

Erbrechtliche Nachfolgeklauseln bei GbR und OHG nach der gesetzlichen Neufassung

*Stud. iur. Hendrik Franz Slabsche, Frankfurt a.M.**

I. Einleitung	639
II. Volkswirtschaftliche Bedeutung von GbR und OHG	640
III. Schwächen der vormaligen und gegenwärtigen Rechtslage	640
IV. Gestaltungsmöglichkeiten	641
1. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel	642
2. Eintrittsklausel.....	642
3. Abfindungsausschluss	643
4. Einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel	644
a) Ausnahmsweise Singularsukzession	644
b) Nachteile einfacher Nachfolgeklauseln.....	645
5. Qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel	645
6. Zwischenergebnis.....	646
V. Ausgewählte Problemkreise im MoPeG	646
1. Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters	647
2. Haftung des eintretenden Gesellschaftererben	647
a) Funktionsweise.....	648
b) Abdingbarkeit des Erbenwahlrechts	648
c) Hürden der Umwandlung.....	649
d) Offengelassene Fragen.....	650
3. Testamentsvollstreckung.....	651
VI. Fazit.....	652

I. Einleitung

Der Tod des Gesellschafters einer Personengesellschaft stellt die Erben sowie die verbleibenden Gesellschafter vor die Frage, ob und wie, und das meint vor allem mit wem, die Gesellschaft fortgeführt werden soll. Um eine möglichst reibungslose Gesellschafternachfolge im Todesfall zu ermöglichen, empfiehlt es sich, diese Fragen bereits vor dem Ableben eines Gesellschafters zu beantworten. Zu Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen dies erreicht werden kann, hat sich eine ausgeprägte Bera-

* Der *Autor* hat im Juni 2023 den staatlichen Teil seines ersten Staatsexamens absolviert und befindet sich zurzeit im Schwerpunktbereichsstudium an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

tungspraxis entwickelt, welche in diesem Beitrag vor dem Hintergrund der größtenteils am 1.1.2024 in Kraft getretenen Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) untersucht wird. Neben einer Darstellung der teilweise geänderten Gesetzeslage¹ und deren Auswirkung auf die typischen Vereinbarungen erfolgt eine umfassendere Auseinandersetzung mit Problemfeldern aus dem Themengebiet „Nachfolge in Personengesellschaften“ und wie der MoPeG-Gesetzegeber diese (nicht) angegangen ist.

II. Volkswirtschaftliche Bedeutung von GbR und OHG

Obgleich die GbR in der juristischen Ausbildung häufig als Gelegenheits- oder zumindest nicht wirtschaftlich tätige Gesellschaft erscheint,² darf ihr Wert als Unternehmensträgerin nicht unterschätzt werden. So dient die GbR häufig der Organisation von Freiberuflern,³ an einem Bauvorhaben zusammenarbeitenden Bauherrn⁴ sowie dem Erwerb und dem Halten von Immobilien durch mehrere Personen⁵.

Dagegen ist die OHG grundsätzlich gem. § 105 Abs. 1 HGB auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet. Sofern eine OHG also nicht freiwillig kraft Eintragung (§ 107 Abs. 1 S. 1 HGB) entsteht, setzt sie das Bestehen eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs (§ 1 Abs. 2 HGB) voraus. Zwar hat die Bedeutung der OHG mangels Möglichkeiten zur Beschränkung der Gesellschafterhaftung seit dem 20. Jahrhundert kontinuierlich abgenommen,⁶ doch waren 2020 immerhin noch 23.120 OHGs in den deutschen Handelsregistern eingetragen.⁷ Vor allem mittelständische Unternehmen bedienen sich dieser Rechtsform.⁸

III. Schwächen der vormaligen und gegenwärtigen Rechtslage

Bis zum 31.12.2023 führte der Tod eines Gesellschafters in der GbR zur Auflösung der Gesellschaft, § 727 Abs. 1 BGB a.F., und bei einer OHG zum Ausscheiden des jeweiligen Gesellschafters, § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB a.F. Die gesetzliche Folge war bei beiden Gesellschaftsformen in der Regel unerwünscht. Hinsichtlich der Auflösung qua Gesetz im Fall der GbR liegt die Problematik auf der Hand: Ein aktives Unternehmen wurde von „heute auf morgen“ gezwungen, die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens gem. den §§ 730 ff. BGB a.F. zu betreiben. Dies ließ sich durch eine Fortsetzungsklausel, deren Zulässigkeit von § 736 Abs. 1 BGB a.F. vorausgesetzt wurde,⁹ vermeiden. Eine solche bewirkte, dass entgegen der Regel des § 727 Abs. 1 BGB a.F. der verstorbene Gesellschafter lediglich ausschied, die Gesellschaft also mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt wurde.¹⁰ Allerdings konnte durch eine Fortsetzungsklausel nicht die Nachfolge in der Gesellschaft strukturiert werden. Zudem führte das Ausscheiden mit dem Tod dazu, dass die Gesellschaft Schuldnerin eines Abfindungsanspruchs aus § 738 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. wurde. Dieser Anspruch stand dem Erben oder der Erben-

¹ Gesetze in ihrer bis zum 31.12.2023 geltenden Fassung werden durch den Zusatz „a.F.“ gekennzeichnet.

² Z.B. als Fahr-, Wohn- oder Wettgemeinschaft, *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, § 705 Rn. 11.

³ *Lieder*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, Vor § 705 Rn. 57.

⁴ *Lieder*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, Vor § 705 Rn. 63.

⁵ *Hamann/Fröhlich*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 27 Rn. 2 ff.

⁶ *Möhrle*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 46 Rn. 13 f.

⁷ *Lieder*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 23.

⁸ *Lieder*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 23.

⁹ *Klein/Lindemeier*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 12.

¹⁰ *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 139.

gemeinschaft des verstorbenen Gesellschafters zu und barg die Gefahr einer finanziellen Überforderung der Gesellschaft.¹¹ Dabei stellte sich dieses Problem bei der OHG wegen des Ausscheidens des verstorbenen Gesellschafters gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB a.F. bereits im gesetzlichen Regelfall.¹² Hier wie bei der GbR stand das automatische Ausscheiden außerdem einer generationenübergreifenden Nachfolgeplanung, wie dies insbesondere in Familienunternehmen erwünscht ist, entgegen.¹³

