ersatzformen kann der Leistungsträger verschieden organisiert sein. Bislang wurden in der einschlägigen Literatur nur die Stiftungs-GmbH, der Stiftungs-eV und die Stiftungs-AG diskutiert. Sie gehören zu den sogenannten Stiftungskörperschaften²³⁹. Sie wurden als Körperschaft gegründet, erscheinen jedoch nach außen wie eine Stiftung. Sie stellen eine höchst selbständige, in Verbandsform personifizierte Stiftung dar.

Die Stiftungs-GmbH kann sich durch die Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis nach § 45 GmbHG deutlich einfacher an das Leitbild der Stiftung anpassen als die Stiftungs-Aktiengesellschaft, die dem „Grundsatz der Satzungsstrenge“ unterliegt. Aus diesem Grund konnte sich auch die Stiftungs-AG gegenüber der Stiftungs-GmbH nicht durchsetzen. Vorteile gegenüber einer „normalen“ Stiftung sind, dass es zum einen keiner Anerkennung bedarf, zum anderen Freiheit von der Staatsaufsicht besteht. Auch verbleiben dem noch lebenden Stifter große Einflussmöglichkeiten, die er nach der Gründung einer rechtsfähigen Stiftung nicht mehr hätte. Wirtschaftliche Nachteile, insbesondere durch steuerliche Einbußen bringen solche Konstruktionen nicht mit sich. Die für gemeinnützige Stiftungen wichtige steuerrechtliche Gemeinnützigkeit knüpft nicht an die Rechtsform der Stiftung an²⁴⁰.

²³⁸ Westebbe, Die Stiftungstreuhand, S. 188 ff m.w.N.

²³⁹ Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, S. 66

²⁴⁰ Strickrodt, NJW 1964, S. 2085

In der Praxis kommen die genannten Ersatzformen häufig vor. Beispiele hierfür sind die Friedrich-Ebert-Stiftung eV, die Konrad-Adenauer-Stiftung eV, aber auch die Robert Bosch Stiftung GmbH oder die Mahle Stiftung GmbH.

Gegen die Konstruktion solcher privatrechtlicher Ersatzformen der Stiftung werden grundsätzliche rechtdogmatische Bedenken erhoben.

Im Rechtsverkehr versucht das einzelne Rechtssubjekt sein eigenes Interesse zu verwirklichen²⁴¹. Dies komme bei juristischen Personen wie der GmbH darin zum Ausdruck, dass ihre Mitglieder durch die Leistung ihrer Beiträge ein eigenes Interesse am Wohlergehen der Organisation hätten. Bei der Stiftung hingegen fehlen solche Personen, die in dieser oder ähnlicher Weise durch ihre Interessen mit der juristischen Person verbunden sind. Bei stiftungsartigen GmbH sei dieses privatrechtspolitisch konstitutive Eigeninteresse der Gesellschafter am Wohlergehen ihrer juristischen Person nahezu völlig ausgeschlossen, ohne dass entsprechend den stiftungsrechtlichen Vorschriften im BGB eine Institution wie die Stiftungsaufsicht die privatrechtliche Rolle dieses Eigeninteresses übernehme²⁴². Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die GmbH gem. § 1 GmbHG für jeden gesetzlich zulässigen Zweck zur Verfügung stehen kann. Mithin ist auch die Funktion einer Stiftung als zulässiger Gesellschaftszweck anzusehen. Ferner hat die Stiftungsaufsicht bei der Stiftung bürgerlichen Rechts den Zweck sicherzustellen, dass das Vermögen nach dem Willen des Stifters verwaltet wird. Die GmbH hat jedoch Mitglieder und Gesellschafter, die ohnehin gerade zu einer satzungsmäßigen Führung verpflichtet sind. Die GmbH-Gründer müssen allerdings die Dominanz des Gesellschafterwillens in Kauf nehmen oder auf die dauernde Übereinstimmung ihres Willens mit dem der künftigen Gesellschafter vertrauen²⁴³. Zwar fehlt der GmbH gegenüber der Stiftung die Gewähr für den Erhalt der ursprünglichen Vermögens-Zweck-Bindung, allerdings kann sich die größere Flexibilität bei unvorhergesehenen Änderungen als Vorteil erweisen²⁴⁴.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass das gesetzliche Leitbild der Gesellschaft mit beschränkter Haftung einer der Stiftung bürgerlichen Rechts angenäherten Stiftungs-GmbH nicht entgegensteht²⁴⁵. Die Stellung der Gesellschafter kann soweit eingeschränkt werden,

²⁴¹ Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, S. 93

²⁴² Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, S. 93

²⁴³ MüKo/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB RN 39

²⁴⁴ Wochner, DStR 1998, Die Stiftungs-GmbH, 1835

²⁴⁵ Römer, Die Eignung der GmbH als Rechtsform für Stiftungszwecke, S. 123

dass diese nicht mehr als Herrscher, sondern vielmehr nur als Verwalter der Stiftungs-GmbH anzusehen sind.

Bedenken gegen eine solche Selbstbezeichnung als Stiftung können nur dann wirklich bestehen, wenn durch die Bezeichnung als Stiftung eine Irreführung oder Täuschung der Öffentlichkeit möglich wird²⁴⁶. Dieser Gefahr wird jedoch durch den Namenszusatz eV oder GmbH Rechnung getragen.

Auch diese stiftungsähnlichen Ersatzformen sind gekennzeichnet durch fremdnützige Zielrichtung, Vorhandensein eines Vermögensgrundstockes und Organisation, die der Vermögensverwaltung, Vermögensverteilung und der stiftungstypischen Vermögens-Zweckbeziehung dienen soll. Insofern ist es unbedenklich, ihnen die Bezeichnung Stiftung zu gestatten. Durch die Rechtsform und die damit verbundene rechtliche Selbständigkeit unterscheiden sie sich jedoch eindeutig von der unselbständigen Stiftung. Nur vereinzelt werden alle Erscheinungsformen aus dem Stiftungsbereich, die nicht selbständige Stiftung sind, unter den Begriff der unselbständigen Stiftung gezogen²⁴⁷.

Einer Auffassung zufolge soll, wenn privatrechtliche Regelungen stiftungsähnlicher Art von dem Schema treuhänderischer und auftraggebundener Verwaltung durch bestehende Einrichtungen erheblich abweichen, ihnen auch keine stiftungsrechtliche Ordnungsvorstellung aufgenötigt werden²⁴⁸. Man müsse vielmehr solchen Sonderregelungen gemäß der privatrechtlichen Autonomie ihren Weg lassen, soweit die Gründer ihn nach ihren Intentionen beschreiten können und wollen. Auch die Begriffe der Pseudo- oder Ersatzformen des regulären Stiftungsrechts seien tunlichst zu vermeiden.

Problematisch bei der Wahl einer Stiftungs-GmbH ist jedoch, dass ihre Satzung und die darin enthaltene Stiftungsstruktur von den Gesellschaftern verändert werden kann. Dadurch kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Stiftungs-GmbH den Wünschen der Gesellschafter angepasst wird und sie nicht mehr nach den Vorstellungen des Stifters geführt wird. Um dies auszuschließen, müsste der Stifter die Rechtsform der Stiftung bürgerlichen Rechts wählen, da nur hier jede Änderung der Stiftungssatzung von der Anerkennung der Stiftungsaufsicht abhängt. Eine Regelung, wonach ein satzungsändernder Beschluss die Pflicht zur

²⁴⁶ Seifart/v.Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, § 2 RN 19

²⁴⁷ vgl. Bächstädt, Die unselbständige Stiftung des Privatrechts, S. 67; Danckwerth, Das Recht der unselbständigen Stiftungen, S. 29

²⁴⁸ Strickrodt, Stiftungsrecht, S. 123

unentgeltlichen Übertragung des Geschäftsanteils auf Dritte auslöst, verstößt gegen das unverzichtbare Recht der Satzungsautonomie der Gesellschaft²⁴⁹. Vorteile der Stiftungs-GmbH hingegen sind die Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit ohne staatlichen Einfluss oder staatliche Kontrolle.

Mit der Errichtung einer Stiftungs-GmbH werden regelmäßig steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 AO verfolgt. Die Anerkennung der Steuerbegünstigung führt zur Befreiung von der Körperschaftsteuer (§5 I Nr. 9 KStG) und zur Geltung des ermäßigten Umsatzsteuersatzes (§ 12 II Nr. 8a UStG). Zudem sind Zuwendungen an gemeinnützige Stiftungs-GmbHs von der Erbschafts- und Schenkungssteuer befreit (§ 13 I Nr. 16 b ErbStG). Das Recht dieser hier dargestellten stiftungsersetzenden Vereine und Kapitalgesellschaften steht zuvörderst unter der Herrschaft des Gemeinnützigkeitsrechts nach den § 51 ff. AO. Gem. § 51 AO muss eine Körperschaft, um steuerbegünstigt zu sein, ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgen.

(3) Die Stiftungs-GbR

In Beispiel 6 hat E die Rechtsform der GbR gewählt um den von ihm beabsichtigten wohltätigen Zweck zu verfolgen. Fraglich ist, ob auch eine Stiftungs-GbR möglich ist, denn wie bereits oben erörtert liegen in Beispiel 6 nicht die für eine selbständige Stiftung bürgerlichen Rechts erforderlichen Voraussetzungen vor.

Bei der GbR handelt es sich nicht um eine Körperschaft wie die GmbH oder den eingetragenen Verein. Fraglich ist jedoch, welche Gründe gegen eine Organisation des Leistungsträgers als GbR sprechen, seit der GbR die Rechtsfähigkeit zuerkannt wurde. Die GbR kann nunmehr selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Allerdings ist dadurch, wie bereits erörtert, nicht die Unterscheidung zwischen Gesamthand und juristischer Person beendet worden. Die GbR ist nicht, wie die juristische Person, „aufgrund ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit“, sondern nur „als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder“ rechtsfähig. Es ist aber durchaus denkbar, dass auch eine Gesellschaft wie die GbR Trägerin einer Stiftung sein kann. Da die herrschende Meinung in der Literatur in der unselbständigen Stiftung ein Treuhandgeschäft sieht, stellt sich die Frage, ob auch die GbR Treuhänderin sein kann.

²⁴⁹ Riehermer, Körperschaften als Stiftungsorganisation, 112
51

Einen gesetzlich definierten oder auch nur allgemein anerkannten Rechtsbegriff der Treuhand gibt es nicht²⁵⁰. Die sogenannte fiduziarische Treuhand wird definiert als Rechtsverhältnis, das ein Rechtsgut zum Gegenstand hat, welches dem Vertragspartner zu vollem Recht übertragen wird, jedoch mit der Verpflichtung dem anderen Vertragspartner gegenüber nur in Grenzen von ihm Gebrauch zu machen. Bei der Treuhand beruht das Rechtsverhältnis auf Beziehungen, die zwischen drei Personen, dem Treugeber, dem Treuhänder und dem Begünstigten in Bezug auf das Treugut bestehen. Treugut ist derjenige Gegenstand, der der treuhänderischen Verwaltung unterliegt, Treugeber ist derjenige, aus dessen Vermögen das Treugut kommt, und Begünstigter ist der, zu dessen wirtschaftlichen Gunsten der Treuhänder seine Tätigkeit ausübt²⁵¹. Das Treuhandverhältnis wird nach verschiedenen Zwecken, denen es dienen kann, unterschieden. Im Beispielsfall kommt die Verwaltungstreuhand in Betracht. Bei ihr wird das dem Treuhänder übertragene Treugut und dessen Verwaltung der Bindung an den vereinbarten Zweck unterstellt. Wenn die Treuhand wie hier nicht dem Interesse des Treuhänders, also der GbR, sondern Dritten dient, ist sie fremdnützig. Der Treuhänder wird hierbei schuldrechtlich gebunden durch die Treuhandabrede. Um Treuhänderin sein zu können ist es folglich erforderlich, dass die GbR sich schuldrechtlich binden kann. Die Begründung von Gesamthandsverbindlichkeiten unterliegt nach herrschender Meinung keinen rechtlichen Beschränkungen. Die Verpflichtungsfähigkeit ist höchstrichterlich zwar nur für die Scheck- und Wechselfähigkeit der GbR ausdrücklich anerkannt²⁵², gilt aber auch hinsichtlich aller sonstigen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse²⁵³. Auch die GbR kann sich demzufolge schuldrechtlich binden. Die GbR kann also Treuhänderin sein. Da die unselbständige Stiftung nach herrschender Meinung ein Treuhandgeschäft darstellt, muss der GbR, da sie fähig ist Treuhänderin zu sein, auch die Fähigkeit zugesprochen werden Trägerin einer Stiftung zu sein. Zu der Organisation als Stiftungs-GmbH bestehen bei der Stiftungs-GbR folglich keine Unterschiede. Bei der Stiftungs-GmbH werden die Anteile treuhänderisch für den Stifter und seine Rechtsnachfolger verwaltet. Dies ist auch in Form der Stiftungs-GbR möglich. Auch eine GbR könnte somit grundsätzlich Träger einer Stiftung sein. Dass es sich bei der GbR nicht um eine juristische Person handelt, macht hierbei keinen Unterschied. Die Verwaltung des Stiftungsvermögens kann ebenso durch eine nunmehr rechtsfähige GbR vorgenommen werden.

²⁵⁰ Gernhuber, JuS 1988, 355; Soergel/Leptien Vor § 164 RN 49 ff; MüKo/Schramm, Vor § 164 RN 28

²⁵¹ Zimmermann, Die sachenrechtlichen Beziehungen in der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte, S. 6

²⁵² BGH Z 136, 254, 257 = NJW 1997, 2754; BGH Z 146, 341, 358 = NJW 2001, 1056

²⁵³ MüKo/Ulmer, § 705 RN 311

Allerdings darf eine solche GbR auch nur nach ihrer speziellen Organisationsweise verwaltet werden und nicht nach Stiftungsrecht²⁵⁴.

Daraus resultierend können sich Probleme steuerrechtlicher Art ergeben. Die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke führt zu Vergünstigungen bei allen wichtigen Steuerarten²⁵⁵. Hierzu gehören Steuerfreiheit bei der Körperschafts- und Gewerbesteuer, eine ermäßigte Besteuerung der Umsätze bei der Umsatzsteuer, sowie eine Befreiung bei der Grundsteuer und der Erbschaftssteuer. Gehen Vermögenswerte unentgeltlich auf die Stiftung über, so fällt bei der Stiftung Erbschafts- und Schenkungssteuer an. Bei fehlender Gemeinnützigkeit kann dies bis zu 50 % ausmachen²⁵⁶. Als begünstigte Körperschaften kommen alle Kapitalgesellschaften, der gemeinnützige Verein und insbesondere die rechtsfähige Stiftung in Betracht. Dass von § 51 AO nur Körperschaften erfasst werden, erklärt sich wohl daraus, dass der Gesetzgeber meint, bei Einzelpersonen und Personengesellschaften lasse sich nicht hinreichend sicherstellen, dass selbstlos, ohne wirtschaftliches Eigeninteresse gehandelt werde²⁵⁷. Nur in einzelnen Bestimmungen sind Steuerbegünstigungen wegen Gemeinnützigkeit auch bei natürlichen Personen oder von der Einkommenssteuer erfassten Personenmehrheiten vorgesehen. Nach § 1 I Nr. 5 Körperschaftsteuergesetz können auch nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts, wie die sogenannten Sammelvermögen, als gemeinnützig anerkannt werden²⁵⁸. Eine Stiftung verfolgt gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichen Gebiet selbstlos zu fördern²⁵⁹. Mildtätige und kirchliche Zwecke sind dem gleichgestellt. Der Erblasser E verfolgt im Beispiel 6 gemeinnützige Zwecke.

Fraglich ist, ob eine GbR auch steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannt werden kann. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn sie eine von der Einkommenssteuer erfasste Personenmehrheit darstellt. Eine GbR, die als Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen ein gewerbliches Unternehmen betreibt, fällt als andere Gesellschaft unter § 15 I 1 Nr. 2 EStG. Nicht hierunter fallen folglich Freiberufler-Gemeinschaften zum Zweck der gemeinsamen Berufsausübung oder Gesellschaften zur gemeinsamen privaten Vermögensverwaltung. Eine GbR i.S.d. § 15 EStG ist der Zusammenschluss mehrerer

²⁵⁴ Strickrodt, Stiftungsrecht, S. 125

²⁵⁵ BT-Drucks. 9/1945; Klein.

²⁵⁶ Erman/Westermann, Vor § 80 RN 13

²⁵⁷ *Tipke/Kruse*, § 51 RN 3

²⁵⁸ Streck, Die Steuerpflicht nichtrechtsfähiger Stiftungen und anderer Zweckvermögen, *StuW* 1975, S. 135 ff

²⁵⁹ § 52 AO

Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks. Dieser Zweck kann sowohl dauerhaft als auch vorübergehend sein²⁶⁰.

In Beispiel 6 ist die Art der GbR hingegen nicht konkretisiert. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um eine GbR handelt, die ein gewerbliches Unternehmen betreibt. Folglich handelt es sich nicht um eine GbR, welche steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannt werden kann. Die X-GbR ist demnach nicht steuerbegünstigt.

Der Erblasser E kann die GbR X prinzipiell als Trägerin einer Stiftung einsetzen, so dass sie zur X Stiftung GbR würde. Allerdings kann er dadurch nicht diejenigen steuerlichen Vorteile nutzen, die einer X Stiftung GmbH oder einem X Stiftung eV zustehen würden.

Der Erblasser kann hingegen sein Vorhaben gemeinnützige Ziele zu verfolgen auch dadurch verwirklichen, dass er die GbR schlicht als Erbin einsetzt. Dies kann unter der Auflage geschehen, mit dem ganzen oder einem Teil des vererbten Vermögens gemeinnützige Ziele zu verfolgen, und ist möglicherweise durch eine bedingte Erbeinsetzung abgesichert. Hier würde keine Stiftung entstehen, sondern schlicht eine GbR mit gemeinnützigen Zielen. Sie unterliegt den allgemeinen Vorschriften über GbR, da keine besonderen Regelungen oder Ausnahmetatbestände diesbezüglich existieren. Allerdings kann die GbR auch auf diesem Weg nicht in den Genuss steuerlicher Befreiungen kommen, da sie auch in diesem Fall nicht unter den steuerrechtlichen Begriff der Gemeinnützigkeit fällt. Es macht somit keinen Unterschied, ob E die GbR wie zunächst erörtert als X Stiftung GbR oder bloß als GbR mit der Auflage gemeinnütziger Vermögensverwaltung einsetzt.

(4) Der anglo-amerikanische Trust

Es gibt deutlich mehr unterschiedliche Stiftungstypen und Typen stiftungsähnlicher Organisationen im deutschen Recht als weithin vermutet. Der enge Stiftungsbegriff des BGB erweist sich immer mehr als ein Unterfall des weiten funktionalen Stiftungsbegriffs²⁶¹. Besonders der Vergleich mit den Gestaltungsoptionen des anglo-amerikanischen Stiftungsrechts wird diese im deutschen Recht angelegte Gestaltungsvielfalt noch stärker hervortreten lassen. Das auf der Doktrin des 19. Jahrhunderts basierende Stiftungsrecht ist sowohl in Deutschland als auch in England und den USA nicht auf eine Rechtsform beschränkt, sondern von der Rechtsform unabhängig.

²⁶⁰ Schmidt, Einkommenssteuergesetz, § 15 RN 324

²⁶¹ Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, S. 66

Fraglich ist, welchen Unterschied solche Konstruktionen wie die Stiftung-GbR noch zu dem angelsächsischen Trustwesen haben.

Aufgrund der zahlreichen Erscheinungsformen und Verwendungszwecke des trust bereitet eine Definition des Begriffs erhebliche Schwierigkeiten, unter anderem, weil dieses Konstrukt dem deutschen Recht immer noch fremd ist²⁶². So überrascht Otto von Gierke mit seiner Aussage („I cannot understand your trusts“²⁶³) nicht. Den anglo-amerikanischen Juristen zufolge ist das Wichtigste am Recht seine Geeignetheit den Einzelfall praktisch zu lösen, nicht seine theoretische Erfassung²⁶⁴.

Das Institut des trusts des Common Law hat seine Wurzeln bereits im 12. und 13. Jahrhundert. Die sogenannten uses, trustähnliche Rechtsverhältnisse, waren damals schon bekannt. Wenn ein Ritter in den Kreuzzug zog, so übertrug er davor sein Lehen am Grundbesitz auf einen Vertrauensmann, der das Grundstück zugunsten der Familie des abwesenden Ritters innehaben sollte. Der Vertrauensmann wurde nach außen hin Inhaber des Grundstücks, im Verhältnis zum Ritter bzw. zu dessen Familie war er jedoch verpflichtet diesem Besitz und Nutzungen zu überlassen und nach dem Tod des Ritters über das Vermögen in bestimmter Weise zugunsten eines Dritten zu verfügen²⁶⁵.

Der heutige trust entsteht dadurch, dass eine Person (settlor), einer anderen Person (trustee) das Eigentum an einem Vermögensgegenstand (trust-property) überträgt, mit der Maßgabe, diesen Vermögensgegenstand ordnungsgemäß zu verwalten und die Früchte dieser Verwaltung einem Dritten (beneficiary) zuzuwenden. Diese Eigentumsspaltung in einen „legal title“, den der trustee innehat, und einen „equitable title“, der dem beneficiary zusteht, machen die Einordnung des trust in kontinentaleuropäische Kategorien so schwer. Es werden hierbei zwei Personen an derselben Sache eigentümerähnliche Positionen zugewandt²⁶⁶. Der trustee kann als unbeschränkter Rechtsinhaber auftreten und dem beneficiary stehen Nutzen und Erträge zu. Das Eigentum an demselben Gegenstand steht somit „in law“ dem trustee und „in equity“ dem beneficiary zu. Das Common law legt fest, wer unter formellen

²⁶² Westebbe, Die Stiftungstreuhand, S. 50, Wittuhn, Trust und Eigentum, ZEV 2007, 419

²⁶³ Maitland, Equity, S. 23.

²⁶⁴ Zimmermann, Die sachenrechtlichen Beziehungen in der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte, S. 20

²⁶⁵ Klein, Testamentary Trust nach Common Law und funktionsverwandte deutsche Zivilrechtsinstitute – ein Rechtsvergleich, ZVglR Wiss 2002, 175 (176)

²⁶⁶ Klein, Testamentary Trust nach Common Law und funktionsverwandte deutsche Zivilrechtsinstitute – ein Rechtsvergleich, ZVglR Wiss 2002, 175 (177)

Gesichtspunkten Eigentümer ist, und das „equity-Recht“ regelt, ob eine Sache nach Sinn und Zweck des Rechtsgeschäfts wirklich ihm zustehen soll.

In der amerikanischen Rechtsprechung wird dieses Gebilde häufig beschrieben als eine auf den Vermögensgegenstand bezogene treuhänderische Beziehung, die den gesetzlichen Eigentümer des Vermögensgegenstandes verpflichtet, diesen zum Wohl einer anderen Person zu verwalten. Sie ist das Ergebnis einer auf ihr Entstehen gerichteten Willenserklärung²⁶⁷.

Die entscheidende Beziehung hierbei ist die zwischen trustee und beneficiary. Ihr Inhalt ist durch die Bestimmungen des settlor festgelegt. Für den trustee ergeben sich aus dieser Beziehung verschiedene Pflichten, wie zum Beispiel die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung und die Pflicht, sich nicht aus der Verwaltung des trust zu bereichern²⁶⁸. Trustee kann jede natürliche oder juristische Person sein, die Eigentümer der trust-property sein kann. Geht die Entstehung des trust auf einen darauf bezogenen Willen des settlor zurück, so handelt es sich um einen sogenannten „express-trust“²⁶⁹.

Der sogenannte charitable trust hingegen muss nicht zugunsten eines beneficiary errichtet sein. Für einen solchen trust genügt es, dass der Wille erkennbar ist, den trust ausschließlich für charitable purposes zu errichten²⁷⁰. Der angelsächsische Begriff „charitable“ entspricht der deutschen Gemeinnützigkeit sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch, als auch hinsichtlich des steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitsbegriffs.

Im Gegensatz zu „normalen“ trusts ist bei charitable trusts die Errichtung einer ewigen foundation als trust möglich. Der trust an sich eignet sich jedoch nicht zur Errichtung anderer Stiftungen mit längerer Lebensdauer. Dies liegt an der beschränkten Dauer der perpetuity periods. Ferner ist die trusttypische Gestaltungsfreiheit und –vielfalt auch durch pflichtteilsähnliche Ansprüche nächster Angehöriger²⁷¹, das Verbot der accumulation of income²⁷² und die gerichtliche Aufsicht²⁷³ eingeschränkt. Charitable trusts werden von der Charity Commission unterstützt und überwacht; die Rolle des fehlenden Begünstigten wird vom Attorney General übernommen, der gerichtlich durchsetzen kann, dass der Trustee seine Pflichten erfüllt²⁷⁴.

²⁶⁷ Scott/Fratcher, The Law of Trusts § 2.3 S. 41

²⁶⁸ Westebbe, Die Stiftungstreuhand, S. 52

²⁶⁹ Bogert, Handbook of the Law of Trusts, S. 18; Sheridan/Keeton, The Law of Trusts S. 38

²⁷⁰ Sheridan/Keeton, The Law of Trusts S. 173

²⁷¹ McGovern/Kurtz/Rein, Wills, Trusts and Estates, S. 86 ff

²⁷² Fuhrmann, Modelle lebzeitiger Unternehmensübertragung, S. 161

²⁷³ David, Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand, nach englisch-amerikanischen Rechte, S. 6 ff

²⁷⁴ Daragan, Trusts und gespaltene Eigentum, ZEV 2007, 204 (205)

Folge der Einordnung als charitable ist auch hier die Befreiung von Steuern und Abgaben, wobei die Befreiung von der Einkommens- und Kapitalertragssteuer die wirtschaftlich wichtigste ist. Trotz einiger Abweichungen in Details gleichen sich nicht nur die Vorstellungen von Gemeinnützigkeit im angelsächsischen und deutschen Recht, sondern auch die entsprechenden Regeln im Grundsatz²⁷⁵.

Der trust kann nicht nur unter Lebenden (inter vivos), sondern auch von Todes wegen (testamentary trust) gegründet werden.

Die Errichtung eines testamentary trust erfolgt durch testamentarische Erklärung des settlor, dass bestimmte Vermögensgegenstände „in trust“ für bestimmte Personen oder Zwecke gehalten werden sollen. Auch werden dem trustee die Rechte an diesen Vermögensgegenständen testamentarisch übertragen, so dass er dem Zweck des trust entsprechend handeln kann.

(5) Der trust als Instrument der Nachfolgeplanung auch in Deutschland?

Für nichtrechtsfähige Vermögensmassen mit eigener Organisation wie den trust gilt das Recht des Sitzes²⁷⁶. Hierbei ist auf das Haager Übereinkommen über das auf trusts anwendbare Recht und seine Anerkennung vom 1.7. 1985 hinzuweisen²⁷⁷. Hierdurch soll die Anerkennung i.S.d. Gründungstheorie gesichert werden. Deutschland hat dieses Übereinkommen jedoch nicht unterzeichnet und seine Ratifikation durch Deutschland soll in absehbarer Zeit nicht angestrebt werden. Ausländische trusts werden in Deutschland behandelt wie BGB-Gesellschaften²⁷⁸.

Die Frage, ob der trust auch ins deutsche Recht übernommen werden soll, wird allerdings schon seit langem erörtert.

Der BGH stellte in seinem Urteil vom 13.6.1984 fest, dass die Rechtsfigur des trust „mit den dogmatischen Grundlagen des deutschen Rechts unvereinbar“ sei²⁷⁹. Da diese Rechtsfigur in der deutschen Rechtsdogmatik keine Entsprechung findet, muss sie in ihre schuldrechtlichen und dinglichen Bestandteile aufgegliedert werden. Würde der trust in das deutsche Recht eingeführt werden, so seien zahlreiche Änderungen des deutschen Rechtssystems

²⁷⁵ so auch Karpen, Gemeinnützige Stiftungen im pluralistischen Rechtsstaat, S. 77

²⁷⁶ Staudinger/Großfeld, IntGesR RN 770 f

²⁷⁷ abgedruckt in RabelsZ 50 (1986), 698 und IPRax 1987, 55

²⁷⁸ MüKo/Ebenroth IntGesR RN 115; Staudinger/Großfeld, IntGesR RN 779

²⁷⁹ Az.: Iva ZR 196/82, IPRax 1985, 221, 223

notwendig²⁸⁰. Weder ist dem deutschen Recht gebundenes Eigentum bekannt, noch eine Teilung des Eigentums wie die zwischen trustee und beneficiary.

Unabhängig von der Entscheidung des BGH liegt der Grund, warum der testamentary trust in Deutschland zwar bekannt aber weitestgehend ungenutzt ist, im deutschen Erbrecht. Wegen des zwingenden Charakters des deutschen Erbrechts ist diese Form des trusts dem deutschen Erblasser verwehrt. Der in einer Verfügung von Todes wegen niedergelegte Wille des Erblassers kann zunächst nur im Rahmen der vom Erbstatut zur Verfügung gestellten Rechtstypen verwirklicht werden²⁸¹. Das deutsche Erbrecht kennt das Institut des trusts nicht und aufgrund des erbrechtlichen Typenzwangs und des Rechtswahlverbots kann es auch nicht ohne gesetzliche Grundlage in das deutsche Erbrecht übernommen werden²⁸².

Bei der Frage, ob der anglo-amerikanische trust zumindest in Form des testamentary trust auch ins deutsche Recht übernommen werden sollte, wird vertreten, dass durch den flexiblen trust das starre und formalistische deutsche Erbrecht flexibler werden würde.

Das Erbrecht bietet jedoch durch andere, bestehende Rechtsinstitute genügend Flexibilität. Der trust bietet kaum Funktionen, die nicht auch mit den im deutschen Recht vorhandenen Rechtsinstituten erreicht werden könnten, allerdings birgt er durch die geringen Formanforderungen Gefahren. Durch die strengen Formvorgaben im deutschen Erbrecht wird Rechtssicherheit und der Schutz vor Übereilung gewährleistet.

Zu bedenken erscheint wohl lediglich, dass durch die Möglichkeit der schnellen und unbürokratischen Gründung von stiftungsartigen Sondervermögen, insbesondere in Form der charitable trusts, für Privatleute eine Form der Nachlassplanung gegeben wäre, die auch in Deutschland Anklang finden würde.

Im Zuge immer weitreichenderer Internationalisierung tatsächlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehungen werden die Sachverhalte zunehmen, bei denen der deutsche Rechtsanwender gezwungen sein wird, ein Anknüpfungsstatut für den trust zu erarbeiten²⁸³.

Hier liegt es an dem Gesetzgeber die Reform des Stiftungsrechts weiter voran zu treiben.

Die Übernahme des anglo-amerikanischen trust ins deutsche Recht scheint jedenfalls nicht sinnvoll zu sein. Dies lohnt sich wohl nur für solche Staaten des Civil Law, die damit

²⁸⁰ so auch Coing, Übernahme des trust in unser internationales Privatrecht in FS Heinsius, S. 79 (81)

²⁸¹ Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB RN 283

²⁸² MüKo/Birk, Art. 26 EGBGB RN 111

²⁸³ Fuhrmann, Modelle lebzeitiger Unternehmensübertragung, S. 167

ausländisches Kapital anziehen wollen wie etwa Liechtenstein, das als einziges kontinental-europäisches Land den Versuch unternommen hat, den anglo-amerikanischen trust in seine Rechtsordnung aufzunehmen²⁸⁴. Dies hat aber in dem als Steueroase bekannten Liechtenstein oft einen fahlen Beigeschmack, da Faktoren wie Niedrigbesteuerung, Geheimnisschutz und ein liberales Gesellschaftsrecht Liechtenstein den Ruf unseriöser Gesellschaftsgründungen eingebracht haben. Da ein von Deutschen in Liechtenstein errichteter Trust häufig zur Verschleierung der Herkunft von Geldern eingesetzt wird, hat ein solches Rechtsgebilde in Deutschland weder zivilrechtlich, da es gegen den *ordre public* verstößt, noch steuerlich die Chance auf Anerkennung²⁸⁵.

Möglicherweise könnte der trust aber auch ohne eigene gesetzliche Grundlage in ein vergleichbares Rechtsinstitut umgedeutet werden. Hier ist bei den verschiedenen Arten des trust unterschiedlich vorzugehen. Es muss zwischen dem durch letztwillige Verfügung errichteten testamentary trust und den einzelnen Ausführungen des *intervivos-trust* unterschieden werden²⁸⁶. Im vorangestellten Fallbeispiel kommt nur der sogenannte testamentary trust in Betracht. Der testamentary trust ist dem wirklichen Erblasserwillen entsprechend in ein vergleichbares Institut des deutschen Erbrechts umzudeuten. Dabei ist der testamentary trust je nach Art der Ausgestaltung mit der Testamentsvollstreckung oder der Vor- und Nacherbschaft vergleichbar²⁸⁷.

Bei ersterem wird der Begünstigte zum Erben gemacht und aus dem Nachlass die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis zugunsten des Testamentsvollstreckers abgespaltet. Das englische Recht hingegen geht vom Eigentum des trustee aus und schmälert es zugunsten des beneficiary um ein Nutzungsrecht am Nachlass. Trotz der hierbei bestehenden erheblichen Unterschiede ist die funktionale Lösung beider Rechtsordnungen gleich, da in beiden Fällen einem unparteiischen Dritten (Testamentsvollstrecker bzw. trustee) eine Erbschaft zur Verwaltung für einen Begünstigten anvertraut wird²⁸⁸.

Die Möglichkeit des trust, den Nachlass zeitlich aufeinanderfolgend an mehrere Personen zu binden, kann mit der Testamentsvollstreckung hingegen nicht erreicht werden. In diesem Fall ist der trust mit der Vor- und Nacherbschaft vergleichbar. Ein Nacherbe wird erst dann Erbe, nachdem ein anderer Erbe des Erblassers geworden ist. Dieses Institut wird häufig eingesetzt,

²⁸⁴ dazu Biedermann, Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts., S. 11 ff

²⁸⁵ Fuhrmann, Modelle lebzeitiger Unternehmensübertragung, S. 151

²⁸⁶ Wittuhn, Das internationale Privatrecht des trust, S. 90 ff.; Czermak, Express Trust S. 132 ff.

²⁸⁷ Czermak, Express Trust, S. 132 ff; Wienbracke, A clash of cultures: Trusts und deutsches (internationales) Privatrecht – mit Bezug zum ErbStG, ZEV 2007, 415.

um durch den zuerst berufenen Erben den Nachlass zusammenzuhalten. Die Vor- und Nacherbschaft hat ein zeitliches Nacheinander zur Voraussetzung. Bei trustee und beneficiary haben hingegen mehrere gleichzeitig Rechte an den Nachlassgegenständen. Auch unterliegt der trustee gegenüber dem beneficiary im Gegensatz zum Vorerben keinen Verfügungsbeschränkungen. Aufgrund dieser Unterschiede scheidet eine Vergleichbarkeit des trust mit der deutschen Vor- und Nacherbschaft eher aus. Allenfalls das Verhältnis von beneficiary zu remainder²⁸⁹ sowie das mehrerer beneficiaries nacheinander sind mit dem deutschen Institut der Vor- und Nacherbschaft zu vergleichen. Der Erblasser kann jedoch den Vorerben zusätzlich dadurch beschränken, dass er eine Verwaltungstestamentsvollstreckung anordnet.

Es bleibt also festzuhalten, dass die Wirkungen des testamentary trust mit einer Kombination von Testamentsvollstreckung und Vor- und Nacherbschaft vergleichbar sind.

Dadurch unterfällt der testamentary trust dem Erbstatut. Art. 25 f EGBGB zufolge sind alle vermögensrechtlichen Folgen, die mit dem Tod eines Menschen zusammenhängen, an der Nationalität des Erblassers festzumachen. Dem deutschen Erblasser ist es mithin verwehrt eine letztwillige Anordnung zu treffen, die auf eine ausländische erbrechtliche Gestaltungsform verweist. Bei Maßgeblichkeit des deutschen Rechts wird, wenn der Erblasser einen testamentary trust errichtet hat, regelmäßig der beneficiary als Erbe und der trustee als (Dauer-)Testamentsvollstrecker anzusehen sein²⁹⁰. Dem Testamentsvollstrecker steht dann die Verwaltung des Nachlasses zu. Gem. § 2205 BGB hat er die Verfügungsmacht, ist aber verpflichtet, die Einkünfte entsprechend den Anordnungen des Erblassers den Erben zuzuwenden.

In den Fällen, in denen eine Trust-Errichtung des Erblassers möglich ist und sich Nachlassgegenstände außerhalb des Geltungsbereiches des Erbstatuts befinden, ist das jeweilige Belegenheitsrecht maßgeblich. Hiernach ist zu entscheiden, ob und wie dem trustee Rechte an den Nachlassgegenständen zustehen.

Ein Deutscher kann also einen testamentary-trust für unbewegliches Vermögen errichten, das in einem Staat belegen ist, dessen Rechtssystem die Figur des trust kennt und die Vererbung

²⁸⁸ Klein, Testamentary Trust nach Common Law und funktionsverwandte deutsche Zivilrechtsinstitute – ein Rechtsvergleich, ZVglR Wiss 2002, 175 (191)

²⁸⁹ Personen die mit dem Erbfall zunächst eine Anwartschaft erwerben, welche erst nach dem Erlöschen des ihnen vorgehenden „life interests“ zu einem Anspruch gegen den trustee auf Zahlung des trust-Einkommen oder gar auf Herausgabe des trust-Vermögens erstarkt

²⁹⁰ OLG Frankfurt aM IPRspr 1966/67 Nr. 168a; LG Nürnberg-Fürth IPRspr 1962/63 Nr. 148 S. 446; vgl. Czermak, Express Trust S. 294 ff

unbeweglichen Vermögens an die *lex rei sitae* anknüpft. Das Haager Übereinkommen sieht die Wirksamkeit solcher trusts ausdrücklich vor.

Der *intervivos-trust* ist hingegen als Rechtsgeschäft unter Lebenden anzusehen, das je nach Funktion als schuldrechtlicher²⁹¹ oder gesellschaftsrechtlicher Vertrag²⁹² zu qualifizieren ist. Bezüglich des *charitable trust* stellt das deutsche Recht die unselbständige Stiftung zur Verfügung, dem *debenture trust* entspricht hingegen die deutsche Treuhand. Wenn der trust als Instrument der Vermögensverwaltung genutzt wird, so kommen der Depotvertrag, der Bankrechts- und Geschäftsbesorgungsvertrag und auch die Treuhand in Betracht. Bei sogenannten *investment trusts* sind die im Kapitalanlagegesetz festgelegten Regelungen anwendbar, bei den *voting trusts* die des Aktiengesetzes.

Wenn sich allerdings beim *intervivos-trust* das Verhältnis zwischen settlor und beneficiary als Schenkung von Todes wegen darstellt, ist auch hier das Erbstatut maßgeblich.

Das deutsche Recht kennt dementsprechend eine Vielzahl von Instituten, die geeignet sind, die Funktionen, die der trust im anglo-amerikanischen Rechtskreis erfüllt, rechtlich zu gestalten²⁹³.

(6) Zusammenfassung

Die Stiftungs-GbR oder die Stiftungs-GmbH hat die ihr vom Stiftungsgeber zugewandten Gegenstände für Dritte als wirtschaftliches Sondervermögen zu verwalten, ähnlich wie dies bei einem trust geschieht. Im Gegensatz zur selbständigen Stiftung wird sowohl bei den unselbständigen Ersatzformen als auch beim anglo-amerikanischen trust kein neuer Rechtsträger gegründet, sondern es wird ein Träger bzw. ein trustee eingesetzt, der Eigentümer des Stiftungsvermögens wird.

Gegenüber der selbständigen Stiftung jedenfalls erscheint der trust aufgrund seiner höheren Flexibilität in Verwaltung und Nutzungsordnung und möglicher Beteiligung auch für die Erben attraktiv²⁹⁴. Jedoch sind die unselbständigen Ersatzformen der Stiftung bereits deutlich an das anglo-amerikanische Institut trust angenähert. In Deutschland fehlen zwar diesbezüglich gesetzlich konkretisierte Ausgestaltungen, um hier ein adäquates Gegenstück in praktikabler Form zu erhalten; da der trust aber kaum Funktionen bietet, die nicht auch mit

²⁹¹ vgl. MüKo/Martiny Art. 28 EGBGB, RN 105

²⁹² Staudinger/Grossfeld, IntGesR RN 779

²⁹³ Coing, Übernahme des trust in unser internationales Privatrecht, in: FS Heinsius, S. 79 (82)

den im deutschen Recht vorhandenen Rechtsinstituten erreicht werden könnten, ist seine Einführung, zumindest im Bereich der Nachlassplanung, nicht erforderlich²⁹⁵.

Da der trust nicht in das deutsche Rechtssystem passt und es auch in Deutschland geeignete Institute gibt, die die Interessen der jeweils Beteiligten ausreichend schützen, besteht weder das Bedürfnis den trust in das deutsche Recht zu übernehmen, noch ihn im Sinne des Art. 11 des Haager Übereinkommens anzuerkennen.

2.) Der Erblasser E ist an der GbR X beteiligt

Beispiel 7:

Der Erblasser E setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er selbst beteiligt ist, als Alleinerbin ein. Weder die Nachfolge nach E, noch die Fortsetzung der Gesellschaft sind im Gesellschaftsvertrag geregelt. Der Nachlass des E besteht nur in seiner Beteiligung an der X-GbR.

Fraglich ist, ob der Erblasser auch eine GbR als Erbin einsetzen kann, an der er selbst beteiligt ist.

Die Außen-GbR X ist trotz einer Beteiligung des Erblassers wie jede andere Außen-GbR rechtsfähig und den obigen Ausführungen zufolge auch erbfähig. Hingegen wird gem. § 727 BGB die Gesellschaft, falls sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt, durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst. Dieser Auflösungsgrund unterstreicht die Personenbezogenheit der BGB-Gesellschaft. Anders als bei der oHG und der KG hat der Gesetzgeber bei der GbR wegen ihres breiten Anwendungsspektrums keinen Anlass gesehen gesellschaftsbezogener Auflösungsgründe in Ausscheidungsgründe umzuwandeln²⁹⁶.

Im Gesellschaftsvertrag des Beispielfalles sind keine Regelungen vorgesehen, die die Fortsetzung der GbR nach dem Tod eines Gesellschafters regeln.

