

JULIA LÜBKE

Privatautonome Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 267



Julia Lübke

Privatautonome
Verhaltensvorgaben
für Gesellschafter-Erben

Mohr Siebeck

Julia Lübke, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Passau, der University of Oxford (St Hilda's College; Diploma in Legal Studies) und der Universität Heidelberg; 2005 Promotion in Heidelberg und LL.M. an der Harvard Law School; 2005–2007 Anwältin US-amerikanischen Rechts (Attorney-at-law) in einer Kanzlei in New York und London; 2007–2009 Rechtsreferendariat beim Oberlandesgericht Düsseldorf; 2002–2004 und 2009–2018 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht in Heidelberg; 2018 Habilitation in Heidelberg; 2018–2020 Lehrstuhlvertretung und Vertretungsprofessur an den Universitäten Göttingen und Frankfurt/Main; seit 2020 Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht, Kartellrecht und Europäisches Privatrecht an der EBS Universität Wiesbaden.
orcid.org/0000-0003-1904-1673

ISBN 978-3-16-159513-4 / eISBN 978-3-16-159514-1

DOI 10.1628/978-3-16-159514-1

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Vorgaben für die Unternehmensfortführung, die anlässlich einer Nachfolge von Todes wegen getroffen werden, bewegen sich in einem multipolaren Spannungsfeld. Es gilt, die Interessen des Erblassers mit denen des Gesellschafter-Erben ebenso in Einklang zu bringen wie mit gesellschaftsrechtlich geschützten Allgemeininteressen. Die vorliegende Schrift sucht die erb- und gesellschaftsrechtlichen Leitlinien solcher Verhaltensvorgaben herauszuarbeiten, auf ihre Vereinbarkeit hin zu untersuchen und Wege zur Lösung auftretender Normenkollisionen aufzuzeigen.

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg hat diese Arbeit im Wintersemester 2017/18 als Habilitationsschrift angenommen. Text und Nachweise sind bis Juli 2022 aktualisiert. Die Untersuchung nimmt auch die Neufassung des BGB und des HGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) auf, die zum 1. Januar 2024 in Kraft treten wird. Soweit durch das MoPeG Paragraphen neu nummeriert und/oder neu gefasst werden, sind neben den im Sommer 2022 geltenden Regelungen auch die neuen Regelungen in der Fassung des MoPeG genannt; diese sind durch *Kursivdruck* und den Zusatz „n. F.“ gekennzeichnet.

Meinem hochverehrten akademischen Lehrer und Erstgutachter, Professor Dr. Dr. h. c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, danke ich von Herzen für die langjährige großzügige Förderung und Unterstützung. Sein hoher wissenschaftlicher Anspruch, sein steter Blick über Disziplin- und Landesgrenzen und das Klima von Offenheit und intellektueller Neugierde an seinem Heidelberger Lehrstuhl haben mich geprägt und sind mir weiterhin Vorbild. Zu Dank verpflichtet bin ich zudem Herrn Professor Dr. Marc-Philippe Weller für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens und viele wertvolle Anregungen, die in die Überarbeitung zur Veröffentlichung eingeflossen sind. Für vielfältige wissenschaftliche und freundschaftliche Unterstützung bin ich meinen Heidelberger Institutskolleginnen und -kollegen verbunden, allen voran Professor Dr. Friedemann Kainer, PD Dr. Roman Guski, LL.M. (Notre Dame) und Ursula Hartenstein. Dank gebührt auch allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Wiesbadener Lehrstuhls für die Hilfe bei der Vorbereitung der Veröffentlichung.

Die Universität Heidelberg hat meine Habilitation durch ein Olympia-Morata-Stipendium gefördert. Ihr danke ich ebenso wie dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme der Schrift in seine Reihe Jus Privatum.

In großer Dankbarkeit widmen möchte ich diese Schrift meiner Familie, die ihre Entstehung teils mit großer Diskussionsbereitschaft und sachkundigem Interesse,

teils mit fröhlicher Ausgelassenheit und fast immer mit geduldigem Verständnis begleitet und ermöglicht hat – für Philipp, Emma und Felix.

Wiesbaden/Frankfurt, im Juli 2022

Julia Lübke

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
§1 Einführung	1
Erster Teil: Erbrecht als Grundlage und Grenze von Verhaltensvorgaben	33
§2 Verhaltensvorgaben für den Erben durch Verfügung von Todes wegen	35
§3 Der Schutz des Erbeneigenvermögens als Grenze von Verhaltensvorgaben	139
§4 §138 Abs. 1 BGB als erbenschützende Grenze von Verhaltensvorgaben	167
§5 §138 Abs. 1 BGB als drittschützende Grenze von Verhaltensvorgaben	301
§6 Zusammenfassung und Bewertung	311
Zweiter Teil: Gesellschaftsrecht als Grundlage und Grenze von Verhaltensvorgaben	317
§7 Verhaltensvorgaben für Gesellschafter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden	319
§8 Der Fortbestand der Mitgliedschaft als Gegenstand von Verhaltensvorgaben	355
§9 Die Verwaltungsrechte als Gegenstand von Verhaltensvorgaben	417
§10 Zusammenfassung und Bewertung	521

Dritter Teil: Die Auflösung von Konflikten zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben	525
§ 11 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsgrenzen und Verhaltensvorgaben von Todes wegen	527
§ 12 Erbrechtliche Gestaltungsgrenzen und zwingende Gesellschafterhaftung: Die Kollision der Haftungsregimes und ihre Auflösung	571
Vierter Teil: Schluss	649
§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse	651
Literaturverzeichnis	671
Sachregister	715

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 §1 Einführung	 1
A. Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben als rechtstatsächliches Problem	 1
B. Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben als rechtsdogmatisches Problem	 3
I. Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung	3
II. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	6
C. Eingrenzung und Methodik	7
D. Die Übertragbarkeit und Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen als Voraussetzung für Verhaltensvorgaben	 11
I. Gesetzliche Rahmenbedingungen.....	11
1. Kapitalgesellschaftsanteile.....	11
2. Personengesellschaftsanteile	12
II. Rechtsgeschäftliche Nachfolgegestaltung	13
1. Gestaltung der Nachfolge von Todes wegen.....	13
a) Gesellschaftsvertragliche Gestaltung der Nachfolge in Personengesellschaftsanteile	 13
aa) Nachfolgeklauseln	14
bb) Sonstige Gestaltungsmöglichkeiten bei der Nachfolge von Todes wegen.....	 14
b) Gestaltungsspielräume im Kapitalgesellschaftsrecht	15
c) Vererbung von Unternehmen und Gesellschaftsgründungsklausel	 15
2. Nachfolge unter Lebenden, insbesondere vorweggenommene Erbfolge	 16
a) Zivilrechtliche Einordnung der vorweggenommenen Erbfolge.....	 17
b) Vorweggenommene Erbfolge und Rechtsgeschäfte auf den Todesfall	 19
3. Die Aufnahme des „Nachfolgers“ als neuen Gesellschafter.....	21

a) Aufnahme zu Lebzeiten des Altgesellschafters	21
b) Aufnahme nach dem Tod des Altgesellschafters:	
Eintrittsklauseln	21
III. Der Modus der Nachfolge in Gesellschaftsanteile von Todes wegen	23
1. Einzelnachfolge in Personengesellschaftsanteile	23
a) Begründung der Einzelnachfolge	25
b) Anwendbarkeit erbrechtlicher Vorschriften	27
2. Sondernachfolge bei qualifizierter Nachfolgeklausel	28
E. Gang der Untersuchung	29
 Erster Teil: Erbrecht als Grundlage und Grenze von Verhaltensvorgaben	 33
 §2 Verhaltensvorgaben für den Erben durch Verfügung von Todes wegen	 35
A. Testierfreiheit und Erbausschlagungsrecht	36
I. Die positiv-rechtliche Anerkennung der Testierfreiheit	36
1. Die Testierfreiheit im bürgerlichen Recht	36
a) Der Inhalt der Testierfreiheit	36
b) Testierfreiheit und Familienerbrecht	38
aa) Testierfreiheit und Familienerbrecht im rechtsvergleichenden und rechtsgeschichtlichen Überblick	39
bb) Testierfreiheit und Familienerbrecht im bürgerlichen Recht	41
2. Die Testierfreiheit im Verfassungsrecht	45
3. Die Testierfreiheit im europäischen Recht	47
II. Zur Legitimation der Testierfreiheit	48
III. Die Testierfreiheit als Teilbereich der Privatautonomie	52
1. Der Zweck der Testierfreiheit	53
a) Privatautonomie und Zwecksetzungsfreiheit:	
Konzeptionen formaler Gerechtigkeit im Vertragsrecht	53
aa) Selbstbestimmung durch Rechtsgeschäft	53
bb) Prozedurale Gewähr subjektiver Richtigkeit	55
cc) Gewähr wohlfahrtsökonomisch richtiger Ergebnisse durch Verfolgung selbstgesetzter Zwecke	59
b) Materiale Gerechtigkeit als Zweck der Testierfreiheit	60
aa) Gegenständliche Beschränkung der Testierfreiheit auf die Regelung der Vermögensnachfolge	61

bb) Die Anerkennung des Bedachten als Zweck der Testierfreiheit: Zum Verbot des venire contra factum proprium	65
c) Zusammenfassung	68
2. Strukturmerkmale der Testierfreiheit	68
a) Vornahmefreiheit	69
b) Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit	70
c) Abänderungs- und Beendigungsfreiheit	71
d) Testierfreiheit und Vonselbsterwerb: Zur zeitlichen Struktur einer Verfügung von Todes wegen	73
3. Das Erbausschlagungsrecht als immanente Grenze der Testierfreiheit: Die Privatautonomie des Erben von Todes wegen	75
a) Zur Wirkungsweise des Erbausschlagungsrechts	75
b) Die Notwendigkeit des Erbausschlagungsrechts	76
aa) Zivilrechtliche Notwendigkeit des Erbausschlagungsrechts als Gegengewicht zur Testierfreiheit	76
bb) Der verfassungsrechtliche Schutz des Ausschlagungsrechts: Zur Reichweite der „negativen Erbfreiheit“	81
c) Das Erbausschlagungsrecht als gleichwertiger Ausdruck rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung	84
aa) Die konstitutive Wirkung der Erbannahme	85
bb) Rechtstechnische Ausgestaltung des Erbausschlagungsrechts: Die normative Gleichwertigkeit von Ausschlagung und Annahme der Erbschaft	86
cc) Zur Funktionsäquivalenz von (fingierter) Erbannahme und rechtsgeschäftlicher Einverständniserklärung unter Lebenden	87
d) Zwischenfazit	90
B. Das erbrechtliche Instrumentarium der Verhaltenssteuerung	91
I. Die Verpflichtung des Erben zu einem bestimmten Verhalten	92
1. Verpflichtende Verfügungen von Todes wegen	92
a) Auflage	92
b) Vermächtnis	93
c) Auseinandersetzungsanordnung	95
d) Zur Auslegung verpflichtender Verhaltensvorgaben, insbesondere von Gesellschaftsgründungsklauseln	96
2. Durchsetzbarkeit und Zwangsvollstreckung	97
3. Zusammenfassende Bewertung	99

II.	Erbeinsetzung unter einer Potestativbedingung	99
1.	Zur allgemeinen Zulässigkeit verhaltenssteuernder Bedingungen	100
2.	Die bedingte Erbeinsetzung als Anordnung von Vor- und Nacherbschaft	103
3.	Bedingte Erbeinsetzung und Gesellschafternachsfolge	106
4.	Die spezielle Verwirkungsklausel als dinglich wirkende Absicherung letztwilliger Verpflichtungen	109
III.	Verhaltenssteuerung unter Einsatz eines Dritten	110
1.	Einsatz des Dritten zur Umsetzung von Verhaltensvorgaben des Erblassers	110
a)	Testamentsvollstreckung	110
aa)	Testamentsvollstreckung als Mittel der rechtlichen Verhaltenssteuerung	111
bb)	Testamentsvollstreckung als Mittel der tatsächlichen Verhaltenssteuerung	113
b)	Der Dritte als Bevollmächtigter	114
aa)	Unwiderruflichkeit der Vollmacht	115
bb)	Keine verdrängende Wirkung der Vollmacht	120
c)	Vollmacht und Testamentsvollstreckung als Mittel der Verhaltenssteuerung	121
2.	Einsatz des Dritten zur eigenständigen Steuerung des Erbenverhaltens: die Weisungsgeberlösung	121
IV.	Zusammenfassung	122
C.	<i>Grenzen erbrechtlicher Verhaltensvorgaben im Allgemeinen</i>	122
I.	Zwingendes Erbrecht	123
1.	Zeitliche Grenzen	123
2.	Pflichtteilsrecht	124
II.	Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	126
1.	Grundrechte als Verbotsgesetze	127
2.	Grundfreiheiten als Verbotsgesetze	130
III.	Unmöglichkeit des vorgegebenen Verhaltens	134
1.	Verhaltensvorgaben durch Auflage oder Vermächtnis	134
2.	Verhaltensvorgaben durch Auseinandersetzungsanordnung	136
3.	Verhaltensvorgaben durch Bedingung	136
§3	Der Schutz des Erbeneigenvermögens als Grenze von Verhaltensvorgaben	139
A.	<i>Die Beschränkung der Erbenhaftung gemäß §§ 1975 ff. BGB</i>	139
I.	Haftungsbeschränkung für durch den Erblasser begründete Nachlassverbindlichkeiten	140
II.	Mechanismen der Haftungsbeschränkung	141

1. Nachlassinsolvenz	142
2. Nachlassverwaltung	142
3. Dürftigkeitseinrede und Überschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen	143
III. Zur einseitig zwingenden Geltung der §§ 1975 ff. BGB	143
IV. Reichweite der Haftungsbeschränkung bei Verhaltensvorgaben ...	144
1. Verpflichtung zu einem tatsächlichen Tun, Dulden oder Unterlassen	145
a) Verpflichtung zu einer vertretbaren Handlung	145
b) Verpflichtung zu einer unvertretbaren Handlung, Duldung oder Unterlassung	146
2. Vorgabe einer Willenserklärung	147
V. Zusammenfassung	149
<i>B. Die Erstreckung des Schutzes auf durch Vertrauenspersonen des Erblassers begründete Verbindlichkeiten gemäß §§ 2206f. BGB (analog)</i>	150
I. Begründung reiner Nachlassverbindlichkeiten durch Testamentsvollstrecker	151
II. Begründung reiner Nachlassverbindlichkeiten durch unwiderruflich Bevollmächtigte: Die analoge Anwendung von §§ 2206 Abs. 1 S. 1, 2207 S. 1 BGB	152
1. Trans- oder portmortale Erblasservollmacht	154
a) Auswirkungen des Testamentsvollstreckungsrechts auf unwiderrufliche Erblasservollmachten	154
aa) Vertretungsrechtliche Lösung: Die Beschränkung der Vollmacht dem Umfang nach	155
bb) Erbrechtliche Lösung: Begründung reiner Nachlassverbindlichkeiten	156
b) Widerrufliche Erblasservollmacht und erbrechtliche Widerrufshindernisse	158
2. Bevollmächtigung durch den Erben	161
3. Zusammenfassende Bewertung	162
III. Weisungsgeberlösung und Grenzen der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung	163
<i>C. Zusammenfassung: Die Grundwertungen der Erbenhaftung</i>	164
 §4 § 138 Abs. 1 BGB als erbenschützende Grenze von Verhaltensvorgaben	167
<i>A. Die Sittenwidrigkeitsprüfung verhaltenssteuernder Verfügungen von Todes wegen in Rechtsprechung und Schrifttum</i>	167
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung	168
1. Die ältere Rechtsprechung: Schutz von Allgemeininteressen ...	169

a) Anregung sittenwidrigen Verhaltens	169
b) Kommerzialisierung ideeller Entscheidungen	171
2. Die neuere Rechtsprechung: Ausübung unzumutbaren „Drucks“ auf grundrechtlich geschützte Entscheidungen des Erben	173
a) Die Heiratsklausel im Fall Leiningen	174
b) Die Ebenbürtigkeitsklausel im Fall Hohenzollern	174
aa) Bundesgerichtshof	175
bb) Bundesverfassungsgericht	176
c) Die Grundlinie der Rechtsprechung	177
d) Übertragbarkeit des „Druck“-Topos auf Verhaltensvorgaben gegenüber Gesellschafter-Erben	178
II. „Druck“-Topos und Erbgengrundrechte im Schrifttum	180
1. Die Vorarbeiten Thielmanns: Ausübung unwiderstehlichen „Drucks“ im Kernbereich eines Grundrechts	180
2. Die Aufnahme der neueren Rechtsprechung: Grundrechtsbeeinträchtigung durch tatsächlichen „Druck“ ...	181
3. Zur Kritik an der neueren Rechtsprechung	183
a) Praktikabilität des „Druck“-Kriteriums	183
b) Dogmatisch begründete Einwände	184
III. Vorüberlegungen zur eigenen Sittenwidrigkeitsprüfung	186
1. Entbehrlichkeit einer besonders strukturierten Sittenwidrigkeitsprüfung im Erbrecht	187
2. Das Verhältnis von Zivilrecht und Verfassungsrecht bei der Sittenwidrigkeitsprüfung	189
a) Erbgengrundrechte als Maßstab der Sittenwidrigkeit	190
aa) Zur Begründung der Grundrechtswirkung in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten	191
bb) Das Verhältnis von Schutzgebot und Eingriffsverbot in zivilrechtlichen Beziehungen	194
b) Unionsrecht als Maßstab der Sittenwidrigkeit	194
c) Zivilrechtsautonome Begründung der Sittenwidrigkeit	197
3. Der weitere Gang der Untersuchung	198
B. <i>Die Beeinträchtigung des Erben durch eine verhaltenssteuernde Verfügung von Todes wegen</i>	199
I. Beeinträchtigung als Voraussetzung der Sittenwidrigkeit	199
1. Zivilrechtliche Notwendigkeit	199
2. Verfassungsrechtliche Perspektive: Die Beeinträchtigung in einem Grundrechtsgut als Voraussetzung eines privaten „Eingriffs“	199
3. Beeinträchtigung als Verlust von Handlungsoptionen	201
II. Der maßgebliche Bezugspunkt der Beeinträchtigung	202

1. Beeinträchtigung der Privatautonomie des Erben von Todes wegen	202
2. Beeinträchtigung durch die Verfügung in einem Recht auf Erbschaft oder sonstigen Erbenrechten	205
3. Zwischenergebnis zur Bewertung der „Druck“-Rechtsprechung	206
III. Zur Möglichkeit einer Beeinträchtigung durch eine Zuwendung von Todes wegen	207
1. Beeinträchtigung im Recht auf Erbschaft: Die Freiwilligkeit der Zuwendung von Todes wegen	209
a) Grundsatz: Kein Recht auf Erbschaft gegenüber dem Erblasser	209
b) Recht auf Erbschaft als Folge ausnahmsweiser Bindungswirkung	211
c) Recht auf Erbschaft in anderen Ausnahmefällen	212
aa) Materielle Begründungen	212
bb) Testierfreiheit und Gleichheitssatz	215
cc) Testierfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht	220
d) Ergebnis	222
2. Beeinträchtigung in sonstigen Erbenrechten: Die Freigiebigkeit der Zuwendung von Todes wegen	222
a) Zum Fehlen einer Beeinträchtigung durch eine freigiebige Zuwendung	223
b) Die verhaltenssteuernde Verfügung von Todes wegen als freigiebige oder beeinträchtigende Zuwendung	225
aa) Zur Beeinträchtigung von Handlungsfreiheit oder Erbeneigenvermögen durch verpflichtende Verhaltensvorgaben	225
bb) Zur Beeinträchtigung pflichtteilsberechtigter Erben durch Potestativbedingungen	227
cc) Zur Beeinträchtigung pflichtteilsberechtigter Erben im Recht auf Nachlassteilhabe durch verpflichtende Verhaltensvorgaben	231
3. Zwischenergebnis	231
a) Zur möglichen Beeinträchtigung von Erbenrechten durch eine Zuwendung von Todes wegen	231
b) Die fehlende Beeinträchtigung in den Fällen Leiningen und Hohenzollern	232
C. <i>Kein Einverständnis des Erben mit seiner Beeinträchtigung: Die Kontrolle der Entschließungsbedingungen</i>	233
I. Vorrang der Privatautonomie	234
1. Zum Zusammenhang von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung im Zivilrecht	234

a) Die Selbstbestimmung des Beeinträchtigten	234
b) Die Selbstverantwortung als Korrelat der Selbstbestimmung	236
2. Verfassungsrechtliche Perspektive: Das fehlende Einverständnis als Voraussetzung eines privaten „Eingriffs“ ...	237
II. Grenzen des Gedankens der privatautonomen Selbstbeeinträchtigung	238
1. Fehlende Dispositionsbefugnis	238
a) Grundsatz	238
b) Rechtsgeschäftliche Disposition über den Kernbereich der Persönlichkeit	239
2. Fehlende rechtliche Möglichkeit oder Zumutbarkeit der Abwendung	241
a) Rechtliche Zumutbarkeit der Erbausschlagung	242
b) Rechtliche Möglichkeit der Abwendung durch Erbausschlagung	242
3. Fehlende tatsächliche Selbstbestimmung bei der (fingierten) Erbannahme	244
a) Die Notwendigkeit einer Kontrolle der Entschließungsbedingungen: Zur Materialisierung der Privatautonomie	244
b) Störung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit als Maßstab fehlender tatsächlicher Selbstbestimmung	248
c) Gewicht der Störung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit	252
d) Konstellationen fehlender tatsächlicher Selbstbestimmung des Erben	253
aa) Umstände in der Person des Erben	254
bb) Das Verhältnis von Erbe und Erblasser	257
cc) Einwirkungen Dritter	260
e) Mögliche Indizien fehlender tatsächlicher Selbstbestimmung	261
D. <i>Hinreichendes Gewicht der Beeinträchtigung des Erben</i> <i>(Inhaltskontrolle)</i>	263
I. Zur Herleitung der Voraussetzung aus der Rechtsfolge von § 138 Abs. 1 BGB	263
1. Nichtigkeit ipso iure als Rechtsfolge von § 138 Abs. 1 BGB	264
2. Sittenwidrigkeit als Ausnahme vom Grundsatz der Privatautonomie	265
3. Verfassungsrechtliche Perspektive: Rechtfertigung des Eingriffs in die Privatautonomie	266
a) Sittenwidrigkeit zur Erfüllung einer grundrechtlichen Schutzpflicht	267

b) Sittenwidrigkeit zum weitergehenden Schutz von Grundrechten	269
II. Zur Anwendung auf den Fall des Gesellschafter-Erben	270
1. Einschlägige Grundrechte bei Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben	270
2. Zu möglichen Abwägungskriterien	272
E. <i>Das subjektive Element der Sittenwidrigkeit einer Verfügung von Todes wegen</i>	274
I. Die Bedeutung des subjektiven Elements für die Sittenwidrigkeitsprüfung	274
II. Der Nachweis des subjektiven Elements	278
F. <i>Beurteilungszeitpunkt und Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit</i>	279
I. Der für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgebliche Zeitpunkt	279
1. Objektive Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit	281
2. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Erblassers	283
II. Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit	283
1. Zur gegenständlichen Reichweite der Nichtigkeit	284
a) Sittenwidrigkeit von Auflagen, Vermächtnissen und Auseinandersetzungsanordnungen	284
b) Zum Streit um die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung	286
aa) Unbedingte Wirksamkeit oder Gesamtnichtigkeit der Erbeinsetzung	286
bb) Ergänzende Testamentsauslegung nach Maßgabe des hypothetischen Erblasserwillens	287
cc) Nichtigkeit nur der Erbannahme	289
dd) Ergebnis	291
2. Zur zeitlichen Reichweite der Nichtigkeit	291
3. Zivilrechtliche Alternativen zur Sittenwidrigkeit einer verhaltenssteuernden Verfügung von Todes wegen	292
a) Vollstreckungsschutz analog § 888 Abs. 3 ZPO	292
b) Ausübungskontrolle nach § 242 BGB	293
aa) Unzulässige Rechtsausübung durch den Erben	293
bb) Unzulässige Rechtsausübung durch Vollziehungsberechtigte und Vermächtnisnehmer	295
G. <i>Zusammenfassung</i>	295
I. Die Voraussetzungen einer Sittenwidrigkeit zum Schutz des Erben	295
II. Das Verhältnis von zivilrechtsautonomer und verfassungsrechtlich geprägter Sittenwidrigkeitsprüfung	298

§ 5	§ 138 Abs. 1 BGB als drittschützende Grenze von Verhaltensvorgaben	301
A.	<i>Struktur der Sittenwidrigkeitsprüfung und Rechtsfolge</i>	302
I.	Einstufige Prüfung ohne Kontrolle der Entschließungsbedingungen	302
II.	Der für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgebliche Zeitpunkt	303
III.	Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit	303
B.	<i>Relevante Allgemeininteressen bei Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben</i>	304
I.	Grenzen der Disposition des Erben über eigene Rechte	304
1.	Nochmals: Verhinderung der Kommerzialisierung ideeller Entscheidungen	304
2.	Die Wahrung der Funktionsbedingungen der Privatautonomie	305
II.	Gesellschaftsrechtlich begründete Allgemeininteressen	308
§ 6	Zusammenfassung und Bewertung	311
A.	<i>Grenzen der Testierfreiheit</i>	311
B.	<i>Zur Bedeutung der Ergebnisse für die Beurteilung von Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht</i>	313
Zweiter Teil: Gesellschaftsrecht als Grundlage und Grenze von Verhaltensvorgaben		317
§ 7	Verhaltensvorgaben für Gesellschafter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden	319
A.	<i>Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht</i>	319
I.	Inhalts- bzw. Gestaltungsfreiheit: Zur Privatautonomie des Altgesellschafters	321
1.	Gesellschaftsrechtlicher Rechtsformzwang	321
2.	Ausgestaltung der gewählten Rechtsform	322
a)	Gesetzliche Rahmenbedingungen	323
aa)	Außenverhältnis	323
bb)	Innenverhältnis	324
b)	Typusgeprägtes Sonderrecht als Grenze der Gestaltungsfreiheit	326
3.	Zusammenfassung	331

