dürfnis haben; es ist nicht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber dies nur für den Fall der Auflösung infolge des Todes geregelt hat. – Wegen der Vermehrung der Gesellschafter ist im Hinblick auf die Beteiligungsverhältnisse nach Maßgabe von § 709 eine **quotale Zuweisung der Mitgliedschaft des Verstorbenen** vorzunehmen. Dies ist im Zuge der Reform insoweit unproblematisch, als gemäß § 709 III im gesetzlichen Regelfall die **vermögensmäßige Beteiligung** ausschlaggebend ist (→ § 709 Rn. 21 ff.). Der frühere gesetzliche Regelfall der Aufteilung nach Köpfen führte demgegenüber zu einer Verschiebung der gesellschaftsrechtlichen Machtverhältnisse zugunsten der Erben (vgl. MüKoBGB/Schäfer § 727 Rn. 34). Der Praxis ist gleichwohl dringend anzuraten, entsprechende Vorkehrungen für die Fortschreibung der Beteiligungsverhältnisse in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Praktisch bedeutsam sind insoweit auch gesellschaftsvertragliche Vertreterklauseln (vgl. zur KG BGH NJW 1967, 826).

Wird ein **Nichterbe irrtümlich als Erbe** und damit als Gesellschafter behandelt (sog. Scheinerbe), begründet dies grundsätzlich keine Gesellschafterstellung (vgl. zur OHG MüKoHGB/Schmidt/Fleischer HGB § 139 Rn. 40). Die an sich gebotene Unwirksamkeit sämtlicher Maßnahmen unter dessen Beteiligung kann indessen entsprechend der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft behandelt werden, wenn der Nichterbe durch einen **Erbschein** gemäß §§ 2365, 2366 legitimiert ist und die übrigen Gesellschafter gutgläubig sind (Konzen ZHR 145 (1981), 29 (63 ff.); teilw. abw. BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 80: Nur bei Vertragsänderungen; wohl auch Henssler/Strohn/Klöhn HGB § 139 Rn. 16). Der wahre Erbe hat gegen den Nichterben gemäß §§ 2018, 2019 I einen Anspruch auf Abtretung des Gesellschaftsanteils sowie sämtlicher Vermögensvorteile (BGH NJW 1990, 514). – In der **Insolvenz des Erben** scheidet dieser gemäß § 723 I Nr. 3 zugleich wieder aus der Gesellschaft aus (Henssler/Strohn/Klöhn HGB § 139 Rn. 14). **30**

War ein **Erbe vor dem Tod bereits Gesellschafter,** gilt Abs. 2 für den Gesellschaftsanteil des Verstorbenen. Dies fügt sich ohne weiteres in die Neuregelung von § 711 I ein, der Gesellschafterstellung und Gesellschaftsanteil trennt. Es ist hiernach auch bei den Personengesellschaften nicht ausgeschlossen, dass ein **Gesellschafter verschiedene Gesellschaftsanteile** hält und diese konsequenterweise rechtlich zu trennen sind und auch unterschiedliche rechtliche Schicksale erleiden können (sog. Teilabtretung, Teilbelastung etc.; → Rn. 7). Für die Vererbung resultiert hieraus, dass der Erbe zusätzlich zu seinen bisherigen Gesellschaftsanteilen auch diejenigen des Erblassers erhält (vgl. früher bereits OLG München NJW-RR 2004, 334; Grüneberg/Sprau § 717 Rn. 1). Der Umfang der Beteiligung nach Maßgabe von § 709 ergibt sich dann durch Zusammenrechnung; die gesellschaftsinternen Rechte und Pflichten bestehen einheitlich in der Person des Erben. In Bezug auf die **Gesellschafterhaftung** bringt dies keine Veränderung mit sich, da der Gesellschafter hierfür ohnehin nach Maßgabe von § 720 ff. unbeschränkt einstehen muss (vgl. zur OHG BGH NJW 1989, 3152 (3155); bei OLG die DNotZ 2003, 456; OLG Schleswig die DNotZ 2006, 374). Das Wahlrecht gemäß § 724 steht dem Erben allerdings nur in Bezug auf die erbrechtlich erworbenen Gesellschaftsanteile zu (Einzelheiten → § 724 Rn. 6 ff.). **31**