Durch das MoPeG wurden diese Folgen lediglich etwas abgemildert. Bei der GbR führt gemäß dem Motto „Ausscheiden vor Auflösung“¹⁴ der Tod des Gesellschafters, als einer von mehreren Gründen, nur noch zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters und nicht mehr zur Auflösung der gesamten Gesellschaft, vgl. § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB. In § 730 Abs. 1 S. 1 BGB wird jedoch klargestellt, dass im Gesellschaftsvertrag der Tod eines Gesellschafters in Fortsetzung der vormaligen Rechtslage weiterhin als Auflösungsgrund vereinbart werden kann (sog. Auflösungsklausel).¹⁵ Abweichend hiervon bleibt es für die nicht rechtsfähige GbR gem. § 740a Abs 1 Nr. 3 BGB bei der Auflösung der Gesellschaft, wenn ein Gesellschafter verstirbt. Grund hierfür ist das gesetzliche Leitbild der nicht rechtsfähigen GbR als Gelegenheitsgesellschaft.¹⁶ Bei einer rechtsfähigen GbR ist es demzufolge nicht mehr erforderlich, eine Fortsetzungsklausel zu vereinbaren, um ein automatisches Auflösen der Gesellschaft zu verhindern.¹⁷ Allerdings stellt sich bei der GbR das Problem rund um den Abfindungsanspruch, welcher seit dem 1.1.2024 aus § 728 Abs. 1 S. 1 BGB resultiert, und das mit ihm einhergehende finanzielle Risiko nun wie bei der OHG kraft gesetzlichem Regelfall.¹⁸ Dass ein OHG-Gesellschafter im Falle seines Ablebens aus der Gesellschaft ausscheidet, ergibt sich nun aus § 130 Abs. 1 Nr. 1 HGB, ohne dass sich hierdurch eine inhaltliche Veränderung ergeben hätte. Der seinen Erben zustehende Abfindungsanspruch resultiert ferner aus § 135 Abs. 1 S. 1 HGB und nicht mehr aus den Vorschriften zur GbR i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB.

Im Übrigen wurde im Hinblick auf Gestaltungsmöglichkeiten für die Nachfolge in Personengesellschaften der Gesetzestext nicht dergestalt geändert, dass die über Jahrzehnte entwickelte Klauselpraxis grundlegend überdacht werden muss. Der Gesetzgeber beließ es stattdessen bei kleineren Änderungen und verweist ausdrücklich auf die Ausgestaltung durch die Praxis.¹⁹ Folglich bietet sich eine Darstellung der anerkannten Gestaltungsmöglichkeiten, welche auch nach Inkrafttreten des MoPeG ihre Relevanz behalten,²⁰ unter Berücksichtigung der neuen Normen mit zum Teil neuen Regelungsgehalt an.

IV. Gestaltungsmöglichkeiten

Hierbei unterbleibt eine Differenzierung zwischen GbR und OHG, weil die gesellschaftsvertragliche

¹¹ Schmidt, NJW 1998, 2161 (2166); Klein/Lindemeier, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 5.

¹² Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 154.

¹³ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 154; Holler, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 30 Rn. 6.

¹⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 169.

¹⁵ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 42.

¹⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 191.

¹⁷ Lübke, DNotZ 2023, 896 (900).

¹⁸ Lübke, DNotZ 2023, 896 (911).

¹⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 145, bezüglich qualifizierter Nachfolgeklauseln: „[Die] Gestaltungsmöglichkeiten, [die] den erbrechtlichen Übergang des Gesellschaftsanteils durch eine qualifizierte Nachfolgeklausel nur für bestimmte Personen als Erben zulassen, bleiben hiervon unberührt.“

²⁰ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 711 Rn. 5; Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545 (548); Pranzo, ZERB 2022, 425 (428).

Regelung in der Regel bei beiden Typen inhaltlich übereinstimmt.²¹

1. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Zunächst besteht die Möglichkeit, die Nachfolgefrage in der Gesellschaft nach allgemeinen zivilrechtlichen und nicht nach erb- und gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu lösen.

In einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel wird im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass ein Erbe des Gesellschafters oder ein Dritter dessen Anteil übernimmt.²² Auf Verfügungsebene handelt sich um eine Übertragung gem. §§ 413, 398 BGB, die aufschiebend auf den Todesfall bedingt ist (§ 158 Abs. 1 BGB).²³ Das erste Problem an dieser Klausel besteht darin, dass der Dritte an ihrer Vereinbarung teilhaben muss, da es sich ansonsten um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde.²⁴ Sofern dieses Erfordernis beachtet wurde,²⁵ stellt sich für den Verfügenden jedoch das Problem, dass er infolge der Abtretung wegen § 161 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ein zweites Mal über seinen Anteil verfügen kann, er mithin gebunden ist, obgleich das Geschäft erst mit seinem Tod wirksam wird.²⁶ Daher sind rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln in der Praxis selten anzutreffen.²⁷

2. Eintrittsklausel

Eine zweite Variante, mittels derer außerhalb des Erbrechts die Nachfolge in die Gesellschaft geordnet werden kann, ist eine Eintrittsklausel. Im Regelfall wird dabei ein Vertrag zwischen dem vererbenden und den übrigen Gesellschaftern geschlossen.²⁸ Der Begünstigte erhält einen gegen die Gesellschafter gerichteten Anspruch, in die Gesellschaft aufgenommen zu werden. Es handelt sich um einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall i.S.d. §§ 328 Abs. 1, 331 BGB.²⁹

Rechtstechnisch fällt der Anteil zunächst den Mitgesellschaftern zu.³⁰ Dem Dritten steht es anschließend frei, seinen Aufnahmeanspruch geltend zu machen oder verfallen zu lassen. Da der Anteil des Verstorbenen zunächst auf die Mitgesellschafter übergeht, entsteht jedoch mit dem Todesfall der Abfindungsanspruch der Erben aus § 728 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 135 Abs. 1 S. 1 HGB und er bleibt auch für den Fall bestehen, dass sich der Dritte zum Eintritt entscheidet.³¹ Weil der Dritte den Vermögenswert der Beteiligung nicht geerbt hat, müsste er, sofern im Gesellschaftsvertrag eine Einlagenpflicht vereinbart ist, eine Einlage in Höhe des Abfindungsanspruchs leisten, wenn er in die Gesellschaft eintritt.³² Die Entstehung des Abfindungsanspruchs kann aber durch die Ausgestaltung der Eintrittsklausel

²¹ Vgl. die entsprechende Darstellung bei Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 33 ff., § 20 Rn. 1.

²² Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 33; Roth, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 56.

²³ Frank/Helms, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, § 24 Rn. 21.

²⁴ Nach BGHZ 68, 225 (227) handelt es sich um einen Vertrag zu Lasten des Dritten, weil bei einer „Zuwendung des Mitgliedschaftsrechts als eines ‚Bündels‘ von Rechten und Pflichten [...] auch diese Pflichten unmittelbar Gegenstand der Zuwendung [sind].“ Vgl. auch Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 25 f.

²⁵ Was im Regelfall nur bei einer Vereinbarung unter den Gesellschaftern der Fall ist, Schuhmann, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 1922 Rn. 78.

²⁶ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 33; v. Proff, DStR 2017, 2555 (2561).

²⁷ v. Proff, DStR 2017, 2555 (2561).

²⁸ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 215.

²⁹ Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 37; Roth, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 51; Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 29.

³⁰ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 214.

³¹ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 711 Rn. 76.

³² Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 711 Rn. 76.

im Gesellschaftsvertrag vermieden werden.