II.	Die freie Entscheidung über den Erwerb und Fortbestand der Mitgliedschaft als immanente Grenze: Zur Privatautonomie des Nachfolger-Gesellschafters	331
1.	Vornahmefreiheit und Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit	332
2.	Abänderungs- und Beendigungsfreiheit	333
3.	Prämissen und Gegenstand der weiteren Untersuchung	334
B.	<i>Das Instrumentarium der Verhaltenssteuerung unter Lebenden</i>	336
I.	Gegenstände von Verhaltensvorgaben	336
II.	Inhalte von Verhaltensvorgaben	338
III.	Wirkungsweise von Verhaltensvorgaben	339
IV.	Kombinationsmöglichkeiten	340
C.	<i>Allgemeine Grenzen lebzeitiger Verhaltensvorgaben</i>	341
I.	Unmöglichkeit des vorgegebenen Verhaltens	342
II.	§ 138 Abs. 1 BGB	342
III.	Die Angemessenheitskontrolle im Gesellschaftsrecht	343
IV.	Gewährleistung der Ausübungskontrolle	347
1.	Gesellschafterliche Treuepflicht	347
2.	Gleichbehandlungsgrundsatz	349
V.	Zur Rolle der „Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts“	350
D.	<i>Zum weiteren Vorgehen</i>	352
§ 8	Der Fortbestand der Mitgliedschaft als Gegenstand von Verhaltensvorgaben	355
A.	<i>Das Recht zur Lösung aus dem Verband: Der Fortbestand der Mitgliedschaft als Voraussetzung der Verhaltenssteuerung</i>	355
I.	Die gesetzliche Ausgangslage im Personengesellschaftsrecht	356
1.	Kündigungsrecht und Auflösungsklage	356
2.	Der Abfindungsanspruch als Folge der Kündigung	356
II.	Ausschluss oder Einschränkung der Lösungsrechte eines Personengesellschafters	359
1.	Absolut wirkende Verhaltensvorgaben	359
a)	§ 723 Abs. 3 BGB als Grenze der Gestaltungsfreiheit	359
b)	Rechtfertigung des zwingenden Charakters: Die Gewährleistung der Funktionsbedingungen der individuellen Privatautonomie	360
c)	Der zwingende Charakter des Kündigungsrechts nach dem MoPeG	363
2.	Verpflichtung, die Kündigung zu unterlassen	365
3.	Tatsächliche Einschränkungen des Kündigungsrechts	366
a)	Abfindungsklauseln	367

aa) Zur Abgrenzung: Ausgestaltung der Gewinn- bzw. Kapitalanteile	368
bb) Zur Abgrenzung: Vereinbarungen zur Verteilung des Liquidationsüberschusses	369
cc) Abfindungsklauseln im eigentlichen Sinne	370
b) Einschränkung von Hilfsrechten: am Beispiel der Informationsrechte	373
aa) Die gesetzliche Ausgangslage	374
bb) Grenzen der Gestaltungsfreiheit	376
4. Zusammenfassung	379
III. Ausübung des Kündigungs- oder Klagerechts durch andere oder nach Weisung anderer im Personengesellschaftsrecht	379
IV. Das Recht zur Lösung aus der Kapitalgesellschaft	380
1. Recht der GmbH	381
a) Anteilsübertragung und Vinkulierung von Geschäftsanteilen	381
b) Austritt aus wichtigem Grund	382
aa) Zwingendes Austrittsrecht und Abfindungsanspruch ...	382
bb) Einschränkung von Informationsrechten als tatsächliche Einschränkung des Austrittsrechts	383
2. Aktienrecht	384
V. Zusammenfassung: Der Schutz der Funktionsbedingungen der individuellen Privatautonomie als Grenze der Einschränkung von Lösungsrechten	385
B. <i>Das Recht zum Verbleib im Verband: Der unfreiwillige Verlust der Mitgliedschaft als Mittel der tatsächlichen Verhaltenssteuerung</i>	387
I. Die gesetzliche Ausgangslage im Personengesellschaftsrecht	388
II. Erweiterung des Ausschließungsrechts und § 138 Abs. 1 BGB	389
1. Die Erweiterung des Ausschließungsrechts im Gesellschaftsvertrag	390
a) Sittenwidrigkeit freier Ausschließungsklauseln wegen Beeinträchtigung des Allgemeininteresses an der internen Funktionsfähigkeit des Verbands	390
b) Ausnahmsweise Zulässigkeit eines zeitlich begrenzten freien Ausschließungsrechts bei Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund	396
c) Zur Zulässigkeit eines Rechts zur Ausschließung aus sachlichem Grund	399
d) Zusammenfassung	401
2. Dem freien Ausschließungsrecht vergleichbare Gestaltungen ...	401
a) Auflösende Bedingung des dinglichen Erwerbsgeschäfts ...	402
aa) Potestativbedingung in Abhängigkeit vom Willen der Mitgesellschafter	403

bb) Potestativbedingung in Abhängigkeit vom Willen eines Dritten	403
b) Recht zur einseitigen Begründung einer Pflicht zum Ausscheiden	405
aa) Kaufoptionen	405
bb) Anteilsschenkung unter Widerrufsvorbehalt	406
c) Abfindungsklauseln als tatsächlich wirkende Erleichterung der Ausschließung	408
3. Zusammenfassung	409
III. Das Recht zum Verbleib in der Kapitalgesellschaft	409
1. Recht der GmbH	410
a) Allgemeine Grundsätze zur Ausschließung und Einziehung	410
b) Ausschließung nach freiem Ermessen und § 138 Abs. 1 BGB	411
2. Aktienrecht	411
IV. Zusammenfassung: Die interne Funktionsfähigkeit des Verbands und die Verbandssouveränität als Grenze freier Ausschließungsrechte	413
C. <i>Zusammenfassung: Die Selbstbestimmung des einzelnen Geschafters im Dienst des Allgemeininteresses</i>	414
§9 Die Verwaltungsrechte als Gegenstand von Verhaltensvorgaben	417
A. <i>Stimmrecht</i>	418
I. Die gesetzliche Ausgangslage im Personengesellschaftsrecht	418
II. Ausschluss oder Einschränkung des Stimmrechts von Personengeschaftern	420
1. Absolut wirkende Verhaltensvorgaben	420
a) Ausschluss des Stimmrechts	420
b) Beschränkung des Stimmrechts durch Mehrheitsklauseln ...	421
c) Die Kernbereichslehre als Grenze von Stimmrechtsausschluss und Stimmrechtsbeschränkung	424
aa) Neuere Entwicklungen	425
bb) Inhalt und normative Grundlage der Kernbereichslehre	428
cc) Rechtfertigung der zwingenden Wirkung: Die Gewährleistung der Funktionsbedingungen der individuellen Privatautonomie und der Funktionsfähigkeit des Verbands	431
d) Zusammenfassung	433
2. Schuldrechtlich und tatsächlich wirkende Stimmrechtsbeschränkungen	434
3. Zusammenfassung: Ausschluss und Einschränkung des Stimmrechts als Mittel der Verhaltenssteuerung	435

III. Ausübung des Stimmrechts durch andere im Personengesellschaftsrecht	435
1. Stimmrechtsübertragung und Abspaltungsverbot	435
a) Rechtfertigung der zwingenden Wirkung des Abspaltungsverbots	437
aa) Das Abspaltungsverbot als formaler Grundsatz: Numerus clausus absoluter Herrschaftsrechte	437
bb) Zum materialen Gehalt des Abspaltungsverbots: Schutz der Verbandssouveränität gegenüber Dritteinflüssen	438
cc) Zusammenfassung und Folgerungen für Alternativgestaltungen	445
b) Ausnahmen vom Abspaltungsverbot zugunsten des wirtschaftlichen Inhabers der Mitgliedschaft	448
c) Zwischenfazit	451
2. Stimmrechtsvollmacht	451
a) Grundsätzliche Zulässigkeit im Personengesellschaftsrecht ..	452
b) Zur Widerruflichkeit der Stimmrechtsvollmacht	453
aa) Stimmrechtsvollmacht zugunsten eines Dritten	453
bb) Stimmrechtsvollmacht zugunsten eines Mitgesellschafters	454
cc) Zur Ausgestaltung des Widerrufsrechts	456
c) Stimmrechtsvollmacht und Zustimmungrecht bei Kernbereichseingriffen	457
d) Insbesondere: Vertreterklauseln	457
e) Zusammenfassung: Die Stimmrechtsvollmacht als Mittel der Verhaltenssteuerung	460
IV. Ausübung des Stimmrechts nach Weisung anderer im Personengesellschaftsrecht	461
1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Stimmbindung im Personengesellschaftsrecht	461
2. Voraussetzungen und Grenzen der Wirksamkeit von Stimmbindungsvereinbarungen	463
a) Stimmbindung gegenüber Mitgesellschaftern	463
b) Stimmbindung gegenüber Dritten	464
3. Stimmbindung und Zustimmungrecht bei Kernbereichseingriffen	467
4. Zusammenfassung: Die Stimmbindung als Mittel der Verhaltenssteuerung	467
V. Kapitalgesellschaftsrecht	468
1. Recht der GmbH	469
a) Stimmrechtsbeschränkungen und Kernbereichslehre	469

b) Ausübung des Stimmrechts durch andere oder nach Weisung anderer	469
2. Aktienrecht	472
a) Stimmrechtsbeschränkungen und Kernbereichslehre	472
b) Ausübung des Stimmrechts durch andere oder nach Weisung anderer	473
3. Zusammenfassung	474
VI. Zusammenfassung: Der Schutz der Verbandssouveränität als Grenze von Vorgaben zum Stimmrecht	475
B. <i>Leitungsbefugnisse in Personengesellschaften: Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis</i>	477
I. Die gesetzliche Ausgangslage: Selbstorganschaft im Recht der Personengesellschaften	478
1. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis als organschaftliche Befugnisse	478
2. Die Zuweisung der Leitungsbefugnisse an die persönlich haftenden Gesellschafter	479
3. Zur Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführung in der Personengesellschaft	481
II. Ausschluss oder Einschränkung der Leitungsbefugnisse	481
1. Absolut wirkende Gestaltungen	481
2. Schuldrechtlich und tatsächlich wirkende Gestaltungen	483
III. Ausübung durch andere	484
1. Übertragung oder Neubegründung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis	484
a) Das Abspaltungsverbot als formaler Grundsatz	484
b) Ausschluss des Nachfolgers von Leitungsbefugnissen und eigene organschaftliche Leitungsbefugnisse eines Kommanditisten	485
c) Ausschluss des Nachfolgers von Leitungsbefugnissen und eigene organschaftliche Leitungsbefugnisse eines Dritten ...	490
aa) Zum nach herrschender Auffassung zwingenden Charakter der Selbstorganschaft in Personengesellschaften	490
bb) Selbstorganschaft als Mittel zum Schutz der Verbandssouveränität	492
cc) Ausnahmen von der Selbstorganschaft	493
2. Vollmacht und Ausübungsermächtigung	495
a) Dogmatik der Einräumung derivativer Leitungsbefugnisse ..	495
b) Grenzen derivativer Leitungsbefugnisse Dritter zur Wahrung der Verbandssouveränität	498
aa) Widerruflichkeit oder Kündbarkeit der Drittbefugnisse	498

bb) Zur Funktion eines Weisungsrechts der Gesellschafter ..	499
c) Sonderrecht für Publikumpersonengesellschaften	501
d) Zusammenfassung: Derivative Leitungsbefugnisse als Mittel der Verhaltenssteuerung	502
IV. Ausübung nach Weisung anderer	503
V. Schutz der Verbandssouveränität bei Fremdorganschaft	505
1. Das Modell des GmbH-Rechts: Fremdorganschaft, freie Widerruflichkeit der Bestellung und zwingendes Weisungsrecht	506
2. Übertragbarkeit ins Personengesellschaftsrecht	508
a) Freie Widerruflichkeit und Selbsteintrittsrecht	508
b) Entbehrlichkeit des freien Widerrufs der Bestellung	511
c) Zur zwingenden Gewährleistung der rechtlichen und tatsächlichen Satzungsautonomie	512
3. Ergebnis: Dispositivität der Selbstorganschaft im Personengesellschaftsrecht	515
VI. Zusammenfassung: Der Schutz der Verbandssouveränität als Grenze von Vorgaben zu Leitungsbefugnissen	516
C. <i>Zusammenfassung: Der Schutz der Verbandssouveränität als Grenze von Vorgaben zu den Verwaltungsrechten</i>	518
§ 10 Zusammenfassung und Bewertung	521
A. <i>Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit unter Lebenden</i>	521
B. <i>Parallelen und Unterschiede der erbrechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen Beurteilung von Verhaltensvorgaben</i>	523
 Dritter Teil: Die Auflösung von Konflikten zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben	
§ 11 Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsgrenzen und Verhaltensvorgaben von Todes wegen	527
A. <i>Das gesellschaftsrechtliche Wirkungsprinzip und die Wirkung erbrechtlicher Instrumente zur Steuerung des Gesellschafterverhaltens</i>	528
B. <i>Gesellschaftsrecht als Grenze der Testierfreiheit</i>	529
I. Verletzung gesellschaftsrechtlicher Regeln oder Wertungen durch erbrechtliche Verhaltensvorgaben	530
II. Rechtliche Unmöglichkeit des erbrechtlich vorgegebenen Gesellschafterverhaltens	533

C. Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit im erbrechtlichen Kontext	535
I. Grenzen zum Schutz der Funktionsbedingungen der individuellen Privatautonomie	537
1. Zwingendes Lösungs-, insbesondere Kündigungsrecht	537
a) Kündigungsausschluss oder Auflage, die Kündigung zu unterlassen	537
b) Abfindungsbeschränkungen, die Kündigung als auflösende Bedingung der Erbeinsetzung und der Erbe als Gesellschafter „minderen Rechts“	539
2. Zustimmungsgesetz bei Kernbereichseingriffen	544
a) Zustimmungsgesetz und Testamentsvollstreckung	545
b) Zustimmungsgesetz und Vollmachtlösung	549
3. Zusammenfassung	550
II. Grenzen zum Schutz der internen Funktionsfähigkeit des Verbands	551
1. Sittenwidrigkeit der Ausschließung nach freiem Ermessen	551
a) Die Entwicklung der Rechtsprechung	552
b) Weniger schwerwiegende Beeinträchtigung des geschützten Interesses	554
c) Überwiegendes Interesse an einem freien Ausschließungsrecht	555
d) Zur Geltung der allgemeinen Grundsätze auch im erbrechtlichen Kontext	557
2. Das Vermächtnis eines Gesellschaftsanteils als dem freien Ausschließungsrecht funktionsäquivalente Gestaltung	558
III. Grenzen zum Schutz der Verbandssouveränität: Der Dritte im Sinne des Gesellschaftsrechts	559
1. Testamentsvollstrecker	560
2. Unwiderruflich Bevollmächtigter	563
3. Weisungsgeber	565
4. Der Erblasser selbst	566
5. Zusammenfassung	567
D. Zusammenfassung	568
§ 12 Erbrechtliche Gestaltungsgrenzen und zwingende Gesellschafterhaftung: Die Kollision der Haftungsregimes und ihre Auflösung	571
A. Reichweite der Normenkollision	572
I. Nochmals: Zur Beschränkbarkeit der Erbenhaftung	572

1. Haftung des Gesellschafter-Erben bei Verhaltensvorgaben des Erblassers	572
2. Zum Vergleich: Die Haftung für Beitrags- und Gesellschaftsverbindlichkeiten ohne Verhaltensvorgaben des Erblassers	575
3. Mögliche Problemfälle aus Sicht des Erbrechts	577
II. Fallgruppen unbeschränkbarer Gesellschafterhaftung und ihre Kollision mit dem Erbrecht	578
1. Die Außenhaftung des persönlich haftenden Gesellschafters (§§ 128, 130 HGB)	578
2. Die Außenhaftung des Kommanditisten	580
a) Die Haftung des Erben eines Kommanditanteils (§§ 171, 173 HGB)	580
b) Die Haftung nach § 176 HGB bei einer Gesellschaftsgründungs- oder Gesellschaftsbeitrittsklausel ..	583
3. Die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft	584
a) Einlagepflicht des Kapitalgesellschafters	584
aa) GmbH-Recht	584
bb) Aktienrecht	586
b) Einlagepflicht des Kommanditisten und des persönlich haftenden Gesellschafters	588
III. Zusammenfassung	589
B. <i>Die Auflösung der Normenkollision bei der Vererbung von Gesellschaftsanteilen</i>	591
I. Die Vererbung von Anteilen persönlich haftender Gesellschafter und das Wahlrecht des Gesellschafter-Erben	592
1. Das doppelte Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 und 2 HGB	592
a) Anwendungsbereich und Funktionsweise	592
b) Normzweck	594
aa) Umsetzung und Fortschreibung erbrechtlicher Wertungen im Gesellschaftsrecht: Die Vermeidung einer unbeschränkten Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten	594
bb) Summenmäßige Beschränkung der Gesellschafterhaftung als Zweck	596
2. Auswirkungen auf die Erben- und Gesellschafterhaftung (§ 139 Abs. 4 HGB)	602
3. Der zwingende Charakter des Wahlrechts	603
a) Die zwingende Geltung im Recht der Personenhandelsgesellschaften	603
b) Die de lege ferenda dispositive Geltung im Recht der BGB-Gesellschaft	606

II.	Die Vererbung von Kommandit- und von Kapitalgesellschaftsanteilen	609
C.	<i>Die Auflösung der Normenkollision bei Gesellschaftsgründungs- und Gesellschaftsbeitrittsklauseln</i>	611
I.	Vorgabe des Erwerbs eines mit persönlicher Haftung verbundenen Gesellschaftsanteils	612
II.	Vorgabe des Erwerbs eines Kommandit- oder Kapitalgesellschaftsanteils oder einer Einlageerhöhung	615
D.	<i>Die Auflösung der Normenkollision im Falle der Testamentsvollstreckung</i>	616
I.	Testamentsvollstreckung an Kommandit- und Kapitalgesellschaftsanteilen	617
1.	Grundsatz	617
2.	Erhöhung des gesellschaftserlichen Haftungsrisikos als Grenze der Testamentsvollstreckerbefugnisse	620
II.	Testamentsvollstreckung an Anteilen persönlich haftender Gesellschafter	623
1.	Nichtvorliegen einer Normenkollision?	624
a)	Konkludenter Verzicht des Erben auf die erbrechtliche Haftungsbeschränkung	624
b)	Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer auf den Nachlass beschränkten Gesellschafterhaftung	625
aa)	Haftung eines oHG-Gesellschafters oder Komplementärs	625
bb)	Haftung eines BGB-Gesellschafters	629
2.	Die Auflösung der Normenkollision	631
a)	Beschränkung der Testamentsvollstreckerbefugnisse	631
b)	Das Wahlrecht des Gesellschafter-Erben nach § 139 HGB ...	633
III.	Die Testamentsvollstreckerbefugnisse beim Erwerb von Gesellschaftsanteilen	641
IV.	Zur Rolle der Vollmachtlösung	643
E.	<i>Zusammenfassung</i>	644

Vierter Teil: Schluss	649
-----------------------------	-----

§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse	651
---	-----

A.	<i>Grundlinien der Beurteilung von Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht</i>	651
I.	Grundlinien der erbrechtlichen Beurteilung	651
II.	Grundlinien der gesellschaftsrechtlichen Beurteilung	653

III. Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Grenzen der
Gestaltungsfreiheit auf Verhaltensvorgaben von Todes wegen 655

IV. Anwendbarkeit der erbrechtlichen Grenzen der
Gestaltungsfreiheit im gesellschaftsrechtlichen Kontext:
Zur Auflösung der haftungsrechtlichen Normenkollision 656

B. *Der Spielraum für Vorgaben zur künftigen Wahrnehmung von
Gesellschafterrechten bei der Vererbung einerseits und der
vorweggenommenen Erbfolge andererseits* 658

C. *Die Ergebnisse im Einzelnen* 660

Literaturverzeichnis 671

Sachregister 715

Einführung

A. Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben als rechtstatsächliches Problem

Vielen Unternehmern ist daran gelegen, dass ihr Unternehmen, ihr Lebenswerk, überdauert und von der nächsten Generation weitergeführt wird.¹ Angesichts der ganz erheblichen volkswirtschaftlichen Bedeutung inhabergeführter (mittelständischer) Familienunternehmen² – nur bei diesen stellt der Generationenwechsel typischerweise ein Risiko für die Unternehmensfortführung dar³ – hat auch die Allgemeinheit ein Interesse an einer solchen Kontinuität.⁴ Dazu bedarf es einer der Rechtsform nach für die Nachfolge geeigneten Unternehmensträgerin, in der Regel einer Gesellschaft,⁵ und ihrer angemessenen rechtlichen Ausgestaltung. Der Unternehmer muss sicherstellen, dass die gewünschte Nachfolge sowohl in die vermögensmäßige Beteiligung als auch in die Unternehmensleitung gelingt und dass die Nachfolgesituation keinen das Unternehmen gefährdenden Kapitalabfluss verursacht.⁶ Der statistische Regelfall der Unternehmensnachfolge ist dabei die vor-

¹ Crezelius, Rn. 2; Spiegelberger, §1 Rn. 13 (S. 8). Soll dagegen das Unternehmen nach dem Tod des Erblassers abgewickelt oder veräußert werden, so erübrigt sich die Frage, wie das Verhalten der Erben als Gesellschafter gesteuert werden kann. Diese Konstellation kann daher im Folgenden außer Betracht bleiben.

² Nach Wolter/Hauser, S. 25, 33: Unternehmen, in denen maximal zwei natürliche Personen, die zugleich der Geschäftsführung angehören, oder deren Familienmitglieder mindestens 50 Prozent der Anteile halten; entsprechend die Definition des Instituts für Mittelstandsforschung (IfM) Bonn (<https://www.ifm-bonn.org/definitionen/familienunternehmen-definition/>). Zu diesen Familienunternehmen zählten 1998 neben den einzelkaufmännischen Unternehmen 95,5 Prozent der Gesellschaften bürgerlichen Rechts und der offenen Handelsgesellschaften, 96,8 Prozent der Kommanditgesellschaften, 85,6 Prozent der GmbH & Co Kommanditgesellschaften, 79,9 Prozent der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und immerhin noch 28,3 Prozent der Aktiengesellschaften, Wolter/Hauser, S. 71f. Für börsennotierte Unternehmen lässt man einen Stimmrechtsanteil der Gründerfamilie(n) von 25 Prozent ausreichen, um sie den Familienunternehmen zuzuordnen, s. z. B. die Definition der Stiftung Familienunternehmen (<http://www.familienunternehmen.de/de/definition-familienunternehmen>). Das Institut für Mittelstandsforschung ordnet 3,3 Mio. der insgesamt 3,7 Mio. Unternehmen in Deutschland als Familienunternehmen ein, Fels/Suprinovic/Schlömer-Laufen/Kay, S. 9.

³ Zur Erbfallunabhängigkeit von Publikumsgesellschaften Dutta, S. 204ff.

⁴ BVerfGE 138, 136ff., insbes. Rn. 138 (1 BvL 21/12, Erbschaftsteuer); K. Schmidt, in: Röthel, Reformfragen, S. 38; näher Dutta, S. 508ff.; dezidiert a. A. Reuter, S. 460.

⁵ Zu den Problemen der Nachfolge in ein einzelkaufmännisches Unternehmen Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 492ff.

⁶ Zu den wesentlichen Regelungsanliegen Reuter, S. 15, 150ff., 275ff.; Michalski, Gestaltungs-

weggenommene Erbfolge, d. h. die Übertragung des Unternehmens schon zu Lebzeiten des Altunternehmers, meist an (spätere) gesetzliche Erben.⁷ Daneben spielt die Vererbung von Unternehmen eine rechtstatsächlich bedeutende Rolle.⁸

Über die bloße Nachfolgeregelung hinaus kann es einem Unternehmer auch darauf ankommen, wie – und nicht nur: dass – das Unternehmen durch seine Nachfolger weitergeführt wird. Er wird dann deren Verhalten bei der Unternehmensfortführung zu steuern versuchen. Die möglichen Motive hierfür sind vielfältig. Der Unternehmer kann schlicht den (möglicherweise wohlwollenden⁹) Wunsch haben, auch nach der Rechtsnachfolge Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens zu behalten¹⁰ oder jedenfalls seine Unternehmenspolitik weiter verfolgt zu wissen.¹¹ Oder er mag, vor allem bei einer Rechtsnachfolge von Todes wegen, den unternehmerischen Fähigkeiten des Nachfolgers misstrauen, und sei es nur für eine bestimmte Zeit, weil er diesen noch für zu jung für die Unternehmensfortführung hält.¹² Detaillierte Verhaltensvorgaben können zwar auch ein Hindernis darstellen, weil sich ein Unternehmen in einem sich kontinuierlich verändernden Wettbewerbsumfeld behaupten muss.¹³ Dies gilt insbesondere für Verhaltensvorgaben von Todes wegen, die der Altunternehmer nach dem Erbfall nicht mehr revidieren kann. Gerade allgemeiner gehaltene Vorgaben für die Unternehmensfortführung, beispielsweise die Einsetzung eines Dritten, der anstelle des Erben (und Gesellschafters) das Unternehmen fortführen soll, finden sich in der Rechtspraxis aber immer wieder, auch bei der Nachfolge von Todes wegen.¹⁴

möglichkeiten, S. 147 ff.; *Strothmann*, S. 52 ff.; s. auch die detaillierten Überlegungen zu möglichen Gestaltungen bei *Müller-Graff*, JuS 1977, 323, 324 ff.

⁷ Mit diesem Begriffsverständnis BGHZ 113, 310, 313 (IV ZR 299/89); BGH NJW 1995, 1349, 1350 (IV ZR 36/94); *Coing*, Festschrift Schwind, S. 63, 65; *Olzen*, S. 13; näher dazu u. S. 16 ff.

⁸ Nach Schätzungen des Instituts für Mittelstandsforschung werden mittelständische Unternehmen zwar nur in 10 Prozent der Nachfolgefälle vererbt (s. *Hauser/Kay*, S. 20 unter Verweis auf <http://www.ifm-bonn.org>; *Nagl*, in: dies., S. 15 weist allerdings auf eine Studie in Oberbayern hin, nach der sogar 31 Prozent der Unternehmen vererbt werden). Dies würde aber immerhin ca. 19.000 Unternehmen im Zeitraum von 2022 bis 2026 betreffen (s. zur Anzahl übergabereifer Unternehmen *Fels/Suprinovic/Schlömer-Laufen/Kay*, S. 9.).

⁹ Zum paternalistischen Vererben *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 19.

¹⁰ *Windel*, S. 55; Beispiele bei *A. Herfs*, S. 42; vgl. auch *Shavell*, S. 68.

¹¹ *Voormann*, S. 40; *Reuter*, S. 55; *Michalski*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 4.

¹² *Voormann*, S. 39; *Weber*, S. 7; *Shavell*, S. 68.

¹³ Ablehnend z. B. *Rauscher*, AcP 195 (1995), 295, 299.

¹⁴ S. z. B. BGHZ 108, 187 ff. (II ZB 1/89) (Einsetzung eines Testamentsvollstreckers); ferner BGH NJW-RR 2007, 913 ff. (II ZR 300/05) (Anordnung eines freien Ausschließungsrechts für einen Mitgesellschafter, d. h. des Rechts, über die künftige Gesellschafterstruktur zu entscheiden); NJW-RR 2009, 1455 ff. (IV ZR 202/07) (Vorgabe gegenüber dem Erben, seine Gesellschaftsterstellung beizubehalten).

B. Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben als rechtsdogmatisches Problem

Wie weit das Recht eine solche Verhaltenssteuerung anerkennt, ist unklar. Das ist vor allem Folge der jüngeren Rechtsprechung zur Steuerung des Erbenverhaltens durch eine Verfügung von Todes wegen im Allgemeinen – konkret: zur Sittenwidrigkeit von Potestativbedingungen – und zum Verhältnis von Erb- und Gesellschaftsrecht bei der Verhaltenssteuerung im Besonderen. Auch die Rechtswissenschaft hat zur möglichen Reichweite privatautonomer Verhaltensvorgaben im Spannungsfeld von Erbrecht und Gesellschaftsrecht noch kein systematisch stimmiges Konzept vorgelegt.

I. Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung

Normenkollisionen zwischen dem Erbrecht und dem Gesellschaftsrecht – Fälle, in denen zwei wirksame Normen, die sich an denselben Adressaten richten, unterschiedliche Rechtsfolgen anordnen und einander daher in ihrem Geltungsanspruch verletzen¹⁵ – haben bereits das Reichsgericht beschäftigt. Solche Normenkollisionen treten schon bei der bloßen, nicht mit Verhaltensvorgaben verbundenen Nachfolge in Gesellschaftsanteile von Todes wegen auf, zudem bei bestimmten Vorgaben für die Unternehmensfortführung. Dabei ging es in erster Linie um eine Unvereinbarkeit des erbrechtlichen und des personengesellschaftsrechtlichen Haftungsregimes. Aufgelöst wurden diese Kollisionen durch die Einschränkung erbrechtlicher Regelungen zugunsten gesellschaftsrechtlicher Grundsätze, insbesondere durch die Einschränkung der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) und der gesamthänderischen Nachfolge mehrerer Miterben (§ 2032 Abs. 1 BGB) bei der Nachfolge in Personengesellschaftsanteile¹⁶ und durch die Beschränkung der Testamentsvollstreckung¹⁷ oder jedenfalls der Testamentsvollstreckerbefugnisse,¹⁸ wenn der Nachlass einen Personengesellschaftsanteil enthielt. Daraus schließen manche auf einen grundsätzlichen „Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht“.¹⁹

¹⁵ So die Definition der „Normenkollision“ bei Dürig/Herzog/Scholz/Korioth, Art. 31 Rn. 11, die im Folgenden zugrunde gelegt wird.

¹⁶ Für eine (die Grundsätze der Gesamtrechtsnachfolge und insbesondere der gesamthänderischen Nachfolge durchbrechende) Einzelnachfolge in oHG-Anteile schon RGZ 16, 40, 57 ff., 60 (I 12/86); zur (den Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge durchbrechenden) Sondernachfolge grundlegend BGHZ 68, 225, 237 f. (II ZR 120/75); näher u. S. 23 ff., 28 f.

¹⁷ So noch RGZ 172, 199, 202 ff. (II 103/43): keine Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen, solange die Einlage nicht voll einbezahlt ist.

¹⁸ BGHZ 98, 48, 55, 57 (IVa ZR 155/84): keine Wahrnehmung der Gesellschafter-Verwaltungsrechte durch den Testamentsvollstrecker; zur Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen s. auch schon *Muscheler*, Haftungsordnung, §§ 16–19 sowie *Wiedemann*, § 13; monographisch auch *Weidlich*; *Raddatz*, S. 155 ff.; aus der Aufsatzliteratur insbes. *Emmerich*, ZHR 132 (1969), 297 ff.; *Marotzke*, AcP 187 (1987), 223 ff.; *Ulmer*, NJW 1990, 73 ff.; näher dazu u. S. 631 ff.

¹⁹ So wörtlich *Kübler/Assmann*, § 7 VII 3 a (S. 94); *Spiegelberger*, § 2 vor Rn. 16; *Langen-*

Eine derart pauschale Aussage lässt sich der Rechtsprechung indes nicht entnehmen, wenn man jüngere Entscheidungen zu Einflussnahmen auf den Fortbestand der Gesellschafterstellung, der Voraussetzung jeder weiteren Verhaltenssteuerung ist, mit in die Betrachtung einbezieht. Denn solche Einflussnahmen sollen, in Umkehrung des „Vorrang“-Verhältnisses zugunsten des Erbrechts, von Todes wegen oder in Umsetzung einer Verfügung von Todes wegen auch dann zulässig sein, wenn sie nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln, d. h. in einem rein lebzeitigen Kontext,²⁰ unwirksam wären. Zulässig sollen etwa bestimmte Vorgaben von Todes wegen sein, die das Kündigungsrecht des Gesellschafter-Erben entgegen § 723 Abs. 3 BGB (mit Änderungen: § 725 Abs. 6 BGB n. F.²¹) beschränken.²² Zulässig soll auch die testamentarische Auflage sein, ein vererbtes Unternehmen in eine neu zu gründende Gesellschaft einzubringen und dabei einem der Gesellschafter das nach rein lebzeitigen Regeln unwirksame Recht einzuräumen, einen Mitgesellschafter nach Belieben aus der Gesellschaft auszuschließen.²³ Der Unterschied zu der Lösung haftungsrechtlicher Problemfälle ließe sich zwar auf den ersten Blick damit erklären, dass sich die Testierfreiheit des Erblassers durchsetzt, wenn dem nicht das Recht der Gesellschafterhaftung entgegensteht. In beiden Fragen hatte der Bundesgerichtshof in vergleichbaren Konstellationen allerdings zuvor anders entschieden, eine Erweiterung der Gestaltungsfreiheit von Todes wegen gegenüber rein lebzeitigen Konstellationen also abgelehnt und die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln auch im erbrechtlichen Kontext angewandt.²⁴ Die neueren Entscheidungen setzen sich mit der abweichenden Vorgängerrechtsprechung nicht hinreichend auseinander.²⁵ Stattdessen zeigen sie erhebliche Begründungs-

feld, Rn. 249 (nunmehr beschränkt auf die Gesellschafternachfolge *Langenfeld/Fröhler*, 7. Kap. Rn. 60); entsprechend *H. Lange/Kuchinke*, § 5 VI A 6 (S. 135); *IDW*, Rn. 32; *MünchAH ErbR/Kögel*, § 40 Rn. 2; im Grundsatz auch *A. Koch*, S. 73 ff.; beschränkt auf die Gesellschafternachfolge *H. Westermann*, Rn. 529 („Schlagwort“), *A. Hueck*, DNotZ 1952, 550, 553 sowie *Freitag*, ZGR 2021, 534, 553.

²⁰ Zur Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht s. in jüngerer Zeit insbes. *Weber und Hey*, jew. passim.

²¹ Die kursiv gesetzten und mit „n.F.“ gekennzeichneten Paragraphen bezeichnen Regelungen des BGB und des HGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) v. 10.8.2021, BGBl. I, S. 3436 ff.

²² OLG München ZEV 2007, 582 f. (21 U 1836/07) zu einer Potestativbedingung; nachfolgend auch BGH NJW-RR 2009, 1455, 1456 Rn. 20 (IV ZR 202/07) (nunmehr obiter); Kritik z. B. bei *Kroppenberg*, ZEV 2007, 583 f.; *Budzikiewicz* AcP 209 (2009), 354, 390 ff.; *Otte*, in *Bayer/E. Koch*, S. 61, 63 f.

²³ BGH NJW-RR 2007, 913, 914 Rn. 10 ff. (II ZR 300/05); zustimmend z. B. *Kroppenberg*, Festschrift Kanzleiter, S. 247, 254 f.; *MünchKomm. BGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 138; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 623; weit. Nachw. u. S. 553 Fn. 122; Kritik bei *Eberl-Borges*, LMK 2007, 241306; *Budzikiewicz*, a. a. O., 370 ff.

²⁴ S. BGHZ 50, 316, 320 f. (II ZR 179/66) zur Beschränkung des Kündigungsrechts; BGHZ 81, 263, 270 (II ZR 56/80) und BGHZ 105, 213, 216 ff., 220 ff. (II ZR 329/87) zum freien Ausschließungsrecht.

²⁵ OLG München ZEV 2007, 582 ff. (21 U 1836/07) und BGH NJW-RR 2009, 1455, ff. (IV ZR 202/07) erwähnen die Entscheidung BGHZ 50, 316 ff. (II ZR 179/66) nicht; BGH NJW-RR 2007,

defizite,²⁶ die der Frage nach den Kriterien, anhand derer Konflikte zwischen erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regelungen festzustellen und im Einzelfall zu lösen sind, neue Dringlichkeit verleihen.

Dies gilt umso mehr, wenn man den Blick auch auf die neuere Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle verhaltenssteuernder Verfügungen von Todes wegen allgemein, insbesondere mit Blick auf Potestativbedingungen, richtet.²⁷ Sieht der Bundesgerichtshof in gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen in der Testierfreiheit eine „sachliche Rechtfertigung“ für die Einschränkung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln und weitet er damit die Testierfreiheit gegenüber der Privatautonomie unter Lebenden aus,²⁸ so schränkt er sie jenseits gesellschaftsrechtlicher Zusammenhänge gegenüber der Privatautonomie unter Lebenden ein. Generell nämlich überprüft er eine Verfügung von Todes wegen darauf hin, ob ein Erblasser mit ihr in einer Weise „Druck“ auf grundrechtlich geschützte Entscheidungen des Erben ausübt, die die Verfügung sittenwidrig macht.²⁹ Dabei wird weder näher untersucht, wann der Erbe durch eine solche „Druck“-Ausübung überhaupt in einem geschützten Interesse beeinträchtigt ist,³⁰ noch, ob er sich mit seiner Beeinträchtigung nicht etwa durch die Annahme oder jedenfalls die Nichtausschlagung der Erbschaft einverstanden erklärt hat. Diese „Druck“-Rechtsprechung betraf zwar besonders gelagerte Fälle dynastischer Bestrebungen.³¹ Es läge aber nahe, die dort entwickelten Grundsätze, wenn sie denn zuträfen, auf die Sittenwidrigkeitsprüfung von Verfügungen von Todes wegen allgemein und insbesondere auf Vorgaben zur Unternehmensfortführung zu übertragen, die ebenfalls eine Familientradition absichern sollen.³² Die Privatautonomie des durch das Sittenwidrigkeitssurteil zu schützenden Erben, die Frage seiner Selbstbestimmung, soll also keine Rolle spielen, was den Spielraum für Sittenwidrigkeitssurteile im Vergleich zum Recht der Lebenden erheblich ausweitet. Lebzeitige Rechtsgeschäfte nämlich sind, wie insbesondere die Rechtsprechung zu Angehörigenbürgschaften

913, 914 Rn. 13 (II ZR 300/05) wiederum konstatiert schlicht – und zu Unrecht, s. u. S. 552f. – die fehlende Vergleichbarkeit des zu beurteilenden Sachverhalts mit den Sachverhalten früherer Entscheidungen.

²⁶ Dazu insbesondere die sorgfältige Analyse von *Budzikiewicz*, AcP 209 (2009), 354 ff.

²⁷ *Budzikiewicz*, a. a. O., 360f. rügt zu Recht, dass das OLG München (in ZEV 2007, 582 ff. (21 U 1836/07)) und der BGH (in NJW-RR 2009, 1455, ff. (IV ZR 202/07)) darauf nicht eingegangen sind.

²⁸ BGH NJW-RR 2007, 913, 914 Rn. 12 (II ZR 300/05).

²⁹ BGHZ 140, 118, 130, 133 (IV ZB 19/97); mit derselben Fragestellung (Ausübung „unzumutbaren Druck[s]“) auf die Verfassungsbeschwerde gegen einen in derselben Rechtssache ergangenen Beschluss des OLG Stuttgart hin BVerfG NJW 2004, 2008, Ls. 1 u. 2010 (1 BvR 2248/01, Hohenzollern).

³⁰ Die Rspr. deswegen ablehnend insbes. *Muscheler*, ZEV 1999, 151, 152 und *Gutmann*, S. 219 ff.

³¹ In BGHZ 140, 118 ff. (IV ZB 19/97) ging es um einen Erbvertrag der Familie Hohenzollern, der die Erbenstellung auf Personen beschränkte, die nicht in einer nicht „hausverfassungsmäßigen“ Ehe verheiratet waren und nicht aus einer solchen Ehe abstammten.

³² *Muscheler*, in: *Riesenhuber/Karakostas*, S. 119, 124; vgl. schon *Reuter*, S. 460 („feudalistisch[e] Neigungen vieler Unternehmer“).

und zu Eheverträgen belegt, nur dann wegen einer untragbaren Beeinträchtigung des anderen Beteiligten, des Vertragspartners, sittenwidrig, wenn dieser seiner Beeinträchtigung *nicht* tatsächlich selbstbestimmt zugestimmt hat.

Insgesamt zeigt sich in der neueren Rechtsprechung zum Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben und allgemein zur Gestaltungsfreiheit bei der Steuerung des Erbenverhaltens von Todes wegen eine gewisse Orientierungslosigkeit. Schon dies legt es nahe, sich diesen Fragen im Zusammenhang zuzuwenden und nach Grundregeln und Wertungen zu suchen, die eine widerspruchsfreie Lösung der aus der Rechtspraxis bekannten und auch der möglicherweise neu auftretenden Normenkollisionen ermöglichen. Hinzu kommt, dass die „Druck“-Rechtsprechung die Privatautonomie von Todes wegen in einer Weise interpretiert, die die Privatautonomie des Erben, sein Erbausschlagungsrecht, außer Betracht lässt³³ und damit gegen allgemeine zivilrechtliche Grundsätze verstößt. Auch die rein erbrechtlichen Grundlagen von Verhaltensvorgaben gegenüber Gesellschafter-Erben bedürfen daher der Klärung. Vor allem, dies sei als Arbeitshypothese hier schon vorangestellt, bedarf die Privatautonomie von Todes wegen der Rückanbindung an die Privatautonomie allgemein. Die Sittenwidrigkeitsprüfung von Verfügungen von Todes wegen, die in der Rechtspraxis eine wesentliche Grenze der Testierfreiheit darstellt, ist daher so zu strukturieren, dass sie die Privatautonomie in gleicher Weise wahrt, wie es bei der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden der Fall ist, und zwar sowohl die Testierfreiheit des Erblassers als auch die Privatautonomie des Erben von Todes wegen.³⁴

II. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Angesichts der dogmatischen Fragen, die privatautonome Verhaltensvorgaben für Gesellschafter gerade *im erbrechtlichen Kontext* aufwerfen, nimmt sich die folgende Untersuchung diese zum *Gegenstand*. Der Begriff der Verhaltensvorgabe ist dabei bewusst weit gewählt und soll jede Art der Einflussnahme auf das Verhalten des Erben als Gesellschafter in der Zeit nach dem Erbfall und damit auf die Unternehmensfortführung bezeichnen. Er soll erstens die *Steuerung des aktiven und passiven Erbenverhaltens*, also eine Einwirkung auf den Gesellschafter-Erben mit dem Ziel, diesen zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen zu bewegen – man mag dies als Verhaltenssteuerung im engeren Sinne bezeichnen –,³⁵ ebenso umfassen wie die vollständige *Ausschaltung jedes Erbenverhaltens* in einem bestimmten Bereich. Eine solche Ausschaltung kann etwa durch den Ausschluss des Erben

³³ Zur Rolle des Erben in jüngerer Zeit insbes. Rötbel, AcP 210 (2010), 32, 42ff. und Dutta, S. 322ff.

³⁴ Mit Fokus auf der Testierfreiheit dagegen die monographische Abhandlung von Kroppenberg, passim.

³⁵ Insoweit übereinstimmend der Begriff der „Verhaltenssteuerung“ bei G. Wagner, AcP 206 (2006), 352ff., der ihm den dann allerdings redundanten Begriff der „Prävention“ zur Seite stellt.

von bestimmten Gesellschafterrechten oder seine Ersetzung durch einen Dritten in der Ausübung von Gesellschafterrechten geschehen, z. B. einen Mitgesellschafter oder Testamentsvollstrecker. Der Begriff der Verhaltensvorgabe soll zweitens verhaltenssteuernde Maßnahmen unabhängig von ihrer Wirkungsweise umfassen. Er soll also *absolut*, d. h. gegenüber jedermann, wirkende Einflussnahmen auf Bestand, Umfang und Zuordnung von Gesellschafterrechten ebenso umfassen wie die *Verpflichtung* des Gesellschafter-Erben zu einem bestimmten Verhalten und rein *tatsächliche Anreize*, sofern sie durch Rechtsgeschäft gesetzt werden und damit einer Beurteilung ihrer rechtlichen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit zugänglich sind. In gewissen Rahmen sind diese Instrumente nämlich funktionsäquivalent und damit aus Sicht des Erblassers austauschbar. Ein engerer Ansatz würde belastbare Aussagen über die Reichweite der Gestaltungsfreiheit von Todes wegen daher unmöglich machen. Aus demselben Grund soll der Begriff des zu steuernden *Gesellschafter-Erben*³⁶ zwei verschiedene Fallgruppen umfassen. Die erste Fallgruppe bilden diejenigen Erben, die einen Gesellschaftsanteil von Todes wegen erwerben. In die zweite Fallgruppe fallen diejenigen, die andere Vermögensgegenstände, insbesondere ein einzelkaufmännisches Unternehmen erben und diese nach den Vorgaben des Erblassers in eine neu zu gründende oder bestehende Gesellschaft einbringen, also mit Nachlassmitteln einen Gesellschaftsanteil unter Lebenden erwerben. Auch diese beiden Konstellationen sind, wenngleich konstruktiv klar zu unterscheiden, aus Erblassersicht in gewissen Grenzen austauschbar und werfen zudem ähnliche dogmatische Probleme auf.

Ziel ist es, das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei der privatautonomen Erbensteuerung umfassend zu klären. Zum einen sind die Fälle, in denen Erbrecht und Gesellschaftsrecht privatautonome Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben mit unterschiedlichen Rechtsfolgen versehen, in denen die beiden Rechtsgebiete also kollidieren, genau einzugrenzen. Zum anderen sind systematisch stimmige Regeln zu erarbeiten, nach denen diese Normenkollisionen zu beurteilen sind. Auf diese Weise lassen sich die bisher ergangenen Entscheidungen zu privatautonomen Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben einer kritischen Analyse unterziehen und zugleich neue, gerichtlich noch nicht beurteilte Verhaltensvorgaben bewerten.

C. Eingrenzung und Methodik

Die Vielzahl möglicher Gestaltungen der Unternehmensnachfolge unter Einflussnahme auf die Unternehmensfortführung und der damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen sowie das Ziel, ein systematisch stimmiges Gesamtkonzept zur Umgrenzung und Beurteilung der dabei auftretenden Normenkollisionen zwi-

³⁶ Verwendet z. B. in BGHZ 50, 316, 318, 320 (II ZR 179/66) und BGH NJW 1981, 749, 750 (II ZR 194/79).

schen dem Erbrecht und dem Gesellschaftsrecht zu entwickeln, machen eine Themeneingrenzung in besonderem Maße notwendig.

Die bekannten Fälle betreffen meist das Personengesellschaftsrecht, das den Schwerpunkt der gesellschaftsrechtlichen Betrachtung bilden wird. Weil inhabergeführte Unternehmen aber auch vielfach als Kapitalgesellschaften organisiert sind,³⁷ wird das GmbH- und Aktienrecht mit einbezogen. Andere Kapitalgesellschaftsformen wie die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Europäische Gesellschaft (SE) bleiben dagegen außer Betracht, um den Rahmen der Untersuchung nicht zu sprengen. Sie kommen in der Praxis auch weitaus seltener vor als GmbH und Aktiengesellschaft.³⁸ Außer Betracht bleiben auch diejenigen Aspekte der Unternehmensnachfolge, die, obgleich von hoher praktischer Relevanz, keinen gesellschaftsrechtlichen Bezug aufweisen, insbesondere Fragen des Steuerrechts. Außer Betracht bleibt, weil die dogmatischen Fragen dort ganz andere sind, ferner das Stiftungsrecht, dies im Bewusstsein der Tatsache, dass Einflussnahmen auf das Erbenverhalten, vor allem ein Ausschluss des Erben von der Unternehmensfortführung, gerade auch durch die Wahl einer Stiftungsorganisation umgesetzt werden können.³⁹

Außer Betracht bleibt ferner ausländisches Erb- und Gesellschaftsrecht, auch wenn ausländisches Recht in der Praxis der Unternehmensnachfolge nach den Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts nicht selten zur Anwendung kommt.

Das *Gesellschaftsstatut*, das auch die Ausgestaltung der Mitgliedschaft, die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und die Gesellschafterhaftung umfasst,⁴⁰ bestimmt sich in Deutschland traditionell nach der Sitztheorie. Anwendbar ist das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen (Haupt-) Verwaltungssitz hat.⁴¹ Für Gesellschaften, die außerhalb der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums gegründet worden und den EU-/EWR-Gesellschaften nicht vertraglich gleichgestellt sind,⁴² gilt die Sitztheorie bislang auch weiterhin.⁴³ Für Gesellschaften, die innerhalb der Europäischen Union oder

³⁷ S. nochmals die statistischen Angaben o. S. 1 Fn. 2; zu den Vorteilen insbesondere der Organisation als Aktiengesellschaft *Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche*, Erstes Buch, Rn. 1556.

³⁸ S. *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2022, 777, 779: 378 KGaA und 801 SE gegenüber 1.440.038 GmbH und 13.615 AG (Stand: 1.1.2022); zur Bedeutung sowohl der KGaA als auch der SE als Organisationsform für Familiengesellschaften *Reichert*, ZIP 2014, 1957 ff.

³⁹ Zur Errichtung einer Stiftung als funktional vergleichbarer Alternative zur Vererbung von Unternehmen oder Gesellschaftsanteilen grundlegend *Dutta*, S. 3 ff., 21 ff. (insbes. 25 ff.) u. passim; s. ferner *Schack*, JZ 1989, 609, 613; aus Sicht der Rechtspraxis *Löwe*, § 3; Fallbeispiele für die Unternehmensfortführung durch Familienstiftungen bei *Spiegelberger*, § 1 Rn. 20.

⁴⁰ Kronke/Melis/Kuhn/S. *Huber*, Teil K Rn. 145, 159, 165 ff.

⁴¹ Z. B. BGHZ 97, 269, 271 (V ZR 10/85).

⁴² Auf US-amerikanische Gesellschaften findet nach Art. XXV Abs. 5 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags vom 29.10.1954 (BGBl II, S. 488 ff.) ihr Gründungsrecht Anwendung.

⁴³ BGHZ 178, 192, 196 ff. Rn. 19 ff. (II ZR 158/06, Trabrennbahn) m. Nachw. in Rn. 21 zum diesbezüglichen Streit im Schrifttum; für eine gänzliche Aufgabe der Sitztheorie als rechtspoli-

jedenfalls des Europäischen Wirtschaftsraums gegründet worden sind, verlangt die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) dagegen auch in Deutschland die Anwendung der Gründungstheorie und damit desjenigen Gesellschaftsrechts, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist bzw. dem sie sich durch Verlegung ihres Satzungssitzes wirksam unterstellt hat.⁴⁴ Gesellschaften, die aus Deutschland heraus geführt werden und hier ihre Hauptverwaltung haben sollen, können also EU- bzw. EWR-ausländischem Recht unterstellt werden, indem entweder die Gesellschaft zunächst im Ausland gegründet und der Verwaltungssitz dann nach Deutschland verlegt wird⁴⁵ oder indem – für bestehende Gesellschaften von Interesse – unter Beibehaltung des inländischen Verwaltungssitzes der Satzungssitz ins Ausland verlegt und dabei zugleich die Gesellschaft unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität in eine Gesellschaftsform des Zielstaats umgewandelt wird.⁴⁶ Beides setzt (nur) voraus, dass die jeweilige ausländische Rechtsordnung die Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz zulässt.⁴⁷

Auch ausländisches Erbrecht wird in vielen Fällen zur Anwendung kommen. Für alle von der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 (EuErbVO)⁴⁸ erfassten Erbfälle⁴⁹ bestimmt sich das *Erbstatut* nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, soweit der Erblasser nicht „eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen [...] Staat“ hatte (Art. 21 EuErbVO). Art. 22 EuErbVO sieht mit der Möglichkeit des Erblassers, stattdessen das Recht des Staates (oder eines der Staaten), dessen (bzw. deren) Staatsangehörigkeit er besitzt, zu wählen, eine beschränkte Rechtswahl vor. „Fragen des Gesellschaftsrechts“ sind nach Art. 1

tisches Desideratum jdf. mit Blick auf § 706 BGB n. F. z. B. *Lieder/Hilser*, ZHR 185 (2021), 471, 494 ff., 498 ff.

⁴⁴ Grundlegend EuGH C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459 Rn. 14 f.; s. auch die in den folgenden Fn. genannten Entscheidungen.

⁴⁵ Zum Zuzug des Verwaltungssitzes EuGH C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919 Rn. 52 ff.; EuGH C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155 Rn. 95 ff.; zu Grenzen für eine Behinderung der Verwaltungssitzverlegung durch den Herkunftsstaat EuGH C-371/10 (*National Grid Indus*), Slg. 2011, I-12273 Rn. 35 ff.

⁴⁶ Zum Recht gegenüber dem Herkunftsstaat auf isolierte Satzungssitzverlegung ins EU-Ausland EuGH C-106/16 (*Polbud*), EuZW 2017, 906, 907 ff. Rn. 29 ff.; so z. B. schon *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735, 756 f. und *Schön*, ZGR 2013, 333, 360; zu einer „Rechtswahl“ durch gezielte Einflussnahme auf die nach internationalem Privatrecht maßgeblichen Anknüpfungspunkte, wie den Satzungssitz (Wahrnehmung der „rechtsgeschäftsähnlichen Parteiautonomie“), *Weller/Benz/Thomale*, ZEuP 2017, 250, 253 ff. (Hervorh. im Orig.).

⁴⁷ Für deutsche Personengesellschaften war die Möglichkeit eines vom Verwaltungssitz zu trennenden „Satzungssitzes“, also: gesellschaftsvertraglich bestimmten Sitzes umstritten: dafür z. B. *Zimmer/Nændrup*, NJW 2009, 545, 548; *Hopt/M. Roth*, § 106 Rn. 8; *Staub/C. Schäfer*, § 106 Rn. 19; dagegen z. B. *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Born*, § 106 Rn. 14; *Henssler/Strohn/Steitz*, § 106 Rn. 13. § 706 BGB n. F. sieht ein Sitzwahlrecht für registrierte Personengesellschaften ab dem 1.1.2024 ausdrücklich vor.

⁴⁸ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 201/107.

⁴⁹ Die EuErbVO gilt für Erbfälle ab dem 17.8.2015 (Art. 84 UAbs. 2).

Abs. 2 lit. h EuErbVO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausdrücklich ausgenommen (s. auch lit. i). Erblasser in Deutschland können also auf zweierlei Weise ausländisches Erbrecht zur Anwendung bringen, zum einen durch die Wahl ihres Staatsangehörigkeitsrechts, wenn sie (auch) eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen, zum anderen durch eine gezielte Verlegung ihres gewöhnlichen Aufenthalts in denjenigen Staat, dessen Erbrecht zur Anwendung kommen soll.⁵⁰

Trotz dieser grenzüberschreitenden Gestaltungsoptionen klammert die vorliegende Untersuchung solche internationalen Konstellationen und deren Regelung durch *ausländische Rechtsnormen* im Folgenden aus. Die Einbeziehung auch internationaler – grenzüberschreitender oder rein ausländisch-rechtlicher, möglicherweise auch mehrere ausländische Rechtsordnungen kombinierender – Gestaltungen hätte nur Gewinn versprochen, wenn sie, der Zielsetzung der Arbeit folgend, ein systematisch stimmiges Gesamtkonzept zum Verhältnis von (ausländischem) Erbrecht und Gesellschaftsrecht angestrebt hätte. Dies indes hätte den Rahmen gesprengt. Wie ein Erblasser die Grenzen zulässiger Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben durch Ausübung seiner Parteiautonomie im Erbrecht und im Gesellschaftsrecht erweitern kann und wann die Grenzen des deutschen Sachrechts als Eingriffsnormen international zwingend sind oder zum *ordre public* gehören, ist daher nicht Thema dieser Untersuchung.

