

Tobias Kilian

**Die dingliche Surrogation  
von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht**



Herbert Utz Verlag · München

## Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität zu Köln)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 79



Zugl.: Diss., Mainz, Univ., 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.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2011

ISBN 978-3-8316-4106-2

Printed in EC

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · [www.utzverlag.de](http://www.utzverlag.de)

## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Das „Surrogationsprinzip“	7
I. Allgemeines	7
1. Der begriffliche Notstand	7
2. These: Schutz des bisherigen Vermögensinhabers	9
II. Historischer Überblick über die Entwicklung der dinglichen Surrogation	10
III. Entwicklung der Surrogation im deutschen Recht bis zur Schaffung des BGB	13
IV. Surrogation unter Geltung des BGB	15
1. Literaturansichten zu den Sondervermögen	15
a. Die ältere Literaturansicht	16
b. Die Ansicht Strauchs	17
c. Die herrschende Literaturansicht	20
2. Ansicht der Rechtsprechung zu den Sondervermögen	21
3. Ergebnis	22
V. Dingliche und obligatorische Surrogation	22
1. Ersatzwerte im Mehrpersonenverhältnis	23
2. Obligatorische Surrogation	25
3. Dingliche Surrogation	27
VI. Zusammenfassung – Grundsätze der dinglichen Surrogation	29
C. Dingliche Surrogation im Erbrecht	30

I. Allgemeines	30
II. Tatbestandsalternativen	31
1. Die „regelmäßige Klausel“	31
a. Inhaltliche Ausprägungen	31
(a) Rechtserwerbsklausel	32
(b) Ersatzklausel	34
b. Fehlen der regelmäßigen Klausel in § 2019 BGB	35
c. Aufnahme der regelmäßigen Klausel in § 2041 und § 2111 BGB	37
2. Die „Mittelklausel“	38
a. „durch Rechtsgeschäft...erwirbt“	39
b. Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Verfügung	39
c. „mit Mitteln der Erbschaft“	41
(a) Auslegung des Merkmals	41
(b) „Mischtopf“-Fälle	42
d. Zwischenergebnis	44
3. Die Beziehungsklausel	44
a. Objektiver Bezug zum Nachlass	45
b. Zwingendes, unbeachtliches oder hinzutretendes subjektives Element?	46
(a) Erfordernis eines subjektiven Elements	46
(b) Keine Surrogation bei nur subjektiven Elementen	47
(c) Ausnahmen bei Erwerb mit nachlassfremden Mitteln?	47
(i) Verstoß gegen Surrogationsgrundsatz Nr. 1	48
(ii) Verstoß gegen Surrogationsgrundsatz Nr. 3	49
(iii) Verstoß gegen die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft	49
(iv) Ausreichender objektiver Bezug durch die Erstattung von Aufwendungen?	50
c. Zwischenergebnis	51

III. Zweck der dinglichen Surrogation im Erbrecht _____	52
1. § 2019 Abs. 1 BGB _____	53
a. Erhaltung des Sondervermögens als Bestandsschutz _____	54
b. Ausgleich zu § 2366 BGB _____	55
c. Erhaltung der Haftmasse zum Schutz der Nachlassgläubiger _	56
d. Zusammenfassung_____	58
2. § 2041 S. 1 BGB _____	59
3. § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB_____	61
a. Erhaltung des Sondervermögens_____	61
b. Erhaltung der Haftmasse_____	63
(a) Surrogation bereits beim Vorerben? _____	63
(b) Surrogation erst im Zeitpunkt des Nacherbfalls _____	65
c. Sicherung des Erblasserwillens_____	67
(a) Nicht befreiter Vorerbe _____	68
(b) Befreiter Vorerbe _____	69
d. Zusammenfassung_____	70
4. Abschließender Überblick _____	71
D. Der persönliche Verbund im Personengesellschaftsrecht: Mitgliedschaft____	72
I. Mitgliedschaft und Anteil _____	72
II. Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung _____	73
1. Reines Sondervermögen oder Rechtssubjektivität?_____	74
2. Folgen der Gruppenlehre _____	76
III. Das Vertrauensprinzip – der persönliche Verbund _____	77
IV. Die Stellung des Gesellschafters als Mitglied der verselbständigten Gesamthand _____	79
1. Gesellschaftsanteil _____	80