32 **c) Gesellschafterhaftung.** Die **bis zum Tod verwirklichte** Gesellschafterhaftung des Verstorbenen gemäß §§ 720 ff. geht gemäß § 1922 I auf alle Erben über und begründet eine entsprechende **Nachlassverbindlichkeit** gem. § 1967 (iE ebenso, aber unter Einbeziehung des Gesellschaftsanteils in den Nachlass BGH NJW 1995, 3314 (3315); vgl. insoweit auch BGH ZEV 2014, 432; MüKoBGB/Schäfer § 727 Rn. 21). Insofern können alle Erben die Haftung gemäß §§ 1975 ff. beschränken. Dies gilt auch für den durch die Nachfolgeklausel begünstigten Erben, sodass diese nicht gemäß § 721a weiter haften als die Übrigen (abw. BGH NJW 1982, 45; BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 47; iE auch Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (549)). Der Todeszeitpunkt ist nämlich richtigerweise bezüglich der bis zum Tod verwirklichten Rechtsverhältnisse von den nach dem Todeszeitpunkt verwirklichten Rechtsverhältnissen zu trennen. Der durch die Nachfolgeklausel Begünstigte kann daher seine Haftung für die Altverbindlichkeiten vor seinem Eintritt genauso beschränken wie die Miterben (abw. BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 50: Eigenhaftung und keine Erbenhaftung, was aber nicht überzeugt). Die **ab dem Todeszeitpunkt verwirklichte** Gesellschafterhaftung trifft richtigerweise allein den durch die Nachfolgeklausel **begünstigten** Erben (abw. unter Einbeziehung des Gesellschaftsanteils in den Nachlass BGH NJW 1995, 3314 (3315); vgl. insoweit auch BGH ZEV 2014, 432; MüKoBGB/Schäfer § 727 Rn. 21). In diesen Fällen kann daher ein **Ausscheiden der Erben** gemäß § 723 I Nr. 3 in Betracht kommen, ggf. auch deren Ausschließung gemäß § 727. Ihnen steht aber auch die Möglichkeit des Vorgehens nach § 724 vor, mithin dem Verlangen nach **Einräumung einer Kommanditistenstellung** und ggf. der Austritt (hierzu kritisch Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (549)). Umgekehrt können die Erben ihrerseits ihre **Mitgliedschaft aus wichtigem Grund kündigen** (§ 723 I Nr. 2, § 725; ebenso zum früheren Recht unter Hinweis auf eine Analogie zu § 139 I und 2 HGB aF MüKoBGB/Schäfer § 727 Rn. 32 und BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 51 ff.).

33 **d) Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung.** Wird in Bezug auf den Nachlass des Verstorbenen Testamentsvollstreckung angeordnet (§§ 2197 ff.), ist sehr umstritten, ob diese sich auch auf die im Wege der Sondererbfolge übergegangenen Gesellschaftsanteile erstreckt, insbesondere wenn es mehrere Erben gibt. Die Thematik war aufgrund des Vorrangs des Ausscheidens **früher bedeutsamer,** da der Fortbestand der Gesellschaft unter Beteiligung der Erben nunmehr der gesetzliche Regelfall ist, es mithin weniger um eine bloße Abwicklungsverwaltung geht. Das Gleiche gilt für eine vom Nachlassgericht angeordneten Nachlassverwaltung gemäß § 1984. In beiden Fällen spricht sich die bislang hM für eine **hybride Lösung** aus, wonach die vererbten Gesellschaftsanteile zwar grundsätzlich dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers bzw. Nachlassverwalters unterstehen, dieser aber vor allem wegen der drohenden persönlichen Haftung der Erben und der personalen Verbundenheit der GbR-Gesellschafter bei der Wahrnehmung seiner Kompetenzen beschränkt ist (vgl. nur BGH NJW 1989, 3152; 1986, 2431 (2433); 1967, 1961 (1062); 1998, 1313 (1314); zum Ganzen