Ausgeklammert wird ferner das *Kollisionsrecht* selbst. Zwar stellen sich auch bei diesem interessante Forschungsfragen, gerade im Schnittfeld von Erbrecht und Gesellschaftsrecht. Komplex ist die Frage nach dem anwendbaren Recht aber vor allem in den „klassischen“ Konfliktfeldern, d. h. beim Modus der Rechtsnachfolge von Todes wegen in Gesellschaftsanteile und bei der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen. Zu beiden Aspekten liegen Stellungnahmen vor, die eine weitere Untersuchung an dieser Stelle entbehrlich machen. Für den Modus der Rechtsnachfolge von Todes wegen in Gesellschaftsanteile hat insbesondere *Anatol Dutta* gut begründet einen Vorrang des Gesellschaftsstatus herausgearbeitet.⁵¹ Auch die Zulässigkeit und Reichweite einer im jeweiligen Erbstatut vorgesehenen Testamentsvollstreckung gerade an Gesellschaftsanteilen wird überwiegend allein dem Gesellschaftsstatut unterstellt.⁵²

⁵⁰ S. das Beispiel bei *Weller/Benz/Thomale*, ZEuP 2017, 250, 254.

⁵¹ *Dutta*, RabelsZ 73 (2009), 727, 735ff.; ebenso *ders.*, in: MünchKomm. BGB⁶, Art. 25 EGBGB Rn. 183 ff. und Art. 1 EuErbVO Rn. 27; zuvor bereits z. B. *Witthoff*, S. 108 f.; ferner *Leitzen*, ZEV 2012, 520, 521; *Reymann*, ZVglRWiss 2015, 40, 62; BeckOGK ZivR/J. *Schmidt*, Art. 1 EuErbVO Rn. 38; BeckOGK ZivR/v. *Thunen*, Int. Personengesellschaftsrecht Rn. 93 ff.; Palandt/*Thorn*, Art. 1 EuErbVO Rn. 12; Saenger/*Siebert*, Art. 1 EuErbVO Rn. 13; Staudinger/*Doerner*, Art. 25 EGBGB Rn. 66; Bengel/*Reimann/Haas/Sieghörtlner*, HbTV, 9. Kap. Rn. 68; ebenso LG München I IPRax 2001, 459, 461 (6 HKO 10773/97).

⁵² v. *Oertzen*, IPrax 1994, 73, 76 ff.; *Fetsch*, RNotZ 2006, 1, 14; *Leitzen*, ZEV 2012, 520, 521; *Paulus*, notar 2016, 3, 7; BeckOGK ZivR/J. *Schmidt*, Art. 1 EuErbVO Rn. 38; BeckOGK ZivR/v. *Thunen*, Int. Personengesellschaftsrecht Rn. 97; Palandt/*Thorn*, Art. 1 EuErbVO Rn. 12; Bengel/*Reimann/Haas/Sieghörtlner*, HbTV, 9. Kap. Rn. 69; anders noch *Wachter*, GmbHR 2005, 407, 413 f., 416.

Die hier vorgelegte Untersuchung arbeitet in erster Linie *rechtsdogmatisch*.⁵³ Erbgeschehen und Gesellschafterverhalten sind zwar offensichtlich von erheblicher wirtschaftlicher Relevanz. Eine umfassende rechtsökonomische Analyse aller maßgeblichen Regelungen ist dadurch indes nicht veranlasst. Die hier angestrebte Systembildung lässt sich mit den Mitteln der Rechtsdogmatik ohne Weiteres erreichen. Ökonomische Argumente werden daher nur vereinzelt und kurz behandelt, nämlich dann, wenn dies der Bestärkung oder Illustration dogmatisch hergeleiteter Ergebnisse durch hinreichend gesicherte Erkenntnisse der Wohlfahrts- und Verhaltensökonomie dienlich ist,⁵⁴ im Falle einer besonderen entstehungsgeschichtlichen Bedeutung ökonomischer Modelle⁵⁵ und in anderen Fällen, in denen ökonomische Argumente Eingang in die juristische Diskussion gefunden haben und daher im Zuge der Rechtsauslegung zu bestätigen oder aber zu widerlegen sind.⁵⁶

D. Die Übertragbarkeit und Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen als Voraussetzung für Verhaltensvorgaben

Voraussetzung jeder Verhaltensvorgabe für Gesellschafter-Erben ist, dass der jeweilige Erbe Gesellschafter wird. Erster Schritt der Nachfolgeplanung ist daher die Regelung der Nachfolge in die Mitgliedschaft als solche. Die Übertragung oder Vererbung von Gesellschaftsanteilen und der Nachfolgemodus sollen deshalb kurz umrissen werden, bevor sich der Blick auf den eigentlichen Untersuchungsgegenstand richtet.

I. Gesetzliche Rahmenbedingungen

1. Kapitalgesellschaftsanteile

Anteile an Kapitalgesellschaften sind kraft Gesetzes vererblich und unter Lebenden übertragbar. Für die GmbH folgt dies explizit aus § 15 Abs. 1 GmbHG: *GmbH-Anteile* sind frei vererblich und übertragbar, solange nicht der Gesellschaftsvertrag die *Abtretung*, d. h. die Übertragung unter Lebenden, an zusätzliche Voraussetzungen knüpft (§ 15 Abs. 5 GmbHG), den Gesellschaftsanteil also vinkuliert. Gerade in Familiengesellschaften wird dies häufig der Fall sein.⁵⁷ Die *Vererblichkeit*

⁵³ Zum auch hier zugrunde gelegten Verständnis der „Rechtsdogmatik“ s. die Zusammenfassung bei Müller-Graff, in: Lobinger/Pieckenbrock/Stoffels, S. 121, 122 m. weit. Nachw.

⁵⁴ Dies gilt insbesondere für die (auch) wohlfahrtsökonomische Begründung der Privatautonomie (s. u. S. 59f.) und für die Frage einer Eröffnung der Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften im Falle von (in der Verhaltensökonomie gesicherten) Rationalitätsdefiziten (s. u. S. 253 ff.).

⁵⁵ So dient der Binnenmarkt, und mit ihm die Grundfreiheiten, nach seiner historischen Konzeption der Wohlfahrt in der Union (s. u. S. 130f.).

⁵⁶ Dies gilt beispielsweise für die (auch) verhaltensökonomische Begründung der Verbandsouveränität und der Selbstorganschaft (z. B. u. S. 440f., 487 ff.).

⁵⁷ Esch/Baumann/Schulze zur Wiese, Erstes Buch Rn. 1450.

von GmbH-Anteilen kann, wie sich im Umkehrschluss ergibt, gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Die freie Übertragbarkeit von *Aktien* folgt implizit aus § 68 Abs. 1 S. 1 AktG, wonach Namensaktien „auch durch Indossament“ übertragen werden können, sowie im Umkehrschluss aus § 68 Abs. 2 AktG, der das Ausmaß einer möglichen Vinkulierung von Namensaktien regelt.⁵⁸ Aktien sind zudem zwingend vererblich.⁵⁹

2. Personengesellschaftsanteile

Auch über den Anteil des Gesellschafters einer Personengesellschaft – und über die Mitgliedschaft, die der Gesellschaftsanteil verkörpert – kann nach § 413 BGB selbstständig verfügt werden.⁶⁰ Eine *Übertragung unter Lebenden* erfordert allerdings die Zustimmung aller Mitgesellschafter, entweder ad hoc oder vorab im Gesellschaftsvertrag.⁶¹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich „ein Mitgesellschafter im Hinblick auf den höchstpersönlichen Charakter des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses innerhalb dieser Gemeinschaft im allgemeinen niemanden aufdrängen lassen muss, mit dem er sich nicht auf die Gesellschaft eingelassen hat“.⁶² Ohne die Zustimmung der Mitgesellschafter ist die Übertragung (zunächst: schwebend) unwirksam.⁶³

Bei der *Vererblichkeit* von Personengesellschaftsanteilen differenziert das Gesetz. Ein *Kommanditanteil* ist kraft Gesetzes vererblich (§ 177 HGB), wobei die Vererblichkeit durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann. *GbR*-, *oHG*- und *Komplementärsanteile*, die Anteile unbeschränkt persönlich haftender Gesellschafter also, sind hingegen nur vererblich, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Von Gesetzes wegen scheidet ein *oHG*-Gesellschafter oder Komplementär mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus (§§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 161 Abs. 2 HGB; §§ 130 Abs. 1 Nr. 1, 161 Abs. 2 HGB n. F.). Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird beim Tod eines Gesellschafters in Ermangelung abweichender gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen de lege lata sogar aufgelöst

⁵⁸ Zum Ganzen BayObLGZ 1988, 371, 377 f. (BReg 3 Z 111/88).

⁵⁹ Staudinger/Kunz, § 1922 Rn. 246.

⁶⁰ S. insbes. BGHZ 81, 82, 84 (II ZR 142/80); ferner BGHZ 71, 296, 299 (VIII ZR 32/77); 98, 48, 50 (IVa ZR 155/84); Wiedemann, Übertragung, S. 58 ff.; U. Huber, S. 358 ff., 369 ff.; Habersack, S. 98 ff., 104 ff.; Lieder, in: J. Hager/Kanzleiter, S. 49, 51; Flume, AT I/1 (Personengesellschaft), § 17 II (S. 349 ff.); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 III 2 b, 3 (S. 1322, 1324); a. A. (Vertragsübernahme) Soergel/Hadding/Kießling, § 719 Rn. 13 f.; jdf. missverständlich noch BGHZ 44, 229, 231 (II ZR 223/64) („nicht nur [...] Abtretung einzelner Forderungen, sondern [...] Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses“).

⁶¹ BGHZ 13, 179, Ls. 1 u. 182 ff. (II ZR 8/53); BGH WM 1961, 303, 304 (II ZR 55/59); ganz h. M., z. B. Erman/H. P. Westermann, § 719 Rn. 11; MünchKomm. BGB/Schäfer, § 719 Rn. 27; Staudinger/Habermeier, § 719 Rn. 8; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 III (S. 1320 ff.); auf der dogmatischen Grundlage einer Vertragsübernahme auch Soergel/Hadding/Kießling, § 719 Rn. 14; eingehend Wiedemann, Übertragung, S. 58, 61 f.; U. Huber, S. 353, 369 f., 388 f.

⁶² BGHZ 98, 48, 55 (IVa ZR 155/84); s. auch Lieder, in: J. Hager/Kanzleiter, S. 49, 53: Ausprägung der negativen Kontrahentenwahlfreiheit.

⁶³ BGHZ 13, 179, 185 f. (II ZR 8/53).

(§ 727 Abs. 1 BGB), und der Erbe wird Mitglied der entstehenden Liquidationsgesellschaft.⁶⁴ De lege ferenda sieht das MoPeG⁶⁵ auch für die GbR beim Tod eines Gesellschafters nur noch dessen Ausscheiden vor (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F.). Das Ausscheiden eines Gesellschafters mit seinem Tod führt dazu, dass sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern anwächst. Die Erben haben einen Anspruch auf Befreiung von den Gesellschaftsverbindlichkeiten und einen Abfindungsanspruch in Höhe des fiktiven Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben (§§ 738 Abs. 1 S. 1, 2 BGB, 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB; mit Änderungen §§ 728 BGB n. F., 135 HGB n. F.).⁶⁶

II. Rechtsgeschäftliche Nachfolgestaltung

1. Gestaltung der Nachfolge von Todes wegen

a) Gesellschaftsvertragliche Gestaltung der Nachfolge in Personengesellschaftsanteile

Die gesetzliche Regelung der Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen wird den Bedürfnissen der Praxis oft nicht gerecht. Insbesondere der Liquiditätsverlust, der Personengesellschaften beim Tod eines unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafters durch die Abfindungsansprüche seiner Erben droht und der die Fortführung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens gefährden kann, wird häufig nicht den Interessen der Mitgesellschafter entsprechen.⁶⁷ Daher kommt der Vertragsgestaltung⁶⁸ für die Gesellschafternachfolge von Todes wegen besondere Bedeutung zu, und dort vor allem Nachfolgeklauseln, die den Anteil eines unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafters vererblich stellen.⁶⁹

⁶⁴ MünchKomm. BGB/Leipold, § 1922 Rn. 111. Dieselbe Regelung galt – zwingend – auch im römischen Recht, vgl. *Liebs*, S. 147.

⁶⁵ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz) v. 10.8.2021, BGBl. I, S. 3436 ff.

⁶⁶ Zum Abfindungsanspruch näher u. S. 356 ff.

⁶⁷ *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2166; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 1 d (S. 1334).

⁶⁸ Überblick bei *v. Proff*, DStR 2017, 2555 ff.

⁶⁹ So die vorherrschende Terminologie, s. BGHZ 22, 186, 191 (II ZR 222/55, zur oHG); 68, 225, 229 (II ZR 120/75, zur KG); *Michalski*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 150; *Raddatz*, S. 18; *Blaurock*, Festschrift Leipold, S. 967, 968; *Hopt/M. Roth*, § 131 Rn. 18; MünchKomm. BGB/Schäfer, § 727 Rn. 29; *Soergel/Hadding/Kießling*, § 727 Rn. 17; *Brox/Walker*, § 45 Rn. 9; *Lange/Kuchinke*, § 5 VI A 1 (S. 127); vorsichtig distanziert *Muscheler*, Erbrecht I, § 18 IV 1 b (Rn. 867); anders – der Anteil sei dann schon kraft Gesetzes vererblich –, wenngleich ohne gegenüber der h. M. wesentlich abweichende praktische Konsequenzen *Marotzke*, AcP 184 (1984), 541, 543 ff. u. *Siegmann*, S. 33 ff.; ablehnend auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 4 (S. 1338 f.). Möglich, wenngleich für die vorliegende Untersuchung nicht von Interesse, sind umgekehrt auch *Auflösungsklauseln*, die z. B. für eine Personenhandelsgesellschaft die Auflösung beim Tod eines Gesellschafters anordnen (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 1 b (S. 1333)).

aa) Nachfolgeklauseln

Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel, so geht der Anteil eines verstorbenen Gesellschafters von Todes wegen auf dessen Erben über. Der Anteil wird als solcher, d. h. als Anteil an einer werbenden Gesellschaft, vererblich ausgestaltet. Für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft sehen §§ 139 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB (weniger deutlich: § 131 Abs. 1 HGB n. F.) diese Möglichkeit ausdrücklich vor.

Eine *einfache Nachfolgeklausel* beschränkt sich darauf, die Vererbung zu ermöglichen. Die Gesellschaft wird mit sämtlichen Erben fortgeführt. Dies entspricht der gesetzlichen Regel für die Nachfolge in Kommanditanteile. Bei einer *qualifizierten Nachfolgeklausel* schränkt der Gesellschaftsvertrag dagegen den Kreis oder wenigstens die Zahl der möglichen Nachfolger ein oder benennt mögliche Nachfolger sogar namentlich.⁷⁰ Damit kann eine zu starke Aufsplitterung der Gesellschaftsanteile verhindert oder auch sichergestellt werden, dass nur besonders geeignete Erben in die Gesellschaft eintreten.⁷¹ Setzt der Erblasser über die gesellschaftsvertraglich zulässigen Nachfolger hinaus weitere Personen als Erben ein, so fällt der Gesellschaftsanteil mit dem Erbfall nur denjenigen Erben an, die im Gesellschaftsvertrag als mögliche Nachfolger vorgesehen sind; den weichenden Miterben können erbrechtliche Ausgleichsansprüche gegen die Gesellschafter-Erben zustehen.⁷² Umgekehrt kann eine qualifizierte Nachfolgeklausel ihr Ziel nur erreichen, wenn die gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Nachfolger auch Erben werden.⁷³ Ist beispielsweise eine Fortführung der Gesellschaft mit allen leiblichen Abkömmlingen unter den Erben vorgesehen, setzt der Gesellschafter aber einen Nicht-Abkömmling zum Alleinerben ein, so können weder die Abkömmlinge noch der Alleinerbe von Todes wegen in die Gesellschaft eintreten. In diesem Fall versteht die Rechtsprechung die Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung als Eintrittsklausel, entnimmt ihr also das Recht des Benannten, den Gesellschaftsanteil unter Lebenden zu erwerben.⁷⁴ Eine erbrechtliche Nachfolge, der Eintritt des Nachfolgers ipso iure mit dem Erbfall, gelingt also nur, soweit die gesellschaftsvertragliche Regelung und die Verfügung von Todes wegen miteinander vereinbar sind.

bb) Sonstige Gestaltungsmöglichkeiten bei der Nachfolge von Todes wegen

Zulässig sind auch gesellschaftsvertragliche Regelungen, aufgrund derer sich die Art der Gesellschafterstellung oder die mit ihr verbundenen Rechte mit dem Tod eines Gesellschafters ipso iure ändern. Die Gesellschafter können beispielsweise vereinbaren, dass die Erben eines Komplementärs automatisch als Kommanditisten

⁷⁰ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V 1 c (S. 1333); Schäfer, a. a. O. Rn. 30.

⁷¹ MünchKomm. HGB/K. Schmidt/Fleischer, § 139 Rn. 167.

⁷² K. Schmidt/Fleischer, a. a. O. Rn. 22; Staub/Schäfer, § 139 Rn. 154 f.; s. schon (noch auf anderer dogmatischer Grundlage als die inzwischen h. M.) BGHZ 22, 186, 197 (II ZR 222/55).

⁷³ MünchKomm. BGB/Schäfer, § 727 Rn. 43.

⁷⁴ BGH NJW 1978, 264, Ls. 1 u. 265 (II ZR 214/75); zur Eintrittsklausel u. S. 21 f.

in die Gesellschaft eintreten⁷⁵ oder dass mit dem Erbfall ein Ausschluss (nunmehr: der Erben) vom Stimmrecht oder von den Leitungsbefugnissen eintritt.⁷⁶ Auch eine Umwandlung der Gesellschaft insgesamt in eine für die jeweils geplante Nachfolge von Todes wegen geeignetere Rechtsform kommt in Betracht.⁷⁷ Bei Kommanditanteilen und de lege lata auch bei GbR-Anteilen ist zudem eine Fortsetzungsklausel möglich, aufgrund derer die Gesellschaft nach dem Tod eines Gesellschafters ohne dessen Erben fortgeführt wird⁷⁸ und den Erben nur ein Abfindungsanspruch zusteht, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht auch diesen ausschließt.⁷⁹ Für oHG- und Komplementärsanteile, de lege ferenda auch für GbR-Anteile, entspricht dies schon dem gesetzlichen Regelfall.

b) Gestaltungsspielräume im Kapitalgesellschaftsrecht

Weil die Vererblichkeit von Kapitalgesellschaftsanteilen nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, kann die Satzung einer Kapitalgesellschaft nicht vorsehen, dass die Anteile mit dem Tod eines Gesellschafters automatisch eingezogen werden⁸⁰ oder dass ein Anteil nur an bestimmte Personen vererbt werden kann.⁸¹ Eine qualifizierte Nachfolgeklausel entfaltet hier keine erbrechtliche Wirkung. Zulässig ist es dagegen, für den Fall des Todes eines Gesellschafters eine Verpflichtung der Erben zur Abtretung der ererbten Anteile an bestimmte Personen vorzusehen und/oder die Einziehung von Geschäftsanteilen oder Aktien (§§ 34 Abs. 1, 2, 46 Nr. 4 GmbHG, 237 Abs. 1 S. 1 Fall 1 AktG) zuzulassen.⁸²

c) Vererbung von Unternehmen und Gesellschaftsgründungsklausel

Wird ein einzelkaufmännisches Unternehmen vererbt, so gehen die Gegenstände und Rechtsverhältnisse, aus denen sich das Unternehmen zusammensetzt, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, also insgesamt, auf den Alleinerben oder die Erben-

⁷⁵ BGHZ 101, 123, 126 (II ZR 259/86); Wiedemann, Übertragung, S. 162; Sudhoff/Froning, § 44 Rn. 43 ff.; auch zu schuldrechtlich wirkenden Alternativgestaltungen Schlegelberger/K. Schmidt, § 139 Rn. 134 ff.

⁷⁶ MünchKomm. GmbHG/Weller/Reichert, § 15 Rn. 462. Ob gesellschaftsvertraglich besonders eingeräumte Leitungsbefugnisse von Todes wegen auf den Erben übergehen, ist ebenfalls eine Frage der gesellschaftsvertraglichen Regelung, BGH NJW 1959, 192 (II ZR 146/57).

⁷⁷ Zu den hierbei maßgeblichen Überlegungen ausführlich Sudhoff/Berenbrok, § 56 Rn. 1.

⁷⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V 1 c, 3 a (S. 1333, 1336), kritisch zur – als „eingebürgert“ auch selbst verwendeten – Terminologie.

⁷⁹ BGHZ 22, 186, 194 f. (II ZR 222/55); BGH WM 1971, 1338 f. (III ZR 91/70).

⁸⁰ Wiedemann, Übertragung, S. 79 f.; Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, § 2 Rn. 63; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing, § 15 Rn. 7; Noack/Servatius/Haas, § 15 Rn. 12; Scholz/Seibt, § 15 Rn. 27; abweichend MünchKomm. GmbHG/Strohn, § 34 Rn. 27 f. m. weit. Nachw.; für die Zulässigkeit einer auf den Erbfall aufschiebend befristeten Einziehung und sogar eines Ausschlusses der Vererblichkeit Kesselmeier, S. 245 ff.

⁸¹ Noack/Servatius/Haas, § 15 Rn. 12 m. weit. Nachw.; Seibt, a. a. O. Rn. 26.

⁸² BeckOGK AktG/Marsch-Barner/Maul, § 237 Rn. 12; MünchKomm. GmbHG/Weller/Reichert, § 15 Rn. 459 ff. MünchKomm. GmbHG/Strohn, § 34 Rn. 57; zu den Gestaltungsmöglichkeiten näher Göz, NZG 2004, 345, 353 f.; Perzborn, RNotZ 2017, 405, 413 ff.

gemeinschaft über. Eine Erbengemeinschaft kann Unternehmensträgerin sein und das Unternehmen unbegrenzt lange ohne Erbaueinandersetzung fortführen.⁸³ Der Unternehmer-Erblasser kann aber auch durch Verfügung von Todes wegen anordnen, dass seine Erben das ererbte Unternehmen in eine noch zu gründende Gesellschaft einzubringen haben, deren Gesellschaftsvertrag er inhaltlich mehr oder minder konkret vorgibt.⁸⁴ Eine solche *Gesellschaftsgründungsklausel* kombiniert erbrechtliche und lebzeitige Instrumente. Die Nachfolge in das Unternehmen und die Vorgabe der Gesellschaftsgründung erfolgen von Todes wegen, während das spätere Verhalten der Erben *als Gesellschafter* durch den Gesellschaftsvertrag, d. h. durch ein – aufgrund erbrechtlicher Anordnung geschlossenes – Rechtsgeschäft unter Lebenden, gesteuert wird. Der Gesellschaftsvertrag ist zunächst einmal an den Maßstäben des Gesellschaftsrechts zu messen, wenngleich möglicherweise unter Berücksichtigung des erbrechtlichen Hintergrunds.⁸⁵

Denkbar sind auch andere Einflussnahmen des Erblassers von Todes wegen auf eine künftige Gesellschafterstellung des Erben. Der Erblasser kann dem Erben statt der Gründung einer neuen den Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaft vorgeben, insbesondere wenn deren Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Eintrittsklausel enthält.⁸⁶ Er kann zudem, wenn er selbst schon Gesellschafter ist und seinen Gesellschaftsanteil vererbt, Vorgaben für die Änderung des Gesellschaftsvertrags nach dem Erbfall machen. Im letztgenannten Fall sind die Mitgesellschafter an solche Vorgaben allerdings nur gebunden, wenn sie ebenfalls Erben sind. Gegenüber der Gesellschaftsgründungsklausel ergeben sich bei einer solchen Gesellschaftsbeitritts- oder Vertragsänderungsklausel keine Besonderheiten. Die rechtlichen Beziehungen der Gesellschafter werden durch den Gesellschaftsvertrag geregelt, dessen Inhalt bzw. Geltung für den Gesellschafter-Erben wiederum auf eine Verfügung von Todes wegen zurückgeht. Die Frage nach der Reichweite der Gestaltungsfreiheit ist in beiden Fällen strukturell die gleiche. Im Folgenden wird daher, *pars pro toto*, im Wesentlichen die Gesellschaftsgründungsklausel betrachtet.

2. Nachfolge unter Lebenden, insbesondere vorweggenommene Erbfolge

Die Nachfolge in Gesellschaftsanteile kann, gegebenenfalls mit Zustimmung der Mitgesellschafter⁸⁷ oder der Gesellschaft (§§ 15 Abs. 5 GmbHG, 68 Abs. 2 S. 1 AktG), auch durch Übertragung unter Lebenden geschehen, insbesondere durch

⁸³ Grundlegend BGHZ 92, 259, 262 ff. (II ZR 223/83); ebenso schon BGH NJW 1951, 311, 312 (II ZR 16/50); BGHZ 17, 299, 302 (IV ZR 7/55); BGHZ 30, 391, 394 f. (II ZR 46/59); zu den damit verbundenen Schwierigkeiten und möglichen Lösungsansätzen *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 477 ff.

⁸⁴ So z. B. in BGH NJW-RR 2007, 913 ff. (II ZR 300/05); OLG Stuttgart ZEV 1998, 225 ff. (19 U 214/96).

⁸⁵ Dazu u. S. 535 ff.

⁸⁶ Dazu noch u. S. 21 f.

⁸⁷ S. o. S. 12 zur Übertragung von Personengesellschaftsanteilen. Auf die Zustimmung zur Übertragung im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge besteht unter Umständen sogar ein Anspruch, BGH NJW-RR 2005, 263, 264 f. (II ZR 350/02).

vorweggenommene Erbfolge. Der Begriff der vorweggenommenen Erbfolge bezeichnet

„die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teils davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger.“⁸⁸

Dies unterstreicht die Rolle der vorweggenommenen Erbfolge als lebzeitiges Pendant zur Vererbung. Ein Unternehmer oder Gesellschafter kann bei der Nachfolgeplanung also zwischen den beiden Nachfolgemodi wählen.⁸⁹ Es stellt sich dann die Folgefrage, inwiefern sich der Gestaltungsspielraum für Verhaltensvorgaben gegenüber dem Gesellschafter-Nachfolger bei einer lebzeitigen Nachfolge von demjenigen bei einer Nachfolge von Todes wegen unterscheidet.⁹⁰

Statistisch bildet die vorweggenommene Erbfolge schon zu Lebzeiten des Seniors, wie eingangs gezeigt, sogar den *Regelfall* der Unternehmensnachfolge.⁹¹ Der Nachfolgezeitpunkt lässt sich dabei, anders als bei einer Nachfolge von Todes wegen, steuern, die Nachfolge zudem stufenweise umsetzen und mit dem Nachfolger absprechen. Hinzu treten steuerliche Erwägungen, z. B. die Verlagerung von Einkünften auf den Nachfolger unter Ausnutzung der einkommensteuerlichen Progression, zudem die Möglichkeit, schenkungsteuerliche Freibeträge mehrfach auszunutzen.⁹² Auf der anderen Seite mag nicht jeder Unternehmer bzw. Gesellschafter seine Rechtsposition schon zu Lebzeiten einschränken oder gar aufgeben. Auch ist eine Verfügung von Todes wegen in jedem Fall als Absicherung für den Notfall eines frühzeitigen Versterbens von Bedeutung.⁹³

a) Zivilrechtliche Einordnung der vorweggenommenen Erbfolge

Die vorweggenommene Erbfolge unterliegt dem Schuldrecht. Eine besondere Regelung hat nur die vorweggenommene Erbfolge in einen *Hof* erfahren: Nach § 17 Abs. 2 HöfeO gilt die lebzeitige Übertragung eines Hofes an einen hoferbenberechtigten Abkömmling zugunsten anderer Abkömmlinge als Erbfall und löst Abfindungsansprüche aus (§ 12 HöfeO). Angesichts des erklärten Willens des historischen Gesetzgebers, die vorweggenommene Erbfolge grundsätzlich keinen Sonderregeln zu unterwerfen, lässt sich dieser Gedanke nicht auf die vorweg-

⁸⁸ BGHZ 113, 310, 313 (IV ZR 299/89) und fast wortgleich BGH NJW 1995, 1349, 1350 (IV ZR 36/94); ähnlich *Olzen*, S. 13; unter Beschränkung auf die Übertragung an gesetzliche Erben *Coing*, Festschrift Schwind, S. 63, 65.