Mit dem Tod eines Gesellschafters wandelt sich die GbR in eine Abwicklungsgesellschaft um²⁹⁷. Sie ist nach den §§ 730 ff. auseinanderzusetzen. Bis zur vollständigen Durchführung der Abwicklung besteht die Gesellschaft somit fort. Eine Änderung ihrer Identität, ihrer Rechtsfähigkeit oder ihres Mitgliederbestands wird durch die Auflösung als solche nicht

²⁹⁴ Breitschmid, Trust und Nachlassplanung, in FS Heini S. 49ff (71)

²⁹⁵ inwieweit dies auch für inter-vivos trusts gilt, kann hier dahingestellt bleiben, da es nur auf den Vergleich zur unselbständigen Stiftung mit der GbR als Stiftungsträger ankommt, die von E als Erbin eingesetzt wird.

²⁹⁶ vgl. Begründung HrefG BT-Drucks. 13/8444, S. 42

bewirkt²⁹⁸. Der nach § 727 II BGB fingierte Fortbestand der Gesellschaft beschränkt sich auf den Bereich der Geschäftsführung und Vertretung nach Maßgabe von Absatz 2 Satz 1 und 2. Weitergehende Geltung kommt der Fiktion nicht zu. Bei der Abwicklung der Gesellschaft werden die Erben des verstorbenen Gesellschafters Mitglieder dieser Abwicklungsgesellschaft, so dass die Erben an der Auseinandersetzung der Gesellschaft teilnehmen²⁹⁹.

Fraglich ist, ob die X-GbR in diesem Fall erben kann. Die X-GbR wandelt sich mit dem Tod des E in eine Abwicklungsgesellschaft um. Gleichzeitig würde sie als Erbin des E und als Mitglied dieser Abwicklungsgesellschaft an ihrer eigenen Auseinandersetzung teilnehmen. Eine solche Konstellation ist bereits aus tatsächlichen Erwägungen nicht möglich. Wie kann eine Abwicklungsgesellschaft, die nach ihrer Auseinandersetzung nicht mehr existieren soll, selbst als Mitglied der Auseinandersetzungsgesellschaft nach der Auseinandersetzung weiter bestehen? Dies ist denknotwendig ausgeschlossen.

Die X-GbR kann mithin in Beispiel 7 nicht Erbin des Erblassers E werden, wenn weder eine Nachfolgeklausel noch eine Fortsetzungsklausel existiert und der Nachlass nur in der Beteiligung an der X-GbR besteht.

Beispiel 8:

Der Erblasser E setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er selbst beteiligt ist, als Alleinerbin ein. Weder die Nachfolge des E, noch die Fortsetzung der Gesellschaft sind im Gesellschaftsvertrag geregelt. Der Nachlass des E besteht nicht nur in der Beteiligung an der X-GbR sondern auch aus anderen Vermögenswerten.

Fraglich ist, ob hier ein Unterschied zu Beispiel 7 besteht. Hier könnte die X-GbR zumindest Erbin bezüglich der anderen Vermögenswerte werden. Grundsätzlich ist die GbR aus den oben genannten Gründen erbfähig. Auch hier wandelt sich jedoch mit dem Tod des E die X-GbR in eine sogenannte Abwicklungsgesellschaft um. Der Zweck der Gesellschaft ändert sich: an die Stelle der werbenden Tätigkeit tritt die Abwicklung des gesamten Rechtsverhältnisses³⁰⁰. Das Gesellschaftsvermögen bleibt mithin in seiner

²⁹⁷ MüKo/Ulmer, § 727 RN 6

²⁹⁸ MüKo/Ulmer, Vor § 723 RN 5

²⁹⁹ BGB-RGRK/v. Gamm, § 727 RN 2

³⁰⁰ Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 730 RN 1

gesamthänderischen Verbundenheit bestehen. Die Gesellschaft ist erst dann beendet, wenn das gesamte Gesellschaftsvermögen verteilt worden ist.

Die Umgestaltung des Gesellschaftszwecks bewirkt hingegen keine Änderung der Identität der Gesellschaft in mitgliedschaftlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht. Sie bleibt auch im Abwicklungsstadium Gesamthandsgesellschaft und ist weiterhin rechtsfähig³⁰¹. Aus diesem Grund kann sie auch als Auseinandersetzungsgesellschaft Erbin werden. Es ergeben sich in Bezug auf eine „normale“ GbR keinerlei Unterschiede. Zwar kann sie nicht, wie bereits erörtert, Erbin der Beteiligung des Erblassers an der GbR sein, allerdings ist sie bezüglich der nicht in der GbR gebundenen Vermögenswerte nicht anders zu behandeln als andere GbR.

Die GbR X ist somit in Beispiel 8 in Bezug auf die sonstigen Vermögenswerte Erbin des E geworden. Bezüglich der Gesellschafterstellung ergibt sich zu Beispiel 7 kein Unterschied, so dass sie auch hier, nach Abwicklung der Gesellschaft, nicht als Mitglied der Auseinandersetzungsgesellschaft bestehen kann.

Beispiel 9:

Der Erblasser E setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er selbst beteiligt ist, als Alleinerbin ein. Im Gesellschaftsvertrag ist geregelt, dass die GbR auch nach dem Tod eines Gesellschafters mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll.

Abweichend von § 727 BGB kann im Gesellschaftsvertrag mittels einer sogenannten einfachen Fortsetzungsklausel gem. § 736 I BGB geregelt werden, dass bei dem Tod eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft nicht gewollt ist. Fortsetzungsklauseln lassen die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortbestehen³⁰². Die Gesellschafter haben allerdings schon aufgrund der allgemein für Gesellschaftsverträge geltenden Gestaltungsfreiheit das Recht den Vertrag dahingehend zu gestalten, dass die Gesellschaft mit den übrigen Erben fortgesetzt werden soll. § 736 hat diesbezüglich lediglich die Funktion die Gesellschafter auf diese Möglichkeit hinzuweisen³⁰³.

Der verstorbene Gesellschafter scheidet mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird mit den übrigen Gesellschaftern ohne ihn fortgesetzt. Sein Anteil wächst

³⁰¹ Staudinger/Kessler, § 730 RN 12; Soergel/Hadding, Vor § 730 RN 6

³⁰² MüKo/Ulmer, § 727 RN 3

³⁰³ MüKo/Ulmer, § 736 RN 6

gem. § 738 BGB den übrigen Gesellschaftern zu³⁰⁴. Die GbR X bleibt somit auch nach dem Tod des E mit den übrigen Gesellschaftern bestehen. Erbrechtliche Rechtsfolgen sind hier, dass die schuldrechtlichen Ansprüche nach § 738 ff. BGB, insbesondere auch der Abfindungsanspruch nach § 738 I 2 Fall 3, auf die Erben übergehen. Dieser Abfindungsanspruch steht unter dem Schutz von Art. 14 GG³⁰⁵. Er kann deshalb nicht im Gesellschaftsvertrag beliebig ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Die Gesellschafterstellung des E ist mit seinem Ausscheiden erloschen und kann somit auch nicht in den Nachlass fallen. Die GbR besteht allerdings weiter und kann demnach genau wie in Beispiel 1 Erbin des E sein. Es ergeben sich hier zu dem Ursprungsfall keine weiteren Unterschiede.

Beispiel 10:

Der Erblasser E setzt in einem formgültigen Testament die Außen-GbR X, an der er selbst beteiligt ist, als Alleinerbin ein. Im Gesellschaftsvertrag ist geregelt, dass die GbR nach dem Tod eines Gesellschafters mit seinen Erben fortgeführt werden soll.

Im Gegensatz zur einfachen Fortsetzungsklausel wird in Beispiel 10 die Gesellschaft mittels einer sogenannten erbrechtlichen Nachfolgeklausel mit allen bzw. einzelnen Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt³⁰⁶. Die Nachfolgeklausel ist ebenso wie die einfache Fortsetzungsklausel auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichtet. Sie stellt jedoch zugleich sicher, dass bei dem Tod eines Gesellschafters „automatisch“ ein oder mehrere Erben in die Gesellschafterstellung des Erblassers einrücken und die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortsetzen. Hierin ist zum einen eine gesellschaftsvertragliche Nachfolgevereinbarung, zum anderen die Vererbung der Gesellschafterstellung enthalten.

Rechtsdogmatisch ist umstritten, ob die Rechtsnachfolge der Erben auf Gesellschaftsrecht oder auf Erbrecht beruht. Weder das Erbrecht, noch das Gesellschaftsrecht enthalten nähere Regelungen³⁰⁷. Allerdings hat der BGH³⁰⁸ klare Richtlinien aufgestellt, an denen sich die Praxis orientieren sollte. Hiernach ist im Regelfall ein erbrechtlicher Erwerb der Gesellschafterstellung anzunehmen.

³⁰⁴ Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 727 RN 12

³⁰⁵ BVerfG NJW 1999, 3796 zur KG

³⁰⁶ Soergel/Hadding, § 727 RN 16

³⁰⁷ MüKo/Leipold, § 1922, RN 53

Die gesellschaftsvertragliche Lösung versteht die Nachfolgeklausel als eine Verfügung unter Lebenden auf den Todesfall³⁰⁹. Diese Lösung wird vom BGH auch als „rechtsgeschäftliche Lösung“ bezeichnet. Diese Ansicht bestreitet zwar nicht, dass erst der Tod des Gesellschafters die Nachfolge auslöst, allerdings ist der Tod des Gesellschafters und die Erbenstellung nach dieser Lösung nur aufschiebende Bedingung für einen rechtsgeschäftlichen Anteilserwerb. Der Erbe wird aufgrund der Nachfolgeklausel und nicht kraft Erbrechts Gesellschafter. Der Gesellschaftsanteil fällt hierbei nicht in den Nachlass³¹⁰. Die Eintretenden müssen hier entweder bereits im Gesellschaftsvertrag namentlich benannt oder hinreichend bestimmbar bezeichnet sein.

Der herrschenden Lehre zufolge liegt dagegen ein erbrechtlicher Erwerb und somit eine Nachfolge von Todes wegen vor³¹¹. Sie wird auch als erbrechtliche Lösung bezeichnet. Nach dieser Ansicht wird der Gesellschaftsanteil im Sinne des § 1922 BGB vererblich gestellt. Wer Erbe des Gesellschaftsanteils wird, ist nach Erbrecht, also aufgrund gesetzlicher Erbfolge, Testament oder Erbvertrag zu bestimmen. Die Wirkung einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel hängt davon ab, ob gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Rechtslage miteinander übereinstimmen. Der Gesellschaftsanteil fällt mit dem Erbfall von selbst an die Erben, ohne dass von ihrer Seite eine Erklärung erforderlich wäre³¹²; eine Ausschlagung wäre freilich möglich.

Die gesellschaftsvertragliche Lösung hat nicht von der Hand zu weisende Vorteile. Die Mitgliedschaft kann hier nie in die Erbengemeinschaft fallen, so dass jeder Miterbe als Einzelner Gesellschafter werden kann, und sie kann auch, wenn der Erblasser von mehreren beerbt wird, direkt nur auf einen übertragen werden. Damit überwindet diese Ansicht die Probleme der sogenannten qualifizierten Nachfolgeklausel.

Dennoch ist der erbrechtlichen Lösung der Vorzug zu geben, und die gesellschaftsvertragliche Nachfolgevereinbarung muss als sogenannte erbrechtliche Nachfolgeklausel interpretiert werden. Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft wird als Verfügungsgegenstand

³⁰⁸ BGHZ 68, 225 = NJW 1977, 1339 = JZ 1977, 685; BGH NJW 1978, 264; BGHZ 91, 132 = NJW 1984, 2104; BGHZ 108, 187 = NJW 1989, 3152

³⁰⁹ Flume, Die Personengesellschaft, § 18 II; ders., Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, in FS Schilling S. 23 ff.; Brox, Erbrecht, RN 754 ff.; Säcker, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, S. 43 ff.; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 5 VI A 6

³¹⁰ BayObLG ZEV 2001, 74

³¹¹ vgl. statt vieler: BGHZ 22, 186, 191; 68, 225, 229; Ulmer, BB 1977, 805 ff; ders. in MüKo, § 727 RN 24; H.P. Westermann, JuS 1979, 761 ff

³¹² MüKo//Leipold, § 1922 RN 59

anerkannt³¹³ und muss somit auch als Nachlassgegenstand akzeptiert werden. Der gesellschaftsrechtlichen Theorie wird hierbei entgegengehalten, dass es sich bei der Nachfolgeklausel dann um einen verfügenden Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der Erben, handelt. Dieser wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt³¹⁴. Schwerer wiegt allerdings das Argument, dass die Nachfolgeklausel nicht eine Zuwendung unter Lebenden bewirken, sondern nur für den Fall des Todes eine Rechtsfolge herbeiführen soll.

In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht besteht gegenüber der einfachen Fortsetzungsklausel der Vorteil, dass die GbR zwar auch wie bei der einfachen Fortsetzungsklausel fortbesteht, jedoch entsteht mangels Ausscheidens des Verstorbenen kein Abfindungsanspruch. Die Gesellschafterstellung erlischt nicht, sondern ist „vererblich gestellt“. Das bedeutet, dass sie den Tod des Gesellschafters überdauert und dadurch als solche in den Nachlass fallen kann. Die Nachlasszugehörigkeit der vererbten Mitgliedschaft wurde hinsichtlich der sogenannten „Sondererbfolge“ bestritten³¹⁵. Nach nunmehr herrschender Meinung gehört allerdings die Mitgliedschaft, auch wenn sie nicht in die Erbengemeinschaft fällt, zum Nachlass³¹⁶. Die Nachfolgeklausel schafft somit die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Vererbung der Gesellschafterstellung.

Erbrechtlich hängt die Rechtsfolge der Nachfolgeklausel davon ab, inwieweit die gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Nachfolgeklausel mit der tatsächlichen Erbenstellung beim Erbgang übereinstimmt³¹⁷. In dem Fall, dass eine Nachfolgeklausel vorgesehen ist und der Erblasser von einem Alleinerben beerbt wird, decken sich Erbenstellung und gesellschaftsvertragliche Nachfolgestellung. Der Gesellschaftsanteil fällt folglich dem einzelnen Erben ohne dessen Zutun und ohne Rücksicht auf seinen Willen an. Mit dem Erbfall tritt der Erbe somit unmittelbar in die volle Gesellschafterstellung ein. Will er diese Rechtsfolge nicht, so muss er gegebenenfalls die Erbschaft ausschlagen.

Im Beispielsfall besteht für den Todesfall des E eine erbrechtliche Nachfolgeklausel und der Erblasser E hat nur einen Alleinerben bestimmt. Dieser tritt somit unmittelbar in die Gesellschafterstellung des E ein. Problematisch ist in Beispiel 10 jedoch, dass der Erblasser

³¹³ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 III

³¹⁴ BGHZ 68, 225, 232; Ulmer, ZGR 1972, 214; MüKo/Gottwald, § 328 RN 149 ff.; a.A. Brox, Erbrecht, RN 754; Säcker, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, S. 44 ff

³¹⁵ Ulmer, ZHR 146 (1982) 560 ff.

³¹⁶ so BGH Z 98, 48, 51 = JuS 1987, 147 m. Anm. Schmidt; BGH NJW 1983, 2376; BGHZ 108, 187, 192; Erman/Westermann, § 727 RN 9; Flume, NJW 1988, 161 ff; Palandt/Edenhofer, § 1922, RN 20; Staudinger/Marotzke, § 1922, RN 186; Esch, NJW 1984, 339 ff.; Siegmann, NJW 1995, 484; Marotzke, JZ 1986, 458; Rehmann, BB 1985, 298

die GbR X als Alleinerbin eingesetzt hat und keine natürliche Person. Die GbR X ist zwar erbfähig und könnte grundsätzlich auch in die Position des E eintreten, allerdings war E selbst an ihr beteiligt. Aufgrund der erbrechtlichen Nachfolgeklausel träte die GbR X unmittelbar in die Gesellschafterstellung des E ein. Sie wäre somit Gesellschafterin ihrer selbst.

Fraglich ist, ob dies möglich sein kann.

Zunächst ist problematisch ob eine GbR überhaupt Gesellschafterin einer GbR sein kann. Wenn dies der Fall ist, stellt sich die Frage, ob sie auch eine Gesellschafterstellung in sich selbst einnehmen kann.

Wie bereits erörtert, kann die GbR nunmehr Gesellschafterin einer Personengesellschaft und damit auch einer GbR sein. Zweifelhaft ist insofern nur, ob sie auch ihr eigener Gesellschafter sein kann.

Der einschlägigen Literatur ist nicht zu entnehmen, ob ein Gesellschafter eine „andere Person“ sein muss, oder ob auch eine „intern doppelstöckige“ GbR zulässig ist. Lediglich *Windbichler*³¹⁸ deutet an, dass die BGB-Gesellschaft, anders als die Kapitalgesellschaft, nicht ihr eigener Gesellschafter sein kann.

Eine Aktiengesellschaft beispielsweise darf nur ganz ausnahmsweise eigene Aktien erwerben gem. § 71 - 71e AktG. Es bestehen hierbei verschiedene Gefahren. Zum einen die Gefahr der Täuschung von Gläubigern und neuen Aktionären, zum anderen die Gefahr des doppelten Einbruchs bei Verlusten der AG, da hier die Verluste der AG als solche und das Sinken der eigenen Aktien zusammenfallen, und die Gefahr, dass Gesellschaftsmittel in eigenen Aktien bei schwierigen Situationen nicht mehr ohne weiteres zu liquidieren sind³¹⁹.

Eine GmbH hingegen ist ebenfalls Kapitalgesellschaft, kann aber nur Gesellschafter einer anderen Gesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, oHG, KG, GmbH, AG) sein, nicht ihr eigener³²⁰. Sie kann jedoch eigene Geschäftsanteile erwerben. Lediglich § 33 setzt zur Sicherung des Stammkapitals voraus, dass ein solcher rechtsgeschäftlicher Erwerb nur bei voll eingezahlten Geschäftsanteilen und auch nur aus dem das Stammkapital überschießenden Teil des Vermögens erfolgen darf³²¹. Bei der GmbH ist der Erwerb sogar in soweit denkbar,

³¹⁷ Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, D VI 4 c, S. 227

³¹⁸ Hueck/Windbichler, § 5 I 1, S. 56

³¹⁹ Hopt, Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 3, § 5 I 1 a (6)

³²⁰ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Penz, GmbHG, § 13 RN 16

³²¹ Michalski, GmbHG, § 13, RN 20

als eine sogenannte Keimmann-GmbH entsteht³²². Dieser Zustand darf jedoch kein Dauerzustand sein, da die Gesellschafter sonst eine Stiftung ohne die vorgesehenen Kautelen schaffen könnten. Grund für die Entstehung einer solchen Ein- oder Keimmann-GmbH ist, dass die GmbH als solche auch bestehen bleibt, wenn alle Geschäftsanteile sich in einer Hand vereinigen³²³. Sie verliert ihre Rechtspersönlichkeit selbst dann nicht von selbst, wenn sie alle Teile erworben hat. Das Gesellschaftsvermögen muss hierbei vom Vermögen der Gesellschafter ebenso getrennt werden wie die selbständige Rechtspersönlichkeit der GmbH von der Person ihrer Gesellschafter.

Eine solche Trennung ist in der Personengesellschaft nicht denkbar. Die GbR kann zwar grundsätzlich Gesellschafter einer GbR sein, allerdings ist es nicht möglich, dass sie ihr eigener Gesellschafter wird.

Die GbR X kann somit in Beispiel 10 nicht als Erbin des E in seine Stellung als Gesellschafter der GbR X eintreten.

Beispiel 11:

Der Erblasser E gründet zusammen mit den Personen, die er nach seinem Tod bedenken möchte, A, B und C, die GbR X. Die Gesellschaftsgründung soll allerdings erst nach dem Tod des E wirksam werden. Diese GbR X setzt er zu seiner Alleinerbin ein. Es besteht eine einfache Fortsetzungsklausel.

In diesem Beispiel erbt nicht eine bereits bestehende GbR, sondern es wird zum Zweck des Erbes eigens eine GbR gegründet. An diesem Gründungsvorgang ist der Erblasser selbst beteiligt, da die Gründung noch vor seinem Tod vorgenommen wird.

Es ist zulässig, den Gesellschaftsvertrag unter aufschiebender Bedingung oder Zeitbestimmung, also Befristung, zu schließen³²⁴. Sowohl bei Verträgen unter aufschiebender Bedingung, als auch bei solchen mit Zeitbestimmung wird das Wirksamwerden des Vertrags zeitlich hinausgeschoben. Die Gesellschaft entsteht somit erst mit Eintreten der Bedingung.

Eine Bedingung i.S.d. § 158 BGB liegt vor, wenn bei einem Rechtsgeschäft die Parteien den Eintritt oder den Fortbestand der Rechtswirkung von einem künftigen, objektiv ungewissen

³²² OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 836 = ZIP 1986, 647; OGH, NZG 1999, 444, 445; Simon, DB 1963, 1210; Michalski/Schulenburg, NZG 1999, 431

³²³ Hachenburg/Raiser, GmbHG, § 13 RN 4

³²⁴ RG JW 1936, 2065; Soergel/Hadding § 705 RN 4; Staub/Ulmer, HGB, § 105 RN 164; Schlegelberger/Schmidt, HGB, § 105 RN 50; vgl. auch BGH WM 1979, 612; WM 1985, 125; OLG Koblenz WM 1979, 1435, 1437;

Ereignis abhängig machen³²⁵. In Beispiel 7 wird die Rechtswirkung von dem Tod des E abhängig gemacht. Dieses Ereignis kann, da der Eintritt des Todes des E gewiss ist, kein künftiges, objektiv ungewisses Ereignis sein. Es handelt sich somit nicht um ein bedingtes, sondern um ein befristetes Geschäft³²⁶. Eine Befristung ist die auf dem Parteiwillen beruhende Gestaltung des Rechtsgeschäfts, kraft deren seine Wirkungen von einem künftigen zeitlich bestimmten Augenblick ab bestehen soll³²⁷. Hier wird die Wirkung des Gesellschaftsvertrags vom Todestag des E („dies certus an, incertus quando“) abhängig gemacht³²⁸. Gem. § 163 BGB gelten jedoch die §§ 158, 160, 161 entsprechend, wobei in diesem Fall der Anfangstermin der aufschiebenden Bedingung gleichsteht.

§ 158 ist mithin entsprechend anwendbar.

Vorliegend wurde somit zwischen E, A, B und C ein Gesellschaftsvertrag geschlossen, dessen Rechtswirkungen von einer Zeitbestimmung gem. § 163 BGB, nämlich dem Todestag des E, abhängig gemacht wurden. Gem. § 163, 158 führt der Eintritt der Zeitbestimmung, der Todestag des E, ohne weiteren Rechtsakt zum Eintritt der Rechtswirkungen. Mit dem Tod des E ist somit der Gesellschaftsvertrag wirksam.

E hat zunächst zusammen mit A, B und C die Gesellschaft unter der Zeitbestimmung gegründet. Da jedoch der Gesellschaftsvertrag erst mit dem Tod des E Wirksamkeit erlangt, wird E nie wirklich Gesellschafter der GbR X. Das Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrages wurde bis zu seinem Tod hinausgeschoben.

Problematisch ist jedoch, dass E als Gründungsmitglied zunächst Gesellschafter der zu diesem Zeitpunkt noch unwirksamen Gesellschaft war. Grundsätzlich wird eine GbR gem. § 727 I BGB durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, es sei denn, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt. In Beispiel 11 enthält der Gesellschaftsvertrag eine einfache Fortsetzungsklausel gem. § 736 I BGB. Sie macht den Bestand der Gesellschaft vom Tod des einzelnen Mitglieds unabhängig. Die GbR X kann somit trotz des Todes des E bestehen. Die GbR X wird folglich mit A, B und C fortgesetzt und kann von E als Alleinerbin eingesetzt werden.

³²⁵ Erman/Armbrüster, Vor § 158 RN 1

³²⁶ vgl. BayObLG NJW-RR 1993, 1164, 1165; RGZ 76, 89, 90

³²⁷ Ennerecus/Nipperdey § 193 II

³²⁸ BGH NJW 1976, 1976 (1978); MDR 1980, 41; München NJW-RR 1993, 1164 (1165); KG MDR 1998, 495

II. Annahme 2: Die GbR besteht zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht

Fraglich ist ob eine GbR auch dann erben kann, wenn sie zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht besteht. Für den Fall, dass der Erblasser will, dass seine Erben als eine GbR „bestehen“, bieten sich verschiedene Möglichkeiten.

Zum einen könnte der Erblasser möglicherweise bestimmen, dass seine Erben sofort eine GbR bilden. Dies könnte entweder so aussehen, dass die GbR bereits unmittelbar mit dem Tod des Erblassers, oder mit Annahme der Erbschaft entstünde.

Zum anderen könnte der Erblasser seinen Erben bzw. der Erbengemeinschaft testamentarisch die Gründung einer GbR aufgeben. Hier würde die GbR nicht unmittelbar mit dem Tod des Erblassers entstehen, sondern erst mit der testamentarisch aufgetragenen Gründung durch die Erben.

Problematisch ist jedoch zunächst, ob das durch die §§ 2032 ff. BGB festgelegte Verhältnis der Erben untereinander, die gerade eine Erbengemeinschaft sind, einer Änderung durch den Erblasser überhaupt zugänglich ist. Dies wird innerhalb der einzelnen Möglichkeiten des Erblassers, eine GbR als Erbe einzusetzen, erörtert. Der Erblasser darf jedenfalls nur solche Anordnungen treffen, welche das Gesetz ihm zur Verfügung stellt. Neue Anordnungstypen „erfinden“ darf er hingegen nicht (numerus clausus)³²⁹. Die Verfügung von Todes wegen eröffnet dem Erblasser die Möglichkeit, abweichend von der gesetzlichen Erbfolge Anordnungen über die Zuordnung des Vermögens nach seinem Tod zu treffen. Sie entfaltet unmittelbare Wirkung Dritten gegenüber. Im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge wurde die nötige Rechtsklarheit durch die gesetzlichen Bestimmungen geschaffen, im Rahmen der Verfügung von Todes wegen erfordert diese eine Beschränkung der Anordnungstypen ihrer Zahl und ihrem Inhalt nach³³⁰.

1.) 1. Möglichkeit: Die GbR entsteht bereits mit dem Tod des Erblassers

Beispiel 12:

Erblasser E legt vor seinem Tod per Testament fest: Ich setze meine Kinder A, B und C zu gleichen Teilen zu Erben ein. Sie sollen, um den Nachlass zusammenzuhalten, von meinem Tod an als GbR X zusammenbleiben.

³²⁹ Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, S. 10

Es ist denkbar, dass der Erblasser bestimmen kann, dass bereits unmittelbar mit seinem Tod seine Erben eine GbR bilden.

Problematisch könnte hierbei sein, dass die Gründung der GbR nicht vom Willen der Erben A, B und C abhängig ist, die schlussendlich die GbR sind, sondern lediglich vom Leben und Sterben des Erblassers. Sobald er verstirbt, wäre demnach die GbR gegründet. Hierbei könnte es an der vertraglichen Gesellschaftsgründung fehlen.

Grundvoraussetzung für die Entstehung einer GbR ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags i.S.d. § 705. Dieser ist die vertragliche Verpflichtung von zwei oder mehr Gesellschaftern, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger, vertraglich vereinbarter Weise zu fördern. Der Vertragsschluss kann entweder ausdrücklich oder konkludent erfolgen oder sich etwa aus den Umständen ergeben³³¹. Ohne Vertragsschluss oder ein vergleichbares Rechtsgeschäft kann eine GbR nicht entstehen.

Eine Gründung, die lediglich vom Tod des Erblassers abhängen würde, käme jedenfalls nicht durch Vertragsschluss zustande. Der Tod des Erblassers ist vom Willen der Erben unabhängig. Für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags reicht grundsätzlich auch ein konkludenter Vertragsschluss aus. Besonders wenn zuvor bereits eine anderweitige Verbindung der zusammenwirkenden Personen bestand, wie beispielsweise eine Erbengemeinschaft, werden die Aktivitäten oftmals auf der bisherigen Grundlage entfaltet³³². Hier müssen aber dennoch besondere Umstände hinzutreten, die für die Gründung einer Gesellschaft charakteristisch sind. Insbesondere ist eine Einigung auf solche Projekte, die nicht bereits durch die Beschaffenheit der Nachlassgegenstände vorgegeben sind und somit nicht zur üblichen Verwaltungstätigkeit gehören, erforderlich. Allerdings kann bei einer Gründung, die nur vom Tod des Erblassers abhängt, ohnehin nicht von einem konkludenten Vertragsschluss die Rede sein, da gerade keine Einigung der Erben vorliegt.

Eventuell könnte jedoch die Umwandlung einer sonstigen Gesamthandsgemeinschaft (namentlich einer Erbengemeinschaft zwischen A, B und C) in eine GbR (hier X) in Frage kommen. Eine Umwandlung kommt gem. §§ 190 ff UmwG in Betracht. Die § 190 ff UmwG behandeln allerdings nur die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in GbR³³³. Für die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine GbR gelten im Unterschied zur

³³⁰ Kipp/Coing, Erbrecht, § 20 I; von Lübtow, Erbrecht, 1. Hbd, S. 111

³³¹ MüKo/Ulmer, § 705 RN 1

³³² Staudinger/Habermeier, § 705 RN 5

³³³ MüKo/Ulmer, § 705 RN 8 ff

formwechselnden Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz jedoch keine Besonderheiten. Es bedarf namentlich auch hier des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Gemeinschaftern (wobei konkludente Abschlüsse häufig sind), und zur Einbringung der Beiträge ist eine jeweils gesonderte Rechtsübertragung erforderlich³³⁴. Es besteht mithin kein Unterschied zur „normalen“ Gründung, so dass auch eine Umwandlung aufgrund der oben genannten Argumente ausscheiden muss.

Möglicherweise kann der Erblasser das Rechtsverhältnis der Miterben dergestalt abändern, dass mit dem Erbfall bereits eine GbR entsteht.

Der Erblasser kann nur solche Verfügungen von Todes wegen treffen, die als Typen im Gesetz zugelassen sind. Der Grund hierfür liegt wie im Sachenrecht darin, dass nicht nur obligatorische Bindungen inter partes geschaffen, sondern unmittelbare Wirkungen gegen Dritte herbeigeführt werden³³⁵. Die Testierfreiheit des Erblassers ist mithin dergestalt eingeschränkt, dass er durch diesen Typenzwang und die festgelegte Wirkung bestimmter Anordnungen einem inhaltlichen Sachzwang unterworfen ist. Der Erblasser darf hingegen frei entscheiden, ob er testieren will, von welchen Anordnungstypen er Gebrauch machen und mit welchem Inhalt er diese versehen will.

Für die oHG ist die Gründung unmittelbar durch den Erbfall vereinzelt³³⁶ bejaht worden, wobei allerdings weder dieser noch der gegenteilige Standpunkt³³⁷ begründet wurde. Die erstgenannte Ansicht stützt sich darauf, der Erblasser könne die Verwaltung der Erbengemeinschaft abweichend von der gesetzlichen Regelung in § 2038 durch Verfügung von Todes wegen regeln³³⁸. Hierbei kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung einem Miterben, ohne ihn ausdrücklich als Testamentvollstrecker zu bestimmen, besondere Verwaltungsbefugnisse übertragen. Die rechtliche Einordnung einer solchen Verfügung ist hingegen umstritten. Das Reichsgericht hat sich für eine Auflage zu Lasten der anderen Erben entschieden³³⁹, der BGH indessen für ein Vermächtnis zugunsten des mit der Verwaltung betrauten Miterben³⁴⁰. In der Literatur wird andererseits vertreten, dass es sich grundsätzlich

³³⁴ MüKo/Ulmer, § 705 RN 15; Staudinger/Kessler, § 718 RN 13.; vgl. zur Fortführung eines von mehreren Erben ererbten Handelsgeschäftes als oHG oder KG BGHZ 92, 259, 263 = NJW 1985, 136; Staub/Ulmer HGB § 105, RN 57a

³³⁵ Dittmann, Testament und Erbvertrag, A 57

³³⁶ OLG Hamm, OLGE 44, 195 f; Staub/Pinner, HGB § 105 Anm. 40.

³³⁷ Staudinger/Werner, § 2032, RN 18

³³⁸ RGRK/Kregel, § 2038, RN 2; Staudinger/Werner, § 2038, RN 24; Palandt/Kreidel, § 2038 Anm. 3a; MüKo/Dütz, § 2038 RN 20

³³⁹ HRR 1929 Nr. 500

³⁴⁰ BGHZ 6, 76, 78

um die Ernennung des betreffenden Miterben zum Testamentvollstrecker mit beschränktem Aufgabenkreis handelt³⁴¹.

Jedoch besteht zwischen derartigen Verwaltungsanordnungen und der Gründung einer GbR immer noch ein großer Unterschied. Zum einen wird dem Miterben die entsprechende Rechtsmacht auch hier nicht direkt mit dem Erbfall eingeräumt, vielmehr verpflichten die Anordnungen nur die Erbengemeinschaft diese zu erteilen. Zum anderen ist die Gründung einer GbR etwas grundsätzlich anderes als die Einsetzung eines Testamentvollstreckers.

Der Erblasser kann gem. § 2197 BGB per Testament einen oder mehrere Testamentvollstrecker benennen, bzw. durch letztwillige Verfügung anordnen, dass ein anderer die Person des Testamentvollstreckers bestimmt. Hierfür ist kein bestimmter Wortlaut erforderlich, solange der Wille des Erblassers deutlich ergibt, dass der Benannte den Nachlass im fremden Interesse im Sinne des Willens und der Anordnungen des Erblassers verwalten soll³⁴². Gem. § 2203 BGB hat der Testamentvollstrecker die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Grundsätzlich hat der Testamentvollstrecker die Aufgabe, durch Ausführung des letzten Willens des Erblassers den Nachlass abzuwickeln. Allerdings wird der Inhalt der Aufgabe in erster Linie durch den Willen des Erblassers festgelegt. Es fallen folglich alle Verwaltungsmaßnahmen, die erforderlich sind, um den Nachlass abzuwickeln, unter die Ausführungspflicht des Testamentvollstreckers.

Die Aufgaben des Testamentvollstreckers erstrecken sich somit gem. § 2203 BGB darauf, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen und gem. § 2204 BGB die Erbengemeinschaft auseinanderzusetzen.

Bei der Übertragung der besonderen Verwaltungsbefugnisse an einen der Erben handelt es sich nach Ansicht der Literatur um die Ernennung eines Testamentvollstreckers mit beschränktem Aufgabenkreis. Dieser ist zur Verwaltung der Erbengemeinschaft berufen. Seine Aufgabe ist folglich einen Auseinandersetzungsplan aufzustellen und diesen auch zu vollziehen. Damit enden Erbengemeinschaft und Verwaltungsmacht des Testamentvollstreckers³⁴³.

Der Testamentvollstrecker ist hingegen nicht befugt den Erben die Gründung einer GbR aufzugeben. Folglich ist der Erblasser zwar sowohl befugt die Verwaltung der Erbengemeinschaft durch Verfügung von Todes wegen zu regeln und einen der Erben mit besonderen Verwaltungsbefugnissen zu betrauen, als auch einen Testamentvollstrecker

³⁴¹ RGRK/Kregel, § 2038, RN 2; Staudinger/Werner, § 2038, RN 24

³⁴² MüKo/Zimmermann, § 2197, RN 6

³⁴³ Schellhammer, Erbrecht, RN 994

einzusetzen. Allerdings kann dies weder die Gründung einer GbR nach sich ziehen, noch kann dies mit der Gründung einer GbR verglichen werden. Die Gründung der Gesellschaft ist jedenfalls ohne Abschluss eines Gesellschaftsvertrags nicht möglich. Eine vergleichbare Situation zu der Übertragung bestimmter Verwaltungsbefugnisse an einen Miterben liegt hier nicht vor.

Im Ergebnis lässt sich nunmehr festhalten, dass der Erblasser nicht die Vermögenszuordnung und Organisationsstruktur mit unmittelbarer Wirkung abändern kann. Es gibt somit keine gesetzliche Grundlage, derzufolge der Erblasser das Rechtsverhältnis dergestalt abändern kann, dass bereits mit dem Erbfall eine GbR entsteht.

Auf Beispiel 12 bezogen bedeutet dies, dass A, B und C zwar eine Erbengemeinschaft sind, jedoch nicht vom Tod des E an die GbR X bilden. Mangels vertraglicher Gründung entsteht keine GbR. Die in Beispiel 12 genannte testamentarische Festlegung des E ist somit nicht möglich.

Beispiel 13:

Der Erblasser E legt vor seinem Tod per Testament fest: Ich setze die GbR X zu meiner Alleinerbin ein. Diese GbR X ist von meinen Kindern A, B und C zum Zwecke der Nachlasshaltung nach meinem Tod zu gründen.

Möglicherweise könnte die GbR X in diesem Fall bereits mit dem Tod des Erblassers zur Entstehung gelangen. Der Erblasser E gibt seinen Erben auf, eine GbR zu gründen. Durch diese Gründung sind die Voraussetzungen des § 705 BGB für eine vertragliche Gesellschaftsgründung erfüllt. Gesellschafter der GbR X wären die Kinder des E: A, B und C. Problematisch ist in Beispiel 13 jedoch, dass die GbR zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht besteht. Hier sollen nicht A, B und C Erben werden, sondern die GbR X. Dass die GbR X zur Alleinerbin eingesetzt wird, obschon sie zum Zeitpunkt der Erbschaft noch nicht besteht, könnte einen Verstoß gegen § 1923 I BGB darstellen. Die als Erbin eingesetzte Person muss zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits leben. Dies gilt auch für juristische Personen und Personengesellschaften. Auch diese müssen zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits bestehen³⁴⁴.

Für Zuwendungen an eine erst nach dem Tod des Stifters als rechtsfähig anerkannte Stiftung enthält § 84 BGB eine Ausnahmeregelung. Die Stiftung gilt für Zuwendungen des Stifters als

schon vor dessen Tod entstanden, obwohl die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Stiftung erst nach dem Tod des Erblassers ausgesprochen wird. Sie kann somit bei entsprechenden Verfügungen des Stifters auch schon dann dessen Erbin werden³⁴⁵. § 84 BGB bezieht die Entstehung der Stiftung auf die juristische Sekunde vor dem Tod des Stifters zurück³⁴⁶. § 84 BGB gilt sowohl für die Stiftung von Todes wegen, als auch für die Stiftung unter Lebenden. Die Stiftung erhält damit dieselbe Stellung, die auch der nasciturus gem. § 1923 II BGB hat, da die Erbeinsetzung ohne die Fiktion des § 84 BGB an § 1923 I BGB scheitern würde.

Möglicherweise könnte diese Fiktion auch bei der Erbeinsetzung der GbR Anwendung finden. Es ist nahezu allgemein anerkannt, dass juristische Personen, die erst nach dem Erbfall entstehen, nicht Erbe werden können³⁴⁷. Weder § 1923 II BGB noch § 84 BGB sind analog auf „werdende“ juristische Personen anwendbar. Ihre Rechtsfähigkeit muss bereits zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls vorhanden sein. Es kommt allenfalls die Erbeinsetzung der Gründer mit der Auflage, die angefallenen Erbteile nach Entstehung der juristischen Person auf diese zu übertragen, in Betracht³⁴⁸. Anderer Auffassung zufolge soll § 1923 II analog auch auf juristische Personen anzuwenden sein³⁴⁹. Die Konstruktion, zunächst die Gründer erben zu lassen, um anschließend das ererbte Vermögen auf die juristische Person zu übertragen, bewirke dieselben Rechtsfolgen, als wenn sogleich die juristische Person geerbt hätte. Dieser Auffassung zufolge wird hierdurch die entsprechende Anwendung des § 84 BGB bzw. des § 1923 BGB nahegelegt. Dem stünde auch nicht § 2101 BGB entgegen. KG, oHG und nun auch die GbR seien beim Erwerb von Todes wegen wie juristische Personen zu behandeln.

Fraglich ist somit, ob die GbR gem. § 84 BGB analog bzw. § 1923 II BGB analog zum Todeszeitpunkt des E fingiert werden kann. Dies ist nicht der Fall. Zum einen handelt es sich bei § 1923 II BGB um eine direkt auf den nasciturus zugeschnittene Norm, zum anderen sind zusätzlich zum nasciturus explizit nur die Stiftungen aus § 1923 I herausgenommen. Das war auch vom Gesetzgeber nur in diesem Rahmen gewollt. Bei der Stiftung gem. § 84 BGB fehlt es lediglich an der Genehmigung, die dann hierdurch auf die juristische Sekunde vor dem Tode des Stifters zurückbezogen wird.

³⁴⁴ HK-BGB/Hoeren, § 1923 I RN 1

³⁴⁵ Dazu: LG Berlin, FamRZ 2001, 450; Leipold, Erbrecht, § 2 II

³⁴⁶ Staudinger/Rawert, § 84 RN 1

³⁴⁷ MüKo/Leipold, § 1923 RN 29; Palandt/Edenhofer § 1923 RN 6; BGB-RGRK/Kregel, § 1923 RN 7

³⁴⁸ Staudinger/Otte, § 1923 RN 32

³⁴⁹ Soergel/Stein, § 1923 II RN 8

Diese beiden Rechtslagen, die der nicht genehmigten Stiftung und die der GbR in Beispiel 13, sind nicht in der Weise vergleichbar, dass eine analoge Anwendung des § 84 BGB gerechtfertigt wäre. Die Argumentation, dass es schlussendlich keinen Unterschied mache, ob die Gesellschafter oder die GbR selbst eingesetzt werden, ist zwar schlüssig, allerdings kann nicht aufgrund der bloßen Ergebnisgleichheit die analoge Anwendung des § 84 BGB begründet werden.

Es bleibt in diesem Beispiel folglich nur die Möglichkeit, die Erbeinsetzung der GbR in eine der Kinder A, B und C, mit der Auflage das ererbte Vermögen in die noch zu gründende GbR einzubringen, umzudeuten. Die GbR X selbst jedenfalls kann in diesem Beispiel nicht zur Alleinerbin des E werden.

2.) 2. Möglichkeit: Universalvermächtnis

Beispiel 14:

Der Erblasser E legt vor seinem Tod per Testament fest: Ich setze meinen Bruder B zu meinem Alleinerben ein. Unter der Bedingung, dass meine Kinder A, B und C eine GbR X gründen, ist mein Erbe mit einem Universalvermächtnis zugunsten der GbR X beschwert.