Zunächst besteht die Möglichkeit, zu vereinbaren, dass die Mitgesellschafter den Gesellschaftsanteil für den Dritten bis zu dessen Eintritt treuhänderisch halten (sog. Treuhandlösung).³³ Zusätzlich wird der Abfindungsanspruch ausgeschlossen (dazu sogleich), wobei der Ausschluss auf den Nicht-eintritt des Begünstigten auflösend bedingt ist (§ 158 Abs. 2 BGB).³⁴ Lehnt er den Eintritt ab oder lässt er die regelmäßig vorgesehene Frist zur Rechtsausübung verstreichen, entsteht also wieder der Abfindungsanspruch, welcher dem Nachlass zusteht.³⁵

Ferner kann der Erblasser den (im Zeitpunkt der Testamentserstellung noch nicht entstandenen) Abfindungsanspruch dem Dritten vermachen oder im Wege der Vorausabtretung auf den Todesfall zuwenden.³⁶ Letzteres stellt zwar ein Schenkungsversprechen von Todeswegen dar, doch vollzieht der schenkende Erblasser durch die Abtretung die Schenkung nach § 2301 Abs. 2 BGB. Demgemäß gilt § 518 Abs. 2 BGB, sodass mit dem Todesfall, mithin mit Übergang des Anspruchs, der nach § 518 Abs. 1 BGB zunächst bestehende Formmangel durch Bewirken der versprochenen Leistung geheilt wird.³⁷

Der Vorteil einer Eintrittsklausel besteht insbesondere darin, dass der Begünstigte kein Erbe des verstorbenen Gesellschafters sein muss. Zudem kann durch eine entsprechend formulierte Eintrittsklausel die Entscheidung, wer das Eintrittsrecht erhalten soll, den Gesellschaftern zustehen, die sich ihren neuen Mitgesellschafter z.B. nach dem Grad dessen fachlicher Eignung aussuchen können.³⁸

Nachteilhaft wirkt sich vor allem der Schwebezustand aus, in dem sich der Begünstigte noch nicht entschieden hat, ob er der Gesellschaft beitrifft oder nicht.³⁹ Unsicherheit besteht auch deshalb, weil im Falle der Ablehnung die Gesellschaft gegebenenfalls Schuldnerin eines Abfindungsanspruchs wird und sich der Gesellschafterkreis vermindert.⁴⁰

3. Abfindungsausschluss

Da der bereits mehrfach angesprochene Abfindungsanspruch ein entscheidender Beweggrund gegen die Gesellschaftsfortführung ohne Erben ist, bietet es sich an, diesen gänzlich auszuschließen. Solche Ausschlussvereinbarungen im Gesellschaftsvertrag stellen keine Nachfolgeklausel dar, sind aber für die rechtliche Nachfolgeberatung gleichwohl bedeutsam. Vollständige Abfindungsausschlussklauseln für den Fall des Gesellschafterausscheidens werden häufig wegen Dritt- oder Gesellschafterbeeinträchtigung als sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB angesehen.⁴¹ Eine Ausnahme existiert jedoch für das Ausscheiden eines Gesellschafters aufgrund von dessen Tod,⁴² weil der Anteil auf die Mitgesellschafter (im gesetzlichen Fall) oder auf den Dritten (bei einer Eintrittsklausel) übertragen wird.⁴³

³³ BGH NJW 1978, 264 (265); *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 727 a.F. Rn. 23; *Roth*, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 54.

³⁴ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 247.

³⁵ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 139 Rn. 248.

³⁶ *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 727 a.F. Rn. 23.

³⁷ *W. Kössinger/Najdecki*, in: *Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung*, 6. Aufl. 2020, § 20 Rn. 50.

³⁸ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 212; *Klein/Lindemeier*, in: *Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht*, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 77.

³⁹ *Becker*, *Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen*, 2009, S. 216.

⁴⁰ *Müller/Godron*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 213.

⁴¹ *Schmidt/Fleischer*, in: *MüKo-HGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 174, 180.

⁴² H.M.: BGHZ 22, 186 (187); BGH WM 1971, 1338 (1338); *Schmidt/Fleischer*, in: *MüKo-HGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 175; *Roth*, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 42. Aufl. 2023, § 131 a.F. Rn. 62.

⁴³ *Schmidt/Fleischer*, in: *MüKo-HGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 176.

Folglich fallen weder Gesellschaftsanteil noch Anspruch jemals in den Nachlass, sodass die Erben auch nicht benachteiligt werden.⁴⁴

Ein Abfindungsausschluss ist also möglich, allerdings kommt er nur bei Klauseln in Betracht, durch die die Erben von der Nachfolge ausgeschlossen werden. Das ist indes häufig nicht gewollt.

4. Einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel

Praxisrelevanter sind daher gesellschaftsvertragliche Nachfolgekonstruktionen nach den Regeln des Erbrechts. Die grundlegende Variante stellt dabei die einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel dar. „Einfach“ ist sie, weil in ihr nicht nach einzelnen Erben differenziert wird. Wer genau die Gesellschafterposition übernimmt, obliegt einzig dem erblassenden Gesellschafter, indem er mittels letztwilliger Verfügung seine Erben und somit seine Nachfolger in der Gesellschaft bestimmt. Unterlässt er es, letztwillig zu verfügen, werden seine gesetzlichen Erben Nachfolger. Sobald den Gesellschafter zwei oder mehr Personen beerben, wirft dies die Frage auf, ob jeder Erbe selbst entsprechend seiner Quote oder die Erbengemeinschaft als Verband die Gesellschaftsposition übernimmt.

a) Ausnahmsweise Singularsukzession

Nach dem erbrechtlichen Prinzip der Universalsukzession gem. §§ 1922, 2032 BGB müsste letzteres gelten, d.h. die Erbengemeinschaft übernimmt den Gesellschaftsanteil zur gesamten Hand.⁴⁵ Dies würde jedoch in Konflikten zwischen den Regelungen zur Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB) und denen zur Personen(handels)gesellschaft resultieren: Zunächst ist es mit dem Grundsatz der unbeschränkten Gesellschafterhaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. § 126 S. 1 HGB für die OHG bzw. § 721 S. 1 BGB für die GbR unvereinbar, dass Erben nach § 2059 Abs. 1 S. 1 BGB bis zur Auseinandersetzung auf den Nachlass beschränkt haften.⁴⁶ Zudem steht die gemeinsame Verwaltung innerhalb der Erbengemeinschaft gem. § 2038 BGB (sog. Einstimmigkeitsprinzip) im Konflikt mit der grundsätzlichen Alleingeschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht eines OHG-Gesellschafters nach §§ 116 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB.⁴⁷

Deshalb war es auch vor dem Inkrafttreten des MoPeG allgemein anerkannt, dass im Fall der Vererblichkeit des Anteils an einer werbenden Personengesellschaft ausnahmsweise Singularsukzession eintritt, jeder Erbe also entsprechend seiner Quote in die Gesellschaft nachrückt und nicht die Erbengemeinschaft Gesellschafterin wird.⁴⁸ Insoweit galt: „Gesellschaftsrecht schlägt Erbrecht.“⁴⁹ Diese Singularsukzession sowie der Ausschluss der Vorschriften über die Erbengemeinschaft bei Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils ist nun auch gesetzlich in § 711 Abs. 2 S. 2 und S. 3 BGB (i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB) verankert.⁵⁰ Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass „die Erbengemeinschaft wegen ihrer Organisations- und Haftungsstruktur nicht Mitglied einer werbend tätigen Personengesellschaft

⁴⁴ Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 176; in diesem Sinne auch Crezelius, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 139.