⁸⁹ Kommt eine lebzeitige Übertragung nicht in Betracht, dann kann der Gesellschafter seinem designierten Nachfolger zu seinen Lebzeiten jedenfalls eine Unterbeteiligung am Gesellschaftsanteil einräumen (näher MünchKomm. BGB/*Schäfer*, Vor § 705 Rn. 97 ff.). Der Altgesellschafter behält dann aber die Rechtszuständigkeit, so dass kein Bedürfnis für Verhaltensvorgaben gegenüber dem späteren Nachfolger besteht.

⁹⁰ Dazu u. S. 658 ff.

⁹¹ S. o. S. 2.

⁹² Hierzu und zu weiteren Vorteilen der vorweggenommenen Erbfolge Sudhoff/*Stenger*, § 20 Rn. 4; *Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer*, Kap. 4 Rn. 225 ff.

⁹³ *Spiegelberger*, § 2 Rn. 11.

genommene Erbfolge in ein *Unternehmen* oder einen *Gesellschaftsanteil* übertragen, obgleich dabei ebenfalls eine wirtschaftliche Einheit (bzw. ein Anteil daran) übergeht.⁹⁴

Die schuldrechtliche Einordnung des jeweiligen Kausalgeschäfts hängt von der Vertragsgestaltung im Einzelfall ab.⁹⁵ In Betracht kommt eine *Schenkung*, wenn die Zuwendung nach der Vereinbarung der Parteien unentgeltlich erfolgen soll (§ 516 Abs. 1 BGB). Die Rechtsprechung verneint die Unentgeltlichkeit allerdings, wenn Gegenstand der Zuwendung ein oHG-Anteil ist. Wegen der damit verbundenen unbeschränkten persönlichen Haftung und der Geschäftsführungspflicht des Gesellschafters liege allenfalls eine gemischte Schenkung vor, mit dem Vermögenswert der Kapitalbeteiligung als Schenkungsanteil.⁹⁶ Auch die Zuwendung eines GbR- oder Komplementärsanteils könnte danach jedenfalls nicht rein schenkhalber erfolgen. Das Schrifttum lehnt diese Rechtsprechung überwiegend ab und bejaht die Unentgeltlichkeit einer solchen Zuwendung, wenn der Wert des Gesellschaftsanteils die Belastungen durch die persönliche Haftung und die Geschäftsführungspflicht klar überwiegt und die Parteien sich über eine jedenfalls teilweise Unentgeltlichkeit einig waren.⁹⁷ Ob eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, ist nicht nur für die Formbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäfts von Bedeutung (§ 518 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern vor allem für einen späteren Pflichtteils-ergänzungsanspruch (§ 2325 BGB).⁹⁸ Die Schenkung eines Kommanditanteils ist unstreitig möglich,⁹⁹ ebenso diejenige eines Kapitalgesellschaftsanteils.

Bei der vorweggenommenen Erbfolge hat der Empfänger allerdings ohnehin häufig *eigene Leistungen* zu erbringen, zum Beispiel auf seinen Pflichtteil zu verzichten, weichende Erben abzufinden, dem Übertragenden einen Nießbrauch an den übertragenen Vermögenswerten einzuräumen oder den Übertragenden zu versorgen und zu pflegen.¹⁰⁰ Die ältere Rechtsprechung ordnete Zuwendungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge daher meist als gemischte Schenkung oder als Schenkung unter Auflage (§ 525 BGB) ein.¹⁰¹ Neuere Urteile betonen die Notwendigkeit, die zur Vorwegnahme der Erbfolge vorgenommenen Rechtsgeschäfte

⁹⁴ Olzen, S. 16 (Fn. 22).

⁹⁵ BGHZ 113, 310, 313 (IV ZR 299/89); Olzen, S. 24f.

⁹⁶ S. insbes. BGH WM 1977, 862, 864 (II ZR 150/76); zuvor BGH WM 1965, 359 (II ZR 233/62); restriktiver BGH WM 1959, 719, 720 (II ZR 2/58) (gemischte Schenkung nur unter besonderen Umständen anzunehmen); offen gelassen in BGH NJW 1981, 1956, 1957 (IVa ZR 154/80).

⁹⁷ Keim, in: J. Hager/Kanzleiter, S. 87, 95f. („Umstände des Einzelfalles“); Erman/H. P. Westermann, § 705 Rn. 11; Hopt/M. Roth, § 105 Rn. 56; MünchKomm. BGB/R. Koch, § 516 Rn. 92; MünchKomm. BGB/Schäfer, § 705 Rn. 43; Staub/Schäfer, § 105 Rn. 175; gegen die Möglichkeit, gesellschaftsrechtlichen Pflichten einen Vermögenswert zuzuweisen, dagegen BGHZ 68, 225, 232 (II ZR 120/75).

⁹⁸ S. BGH NJW 1981, 1956 (IVa ZR 154/80).

⁹⁹ BGHZ 112, 40, 44 (II ZR 243/89).

¹⁰⁰ Olzen, S. 26, auch mit weiteren Beispielen.

¹⁰¹ Z. B. BGHZ 3, 206, 211 (V ZR 77/50); BGH v. 9.2.1967, III ZR 188/64 (juris Rn. 17: regelmäßig gemischte Schenkung; insoweit in BB 1967, 312 und MDR 1967, 388 nicht abgedruckt); angedeutet auch in BGHZ 30, 120, 121 (V ZR 140/58); 107, 156, Ls. 2 u. 160 (V ZR 252/87) (Versorgung des Übertragenden sei in der Regel Schenkungsauflage); näher hierzu Olzen, S. 26ff.

anhand der Wertverhältnisse der jeweiligen Leistungen im Einzelfall und des Willens der Parteien als gemischte Schenkung – bei der sich die Parteien über die teilweise Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sein müssen¹⁰² – oder aber entgeltliches Rechtsgeschäft einzuordnen.¹⁰³

Einigen sich die Parteien darauf, die Vermögensübertragung voll entgeltlich vorzunehmen, so liegt ein *Kaufvertrag* vor. In diesem Fall ist die lebzeitige Übertragung einem Übergang von Todes wegen indes nicht mehr funktionell vergleichbar. Der (künftige) Erblasser tritt seinem Vertragspartner nicht mehr als seinem (künftigen) Erben, der das Vermögen des Erblassers von Todes wegen ohne Gegenleistung erlangt hätte, gegenüber, sondern wie einem beliebigen Dritten. Eine voll entgeltliche Vermögensübertragung ist deswegen kein Fall der vorweggenommenen Erbfolge.¹⁰⁴

b) Vorweggenommene Erbfolge und Rechtsgeschäfte auf den Todesfall

Eine Nachfolge unter Lebenden kann auch dann vorliegen, wenn der Senior das Unternehmen bzw. die Gesellschaftsanteile auf den Todesfall überträgt. Die Nachfolge wird zu Lebzeiten vereinbart, soll aber erst mit dem Tod des Seniors eintreten. Dies lässt sich durch den Abschluss eines aufschiebend befristeten oder bedingten schuldrechtlichen Übertragungsgeschäfts erreichen oder auch durch die aufschiebende Befristung und/oder Bedingung der dinglichen Übertragung selbst, z. B. eines Gesellschaftsanteils. Im ersten Fall erwirbt der Nachfolger mit dem Tod des Seniors einen Anspruch gegen den oder die Erben auf Übertragung, im zweiten unmittelbar die dingliche Rechtsposition, z. B. den Gesellschaftsanteil. Grundsätzlich unterliegen solche – lebzeitig zwischen den Parteien vereinbarten – Rechtsgeschäfte auf den Todesfall den für lebzeitige Rechtsgeschäfte geltenden Regelungen.¹⁰⁵

Eine Ausnahme hiervon macht § 2301 Abs. 1 BGB. Wenn die Übertragung schenkhalber erfolgt und das Schenkungsversprechen unter der Bedingung steht, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, wird es gemäß § 2301 Abs. 1 BGB in seinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen als Verfügung von Todes wegen behandelt. Auch eine gemischte Schenkung unterfällt im Falle einer *Überlebensbedingung* dem § 2301 BGB, entweder insgesamt oder, wenn der versprochene Gegenstand teilbar ist, mit dem unentgeltlichen Teil.¹⁰⁶ Für die Unternehmensnachfolge ist davon auszugehen, dass der Senior sein Unternehmen bzw. seine Gesellschafts-

¹⁰² BGHZ 82, 274, 281 (IVa ZR 185/80).

¹⁰³ BGH NJW 1995, 1349, 1350 (IV ZR 36/94); NJW-RR 1996, 754, 755 (IV ZR 374/94); NJW 2012, 605, 606 Rn. 18 (X ZR 45/10); BGHZ 208, 154, 170 Rn. 43 (X ZR 98/13).

¹⁰⁴ Olzen, S. 42; i. E. auch J. Mayer, DNotZ 1996, 604, 612; a. A. BGH NJW 1995, 1349, 1350 (IV ZR 36/94).

¹⁰⁵ Insbes. für die Übertragung eines Gesellschaftsanteils BGH WM 1959, 719, 721 (II ZR 2/58); allgemein BGHZ 8, 23, 31 f. (IV ZB 93/52); 31, 13, 20 (V ZR 66/58); 66, 8, 12 (IV ZR 138/74); BGH NJW 1984, 46, 47 (IVa ZR 35/82); NJW 1984, 480, 481 (IVa ZR 71/82); näher z. B. Lange/Kuchinke, § 33 I (S. 740 ff.).

¹⁰⁶ So überzeugend Windel, S. 423; a. A. – § 2301 BGB nur, wenn der unentgeltliche Teil überwiegt – MünchKomm. BGB/Musielak, § 2301 Rn. 7; Soergel/Wolf, § 2301 Rn. 2; wiederum a. A.

anteile regelmäßig einem bestimmten Nachfolger persönlich zukommen lassen will, die Zuwendung also unter einer Überlebensbedingung i. S. d. § 2301 Abs. 1 BGB steht. Auf eine Unternehmensnachfolge auf den Todesfall findet daher, wenn die Parteien keine vollwertige Gegenleistung vereinbaren, nach § 2301 Abs. 1 BGB meist Erbrecht Anwendung, und zwar mangels Teilbarkeit der Zuwendung¹⁰⁷ häufig auf das Nachfolgeversprechen insgesamt.

Kein Erbrecht, sondern das Recht der Lebenden gilt nach § 2301 Abs. 2 BGB, in Rückausnahme zu § 2301 Abs. 1 BGB, wenn der Senior sein Versprechen schon zu Lebzeiten vollzieht, also das Erfüllungsgeschäft jedenfalls aufschiebend bedingt vornimmt.¹⁰⁸ Nur bei einem „echten“ lebzeitigen Vollzug, bei dem auch die Rechtswirkungen schon zu Lebzeiten des Seniors eintreten, der also *nicht* unter der aufschiebenden Bedingung des Erbfalls erfolgt, wird man aber ein Rechtsgeschäft auf den Todesfall zugleich auch als Fall der vorweggenommenen Erbfolge, die auf eine lebzeitige Vermögensübertragung abzielt, einordnen können.¹⁰⁹

Im Einzelnen sind die Rechtsgeschäfte auf den Todesfall Gegenstand einer Vielzahl von Streitigkeiten. Dies gilt einerseits für die Voraussetzungen der Zuordnung eines Rechtsgeschäfts zu § 2301 Abs. 1 BGB und für die Voraussetzungen des Vollzugs gemäß § 2301 Abs. 2 BGB. Dies gilt andererseits auch für die weiter reichende Frage, ob die grundsätzliche Einordnung der Rechtsgeschäfte auf den Todesfall als lebzeitige Rechtsgeschäfte mit erbrechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Schutz der Nachlassgläubiger (durch Gesamtrechtsnachfolge) und der Pflichtteilsberechtigten, vereinbar ist oder ob solche Rechtsgeschäfte ganz oder teilweise in ihren Voraussetzungen oder jedenfalls ihren Rechtsfolgen dem Erbrecht zu unterstellen sind.¹¹⁰ Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung genügt es festzustellen, dass solche Rechtsgeschäfte zwar funktionell eine Mischform zwischen der Nachfolge von Todes wegen und der Nachfolge unter Lebenden darstellen, sich aber dogmatisch stets einer der beiden Nachfolgegestaltungen zuordnen lassen. Sie sind daher nicht als eigene Kategorie der Unternehmensnachfolge anzusehen und bleiben im Folgenden als Übertragungsform außer Betracht.

(§ 2301 BGB immer analog, unabhängig von der Teilbarkeit der Zuwendung) *Olzen*, S. 98 f. und zustimmend *Otte*, AcP 186 (1986), 313, 315.

¹⁰⁷ Ein Unternehmen ist in der Regel nicht teilbar. Personengesellschafts- und GmbH-Anteile (§ 46 Nr. 4 GmbHG) können nur mit Zustimmung der Mitgesellschafter geteilt werden (MünchKomm. BGB/K. *Schmidt*, § 752 Rn. 20). Die einzelne Aktie ist nicht teilbar (§ 8 Abs. 5 AktG).

¹⁰⁸ MünchKomm. BGB/*Musielak*, § 2301 Rn. 18, 21; zur nur begrenzten Eignung einer solchen Gestaltung für die Unternehmensnachfolge insbes. mit Blick auf § 161 BGB *Matthias Becker*, AcP 201 (2001), 629, z. B. 660.

¹⁰⁹ *Olzen*, S. 56.

¹¹⁰ So insbes. *Olzen*, S. 57 ff., 94 ff.: § 2301 BGB analog für gemischte Schenkungen, betagte Schenkungen und Schenkungen ohne Überlebensbedingung; *Windel*, S. 396 ff., 495 f. (Zsf.): erbrechtliche Errichtungsvoraussetzungen für alle (teilweise) unentgeltlichen Rechtsgeschäfte und Zuordnung auch entgeltlicher Rechtsgeschäfte auf den Todesfall zum Erbrecht hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen; allg. *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 208 f.

3. Die Aufnahme des „Nachfolgers“ als neuen Gesellschafter

Keine Nachfolge im rechtlichen, je nach Gestaltung aber eine Nachfolge im wirtschaftlichen Sinne liegt vor, wenn der „Nachfolger“ nicht den Gesellschaftsanteil des Seniors übernimmt, sondern neben diesem oder nach dessen Ausscheiden an seiner Stelle Gesellschafter wird.

a) Aufnahme zu Lebzeiten des Altgesellschafters

Eine Unternehmensnachfolge kann dadurch *vorbereitet* werden, dass „Nachfolger“ *neben* dem Altunternehmer bzw. Altgesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen werden. Die „Nachfolger“ können, wenn das Unternehmen bislang einzelkaufmännisch betrieben worden ist, an der Gründung der unternehmenstragenden Gesellschaft beteiligt werden oder einer bereits bestehenden Gesellschaft beitreten. Der Beitritt zu einer Personengesellschaft erfolgt durch Vertrag mit allen vorhandenen Gesellschaftern, soweit gesellschaftsvertraglich kein anderer Beitrittsmodus – z. B. Vertrag nur mit einem Bevollmächtigten oder Ermächtigten – vorgesehen ist.¹¹¹ Der Gesellschafter erwirbt in der Regel einen neuen Vermögensanteil, bei den Altgesellschaftern tritt Abwachsung ein.¹¹² Der Beitritt zu einer Kapitalgesellschaft setzt einen Kapitalerhöhungsbeschluss der vorhandenen Gesellschafter und die Übernahme bzw. Zeichnung der neuen Geschäftsanteile bzw. Aktien durch Vertrag mit der Gesellschaft voraus (§§ 55 GmbHG, 185 AktG).¹¹³

b) Aufnahme nach dem Tod des Altgesellschafters: Eintrittsklauseln

Durch Eintritt des „Nachfolgers“ in die Gesellschaft unter Lebenden kann zudem eine *Nachfolge im wirtschaftlichen Sinne* erreicht werden, wenn der Altgesellschafter zunächst mit dem Erbfall aus der Gesellschaft ausscheidet, der „Nachfolger“ aber durch eine gesellschaftsvertragliche Eintrittsklausel zugleich das Recht erwirbt, *an der Stelle* des Altgesellschafters in die Gesellschaft einzutreten und einen Gesellschaftsanteil zu erwerben, der dem früheren Anteil des Altgesellschafters entspricht. In diesem Fall wird die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters ohne dessen Erben fortgesetzt, denen je nach gesellschaftsvertraglicher Gestaltung ein Abfindungsanspruch zusteht oder auch nicht.¹¹⁴ Der Anteil des Verstorbenen wächst den Mitgesellschaftern zu. Die Eintrittsklausel lässt sich nämlich, wenn der designierte Nachfolger nicht selbst Partei des Gesellschaftsvertrags oder einer Nachfolgevereinbarung ist, nicht als unmittelbare Übertragung des Gesellschafts-

¹¹¹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 II 1 b (S. 551), § 45 II 3 a (S. 1317).

¹¹² A. a. O., § 45 II 3 a, 5 (S. 1317, 1319).

¹¹³ MünchKomm. GmbHG/Lieder, § 55 Rn. 151; MünchKomm. AktG/Schürnbrand/Verse, § 185 Rn. 9.

¹¹⁴ Zur Möglichkeit eines Abfindungsausschlusses für ein Ausscheiden durch Tod s. die Nachw. o. S. 15 Fn. 79; s. auch MünchKomm. BGB/Schäfer, § 727 Rn. 60: Abfindungsausschluss als für die Mitgesellschafter sicherster Weg bei einer Eintrittsklausel, bei der der Eintretende die Vermögensposition des verstorbenen Gesellschafters übernehmen soll.

anteils verstehen,¹¹⁵ sondern nur als Vertrag zugunsten Dritter, der mit dem Tod des Altgesellschafters einen Aufnahmeanspruch (§ 331 BGB) gegen die verbleibenden Gesellschafter begründet.¹¹⁶

Eine Eintrittsklausel wird von der Rechtsprechung nur restriktiv bejaht. Anders als eine Nachfolgeklausel führt sie nicht ipso iure zum Eintritt des Nachfolgers in die Gesellschaft, sondern begründet nur dessen Eintrittsrecht. In der Regel ist eine gesellschaftsvertragliche Eintrittsklausel daher nur gewollt, wenn der vorgesehene Nachfolger nicht Erbe des Altgesellschafters wird, eine erbrechtliche Nachfolgeklausel also ins Leere ginge, und der Nachfolger am Gesellschaftsvertrag nicht beteiligt ist, also auch eine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel – eine Übertragung unter Lebenden – nicht in Betracht kommt.¹¹⁷ In diesem Fall ist eine gesellschaftsvertragliche (erbrechtliche oder rechtsgeschäftliche) Nachfolgeklausel in eine Eintrittsklausel umzudeuten¹¹⁸ oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung als solche zu verstehen.¹¹⁹

Von einer gesellschaftsvertraglichen Eintrittsklausel wiederum zu unterscheiden ist eine Vorgabe von Todes wegen, in eine bestimmte Gesellschaft einzutreten, die sich in Anlehnung an den Begriff der Gesellschaftsgründungsklausel als Gesellschaftsbeitrittsklausel bezeichnen lässt. Ergeht die Vorgabe gegenüber dem Erben und ist dessen Eintritt an der Stelle des Erblassers gesellschaftsvertraglich vorgesehen, so ist die Vertragsklausel, wie soeben ausgeführt, als erbrechtliche Nachfolgeklausel zu verstehen. Der Erbe erbt den Gesellschaftsanteil des Erblassers. Denkbar ist aber auch die Zuwendung des (gesellschaftsvertraglich begründeten) Eintrittsrechts an einen Vermächtnisnehmer verbunden mit der Auflage, in die Gesellschaft einzutreten.¹²⁰ Der Vermächtnisnehmer wird dann nicht mit dem Erbfall Gesellschafter, ist aber berechtigt *und verpflichtet*, in die Gesellschaft einzutreten. Der Erblasser kann schließlich auch den Erben durch Verfügung von Todes wegen verpflichten, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden in eine bestehende Gesellschaft einzutreten, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Gesellschafternachfolge vorsieht, der Anteil des Erblassers also nicht vererblich ist. Eine Aufnahmepflicht der Mitgesellschafter besteht dann allerdings nur, wenn die übrigen Gesellschafter ebenfalls Erben und damit an die Vorgaben des Erblassers gebunden sind.¹²¹

¹¹⁵ S. schon RG JW 1927, 1201 (IV 137/26); zur Ablehnung der Verfügung zugunsten Dritter im vorliegenden Zusammenhang BGHZ 68, 225, 231 (II ZR 120/75) (m. Nachw. zu Gegenauffassungen in der älteren Lit.), zumal der Erwerb eines mit unbeschränkter persönlicher Haftung und Geschäftsführungspflichten verbundenen Gesellschaftsanteils auch Belastungen mit sich bringt (BGH, a. a. O., 231 f.); dazu *Ulmer*, BB 1977, 805, 806.

¹¹⁶ *U. Huber*, S. 453; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz*, § 139 Rn. 37; *Erman/H. P. Westermann*, § 727 Rn. 13; *MünchKomm. HGB/K. Schmidt/Fleischer*, § 139 Rn. 29; *Soergel/Hadding/Kießling*, § 727 Rn. 15.

¹¹⁷ Vgl. BGHZ 68, 225, 233 f. (II ZR 120/75).

¹¹⁸ A. a. O., Ls. b) u. 233.

¹¹⁹ BGH NJW 1978, 264, Ls. 1 u. 265 (II ZR 214/75) (zur erbrechtlichen Nachfolgeklausel).

¹²⁰ Zur Zulässigkeit einer solchen Auflage *Kipp/Coing*, § 64 IV 3 (S. 361) und ihnen folgend *MünchKomm. BGB/Rudy*, § 2192 Rn. 5.

¹²¹ So die Konstellation in BGH NJW-RR 2009, 1455 ff. (IV ZR 202/07).

III. Der Modus der Nachfolge in Gesellschaftsanteile von Todes wegen

Eine Nachfolge von Todes wegen vollzieht sich regelmäßig im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, der Universalsukzession, durch die das Erblasservermögen „als Ganzes auf einen oder mehrere andere Personen (Erben) über[geht]“ (§ 1922 Abs. 1 BGB). Mehrere Miterben erwerben den Nachlass zur gesamten Hand (§ 2032 Abs. 1 BGB).

Geht ein Gesellschaftsanteil von Todes wegen auf einen *Alleinerben* über, so bleibt es bei diesem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge.¹²² Es gelten zwar erbrechtliche Besonderheiten; diese betreffen aber nicht den Nachfolgemodus selbst.¹²³ Der erbrechtliche Nachfolgemodus bleibt auch unverändert, wenn ein *Kapitalgesellschaftsanteil* an *mehrere Miterben* vererbt wird. Die Miterben erwerben zur gesamten Hand, d. h. in Erbengemeinschaft.¹²⁴ Die Erbengemeinschaft ist nicht (teil-)rechtsfähig,¹²⁵ kann also nicht selbst Gesellschafterin sein.¹²⁶ Den organisatorischen Problemen, die die Mitberechtigung mehrerer an einem Gesellschaftsanteil mit sich bringen kann, begegnet das Kapitalgesellschaftsrecht, indem es die Ausübung von Gesellschafterrechten nur gemeinschaftlich (§ 18 Abs. 1 GmbHG) oder nur durch einen gemeinsamen Vertreter (§ 69 Abs. 1 AktG) zulässt.

1. Einzelnachfolge in Personengesellschaftsanteile

Die Vererbung eines *Personengesellschaftsanteils* an *mehrere Miterben* erfolgt dagegen nach ganz überwiegender Auffassung nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und zur gesamten Hand.¹²⁷ Vielmehr soll jeder Miterbe im Wege der

¹²² K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V 4 a (S. 1340); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, § 139 Rn. 13; jdf. missverständlich dagegen BGHZ 91, 132, 137 (II ZR 293/83).

¹²³ Unpräzise daher BGHZ 91, 132, 137 (II ZR 293/83): „Sondervererbung“. Richtigerweise geht es, wie die vom BGH a. a. O. genannten Beispiele (Nachlassverwaltung, Nachlassinsolvenz, Testamentsvollstreckung) zeigen, bei der Behandlung des Alleinerben um die vom Nachfolgemodus zu trennende (s. u. S. 27f.) Frage, welche erbrechtlichen Regelungen *nach* eingetretener Nachfolge von Todes wegen auf den Nachlass Anwendung finden.

¹²⁴ Staudinger/Löbnig, Vorb. §§ 2032 ff. Rn. 19; zur GmbH z. B. Noack/Servatius/Haas, § 15 Rn. 11; zur AG z. B. MünchKomm. AktG/Bayer, § 69 Rn. 5.

¹²⁵ BGHZ 30, 391, 397 (II ZR 46/59); BGH NJW 1989, 2133, 2134 (VIII ZR 277/87); NJW 2002, 3389, 3390 (XII ZR 187/00); Grüneberg/Weidlich, § 2032 Rn. 1; MünchKomm. BGB/Gergen, § 2032 Rn. 19; Staudinger/Löbnig, § 2032 Rn. 8; ausführlich Ulmer, AcP 198 (1998), 113, 124 ff.; a. A. z. B. K. Schmidt, NJW 1985, 2785, 2788 f. (Rechtsfähigkeit der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft); Grunewald, AcP 197 (1997), 305, 306 ff., 315 (Teilrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft); s. auch Flume, AT I/1 (Personengesellschaft), S. 59 Fn. 48 (Kaufmannseigenschaft der Erbengemeinschaft).

¹²⁶ A. A. Spiegelberger, § 2 Rn. 63.

¹²⁷ Wird die Gesellschaft dagegen durch den Tod des Gesellschafters aufgelöst, so fällt sein Gesellschaftsanteil als Anteil an einer Liquidationsgesellschaft in den gesamthänderisch gebundenen Nachlass (s. schon RGZ 72, 119, 121 (VI 477/08); 106, 63, 65 (VII 13/22); Wiedemann, Übertragung, S. 171; Lange/Kuchinke, § 5 VI C (S. 143); Erman/H. P. Westermann, § 727 Rn. 3). Dasselbe gilt für einen Abfindungsanspruch, der den ausscheidenden Erben im Falle einer Fortsetzung der werbenden Gesellschaft nur mit den übrigen Gesellschaftern zustehen mag (MünchKomm. BGB/Leipold, § 1922 Rn. 113).