2.	Vermögensanteil_____	80
3.	Kapitalanteil _____	81
4.	Zwischenergebnis_____	81
V.	Das Abspaltungsverbot im Gesellschaftsrecht _____	82
1.	Zwingender Grundsatz des Gesellschaftsrechts_____	82
2.	Herleitung des Abspaltungsverbots _____	83
3.	Ausnahmen vom Abspaltungsverbot _____	86
4.	Zusammenfassung _____	87
E.	Das Schicksal des Personengesellschaftsanteil im Erbfall allgemein _____	88
I.	Gesetzliche Ausgangslage_____	88
1.	Rechtsfolgen für die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters_	89
a.	Gesellschaft bürgerlichen Rechts _____	89
b.	Offene Handelsgesellschaft _____	90
c.	Kommanditgesellschaft_____	91
d.	Zusammenfassung_____	91
2.	Rechtsfolge für den Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters _____	91
a.	GbR-Anteil _____	92
b.	Anteil eines persönlich haftenden Personenhandels- gesellschafters _____	93
c.	Kommanditanteil_____	93
d.	Zusammenfassung_____	93
3.	Bewertung der gesetzlichen Ausgangslage _____	94
II.	Fortsetzungsklauseln _____	97
III.	Nachfolgeklauseln _____	98

1.	Wesen der Nachfolgeklauseln _____	98
2.	Die „einfache“ Nachfolgeklausel _____	100
3.	Die „qualifizierte“ Nachfolgeklausel _____	101
IV.	Eintrittsklauseln _____	102
V.	Wahlrecht des Erben nach § 139 HGB _____	103
1.	Widerstreitende Interessen im Anwendungsbereich des § 139 HGB 104	
a.	Nachfolge in den Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters _____	104
b.	Nachfolge in einen Kommanditanteil _____	106
2.	Lösung durch § 139 HGB _____	106
a.	Regelungskonzept der Vorschrift _____	107
b.	Anwendungsbereich _____	109
(a)	Anteil an einer BGB-Gesellschaft _____	109
(b)	Kommanditanteil _____	111
VI.	Zusammenfassung _____	112
F.	Gesellschafterwechsel und rechtsgeschäftliche Übertragung von Anteilen	113
I.	Unmittelbare Übertragung _____	113
1.	Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten _____	114
2.	Vinkulierung der Gesellschaftsanteile _____	115
a.	Vinkulierung des Kommanditanteils _____	116
b.	Ausnahmen für Publikumspersonengesellschaften? _____	117
(a)	Wesen der Publikumspersonengesellschaft _____	118
(b)	Folgen im Hinblick auf die Zustimmungspflicht _____	119
(i)	Beibehaltung der Zustimmungspflicht beim Gesellschafterbeitritt _____	121

(ii) Zustimmungspflicht beim Gesellschafterwechsel	122
3. Derivativer Erwerb der Gesellschafterstellung	122
4. Änderung der Gesellschaftsidentität oder des Gesellschaftsvertrages?	124
a. Keine Änderung der Gesellschaftsidentität	124
b. Keine Änderung des Gesellschaftsvertrags	125
II. Austritts-Eintritts-Modell	126
1. Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten	127
2. An- und Abwachsung	128
3. Originärer Erwerb der Gesellschafterstellung	129
G. Nachlasszugehörigkeit der Personengesellschaftsanteile	131
I. Problem: gesetzliche Diskrepanzen	132
II. Lösung: Einzelrechtsnachfolge	134
III. Folgen der Sondererbfolge in den Gesellschaftsanteil	134
1. Interessenlage bei der Sondererbfolge	135
2. Die Sondergutslehre nach Liebisch	136
3. Die Abspaltungsthese – gesellschaftsrechtliche Sonderzuordnung der Mitgliedschaft	137
a. Der „Grund-Satz“ Flechtheims	138
b. Nachträgliche Rechtfertigung durch Ulmer	138
(a) Inhalt der Sonderzuordnung	139
(b) Begründung	140
(i) Persönlicher Charakter der Mitgliedschaft	141
(ii) Angemessener Interessenausgleich – § 135 HGB	141
c. Rezeption durch den Gesellschaftsrechtssenat	143
d. Stellungnahme	148