Der Erblasser kann seinen gesamten oder beinahe seinen gesamten Nachlass einer Person als Vermächtnis zuwenden³⁵⁰. Aufgrund der Auslegungsregel des § 2087 BGB muss der Erblasser seinen diesbezüglichen Willen ausdrücklich in der letztwilligen Verfügung niederlegen und als Vermächtnisanordnung bezeichnen, da ansonsten die Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen ist.

Der Erblasser hat in diesem Fall klar formuliert, dass Erbe eine natürliche Person, sein Bruder sein soll, die Erbschaft als Ganzes soll jedoch durch ein Vermächtnis einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugewendet werden.

Durch dieses Vermächtnis an die GbR will der Erblasser die Zuwendung ausdrücklich dem Vermächtnisrecht unterstellen und die Vermutung des § 2087 BGB widerlegen³⁵¹.

Vermächtnisnehmer soll in Beispiel 14 eine noch zu gründende Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein.

³⁵⁰ Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung S. 452.

³⁵¹ Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht/Schlitt RN 183

Vermächtnisnehmer können natürliche und juristische Personen, aber auch Personengesellschaften sein. Auch die GbR kann, wie in Beispiel 2 erörtert, Vermächtnisnehmerin sein. Da das Vermächtnis lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten bewirkt, bedarf es keiner besonderen Vermächtnisfähigkeit. Dies muss auch im Falle eines Universalvermächtnisses gelten. Zwar erwirbt der Vermächtnisnehmer in diesem Fall nicht nur ein kleines Vermächtnis, sondern die ganze Erbschaft als Vermächtnis, dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass es sich hier „nur“ um ein Vermächtnis handelt und nicht um die Erbenstellung der GbR.

Voraussetzung ist lediglich, dass der Bedachte nicht vorverstirbt. Denn lebt der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr, so ist das Vermächtnis gem. § 2160 BGB unwirksam. Diese Vorschrift ist im Fall einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsprechend anzuwenden. Dies kann lediglich durch Einsetzung eines Ersatzvermächtnisnehmers verhindert werden. Mit dem Wegfall des Vermächtnisses entfällt zugleich die (bereicherungsmindernde) Belastung des beschwerten Erben oder Hauptvermächtnisnehmers.

Zusätzlich Voraussetzung ist hier jedoch, dass die GbR X nach dem Tod des Erblassers von A, B und C gegründet wird. Im Gegensatz zum Erben muss ein Vermächtnisnehmer zur Zeit des Erbfalls nicht bereits leben bzw. entstanden sein. Gem. § 2178 BGB erfolgt der Anfall des Vermächtnisses nicht bereits mit dem Erbfall, sondern erst mit Eintritt des Ereignisses. Diese Vorschrift wird für die Entstehung von juristischen Personen entsprechend angewandt³⁵² und auch für die entsprechende Anwendung bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts besteht meines Erachtens kein Hindernis. Eine Gründung der Gesellschaft nach Eintritt des Erbfalls ist daher möglich. In diesem Fall sind lediglich die Fristen der §§ 2162, 2163 BGB zu beachten. Nach Ablauf dieser Fristen kann der Anfall nicht mehr erfolgen, das Vermächtnis wird dann unwirksam.

3.) 3. Möglichkeit: eine testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel

Beispiel 15:

Erblasser E testiert vor seinem Tod: Ich setze meine Kinder A, B und C zu gleichen Teilen zu Erben ein. Ihnen wird auferlegt die GbR X zu gründen und ihren Anteil am Nachlass in diese GbR einzubringen.

Möglicherweise könnte der Erblasser jedoch seinen Erben durch eine sogenannte testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel die Gründung einer GbR aufgeben. Hierbei stellen sich Probleme verschiedenster Art.

Zunächst einmal ist fraglich, mit welchem Grund der Erblasser die Gesellschaftsgründungsklausel ins Testament aufnimmt. Will er dadurch lediglich einen Wunsch zum Ausdruck bringen und damit einen unverbindlichen Ratschlag erteilen? Regelmäßig wird dies wohl nicht der Fall sein. So gestaltet sich dies auch in Beispiel 15. Der Erblasser legt seinen Erben A, B und C die Verpflichtung auf, eine GbR zu gründen. Er will damit die Gesellschaftsgründung durch seine Erben verbindlich vorschreiben.

Für die Gestaltung der Unternehmensnachfolge bei einer oHG wurde bereits 1983 von *Strothmann*³⁵³ die Zulässigkeit und der Bedarf einer Gesellschaftsgründungsklausel geprüft. Durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit und die damit verbundene vielfältigere Einsatzmöglichkeit der GbR stellt sich die Frage, inwiefern auch für sie eine solche Gesellschaftsgründungsklausel vorteilhaft sein kann. Zunächst sind jedoch mögliche gesellschaftliche, erbrechtliche, oder sonstige Probleme zu beachten, die sich aus einer Gesellschaftsgründungsklausel ergeben könnten.

a) Mögliche gesellschaftsrechtliche Probleme

Die gesellschaftsrechtlichen Erfordernisse für die Gründung einer GbR wurden bereits erörtert³⁵⁴. Unverzichtbare Voraussetzung für die Entstehung ist der Gesellschaftsvertrag, der die Festlegung eines gemeinsamen Zwecks sowie auch Pflichten zur Förderung dieses gemeinsamen Zwecks beinhaltet³⁵⁵. Nicht geregelt ist hingegen, wie die Gesellschafter zu diesem Vertragsschluss kommen müssen. Der Anstoß muss nicht von ihnen ausgehen, sondern kann durchaus auch von außen, durch Dritte, kommen. In Betracht kommt hier also auch eine testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel.

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags der Erben weist, abgesehen von den „normalen“ Erfordernissen, die bei einer Gesellschaftsgründung vorkommen, keine weiteren Probleme auf. Der Gesellschaftsvertrag muss lediglich, wie immer, mindestens die in § 705 BGB bezeichneten Vertragsbestandteile enthalten³⁵⁶. Der Abschluss liegt nur bei den

³⁵² MüKo/Schlichting § 2178 RN 4

³⁵³ Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel

³⁵⁴ vgl. § 4 2.) a)

³⁵⁵ Staudinger/Habermeier, § 705 RN 1

³⁵⁶ Staudinger/Habermeier, § 705 RN 12

Gesellschaftern und damit bei den Erben. Der Erblasser selbst hat damit nichts mehr zu tun, so dass etwaige Probleme jedenfalls nicht auf die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel zurückzuführen sind.

Die Gründung eines Gesellschaftsvertrags aufgrund einer testamentarischen Gesellschaftsgründungsklausel ergibt keine zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Probleme zu denen einer „normalen“ Gesellschaftsgründung.

b) Mögliche erbrechtliche Probleme

Es könnten jedoch erbrechtliche Probleme bei einer testamentarischen Gesellschaftsgründungsklausel bestehen.

Die Gesellschaftsgründungsklausel ist aufgrund ihrer Unverbindlichkeit und Wirkungslosigkeit zu Lebzeiten des Erblassers den letztwilligen Verfügungen zuzuordnen³⁵⁷. Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten entstehen erst mit dem Erbfall. Die Zulässigkeit einer solchen Gründungsklausel ist mithin ein erbrechtliches Problem. Wie bereits unter § 4 II erörtert, gibt es im Erbrecht den sogenannten numerus clausus der Anordnungstypen sowie Typenzwang im Recht der Verfügung von Todes wegen. Problematisch ist dementsprechend die Einordnung der testamentarischen Gesellschaftsgründungsklausel in das bestehende System der Verfügungstypen. Aufgrund des Typenzwangs muss die Gesellschaftsgründungsklausel als einer der bestehenden Verfügungstypen eingeordnet werden können. Ein weiteres erbrechtliches Problem könnte ein möglicher Verstoß gegen § 1923 I BGB sein. Ferner könnte durch die Bildung einer Gesellschaft aufgrund einer Gesellschaftsgründungsklausel die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verhindert werden.

Diese Probleme bedürfen jeweils einer näheren Untersuchung.

(1) Möglicher Verstoß gegen § 1923 I

§ 1923 BGB besagt, dass die erbende Person zum Zeitpunkt des Erbfalls leben muss. Auf juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften wird § 1923 I BGB entsprechend angewandt, so dass die Person zum Zeitpunkt des Erbfalls schon gegründet sein muss. Folglich kann nur derjenige Erbe werden, der beim Erbfall bereits Rechtssubjekt war³⁵⁸. Die GbR wird jedoch erst von den Gesellschaftern aufgrund der testamentarischen

³⁵⁷ vgl. zur Abgrenzung: BGHZ 31, 13, 20; Harder, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, S. 48 ff.

³⁵⁸ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 4 III 2; HK-BGB/Hoeren, § 1923 I;

Gesellschaftsgründungsklausel gegründet. Sie existiert mithin zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht.

Allerdings stellt sich hier das Problem der mangelnden Erbfähigkeit nur vordergründig. Die GbR muss zum Todeszeitpunkt des Erblassers nur dann bereits bestehen, wenn sie selbst als Erbin eingesetzt ist. Bei einer testamentarisch aufgetragenen Gesellschaftsgründung soll jedoch keineswegs die GbR Erbin werden, sondern nur die Gesellschafter der zukünftigen GbR. Sie als Erben sollen ja gerade eine GbR gründen. Da nur die zukünftigen Gesellschafter als Erben eingesetzt sind und diese zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits leben, liegt dementsprechend kein Verstoß gegen § 1923 I BGB vor.

(2) Die Verhinderung der Erbauseinandersetzung durch die Gründung einer GbR

Der Erblasser gibt den Erben durch die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel auf, eine GbR zu gründen oder aber die Erbengemeinschaft identitätswahrend in eine GbR umzuwandeln. Problematisch ist, ob hierdurch die Auseinandersetzung gem. § 2044 I BGB verhindert wird, oder ob die Gründung der GbR bereits die Auseinandersetzung ist. Dazu gibt es unterschiedliche Auffassungen³⁵⁹. Aufgrund der zeitlichen Begrenzung in § 2044 II BGB ist dieser Streitpunkt für die vorliegende Problemstellung beachtlich. § 2044 II BGB stellt nach allgemeinem erbrechtlichem Prinzip zwingende Zeitschranken für die Dauer des Auseinandersetzungsverbots auf. Hiernach wird die Anordnung des Erblassers regelmäßig unwirksam, wenn 30 Jahre seit Eintritt des Erbfalls verstrichen sind³⁶⁰.

(a) Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft

Auseinandersetzung bedeutet Liquidation der Erbengemeinschaft³⁶¹. Sie ist ein selbständiger rechtlicher Vorgang, der die Verteilung des Nachlassvermögens an die einzelnen Erben zum Gegenstand hat³⁶². Sie umfasst auch die Abwicklung aller erforderlichen Rechtsbeziehungen der Gesamthand gegenüber Dritten, aber auch im Verhältnis der Miterben zueinander. Grundsätzlich kann jeder Miterbe gem. § 2042 BGB die Auseinandersetzung verlangen,

³⁵⁹ gegen die Gesellschaftsgründung als Auseinandersetzung: MüKo/Dütz, § 2032, RN 32; Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, S. 20; ders. ZIP 1985, 969 (976); Fischer, DNotZ 1955, 182; Goldstein, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens, S. 97f; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 71; Schmidt, NJW 1985, 2785 (2786); für die Gesellschaftsgründung als Auseinandersetzung: Ganßmüller, DNotZ 1955, 172 (173); BGB-RGRK/Kregel, § 2042 RN 8; Schönknecht, Die Aufrechterhaltung der gesamthänderischen Bindung als Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft, S. 69; Staudinger/Werner, § 2042 RN 29

³⁶⁰ MüKo/Heldrich, § 2044 RN 21

³⁶¹ statt aller: Brox, Erbrecht, RN 488

soweit sich nicht aus den §§ 2043 - § 2045 BGB etwas Anderes ergibt. Zu den Ausnahmen zählen zwei Fallgruppen, die den Vorrang der Auseinandersetzung durchbrechen. Dies sind der Aufschub der Auseinandersetzung gem. § 2043 BGB und der Ausschluss der Auseinandersetzung gem. § 2044 BGB. Nach § 2043 I ist die Auseinandersetzung aufgeschoben, wenn und soweit die Erbteile noch unbestimmt sind, weil die Geburt eines Miterben erwartet wird, die Entscheidung über eine Adoption oder deren Aufhebung oder die Genehmigung einer Erblasserstiftung noch aussteht. Die Voraussetzungen des § 2043 BGB liegen im Beispiel 15 nicht vor.

Möglicherweise könnte der Erblasser jedoch gem. § 2044 BGB durch die Gesellschaftsgründungsklausel die Auseinandersetzung ausgeschlossen haben. Voraussetzung hierfür ist eine letztwillige Verfügung des Erblassers, in der er den Ausschluss der Auseinandersetzung anordnet. Dieses Teilungsverbot kann sich auf den gesamten Nachlass oder auf einzelne Gegenstände beziehen und umfasst jede Art der Auseinandersetzung³⁶³.

(b) Gesellschaftsgründung als Ausschluss der Auseinandersetzung gem. § 2044 BGB

Fraglich ist, ob die vom Erblasser ins Testament aufgenommene Gesellschaftsgründungsklausel als Ausschluss der Auseinandersetzung verstanden werden kann. Das Teilungsverbot gem. § 2044 BGB hat zum einen den Zweck, das Recht des einzelnen Miterben, die Auseinandersetzung zu verlangen, zu beschränken ohne damit einer einverständlichen Auseinandersetzung der Miterben im Wege zu stehen³⁶⁴, und zum anderen kann dadurch die Auseinandersetzung unabhängig vom Willen der Erben untersagt werden³⁶⁵. Im Beispielsfall käme eine Untersagung der Auseinandersetzung in Betracht.

Diese müsste der Erblasser allerdings auch beabsichtigt haben. Zur Auslegung des Erblasserwillens ist in erster Linie die Testamentsurkunde, sind aber auch alle zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments heranzuziehen³⁶⁶.

Durch die Gesellschaftsgründungsklausel bezweckt der Erblasser in Beispiel 15 nur die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Das Weiterbestehen der Erbengemeinschaft hingegen lässt sich dem Willen des Erblassers nicht entnehmen. Weder aus der Testamentsurkunde selbst, noch aus den äußeren Umständen ergeben sich Anhaltspunkte die das Interesse des Erblassers am Fortbestehen der Erbengemeinschaft belegen. Zwar würden

³⁶² Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, RN 503

³⁶³ Staudinger/Werner, § 2044, RN 4

³⁶⁴ BGHZ 40, 115 = NJW 1963, 2320

³⁶⁵ Staudinger/Werner, § 2044, RN 8

³⁶⁶ BGHZ 86, 41 (45f)

auch bei dem Weiterbestehen der Erbengemeinschaft gesamthänderische Bindungen zwischen den Miterben bestehen bleiben, die der Erblasser durch die Gesellschaftsgründungsklausel bei der GbR gerade wünscht, allerdings lässt er zu diesem Zweck die GbR gründen. Diese ist aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit deutlich vielseitiger als die Erbengemeinschaft. Da die Beibehaltung der Erbengemeinschaft folglich nicht im Interesse des Erblassers ist, kann dessen Verfügung auch nicht dahin ausgelegt werden, dass er mit der Gesellschaftsgründungsklausel die Auseinandersetzung ausschließen wollte. Aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers kann demnach nicht auf einen Ausschluss der Auseinandersetzung geschlossen werden.

Es liegen also weder die Voraussetzungen für einen Aufschub der Auseinandersetzung vor, noch hat der Erblasser durch letztwillige Verfügung gem. § 2044 BGB die Auseinandersetzung ausgeschlossen.

(c) Gründung einer GbR / Umwandlung in eine GbR als Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft

Da die Erbengemeinschaft von Anfang an auf Auseinandersetzung und Teilung angelegt ist, ist die Liquidation gerade Sinn und Zweck dieser Gemeinschaft. Durch die Gründung der GbR würde jedoch die Erbengemeinschaft noch enger zusammenwachsen. Ihre seitherige Zwangsgemeinschaft durch den Erbfall und die damit verbundene Erbenstellung wird durch den von den Erben geschlossenen Gesellschaftsvertrag zu einer vertraglich verbundenen GbR. Es kommt somit gerade nicht zu einer Trennung der Miterben, sondern zu einer Verstärkung der Bindungen der jeweiligen Erben.

Es ist folglich zu klären, ob es sich bei dieser Gründung oder Umwandlung in eine GbR um eine Auseinandersetzung handelt.

Den Erben stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Zum einen könnten sie eine GbR „neu“ gründen und die Nachlassgegenstände in diese GbR einbringen, zum anderen könnten sie die Erbengemeinschaft in eine GbR umwandeln. Die Übertragung der einzelnen Nachlassgegenstände und die Beachtung der Form wäre unter diesen Umständen entbehrlich.

Die Gründung der GbR bei einer Gesellschaftsgründungsklausel macht zu einer „normalen“ Gründung keinen Unterschied. Es sind somit nur die „normalen“ Voraussetzungen zu beachten.

Im Falle der Umwandlung bestünde die Gemeinschaft weiter und würde sich in der Gesellschaft fortsetzen.

*Eberl-Borges*³⁶⁷ erkennt darin, dass weder eine Verkleinerung noch eine Beendigung der Erbengemeinschaft herbeigeführt wird, einen inneren Widerspruch der die identitätswahrende Umwandlung befürwortenden Ansicht. Ihrer Auffassung zufolge kann nicht von einer Erbaueinandersetzung gesprochen werden. Es lägen gerade keine den Formwechseln zwischen oHG und KG oder oHG und GbR ähnlichen Fälle vor. Auch sei im Umwandlungsgesetz eine Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Personengesellschaft nicht vorgesehen. Die identitätswahrende Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Personengesellschaft als Auseinandersetzungsmethode scheitere mithin bereits an § 1 II UmwG. Hiernach ist eine Umwandlung nur möglich, wenn sie im Gesetz vorgesehen ist, sei es im Umwandlungsgesetz selbst oder in einem anderen Bundes- oder Landesgesetz.

Die dem entgegenstehende Auffassung stamme aus einer Zeit, als das neue Umwandlungsgesetz³⁶⁸ noch nicht existierte, so dass die eine Umwandlung befürwortenden Stellungnahmen alle Makulatur seien³⁶⁹. Auch liege dann keine Erbaueinandersetzung vor, wenn die Miterben vereinbarten, die gesamthänderische Bindung auf Dauer fortzusetzen³⁷⁰. Die Befürworter dieser entgegenstehenden Ansicht stützen sich gerade auf die Annahme, die Erbengemeinschaft könne sich identitätswahrend in eine Personengesellschaft umwandeln. Desgleichen sei auch eine vermögensübertragende Umwandlung abzulehnen³⁷¹.

Eine andere Auffassung sieht auch heute noch in dem einverständlichen Beschluss der Miterben, die gesamthänderische Bindung auf Dauer in einer GbR fortzusetzen, eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft³⁷². Auf das neue UmwG wird jedoch nicht eingegangen.

Hier trete an die Stelle der kraft gesetzlicher Erbfolge oder durch letztwillige Verfügung bestimmten Zusammensetzung der Gemeinschaft die von den Miterben gewollte (und hier durch den Erblasser angeordnete) Regelung. Da es eine vertraglich begründete Miterbengemeinschaft nicht gebe, sei mit Vollzug der Vereinbarung eine Umwandlung der Miterbengemeinschaft in eine vertraglich vereinbarte Gesamthandsgemeinschaft erfolgt. Eine

³⁶⁷ Eberl-Borges, Die Erbaueinandersetzung, S. 282

³⁶⁸ Das neue UmwG hat ab dem 1.1.1995 Geltung

³⁶⁹ Eberl-Borges, Die Erbaueinandersetzung, S. 283

³⁷⁰ so aber: Staudinger/Werner, § 2042 RN 29; Brox, Erbrecht, RN 490

³⁷¹ Eberl-Borges, Die Erbaueinandersetzung, S. 284: die Miterben können ihre Erbteile jedoch formgerecht gem. § 2033 I 2 auf die neugegründete Personengesellschaft übertragen.

identitätswahrende Umwandlung scheitert nicht daran, dass die Erbengemeinschaft durch den geänderten Gesamthandszweck endet³⁷³. Die Verweisung von § 2042 II BGB auf § 749 II BGB zeige, dass der Gesetzgeber die auf Auflösung gerichtete Zwecksetzung nicht als konstitutiv für die Erbengemeinschaft ansehe. Zweckänderungen stellen nicht immer die Identität der Personengesellschaft in Frage. Die Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesamthandsgemeinschaft sei der formlos gültige Gesellschaftsvertrag und gleichzeitig der Vollzug der Auseinandersetzung. Mit der Vereinbarung einer auf bestimmte oder unbestimmte Dauer gerichteten Aufrechterhaltung der gesamthänderischen Bindung sei der Zweck der Gemeinschaft nicht mehr die Abwicklung, sondern die gemeinsame Nutzung der Nachlassgegenstände.

Auch bereits vor der Neuregelung des Umwandlungsgesetzes³⁷⁴, also vor der Geltung des von Eberl-Borges häufig zitierten § 1 UmwG, haben sich einige Autoren ausführlich mit dem Thema der Auseinandersetzung beschäftigt und nehmen die Zulässigkeit einer identitätswahrenden formwechselnden Umwandlung einer Miterbengemeinschaft in eine Personengesellschaft an³⁷⁵.

Dem Wortsinn nach liege kein eindeutiges Ergebnis vor. Auseinandersetzung könne zum einen heißen, dass die Aufhebung der unter den Miterben bestehenden Vermögensgemeinschaft erforderlich ist, zum anderen könne jedoch auch Auseinandersetzung die bloße Aufhebung der Miterbengemeinschaft sein. Bei ersterem werde die Teilung zu einem zwingenden Merkmal der Auseinandersetzung gemacht, bei zweiterem liege Auseinandersetzung dagegen nicht nur dann vor, wenn die gesamthänderische Bindung gelöst wird, sondern auch wenn ihre Rechtsform geändert wird³⁷⁶.

Im Vergleich mit anderen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, bei welchen die Auseinandersetzung stets eine Trennung der bestehenden Gesamthandsbindung nach sich ziehe, wie zum Beispiel bei der ehelichen Gütergemeinschaft, sei eine solche Trennung bei der Erbengemeinschaft nicht unbedingt erforderlich. Anhaltspunkte hierfür seien § 2047 II BGB, der den Gesamthandsfortbestand an Schriftstücken regelt, und § 2048 BGB, wonach alle Bestimmungen des Erblasser zulässig sind, in denen er Anordnungen für die nach seinem

³⁷² Staudinger/Werner, § 2042 RN 29

³⁷³ so aber: BFH NJW 1988, 1343 (1344); MüKo/Heldrich, § 2032 RN 32; Schmidt NJW 1985, 2785, (2786)

³⁷⁴ zur Zeit der Geltung des Umwandlungsgesetzes vom 6.11.1969

³⁷⁵ Schönknecht, Die Aufrechterhaltung der gesamthänderischen Bindung als Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft, S. 18 ff; Exner, Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im deutschen und im französischen Recht, S. 14.

³⁷⁶ Schönknecht, Die Aufrechterhaltung der gesamthänderischen Bindung als Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft, S. 19

Tod stattfindende Erbauseinandersetzung trifft, sofern sie sich innerhalb der Schranken der Privatautonomie halten³⁷⁷. Hierbei müsse jedoch § 2044 II 1 BGB beachtet werden, der negative Auseinandersetzungsanordnungen nur im Rahmen der 30-Jahresfrist zulässt. Allerdings könne Auseinandersetzung i.S.d. § 2032 II BGB Beendigung der Erbengemeinschaft sowohl durch Auflösung im Wege der Teilung, als auch Aufrechterhaltung der Gesamthand im Wege einer identitätswahrenden Umwandlungsvereinbarung heißen³⁷⁸. Aus erbrechtlicher Sicht seien die Miterben somit nicht gehindert, sich durch vertraglich vereinbarte Fortsetzung ein und derselben Gesamthand in personengesellschaftsrechtlicher Form auseinanderzusetzen.

Die Gemeinschaftler nehmen, falls keine Testamentsvollstreckung angeordnet ist, selbst die Auseinandersetzung vor. Hierbei könne für einzelne oder alle Nachlassgegenstände eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet werden³⁷⁹.

Laut *Schönknecht* ist die formwechselnde Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine GbR aufgrund der Privatautonomie zulässig. Personengesellschaften können untereinander ihre Rechtsform ohne Identitätsverlust wechseln. Eine solche identitätswahrende Umwandlung kommt bei der Umwandlung einer Miterbengemeinschaft in eine Personengesellschaft jedoch nach herrschender Auffassung nicht in Betracht.³⁸⁰ Dieser Ansicht zufolge kann eine Miterbengemeinschaft ausschließlich in der Weise als Personengesellschaft fortgesetzt werden, dass eine GbR durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags (zumindest eines konkludenten) gegründet wird. Die Unzulässigkeit der identitätswahrenden Umwandlung beruhe darauf, dass nur durch sie die verschiedenartige Entstehung und regelmäßige Beendigung durch Auseinandersetzung berücksichtigt werden könnten³⁸¹. Auch in Bezug auf die rechtlichen Verhältnisse und ihren Zweck seien Miterbengemeinschaft und Personengesellschaft ungleichartig. *Schönknecht* zufolge bestehen jedoch die identitätsbegründenden Bestandteile auch nach einer formwechselnden Umwandlungsvereinbarung fort. Weder die §§ 718, 705 BGB, noch die Beendigungstatbestände einer Miterbengemeinschaft stellen ihrer Ansicht nach rechtliche

³⁷⁷ Stenger, Die Teilungsanordnung des Erblassers nach geltendem Recht, S. 20

³⁷⁸ Schönknecht, Die Aufrechterhaltung der gesamthänderischen Bindung als Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft, S. 32

³⁷⁹ Exner, Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im deutschen und im französischen Recht, S. 14.

³⁸⁰ Fischer, Identitätswahrende Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine Personengesellschaft, DNotZ 1955, 182 (184); Goldstein, Die Miterbengemeinschaft als Organisationsform zur Fortführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmannes, S. 97, 98; Seemüller, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, S. 138 ff; Strothmann, Einzelkaufmännisches Unternehmen und Erbenmehrheit im Spannungsfeld von Handels-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrecht, ZfP 1985, 969 (976)

³⁸¹ OLG Hamm, DNotZ 1958

Hinderungsgründe für die identitätswahrende Umwandlung einer Miterbengemeinschaft in eine Personengesellschaft dar.

Fraglich ist, ob eine solche Umwandlung auch nach dem neuen Umwandlungsgesetz noch zulässig ist.

§ 1 I UmwG führt die gesetzlichen Arten der Umwandlung auf. Die Voraussetzungen der Umwandlung im Sinne dieses Gesetzes werden enumerativ aufgezählt. Eine abstrakte, alle Fälle umfassende Definition der Umwandlung gibt es aufgrund der strukturellen Unterschiede der Umwandlungen nicht³⁸². Die Erbengemeinschaft fällt nicht unter den Kreis der verschmelzungsfähigen Rechtsträger i.S.d. § 3 UmwG³⁸³. Die Aufzählung ist abschließend. Hieraus folgt, dass alle anderen Rechtsträger an einer Verschmelzung nicht teilnehmen können, es sei denn, dies ist durch ein anderes Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen. Das ist bei der Erbengemeinschaft jedoch nicht der Fall. Eine entsprechende Anwendung im Fall der Erbengemeinschaft scheitert am Analogieverbot des § 1 II UmwG³⁸⁴. Dem Rechtsanwender ist es demnach nicht möglich, die gesetzlichen Umwandlungsvarianten im Wege der Rechtsfortbildung vorsichtig zu ergänzen, selbst dann nicht, wenn sich eine Analogie geradezu aufdrängen würde³⁸⁵.

Die Regelungen des Umwandlungsgesetzes beziehen sich ausschließlich auf die darin geregelten Umwandlungsfälle. Dies ergibt sich sowohl aus der Gesetzesbegründung³⁸⁶, als auch aus § 1 II UmwG selbst. Es bleibt in einem solchen Fall jedoch stets die Möglichkeit, das wirtschaftliche Ergebnis einer Verschmelzung auf eine andere Art und Weise zu erreichen. Andere Formen von Umstrukturierungen, die wirtschaftlich ähnliche Wirkungen erzeugen, werden vom UmwG nicht ausgeschlossen³⁸⁷.

(d) Ergebnis

Die identitätswahrende Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine personengleiche GbR ist folglich nicht möglich. In Betracht kommt somit lediglich die Neugründung einer GbR und die Einbringung der Nachlassgegenstände in diese neue Personengesellschaft. Strukturelle Maßnahmen wie diese, welche nach allgemeinem Zivil- und Gesellschaftsrecht möglich sind,

³⁸² Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht, § 4 I 1

³⁸³ Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 3 RN 10; Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, § 3 RN 2; Lutter/Bayer, Umwandlungsgesetz, § 3 RN 5

³⁸⁴ Streck/Mack/Schwedhelm GmbHR 1995, 161, 162

³⁸⁵ Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht, § 4 I 1

³⁸⁶ BT-Drs. 12/6699, S. 80

³⁸⁷ Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 2 RN 43

bestehen weiterhin, da nur technische Umwandlungsvorgänge des UmwG vom numerus clausus erfasst sind.

Dessen ungeachtet bleibt auch bei der Neugründung einer BGB-Gesellschaft die Frage bestehen, ob dies bereits eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft darstellt.

Wie bereits erwähnt, ist die Erbengemeinschaft auf Auseinandersetzung ausgerichtet. Die Liquidation ist gerade Sinn und Zweck dieser Gemeinschaft.

Der Ausdruck Auseinandersetzung steht für das Ende eines Personenzusammenschlusses. Sie wird definiert als „Aufhebung der Erbengemeinschaft in gesetzlich vorgesehener Weise“³⁸⁸, als „Beendigung der vermögensrechtlichen gesamthänderischen Bindungen“³⁸⁹, oder als „Liquidation der Erbengemeinschaft“³⁹⁰. An anderer Stelle wird als entscheidendes Kriterium die Abwicklung und die Aufteilung des Nachlasses gesehen³⁹¹. Problematisch ist, dass die Gründung einer GbR diese Auseinandersetzung verhindern könnte. Ob dies der Fall ist, gilt es zu untersuchen.

Zwar werden durch die Gründung der GbR die Bindungen zwischen den Erben verstärkt, allerdings nicht in Form der Erbengemeinschaft. § 2042 BGB fordert nicht, dass keinerlei Beziehungen zwischen den Miterben mehr bestehen dürfen. Es ist unzutreffend, wenn angenommen wird, nach der Auseinandersetzung dürfe kein Gesamthandsvermögen mehr bestehen, sondern nur noch eine Alleinberechtigung an den Nachlassgegenständen. Das Gesetz enthält vielmehr keine genauen Vorgaben, wie der Auseinandersetzungsvertrag auszusehen hat. In erster Linie ist die freie Vereinbarung der Miterben maßgeblich³⁹². Die Erbengemeinschaft endet mit der Auseinandersetzung und kann auch nicht mehr neu gegründet werden. Hieraus wird zum Teil geschlossen, dass auch eine tatsächliche Trennung der Miterben für eine Auseinandersetzung erforderlich ist. Dem ist allerdings nicht zuzustimmen. Es muss den Miterben frei stehen auch eine andere Gesamthandsgemeinschaft zu gründen. Jedenfalls ist es möglich, dass die Erbengemeinschaft einen Nachlassgegenstand zum Gegenstand einer anderen Gesamthandsgemeinschaft macht³⁹³.

³⁸⁸ von Lübtow, Erbrecht, 2. Halbband, S. 827

³⁸⁹ Staudinger/Werner, § 2042 RN 1

³⁹⁰ Brox, Erbrecht, RN 488

³⁹¹ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 46 I 1a

³⁹² Palandt, Edenhofer, § 2042 RN 6

³⁹³ Kipp/Coing, § 119 V FN 3; BayObLG Recht 1916 Nr. 1734

In dem einverständlichen Beschluss der Miterben eine GbR zu gründen ist bereits der erste Schritt zur Auseinandersetzung zu sehen³⁹⁴. Die Erbengemeinschaft ist nicht durch Vertragsschluss entstanden, sondern durch den Tod des Erblassers und die Erbeinsetzung der einzelnen Miterben gem. § 2032 BGB. Die GbR hingegen entsteht durch die vertragliche Gesellschaftsgründung. Mit Vollzug des Beschlusses und dem damit einhergehenden Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist die GbR gegründet. Einer Ansicht zufolge ist hiermit auch zugleich die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt³⁹⁵. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Da eine identitätswahrende Umwandlung aus den genannten Gründen nicht möglich ist, sind die Nachlassgegenstände noch auf die GbR zu übertragen. Erst hiermit ist die Auseinandersetzung vollzogen. Es bedarf bei der Übertragung der Nachlassgegenstände einer echten rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung, da es sich um zwei verschiedene Sondervermögen mit verschiedenartigem rechtlichen Schicksal handelt³⁹⁶. Die Identität eines Sondervermögens wird durch den besonderen Gesamthandszweck bestimmt. Dieselben Personen auf beiden Seiten verkörpern verschiedene Vermögensmassen, die vom Gesetz stark verselbständigt sind. Diese Träger verschiedener Sondervermögen sind somit als verschiedene Rechtsträger zu behandeln³⁹⁷.

Das Ersetzen der gesamthänderischen Bindungen durch neue gesamthänderische Bindungen schadet jedenfalls der Auseinandersetzung nicht. Grund hierfür ist, dass der Zusammenschluss nicht mehr auf gesetzlicher Anordnung beruht, sondern auf vertraglicher Übereinkunft. Im Fall einer Gesellschaftsgründung durch die Erben wird die Aufhebung der Vermögenszuordnung und somit die Herbeiführung der Vermögenslosigkeit der Erbengemeinschaft dadurch bewirkt, dass die Erben die kraft Gesetz bestehende Zuordnung durch die von ihnen selbst getroffene Regelung ersetzen³⁹⁸. Der Zweck der Erbengemeinschaft, den Nachlass auseinanderzusetzen, ist damit erfüllt. Der Zweck der GbR ist nunmehr ein anderer als der der Erbengemeinschaft. Ihr Zweck ist nicht die Abwicklung des Nachlasses, sondern die gemeinsame Nutzung der Nachlassgegenstände oder ein sonstiger von den Erben beschlossener Zweck. Die gesetzliche Zwangszuordnung ist somit auch in diesem Fall beseitigt. Die sogenannte „sterbende“ Gemeinschaft ist abgewickelt und eine

³⁹⁴ Staudinger/Werner, § 2042 RN 29

³⁹⁵ Brox, Erbrecht, RN 490; Staudinger/Werner, § 2042 RN 29

³⁹⁶ MüKo/Heldrich, § 2032 RN 32

³⁹⁷ RGZ 136, 402 (406)

³⁹⁸ Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, S. 20

„werbende“ Gemeinschaft geboren³⁹⁹. Diese „werbende“ Gemeinschaft kann keine Erbengemeinschaft mehr sein. Welchen Zweck diese neue Gemeinschaft verfolgt, ist im Einzelfall unterschiedlich, jedenfalls ist die Auseinandersetzung nicht mehr Zweck. Die Auseinandersetzung ist mithin mit Gründung der GbR und der Übertragung des letzten Nachlassgegenstandes vollzogen. Es sind also nicht mehr die §§ 2032 ff BGB, sondern die §§ 705 ff BGB anwendbar.

(3) Die erbrechtliche Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel

Fraglich ist, wie eine testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel in die bestehenden Verfügungstypen eingeordnet werden kann. In Betracht kommt die Einordnung der Gesellschaftsklausel als Teilungsanordnung, als Vermächtnis oder als Auflage bzw. als Kombination dieser Verfügungstypen.

(a) Abgrenzung der einzelnen Verfügungstypen

Um eine klare Einordnung vornehmen zu können sind zunächst die einzelnen erbrechtlichen Verfügungstypen voneinander abzugrenzen. Zu dem Verhältnis von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung gibt es verschiedene Auffassungen. Strittig ist hierbei insbesondere, ob sich Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, wie von einer Auffassung vertreten, subsumtionsmäßig ausschließen, oder eine Anordnung des Erblassers sowohl Vorausvermächtnis als auch Teilungsanordnung sein kann.

Einer Ansicht zufolge kann eine Anordnung des Erblassers beides sein⁴⁰⁰. Eine solche Verbindung der beiden Anordnungstypen wird vor allem dann bejaht, wenn sich der Miterbe den Wert des ihm zugewiesenen Gegenstands ganz oder teilweise auf den Erbteil anrechnen lassen muss. Dieser Ansicht zufolge handelt es sich bei der Zuwendung des Gegenstands um ein Vermächtnis, aufgrund der Anrechnungspflicht liegt jedoch zugleich auch eine Teilungsanordnung vor⁴⁰¹.

³⁹⁹ BGH NJW 1955, 1227; Bartholomeyczik, Das Gesamthandsprinzip beim gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miterben, in FS Nipperdey, 149

⁴⁰⁰ BGH LM Nr. 5a zu § 2048; NJW 1985, 51 f; FamRZ 1987, 475f; OLG Hamburg, MDR 1950; 420; Mattern, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 450, (463); Palandt/Edenhofer, § 2048 RN 6; Erman/Schmidt, RN 6; MüKo/Schlichting § 2150 RN 9;

⁴⁰¹ MüKo/Schlichting, § 2150 RN 8

Anderer Ansicht nach sind die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis so unterschiedlich, dass sie voneinander abgegrenzt werden müssen⁴⁰². Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen und der unterschiedlichen Voraussetzungen von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung kann eine Anordnung des Erblassers nur entweder das eine oder das andere sein. Das Vorausvermächtnis wird nicht auf den Erbteil angerechnet und soll unabhängig von der Erbeinsetzung gelten, während bei der Teilungsanordnung der zugewandte Gegenstand auf den Erbteil des Begünstigten angerechnet wird. Auch kann das Vorausvermächtnis im Gegensatz zur Teilungsanordnung getrennt von der Erbschaft ausgeschlagen werden. Das Vorausvermächtnis kann im Gegensatz zur Teilungsanordnung erbvertraglich erteilt und dann nicht mehr einseitig aufgehoben oder abgeändert werden.

Nach dieser Ansicht muss geprüft werden, was der Erblasser wollte. Falls der Erblasser vollen Wertausgleich angeordnet hat, so liegt im Zweifelsfall eine Teilungsanordnung vor. Hat der Erblasser hingegen den Wertausgleich bewusst unter dem wahren Wert angesetzt, so ist im Zweifel ein Vorausvermächtnis gegeben⁴⁰³.

Hiernach ist bereits durch die unterschiedlichen Voraussetzungen eine Entscheidung zugunsten des einen oder des anderen Typs vorgegeben. Zwar wirken sich die aufgezählten Unterschiede in der Mehrzahl der Erbfälle nicht aus, so dass die Doppelfunktion meist folgenlos bleibt, allerdings wurden von der erstgenannten Auffassung bislang auch keine Lösungen für die kritischen Fälle aufgestellt⁴⁰⁴.

Es ist wohl der zweiten Ansicht zu folgen. Aufgrund der zahlreichen Unterschiede bezüglich der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen ist es ausgeschlossen, dass die Anordnung eines Erblassers sowohl Vorausvermächtnis als auch Teilungsanordnung darstellen kann. Eine Unterscheidung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis ist demnach immer möglich und häufig unverzichtbar. Für die Abgrenzung werden verschiedene Kriterien herangezogen. Falls dem Bedachten die Möglichkeit bleibt, sich isoliert für oder gegen den Erwerb des Gegenstands zu entscheiden, so muss es sich um ein Vorausvermächtnis handeln, da die Teilungsanordnung für den Bedachten bindend ist wenn er nicht die Erbschaft überhaupt ausschlägt⁴⁰⁵. Ein Vermächtnis liegt zwingend vor, falls der Bedachte den Gegenstand selbst

⁴⁰² Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, RN 527 ff; Coing, Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, JZ 1962, 529 (533); Staudinger/Otte, § 2150 RN 9; ebenso im Gegensatz zu seiner sonstigen Rechtsprechung, BGH FamRZ 1985, 62 mit zustimmender Anmerkung Rudolf; Eidenmüller, Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, JA 1991, 150 (154)

⁴⁰³ BGH NJW 1985, 51 (52); FamRZ 1987, 475 (476); Kipp/Coing, Erbrecht, § 44 II 4; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 44 III 4 e γ; MüKo/Heldrich, § 2048 RN 16

⁴⁰⁴ Staudinger/Otte, § 2150 RN 9

⁴⁰⁵ OLG Hamburg, MDR 1950, 420; Johannsen, WM 1977, 226

dann erhalten soll, wenn er wider Erwarten nicht Erbe wird, da eine Teilungsanordnung nur für Erben gelten kann⁴⁰⁶. Falls der Bedachte den Gegenstand schon vor der Erbaueinandersetzung bekommen soll, liegt ebenfalls ein Vermächtnis vor. Die Frage der Anrechnung ist im Endeffekt ausschlaggebend. Hat der Erblasser keine Anrechnung auf den Erbteil angeordnet, liegt darin die Zuwendung eines Vermögensvorteils und damit ein Vermächtnis⁴⁰⁷.

Allerdings sind Verbindungen der beiden Anordnungstypen denkbar. Als Kombination von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung wurde eine testamentarische Verfügung beurteilt, wenn sich der Miterbe den Wert des ihm zugewiesenen Gegenstandes nur teilweise auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss⁴⁰⁸. Hierfür müssen sich allerdings aus dem Erblasserwillen bestimmte Anhaltspunkte ergeben.

Fraglich ist, wie das Verhältnis von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung bei der Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel aussieht. Auch hier schließen sich beide Rechtsinstitute subsumtionsmäßig aus. Es ist folglich wie auch bei der sonstigen Abgrenzung von Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung bei der Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel festzustellen, ob der einzelne Erbe durch die erlangte Beteiligung wirtschaftlich bessergestellt ist, und ob dies vom Erblasser auch so beabsichtigt war. Dies ist von Fall zu Fall unterschiedlich und jeweils danach zu bewerten, was der Erblasser wollte und schließlich auch testiert hat.

(b) Die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel als Teilungsanordnung

Bei einer Teilungsanordnung handelt es sich um eine Anordnung des Erblassers in Bezug auf die Auseinandersetzung seiner Erbengemeinschaft. Gem. § 2048 BGB kann der Erblasser „Anordnungen für die Auseinandersetzung“ treffen. Diese Anordnung kann sich auf die Verwaltung des Nachlasses, auf die Abwicklung des Nachlasses oder auf die konkrete Verteilung der verbleibenden Nachlassgegenstände an die Erben beziehen.

Da mit der Teilungsanordnung also nicht nur die Aufteilung von Nachlassgegenständen geregelt wird, sondern der Erblasser hiermit auch sonstige Arten der Erbaueinandersetzung regeln kann, wird die Teilungsanordnung auch als Auseinandersetzungsanordnung

⁴⁰⁶ Staudinger/Otte, § 2150 RN 12

⁴⁰⁷ BGH NJW RR 1990, 1220 = FamRZ 1990, 1112; NJW 1995, 721; NJW 1998, 682 = FamRZ 1998, 227; MüKo/Schlichting, § 2150 RN 6

bezeichnet⁴⁰⁹. Sie ist ein eigenständiger Geschäftstyp und nicht lediglich die Unterart einer anderen Verfügung. Dies ist schon dem Willen des Gesetzgebers zu entnehmen⁴¹⁰ und nunmehr auch in Rechtsprechung und Schrifttum einhellige Meinung⁴¹¹.

Die inhaltlichen Variationsmöglichkeiten sind vielfältig. Die Teilungsanordnung kann jedoch nicht die Wirkung haben, dass ein Miterbe wirtschaftlich mehr oder weniger als seinen Erbteil erhält⁴¹². Der Erblasser kann einzelne Gegenstände und auch seine Nachlassverbindlichkeiten einzelnen Miterben zuweisen. Er kann anordnen, dass bestimmte Nachlassgegenstände durch Versilberung und Erlösteilung auseinandergesetzt werden, oder auch, dass die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Ebenso kann auch die Verwaltung des Nachlasses mithilfe der Teilungsanordnung geregelt werden. Ferner kann der Erblasser auch durch die Teilungsanordnung die Erbauseinandersetzung gem. § 2044 BGB ganz oder zum Teil, dauernd oder auf bestimmte Zeit verbieten oder sie an erschwerende Bedingungen knüpfen⁴¹³.

Durch die äußerst knappe Formulierung des Gesetzgebers in § 2048 BGB, dass der Erblasser durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen könne, kann vom Begriff her die Gesellschaftsgründungsklausel auch als Teilungsanordnung charakterisiert werden. Da wie bereits erörtert sowohl Bestimmungen, die die Formalien der Auseinandersetzung regeln, als auch solche, durch die das Schicksal des Nachlasses festgelegt wird, unter die Anordnungen i.S.d. § 2048 BGB fallen, bestehen begrifflich keine Bedenken die Gesellschaftsgründungsklausel als Teilungsanordnung einzustufen. Diese unterschiedlichen Zielrichtungen werden teilweise als formelle und materielle Teilungsanordnung bezeichnet⁴¹⁴.

Da sowohl mit Hilfe der Teilungsanordnung Einfluss auf die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ausgeübt wird, als auch durch die Gesellschaftsgründungsklausel, ist die Charakterisierung der Gesellschaftsgründungsklausel als Teilungsanordnung auch nach diesen Kriterien denkbar⁴¹⁵.

⁴⁰⁸ BGH NJW-RR 1990, 1220, 1221 = FamRZ 1990, 1112

⁴⁰⁹ MüKo/Dütz, § 2048 RN 2; Erman/Schlüter, § 2048 RN 1

⁴¹⁰ Motive V, S. 688

⁴¹¹ BGHZ 36, 115 ff.; Kipp/Coing, Erbrecht, § 44 II; Brox, Erbrecht, RN 499

⁴¹² Dittmann, Testament und Erbvertrag, D 130

⁴¹³ Erdmann, Einzelzuwendungen an Miterben, S. 41 f.; Lange/Kuchinke, § 44 II 3 a)

⁴¹⁴ Müller, Das erbrechtliche Übernahmerecht, S. 30f

⁴¹⁵ Heintzenberg, Die Einzelunternehmung im Erbgang, S. 163

Problematisch könnte bei der Charakterisierung der Gesellschaftsgründungsklausel als Teilungsanordnung jedoch sein, dass der Erblasser sein Ziel, die Gründung der GbR, meist ohne Einschränkungen durchsetzen will. Mit diesem Ziel des Erblassers wäre es unvereinbar, wenn sich die Erben nach dem Tod des Erblassers einverständlich über seinen Willen hinwegsetzen könnten. Wäre dies der Fall, so wäre die Konstruktion einer Gesellschaftsgründungsklausel sinnlos, denn der Wille des Erblassers erhielte keine Bedeutung, wenn sich die Erben nicht verbindlich an seine Anweisung halten müssten.

Sowohl der Wortlaut des § 2048 BGB, als auch seine systematische Stellung zeigen, dass die Teilungsanordnung lediglich unter Verdrängung der gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln den Anspruch des einzelnen Miterben auf Aufhebung der Erbengemeinschaft modifiziert⁴¹⁶. Gem. § 2042 BGB hat zwar jeder einzelne Miterbe das Recht, von den übrigen die Auseinandersetzung zu verlangen, verpflichtet dies zu tun ist er allerdings nicht. Aus dieser Tatsache folgt, dass die Teilungsanordnung zwar unter den Miterben Berechtigungen und Pflichten begründen kann, allerdings können die Miterben einverständlich auch abweichende Regelungen treffen⁴¹⁷.

Einigkeit ist für die Auseinandersetzung auch deshalb notwendig, weil die Verfügung über Nachlassgegenstände gemeinschaftliches Handeln erfordert⁴¹⁸. Im Fall, dass keine Einigkeit zwischen den Miterben herrscht, kann der einzelne Erbe Klage auf Zustimmung zum Abschluss des schuldrechtlichen Auseinandersetzungsvertrags erheben⁴¹⁹.

Folglich können sich die Miterben über den Willen des Erblassers hinwegsetzen.

Zwar läge die Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel als reine Teilungsanordnung nahe, da der Erblasser regelnd in die Auseinandersetzung der Miterben eingreift; die Zielsetzung der Gesellschaftsgründungsklausel ist allerdings eine andere als die der Teilungsanordnung. Die Teilungsanordnung ist demnach nicht für solche Veränderungen wie eine Gesellschaftsgründungsklausel vorgesehen. Den Erben in ihrer Gesamtheit wird nicht die rechtliche Möglichkeit genommen, sich über die Anordnung des Erblassers hinwegzusetzen.

(c) Die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel als Vermächtnis

Auch das Vermächtnis stellt ein Werkzeug des Erblassers dar, mit dem er die Auseinandersetzung beeinflussen kann.

⁴¹⁶ RGRK/Kregel, § 2048, RN 3; Palandt/Edenhofer, § 2048 RN 4

⁴¹⁷ Staudinger/Werner, § 2048 RN 3; MüKo/Dütz, § 2048 RN 8; Erman/Schlüter, § 2048 RN 9; Palandt/Edenhofer, § 2048 RN 4; Erdmann, Einzelzuwendungen an Miterben, S. 50; Schellhammer, Erbrecht, RN 712; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 44 III 5 e α

⁴¹⁸ Weckbach, Die Bindungswirkung von Erbteilungsverboten, S. 81

Ein Vermächtnis liegt gem. § 1939 BGB dann vor, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung einem anderen einen Vermögensvorteil zuwendet, ohne ihn zum Erben einzusetzen. Der Vermächtnisnehmer wird folglich nicht Gesamtrechtsnachfolger, sondern hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den mit dem Vermächtnis Beschwerten gem. § 2174 BGB. Vermächtnisnehmer kann jede rechtsfähige Person sein. Auch ein Miterbe kann gem. § 2150 BGB zugleich Vermächtnisnehmer sein. Es handelt sich dann um das bereits erwähnte Vorausvermächtnis. Die Vermächtnisforderung ist hier so zu erfüllen, dass der bedachte Miterbe zunächst die Übertragung des zugewiesenen Vermögensobjekts von der Miterbengemeinschaft verlangen kann und im Anschluss daran noch entsprechend seiner Erbquote an der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft über den Restnachlass teilnehmen kann.

Fraglich ist, ob im Fall einer Gesellschaftsgründungsklausel ein Vermögensvorteil i.S.d. § 1939 BGB vorliegt. Jeder Vermögensvorteil kann Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Vermögensvorteil ist jede wirtschaftliche Besserstellung. Bei einem Vorausvermächtnis hat der Erbe bereits durch seine Erbenstellung eine Zuwendung erhalten. Dennoch ist eine wirtschaftliche Besserstellung in Form eines Vermächtnisses möglich. Der dem Erben durch das Vermächtnis zugewandte Vermögensvorteil muss allerdings ein „besonderer“ sein⁴²⁰. Er muss folglich zusätzlich zu dem aus der Erbschaft Erlangten vorliegen. Der Erbe muss demzufolge wirtschaftlich bessergestellt sein. Allerdings muss die wirtschaftliche Besserstellung vom Erblasser auch geplant und vorhergesehen sein und nicht von Zufälligkeiten abhängen. Zusätzlich zum objektiven Vermögensvorteil muss also auch die subjektive Begünstigungsabsicht des Erblassers vorliegen⁴²¹. Dieses zusätzliche Abgrenzungskriterium wird heutzutage auch von der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur verwendet⁴²².

Problematisch ist jedoch auch bei der Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel als Vorausvermächtnis, inwieweit sich den Miterben die Möglichkeit bietet, sich über die Anordnung des Erblassers hinwegzusetzen und somit den Sinn der Gesellschaftsgründungsklausel zu vernichten.

⁴¹⁹ Soergel/Wolf, § 2042 RN 18 ff

⁴²⁰ Coing, Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung JZ 1962 529 (530)

⁴²¹ dies kommt bereits in den Motiven V S. 139 zum Ausdruck

⁴²² BGHZ 36, 115 ff; OLG Nürnberg, MDR 1974, 671; Soerge/Wolf, § 2048 RN 6; MüKo/Heldrich, § 2048, RN 16; RGRK/Kregel, § 2048 RN 1; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 46 III 4 e; Brox, Erbrecht, RN 501.

Der Erblasser legt testamentarisch eine Gesellschaftsgründungsklausel fest, um diese ohne Einschränkungen durchzusetzen. Es wäre sicher nicht in seinem Sinne, wenn die Erben nach seinem Tod nicht gezwungen wären, sich an diese Anordnung zu halten.

Auch bei dem Vermächtnis wären die Erben jedoch nicht dazu gezwungen den Anordnungen des Erblassers Folge zu leisten. Wie bereits erörtert ergibt sich der fehlende Zwang bei der Teilungsanordnung dadurch, dass die Teilungsanordnung nur Berechtigungen und Pflichten der Erben untereinander begründet und sie, soweit sie sich einig sind, abweichende Regelungen treffen können.

Bei der Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel als Vorausvermächtnis ergibt sich der fehlende Zwang bereits aus § 2174 BGB. Hiernach erwirbt der Bedachte mit dem Erbfall einen Anspruch gegen den Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes. Im Fall der Gesellschaftsgründungsklausel kann folglich der begünstigte Miterbe im Rahmen des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages die Einräumung der Stellung verlangen, die der Erblasser vor dessen Tod für ihn vorgesehenen hatte⁴²³. Für den Vermächtnisnehmer wird zwar das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung zu fordern, allerdings ist er gem. § 2174 BGB weder den übrigen Miterben noch Dritten gegenüber verpflichtet den Anspruch tatsächlich geltend zu machen⁴²⁴.

Werden einzelne Erben durch die Gesellschaftsgründung begünstigt, so scheidet die Einordnung der Gesellschaftsgründungsklausel im Verhältnis zu diesen Personen als reines Vermächtnis daran, dass diese zwar die Erbschaft annehmen können, ohne aber verpflichtet zu sein, der Anordnung Folge zuleisten⁴²⁵.

(d) Differenzierung

Falls trotz des fehlenden Zwangs für die Miterben der Anordnung des Erblassers Folge zu leisten die Klausel als Vorausvermächtnis oder Teilungsanordnung angesehen wird, muss das vom Erblasser Gewollte genau durch Auslegung ermittelt werden.

Entscheidend ist zunächst ob ein Begünstigungswille des Erblassers ermittelt werden kann. Wollte also der Erblasser eine Zuwendung machen, welche den Wert der Erbquote übersteigt, dann liegt ein Vorausvermächtnis vor. Kann kein Begünstigungswille des Erblassers ermittelt

⁴²³ Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, S. 29

⁴²⁴ MüKo/Schlichting, § 2174 RN1

⁴²⁵ Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, S. 38

werden, so spricht dessen Schweigen stets für den Wertausgleich und damit für die Teilungsanordnung⁴²⁶.

(e) Die testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel als Auflage

Möglicherweise könnte es sich bei der Gesellschaftsgründungsklausel jedoch um eine Auflage gem. § 1940 BGB handeln.

(aa) Inhalt der Auflage

Die Auflage ermöglicht es dem Erblasser, auf das Verhalten der von ihm bedachten Personen in rechtsverbindlicher Weise Einfluss zu nehmen und dadurch bestimmte Ziele zu fördern⁴²⁷. Die Auflage ist im Gegensatz zur Erbeinsetzung und zum Vermächtnis keine Zuwendung⁴²⁸. Sie ist gem. § 1940 die Auferlegung einer Verpflichtung, der kein Bedachter als Forderungsberechtigter gegenüber steht⁴²⁹. Der Leistungsverpflichtung des Beschwerten steht kein Erfüllungsanspruch gegenüber. Im Vordergrund steht mithin nicht die Zuwendung an den Begünstigten, sondern die Verpflichtung des Beschwerten. Der Vollziehungsanspruch steht den in § 1940 BGB genannten Personen nur im fremden Interesse, also zur Ausführung des vom Erblasser bestimmten Zwecks, zu. Den Erben ist somit die rechtliche Möglichkeit, sich einverständlich über den Erblasserwillen hinwegzusetzen, genommen⁴³⁰.

Vom Vermächtnis unterscheidet sich die Auflage dadurch, dass bei diesem ein Vermögensvorteil zugewendet wird und ein Bedachter vorhanden sein muss, der ihn im eigenen Interesse einziehen kann.

Inhalt einer Auflage kann ein Tun, Dulden oder Unterlassen jeglicher Art sein, welches Inhalt eines Schuldverhältnisses sein kann⁴³¹, wobei die Leistung des Beschwerten für den Begünstigten keinen Vermögenswert darzustellen braucht. Es kann sich auch um ein Verhalten handeln, das für den Beschwerten selbst vorteilhaft ist⁴³². Dies geht bereits aus den Motiven zum BGB hervor, da auch sonst nicht die Begründung eines Schuldverhältnisses

⁴²⁶ BGH FamRZ 1990, 396

⁴²⁷ MüKo/Leipold, § 1940 RN 1

⁴²⁸ Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, RN 590

⁴²⁹ Staudinger/Otte, § 1940 RN 1 ff; Brox, Erbrecht, RN 438; MüKo/Leipold, § 1940 RN 2

⁴³⁰ Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, S. 30

⁴³¹ vgl. Prot. bei Mugdan, V S. 403; RG Recht, 1913, Nr. 1613; MüKo/Leipold, § 1940 RN 4; Staudinger/Otte, § 1940 RN 5 ff.

⁴³² RGRK/Kregel, RN 4

ausgeschlossen sei, weil die Erfüllung lediglich das Interesse des Erfüllenden fördert⁴³³. Auch ist nicht zwingend ein Begünstigter erforderlich.

Die Auflage unterscheidet sich hingegen von einem bloßen Wunsch, einem Rat, oder einer Empfehlung des Erblassers⁴³⁴.

Durch den Verpflichtungscharakter hebt sich die Auflage auch von anderen Anordnungen, durch die ein bestimmtes Verhalten zur Bedingung einer Verfügung gemacht ist, ab.

In der Regel kann sich die Verpflichtung auch auf Gegenstände beziehen, die außerhalb des Nachlasses liegen⁴³⁵. Es bestehen mithin der herrschenden Lehre zufolge bezüglich der dem Beschwerten auferlegten Leistung keine Wertgrenzen, so dass sie nicht wirtschaftlich aus dem Nachlass stammen muss. Sie kann über diesen hinaus gehen⁴³⁶. Die gegenteilige Ansicht⁴³⁷, die vertritt, dass die Leistung welche der Verpflichtete zu erbringen habe wirtschaftlich betrachtet aus dem Nachlass stammen müsse, entbehrt hingegen jeglicher gesetzlichen Grundlage.

Naheliegend ist dementsprechend, dass eine testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel eine Auflage darstellt.

(bb) Gesellschaftsgründungsklausel als Auflage?

Aus der Begriffsbestimmung des § 1940 ergeben sich keine Bedenken die Gesellschaftsgründungsklausel als Auflage einzustufen.

Möglicherweise könnte jedoch der Inhalt der Klausel einer Einstufung als Auflage entgegenstehen. Wäre die Klausel eine Auflage, so müsste ihr Inhalt die den Erben auferlegte Verpflichtung sein, die durch den Erblasser näher bestimmte Gesellschaft zu gründen. Grundsätzlich kann wie bereits oben erläutert jegliches Tun, Dulden und Unterlassen zur Pflicht gemacht werden, mithin auch die Gründung einer Gesellschaft. Da erbrechtlich betrachtet die Gründung der Gesellschaft die Durchführung der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft bedeutet, könnte hierbei problematisch sein, ob durch die Gesellschaftsgründungsklausel in die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft eingegriffen wird.

⁴³³ im Ergebnis heute allg. Ansicht: Staudinger/Otte, § 1940 RN 5; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 28 II 3 FN 23; Strohal, Erbrecht, Bd. 1, § 38 II

⁴³⁴ OLG Koblenz, NJW-RR 1986, 1039 (1040)

⁴³⁵ BGH FamRZ 1985, 278 (279)

⁴³⁶ statt aller: z.B. Staudinger/Otte Vorbem. Zu §§ 2147 – 2191, RN 4; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 29 V 7 b FN 181

- **Stellt die Gesellschaftsgründungsklausel einen unzulässigen Eingriff in die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft dar?**

Den Erben wird durch die Klausel auferlegt, die Auseinandersetzung in einer durch den Erblasser näher konkretisierten Weise durchzuführen. Voraussetzung für die Auseinandersetzung ist, dass die Beendigung der Erbengemeinschaft durch ein willentliches Handeln herbeigeführt wird⁴³⁸. Hierdurch unterscheidet sich die Auseinandersetzung von anderweitigen Beendigungen der Erbengemeinschaft, die zum Beispiel durch den Verlust des Vermögens zustande kommt. Die auf Beendigung der Miterbengemeinschaft gerichtete Auseinandersetzung macht eine Rechtsänderung notwendig und erfordert so zwangsläufig ein willentliches Tätigwerden der Beteiligten.

Jedem einzelnen Miterben der Erbengemeinschaft steht ein Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft zu. Insoweit ist problematisch, ob dieser Auseinandersetzungsanspruch so abgeändert werden kann, dass er sich nunmehr auf Abschluss eines Gesellschaftsvertrags richtet.

Auf der einen Seite sprechen die Gesetzesmaterialien für eine solche Möglichkeit⁴³⁹ und auch in der erbrechtlichen Literatur finden sich teilweise befürwortende Ansichten⁴⁴⁰. Diese gehen allerdings nur auf die Möglichkeit des Erblassers ein, den Erben mit einer solchen Auflage die Handhabe zu nehmen, sich über seinen Willen hinwegzusetzen.

Andererseits wird von der wohl herrschenden Meinung eine inhaltliche Abänderung des Auseinandersetzungsanspruch durch die Auflage verneint⁴⁴¹. Den Ausführungen dieser Auffassung zufolge kann darauf geschlossen werden, dass durch die Auflage allenfalls erreicht werden kann, dass eine Teilungsanordnung befolgt wird, welche ihrerseits den Auseinandersetzungsanspruch inhaltlich verändern kann. Der Auseinandersetzungsanspruch selbst ist nach dieser Auffassung einer Abänderung durch eine Auflage wohl unzugänglich.

Gründe, warum die Auflage nur im Fall des Ausschlusses der Auseinandersetzung geeignet sein soll, regelnd in die Auseinandersetzung einzugreifen, sind nicht ersichtlich. Es muss dem Erblasser auch in dem Fall möglich sein, durch die Auflage regelnd in die Auseinandersetzung einzugreifen, wenn er nur die Art und Weise der Auseinandersetzung

⁴³⁷ Siebert in FS A. Hueck, S. 321 (333); Johannsen, WM 1970, S. 570; ähnlich Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandels-gesellschaft, S. 48 ff.

⁴³⁸ Dernburg/Engelmann, Deutsches Erbrecht, § 178

⁴³⁹ Motive V, S. 688

⁴⁴⁰ RGRK/Kregel, § 2048 RN 3; Staudinger/Lehmann, 11. Auflage § 2048 RN 11; Staudinger/Werner, § 2048 RN 9;

⁴⁴¹ Jauernig/Stürner, § 2048 RN 1; MüKo/Heldrich, § 2048 RN 3, 15; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 44 III 5 e; Brox, Erbrecht, RN 501

festlegt. Auch aus den Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches lässt sich dies belegen, da hiernach Auflagen im Bereich der Auseinandersetzung zulässig sind⁴⁴².

(cc) Die Vollziehungsberechtigung gem. § 2194 BGB

Wer im Rahmen des § 2194 BGB vollziehungsberechtigt ist, ist umstritten.

Das Vermächtnis enthält eine Zuwendung des Erblassers an den Vermächtnisnehmer und begründet ein eigenes Recht des Vermächtnisnehmers auf die dem Beschwerten auferlegte Leistung. § 2174 BGB gibt dem Vermächtnisnehmer das Recht, die Leistung von dem Beschwerten zu verlangen.

Anders dagegen die Auflage. Sie begründet kein Recht des Begünstigten auf die Leistung, so dass keine Vorschrift vorhanden ist, nach der der Begünstigte die Auflageleistung verlangen kann. Lediglich § 2194 gibt die Möglichkeit der Durchsetzung der Auflage. Der sogenannte Vollziehungsberechtigte verlangt jedoch die Auflageleistung nicht für sich, sondern je nach Inhalt der Auflage entweder an einen Begünstigten oder zu dem vom Erblasser bestimmten Zweck. Es stellt sich demzufolge die Frage, ob ein Vollziehungsberechtigter zugleich Auflagenbegünstigter sein kann.

Der herrschenden Ansicht zufolge kann nur vollziehungsberechtigt sein, wer nicht Begünstigter ist⁴⁴³. Anderenfalls würde dem Begünstigten entgegen der Wertung des § 1940 BGB ein durchsetzbarer Anspruch verschafft werden. Angesichts des Wortlauts von § 2194 BGB setzt dies jedoch eine teleologische Reduktion der Norm voraus⁴⁴⁴.

Anderer Ansicht zufolge kann auch eine Person, die zum Kreis der Begünstigten zählt vollziehungsberechtigt sein⁴⁴⁵. Argument hierfür ist, dass auch nach dem Erbfall noch personelle Veränderungen möglich sind, durch die der Vollziehungsberechtigte in die Rechtsstellung des Begünstigten einrücken kann (beispielsweise als dessen Erbe) oder der Begünstigte an die Stelle eines weggefallenen Vollziehungsberechtigten treten kann (beispielsweise als nächster Ersatzerbe)⁴⁴⁶. Es sei nicht einzusehen, warum dadurch der Vollziehungsanspruch erlöschen sollte. Die herrschende Lehre sei aus dem Grund

⁴⁴² Motive V S. 688

⁴⁴³ RGRK/Johannsen, § 2194 RN 4; Soergel/Dieckmann § 2194 RN 7; Ebenroth, RN 508; Vorwerk, Geldzuwendung durch erbrechtliche Auflage ZEV 1998, 297; Lange/Kuchinke, § 30 III FN 68; AnwK-BGB/Mayer, § 2194 RN 9; Schellhammer, Erbrecht, RN 950; zweifelnd wenn sonst kein Vollziehungsberechtigter vorhanden ist: Erman/Schmidt, § 2194 RN 1

⁴⁴⁴ AnwK-BGB/Mayer, § 2194 RN 9

⁴⁴⁵ Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2194 RN 2; Staudinger/Otte, § 2194 RN9; Jauernig/Stürner, § 2194 RN 2; MüKo/Schlichting, § 2194 RN 3

⁴⁴⁶ Staudinger/Otte, § 2194 RN 9

abzulehnen, weil sie dem Fehlen eines Erfüllungsanspruchs des Begünstigten größeres Gewicht beilegt als der Verpflichtung des Beschwerten.

Das OLG Karlsruhe hatte jüngst einen Fall zu entscheiden, bei dem es darauf ankam, ob der begünstigte Erbe einen Anspruch auf Vollziehung einer Auflage hat⁴⁴⁷. Es entschied, dass die Klägerin, welche durch die Auflage begünstigt wurde und Erbin war, zu den Personen gehören soll, die die Vollziehung der Auflage verlangen können, und schließt sich somit der bislang nur vereinzelt vertretenen Auffassung an, nach der auch Auflagenbegünstigte vollziehungsberechtigt sein sollen.

Dieses Urteil wurde sehr kritisch aufgenommen. Es könne nicht drauf ankommen, in welche Positionen der Vollziehungsberechtigte kommen könne, sondern lediglich darauf, was Sinn und Zweck der Auflage sei. Die Wertung des § 1940 BGB lasse einen durchsetzbaren Anspruch des Begünstigten nicht zu, so dass der Begünstigte folgerichtig nicht vollziehungsberechtigt sein könne. Aus der teleologischen Reduktion des zu weit reichenden Wortlauts des § 2194 BGB lasse sich der Gedanke herauslesen, dass niemand Richter in eigener Sache sein dürfe⁴⁴⁸.

Zwar kann der Erblasser nach herrschender Meinung den Kreis der Vollziehungsberechtigten erweitern⁴⁴⁹, er kann jedoch dieser Ansicht entsprechend in den Kreis der Vollziehungsberechtigten konsequenterweise nicht den durch die erbrechtliche Auflage Begünstigten einbeziehen⁴⁵⁰. Ratio dieser Erwägung ist dieselbe wie schon bei der generellen Einbeziehung der Begünstigten in den Kreis der Vollziehungsberechtigten. Auch hier würde der Erblasser dem durch die Auflage Begünstigten einen durchsetzbaren Anspruch verschaffen. Dies würde § 1940 BGB jedoch auch diesbezüglich ausschließen⁴⁵¹.

Die inhaltliche Modifizierung des Auseinandersetzungsanspruchs kann dagegen durch die Versagung des Anspruchs aus § 2042 I BGB vermieden werden, indem den Miterben lediglich im Fremdinteresse ein Recht auf Vollziehung eingeräumt wird. *Strothmann* zufolge

⁴⁴⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.5. 2004, 14 U 103/02; ZEV 2004, 331

⁴⁴⁸ AnwK-BGB/Mayer, § 2194, RN 9; Mayer, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.5.2004, ZEV 2004, 331 (333); Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, RN 121.

⁴⁴⁹ MüKo/Schlichting, § 2194 RN 5; Staudinger/Otte, § 2194 RN 6; Palandt/Edenhofer, § 2194 RN 3; Soergel/Dieckmann, § 2194 RN 6

⁴⁵⁰ BGH-Urt. v. 8.5. 1952, IV ZR 220/51; vgl. auch BGB-RKRK/Johannsen, § 2194 RN 4

⁴⁵¹ Vorwerk, Geldzuwendung durch erbrechtliche Auflage, ZEV 1998, 297f

beseitigt ein zusätzliches Fremdinteresse das Eigeninteresse nicht. Dieser Konflikt sei nur durch die Versagung des Vollziehungsanspruchs zu lösen⁴⁵².

Richtigerweise muss auch der Auflagenbegünstigte vollziehungsberechtigt sein. Dem Gesetzeswortlaut lässt sich nicht entnehmen, dass der Auflagenbegünstigte nicht zum Kreis der Vollziehungsberechtigten gehören soll.

Es ist der Einschätzung zuzustimmen, dass aus § 1940 BGB, im Gegensatz zum Vermächtnis, kein Anspruch des Begünstigten auf Leistung folgt, da hier von einer Verpflichtung zur Leistung die Rede ist. Allerdings muss dies nicht zwangsläufig dazu führen, dass ihm auch ein Klagerecht auf Vollziehung zu versagen ist. Der Anspruch und das Recht auf Vollziehung sind zwei unterschiedliche Instrumente. Folglich müsste dem Begünstigten der Auflage die Berechtigung zur Vollziehung nur dann abgesprochen werden, wenn sie sich nicht mit § 1940 BGB vereinbaren ließe.

Wesensmerkmal der Auflage ist, dass der Begünstigte kein Recht hat, die Leistung zu verlangen. Insoweit ist dem BGH-Urteil von 1952⁴⁵³ zuzustimmen. Der Schluss, der hieraus von der herrschenden Lehre gezogen wird, nämlich dass der Berechtigte und gleichzeitig Begünstigte aus diesem Grund nicht die Vollziehung der Auflage verlangen kann, ist übereilt. Dem Begünstigten ist hierbei nur genommen, dass er die Leistung in seiner Eigenschaft als Begünstigter verlangen kann⁴⁵⁴. Unbenommen muss ihm jedoch bleiben, die Leistung als einer, der zum Kreis der nach § 2194 BGB Berechtigten gehört, zu fordern. Die Eigenschaft als Vollziehungsberechtigter und die als Begünstigter müssen getrennt voneinander betrachtet werden.

Die Vollziehungsbefugnis des Auflagenbegünstigten könnte aufgrund einschränkender Auslegung des § 2194 BGB wegfallen. § 2194 BGB soll vor allem dem Interesse des Erblassers dienen. Möglicherweise könnte aber die Vollziehungsberechtigung des Begünstigten im Widerspruch zur Absicht des Erblassers stehen. Dies würde dann dem Zweck der Vorschrift entgegenstehen.

Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser gegen eine Vollziehungsberechtigung des Auflagebegünstigten ist, ist *Sturm*⁴⁵⁵ zufolge, dass er ansonsten vernünftigerweise ein Vermächtnis angeordnet hätte, das einen schuldrechtlichen Anspruch für den Bedachten

⁴⁵² RGRK/Johannsen, § 2194 RN 4; Kegel, Nemo minus iuris transferre potest, quam ipse habet, oder warum Erbteilungsverbote so kraftlos sind, in FS Lange, S. 927, 932

⁴⁵³ BGH-Urt. v. 8.5. 1952, IV ZR 220/51

⁴⁵⁴ Sturm, Der Vollziehungsberechtigten der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, S. 77

⁴⁵⁵ Sturm, Der Vollziehungsberechtigten der erbrechtlichen Auflage und seine Befugnisse, S. 78

enthält. Wegen der Anordnung der Auflage müsse davon ausgegangen werden, dass es dem Erblasser gerade darauf ankomme, dass der Begünstigte die Leistung nicht verlangen kann. Fälle, in denen es mit der Auflage ausnahmsweise doch vereinbar sei, dass der Begünstigte ihre Vollziehung verlangen kann, seien nicht ersichtlich.

Sturm verkennt hierbei jedoch die Testierfreiheit des Erblassers. Zwar kann der Erblasser ohne weiteres ein Vermächtnis anordnen, wenn er dem Begünstigten einen Anspruch zukommen lassen will, dennoch steht es ihm aber frei Anordnungen anderer Typen festzulegen. Darauf zu schließen, dass er deshalb eine Auflage und kein Vermächtnis angeordnet hat, um dem Begünstigten gerade keine Möglichkeit zu geben das Bedachte zu fordern, ist eine Fehleinschätzung.

Ob sich der Erblasser darüber überhaupt Gedanken gemacht hat, kann dahingestellt bleiben. Es kann aber nicht grundsätzlich von der Annahme ausgegangen werden, dass, weil die Auflage und nicht das Vermächtnis angeordnet ist, der Erblasser dem Begünstigten keine Möglichkeit zusprechen wollte die Begünstigung auch zu fordern. Im Einzelfall mag dies der Fall sein, dann bliebe dem Erblasser allerdings immer noch die Möglichkeit den Bedachten als Vollziehungsberechtigten auszuschließen.

Der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen abweichend von der Regelung des § 2194 BGB den Vollziehungsberechtigten bestimmen. Umgekehrt kann er aber nach allgemeiner Meinung auch solchen Personen, die kraft Gesetzes vollziehungsberechtigt wären, diese Befugnis entziehen⁴⁵⁶.

Der Begünstigte hat dies hinzunehmen. Zwar verkleinert sich mit der Zahl der Vollziehungsberechtigten auch die Wahrscheinlichkeit der Auflagenvollziehung, falls allen Berechtigten die Vollziehungsbefugnis entzogen ist, sogar die Möglichkeit der Auflagenvollziehung; dieses Risiko wird der Erblasser in diesem Fall aber eingehen. Gründe für die Entziehung der Vollziehungsbefugnis sind *Sturm* zufolge zum einen die Aussonderung ungeeigneter Vollziehungsberechtigter, zum anderen die grundsätzliche Beseitigung der Missbrauchsgefahr und die Vermeidung von Streitigkeiten in der Erbengemeinschaft. Im Endeffekt steht es dem Erblasser völlig frei, den Kreis der Vollziehungsberechtigten zu erweitern oder einzuschränken.

Falls der Erblasser partout nicht will, dass der Begünstigte zugleich Vollziehungsberechtigter ist, kann er ihn durch Verfügung von Todes wegen von der Vollziehungsberechtigung „befreien“. Die Argumentation *Sturms* ist insoweit widerlegt. Aus der Anordnung der Auflage

kann nicht zugleich geschlossen werden, dass der Erblasser den Begünstigten gerade von der Möglichkeit fernhalten wollte, selbst das Bedachte einfordern zu können. Der Erblasser ist in seinen Anordnungen frei. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Erblasser ansonsten ein Vermächtnis angeordnet hätte.

Es ist folglich nicht generell im Interesse des Erblassers, wenn der Begünstigte nicht vollziehungsberechtigt ist. Falls der Erblasser eben dieses Interesse verfolgt, steht es ihm frei, den Auflagenbegünstigten von der Vollziehungsberechtigung durch Verfügung von Todes wegen zu befreien.

Teilweise wird angenommen, dass unabhängig von der Streitfrage, ob dem durch die Auflage Begünstigten ein eigener Vollziehungsanspruch zusteht, sorgfältig geprüft werden muss, ob nicht bei interessengerechter Auslegung des Erblasserwillens eher ein Vermächtnis anzunehmen ist⁴⁵⁷. Im Fall der Gesellschaftsgründungsklausel kommt indessen ein Vermächtnis aus den genannten Gründen nicht in Betracht.

(dd) Die Lösung Strothmanns

Strothmann löst das Problem der Vollziehungsberechtigung dergestalt, dass er die Gesellschaftsgründungsklausel als Verbindung von Auflage und Teilungsanordnung sowie eventuell einzelnen Vorausvermächtnissen einordnet.

Die Teilungsanordnung bewirkt, dass jeder Miterbe gem. § 2042 BGB von den übrigen den Abschluss des Gesellschaftsvertrags verlangen kann. Bei einer Begünstigung als Vermächtnisnehmer basiert dies auf § 2174 BGB. Hiermit ist die Auflage verbunden, die zur Disposition stehenden Ansprüche nicht zu ändern und sie in der konkret vorgeschriebenen Weise geltend zu machen. Die Auflage sichert folglich die Befolgung der Anordnungen des Erblassers.

Strothmann meint, es liege kein Verstoß gegen §§ 1940, 2194 BGB vor.⁴⁵⁸ Zwar dürften die Ansprüche auf Befolgung der Auflage nicht Dritten im eigenen Interesse zustehen, allerdings hätten sie an der Vollziehung des Auflageninhalts, den Anspruch auch gegen die Übrigen geltend zu machen und nicht inhaltlich abzuändern, kein eigenes Interesse. Ihnen werde durch die Auflage nur die Entscheidungsbefugnis entzogen, die den Erben aufgrund der

⁴⁵⁶ Lange/Kuchinke, § 30 III 3; Staudinger/Otte, § 2194 RN 6; MüKo/Schlichting, § 2194 RN 5; Soergel/Dieckmann, § 2194 RN 6

⁴⁵⁷ Mayer, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.5.2004, ZEV 2004, 331 (333)

Teilungsanordnung bzw. des Vorausvermächtnisses zusteht, sich über die Anordnung des Erblassers hinwegzusetzen.

Dieser Umweg *Strothmanns*, die Gesellschaftsgründungsklausel als eine Verbindung von Auflage mit einer Teilungsanordnung, sowie unter Umständen einzelnen Vorausvermächtnissen einzuordnen, ist jedoch überflüssig, da die Vollziehungsberechtigung dem durch die Auflage begünstigten Erben zuzusprechen ist.

(ee) Zusammenfassung

Es steht nunmehr fest, dass die Gesellschaftsgründungsklausel, die den einzelnen Erben eine unbedingte Verpflichtung zur Gründung einer Gesellschaft auferlegt, rechtlich als Auflage einzustufen ist. Sie enthält keinen Anspruch, sondern muss erst vollzogen werden. Die Erben sind als Begünstigte selbst vollziehungsberechtigt, so dass sie die Gründung der GbR verlangen können. Da die Klausel als Auflage einzuordnen ist, stellt sich die Lösung *Strothmanns*, die Gesellschaftsgründungsklausel als Verbindung von Auflage mit einer Teilungsanordnung sowie unter Umständen einzelnen Vermächtnissen anzusehen, als unnötiger Umweg dar.

(f) Absicherung durch Einfügen einer Bedingung

Als weitere Absicherung des Erblassers ist die Einfügung einer Bedingung zu erwägen. In Betracht kommt hauptsächlich eine auflösende Bedingung, da die aufschiebende die Einschaltung eines Zwischenerben erfordert.

Eine Verfügung von Todes wegen kann unter einer Bedingung stehen. Dies wird von verschiedenen Normen des Erbrechts wie §§ 2066, 2074 ff., 2103 BGB vorausgesetzt⁴⁵⁹. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, welche die Bedingung bei der Verfügung von Todes wegen erlaubt, existiert nicht. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die 2. Kommission eine solche Regelung für überflüssig hielt und die entsprechende Regelung des 1. Entwurfs ersatzlos gestrichen hat⁴⁶⁰.

Möglicherweise könnte jedoch das Einfügen der Bedingung an § 2065 I BGB scheitern. Hiernach darf der Erblasser die letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein

⁴⁵⁸ Strothmann, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, S. 34

⁴⁵⁹ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 25 V; RGRK/Johannsen, § 2074 RN 1

anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten soll, oder nicht. Die Norm hat den Zweck der vollständigen Willensbildung, um die höchstpersönliche Verantwortung des Erblassers für seine Verfügungen zu gewährleisten⁴⁶¹. Es können jedoch auch Ereignisse zur Bedingung gemacht werden, deren Eintritt allein vom Willen des Bedachten oder eines Dritten abhängt. Dem steht § 2065 BGB nicht entgegen. Der Erblasser muss seinen Willen dennoch gebildet haben und in seine Überlegungen das mögliche, wenn auch willensabhängige künftige Ereignis einbezogen haben. Hier hat dann das Ereignis allein für den Erblasser Bedeutung und nicht der darin zum Ausdruck kommende Wille als solcher.

Ein „anderer“ i.S.d. § 2065 BGB ist jede Person mit Ausnahme des Erblassers. Keinem anderen darf die Entscheidung über die Geltung der Verfügung übertragen werden. Auch der Bedachte ist eine andere Person⁴⁶². Da allerdings der Zuwendungsempfänger berechtigt ist, die Erbschaft auszuschlagen, hat er es insoweit in der Hand, ob sich der Wille des Erblassers verwirklicht oder nicht. Andere Bestimmungsmöglichkeiten dürfen dem Bedachten allerdings nicht eingeräumt werden. Es steht den Erben frei, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, allerdings steht die Erbschaft unter der Bedingung der Gründung einer BGB-Gesellschaft.

§ 2065 BGB steht es folglich nicht entgegen, wenn der Erblasser die Erben unter der Bedingung der Gründung einer Gesellschaft zu Erben einsetzt.

Für eine bedingte Erbeinsetzung müssen jedoch eindeutige Anhaltspunkte im Testament gegeben sein.

Fraglich ist, ob die Einfügung einer Bedingung in diesem Fall überhaupt notwendig ist, da die Gesellschaftsgründung bereits über die Auflage abgesichert ist. Durch die Auflage ist den Erben ohnehin bereits eine Verpflichtung auferlegt. Die vom Erblasser Bedachten würden in jedem Fall Erben, sie haben aber lediglich die Pflicht die Auflage zu erfüllen. Falls die Auflage durch die Erben nicht erfüllt würde, würden diese nicht automatisch ihre Erbenstellung verlieren. Die Auflage ist eine Nachlassschuld mit den gleichen Besonderheiten wie beim Vermächtnis⁴⁶³. Im Unterschied zu einer bedingten Zuwendung begründet die Auflage eine Leistungspflicht für den Beschwerten.

⁴⁶⁰ Protokolle V, S. 11

⁴⁶¹ BGHZ 15, 199, 200; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 453, 454; MüKo/Leipold, § 2065, RN 1

⁴⁶² MüKo/Leipold, § 2065 RN 15; Erman/Schmidt, § 2065 RN 5; Soergel/Loritz, § 2065, RN 8

⁴⁶³ Kipp/Coing, Erbrecht, § 65 I

Allerdings kann der Erblasser den Druck auf den Beschwerten noch dadurch verstärken, dass er die Nichterfüllung der Auflage zur auflösenden Bedingung der Zuwendung macht.

Notwendig ist das Einfügen einer auflösenden Bedingung folglich nicht, da die Erben bereits durch die Auflage zur Leistung verpflichtet sind; durch die Möglichkeit des Verlustes der Erbenstellung wird der Druck auf die Erben, die Auflage gemäß dem Willen des Erblassers ordnungsgemäß zu erfüllen, erhöht.

Durch die Bedingung selbst wird im Gegensatz zur Auflage keine Leistungspflicht begründet und ebenso wenig erhält eine durch den Eintritt des zur Bedingung gestellten Ereignisses begünstigte Person einen Anspruch. Aus diesem Grund ist auch die Gesellschaftsgründungsklausel nicht als reine Bedingung aufzufassen. In diesem Fall stünde den einzelnen Erben weder ein Anspruch gemäß § 2042 I BGB bzw. § 2174 BGB gegen die übrigen Erben auf Abgabe der Gründungserklärung zu, noch wären die einzelnen Erben vollziehungsberechtigt gem. § 2194 BGB.

Durch das Einfügen der auflösenden Bedingung wird jedoch die Verfügung des Erblassers zusätzlich geschützt. Die Gesellschaftsgründung als Auflage wird folglich durch die bedingte Erbeinsetzung der Erben abgesichert. Auch *Strothmann* zufolge ist eine solche Absicherung erstrebenswert. Allerdings wird nach seiner Auffassung nicht eine Auflage allein, sondern eine Auflage mit einer Teilungsanordnung sowie unter Umständen einzelnen Vorausvermächnissen mit einer auflösend bedingten Erbeinsetzung verbunden.

Der einzelne Erbe ist folglich Vollziehungsberechtigter der Auflage, wobei jedoch als zusätzliches Druckmittel die auflösende Bedingung hinzutritt. Befolgt der einzelne Erbe nicht die Anordnung des Erblassers und gibt der Auflage entsprechend die Gründungserklärung ab, so verliert er aufgrund der auflösenden Bedingung seine Erbenstellung.

Falls der einzelne Erbe nicht die Anordnung des Erblassers befolgt und die GbR nicht (mit)gründet, tritt die konstruktive Nacherbfolge ein. Für einen solchen Fall wird der Erblasser regelmäßig Bestimmungen zur Nacherbfolge getroffen haben. Falls der Erblasser diesbezüglich keine Bestimmungen getroffen hat, könnten die gesetzlichen Erben gem. § 2104 BGB zur Nacherbfolge berufen sein, oder nach § 2094 BGB kann der übrige Erbteil den restlichen Erben als Nacherben anwachsen.

(g) Ergebnis

Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung lässt sich festhalten, dass die Gesellschaftsgründungsklausel als reine Auflage oder als Auflage mit auflösend bedingter Erbeinsetzung einzustufen ist. Sowohl unter erbrechtlichen, als auch unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten ist eine solche Klausel als zulässig zu erachten. Durch die Einfügung einer Bedingung wird die Anordnung des Erblassers zusätzlich abgesichert.

(4) Sonstige mögliche Probleme

Möglicherweise könnten sich jedoch dadurch Probleme ergeben, dass der Erblasser seinen Erben durch die Gesellschaftsgründungsklausel eine Gesellschaftsgründung „aufzwingt“. Die Gründung beruht hierbei nicht auf dem freien Willensentschluss der Erben. Ob diesem Zwang durch den Erblasser die Schranken der Privatautonomie entgegenstehen, bedarf einer näheren Überprüfung.

(a) Vereinbarkeit mit den Schranken der Privatautonomie

Bei der Vereinbarkeit mit den Schranken der Privatautonomie kommt es primär darauf an, inwieweit durch die Gesellschaftsgründungsklausel in die Sphäre des Erben eingegriffen wird. Dieser wird, sofern er das Erbe nicht ausschlägt, Gesellschafter einer Gesellschaft, bei der er weder Einfluss auf den Gesellschaftsvertrag, noch auf die Wahl seiner Mitgesellschafter hat.

(aa) Vereinbarkeit mit Art. 9 I GG

Da allgemeine Vereinigungsfreiheit nur gewahrt werden kann, wenn kein Zwang zum Zusammenschluss oder Beitritt ausgeübt wird, geht man überwiegend⁴⁶⁴ davon aus, dass von Art. 9 I GG auch die negative Vereinigungsfreiheit erfasst wird⁴⁶⁵. Diese Freiheit enthält das Recht, sich nicht zu Vereinigungen zusammenzuschließen, bestehenden Vereinigungen fernzubleiben, aus ihnen auszutreten und sie aufzulösen⁴⁶⁶.

Bezüglich des Vereinigungsbegriffs ist der herrschenden Meinung zu folgen, die davon ausgeht, dass von Art. 9 I GG auch das Recht gewährleistet wird, einem privatrechtlichen

⁴⁶⁴ abweichend insbesondere: Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte

⁴⁶⁵ BVerfGE 10, 89, 102; 50, 291, 354; Maunz, Staatsrecht, § 15 I 6; Maunz/Dürig, Art.9 RN 88; Reichert/Dannecker/Kühr, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, RN 234; Ipsen, AÖR 78, 284, 313

Verband fernzubleiben. Der Normtext, der von „Vereinen“ und „Gesellschaften“ spricht, steht hier als Beispiel für einen umfassenden Freiheitsschutz aller sozialen Gruppen mit einer bestimmten Struktur. Eine Vereinigung i.S.v. Art. 9 I muss daher in erster Linie folgende Voraussetzungen erfüllen: Personenmehrheit, Freiwilligkeit, zeitliche und organisatorische Stabilität und gemeinsamer Zweck.

Somit fällt auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter den Vereinigungsbegriff von Art. 9 I GG. Problematisch ist allerdings, ob die negative Vereinigungsfreiheit auch für den rechtsgeschäftlichen Bereich Geltung hat, oder ob sich Art. 9 I nur auf die Abwehr staatlichen Handelns stützt. Es stellt sich folglich die Frage, ob durch Art. 9 I GG der Gestaltungsfreiheit von Privatsubjekten eine verbindliche Schranke gesetzt wird. Zumindest mittelbar haben die Grundrechte als Grundlage der Gesamtrechtsordnung auch Auswirkungen auf den Privatrechtsverkehr. Bezüglich der Art der Einwirkung und deren Reichweite gibt es unterschiedliche Auffassungen. Der ganz herrschenden Auffassung zufolge gibt es eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte jedoch nicht. Hierdurch würde die vom Grundgesetz im allgemeinen und von den Grundrechten im besonderen gewollte Privatautonomie im Kern zerstört werden⁴⁶⁷. Die Grundrechte wirken nur mittelbar über die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln.

Art. 9 I GG betreffend wird überwiegend eine solche mittelbare Drittwirkung angenommen. Art. 9 I GG ist folglich bei der Ausfüllung wertoffener Rechtsbegriffe des einfachen Rechts und bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln zu berücksichtigen. Hier handelt es sich um den rechtsgeschäftlichen Kontakt mindestens zweier Privatpersonen. Um die Funktionsfähigkeit des Privatrechtsverkehrs nicht zu gefährden, muss jedenfalls in diesem Bereich eine Drittwirkung entfallen.

Es lässt sich mithin feststellen, dass eine Gesellschaftsgründungsklausel jedenfalls nicht gem. Art. 9 I GG unwirksam ist. Eine Unwirksamkeit kann sich nur unmittelbar aus dem Privatrecht ergeben.

(bb) Vereinbarkeit mit § 138 I BGB

Möglicherweise könnte die Gesellschaftsgründungsklausel gem. § 138 I BGB nichtig sein. Hierfür müsste sie gegen die guten Sitten verstoßen. Der Hauptzweck von § 138 I BGB ist,

⁴⁶⁶ Dreier/Bauer, Grundgesetz, Art. 9 RN 41

⁴⁶⁷ Dreier, Grundgesetz, Vorb. RN 59

die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die für eine Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, weil sie von ihren ethischen Grundlagen abweichen⁴⁶⁸.

Die guten Sitten sind ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der Konkretisierung bedarf. Hierfür hat sich die Formel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ eingebürgert⁴⁶⁹. Da jedoch auch diese Formel weiter ausfüllungsbedürftig ist und aus ihr fast nie ermittelt werden kann, ob sich ein Rechtsgeschäft mit den Grundwertungen der Rechtsordnung verträgt, wird weiter nach einem Billigkeitsmaßstab gesucht. Dieser wird als „die der herrschenden Wirtschafts- und Sozialordnung immanente Rechtsethik“ angesehen. Dadurch dass die Grundwertungen von Rechtsgemeinschaften sich verändern können, unterliegen auch die guten Sitten dem Wandel⁴⁷⁰.

Im Fall der Gesellschaftsgründungsklausel muss folglich die geltende Rechtsordnung für die Ausfüllung des Begriffs der guten Sitten herangezogen werden.

Aufgrund der verschiedenen möglichen Ausführungen der Gesellschaftsgründungsklausel und der Verschiedenartigkeit der möglichen Motive des Erblassers, eine Gesellschaftsgründungsklausel anzuordnen, muss bei der Entscheidung, ob die Klausel gem. § 138 BGB nichtig ist, auf den Einzelfall abgestellt werden.

Wenn der Erblasser durch die Gesellschaftsgründungsklausel lediglich sein Vermögen zusammenhalten will oder vergleichbare Motive verfolgt, so muss trotz der Einschränkung der wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit der Erben davon ausgegangen werden, dass kein Verstoß gegen § 138 BGB und damit auch kein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden vorliegt.

Wenn der Erblasser hingegen mit der Gesellschaftsgründungsklausel den Zweck verfolgt, die Erben zu schikanieren oder sich von ähnlich verwerflichen Motiven leiten lässt, dann könnte die Gesellschaftsgründungsklausel nichtig sein gem. § 138 BGB.

Das Erbrecht gestattet es dem Erblasser grundsätzlich, den Erben hinsichtlich des ererbten Vermögens, etwa durch ein Teilungsverbot, in seiner Dispositionsfreiheit einzuschränken.

⁴⁶⁸ MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, § 138 RN 1

⁴⁶⁹ RGZ 80, 219, 221; RGZ 120, 142, 148; BGH LM Nr. 1 (Ca); BGHZ 10, 228, 232; BGHZ 20, 71, 74 = NJW 1956, 865; BGHZ 69, 295, 297 = LM (Be) Nr. 17 = NJW 1977, 2356; Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden.

Etwas anderes kann auch bei der Gesellschaftsgründungsklausel nicht gelten. Daher ist die Gesellschaftsgründungsklausel in den meisten Fällen mit § 138 BGB vereinbar.

(b) Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit

Möglicherweise könnte die Gestaltungsfreiheit des Erblassers dennoch beschränkt sein. Eine solche Beschränkung kann sich außerhalb oder innerhalb konkret zwingender Normen ergeben.

(aa) Durch konkret zwingende Normen

Zwar handelt es sich bei § 2306 BGB nicht um eine Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Erblassers, allerdings knüpft diese Vorschrift an (für den Erblasser) unerwünschte Folgen, so dass hierdurch möglicherweise mittelbar die Gestaltungsfreiheit des Erblassers eingeschränkt wird.

§ 2306 BGB hat den Zweck, dem Pflichtteilsberechtigten die gesetzlich vorgesehene Mindestbeteiligung am Nachlass zu garantieren. Allerdings soll sich der Pflichtteilsberechtigte auch mit bestimmten Zuwendungen des Erblassers abfinden⁴⁷¹. Die Vorschrift schützt damit den unbelasteten Erbteil⁴⁷². § 2306 greift indes nur, wenn den zum Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten die in Abs. 1 Satz 1 genannten Beschränkungen und Beschwerungen treffen.

Aufgrund ihrer rechtlichen Einordnung als Auflage fällt die Gesellschaftsgründungsklausel unter die enumerativ aufgeführten Belastungen.

Nach der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung des § 2306 I BGB fielen die Beschränkungen und Beschwerungen fort⁴⁷³ wenn der vom Erblasser eingesetzte Erbe zudem Pflichtteilsberechtigter war und wenn der ihm hinterlassene Erbteil nicht den ihm gem. § 2303 BGB zustehenden Pflichtteil erreichte. Die Verfügung des Erblassers an sich bleibt aber dennoch wirksam, so dass die übrigen Erben weiter verpflichtet waren, der Anordnung des Erblassers Folge zu leisten.

Nach der ab dem 1.1.2010 geltenden Fassung des § 2306 I BGB hingegen kann der pflichtteilsberechtigte Erbe, wenn er durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung

⁴⁷⁰ BGH NJW 1983, 2692, 2693; BGHZ 92, 213, 219; Mayer-Maly, JZ 1981, 801 ff; Eckert, AcP 199 (1999), 337 ff; Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, 1968; Wege, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977

⁴⁷¹ Soegel/Dieckmann, § 2306 RN 1

⁴⁷² MüKo/Lange, § 2306 RN 1

⁴⁷³ RG JW 1911, 370; KG OLG 24, 106

eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt.

Zudem kommt eine Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Erblassers durch die sog. Dreißigjahrenschränke in Betracht.

Dem Erblasser sind durch das BGB Zeitgrenzen für die zulässigen Bindungen des Nachlasses gesetzt⁴⁷⁴. Dies ist der Fall bei der Nacherbfolge gem. § 2109, bei dem bedingten oder betagten Vermächtnis gem. §§ 2162, 2163, bei dem Ausschluss der Auseinandersetzung gem. § 2044 und der Verwaltung des Testamentsvollstreckers gem. § 2210. Die jeweilige Anordnung des Erblassers wird unwirksam, wenn dreißig Jahre nach dem Eintritt des Erbfalls verstrichen sind. Der Grund für diese zeitlichen Beschränkungen wird vornehmlich darin gesehen, Verwicklungen aus dem Zusammentreffen mehrerer Erbschaften zu vermeiden⁴⁷⁵. Die Vorschriften über die zeitliche Beschränkung gelten für die Auflage hingegen nicht⁴⁷⁶. Dem Willen des Gesetzgebers zufolge soll mit dem Mittel der Auflage die Verfolgung stiftungsähnlicher Ziele verfolgt werden⁴⁷⁷.

Allerdings können nach der Lebenszeit des letzten beschwerbaren Zuwendungsempfängers ohnehin keine Verpflichtungen aus der Auflage und kein Vollziehungsanspruch aus § 2194 mehr entstehen. Es ist folglich nicht möglich die Auflage noch in ferner Zukunft dadurch durchsetzbar zu machen, dass der Erblasser für ihr Wirksamwerden einen entsprechend weit hinausgeschobenen Anfangstermin setzt.

(bb) Außerhalb konkret zwingender Normen

Möglicherweise könnte jedoch die Gestaltungsfreiheit des Erblassers außerhalb konkret zwingender Normen eingeschränkt werden.

Einer Auffassung zufolge sind alle Verträge von Personengesellschaften, die nicht individuell ausgehandelt sind, einer richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB zu unterwerfen⁴⁷⁸. Dieser Auffassung hat sich, zumindest in Bezug auf die Publikumspersonengesellschaften,

⁴⁷⁴ Staudinger/Werner, § 2044 RN 17

⁴⁷⁵ von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, S. 1074

⁴⁷⁶ Lange/Kuchinke, § 30 II 1 b; Wochner MittRhNotK 1994, 106; Staudinger/Otte, § 2192 RN 20

⁴⁷⁷ Prot V 243 f, 308; vgl. auch Jakobs/Schubert, ER II 1375 f, 1381

⁴⁷⁸ Wiedemann, Die Legitimation von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, in FS Westermann, S. 585, 589 ff; Martens, Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenzen im Recht der Personengesellschaften, DB 1973, 413, 418 ff;

auch der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen angeschlossen⁴⁷⁹. Besonders die Entscheidung vom 14. 4. 1975 hat im Schrifttum weitgehend positive Reaktionen hervorgerufen⁴⁸⁰. Von den meisten Stimmen in der Literatur wird eine Beschränkung der Angemessenheitsüberprüfung auf die Verträge von Publikumspersonengesellschaften und gegebenenfalls Idealvereinen gefordert. Allerdings wird teilweise auch vertreten, dass zu den Personengesellschaften, die sich einer Billigkeitskontrolle zu unterziehen haben, auch diejenigen Gesellschaften zählen müssen, bei denen der Erwerb der Mitgliedschaft durch Erbgang oder Schenkung erfolgt sei⁴⁸¹. Auch bei Familien-Gesellschaften sei dem Gesellschafter die Möglichkeit genommen seine Mitgliedschaft „auszuhandeln“. Es verbleibt ihm nur die Möglichkeit die Erbschaft als solche auszuschlagen. Im Fall der Gesellschaftsgründungsklausel sind die Voraussetzungen ähnlich. Allerdings wird der herrschenden Meinung zufolge eine Inhaltskontrolle von Familiengesellschaften abgelehnt. Die Gründe dafür sind zum einen, dass der Erbgang eine einseitige Bestimmung des Rechtsnachfolgers vorsieht⁴⁸²; zum anderen sollen Familiengesellschaften deswegen von einer Inhaltskontrolle ausgeklammert werden, um nicht ihre Wettbewerbsfähigkeit zum Nachteil der Familienangehörigen zu gefährden⁴⁸³.

(5) Ergebnis zur Gesellschaftsgründungsklausel

Sowohl in gesellschaftsrechtlicher, als auch in erbrechtlicher Hinsicht bestehen bei einer Gesellschaftsgründung durch eine testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel wie in Beispiel 15 keine rechtlichen Schwierigkeiten. Weitere gesellschaftsrechtliche Probleme als bei einer „normalen“ Gesellschaftsgründung entstehen durch eine Gründung per Gesellschaftsgründungsklausel nicht, und durch die Einordnung als Auflage bzw. Auflage mit auflösend bedingter Erbeinsetzung wird die Gesellschaftsgründungsklausel dem Typenzwang des deutschen Erbrechts gerecht.

⁴⁷⁹ BGHZ 64, 238 ff; BGH BB 1982, 201 ff; BGH BB 1982, 886 f; BGH NJW 1982, 2303 f

⁴⁸⁰ Schulte ZGR 1976, 97 ff; Schneider, ZGR 1978, 1 ff; Kübler, Gesellschaftsrecht, § 20 III 3.

⁴⁸¹ so Wiedemann, Die Legitimation von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, in FS Westermann, S. 585, 589 ff;

⁴⁸² Schulte, ZGR 1976, 97, 103; MüKo/Ulmer, § 705 RN 90

⁴⁸³ Michalski, Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, S. 48 f

§ 5 Weitere Probleme, die sich aus der Erbeinsetzung der GbR ergeben könnten

Wie bereits angesprochen, können sich aus der Erbeinsetzung einer GbR verschiedene Folgeprobleme ergeben. Diese wurden zum Teil bereits von *Flume*⁴⁸⁴ herausgearbeitet. Als problematisch werden dabei insbesondere folgende Punkte erachtet: das Pflichtteilsrecht bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung, die Auswirkungen der Erbnunwürdigkeit einzelner Gesellschafter auf die Gesellschaft, die Beteiligung des Erblassers an der GbR, die Gestaltung des Vorkaufsrechts der Miterben, die unterschiedliche Haftung von Gesellschaftern und Erben und, wie die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer GbR ausgeübt wird. Diese Probleme sind nach *Flumes* Auffassung Grund dafür, einer Personengesellschaft die Erbfähigkeit abzusprechen, da er dadurch glaubt bewiesen zu haben, dass das Erbrecht nur auf einzelne Personen und nicht auf Personengruppen zugeschnitten sei. Inwieweit diese Probleme tatsächlich der Erbfähigkeit der BGB-Gesellschaft entgegenstehen, oder wie eine geeignete Lösung aussehen kann, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

I. Pflichtteilsrecht bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung

Flume wirft zunächst die Frage auf, wie es mit dem Pflichtteilsrecht eines Gesellschafters steht, wenn die Gesellschaft zur Erbin eingesetzt wird⁴⁸⁵. Mit einer Lösung dieser Frage beschäftigt er sich jedoch nicht.

Die Testierfreiheit gestattet es dem Erblasser, einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens anzuordnen. So kann er seine gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschließen⁴⁸⁶. Ein solcher Ausschluss kann entweder dergestalt erfolgen, dass der Erblasser ausdrücklich die Enterbung ausspricht oder dass er denjenigen, den er enterben will, mit keinem Wort erwähnt, den Nachlass aber vollständig vergibt.

Das Pflichtteilsrecht schafft einen Ausgleich zwischen den Prinzipien der Familienerbfolge und der Testierfreiheit⁴⁸⁷. Es hindert den Erblasser daran, seine nächsten Verwandten vollständig zu übergehen⁴⁸⁸. Den nächsten Angehörigen wird, um ihren völligen Ausschluss von der Teilhabe am Vermögen des Erblassers zu vermeiden, eine Mindestbeteiligung am Wert des Nachlasses durch das Pflichtteilsrecht gewährt. Zwar war die Verfassungsmäßigkeit

⁴⁸⁴ Flume, Die Personengesellschaft § 7 III 6

⁴⁸⁵ Flume, Die Personengesellschaft § 7 III 6, S. 107

⁴⁸⁶ Leipold, Erbrecht, RN 821

⁴⁸⁷ Schlüter, Erbrecht, RN 946

⁴⁸⁸ BVerfG NJW 95, 2977; 2001, 141

des Pflichtteilsrechts zunehmend in der Diskussion, allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsgemäßheit jüngst erst wieder bestätigt⁴⁸⁹.

Die Regelung zum Pflichtteilsrecht beruht darauf, dass den Erblasser eine über den Tod hinausgehende Sorgepflicht für seine nahen Angehörigen trifft⁴⁹⁰. Es schützt folglich denjenigen, den der Erblasser mit einer letztwilligen Verfügung um die gesetzliche Erberwartung gebracht hat⁴⁹¹. Bereits bei den Vorarbeiten zum BGB war ein etwaiges Pflichtteilsrecht sehr umstritten⁴⁹². Zur Diskussion standen sowohl das sogenannte Noterbrecht nach dem Vorbild des (französischen) code civil, als auch ein bloßer Geldanspruch, wie er bereits im österreichischen ABGB und preußischen ALR geregelt war. Zwar waren es insbesondere ethische Gründe, die für eine Erbbeteiligung der übergangenen nahen Verwandten sprachen, allerdings wurde dann doch der Geldpflichtteil, wohl aufgrund seiner praktischeren Handhabung, in das BGB übernommen. Eine Sachteilhabe am Nachlass gibt es folglich für den Pflichtteilsberechtigten nicht. Nach Inkrafttreten des BGB wurde die Frage nach der besseren Art der Beteiligung der vom Nachlass ausgeschlossenen nahen Verwandten weiter lebhaft diskutiert⁴⁹³. Heutzutage wird hingegen von der herrschenden Meinung der Geldpflichtteil vorgezogen⁴⁹⁴. Hierdurch wird der Pflichtteilsberechtigte von der Erbengemeinschaft ferngehalten, so dass er selbst vor Abwicklungslasten bewahrt wird und für die Erben die Verwaltung des Nachlasses erleichtert wird.

Das Pflichtteilsrecht besteht nach § 2303 BGB, wenn eine pflichtteilsberechtigte Person von der Erbfolge ausgeschlossen ist oder gem. § 2306 I BGB den Erbteil ausschlägt. Es handelt sich hierbei folglich nicht um ein Mindesterbrecht, sondern lediglich um einen Zahlungsanspruch gegen die Erben in Höhe des halben Wertes des gesetzlichen Erbteils⁴⁹⁵. Dabei ist insbesondere der Fall interessant und daher zu untersuchen bei dem eine bereits bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Erbin eingesetzt wird. Im Fall einer Gesellschaftsgründungsklausel können die eingesetzten pflichtteilsberechtigten Erben gem. § 2306 I BGB die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Die nachfolgende Untersuchung bezieht sich daher ausschließlich auf die Erbeinsetzung einer bereits bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

⁴⁸⁹ BVerfGE v. 19.4. 2005 – 1 BvR 1644/00 u. 1 BvR 188/03

⁴⁹⁰ Brox, Erbrecht, RN 542; Strätz, Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB, FamRZ 1998, 1553 (1566); Haas, Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig, ZEV 2000, 249 (256)

⁴⁹¹ Soergel/Dieckmann, § 2303 RN 2

⁴⁹² Mot V 385 – 387; Prot V 490; vgl. auch Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilerbrecht, S. 89 ff

⁴⁹³ Staudinger Boehmer, 10./11. Bearbeitung, Einl 1 ff zu § 15; Boehmer AcP 144 (1938) S. 249 ff; Hütte, Der Gemeinschaftsgedanke in den Erbrechtsreformen des Dritten Reiches S. 202 ff

⁴⁹⁴ Coing 49.DJT 1972 A 24/25, A 49; Dieckmann 49.DJT 1972 K 29

Beispiel 16:

Der Gesellschafter E der X-GbR setzt die X-GbR als Alleinerbin ein. Es besteht eine Fortsetzungsklausel. Der einzige Sohn A des E ist zum Zeitpunkt des Erbfalls ebenfalls Gesellschafter der X-GbR.

Hier ist fraglich, ob dem Sohn des A ein Pflichtteilsrecht zustehen soll, oder ob aufgrund der Partizipation an der Erbschaft des E durch die Gesellschafterstellung der Anspruch auf den Pflichtteil ausscheiden muss.

In Bezug auf das Pflichtteilsrecht bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung sind zunächst drei unterschiedliche Lösungsansätze möglich.

1.) Lösungsansatz der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Bei diesem Lösungsansatz wird nicht die Erbenstellung, sondern allein die wirtschaftliche Bereicherung des Gesellschafters berücksichtigt, ähnlich wie dies im Schenkungssteuerrecht der Fall ist. Bei Schenkungen an die Gesamthand wird nicht diese, sondern werden die Gesamthänder als schenkungssteuerrechtlich bereichert angesehen⁴⁹⁶. Ebenso sind im umgekehrten Fall, bei dem schenkungsweisen Erwerb von einer Gesamthandsgemeinschaft, auch die Gesamthänder als schenkungssteuerrechtlich entreichert anzusehen, obwohl zivilrechtlich die Gesamthand Zuwendende ist. Möglicherweise könnte auch im Fall eines Pflichtteilsanspruchs „durch die GbR hindurch geschaut werden“, so dass es nur darauf ankommt, inwiefern der einzelne Gesellschafter bereichert ist.

Im Falle einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird allein darauf abgestellt, was der Gesellschafter tatsächlich aus der Erbschaft erhält. Der Gesellschafter erhält bereits durch seine Stellung als Gesellschafter eine Teilhabe an der Erbschaft. Er geht also nicht leer aus, sondern partizipiert mittelbar als Gesellschafter der zur Erbin eingesetzten Gesellschaft auch an der Erbschaft. Das Vermögen des Erblassers geht zwar unmittelbar an die Gesellschaft, allerdings ist an dieser Gesellschaft wiederum der Gesellschafter beteiligt. Er erhält folglich durch seinen Gesellschaftsanteil mittelbar auch einen Teil der Erbschaft. Zusätzlich kann er etwa durch Ausschüttungen einen Teil der Erbschaft erlangen.

⁴⁹⁵ BGH 28, 178

Problematisch ist, ob eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise möglich ist, bei der davon ausgegangen wird, dass der Gesellschafter aufgrund der mittelbaren Teilhabe an der Erbschaft durch die Gesellschafterstellung vom Erblasser nicht enterbt worden ist.

Bei der Erbeinsetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei gleichzeitiger Pflichtteilsberechtigung eines Gesellschafters handelt es sich auch nicht um einen mit anderen Verfügungsbeschränkungen vergleichbaren Fall. Hier ist nicht der Pflichtteilsberechtigte Erbe geworden und beschränkt oder beschwert und damit gem. § 2306 I BGB berechtigt den Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen, sondern die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist zur Erbin eingesetzt.

Bei Zugrundelegung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wäre es für den Erblasser zwar erwünscht, dass wenn er die GbR als Alleinerbin einsetzt, auch sein gesamtes Vermögen dieser GbR zufließt. Es ist allerdings nicht im Sinne des BGB, dass die Regelungen des Erbrechts nur aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise außer Kraft gesetzt werden. Ein Blick durch die „gläserne GbR“ hindurch, so dass nur die Bereicherung der einzelnen Gesellschafter betrachtet wird, kommt im Erbrecht, anders als im Steuerrecht, nicht in Betracht.

Eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise ist mithin nicht möglich und muss daher als Lösungsansatz ausscheiden.

2.) Lösungsansatz der gesellschaftsrechtlichen Betrachtungsweise

Bei diesem Lösungsansatz werden allein gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt.

Möglicherweise könnte aber die Gesellschafterstellung eine Zuwendung des Erblassers darstellen, die den Pflichtteil ausschließt. Durch die Gesellschafterstellung wird der Gesellschafter schließlich durch Ausschüttungen oder Abfindungen auch an der Erbschaft beteiligt. Ferner ist denkbar, dass, falls dem Gesellschafter ein Pflichtteilsanspruch zusteht, der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag und der sich daraus ergebenden Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verpflichtet ist, diesen Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen.

⁴⁹⁶ BFH v. 15.7.1998, II R 82/96, BStBl II 1998, 630, ZEV 1998, 393; BFH v. 14.9.1994, II R 95/92, BStBl II 1995, 81, ZEV 1995, 74

a) Gesellschafterstellung als Zuwendung

Zunächst sind zwei verschiedene Fallvarianten denkbar. Zum einen könnte der Gesellschafter erst durch den Erbfall Gesellschafter geworden sein, zum anderen könnte die Gesellschaft mit all ihren Gesellschaftern bereits vor dem Erbfall bestanden haben.

Beispiel 17:

Der Gesellschafter E der GbR-X vermacht seinem Sohn A testamentarisch seinen Gesellschaftsanteil und setzt diese Gesellschaft zu seiner Alleinerbin ein.

A ist in diesem Fall zwar enterbt, er erhält jedoch von E ein Vermächtnis in Form des Gesellschaftsanteils. Gem. § 2307 I BGB kann der mit einem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil nur verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt. Falls er nicht ausschlägt, steht ihm das Recht auf den Pflichtteil nicht zu, soweit der Wert des Vermächnisses reicht. Das heißt, dem Pflichtteilsberechtigten steht neben dem Vermächtnisanspruch ein Pflichtteilsrestanspruch gem. § 2305 BGB zu.

Es muss folglich untersucht werden, ob der Wert des Vermächnisses ausreicht um zu entscheiden, ob dem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer zusätzlich zu dem Vermächtnis ein Pflichtteilsrestanspruch zusteht. Falls er ausschlägt, kann der Pflichtteilsberechtigte hingegen den vollen Pflichtteilsanspruch fordern⁴⁹⁷.

In dieser Fallvariante ist die Pflichtteilsberechtigung eines Gesellschafters, der seine Gesellschafterstellung durch ein Vermächtnis erlangt hat, unproblematisch gegeben.

Beispiel 18:

Der Gesellschafter E der X-GbR setzt die X-GbR als Alleinerbin ein. Es besteht eine Fortsetzungsklausel. Der Sohn A des E ist bereits vor dem Erbfall ebenfalls Gesellschafter der X-GbR.

In dieser Fallvariante war A bereits vor dem Erbfall Gesellschafter der X-GbR. Fraglich ist dennoch, ob in der Gesellschafterstellung und der damit verbundenen Partizipation an der Erbschaft bereits eine Zuwendung des Erblassers E an A zu sehen sein könnte, die den Pflichtteilsanspruch des A ausschließen würde. Diese Variante könnte vor allem für den Fall

⁴⁹⁷ Staudinger/Haas, § 2307 RN 13

eine Rolle spielen, in dem die GbR zwar bereits vor dem Erbfall, aber nur zu dem Zweck, das Vermögen der Erbschaft zu verwalten, gegründet wurde. In diesem Fall wäre A also bereits vor der Erbschaft Gesellschafter gewesen, seine Gesellschafterstellung war allerdings mangels Gesellschaftsvermögen „nichts wert“. Durch das nunmehr durch den Nachlass vorhandene Gesellschaftsvermögen hat der Gesellschafter zwar keinen Gesellschaftsanteil erlangt; dennoch hat seine Gesellschafterstellung erst durch den Erbfall einen wirtschaftlichen Wert erlangt. Es stellt sich also die Frage, ob dem A als Sohn des Erblassers trotz der „Werterhöhung“ seines Gesellschaftsanteils dennoch ein Pflichtteilsanspruch zusteht, oder ob durch diese Zuwendung der Pflichtteilsanspruch des A ausgeschlossen wäre.

Wenn der Pflichtteilsanspruch aufgrund der Zuwendung ausgeschlossen würde, dann bliebe dem Erblasser auf diese Weise die Möglichkeit, durch die Beschränkung oder den Ausschluss von Ausschüttungen bzw. Anteilsauszahlungen bei dem Austritt eines Gesellschafters das Pflichtteilsrecht des einzelnen Gesellschafters „auszuhöhlen“⁴⁹⁸. Zwar könnte der Pflichtteilsberechtigte seine Gesellschafterstellung behalten und somit mittelbar an der Erbschaft partizipieren, die Gesellschafterstellung ist aber für ihn insofern nur eine leere Hülle. Er erhielte somit deutlich weniger als den Wert seines Pflichtteilsanspruchs.

Fraglich ist mithin, ob eine gesellschaftsvertragliche Regelung zulässig ist, bei der Gewinnausschüttungen und Anteilsauszahlungen bei dem Austritt eines Gesellschafters beschränkt oder ausgeschlossen werden, so dass der Pflichtteilsberechtigte außer seiner „leeren“ Gesellschafterstellung nichts erhält, bzw. dass ihm lediglich ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zusteht.

Die nur schrittweise Beteiligung eines Gesellschafters an Gewinnausschüttungen bzw. der vollständige Ausschluss bei Gewinnausschüttungen sind bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zulässig⁴⁹⁹. Es müssen hierbei allerdings die Grenzen des Wuchers und der Sittenwidrigkeit beachtet werden.

Diesbezüglich ist problematisch, ob der Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters so eingeschränkt werden kann, dass von der Gesellschafterstellung nichts bleibt und somit sein Pflichtteilsanspruch ausgehebelt wäre.

Bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GbR erhält der ausscheidende Gesellschafter einen Abfindungsanspruch. Dieser bemisst sich nach der gesetzlichen Regel gem. § 738 I 2

⁴⁹⁸ Scherer, Die GbR als Erbin – Thesen und Gestaltungsmöglichkeiten, ZEV 2003, 341 (343)

BGB nach der Höhe des ihm im Fall der Liquidation zustehenden fiktiven Auseinandersetzungsguthabens. Das Ausscheiden wird als partielle Auseinandersetzung behandelt. Der Abfindungsanspruch richtet sich als gesetzlicher, aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringender Anspruch gegen die Gesellschaft. Er entsteht der herrschenden Meinung zufolge im Zeitpunkt des Ausscheidens⁵⁰⁰.

Allerdings sind die Vorschriften der §§ 738 – 740 BGB, wie auch das sonstige Recht der GbR, dispositiv⁵⁰¹. Vor allem in Verträgen, bei denen es zum Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen kommen kann, sind meist auch Vereinbarungen über eine Abfindung im Fall des Ausscheidens enthalten.

In Bezug auf vertragliche Abfindungsvereinbarungen sind allerdings verschiedene Wirksamkeitsschranken zu beachten⁵⁰². Derartige Klauseln könnten wegen sittenwidriger Knebelung nach § 138 I BGB nichtig sein. Zudem könnte eine nach § 723 III BGB unzulässige Einengung der Kündigungsfreiheit des betroffenen Gesellschafters vorliegen, oder die vereinbarte Klausel am Einwand der gestörten Geschäftsgrundlage oder des Rechtsmissbrauchs scheitern:

Zunächst kommt der Tatbestand der sittenwidrigen Knebelung gem. § 138 I BGB in Betracht. Da sowohl die persönliche als auch die wirtschaftliche Freiheit des ausscheidenden Gesellschafters beschränkt werden, kann vor allem bei einem Ausschluss der Abfindung die Nichtigkeitsfolge des § 138 eingreifen.

Auch eine verbotene Kündigungsbeschränkung gem. § 723 III BGB ist zu erwägen. Das Verbot gem. § 723 III BGB greift auch dann ein, wenn eine Abfindungsklausel geeignet ist, den Gesellschafter wegen der nachteiligen Folgen zum Verzicht auf die Kündigungserklärung zu veranlassen⁵⁰³. § 723 III BGB greift dann ein, wenn ein erhebliches Missverhältnis zwischen dem wirklichen Anteilswert und dem vereinbarten Abfindungswert vorliegt. In einer früheren Entscheidung hat der BGH festgestellt, dass die Grenze jedenfalls dann erreicht war, wenn der Abfindungsanspruch nur 20 % der nach § 738 I 2 zu zahlenden Abfindung erreichte⁵⁰⁴. Später wurde indes entschieden, dass als Vergleichsmaßstab der wirkliche Wert

⁴⁹⁹ Giefers/Ott, Die GbR, S. 112

⁵⁰⁰ aA Heckelmann, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, S. 25. Seiner Auffassung zufolge entsteht der Abfindungsanspruch schon bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags

⁵⁰¹ MüKo/Ulmer, § 738 RN 12

⁵⁰² Kort DStR1995, 1961 ff; Hülsmann, NJW 2002, 1673 ff; Müller, ZIP 1995, 1561 ff

⁵⁰³ BGHZ 123, 281, 283 = NJW 1993, 3193; LM HGB § 119 Nr. 9 = NJW 1973, 651f; Erman/Westermann § 723 RN 21; Soergel/Hadding, § 723 RN 29; Staudinger/Kessler § 723 RN 49; MüKo/Ulmer, § 738 RN 49; für Nichtigkeit nach § 138 Schlegelberger/Schmidt HGB § 138 RN 63

⁵⁰⁴ BGH LM HGB § 119 Nr. 9 = NJW 1973, 651f

der Beteiligung und nicht die Höhe der vorhandenen stillen Reserven heranzuziehen ist. Eine prozentuale Mindesthöhe wurde hierbei nicht festgelegt⁵⁰⁵.

Ferner könnte der Berufung auf die Abfindungsklausel der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen⁵⁰⁶. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob die Klausel gegen § 138 I BGB oder § 723 III BGB verstoßen würde, wenn sie zum (beabsichtigten) Ausscheidungszeitpunkt vereinbart worden wäre. Wenn dies der Fall ist, so steht der Berufung auf diese Abfindungsklausel der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen. An ihre Stelle tritt durch ergänzende Vertragsauslegung das, was die Parteien bei Kenntnis der fehlenden Durchsetzbarkeit vereinbart hätten.

Regeln über den Ausschluss des Abfindungsanspruchs sind hingegen nach herrschender Meinung in der Literatur⁵⁰⁷ grundsätzlich unwirksam⁵⁰⁸. Dies ergibt sich für den Kündigungsfall aus § 723 III BGB, ansonsten aus dem Knebelungsverbot des § 138 I BGB. Ausnahmen von der Unwirksamkeit sind nur in bestimmten Fällen denkbar. In Betracht kommt dies zum einen für die Fälle, in denen es um Regelungen auf den Todesfall eines Gesellschafters⁵⁰⁹ geht, zum anderen wird eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unwirksamkeit des Abfindungsausschlusses für Gesellschaften mit ideellem Zweck⁵¹⁰ vertreten. Beide Ausnahmen sind allerdings für die sich hier stellende Problematik der Pflichtteilsberechtigung bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung unerheblich.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass zwar der Ausschluss des Abfindungsanspruchs regelmäßig unwirksam ist, dass aber die Abfindung dennoch vertraglich so festgelegt sein kann, dass sie nicht nichtig ist, jedoch deutlich unter dem liegt, was der Pflichtteilsberechtigte als „normalen“ Pflichtteil bekommen hätte. Bei dem Lösungsansatz der gesellschaftsrechtlichen Betrachtungsweise wäre es folglich möglich, dass dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter ein Teil des ihm zustehenden Pflichtteilsanspruchs nicht gewährt wird.

⁵⁰⁵ BGH NJW 1985, 192, 193

⁵⁰⁶ Ulmer/Schäfer, ZGR 1995, 145f, 147ff; Bamberger/Roth/Timm/Schöne RN 39; Mecklenbrauck BB 2000, 2001, 2004

⁵⁰⁷ Soergel/Hadding, § 738 RN 12; Schlegelberger/Schmidt, HGB § 138 RN 68; Knöchlein, DNotZ1960, 455; Staudinger/Kessler, § 738 RN 22; MüKo/Ulmer, § 738 RN 60

⁵⁰⁸ Kritik an dieser Ansicht: Heckelmann, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, S. 104; Flume I/1 § 12 III

⁵⁰⁹ KG JR 1959, 101; Soergel/Dieckmann, § 2325 RN 27; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der oHG, 3. Aufl. 1958, S. 10f; Staudinger/Kessler § 738 RN 22

Die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise ist folglich insofern abzulehnen. Wenn der Pflichtteilsberechtigte bereits vor dem Erbfall Gesellschafter der zur Erbin eingesetzten GbR war, kann nicht in der Gesellschafterstellung und der damit verbundenen mittelbaren Partizipation an der Erbschaft eine Zuwendung des Erblassers gesehen werden, die den Pflichtteil ausschließen würde. Dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter steht folglich ein Pflichtteilsanspruch zu.

b) Treuepflicht des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters, den Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen

Möglicherweise könnte jedoch der pflichtteilsberechtigte Gesellschafter eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft haben, aufgrund der er verpflichtet ist den Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen die Gesellschaft nicht geltend zu machen.

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht hat ihre Grundlage im Gesellschaftsvertrag und wirkt sich in den verschiedensten gesellschaftsrechtlichen Bereichen aus. Diese Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme besteht zum einen gegenüber der Gesellschaft, zum anderen aber auch gegenüber den übrigen Gesellschaftern⁵¹¹. Hierbei sind insbesondere die Tragweite möglicher Einschnitte in die Rechte oder Stellung der Gesellschaft und der Mitgesellschafter sowie die Intensität des persönlichen Zusammenschlusses zu berücksichtigen⁵¹². Auch eine Existenzgefährdung der Gesellschaft kann im Einzelfall besondere Pflichten verursachen⁵¹³.

Aus der Treuepflicht ergibt sich, dass den Interessen der Gesellschaft bei der Ausübung der uneigennützigen Pflicht-Rechte regelmäßig Vorrang gegenüber den Interessen einzelner Gesellschafter einzuräumen ist. Der Gesellschafter ist dazu verpflichtet, seine eigenen Interessen nur insoweit zu verfolgen, als dem nicht Gesellschaftsbelange entgegenstehen⁵¹⁴. Die Treuepflicht begründet hier nicht nur Schranken der Rechtsausübung, sondern gegebenenfalls auch konkrete Handlungspflichten⁵¹⁵. Bei Ausübung der eigennützigen Befugnisse des Gesellschafters wäre es hingegen treuwidrig, wenn die Rechte willkürlich oder im Gegensatz zu dem mit ihrer Einräumung verbundenen Zweck eingesetzt werden. Die Treuepflicht hat insoweit also eher Schrankenfunktion⁵¹⁶. Die Vermögensrechte, wie das

⁵¹⁰ BGHZ 135, 387, 390f = NJW 1997, 2592; Erman/Westermann, § 738 RN 11; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 738 RN 31; Nitschke, Personengesellschaft, S. 338f

⁵¹¹ MüKo/Ulmer, § 705 RN 183; Staudinger/Habermeier, § 705 RN 50

⁵¹² Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 27 f; 121 ff

⁵¹³ BGH NJW 1985, 974 f

⁵¹⁴ Soergel/Hadding, § 705 RN 59; Erman/Westermann, § 705 RN 47; MüKo/Ulmer, § 705 RN 184 ff

⁵¹⁵ MüKo/Ulmer, § 705 RN 183

⁵¹⁶ MüKo/Ulmer, § 705 RN 227; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 97 ff

Recht auf Aufwendungsersatz und auf das Auseinandersetzungsguthaben, gehören zu den dem Gesellschafter verliehenen eigennützigen Mitgliedschaftsrechten.

Fraglich ist ob sich aus dieser Treuepflicht auch die Pflicht eines pflichtteilsberechtigten Gesellschafters ergibt, den Pflichtteilsanspruch gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht geltend zu machen. Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gehört als Vermögensrecht zu den sogenannten eigennützigen Rechten. Bei der Ausübung dieser Rechte ist der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet das aus der Sicht der Gesellschaft schonendste Mittel gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern zu wählen und er muss zudem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten⁵¹⁷. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt hier, dass die Beeinträchtigung mitgliedschaftlicher Interessen im angemessenen Verhältnis zu dem erstrebten Ziel steht⁵¹⁸. Das heißt, dass für die Gesellschaft und die Gesellschafter keine unangemessenen Beeinträchtigungen entstehen dürfen, nur weil einer der Gesellschafter seinen Pflichtteil fordert.. In der Regel wird allerdings der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein, auch wenn der pflichtteilsberechtigte Gesellschafter seinen Pflichtteil fordert.

Es kann also festgehalten werden, dass regelmäßig keine Treuepflicht des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters gegenüber der GbR besteht, seinen Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen. Lediglich dann, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt wäre, würde sich aus der Treuepflicht die Pflicht zur Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ergeben.

3.) Lösungsansatz der rein erbrechtlichen Betrachtungsweise

Wenn die Problematik der Pflichtteilsberechtigung bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung rein erbrechtlich betrachtet wird, wird man nicht umhinkommen, dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter einen Pflichtteil in voller Höhe zuzusprechen.

Die Begründung hierfür ist einfach. Der Erblasser hat nicht den Pflichtteilsberechtigten zum Erben eingesetzt, sondern die GbR. Aufgrund der Erbeinsetzung der GbR und der fehlenden Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten ist dieser enterbt. Er geht im erbrechtlichen Sinne leer aus, so dass ihm gem. § 2303 BGB ein Pflichtteilsanspruch in voller Höhe zusteht.

⁵¹⁷ Baumbach/Hopt, § 109 RN 25

⁵¹⁸ Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 351

Indes könnte möglicherweise bereits in der Gesellschafterstellung eine Erbeinsetzung des Pflichtteilsberechtigten gesehen werden. Allerdings müsste dann aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers eine solche Erbeinsetzung hervorgehen. Die Person des Erben muss darin vom Erblasser so bestimmt sein, dass sie allein aufgrund seiner in der letztwilligen Verfügung enthaltenen Willensäußerung festgestellt werden kann⁵¹⁹. Zwar ist der Erblasser nicht festgelegt, mit welchem Wortlaut er die Erben einsetzt, jedoch muss aus der letztwilligen Verfügung hervorgehen, wen er einsetzt⁵²⁰.

Wenn der Erblasser durch sein Testament die GbR X als Alleinerbin einsetzt und ansonsten niemanden benennt, kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass bereits in der Gesellschafterstellung eine Erbeinsetzung des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters zu sehen ist.

Die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs nach der rein erbrechtlichen Betrachtungsweise sähe also folgendermaßen aus:

$$P = \frac{1}{2} E$$

P steht hierbei für den Pflichtteilsanspruch und E ist der gesetzliche Erbteil des Pflichtteilsberechtigten.

Möglicherweise muss sich der pflichtteilsberechtigte Gesellschafter jedoch das, was er aufgrund seiner Gesellschafterstellung erlangt, gem. § 2315 BGB auf den Nachlass anrechnen lassen. Dies kann allerdings nur dann der Fall sein, wenn dem Pflichtteilsberechtigten etwas von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll.

Eine anrechnungsfähige Zuwendung muss jedenfalls eine lebzeitige sein. In dem Fall, in dem die GbR bereits mit dem Pflichtteilsberechtigten als Gesellschafter besteht, kommt jedoch eine lebzeitige Zuwendung nicht in Betracht. Lediglich dann, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten noch zu Lebzeiten seine Gesellschafterstellung wie in Beispiel 17 einräumt, könnte eine Anrechnungspflicht gem. § 2315 BGB bestehen.

Der rein erbrechtlichen Betrachtungsweise zufolge muss mithin § 2303 BGB wörtlich ausgelegt werden: Durch die Erbeinsetzung der Gesellschaft ist der pflichtteilsberechtigte

⁵¹⁹ Palandt/Edenhofer § 1937 RN 7

Gesellschafter durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen. Ihm steht folglich ein Pflichtteilsanspruch in voller Höhe gegen die GbR zu.

4.) möglicher vermittelnder Lösungsvorschlag

Es kommt allerdings auch ein vermittelnder Lösungsvorschlag in Betracht. Dabei wird differenziert und eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen.

In dem Beispiel, in dem der Erblasser seinem gesetzlichen Erben seinen Gesellschaftsanteil vermacht und die Gesellschaft als Alleinerbin einsetzt, steht außer Frage, dass dem Gesellschafter gem. § 2307 BGB allenfalls ein Pflichtteilsrestanspruch zusteht, es sei denn, er schlägt das Vermächtnis aus. Der Pflichtteilsberechtigte ist hier zwar enterbt, er muss sich allerdings das Vermächtnis auf den Pflichtteil anrechnen lassen. In dem Fall, in dem die GbR mit dem Pflichtteilsberechtigten als Gesellschafter bereits vor dem Erbfall besteht, ist von der These auszugehen, dass der Erblasser, wenn er die GbR als Alleinerbin einsetzt, auch nur diese zur Erbin einsetzen wollte und nicht den einzelnen Gesellschafter. Es ist also zu unterstellen, dass der Erblasser den pflichtteilsberechtigten Gesellschafter enterben wollte.

Als Regel ist folglich anzunehmen, dass dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter unabhängig von seiner Gesellschafterstellung ein Pflichtteilsanspruch zusteht.

Aufgrund der Zubilligung eines Pflichtteilsanspruchs an einen pflichtteilsberechtigten Gesellschafter ergeben sich Ungleichbehandlungen im Vergleich zu „normalen“ pflichtteilsberechtigten Nichtgesellschaftern. Ein pflichtteilsberechtigter Gesellschafter erhält allein aufgrund seiner Gesellschafterstellung durch die mittelbare Partizipation an der Erbschaft mehr als ein „normaler“ Pflichtteilsberechtigter. Es stellt sich die Frage, ob und wie diese Ungleichbehandlung verhindert werden kann.

Eine solche Ungleichbehandlung kann nur dadurch vermieden werden, dass etwaige Ausschüttungen und/oder Abfindungen auf den Pflichtteil des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters angerechnet werden, oder dadurch, dass der Pflichtteil einem Gesellschafter der Erben-GbR grundsätzlich verweigert wird und ihm allenfalls ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zusteht.

⁵²⁰ MüKo/Schlichting, § 2087 RN 2

a) Umgehung der Ungleichbehandlung durch Verweigerung des Pflichtteilsanspruchs

Vorab ist zu erörtern, ob eine Beseitigung der Ungleichbehandlung durch Verweigerung des Pflichtteilsanspruchs möglich ist.

Hierfür müsste dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsanspruch trotz seiner Enterbung verweigert werden. Die Verweigerung eines Pflichtteilsanspruchs ist jedoch aufgrund der feststehenden Enterbung des Pflichtteilsberechtigten nicht möglich. Der Erblasser hat nicht den einzelnen Gesellschafter zum Erben eingesetzt, sondern die Gesellschaft als solche. Der Pflichtteilsberechtigte ist demnach enterbt und ihm steht ein Pflichtteilsanspruch zu. Die Verweigerung des Pflichtteilsanspruchs nur aufgrund von Ungerechtigkeiten gegenüber anderen Pflichtteilsberechtigten oder etwaiger gesellschaftsrechtlicher Abfindungen bzw. Ausschüttungen ist im deutschen Erbrecht nicht vorgesehen.

Ferner wäre auch durch eine solche Konstruktion nicht gewährleistet, dass alle enterbten Pflichtteilsberechtigten den gleichen Anteil bekommen. Die Ausschüttungen oder Abfindungen des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters können zwar regelmäßig höher sein als der Pflichtteil der „normalen“ Pflichtteilsberechtigten, es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass die Ausschüttungen oder Abfindungen des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters nicht den Wert des Pflichtteils der übrigen Pflichtteilsberechtigten erreicht. In diesem Fall müsste für den pflichtteilsberechtigten Gesellschafter ein Zusatzpflichtteil konstruiert werden, um den Wertunterschied zwischen dem zugewendeten Erbteil und dem vollen Pflichtteil auszugleichen⁵²¹. Da hierfür allerdings erforderlich wäre, dass dem Pflichtteilsberechtigten durch letztwillige Verfügung ein unbeschränkter und unbeschwerter⁵²² Erbteil hinterlassen wurde, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, käme hier allenfalls eine analoge Anwendung des § 2305 BGB in Betracht. Der Pflichtteilsanspruch müsste dann nicht nur demjenigen zustehen, der durch einen Erbteil oder ein Vermächtnis an der Erbschaft partizipiert, sondern auch dem, der aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter der zur Alleinerbin eingesetzten GbR an der Erbschaft teilhat.

⁵²¹ MüKo/Lange, § 2305 RN 1

⁵²² Staudinger/Haas, § 2305 RN 2; MüKo/Lange § 2305 RN 1

Die Berechnung des Pflichtteilsrestanspruchs sähe dann folgendermaßen aus:

$$P = 0 ; PR = \frac{1}{2} E - Z$$

P steht hierbei für den Pflichtteilsanspruch, PR steht für den Pflichtteilsrestanspruch, E ist der gesetzliche Erbteil des Pflichtteilsberechtigten, Z ist die Zuwendung aufgrund der Gesellschafterstellung

Ob hier die Voraussetzungen für eine Analogie zu § 2305 BGB gegeben sind, kann jedoch dahinstehen, da es bereits an dem Rechtsgrund für die Verweigerung des Pflichtteilsanspruchs mangelt. Der Pflichtteil kann dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter nicht aufgrund von Ungleichbehandlungen gegenüber anderen Pflichtteilsberechtigten abgesprochen werden, so dass die Ungleichbehandlung nicht dadurch vermieden werden kann.

b) Vermeidung der Ungleichbehandlung durch Anrechnung der Ausschüttungen bzw. Abfindungen auf den Pflichtteil

Fraglich ist mithin, ob eine Gleichbehandlung dadurch möglich ist, dass etwaige Ausschüttungen und/oder Abfindungen auf den Pflichtteil des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters angerechnet werden.

Es stellt sich die Frage, ob eine Anrechnung der Ausschüttungen und/oder Abfindungen auf den Pflichtteil überhaupt möglich ist. Grundsätzlich kann der Erblasser den Pflichtteil, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind, nicht durch eine Verfügung von Todes wegen schmälern. Falls davon ausgegangen wird, dass der Pflichtteilsberechtigte von der Erbschaft völlig ausgeschlossen ist, so entsteht der Pflichtteilsanspruch in voller Höhe. Eine Anrechnung von Ausschüttungen und/oder Abfindungen kann auf diesen Pflichtteilsanspruch nicht vorgenommen werden.

Möglicherweise muss der Pflichtteilsberechtigte sich die Zuwendung, die er durch die Gesellschafterstellung mittelbar erhalten hat, gem. §§ 2315,2316 BGB anrechnen lassen.

§ 2315 BGB zufolge muss sich der Pflichtteilsberechtigte dasjenige auf den Pflichtteil anrechnen lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Die §§ 2315,2316 BGB bilden von dem in § 2311 BGB festgelegten Grundsatz, dass bei der Berechnung des Pflichtteils der Bestand des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde gelegt

werden muss, eine Ausnahme. Die Anrechnung gem. § 2315 BGB schmälert den Pflichtteil des Anrechnungspflichtigen um den erhaltenen Vorempfang⁵²³. § 2316 BGB dient hingegen dem Zweck, dass die bei der gesetzlichen Erbfolge stattfindende Ausgleichung unter Abkömmlingen auch bei der Berechnung des Pflichtteils Anwendung findet.

Die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs würde dann folgendermaßen aussehen:

$$P = (N + Z) : 2E - Z$$

P steht hierbei für den Pflichtteilsanspruch, E ist der gesetzliche Erbteil des Pflichtteilsberechtigten, Z ist die anrechnungspflichtige Zuwendung und N ist der reine Nachlass.

Voraussetzung für die Anrechnungspflicht gem. § 2315 I BGB ist eine lebzeitige freigiebige Zuwendung des Erblassers. Durch diese Zuwendung muss der mutmaßliche Nachlass gemindert werden⁵²⁴. Diese Minderung kann sowohl dinglicher als auch obligatorischer Natur sein.

Die Zuwendung muss also, um anrechnungspflichtig sein zu können, eine lebzeitige Zuwendung sein⁵²⁵. Der Grund für diese Einschränkung ist, dass die Wirkung von Zuwendungen von Todes wegen auf den Pflichtteil bereits von den §§ 2305 bis 2307 BGB erfasst sind. Vorliegend handelt es sich jedoch keineswegs um eine lebzeitige Zuwendung, sondern um eine Zuwendung von Todes wegen.

Da es sich bei der Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten an der Erbschaft durch seine Gesellschafterstellung nicht um eine lebzeitige Zuwendung handelt, muss sich der Pflichtteilsberechtigte diese Zuwendung jedenfalls nicht gem. § 2315 BGB auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen. Anders ist dies lediglich in dem Fall zu sehen, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten bereits vor seinem Tod den Gesellschaftsanteil zuwendet und der Pflichtteilsberechtigte schon dadurch zum Gesellschafter wird. In der Zuwendung des Gesellschaftsanteils ist dann eine lebzeitige Zuwendung zu sehen, die gem. § 2315 BGB auf den Pflichtteil angerechnet werden kann. Zudem hätte die Zuwendung mit der Bestimmung erfolgen müssen, dass diese auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Diese einseitige empfangsbedürftige Erklärung hätte der Erblasser vor oder bei der Zuwendung

⁵²³ MüKo/Lange, § 2315 RN 2

⁵²⁴ BGH DNotZ 1963, 113, 114; OLG Düsseldorf ZEV 1994, 173

⁵²⁵ RGZ 67, 306, 307.

treffen müssen⁵²⁶. Zwar genügt auch eine „stillschweigende“ Anrechnungsbestimmung, wenn sie dem Berechtigten bewusst geworden ist, allerdings dürfte eine solche Bestimmung eher die Ausnahme darstellen.

Als Resultat steht also fest, dass die Anrechnung von Ausschüttungen oder Abfindungen auf den Pflichtteil gem. § 2315 BGB nicht möglich ist.

c) Fazit

Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung bleibt folglich festzuhalten, dass die Ungleichbehandlung von „normalen“ Pflichtteilsberechtigten gegenüber pflichtteilsberechtigten Gesellschaftern nicht dadurch vermieden werden kann, dass der Pflichtteilsanspruch dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter verweigert wird und ihm somit ein Pflichtteilsrestanspruch gem. §§ 2305 ff BGB zustehen würde, oder er sich Ausschüttungen und Abfindungen gem. § 2315 BGB auf den Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen muss. Die Ungleichbehandlungen müssen daher hingenommen werden. Der pflichtteilsberechtigte Gesellschafter kann zwar durch seine Gesellschafterstellung mittelbar an der Erbschaft partizipieren, allerdings ist er dennoch im Sinne des BGB enterbt. Für eine Entziehung oder Einschränkung des Pflichtteilsanspruchs gibt es jedenfalls keinen Grund.

5.) Ergebnis zu I.

Der erbrechtlichen Betrachtungsweise muss gefolgt werden, so dass dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter unabhängig von seiner Gesellschafterstellung ein Pflichtteilsanspruch dann zusteht, wenn er selbst von dem Erblasser enterbt ist. Hierbei muss er sich weder Abfindungen noch Ausschüttungen in irgendeiner Art auf den Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen. Der Erblasser hat die GbR zur Alleinerbin eingesetzt. Aus diesem Grund ist auch der pflichtteilsberechtigte Gesellschafter durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so dass er gegen die GbR Pflichtteilsansprüche geltend machen kann⁵²⁷. Hat der pflichtteilsberechtigte Gesellschafter jedoch bereits den Gesellschaftsanteil des Erblassers wie in Beispiel 17 vermacht bekommen, muss er sich diesen wertmäßig auf den Pflichtteil anrechnen lassen.

⁵²⁶ RG SeuffA 76 Nr. 57 = LZ 1921, 144

⁵²⁷ so im Ergebnis auch Gerhard Otte, Zur Erbfähigkeit der Personengesellschaften, Festschrift für Harm Peter Westermann, 2008, S. 540

Die erbrechtliche Betrachtungsweise sollte allerdings teilweise durch einen gesellschaftsrechtlichen Ansatz erweitert werden. Zwar besteht regelmäßig keine Treuepflicht des Gesellschafters, allerdings könnte eine solche Treuepflicht, den Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen, gegenüber der Gesellschaft dann bestehen, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sonst nicht gewahrt würde.

Dem pflichtteilsberechtigten Gesellschafter einer zur Erbin eingesetzten Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht folglich ein Pflichtteilsanspruch in voller Höhe zu. *Flumes* Frage, wie es mit dem Pflichtteilsrecht eines Gesellschafters einer zur Erbin eingesetzten Gesellschaft aussähe, ist hiermit beantwortet

II. Auswirkungen der Erbunwürdigkeit einzelner Gesellschafter auf die GbR

Flume stellte ferner die These auf, dass die Regeln, welche die Erbunwürdigkeit der einzelnen Erben betreffen, nicht mit der Erbeinsetzung einer Personengruppe zu vereinbaren sind⁵²⁸.

Beispiel 19:

Der Erblasser E setzt die GbR X zu seiner Alleinerbin ein. Der Gesellschafter A der GbR X tötet den Erblasser E.

Es stellt sich die Frage, inwiefern die Erbeinsetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit den Regeln bezüglich der Erbunwürdigkeit zu vereinbaren ist.

1.) Die Erbunwürdigkeit

Die Erbunwürdigkeit gem. § 2339 BGB ist keine allgemeine Erbunwürdigkeit, sondern nur eine solche gegenüber einem bestimmten Erblasser. Durch die Vorschriften die Erbunwürdigkeit betreffend soll verhindert werden, dass sich ein gesetzlicher oder ein durch Verfügung von Todes wegen eingesetzter Erbe das Vermögen des Erblassers verschafft, indem er den Tod des Erblassers herbeiführt oder ihn daran hindert, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu ändern.

⁵²⁸ Flume, Die Personengesellschaft § 7 III 6

Die Unwürdigkeitsgründe erfassen alle Formen der Mittäterschaft und Teilnahme, wobei Motiv und Zweck der Verfehlung unerheblich sind. Diese Erbunwürdigkeitsgründe sind in § 2339 I BGB erschöpfend aufgezählt⁵²⁹.

Der Normzweck der Vorschriften über die Erbunwürdigkeit ist umstritten. Zum einen wird eine zivilrechtliche Strafe angenommen⁵³⁰, zum anderen wird der Grund für die Erbunwürdigkeit darin gesehen, dass der Wille des Erblassers nicht ausreichend zum Ausdruck gekommen sei, so dass die Vorschriften über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen und die Entziehung des Pflichtteilsrechts ergänzt werden müssten⁵³¹. Das Gerechtigkeitsempfinden verlangt deshalb den Ausschluss oder die Beschränkung des Erbrechts⁵³². Dabei wird von der Hypothese ausgegangen, dass der Wille des Erblassers auf eine Enterbung des Täters gerichtet sei⁵³³. Da die Enterbung durch den Erblasser nicht mehr möglich ist, helfen die Regeln über die Erbunwürdigkeit, den mutmaßlichen Willen des Erblassers zu befolgen.

§ 2339 I Nr. 1 enthält die Erbunwürdigkeitsgründe im Falle von Mord, Totschlag und versuchter Tötung des Erblassers sowie bei Versetzen in einen testierunfähigen Zustand bis zum Tode des Erblassers. Nr. 2 erfasst die Erbunwürdigkeit bei Verhinderung der Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen durch Gewalt, Drohung oder Täuschung. Nr. 3 enthält diejenigen Erbunwürdigkeitsgründe, bei denen der Täter die Errichtung oder Aufhebung der Verfügung von Todes wegen durch arglistige Täuschung oder Drohung bewirkt. Nach Nr. 4 ist erbunwürdig, wer sich gem. § 267, 271 bis 274 StGB der fälschlichen Anfertigung und der Verfälschung des Testaments schuldig gemacht hat.

Die Erbunwürdigkeit, wie sie im deutschen Recht geregelt ist, hat ihren Ursprung im römischen Recht. Handlungen, die den letzten Willen des Erblassers in verwerflicher Art und Weise beeinflusst haben, oder Vergehen gegen den Erblasser, führten im römischen Recht zur Indignität eines Erben⁵³⁴. Der Fiskus zog das Angefallene dann an sich.

⁵²⁹ vgl. BGH NJW 1968, 2051, 2052; Motive V S. 520

⁵³⁰ so Kipp/Coing § 85 II; Soergel/Damrau Vorbem I zu § 2339

⁵³¹ Prot V 636, 638; Speckmann, Erbunwürdigkeit bei Testamentseröffnung im Sinne des Erblasserwillens, JuS 1971, S. 235f

⁵³² Brox, Erbrecht, RN 274

⁵³³ Staudinger/Olshausen, § 2339 RN 6

⁵³⁴ Kaser, Römisches Privatrecht § 178 II

Im deutschen Recht wird, im Gegensatz zu anderen Ländern⁵³⁵, der Erbunwürdige Erbe. Ihm kann allerdings mit Hilfe einer Anfechtungsklage gem. § 2342 BGB die Erbschaft wieder entzogen werden. Im BGB führt demzufolge die Erbunwürdigkeit nicht zur Erbunfähigkeit, sondern es wird lediglich ein Anfechtungsrecht begründet.

Für die Erbunwürdigkeit ist objektiv erforderlich, dass der Erbe die in § 2339 I enthaltenen und teilweise auf das StGB verweisenden gesetzlichen Tatbestände erfüllt. Hieraus muss sich zumindest die abstrakte Möglichkeit der Einschränkung der Testierfreiheit ergeben.

Diese in § 2339 I BGB enthaltenen Erbunwürdigkeitsgründe genügen den verfassungsrechtlichen Vorgaben, da die Versagung der Erbwürdigkeit an ein außergewöhnlich schwer wiegendes Fehlverhalten gegenüber dem Erblasser anknüpft⁵³⁶. Der Täter muss auch widerrechtlich und schuldhaft gehandelt haben⁵³⁷.

2.) Die Erbunwürdigkeit der GbR „selbst“

Fraglich ist nunmehr, ob die Regeln über die Erbunwürdigkeit auch auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbar sind. Diesbezüglich sind zwei unterschiedliche Varianten denkbar. Zum einen könnte die GbR erst durch den Erbfall entstehen, zum anderen könnte die GbR auch schon vor dem Erbfall bestanden haben.

a) Die GbR wird erst mit dem Erbfall gegründet

In dem Fall, in dem die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor dem Erbfall nicht besteht, sondern erst von den Erben gegründet werden muss, stellen die Regelungen bezüglich der Erbunwürdigkeit kein Problem dar. In diesem Fall ist nicht die Gesellschaft Erbin geworden, sondern Erben sind nur die zukünftigen Gesellschafter. Also kommt es bei der Frage der Erbwürdigkeit auch nicht auf die Gesellschaft an sich, sondern nur auf die einzelnen Gesellschafter an. Die einzelnen zukünftigen Gesellschafter können als natürliche Personen unproblematisch erbunwürdig werden. Diese Erbunwürdigkeit hat keine Auswirkungen auf die Gesellschaft.

Die Möglichkeit, eine noch zu gründende Gesellschaft als Erbin einzusetzen, besteht, wie bereits erörtert wurde, nicht.

⁵³⁵ wie beispielsweise Österreich oder die Schweiz, die die Erbunwürdigkeit als einen Fall der Erbunfähigkeit behandeln, so dass der Erbunwürdige niemals Erbe wird

⁵³⁶ BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, RN 68 ff

⁵³⁷ Staudinger/Olshausen, § 2339 RN 24f

Das Problem der Erbnwürdigkeit der GbR besteht also zumindest in dem Fall nicht, in dem die Gesellschaft erst mit dem Erbfall durch eine testamentarische Gesellschaftsgründungsklausel gegründet wird.

b) Die GbR besteht bereits vor dem Erbfall

Wenn die GbR bereits vor dem Erbfall besteht und als solche als Erbin eingesetzt ist, stellt sich das Problem, dass alle Erbnwürdigkeitsgründe auf natürliche Personen zugeschnitten sind. Die GbR selbst ist weder im Stande den Erblasser zu töten, noch ihn daran zu hindern eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben. Auch ist sie nicht in der Lage den Erblasser durch arglistige Täuschung oder Drohung zu bestimmen, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, oder sich einer Straftat nach den §§ 267, 271 bis 274 StGB schuldig zu machen.

Da die Erbnwürdigkeitsgründe auf natürliche Personen zugeschnitten sind, ergibt sich, dass die GbR als solche nicht erbnwürdig sein kann.

Flume zieht unter anderem daraus den Schluss, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wie auch andere Personengesellschaften, nicht erbfähig ist.

Hierbei schießt er allerdings über das Ziel hinaus. Nur weil die Erbnwürdigkeitsgründe auf natürliche Personen zugeschnitten sind, den Personengesellschaften das Erbrecht zu verweigern, ist jedenfalls keine befriedigende Begründung. Die Erbnwürdigkeitsgründe sind nicht Ausdruck davon, dass nur natürliche Personen erben können. Vielmehr dienen sie dazu, dem vermuteten Willen des Erblassers, den Täter zu enterben, Rechnung zu tragen. Diese „Täter“ können nur natürliche Personen sein. Eine Personengesellschaft wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hingegen kann, wie bereits erörtert, nie einen Unwürdigkeitsgrund erfüllen.

Aus diesem Grund gibt es gar keinen Anlass zu vermuten, dass der Erblasser die GbR enterben wollte. Für eine Erbnwürdigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gibt es infolgedessen keinen Grund.

Als Ergebnis ist folglich festzuhalten, dass die GbR an sich jedenfalls erbnwürdig ist. Der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Erbfähigkeit aufgrund der Tatsache zu verweigern, dass sie nicht erbnwürdig werden kann, ginge zu weit.

3.) Die Erbunwürdigkeit einzelner Gesellschafter

Fraglich ist jedoch, inwiefern die einzelnen Gesellschafter erbunwürdig sein können. Die Gesellschafter einer GbR sind gewöhnlicherweise natürliche Personen. Diese können im Gegensatz zur GbR an sich die Voraussetzungen der Erbunwürdigkeit erfüllen.

Für die Erbunwürdigkeit ist erforderlich, dass der einzelne Gesellschafter einen der in § 2339 I BGB aufgezählten Tatbestände als Täter, Anstifter oder Gehilfe begangen hat.

Zudem muss die Geltendmachung der Erbunwürdigkeit durch Anfechtung rechtzeitig erfolgt sein. Ferner darf die Erbunwürdigkeit nicht gem. § 2339 II BGB ausgeschlossen sein.

In Beispiel 19 ist der Gesellschafter A der GbR X aufgrund der Tötung des Erblassers erbunwürdig.

4.) Auswirkungen der Erbunwürdigkeit der einzelnen Gesellschafter auf die Erbwürdigkeit der Gesellschaft

Desweiteren ist festzustellen, wie sich die Erbunwürdigkeit der einzelnen Gesellschafter auf die Erbwürdigkeit der Gesellschaft auswirkt.

Diesbezüglich gibt es zwei unterschiedliche Möglichkeiten. Einerseits könnte die Erbunwürdigkeit eines Gesellschafters die Erbunwürdigkeit der ganzen Gesellschaft nach sich ziehen, andererseits könnte die Erbunwürdigkeit eines Gesellschafters die Erbwürdigkeit der Gesellschaft vollständig unbeeinflusst lassen. Möglich ist zudem, dass die Undankbarkeit eines Beschenkten bei der Schenkung eines Gesellschaftsanteils Auswirkung auf die Erbwürdigkeit der Gesellschaft hat.

a) Die Erbunwürdigkeit eines Gesellschafters bewirkt die Erbunwürdigkeit der Gesellschaft

Zunächst wird der These nachgegangen, dass die Erbunwürdigkeit eines Gesellschafters die Erbunwürdigkeit der Gesellschaft verursacht.

Wenn im Fall der Erbeinsetzung eines Erbunwürdigen vermutet wird, dass der Erblasserwillen auf Enterbung gerichtet ist, ergibt sich das Problem, ob auch vermutet werden kann, dass der Erblasserwillen darauf gerichtet ist, dass der Erbunwürdige auch nicht anderweitig als durch seine Erbenstellung an der Erbschaft partizipieren soll. Dafür kommt etwa eine Teilhabe des Erbunwürdigen an der Erbschaft durch seine Gesellschafterstellung an der Erben-GbR in Betracht. Hierbei würde der erbunwürdige Gesellschafter nicht selbst Erbe, könnte jedoch über Umwege, nämlich als Gesellschafter der zur Erbin eingesetzten

Gesellschaft, dennoch an der Erbschaft partizipieren. Es könnte allerdings vermutet werden, dass der Erblasserwillen darauf gerichtet ist, den Erbunwürdigen vollständig von der Erbschaft fernzuhalten. Ob eine solche Partizipation eines unwürdigen Gesellschafters bei Erbeinsetzung der GbR durch eine Analogie zu § 2339 BGB verhindert werden kann, ist im Folgenden zu prüfen.

1.) Analogiefähigkeit des § 2339 BGB

Da sich die Erbunwürdigkeit nur aus § 2339 BGB ergeben kann, müsste hierfür § 2339 analog herangezogen werden. Problematisch ist hierbei, dass die Erbunwürdigkeitsgründe nach allgemeiner Meinung weder analogiefähig, noch einer extensiven Auslegung zugänglich sind⁵³⁸. Allerdings wird die erschöpfende Aufzählung in Rechtsprechung und Literatur nicht konsequent durchgehalten. Zum einen wird die Gewalt unter § 2339 I Nr.3 BGB subsumiert, zum anderen eine Analogie bei Tötung des Vorerben durch den Nacherben zugelassen⁵³⁹. Ein grundsätzlicher Ausschluss der Analogie bei den Erbunwürdigkeitsgründen ist demnach wohl nicht im Sinne des Gesetzgebers. Eine Schaffung von neuen Erbunwürdigkeitsgründen soll hingegen nicht ermöglicht werden⁵⁴⁰.

Gegen eine extensive Auslegung oder Analogie der Erbunwürdigkeitsgründe bestehen also insoweit keine Bedenken, als sie sich mit den allgemeinen Grundsätzen der Erbunwürdigkeitsgründe vereinbaren lassen⁵⁴¹. Grenzen sind der Auslegung und der Analogie nur durch die allgemeinen Auslegungsregeln gesetzt.

2.) Vergleichbarkeit mit anderen Fällen

Der Fall eines erbunwürdigen Gesellschafters ist möglicherweise mit dem Fall vergleichbar, in dem der Ehemann M die Ehefrau F, die die Mutter seiner Kinder ist, tötet. Er ist ihr gegenüber in jedem Fall erbunwürdig und kann somit nicht in den Genuss der Erbschaft kommen. Hier erben demzufolge nur die Kinder von F und M. Sterben hingegen auch noch die Kinder, kann der Vater und gleichzeitig Ehemann der von ihm getöteten F, dennoch über diesen Umweg an das Vermögen der F kommen⁵⁴².

⁵³⁸ Palandt/Edenhofer § 2339 RN 2.

⁵³⁹ BGH NJW 1968, 2051

⁵⁴⁰ so Staudinger Olshausen, § 2339 RN 21

⁵⁴¹ MüKo/Helms, § 2339 RN 6; Staudinger/Olshausen, § 2339 RN 21

⁵⁴² LG Berlin DFG 1941, 103

Diese unbillig erscheinende Handhabung des Falles wird allgemein de lege lata hingenommen⁵⁴³.

Bei der Tötung des Vorerben durch den Nacherben hingegen wird die Regelungslücke durch eine Analogie des § 162 II BGB geschlossen⁵⁴⁴. Teilweise wird sogar § 162 II BGB direkt angewandt⁵⁴⁵. Der Vorerbe ist zwar im Verhältnis zum Nacherben kein Erblasser, der Nacherbe muss sich aber so behandeln lassen, als käme er als Nacherbe nicht in Betracht. Der Nachlass fällt somit den Ersatzerben oder den gesetzlichen Erben an, wobei der unwürdige Täter selbst als Erbe nicht in Betracht kommt⁵⁴⁶.

Im ersten Fall handelt es sich bei der Teilhabe des Erbunwürdigen an der Erbschaft der getöteten Frau nur um eine mittelbare Teilhabe aufgrund eines zweiten Erbfalls. Der Erbunwürdige ist aufgrund der relativen Erbunwürdigkeit nur der getöteten Frau gegenüber erbunwürdig. Dass der Täter über die gemeinsamen Kinder an das Vermögen der Getöteten gelangt, ist von der relativen Erbunwürdigkeit nicht mehr umfasst.

Der Täter kann hier nur aufgrund eines zweiten Erbfalls an der ersten Erbschaft mittelbar partizipieren. Dieser Fall ist jedoch nicht mit dem Fall vergleichbar, in dem der Erbunwürdige durch die Gesellschaft an der Erbschaft partizipiert.

Im zweiten Fall wird die Regelungslücke, wenn überhaupt, lediglich durch eine Analogie zu § 162 II BGB geschlossen. Eine Analogie zu § 2339 BGB wird hingegen nicht vorgenommen. Auch in diesem Fall ist folglich kein Anknüpfungspunkt für eine Analogie zu § 2339 BGB zu finden.

3.) Die Entstehungsgeschichte der Unwürdigkeitsgründe

Zu prüfen bleibt, ob eine Analogie dann möglich ist, wenn ein, mehrere oder alle Gesellschafter der zur Erbin eingesetzten Gesellschaft erbunwürdig sind.

Für die Beantwortung dieser Frage sind zunächst die Leitgedanken aus der Entstehungsgeschichte der Unwürdigkeitsgründe darzulegen, um zu untersuchen, ob es im Sinne des Gesetzgebers wäre, wenn die Erbunwürdigkeitsgründe auch in den Fällen auf Gesellschaften angewandt werden, in denen einzelne Gesellschafter erbunwürdig sind.

Hierfür sind die Motive, die Protokolle der ersten und die der zweiten Kommission, wie auch der Bericht der XII. Reichstagskommission heranzuziehen.

⁵⁴³ Staudinger/Olshausen, § 2339 RN 22; MüKo/Helms, § 2339, RN 8

⁵⁴⁴ Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Auflage § 2339 RN 14 m.w.N.

⁵⁴⁵ MüKo/Frank, § 2339, RN 8; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 6 FN 26; Staudinger/Olshausen, § 2339 RN 22

Von den Motiven zum ersten Entwurf wird der Grund der Unwürdigkeit in der Gewährleistung der Testierfreiheit gesehen. Ein Strafcharakter wird ausdrücklich abgelehnt⁵⁴⁷. Die zweite Kommission vertrat den Standpunkt, dass durch die Unwürdigkeitsgründe die Vorschriften über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen und über die Entziehung des Pflichtteils ergänzt werden sollten⁵⁴⁸. Die XII. Reichstagskommission sah den Leitgedanken der Unwürdigkeitsgründe im Schutz des hypothetischen Erblasserwillens⁵⁴⁹.

Es ist also festzuhalten, dass die Unwürdigkeitsgründe zum Schutz des hypothetischen Erblasserwillens vor Verdunklung dienen, indem die Rechtsinstitute Anfechtung, Pflichtteilsentziehung, Enterbung und Widerruf ergänzt werden⁵⁵⁰.

Allerdings hat keine der Kommissionen an eine solche Fallkonstellation wie die Erbeinsetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gedacht, so dass hierfür nur die allgemeinen Ausführungen herangezogen werden können.

Da die Unwürdigkeitsgründe dem Schutz des hypothetischen Erblasserwillens vor Verdunklung dienen, könnte es auch im Fall der Erbunwürdigkeit eines Gesellschafters im Sinne des Gesetzgebers sein, wenn der hypothetische Erblasserwille durch Anwendung der Unwürdigkeitsgründe auf die Gesellschaft geschützt würde.

4.) Extensive Auslegung der Erbunwürdigkeitsgründe

Wenn einzelne Gesellschafter erbunwürdig sind und hieraus die Erbunwürdigkeit der ganzen Gesellschaft folgen soll, müssten die Erbunwürdigkeitsgründe allerdings nicht bloß extensiv ausgelegt werden, sondern es müsste eine Zurechnung des erbunwürdigen Verhaltens eines Gesellschafters an die Gesellschaft erfolgen. Eine solche Zurechnung in die Erbunwürdigkeitsgründe hineinzuprojizieren ist jedenfalls mit den allgemeinen Grundsätzen der Erbunwürdigkeitsgründe nicht vereinbar. Diese sind gerade nur auf natürliche Personen zugeschnitten und regeln die Erbunwürdigkeit gerade nur für die Personen, welche sich erbunwürdig i.S.v. § 2339 I BGB verhalten haben. Die Zurechnung erbunwürdigen Verhaltens an die Gesellschaft geht zu weit.

⁵⁴⁶ MüKo/Helms, § 2339, RN 9

⁵⁴⁷ Mot. V S. 517

⁵⁴⁸ Prot. V S. 636

⁵⁴⁹ Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, §§ 1922 – 2385, S. 2060

⁵⁵⁰ Lutz, Ist das Rechtsinstitut der Erb-, Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit reformbedürftig, S. 59

Als Ergebnis lässt sich nunmehr festhalten, dass die Erbnwürdigkeit eines Gesellschafters jedenfalls nicht die Erbnwürdigkeit der ganzen Gesellschaft nach sich zieht.

b) Auswirkung der Undankbarkeit bei einer Schenkung an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Möglicherweise könnte die Undankbarkeit eines Gesellschafters dann Auswirkungen haben, wenn der Erblasser sein Vermögen an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verschenkt.

Beispiel 20:

E verschenkt einen Teil seines Vermögens vor seinem Tod an die GbR X. Der Gesellschafter A der GbR X tötet E vorsätzlich und widerrechtlich. B und C sind Erben des E. Sie wollen die Schenkung widerrufen und das Geschenk zurückfordern.

Es stellt sich die Frage, ob den Erben, B und C, ein Widerrufsrecht gem. § 530 II BGB zusteht. Ein Widerrufsrecht der Erben des Schenkers besteht für den Fall, dass der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder diesen am Widerruf gehindert hat. Voraussetzung für eine Schenkung ist, dass eine vermögensverschiebende Zuwendung von dem Schenkenden an den Beschenkten vorliegt. Hier liegt eine Schenkung des E an die GbR X vor.

Problematisch ist allerdings, dass sich die Gesellschaft als Beschenkte selbst nicht einer schweren Verfehlung gegen den Schenker oder dessen nahen Angehörigen schuldig machen kann. Auch eine vorsätzliche und widerrechtliche Tötung des Schenkers oder eine Hinderung am Widerruf ist für die GbR nicht möglich.

Für eine juristische Person wurde bereits entschieden, dass § 530 BGB nicht anwendbar ist⁵⁵¹. Dem folgt auch die wohl herrschende Meinung⁵⁵². Grund hierfür ist, dass sich nur natürliche Personen als undankbar erweisen können⁵⁵³. Da der Beschenkte selbst die den Undank darstellenden Verfehlungen begangen haben muss, genügt das Verhalten eines Vertreters nicht⁵⁵⁴. Ausnahmen werden nur dann gemacht, wenn eine Einmanngesellschaft oder alle Mitglieder einer juristischen Person grob undankbar sind. § 530 BGB wird von einem Teil der Literatur dann auf eine juristische Personen angewandt, wenn sich diese das Verhalten ihrer

⁵⁵¹ RG SeuffA 85 Nr. 127 ; OLG Düsseldorf NJW 1966, 550, 551

⁵⁵² Staudinger/Cremer, 13. Bearbeitung, § 530 RN 13; BGB-RGRK/Metzger, § 530 RN 4; Palandt/Weidenkaff, § 530 RN 1; Jauernig/Mansel, §§ 530 – 533 RN 1; Soergel/Teichmann, § 530 RN 13

⁵⁵³ Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 591

⁵⁵⁴ BGH NJW 62, 956

organschaftlichen Vertreter zurechnen lassen muss⁵⁵⁵. Gleiches könnte auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gelten. Problematisch ist hieran aber, dass nur das Handeln vertretungsberechtigter Gesellschafter für und gegen die Gesellschaft wirkt. Folglich könnte auch nur das undankbare Verhalten eines vertretungsberechtigten Gesellschafters zu dem groben Undank der Gesellschaft führen. Das grob undankbare Verhalten nicht vertretungsberechtigter Gesellschafter hätte für das Widerrufsrecht keine Auswirkung. Eine solche Konstruktion des Widerrufsrechts bei juristischen Personen und Personengesellschaften scheint deshalb verfehlt, so dass § 530 BGB weder bei juristischen Personen noch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Anwendung findet.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass für die Erben des E keine Möglichkeit besteht, die Schenkung des E an die GbR X zu widerrufen. Das undankbare Verhalten eines Gesellschafters im Falle der Schenkung an eine GbR hat folglich, wie auch bei der Erbeinsetzung der GbR, auf die Gesellschaft keinen Einfluss.

c) Auswirkungen der Undankbarkeit bei der Schenkung eines Gesellschaftsanteils

Möglicherweise könnte die Undankbarkeit bzw. Unwürdigkeit eines Gesellschafters dann Auswirkungen haben, wenn der Erblasser einen Gesellschaftsanteil verschenkt.

Beispiel 21:

Der Gesellschafter E der GbR X überträgt dem A unentgeltlich einen Gesellschaftsanteil. A verhält sich dem E gegenüber grob undankbar.

Gesellschaftsanteile können Gegenstand einer Schenkung sein⁵⁵⁶. Trotz der Unentgeltlichkeit handelt es sich bei der unentgeltlichen Übertragung eines Gesellschaftsanteils an einer BGB-Gesellschaft um eine gemischte Schenkung, da der mit dem Erwerb verbundene Vermögensvorteil in der Regel die Risikoübernahme und die eigene Leistung des Beschenkten überwiegen wird⁵⁵⁷. Dies gilt insbesondere dann, wenn ausreichendes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist und eine etwaige Mitarbeit durch ein besonderes Entgelt abgegolten wird.

⁵⁵⁵ Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 530 RN 30; MüKo/Kollhosser, § 530 RN 9

⁵⁵⁶ Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 516 RN 151

⁵⁵⁷ OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 1123, 1124

Bei der unentgeltlichen Übertragung des Gesellschaftsanteils von E an A handelt es sich folglich um eine gemischte Schenkung. Auch diese Art von Schenkung unterliegt dem Schenkungswiderruf⁵⁵⁸.

Gem. § 530 I BGB kann der Schenker die Schenkung widerrufen, wenn sich der Beschenkte des groben Undanks schuldig gemacht hat. E kann in Beispiel 21 folglich die Schenkung des Gesellschaftsanteils an A wegen groben Undanks widerrufen.

Gesellschaftsrechtliche Grundsätze hindern den Widerruf der Schenkung eines Gesellschaftsanteils wegen groben Undanks nicht, da Gesellschafts- und Schenkungsrecht gleichberechtigt nebeneinander stehen⁵⁵⁹. Der Beschenkte hat folglich den Anteil auf den Schenker zurückzuübertragen.

Beispiel 22:

Der Gesellschafter E der GbR X überträgt dem A unentgeltlich einen Gesellschaftsanteil. E setzt schließlich die GbR X zu seiner Alleinerbin ein. A tötet E vorsätzlich und widerrechtlich.

Bei diesem Beispiel stellt sich die Frage, wie eine Partizipation des A an der Erbschaft des E verhindert werden kann, da dieser den E vorsätzlich und widerrechtlich getötet hat.

Auch hier handelt es sich bei der unentgeltlichen Übertragung des Gesellschaftsanteils von E an A um eine gemischte Schenkung.

Der Schenker E könnte die Schenkung wegen groben Undanks gem. § 530 widerrufen, er ist jedoch aufgrund der Tötung durch A dazu nicht mehr in der Lage. Der Widerruf ist als höchstpersönliches Recht grundsätzlich weder vererblich noch verpfändbar oder abtretbar. Hiervon wird lediglich dann eine Ausnahme gemacht, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und rechtswidrig getötet oder am Widerruf gehindert hat. Dann steht auch den Erben des Schenkers das Widerrufsrecht gem. § 530 II BGB zu.

Im vorliegenden Beispielfall hat A den E vorsätzlich und rechtswidrig getötet. Erbin des E ist die GbR X. Diese hat dementsprechend ein Widerrufsrecht gem. § 530 II BGB.

Im Fall der Schenkung eines Gesellschaftsanteils kann folglich die GbR selbst durch Ausüben des Widerrufsrechts verhindern, dass ein grob undankbarer Gesellschafter an der Erbschaft

⁵⁵⁸ BGHZ 3, 206; 30, 120

⁵⁵⁹ BGHZ 112, 40 = NJW 1990, 2616, 2618; MüKo/Kollhosser, § 530 RN 6; Schmidt, BB 1990, 1992, 1995; Kollhosser, AcP 194 (1994), 231, 239 f; Lindacher, JuS 1995, 1002, 1004

des Erblassers partizipiert. Dies stellt jedoch lediglich einen Sonderfall dar. Hier kann der „neue“ Gesellschafter nur aufgrund seines groben Undanks nicht an der Erbschaft des E partizipieren, nicht jedoch aufgrund seiner Erbunwürdigkeit. Zwar ist er bei der Erbschaft der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesellschafter, allerdings kann seine Partizipation an der Erbschaft bereits durch den Widerruf der Schenkung des Gesellschaftsanteils rückgängig gemacht werden. Einer Zurechnung seiner Undankbarkeit bzw. Unwürdigkeit an die BGB-Gesellschaft bedarf es folglich nicht. Nicht der Gesellschafter, sondern die Gesellschaft ist Erbin geworden. Ihre Erbwürdigkeit verliert die Gesellschaft also auch in diesem Fall nicht. Hier kommt es nur darauf an, dass sich der neue Gesellschafter als Beschenkter seinem Schenker gegenüber grob undankbar verhalten hat.

d) Konsequenz für den Erblasser

Der Erblasser sollte sich, wenn er zugunsten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verfügt, bewusst sein, dass diese Erbeinsetzung nicht aufgrund von Erbunwürdigkeit gem. § 2340 BGB angefochten werden kann. Er muss folglich bedenken, dass ein gem. § 2339 BGB eigentlich Erbunwürdiger durch seine Stellung als Gesellschafter der zur Erbin eingesetzten Gesellschaft dennoch über diesen Umweg an seiner Erbschaft partizipieren kann. Dies gilt selbst dann, wenn alle Gesellschafter der zur Erbin eingesetzten Gesellschaft bürgerlichen Rechts erbunwürdig sind. Selbst dann ist die Gesellschaft als solche nicht erbunwürdig und eine Anfechtung gem. § 2340 BGB nicht möglich

Dies mag für diejenigen, die von der Erbfolge ausgeschlossen sind, unbefriedigend sein. Da aus der Unwürdigkeit des einzelnen Gesellschafters jedoch nicht die Erbunwürdigkeit der Gesellschaft resultiert, scheidet eine Anfechtung gem. § 2340 BGB aus.

Will der Erblasser dieses Risiko, dass ein Erbunwürdiger mittelbar an der Erbschaft teilhat, nicht eingehen, so darf er nicht zugunsten einer Personengesellschaft verfügen, sondern muss dies zugunsten von natürlichen Personen tun.

Wenn der Erblasser dennoch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu seiner Erbin einsetzen will, dann kann er die Beteiligung Erbunwürdiger allenfalls dadurch verhindern, dass er die Erbunwürdigkeit der Gesellschafter zur auflösenden Bedingung der Erbeinsetzung der Gesellschaft macht.

5.) Ergebnis zu II.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Erbwürdigkeit einzelner Gesellschafter nicht die Erbwürdigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts beeinflusst. Diese bleibt erbwürdig⁵⁶⁰. Eine Partizipation eines unwürdigen bzw. undankbaren Gesellschafters kann nur in dem Fall verhindert werden, in dem dieser Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil vom Erblasser geschenkt bekommen hat und diese Schenkung durch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Erbin des Erblassers widerrufen wurde. *Flumes* These, dass die Regeln, welche die Erbwürdigkeit der einzelnen Erben betreffen, nicht mit der Erbeinsetzung einer Personengruppe zu vereinbaren seien, sind folglich nicht haltbar. Die Erbfähigkeit kann der Gesellschaft bürgerlichen Rechts daher zumindest nicht aus diesem Grund versagt werden.

III. Gestaltung des Vorkaufsrechts der Miterben

Als weiteres Problem bei der Erbeinsetzung einer Gesellschaft wird von *Flume* die Gestaltung des Vorkaufsrechts der Miterben angesehen⁵⁶¹. Bei der Erbeinsetzung einer Gesellschaft zur Miterbin könne über Änderungen in der Gesellschaft, insbesondere durch Auswechslung aller Mitglieder der Gesellschaft, der Miterbenanteil auf ganz andere Personen übergehen, ohne dass das Vorkaufsrecht der Miterben ausgelöst würde.

1.) Vorkaufsrecht der Miterben

Den Miterben steht gem. § 2034 BGB ein Vorkaufsrecht zu. Da es gem. § 2033 BGB den einzelnen Miterben freisteht über ihren Nachlassteil zu verfügen, wird den übrigen Miterben ein Vorkaufsrecht zugebilligt, um ein unerwünschtes Eindringen Außenstehender und eine Überfremdung der Miterben nach Möglichkeit einzuschränken⁵⁶². Hierdurch soll verhindert werden, dass der Fortbestand oder die Auseinandersetzung der zumeist familiär bestimmten Erbengemeinschaft vom Willen eines Nichterben abhängig gemacht wird⁵⁶³. Es wird also ein Kompromiss zwischen den Interessen des ausscheidungswilligen Miterben einerseits und denen der verbleibenden Gesamthänder andererseits geschlossen.

⁵⁶⁰ dazu mit gleichem Ergebnis uach Gerhard Otte, Zur Erbfähigkeit der Personengesellschaften, Festschrift für Harm Peter Westermann, 2008, S. 541f

⁵⁶¹ Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 6

⁵⁶² BGHZ 6, 85, 87 = NJW 1952, 870; BGHZ, 15, 102, 105 = NJW 1954, 1883; BGH LM Nr. 11 = NJW 1977, 37, 38; OLG Stuttgart NJW 1967, 2409, 2410

⁵⁶³ BGH NJW 1982, 330; BGH NJW 1983, 1555

Die Voraussetzung für ein Vorkaufsrecht der Miterben ist, dass ein Miterbe seinen Anteil freiwillig an einen Dritten verkauft.

Bei Tausch, Schenkung, Verpfändung oder beim Zwangsverkauf im Wege der Zwangsvollstreckung entsteht es hingegen nicht⁵⁶⁴. Diese Beschränkung beruht auf den befürchteten Schwierigkeiten hinsichtlich der Festsetzung des vom Vorkaufsberechtigten zu erbringenden Entgelts⁵⁶⁵. Diese Schwierigkeiten wurden jedoch bei der Weiterveräußerung des Anteils in Kauf genommen⁵⁶⁶, so dass die in § 2034 BGB festgelegte Beschränkung teilweise nicht mehr gerechtfertigt scheint⁵⁶⁷.

Der Kaufvertrag muss auch gültig sein. Ein nichtiger oder unwirksamer Kaufvertrag löst das Vorkaufsrecht nicht aus.

Gegenstand des Verkaufes muss der Miterbenanteil sein. Das Vorkaufsrecht erlischt folglich nach der vollständigen Auseinandersetzung

Ferner muss der Anteil durch den Miterben verkauft werden. Miterben im Sinne von § 2034 BGB sind auch Erben des Miterben⁵⁶⁸. Dieser Verkauf muss an einen Dritten erfolgen. Dritte sind alle Personen, die nicht Miterben sind. Ein Verkauf an einen Miterben löst das Vorkaufsrecht hingegen nicht aus⁵⁶⁹. Allerdings ist auch der Erbteilserwerber, der bereits einen Erbteil erworben hat, Dritter. Im Gegensatz dazu sind die Erben eines Miterben, die den Erbteil im Wege der Erbfolge erlangt haben, nicht Dritte. Ebenso wenig sind Miterben Dritte, die bereits durch Erbteilsveräußerung aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden sind.

Das Vorkaufsrecht steht allerdings nicht den einzelnen Miterben, sondern nur den sämtlichen übrigen Miterben gemeinschaftlich zu. Sie müssen es einheitlich ausüben.

Als Rechtsfolge der Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht ein Schuldverhältnis zwischen den Berechtigten, also den vorkaufsausübenden Miterben, und dem Verpflichteten, dem verkaufenden Miterben, das kraft Gesetzes zustande kommt und sich nach dem Kaufrecht richtet⁵⁷⁰. Es entspricht inhaltlich der Vereinbarung zwischen Verkäufer und Dritten gem. § 464 II BGB. Hierdurch wird ein Anspruch auf Anteilsübertragung auf die Berechtigten als Gesamthänder im Verhältnis ihrer Anteile zueinander gem. § 2033 I BGB begründet.

⁵⁶⁴ Soergel/Wolf, § 2034 RN 2; Staudinger/Werner, § 2034 RN 4; Brox, Erbrecht, RN 456; Knüfermann, Das Miterbenvorkaufsrecht, §§ 2034 – 2037, S. 27 ff; Wäntig, DNotV 1906, 410

⁵⁶⁵ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 42 III 2 a

⁵⁶⁶ vgl. § 2037, hier wird jede Anteilsübertragung erfasst

⁵⁶⁷ Staudinger/Werner, § 2034 RN 5

⁵⁶⁸ dies gilt allerdings nur dann wenn von dem Alleinerbenerben oder von allen Miterbenerben über den Nachlass des ersten Erblassers verfügt wird; BGH NJW 1966, 2207; 1969, 92

⁵⁶⁹ BGH WM 1972, 505

⁵⁷⁰ BGHZ 6, 85 ff

2.) Vorkaufsrecht bei Gesellschaften als Miterben

Die Problematik der Reichweite des Vorkaufsrechts der Miterben stellt sich nicht nur bei der Erbeinsetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern auch bei zu Erben berufenen Kapitalgesellschaften.

Fraglich ist, in welchen Fällen den Miterben bei einer solchen Gestaltung ein Vorkaufsrecht zustehen soll: Dann, wenn ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil verkauft, dann, wenn alle Gesellschafter ihre Gesellschaftsanteile verkaufen, oder soll den Miterben in diesen Fällen ein Vorkaufsrecht generell verweigert werden?

Zunächst ist Voraussetzung für das Entstehen eines Vorkaufsrechts, dass ein Miterbe seinen Miterbenanteil verkauft. Im Fall der Erbeinsetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Miterbin ist neben anderen Miterben allein die Gesellschaft Miterbin geworden, nicht jedoch sind es die einzelnen Gesellschafter.

Falls also die Gesellschaft als Miterbin ihren Miterbenanteil verkaufen würde, stünde den anderen Miterben gem. § 2034 BGB unproblematisch ein Vorkaufsrecht zu. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist als Gesellschaft Miterbin geworden, so dass die Voraussetzungen von § 2034 BGB, dass ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten verkauft, erfüllt sind.

Fraglich ist, ob den Miterben auch dann ein Vorkaufsrecht zusteht, wenn einzelne oder alle Gesellschafter ihren Gesellschafteranteil an der Erben-Gesellschaft verkaufen, und damit mittelbar auch einen Teil des Miterbenanteils oder den ganzen Miterbenanteil verkaufen.

a) Vorkaufsrecht der Miterben beim Verkauf eines Anteils am Nachlass eines verstorbenen Miterben

Teilweise wird die Reichweite des Vorkaufsrechts der Gesellschafter verglichen mit der Reichweite des Vorkaufsrechts der Miterben beim Verkauf eines Anteils am Nachlass des verstorbenen Miterben⁵⁷¹. In beiden Fallkonstellationen stellt sich ein ähnliches Rechtsproblem.

Verstirbt ein Miterbe des ursprünglichen Erblassers, so entsteht hierdurch ein weiterer Nachlass. Veräußern die Erben des zweiten Erblassers den Miterbenanteil am Nachlass des ersten Erblassers, so steht den übrigen Miterben des ersten Erblassers unstreitig ein

⁵⁷¹ Scherer/Feick, Die GbR als Erbin – Thesen und Gestaltungsmöglichkeiten, ZEV 2003, 341 (344)

Vorkaufsrecht gem. § 2034 BGB zu⁵⁷². Grund dafür ist, dass die Miterben des Miterben in dessen Erbenstellung einrücken⁵⁷³.

Veräußern einzelne Miterben des zweiten Erblassers jedoch nur ihren Miterbenanteil am Nachlass des Miterben, stellt sich die Frage, ob den Miterben des ersten Erblassers hier dennoch ein Vorkaufsrecht zugebilligt werden muss.

Der BGH hat hierin eine Veräußerung des Miterbenanteils am ersten Nachlass gesehen und daher auch den Miterben des ersten Nachlasses ein Vorkaufsrecht zugesprochen⁵⁷⁴.

Diesem Urteil wurde jedoch viel Kritik entgegengebracht⁵⁷⁵. Vor allem wurde bemängelt, dass hierdurch konkurrierende Vorkaufsrechte aus zwei Nachlässen entstünden und dass durch die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Miterben des ersten Nachlasses zwar verhindert werde, dass der Käufer in die erste Miterbengemeinschaft gelange; dafür werde aber gerade bewirkt, dass die Miterben des ersten Nachlasses in die Miterbengemeinschaft des zweiten Nachlasses gelangen. Dies würde dem Zweck des Vorkaufsrechts der Miterben widersprechen⁵⁷⁶. Außerdem solle das Vorkaufsrecht nur vor Eindringen Dritter durch Veräußerung, nicht aber durch Erbfolge schützen. Hierzu gehöre aber auch die Möglichkeit der Weiterübertragung von Miterbenanteilen am zweiten Nachlass.

Später hat der BGH seine Ansicht nur für diejenigen Fälle aufrecht erhalten, in denen der zweite Nachlass lediglich aus dem Miterbenanteil am ersten besteht⁵⁷⁷ und in denen alle Miterben des zweiten Nachlasses ihre Anteile durch ein einheitliches Rechtsgeschäft verkaufen⁵⁷⁸.

Dieser Rechtsprechung wurde dann auch allgemein zugestimmt⁵⁷⁹. Dadurch, dass der Verkauf durch alle Miterben gefordert wird, entsteht das Problem der konkurrierenden Vorkaufsrechte erst gar nicht.

⁵⁷² BGH LM Nr. 4 zu § 2034 = NJW 1966, 2207; BGH NJW 1993, 726; Johannsen, WM 1970, 746; Staudinger/Werner, § 2034 RN 6; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 44 III 2 b); Palandt/Edenhofer, § 2034 RN 2; Erman/Schlüter, § 2034 RN 2; Soergel/Wolf, § 2034 RN 6.

⁵⁷³ BGH NJW 1993, 726

⁵⁷⁴ BGH NNJW 1969, 92 f

⁵⁷⁵ Staudinger/Werner, § 2034 RN 6; Kanzleiter, Anmerkung zu BGH NJW 1969, 92 f, DNotZ 1969, S. 625 ff; Schubert, Anm. zu BGH JR 1975, 288, JR 1975, 290

⁵⁷⁶ Kanzleiter, Anmerkung zu BGH NJW 1969, 92 f, DNotZ 1969, S. 625 ff; Schubert, Anm. zu BGH JR 1975, 288, JR 1975, 290

⁵⁷⁷ BGH JR 1975, 288 (289)

⁵⁷⁸ BGH Urt. v. 2.7.70- III ZR 27/67

⁵⁷⁹ So Palandt/Edenhofer, §§ 2034 RN 2 m.w.N.

b) Analoge Anwendung des § 2034 BGB für den Fall des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen von Gesellschaftern einer Erben-Gesellschaft

Zum Teil werden die oben beschriebenen Rechtsgrundsätze einfach auf die Gesellschafter einer Erben-GbR, die als Miterbin Mitglied einer Erbengemeinschaft ist, übertragen⁵⁸⁰. Den Miterben stehe dementsprechend dann kein Vorkaufsrecht zu, wenn lediglich einzelne Gesellschafter ihre Gesellschaftsanteile verkaufen. Wenn hingegen alle Gesellschafter ihre Gesellschaftsanteile veräußern und außerdem das Vermögen der GbR ausschließlich in dem Nachlass des Erblassers besteht, dann könne man von einem Vorkaufsrecht der Miterben gem. § 2034 I BGB analog ausgehen.

Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist, dass das Gesetz einen Sachverhalt ungeregelt lässt, der nach seinem Regelungsplan einer Regelung bedarf⁵⁸¹. Hierbei wird ein für einen ähnlichen Sachverhalt in einer einzelnen oder mehreren Vorschriften enthaltener Gesetzeszweck auf den nicht geregelten Sachverhalt entsprechend angewandt. Bei der Frage, ob die beiden Sachverhalte einander ähnlich sind, ist entscheidend, ob sie in den für die rechtliche Wertung maßgeblichen Hinsichten vergleichbar sind.

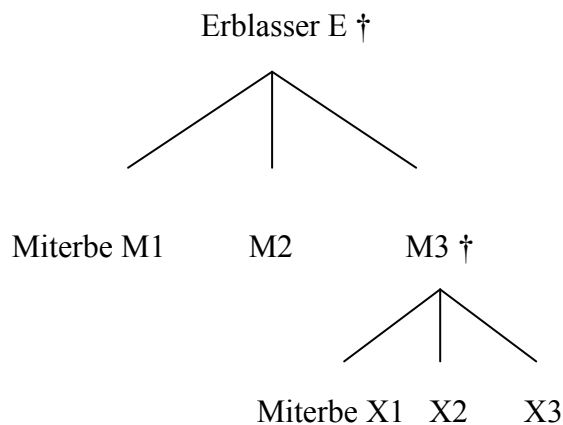
(1) Ähnlichkeit der Sachverhalte

Fraglich ist somit, ob der Fall, in dem Gesellschaftsanteile einer Erben-GbR verkauft werden, mit dem Fall vergleichbar ist, in dem die Erben eines Miterben ihren Anteil am Nachlass des verstorbenen Miterben verkaufen. Im zweiten Fall steht den Miterben des ersten Nachlasses ein Vorkaufsrecht zu. Voraussetzung ist nach allgemeiner Meinung nur, dass der zweite Nachlass lediglich aus dem Miterbenanteil am ersten besteht und alle Miterben des zweiten Nachlasses ihre Anteile durch ein einheitliches Rechtsgeschäft verkaufen.

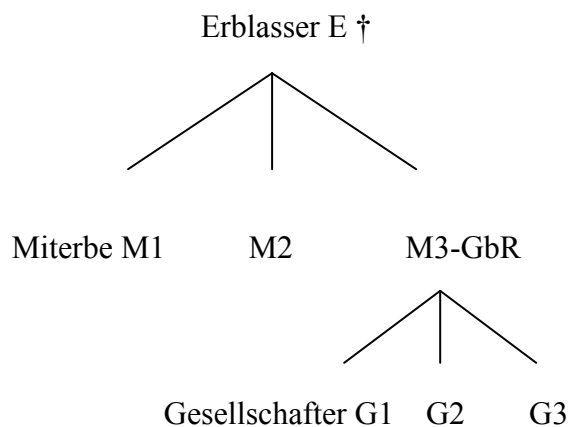
⁵⁸⁰ Scherer/Feick, Die GbR als Erbin – Thesen und Gestaltungsmöglichkeiten, ZEV 2003, 341 (344)

⁵⁸¹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381ff; Bydlinski, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, S. 475

Graphische Darstellung im Fall der Erbeserben



Graphische Darstellung im Fall der Gesellschafter



Optisch lässt sich zumindest auf den ersten Blick kaum ein Unterschied feststellen. In beiden Fällen wird der Erblasser E von drei Erben beerbt, die gemeinsam eine Erbengemeinschaft bilden. In der ersten Darstellung sind dies die Miterben M1, M2 und M3, in der zweiten Darstellung M1, M2 und die M3-GbR. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Darstellungen ist der, dass im ersten Erbfall M3 eine natürliche Person ist und im zweiten Erbfall eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

In der zweiten Ebene lässt sich graphisch ebenfalls eine Gemeinsamkeit feststellen. M3 enthält sowohl in der ersten, als auch in der zweiten Darstellung 3 Untergruppen. In der ersten Darstellung sind dies X1, X2 und X3, in der zweiten Darstellung G1, G2 und G3.

Bei genauerem Betrachten der beiden Darstellungen lässt sich jedoch erkennen, dass in der ersten Darstellung zwei Erbfälle enthalten sind, zum einen der des Erblasser E, zum anderen der des Erblasser M3; in der zweiten Darstellung ist lediglich ein Erbfall, nämlich der des Erblasser E, enthalten. Es handelt sich bei den Untergliederungen in der zweiten Ebene im ersten Fall um Erben des M3, im zweiten Fall um Gesellschafter der M3-GbR.

Das Vorkaufsrecht wird, wie bereits erörtert, dann gewährt, wenn ein Miterbe seinen Anteil freiwillig an einen Dritten verkauft. Auf der ersten Ebene, bei dem Nachlass des Erblassers E, haben in der ersten Darstellung die Miterben M1, M2 und M3 ein Vorkaufsrecht gem. § 2034 BGB, wenn einer von ihnen seinen Anteil an einen Dritten verkauft, in der zweiten Darstellung M1, M2 und die M3-GbR. Dieses Vorkaufsrecht ist unproblematisch zu bejahen.

Der gravierendste Unterschied zwischen beiden Fällen ist der, dass die Gesellschafter der M3-GbR im Gegensatz zu den Erbeserben X1, X2 und X3 nie selbst Erben geworden sind, weder im ersten Erbfall, noch in einem weiteren. Im ersten Erbfall ist lediglich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts M3-GbR Miterbin geworden, nicht aber sind es die Gesellschafter G1, G2 oder G3. Sie sind nur mittelbar durch ihre Gesellschafterstellung am Nachlass des E beteiligt. Falls die M3-GbR ihren Anteil verkauft, steht den übrigen Miterben M1 und M2 ein Vorkaufsrecht zu. Fraglich ist aber, aus welchen Gründen dies bei den Gesellschaftern ebenfalls so sein soll. Die Erbeserben X1, X2 und X3 treten als Erben von M3 kraft Erbfolge an dessen Stelle. Im Fall der M3-GbR bleibt diese jedoch als Miterbin des ersten Erblassers bestehen. Die Gesellschafter G1, G2 und G3 treten nicht an ihre Stelle. Sie sind weiterhin nur Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Da die GbR als solche zur Erbin eingesetzt ist und nicht die einzelnen Gesellschafter, löst auch nur der Verkauf des Anteils durch die Gesellschaft als solche das Vorkaufsrecht der Miterben gem. § 2034 BGB aus.

Grund für die Existenz des Vorkaufsrechts ist, wie bereits erörtert, dass hierdurch verhindert werden soll, dass Dritte in die Erbengemeinschaft eindringen können und die Erbengemeinschaft überfremden⁵⁸².

Im ersten dargestellten Fall besteht die Erbengemeinschaft zunächst zwischen M1, M2 und M3. Als M3 stirbt, treten X1, X2 und X3 an seine Stelle, so dass die Erbengemeinschaft nunmehr zwischen M1, M2, und X1, X2 und X3 als Erben des M3 besteht⁵⁸³. Diese Erbengemeinschaft wird durch das Vorkaufsrecht der Miterben vor Überfremdung geschützt. Der Anteil des M3 wird von seinen Erben wiederum in einer Miterbengemeinschaft

⁵⁸² statt vieler: Brox, Erbrecht, RN 478

übernommen⁵⁸⁴. Würden X1, X2 und X3 ihren Anteil verkaufen, so hätten M1 und M2 ein Vorkaufsrecht, um das Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft, welches ohne das Vorkaufsrecht zwangsläufig erfolgen würde, zu verhindern.

Im zweiten dargestellten Fall besteht die Erbengemeinschaft zwischen M1, M2 und der M3-GbR. Da keiner der Miterben in irgendeiner Form wegfällt, bleibt diese Erbengemeinschaft zunächst bestehen. Würden die Gesellschafter G1, G2 und G3 ihre Gesellschaftsanteile veräußern, so würden neue Gesellschafter in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintreten. Dies hätte auf die Erbengemeinschaft zwischen M1, M2 und der M3-GbR jedoch keinen direkten Einfluss, weil diese zwischen den Miterben unverändert weiterbestehen bleibt.

Fraglich ist, ob der Schutz vor der Überfremdung der Erbengemeinschaft so weit geht, dass auch ein Gesellschafterwechsel davon erfasst wird.

Ein Gesellschafterwechsel aufgrund der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils ist grundsätzlich möglich, allerdings ist hierfür die Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich, da ansonsten die Übertragung der Mitgliedschaft das Interesse dieser Mitglieder an der personellen Zusammensetzung der GbR unangemessen beeinträchtigen würde⁵⁸⁵.

Die Anteilsübertragung ist vom Eintritt und Austritt streng zu unterscheiden. Zwar handelt es sich im Ergebnis um wirtschaftlich gleiche Wirkungen, allerdings liegen hierbei unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Bei der Anteilsübertragung hat der Ausscheidende keinen Abfindungsanspruch gegenüber der Gesellschaft. Ferner ist die gleichzeitige Auswechslung sämtlicher Gesellschafter unter Aufrechterhaltung der Gesellschaftsidentität nur auf Grundlage der Anteilsübertragung möglich, nicht jedoch aufgrund eines Doppelvertrags zwischen Ausscheidendem und Eintretendem⁵⁸⁶.

Außer dem Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter bestehen regelmäßig keine weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen der Anteilsveräußerung.

Folge der Verfügung über den Gesellschaftsanteil ist, dass der Erwerber an die Stelle des Veräußerers tritt⁵⁸⁷. Der Erwerber wird damit anstelle des Veräußerers Gesellschafter und erlangt damit die Gesamthandsberechtigung und tritt in die Mitgliedschaftspflichten ein⁵⁸⁸.

⁵⁸³ HK-BGB/Hoeren, § 2032 RN 2

⁵⁸⁴ Staudinger/Werner, § 2032 RN 2

⁵⁸⁵ Staudinger/Habermeier, § 719 RN 3, 8; Soergel/Hadding, § 719 RN 14; Erman/Westermann, § 719 RN 8; BGB-RGRK/v. Gamm, § 719 RN 1

⁵⁸⁶ BGHZ 44, 229, 231 = NJW 1966, 499

⁵⁸⁷ BGH NJW 1999, 715; BGH WM 1986, 1314, 1315; Soergel/Hadding § 719 RN 16; MüKo/Ulmer, § 719 RN 32; Erman/Westermann, § 719 RN 11; Staudinger/Habermeier, § 719 RN 14

⁵⁸⁸ MüKo/Ulmer, § 719 RN 39 ff

Es lässt sich also festhalten, dass ein Wechsel einzelner oder aller Gesellschafter durch eine Anteilsveräußerung möglich ist.

Um beide Fälle vergleichbar zu machen, darf das Vermögen der M3-GbR, wie auch das Vermögen des zweiten Erblassers M3, nur aus dem Nachlass des ersten Erblassers E bestehen. Nur so sind beide Fälle in der Weise vergleichbar, dass ein Vorkaufsrecht der Miterben M1 und M2 an den Gesellschaftsanteilen der M3-GbR möglich erscheint.

Problematisch ist jedoch, ob die beiden Sachverhalte auch in den für die rechtliche Wertung maßgeblichen Hinsichten vergleichbar sind. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob der Gesetzeszweck des § 2034 BGB so weit geht, dass auch eine solche Veräußerung, wie im zweiten Fall dargestellt wurde, erfasst würde.

(2) Zweck des § 2034 BGB

Ein Zweck von § 2034 BGB ist, wie bereits festgestellt wurde, Fremde von der Erbengemeinschaft fernzuhalten, um die Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft zu sichern und die Auseinandersetzung zu erleichtern⁵⁸⁹. Durch § 2033 BGB haben die einzelnen Miterben die Möglichkeit über ihren Anteil am ganzen Nachlass zu verfügen. Dadurch wird das Eindringen Fremder in die Erbengemeinschaft ermöglicht. Um die sich aus der Beteiligung Fremder ergebenden Schwierigkeiten bei der Auseinandersetzung zu verhindern und um die Fortsetzung der Erbengemeinschaft zu gewährleisten, wird den übrigen Miterben ein Vorkaufsrecht eingeräumt.

Weiterer Zweck des § 2034 BGB ist, dass trotz des Veräußerungsrechts des Einzelerben Fremde vom Nachlass ferngehalten werden können. Es soll also verhindert werden, dass der Nachlass in fremde Hände fällt⁵⁹⁰.

Beide Wirkungen waren vom Gesetzgeber so gewollt und waren ausschlaggebend für die Aufnahme des Miterbenvorkaufsrechts in das BGB⁵⁹¹.

Fraglich ist allerdings, in welchem Umfang Fremde von der Erbengemeinschaft ferngehalten werden sollen. Aus § 2037 BGB folgt, dass zum Beispiel dann kein neues Vorkaufsrecht entsteht, wenn der Erwerber des Anteils diesen weiterveräußert. Vielmehr kann das

⁵⁸⁹ Staudinger/Werner, § 2034 RN 1; MüKo/Heldrich, § 2034 RN 1; Soergel/Wolf, § 2034 RN 1

⁵⁹⁰ Kipp/Coing, § 115 I 1; so auch BGB-RGRK/Kregel, der allerdings feststellt dass das Vorkaufsrecht nicht ausreicht um Fremde vom Nachlass fernzuhalten

Vorkaufsrecht gegenüber jedem weiteren Erwerber ausgeübt werden. Das durch den ersten Verkauf des Erbteils nach § 2034 gegenüber dem verkaufenden Miterben begründete Vorkaufsrecht bleibt also weiter bestehen, so dass die Miterben gegenüber jedem weiteren Erwerber nach der Übertragung des Erbanteils an ihn das Vorkaufsrecht in gleicher Weise geltend machen können wie gegenüber dem ersten Erwerber⁵⁹². Anderer Ansicht zufolge soll jedoch gegen jeden neuen Erwerber ein neues Vorkaufsrecht entstehen, da sonst die Miterben die Ausübung, die sie gegenüber einem genehmen früheren Erwerber unterlassen haben, einem unliebsamen neuen gegenüber nicht mehr nachholen können. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass diese Folge in Kauf genommen werden muss, da die Miterben dieses Risiko bewusst eingehen⁵⁹³. § 2034 will lediglich den Bestand der vom Erblasser bestimmten Mitglieder schützen, nicht aber den Wechsel bereits eingetretener Fremder verhindern.

Wenn der Zweck, Fremde von der Erbengemeinschaft fernhalten zu wollen, das höchste Ziel des Gesetzgebers gewesen wäre, so wären sicherlich effektivere Regelungen möglich gewesen. Im schweizerischen ZGB beispielsweise ist die Übertragung des Erbanteils gem. §635 ZGB zulässig. Der Erwerber tritt jedoch nicht in die Gesamthand der Miterben ein und kann nicht Teilung verlangen. Es bleibt der Veräußerer in der Erbengemeinschaft und nimmt auch an der Teilung teil⁵⁹⁴. Die auf ihn fallenden Vermögensgegenstände gebühren dem Erwerber. Die übrigen Miterben haben kein Vorkaufsrecht, da der Erwerber dem schweizerischen ZGB zufolge nur einen Anspruch auf das Teilungsergebnis hat.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich indes bewusst für die Regelung des Vorkaufsrechts entschieden und damit in Kauf genommen, dass auch Fremde in die Erbengemeinschaft gelangen können.

(3) Anderweitiger Gesellschafterwechsel in der Erben-GbR

Der Gesellschafterwechsel in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht nur durch den Verkauf eines Gesellschaftsanteils möglich. In Frage kommt auch ein Gesellschafterwechsel von Todes wegen, so dass der Gesellschaftsanteil auf den Nachfolger übergeht. In diesem Fall tritt auch ein Fremder in die Gesellschaft ein, ohne dass die Miterben des ersten Erblassers ein Vorkaufsrecht hätten. Der Erbe wird hier aufgrund einer entsprechenden

⁵⁹¹ Prot. V 838, 840; II 746 sowie Prot. 840

⁵⁹² BGH NJW 1971, 1264, 1265; Erman/Schlüter, § 2037 RN 1; Palandt/Edenhofer, § 2037 RN 1; Soergel/Wolf, § 2037 RN 1; BGB-RGRK/Kregel, § 2037 RN 1; Staudinger/Werner, § 2037 RN 3

⁵⁹³ Staudinger/Werner, § 2037 RN 4

⁵⁹⁴ Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Eine systematische Darstellung, S. 380, 409 ff;

gesellschaftsvertraglichen Klausel in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch erbrechtliche Nachfolge aufgenommen.

Zudem kann ein Außenstehender durch einen Vertrag zugunsten Dritter in eine bestehende Gesellschaft eintreten⁵⁹⁵. Dieses sogenannte Eintrittsrecht findet sich oft in Verbindung mit Fortsetzungsklauseln bei dem Tod eines Gesellschafters. Die in der Eintrittsklausel genannten Personen sind dann berechtigt, zur fortbestehenden Gesellschaft unter den in der Klausel genannten Voraussetzungen beizutreten.

So ist auch möglich, dass den übrigen Miterben des ersten Erblassers gänzlich fremde Personen der Miterben-Gesellschaft beitreten, ohne dass den Miterben hierauf eine Einflussnahme zugebilligt wird. Folglich können auch auf diesem Weg Fremde mittelbar in die Erbengemeinschaft gelangen.

(4) Auswirkungen auf eine analoge Anwendung von § 2034 BGB

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist eine analoge Anwendung von § 2034 BGB in diesem Fall abzulehnen. Zwar hat der deutsche Gesetzgeber den Miterben ein Vorkaufsrecht zugebilligt und damit dafür gesorgt, dass Fremde nicht ungehindert in die Erbengemeinschaft gelangen können, allerdings ist dieses auch nicht so ausgestaltet, dass ein Eindringen Fremder in die Erbengemeinschaft um jeden Preis verhindert werden soll, wie das im schweizerischen ZGB der Fall ist. Zweck des § 2034 BGB ist zwar, das Eindringen unerwünschter Mitglieder in die Erbengemeinschaft zu verhindern und die Erben vor der Verstärkung der Beteiligung bereits eingedrungener Nichterben zu schützen⁵⁹⁶; allerdings muss beachtet werden, dass im Fall des Verkaufs eines Gesellschaftersanteils die Erbengemeinschaft zwischen den ursprünglichen Mitgliedern bestehen bleibt. Dies sind im dargestellten Beispiel M1, M2 und die M3-GbR. Es ändern sich lediglich die Gesellschafter der M3-GbR, nicht ein Mitglied der Erbengemeinschaft. § 2034 BGB ist auf den Verkauf durch einen Miterben zugeschnitten. Auch die Zwecke des § 2034 BGB, Fremde von der Erbengemeinschaft fernzuhalten, um die Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft zu sichern und die Auseinandersetzung zu erleichtern, wird durch einen Gesellschafterwechsel nicht beeinträchtigt, da die Erbengemeinschaft ohnehin nur zwischen den übrigen Miterben und der Gesellschaft besteht, nicht hingegen zwischen den einzelnen Gesellschaftern und den Miterben. Aus den Gesetzgebungsmaterialien, der geschichtlichen Entwicklung und dem Zweck des § 2034 BGB

⁵⁹⁵ MüKo/Ulmer, § 727 RN 40; Staudinger/Habermeier, § 727 RN 25

⁵⁹⁶ BGH Z 121, 47; Lange/Kuchinke, Erbrecht, S. 1098

kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass auch bei einem Gesellschafterwechsel durch Anteilsverkauf ein Miterbenvorkaufsrecht bestehen soll. Zudem ist die Erbengemeinschaft ohnehin nicht vor dem Eindringen Fremder in die Miterben-Gesellschaft gefeit, da durch Nachfolge- oder Eintrittsklauseln, unabhängig vom Verkauf der Gesellschaftsanteile Fremde in die GbR gelangen können.

(3) Ergebnis

Das von *Flume* dargestellte Problem der Gestaltung des Vorkaufsrechts der Miterben bei der Erbeinsetzung einer GbR als Miterbin ist so zu lösen, dass den übrigen Miterben kein Vorkaufsrecht zugebilligt wird, wenn die einzelnen Gesellschafter ihre Anteile verkaufen. Dies gilt selbst dann, wenn sie dies alle gemeinschaftlich tun. Ein Vorkaufsrecht ist den Miterben nur dann zuzubilligen, wenn die GbR selbst ihren Anteil am Nachlass verkauft.

IV. Wie wird die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer GbR vorgenommen?

Flume stellt die These auf, dass die Bindungen einer Verwaltungstestamentsvollstreckung gegenüber einer oHG als Erbin nicht in Frage kommen⁵⁹⁷. Gleiches dürfte seiner Ansicht zufolge auch für die GbR gelten. Dies ist ein weiteres Argument *Flumes* gegen die Erbfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder der Personengesellschaften des Handelsrechts.

Es stellt sich mithin die Frage, inwiefern dieses Argument haltbar ist oder wie auch diese Aussage *Flumes* widerlegt werden kann.

1.) Die Verwaltungstestamentsvollstreckung

Der Erblasser ordnet die Verwaltungstestamentsvollstreckung gem. § 2209 S. 1 HS 1 BGB dann an, wenn er die Abwicklung und Auseinandersetzung des Nachlasses gerade verhindern will. Das Gegenstück hierzu wäre die sogenannte Abwicklungsvollstreckung. Bei ihr dient die Verwaltung des Nachlasses nur der Abwicklung der schwebenden Geschäfte und der Beschaffung der Mittel, die für die Ausführung der letztwilligen Verfügungen und zur Verteilung des Nachlasses erforderlich sind⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 6

⁵⁹⁸ Staudinger/Reimann, § 2209 RN 5

Bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung ist die Verwaltung des Nachlasses der Selbstzweck⁵⁹⁹. Sie ist auf die Nutzbarmachung des verwalteten Vermögens und auf die Erzielung von Erträgen gerichtet⁶⁰⁰. Funktion der Verwaltungstestamentsvollstreckung ist, dass die Sicherung des Fortbestandes des Nachlasses einer Person zukommt, der der Erblasser vertraut. Der Erblasser kann jedoch bei ihrer Anordnung verschiedene Absichten verfolgen⁶⁰¹. Der Erblasser hat so die Möglichkeit, große Vermögen und wirtschaftliche Unternehmen auf lange Zeit zusammen zu halten. Zudem kann der Einfluss des Ehegatten des Erblassers oder der Ehegatten der Erben weitestgehend ausgeschlossen werden.

Ob in der Anordnung eines Erblassers eine Verwaltungstestamentsvollstreckung zu sehen ist, ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen festzustellen⁶⁰².

Die Dauer der Verwaltungstestamentsvollstreckung richtet sich zunächst nach den Anordnungen des Erblassers. Sie endet jedoch, wenn keine der in § 2210 S. 2 festgelegten Ausnahmen vorliegt, gem. § 2210 S. 1 BGB spätestens nach 30 Jahren. Hierdurch soll eine übermäßig lange Bindung des Nachlasses verhindert werden. Aufgrund der ausgedehnten zeitlichen Grenzen der Verwaltungstestamentsvollstreckung wurde ihre Zulässigkeit bereits bei der Entstehung des BGB eingehend diskutiert. Aufgrund der vom Erblasser mit einer Verwaltungstestamentsvollstreckung verfolgten billigenwerten Ziele wurde sie schließlich für zulässig erachtet⁶⁰³. Allerdings wurde sie auch später noch wiederholt kritisiert⁶⁰⁴.

2.) Die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer juristischen Person

Bevor auf die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingegangen wird, ist zunächst die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer juristischen Person zu untersuchen. Gem. § 2210 S. 3 i.V.m. § 2163 II BGB hat der Gesetzgeber die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer juristischen Person ermöglicht. Dies wird weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur bezweifelt. Die Besonderheit gegenüber einer „normalen“ Verwaltungstestamentsvollstreckung ist hierbei lediglich, dass es gem. § 2163 II BGB bei der 30jährigen Frist bewendet, da ansonsten der Zweck der Vorschrift durch Umgehung vereitelt

⁵⁹⁹ KG JW 1938, 2823, 2824 = HRR 1938 Nr. 1400; BayObLGZ 13, 49, 55 = OLG 26, 348

⁶⁰⁰ BGH NJW-RR 1991, 835, 836; MüKo/Zimmermann, § 2209 RN 3

⁶⁰¹ Prot V S. 306 ff

⁶⁰² Staudinger/Reimann, § 2209 RN 10; Soergel/Damrau, § 2209 RN 3; MüKo/Zimmermann, § 2209 RN 7

⁶⁰³ Prot V S. 305 ff; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 45 ff

⁶⁰⁴ Lange JuS 1970, 102; Lange/Kuchinke, § 31 V 2; Schlüter, § 42 IX 1a

werden könnte⁶⁰⁵. Der Grund dafür ist, dass diese juristischen Personen „unsterblich“ sind und es anderenfalls zu einer unendlichen Testamentsvollstreckung kommen könnte. An dem Erfordernis der 30jährigen Frist mangelt es selbst dann nicht, wenn durch die Anknüpfung der Testamentsvollstreckung an die Lebenszeit eines Nacherben eine Aufgabenerfüllung noch nicht eingetreten sein sollte⁶⁰⁶. Gleiches gilt, wenn eine juristische Person selbst Testamentsvollstrecker ist. Auch dann gilt die 30jährige Frist.

Aus der Verwaltungstestamentsvollstreckung ergibt sich, dass die Erben nicht über die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände verfügen können, § 2211 I BGB. Diese Bindung gilt folglich auch für juristische Personen, wenn über ihren Erbteil Verwaltungstestamentsvollstreckung angeordnet ist.

3.) Die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Da die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer juristischen Person zulässig ist, könnte auch die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts möglich sein.

Im Gesetz ist die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts jedenfalls nicht festgelegt. Möglicherweise könnte die GbR, da auch sie Träger von Rechten und Pflichten sein kann, der juristischen Person insoweit angenähert sein, dass die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer GbR ebenfalls zulässig ist.

Dies ist dann nicht der Fall, wenn grundsätzliche Einwände gegen die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer GbR bestehen.

Die als Erbin eingesetzte juristische Person ist „aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit“ und nicht nur wie die GbR „als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder“ rechtsfähig. Allein die unterschiedliche Erlangung der Rechtsfähigkeit kann jedoch noch keinen Grund für eine unterschiedliche Behandlung bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung darstellen. Dass nur die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer juristischen Person bislang im Gesetz, in § 2010 S. 3 i.V.m. § 2163 II BGB festgelegt ist, mag seinen Grund in der Tatsache haben, dass über die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erst jüngst

⁶⁰⁵ Staudinger/Reimann, § 2210 RN 10; MüKo/Zimmermann, § 2210 RN 7; Soergel/Damrau, § 2210 RN 2; Palandt/Edenhofer, § 2210 RN 4; AnwK-BGB/Weidlich, § 2210 RN 7

entschieden wurde⁶⁰⁷. Die Erbfähigkeit der GbR hingegen wurde von der Rechtsprechung nach dem Urteil vom 29.1.2001 noch nicht problematisiert. Es bestand somit für den Gesetzgeber seither noch keine Notwendigkeit, die einzelnen Punkte im Gesetz umzusetzen. Entscheidend ist jedoch, dass es in Bezug auf die Verwaltungstestamentsvollstreckung keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Gleichbehandlung von juristischer Person und Gesellschaft bürgerlichen Rechts geben kann.

Falls der Erblasser eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Allein- oder Miterbin einsetzt, ist es dann auch möglich, dass er zugleich Verwaltungstestamentsvollstreckung anordnet. Diese hat die GbR als Erbin auch zu dulden.

Fraglich ist allerdings, ob auch die Vorschrift über die Höchstdauer der Verwaltungstestamentsvollstreckung gem. § 2210 S. 3 i.V.m. § 2163 II BGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts angewandt werden kann.

Wie bereits erörtert, kann die Verwaltungstestamentsvollstreckung im Fall der Erbeinsetzung einer juristischen Person nicht bis zum Tod des Erben angeordnet werden, da es aufgrund der „Unsterblichkeit“ der juristischen Person ansonsten zu einer unendlichen Testamentsvollstreckung kommen könnte.

Problematisch ist, ob dies bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ebenso zu sehen ist.

Grundsätzlich wird gem. § 727 BGB die Gesellschaft, falls sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt, durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst. Dieser Auflösungsgrund unterstreicht die Personenbezogenheit der BGB-Gesellschaft. Möglicherweise könnte aufgrund dieser Personenbezogenheit und der damit verbundenen „Sterblichkeit“ der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Höchstdauer der Verwaltungstestamentsvollstreckung überflüssig sein, da eine unendliche Testamentsvollstreckung bereits durch die Auflösung der Gesellschaft verhindert würde. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass nur diejenigen Gesellschaften bürgerlichen Rechts sich durch den Tod eines Gesellschafters auflösen, die keine anderslautende Regelung im Gesellschaftsvertrag vereinbart haben. Falls im Gesellschaftsvertrag Fortsetzungs- oder Nachfolgeklauseln festgelegt sind, ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ebenso wie eine juristische Person, „unsterblich“. Aus diesem Grund spricht vieles dafür, für alle

⁶⁰⁶ Deutscher Erbrechtskommentar/Lenzen § 2210 RN 2

⁶⁰⁷ BGH v. 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 = DSStR 2001, 310 = ZIP 2001, 330 = WM 2001, 408 = NZG 2001, 311, = DNotZ 2001, 234 = JZ 2001, 655 = MDR 2001, 459 = MittBayNot 2001, 192, s.a. ZEV 2001, 106, 107

Gesellschaften bürgerlichen Rechts, also auch für solche, die keine Fortsetzungs- oder Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag vereinbart haben, eine einheitliche Regelung zu finden.

In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 2210 S. 3 i.V.m. § 2163 II BGB. Die Analogiefähigkeit dieser Vorschriften ist in der erbrechtlichen Literatur anerkannt⁶⁰⁸. Nur durch eine analoge Anwendung dieser Vorschriften für die Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann verhindert werden, dass die maximale Frist der Testamentsvollstreckung durch Erbeinsetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgangen werden kann. Bei Gesamthandsgemeinschaften wie der oHG oder der KG werden die Vorschriften der Verwaltungstestamentsvollstreckung über den Erbteil einer juristischen Person bereits entsprechend angewandt⁶⁰⁹. Da nunmehr auch der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgrund der Rechtsfähigkeit die Erbfähigkeit zugebilligt wird, muss sie, wenn der Erblasser dies anordnet, die Verwaltungstestamentsvollstreckung gem. § 2210 S. 3 i.V.m. § 2163 II BGB analog dulden.

4.) Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Erblasser, auch wenn er eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Erbin eingesetzt hat, Verwaltungstestamentsvollstreckung gem. § 2209 S. 1 HS 1 BGB anordnen kann. § 2210 S. 3 i.V.m. § 2163 II BGB wird auf die GbR analog angewandt, so dass es (auch hier) bei der 30jährigen Frist bewendet. Der Aussage *Flumes*, die Bindungen einer Verwaltungstestamentsvollstreckung kämen bei einer oHG bzw. GbR nicht in Betracht, kann jedenfalls nicht zugestimmt werden⁶¹⁰.

V. Unterschiedliche Haftung in Gesellschaftsrecht und Erbrecht

Flume sieht in der unterschiedlichen Haftung in Gesellschaftsrecht und Erbrecht ein weiteres Problem, welches der Erbfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit auch

⁶⁰⁸ Staudinger/Behrends/Avenarius, § 2109 RN 12; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 28 VII 2; MüKo/Grunsky, § 2109 RN 6;

⁶⁰⁹ Lange/Kuchinke, § 28 VII 2 b; Soergel/Harder/Wegmann § 2109 RN 5; Bamberger/Roth/Litzenburger, § 2109 RN 2; AnwK-BGB/Gierl § 2109 RN 12; Staudinger/Behrends/Avenarius § 2109 RN 11

⁶¹⁰ so auch Gerhard Otte, Zur Erbfähigkeit der Personengesellschaften, Festschrift für Harm Peter Westermann, 2008, S. 540; Scherer/Feick, Die GbR als Erbin – Thesen und Gestaltungsmöglichkeiten, ZEV 2003, 341 (342)

ihrer Erbeinsetzung im Weg stehe. Seiner Auffassung zufolge stimmt das Haftungsrecht der Personengesellschaften nicht mit den Regelungen des Erbrechts überein⁶¹¹.

Fraglich ist also, ob die unterschiedlichen Haftungsregelungen von Erbrecht und Gesellschaftsrecht übereinstimmen, in einem unauflösbaren Widerspruch zueinander stehen, oder ob die Haftungsregelungen in Gesellschaftsrecht und Erbrecht gänzlich unabhängig voneinander sind und sich nicht berühren.

1.) Haftung der Gesellschaft

Folge der Anerkennung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Rechtssubjekt ist, dass die GbR potentieller Träger rechtsgeschäftlich begründeter Verbindlichkeiten ist. Aus der Verpflichtungsfähigkeit ergibt sich, dass den Gläubigern der GbR der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist⁶¹².

2.) Haftung von Gesellschaftern

Der Gesetzgeber hat die persönliche Gesellschafterhaftung für Schulden der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht geregelt. Dies gab lange Zeit Stoff für Diskussionen. Der Meinungsstand bezüglich der Haftung der Gesellschafter der GbR hat sich in letzter Zeit aber stark gewandelt.

Nach traditioneller, eine Rechtssubjektivität der Gesamthand verneinender individualistischer Auffassung, wurzelte die persönliche Haftung der Gesellschafter darin, dass diese im Rechtsverkehr Verträge selbst schließen. Es gibt kein Handeln im Namen der Gesellschaft und damit auch keine Begründung von Gesellschaftsschulden. Lediglich die Gesellschafter sind Vertragspartner. Dementsprechend hafteten sie als Gesamtschuldner.

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, da hierbei nur die Gesellschafter Vertragspartner sein können, nie die Gesamthand.

Aufgrund der nunmehr vorherrschenden modernen Gesamthandslehre und der damit einhergehenden Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts musste für die persönliche Haftung der Gesellschafter eine neue Begründung gefunden werden. Die bis vor kurzem herrschende Theorie von der Doppelverpflichtung ging davon aus, dass kraft Gesetzes keine Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestand, da eine mit § 128 HGB vergleichbare Regelung fehlt. Eine Mithaftung

⁶¹¹ Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 6

⁶¹² Wellkamp, Haftung und Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht, IV 1 a)

der Gesellschafter neben der Gesellschaft musste folglich bei Vertragsschluss stillschweigend mitvereinbart werden⁶¹³. Bei gesetzlichen Verbindlichkeiten hingegen scheidet dieser Theorie zufolge eine persönliche Haftung der Gesellschafter aus.

Auch diese Auffassung ist abzulehnen. Zum einen werden zusätzlich zum Vertrag mit der Gesellschaft Verträge mit den Gesellschaftern konstruiert, obwohl es sich nur um einen einzigen Vertrag handelt und nicht um eine Vielzahl von Verträgen. Dies stellt eine unzulässige Vertragsfiktion dar, in der ein Verstoß gegen die Privatautonomie zu sehen ist. Zum anderen kann hierdurch nur eine vertragliche Haftung konstruiert werden. Bei gesetzlichen Verbindlichkeiten läuft diese Theorie leer.

Einen anderen Ansatz verfolgt hingegen die Akzessorietätstheorie. Diese Ansicht lässt neben der Gesamthandsschuld der Gesellschaft ohne weiteres auch eine persönliche Haftung der Gesellschafter entstehen, wie dies bei der oHG der Fall ist. Im Handelsgesellschaftsrecht wird die persönliche Haftung der Gesellschafter einer oHG gem. § 128 HGB von Gesetzes wegen angeordnet. Der Akzessorietätstheorie zufolge ist § 128 HGB der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, so dass § 128 HGB analog auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzuwenden sei⁶¹⁴.

Der BGH hatte zunächst die Anwendung der Grundsätze der akzessorischen Haftung mit der Begründung abgelehnt, dass die strenge handelsrechtliche Haftung den unterschiedlichen Ausprägungen der BGB-Gesellschaft nicht gerecht würde.⁶¹⁵ Inzwischen hat sich aber der BGH nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR von der Doppelverpflichtungslehre distanziert und sich der Akzessorietätstheorie zugewandt⁶¹⁶. Das entscheidende Argument des BGH ergibt sich aus dem Grundsatz des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, dass derjenige, der als Einzelner oder im Zusammenschluss mit Anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen haftet, es sei denn, dass sich aus dem Gesetz oder aus einer vereinbarten Haftungsbeschränkung etwas anderes ergibt⁶¹⁷. Der dritte Leitsatz zu BGH Z 146, 341 = NJW 2001, 1056 lautet: „Soweit der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GbR persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen

⁶¹³ MüKo/Ulmer, 3. Auflage, § 714 RN 2, 26 ff sowie § 718 RN 38ff m.w.N.; ders. ZIP 1999, 509; 554; Habersack, BB 1999, 61; Reiff, ZIP 1999, 517; 1329; so auch BGHZ 74, 240

⁶¹⁴ Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, S. 42; Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, RN 82; Flume, Personengesellschaft, § 16 IV 3; Grunewald, Gesellschaftsrecht, RN 1 A 104; Timm, NJW 1995, 3215 f; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 60 III 2

⁶¹⁵ Elsing, BB 2003, 909 (911)

⁶¹⁶ BGHZ 146, 341 = BGH NJW 2001, 1056

⁶¹⁷ BGHZ 142, 315 (319) = NJW 1999, 3483

bei der offenen Handelsgesellschaft (Akzessorietät)“. Dieser Auffassung wurde im Allgemeinen zugestimmt⁶¹⁸, so dass dem schließlich auch viele Verfechter der gegenteiligen Meinung gefolgt sind⁶¹⁹. Die Analogievoraussetzungen, Regelungslücke und vergleichbarer Regulationsgegenstand, seien gegeben. Ferner lasse das Fehlen besonderer Gläubigerschutznormen die persönliche Haftung der Gesellschafter vergleichbar mit dem oHG-Recht erforderlich erscheinen⁶²⁰.

Es ist also festzuhalten, dass die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für Verbindlichkeiten der Gesellschaft akzessorisch mit ihrem Privatvermögen gem. § 128 HGB analog unbeschränkt haften.

3.) Haftung von Erben

Die Haftung der Erben ist bereits durch die Universalsukzession vorgezeichnet⁶²¹. Allerdings kommt hierdurch noch nicht zum Ausdruck, in welchem Umfang der Erbe für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftet. Zum einen ist eine beschränkte, zum anderen aber auch eine unbeschränkte Erbenhaftung denkbar.

Mit dem Tod des Erblassers gehen dessen Vermögen und Verbindlichkeiten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben über. Rechtsgrundlage für die Erbenhaftung im BGB ist § 1967 I: „Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten“. Die nähere Ausgestaltung der Haftung wird in den §§ 1967 – 2017 geregelt. Die Haftung des Erben ist zunächst unbeschränkt⁶²². Er haftet also für alle Nachlassverbindlichkeiten nicht nur mit dem auf ihn übergegangenen Vermögen des Erblassers, sondern auch mit seinem Privatvermögen. Der Nachlass und das Vermögen des Erben verschmelzen zu einer Einheit⁶²³. Demgegenüber lässt das BGB den Erben vor der Annahme überhaupt nicht und nach ihr drei Monate lang gem. § 2014 BGB oder bis zur Beendigung des amtlichen Gläubigeraufgebots nur bis zur Sicherung der Gläubiger in der Vollstreckung haften gem. § 2015 BGB. So bleibt dem Erben genügend Zeit sich über die Nachlassverhältnisse klar zu werden.

⁶¹⁸ Dauner-Lieb in VGR 5 (2002) S. 124; dies. DStR 2001, 356; Gummert in VGR 5 (2002), S. 162 f; Habersack, BB 2001, 477; Hadding, ZGR 2001, 727; Schmidt, NJW 2001, 993; Westermann, NZG 2001, 289; kritisch: Heil, NZG 2001, 300

⁶¹⁹ Ulmer, ZIP 2001, 585 ff. 596 ff; Reiff, NZG 2000, 220

⁶²⁰ MüKo/Ulmer § 714 RN 36

⁶²¹ Kipp/Coing, Erbrecht, § 92 I

⁶²² Brox, Erbrecht, § 37 IV; Erman/Schlüter, Vor § 1967 RN 7 ff; Palandt/Edenhofer, Einf. 1 vor § 1967; RGRK/Johannsen, vor § 1967 RN 7; Schlüter, Erbrecht, § 49 II

⁶²³ Lange/Kuchinke, § 49 I 1

Der Erbe hat jedoch auch die Möglichkeit die Haftung zu beschränken. Zwar wird durch die Haftungsbeschränkung nicht die Schuld des Erben auf den Nachlass verlagert, allerdings verengt sich die Schuld des Erben derart, dass er ihre Erfüllung aus dem Eigenvermögen im Wege der Einrede verweigern kann, solange die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass besteht⁶²⁴.

In der Regel ist Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung, dass der Nachlass vom Eigenvermögen des Erben abgesondert wird⁶²⁵. Die Voraussetzung ist also eine amtliche Nachlassabsonderung durch Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz. Die Absonderung führt im Ergebnis zu einer Verselbständigung des Nachlasses⁶²⁶. Der Erbe haftet dann den Nachlassgläubigern nicht mehr mit seinem Privatvermögen.

Falls der vorhandene Aktivnachlass nicht ausreicht um die Kosten des Verfahrens zu decken, kann die Anordnung der Nachlassverwaltung abgelehnt und der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgewiesen werden. Konsequenterweise wäre der Erbe verpflichtet den fehlenden Betrag aus seinem Privatvermögen aufzubringen. Das Gesetz enthält jedoch ferner die Möglichkeit, sich auch ohne Nachlassabsonderung auf eine Beschränkung der Haftung zu berufen.

Der Erbe kann dann die Dürftigkeit des Nachlasses gem. § 1990 BGB im Wege der Einrede geltend machen. Der Erbe verwaltet dann den Nachlass weiter und es kommt nicht zu einer Trennung der beiden Vermögensmassen. Allerdings kann sich der Erbe auf die 5-jährige Säumnis eines Nachlassgläubigers berufen, falls dessen Forderung ihm nicht vorher bekannt gemacht worden ist oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist. Zudem kann ein Miterbe seine Haftung durch Berufung auf die Einrede des ungeteilten Nachlasses gem. § 2059 I BGB beschränken.

Der Erbe verliert sein Haftungsbeschränkungsrecht endgültig, wenn er die Inventarfrist versäumt gem. § 1994 I 2 BGB, eine Inventaruntreue begeht gem. § 2005 I BGB oder gem. § 2006 III BGB die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verweigert.

Zudem kann der Erbe jedoch auch, da Vereinbarungen über die Erbenhaftung grundsätzlich zulässig sind, auf die Beschränkung bzw. die Beschränkbarkeit seiner Haftung verzichten. Der Erbe kann folglich einzelnen Gläubigern gegenüber eine Beschränkung der Haftung herbeiführen, ohne von den genannten Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Nach richtiger

⁶²⁴ Staudinger/Marotzke, Vorbem zu § 1967 – 2017 RN 8

⁶²⁵ Kipp/Coing, § 92 I 3

⁶²⁶ Lange/Kuchinke, § 46 III 2

Meinung⁶²⁷ bedarf es dazu keines Vertrages; da der Erbe sich seines Haftungsbeschränkungsrechts auch durch die Begehung einer unerlaubten Handlung i.S.d. § 2005 I 1 BGB einseitig begeben kann, muss ihm dies erst recht durch einseitigen Verzicht möglich sein.

Es stellt sich die Frage, wofür der einzelne Erbe haftet. Gem. § 1967 I BGB haftet der Erbe als persönlicher Schuldner für alle Nachlassverbindlichkeiten. Nachlassverbindlichkeiten sind gem. § 1967 II BGB solche Schulden, die entweder vom Erblasser herrühren oder die den Erben als solchen treffen⁶²⁸.

Die Hauptgruppe der Nachlassverbindlichkeiten sind die sog. Erblasserschulden. Sie rühren vom Erblasser her und gehen kraft Gesetzes auf den Erben über⁶²⁹. Die Erbfallsschulden entstehen im Gegensatz zu den Erblasserschulden erst mit dem Tod des Erblassers. Sie treffen gem. § 1967 II BGB den Erben als solchen in seiner Rolle als Übernehmer des Erblasservermögens⁶³⁰. Ferner gehören auch Nachlasskosten- und Nachlassverwaltungsschulden zu den Nachlassverbindlichkeiten. Sie entstehen nach dem Erbfall aus der Verwaltung des Nachlasses. Falls der Erbe die Haftung nicht auf den Nachlass beschränkt hat, so treffen ihn auch die sog. Nachlasserbenschulden⁶³¹. Für sie haftet sowohl der Nachlass, als auch der Erbe mit seinem Eigenvermögen⁶³².

4.) Übereinstimmung der Haftung in Gesellschaftsrecht und Erbrecht – Stehen beide Systeme im Widerspruch zueinander?

Auf dieser Grundlage stellt sich nunmehr die Frage, ob das Haftungsrecht der GbR bzw. das der Gesellschafter mit der Regelung des Erbrechts übereinstimmt, ob beide Systeme, wie von *Flume* beschrieben, in einem unauflösbaren Widerspruch stehen, oder ob beide Systeme völlig unabhängig voneinander bestehen.

⁶²⁷ Staudinger/Marotzke, Vorbem 16 zu § 1967 – 2017; a.A. BGB-RGRK/Johannsen, Vorbem 21 zu § 1967

⁶²⁸ Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, S. 21

⁶²⁹ Rebmann, Der Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtspositionen, S. 25; Ehrenkönig, Die Erbenhaftung, S. 40f

⁶³⁰ Kloock, Die überschuldete Erbschaft, S. 100

⁶³¹ RGZ 90, 91, 93; 112, 129, 131; 146, 343, 345; Kipp/Coing Erbrecht, § 93 III S. 528; Leipold Erbrecht, RN 703; Brox, Erbrecht, RN 628; Kloock, Die überschuldete Erbschaft, S. 103

⁶³² Rebmann, Der Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtspositionen, S. 28f

a) Die Haftung der GbR als Erbin

Wenn eine schon bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Erbin eingesetzt wird, erfüllt sie in erster Linie die Funktion einer Erbin, die, wie alle anderen Erben auch, den Regelungen des Erbrechts unterworfen ist. Erst in zweiter Linie ist sie als Gesellschaft zu sehen.

Es gelten also bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts dieselben Voraussetzungen wie bei zu Erben eingesetzten natürlichen Personen.

Die zur Erbin eingesetzte GbR haftet folglich auch gem. § 1967 I BGB für Nachlassverbindlichkeiten. Auch der GbR wird durch § 1967 I BGB die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten (zunächst) uneingeschränkt auferlegt.

Es stellt sich die Frage, ob auch die zur Erbin eingesetzte Gesellschaft bürgerlichen Rechts das Recht hat, diese Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Anders ausgedrückt ist fraglich, warum für eine GbR etwas anderes gelten sollte als für zu Erben eingesetzte natürliche Personen. Diesen steht, wie bereits erörtert, das Recht zu, die Haftung auf den Nachlass zu beschränken.

Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung ist in der Regel, dass der Nachlass vom Eigenvermögen des Erben abgesondert wird.

Eine solche Absonderung kann wie bereits erörtert durch Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz geschehen. Der Erbe hat also, falls er die Haftung auf den Nachlass beschränken will, gem. § 1980 I BGB die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu beantragen, sobald er von der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt. Dieser Antrag ist nicht an eine natürliche Person gebunden, sondern kann auch von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gestellt werden.

Die Absonderung führt im Ergebnis zu einer Verselbständigung des Nachlasses, so dass der Erbe den Nachlassgläubigern nicht mehr mit seinem Privatvermögen haftet.

Da auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens beantragen kann, führt auch in diesem Fall die Absonderung zur Verselbständigung des Nachlasses, so dass die Haftung der GbR als Erbin für Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass beschränkt werden kann. Warum hier für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts etwas anderes gelten soll als für natürliche Personen, ist nicht ersichtlich.

Ebenso führt bei Fehlen einer kostendeckenden Masse die sog. Dürftigkeitseinrede gem. § 1990 BGB zur Haftungsbeschränkung. Auch sind keine Gründe ersichtlich der BGB-Gesellschaft die Dürftigkeitseinrede vorzuenthalten.

Ebenso kann sich die Erben-GbR auf die 5-jährige Säumnis eines Nachlassgläubigers berufen, oder als Miterbin ihre Haftung durch Berufung auf die Einrede des ungeteilten Nachlasses gem. § 2059 I BGB beschränken.

Als Ergebnis lässt sich mithin festhalten, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn diese als Erbin eingesetzt ist, nicht anders zu behandeln ist, als eine zur Erbin eingesetzte natürliche Person. Grundsätzlich haftet die GbR für Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt, sie hat jedoch wie alle anderen Erben auch das Recht diese Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Die Beschränkung erfolgt durch rechtliche Absonderung unter Fremdverwaltung bzw. Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenzverfahren in Fremdverwaltung⁶³³. Ebenso sind die Fälle des dürftigen Nachlasses, der Miterben und der zurückgesetzten Gläubiger auf die GbR anwendbar.

b) Die Nachhaftung

Flume hat insbesondere bemängelt, dass die Verjährungsregelung des § 159 HGB nicht mit der Regelung des Erbrechts übereinstimmt. Zu diesem Zeitpunkt handelte es sich noch um die alte Fassung des Nachhaftungsrechts, da dieses erst im Jahr 1994 durch das „Gesetz zur zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung von Gesellschaftern“ (Nachhaftungsbegrenzungsgesetz - NachhBG) geändert wurde.

Gem. § 159 HGB (a.F.) endete die unbeschränkte und persönliche Haftung des Personengeschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht schon durch sein Ausscheiden, sondern erst nach einer fünfjährigen Sonderverjährung⁶³⁴. Diese Frist begann bei Dauerschuldverhältnissen mit jeder einzelnen Teilforderung erneut zu laufen. Hierdurch bestand die Gefahr einer „Endloshaftung“. Der BGH hat in einem Grundsatzurteil entschieden, dass § 159 III HGB für Dauerschuldverhältnisse eine verdeckte Regelungslücke enthalte und am Maßstab der eigenen Teleologie dergestalt zu berichtigen sei, dass nach Ablauf von fünf Jahren fällig werdende Ansprüche bei unkündbaren Dauerschuldverhältnissen der Haftung des Ausgeschiedenen nicht mehr unterliegen⁶³⁵. Bei

⁶³³ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 46 IV 2 f

⁶³⁴ Wellkamp, Haftung und Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht, S. 42

⁶³⁵ BGHZ 87, 286 = NJW 1983, 2254

kündbaren Dauerschuldverhältnissen blieb es bei der vom BGH entwickelten sog. Kündigungstheorie, derzufolge die Enthftung mit Ablauf des nächstzulässigen Kündigungstermins eintrat⁶³⁶.

Das neue Konzept des § 159 HGB (n.F.) ist, die Nachhaftung bei Auflösung der Gesellschaft zu regeln, während § 160 HGB die Haftungsbegrenzung bei Ausscheiden festlegt.

Einer analogen Anwendung des § 159 HGB (a.F.) auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts, wie ursprünglich vom BGH bejaht⁶³⁷, bedarf es nicht mehr. Durch den 1994 eingeführten § 736 II BGB gelten die für Personenhandelsgesellschaften geltenden Regelungen über die Begrenzung der Nachhaftung sinngemäß auch für Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Strittig ist hierbei jedoch, ob § 736 II BGB ausschließlich auf § 160 HGB oder zudem auf § 159 HGB verweist. Die systematische Stellung des § 736 II BGB spricht eher für eine bloße Verweisung auf § 160 HGB, da er sich im Kontext der das Ausscheiden eines Gesellschafters regelnden Vorschriften befindet⁶³⁸. Diesbezüglich muss wohl an den von Rechtsprechung⁶³⁹ und Literatur⁶⁴⁰ entwickelten Überlegungen eine Analogie zu § 159 HGB (a.F.) betreffend festgehalten werden, so dass diese auch auf § 159 HGB (n.F.) herangezogen werden können.

Gem. § 159 HGB werden die Enthftungsregeln nicht auf die Auflösung der Gesellschaft erstreckt, da den Gläubigern im Fall einer Auflösung der Gesellschaft die Gesellschaft selbst als Haftungssubjekt nicht mehr bleibt⁶⁴¹.

Gem. § 160 HGB haftet der ausgeschiedene Gesellschafter für Altverbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig werden und daraus Ansprüche gegen ihn geltend gemacht sind. Hierdurch hat der Gesetzgeber genaue zeitliche und inhaltliche Haftungsgrenzen gesetzt⁶⁴². Der Gesetzgeber hat hier die fünfjährige Sonderverjährung durch eine fünfjährige Ausschlussfrist ersetzt. § 160 HGB schafft somit einen angebrachten Ausgleich zwischen dem Forthftungsinteresse der Gläubiger und dem Enthftungsinteresse des ausscheidenden Gesellschafters.

⁶³⁶ BGHZ 70, 132

⁶³⁷ BGHZ 117, 168

⁶³⁸ MüKo/Ulmer, § 736 RN 28; Münchener Anwaltshandbuch-Personengesellschaftsrecht/Gummert, § 3, RN 224

⁶³⁹ BGHZ 117, 168, 179 = NJW 1992, 1615; BGH DSStR 1994, 32 mit Anm. Goette

⁶⁴⁰ Wiedemann/Frey DB 1989, 1809/1811ff; Lieb, GmbHR 1992, 561, 568

⁶⁴¹ vgl. BT-Dr 12/1868, S. 7

⁶⁴² Reichold, NJW 1994, Das neue Nachhaftungsbegrenzungsgesetz, 1617 (1619)

Bei Ausscheiden eines BGB-Gesellschafters ist jedoch fraglich, wann die in § 160 I 1 HGB normierte Frist zu laufen beginnt. Bei Personenhandelsgesellschaften wird gem. § 160 I 2 HGB auf das Ende des Tages, an dem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des zuständigen Gerichts eingetragen wird, abgestellt. Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird ein solches Register jedoch nicht geführt, so dass durch eine entsprechende Anwendung des § 160 I 2 HGB auf den Zeitpunkt abgestellt werden muss, in dem der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangt⁶⁴³.

Als Ergebnis ist mithin festzuhalten, dass gem. §§ 736 II BGB, 160 HGB die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch nach ihrem Ausscheiden für die bis zu ihrem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten haften, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig werden. Im Fall der Auflösung der Gesellschaft gilt gem. § 159 HGB analog, dass Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren verjähren, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt. Auch hier beginnt die Frist mit Kenntniserlangung der Gläubiger von der Auflösung der Gesellschaft.

c) Das Zusammenspiel der Haftung in Gesellschaftsrecht und Erbrecht

Es stellt sich die Frage, wie § 160 HGB bzw. das sonstige Haftungsrecht der Gesellschaften mit den Haftungsregelungen des Erbrechts korrespondiert.

Um herauszufinden, ob das Haftungsrecht der Erben und das der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter im Widerspruch stehen, ist zunächst die Haftung stufenweise zu untersuchen.

Wie bereits erörtert, haftet zunächst der Erbe, hier also die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, unbeschränkt. Diese Haftung kann die GbR als Erbin jedoch, wie alle anderen Erben, unter den genannten Voraussetzungen beschränken. Die GbR haftet dann nicht mehr mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern die Haftung ist beschränkt auf den Nachlass.

Die Gesellschafter der GbR haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gem. § 128 HGB analog den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich.

Da § 128 HGB zwingendes Recht ist, können die Gesellschafter einer oHG für das Außenverhältnis ihre persönliche Haftung nicht beschränken. Gleiches gilt nach heute

⁶⁴³ vgl. BGH Z 117, 168; OLG Dresden NJW-RR 1997, 162

herrschender Meinung in der Literatur und nach gefestigter Rechtsprechung auch für die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁶⁴⁴.

Die Gesellschafter einer Erben-GbR haften folglich grundsätzlich auch dann unbeschränkt persönlich, wenn die Gesellschaft ihre Haftung auf den Nachlass beschränkt hat.

Allerdings ist zu beachten, dass die Haftung eines Gesellschafters nicht weiter gehen kann als die der Gesellschaft⁶⁴⁵. Dies folgt aus dem Grundsatz „Ohne Schuld der Gesellschaft keine Haftung der Gesellschafter“.

Es ist somit festzuhalten, dass ein Gesellschafter der Erben-GbR nur insoweit unbeschränkt persönlich haftet wie auch die Gesellschaft haftet.

Auch die Nachhaftung ausgeschiedener Gesellschafter verursacht hierbei keine Probleme. Ausgeschiedene Gesellschafter haften für die bis zu ihrem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig werden gem. §§ 736 II BGB, 160 HGB. Dies gilt für alle Verbindlichkeiten und somit auch für Nachlassverbindlichkeiten der Erben-GbR.

Falls die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht als Alleinerbin, sondern bloß als Miterbin eingesetzt ist, können alle Miterben nur gemeinschaftlich über den Nachlass verfügen. Der Anteil des einzelnen Miterben in seiner gesamthänderischen Bindung ist vom Eigenvermögen des Erben getrennt. Bis zur Teilung des Nachlasses beschränkt § 2059 I 1 BGB die Haftung des Miterben, indem die Haftung des Miterben mit dem Eigenvermögen ausgeschlossen wird. Die Nachlassgläubiger können sich gem. § 2059 II BGB aus dem ungeteilten Nachlass befriedigen⁶⁴⁶. Diese Haftungsbeschränkung gilt jedoch nur, solange der Nachlass nicht geteilt ist⁶⁴⁷. Analog § 129 I HGB steht den Gesellschaftern einer zur Erbin eingesetzten Gesellschaft bürgerlichen Rechts bis zur Nachlassteilung dann auch ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

5.) Ergebnis

Das Ergebnis der vorangegangenen Erörterungen zum Haftungsrecht ist, dass die Haftungssysteme des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts nicht in einem unlösbaren Widerspruch zueinander stehen. Zwar stimmen sie, wie von *Flume* richtigerweise festgestellt, nicht überein, sie regeln allerdings auch die Haftung in völlig verschiedenen Bereichen.

⁶⁴⁴ m.w.N. Staudinger/Habermeier Vorbem. zu §§ 705-740 RN 37 ff.

⁶⁴⁵ HK-HGB/Stuhlfelner, § 128 RN 2

⁶⁴⁶ Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, RN 325

allerdings Eine Übereinstimmung wäre daher allenfalls zufällig. Die Haftungssysteme des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts sind gänzlich unabhängig voneinander. Sie regeln unterschiedliche Bereiche und bedürfen daher auch unterschiedlicher Voraussetzungen. Erforderlich ist lediglich, dass die Haftung der beiden Systeme nicht widersprüchlich zueinander ist.

Dies ist, wie ausführlich beschrieben wurde, nicht der Fall. Die grundsätzlich unbeschränkte Haftung der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts stimmt zwar mit der beschränkbaren Haftung eines Erben nicht überein, allerdings sind beide Haftungsregelungen insoweit miteinander zu vereinbaren, als jedenfalls die Erbfähigkeit der BGB-Gesellschaft nicht aus diesem Grund verneint werden darf.

⁶⁴⁷ *Krug/Rudolf/Kroiß*, Erbrecht, § 11RN246

§ 6 Schlussbetrachtung

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht nur rechtsfähig, sondern auch erbfähig ist.

Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus der Entscheidung des BGH vom 29. Januar 2001; allerdings folgt die Erbfähigkeit aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit. Die (Aussen-) GbR tritt im Rechtsverkehr als Einheit auf und geht als GbR Verbindlichkeiten ein. Auch andere rechtsgeschäftliche Verfügungen werden der GbR selbst zugewendet und nicht an ihre Mitglieder. Ein Umweg, etwa darüber, die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und nicht die Gesellschaft selbst als Erben anzusehen, ist daher unnötig. Auch lässt sich eine Differenzierung etwa zu einer Schenkung nicht begründen. Die Vorschriften über Miterben finden nur dann Anwendung, wenn neben der Gesellschaft auch noch andere Personen oder Gesellschaften als Erben eingesetzt sind. Wenn die GbR selbst, und nicht etwa ihre Gesellschafter, als Alleinerbin eingesetzt ist, besteht für die Anwendbarkeit der Vorschriften über Miterben keine Veranlassung.

Die GbR kann Alleinerbin oder Miterbin eines Erblassers werden.

Die Ausweitung der Rechts- und damit auch der Erbfähigkeit auf Innengesellschaften oder Erbengemeinschaften ist hingegen nicht möglich.

Sofern die GbR bereits vor dem Erbfall besteht, kann sie der Erblasser aus verschiedensten Gründen und Motiven als Erbin einsetzen. Dies geschieht möglicherweise um den Nachlass zu erhalten, aber auch, um ihr ähnlich einer Stiftung das Vermögen aus caritativen Zwecken, etwa bei einer Stiftungs-GbR, zuzuwenden. Da es in Deutschland durch die Stiftungsersatzformen wie die Stiftungs-GmbH oder Stiftungs-GbR ausreichende Möglichkeiten für den Erblasser gibt, die zugewandten Gegenstände als wirtschaftliches Sondervermögen für Dritte verwalten zu lassen, besteht keine Notwendigkeit eine Rechtsfigur wie den anglo-amerikanischen trust auch in Deutschland einzuführen oder auch nur anzuerkennen.

Sofern der Erblasser an der zur Erbin eingesetzten Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor seinem Tod selbst beteiligt war, ist eine Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag erforderlich, da ansonsten die Gesellschaft mit dem Tod des Gesellschafter-Erblassers aufgelöst wird.

Sofern die GbR vor dem Erbfall noch nicht besteht, besteht die Möglichkeit, sie noch nach dem Erbfall zu gründen. Dies ist nicht durch eine bloße Umwandlung der Erbengemeinschaft möglich, sondern bedarf des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags. Um dem Willen des Erblassers, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu gründen, Verbindlichkeit zu verleihen, ist es möglich eine sogenannte Gesellschaftsgründungsklausel ins Testament aufzunehmen. Diese Gesellschaftsgründungsklausel ist zulässig und ist als Auflage bzw. als Auflage mit auflösend bedingter Erbeinsetzung einzustufen. Zusätzliche gesellschaftsrechtliche bzw. erbrechtliche Schwierigkeiten entstehen dadurch nicht. Weder stellt eine solche Klausel einen Verstoß gegen § 1923 I dar, noch wird dadurch die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verhindert. Da die Erbengemeinschaft und die zu gründende Gesellschaft Träger verschiedener Sondervermögen sind und unterschiedliche Zwecke verfolgen, spricht man davon, dass die „sterbende“ Gemeinschaft (die Erbengemeinschaft) abgewickelt und die neue „werbende“ Gesellschaft (die GbR) geboren wurde.

Auch die von *Flume* aufgezeigten Probleme, die sich aus der Erbeinsetzung einer GbR ergeben könnten, können gelöst werden bzw. bestanden gar nicht erst⁶⁴⁸.

Das Pflichtteilsrecht eines pflichtteilsberechtigten Gesellschafters besteht unabhängig von seiner Gesellschafterstellung. Wenn also ein pflichtteilsberechtigter Gesellschafter enterbt wurde, steht ihm ein Pflichtteilsanspruch zu. Er muss sich nach richtiger Auffassung weder Abfindungen noch Ausschüttungen auf diesen Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen. Eine Treuepflicht des pflichtteilsberechtigten Gesellschafters, den Pflichtteil nicht gegenüber der GbR geltend zu machen, besteht allenfalls dann, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sonst nicht gewahrt würde.

Auch beeinflusst, anders als von *Flume* angedeutet, die Erbunwürdigkeit eines einzelnen Gesellschafters die Erbwürdigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht. Die Erbunwürdigkeitsregeln sind daher mit der Einsetzung einer Personengruppe vereinbar. Ebenso stellt das Miterbenvorkaufsrecht kein Problem bei der Erbeinsetzung der GbR dar. Ein Miterbenvorkaufsrecht wird den einzelnen Miterben nicht zugebilligt, wenn die einzelnen Gesellschafter ihre Anteile verkaufen. Dies gilt selbst dann, wenn alle Miterben gemeinsam verkaufen. Nur dann, wenn die GbR selbst ihren Anteil am Nachlass verkauft, steht den übrigen Miterben ein Miterbenvorkaufsrecht zu.

⁶⁴⁸ so im Ergebnis auch Gerhard Otte, Zur Erbfähigkeit der Personengesellschaften, Festschrift für Harm Peter Westermann, 2008, S. 551

Auch kann der Erblasser entgegen *Flumes* Auffassung die Verwaltungstestamentsvollstreckung gem. § 2209 S.1 HS 1 BGB anordnen. Auch hier bleibt es analog § 2210 S. 3 i.V.m. § 2163 II BGB bei der 30jährigen Verjährungsfrist.

Auch die Haftungssysteme im Erb- und Gesellschaftsrecht stehen nicht in einem unlösbaren Widerspruch zueinander. Zwar stimmen sie nicht überein; allerdings bestehen sie gänzlich unabhängig voneinander und eine Übereinstimmung ist daher nicht erforderlich. Da die Haftungssysteme nicht widersprüchlich zueinander sind, ist das Nebeneinander der Haftung im Erb- und Gesellschaftsrecht möglich und stellt, wie auch die anderen von *Flume* angesprochenen Probleme, keinen Grund dar, die Erbfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Frage zu stellen.

Durch die Erklärung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Rechtssubjekt und die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit wurde ein Schritt in die richtige Richtung unternommen. Die Anerkennung der Erbfähigkeit ist keine Revolution des Gesellschaftsrechts, sondern eine natürliche Weiterentwicklung der Rechtsprechung des BGH.