Einzelnachfolge einen seiner Erbquote entsprechenden Teil des vererbten Gesellschaftsanteils erwerben und mit dem Erbfall ohne gesamthänderische Bindung selbst Gesellschafter werden;¹²⁸ das soll auch für Kommanditanteile gelten.¹²⁹ Statt des erbrechtlichen Gesamthandsprinzips soll das *Bruchteilsprinzip* zur Anwendung kommen.¹³⁰ Mit dem Bruchteilsprinzip verbunden ist, wenn der Nachlass außer dem Gesellschaftsanteil noch weitere Vermögensgegenstände enthält, zugleich eine teilweise Abkehr vom erbrechtlichen Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB), also vom Übergang des Nachlasses als einheitliche Vermögensmasse.¹³¹ Bei der Einzelnachfolge fällt nämlich der Gesellschaftsanteil den Erben einzeln an,¹³² der übrige Nachlass in gesamthänderischer Bindung, so dass der Nachlass beim Übergang keine einheitliche Vermögensmasse bildet. Nur die selbstständig übertragbaren Vermögensrechte (§ 717 S. 2 BGB; § 711a S. 2 BGB n. F.), die den wirtschaftlichen Wert des Anteils ausmachen, ordnet die Rechtsprechung zum Schutz der Nachlassgläubiger teils dem gesamthänderisch gebundenen Nachlass zu.¹³³

¹²⁸ H. M. – wenngleich mit teils anderer Terminologie (v. a. „Einzelrechtsnachfolge“ in Entscheidungen des 2. Zivilsenats u. „Sondererbfolge“ in Entscheidungen des (früheren) 4a-Zivilsenats) –, BGHZ 22, 186, 191 ff. (II ZR 222/55); 68, 225, 237 (II ZR 120/75); BGH NJW 1983, 2376, 2377 (IVa ZR 229/81); BGHZ 98, 48, 50 f. (IVa ZR 155/84); 108, 187, 192 (II ZB 1/89); terminologisch wie hier *Siegmann*, S. 21, 74 und *Windel*, S. 126; ferner *Wiedemann*, Übertragung, S. 198 ff.; *Flume*, AT I/1 (Personengesellschaft), § 18 II 1 (S. 379); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 4 a (S. 1340); *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz*, § 139 Rn. 10; MünchKomm. BGB/Schäfer, § 727 Rn. 34; *ders.*, in: Staub, § 105 Rn. 100, § 139 Rn. 45; für die Nachfolge in oHG-Anteile st. Rspr. seit RGZ 16, 40, 58, 60 (I 12/86); a. A. – Nachfolge mehrerer Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit – *Kruse*, Festschrift Laufke, S. 179, 184 ff.; *Börner*, AcP 166 (1966), 426, 447 ff.; *Köbler*, S. 101 ff., 139 ff.; zweifelnd auch *Staudinger/Habermeier*, § 705 Rn. 31; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 160 ff.

¹²⁹ BGHZ 108, 187, 192 (II ZB 1/89); BGH NJW-RR 2012, 730, 731 Rn. 18 (II ZB 15/11).

¹³⁰ Zu diesem näher *Windel*, S. 126 ff.

¹³¹ S. auch BGH NJW 1983, 2376, 2377 (IVa ZR 229/81); a. A. *Windel*, S. 126; *Muscheler*, Universalsukzession, S. 60, 112; *ders.*, Erbrecht I, Rn. 975; MünchKomm. HGB/K. Schmidt/Fleischer, § 139 Rn. 14.

¹³² A. A. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 4 c (S. 1343): Gesamtrechtsnachfolge mit gleichzeitiger automatischer Teil-Auseinandersetzung.

¹³³ BGHZ 91, 132, 136 f. (II ZR 293/83) („(jedenfalls bestimmte) Gewinnansprüche und der Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben“); 108, 187, 192 (II ZB 1/89) („insbesondere de[r] Anspruch[.] auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben“); s. aber auch BGHZ 91, 132, 136 f. (II ZR 293/83) zur weitergehenden Zuordnung von Vermögensrechten zum Erben „nach längerer Zeit erfolgreichen Einsatzes für das Unternehmen“; dem BGH zustimmend *Ebert*, S. 140; *Emmerich*, ZHR 150 (1986), 193, 205; *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396, 402; *Siegmann*, S. 192 ff.; *Hopt/M. Roth*, § 139 Rn. 14; a. A. – für Einzelnachfolge bzgl. aller aus den Vermögensrechten folgenden künftigen Ansprüche, einschließlich des künftigen Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben – insbes. *Ulmer/Schäfer*, ZHR 160 (1996), 413, 436; ferner *Kieserling*, S. 26 ff.; *Wiedemann*, JZ 1977, 689, 691 f.; *Heckelmann*, Festgabe v. Lübtow, S. 619, 634 f.; *Johannsen*, FamRZ 1980, 1074, 1082; *Flume*, Festschrift Müller-Freienfels, S. 113, 119 ff. (insbes. 121 f.); *Marotzke*, AcP 187 (1987), 223, 232 f.; *Stodolkowitz*, Festschrift Kellermann, S. 439, 443 ff.; *Weidlich*, ZEV 1994, 205, 206; *Lorz*, ZEV 1996, 112, 113; *Windel*, S. 131; *Menold*, S. 115 f.; *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 214; für die Zuordnung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses zum selben Nachfolgemodus auch *Windel*, S. 131.

a) Begründung der Einzelnachfolge

Die Begründung der Einzelnachfolge stützt sich auf Überlegungen, die der Bundesgerichtshof in der Formel zusammenfasst, eine Personengesellschaft sei „in der Regel eine persönlichkeitsbezogene Arbeitsgemeinschaft und stets eine persönlichkeitsbezogene Haftungsgemeinschaft“.¹³⁴ Erstens geht es also darum, dass die Gesellschafter in einer Personengesellschaft typischerweise persönlich zusammenarbeiten,¹³⁵ zweitens um ihre persönliche Haftung. Zudem wird auf § 139 HGB verwiesen.

Zwingend ist diese Modifikation des erbrechtlichen Nachfolgemodus aus Gründen des Gesellschaftsrechts indes nicht, und zwar nicht einmal bei der Nachfolge in GbR-, oHG- oder Komplementärsanteile. Das *Argument der persönlichen Zusammenarbeit* trägt schon deswegen nicht, weil die Nachfolge von Gesellschafter-Erben in den Anteil eines unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafters überhaupt erst möglich ist, wenn die Gesellschafter sie durch eine Nachfolgeklausel zugelassen haben.¹³⁶ Ist dies der Fall, und haben die Gesellschafter zugleich darauf verzichtet, durch eine qualifizierte Nachfolgeklausel für jeden Gesellschafter nur *einen* Nachfolger von Todes wegen zuzulassen, so ist ihr etwaiges Interesse, nicht mit organisatorischen Schwierigkeiten infolge der gesamthänderischen Berechtigung von Miterben am Gesellschaftsanteil behelligt zu werden, jedenfalls nicht schutzwürdig.¹³⁷ Mit dem *Argument der unbeschränkten persönlichen Haftung der Personengesellschafter* lässt sich die Einzelnachfolge ebenfalls nicht rechtfertigen. Zwar bestünde bei einer gesamthänderischen Nachfolge ein Spannungsverhältnis zwischen der unbeschränkbaren Gesellschafterhaftung auch für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft (§§ 130, 128 S. 1 (analog), 161 Abs. 2 HGB; §§ 721 S. 1, 721a BGB n. F., 126 S. 1, 127 HGB n. F.) und der Möglichkeit jedes Miterben, bis zur Nachlasseteilung – und damit zeitlich unbegrenzt¹³⁸ – seine Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten, zu denen auch die vom Erblasser ererbte Haftung für Altverbindlichkeiten (§§ 128 S. 1 HGB – §§ 721 S. 1 BGB n. F., 126 S. 1 HGB n. F. –,

¹³⁴ BGHZ 22, 186, 192 (II ZR 222/55); entsprechend BGH NJW 1981, 749, 750 (II ZR 194/79, zur Testamentsvollstreckung); NJW 1983, 2376, 2377 (IVa ZR 229/81); BGHZ 68, 225, 230 (II ZR 120/75).

¹³⁵ Die konkrete Gestaltung des Innenverhältnisses im Einzelfall kann für die Frage nach dem Nachfolgemodus außer Betracht bleiben. Der Nachfolgemodus bestimmt die dingliche Zuordnung des Gesellschaftsanteils im Erbfall, die aus Gründen der Rechtssicherheit eindeutig sein muss. Er kann daher nicht von der „typischen“ personalistischen oder „untypischen“ kapitalistischen Ausgestaltung einer Personengesellschaft im Einzelfall abhängig sein, zumal beide „Typen“ fließend ineinander übergehen, s. *Nitschke*, S. 108. Zum Typusbegriff im Gesellschaftsrecht u. S. 326 f.

¹³⁶ S. o. S. 13 f.

¹³⁷ S. die entsprechende Überlegung bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 I 2 a (S. 1311) bzgl. der Mitgliedschaft einer GbR in einer Personengesellschaft; anders in Kapitalgesellschaften, deren Anteile zwingend vererblich sind und bei denen die Mitgesellschafter daher nach §§ 18 Abs. 1 GmbHG, 69 Abs. 1 AktG geschützt werden.

¹³⁸ Zur Möglichkeit, die Teilung beliebig lange aufzuschieben, MünchKomm. BGB/Ann, § 2042 Rn. 1.

1967 BGB) zählt, nach § 2059 Abs. 1 BGB auf seinen Anteil am gesamthänderisch gebundenen Nachlass zu beschränken. Selbst wenn man aber annimmt, dass § 2059 Abs. 1 BGB bei einer Einzelnachfolge keine Einrede gewährt,¹³⁹ bleibt ein Spannungsverhältnis zwischen der unbeschränkbaren Gesellschafterhaftung und der Erbenhaftung, die dann immerhin noch nach §§ 1975 ff. BGB auf den Nachlass beschränkt werden kann.¹⁴⁰ Die Modifikation des Nachfolgemodus, die Einzelnachfolge in Personengesellschaftsanteile, löst also die haftungsrechtlichen Probleme, die die Vererbung von Gesellschaftsanteilen aufwirft, nicht.¹⁴¹

Es bleibt der Hinweis auf § 139 Abs. 1 HGB (§§ 724 Abs. 1 BGB n. F., 131 Abs. 1 HGB n. F.), nach dem „jeder Erbe“ eines unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafters seinen Verbleib in der Gesellschaft von der Einräumung einer Kommanditistenstellung abhängig machen kann. Der Bundesgerichtshof sieht hierin ein systematisches Argument für die Einzelrechtsnachfolge, weil ein solches Verlangen „bei unbefangener Betrachtung [...] offenbar“ eine solche Nachfolge voraussetze.¹⁴² Zwingend ist das nicht.¹⁴³ § 139 HGB besagt nur, dass jeder Miterbe das entsprechende Verlangen für sich selbst äußern kann, nicht aber, dass jedem Miterben schon mit dem Erbfall ein eigener Gesellschaftsanteil im Wege der Einzelnachfolge zufallen muss. Die Vorschrift ließe sich auch als Ausnahme zu § 2040 Abs. 1 BGB lesen, als Recht jedes einzelnen Miterben, eine Änderung des Gesellschaftsanteils, den die Miterben in gesamthänderischer Bindung halten, zu verlangen und damit ausnahmsweise allein über einen Nachlassgegenstand zu verfügen.¹⁴⁴

Die Einzelnachfolge in den Anteil eines unbeschränkt persönlich haftenden Personengesellschafters ist daher gesellschaftsrechtlich nicht zwingend, weder aus organisations- oder haftungsrechtlichen Gründen noch mit Blick auf § 139 HGB.¹⁴⁵

¹³⁹ So z. B. *Kieserling*, S. 53 ff., *Heckelmann*, Festgabe v. Lübtow, S. 619, 632 f. und *Reimann*, ZEV 2002, 487, 488 (Einzelnachfolge als teilweise – auf den Gesellschaftsanteil beschränkte – „Teilung“ des Nachlasses i. S. d. § 2059 Abs. 1 BGB); *H. P. Westermann*, AcP 173 (1973), 24, 29, *Raddatz*, S. 70 ff. und MünchKomm. BGB/Ann., § 2059 Rn. 8 (Einzelnachfolge als „Teilung“, wenn der Gesellschaftsanteil im Wesentlichen der einzige wertvolle Nachlassgegenstand ist); *Windel*, S. 283 ff. (teleologische Reduktion des § 2059 Abs. 1 BGB); *Raddatz*, S. 70 ff. (Nichtanwendung der §§ 2058 ff. BGB auf die der Einzelnachfolge unterliegenden Nachlassgegenstände).

¹⁴⁰ Zur Möglichkeit des Anteilsmiterben, auch bei Annahme einer automatischen „Teilung“ des Nachlasses durch Einzelnachfolge noch eine Haftungsbeschränkung nach §§ 1975 ff. BGB herbeizuführen, z. B. *Börner*, AcP 166 (1966), 426, 451 f. und ihm folgend *H. P. Westermann*, AcP 173 (1973), 24, 36 ff.; ferner *Windel*, S. 286 ff.; *Grüneberg/Weidlich*, § 2062 Rn. 2; MünchKomm. BGB/Ann., § 2059 Rn. 9, § 2062 Rn. 10.

¹⁴¹ Zur Reichweite der Normenkollision zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht bei der (bloßen) Vererbung von Gesellschaftsanteilen und zu ihrer Auflösung s. noch u. S. 572 ff., 591 ff.

¹⁴² BGHZ 68, 225, 237 (II ZR 120/75); s. auch BGH NJW 1983, 2376, 2377 (IVa ZR 229/81); *Liebisch*, ZHR 116 (1954), 128, 134 f.; *Siegmann*, S. 73 f., 125 f.; *Hehemann*, BB 1995, 1301, 1306; *Flume*, AT I/1 (Personengesellschaft), § 18 II 1 (S. 379 f.); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 4 a (S. 1340).

¹⁴³ *Wiedemann*, Übertragung, S. 198; *Kruse*, Festschrift Laufke, S. 179, 185 (der selbst von einer gesamthänderischen Nachfolge ausgeht); a. A. *Windel*, S. 133.

¹⁴⁴ Vgl. schon *Börner*, AcP 166 (1966), 426, 444 ff.

¹⁴⁵ Für eine gesamthänderische Nachfolge in Personengesellschaftsanteile daher die o. auf S. 24 in Fn. 128 als a. A. Genannten.

Auch der Bundesgerichtshof bezeichnet sie inzwischen lediglich als „sachgerechte Lösung“, hält aber an ihr fest, weil sie „mangels zwingender gegenteiliger Argumente schon im Hinblick auf die notwendige Kontinuität einer revisionsrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr in Frage gestellt werden [kann]“.¹⁴⁶

Erst recht nicht zwingend ist die Einzelnachfolge in den Anteil eines Kommanditisten. Die Kommanditisten-Erben sind im gesetzlichen Regelfall¹⁴⁷ weder geschäftsführungs- noch vertretungsbefugt (§§ 164, 170 HGB) und sollen in der Gesellschaft häufig gar nicht persönlich mitarbeiten. Sie haften nicht unbeschränkt persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten, und ihnen steht kein Wahlrecht aus § 139 HGB (§ 131 HGB n. F.) zu.¹⁴⁸ Der Bundesgerichtshof hat die Einzelnachfolge in Kommanditanteile allein mit dem Hinweis auf die „gefestigt[e] Rechtsprechung“ zur Nachfolge in Anteile unbeschränkt persönlich haftender Gesellschafter begründet. Interessant ist, dass er in demselben Urteil die Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen, anders als diejenige an Anteilen unbeschränkt persönlich haftender Gesellschafter, ohne Einschränkungen zulässt, und zwar unter ausdrücklicher Ablehnung der Notwendigkeit einer „einheitliche[n] Behandlung aller Personengesellschaften“.¹⁴⁹ Dann ließe sich beim Nachfolgemodus ebenfalls differenzieren. Die Vererbung eines Kommanditanteils an mehrere Miterben zur gesamten Hand hätte zudem den praktischen Vorteil, dass die Vererbung von Gesellschaftsanteilen in der GmbH & Co. KG bei der GmbH einerseits und der Kommanditgesellschaft andererseits demselben Modus folge. Mit einer Änderung der – in jüngerer Zeit bestätigten¹⁵⁰ – höchstrichterlichen Rechtsprechung dürfte aber nicht zu rechnen sein.¹⁵¹

b) Anwendbarkeit erbrechtlicher Vorschriften

In jedem Fall ist auch die Einzelnachfolge eine Nachfolge von Todes wegen, d. h. *kraft Erbrechts*.¹⁵² Daher unterfällt auch ein im Wege der Einzelnachfolge vererbter Gesellschaftsanteil grundsätzlich den weiteren erbrechtlichen Vorschriften.¹⁵³ Die

¹⁴⁶ BGHZ 68, 225, 237 (II ZR 120/75); ganz ähnlich der Erbrechtssenat, BGH NJW 1983, 2376, 2377 (IVa ZR 229/81); zustimmend *Siegmann*, S. 78.

¹⁴⁷ Zur Möglichkeit einer gesellschaftsvertraglichen Abweichung von diesem Regelfall u. S. 485 ff.

¹⁴⁸ A. A. *Windel*, S. 140 ff.: § 139 HGB analog bei Nachfolge in einen Kommanditeil.

¹⁴⁹ BGHZ 108, 187, 195 f. (II ZB 1/89) m. Nachw. zur Rspr.

¹⁵⁰ BGH NJW-RR 2012, 730, 731 Rn. 18 (II ZB 15/11).

¹⁵¹ A. A. noch *Kanzleiter*, DNotZ 2007, 884, 885 (Rspr.-Änderung „nicht [...] unwahrscheinlich“); *Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche*, Erstes Buch Rn. 1271 Fn. 262 (Rspr.-Änderung „sicher“); für die Beibehaltung der Rspr. zur Vermeidung von Problemen für die Praxis *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 230.

¹⁵² St. Rspr. seit BGHZ 22, 186, 191 (II ZR 222/55, zur oHG); 68, 225, 229 (II ZR 120/75, zu Kommandit- und Komplementärsanteilen); BGH NJW 1983, 2376, 2377 (IVa ZR 229/81, zu Kommanditanteilen); a. A. z. B. noch *Säcker*, Nachfolge, S. 43 ff. und *Flume*, Festschrift Schilling, S. 23, 31: (lebzeitige) Verfügung zugunsten Dritter auf den Todesfall; s. aber später *Flume*, Festschrift Der Betrieb, S. 181, 183 f.: „Erbennachfolge“.

¹⁵³ St. Rspr. seit BGHZ 98, 48, 53 f. (IVa ZR 155/84) und BGHZ 108, 187, 192 ff., 194, 196

dingliche Zuordnung des Gesellschaftsanteils von Todes wegen besagt nämlich, so der Gesellschaftsrechtssenat zu Recht, nichts darüber, inwieweit er erbrechtlichen Regelungen, insbesondere der Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz, unterliegt.¹⁵⁴ Ob solche Regelungen auf vererbte Gesellschaftsanteile Anwendung finden, ist daher stets mit Blick auf die einzelne Erbrechtsregelung und deren Vereinbarkeit mit gesellschaftsrechtlichen Wertungen zu entscheiden, und zwar unabhängig davon, ob der Gesellschaftsanteil an einen Alleinerben oder an mehrere Miterben vererbt wird. Auf solche Einzelfragen des Verhältnisses von Erbrecht und Gesellschaftsrecht wird noch zurückzukommen sein.¹⁵⁵

2. Sondernachfolge bei qualifizierter Nachfolgeklausel

Enthält der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft eine qualifizierte Nachfolgeklausel,¹⁵⁶ so kann der Gesellschaftsanteil nur an bestimmte Nachfolger vererbt werden. Der Erblasser muss aber die Erbeinsetzung – die auch für sein sonstiges Vermögen gilt – nicht in vollständiger Übereinstimmung mit der qualifizierten Nachfolgeklausel vornehmen, sondern er kann neben den gesellschaftsvertraglich zulässigen auch weitere Erben einsetzen. Dann fällt der Gesellschaftsanteil nach ganz überwiegender Auffassung ausschließlich den gesellschaftsvertraglich zugelassenen Erben zu.¹⁵⁷ Diese Trennung des Anteils vom übrigen Nachlass, der allen Miterben zukommt, lässt sich mit dem Begriff der Sondernachfolge umschreiben.¹⁵⁸ Die Sondernachfolge erfolgt nach nunmehr herrschender Auffassung im Wege der unmittelbaren (erbrechtlichen) Vollnachfolge: Die benannten und gesellschaftsvertraglich zugelassenen Erben erwerben mit dem Erbfall im Zweifel den gesamten Gesellschaftsanteil des Erblassers.¹⁵⁹ Mehrere Sondernachfolger erwerben ihn im Verhältnis ihrer Erbquoten.

(II ZB 1/89); ebenso („Nachlasszugehörigkeit“ des Anteils) *Wiedemann*, Übertragung, S. 157 ff.; *Damrau*, NJW 1984, 2785, 2787; *Esch*, NJW 1984, 339, 341 f.; *Marotzke*, JZ 1986, 457, 458 ff.; *ders.*, AcP 187 (1987), 223, 229 f.; *Flume*, NJW 1988, 161 ff.; *ders.*, ZHR 155 (1991), 501, 505 ff., 510; *Raddatz*, S. 39 ff., 141 f.; *Siegmann*, S. 115 ff.; *Weidlich*, S. 22 ff.; *Dörrie*, S. 25 ff.; *Muscheler*, Haftungsordnung, S. 470 ff.; *Windel*, S. 131 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 4 a (S. 1342 f.); *ders.* in *Schlegelberger*, § 139 Rn. 17; *Erman/H. P. Westermann*, § 727 Rn. 9; *Hopt/M. Roth*, § 139 Rn. 14; *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 208; a. A. die von *Julius Flechtheim* begründete und insbes. von *Peter Ulmer* weitergeführte sog. Abspaltungsthese, nach der nicht der Anteil selbst, sondern nur die übertragbaren Vermögensrechte den erbrechtlichen Vorschriften über den „Nachlass“ unterfielen – s. *Düringer/Hachenburg/Flechtheim*, § 139 Anm. 15; *Ulmer*, Festschrift Schilling, S. 79, 89 ff.; *ders.*, NJW 1984, 1496, 1499 ff. –, sowie zeitweise der II. Senat, s. BGHZ 47, 293, 296 (II ZR 102/65); 91, 132, 136 f. (II ZR 293/83); BGH JZ 1987, 880 (II ZR 195/86); wie die nunmehr hM aber *Ulmer/Schäfer*, ZHR 160 (1996), 413, 415, 419 f., 424.

¹⁵⁴ BGHZ 108, 187, 194 f. (II ZB 1/89).

¹⁵⁵ Dazu näher u. S. 525 ff.

¹⁵⁶ Zur unbeschränkbaren Vererblichkeit von GmbH-Anteilen und Aktien s. o. S. 15. Eine qualifizierte Nachfolgeklausel ist dort also nicht zulässig.

¹⁵⁷ S. schon o. S. 14 f.

¹⁵⁸ *Siegmann*, S. 22.

¹⁵⁹ Grundlegend BGHZ 68, 225, 237 f. (II ZR 120/75); zustimmend die Reaktionen im Schrifttum, z. B. *Priester*, DNotZ 1977, 558, 559; *Ulmer*, BB 1977, 805, 807; *Wiedemann*, JZ 1977, 689.

Die Sondernachfolge tritt im Falle einer qualifizierten Nachfolgeklausel zur Einzelnachfolge hinzu, d. h. der Gesellschaftsanteil geht getrennt vom übrigen Nachlass auf einzelne der Miterben über, *und* diese erwerben den Anteil einzeln und nicht in gesamthänderischer Bindung. Die Begriffe der Einzel- bzw. der Sondernachfolge bezeichnen damit zwei unterschiedliche Aspekte des erbrechtlichen Übergangs von Personengesellschaftsanteilen.¹⁶⁰ Bei der Einzelnachfolge steht die Durchbrechung des erbrechtlichen Gesamthandsprinzips im Vordergrund, wenngleich mit der Trennung des Nachlasses in zwei unterschiedliche Vermögensmassen, den gesamthänderisch gebundenen Teil und den Gesellschaftsanteil, der dieser Bindung nicht unterliegt, auch eine Durchbrechung der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge verbunden ist. Die Sondernachfolge dagegen bewirkt im Schwerpunkt eine Modifikation der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge, indem der Gesellschaftsanteil aus dem allen Miterben gemeinschaftlich zustehenden Erblasservermögen herausgelöst wird.

E. Gang der Untersuchung

Die Nachfolge in Gesellschaftsanteile als Voraussetzung jeder privatautonomen Verhaltensvorgabe gegenüber dem Nachfolger ist damit skizziert. Die Überlegungen haben noch einmal illustriert, dass die Rechtsprechung, ebenso wie der größte Teil des Schrifttums, an dieser Stelle das Erbrecht modifiziert, um gesellschaftsrechtlichen Wertungen zur Wirksamkeit zu verhelfen, also dem Gesellschaftsrecht Vorrang vor dem Erbrecht einräumt.¹⁶¹ Es hat sich aber auch gezeigt, dass sich dieses Vorrangverhältnis nicht begründen lässt. Zudem hat sich erwiesen, dass selbst mit der Festlegung auf einen bestimmten Nachfolgemodus von Todes wegen keine generelle Aussage über die Anwendbarkeit sonstiger erbrechtlicher Regelungen verbunden ist. Die Antwort auf die Frage, wie das Erbrecht und das Gesellschaftsrecht bei Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben zueinander stehen, muss sich also an den jeweiligen Einzelregelungen und den dahinterstehenden Grundsätzen orientieren.¹⁶² Um das Zusammenspiel von Erbrecht und Gesellschaftsrecht in diesem Kontext ermitteln zu können, sind die einzelnen erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit in systematisch-teleologischer Analyse auszuleuchten und unter Zugrundelegung der jeweils verfolgten *Schutzzwecke* aufeinander abzustimmen.

¹⁶⁰ Vgl. auch BGHZ 22, 186, 191 ff. (II ZR 222/55), wo nach der Erläuterung der (nach hier verwendeter Terminologie) Einzelnachfolge mehrerer Miterben als „eigentliche Schwierigkeit für die Erbfolge nach einem verstorbenen Gesellschafter“ (a. a. O., 193) der Fall genannt wird, dass von mehreren Miterben nur *einer* gesellschaftsvertraglich als Nachfolger in den Gesellschaftsanteil in Betracht kommt. Dagegen bezeichnet BGHZ 68, 225, 238 (II ZR 120/75) mit dem Begriff der Einzelrechtsnachfolge beide Aspekte gemeinsam.

¹⁶¹ Dazu schon o. S. 3.

¹⁶² Mit derselben Grundannahme Wiedemann, Übertragung, S. 161; Behrens, S. 27 f.; Siegmann, S. 121; gegen die Annahme eines Vorrangverhältnisses auch Ulmer, ZGR 1972, 195, 207.