(a)	Arbeits- und Haftungsgemeinschaft _____	149
(b)	Parallele zu § 135 HGB _____	149
4.	Kasuistische Betrachtung – die erbrechtliche Lösung _____	152
a.	Nachlasszugehörigkeit des Anteils _____	152
b.	Begründung _____	153
c.	Annäherung des II. Senats an die Rechtsprechung des Erbrechtssenats _____	154
d.	Aufgabe der Abspaltungsthese: Die Lösung aller Probleme? _____	156
(a)	Problem bei der Nachlasszugehörigkeit _____	156
(b)	Sondervererbung als (vorzeitige) Teilung des Nachlasses – Begriff der Teilung _____	158
(i)	Unanwendbarkeit der §§ 2058 ff. BGB _____	159
(ii)	Differenzierung nach Umfang des Nachlasses _____	160
(iii)	Generelle Ablehnung der Nachlassteilung _____	163
(c)	Stellungnahme _____	164
5.	Weitere Ansätze _____	166
6.	Zusammenfassung _____	167
H.	Gesellschaftsanteil als Surrogationsgegenstand in Rechtsprechung und Literatur _____	169
I.	Das Meinungsbild in der höchstrichterlichen Rechtsprechung _____	169
1.	Entscheidung des Reichsgerichts 1920 _____	169
2.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs _____	170
a.	Der Scheinerbenfall 1976 _____	171
(a)	Sachverhalt _____	171
(b)	Entscheidung des BGH _____	172
(c)	Argumentation im Hinblick auf die dingliche Surrogation _____	173

b.	Der Vorerbenfall 1989 _____	174
(a)	Sachverhalt und Entscheidung des BGH _____	174
(b)	Argumentation im Hinblick auf die dingliche Surrogation _____	175
II.	Das Meinungsbild in der Literatur _____	177
1.	Die Ansicht <i>Martineks</i> _____	177
a.	Zum Austauschverhältnis _____	178
(a)	Derivativer Anteilserwerb _____	178
(b)	Originärer Anteilserwerb _____	178
b.	Zur Übertragbarkeit des Gegenwerts _____	179
(a)	Kommanditanteil im Austauschverhältnis _____	180
(b)	Erstarkung der Vermögensrechtsposition im Austauschverhältnis _____	180
c.	Das „Surrogationsdefizit“ _____	181
2.	Weitere Stimmen der Literatur _____	181
a.	Die Differenzierung Siegmanns _____	181
(a)	§ 2041 BGB _____	182
(b)	§ 2111 BGB _____	183
(c)	§ 2019 BGB _____	184
b.	Die Ansicht Flumes _____	184
III.	Zusammenfassung und Kritik _____	185
I.	Stellungnahme _____	188
I.	Bezugspunkt der Surrogation - Austauschobjekt _____	190
1.	Regelmäßige Klausel in §§ 2041, 2111 BGB _____	190
2.	Mittelklausel und Beziehungsklausel in §§ 2019, 2041, 2111 BGB _____	191
a.	Unmittelbare Anteilsübertragung _____	191
b.	Eintritts-Austritts-Modell _____	192