ausführlich BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 55 ff., bei Rn. 61 ff. auch zu Alternativen: Vollmachtlösung, Treuhandlösung, Weisungsgeberlösung; Freitag ZGR 2021, 534). Dem ist nicht zuzustimmen. Die allgemein anerkannte Singularsukzession ist vielmehr konsequent dahingehend zu verstehen, dass die **Gesellschaftsanteile nicht zum Nachlass** gehören und dementsprechend insofern auch nicht der Nachlassverwaltung unterfallen (in diese Richtung auch OLG Hamm ZEV 2018, 524 Rn. 21; vgl. insoweit auch früher BGH NJW 1981, 749 (750); 1977, 1339 (1343)). Die Erben können daher insoweit ihre Mitgliedschaftsrechte selbstständig wahrnehmen, soweit dies den Zeitraum ab Todeszeitpunkt betrifft. Für die Testamentsvollstreckung gilt das gleichermaßen (so auch früher RGZ 170, 392 (394 ff.); BGH BeckRS 1953, 31389385; abw. BGH ZEV 2014, 626 Rn. 14; KG BeckRS 2020, 25409 Rn. 25). Die Problematik, wonach im Grundbuch zulasten der GbR ein Testamentsvollstreckervermerk einzutragen ist (vgl. BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 60.1), stellt sich hiernach konsequenterweise nicht. Wegen der nach wie vor bestehenden großen **Rechtsunsicherheit** wird der Gesetzgeber dringend aufgerufen, insbesondere Regelungen zur Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen einzuführen (so auch BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 136; Weidlich/Friedberger notar 2021, 187 (191 f.)).

3. Erbrechtliche Nachfolgeklauseln

34 **a) Einfache.** Eine einfache Nachfolgeklausel ist dadurch gekennzeichnet, dass die gesellschaftsvertragliche Vererblichstellung des Gesellschaftsanteils **akzessorisch zur gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge** ist (Formulierungsbeispiel: „Bei Versterben eines Gesellschafters geht der Gesellschaftsanteil auf dessen Erben über"). Dies ist auch nach der Neuregelung ohne weiteres zulässig (vgl. Begr. S. 144). Der Kreis der Begünstigten bestimmt sich nach der (gewillkürt bestimmten) Erbenstellung, der Umfang der Beteiligung ergibt sich aus der Erbquote (vgl. BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 43: Erbrechtlicher Qualifikation); zum Einrücken des Staates als Erbe BGH BeckRS 2002, 30283730; vgl. insofern aber auch Henssler/Strohn/Klöhn HGB § 139 Rn. 13, wonach man dies bei einer einfachen Nachfolgeklausel grundsätzlich nicht annehmen könne). Bloß Pflichtteilsberechtigte sind nicht Erben (vgl. § 1938) und werden daher von einer einfachen Nachfolgeklausel nicht begünstigt; das Gleiche gilt für Vermächtnisnehmer (vgl. § 1939; hierzu BGH NJW 1983, 2376 (2377)). – Eine einfache Nachfolgeklausel birgt als Kehrseite der **Testierfreiheit** für die Mitgesellschafter die Gefahr, dass unerwünschte Personen Gesellschafter werden, ohne dass sie dies verhindern könnten. Die Praxis muss dies bedenken und ggf. qualifizierte Nachfolgeklausel vereinbaren oder auf die Vererblichstellung in Gänze verzichten, was dann aber wegen etwaiger Abfindungsansprüche der Erben gemäß § 728 Liquiditätsprobleme hervorrufen kann. Umgekehrt kann der Erblasser allerdings nicht festlegen, zu wessen Gunsten im Kreis seiner Erben die Nachfolgeklausel wirken soll. Eine Teilungsanordnung hat nämlich gemäß § 2048 nur schuldrechtliche Wirkung im Verhältnis der Erben untereinander (BGH NJW 1985, 51). **Ersatzerben** gemäß § 2096 sind ebenfalls begünstigt. – Wird