Die zweite Grundüberlegung ist, dass die Eingrenzung von Normenkollisionen nur gelingen kann, wenn die Zulässigkeit von Verhaltensvorgaben *zunächst getrennt* an erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben gemessen wird. Wie eine von vornherein gemeinsame Betrachtung des Erbrechts und des Gesellschaftsrechts den Blick auf die maßgeblichen Wertungen verstellen kann, zeigt die oben bereits zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu einer testamentarisch verfügten freien Ausschließungsklausel und insbesondere die dort getroffene Feststellung, ein nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen sittenwidriges freies Ausschließungsrecht finde „in der Testierfreiheit seine sachliche Rechtfertigung“¹⁶³. Diese Aussage nämlich ist Folge einer fehlenden Anknüpfung an den Schutzzweck, der der Sittenwidrigkeit solcher Gesellschaftsvertragsklauseln zugrunde liegt und den der Bundesgerichtshof zwar erwähnt, aber in die Entscheidungsfindung nicht weiter einbezieht.¹⁶⁴ Stattdessen wirft er unmittelbar die Testierfreiheit in die Waagschale, die aber eine Einschränkung der Sittenwidrigkeitsfolge angesichts des verfolgten Schutzzwecks nicht trägt.¹⁶⁵ Durch eine zunächst separate Betrachtung aus der Perspektive des Erbrechts und des Gesellschaftsrechts lassen sich Parallelen und Unterschiede zwischen der erbrechtlichen und der lebzeitig-gesellschaftsrechtlichen Beurteilung hingegen präzise erkennen.

Die folgende Untersuchung betrachtet daher die erbrechtlichen und die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen und Grenzen von Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben zunächst einmal getrennt. Der Erste Teil wird sich den erbrechtlichen Grundlagen (§ 2) und Grenzen von Verhaltensvorgaben widmen. Bei den Grenzen richtet sich der Blick insbesondere auf das erbrechtliche Haftungsbeschränkungsrecht (§ 3), das in Fallkonstellationen im Schnittbereich von Erb- und Gesellschaftsrecht traditionell als dogmatisches Hauptproblem gesehen wird. Den zweiten Schwerpunkt bildet hier § 138 Abs. 1 BGB als in der Rechtspraxis wichtigste inhaltliche Grenze von Verhaltensvorgaben von Todes wegen, auch unabhängig von ihrem gesellschaftsrechtlichen Kontext. Bei § 138 Abs. 1 BGB ist mit Blick auf die Selbstverantwortung des zu steuernden Erben zwischen einer Sittenwidrigkeit zum Schutz des Erben (§ 4) und einer Sittenwidrigkeit zum Schutz Dritter oder der Allgemeinheit (§ 5) zu unterscheiden. In § 4 wird vor allem die potenziell auf die Unternehmensnachfolge übertragbare „Druck“-Rechtsprechung anhand allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze kritisch zu hinterfragen sein. § 5 leitet zugleich über zum Zweiten Teil, der gesellschaftsrechtlichen Betrachtung von Grundlagen und Grenzen von Verhaltensvorgaben. Im Mittelpunkt stehen dabei die Reichweite und der Zweck der Grenzen von Einflussnahmen auf Gesellschafterrechte, die für die Unternehmensfortführung unmittelbar von Bedeutung sind, nämlich auf den Fortbestand der Gesellschafterstellung des Nachfolgers (§ 8) und auf dessen Verwaltungsrechte, d. h. sein Stimmrecht, seine Geschäftsführungsbefugnis und seine Vertretungsbefugnis (§ 9).

¹⁶³ BGH NJW-RR 2007, 913, 914 Rn. 12 (II ZR 300/05).

¹⁶⁴ BGH a. a. O. Rn. 9 ff.

¹⁶⁵ Dazu näher u. S. 551 ff.

Der Dritte Teil ist der Synthese der Ergebnisse der erbrechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen Betrachtung gewidmet. Dort wird zunächst die Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit auf Verhaltensvorgaben von Todes wegen zu überprüfen sein, sowohl auf der rechtstechnischen Ebene als auch in teleologischer Betrachtung (§ 11). Dabei wird sich zeigen, dass die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regeln im erbrechtlichen Kontext, anders als die jüngere Rechtsprechung vermuten ließe, außerhalb des Problemfelds kollidierender Haftungsnormen keine Schwierigkeiten bereitet. Normenkollisionen treten nur zwischen den Haftungsregeln auf, also in der Tat nur in dem Bereich, in dem sie traditionell gesehen werden, und nur, soweit es um die Vererbung von Gesellschaftsanteilen als solche, um Vorgaben für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder um die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder Bevollmächtigten geht. Diese Normenkollisionen lassen sich in § 12 auflösen.

Die zunächst separate Betrachtung von Erbrecht und Gesellschaftsrecht mit anschließender Zusammenführung ermöglicht, als kautelarjuristisch interessanten Nebenertrag, auch eine Aussage zur Reichweite von Verhaltensvorgaben von Todes wegen im Vergleich zu Verhaltensvorgaben unter Lebenden, wie sie bei einer vorweggenommenen Erbfolge, also im statistischen Regelfall der Unternehmensnachfolge, vorkommen können. Denn wenn geklärt ist, inwieweit die erbrechtlichen Grenzen von Verhaltensvorgaben von Todes wegen – insbesondere: die Sittenwidrigkeitsprüfung von Verfügungen von Todes wegen – allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen folgen oder auch nicht und inwieweit spezifisch gesellschaftsrechtliche Grenzen der Gestaltungsfreiheit auch auf Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden, lässt sich eine solche Aussage unschwer treffen (§ 13 B.).

Erster Teil

Erbrecht als Grundlage und Grenze von Verhaltensvorgaben

Sind Gesellschaftsanteile vererblich,¹ so finden auf die Vererbung selbst und damit verbundene Verfügungen des Erblassers die erbrechtlichen Vorschriften grundsätzlich Anwendung. Der Erbe erwirbt das Vermögen des Erblassers zunächst einmal so, wie es beim Erbfall besteht. Er tritt in alle materiellen Rechte des Erblassers ein, auch in dessen Rechte als Gesellschafter. Ausgenommen sind nur höchstpersönliche, nicht vererbliche Rechte.² Der Erbe unterliegt auch allen (z. B. gesellschaftsrechtlichen) Beschränkungen, die für den Erblasser galten.

Der Übergang eines Gesellschaftsanteils von Todes wegen kann darüber hinaus Anlass für neue Beschränkungen gegenüber dem Gesellschafter-Erben sein. Insbesondere kann der Erblasser dem Erben Verhaltensvorgaben machen, die darauf abzielen, die Art und Weise, wie das Unternehmen nach seinem Tod weitergeführt wird, zu bestimmen. Dieser Erste Teil der Untersuchung ist der Frage gewidmet, mit welchen erbrechtlichen Mitteln und innerhalb welcher erbrechtlichen Grenzen der Erblasser seinen Erben solche Verhaltensvorgaben machen kann. Spezifisch gesellschaftsrechtliche Fragen bleiben hier noch außer Betracht; sie sind dem Zweiten Teil vorbehalten, der Verhaltensvorgaben gegenüber Gesellschaftern durch Rechtsgeschäft unter Lebenden und deren gesellschaftsrechtliche Grenzen zum Gegenstand hat. Die Zusammenschau der erbrechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze erfolgt im Dritten Teil. Dort wird zu überlegen sein, ob die Eigenlogik des Erbrechts, etwa der Wirkmechanismus von Verfügungen von Todes wegen oder ein besonderer Schutz der Testierfreiheit, Verhaltensvorgaben im erbrechtlichen Kontext weitergehend zulässt als unter Lebenden. Dort werden auch die verbleibenden Konfliktfelder zu umgrenzen und aufzulösen sein.

¹ Dazu o. S. 11 ff.

² Vgl. *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 114. Nicht vererblich sind Sonderrechte eines Gesellschafters, z. B. auf die Geschäftsführung in einer GmbH, wenn sie an die Person eines bestimmten Gesellschafters gebunden sind, Noack/*Servatius*/Haas, § 3 Rn. 49, § 15 Rn. 10.

Verhaltensvorgaben für den Erben durch Verfügung von Todes wegen

Grundlage jeder Verhaltensvorgabe von Todes wegen ist die *Testierfreiheit* des Erblassers als die Freiheit, von Todes wegen „nach freiem Ermessen über sein Vermögen zu verfügen“ und insbesondere die Erbfolge selbstbestimmt zu regeln.¹ Sie ist Ausprägung der *Privatautonomie*,² d. h. des Prinzips der *Selbstbestimmung durch Rechtsgeschäft*. Als solche zeigt die Testierfreiheit erhebliche strukturelle Parallelen zur Privatautonomie unter Lebenden. Vor allem ist auch sie immanent begrenzt durch das Selbstbestimmungsrecht der von der Verfügung unmittelbar Betroffenen, also der Erben und Vermächtnisnehmer. Zugleich folgt die Testierfreiheit anderen Regeln und Mechanismen als die Privatautonomie unter Lebenden, weil Erblasser und Erbe ihr Selbstbestimmungsrecht *notwendig ungleichzeitig* ausüben. Diese Besonderheiten, die eine Verfügung von Todes wegen gegenüber einem Rechtsgeschäft unter Lebenden, insbesondere einem Vertrag, aufweist – das Zustandekommen einer Bindung ohne eine jedenfalls konkludente Einverständniserklärung des Erben, die von §§ 104 ff. BGB abweichende Regelung der Testierfreiheit (§ 2229 BGB), die besonderen erbrechtlichen Auslegungs- (§§ 2066 ff., 2084 BGB) und Anfechtungsregeln (§§ 1949, 1954 ff., 2078 ff. BGB) und mehr – verstellen oftmals den Blick auf die Parallelen.

Anliegen der folgenden Gedanken zum Zusammenspiel von Testierfreiheit und Erbausschlagungsrecht (sogleich unter A.) ist es, diese *strukturellen Parallelen* zur Privatautonomie unter Lebenden herauszuarbeiten. Dazu wird die Testierfreiheit als positiv-rechtlicher Grundsatz des bürgerlichen Rechts und des Verfassungsrechts vorgestellt (unter I.), legitimiert (unter II.) und als Teilbereich der Privatautonomie näher verortet (unter III.). Die Ergebnisse dieser Überlegungen bilden die Grundlage für eine am Selbstbestimmungsprinzip ausgerichtete Bestimmung der Reichweite der Testierfreiheit und damit auch der Reichweite möglicher Verhaltensvorgaben für den Erben, die an späterer Stelle erfolgt.³ Zur präzisen Beurteilung erbrechtlicher Verhaltensvorgaben wird anschließend das erbrechtliche

¹ BGHZ 140, 118, 128 (IV ZB 19/97); vgl. auch BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 (1 BvR 2248/01, Hohenzollern); a. A. (keine umfassende Freiheit des Erblassers) *Papantoniou*, AcP 173 (1973), 385, 394 f.; *Schlüter*, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, S. 575, 582 (dazu noch u. S. 61 ff.).

² Zur Testierfreiheit als Teilbereich der Privatautonomie s. nur BGHZ 123, 368, 377 (IV ZR 231/92); *Belling*, Jura 1982, 625; *Busche*, S. 57 f. (Fn. 74); Staudinger/Otte, Vorb. §§ 1937 ff. Rn. 14; vgl. ferner *H. P. Westermann*, Festschrift Wiegand, S. 661 und Fn. 1; näher u. S. 52 ff.

³ Zu dieser Reichweitenbestimmung s. insbes. u. S. 167 ff.

Instrumentarium der Verhaltenssteuerung zu entfalten sein (dazu unten B.). Abschließend richtet sich der Blick auf die allgemeinen Grenzen, die der Erblasser bei Verfügungen von Todes wegen zu beachten hat (dazu unten C.).

A. Testierfreiheit und Erbausschlagungsrecht

I. Die positiv-rechtliche Anerkennung der Testierfreiheit

1. Die Testierfreiheit im bürgerlichen Recht

a) Der Inhalt der Testierfreiheit

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt den Begriff der Testierfreiheit nur in der im Zuge der Schuldrechtsreform eingefügten⁴ amtlichen Überschrift zu § 2302 BGB. Auch eine allgemeine Regelung zum Prinzip der Testierfreiheit findet sich nicht, anders als noch in § 1753 Abs. 1 des Entwurfs erster Lesung, der die Testierfreiheit allerdings, weil „[d]ie wichtige soziale Frage“ in ihrer Reichweite „noch keineswegs die erforderliche Klärung erfahren [habe]“,⁵ ausdrücklich unter eine Art Gesetzesvorbehalt stellte:

„Der Erblasser kann, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, durch einseitige Verfügung von Todes wegen (letztwillige Verfügung, Testament) über sein Vermögen verfügen.“⁶

Die Kommission für die zweite Lesung hielt eine solche Regelung ohne weitere Begründung für entbehrlich.⁷ Der Inhalt der Testierfreiheit folgt nunmehr aus denjenigen Vorschriften, die die Verfügungen von Todes wegen näher ausgestalten, z. B. den §§ 1937–1941 BGB zur Rechtsform (Testament, Erbvertrag) und zu möglichen Inhalten von Anordnungen des Erblassers (Erbeinsetzung, Enterbung, Vermächtnis, Auflage).

Beides, das Rechtsgeschäft insgesamt und die einzelnen darin enthaltenen Anordnungen, bezeichnet das Gesetz als *Verfügung von Todes wegen*. Verfügung von Todes wegen ist daher zum einen der Oberbegriff für Testament und Erbvertrag (§§ 1937, 1941 BGB).⁸ Zum anderen sind damit – oder mit dem Begriff der Verfügung als Kurzformel (s. z. B. § 2085 BGB) – auch die weiteren Anordnungen gemeint, also Auflage, Vermächtnis, Auseinandersetzungsanordnung, Erbeinsetzung, Enterbung, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und die Wahl des anzuwendenden Erbrechts (vgl. § 2278 Abs. 1, 2, 2300 Abs. 2 BGB).⁹ Dem Be-

⁴ Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Anl. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3170, 3217.

⁵ Mot. V, S. 7, zit. nach *Mugdan*, Bd. 5, S. 3.

⁶ Zit. nach *Mugdan*, Bd. 5, S. I.

⁷ Prot. V, S. 6578, zit. nach *Mugdan*, Bd. 5, S. 710.

⁸ MünchKomm. BGB/*Leipold*, § 1937 Rn. 4.

⁹ Staudinger/*Otte*, Vorb. § 1937 ff. Rn. 4f.; anders die Unterscheidung der „Verfügung von

griff der Verfügung von Todes wegen kommt damit im bürgerlichen Recht eine doppelte Bedeutung zu.¹⁰ In jedem Fall ist eine Verfügung von Todes wegen, anders als eine Verfügung unter Lebenden, nicht „unmittelbar auf Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes gerichtet“.¹¹ Selbst wenn sie, wie die Erbeinsetzung, auf eine Änderung der dinglichen Rechtslage abzielt, führt erst der Erbfall die Rechtsänderung herbei.¹² Diese Änderung kann dann, anders als bei einer Verfügung unter Lebenden, auch die Begründung eines Rechts oder jedenfalls einer Verpflichtung sein. Verfügungen von Todes wegen entziehen sich somit der lebzeitigen Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften.¹³

Grundform ist nach § 1937 BGB die einseitige Verfügung von Todes wegen, das *Testament*, das der Erblasser jederzeit widerrufen kann (§ 2253 BGB). Eine lebzeitige Bindung begründet nur das *gemeinschaftliche Testament* von Ehegatten oder Lebenspartnern (§§ 2265 BGB, 10 Abs. 4 LPartG), an dessen wechselbezügliche Verfügungen der überlebende Ehegatte nach dem Tod des anderen gebunden ist, wenn er nicht das ihm Zugewendete ausschlägt (§ 2271 BGB). Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können auch als vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen durch *Erbvertrag* angeordnet werden (§§ 1941, 2278 BGB), auf die dann die für Testamente geltenden Vorschriften entsprechend anwendbar sind (§ 2279 Abs. 1 BGB). An seine vertragsmäßigen Verfügungen ist der Erblasser mit Abschluss des Erbvertrags gebunden und insoweit in seiner Testierfreiheit – nicht aber in seiner Verfügungsbefugnis unter Lebenden (s. § 2286 BGB) – beschränkt (vgl. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁴ Durch Rechtsgeschäft unter Lebenden kann der Erblasser seine Testierfreiheit dagegen nicht einschränken (§ 2302 BGB).

Die Testierfreiheit kann nur ausüben, wer gemäß § 2229 BGB testierfähig ist. Dies schränkt die Testierfreiheit formal ein, soll aber zugleich ihre tatsächlichen Voraussetzungen sichern und insbesondere den Erblasser vor Einflussnahmen Dritter schützen.¹⁵ Die *tatsächliche Selbstbestimmung des Erblassers* bei der Entscheidung, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder auch nicht zu errichten, die materiale Testierfreiheit,¹⁶ ist sehr weitgehend gewährleistet. Der Erblasser kann sein Testament geheim halten. Eine Verfügung von Todes wegen kann auch wegen eines bloßen Motivirrtums des Erblassers angefochten werden (§ 2078

Todes wegen“ (Rechtsgeschäft als Ganzes) von der erbrechtlichen „Verfügung“ (einzelne Bestimmung) bei *Lange/Kuchinke*, § 16 II 1 (S. 327), die aber mit §§ 2278 Abs. 1, 2300 Abs. 2 BGB nicht vereinbar ist.

¹⁰ S. Thielmann, S. 112 Fn. 115; Muscheler, Erbrecht I, Rn. 142.

¹¹ So die viel zitierte Definition der „Verfügungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ – richtigerweise: der lebzeitigen Verfügungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs – in BGHZ 37, 203, 207 (V ZB 2/62).

¹² S. MünchKomm. BGB/Leipold, § 1937 Rn. 5.

¹³ Zu den Auswirkungen näher Kroppenberg, S. 120 ff.

¹⁴ MünchKomm. BGB/Musielak, Vor § 2274 Rn. 2 f.

¹⁵ MünchKomm. BGB/Sticherling, § 2229 Rn. 1.

¹⁶ Zum Begriff der Materialisierung – dort bzgl. der Vertragsfreiheit – insbes. Canaris, AcP 200 (2000), 273, 277 f.

Abs. 2 BGB),¹⁷ entweder nach dem Erbfall (s. § 2080 Abs. 1 BGB) oder, wenn der Erblasser seine Verfügung wegen lebzeitiger Bindung nicht frei widerrufen kann, vor dem Erbfall durch den Erblasser selbst (§ 2281 BGB¹⁸). Bei der Auslegung des Testaments ist allein der Erblasserwille ohne Rücksicht auf den Verständnishorizont des – rechtlich ohnehin nicht vorhandenen – Empfängers heranzuziehen (§ 133 BGB).¹⁹ § 14 Abs. 1 und 5 HeimG und die entsprechenden Regelungen der Landesheimgesetze²⁰ schließlich verbieten erbvertragliche Zuwendungen von Heimbewohnern an Träger oder Beschäftigte des Heims stets und testamentarische Zuwendungen jedenfalls dann, wenn der Bedachte zu Lebzeiten des Heimbewohners Kenntnis von seiner Einsetzung erlangt hat, auch dies unter anderem mit dem Ziel, Einflussnahmen auf Heimbewohner zu verhindern.²¹ Eine Zuwendung von Todes wegen, die gegen § 14 HeimG verstößt, ist nach § 134 BGB nichtig.²²

b) Testierfreiheit und Familienerbrecht

Die Testierfreiheit gehört neben dem Familienerbrecht zu den *materialen Prinzipien des deutschen Erbrechts*.²³ Das Familienerbrecht spricht den nächsten Angehörigen eine Beteiligung am Nachlass oder am Nachlasswert zu, unabhängig von ihrer Bedürftigkeit. Soweit es zwingend gilt, tritt es in Widerspruch zur Testierfreiheit, aufgrund derer der Erblasser über sein Vermögen von Todes wegen an und für sich selbst bestimmen kann.

Notwendige Voraussetzung beider Prinzipien ist das *Privaterbrecht*, welches bewirkt, dass das Vermögen einer Person mit deren Tod in die Hände anderer Pri-

¹⁷ Kritisch hierzu (unzureichender Schutz des Erblassers vor Beeinflussung) Rötbel, AcP 210 (2010), 32, 59 ff.

¹⁸ Zur analogen Anwendung auf die Anfechtung bindend gewordener wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament MünchKomm. BGB/Leipold, § 2080 Rn. 3.

¹⁹ S. nur MünchKomm. BGB/Leipold, § 2084 Rn. 8.

²⁰ Seit der Föderalismusreform sind die landesrechtlichen Vorschriften anzuwenden, z. B. § 16 des baden-württembergischen Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetzes – WTPG, das das Verbot zudem auf ambulante Wohngemeinschaften erstreckt; umfassende Nachw. z. B. bei Staudinger/Otte, Vorb. §§ 2064 ff. Rn. 133.

²¹ H. M., z. B. BGH NJW 2012, 155 f. (IV ZB 33/10); BayObLG NJW 1993, 1143, 1144 (1Z BR 73/92) und darauf gründend BVerfG NJW 1998, 2964, 2965 (1 BvR 434/98, Testierverbot im Heimgesetz); MünchAH ErbR/Malitz, § 7 Rn. 9 m. weit. Nachw.; weitergehend (Verbot jeder testamentarischen Zuwendung, auch ohne Kenntnis des Bedachten) z. B. Sagmaister ZEV 2012, 99, 100; Ludyga, NZS 2013, 201, 202; zur Zielsetzung des § 14 HeimG auch Begr. RegE, BT-Drucks. 11/5120, S. 17.

²² BGHZ 110, 235, 240 (V ZR 139/88); BGH NJW 2012, 155 (IV ZB 33/10); BayObLGZ 1991, 251, 254 f. (BReg. 1 a Z 3/90); MünchAH ErbR/Malitz, § 7 Rn. 9.

²³ Staudinger/Otte, Einl. ErbR Rn. 50 ff. u. (unter Einbeziehung der Gesamtrechtsnachfolge als eines rechtstechnischen Grundsatzes) Kipp/Coing, § 1 II (S. 4); unter Einbeziehung auch des Privaterbrechts (dazu sogl. im Text) Muscheler, Universalsukzession, S. 1 u. MünchKomm. BGB/Leipold, Einl. ErbR Rn. 8; unter Einbeziehung auch der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) Leipold, AcP 180 (1980), 160, 162; unter Einbeziehung weiterer, rechtstechnischer Grundsätze Muscheler, Erbrecht I, Rn. 289 ff.; zur Testierfreiheit BGHZ 111, 36, 39 (IV ZR 169/89) u. 123, 368, 371 (IV ZR 231/92).

vatpersonen übergeht.²⁴ Der Staat erbt nur, wenn weder ein Testamentserbe noch ein Verwandter, Ehegatte oder Lebenspartner vorhanden ist (§ 1936 BGB). Das Privaterbrecht ist die zwar nicht zwingende, aber ökonomisch und sozial sinnvolle Konsequenz der Anerkennung von Privateigentum.²⁵

aa) Testierfreiheit und Familienerbrecht im rechtsvergleichenden und rechtsgeschichtlichen Überblick

Im rechtsvergleichenden Überblick finden sich vielfach beide Prinzipien, deren Kollision in unterschiedlicher Weise gelöst wird. Teils werden die Angehörigen durch ein materielles Noterbrecht neben dem Erben dinglich am Nachlass beteiligt, so beispielsweise nach italienischem (*quota di riserva*, Art. 536 ff. Codice civile), französischem (*réserve héréditaire*, Art. 912 ff. Code civil) oder Schweizer Recht (Pflichtteil, Art. 471 ff. ZGB).²⁶ Der Erblasser kann dann nur über denjenigen Teil seines Vermögens wirksam von Todes wegen verfügen, der nicht pflichtteilsgebunden ist. Seine Testierfreiheit ist rechtlich beschränkt. In anderen Rechtsordnungen erhalten die Angehörigen statt einer dinglichen Beteiligung am Nachlass nur einen Zahlungsanspruch gegen die Erben in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des Nachlasswerts, so beispielsweise in Österreich (§§ 762 ff. ABGB).²⁷ Der Erblasser kann dann rechtlich über den ganzen Nachlass von Todes wegen verfügen. Die Pflichtteilsansprüche ziehen der Testierfreiheit (nur) eine wirtschaftliche Grenze. Andere Rechtsordnungen wiederum verzichten sowohl auf ein Noterbrecht als auch auf Pflichtteilsansprüche und beteiligen die Angehörigen nicht zwingend am Nachlass, so beispielsweise das Erbrecht in England und Wales, das aber immerhin den Angehörigen das Recht einräumt, bei Gericht ihre Versorgung aus dem Nachlass (*family provision*) zu beantragen, wenn ihr Unterhalt nicht auf andere Weise gesichert ist.²⁸

Die beiden Vorgängerordnungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das germanische und das römische Recht, näherten sich der Problematik von entgegengesetzten Ausgangspunkten. Das *germanische Recht* sah als Träger von Rechten und

²⁴ *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 292; MünchKomm. BGB/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 9; zu möglichen Argumenten gegen ein Privaterbrecht s. die Darstellung von *Schröder*, z. B. S. 174 ff., 341 ff., 425 ff.

²⁵ Zur Begründung des privaten Erbrechts näher *Muscheler*, a. a. O., Rn. 5 ff. und umfassend *Dutta*, S. 151 ff. (insbes. S. 170 ff. zu den Grenzen empirischer ökonomischer Forschung bei der Feststellung der Vererbungsmotive); zur Diskussion um die Legitimation des Privaterbrechts grdl. *Röthel*, AcP 220 (2020), 19 ff. m. zahlr. Nachw.

²⁶ Näher *Süß/Cubeddu/Wiedemann/Wiedemann*, Italien Rn. 121 ff.; *Süß/Döbereiner*, Frankreich Rn. 116 ff.; zum Schweizer Recht *Hausheer/Aebi-Müller*, in: Henrich/D. Schwab, S. 213, 218 ff.

²⁷ Näher *Süß/Haunschmidt*, Österreich Rn. 46 ff.

²⁸ Näher *Süß/Odersky*, Großbritannien: England und Wales Rn. 67. Der BGH hat mit Urteil v. 29.6.2022 (IV ZR 110/21, Rn. 22 ff.) in der Anwendung englischen Erbrechts auf einen Fall mit hinreichend starkem Inlandsbezug jüngst einen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* gesehen, wenn nach englischem Recht kein bedarfsunabhängiger Pflichtteilsanspruch eines Kindes bestand.