⁴⁵ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 27.

⁴⁶ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 34 (noch zur Haftung eines GbR-Gesellschafters analog § 128 S. 1 HGB a.F.; hierzu erstmalig BGHZ 142, 315 [316]).

⁴⁷ v. Proff, DStR 2017, 2555 (2559).

⁴⁸ BGHZ 68, 225 (228); BGH NJW 1996, 1284 (1285); BGH NJW-RR 2012, 730 (731); Roth, in: Hopt, Kommentar zum HGB, 43. Aufl. 2024, § 131 Rn. 14; Leibold, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 123; Klein/Lindemeier, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 27.

⁴⁹ Crezelius, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 140; ähnlich auch Freitag, ZGR 2021, 534 (553).

⁵⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 145; Schäfer, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 14.

sein kann.⁵¹ Zudem wird in S. 1 die bisherige Gestaltungspraxis zu Nachfolgeklauseln vom Gesetzgeber ausdrücklich gebilligt, ohne dass sich indes Änderungen für diese Praxis ergeben,⁵² sodass § 711 Abs. 2 BGB insgesamt elementar für die nachfolgerechtliche Beratung ist.

Durch das Anerkennen der Singularsukzession und die damit verbundene Nicht-Anwendung der Vorschriften zur Erbengemeinschaft werden zwar die dargestellten Schwierigkeiten rund um die Haftung, Geschäftsführung und Vertretung behoben, die unkontrollierte Singularsukzession führt jedoch zu Problemen an anderer Stelle.

b) Nachteile einfacher Nachfolgeklauseln

Allen voran birgt eine Fortführung der Gesellschaft mit allen Erben des Verstorbenen die Gefahr der Aufblähung des Gesellschafterkreises.⁵³ Noch vor Inkrafttreten des MoPeG war aufgrund mehrerer Vorschriften im Recht der GbR, z.B. der Unübertragbarkeit des Gesellschafteranteils gem. § 719 Abs. 1 BGB a.F. sowie der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung der Gesellschaft nach § 723 Abs. 1 BGB a.F., offensichtlich, dass die Gesellschafter ein erhebliches Interesse daran haben, mitbestimmen zu können, wer ihr Mitgesellschafter wird.⁵⁴ Zwar stellen sich diese beiden Probleme durch die Neuregelung nicht mehr,⁵⁵ geblieben ist allerdings die grundsätzliche Gesamtgeschäftsführungsbefugnis gem. § 715 Abs. 3 S. 1 BGB, bei welcher eine Erhöhung der Anzahl an Gesellschaftern praktische Unhandlichkeiten zur Folge hat. Abgesehen von diesen gesetzlichen Gründen führt auch die praktische Gefahr fehlender Eignung eines Erben zur Fortführung der Gesellschaftsgeschäfte dazu, dass einfache Nachfolgeklauseln mit Risiken einhergehen.⁵⁶

5. Qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel

Um diese Risiken zu vermeiden, bietet sich die Vereinbarung einer qualifizierten erbrechtlichen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag an.⁵⁷ Sie bewirkt, dass nicht alle, sondern nur ausgewählte Erben des verstorbenen Gesellschafters – im Wege der Singularsukzession – in die Gesellschaft eintreten.⁵⁸ Dabei müssen der oder die Nachfolger in der Klausel nicht namentlich benannt sein; es genügt eine Bezeichnung anhand von bestimmten Eigenschaften oder Fähigkeiten.⁵⁹ Genauso ist es möglich, die Benennung einem Gesellschafter oder einem Dritten zu überlassen, obgleich dies bei strengem Normverständnis mit § 2065 Abs. 2 BGB unvereinbar wäre.⁶⁰ Nach der Norm kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen. „[Die] Rechtsprechung hat allerdings das besondere sachliche Interesse an solchen Verfügungen aner-

⁵¹ BT-Drs. 19/27635, S. 145.

⁵² BT-Drs. 19/27635, S. 145.

⁵³ Crezelius, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 260.

⁵⁴ Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 139 a.F. Rn. 18; Holler, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 30 Rn. 26.

⁵⁵ Der Gesellschaftsanteil ist gem. § 711 Abs. 1 BGB übertragbar und ein Gesellschafter kann gem. § 725 Abs. 1 BGB nur noch seine Mitgliedschaft, jedoch nicht mehr die gesamte Gesellschaft ordentlich kündigen.

⁵⁶ Müller/Godron, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 26.

⁵⁷ Müller/Godron, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 26; „In der Praxis ist die einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel dementsprechend selten anzutreffen und es wird häufig eine qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel [...] bevorzugt.“

⁵⁸ Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 17.

⁵⁹ Becker, Die Organisation von Personengesellschaften nach Familienstämmen, 2009, S. 157.

⁶⁰ Leipold, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2065 Rn. 35.

kannt“⁶¹ und die Bestimmung des Nachfolgers durch einen Dritten unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet.⁶²

Ist der vererbte Gesellschaftsanteil wertmäßig höher anzusetzen als das, was dem Nachfolger-Erben nach seiner Quote zusteht, besteht Einigkeit, dass er den Miterben einen Ausgleich in Geld zahlen muss.⁶³ Die Höhe der Zahlungspflicht ist die Differenz zwischen dem Wert des Anteils und dem ihm nach der Quote zustehenden Betrages.⁶⁴ In der Rechtsprechung wurde hierfür § 242 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen.⁶⁵

Damit die qualifizierte Nachfolgeklausel nicht ins Leere läuft, muss der gewünschte Nachfolger aber auch Erbe des verstorbenen Gesellschafters sein.⁶⁶ Wird er das nicht, kommt eine Umdeutung gem. § 140 BGB in eine Eintrittsklausel in Betracht.⁶⁷ Die Umdeutung ist nach der Rechtsprechung nicht per se vorzunehmen, sondern nur dann, wenn die Annahme einer (hilfsweisen) Eintrittsklausel „mit der letztwilligen Verfügung des Erblassers in Einklang steht.“⁶⁸ Außerdem muss für eine Umdeutung die Klausel insgesamt scheitern, d.h. gar keiner der gegebenenfalls mehreren gewünschten Nachfolger darf Erbe werden.⁶⁹ Sofern also auch nur bezüglich einem Nachfolger die Klausel erfolgreich ist, bleibt sie wirksam und er erbt den gesamten Gesellschaftsanteil.

6. Zwischenergebnis

Die Gesellschaftsnachfolge kann auch seit dem 1.1.2024 mit den bekannten und beschriebenen Lösungen geregelt werden, welche nun vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt wurden. Am attraktivsten erscheint aufgrund ihrer flexiblen Ausgestaltungsmöglichkeiten nach wie vor die qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel; von Vorteil ist insbesondere, dass den Mitgesellschaftern ein Mitspracherecht eingeräumt werden kann. Ist der gewünschte Nachfolger kein Erbe, bietet sich die Vereinbarung einer Eintrittsklausel an, wobei eine Konstruktion empfehlenswert ist, bei der der Abfindungsanspruch der Erbengemeinschaft ausgeschlossen wird. Wünschen GbR-Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft im Fall des Todes eines Gesellschafters, müssen sie dies nun ausdrücklich anordnen.

V. Ausgewählte Problemkreise im MoPeG

An diesen Überblick anknüpfend werden drei Problemkreise mit zumindest mittelbarer Auswirkung auf die Gestaltungspraxis rund um Nachfolgeklauseln sowie ihre (Nicht-)Behandlung im MoPeG dargestellt.

⁶¹ Müller/Godron, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 40.

⁶² BGHZ 15, 199 (203); BayObLG FamRZ 1991, 610 (611); zu den einzelnen Anforderungen an die Klausel und das Verfahren der Nachfolgerbestimmung *Leipold*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2065 Rn. 35 ff.

⁶³ BGHZ 22, 186 (187); *Habermeier*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2003, § 727 Rn. 20; *W. Kössinger/Najdecki*, in: Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 20 Rn. 40; *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 143.

⁶⁴ *Lorz*, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 23.

⁶⁵ BGHZ 22, 186 (187); alternativ vertretene Lösungsmöglichkeiten bei *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 711 Rn. 65.

⁶⁶ *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 35.

⁶⁷ *v. Proff*, DStR 2017, 2555 (2559).

⁶⁸ *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 263, sich auf BGH NJW 1978, 264 (265) beziehend.

⁶⁹ *Klein/Lindemeier*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 23.

1. Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

Ein Novum ist die Kodifizierung der Rechtsfolge bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters einer Personengesellschaft in § 712a BGB (i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB). Klar ist, dass es keine „Einpersonen-Personengesellschaft“ geben kann,⁷⁰ da Personengesellschaften auf einem Vertrag zwischen den Gesellschaftern beruhen und eine Person nicht sich selbst als Vertragspartner haben kann.⁷¹ Es tritt folglich Konfusion ein,⁷² ohne dass dadurch gesagt wäre, wie mit dem Gesellschaftsvermögen zu verfahren ist.

Bis zum Inkrafttreten des MoPeG deutete lediglich § 140 Abs. 1 S. 2 HGB a.F., wonach ein Gesellschafter auch dann Ausschließungsklage erheben konnte, wenn nur noch ein Gesellschafter nach deren Erfolg verbleiben würde, die Möglichkeit der Geschäftsfortführung nach Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters an. Weil das Gesetz im Übrigen aber schwieg, entwickelte sich eine Rechtsprechungspraxis, die von dem Großteil der Literatur zumindest bezüglich des Szenarios, dass ein Vollhafter verbleibt, akzeptiert wurde.⁷³ Dabei war die Lösung bei GbR und OHG im Ergebnis gleichlautend: Der verbleibende Gesellschafter erhielt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge das Gesellschaftsvermögen und die Gesellschaft erlischt liquidationslos.⁷⁴ Dies bestimmt nun § 712a Abs. 1 BGB; der Gesetzgeber hat sich für eine Übernahme des durch die Rechtsprechung und Literatur herbeigeführten Status quo entschieden.⁷⁵ Dabei erkennt er, dass aufgrund der Neuregelung, wonach der Tod eines GbR-Gesellschafters, neben mehreren Ereignissen, im gesetzlichen Regelfall zu seinem Ausscheiden und nicht mehr zur Auflösung die Gesellschaft führt, vgl. § 723 Abs. 1 BGB, das von § 712a BGB erfasste Szenario an praktischer Relevanz hinzugewinnen wird.⁷⁶

Zur Begründung führt der Gesetzgeber aus, dass die Gesellschaft ohne Liquidation erlöschen muss, weil der Fortbestand einer Personengesellschaft zwei Personen voraussetzt und somit beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen.⁷⁷ Die Universalsukzession wird mit Rücksicht auf das schützenswerte Interesse des verbleibenden Gesellschafters am Erhalt des Gesellschaftsvermögens anerkannt; dementsprechend heißt es in der Begründung zu § 712a Abs. 1 BGB:

„Eine Zerschlagung dieses Vermögens wäre aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll.“⁷⁸

2. Haftung des eintretenden Gesellschaftererben

Eine weitere zentrale Änderung des Rechts der GbR durch das MoPeG betrifft die Haftung des eintretenden Gesellschaftererben.

⁷⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 147; *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, § 712a Rn. 1.

⁷¹ Freitag, ZGR 2021, 534 (541).

⁷² Freitag, ZGR 2021, 534 (541).

⁷³ Stark diskutiert wird der Fall, dass in einer KG der letzte Komplementär ausscheidet, sodass nur ein Kommanditist als Gesellschafter verbleibt, vgl. hierzu *Schmidt/Fleischer*, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 46. Der Reformgesetzgeber hat sich ausdrücklich geweigert, diesen Fall zu regeln und überlässt die Anwendung des § 712a BGB auf die KG der Rechtsprechung, vgl. BT-Drs. 19/27635, S. 146.

⁷⁴ Zur OHG BGHZ 113, 132 (132 f.); *Schmidt/Fleischer*, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 131 a.F. Rn. 107; zur GbR BGHZ 32, 307 (309); BGH NJW 2008, 2992 (2992); OLG Frankfurt a.M. NZG 2006, 382 (383). Speziell zum liquidationslösen Erlöschen: *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2020, § 736 a.F. Rn. 2.

⁷⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 146.

⁷⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 146.

⁷⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 147.

⁷⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 147.

a) Funktionsweise

Eine Konsequenz der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR war, dass eintretende Gesellschafter, bei Nachfolge sowohl unter Lebenden als auch im Todesfall, bis zum 31.12.2023 analog §§ 128 S. 1, 130 Abs. 1 HGB a.F. für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft hafteten,⁷⁹ was nun in den §§ 721 S. 1, 721a S. 1 BGB geregelt ist. Es besteht auch nach der Reform keine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung, sodass der Erbe, um seine Haftung zu vermeiden, das Erbe insgesamt ausschlagen muss,⁸⁰ da eine Erbschaft gem. § 1950 BGB nicht teilweise ausgeschlagen werden kann. Aus genau diesem Grund existierte im Recht der Personenhandelsgesellschaften bereits vor Inkrafttreten des MoPeG § 139 HGB a.F., seit dem 1.1.2024 § 131 HGB.⁸¹ Nach dessen Absatz 1 kann ein Erbe, der aufgrund einer Nachfolgeklausel Vollhafter in einer OHG oder KG wird, seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Stimmen die Mitgesellschafter dem Antrag zu, haftet der Erbe als Kommanditist zwar gem. §§ 171, 172, 173 HGB,⁸² jedoch grundsätzlich nicht unbeschränkt mit seinem Privatvermögen. Lehnen die Mitgesellschafter den Antrag ab, kann der Erbe gem. § 131 Abs. 2 HGB die Gesellschaft durch Kündigung verlassen. In beiden Fällen werden die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nach § 131 Abs. 4 HGB als Nachlassverbindlichkeiten behandelt, womit eine Haftungsbeschränkung gem. §§ 1975 ff. BGB möglich wird.⁸³