eine Person lediglich **Vorerbe** (§ 2100), fällt ihr die Gesellschafterstellung gleichwohl zu, mit Eintritt des Nacherbfalles (§ 2106) dann dem Nacherben (BGH NJW 1981, 115; 1977, 1540). In der Zwischenzeit kann der Vorerbe als Gesellschafter sämtliche Gesellschafterrechte ausüben und Gewinne vereinnahmen (BGH NJW 1981, 115; 1977, 1540; 1972, 436; 1952, 102; vgl. insofern auch § 2111). Verfügungen über den Gesellschaftsanteil sind ebenfalls im Rahmen von § 2112 zulässig (Einzelheiten bei BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 86 ff.).

35 **b) Qualifizierte.** Eine qualifizierte Nachfolgeklausel ist dadurch gekennzeichnet, dass im Gesellschaftsvertrag bereits zu Lebzeiten festgelegt wird, **welche Erben in welchem Umfang** in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen einrücken oder dies ins Belieben der Erbengemeinschaft oder der Mitgesellschafter gestellt wird (BGH NJW 1977, 1339 (1341)). Dies ist auch nach der Reform zulässig (Begr. S. 144). Insofern gilt dann allein zugunsten der Berechtigten die Sondererbfolge im Hinblick auf den Gesellschaftsanteil des Verstorbenen; die anderen Erben werden nicht Gesellschafter, die vermögensmäßige Auseinandersetzung richtet sich insoweit allein nach den erbrechtlichen Regeln im Verhältnis der Erben untereinander (MüKoBGB/Schäfer § 727 Rn. 46). Der Inhalt einer qualifizierten Nachfolgeklausel ist im Wege der **Auslegung gemäß §§ 133, 157** zu bestimmen; die §§ 2069 ff. gelten insoweit nicht (BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 69). Ebenso wenig kann sich die Auslegung, wie bei der Verfügung von Todes wegen üblich, allein nach dem Willen des Erblassers iSv § 133 richten. Die Nachfolgeberechtigten können explizit benannt werden oder anhand spezieller Kriterien (berufliche Qualifikation, Verwandtschaft, etc.). Eine qualifizierte Nachfolgeklausel kann auch unter Berücksichtigung einer Vorerbschaft vereinbart werden, mithin im Hinblick auf Vor- und/oder Nacherben (→ Rn. 34). Eine zu präzise Formulierung läuft stets **Gefahr,** dass die qualifizierte **Nachfolgeklausel leerläuft,** da die Bedingungen nicht erfüllt werden können, sodass die gewünschte Gesellschafterkontinuität nicht verwirklicht wird. Abweichend vom früheren Recht droht insofern aber jedenfalls nicht mehr Gefahr, dass die Gesellschaft aufgelöst wird, weil § 723 I Nr. 1 nunmehr als gesetzlichen Regelfall die Fortsetzung vorsieht. Im Übrigen ist es zur Vermeidung des Leerlaufens einer Nachfolgeklausel auch zulässig, die **konkrete Bestimmung** des Begünstigten den Mitgesellschaftern zu überlassen, was im Hinblick auf die inhaltliche Bestimmtheit solcher Regelungen und die erbrechtlichen Voraussetzungen jedoch nach wie vor durch große Rechtsunsicherheit geprägt ist (vgl. hierzu mwN BeckOGK/Müller/Godron HGB § 139 Rn. 40, bei Rn. 42 ff. auch zur möglichen Kombination einfacher und qualifizierter Nachfolgeklauseln).