Pflichten ursprünglich den Familienverband als Gemeinschaft der lebenden, verstorbenen und noch ungeborenen Familienangehörigen an. Starb ein Mitglied, so änderte dies nichts an der Zuordnung des Familienvermögens zum Verband. Ein (Familien-)Erbrecht war weder erforderlich noch vorstellbar.²⁹ Die Frage nach der Testierfreiheit stellte sich erst recht nicht. Nach der Anerkennung individueller Eigentumsrechte galt zunächst für Grundvermögen auf dem Land ein reines, nur bei Zustimmung aller Erben dispositives Familienerbrecht, während der Einzelne über sein bewegliches Vermögen, in den Städten teils auch über Grundvermögen, von Todes wegen frei verfügen konnte.³⁰ Das Preußische Allgemeine Landrecht ging dann vom Grundsatz der Testierfreiheit aus (§ 1 I 12, § 383 II 2 ALR), eingeschränkt durch ein nach der Zahl der Kinder gestaffeltes Pflichtteilsrecht (§§ 391, 392 II 2 ALR) und in Norddeutschland durch das Anerbenrecht bei der Hofnachfolge.³¹

In der deutschen Rechtsphilosophie blieben die Skepsis gegenüber der Testierfreiheit und das Misstrauen gegenüber dem Erblasser aber bestehen. Insbesondere *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* spricht der Testierfreiheit die sittliche Grundlage weitgehend ab, weil die Willkür des Einzelnen dem Recht der Familie sittlich untergeordnet sei.³² Dies gelte nicht nur für testamentarische Verfügungen zugunsten Familienfremder, sondern auch für die nur „höchst beschränkt“ zulässigen Unterscheidungen zwischen den „natürlichen Erben“, deren „Liebe, Verehrung gegen ihr ehemaliges Mitglied“ der wichtigste Grund dafür sei, Testamenten überhaupt Bedeutung zuzuschreiben.³³ Vorrang habe vielmehr das Erbrecht der Familienangehörigen, die nach Auflösung der Familie durch den Tod der Eltern „in den eigentümlichen Besitz des *an sich* gemeinsamen Vermögens“ einträten.³⁴ Aus *Hegels* Sicht ist also, wie im frühen germanischen Recht, schon nicht der Einzelne, sondern die Familie als „rechtliche Person gegen andere“ die wahre Eigentümerin des Familienvermögens.³⁵ Auch *Otto von Gierke* betont unter ausdrücklicher Berufung auf die germanische Rechtstradition das Primat der gesetzlichen Erbfolge vor der Testierfreiheit und die Beschränkung der Testierfreiheit auf die Ausgestal-

²⁹ Zum Ganzen *H. Hattenhauer*, S. 204 f.

³⁰ A. a. O., S. 207 f.

³¹ A. a. O., S. 210. Infolge des Anerbenrechts ging ein Hof ungeteilt auf einen einzigen Nachfolger über, der die übrigen Abkömmlinge abzufinden hatte. Entsprechende Regelungen finden sich noch in der für Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein geltenden Höfeordnung (§§ 4, 12 HöfeO), wobei der Erblasser hier den Hoferben frei bestimmen (§ 7 I HöfeO) und die Sondererbfolge in den Hof durch lebzeitige Aufhebung der Hofeigenschaft (§ 1 IV HöfeO) verhindern kann.

³² *Hegel*, § 180 Anm. (S. 161 f.) in polemischer Ablehnung der Testierfreiheit römischer Prägung (zu dieser sogleich im Text); zum Hegelschen Standpunkt auch *Schröder*, S. 437 ff.

³³ *Hegel*, §§ 179, 180 und Anm. (S. 161 f.).

³⁴ A. a. O., § 178 (S. 160) (Hervorh. im Orig.).

³⁵ A. a. O., § 171 (S. 157); vgl. den Gedanken der „Treuhänderfunktion im Verhältnis zu nachfolgenden Generationen“ bei *Ulmer* ZIP 2010, 805, 813 zur Begründung eines Vorrangs des „Gemeinschaftsinteresse[s] an der Fortführung des Familienunternehmens“ vor den finanziellen Einzelinteressen der (gegenwärtigen) Gesellschafter.

tung der gesetzlichen Erbfolge.³⁶ Der Gedanke, dass die Testierfreiheit allein der sachgerechten Anpassung der gesetzlichen Regelungen an die besonderen Erfordernisse des Einzelfalles diene, findet sich als Begründung einer immanenten Beschränkung der Testierfreiheit oder als Argument für die Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen auch im heutigen Schrifttum.³⁷

Das *römische Recht* ging demgegenüber vom Grundsatz der Testierfreiheit ohne die Berücksichtigung von Angehörigeninteressen aus. Der Einzelne war, wenn er nicht mehr der väterlichen Hausgewalt unterlag, rechtsfähig und sein Wille auch nach seinem Tod rechtsverbindlich.³⁸ Ein Testament war daher zulässig, nach römisch-rechtlicher Dogmatik als lebzeitiger Vertrag auf den Todesfall, der die lebzeitige Verfügungsbefugnis des Erblassers unberührt ließ und durch den der Erblasser sein Vermögen im Zuge einer Scheinveräußerung (*mancipatio nummo uno*) einem Treuhänder (*familiae emptor*) übertrug. Dieser hatte es dann entsprechend den Anweisungen des Erblassers – eigentlich: des Veräußerers – zu verteilen.³⁹ Der Erblasser konnte die gesetzlichen Erben dabei vollständig enterben, sofern dies ausdrücklich und unter Verwendung der vorgeschriebenen Formulierung geschah.⁴⁰ Erst ab den Zeiten der späten Republik unterzog man Testamente einer Inhaltskontrolle – nach hier zugrunde gelegtem Verständnis: einer hoheitlichen Überprüfung und gegebenenfalls Untersagung des Rechtsgeschäftsinhalts im Einzelfall⁴¹ – und erklärte sie, wenn sie deutlich gegen die herrschende Sozialmoral verstießen, wegen Testierunfähigkeit des Erblassers für unwirksam, wobei eine Enterbung der Kinder bis zu einer gewissen Höhe, die im Laufe der Zeit abgesenkt wurde, zulässig blieb.⁴² Für den übrigen Teil galt also ein Pflichtteilsrecht.

bb) Testierfreiheit und Familienerbrecht im bürgerlichen Recht

Im bürgerlichen Recht kommt das Familienerbrecht neben dem Grundsatz der Testierfreiheit in zweierlei Hinsicht zum Tragen. Zum einen liegt es der *gesetzlichen Erbfolge* der Verwandten und des Ehegatten oder Lebenspartners zugrunde (§§ 1924 ff. BGB, § 10 Abs. 1 LPartG). Die Gefahr eines Konflikts mit der Testierfreiheit besteht hier nicht, weil die gesetzliche Erbfolge definitionsgemäß nur eintritt, soweit der Erblasser nicht von Todes wegen anderweitig verfügt hat. Zum an-

³⁶ S. v. Gierke, Soziale Aufgabe, S. 39, nach dem „die dem Einzelwillen eingeräumte Verfügungsmacht [...] nur die Bestimmung hat, die gesetzliche Regel konkret auszugestalten und [...] durch eine den Umständen nach geeignetere Anordnung zu ersetzen.“ Nur in der Familienerbfolge nämlich liege „die unvergleichlich werthvolle soziale Funktion, liegt die unvergängliche innere Berechtigung des Erbrechts.“

³⁷ S. zum Ansatz Dieter Leipolds sogl. auf S. 43; ferner u. S. 61 ff.

³⁸ Vgl. D. Liebs, S. 121.

³⁹ Zum Ganzen a. a. O., S. 138 f.

⁴⁰ A. a. O., S. 141 f.

⁴¹ Enger als hier – Inhaltskontrolle nur als Angemessenheitskontrolle (§§ 242, 307 BGB) mit dem Ziel der Aufrechterhaltung des Vertrags – Lieb, AcP 178 (1978), 196, 213; Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), 1, 4 f.; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 6; Hey, S. 139 f.

⁴² D. Liebs, S. 144 f.

deren sichert es in Gestalt des *Pflichtteilsrechts* dem Ehegatten oder Lebenspartner und den nächsten Verwandten die Hälfte des Wertes ihres gesetzlichen Erbteils auch gegen den Willen des Erblassers (§§ 2303 ff. BGB, 10 Abs. 6 LPartG) und bildet damit eine wirtschaftliche Grenze der Testierfreiheit.⁴³

Auch das innere Verhältnis zwischen Testierfreiheit und Familienerbrecht ist differenziert zu beurteilen. Insbesondere hat der historische Gesetzgeber die gesetzliche Erbfolge der gewillkürten in §§ 1924 ff. BGB nicht deshalb vorangestellt, weil dem Familienerbrecht irgendein ethischer Vorrang zukommen sollte, sondern um den aus der umgekehrten Reihenfolge des ersten BGB-Entwurfs abgeleiteten Anschein, der Gesetzgeber gründe die gesetzliche Erbfolge auf den mutmaßlichen Erblasserwillen, zu vermeiden.⁴⁴ Die heute überwiegende Ansicht führt die gesetzliche Erbfolge dennoch auf den *mutmaßlichen Willen des Erblassers* zurück,⁴⁵ wobei dieser normativ geprägt sein, d. h. auch an *Kriterien materialer Gerechtigkeit* ausgerichtet werden kann. So mag das gesetzliche Erbrecht nichtehelicher Kinder nach dem Vater jedenfalls bei seiner Einführung gerade nicht einem aus tatsächlich verbreiteten Überzeugungen abgeleiteten mutmaßlichen Erblasserwillen entsprochen haben, sondern dem, was ein „gerechter“ Erblasser verfügt hätte.⁴⁶ Für die Begründung der gesetzlichen Erbfolge mit dem mutmaßlichen Erblasserwillen spricht ganz entscheidend, dass sich bei der Erbfolge der erklärte Erblasserwille gegenüber der gesetzlichen Erbfolge durchsetzt.⁴⁷ Auf der anderen Seite leitet insbesondere *Dieter Leipold* in germanischer Rechtstradition „[d]as gesetzliche Erbrecht ... in erster Linie aus der allgemeinen Rechtsüberzeugung von der Gerechtigkeit einer Rechtsnachfolge des Ehegatten und der Familie“ her.⁴⁸

Die beiden Positionen zur Legitimation der gesetzlichen Erbfolge, materiale Gerechtigkeit bzw. mutmaßlicher Erblasserwille, stehen in einem Spannungsverhältnis, sind aber weniger gegensätzlich, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Die Regelungen zur gesetzlichen Erbfolge lösen für den Fall, dass der Erblasser keine abweichende Verfügung von Todes wegen errichtet hat, den Konflikt zwischen den

⁴³ Dazu noch u. S. 124 ff.; gegen eine Legitimation des Pflichtteilsrechts aus dem Gedanken des Familienerbrechts *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3, 19.

⁴⁴ Zur Kritik s. nur v. *Gierke*, Entwurf, S. 505 ff.; Überblick über die Diskussion bei *H.-G. Mertens*, S. 38 ff.

⁴⁵ *Firsching*, JZ 1972, 449, 454; *Lindacher*, FamRZ 1974, 345; *Foerster*, AcP 213 (2013), 173, 187; *Dutta*, S. 13 ff., 155 f.; *Soergel/Stein*, Einl. ErbR Rn. 69; *Staudinger/Werner*, Vorb. §§ 1924 ff. Rn. 1; *Lange/Kuchinke*, § 1 III (S. 5); *Muscheler*, Erbrecht I, § 12 (Rn. 321 f.); zu entsprechenden Umfrageergebnissen schon *Stöcker*, FamRZ 1971, 609, 610 f.

⁴⁶ *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244, 303; *Röthel*, in: *Lipp/Röthel/Windel*, S. 85, 99 f. m. weit. Nachw.

⁴⁷ *A. A. Kroppenberger*, S. 20, die darin eine nur „kollisionsrechtlich[e]“ Lösung des Konflikts zwischen gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge sieht; ungerechtfertigt auch der mit dem Pflichtteilsrecht begründete Vorwurf eines „grundlegenden inneren Widerspruch[s]“ bei *Staudinger/Otte*, Einl. ErbR Rn. 52, weil das Pflichtteilsrecht nichts daran ändert, dass sich bei der Erbfolge der Erblasserwille durchsetzt.

⁴⁸ So MünchKomm. BGB/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 14; vgl. schon *ders.*, AcP 180 (1980), 160, 195 f.; s. auch *Staudinger/Otte*, Einl. ErbR Rn. 52 („Wahrung der Familiengebundenheit des Vermögens“).

Interessen all derjenigen, die als gesetzliche Erben in Betracht kommen könnten, zugunsten der nächsten Angehörigen. Der Gesetzgeber kann den Inhalt dieser Regelungen, weil es nicht um bloße Ordnungsvorschriften geht, nicht unter Beachtung des verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens beliebig festlegen, sondern muss sie, ebenso wie sonstiges dispositives Recht, auf ein material gerechtes oder jedenfalls zweckmäßiges⁴⁹ Ergebnis hin ausrichten.⁵⁰ „Eine sachgerechte Ausgestaltung der gesetzlichen Erbfolge“ setzt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts voraus, „daß sie aus objektiver Sicht dem Interesse eines verständigen Erblassers entspricht“.⁵¹ Hier nur auf die Interessen des Erblassers abzustellen und nicht auf diejenigen anderer oder der Allgemeinheit ist folgerichtig, weil der Erblasser durch einseitiges Rechtsgeschäft von der gesetzlichen Erbfolge abweichen kann.⁵² Was wiederum den Erblasserinteressen entspricht, lässt sich in einer auf dem Grundsatz der Privatautonomie aufbauenden Rechtsordnung vor allem anhand des typischen Willens der jeweils Betroffenen ermitteln, nicht durch rein statistische Methoden,⁵³ aber jedenfalls in normativer Bewertung der Mehrheitsanschauungen. Umgekehrt bemisst sich der mutmaßliche Erblasserwille danach, wie der Erblasser bei objektiver Berücksichtigung der Gesamtumstände testiert hätte, also, wenn keine Anhaltspunkte für den Wunsch nach einer anderen Nachfolgeregelung vorliegen, nach seinen objektiv zu wägenden Interessen.⁵⁴ Die Erblasserinteressen als Maßstab der materialen Gerechtigkeit der gesetzlichen Erbfolge und der mutmaßliche Erblasserwille stehen in einer Wechselbeziehung.

Problematisch ist allerdings die Schlussfolgerung, die *Leipold* aus seiner Begründung der gesetzlichen Erbfolge mit ihrer materialen Gerechtigkeit zieht: Eine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende rechtsgeschäftliche Regelung – „die Entziehung eines gesetzlichen Erbrechts“ – sei „kein wertfreier Vorgang“, sondern bedürfe „an sich der besonderen Rechtfertigung ... (nur dass eben diese Rechtfertigung grundsätzlich dem Ermessen des Erblassers untersteht)“.⁵⁵ Die Testierfreiheit solle nicht die Verwirklichung des autonomen Erblasserwillens gewährleisten, sondern

⁴⁹ So die Einschränkung bei *Steindorff*, Festschrift L. Raiser, S. 621, 625.

⁵⁰ *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 317 u. näher S. 330 ff., 335 ff.; zum Spannungsverhältnis zwischen materialer Gerechtigkeit und hypothetischem Parteiwillen bei der Frage nach der Rechtfertigung dispositiven Rechts *Möslein*, S. 117.

⁵¹ BVerfGE 91, 346, 360 (1 BvR 720/90, Hofzuweisung).

⁵² Skeptisch gegenüber dem Regelungspotential einer vom mutmaßlichen Erblasserwillen abweichenden gesetzlichen Erbfolge daher *Dutta*, S. 15 ff.; s. aber auch das umgekehrte Argument bei *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244, 303, dass ein gesetzliches Erbrecht nichtehelicher Kinder auch gegen den „Willen des durchschnittlichen Erblassers“ gerechtfertigt sei, weil dieser anders testieren könne.

⁵³ So aber *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 192 ff., der in einem nicht tragfähigen Sein-Sollens-Schluss die gesetzliche Erbfolge unter anderem damit rechtfertigt, dass die Mehrzahl der Testamente (tatsächlich) nicht von ihr abweiche; gegen eine solche Art der Argumentation grundlegend *Hume*, Book 3, Part 1, Sect. 2 (S. 293 ff., insbes. S. 302).

⁵⁴ Vgl. für die Ableitung des mutmaßlichen Willens des Geschäftsherrn aus dessen Interessen BGHZ 47, 370, 374 (VII ZR 326/64).

⁵⁵ MünchKomm. BGB/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 21; ähnlich schon *ders.*, AcP 180 (1980), 160, 195; ablehnend *Seibert*, S. 123.

nur dazu dienen, die im Allgemeinen als gerecht empfundene gesetzliche Familienerbfolge den Besonderheiten des Einzelfalles anzupassen.⁵⁶ Dies öffnet den Weg zu einer richterlichen Inhaltskontrolle jeder letztwilligen Verfügung – nach Ansicht *Leipolds* am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB – darauf hin, ob eine Übergehung der gesetzlichen Erben im Einzelfall sachlich gerechtfertigt ist oder ob „der Erblasser bei der individuellen Beurteilung und Entscheidung die Grenzen des ihm mit der Testierfreiheit eingeräumten Ermessens in nicht mehr vertretbarer Weise überschritten hat“.⁵⁷ Die Testierfreiheit beinhaltet aber insbesondere das Recht, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen. Ihre Ausübung kann nicht deswegen unwirksam sein, *weil* sie von der gesetzlichen Erbfolge abweicht.

Die gesetzliche Lösung ist daher eine andere. Treten Testierfreiheit und Familienerbrecht im Einzelfall in Konflikt, weil der Erblasser seine nächsten Angehörigen enterbt oder in zu geringem Umfang bedacht hat, so findet ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen und der sie repräsentierenden erbrechtlichen Prinzipien durch das *Pflichtteilsrecht* statt. Das Interesse der Familie wird dadurch gewahrt, dass die Hälfte des Nachlasses auch gegen den erklärten Willen des Erblassers wertmäßig den Pflichtteilsberechtigten zugeordnet und damit der Testierfreiheit wirtschaftlich entzogen wird, wenn nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Pflichtteilsentziehung (§ 2333 BGB) gegeben sind. Dies trägt dem Gedanken Rechnung, dass der Erwerb, die Erhaltung und die Nutzung von Vermögenswerten auf der Mitwirkung aller Familienmitglieder beruhen und die Angehörigen deswegen aus Gründen der materialen Gerechtigkeit nach dem Tod des Vermögensinhabers grundsätzlich zwingend am Nachlass zu beteiligen sind.⁵⁸ Das Familienerbrecht erweist sich insofern als eigenständiger erbrechtlicher Grundsatz neben der Testierfreiheit, als Verwirklichung eines sittlichen Prinzips⁵⁹ mit gegenüber dem Erblasserwillen selbstständigem *Gerechtigkeitswert*.⁶⁰ Weil aber den Erfordernissen der Gerechtigkeit durch das zwingende Pflichtteilsrecht Genüge getan ist, kann auf der anderen Seite dem Erblasserwillen bei der Bestimmung des Erben den Vorrang eingeräumt werden (§ 1937 BGB). Nur wenn der wahre Erblasserwille nicht feststellbar ist, kommt der mutmaßliche Wille, welcher der gesetzlichen Erbfolge zugrunde liegt, zum Zuge. Bei der dinglichen Zuordnung des Nachlasses, der Erbfolge, kommt also der Testierfreiheit gegenüber dem Familienerbrecht der Vorrang zu, bei der wertmäßigen Zu-

⁵⁶ MünchKomm. BGB/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 19; zu den entsprechenden Überlegungen v. *Gierkes* o. S. 41 Fn. 36.

⁵⁷ MünchKomm. BGB/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 21; zu *Leipolds* Ansatz s. im Kontext der Sittenwidrigkeitsprüfung noch u. S. 215 f.

⁵⁸ Staudinger/*Otte*, Einl. ErbR Rn. 51 und ihm folgend BVerfGE 112, 332, 352 f. (1 BvR 1644/00 u. a., Pflichtteil); ferner MünchKomm. BGB/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 13 f.

⁵⁹ *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 327; ebenso BGH NJW 1983, 674, 675 (IVa ZR 83/81).

⁶⁰ Nur insofern zutreffend MünchKomm. BGB/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 14; anders die Überlegungen des Redaktors der Ersten Kommission für das Erbrecht, der das Pflichtteilsrecht auf eine – willentliche – Selbstbindung des Erblassers durch Heirat und Zeugung von Kindern zurückführte, s. *H.-G. Mertens*, S. 84.

ordnung des Nachlasses dem Familienerbrecht in seiner Ausprägung als Pflichtteilsrecht.

2. Die Testierfreiheit im Verfassungsrecht

Die Testierfreiheit ist nicht nur Grundprinzip des bürgerlichen Erbrechts, sondern durch die *Erbrechtsgarantie* in Art. 14 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG auch verfassungsrechtlich gewährleistet.⁶¹ Sie ist sogar „bestimmendes Element“ der Erbrechtsgarantie.⁶² Allerdings schützt das Verfassungsrecht, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Pflichtteilsentziehung festgestellt hat, nicht nur die Testierfreiheit, sondern in Art. 14 Abs. 1 S. 1 Var. 2 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG auch die zwingende und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Beteiligung am Nachlass, d. h. das Pflichtteilsrecht, jedenfalls mit Blick auf die Kinder des Erblassers.⁶³

Die Zusammenfassung von Eigentums- und Erbrechtsgarantie im selben Grundgesetzartikel – anders als zuvor in der WRV (s. dort Art. 153 und 154) – ist Ausdruck des engen sachlichen Zusammenhangs der beiden Grundrechte:

„Das Erbrecht hat die Funktion, das Privateigentum als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung [...] mit dem Tod des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern.“⁶⁴

⁶¹ Grundlegend BVerfGE 67, 329, 341 (1 BvR 513/78, Höferecht); aus jüngerer Zeit z. B. BGHZ 111, 36, 39 (IV ZR 169/89); BGH NJW-RR 2009, 1455, 1456 Rn. 21 (IV ZR 202/07); BVerfG NJW 2011, 366, 367 Rn. 17 (1 BvR 3196/09); ebenso die h. L., z. B. Stern/Sachs/Dietlein, Staatsrecht IV/1, § 113 XI 4 a (S. 2324f.); Leisner, in: Isensee/Kirchhof, HStR VIII, § 174 Rn. 18f.; a. A. (Art. 14 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) Busche, S. 58 Fn. 74; wiederum a. A. (Art. 2 Abs. 1 GG) Kroppenberg, S. 165, 166 ff.; Lange/Kuchinke, § 2 IV 2 b (S. 26); für eine jedenfalls stärkere Einbeziehung des Art. 2 Abs. 1 GG Reimann, Festschrift Spiegelberger, S. 1095, 1097.

⁶² BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 (1 BvR 2248/01, Hohenzollern).

⁶³ BVerfGE 112, 332, Ls. 1 u. 348 (1 BvR 1644/00 u. a., Pflichtteil); zuvor schon z. B. Boehmer, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, S. 401, 417. Das Pflichtteilsrecht der Kinder wird deswegen in Teilen des Schrifttums zum *ordre public* gezählt, der sich auch gegenüber dem im Einzelfall anwendbaren ausländischen Recht durchsetzt (Art. 6 EGBGB) (s. Thonemann, ErbStB 2011, 139, 142f.). Teils wird dies auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen das ausländische Recht nicht nur keine generelle Beteiligung der nächsten Angehörigen am Nachlass vorsieht, sondern – anders als beispielsweise das englische und walisische Recht mit der Möglichkeit einer *family provision* (s. o. S. 39) – auch eine Beteiligung aufgrund ihrer Bedürftigkeit im Einzelfall ausschließt (so Röthel, Festschrift v. Hoffmann, S. 348, 358f.). Weil das Bundesverfassungsgericht allerdings gerade die „bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass“ als grundrechtlich gewährleistet ansieht (s. nochmals BVerfGE 112, 332, Ls. 1 und 348 (1 BvR 1644/00 u. a., Pflichtteil), dürfte schon die Nichtgewährung eines bedarfsunabhängigen Pflichtteils- oder Noterbrechts gegen den *ordre public* verstoßen (s. Art. 6 S. 2 EGBGB), auch dann, wenn die Gerichte im Einzelfall eine bedarfsabhängige Beteiligung zuerkennen können; so jetzt auch BGH v. 29.6.2022, IV ZR 110/21 (Rn. 22ff.) jedenfalls in Fällen mit starkem Inlandsbezug.

⁶⁴ BVerfGE 91, 346, 358 (1 BvR 720/90, Hofzuweisung); fast wortgleich BVerfG NJW-RR 2010, 156 Rn. 14 (1 BvR 909/08, Testamentsvollstreckungsdauer).

Die verfassungsrechtlich geschützte Testierfreiheit stellt sich damit als Erweiterung der Eigentümerbefugnisse, als „Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus“ dar⁶⁵ und umfasst

„die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlich vorgesehenen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlaßbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken.“⁶⁶

Das Eigentumsrecht gewährleistet indes nicht nur die Befugnis, über das Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne zu verfügen, sondern auch die Befugnis, sich gegen entsprechende Leistungen der anderen Seite zu einer solchen Verfügung zu verpflichten⁶⁷ und damit das Eigentum als Grundlage selbstbestimmter Lebensführung zu nutzen (*dominium*).⁶⁸ Entsprechend soll auch die Testierfreiheit „ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie [gemeint ist: der Vertragsfreiheit] der *Selbstbestimmung des Einzelnen* im Rechtsleben [dienen]“⁶⁹ und nicht allein der Güterzuordnung. Diese Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung gilt es für die Frage nach der Reichweite der zivilrechtlichen Testierfreiheit im Blick zu behalten. Anders als das Eigentumsrecht ist die Testierfreiheit zudem nicht einmal sozialpflichtig (s. Art. 14 Abs. 2 GG).

Gegenüber dem Verfassungsrecht kommt der Ausgestaltung der Testierfreiheit im bürgerlichen Recht Erkenntnisvorrang zu, soweit die Verfassung keine inhaltlichen Vorgaben macht.⁷⁰ Art. 14 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG bedarf der einfachgesetzlichen Ausgestaltung⁷¹ und überlässt seine Konkretisierung in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich dem Gesetzgeber,⁷² der sie beim Inkrafttreten des Grundgesetzes auch längst vorgenommen hatte. Die Erbrechtsgarantie umfasst nicht das gesamte bürgerliche Erbrecht, sondern nur „die im bürgerlich-rechtlichen Erbrecht verankerten essentiellen Ordnungsprinzipien und Grundstrukturen“, vor

⁶⁵ BVerfGE 91, 346, 358 (1 BvR 720/90, Hofzuweisung); zustimmend z. B. *Busche*, S. 58f. (Fn. 74); *Gutmann*, S. 208. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts könnte die Testierfreiheit bei Fehlen einer besonderen Erbrechtsgarantie daher „schon als Ausfluss der Eigentumsfreiheit angesehen werden“, s. BVerfGE 112, 332, 349 (1 BvR 1644/00 u. a., Pflichtteil); gegen eine Parallelisierung von Eigentum und Erbrecht *Kroppenberg*, z. B. S. 158.

⁶⁶ BVerfGE 58, 377, 398 (1 BvL 11/77 u. a., vorzeitiger Erbausgleich); BVerfG NJW-RR 2010, 156 Rn. 15 (1 BvR 909/08, Testamentsvollstreckungsdauer).

⁶⁷ BVerfGE 26, 215, 222 (1 BvR 353/67); näher z. B. *Ruffert*, S. 294ff. und *Stern/Sachs/Dietlein*, Staatsrecht IV/1, § 113 III 2 b (S. 2181).

⁶⁸ Hierzu und zum Eigentumsrecht als Mittel der dinglichen Zuordnung von Vermögenswerten (*proprietas*) *Kroppenberg*, S. 157f. m. weit. Nachw.

⁶⁹ BVerfGE 99, 341, 350 (1 BvR 2161/94, Testierausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen; Hervorh. d. Verf.).

⁷⁰ *Ruffert*, S. 51 und (zur Privatautonomie) S. 289ff.

⁷¹ *Leisner*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR VIII, § 174 Rn. 14.

⁷² BVerfGE 99, 341, 351 (1 BvR 2161/94, Testierausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen).