

## Die Rechtsnachfolge in der Personengesellschaft beim Tod eines Gesellschafters

Von Jakob Hahn, Hamburg

- I. Einleitung
- II. Die dispositive Rechtslage
  1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts
  2. Offene Handelsgesellschaft
  3. Kommanditgesellschaft
- III. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten
  1. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen
    - a) Fortsetzungsklausel
    - b) Eintrittsklausel
    - c) Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel
  2. Erbrechtliche Gestaltungen
    - a) Einfache Nachfolgeklausel
    - b) Qualifizierte Nachfolgeklausel
- IV. Friktionen zwischen Gesellschafts- und Erbrecht
  1. Kollision von qualifizierter Nachfolgeklausel und letztwilliger Verfügung
  2. Ausgleichsanspruch übergangener Miterben
- V. Fallbearbeitung

## 720 Die Rechtsnachfolge in der Personengesellschaft beim Tod eines Gesellschafters

Wiss. Assistent Jakob Hahn\*

Der Beitrag erörtert die Rechtslage beim Tod eines Gesellschafters einer Personengesellschaft. Besondere Berücksichtigung kommt dabei den kautelarjuristischen Gestaltungsmöglichkeiten und den sich aus der Wechselwirkung von Gesellschafts- und Erbrecht ergebenden Problemen zu.

### I. Einleitung

Die Nachfolge beim Tod eines Gesellschafters einer Personengesellschaft stellt ein Klassikerthema im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Erbrecht dar.<sup>1</sup> Der Zugriff hierauf fällt schwer, da die gesetzlichen Regelungen nicht nur rar und über BGB wie HGB verstreut sind, sondern sie die Kautelarpraxis auch häufig abbedingt oder modifiziert. Gerade deshalb bietet sich der Stoff als Prüfungsgegenstand für Grundstudium und Examen an. Dieser Beitrag beleuchtet die dispositive Rechtslage und die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten und berücksichtigt dabei insbesondere die sich aus der Wechselwirkung zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht ergebenden Probleme.

### II. Die dispositive Rechtslage

*Fall 1:* A, B und C sind Gesellschafter einer Personengesellschaft. A stirbt, seine Erben sind X und Y. Wie ist die Rechtslage, wenn die Gesellschaft a) eine GbR, b) eine OHG, c) eine KG und A Kommanditist ist?

#### 1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

In der GbR führt der Tod eines Gesellschafters nach § 727 I mangels abweichender Gestaltung im Gesellschaftsvertrag zur Auflösung der Gesellschaft. Diese drastische Rechtsfolge trägt dem Umstand Rechnung, dass eine GbR häufig von Leistungserwartungen, die sich auf individuelle Personen beziehen, und besonderem persönlichen Vertrauen geprägt ist.<sup>2</sup> Mit der Auflösung wandelt sich die Gesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft um, deren Zweck die Verteilung des Gesellschaftsvermögens ist.<sup>3</sup> Der Erbe des Gesellschafters wird Mitglied dieser Liquidationsgesellschaft und hat dort Vermögens- und Verwaltungsrechte.<sup>4</sup> Hat der Verstorbene mehrere Erben, so werden diese als Erbengemeinschaft gesamthänderisch (§§ 2032 ff.) Gesellschafter.<sup>5</sup>

---

\* Der Autor ist Wiss. Assistent bei Prof. Dr. Dr. h. c. Holger Fleischer, LL. M., am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

1 S. auch *Steinbeck*, JuS 2012, 199.

2 *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 1922 Rn. 62.

3 *MüKoBGB/Schäfer*, 7. Aufl. 2017, Vorb. § 723 Rn. 5.

4 *Kilian in Henssler/Strohn*, GesR, 3. Aufl. 2016, BGB § 727 Rn. 5.

5 *MüKoBGB/Schäfer* (o. Fn. 3), § 727 Rn. 14.

*Lösung Fall 1 a):* Die Gesellschaft wird aufgelöst und wandelt sich in eine Liquidationsgesellschaft um, deren Gesellschafter *B*, *C* sowie als Erbengemeinschaft *X* und *Y* sind.

## 2. Offene Handelsgesellschaft

In einer OHG führt der Tod eines Gesellschafters nach § 131 III 1 Nr. 1 HGB zu dessen Ausscheiden. Da die OHG typischerweise unternehmenstragend ist, wird die Gesellschaft – anders als im Recht der GbR – nicht aufgelöst.<sup>6</sup> Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters wächst den übrigen Gesellschaftern an.<sup>7</sup> Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 738 I 2 BGB iVm § 105 II HGB) geht auf seine Erben über.<sup>8</sup> Abfindungsschuldnerin ist die Gesellschaft.<sup>9</sup> Streitig ist, ob auch die verbleibenden Gesellschafter nach § 128 S. 1 HGB für die Abfindung haften. Eine in der Literatur verbreitete Ansicht verneint dies, da es sich bei dem Abfindungsanspruch um eine Sozialverbindlichkeit handle. Eine Gesellschafterhaftung hierfür widerspreche § 707, wonach die Gesellschafter nicht zur Erhöhung ihres Beitrags verpflichtet sind.<sup>10</sup> Nach hM soll § 707 aber nicht gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftern gelten, weshalb auch die verbleibenden Gesellschafter für den Abfindungsanspruch haften.<sup>11</sup>

Das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters ist nach §§ 143 I, II HGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Zur Eintragung bedarf es sowohl einer Anmeldung der verbleibenden Gesellschafter, als auch der Erben.<sup>12</sup>

721 Nach § 143 III HGB kann die Eintragung auch ohne Anmeldung der Erben erfolgen, wenn dieser besondere Hindernisse entgegenstehen, beispielsweise wenn die Identität der Erben unklar ist.<sup>13</sup>

*Lösung Fall 1 b):* Die Gesellschaft besteht mit *A* und *B* als Gesellschaftern fort. *C* scheidet mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus, als Erbengemeinschaft haben *X* und *Y* einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben gegen die Gesellschaft, für den *A* und *B* nach § 128 S. 1 HGB solidarisch haften.

## 3. Kommanditgesellschaft

In der KG ist zwischen dem Gesellschaftsanteil des Komplementärs und dem des Kommanditisten zu differenzieren. Für den Komplementär gilt wegen § 161 II HGB das zur OHG Gesagte. Für den Kommanditisten trifft § 177 HGB hingegen eine Sonderregel: Stirbt er, so wird die Gesellschaft mit seinen Erben fortgesetzt. Die Mitgliedschaft geht damit kraft Erbrechts über. Gibt es mehrere Erben, so teilt sich der Kommanditanteil automatisch entsprechend ihrer Erbquote.<sup>14</sup> Im Handelsregister ist zu vermerken, dass der Kommanditistenwechsel im Wege der Gesamtrechtsnachfolge

---

6 Soergel/Stein (o. Fn. 2), § 1922 Rn. 63.

7 Lorz in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 131 Rn. 41.

8 Große-Boymann in Burandt/Rojahn, ErbR, 2. Aufl. 2014, BGB § 1922 Rn. 56; Westermann in Westermann/Wertenbruch, HdbPersG I, 2017, Rn. 1200.

9 Vgl. Staudinger/Habermeier, BGB, 2003, § 738 Rn. 12.

10 Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl. 2012, § 738 Rn. 40; Staudinger/Habermeier (o. Fn. 9), § 738 Rn. 12; Schöne in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 738 Rn. 18.

11 Vgl. BGHZ 148, 201 (206) = NJW 2001, 2718 (2720); BGH, NJW 2011, 2355; Kindler in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl. 2015, § 131 Rn. 10; Kilian in Henssler/Strohn (o. Fn. 4), BGB § 738 Rn. 12; MüKoBGB/Schäfer (o. Fn. 3), § 738 Rn. 17.

12 Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 143 Rn. 3; Schaub, ZEV 1994, 71 (75).

13 Vgl. Kafka/Kühn, RegisterR, 10. Aufl. 2017, Rn. 647.

14 BGH, NZG 2012, 385 (386); Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (o. Fn. 7), § 177 Rn. 8.

erfolgt, um den Rechtsverkehr darauf aufmerksam zu machen, dass sich die Haftsumme nicht erhöht hat.<sup>15</sup>

*Lösung Fall 1 c):* Die Gesellschaft besteht mit *A* und *B* als persönlich haftenden Gesellschaftern fort. *X* und *Y* erhalten jeweils einen Kommanditeil entsprechend ihrer Erbquote.

### III. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die gesetzlichen Regelungen führen häufig nicht zu interessengerechten Ergebnissen. Die automatische Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters ist in einer unternehmenstragenden GbR meist unerwünscht. Typischerweise wollen die Gesellschafter auch vermeiden, dass das Gesellschaftsvermögen durch den Tod eines Gesellschafters mit dem Abfindungsanspruch nach § 738 I 2 belastet wird. Diesen Interessen kann der Gesellschaftsvertrag mit verschiedenen Gestaltungen Rechnung tragen. Dabei ist zwischen gesellschafts- und erbrechtlichen Gestaltungen zu unterscheiden.

#### 1. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen

##### a) Fortsetzungsklausel

Eine Fortsetzungsklausel bestimmt, dass eine GbR beim Tod eines Gesellschafters mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird.<sup>16</sup> Sie wendet damit die Auflösung ab und führt die Rechtsfolge herbei, die für die Personenhandelsgesellschaften nach § 131 III Nr. 1 HGB schon von Gesetzes wegen gilt.

##### b) Eintrittsklausel

Eine Eintrittsklausel gewährt einem Dritten das Recht, beim Tod eines Gesellschafters in die Gesellschaft einzutreten – entweder durch einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Gesellschafter oder in Form eines Gestaltungsrechts, das durch einseitige Willenserklärung ausgeübt werden kann.<sup>17</sup> Der Eintritt kann sich nicht automatisch mit dem Tod vollziehen, da der Dritte nicht an der Regelung im Gesellschaftsvertrag beteiligt ist. Wegen der mit dem Erwerb der Mitgliedschaft verbundenen Nachteile, insbesondere der unbeschränkten persönlichen Haftung für Alt- und Neuverbindlichkeiten (§§ 128 S. 1, 130 I HGB), handelte es sich andernfalls um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter.<sup>18</sup>

Die Eintrittsklausel stellt einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328, 331) dar.<sup>19</sup> Sie unterliegt nicht dem Formerfordernis für Schenkungen auf

---

15 *Krafka/Kühn* (o. Fn. 13), Rn. 755; *Schaub*, ZEV 1994, 71 (77 f.).

16 Formulierungsbsp. v. *Blaum/Kai-Steffen Scholz* in *Hoffmann-Becking/Gebele*, Beck'sches Formularhdb. Bürgerl., Handels- u. WirtschaftsR, 12. Aufl. 2016, VIII A I § 11 II: „Kündigt ein Gesellschafter, wird er aus der Gesellschaft ausgeschlossen, stirbt er oder tritt in seiner Person sonst ein Grund ein, der nach dem Gesetz die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben würde, scheidet der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird durch die verbleibenden Gesellschafter fortgeführt.“

17 *Klein/Lindemeier* in *Gummert/Weipert*, MünchHdbGesR I, 4. Aufl. 2014, § 11 Rn. 35 ff.; *Klöhn* in *Henssler/Strohn* (o. Fn. 4), HGB § 139 Rn. 86.

18 Vgl. *BGHZ* 68, 225 (231) = *NJW* 1977, 1339 (1341); *Roth* in *Baumbach/Hopt* (o. Fn. 12), § 139 Rn. 52.

19 *Staudinger/Kunz*, BGB, 2017, § 1922 Rn. 197 b; *Schäfer*, BB-Beil. 15/2004, 14 (17.).

den Todesfall (§ 2301 I 1), da das Deckungsverhältnis nicht dem Erb-, sondern ausschließlich dem Schuldrecht unterliegt.<sup>20</sup> Rechtstechnisch vollzieht sich der Eintritt in zwei Schritten: Zunächst wächst der Anteil des verstorbenen Gesellschafters den verbleibenden Gesellschaftern an. Mit Ausübung seines Eintrittsrechts erwirbt der Dritte dann eine neue Mitgliedschaft und hat dabei im Zweifel dieselben Rechte und Pflichten wie der Verstorbene.<sup>21</sup>

### c) Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Durch eine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel geht die Mitgliedschaft im Todesfall durch ein aufschiebend bedingtes *Verfügungsgeschäft unter Lebenden* auf den in der Klausel benannten Dritten über.<sup>22</sup> Hierzu bedarf es einer Beteiligung des Dritten am Gesellschaftsvertrag, da sie andernfalls einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstellt.<sup>23</sup> Es handelt sich um einen gesellschaftsrechtlichen Erwerb, der Gesellschaftsanteil fällt nicht in den Nachlass.<sup>24</sup>

## 2. Erbrechtliche Gestaltungen

### a) Einfache Nachfolgeklausel

Eine einfache Nachfolgeklausel stellt die Mitgliedschaft vererblich. Im Todesfall erwirbt der Erbe die Mitgliedschaft kraft Erbreehts unmittelbar im Ganzen außerhalb des Nachlasses.<sup>25</sup> Hat der Gesellschafter mehrere Erben, so bilden diese in Ansehung der Mitgliedschaft entgegen § 2032 I keine Erbengemeinschaft. Die damit einhergehende Möglichkeit der Haf-

722 tungsbegrenzung auf den Nachlass<sup>26</sup> stünde im Widerspruch zur unbegrenzten persönlichen Haftung in der Personengesellschaft (§ 128 S. 1 HGB). Auch die personenbezogene Arbeits- und Funktionsweise einer Personengesellschaft ließe sich mit einer Erbengemeinschaft als Gesellschaft nicht vereinbaren. Darum teilt sich die Mitgliedschaft im Erbfall sofort unmittelbar entsprechend der Erbquote und geht im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf die einzelnen Erben über.<sup>27</sup>

Da mit dem Erwerb der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft die Gefahr einer persönlichen Haftung einhergeht, gewährt § 139 HGB dem Erben ein Wahlrecht: Er kann seinen Verbleib in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Er hat dazu binnen einer Dreimonatsfrist einen Antrag an die Gesellschaft zu stellen (§ 139 III HGB). Nehmen die Gesellschafter diesen Antrag nicht an, kann der Erbe sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären (§ 139 II HGB). Umstritten ist, ob § 139 HGB analoge Anwen-

---

20 Vgl. *BGHZ* 157, 79 (82) = *NJW* 2004, 767 (768).

21 *Haas* in *Röhrich/v. Westphalen*, HGB, 4. Aufl. 2014, § 139 Rn. 8; *MüKoHGB/Karsten Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 27 f.

22 *MüKoHGB/Karsten Schmidt* (o. Fn. 21), § 139 Rn. 23.

23 *Lorz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn* (o. Fn. 7), § 139 Rn. 50.

24 *BayObLG*, *NZG* 2000, 1026.

25 *BGHZ* 68, 225 (238 f.) = *NJW* 1977, 1339 (1342); anders noch *BGHZ* 22, 186 (195) = *NJW* 1957, 180 (181).

26 Nach § 2059 I 1 haftet jeder Miterbe f. Nachlassverbindlichkeiten bis zur Teilung nur m. dem Nachlassvermögen. Ferner besteht die Möglichkeit eines Nachlassinsolvenzverfahrens, s. §§ 1975 ff.

27 Vgl. *BGHZ* 22, 186 (192) = *NJW* 1957, 180; *BGHZ* 68, 225 (237) = *NJW* 1977, 1339 (1342); *Staudinger/Kunz* (o. Fn. 19), § 1922 Rn. 198; *MüKoBGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 1922 Rn. 96; aA *Börner*, *AcP* 166 (1966), 426.

dung auf die GbR findet. Hierfür spricht, dass das Haftungsrisiko des Gesellschafters einer Außen-GbR auf Grund der analogen Anwendung des § 128 S. 1 HGB dem eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft gleicht.<sup>28</sup>

#### b) Qualifizierte Nachfolgeklausel

Eine besondere Form der (erbrechtlichen) Nachfolgeklausel stellt die sog. *qualifizierte Nachfolgeklausel* dar. Sie bestimmt, dass nur ein oder mehrere bestimmte Erben die Mitgliedschaft im Todesfall erhalten soll(en). Andere Erben sind damit von der Nachfolge ausgeschlossen. Die qualifizierte Nachfolgeklausel kann den Erben namentlich bezeichnen oder von bestimmten Qualifikationen abhängig machen. Praktisch relevant ist etwa in Familienunternehmen die Voraussetzung eines bestimmten Verwandtschaftsverhältnisses zum Erblasser.<sup>29</sup> Rechtstechnisch vollzieht sich der Übergang wie bei der einfachen Nachfolgeklausel im Wege der erbrechtlichen Sonderrechtsnachfolge.

### IV. Friktionen zwischen Gesellschafts- und Erbrecht

Aus der Wechselwirkung zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht bei der vertraglichen Nachfolgegestaltung können sich Konflikte ergeben, die für die gutachterliche Fallbearbeitung prädestiniert sind.

#### 1. Kollision von qualifizierter Nachfolgeklausel und letztwilliger Verfügung

Ein Problem entsteht, wenn der Gesellschaftsvertrag und die letztwillige Verfügung des verstorbenen Gesellschafters sich widersprechende Anordnungen treffen.

*Fall 2:* *A* und *B* sind Gesellschafter einer OHG. *A* stirbt. Laut dem Gesellschaftsvertrag soll beim Tod des *A* dessen Sohn *S* als Erbe in dessen Mitgliedschaft nachfolgen. *A* hat durch Testament seine Ehefrau *E* zu seiner Alleinerbin bestimmt.

In solchen Konstellationen ist vom Bearbeiter große Sorgfalt gefragt. Man darf nicht vorschnell zum (vermeintlichen) Rechtsproblem der Kollision von qualifizierter Nachfolgeklausel und letztwilliger Verfügung springen. Zunächst ist der Gesellschaftsvertrag auszulegen, um zu ermitteln, um was für eine Nachfolgeregelung es sich handelt. Insbesondere ist zu erwägen, ob die Bestimmung eine Eintrittsklausel darstellt.

*Lösung Fall 2:* Der Wortlaut „als Erbe“ deutet an, dass die Gesellschafter eine erbrechtliche Nachfolge wollten. Diese vermeidet, dass das Gesellschaftsvermögen mit einem Abfindungsanspruch nach § 738 I 2 belastet wird. Diesem Interesse trüge eine Auslegung als Eintrittsklausel nicht Rechnung, da die Erben einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft hätten, wenn der Berechtigte sein Eintrittsrecht nicht ausübt. Die Bestimmung ist deshalb als qualifizierte Nachfolgeklausel auszulegen.

Der erbrechtliche Übergang der Mitgliedschaft setzt voraus, dass der Benannte Erbe wird. Wird er dies nicht, schlägt die qualifizierte Nachfolgeklausel fehl. Rechts-

---

28 *Kamanabrou* in *Oetker*, HGB, 4. Aufl. 2015, § 139 Rn. 63; *Mock*, NZG 2004, 118 (119 f.); *Schäfer*, NJW 2005, 3665 (3668); MüKoHGB/*Karsten Schmidt* (o. Fn. 21), § 139 Rn. 60; abl. *Roth* in *Baumbach/Hopt* (o. Fn. 12), § 139 Rn. 8; *Schörnig*, ZEV 2001, 129 (130); *Erman/Westermann*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 727 Rn. 11; offengelassen durch *BGH*, NZG 2014, 696 = JuS 2014, 1036 (*Karsten Schmidt*).

29 *Kamanabrou* in *Oetker* (o. Fn. 28), § 139 Rn. 16; *Kunz* (o. Fn. 18), § 1922 Rn. 203. Formulierungsbsp. bei *Schäfer*, BB-Beil. 15/2004, 14 (16): „Beim Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft immer nur mit Abkömmlingen als Nachfolger fortgesetzt.“

konstruktiv bestehen zwei Auswege aus dieser Situation: Denkbar ist die Umdeutung (§ 140 BGB) der Bestimmung in eine Eintrittsklausel zu Gunsten des Benannten. Eine Umdeutung setzt ein nichtiges Rechtsgeschäft voraus, soll aber auch möglich sein, wenn ein Rechtsgeschäft wirkungslos bleibt, weil es die angestrebte Rechtsfolge nicht herbeiführt.<sup>30</sup> Zu demselben Ergebnis gelangt man mit dem *BGH* auf dem Weg der ergänzenden Vertragsauslegung. Diese setzt eine Vertragslücke voraus, die sodann durch eine Regelung zu füllen ist, die redliche und verständige Parteien in Kenntnis dieser Lücke nach dem Vertragszweck und bei sachgemäßer Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten.<sup>31</sup> Eine Vertragslücke besteht, da die Gesellschafter den Fall, dass der Benannte nicht Erbe wird, nicht bedacht haben. Als lückenfüllende Regelung kommt eine Eintrittsklausel in Betracht. Zu bedenken gilt es, dass eine Eintrittsklausel den Berechtigten nicht zum Eintritt verpflichtet und der Gesellschaft deshalb Abfindungsansprüche drohen, falls er sein Eintrittsrecht nicht ausübt. Allerdings zieht die Alternative, gar keine Bestimmung zu treffen, in jedem Fall Abfindungsansprüche nach sich. Durch eine Eintrittsklausel besteht wenigstens eine Chance, dies abzuwenden. Sie entspricht deshalb im Regelfall dem hypothetischen Parteiwillen.<sup>32</sup>

*Fortsetzung Lösung Fall 2:* Durch ergänzende Vertragsauslegung ist *S* ein Eintrittsrecht in die Gesellschaft zu gewähren.

## 723 2. Ausgleichsanspruch übergangener Miterben

Durch die qualifizierte Nachfolgeklausel erhält der benannte Erbe nicht nur einen seiner Erbquote entsprechenden Anteil, sondern die Mitgliedschaft im Ganzen.<sup>33</sup> Gibt es neben ihm weitere Erben, ist fraglich, ob sie Ausgleichsansprüche gegen ihn haben, wenn der Wert des Gesellschaftsanteils den seiner Erbquote übersteigt.

*Abwandlung Fall 2:* *E* und *S* sind gesetzliche Erben des *A*. Der Gesellschaftsanteil ist zum Todeszeitpunkt 100.000 Euro wert. *A* hatte ansonsten lediglich ein Barvermögen von 20.000 Euro. *E* fragt nach ihren Rechten.

Maßgeblich ist der Wille des Erblassers, der durch Auslegung seiner letztwilligen Verfügung zu ermitteln ist. Dieser kann dem benannten Erben die Mitgliedschaft ohne Anrechnung auf dessen Erbanteil zuwenden, indem er ihm ein Vorausvermächtnis (§ 2150) gewährt.<sup>34</sup>

Ist dem Benannten kein Vorausvermächtnis eingeräumt, besteht weitgehende Einigkeit, dass die übergangenen Miterben einen Anspruch auf Zahlung des Differenzbetrags gegen den Erben der Mitgliedschaft haben.<sup>35</sup> Die dogmatische Herleitung dieses Ausgleichsanspruchs ist umstritten. Das *RG* begriff ihn noch als „selbstverständliche Folge der Zuteilung eines Nachlaßgegenstandes an einen Erben“,<sup>36</sup> während der *BGH* ihn etwas brachial auf Treu und Glauben (§ 242) zurückführen möchte.<sup>37</sup> Die Literatur diskutiert eine Vielzahl filigranerer Lösungen: Erblickt man in der Anteilsübertragung eine vorweggenommene Erbfolge, bietet sich eine entsprechende Anwen-

30 Schäfer in Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 139 Rn. 22; vgl. auch Klöhn in Henssler/Strohn (o. Fn. 4), HGB § 139 Rn. 31; Schäfer, BB-Beil. 15/2004, 14 (18).

31 MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2015, § 157 Rn. 38 ff. mwN.

32 Vgl. *BGH*, NJW 1978, 264; *OLG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 1988, 1251 (1252).

33 S. III 3 c.

34 Vgl. *Flume*, FS Schilling, 1973, 23 (42); *Lorz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn* (o. Fn. 7), § 139 Rn. 24 ff.

35 Abl. allerdings *Zunft*, NJW 1957, 1129 (1133).

36 *RGZ* 170, 98 (107).

37 Vgl. *BGHZ* 22, 186 (196 f.) = NJW 1957, 180 (181).

derung des § 1978 an.<sup>38</sup> Ferner stehen die Ausgleichspflicht unter Miterben für Vorempfänge in der Erbaueinandersetzung (§§ 2050 ff.) in direkter<sup>39</sup> oder analoger<sup>40</sup> Anwendung sowie Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung<sup>41</sup> zur Debatte. Nach einer weiteren Ansicht soll die Mitgliedschaft der Sondernachfolge zum Trotz Nachlassbestandteil sein, so dass sich die qualifizierte Nachfolgeklausel wie die Vorwegnahme einer Teilaueinandersetzung darstelle. Daraus ergebe sich eine Ausgleichspflicht, ohne dass es einer positiven Anspruchsgrundlage bedürfe.<sup>42</sup> Für welche dieser Lösungen man sich in der Klausurbearbeitung entscheidet, dürfte unerheblich sein.

*Lösung Abwandlung Fall 2:* *S* erbt die Mitgliedschaft des *A* in der OHG. *E* und *S* erhalten das Barvermögen als Erbengemeinschaft zur gesamten Hand. Da *A* keine letztwillige Verfügung errichtet hat, lässt sich ein Vorausvermächtnis zu Gunsten des *S* nicht konstruieren. Der Wert des Gesellschaftsanteils ist ihm darum bei der Erbaueinandersetzung anzurechnen. Bei Auflösung der Erbengemeinschaft hat *E* einen Anspruch auf Zahlung von 60.000 Euro gegen *S*.

## V. Fallbearbeitung

Um die sich beim Tod eines Gesellschafters einer Personengesellschaft ergebenden Rechtsfragen zu bewältigen, sind fallspezifische Umstände zu berücksichtigen. Insbesondere sind die einschlägigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags und gegebenenfalls der letztwilligen Verfügung sorgfältig auszulegen. Dabei ist nicht nur der Wortlaut zu berücksichtigen, sondern auch das hinter der Gestaltung stehende Parteiinteresse. Insbesondere dem häufigen (impliziten) Wunsch der Gesellschafter, Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft zu vermeiden, ist Rechnung zu tragen. Für die juristischen Streitfragen sind mehrere Lösungen vertretbar. Umso mehr fällt hier die Qualität der Argumentation ins Gewicht.

---

38 *Schäfer* in *Staub* (o. Fn. 30), § 139 Rn. 154.)

39 *Flume*, FS Schilling, 1973, 23 (42 ff.).

40 *Haas* in *Röhricht/v. Westphalen* (o. Fn. 21), § 139 Rn. 7 a; *MüKoBGB/Schäfer* (o. Fn. 3), § 727 Rn. 45.

41 *Heckelmann*, FS Lüptow, 1980, 619 (627 f.).

42 *Marotzke*, AcP 184 (1984), 541 (560); *MüKoHGB/Karsten Schmidt* (o. Fn. 21), § 139 Rn. 20.