36 Nach allgM muss für die Anerkennung und Verwirklichung qualifizierter Nachfolgeklauseln eine **Übereinstimmung mit dem Erbrecht** bestehen (BGH NJW-RR 1987, 989; NJW 1978, 364; Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (548): Vollzug der Nachfolge kraft Erbrechts). Hiernach können nur diejenigen in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen einrücken, die sowohl Erbe sind als auch Begünstigte der Nachfolgeklausel. Ist dies nicht

der Fall, geht die Klausel teilweise oder vollständig ins Leere, was zu **komplizierten Folgeproblemen** führt (BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 74 ff.), die teilweise über ergänzende Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 gelöst werden können (vgl. OLG Stuttgart BeckRS 2016, 118422); ggf. kommt auch eine Umdeutung nach § 140 in eine Eintrittsklausel in Betracht, soweit die ursprüngliche Klausel nichtig ist (vgl. BGH NJW 1978, 264 (265). Die Begründung für diese Sichtweise der hM folgt vordergründig aus der verfehlten Annahme, dass auch der vererblich gestellte Gesellschaftsanteil zum Nachlass gehört (→ Rn. 32 f.). Dies ist indessen inkonsequent, da es der im Übrigen allgemein anerkannten Singularsukzession (→ Rn. 27) widerspricht. Die Legitimation für die Beschränkung der unmittelbaren Rechtsnachfolge aufgrund einer Nachfolgeklausel liegt vielmehr darin begründet, dass hierüber wirtschaftlich die **Erbauseinandersetzung beeinflusst** wird, welche ggf. nach den erbrechtlichen Regelungen zu korrigieren ist. Hierfür bedarf es nicht der Nachlasszugehörigkeit der vererbten Gesellschafterstellung, sondern allein der Erbenstellung des Begünstigten. Um diese **Auseinandersetzung** rechtlich zu gewährleisten, ist es nämlich erforderlich, dass die durch eine Nachfolgeklausel **Begünstigten auch Mitglieder der Erbengemeinschaft** sind. Die Auseinandersetzung wäre nicht rechtssicher und effektiv möglich, wenn mittels (vermeintlicher) erbrechtlicher Nachfolgeklausel auch Nichterben begünstigt werden könnten (vgl. zu den ohnehin problematischen Aspekten der erbrechtlichen Auseinandersetzung bei die disparaten Nachfolgeklauseln Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (559 f.). Zudem müssten in diesen Fällen auch die **erbrechtlichen Formanforderungen** für die gewillkürte Erbfolge eingehalten werden, was jedenfalls bei der GbR überzogen wäre. Auch ohne Abstellen auf die Nachlasszugehörigkeit des vererbten Gesellschaftsanteils ist es daher geboten, dass erbrechtlichen Nachfolgeklauseln eine **Akzessorietät zur Erbenstellung** des Begünstigten unabhängig von dessen konkreter Erbquote haben müssen. Nichterben können daher allein aufgrund aufschiebend bedingter Eintrittsklauseln oder einer entsprechenden Anteilsübertragung bedacht werden.

4. Eintrittsklauseln

Mittels Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag können **schuldrechtliche Ansprüche** auf **Begründung der Mitgliedschaft** vereinbart werden. **37**
Die praktische Bedeutung resultiert daraus, dass der Kreis der Berechtigten keine Akzessorietät zur Erbfolge aufweisen muss (→ Rn. 34, → Rn. 36), vor allem daher auch Nichterben begünstigt werden können und die Entscheidung zur Bestimmung des konkret Berechtigten sogar einzelnen Gesellschaftern oder Dritten zugewiesen werden kann (vgl. Götte DNotZ 1988, 604; Ulmer ZGR 1972, 195 (217)). Eintrittsklauseln führen **keine unmittelbare Rechtsnachfolge** herbei; es handelt sich um Vereinbarungen zugunsten Dritter gemäß §§ 328 ff. Der Begünstigte kann daher selbst entscheiden, ob er von diesem Recht Gebrauch macht oder nicht (BGH NJW 1978, 264 (265); BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 93), es liegt somit ein verhaltener Anspruch vor. Macht er diesen (formlos gegenüber den

Gesellschaftern) geltend, kann er von diesen (nicht der GbR) die Aufnahme nach Maßgabe der vertraglichen Vereinbarung verlangen, welche dann als **Beitritt zur Gesellschaft** zu vollziehen ist. Es bedarf daher einer hinreichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag, zu welchen Bedingungen das Aufnahmerecht ausgeübt werden kann (Einlageerbringung, Abfindung der Erben etc., vgl. Götte DNotZ 1988, 603). Insofern ist es auch keinesfalls zwingend, den Aufnahmeanspruch an den Tod eines Gesellschafters zu knüpfen. Wenn dies aber gewollt ist, liegt gleichwohl keine Schenkung von Todes wegen vor, sodass § 2301 nicht gilt (vgl. BGH NJW 1964, 1124 (1125)); eine entsprechende Vereinbarung ist daher formfrei möglich. Eine rückwirkende Beitrittserklärung umfasst allein das Innenverhältnis (vgl. BGH NJW 1978, 264 (266 ff.)).

38 Der konkrete **Vollzug** des Beitritts soll nach Ansicht der Rechtsprechung einseitig durch **Annahmeerklärung des Begünstigten** erfolgen (vgl. BGH NJW 1978, 264 (266), jedenfalls, wenn zu diesem Zeitpunkt auch die geschuldete Einlage geleistet wird). Dies überzeugt nur, wenn die gesellschaftsvertragliche Regelung als verbindliches Angebot der Gesellschafter gewürdigt werden kann; andernfalls hat der Begünstigte lediglich einen Anspruch auf Vertragsabschluss, der dann nach den allgemeinen Vorgaben der §§ 145 ff. durchzusetzen ist (Götte DNotZ 1988, 603 (605)). – Ergeben sich **Auslegungsprobleme,** ob eine auf den Tod eines Gesellschafters bezogene Nachfolgeklausel oder Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag besteht, bejaht die überzeugende hM im Zweifel Ersteres, weil durch die unmittelbare Rechtsnachfolge gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungsrobleme vermieden werden (vgl. BGH NJW 1977, 1339 (1341); 1978, 264 (265); BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 97); vgl. zu den Rechtsfolgen des Ausscheidens infolge Todes (→ Rn. 23). Im Übrigen kann eine unwirksame bzw. ins Leere gehende erbrechtliche Nachfolgeklausel gemäß § 140 auch in eine Eintrittsklausel umgedeutet werden (BGH NJW 1978, 264 (265); 1977, 1339 (1341)). – Gibt es bei einer **zweigliedrigen GbR** allein eine schuldrechtliche Eintrittsklausel, führt der Tod des vorletzten Gesellschafters die Folgen gemäß § 712a herbei; das Gesellschaftsverhältnis erlischt. Die Eintrittsklausel begründet somit gegenüber dem verbleibenden Gesellschafter (ggf. Einzelunternehmer) einen Anspruch auf Neugründung einer GbR (BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 228). – Eine Eintrittsklausel hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf die **Abfindungsansprüche der Erben** des Verstorbenen gemäß § 728; der Eintrittsberechtigte ist insbesondere im gesetzlichen Regelfall nicht verpflichtet, diese unmittelbar zu befriedigen, um das Gesellschaftsvermögen bzw. das der Mitgesellschafter zu schonen (vgl. aber zur Möglichkeit, dass dem Eintrittsberechtigten die Abfindungsansprüche von Todes wegen zugewendet werden BGH NJW 1978, 264 (266); JZ 1987, 880; Einzelheiten bei BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 240 ff.).

5. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

39 Die rechtsgeschäftliche Vereinbarung einer unmittelbaren Anteilsübertragung aufgrund gesellschaftsvertraglicher Abreden ohne Beteiligung des Be-

günstigten ist nach allgemeiner Meinung unzulässig (BGH NJW 1977, 1339; MüKoBGB/Schäfer § 727 Rn. 50 f.); vgl. zur notwendigen Akzessorietät in Bezug auf die erbrechtliche Nachfolge → Rn. 34, → Rn. 36. Möglich ist aber die **auf den Todesfall aufschiebend bedingte Abtretung** des Gesellschaftsanteils (vgl. BGH NJW 1977, 1339 (1341); BayObLG ZIP 2000, 1614 (1615 ff.)). Dies richtet sich bei unklarer Vereinbarung nach der Zweifelsregel des § 331 I. Die Form des § 2301 I muss nicht gewahrt werden (MüKoBGB/Schäfer § 727 Rn. 52); im Fall der Schenkung ist aber die Formvorschrift des § 518 zu beachten. Rechtsfolge des Formmangels ist die Nichtigkeit nach § 125 S. 1 (vgl. zur Heilung durch Schenkungsvollzug nach § 518 II siehe MüKoBGB/Koch § 518 Rn. 28). Voraussetzung für eine auf den Todesfall aufschiebend bedingte Abtretung des Gesellschaftsanteils ist jedoch auch nach neuem Recht gemäß Abs. 1, dass die Übertragung des Gesellschaftsanteils möglich ist (→ Rn. 8). Der Berechtigte erwirbt dann zum Todeszeitpunkt den Gesellschaftsanteil des Verstorbenen. Es handelt sich nicht um einen Erbvertrag, sodass § 2276 nicht gilt (BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 111). Eine solche Gestaltung bindet den Zedenten bereits zu Lebzeiten (vgl. § 162; Ulmer ZGR 1972, 195 (212); Becker AcP 201 (2001), 629).

6. Darlegungs- und Beweislast

40 Will ein **Erbe** im gesetzlichen Regelfall des Ausscheidens infolge des Todes nach § 723 I Nr. 1 einen Abfindungsanspruch gemäß § 728 geltend machen, muss er die entsprechenden Voraussetzungen darlegen und beweisen (→ § 728 Rn. 32 ff.). Will er im Rahmen der Sondererbfolge als Gesellschafter behandelt werden, muss er als Abweichung vom gesetzlichen Regelfall (§ 723 I Nr. 1) beweisen, dass die Gesellschafterstellung vererblich gestellt wurde (vgl. § 711 II, § 724) (→ Rn. 26), dass er Erbe ist und ggf. welchen Umfang seine Erbquote hat (→ Rn. 23, 27). Bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel muss er zusätzlich beweisen, dass er hierdurch begünstigt wird (→ Rn. 35). Die **Gesellschaft** muss dies umgekehrt beweisen, wenn sie einen Erben als Gesellschafter behandelt wissen will, insbesondere im Hinblick auf die Erfüllung von Sozialverbindlichkeiten. Will ein **Gesellschaftsgläubiger** nach Maßgabe von §§ 720 ff. einen Erben als Gesellschafter in die Haftung nehmen, muss er neben den allgemeinen Voraussetzungen der Haftung auch dessen Eintritt im Wege der Sondererbfolge beweisen. Bei der eingetragenen Gesellschaft greift insofern § 15 HGB (vgl. § 707a III, → § 707a Rn. 9). – Im Rahmen einer Eintrittsklausel (→ Rn. 37 f.) muss der Begünstigte darlegen, dass eine solche Klausel wirksam vereinbart wurde und die Voraussetzungen für den Eintritt bestehen.