Das Fehlen dieser Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung in den §§ 705 ff. BGB a.F. wurde bereits kurz nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR als unbillig empfunden.⁸⁴ Die herrschende Literatur wendete daher § 139 HGB a.F. bei der erbrechtlichen Nachfolge in die Position eines GbR-Gesellschafters analog an.⁸⁵ Dieser Ansicht hat sich der Gesetzgeber des MoPeG angeschlossen und § 724 BGB eingeführt,⁸⁶ der inhaltlich § 131 HGB größtenteils entspricht, jedoch mit einer, für die Gestaltungspraxis von Gesellschaftsverträgen bedeutenden Abweichung: Während das HGB-Wahlrecht gem. § 131 Abs. 5 S. 1 HGB zwingend ist, enthält das BGB-Wahlrecht keinen Absatz, der die Abdingbarkeit abspricht.

b) Abdingbarkeit des Erbenwahlrechts

Im Mauracher Entwurf, der die Grundlage für den Regierungsentwurf war, sah § 724 Abs. 5 Hs. 1 BGB-E noch Folgendes vor:

„Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Absätze 1 bis 4 nicht ausschließen [...]“

⁷⁹ BGHZ 154, 370 (372 f.); BGH NJW 2006, 765 (766); *Hillmann*, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 130 a.F. Rn. 2; *Klimke*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.7.2023, § 130 a.F. Rn. 3.

⁸⁰ *Bochmann*, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (230).

⁸¹ *Mugdán*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 6, Materialien zum Handelsgesetzbuch, 1897, S. 271 (damals § 137 HGB); *Lange/Kretschmann*, NZG 2023, 351 (352).

⁸² *Lange/Kretschmann*, NZG 2023, 351 (355).

⁸³ *Lehmann-Richter*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.1.2024, § 131 Rn. 38, 40.

⁸⁴ *Ulmer*, ZIP 2003, 1113 (1121).

⁸⁵ *Lorz*, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 97; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 727 a.F. Rn. 48; *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 727 a.F. Rn. 13; a.A. *Habermeier*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2003, § 727 a.F. Rn. 16; offenlassend BGH NZG 2014, 696 (696 f.).

⁸⁶ Zur Möglichkeit, gem. Art. 229 § 61 EGBGB die Geltung der §§ 723–728 BGB a.F. bis zum 31.12.2024 zu verlängern v. *Proff*, NZG 2023, 147 (150 ff.).

Indem § 724 BGB diesen Passus nicht mehr enthält, hat sich der Gesetzgeber für die Abdingbarkeit der Norm ausgesprochen.⁸⁷ Sein Argument hierfür lautet, dass das Erbenwahlrecht nicht immer die interessensgerechteste Lösung darstellt, z.B. wenn das Haftungsrisiko wegen reiner Vermögensverwaltung ohnehin gering oder der buchhalterische Mehraufwand (u.a. Buchführungs- und Bilanzierungspflicht) in einer KG den Mitgesellschaftern unzumutbar ist.⁸⁸ Sofern das Wahlrecht des Erben erkennbar nicht interessengerecht ist, soll auch eine stillschweigende Abbedingung in Betracht kommen.⁸⁹

Allerdings gehen Teile der Literatur trotz des Gesagten von einem zwingenden Charakter des § 724 BGB aus.⁹⁰ Als Grund für die Ablehnung einer dispositiven Rechtsnatur wird angeführt, schon das abstrakte Haftungsrisiko des eintretenden Erben rechtfertige sein Wahlrecht.⁹¹ Zudem drohe eine unübersichtliche Rechtsprechung zur Frage, wann die Haftung nicht interessensgerecht sei.⁹² Speziell für den Fall des ausbleibenden Haftungsrisikos schlägt Schäfer als Kompromiss eine teleologische Reduktion der Norm vor.⁹³ Dafür, dass die Norm im Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden kann, spricht für ihn bereits ihre Verortung im vierten Kapitel und damit außerhalb des zweiten Kapitels des GbR-Rechts, für welches nach § 708 BGB Gestaltungsfreiheit gilt.⁹⁴

Trotz dieser berechtigten Einwände sprechen die Gesetzgebungshistorik sowie der systematische Vergleich zu § 131 Abs. 5 Hs. 1 HGB, wonach im Gesellschaftsvertrag einer OHG und KG das Wahlrecht nicht ausgeschlossen werden kann, eindeutig für die Abdingbarkeit des Erbenwahlrechts nach § 724 BGB.⁹⁵ Der Norm einen zwingenden Charakter zuzuschreiben, würde außerdem nicht unternehmerisch tätigen und rein vermögensverwaltenden GbR unnötige Gesellschafterauseinandersetzungen bescheren.⁹⁶

Die Beratungspraxis muss daher künftig, wenn eine erbrechtliche Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag vereinbart wird, zusätzlich prüfen, ob das Erbenwahlrecht nach § 724 BGB abzubedingen ist. Dies wird sich insbesondere bei einer werbend tätigen Gesellschaft anbieten, die auf die Teilnahme aller Gesellschafter an der Unternehmensführung angewiesen ist.⁹⁷ Ferner bieten sich gesellschaftsvertragliche Regelungen an, die das Erbenwahlrecht formell modifizieren, indem sie z.B. bestimmen, wem genau der Antrag nach § 724 Abs. 1 BGB zugehen muss oder eine Frist festlegen, innerhalb derer die Restgesellschafter über den Antrag zu entscheiden haben.⁹⁸

c) Hürden der Umwandlung

Sofern dem Erben das Wahlrecht aus § 724 BGB zusteht, bedeutet dies aber nicht automatisch, dass er die Umwandlung in eine KG verlangen kann oder wird. Abgesehen davon, dass hierfür die Zustimmung

⁸⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 171: „§ 724 BGB-E [ist] als dispositive Regelung konzipiert [...]“.

⁸⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 171.

⁸⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 171; kritisch: *Bergmann*, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 42.

⁹⁰ *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 724 Rn. 5 f.; *Schäfer*, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 56.

⁹¹ *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 724 Rn. 6.

⁹² *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 724 Rn. 6.

⁹³ *Schäfer*, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 56.

⁹⁴ *Schäfer*, in: ders., Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 56.

⁹⁵ Gegen einen zwingenden Charakter auch *Lange/Kretschmann*, NZG 2023, 351 (353); *Bergmann*, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 43; *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, § 724 Rn. 29; ebenso noch zum Mauracher Entwurf *Bochmann*, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (233).

⁹⁶ *Bochmann*, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (231 f.).

⁹⁷ *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, § 724 Rn. 32.

⁹⁸ *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, § 724 Rn. 34 f.

mung der anderen Gesellschafter erforderlich ist, muss der Wechsel von der GbR zur KG auch rechtlich zulässig sein. Dies bestimmt sich nach den §§ 107 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB.

Da die GbR kein Handelsgewerbe betreiben kann (sonst wäre sie gem. § 1 Abs. 2 HGB eine OHG), muss sie nur eigenes Vermögen verwalten, kleingewerblich oder auf die gemeinsame Ausübung freier Berufe gerichtet sein, um zur KG werden zu können.⁹⁹ Letztere Variante steht jedoch nach §§ 161 Abs. 2, 107 Abs. 1 S. 2 a.E. HGB unter dem Vorbehalt berufsrechtlicher Zulässigkeit. Bei einer vermögensverwaltenden GbR sind Haftungsrisiken außerdem in der Regel überschaubar, weshalb der Gesellschaftererbe in diesen Konstellationen von der Haftungsbeschränkung des § 724 BGB selten Gebrauch machen wird.¹⁰⁰ Im Ergebnis ist das Recht zur Aufforderung zur Umwandlung daher nur für den Erben bei einer kleingewerblichen sowie, die berufsrechtliche Zulässigkeit unterstellt, freiberuflichen GbR interessant.

Zudem ist die Ausübung des Antragsrechts des Erben gem. § 724 Abs. 3 S. 1 BGB an eine Frist von drei Monaten gebunden, welche mit „dem Zeitpunkt [beginnt], zu dem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat“. Der Erbe muss folglich innerhalb dieser drei Monate die Haftungsrisiken innerhalb der GbR evaluieren, was zwar ebenfalls auf einen Vollhafter-Erben bei OHG und KG zutrifft. Während Haftungsrisiken dort wegen deren Buchführungs- und Jahresabschlusspflichten nach den §§ 238 Abs. 1, 242 Abs. 1 HGB jedoch weniger schwer zu ermitteln sind, fehlen solche gesetzlichen Aufzeichnungspflichten bei der GbR.¹⁰¹ Der Gesellschaftererbe muss daher ohne entsprechende Informationen innerhalb eines vergleichsweise kurzen Zeitraums die finanzielle Lage der GbR einschätzen, was mit erheblichen Schwierigkeiten einhergehen kann.¹⁰²

d) Offengelassene Fragen

Wie gezeigt hat der Gesetzgeber, abgesehen vom zwingenden Charakter, das Wahlrecht des GbR-Erben inhaltlich dem § 131 HGB entsprechend konzipiert. Dabei hat er es verpasst, einige bereits in dessen Rahmen ungeklärte Fragen zu beantworten, von denen hier nur die drängendsten angerissen werden können.

So ist fraglich, ob der Gesellschaftererbe zwischen Erbfall, mithin Gesellschaftseintritt, und Ablauf der dreimonatigen Frist zur Antragsstellung bereits persönlich von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden darf. Dagegen spricht, dass der Erbe während des Entscheidungszeitraums gegebenenfalls nur vorübergehend Gesellschafter war; andererseits ist er als Erbe sofort Gesellschafter.¹⁰³ Durchgesetzt hat sich daher die Anerkennung eines Leistungsverweigerungsrechts des Gesellschaftererben, bis feststeht, dass er endgültig unbeschränkt haftender Gesellschafter wird.¹⁰⁴

Mit der Haftungsfrage verknüpft ist die Problematik, dass dem Erben mit dem Erbfall sofort Geschäftsführungsbefugnisse und innergesellschaftliche Stimmrechte zustehen, obwohl sein dauerhafter Verbleib in der Gesellschaft noch unklar ist.¹⁰⁵ Wie hiermit zu verfahren ist, bleibt im Gesetzestext ebenso ungeklärt wie die Anwendbarkeit des § 176 Abs. 2 HGB auf den eintretenden Erben, also die Frage, ob der Erben-Kommanditist zwischen Gesellschaftseintritt und Eintragung der KG ins Han-

⁹⁹ Bergmann, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 40.

¹⁰⁰ Lange/Kretschmann, NZG 2023, 351 (353).

¹⁰¹ Bochmann, ZGR Sonderheft 23 (2020), 221 (230).

¹⁰² Pranzo, ZErB 2022, 425 (431); Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545 (549).

¹⁰³ Schmidt/Fleischer, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 139 a.F. Rn. 106.

¹⁰⁴ Lange/Kretschmann, NZG 2023, 351 (355); Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 131 Rn. 118; Klein/Lindemeier, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 48.

¹⁰⁵ Freitag, ZGR 2021, 534 (544).

delsregister wie ein persönlich haftender Gesellschafter haftet. Nach herrschender Auffassung in der Literatur, die sich nur auf ein höchstrichterliches Urteil stützen kann,¹⁰⁶ findet § 176 Abs. 2 HGB in diesem Fall keine Anwendung.¹⁰⁷ Folglich wäre ein Fingerzeig des Gesetzgebers wünschenswert gewesen und er hätte sich auch angeboten, da § 176 Abs. 2 HGB ohnehin neu gefasst wurde.¹⁰⁸

Obgleich die Regelung des Erbenwahlrechts für die GbR äußerst begrüßenswert ist, muss daher festgehalten werden, dass der Gesetzgeber mit der weitgehenden Kopie des § 131 HGB den leichtesten Weg eingeschlagen und bedauerlicherweise einige Fragen offengelassen hat.

3. Testamentsvollstreckung

Eine der wohl umstrittensten Problematiken an der Schnittstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht betrifft die Möglichkeit einer sog. Dauervollstreckung an einem vererbten Personengesellschaftsanteil.¹⁰⁹ Die Testamentsvollstreckung, welche vom Erblasser gem. § 1975 Abs. 1 BGB angeordnet werden kann, kommt ausschließlich dann in Betracht, wenn der Anteil in den Nachlass fällt,¹¹⁰ im Gesellschaftsvertrag also eine erbrechtliche Nachfolgeklausel vereinbart ist.¹¹¹ Der Erblasser muss folglich bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung bereits gesellschaftsvertraglich vorhandene Nachfolgeregeln berücksichtigen. Sie wird im personengesellschaftsrechtlichen Kontext insbesondere dann vom Erblasser angeordnet, wenn er die Erben des jeweiligen Gesellschaftsanteils – mangels Qualifikation und/oder zu jungem Alter – für ungeeignet hält, den Anteil zu verwalten, mithin unternehmerische Entscheidungen zu treffen.¹¹²

Auslöser der Schwierigkeiten ist vor allem, dass dem Testamentsvollstrecker nach erbrechtlichen Prinzipien die Befugnisse kraft der Gesellschaftsmitgliedschaft uneingeschränkt zustünden, z.B. auch das Recht zur Geschäftsführung, sodass er Verbindlichkeiten zum Nachteil des gem. § 721 S. 1 BGB respektive § 126 S. 1 HGB persönlich haftenden Nachlasses eingehen könnte. Die Erben, die gem. § 1967 Abs. 1 BGB zwar mit ihrem eigenen Vermögen für die Nachlassverbindlichkeiten haften, sind indes, wie § 2206 Abs. 2 BGB zeigt, in der Lage, ihre Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Der Testamentsvollstrecker haftet von vornherein nicht.¹¹³ Folglich würde die unbeschränkte Gesellschafterhaftung unterlaufen werden.¹¹⁴ Aufgrund des erheblichen praktischen Bedürfnisses nach der Dauervollstreckung an Personengesellschaftsanteilen kann hierauf jedoch nicht verzichtet werden, weshalb sich eine umfassende Rechtsprechung und Literatur zu dieser Thematik entwickelt hat.¹¹⁵

Durchgesetzt hat sich eine Begrenzung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers anhand der Innen- und der Außenseite der Gesellschafterstellung.¹¹⁶ Die Testamentsvollstreckung an Personen-

¹⁰⁶ BGHZ 108, 187 (192).

¹⁰⁷ Schmidt/Grüneberg, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 176 a.F. Rn. 24; Lorz, in: Ebenroth/Boujong, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2024, § 139 Rn. 125.

¹⁰⁸ Lange/Kretschmann, NZG 2023, 351 (355); Heckschen/Nolting, BB 2021, 2945 (2951).

¹⁰⁹ So zumindest Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (187).

¹¹⁰ Ob der im Wege der Sondererbfolge übergehende Gesellschaftsanteil in den Nachlass fällt, war lebhaft umstritten; eine Übersicht hierzu m.w.N. bei Kämper, RNotZ 2016, 625 (628). Nach mittlerweile h.M. wird der Anteil dem Nachlass zugerechnet, BGHZ 98, 48 (49); 108, 187 (188); Zimmermann, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2205 Rn. 30. A.A. BGH NJW 1981, 749 (750); Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 33.

¹¹¹ Dutta, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 2205 Rn. 164.

¹¹² Kämper, RNotZ 2016, 625 (629).

¹¹³ Leipold, Erbrecht, 23. Aufl. 2022, Rn. 806.

¹¹⁴ Dutta, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 2205 Rn. 144.

¹¹⁵ Kämper, RNotZ 2016, 625 (629 ff.), m.w.N., auch mit einer Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung.

¹¹⁶ BGHZ 98, 48 (56 f.); BGH NJW 1998, 1313 (1314); Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (189); Heckschen, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 2205 Rn. 31; Leipold, in: MüKo-BGB, Bd. 11,

gesellschaftsanteilen ist demnach möglich, allerdings mit der Einschränkung, dass der Testamentsvollstrecker nur die der Außenseite zuzuordnenden Befugnisse ausüben kann.¹¹⁷ Dazu zählen vor allem das Recht auf Übertragung des Anteils sowie die Verfügungsbefugnis über künftige Auseinandersetzungsansprüche.¹¹⁸ Die Innenseite umfasst dagegen die innergesellschaftlichen Mitwirkungsrechte, mithin u.a. die Geschäftsführung, Stimmrechte innerhalb der Gesellschaft und die Prozessführungsbefugnis.¹¹⁹ Diesbezüglich ist grundsätzlich der Erbe handlungsberechtigt; die Innenseite unterliegt nicht der Dauertestamentsvollstreckung.¹²⁰ Über die Abgrenzung von Außen- und Innenseite im Einzelnen besteht indes Unsicherheit.¹²¹ Ungeklärt ist außerdem die Zulässigkeit möglicher Ersatzlösungen, mit denen eine umfassendere Dauervollstreckung erreicht werden könnte.¹²²

Folglich wäre es wünschenswert gewesen, eine Positionierung im MoPeG zur Thematik zu erhalten.¹²³ Der Gesetzgeber erklärt jedoch ausdrücklich, dass sich von dem MoPeG keine Änderungen für die Frage ergeben, „ob und unter welchen Voraussetzungen die Testamentsvollstreckung an einem Anteil des unbeschränkt haftenden Gesellschafters zulässig ist.“¹²⁴

VI. Fazit

Durch das MoPeG wurde jahrzehntelange Rechtsprechungs- und Beratungspraxis zumindest teilweise kodifiziert; von hoher Bedeutung für die Nachfolgethematik ist die Anerkennung der Praxis rund um die Nachfolgeklauseln implizit in § 711 Abs. 2 BGB und ausdrücklich in der Gesetzesbegründung.¹²⁵ Dies ist wegen der dadurch gesteigerten Rechtssicherheit äußerst begrüßenswert. Dabei ist positiv hervorzuheben, dass bezüglich der Klauselpraxis die bestehende Rechtslage lediglich kodifiziert wird, ohne einschränkende Elemente aufzunehmen. Erfreulicherweise kann dieser Teil des MoPeG daher als „minimalinvasiv“ bezeichnet werden. Ebenfalls begrüßenswert ist die Aufnahme eines Wahlrechts für Gesellschaftererben in einer GbR gem. § 724 BGB.¹²⁶ Dessen Einführung wurde bereits 2016 auf dem 71. Deutschen Juristentag mit einer großen Mehrheit empfohlen.¹²⁷

Inhaltlich allerdings hat sich zur Nachfolge von Todes wegen in GbR und OHG wenig geändert. Der Reformgesetzgeber hat zwar zu einigen Problemen Stellung bezogen; es verbleiben jedoch mehrere ungeklärte Fragen, zu denen eine Regelung wünschenswert gewesen wäre. Dementsprechend lösen die Änderungen hinsichtlich der Gesellschaftsnachfolge im Todesfall wenig Euphorie aus.¹²⁸ Zumindest hinsichtlich der Nachfolgeklauseln kann attestiert werden, dass aufgrund des hohen Gra-

9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 135.

¹¹⁷ Dutta, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 2205 Rn. 168.

¹¹⁸ Heckschen, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 2205 Rn. 32.

¹¹⁹ Kämper, RNotZ 2016, 625 (632).

¹²⁰ R. Kössinger/Zintl, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 130.

¹²¹ Von einer „unübersichtliche[n] Situation“ sprechen Lange, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 2205 Rn. 57, und Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (189).

¹²² Vgl. zu diesen R. Kössinger/Zintl, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 132 ff.

¹²³ Lübke, DNotZ 2023, 896 (916); Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 711 Rn. 33; Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187 (192); Bergmann, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 7 Rn. 13; Heckschen/Nolting, BB 2021, 2945 (2951).

¹²⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 145.

¹²⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 145.

¹²⁶ Sich ebenfalls positiv äußernd v. Proff, NZG 2023, 147 (149); Schäfer, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 6 Rn. 54; Servatius, GbR, Kommentar, 2023, § 712a Rn. 1.

¹²⁷ Beschluss 22 des 71. DJT, Bd. 2/1, 2016.

¹²⁸ Ebenso Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545 (550).

des an durch Rechtsprechung und Literatur geklärter Fragen ein umfassendes Eingreifen des Gesetzgebers nicht erforderlich war. Dass er über die Klauselthematik hinaus Streitigere Problem der Nachfolge in Personengesellschaften ungeklärt lässt, widerspricht allerdings dem selbst gesetzten Ziel, mehr Rechtssicherheit zu schaffen zu wollen.¹²⁹

¹²⁹ Zu diesem Ziel BT-Drs. 19/27635, S. 101.