c.	Originärer Anteilserwerb durch Eintritt oder Neugründung__	193
(a)	Unterscheidung zwischen Haftsumme und Pflichteinlage	194
(b)	Enger wirtschaftlicher, nicht juristischer Zusammenhang	194
(c)	Erstarkung der Vermögensrechte als Surrogationsobjekt untauglich_____	197
(d)	Keine weitere Unterscheidung zwischen personalen und kapitalistischen Personengesellschaften _____	197
d.	Fazit_____	198
II.	Übergangsfähigkeit des Anteils ohne Zustimmung der Gesellschafter	198
1.	Verhältnis der Surrogation zur Zustimmung _____	199
2.	Rückgriff auf die Grundsätze bei der Anteilsübertragung und Erbfolge _____	200
a.	Grundsätzliche Zustimmungspflicht_____	200
b.	Keine Ausnahme für Kommanditanteile _____	202
3.	Fazit _____	204
III.	Zustimmung der Gesellschafter _____	204
1.	Anforderungen an die Zustimmung _____	205
a.	Zustimmung mit konkretem Bezug _____	205
b.	Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklauseln _____	206
c.	Eintrittsklauseln _____	208
d.	Keine weitere Differenzierung nach Art des Gesellschafts- anteils _____	209
e.	Fazit_____	209
2.	Surrogation bei erteilter Zustimmung _____	210
a.	Schutz der Nachlassgläubiger und Interessenausgleich _____	210
b.	Geltung des § 139 HGB zum Schutz der Surrogationsbegünstigten _____	211
c.	Surrogation und mehrere Surrogationsbegünstigte_____	212

d. Mischtopffälle und Surrogation _____	212
3. Fazit _____	213
J. Aufrechterhaltung der Surrogation für Vermögensrechte bei fehlender Zustimmung _____	215
I. Methodologie der Aufrechterhaltung der Surrogation _____	215
II. § 717 S. 2 BGB als Grundlage der Teilsurrogation _____	217
1. Teilsurrogation und Abspaltungsthese _____	217
2. § 717 S. 2 BGB und gesetzlicher Erwerbstatbestand _____	218
III. Schutz der Interessen der Beteiligten durch Teilsurrogation _____	220
1. Das Argument der Schutzwürdigkeit der Erben _____	221
a. Keine Handlungsmacht des Surrogationsbegünstigten bei Teilsurrogation _____	221
b. Fortbestehende Handlungsmacht der Gesellschafter _____	224
c. Einschränkung der Wirtschaftstätigkeit der Gesellschaft _____	225
d. Kein Schutz durch Treuhandkonstruktion _____	225
e. Fazit _____	227
2. Das Argument des Vorrangs der Nachlassgläubiger _____	227
a. Schutz der Nachlassgläubiger auf den Schutzzumfang der Erben beschränkt _____	228
b. Wertungswiderspruch zum Gutgläubensschutz _____	228
c. Wertungswiderspruch zur Rechtsklarheit _____	229
3. Ergebnis _____	231
IV. Fehlende Notwendigkeit einer konstruierten Teilsurrogation _____	232
1. Obligatorische Ansprüche _____	232
a. Ansprüche gegen den oder die Miterben _____	233
(a) Zusammenwirken der Miterben _____	233

(i) Sonderzuordnung des erworbenen Gesellschaftsanteils _____	234
(ii) Partielle Nachlasssteilung als Folge: Schutz der Nachlassgläubiger _____	234
(b) Eigenmächtiges Handeln eines Miterben _____	235
b. Ansprüche des wahren Erben gegen den Scheinerben _____	236
c. Ansprüche des Nacherben gegen den Vorerben _____	237
(a) Vorerbe ohne Befreiung _____	237
(b) Vorerbe mit Befreiung nach §§ 2136, 2137 BGB _____	239
2. Zugriff auf den Gesellschaftsanteil _____	241
a. Pfändung der Mitgliedschaft _____	242
b. Wirkung und Umfang der Pfändung _____	244
(a) Gegenstand der Pfändung _____	244
(b) Schutz vor nachteiligen Maßnahmen _____	245
c. Verwertung des Gesellschaftsanteils _____	249
(a) GbR-Anteil _____	250
(b) OHG-Anteil / KG-Anteil _____	253
3. Reaktionsmöglichkeiten der Gesellschafter _____	255
4. Zusammenfassung _____	257
V. Fazit _____	257
K. Zusammenfassung _____	261
I. Surrogation bei Zustimmung _____	261
II. Keine Surrogation bei fehlender Zustimmung _____	261
III. In Kürze _____	262
Literaturverzeichnis _____	265

## A. Einleitung

Erneut ein Beitrag im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht. Und das, obwohl – oder gerade weil – das Thema allgemein und im Besonderen bereits unzählige Monographien füllt. Dennoch ist eine abschließende Klärung aller Probleme noch bei weitem nicht in Sicht. Wenn auch für gewisse Teilbereiche manche Kollisionen von Erbrecht und Gesellschaftsrecht inzwischen für die Rechtsprechung und herrschende Literatur geklärt sind, so gilt dies nicht für den gesamten Schnittbereich und eben nicht für die Frage, ob beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen ein Anteil an einer Personengesellschaft per erbrechtlicher Surrogation dem Nachlass zugeordnet werden kann.

Gemäß einer Studie des Instituts für Mittelstandsforschung stehen in Deutschland im Zeitraum 2010 bis 2014 insgesamt etwa 110.000 Familienunternehmen zur Vererbung oder sonstigen Übertragung an aus Gründen, die in der Person des Eigentümermanagers (z.B. Alter, Unfall, Krankheit) liegen<sup>1</sup>. Auch wird zunehmend als Möglichkeit ins Spiel gebracht, Unternehmen anstelle der Veräußerung an Dritte im Wege einer familieninternen Nachfolgelösung mithilfe eines Interimsmanagements oder externer Geschäftsführung zu übertragen<sup>2</sup>. Das zeigt, dass die erbrechtliche Nachfolge bei insbesondere Personengesellschaften und GmbHs in Deutschland eine wichtige Rolle spielt. Eine Kollision der jeweils komplexen Systeme des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts tritt an sich bei jeder (geplanten) Vererbung von Beteiligungen an Personengesellschaften auf, da die beiden Regime auf den ersten Blick miteinander unvereinbar aufeinander treffen. So bestand lange Zeit erhebliche Unsicherheit in der Frage, wie der Anteil an einer Personengesellschaft überhaupt den erbrechtlichen Regelungen zugänglich gemacht werden kann<sup>3</sup>. Dies liegt primär daran, dass der Gesetzgeber die Überschneidungen nicht bedacht beziehungsweise nicht geregelt hat. Passen die Regime des Gesellschafts- und Erbrechts nicht zueinander, lag und liegt es weiterhin an Rechtsprechung und Literatur eine allen Interessen dienende Lösung zu entwickeln.

---

<sup>1</sup> Studie des Instituts für Mittelstandsforschung, Bonn (IfM), August 2010, unter <http://www.ifm-bonn.de>. Betrachtet wurden nur Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als 50.000 Euro Jahresumsatz.

<sup>2</sup> Vgl. *Nagel*, *VentureCapital* 11/2010, S. 44.

<sup>3</sup> Eingehend *Siegmann*, S. 39 ff.

Die vom Gesetzgeber verabsäumte Kollisionsregelung von Erbrecht und Gesellschaftsrecht muss demnach im Wege der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Lehre einer Lösung zugänglich gemacht werden. Dabei sind verschiedene Interessen zu berücksichtigen und miteinander in Einklang zu bringen

- Die *Nachlassgläubiger* haben ein Interesse daran, auf den ungeschmälernten Nachlass zugreifen zu können. Durch den Erbfall wurde ihnen der ursprüngliche Schuldner entzogen, dessen Vermögen im Nachlass aber noch vorhanden ist, beziehungsweise untechnisch ist der Nachlass selbst Schuldner einer Forderung, für die er dann selbstredend auch einzustehen hat. Hiernach müsste der Anteil weitestgehend, also als Ganzes, im Nachlass verbleiben.
- Die *Privatgläubiger* des Erben haben ein Interesse an einer möglichst großen Haftmasse für ihre Forderungen. In ihrem Sinne wäre es, den Personengesellschaftsanteil dem oder den Erben unmittelbar zuzuordnen, damit sie auch auf den Anteil und nicht lediglich auf das sonstige Privatvermögen zugreifen können.
- Die übrigen *Gesellschafter* haben ein Interesse daran, die Gesellschaft nicht zerschlagen und auch keinen fremden Vertragspartner in die Gesellschaft aufnehmen zu müssen, mit dem sie den Gesellschaftsvertrag nie schließen wollten. Insoweit geht ihr Anliegen grundsätzlich dahin, dass der Gesellschaftsanteil des Erblassers nicht weiter übergeht.

Fraglich ist nur, ob und in welchem Umfang eine Rechtsfortbildung erforderlich und auch möglich ist. Grundsätzlich soll wohl bei der Entscheidung im Falle von Kollisionen von einem Vorrang des Handels- und Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht auszugehen sein<sup>4</sup>. Dies scheint gesetzlich begründet, da bereits das Kollisionsrecht uns in Art. 3a Abs. 2 EGBGB lehrt, dass das Sonderstatut das Gesamtstatut bricht. Das HGB ist gegenüber dem BGB die speziellere, auf den Handelsverkehr zugeschnittene Regelung. Davon ist wohl auch der Gesetzgeber ausgegangen, wenn er in § 2 Abs. 1 EGHGB statuiert: „In Handelssachen kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist.“ Derartige Grund-

---

<sup>4</sup> Reimann, ZEV 1994, S. 7; vgl. auch Kübler/Assmann, § 7 VII 3 a aa) (95).

sätze sind jedoch nicht geeignet, die Frage nach der Vorrangigkeit entweder des Handels- und Gesellschaftsrechts oder des Erbrechts im konkreten Einzelfall zu lösen. Sowohl Art. 3a Abs. 2 EGBGB als auch § 2 Abs. 1 EGHGB liegt der Gedanke zu Grunde, dass die speziellere Norm vor der allgemeineren anzuwenden ist. Solch eine Spezialität wird sich aber nur für einzelne Normen oder allenfalls für bestimmte Normenkomplexe zu einer Rechtsfrage, nicht aber für das gesamte Handels- und Gesellschaftsrecht oder das Erbrecht finden lassen.

Die sehr allgemein gehaltene Feststellung des Vorrangs des Handels- und Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht löst daher die rechtlichen Probleme im Grenzgebiet zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht kaum, was allein unzählige Urteile und Jahrzehnte lang andauernde Auseinandersetzungen in der Literatur zu diesem Thema beweisen. Denn der Widerstreit beider Rechtsgebiete ist für jede einzelne Kollision zu betrachten. Bislang wurde – soweit ersichtlich jedenfalls nicht in umfassender Abstraktheit – noch nicht allgemein für alle Kollisionen entweder dem einen oder dem anderen Statut der Vorzug eingeräumt; die Auseinandersetzungen befassen sich vom Grundproblem ausgehend immer nur mit der vermeintlichen Unversöhnlichkeit der Rechtsgebiete für ein einzelnes Rechtsproblem.

Dies aber völlig zu Recht. Wenn wir uns zwar auf die Aussage des § 2 Abs. 1 EGHGB zurückbesinnen, kommt es zu einem Vorrang des HGB, wenn und soweit dieses Regelungen enthält. Freilich hilft das jedoch nur wenig, wenn man sich vor Augen führt, dass im HGB so gut wie kaum das Erbrecht betreffende Regelungen enthalten sind. Die Frage stellt sich vielmehr auf einer ganz anderen Ebene: Wenn das HGB keine Antwort auf die konkrete Rechtsfrage enthält, und das BGB demnach zur Anwendung gelangt, aber das vom BGB gefundene Ergebnis mit anderweitigen Normen des HGB nicht in Einklang steht, was dann? Hier ist es nur konsequent, die konkrete Frage, das konkrete Rechtsproblem zu beleuchten, stellt doch die gesetzliche Kollisionsnorm mit der Einschränkung „soweit“ auf den jeweiligen Umfang der konkreten Regelung ab.

Das Thema dieser Arbeit liegt ebenfalls in der Schnittmenge zwischen erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Normen und greift sich ein konkretes Rechtsproblem heraus: Die erbrechtliche dingliche Surrogation von Anteilen an Personengesellschaften. Probleme treten auf, wenn der Scheinerbe, der einzelne Miterbe oder der Vorerbe mit Nachlassmitteln in eine Personengesellschaft eintritt oder eine



solche gründet. An sich greifen für diese Fälle Surrogationsvorschriften, die die erworbene Rechte dem Nachlass dinglich zuordnen.

Zur Verdeutlichung sei ein einfaches Beispiel herangezogen: Der Sohn S der Erblasserin E erbt deren gesamtes Vermögen in Höhe von EUR 500.000 im Wege der gesetzlichen Erbfolge. Um sich mit seinem Arbeitskollegen K selbständig zu machen, gründen beide die Schreinerei OHG. S begleicht seine Einlagepflicht mit EUR 300.000 aus dem Nachlass. Von den restlichen EUR 200.000 erwirbt S Grundbesitz, den er an die OHG vermietet. Es stellt sich zwei Jahre später heraus, dass E ihren Sohn S enterbt und testamentarisch ihre Nichte N als Alleinerbin eingesetzt hat.

S ist gemäß § 2018 verpflichtet, an N herauszugeben, was er aus der Erbschaft erlangt hat. Dazu gehört nach § 2019 Abs. 1 BGB, was er durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben hat. Es sei vorweggenommen, dass das Eigentum hieran unmittelbar dem wahren Erben zusteht<sup>5</sup>. N ist durch dingliche Surrogation Eigentümerin des Grundbesitzes und kann Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Wird N aber auch automatisch Gesellschafterin der OHG? Bei personenbezogenen Vermögenswerten wie dem entsprechenden Gesellschaftsanteil an der OHG ist eine Surrogation nicht ohne Weiteres möglich, wenn man davon ausgeht, dass sie einen höchstpersönlichen Charakter haben. Angenommen, N ist in geschäftlichen und handwerklichen Dingen absolut unerfahren, wie sollte sie mit K eine OHG führen und sich geschäftlich einbringen?

Dennoch weist § 2019 Abs. 1 BGB an sich N den Anteil zu; S hat diesen mit N zustehenden Vermögenswerten aus der Erbschaft erlangt. Könnte N daher, wenn sie nicht Gesellschafterin werden kann, zumindest vermögensmäßig zum Beispiel am Gewinn der OHG beteiligt werden? Mit der Anerkennung des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots verbietet sich indes die getrennte Zuordnung von Mitgliedschaftsrechten und der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft selbst. Wie kann dann aber überhaupt eine Surrogation greifen? Und wenn ja, in welchem Umfang? Das Problem hat bislang wenig wissenschaftliche Beachtung gefunden. Dies mag daran liegen, dass sich auch die Rechtsprechung bislang erst wenig mit der Frage zu beschäftigen hatte. Angesichts der wachsenden Zahlen der Vererbung

---

<sup>5</sup> Palandt-Weidlich, § 2019 Rn. 4.

von Personengesellschaften, gerade von mittelständischen Familienunternehmen, kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass es bei diesen wenigen Fällen verbleibt.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung finden sich hierzu zwei Entscheidungen von 1976 und 1989. Allerdings mit konträrem Ergebnis: wurde 1976 die Surrogation von Personengesellschaftsanteilen noch generell verneint, wurde sie 1989 befürwortet. Der Widerspruch hat in der Literatur wenig tiefergehende Beachtung gefunden, zumeist stützen sich die jeweiligen Autoren nur apodiktisch auf eine der beiden Entscheidungen. Diejenigen raren Verfasser, die sich näher mit dem Thema auseinandersetzen, wollen meist – zu Recht – einen gerechten Ausgleich in einem Interessengeflecht erreichen, das der Gesetzgeber noch immer verabsäumt schon im Grunde zu entwirren. Daher verwundert es kaum, dass trotz geringer Auseinandersetzung mit der Surrogation von Personengesellschaftsanteilen durch unterschiedlichste Ansätze im Gesellschaftsrecht und Erbrecht und mannigfaltige Differenzierungen je nach Einzelfall verschiedene Ergebnisse vorgeschlagen werden. Zumeist wird nur ein Einzelfall, in der Regel der Kommanditanteil, herausgestellt, nicht aber eine allgemeine Lösung für die verschiedenen Surrogationstatbestände und die unterschiedlichen Anteilsarten geboten. Dieser Befund muss für den Rechtsanwender Unzufriedenheit hervorrufen. Eine Linie der Rechtsprechung kann anhand nur zweier, zudem konträrer Entscheidungen des BGH und einigen vereinzelten obergerichtlichen Urteilen nicht prognostiziert werden. Insbesondere hatten sich die Gerichte bislang denkwürdig nur mit einzelnen der möglichen Fallkonstellationen zu beschäftigen, ohne aber allgemeine Linien zu formulieren. Damit wäre es zumindest wünschenswert, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtsunsicherheit eindeutig und klarstellend beseitigt.

Die vorliegende Arbeit zielt darauf ab, einen Überblick über die vorgeschlagenen Lösungswege der dinglichen Surrogation von Personengesellschaftsanteilen zu geben. Hierbei sind freilich die verschiedenen Surrogationstatbestände und die verschiedenen Gesellschaftsformen zu berücksichtigen. Da in diesem Rahmen vielfach Rechtsfortbildungen vorgenommen werden, sind auch grundsätzliche Fragen anzusprechen.

Die Arbeit versucht sich an der Struktur des BGB zu orientieren, indem für das Problem der Surrogation von Personengesellschaftsanteilen bedeutsame Vorfragen vor die Klammer gezogen und zunächst erläutert werden sollen. Es wird daher zu-

nächst allgemein auf die Surrogation unter Geltung des deutschen Rechts und deren historische Entwicklung eingegangen (Abschnitt B). Sodann werden genauer die für diese Arbeit interessierenden erbrechtlichen Surrogationstatbestände und deren Zwecke geklärt (Abschnitt C). In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht ist das Rechtskonstrukt „Personengesellschaft“ näher zu erläutern, um zu erhellen, was einen Personengesellschaftsanteil ausmacht (Abschnitt D). Es ist ferner als Vorfrage aufzuzeigen, was mit einem Gesellschaftsanteil im Erbfall insbesondere aus gesellschaftsrechtlicher Sicht geschieht (Abschnitt E) und wie Personengesellschaftsanteile rechtsgeschäftlich übertragen werden können (Abschnitt F). Im folgenden Abschnitt G werden dann erstmals die Bereiche des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts näher zusammengeführt: Es wird erörtert, wie das Erbrecht den Anteil unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Schranken behandelt. Nachdem die allgemeinen Grundlagen für die spezielle Frage der Surrogation von Personengesellschaftsanteilen dargelegt wurden, wird in Abschnitt H erläutert, wie die Rechtsprechung und die Literatur das Problem zu lösen versuchen. In einer Stellungnahme in Abschnitt I wird auf die gegebenen Argumenten eingegangen und bereits eine Lösung präsentiert. Bevor die Arbeit mit einer Zusammenfassung schließt, wird sie sich in Abschnitt J mit dem von Teilen der Literatur und der Rechtsprechung aufgeworfenen Sonderfall einer Teilsurrogation von Personengesellschaftsanteilen befasst.

## Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität zu Köln)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 79: Tobias Kilian: **Die dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht**

2011 · 316 Seiten · ISBN 978-3-8316-4106-2

Band 78: Hilka Eckardt: **Der wettbewerbliche Dialog und das »competitive negotiation« Verfahren im Vergleich**

2011 · 268 Seiten · ISBN 978-3-8316-4045-4

Band 77: Steffen Schultz: **Die deutsche Besteuerung der Aufsuchung und Förderung von Kohlenwasserstoffen auf der Grundlage von Production Sharing Contracts**

2011 · 348 Seiten · ISBN 978-3-8316-4043-0

Band 76: Nadine Sophie Wimmer: **Haftungsrisiken und Compliance Maßnahmen nach dem »Foreign Corrupt Practices Act« der USA**

2011 · 150 Seiten · ISBN 978-3-8316-4042-3

Band 75: Christian Mezger: **Die vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften** · Zugleich ein Beitrag zur gesellschaftsrechtlichen Liquidation

2011 · 360 Seiten · ISBN 978-3-8316-4014-0

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: [www.utzverlag.de](http://www.utzverlag.de)