7. Kautelarischer Handlungsbedarf infolge des MoPeG

41 Da **§ 711 II bisher ungeregelt** war, besteht diesbezüglich teilweise Handlungsbedarf bis zum 31.12.2023 (vgl. Art. 137 MoPeG; → Rn. 3). Bereits bestehende Klauseln, welche die Nachfolge von Todes wegen in einen Personengesellschaftsanteil bei der GbR regeln, müssen an § 711 II gemessen wer-

den. Im Einzelnen kommt es auf die Art der bisher gewählten Klausel an. Hier ist zu unterscheiden:

42 **a) Regelungsbedarf, soweit bisher keine Fortsetzungsklausel.** Gemäß § 723 I, § 724 I führt das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht länger zur Auflösung, sondern lediglich zum Ausscheiden aus der im Übrigen fortbestehenden GbR (→ Rn. 23). Da die Neuregelung dispositiv ist, können die Gesellschafter der GbR im Gesellschaftsvertrag festlegen, dass der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung ihrer Gesellschaft führt (**sog. Auflösungsklausel** → § 723 Rn. 18), mithin den bislang geltenden gesetzlichen Regelfall vertraglich herbeiführen (vgl. Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (548); BeckOGK/von Proff § 727 Rn. 129). Dann kommt es zur Auflösung der GbR und der Anteil an der Liquidationsgesellschaft (§§ 735 ff.) fällt in vollem Umfang ungeteilt in den Nachlass. Dies bietet sich vor allem bei Gelegenheitsgesellschaften, Gesellschaften mit ideeller Zwecksetzung und reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften an. § 730 I sieht für den Fall der Auflösung für die Erben Anzeige- (§ 730 I 1) und vorübergehende Fortführungspflichten (§ 730 I 2) vor, welche wiederum ebenfalls abbedungen werden können (→ § 730 Rn. 10).

43 **b) Regelungsbedarf, soweit bisher bereits Fortsetzungsklausel.** Die gesellschaftsvertragliche Gestaltung entspricht nun dem **gesetzlichen Regelfall nach § 723 I.** Weitgehend offen ist indes die Behandlung von Gewinn- oder Abfindungsansprüchen (§ 728 I 1 Alt. 2), insbesondere beim Ausscheiden von Todes wegen gem. § 723 I Nr. 1 (vgl. Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (548)). § 728 besagt, dass der Wert des abzugeltenden Gesellschaftsanteils im Wege der Schätzung zu ermitteln ist; im Übrigen muss der Anspruch **angemessen** sein und ein **vollwertiges Äquivalent** zu dem Gesellschaftsanteil darstellen muss (vgl. früher bereits BGH NZG 2011, 1420; zum Ganzen → § 728 Rn. 32 ff. Die **Zuweisung von Vermögensrechten** des verstorbenen Gesellschafters nach seinem Tod sollte vertraglich bestimmt werden. Typische Gestaltungen sind insofern **Buchwert- und Nennwertklauseln** (zur einfachen Ermittlung der Höhe des Abfindungsanspruchs) oder **Auszahlungsvereinbarungen** (vgl. zur Regelung der Modalität der Auszahlung → § 728 Rn. 53 ff.). Ein vollständiger Abfindungsausschluss ist idR sittenwidrig nach § 138 I (→ § 728 Rn. 60).

44 **c) Regelungsbedarf, soweit bisher keine Nachfolgeklausel.** Liegt keine Nachfolgeklausel vor, so minimiert sich mit dem Tod eines Gesellschafters der Gesellschafterbestand, da die Erben nicht ipso jure in die Stellung des verstorbenen Gesellschafters einrücken (vgl. Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (548)). Dies gilt so lange, bis nach dem Ausscheiden noch zumindest zwei Gesellschafter verbleiben. In der **zweigliedrigen Personengesellschaft** führt der Tod eines Gesellschafters grundsätzlich zur Beendigung der Gesellschaft (→ § 712a Rn. 9; vgl. Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545 (548)). Eine Nachfolgeklausel bietet sich also bereits an, um einer ungewollten Gesellschaftsauflösung vorzubeugen. – Regelungsbedürftig sind weiterhin die Folgen des Ausschlusses des verstorbenen GbR-Gesellschafters. Insbeson-