

# Die Mehrfachbeteiligung an Gesamthandsgemeinschaften

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Würde eines  
doctor iuris  
der Juristischen Fakultät  
der  
Bayerischen Julius-Maximilians-Universität  
Würzburg

vorgelegt von:

Felicitas Judith Maunz

München



## Vorwort

Am 29. Januar 2001 erfuhr die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch ein Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs erhebliche Änderungen. Dadurch wurden nicht nur die Ausführungen zu meinem bisherigen Promotionsthema („Feststellungsprozesse der Gesellschaft bürgerlichen Rechts“) Makulatur, es wurde dadurch auch die Frage angeregt, mit der sich die vorliegende Arbeit befaßt: kann es eine mehrfache Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, vielleicht sogar an allen Gesamthandsgemeinschaften geben? Ein Thema, dessen praktische Relevanz sich vielleicht erst auf den zweiten Blick erschließt.

Ganz herzlich danke ich meiner „Doktormutter“ Frau Prof. Dr. Inge Scherer dafür, daß sie mir als Ansprechpartnerin jederzeit zur Verfügung stand. Ich danke ihr für die Freiheit, die sie mir bei der Änderung des Promotionsthemas gelassen hat, für ihre hilfreichen Anregungen und für die auch sonst hervorragende Betreuung.

Auch Herrn Prof. Dr. Manfred Just danke ich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Es ist jedoch auch das private Umfeld, dessen Unterstützung man für ein solches Vorhaben benötigt. Ich danke meinen Eltern Ursula und Anselm Kampik dafür, daß sie mich in all meinen Vorhaben - nicht nur im Hinblick auf das Studium – jederzeit liebevoll unterstützt haben.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Ehemann Stefan. Er hat nicht nur fachlich mit mir Ideen und neue Ansätze kritisch diskutiert. Er hat mich auch in jeder sonstigen Hinsicht unterstützt, mir Kraft und Motivation gegeben. Ich danke ihm von Herzen dafür, daß er mir immer alles zugetraut hat und sich gleichzeitig nicht vor Kritik gescheut hat.



## Inhalt:

<b>1</b>	<b>Problemstellung</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Die Gesamthandsgemeinschaft</b>	<b>4</b>
<b>2.1</b>	<b>Betrachtung der vermögensrechtlichen Seite</b>	<b>4</b>
2.1.1	Gemeinsames Vermögen mit Anteilsbildung	4
2.1.2	Widmung mehrerer Gegenstände zu einem gemeinsamen Zweck	5
2.1.3	Ausschluß der Sonderverfügung	7
<b>2.2</b>	<b>Betrachtung der personenrechtlichen Seite</b>	<b>9</b>
<b>2.3</b>	<b>Zwischenergebnis</b>	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>Der Gesamthandsanteil</b>	<b>12</b>
<b>3.1</b>	<b>Begriffsklärung</b>	<b>13</b>
3.1.1	Die Mitgliedschaft	14
3.1.2	Der Anteil	16
<b>3.2</b>	<b>Die Anteilsbestimmung</b>	<b>17</b>
3.2.1	Der Anteil an Kapitalgesellschaften	17
3.2.2	Der Anteil an der Bruchteilsgemeinschaft	18
3.2.3	Der Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft	19
<b>3.3</b>	<b>Zusammenfallen zweier oder mehrerer Anteile</b>	<b>20</b>
3.3.1	Vergleich mit den Kapitalgesellschaften	21
3.3.2	Vergleich mit der Bruchteilsgemeinschaft gem. § 8 WEG	22
3.3.3	Situation bei den Gesamthandsgemeinschaften	23

3.3.3.1	Einheitstheorie	23
3.3.3.2	Neuere Ansicht	24
<b>4</b>	<b>Bedürfnis für die Konstruktion einer Mehrfachbeteiligung</b>	<b>26</b>
4.1	Haftungsbeschränkung	26
4.2	Erleichterung der Veräußerung eines Unternehmens	27
4.3	Sicherung der Kontinuität	29
4.4	Belastung nur einzelner Anteile	30
4.5	Zwischenergebnis	31
<b>5</b>	<b>Mehrfachbeteiligung möglich?</b>	<b>32</b>
5.1	Ursprung der Einheitstheorie	34
5.2	Kritische Auseinandersetzung mit der Einheitstheorie	35
5.2.1	Gesetzeswortlaut	36
5.2.2	Existenz von § 15 Abs.2 GmbHG	37
5.2.3	Entwicklung der Gesamthandsgemeinschaften	39
5.2.4	Zwischenergebnis	41
5.3	Belastung eines Anteils	41
5.3.1	Belastung von Gesamthandsanteilen	42
5.3.1.1	Belastung von Anteilen an der Erbengemeinschaft	43
5.3.1.2	Belastung von Anteilen an der ehelichen Gütergemeinschaft	43

5.3.1.3	Belastung von Anteilen an Personen- gesellschaften	44
5.3.1.4	Zwischenergebnis	46
5.3.2	Art der Belastung des Anteils	46
5.3.3	Gegenüberstellen von Einheitslösung und Mehrfach- beteiligung	47
5.3.3.1	Lösung nach der Einheitstheorie	47
5.3.3.2	Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung	48
5.3.3.3	Abwägung	49
<b>5.4</b>	<b>Vor- / Nacherbschaft bezüglich eines Anteils</b>	<b>50</b>
5.4.1	Allgemeines	51
5.4.2	Eheliche Gütergemeinschaft	51
5.4.2.1	Fallbeispiel und Problemaufriß	51
5.4.2.2	Konfusion	52
5.4.2.3	Auseinandersetzung des Gesamtgutes	53
5.4.2.4	Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft	55
5.4.2.5	Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung	55
5.4.2.6	Konsequenz für die Verfügungsbeschränkung	57
5.4.2.7	Geltung dieser Lösung auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft	58
5.4.2.8	Zwischenergebnis	58
5.4.3	Miterbengemeinschaft	59
5.4.3.1	Einheitslösung	60
5.4.3.2	Lösung mit Hilfe der Mhrfachbeteiligung	60
5.4.4	Personengesellschaften	61
5.4.4.1	Vererbung von Personengesellschaftsanteilen	61
5.4.4.2	Anwendbarkeit der Mehrfachbeteiligung	63
5.4.4.3	Zusammentreffen von Komplementär- und Kommanditanteil	64

5.4.4.3.1	Vorerbe haftet persönlich	65
5.4.4.3.2	Trennung zwischen Außen- und Innenverhältnis	66
5.4.4.3.3	Rückgriff auf die Einheitstheorie	67
5.4.4.3.4	Kompromißlösung	68
<b>5.5</b>	<b>Anordnung von Testamentsvollstreckung</b>	<b>69</b>
5.5.1	Testamentsvollstreckung an Anteilen der ehelichen Gütergemeinschaft	70
5.5.2	Testamentsvollstreckung am Miterbenanteil	70
5.5.3	Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen	71
5.5.3.1	Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters	71
5.5.3.2	Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil	72
5.5.3.3	Zusammentreffen zweier ungleichartiger Anteile	73
<b>5.6</b>	<b>Beschränkung eines Anteils</b>	<b>74</b>
5.6.1	Art der Beschränkung	76
5.6.2	Zusammenfallen zweier ungleichartiger Anteile	77
5.6.2.1	Lösung nach der Einheitstheorie	78
5.6.2.2	Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung	80
5.6.2.3	Abwägung	81
<b>5.7</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>82</b>
<b>6</b>	<b>Eine Einmann-Gesamthand?</b>	<b>84</b>
<b>6.1</b>	<b>Herkömmliche Auffassung</b>	<b>85</b>
6.1.1	Garantiefunktion des Gesamthandsprinzips	85
6.1.2	Sozietätskonstruktion	86



<b>6.2</b>	<b>Mehrfachbeteiligung</b>	<b>87</b>
<b>6.3</b>	<b>Denkbare Fälle einer Einmann-Gesamthand</b>	<b>89</b>
6.3.1	Einmann-Gesamthand bei der ehelichen Gütergemeinschaft	90
6.3.1.1	Tod eines Ehegatten	90
6.3.1.1.1	Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft	91
6.3.1.1.2	Fortbestehen der Gütergemeinschaft	91
6.3.1.1.3	Sonderfall	92
6.3.1.2	Scheidung	93
6.3.1.3	Aufhebungsurteil	93
6.3.1.4	Zwischenergebnis	94
6.3.2	Einmann-Gesamthand bei der Erbengemeinschaft	94
6.3.2.1	Anteilserwerb durch Gesamtrechtsnachfolge	95
6.3.2.2	Rechtsgeschäftlicher Anteilserwerb	96
6.3.2.3	Zwischenergebnis	97
6.3.3	Einmann-Gesamthand bei den Personengesellschaften	98
6.3.3.1	Vergleich mit den Kapitalgesellschaften	98
6.3.3.2	Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts?	100
6.3.3.2.1	Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eine der juristischen Person gleichstehende Gesellschaft?	101
6.3.3.2.1.1	Veränderungen durch das neue UmwG	101
6.3.3.2.1.2	Neue Rechtslage seit dem 29. Januar 2001	103
6.3.3.2.2	Einmann-Gründung	105
6.3.3.2.3	Tod des vorletzten Gesellschafters	107
6.3.3.2.4	Veräußerung aller Anteile an den letzten verbleibenden Gesellschafter	112

6.3.3.2.5	Identitätswahrende Umwandlung einer Einmann-GmbH	114
6.3.3.2.6	Alle Gesellschafter bis auf einen sind ohne Vermögensanteil	115
6.3.3.2.7	Vorgründungsgesellschaft bei der Einmann-GmbH-Gründung	117
6.3.3.2.8	Zwischenergebnis	118
6.3.3.3	Exkurs: Problem der Vor-GmbH bei der Einmann-GmbH-Gründung	119
6.3.3.4	Einmann-OHG	121
6.3.3.4.1	Originäre Einmann-OHG	121
6.3.3.4.2	Zusammenfallen aller Anteile	122
6.3.3.4.3	Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes	123
6.3.3.4.4	Sonstige Fälle	124
6.3.3.4.5	Zwischenergebnis	124
6.3.3.5	Einmann-KG	125
6.3.3.5.1	Originäre Einmann-KG	125
6.3.3.5.2	Zusammenfallen aller Anteile	126
<b>6.4</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>129</b>
<b>7</b>	<b>Resümée</b>	<b>131</b>

## Literaturverzeichnis:

- Batsch, Karl Ludwig  
Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 20.2.1970, NJW 1970,  
1315 f
- Bärmann, Johannes /  
Pick, Eckhart  
Wohnungseigentumsgesetz (Kommentar)  
15. Auflage, München, 2001  
(zit. Bärmann/Pick-Bearbeiter)
- Bauer, Fritz /  
Grunsky, Wolfgang  
Eine „Einmann-oHG“, ZHR 133 (1970), 209 ff
- Baumann, Wolfgang  
Die Einmann-Personengesellschaft, BB 1998, 225 ff
- Baumbach, Adolf /  
Hopt, Klaus J.  
Handelsgesetzbuch, 30. Auflage, Berlin, 2000  
(zit. Baumbach/Hopt)
- Bayer, Walter  
1 000 Tage neues Umwandlungsrecht – eine Zwischenbilanz,  
ZIP 1997, 1613 ff
- Bengel, Manfred/  
Reimann, Wolfgang  
Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Auflage,  
München, 1998  
(zit. Bengel/Reimann-Bearbeiter)
- Beuthien, Volker  
Die Vorgesellschaft im Privatrechssystem. Fehlentwicklung in  
Rechtsprechung und Lehre  
ZIP 1996, 305 ff
- Bippus, Birgit Elsa  
Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der  
Beteiligung in der Personengesellschaft, AcP 195 (1995), 13 ff
- Blomeyer, Jürgen  
Die Rechtsnatur der Gesamthand, JR 1971, 397 ff
- Brox, Hans  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs  
19. Auflage, München, 1995
- Ebeling, Jürgen /  
Geck, Reinhard  
Handbuch der Erbengemeinschaft  
6. Auflage, Köln, 1999

(zit. Ebeling/Geck)

- Eisenhardt, Ulrich  
Deutsche Rechtsgeschichte  
2. Auflage, München, 1995
- Erman, Walter  
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
9. Auflage, Aschendorff, Münster, 1993  
(zit. Erman-Bearbeiter)
- Esch, Günter  
Einheitlichkeit der Personengesellschaftsbeteiligung  
BB 1993, 664 ff
- ders.  
Das Dogma der Einheitlichkeit der Personengesellschaftsbeteiligung, BB 1996, 1621 ff
- Esch, Günter/  
Baumann, Wolfgang/  
Schulze zur Wiesche,  
Dieter  
Handbuch der Vermögensnachfolge, 6. Auflage,  
Berlin, 2001  
(zit. Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche)
- Fett, Torsten/  
Brand, Dominik  
Die sog. „Einmann-Personengesellschaft“  
NZG 1999, 45 ff
- Fezer, Karl-Heinz  
Die Einmann-Gründung der GmbH, JZ 1981, 608 ff
- Fikentscher, Wolfgang  
Das Schuldrecht, 8. Auflage, München, 1992
- Frey, Kaspar  
Tod des einzigen Komplementärs, ZGR 1988, 281 ff
- Flume, Werner  
Die Personengesellschaft, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen  
Gesetzbuchs, 1. Band, 1. Teil, Berlin, Heidelberg, 1977
- ders.  
Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177 ff
- Göckeler, Stephan  
Die Stellung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im  
Erkenntnis-, Vollstreckungs- und Konkursverfahren, Berlin,  
1992
- Goette, Ulf  
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.1.2001, ZIP 2001,  
333 ff

Goultier, Klaus/ Knopf, Rüdiger/ Tulloch, Anthony	Kommentar zum Umwandlungsrecht Heidelberg, 1996 (zit. Goultier/Knopf/Tulloch-Bearbeiter)
Grunewald, Barbara	Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft AcP 197 (1997), 305 ff
Habersack, Mathias	Die Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JuS 1990, 179 ff
Hachenburg, Max (Begr.) / Ulmer, Peter (Hrsg.)	Großkommentar zum GmbHG, 8. Auflage, Berlin, 1922 (zit. Hachenburg-Ulmer)
Hadding, Walther	Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personal- gesellschaften – ein subjektives Recht?, in: Festschrift für Rudolf Reinhard, Köln, 1972, 249 ff
ders. / Schneider, Uwe	Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheiten, Berlin, 1979
Haegele, Karl	Zur Grunderwerbsteuerpflicht bei Erbteilsübertragung, Rpfleger 1971, 121 ff
Hefermehl, Wolfgang	Vor- und Nacherbfolge bei der Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe, 1974, 223 ff
Hennecke, Bernd	Das Sondervermögen der Gesamthand, Berlin, 1976
Heymann, Ernst (Begr.)	Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1996 (zit. Heymann-Bearbeiter)
Hoffmann, Uwe	Die geschichtliche Entwicklung der Erbengemeinschaft, JZ 1995, 125 ff
Huber, Ulrich	Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg, 1970
Hueck, Götz	Drei Fragen zur Gesamthandsgesellschaft, Festschrift für Wolfgang Zöllner, Köln, 1998, 275 ff

ders.	Gesellschaftsrecht, 19. Auflage, 1991
Hüffer, Uwe	Vorgesellschaft, Kapitalaufbringung und Drittbeziehungen bei der Einmann-Gründung – Rechtsfragen nach dem Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des GmbHG, ZHR 142 (1978), 486 ff
John, Uwe	Zur Problematik der Vor-GmbH, insbesondere bei der Einmann-Gründung, BB 1982, 505 ff
Joussen, Edgar	Die einheitliche Mitgliedschaft in Personengesellschaften, DB 1992, 1173 ff
Kallmeyer, Harald (Hrsg.)	Umwandlungsgesetz, Köln, 1997 (zit. Kallmeyer-Bearbeiter)
Kanzleiter, Rainer	„Mehrfach-Beteiligung“ einer Person an Gesamthand oder Rechtsgemeinschaft? „Einmann-Gesamthand“?!, Festschrift für Willi Weichler, 1996, 39 ff
ders.	Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14.9.1998, DNotZ 1999, 440 ff
ders.	Freie Verfügungsbefugnis des überlebenden Ehegatten als alleinigem Vorerben über zum Gesamtgut gehörendes Grundstück, ZEV 1996, 64 ff
Klein-Blenkers, Friedrich	Rechtsprechungsbericht: Unternehmenskauf (Zivilrecht), NZG 1999, 185 ff
Koch, Ulrich	Kurzkommentar zum BGH-Urteil vom 14. Mai 1986, EwIR1986, 117 f
Köhler, Helmut	BGB, Allgemeiner Teil, 22. Auflage, München, 1994
Köster, Hans	Vor- und Nacherbschaft bei der ehelichen Gütergemeinschaft, DNotZ 1953, 246 ff
Kramer, Ernst	Juristische Methodenlehre, München, 1998
Kübler, Friedrich	Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg, 1999

Lange, Heinrich / fortgeführt von Kuchinke, Kurt	Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage München, 1995 (zit. Lange/Kuchinke)
Langenfeld, Gerrit	Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Auflage, München, 1996
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München, 1997 (zit. Larenz/Bearbeiter)
Lefebvre, Haufe-Francis (Hrsg.)	Memento 2000, Gesellschaften Freiburg, 2000
Lorz, Rainer	Testamentsvollstreckung bezüglich der ererbten Anteils an einer BGB-Gesellschaft grundsätzlich zulässig, ZEV 1996, 110 ff
Lüttge, Jörg W.	Die zulässige Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft, NJW 1994, 5 ff
Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter	GmbH-Gesetz, 15. Auflage, Köln, 2000 (zit. Lutter/Hommelhoff)
Lutter, Marcus	Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, Köln, 2000 (zit. Lutter-Bearbeiter)
Marotzke, Wolfgang	Die Nachlaßzugehörigkeit ererbter Personengesell- schaftsanteile und der Machtbereich des Testamentsvollstreckers nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Mai 1986, AcP 1987, 226 ff
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, 17. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996
Michalski, Lutz	Die Vor- und Nacherbschaft in einen OHG- (KG-) und GmbH- Anteil, DB 1987, Beilage 16, 1 ff
Münchener Kommentar zum BGB	3., bzw. 4. Auflage, München, 1997, 2000 (zit. MüKo-Bearbeiter)

Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht	Bd.1, München 1995; Bd.2, München, 1991; Bd.3, München 1996 (zit. MÜHdb.GesRI/Bearbeiter)
Müller, Friedrich	Juristische Methodik, 7. Auflage, Berlin, 1997
Müller, Welf / Hense, Burkhard	Beck`ches Handbuch der GmbH, 2. Auflage, München, 1999 (zit. Beck`ches Hdb.GmbH-Bearbeiter)
ders. / Hoffmann, Wolf-Dieter	Beck`ches Handbuch der Personengesellschaften, München, 1999 (zit. Beck`ches Hdb.PersGes-Bearbeiter)
Nieder, Heinrich	Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage, München, 2000
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München, 2001
Pawlowski, Hans-Martin	Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, Heidelberg, 1999
Picot, Hermann	Vor- und Nacherbschaft an Personengesellschafts-anteilen, Bochum, 1966
Pfister, Wolfgang	Die Einmann-Personengesellschaft – Ein interdisziplinärer Ansatz Frankfurt/Main, 1999
Priester, Hans-Joachim	Die zwingende Einheitlichkeit der Personengesellschaften – ein überholtes Prinzip DB 1998, 55ff
Prölss, Jürgen	Die Stellung des Vorerben bei beendeter Gütergemeinschaft, JZ 1970, 95 ff
Raiser, Thomas	Gesamthand oder juristische Person – Eine Geschichte ohne Ende?, Festschrift für Wolfgang Zöllner, Köln, 1998, 469 ff
ders.	Gesamthand und Juristische Person im Lichte des neuen Umwandlungsrechts, AcP 1994, 495 ff



Reimann, Wolfgang	Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen jetzt möglich? (Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.5.1986), MittBayNot 1986, 232 ff
Rimmelspacher, Bodo	Das Recht auf Übernahme des Gesellschafts-vermögens in der Zweimann-Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, AcP 173 (1973), 1 ff
Rittner, Fritz	Die werdende juristische Person, Tübingen, 1973
Röll, Ludwig	Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungseigentums, Köln, 1975
Römermann, Volker	Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft – Änderung der Rechtsprechung des BGH – Akzessorietät zwischen Gesellschaftsverbindlichkeit und Gesellschafterhaftung, DB 2001, 428 ff
Rowedder, Heinz (Hrsg.)	GmbHG, 3. Auflage, München 1997 (zit. Rowedder-Bearbeiter)
Schemmann, Till	Anmerkung zum BGH-Urteil vom 29. Januar 2001, DNotZ 2001, 234 ff
Schlegelberger, Franz (Begr.)	Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München, 1992 (zit. Schlegelberger-Bearbeiter)
Schmidt, Karsten	Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997
ders.	Grundzüge der GmbH-Novelle, NJW 1980, 1775 ff
ders.	Nacherbenschutz bei Vorerbschaft bei Personengesellschaften, FamRZ 1976, 638 ff
ders.	NJW 1985, 2785 ff
ders.	Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993 ff

Schmidt, Thorsten	Einmann-Personengesellschaften Baden-Baden, 1998
Scholz, Franz	Kommentar zum GmbHG, Bd.I, 8. Auflage, Köln, 1993 (zit. Scholz-Bearbeiter)
Schröder, Albert	Die Einmann-Vorgesellschaft – Rechtsträgerschaft und Gläubigerschutz, Baden-Baden, 1990
Schüller, Hans-Christoph	Belastung von Personengesellschaftsanteilen RhNK, 1980, 440ff
Schulze-Osterloh, Joachim	Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München, 1972
Schwab, Karl Heinz / Prütting, Hanns	Sachenrecht, 26. Auflage, München 1996
Sieveking, Arnold	Keine Mehrfachbeteiligung an Personengesellschaften, Festschrift für Schippel, München, 1996, 505 ff
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch, 11., 12. Auflage, Stuttgart, 1985, 1988 (zit. Soergel-Bearbeiter)
Staudenmaier, Herbert	Zur Verfügungsmacht des Vorerben bei beendeter Gütergemeinschaft, NJW 1965, 380 ff
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, Berlin, 1996 (zit. Staudinger-Bearbeiter)
Steding, Rolf	Gesellschaftsrecht, Baden-Baden, 1997
Steinbeck, Anja	Zur „Einheitlichkeit“ der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, DB 1995, 761 ff
Teichmann, Arndt	Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – gesellschaftsrechtlicher Teil, ZGR 1972, 1 ff
Timm, Wolfram	Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, 3209 ff

- ders. Einige Zweifelsfragen zum neuen Umwandlungsrecht, ZGR 1996, 247 ff
- Ulmer, Peter Probleme der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen, JuS 1986, 856 ff
- ders. Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling, Köln, 1973, 79 ff
- ders. Testamentvollstreckung am Kommanditanteil – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, NJW 1990, 73 ff
- Weber-Grellet, Heinrich Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182 (1982), 316 ff
- Weidlich, Michael Die Testamentvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, 1993
- Weimar, Robert Einmann-Personengesellschaften – ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts?, ZIP 1997, 1769 ff
- ders. / Grote, Klaus-Peter Mehrfachbeteiligung in der Personengesellschaft, INF 1997, 527 ff
- Weitnauer, Hermann Wohnungseigentumsgesetz (Kommentar), 8. Auflage, München, 1995
- Westermann, Harry Die höchstrichterliche Regelung der Erbfolge in Beteiligungen an Personengesellschaften, JuS 1979, 761 ff
- ders. Möglichkeiten und Grenzen dogmatischer Erfassung des Rechts der Personengesellschaften, ZHR 144 (1980), 232 ff
- Wiedemann, Herbert Gesellschaftsrecht, Band I, München, 1980
- Wirtz, Bernhard Beteiligungen an Unternehmen und Nacherbfolge, Festschrift für Willi Weichler, 1966, 156 ff

Zöllner, Wolfgang

Rechtssubjektivität von Personengesellschaften, in:  
Festschrift für Joachim Gernhuber, Tübingen 1993, 563





# 1 Problemstellung

Die mehrfache Beteiligung einer Person an einer Gesamthandsgemeinschaft oder gar eine Einmann-Gesamthand, d.h. eine, an der nur eine einzige Person beteiligt ist, kann es nicht geben.<sup>1</sup> Diese klare Aussage wurde und wird heute noch von der überwiegenden Mehrheit der Juristen – sowohl in Praxis, als auch in Literatur - getroffen. Gegen die mehrfache Beteiligung einer Person spreche die Überlegung, daß es sich bei den Gesamthandsgemeinschaften nicht wie bei Kapitalgesellschaften um Personenmehrheiten handele, die gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigt sind. Eine Person könne daher nur einmal an einer Gesamthandsgemeinschaft beteiligt sein. Auch die Idee einer Einmann-Gesamthand widerspreche der Konstruktion als *Personenmehrheit*. Dennoch wird diese These zunehmend vor allem von Praktikern in Frage gestellt. Besonders die Fortentwicklung der Personengesellschaften, die sich in der Rechtswirklichkeit immer mehr den Kapitalgesellschaften annähern, gibt der Praxis Anlaß, sich kritisch damit auseinander zu setzen. Einen zwingenden Anstoß, die obige These zumindest für die Personengesellschaften zu überdenken, gab nun das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Januar 2001.<sup>2</sup> Demnach ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Zukunft als rechts- und parteifähiger Personenverband anzusehen. Sie nähert sich somit in einer Weise den Kapitalgesellschaften an, die auch ein Umdenken in Bezug auf die Beteiligung ihrer Mitglieder erfordern könnte. Ob dies der Fall ist, soll hier untersucht werden.

Die Vorstellung, daß Personen ähnlich wie bei Kapitalgesellschaften mehrfach an einer Gesamthandsgemeinschaft beteiligt sind, mag auf den ersten Blick befremdlich wirken. Um aber darzustellen, wann sich diese Problematik stellen kann, seien nur zwei Beispielsfälle erwähnt, die auch durchaus praktische Bedeutung aufweisen:

---

<sup>1</sup> Gegen eine mehrfache Beteiligung vgl. nur BGHZ 24, 106 (108); BGHZ 58, 316 (318); BGHZ 66, 98 (101); BGHZ 101, 123 (129); Jousen, DB 1992, 1173 (1174), der jedoch von der einheitlichen Mitgliedschaft spricht; Sieveking, FS Schippel, 505ff; Steinbeck, DB 1995, 761 (761f). Gegen eine Einmann-Gesamthand vgl. nur Palandt-Sprau, § 705 Rdn.1; Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.2; MüKo-Ulmer, Vor § 723 Rdn.9 mwN.

<sup>2</sup> BGH, NJW 2001, 1056 ff.

- (1) A und B bilden zusammen mit anderen Personen eine Miterbengemeinschaft. A verstirbt und setzt B als seinen Vorerben, seine Kinder C und D als seine Nacherben ein. Grundsätzlich verschmelzen nach herkömmlicher Ansicht der eigene Anteil des B und der von A geerbte Anteil untrennbar miteinander. Hier liegt aber das Problem vor, daß ein Anteil mit der Nacherbschaft belastet ist. Im Nacherbfall muß jedoch der fragliche Anteil ermittelbar sein, auch unterliegt der belastete Anteil anderen Rechtsregeln als der unbelastete.
- (2) A und B sind Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. A verpfändet seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen<sup>3</sup> an C. Anschließend geht dieser belastete Anteil des A im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf B über. Auch hier würden grundsätzlich die beiden Anteile an der Gesamthandsgemeinschaft untrennbar miteinander verschmelzen. Wären A und B die einzigen Gesellschafter, würde sich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach herkömmlicher Auffassung sogar auflösen. Es bleibt dann aber die Frage, was mit dem Pfandrecht an dem einen Anteil passiert. Es gibt die Möglichkeit, daß das Pfandrecht nun auch den bisher unbelasteten Anteil betrifft. Dies geht allerdings zu Lasten des B, der vorher einen unbelasteten Anteil hatte. Weiterhin gibt es die Möglichkeit, daß das Pfandrecht nun im Ganzen erlischt. Dies geht wiederum zu Lasten des Pfandrechtsgläubigers, der nun kein Pfandrecht mehr hat. Es ist somit keine der beiden Alternativen interessengerecht.

In diesen Fällen wäre eine Lösung, ähnlich wie bei den Kapitalgesellschaften, nämlich daß eine Person getrennt voneinander zu behandelnde Anteile in ihrer Hand halten kann, durchaus vorteilhaft. Es könnten dann die Anteile rechtlich unterschiedlich bewertet werden.

Wird aber erst die mehrfache Beteiligung einer Person an einer Gesamthandsgemeinschaft angedacht, ist der Weg zu der Frage, ob nicht eine Person dann auch alle Anteile in ihrer Hand halten, nicht mehr weit.

---

<sup>3</sup> Eine Verpfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen ist als Verfügung entgegen dem Wortlaut des § 719 Abs.1 1.HS BGB nach h.M. möglich, vgl. nur Palandt-Sprau, § 719 Rdn.8, Palandt-Bassenge, § 1273 Rdn.1. Ausführlich dazu unter 6 Mehrfachbeteiligung an einer Gesamthandsgemeinschaft.



Im folgenden soll also geklärt werden, warum sich diese Frage gerade bei den Gesamthandsgemeinschaften (im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften als juristische Person, bzw. zu den Bruchteilsgemeinschaften) stellt und ob überhaupt ein Bedürfnis für eine solche Konstruktion besteht. Es sollen dann anhand der Gesamthandsgemeinschaften einzelne Fallkonstellationen dargestellt werden, in denen die mehrfache Beteiligung einer Person an einer Gesamthandsgemeinschaft in der Weise, daß die Anteile ihre Selbständigkeit behalten, von Vorteil wäre. Schließlich ist zu untersuchen, ob dann auch eine Einmann-Gesamthand in Betracht kommt. Diese Untersuchung beschränkt sich dabei – abgesehen von einem Exkurs in das Recht der Vor-GmbH - auf die Gesamthandsgemeinschaften des BGB sowie die Personenhandelsgesellschaften<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Daneben gibt es noch den nichtrechtsfähigen Verein gemäß § 54 BGB, die EWIV, sowie die Partenreederei (str.). Diese sollen jedoch hier außer Acht gelassen werden. Die Arbeit konzentriert sich auf diejenigen Gesamthandsgemeinschaften, die in der Praxis am häufigsten vorkommen.

## 2 Die Gesamthandsgemeinschaft

Im Gesetz sind verschiedene Gesamthandsgemeinschaften anerkannt. Dies sind namentlich im BGB die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, §§ 705 ff BGB, die eheliche Gütergemeinschaft, §§ 1415 ff BGB, sowie die Erbengemeinschaft, §§ 2032 ff BGB. Im HGB finden sich außerdem als Personenhandelsgesellschaften die OHG, §§ 105 ff HGB, sowie die KG, §§ 161 ff HGB. Sie sind alle hinsichtlich ihrer Entstehung, ihres Ziels und ihres Bestandes jeweils unterschiedlich voneinander ausgestaltet. Es soll daher herausgearbeitet werden, was diesen Gesamthandsgemeinschaften als Gemeinsamkeit, als Strukturelement eines Gesamthandsprinzips<sup>5</sup> zugrunde liegt. Denn nur so kann sie von anderen Gemeinschaften, die nicht gesamthänderisch strukturiert sind, namentlich der Bruchteilsgemeinschaft Gemäß §§ 741 ff BGB, sowie der juristischen Person abgegrenzt werden. Es muß dabei zum einen die vermögensrechtliche, zum anderen die personenrechtliche Seite betrachtet werden.

### 2.1 Betrachtung der vermögensrechtlichen Seite

Inhalt dieser Betrachtungsweise ist die Frage, wem das Gesamthandsvermögen zugeordnet ist, bzw. wer darüber verfügen darf.

#### 2.1.1 Gemeinsames Vermögen mit Anteilsbildung

Fraglich ist, ob der Bestand eines gemeinsamen Vermögens, an dem den Teilhabern Anteile zustehen, taugliches Abgrenzungskriterium im Verhältnis zu anderen Möglichkeiten der Vermögensordnung ist.<sup>6</sup> Bei allen drei gesetzlich

---

<sup>5</sup> Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 321, 322

<sup>6</sup> Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316 (321f)

anerkannten Gesamthandsgemeinschaften besteht ein gemeinsames Vermögen der Gesamthänder.<sup>7</sup> Den jeweiligen Teilhabern steht daran ein Anteil zu.<sup>8</sup> Eine Gemeinsamkeit liegt damit eigentlich vor.

Doch trifft diese Aufteilung eines Vermögens in Anteile nicht nur auf die Gesamthandsgemeinschaften zu. Auch bei der Bruchteilsgemeinschaft findet eine Anteilsbildung am gemeinschaftlichen Vermögen statt, vgl. §§ 741, 742 BGB. Es steht ein Gegenstand geteilt mehreren Personen derart zu, daß jeder einen Anteil daran hat, über den er selbständig verfügen kann.<sup>9</sup> Ein taugliches Unterscheidungskriterium, das nur bei den Gesamthandsgemeinschaften vorliegt, kann also auch in dem gemeinsamen Vermögen mit Anteilsbildung nicht gesehen werden.

### 2.1.2 Widmung mehrerer Gegenstände zu einem gemeinsamen Zweck

Zu prüfen ist, ob es als verbindendes Element der Gesamthandsgemeinschaften angesehen werden kann, daß Personen mehrere Gegenstände zu einem gemeinsamen Zweck widmen.

Grundvoraussetzung für die Entstehung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die vertragliche Verpflichtung von zwei oder mehreren Gesellschaftern<sup>10</sup>, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger Weise zu fördern.<sup>11</sup> Der Zweck ist nicht nur darin vergemeinschaftet, daß die Gesellschafter eine Einigung über bestimmte, gemeinsam zu verfolgende Interessen erzielen. Er besteht auch und vor allem in der Verpflichtung, ihr Handeln an diesem Ziel auszurichten und seine Verwirklichung

---

<sup>7</sup> **bzgl. der Gesellschaft bürgerlichen Rechts:** § 718 BGB; **bzgl. der ehelichen Gütergemeinschaft:** § 1416 Abs.1 S.1 BGB; **bzgl. der Erbengemeinschaft:** § 2032 Abs.1 BGB

<sup>8</sup> **bzgl. der Gesellschaft bürgerlichen Rechts:** § 719 Abs.1 BGB; **bzgl. der ehelichen Gütergemeinschaft:** § 1419 Abs.1 BGB; **bzgl. der Erbengemeinschaft:** § 2033 Abs.1 BGB

<sup>9</sup> Palandt-Sprau, § 741 Rdn.1; Soergel-Hadding, Vor § 741 Rdn.4; Staudinger-Langein, § 741 Rdn.68.

<sup>10</sup> Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann es nach derzeitigem Stand von Rechtsprechung und Lehre nicht geben, vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 1997, § 8 IV 2b; Kübler, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1999, § 6 IV 2d; MüKo-Ulmer, Vor § 723 Rdn.17; Sieveking, FS Schippel, München 1996, 505ff. A.A. Baumann, BB 1998, 225ff; Bippus, AcP 195 (1995), 13ff; Kanzleiter, FS Weichler, 1996, 39ff.

<sup>11</sup> MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.1; Palandt-Sprau, § 705 Rdn.1; Soergel-Hadding, § 705 Rdn.1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 58 I 1a

gemeinschaftlich zu fördern.<sup>12</sup> Der gemeinschaftliche Zweck geht also über ein bloßes gemeinsames Interesse der Gesellschafter hinaus. Wäre die Widmung zu einem gemeinsamen Zweck verbindendes Strukturelement, so wäre beispielsweise die Abgrenzung der Gesamthandsgemeinschaft zur Bruchteilsgemeinschaft möglich. Die Bruchteilsgemeinschaft ist nämlich eine Interessengemeinschaft ohne Zielsetzung.<sup>13</sup> Die Interessen der Teilhaber laufen infolge der Mitberechtigung am selben Gegenstand gleich, ihre Ziele und Zwecke können jedoch unterschiedlich sein. Es ist somit zu untersuchen, ob bei allen fraglichen Gesamthandsgemeinschaften eine Widmung des Gegenstandes zu einem bestimmten Zweck erfolgt.

Im Rahmen der ehelichen Gütergemeinschaft wird das Gesamtgut<sup>14</sup> gemeinschaftliches Vermögen, dessen Einkünfte in erster Linie zum Familienunterhalt zu verwenden sind.<sup>15</sup> Gemeinsamer Zweck, zu dem das Gesamtgut gewidmet wird, ist es demnach, eine Grundlage zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu schaffen.<sup>16</sup>

Problematisch ist dieses Element bei der Erbengemeinschaft. Dort wird das gemeinschaftliche Vermögen den Miterben gemäß § 2032 Abs.1 BGB gesetzlich zugeordnet. Eine vertragliche Widmung des gemeinschaftlichen Vermögens zu einem bestimmten Zweck erfolgt nicht. Die Nachlaßgegenstände werden zwar zu einem gemeinschaftlichen Vermögen zusammengefaßt, um die Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen und unter Sicherung von Ausgleichsansprüchen der Miterben untereinander zu ermöglichen.<sup>17</sup> Gemeinsamkeit ist dann aber nicht generell die Tatsache, daß ein Vermögen zu irgendeinem Zweck gewidmet wird.

Anknüpfungspunkt muß vielmehr das Interesse sein, das Vermögen als solches, über das alle Gesamthandsgemeinschaften verfügen, in seinem

---

<sup>12</sup> MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.109; Palandt-Sprau, § 705 Rdn. 14; Soergel-Hadding, § 705 Rdn. 36

<sup>13</sup> Palandt-Sprau, § 741 Rdn. 1; Soergel-Hadding, Vor § 741 Rdn.1; Staudinger-Langhein, Vor § 741 Rdn.11.

<sup>14</sup> definiert in § 1416 Abs.1 S.1 BGB

<sup>15</sup> MüKo-Kanzleiter, Vor § 1415 Rdn.16, § 1420 Rdn.1; Palandt-Brudermüller, Vor § 1415 Rdn.1, § 1420 Rdn.1; Soergel-Gaul, § 1420 Rdn.1

<sup>16</sup> Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München 1972, 170

<sup>17</sup> Schulze-Osterloh, aaO, 169, der aufgrund dieser Zusammenfassung die Widmung zu einem gemeinsamen Zweck bejaht und dadurch das Kriterium des *gemeinsamen Zwecks* als Grundlage des Gesamthandsprinzips anerkennt. Der *gemeinsame Zweck* wird dabei aber nicht nur als Widmung des Vermögens verstanden, sondern vielmehr als gemeinsamer Zweck der Personenmehrheit, ein gemeinschaftliches Vermögen in seinem Bestand zu erhalten, vgl. 165 ff.

Bestand als gemeinschaftliches Vermögen zu erhalten. Ein irgendwie geartetes Interesse aller Teilhaber kann aber nicht als Strukturelement aller Gesamthandsgemeinschaften anerkannt werden. Auch bei Bruchteilsgemeinschaften können alle Teilhaber ein gemeinsames Interesse verfolgen.<sup>18</sup> Die Widmung mehrerer Gegenstände zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks kann somit ebenfalls nicht als verbindendes Element aller Gesamthandsgemeinschaften herangezogen werden.

### 2.1.3 Ausschluß der Sonderverfügung

Schließlich ist zu prüfen, inwiefern der Ausschluß von Sonderverfügungen ein gemeinsames Element darstellt. In allen drei im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Gesamthandsgemeinschaften ist es den Teilhabern untersagt, über einzelne Gegenstände des gemeinschaftlichen Vermögens zu verfügen.<sup>19</sup> Dem liegt ein einheitlicher Wille des Gesetzgebers zugrunde. Das gemeinschaftliche Vermögen soll nicht dadurch zerstört werden, daß der einzelne Gemeinschaftler beliebig über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verfügt.<sup>20</sup> Das Verfügungsverbot bezieht sich dabei nur auf die einzelnen Gegenstände des gemeinschaftlichen Vermögens. Gemeinsamkeit ist dagegen nicht ein Verfügungsverbot über den gesamten Anteil am Gemeinschaftsvermögen. Dies trifft zwar für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die eheliche Gütergemeinschaft<sup>21</sup>, nicht aber für die Erbengemeinschaft zu. Gemäß § 2033 Abs.1 S.1 BGB kann jeder Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügen. Der Grund dafür liegt in der Eigenart und in

---

<sup>18</sup> Z.B. können Ehegatten Miteigentümer eines Hauses sein, das der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen soll (gemeinsames Interesse), ohne daß sie den Güterstand der Gütergemeinschaft (d.h. eine Gesamthandsgemeinschaft) gewählt haben.

<sup>19</sup> **bzgl. der Gesellschaft bürgerlichen Rechts:** § 719 Abs.1, 1. HS BGB; **bzgl. der ehelichen Gütergemeinschaft:** § 1419 Abs.1, 1. HS BGB; **bzgl. der Erbengemeinschaft:** § 2033 Abs.2 BGB

<sup>20</sup> Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316 (325f); Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an der Personengesellschaft des Handelsrechts, Heidelberg 1970, 103, 119; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd.I, München 1980, § 5 II 1; Pfister, Die Einmann-Personengesellschaft, Frankfurt 1999, 47; Larenz/Wolf, BGB AT, § 9 Rdn.78; Soergel-Hadding, § 719 Rdn.1; Soergel-Gaul, § 1416 Rdn.2; Soergel-Wolf, Vor § 2032 Rdn.1; vgl. auch bereits die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 430: „(...) ein Gesellschaftsvermögen, welches der einzelne Gesellschafter nicht beliebig dadurch zerstören könne, daß er über seine Antheile an den einzelnen Vermögensstücken verfüge. Schaffe man in dieser Beziehung nicht eine reale Sicherheit, so könne die Erreichung der gemeinschaftlichen Zwecke jederzeit durch einen Gesellschafter oder dessen Gläubiger unmöglich gemacht werden.“

<sup>21</sup> § 719 Abs.1, 1. HS BGB; § 1419 Abs.1, 1. HS BGB

der Zielsetzung der jeweiligen Gesamthandsgemeinschaft. Während die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die eheliche Gütergemeinschaft auf Bestand ausgelegt sind<sup>22</sup>, ist die Erbengemeinschaft auf möglichst baldige Liquidation ausgerichtet.<sup>23</sup>

Bei dem Verfügungsverbot bezüglich der einzelnen zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenständen handelt es sich somit um die einzige Gemeinsamkeit, die sich bei allen Gesamthandsgemeinschaften finden läßt.<sup>24</sup> Insofern kann nur dies als Strukturelement, das allen Gesamthandsgemeinschaften gemeinsam ist, angesehen werden.<sup>25</sup>

Hier unterscheidet sich die Gesamthandsgemeinschaft auch von der Bruchteilsgemeinschaft, bei der jeder Teilhaber gemäß § 747 Abs.1 S.1 BGB beliebig über seinen Anteil verfügen kann. Dieses freie Verfügungsrecht jedes Teilhabers über seinen Anteil entspricht der fehlenden Zweckvereinbarung und dem daraus folgende individualrechtlichen Charakter der Bruchteilsgemeinschaft.<sup>26</sup> Die Gesamthandsgemeinschaft unterscheidet sich darin ebenfalls von der juristischen Person, bei der jeder Gesellschafter nur mittelbar am Gesellschaftsvermögen, z.B. durch Kapitalanteil oder Aktie beteiligt ist.<sup>27</sup> Diese Anteile sind von Gesetzes wegen unabhängig voneinander übertragbar, vgl. § 15 GmbHG. Ein Gesellschafter, der an einer Gesellschaft in Form einer juristischen Person beteiligt ist, kann also auch mehrere oder alle Anteile in einer Hand halten, ohne daß diese untrennbar verschmelzen.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> **bzgl. der Gesellschaft bürgerlichen Rechts**, die darauf gerichtet ist, den im Gesellschaftsvertrag manifestierten Zweck zu verfolgen: MüKo-Ulmer, Vor § 705 Rdn.2ff; Palandt-Sprau, § 705 Rdn.14f; Soergel-Schulze-v.Lasaulx, § 705 Rdn.23; Staudinger-Keßler, Vor § 705 Rdn.29ff. **Bzgl. der ehelichen Gütergemeinschaft**, die den Zweck verfolgt, Gesamtgut zu bilden: MüKo-Kanzleiter, Vor § 1415 Rdn.1; Palandt-Diederichsen, § 1420 Rdn.1; Soergel-Gaul, Vor § 1415 Rdn.5; Staudinger-Thiele, § 1416 Rdn. 2.

<sup>23</sup> MüKo-Dütz, Vor § 2032 Rdn.5; Palandt-Edenhofer, Vor § 2032 Rdn.2; Soergel-Wolf, § 2032 Rdn.4; Staudinger-Werner, § 2032 Rdn.9. Dies gilt im übrigen auch für die nicht mehr werbende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Zweck auch in der Liquidation besteht, vgl. MüKo-Ulmer, Vor § 723 Rdn.5ff; Palandt-Sprau, Vorb v § 723, Rdn.2; Soergel-Hadding, Vor § 723 Rdn.1.

<sup>24</sup> Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316 (325); Göckeler, Die Stellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Erkenntnis-, Vollstreckungs- und Konkursverfahren, Berlin, 1992, 29

<sup>25</sup> so auch die Protokolle, Bd. II: „ *Die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Gesellschafters wurde auch von anderen Seiten als das charakteristische Merkmal der gesamten Hand bezeichnet.* “

<sup>26</sup> Palandt-Sprau, § 741 Rdn.2; Staudinger-Keßler, Vor § 705 Rdn.2

<sup>27</sup> Sieveking, FS Schippel, 505 (510)

<sup>28</sup> Sieveking, FS Schippel, 505 (510)

Bei den Gesamthandsgemeinschaften bestehen dagegen nur ideelle, nicht wertmäßig bezifferbare Anteile, die miteinander verschmelzen, sobald sie sich in einer Hand vereinigen.<sup>29</sup>

## 2.2 Betrachtung der personenrechtlichen Seite

Inhalt dieser Betrachtung ist die Frage nach der Rechtszuständigkeit, d.h. die Frage, wer Träger derjenigen Rechte und Pflichten sein kann, die sich auf die Verwaltung des Gesamthandsgutes beziehen. In Betracht für die Rechtszuständigkeit kommen einerseits die Gesamthänder, andererseits die Gesamthand selbst.

Bei der Bruchteilsgemeinschaft ist die Rechtszuständigkeit unter den Teilhabern aufgeteilt.<sup>30</sup> D.h. jeder Teilhaber hat ein durch die Mitberechtigung des anderen beschränktes Recht am ungeteilten Gegenstand. Die Rechtszuständigkeit setzt sich aus den individuellen Bruchteilen jedes einzelnen Teilhabers zusammen.<sup>31</sup>

Bei der Gesamthandsgemeinschaft dagegen ist die Rechtszuständigkeit ungeteilt.<sup>32</sup> Hier besteht für die einzelnen Gegenstände des Gesamthandsvermögens eine Rechtszuständigkeit nur für die Gesamthandsgemeinschaft als Personenmehrheit.<sup>33</sup> Inwieweit sich das auf die Eigenschaft der Gesamthand, selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein zu können, d.h. auf die Rechtszuständigkeit der Gesamthand selbst auswirkt, kann einheitlich jedoch nicht beantwortet werden. Die unterschiedliche Ausformung der einzelnen Gesamthandsgemeinschaften erfordert eine differenzierte Betrachtungsweise. So ist sowohl das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft, als auch der Nachlaß nach herrschender Auffassung nur Sondervermögen der Gesamthänder.<sup>34</sup> Dagegen sieht das HGB für die OHG

---

<sup>29</sup> Sieveking, FS Schippel, 505 (510 ff)

<sup>30</sup> MüKo-Schmidt, § 741 Rdn.6; Palandt-Thomas, § 741 Rdn.7; Soergel-Hadding, Vor § 741 Rdn.4

<sup>31</sup> MüKo-Schmidt, § 741 Rdn.6; Palandt-Thomas, § 741 Rdn.7; Soergel-Hadding, Vor § 741 Rdn.4; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 1 I 2.

<sup>32</sup> MüKo-Schmidt, § 741 Rdn.6; MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.13 ff; Palandt-Thomas, § 705 Rdn.17.

<sup>33</sup> Flume, Die Personengesellschaft, BGB AT, I 1, 1. Auflage, Berlin 1977, 111

<sup>34</sup> **Bzgl. des Gesamtgutes:** Palandt-Brudermüller, § 1416 Rdn.1; Staudinger-Thiele, § 1416 Rdn.1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 III 3a; Schulze-Osterloh, aaO, 8 ff, 13 ff. **Bzgl. des Nachlasses:** Palandt-Edenhofer, Einf § 2032 Rdn.1; MüKo-Dütz, § 2032 Rdn.1; Staudinger-Werner, § 2032 Rdn.2; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Auflage, München 1989, § 44 I 3b; a.A.

und die KG vor, daß diese Personenhandelsgesellschaften selbst Träger von Rechten und Pflichten sein können, vgl. §§ 124, 161 Abs.2 HGB.

Nach dem neuen Grundlagenurteil des BGH soll auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>35</sup> selbst als Trägerin von Rechten und Pflichten verselbständigt sein.<sup>36</sup> Sie soll dabei nicht juristische Person und auch nicht ein von den Personen der Gesamthänder zu trennendes Individuum sein.<sup>37</sup> Sie soll aber mehr sein als nur die Einzelpersonen in ihrer Verbundenheit, eine *überindividuelle Wirkungseinheit*.<sup>38</sup> Die Gruppe der Gesamthänder soll als solche Rechtssubjekt sein.<sup>39</sup> Sie soll selbst am Rechtsverkehr teilnehmen, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können.<sup>40</sup> Sie ist demnach rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. In diesem Rahmen ist sie selbst im Zivilprozeß aktiv und passiv parteifähig.

## 2.3 Zwischenergebnis

Die Gesamthandsgemeinschaften zeichnen sich somit alle dadurch aus, daß ein gebundenes Sondervermögen besteht. Ob darüber hinaus die

---

Grunewald, AcP 197 (1997), 305 (306), die die Erbengemeinschaft für rechtsfähig und in Anlehnung an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch für parteifähig hält. Begründet wird dies mit der strukturellen Ähnlichkeit der Erbengemeinschaft mit den Personengesellschaften. Einen Mittelweg geht Schmidt, aaO, § 8 III 3a; ders. NJW 1985, 2785 (2788), der nur die unternehmenstragende Erbengemeinschaft für rechtsfähig hält.

<sup>35</sup> Die Rede ist hier nur von der BGB-Außengesellschaft mit Vermögensbildung.

<sup>36</sup> BGH, NJW 2001, 1056ff; Schmidt, NJW 2001, 993ff; Wilhelm, DB 2001, 423ff; Römermann, DStR 2001, 310ff; Goette, ZIP 2001, 333ff; kritisch dazu Entwurf von Schemmann, zu veröffentlichen in DNotZ 2001; vorher bereits Flume, ZHR 1972, 184 ff; ders., Die Personengesellschaft, 50 ff; Habersack, JuS 1990, 179 ff; MüKo-Schmidt, § 741 Rdn.6; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 IV 5; Timm, NJW 1995, 3209 ff.

<sup>37</sup> Flume, ZHR 1972, 188

<sup>38</sup> Begriff von Rittner (in: Die werdende juristische Person, Tübingen, 1973), der so die juristische Person bezeichnet und sie dadurch der Gesamthandsgemeinschaft gegenüberstellt. Flume dagegen übernimmt diesen Begriff auch für die Gesamthandsgemeinschaft, um zum Ausdruck zu bringen, daß sie der juristischen Person insofern gleich steht, als für die Gesamthandsgemeinschaft als Einheit gehandelt wird, sie als Einheit am Rechtsverkehr teilnimmt und für sie als Einheit Rechte und Pflichten begründet werden. Gesamthandsgemeinschaften und juristische Personen seien insofern nur unterschiedliche Organisationsformen überindividueller Wirkungseinheiten, vgl. Flume, Die Personengesellschaft, 89 ff.

<sup>39</sup> Soergel-Hadding, Vor § 705 Rdn.21

<sup>40</sup> BGH, NJW 2001, 1056ff; Flume, aaO, 89 ff; ders., ZHR 1972, 184 ff.



Gesamthandsgemeinschaft soweit gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigt ist, daß sie selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Jedenfalls ist sie nicht so weit gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigt, daß sie von ihnen unabhängig wäre. Insofern widerspricht die Konstruktion einer Einmann-Gesamthand eigentlich der Gesamthandsstruktur und ist deshalb – wenn überhaupt – nur in Spezialfällen denkbar.

### 3 Der Gesamthandsanteil

Anders als bei bestimmten Bruchteilsgemeinschaften oder den Kapitalgesellschaften ist es nach herkömmlicher Auffassung bei Gesamthandsgemeinschaften nicht möglich, daß ein Gemeinschaftler in einer Hand mehrere voneinander zu trennende Anteile oder gar alle Anteile (vgl. die Einmann-GmbH<sup>41</sup>) an der Gesamthandsgemeinschaft hält. Der Grund hierfür liegt in der unterschiedlichen Vermögens- und Organisationsstruktur der Personenmehrheiten. Bei Kapitalgesellschaften beispielsweise geht es in erster Linie um die Kapitalbeteiligung einer Person, z.B. in Form von Aktien. Eine Person kann somit je nach der Höhe ihrer finanziellen Beteiligung eine, zwanzig, oder auch hundert selbständige Aktien halten. Sie kann jederzeit Teile davon veräußern oder belasten. Bei den Gesamthandsgemeinschaften dagegen geht es um die Beteiligung ganz bestimmter Personen, die ihre Beteiligung nicht ohne weiteres auf eine andere Person übertragen dürfen. Mit dieser Mitgliedschaft einer Person in einer Gesamthandsgemeinschaft ist aber auch immer ein bestimmter vermögenswerter Anteil verbunden.

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit sich der Anteil an einer Gesamthand von dem an den fraglichen Bruchteilsgemeinschaften oder einer Kapitalgesellschaft<sup>42</sup> als juristische Person unterscheidet. Denn nur aus der Natur der jeweiligen Anteile ließe sich erklären, warum nach herkömmlicher Auffassung zwei oder mehrere Anteile an Gesamthandsgemeinschaften untrennbar miteinander verschmelzen, sobald sie in einer Hand zusammenfallen, während sie z.B. bei Kapitalgesellschaften auch in dem Fall getrennt bleiben.

---

<sup>41</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Einl Rdn.7; § 1 Rdn.14; § 48 Rdn.15ff; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 40

<sup>42</sup> Es wird im Rahmen dieser Arbeit nur auf die GmbH und die AG als wichtigste Formen der Kapitalgesellschaft eingegangen.

### 3.1 Begriffsklärung

In Rechtsprechung und Literatur ist häufig von *der Beteiligung an der Gesamthandsgemeinschaft*, von einem *Anteil* daran oder von der *Mitgliedschaft* die Rede, ohne daß diese Begriffe einheitlich gebraucht werden. Mal werden sie als Synonyme verwendet, mal werden inhaltlich gleiche Phänomene unterschiedlich bezeichnet. Es kommt aber aus folgenden Gründen den Begriffen *Anteil*<sup>43</sup> und *Mitgliedschaft* jeweils eine eigene Bedeutung zu:

Im Gesetz ist in Zusammenhang mit den Gesamthandsgemeinschaften lediglich der Begriff des *Anteils* zu finden, nicht aber der der *Mitgliedschaft*.<sup>44</sup> Der Begriff der Mitgliedschaft war dem Gesetzgeber jedoch nicht unbekannt. In den §§ 38 ff BGB ist von der Mitgliedschaft in einem Verein die Rede. In Zusammenhang mit der Gesamthandsgemeinschaft dagegen ist nur von einem Anteil die Rede. Nach dem Willen des Gesetzgebers sind die Begriffe daher nicht inhaltsgleich. Ansonsten hätte er sich mit nur einem Begriff begnügen können.

Des weiteren wird eine zwingende Unterscheidung von Anteil und Mitgliedschaft deutlich, wenn der Anteil am Gesamthandsvermögen belastet wurde, beispielsweise mit einem Pfandrecht gemäß §§ 1273 ff BGB.<sup>45</sup> Der Pfandrechtsschuldner bleibt dann nach wie vor Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft. Er hat nicht seine Stellung als Teil einer Personenmehrheit im Ganzen auf eine andere Person übertragen. Belastet wurde nur der Anteil am Gesamthandsvermögen. Folglich bleibt die Mitgliedschaft bei der Person des Pfandrechtsschuldners bestehen. Dem Pfandrechtsgläubiger stehen dagegen die mit dem Anteil am Gesamthandsvermögen verbundenen Vermögensrechte, sowie einige

---

<sup>43</sup> Der Begriff der Beteiligung ist inhaltsgleich. Um der Einheitlichkeit Willen soll im Folgenden nur vom *Anteil* die Rede sein.

<sup>44</sup> **bzgl. der Gesellschaft bürgerlichen Rechts:** §§ 719 Abs.1, 1.HS, 722 Abs.1, 2; 734, 738 Abs.1 s.1 BGB; **bzgl. der ehelichen Gütergemeinschaft:** § 1419 Abs.1, 1.HS BGB; **bzgl. der Erbengemeinschaft:** §§ 2033 Abs.1, S.1; 2033 Abs.2; 2034 Abs.1, 2035 Abs.1, 2036 S.1, 2037 BGB; **bzgl. der OHG:** § 105 Abs.3 HGB iVm. den o.g. Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts; § 120 Abs.1 HGB; **bzgl. der KG:** § 161 Abs.2 HGB iVm. § 105 Abs.3 HGB iVm. den o.g. Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

<sup>45</sup> Die Verpfändung des Anteils ist nur möglich bei der Miterbengemeinschaft und bei den Personengesellschaften, sofern die übrigen Mitgesellschafter zustimmen, oder dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, vgl. Palandt-Bassenge, § 1273 Rdn.1; Palandt-Sprau, § 719 Rdn.8; Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rdn.20; Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.8, 14. Dagegen ist eine Belastung des Gesamtgutanteils nicht denkbar, vgl. Palandt-Brudermüller, § 1419 Rdn.2.

Verwaltungsrechte zu.<sup>46</sup> Die Mitgliedschaft und die Rechts aus dem Anteil fallen damit unterschiedlichen Personen zu. Es muß also die Mitgliedschaft qualitativ anders zu bewerten sein als der Anteil am Gesamthandsvermögen.

Es ist somit davon auszugehen, daß sowohl der Gesetzgeber, als auch Literatur und Rechtsprechung die Begriffe inhaltlich als nicht identisch ansehen. Daher ist zunächst zu klären welchem Begriff welche inhaltliche Bedeutung zukommt.

### 3.1.1 Die Mitgliedschaft

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Mitgliedschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch lediglich in Zusammenhang mit den Regelungen zum Verein, §§ 38 BGB. Es ist darunter die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen Mitglied und Verein zu verstehen und umfaßt alle Rechte und Pflichten des Mitglieds als solchem.<sup>47</sup> Auch wenn das Gesetz bezüglich der Gesamthandsgemeinschaften die Mitgliedschaft nicht explizit regelt, so kann jedoch die Mitgliedschaft in einer Gesamthandsgemeinschaft nicht anders zu bewerten sein als die in einem Verein.<sup>48</sup> Es handelt sich sowohl bei dem Verein, als auch bei der Gesamthandsgemeinschaft um einen Verband von Personen, die zueinander in Rechtsgemeinschaft stehen. Daraus resultieren für die einzelnen Personen Rechte und Pflichten, die ihre Mitgliedschaft charakterisieren. Der Begriff der Mitgliedschaft ist somit ein systematischer und damit auch auf andere Personenverbände anwendbar als den Verein.<sup>49</sup> Es ist also auch die Mitgliedschaft in einer Gesamthandsgemeinschaft als Summe der einzelnen Rechte, die einer Person als Teil eines Verbandes zustehen, und aller Pflichten, die sie in ihm zu erfüllen hat, zu verstehen.<sup>50</sup> Diese Rechte und Pflichten beruhen auf einem Rechtsverhältnis des Gesamthänders zu den anderen

---

<sup>46</sup> Die Verwaltungsrechte verbleiben weitestgehend bei dem Pfandrechtsschuldner. Dem Pfandrechtsgläubiger stehen allerdings die zu seinem Schutz erforderlichen Kontroll- und Informationsrechte zu. Ausführlich dazu unten, sowie unter MüKo-Ulmer, § 719 Rdn. 45; Beck'sches Hdb PersGes-Müller, § 4 Rdn.42.

<sup>47</sup> Palandt-Heinrichs, § 38 Rdn.1; MüKo-Reuter, § 38 Rdn.1; Soergel-Schulze-v.Lasaulx, § 38 Rn.3; Staudinger-Weick, § 35 Rdn.2

<sup>48</sup> Lutter, AcP 180 (1980), 84 (85)

<sup>49</sup> Lutter, AcP 180 (1980), 84 (88)

<sup>50</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (22); Lutter, AcP 180 (1980), 84 (86); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 I 1a; Hadding, FS Reinhardt, 249 (262)

Gesamthändern einerseits und zu der Gesamthandsgemeinschaft andererseits.<sup>51</sup> Die Mitgliedschaft betrifft quasi als Statusbezeichnung die Stellung des Gesamthänders im Außenverhältnis, Teil eines Verbandes als rechtlich organisierte Gruppe zu sein.<sup>52</sup> Sie bezeichnet den organisationsrechtlichen Teil der Stellung als Gesamthänder.<sup>53</sup> Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft im Ganzen ist heute im Allgemeinen anerkannt.<sup>54</sup>

Der Begriff der Mitgliedschaft ist aber auch bei den Bruchteilsgemeinschaften und den Kapitalgesellschaften nicht anders zu definieren.<sup>55</sup> Auch diese sind Personenmehrheiten, auf die das oben Gesagte zutrifft.<sup>56</sup> Der Begriff der Mitgliedschaft ist für alle Personenmehrheiten, d.h. alle Gesamthandsgemeinschaften, bzw. –gesellschaften und alle Kapitalgesellschaften, sowie für den Verein einheitlich zu definieren, nämlich als Stellung der Person als Teil eines Verbandes als rechtlich organisierter Gruppe. Es kann daher die *Mitgliedschaft* nicht als Abgrenzungskriterium bei der Frage herangezogen werden, warum bei diesen beiden Personenmehrheiten eine Mehrfachbeteiligung möglich ist, bei der Gesamthandsgemeinschaft dagegen nicht.

---

<sup>51</sup> Pfister, aaO, 84

<sup>52</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (23); Pfister, aaO, 80

<sup>53</sup> Huber, aaO, 6

<sup>54</sup> Palandt-Sprau, § 717 Rdn.1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 59 II 2c; Pfister, aaO, 80; Wiedemann, aaO, 5 II 1b; Beck'sches Hdb PersGesR – Müller, § 4 Rdn.38; MüHdb GesR-Piehler, § 13 Rdn. 59ff. Ob die Mitgliedschaft dabei lediglich als Rechtsverhältnis, oder sogar als subjektives Recht zu verstehen ist, kann hier unentschieden bleiben. Aus folgenden Gründen erscheint es jedoch rechtsdogmatisch besser begründbar, die Mitgliedschaft lediglich als Rechtsverhältnis anzusehen: Zum einen unterscheiden § 38 BGB und § 717 BGB zwischen den einzelnen Mitgliedschaftsrechten als subjektive Rechte und dem Gesellschaftsverhältnis als Rechtsverhältnis. Diese Unterscheidung wird mißachtet, wenn man die Mitgliedschaft als subjektives Recht ansieht. Zum anderen ist das Erfordernis eines Einverständnisses der anderen Gesellschafter bei einem Gesellschafterwechsel (h.M.) nur dann erklärbar, wenn man die Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis, und damit die Übertragung als eine Vertragsübernahme ansieht. Wäre die Mitgliedschaft subjektives Recht, ließe sich dieses Erfordernis aus den dann anwendbaren §§ 398, 413 BGB nicht ableiten. Vgl. hierzu Steinbeck, DB 1995, 761 (762); Soergel/Hadding, § 38 Rdn. 2, 11; Wiedemann, aaO, § 2 I 1b) bb); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 I 3; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (97ff); Hadding, FS Reinhardt, 249ff; Huber, aaO, 164; Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316 (332).

<sup>55</sup> Lutter, AcP 180 (1980), 84 (84)

<sup>56</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 14 Rdn.7 mwN.

### 3.1.2 Der Anteil

Das Gesetz verwendet in Zusammenhang mit den Gesamthandsgemeinschaften lediglich den Begriff des *Anteils*. Gemeint ist damit immer der *Anteil am Gesellschaftsvermögen*<sup>57</sup>, der *Anteil am Gesamtgut*<sup>58</sup>, bzw. der *Anteil am Nachlaß*<sup>59</sup>, bzw. *an den einzelnen Gegenständen am Gesamthandsvermögen*, also ein vermögensrechtliches Element. Der Gesamthandsanteil (oder auch die *Beteiligung* an der Gesamthandsgemeinschaft) ist somit der materielle Ausdruck der Mitgliedschaft.<sup>60</sup> Er bezeichnet im Innenverhältnis die Teilhabe des Mitgliedes an den Mitverwaltungs- und Vermögensrechten.<sup>61</sup> Der Anteil ist somit (in der Regel<sup>62</sup>) zum einen durch eine Beteiligung am Gesamthandsvermögen, bzw. an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen gekennzeichnet. Dazu gehören z.B. Gewinnansprüche oder der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Zum anderen ist der Anteil durch eine Beteiligung an der Verwaltung gekennzeichnet. D.h. er umfaßt u.a. die Geschäftsführung, Stimmrechte, Informations- und Kontrollrechte. Er erfüllt damit die Mitgliedschaft inhaltlich mit Leben. Während die Mitgliedschaft das Außenverhältnis bezeichnet, konkretisiert der Anteil diese im Innenverhältnis.

Nach dieser Begriffsklärung kann festgestellt werden, daß die Mitgliedschaft nicht als Abgrenzungskriterium zu den Kapitalgesellschaften und den fraglichen Bruchteilsgemeinschaften zu verwenden ist. Die Mitgliedschaft ist hier einheitlich ausgestaltet. Es kommt aber dem Anteil inhaltlich eine andere Bedeutung zu.

---

<sup>57</sup> § 719 Abs.1, 1.HS BGB, bzw. iVm. § 105 Abs.3 HGB, bzw. iVm. §§ 161 Abs.2, 105 Abs.3 HGB.

<sup>58</sup> § 1419 Abs.1, 1.HS BGB

<sup>59</sup> § 2033 Abs.1 S.1 BGB

<sup>60</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (22); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 47 III 1a); Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316 (332).

<sup>61</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (22); Huber, aaO, 6; a.A. Lutter, AcP 180 (1980), 84 (92 Fn.31), der diese Rechte wiederum zu der Mitgliedschaft zählt.

<sup>62</sup> Es gibt auch den Personengesellschafter ohne Kapitalanteil, vgl. Huber, aaO, 304f.

## 3.2 Die Anteilsbestimmung

Es muß somit die rechtliche Beschaffenheit des Anteils an einer Gesamthandsgemeinschaft abgegrenzt werden von dem an einer Bruchteilsgemeinschaft oder an einer Kapitalgesellschaft. Denn nur auf dieser Ebene kann geklärt werden, warum die Möglichkeit einer Mehrfachbeteiligung gerade bei den Gesamthandsgemeinschaften nach der vorherrschenden Meinung verneint wird, bei den anderen Personenmehrheiten dagegen allgemein bejaht wird.

### 3.2.1 Der Anteil an Kapitalgesellschaften

Der Anteil an einer GmbH wird als Geschäftsanteil bezeichnet, § 14 GmbHG, der an einer AG als Aktie<sup>63</sup>, § 1 Abs.2 AktG. Die Anteile an den Kapitalgesellschaften sind jeweils frei veräußerlich und vererbbar. Für die GmbH ergibt sich dies aus § 15 Abs. 1 GmbHG. Die Inhaberaktie ist als sog. Wertpapier im engeren Sinne gemäß §§ 929 ff BGB nach den für bewegliche Sachen geltenden Grundsätzen frei übertragbar.<sup>64</sup> Wertpapiere im engeren Sinne verkörpern das verbrieftete Recht dergestalt, daß das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt.<sup>65</sup> Erwirbt ein Gesellschafter zu seinem Anteil einen oder mehrere Geschäftsanteile oder Aktien hinzu, so behalten die Anteile ihre Selbständigkeit. Bezüglich der GmbH gilt § 15 Abs.2 GmbHG. Bezüglich der Inhaberaktien als Wertpapiere i.e.S. ergibt sich dies aus den allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen<sup>66</sup>. Erwirbt beispielsweise ein Aktionär zu einer

---

<sup>63</sup> Im Wesentlichen (was für den hier verfolgten Zweck ausreichen soll) zu differenzieren ist zwischen den *Inhaberaktien* (d.h. solchen, die auf den Inhaberlauten) und *Namensaktien* (d.h. solchen, die auf den Namen lauten). Diese wiederum können als *Nennbetragsaktien* (d.h. solche, die gemäß § 8 Abs.2 S.1 AktG auf einen bestimmten Nennbetrag lauten, der als Einlage auf die Aktie zu leisten ist) oder als *Stückaktien* (d.h. solche, die gemäß § 8 Abs.3 S.1 AktG am Grundkapital in gleichem Umfang beteiligt sind) ausgegeben werden. Im Folgenden soll nur von Inhaberaktien, die als Nennbetragsaktien ausgegeben werden, die Rede sein. Diese stellen wegen ihrer Verkehrsfähigkeit den Hauptteil des Wertpapierhandels dar, vgl. hierzu Schmidt, Handelsrecht, § 24.

<sup>64</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 24 I 2a)

<sup>65</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 24 I 2a)

<sup>66</sup> Schmidt, Handelsrecht, § 25 I 2a); im Sachenrecht allgemein gilt, daß bewegliche Sachen gegenständlich und hinsichtlich ihres Wertes selbständig bleiben, sofern nicht gemäß §§ 946 ff BGB eine Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung stattfindet. Davon kann aber vorliegend keine Rede sein.

Aktie eine weitere hinzu, so stehen zwei Aktien, d.h. zwei bewegliche Sachen voneinander unabhängig in seinem Eigentum.

Die Anteile an Kapitalgesellschaften sind somit reale, voneinander unabhängige und hinsichtlich ihres Wertes bestimmbare<sup>67</sup> Anteile. Insofern ist es auch notwendigerweise möglich, daß eine Person zwei oder mehrere voneinander zu trennende Anteile in einer Hand hält, ohne daß diese miteinander verschmelzen. Des weiteren ist es möglich, daß eine Person alle Anteile in einer Hand hält<sup>68</sup>.

### 3.2.2 Der Anteil an der Bruchteilsgemeinschaft

Im Rahmen einer Bruchteilsgemeinschaft Gemäß §§ 741 ff BGB kann ein *ungeteilter Gegenstand* mehreren Personen derart zustehen, daß eine *geteilte Rechtszuständigkeit* an dem gemeinschaftlichen Gegenstand besteht.<sup>69</sup> Im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bei der der Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB fordert, daß die Gesellschafter einen gemeinsamen Zweck fördern, können die Ziele und Zwecke der Mitberechtigten einer Bruchteilsgemeinschaft unterschiedlich sein.<sup>70</sup> Daher kann jeder Mitberechtigte gemäß § 747 S.1 BGB frei über seinen Anteil verfügen. Ein gemeinsamer Zweck erfordert hier nicht, daß die Zusammensetzung der Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft identisch bleibt.

Im Rahmen einer Bruchteilsgemeinschaft hat jeder Mitberechtigte einen ziffernmäßig bestimmten ideellen Anteil an einer Sache, z.B. 1/3, über den er

---

<sup>67</sup> Der Wert eines Geschäftsanteils an einer GmbH (als sog. Nennwert) bestimmt sich gemäß § 14 GmbHG nach dem Betrag des vom Gesellschafter übernommenen Stammeinlage. Der Wert einer Nennbetragsaktie, die auf den Inhaber lautet bestimmt sich (sofern es sich um börsennotierte Aktien handelt) nach dem jeweiligen Börsenwert, vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 26 IV 1 b).

<sup>68</sup> **Bzgl. der AG:** Gemäß § 1 AktG kann die AG originär von nur einer Person gegründet werden. Gemäß § 42 AktG können sich alle Aktien in der Hand einer Person vereinigen, sog. Einpersonen-Gesellschaft. **Bzgl. der GmbH:** Gemäß § 1 GmbHG kann auch die GmbH originär von nur einer Person gegründet werden. Daß die GmbH auch dann fortbesteht, wenn nur noch ein Gesellschafter vorhanden ist, ergibt sich u.a. aus § 48 Abs.3 GmbHG.

<sup>69</sup> Palandt-Sprau, § 741 Rdn.1; Soergel-Hadding, Vor § 741 Rdn.4; Staudinger-Langhein, § 741 Rdn.68.

<sup>70</sup> Palandt-Sprau, § 741 Rdn.1; Soergel-Hadding, Vor § 741 Rdn.1; Staudinger-Langhein, Vor § 741 Rdn.11; Erman-Arnold, § 741 Rdn. 2;



frei verfügen kann<sup>71</sup>. Dieser ideelle Anteil wird erst dann zu einem realen, wenn beispielsweise der Gegenstand gemäß § 752 BGB – soweit möglich – in Natur geteilt wird. Besteht die Bruchteilsgemeinschaft z.B. an einem Grundstück, erhält der zu einem Drittel Mitberechtigte ein Drittel der Fläche. Der Anteil kann aber auch durch einen Verkauf des Gegenstandes realisiert werden gemäß § 753 BGB. Der zu einem Drittel Mitberechtigte erhält dann ein Drittel des Verkaufserlöses.

An einer Bruchteilsgemeinschaft bestehen somit zwar ideelle, aber doch ziffernmäßig bestimmbare Anteile.

### 3.2.3 Der Anteil an einer Gesamthandsgemeinschaft

Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften und der Bruchteilsgemeinschaft bestehen an den Gesamthandsgemeinschaften nicht reale, konkret hinsichtlich ihres Wertes bestimmbare Anteile, sondern lediglich ideelle Anteile, die auch nicht quotenmäßig bestimmbar sind. Der Inhalt des Anteils ergibt sich lediglich aus dem Gesellschaftsvertrag und realisiert sich erst im Falle einer Auseinandersetzung oder etwa einer Gewinnausschüttung. Bei den Gesamthandsgemeinschaften gilt das individualistische Anteilsprinzip<sup>72</sup> nicht, wonach jeder Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft frei über seinen Anteil nach außen wirksam verfügen kann. Der Gesamthänder ist an die Verfügungsverbote der §§ 719 Abs.1, 1.HS (evtl. iVm. §§ 105 Abs.3, 161 Abs.2 HGB)<sup>73</sup>, 1419 Abs.1, sowie 2033 Abs.2 BGB gebunden.

Vielmehr ist jeder Gesamthänder in seiner Berechtigung dadurch beschränkt, daß die Verwaltung oder Verfügung nur allen gemeinschaftlich zusteht, aber

---

<sup>71</sup> Schwab/Prütting, Sachenrecht, § 51 II 1. 52 BGB.

<sup>72</sup> Staudinger-Keßler, Vor 705 Rdn.2

<sup>73</sup> Zumindest hinsichtlich des Anteils am Gesellschaftsvermögen ist der § 719 Abs.1 1.HS BGB jedoch dispositives Recht (h.M.). D.h. mit Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter, bzw. wenn der Gesellschaftsvertrag über eine entsprechende Klausel verfügt, kann der Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen zusammen mit seiner Mitgliedschaft verfügen. Vgl. hierzu ausführlich unten, bzw. BGHZ 13, 179 (182, 183); RG Urteil vom 30. September 1944; Staudinger-Wiegand, § 1274 Rdn.52; MüKo-Damrau, § 1274 Rdn.70; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.43; Soergel-Mühl, § 1274 Rdn.13; DB 1977, 579 (580); Beck'sches HdbPersGes-Müller, § 4 Rdn.42; Hadding in Hadding/Schneider, Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheiten, Berlin 1979, 37 (40f).

ohne daß eine Teilung nach rechnerisch bestimmbar Quoten eintritt.<sup>74</sup> Es besteht an den einzelnen Gegenständen des Gesamthandsvermögens, sowie am Gesamthandsvermögen im Ganzen<sup>75</sup> eine ungeteilte Zuständigkeit aller Gesamthänder. Der Anteil besteht daher nur als ideelle Größe, stellt eine gedankliche Hilfestellung<sup>76</sup> dar, ist aber nicht ziffern- oder quotenmäßig bestimmbar.

Im Gegensatz zu einem Anteil an einer Kapitalgesellschaft ist der an der Gesamthandsgemeinschaft kein realer, sondern nur ein ideeller. Im Gegensatz zu einem Anteil an einer Bruchteilsgemeinschaft ist der an einer Gesamthandsgemeinschaft zwar ebenfalls ein ideeller, aber kein wertmäßig bestimmbarer. Hier liegen somit die Unterschiede, die auch zu einer anderen Rechtsfolge führen könnten, wenn zwei oder mehrere Anteile zusammenfallen. Dies ist im Folgenden zu untersuchen.

### 3.3 Zusammenfallen zweier oder mehrerer Anteile

Die ansonsten nur theoretisch bedeutsame Unterscheidung zwischen der *Mitgliedschaft* in einer Gesamthandsgemeinschaft und einem *Anteil* am Gesamthandsvermögen, bzw. an den einzelnen Gegenständen daran gewinnt in den Fällen auch an praktischer Bedeutung, in denen zwei, mehrere oder sogar alle Anteile<sup>77</sup> in einer Hand zusammenfallen.

An der Mitgliedschaft ändert dies grundsätzlich überhaupt nichts. Eine Person kann nur einmal Mitglied eines Personenverbandes sein, unabhängig davon, wieviele Anteile im o.g. Sinn ihr zustehen. Den Status eines Mitgliedes hat sie nur einmal inne. Im Außenverhältnis wird sie unabhängig vom Umfang ihrer Anteile nur einmal als Mitglied einer Personenmehrheit wahrgenommen<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Larenz/Wolf, aaO, § 9 Rdn.75, 76; Staudinger-Keßler, Vor § 705 Rdn.71: a.A. die *Theorie von der geteilten Mitberechtigung*, vgl. Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316 (318, 319); wohl auch Blomeyer, JR 1971, 397 (398), der allerdings diese Theorie als Vereinzelungstheorie bezeichnet.

<sup>75</sup> Eine Ausnahme bildet hier die Erbengemeinschaft, bei der jeder Erbe über seinen Anteil am Gesamthandsvermögen Gemäß § 2033 Abs.1 S.1 BGB verfügen kann.

<sup>76</sup> Larenz/Wolf, aaO, § 9 Rdn.75

<sup>77</sup> Gemeint sind hier nur die Anteile am Gesamthandsvermögen im Ganzen. Der Fall, daß Anteile an den einzelnen Gegenständen des Gesamthandsvermögens in einer Hand zusammenfallen, ist wegen des diesbezüglichen Verfügungsverbot ausgeschlossen.

<sup>78</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (24)

Anders dagegen ist die Lage in Bezug auf die Anteile zu beurteilen. Hier ist entscheidend, wie sich durch das Zusammenfallen mehrerer Anteile die einzelnen Anteile verändern. Entscheidend ist, ob die Anteile zusammenfallen zu *einem* Anteil, der rechtlich einheitlich zu behandeln ist. Oder ob diese Anteile ihre Selbständigkeit behalten, und damit beispielsweise bestehende Belastungen oder Beschränkungen am jeweiligen Anteil bestehen bleiben. Würden bestehende Beschränkungen oder Belastungen erhalten bleiben, so hätte dies auch Auswirkungen auf die inhaltliche Ausgestaltung der Mitgliedschaft. Unabhängig von der Anzahl der Anteile, die bei einer Person zusammenfallen, wäre die Person nur *einmal* Mitglied. Die Mitgliedschaft wäre aber nicht *einheitlich* zu bewerten. Sie bestünde z.B. aus einem belasteten und einem unbelasteten Anteil.

Insofern ist für den Fall des Zusammenfallens mehrerer Anteile zwischen der *einen* Mitgliedschaft und der Frage nach der Entwicklung der Anteile und ihrer Auswirkung auf die Beschaffenheit der Mitgliedschaft zu unterscheiden.

### 3.3.1 Vergleich mit den Kapitalgesellschaften

Anders als die Personengesellschaften zeichnen sich die Kapitalgesellschaften dadurch aus, daß ihre Geschäftsanteile frei übertragbar sind, vgl. § 15 Abs.1 GmbHG, bzw. bezüglich der Inhaberaktien §§ 929 ff BGB. Fallen nun bei einer Person zwei oder mehrere Anteile zusammen, so behalten diese ihre Selbständigkeit. Die Mitgliedschaft wird durch den Hinzuerwerb neuer Anteile qualitativ verstärkt. Der Wert der Mitgliedschaft an der GmbH ergibt sich aus der Gesamtsumme der einzelnen Anteilswerte, indem sich z.B. die Gewinnbeteiligung erhöht. Je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages<sup>79</sup> erhöhen sich auch u.U. die Stimmrechte, wenn z.B. der Umfang des Stimmrechts an den Wert der Kapitalbeteiligung geknüpft ist<sup>80</sup>.

Auch in der AG wird durch den Hinzuerwerb neuer Aktien die Mitgliedschaft im Innenverhältnis qualitativ erhöht. Die Nennbeträge der einzelnen Aktien werden addiert. Auch der Umfang des Stimmrechts erhöht sich, da idR. das Stimmrecht an den Gesamtwert der Aktien geknüpft sein wird.

---

<sup>79</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 3 Rdn.37

<sup>80</sup> Jousseen, DB 1992, 1173 (1174)

Fallen also zwei oder mehrere Anteile an einer Kapitalgesellschaft zusammen, z.B. durch Hinzuerwerb oder durch Erbschaft, so behalten diese Anteile ihre Selbständigkeit. Die Vermögens- und Mitverwaltungsrechte werden dadurch verstärkt.

### 3.3.2 Vergleich mit der Bruchteilsgemeinschaft gemäß § 8 WEG

Anders als bei den Kapitalgesellschaften bleiben hinzuerworbene Anteile an einer Bruchteilsgemeinschaft grundsätzlich nicht selbständig. Diese Bruchteile müssen *grundsätzlich* verschiedenen Rechtsinhabern gehören.<sup>81</sup> Sie bleiben *grundsätzlich* nicht selbständig, sondern ergänzen sich zu einem Gesamtanteil<sup>82</sup>. Dieser ist dann jedoch quotenmäßig im Vergleich zum ursprünglichen Anteil wertvoller. Die Anteile bleiben allerdings dann ausnahmsweise selbständig, wenn sich mehrere Bruchteile in einer Hand vereinigen, die unterschiedlich belastet sind.<sup>83</sup> Die Bruchteile können dort einer getrennten rechtlichen Beurteilung unterliegen, wo dies aus praktischen Gründen geboten ist. In diesem Sonderfall ist also eine mehrfache Beteiligung einer Person an einer Bruchteilsgemeinschaft möglich.

Anders dagegen kann bei bestimmten Bruchteilsgemeinschaften die Situation entstehen, daß zwei oder mehrere Bruchteile selbständig in einer Hand stehen können, so daß sowohl eine Mehrfachbeteiligung, als auch die Beteiligung nur einer einzelnen Person möglich ist. Gemäß § 8 WEG kann der Eigentümer eines Grundstücks dieses Eigentum derart in Miteigentumsanteile aufspalten, daß diese mit Sondereigentum verbunden sind. Es wird durch diese sog. Vorratsteilung die selbständige Belastung der Anteile oder eine selbständige Verfügung über die Anteile ermöglicht.<sup>84</sup> In diesem Einzelfall entsteht somit eine Einmann-Gemeinschaft.<sup>85</sup> Sinn und Zweck dieser Vorratsteilung ist es, die

---

<sup>81</sup> BGHZ 49, 250; Palandt-Bassenge, § 1008 Rdn.2; Staudinger-Langhein, § 741 Rdn. 68

<sup>82</sup> BayObLG 96, 41; Palandt-Bassenge, § 1008 Rdn.2; Staudinger-Langhein, § 741 Rdn.68; erwirbt somit beispielsweise ein zu einem Drittel Mitberechtigter einen Anteil, der einem Sechstel entspricht, so wird der Erwerber Mitberechtigter zu einer Hälfte.

<sup>83</sup> MüKo-Schmidt, § 741 Rdn.30; Staudinger-Langhein, § 741 Rdn.69

<sup>84</sup> Weitnauer, WEG, § 8 Rdn.2

<sup>85</sup> Röll, Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungseigentums, 49f; MüKo-Röll, WEG, § 8 Rdn.1; a.A. Weitnauer, WEG, § 8 Rdn.2; Bärmann/Pick/Merle-Pick, WEG, § 8 Rdn.18, wonach die Bruchteilsgemeinschaft erst mit Hinzutritt des ersten Erwerbers eines Anteils entsteht. Dies würde aber verkennen, daß bereits mit der Aufteilung gemäß § 8 WEG die einzelnen Anteile als

beabsichtigte Aufgliederung eines Gebäudes in Wohneinheiten vorzubereiten. Aus Praktikabilitätsgründen läßt der Gesetzgeber somit zu, daß eine Person, der vorherige Alleineigentümer, alle Anteile an dieser Bruchteilsgemeinschaft in seiner Hand hält, ohne daß diese Anteile dabei ihre Selbständigkeit verlieren.<sup>86</sup> Die Anteile können einzeln belastet oder veräußert werden. Weiterhin ist es denkbar, daß diese Person einzelne Wohnungseigentumsanteile veräußert, selbst aber noch zwei oder mehrere Anteile behält. Hier ist somit sowohl eine Einmann-Gemeinschaft, als auch eine Mehrfachbeteiligung einer Person möglich.

### 3.3.3 Situation bei den Gesamthandsgemeinschaften

Im Rahmen der Gesamthandsgemeinschaft ist die Rechtsfolge bei Zusammenfallen zweier oder mehrerer Anteile streitig. Es stehen sich dabei zwei Ansichten gegenüber. Die herrschende Meinung, die sog. Einheitstheorie, knüpft an die Rechtsnatur des Gesamthandsanteils als rein ideelle Größe an. Eine neuere Ansicht, die in Teilen der Literatur vertreten wird, knüpft dagegen an die praktische Bedürfnisse einerseits und an die Annäherung der Personen(handels)gesellschaften an die Kapitalgesellschaften an.

#### 3.3.3.1 Einheitstheorie

Nach der in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Auffassung gilt im Personengesellschaftsrecht der Grundsatz der „Einheitlichkeit der Personengesellschaftsbeteiligung“ (sog. Einheitstheorie).<sup>87</sup> Dieser Grundsatz ist jedoch auch auf die anderen Gesamthandsgemeinschaften übertragbar, da er seinen Ursprung im Prinzip der gesamthänderischen Bindung findet. Erwirbt ein Gesamthänder eine oder mehrere Beteiligungen zu seiner eigenen hinzu, so sollen diese Anteile nach der Einheitstheorie untrennbar zu einem einheitlich zu

---

Miteigentumsanteile den Sonderregelungen der Bruchteilsgemeinschaft unterworfen sind, auch wenn alle Anteile noch in der Hand des vorherigen Alleineigentümers stehen.

<sup>86</sup> Bärmann/Pick/Merle-Pick, WEG, § 8 Rdn.2

<sup>87</sup> BGHZ 24, 106 (108); BGHZ 58, 316 (318); BGHZ 66, 98 (101); BGHZ 101, 123 (129); Jousen, DB 1992, 1173 (1174), der jedoch von der einheitlichen Mitgliedschaft spricht; Sieveking, FS Schippel, 505ff; Steinbeck, DB 1995, 761 (761f).

behandelnden Gesamtanteil verschmelzen, der auch nicht wie bei den Bruchteilsgemeinschaften im Vergleich zum ursprünglichen Anteil wertvoller ist. Die Werterhöhung tritt erst dann nach außen in Erscheinung, wenn etwa das Gesellschaftsvermögen nach einer Auflösung der Gesellschaft auseinandergesetzt wird, oder ein anteiliger Gewinn ausgeschüttet werden soll. Es soll der Gesamthänder nur *einen* Anteil halten, der *einheitlich* ausgestaltet ist. Belastungen, Beschränkungen, etc. können nur einheitlich am gesamten Anteil bestehen. Es ergibt sich nach der Einheitstheorie ein einheitlicher ideeller, weder ziffern- noch quotenmäßig zu bestimmender Anteil.

Im Rahmen der ehelichen Gütergemeinschaft ist die Einheitstheorie logische Konsequenz der Tatsache, daß diese Gesamthandsgemeinschaft vom Vorhandensein der beiden Eheleute abhängt. Es kann nur zwei Anteile geben, da eine Beteiligung von mehr als zwei Personen undenkbar ist. Fallen diese Anteile durch Tod oder Scheidung zusammen, endet diese Gesamthandsgemeinschaft. Im Rahmen der übrigen Gesamthandsgemeinschaften hat die Einheitstheorie jedoch weitreichendere Konsequenzen, die später noch zu erörtern sind.

### 3.3.3.2 Neuere Ansicht

Der Einheitstheorie steht eine im Vordringen befindliche Literaturmeinung gegenüber, die eine selbständige Mehrfachbeteiligung eines Gesellschafters an einer Personengesellschaft fordert.<sup>88</sup> Diese Ansicht differenziert in der oben genannten Weise zwischen der Mitgliedschaft einerseits, und dem Anteil andererseits. Es soll zwar dabei bleiben, daß eine Person nur einmal Mitglied in einer Gesellschaft sein kann. Den Status des *Mitglieds* kann eine Person nur einmal inne haben. Andererseits soll eine Person in bestimmten Fällen zwei oder mehrere *Anteile* in einer Hand halten können, ähnlich wie ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft mehrere Kapitalanteile (z.B. Aktien) in einer Hand getrennt voneinander halten kann. In Konsequenz dessen wird auch die Möglichkeit einer Einmann-Gesamthand durchaus befürwortend diskutiert. Sind diese Anteile verschieden rechtlich zu beurteilen, bleibt es zwar dabei, daß

---

<sup>88</sup> Kanzleiter, FS Weichler, 39ff; ders., DNotZ 1999, 440ff; Bippus, AcP 195 (1995), 13ff; Bauer/Grunsky, ZHR 133 (1970), 1315ff; Lüttge, NJW 1994, 5ff; Pfister, aaO; Priester, DB 1998, 55ff; Weimar, ZIP 1997, 1769; Esch, BB 1993, 664ff; ders., BB 1996, 162ff.

die Person nur einmal Mitglied ist. Diese Mitgliedschaft muß jedoch nicht inhaltlich einheitlich ausgestaltet sein.

Diese neuere Ansicht hat sich im Wesentlichen nur mit der Mehrfachbeteiligung an Personen(handels)gesellschaften<sup>89</sup> beschäftigt. Ob diese Konstruktion nötig, theoretisch haltbar und auch auf die anderen Gesamthandsgemeinschaften übertragbar ist, soll im Verlauf dieser Arbeit untersucht werden.

---

<sup>89</sup> Bauer/Grunsky, ZHR 133 (1970), 1315ff

## 4 Bedürfnis für die Konstruktion einer Mehrfachbeteiligung

Zu untersuchen ist, ob überhaupt ein Bedürfnis für die rechtliche Konstruktion besteht, daß eine Person zwei oder mehrere voneinander zu trennende Anteile in einer Hand halten kann, eventuell sogar in der Form der Einmann-Gesamthand. Wäre es nicht in irgendeiner Form vorteilhaft, zwei oder mehrere Anteile in einer Hand zu halten, könnte es dabei bleiben, daß die Anteile untrennbar miteinander verschmelzen. Wäre kein Bedürfnis für eine Einmann-Gesamthand denkbar, könnte die einzelne Person ebensogut als normale natürliche Person auftreten, wenn sich alle Anteile an einer Erbengemeinschaft, Gütergemeinschaft oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts in einer Hand vereinigen. Oder es könnte der letzte verbleibende Gesellschafter als Einzelkaufmann auftreten, wenn alle Anteile an einer OHG oder KG in einer Hand zusammenfallen.

Ob ein solches Bedürfnis besteht, soll untersucht werden, indem die Situation bei den Kapitalgesellschaften vergleichend herangezogen wird.

### 4.1 Haftungsbeschränkung

Eine GmbH kann gemäß § 1 GmbHG originär von nur einer Person gegründet werden. Des weiteren erlischt die GmbH auch nicht, wenn der Gesellschafterbestand sich auf nur eine Person reduziert. Der Vorteil einer Einmann-GmbH liegt darin, daß den Gläubigern gemäß § 13 Abs.2 GmbHG als Haftungsmasse nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht, während der Einzelkaufmann voll und auch mit seinem Privatvermögen haftet. Ein Einzelkaufmann kann somit durch die Gründung einer Einmann-GmbH seine Haftung auf die Höhe des Gesellschaftsvermögen beschränken.

Dieser Zweck aber ist mit der Gründung einer Einmann-Gesamthand nicht zu erreichen. Das Gesamthandsprinzip begründet keinerlei Haftungsbeschränkung. Auch die Konstruktion einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts



mit beschränkter Haftung wurde inzwischen von der Rechtsprechung abgelehnt.<sup>90</sup> Dies würde entgegen dem System des geltenden Rechts, daß derjenige, der alleine oder mit anderen Personen in Gemeinschaft Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, wie die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform wirken<sup>91</sup>. Des weiteren würde die speziellen Möglichkeiten, die das Gesetz vorsieht, um die persönliche Haftung unter ganz bestimmten Voraussetzungen zu beschränken<sup>92</sup>, unterlaufen. Es könnte aus diesem Grund also nicht eine Person alleine eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründen, um dann mit dem Zusatz „mbH“ eine Haftungsbeschränkung zu erreichen.

Aus dem Aspekt der Haftungsbeschränkung läßt sich somit nicht wie etwa bei der GmbH ein Grund für die Einmann-Gesamthand ableiten.

## 4.2 Erleichterung der Veräußerung eines Unternehmens

Bei einer Einmann-Kapitalgesellschaft wird die komplizierte Einzelrechtsnachfolge des gesamten Unternehmensvermögens (sog. *asset deal*<sup>93</sup>) ersetzt durch die einfachere Veräußerung des Gesellschaftsanteils (sog. *share deal*<sup>94</sup>).<sup>95</sup> Die Veräußerung eines Unternehmens als Sach- und Rechtsgesamtheit ist teilweise Rechts-, teilweise Sachkauf.<sup>96</sup> Das Erfüllungsgeschäft richtet sich also teilweise nach den Regeln des Sachkaufs (§§ 929 ff BGB), teilweise nach den Regeln des Rechtskaufs (§ 413 BGB iVm. §§ 398 ff BGB). Der Verkäufer müßte somit sämtliche beweglichen Sachen übereignen, die Grundstücke auflassen und Forderungen abtreten.

---

<sup>90</sup> BGH Urteil vom 27. September 1999 – II ZR 371/98; NJW 1999, 3483 (3483); ZIP 1999, 1755 (1755)

<sup>91</sup> BGH, NJW 1999, 3843 (3843)

<sup>92</sup> z.B. §§ 8 Abs.2, 3 PartGG

<sup>93</sup> Klein-Blenkers, NZG 1999, 185 (186): Der *asset deal* zeichnet sich dadurch aus, daß die zum Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte, Immaterialgüterpositionen und Außenbeziehungen einzeln vom Verkäufer auf den Käufer übertragen werden.

<sup>94</sup> Klein-Blenkers, NZG 1999, 185 (188): Der *share deal* zeichnet sich dadurch aus, daß die Anteile der das Unternehmen tragenden Gesellschaft vom Verkäufer auf den Käufer übertragen werden.

<sup>95</sup> Kanzleiter, FS Weichler, 39 (49ff); Kübler, aaO, § 22 I 3; Klein-Blenkers, NZG 1999, 185 (188); Huber, aaO, 406.

<sup>96</sup> Palandt-Putzo, § 433 Rdn.3; Klein-Blenkers, NZG 1999, 185 (187)

Problematisch bei der Übereignung der beweglichen Sachen ist damit auch der Bestimmtheitsgrundsatz, wonach sich die Einigung iSd. § 929 S.1 BGB auf *bestimmte* Sachen beziehen muß.<sup>97</sup> Dies kann aber gerade bei einem größeren Unternehmen Schwierigkeiten bereiten. Wird dagegen nur der eine Anteil einer Gesellschaft übertragen (hier handelt es sich um einen Rechtskauf<sup>98</sup>), genügt die Abtretung dieses einen Anteils<sup>99</sup>. Davon erfaßt werden dann alle zu diesem Anteil gehörenden Sachen und Rechte. Die Konstruktion eines Einmann-Unternehmens kann also die Veräußerung des Unternehmens erleichtern.

Aber auch dieses Argument ist nicht auf die Gesamthandsgemeinschaften übertragbar. Es kann kein Bedürfnis für eine Einmann-Gesamthand begründen. Bezüglich der Erbengemeinschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft fehlt es bereits an einem veräußerbaren Objekt. Es kann nicht *die* Erbengemeinschaft oder *die* Gütergemeinschaft als komplette Gesamthandsgemeinschaft veräußert werden. Es ist wegen ihrer personellen Bindung weder die eine, noch die andere Gesamthandsgemeinschaft im Ganzen etwa als Summe der vermögenswerten Rechte veräußerbar. Die eheliche Gütergemeinschaft kann nur aus den betreffenden Ehegatten, die Erbengemeinschaft nur aus den vom Erblasser durch Testament oder Erbvertrag, bzw. von Gesetzes wegen als Begünstigte eingesetzten Personen bestehen.

Auch die übrigen Gesamthandsgemeinschaften, die Personen(handels-)gesellschaften, können nicht dadurch übertragen werden, daß der eine Anteil einer Einmann-Gesamthand übertragen wird. Sie sind Personen- nicht jedoch Kapitalgesellschaften. Die Personengesellschaften zeichnen sich gerade durch ihre Personenbezogenheit aus, d.h. die persönliche Mitarbeit und die persönliche Haftung der Gesellschafter. Sie sind somit von der Individualität der Gesellschafter abhängig.<sup>100</sup> Sie sind damit nicht wie die Kapitalgesellschaften von ihrem personellen Bestand losgelöste juristische Personen, bei denen das eingebrachte Kapital entscheidend ist.<sup>101</sup> Dies zeigt sich auch darin, daß die Gesellschafter grundsätzlich nicht beliebig auswechselbar sind, sofern nicht

---

<sup>97</sup> Palandt-Bassenge, § 929 Rdn.3; Schwab/Prütting, aaO, §4 I; Staudinger-Weigand, § 929 Rdn.11; Soergel-Mühl, § 929 Rdn.3; Erman-Michalski, § 929 Rdn. 2.

<sup>98</sup> Palandt-Putzo, § 433 Rdn.3; § 437 Rdn.10; Staudinger-Köhler, § 433 Rdn.19; Soergel-Huber, § 433 Rdn.60, 61

<sup>99</sup> BGH, NJW 1998, 2360

<sup>100</sup> Baumbach/Hopt, Vor § 105 Rdn.13; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 3 I 2a, Pfister, aaO, 6.

<sup>101</sup> Flume, ZHR 1972, 188; Baumbach/Hopt, Vor § 105 Rdn.13; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 3 I 2a.

eine besondere Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder das Einverständnis aller Gesellschafter vorliegt.

Die Personen(handels)gesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften können somit ebenfalls nicht abstrakt von ihren Mitgliedern übertragen werden. Es läßt sich damit auch aus dem Aspekt der vereinfachten Unternehmensveräußerung kein Bedürfnis für die Konstruktion einer Einmann-Gesamthand ableiten.

### 4.3 Sicherung der Kontinuität

Die Einmann-GmbH bleibt als solche wegen ihrer rechtlichen Verselbständigung auch trotz Wegfalls des bisherigen Inhabers bestehen.<sup>102</sup> Stirbt beispielsweise der alleinige Gesellschafter einer GmbH, so kann die Gesellschaft durch einen oder mehrere neue Gesellschafter derart fortgesetzt werden, daß die Identität der Gesellschaft beibehalten wird. Die Kontinuität der GmbH ist gesichert, indem sie von der Person des Inhabers unabhängig ist.

Selbst wenn dies bei der ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft wegen der offensichtlichen Abhängigkeit von ihren Mitgliedern (den Ehegatten, bzw. den vom Erblasser eingesetzten oder gesetzlichen Erben) kein Argument für eine Einmann-Gesamthand ist, so ist es dies doch zumindest bei den Personen(handels)gesellschaften. Auch sie können ein Interesse am Fortbestand der Gesellschaft haben, wenn die Inhaberschaft wechselt, z.B. um den vertraglich bestimmten gemeinschaftlichen Zweck weiter zu verfolgen (wenn er auch nach einem Wechsel noch besteht). Oder um Werte, die durch gesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse geschaffen wurden, nicht durch den Tod eines Gesellschafters zerschlagen zu lassen. So werden die gesetzlichen Bestimmungen, nach denen die Personengesellschaft beim Tode des oder der unbeschränkt haftenden Gesellschafter aufgelöst wird, regelmäßig gesellschaftsvertraglich abbedungen. Hieraus könnte sich also zumindest für die Personengesellschaften ein Bedürfnis ergeben, eine Einmann-Gesellschaft zu konstruieren.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Hachenburg-Ulmer, HGB, Einl. Rdn.10

<sup>103</sup> Esch, BB 1996, 1621 (1621)

#### 4.4 Belastung nur einzelner Anteile

Mit der Konstruktion der Mehrfachbeteiligung, bzw. der Einmann-Gesamthand läßt sich aber tatsächlich da eine einfachere Lösung erreichen, wo nur eine Beteiligung an der Gesamthand belastet ist, z.B. durch Nießbrauch, Pfandrecht oder die Anordnung der Nacherbfolge, sich aber dann mehrere oder alle Anteile in einer Hand vereinigen.

Nach der Einheitstheorie<sup>104</sup> vereinigen sich, wenn alle Anteile an einer Gesamthand in einer Hand zusammenfallen, diese untrennbar zu einem Anteil. Dann ergibt sich aber z.B. das Problem, daß konsequenterweise eine Belastung des ursprünglich geringeren<sup>105</sup> Anteils nun auch den gesamten Anteil erfassen müßte.<sup>106</sup> Die andere denkbare Möglichkeit wäre, daß die Belastung nach der Vereinigung der Anteile insgesamt wegfällt. So aber käme man unter Umständen zu untragbaren Ergebnissen. Die erste vorgeschlagene Lösung geht zu Lasten desjenigen Gesamthänders, dessen Anteil vor der Vereinigung unbelastet war. Die zweite Alternative geht zu Lasten desjenigen, der durch die Belastung begünstigt war.

Hier also kann die Annahme, daß mehrere Beteiligungen in einer Hand beim letzten verbleibenden Gemeinschafter möglich sind, einfachere und interessengerechtere Lösungen anbieten.<sup>107</sup> Es kann genau zwischen dem belasteten und dem unbelasteten Anteil getrennt werden, auch wenn beide Anteile in einer Hand zusammenfallen. Die Auffassung von der Einheitlichkeit der Personenbeteiligung dagegen kann solche Probleme nicht so klar lösen.<sup>108</sup> Insofern kann die Konstruktion einer Einmann-Gesamthand, bei der der Gesamthänder zwei getrennte Anteile hält, zur Lösung einzelner Rechtsfragen durchaus hilfreich sein.

---

<sup>104</sup> Baumann, BB 1998, 225 (228)

<sup>105</sup> Die Wertzuwachs ändert nichts an der Beschaffenheit des Anteils an der Gesamthandsgemeinschaft als einem ideellen, wertmäßig nicht bestimmbar Anteil. Der Wertzuwachs realisiert sich erst im Falle etwa einer Auseinandersetzung, einer Gewinnausschüttung oder auch der Bestimmung des Stimmrechtes.

<sup>106</sup> vgl. hierzu ausführlich Lüttge, NJW 1994, 5 ff

<sup>107</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (15); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (50); Priester, DB 1998, 55 (58ff)

<sup>108</sup> Sieveking, FS Schippel, 505 (516, 517)

## 4.5 Zwischenergebnis

Es besteht demnach tatsächlich ein praktisches Bedürfnis nach der Konstruktion einer Mehrfachbeteiligung an einer Gesamthand. Es können verschiedene Fallkonstellationen, die vom Gesetzgeber nicht geregelt wurden, auf diese Art und Weise sachgerecht gelöst werden.

Dies ist aber nur dann der Fall, wenn zwei oder mehrere Anteile zusammenfallen, die *ungleichartig* sind.<sup>109</sup> *Ungleichartig* sind die Anteile dann, wenn sie insgesamt nicht den gleichen Beschränkungen oder Belastungen sachenrechtlicher oder erbrechtlicher Natur zugunsten gesamthandsfremder Dritter sind. Bei der Einheitstheorie kann es dagegen bleiben, wenn die zusammenfallenden Anteile *gleichartig* sind. Gleichartig sind die Anteile dann, wenn sie rechtlich einheitlich sind, d.h. beide weder belastet noch beschränkt sind oder einer sonstigen rechtlichen Sonderregelung unterliegen. Sind aber die zusammenfallenden Anteile gleichartig, so bedarf es nicht der Regelung, daß diese Anteile auch in einer Hand selbständig bleiben. Eine Vorratsteilung wie etwa bei der Bruchteilsgemeinschaft nach § 8 WEG bringt hier keinen Vorteil.

---

<sup>109</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (27)

## 5 Mehrfachbeteiligung möglich?

Da nun geklärt wurde, daß dort ein Bedürfnis für die mehrfache Beteiligung einer Person besteht, wo zwei oder mehrere *ungleichartige* Anteile zusammenfallen, ist zu prüfen, wie diese Frage dogmatisch zu lösen ist.

Unter einer sog. Mehrfachbeteiligung ist zu verstehen, daß eine Person mehrere Anteile an einer Gesamthand halten kann, die aber in ihrer Hand nicht untrennbar miteinander verschmelzen, sondern voneinander zu trennen sind.<sup>110</sup> Die mehrfache Beteiligung einer Person an einer Gesamthandsgemeinschaft wird allerdings nach herkömmlicher Auffassung, der sog. Einheitstheorie, aus mehreren Gründen abgelehnt. Nach dieser Theorie verschmelzen zwei oder mehrere Anteile in einer Hand zu einem rechtlich einheitlich zu beurteilenden Gesamtanteil. Die Gründe, die hierfür genannt werden, sollen im Folgenden erläutert werden.

Die Gesamthandsgemeinschaften haben sich jedoch seit deren Erschaffung durch das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 in vielerlei Hinsicht verändert. Gerade im Bereich der Personengesellschaften zeichnet sich eine starke Entwicklung in Richtung der Kapitalgesellschaften ab. Eckpfeiler dieser Entwicklung sind die Entscheidungen des Bundesgerichtshof, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als scheckfähig einzustufen ist<sup>111</sup>, daß sie selbst Gesellschafterin von Kapitalgesellschaften oder anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts sein kann<sup>112</sup>, oder daß sie selbst namensfähig ist.<sup>113</sup> Weiterhin erkennt auch der Gesetzgeber inzwischen an, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts insolvenzrechtsfähig ist (vgl. § 11 Abs.2 Nr.1 InsO), oder daß sie Ziel einer formwechselnden Umwandlung sein kann (vgl. §§191 Abs.2 Nr.1, 202 Abs.1 UmwG). Des weiteren ist durch § 172 Abs.6 S.1 HGB die GmbH & Co KG anerkannt, und damit eine (Personen-)gesellschaftsform, die

---

<sup>110</sup> vgl. Kanzleiter, FS Weichler, 39ff; Bippus, AcP 195 (1995) 13ff; Lüttge, NJW 1994, 5ff; Esch, BB 1993, 664ff; Priester, DB 1998, 55ff

<sup>111</sup> BGHZ 136, 254ff

<sup>112</sup> BGH, NJW 1998, 376ff

<sup>113</sup> BGHZ 135, 257ff

weitestgehend kapitalistische Strukturen aufweist.<sup>114</sup> Vollends manifestiert hat sich diese Entwicklung, als der Bundesgerichtshof im Wege eines Grundsatzurteils die bereits genannte Entscheidung vom 29. Januar 2001<sup>115</sup> traf, wonach die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine rechts- und parteifähige Gesellschaft ist. Ihr ursprüngliches Konzept von einem gebundenen Sondervermögen hat sich somit stark dem einer den Kapitalgesellschaften ähnlichen Gesellschaft angenähert. Ursächlich für diese Veränderungen in Rechtsprechung und Gesetz, die allesamt lediglich für die Außengesellschaft mit Gesellschaftsvermögen gelten<sup>116</sup>, sind die Anforderungen, die die Praxis wegen der inzwischen unterschiedlichsten Ausformungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts an das Rechtssystem stellt. So erfordert beispielsweise ein Bauunternehmen in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine viel stärkere Eigenposition der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern, als andererseits eine BGB-Gesellschaft mehrerer Ärzte<sup>117</sup>, deren Zweck allein darin besteht, eine gemeinschaftliche Praxis zu führen. Erstere hat ähnliche Regelungsbedürfnisse hat wie eine Kapitalgesellschaft. Sie muß selbst im Rechtsverkehr auftreten können, d.h. sich selbst berechtigen und verpflichten können. Auch muß ihr Bestand wie bei Kapitalgesellschaften unabhängig vom Ein- oder Austritt eines Gesellschafters sein. Dagegen entspricht letztere noch dem bestehenden gesetzlichen Modell des gebundenen Sondervermögens.

Aber nicht nur im Bereich der Personengesellschaften hat sich die Theorie an die Praxis angenähert. Bezüglich der Erbengemeinschaft wird heute teilweise diskutiert, ob nicht auch diese Gesamthandsgemeinschaft rechtsfähig ist.<sup>118</sup> Sie müsse, da sie nicht weniger als die als rechtsfähig angesehene Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Rechtsverkehr teilnehme, ebenso als rechtsfähige Personenvereinigung angesehen werden. Auch hat der Bundesgerichtshof 1995 entschieden, daß die Erbengemeinschaft zumindest insofern selbst rechtsfähig ist, als ihr ein eigenes Recht auf einen möglichst umfangreichen Nachlaß zusteht.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Esch, BB 1993, 664 (664)

<sup>115</sup> BGH, NJW 2001, 1056ff

<sup>116</sup> Palandt-Sprau, § 705 Rdn.33f; Staudinger-Keßler, Vor § 705 Rdn.61ff; MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.208ff; Soergel-Hadding, Vor § 705 Rdn.28ff.

<sup>117</sup> Dies gilt nur, sofern es sich hier nicht um eine Partnerschaft gem. §§ 1, 7 PartGG handelt.

<sup>118</sup> Grunewald, AcP 197 (1997), 305 (306f); zumindest bezüglich der *unternehmenstragenden* Erbengemeinschaft auch Schmidt, NJW 1985, 2785 (2788); zur Entwicklung der Erbengemeinschaft insgesamt Hoffmann, Jura 1995, 125ff.

<sup>119</sup> BGH, NJW 1995, 2551ff

Es haben demnach zumindest praktische Bedürfnisse dazu geführt, daß die einzelnen Gesamthandsgemeinschaften in manchen Punkten nicht mehr dem Bild entsprechen, das der Gesetzgeber 1896 von ihnen hatte. Als Beispiele zu nennen wären hier etwa eine praktikablere Vertretungsregel oder die Möglichkeit, die Gesamthand selbst in das Grundbuch, bzw. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch in das Handelsregister einzutragen.

Es ist daher im Folgenden zu prüfen, inwiefern die Einheitstheorie auch nach dem heutigen Bild von den Gesamthandsgemeinschaften noch haltbar ist.

## 5.1 Ursprung der Einheitstheorie

Manifestiert<sup>120</sup> wurde die Einheitstheorie in einem Urteil des Bundesgerichtshof vom 11. April 1957<sup>121</sup>, das sich zwar dem Inhalt nach lediglich auf eine Personengesellschaft bezog, aber Auswirkungen auf alle Gesamthandsgemeinschaften hatte.<sup>122</sup> Dieser Entscheidung lag der Fall zu Grunde, daß eine Aktiengesellschaft, deren Aktien teilweise einer Verwaltungstestamentsvollstreckung unterlagen, in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt werden sollte und der Aktionär nunmehr Kommanditist werden sollte. Es war unter anderem die Frage zu klären, was durch die Umwandlung mit der Beschränkung durch die angeordnete Testamentsvollstreckung passieren sollte. Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:

*Diese Möglichkeit<sup>123</sup> ist bei einer Personalgesellschaft ausgeschlossen, weil der Gesellschaftsanteil eines einzelnen Gesellschafters bei einer solchen Gesellschaft ein notwendig einheitlicher ist, der in der Hand eines*

---

<sup>120</sup> Sie entsprach wohl schon vor diesem Urteil der allgemeinen Meinung, vgl. Anmerkung zu BGHZ 24, 106, NJW 1957, 1028 (1029)

<sup>121</sup> BGHZ 24, 106ff.

<sup>122</sup> Der Grundsatz der Einheitlichkeit wurde zwar für die Personengesellschaften entwickelt, ist aber auch auf alle übrigen Gesamthandsgemeinschaften übertragbar, vgl. Jousen, DB 1992, 1173 (1174); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 III; Sieveking, FS Schippel, 505 (506); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (42). Der Hintergrund des Einheitsgrundsatzes ist nämlich kein rein gesellschaftsrechtlicher, sondern findet seinen Ursprung in der Auffassung von der Rechtsnatur des Gesellschaftsanteils.

<sup>123</sup> Gemeint ist die Zuweisung eines unbelasteten *und* eines durch die Testamentsvollstreckung belasteten Gesellschaftsanteils an den Kommanditisten der neuen Kommanditgesellschaft.



*Gesellschafters nicht einer Aufspaltung oder einer verschiedenen rechtlichen Gestaltung zugänglich ist.*<sup>124</sup>

In Konsequenz dessen sollte das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers durch die Umwandlung untergehen.

Der Bundesgerichtshof hat durch dieses Urteil die Einheitlichkeit des Anteils an einer Personengesellschaft festgelegt. Begründet hat er seine These jedoch nicht. Es findet sich lediglich die Aussage, daß die Aufspaltung des einheitlichen Gesellschaftsanteils *aus Rechtsgründen* nicht möglich ist.<sup>125</sup> Aus dieser vagen Aussage läßt sich allerdings eine dogmatische Begründung dieser Theorie nicht gewinnen. Es sind daher die diesbezüglichen Ansätze in der Literatur<sup>126</sup> kritisch zu überprüfen.

## 5.2 Kritische Auseinandersetzung mit der Einheitstheorie

Nach der Einheitstheorie kann eine Person an einer Gesamthandsgemeinschaft nicht mehrfach beteiligt sein. Eine Person kann demnach nur einmal Mitglied einer Gesamthandsgemeinschaft sein und diese Mitgliedschaft muß auch rechtlich einheitlich ausgestattet sein.<sup>127</sup> Eine Person kann daher nicht nur lediglich einmal Mitglied sein, sie kann auch nur einen rechtlich einheitlichen Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft halten.

Die erste Aussage soll hier nicht bestritten werden. Eine Person kann nur einmal als Mitglied einer Personengemeinschaft wahrgenommen werden. Es ist nicht plausibel erklärbar, warum eine Gesamthandsgemeinschaft etwa aus drei Personen bestehen soll, aber ein Gesamthänder zum Beispiel zwei *Mitgliedschaften* haben soll. Der Einheitstheorie ist hier daher insofern zuzustimmen, als danach jeder Person nur *eine Mitgliedschaft* zuzuordnen ist.

---

<sup>124</sup> BGHZ 24, 106 (108)

<sup>125</sup> BGHZ 24, 106 (113)

<sup>126</sup> Jousen, DB 1992, 1173 (1174 ff); Esch, BB 1993, 664 (664 ff); ders., BB 1996, 1621 (1624); Lüttge, NJW 1994, 5 (10 ff); Bippus, AcP 195 (1995), 13 (16 ff); Steinbeck, DB 1995, 761 (762 ff); Sieveking, FS Schippel, 505 (507 ff); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (42 ff); Baumann, BB 1998, 225 (228 ff); Priester, DB 1998, 55 (56 ff).

<sup>127</sup> BGHZ 24, 106 (108); BGHZ 101, 123 (129); Jousen, DB 1992, 1173 (1174); Sieveking, aaO, 505ff; Steinbeck, DB 1995, 761 (761f).

Überprüft werden soll aber die Aussage, daß eine Person nur *einen* Anteil an einer Gesamthandsgemeinschaft haben und daß dieser eine Anteil auch *einheitlich* ausgestaltet sein soll. Es ist daher zu prüfen werden, ob die Argumente, die diesbezüglich für die Einheitstheorie sprechen, auch heute noch, d.h. beinahe 50 Jahre nach ihrer Begründung so gelten. Oder ob das Gegenteil zutrifft, nämlich daß die genannten Veränderungen der Gesamthandsgemeinschaften auch eine Abkehr von einer zwingenden Anwendung der Einheitstheorie nach sich ziehen müssen.

### 5.2.1 Gesetzeswortlaut

Ein, wenn auch schwaches Argument für die Einheitstheorie wird aus dem Wortlaut der §§ 719 Abs.1 1.HS (evtl. iVm. §§ 105 Abs.2, 161 Abs.3 HGB), 1418 Abs.1 1.HS, 2033 Abs.2 BGB hergeleitet.<sup>128</sup> Nach diesen Normen kann ein Gesamthänder nicht über *seinen Anteil* am Gesamthandsvermögen verfügen. Es heißt dort nicht etwa *seine Anteile* am Gesamthandsvermögen. Es wird das Objekt im Singular verwendet, nicht im Plural. Nach dem Wortlaut dieser Normen soll somit ein Gesamthänder nur *einen* Anteil an einer Gesamthandsgemeinschaft haben können.

Dieses grammatische Argument alleine kann jedoch die Einheitstheorie keinesfalls halten. Ergänzt wird diese Auslegung durch den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers.<sup>129</sup> Dieser wird ermittelt, indem der Zusammenhang und das Verhältnis der fraglichen Norm zu anderen Bestimmungen betrachtet wird.<sup>130</sup> Auch im Rahmen der Kapitalgesellschaften, bei denen die Gesellschafter ausweislich des Wortlautes z.B. von § 15 Abs.2 GmbHG mehrere selbständige Anteile halten können, ist teilweise vom *einem* Anteil die Rede. So spricht beispielsweise § 14 GmbHG von *dem* (d.h. einem) *Geschäftsanteil des Gesellschafters*.

Allein aus dem Gesetzeswortlaut ein Argument für die Einheitstheorie herzuleiten, wäre somit rein willkürlich und ist daher nicht möglich. Der Vergleich mit anderen Normen des Gesellschaftsrechts läßt keinen Rückschluß

---

<sup>128</sup> BFH, BStBl II, 1978, 527 (529); angedacht, aber im Ergebnis abgelehnt von Priester, DB 1998, 55 (57)

<sup>129</sup> Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, München, 19. Auflage, Rdn.60; Müller, Juristische Methodik, Berlin, 7. Auflage, Rdn.359.

<sup>130</sup> Brox, aaO, Rdn.60; Müller, aaO, Rdn.359; Kramer, Juristische Methodenlehre, München, S.65ff.

auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgeber, daß es nur einen einheitlichen Anteil geben soll, zu.

### 5.2.2 Existenz von § 15 Abs.2 GmbHG

Die Einheitstheorie wird weiterhin – zumindest für die Personengesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften - auf § 15 Abs.2 GmbHG gestützt<sup>131</sup>: Demnach behalten die Geschäftsanteile ihre Selbständigkeit, auch wenn mehrere in einer Hand zusammenfallen.

Im Rahmen der gesetzlichen Regelungen zu den Gesamthandsgemeinschaften existiert eine solche Anordnung dagegen nicht. Das Gesetz geht also im Umkehrschluß davon aus, daß eine Regelung, wie § 15 Abs.2 GmbHG sie enthält, erforderlich ist. Ansonsten wäre das Gegenteil, nämlich der Grundsatz der Einheitlichkeit einschlägig.<sup>132</sup>

Ein Umkehrschluß ist jedoch nur dann zulässig, wenn auch weitere Umstände dafür sprechen, daß ein bestimmter Grundsatz immer dann gilt, wenn nicht eine Ausnahme davon gesetzlich geregelt ist.<sup>133</sup> Ein solcher Umstand ist beispielsweise dann gegeben<sup>134</sup>, wenn die ratio legis des § 15 Abs.2 GmbHG ergibt, daß die dort angeordnete Rechtsfolge (d.h. die Selbständigkeit hinzuerworbener Anteile) nur *ausnahmsweise* eintreten soll.

Durch § 15 Abs.2 GmbHG soll ermöglicht werden, auf eventuell noch vorhandene Vormänner<sup>135</sup> zurückgreifen zu können, wenn die Stammeinlage von den derzeitigen Anteilshabern nicht voll bezahlt wurde.<sup>136</sup> Wenn allerdings auf den Vormann zurückgegriffen wird, d.h. dieser in Anspruch genommen wird,

---

<sup>131</sup> Sieveking, aaO, 505 ff; BGHZ 24, 101ff; BGHZ 58, 316ff; BGHZ 66, 98ff; BGHZ 101, 123ff

<sup>132</sup> Steinbeck, DB 1995, 761 (763); Sieveking, FS Schippel, 505 (509, 510); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (43); Priester, DB 1998, 55 (57); angedacht, aber im Ergebnis abgelehnt von Lüttge, NJW 1994, 5 (10).

<sup>133</sup> Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, 1997, Rdn.488

<sup>134</sup> Pawlowski, aaO, Rdn.489

<sup>135</sup> Als *Vormann* wird diejenige Person bezeichnet, die einen Anteil an einer GmbH vor dem derzeitigen Anteilshaber inne hatte. Veräußert beispielsweise ein Gesellschafter A seinen Anteil an den Gesellschafter B, so ist A Vormann, B der derzeitige Anteilshaber.

<sup>136</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 15 Rdn.7; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15 Rdn. 18; Scholz-Winter, GmbHG, Bd.I, § 15 Rdn.103f.

soll es ihm auch möglich sein, seinen Anteil zurück zu erwerben.<sup>137</sup> Dadurch, daß die Anteile selbständig bleiben, soll somit ein Rückgriff auf einen bestimmten Anteil ermöglicht werden. Es wird damit in gewisser Weise einer Form von Belastung Rechnung getragen. Die Belastung, mit der der Anteil behaftet ist, ist eine (eventuell) noch ausstehende Zahlung, nämlich ein Rückstand auf die Stammeinlage.<sup>138</sup> Aus diesem speziellen Grund ist für die GmbH-Gesellschaften in § 15 Abs.2 GmbHG geregelt, daß die Anteile auch dann selbständig bleiben sollen, wenn mehrere in einer Hand zusammenfallen. Die Rechtsfolge des § 15 Abs.2 GmbHG soll also nur dann eintreten, wenn der geschilderte Zweck erreicht werden soll, nämlich einer bestehenden Belastung Rechnung getragen werden muß.

Dafür, daß die Rechtsfolge des § 15 Abs.2 GmbHG nur ausnahmsweise eintreten soll, spricht weiterhin, daß im GmbHG Normen existieren, die davon ausgehen, daß ein Gesellschafter grundsätzlich nur einen Anteil halten kann. So regelt beispielsweise § 5 Abs.2 GmbHG, daß ein Gesellschafter bei Errichtung der Gesellschaft nicht mehrere Stammeinlagen übernehmen kann. Ein Gesellschafter kann also nicht originär zwei Geschäftsanteile<sup>139</sup> erwerben.<sup>140</sup> Gemäß § 55 Abs.4 GmbHG findet dieser Grundsatz auch für den Fall einer Kapitalerhöhung Anwendung.

Es gilt damit grundsätzlich der Regelfall des einheitlichen Anteils. Die Rechtsfolge des § 15 Abs.2 GmbHG soll nur ausnahmsweise eintreten. Den Regelfall aber bezeichnet die Einheitstheorie, nämlich daß grundsätzlich alle Anteile verschmelzen, wenn sie in einer Hand zusammenfallen. Dieser Regelfall der Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils gilt in jedem Fall für die Personengesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften.<sup>141</sup> Fraglich ist jedoch, ob er auch auf die übrigen Gesamthandsgemeinschaften übertragbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn Sinn und Zweck dieses Einheitsgrundsatzes auf die Gesamthandsgemeinschaften allgemein übertragbar ist.

Durch einen einheitlichen Gesellschaftsanteil wird beabsichtigt, die Rechtslage zu vereinfachen. Fallen zwei oder mehrere Anteile in einer Hand zusammen, so

---

<sup>137</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 15 Rdn.7; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15 Rdn.18; Scholz-Winter, GmbHG, Bd.I, § 15 Rdn.103.

<sup>138</sup> Esch, BB 1993, 664 (667)

<sup>139</sup> Gemäß § 14 GmbHG bestimmt sich der Geschäftsanteil nach dem Betrag der übernommenen Stammeinlage. Eine Stammeinlage entspricht somit einem Geschäftsanteil.

<sup>140</sup> Steinbeck, DB 1995, 761 (763); Sieveking, FS Schippel, 505 (509)

<sup>141</sup> Esch, BB 1993, 664 (667)

macht es grundsätzlich keinen Sinn, diese Anteile getrennt zu behandeln. Sie werden einer Person zugeordnet und weisen dieser Person Rechte und Pflichten zu. Die Person hat beispielsweise einen einheitlichen Gewinnbeteiligungsanspruch entsprechend ihres einheitlichen Anteils, dem im Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Beteiligung am Gewinn zugewiesen ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Anteile, wenn sie rechtlich gleich ausgestattet sind, getrennt bleiben sollen, auch wenn sie in einer Hand zusammenfallen. Weiterer Zweck ist es auch, die Rechtslage für Dritte durchschaubar zu gestalten. Es ist grundsätzlich transparenter (z.B. für Geschäftspartner einer Gesellschaft), wenn einer Person ein Anteil zugeordnet ist.

Hintergrund dieser Einheitlichkeit ist die Natur des Anteils an den Gesamthandsgemeinschaften. Als ideeller, nicht wertmäßig bestimmbarer Anteil, der erst bei Auseinandersetzung der Gesamthandsgemeinschaft (bzw. bei den Personengesellschaften im Rahmen der Gewinnausschüttung) realisiert wird, ist es schwierig, zwei Anteile in einer Hand als getrennt anzusehen. Es fehlt an einer Mengenbezeichnung wie etwa „Anteil im Wert von DM 5.000“ oder „hälftiger Anteil an einem Gesamthandsvermögen“, o.ä., die es ermöglichen würde, die Anteile einzeln zu benennen und ihren konkreten Wert zu bemessen. Insofern dient die Einheitstheorie und damit die Verschmelzung zweier Anteile in einer Hand dazu, die Rechtslage einfach und klar zu gestalten.

Dieser Sachverhalt trifft aber auf alle Gesamthandsgemeinschaften zu. Es muß also, da die Ratio der Einheitlichkeit alle Gesamthandsgemeinschaften betrifft, diese Theorie als Regelfall auf alle diese Gemeinschaften anwendbar sein. Der Regelfall der Einheitlichkeit ist somit grundsätzlich anwendbar. Es besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für eine andere Handhabe.

### **5.2.3 Entwicklung der Gesamthandsgemeinschaften**

Zu prüfen ist aber, ob der Grundsatz der Einheitlichkeit heute, d.h. nach dem heutigen Verständnis der Gesamthandsgemeinschaften noch *zwingend* anzuwenden ist. Ist dies nämlich nicht der Fall, ist auch im Bereich der Gesamthandsgemeinschaften der Anwendungsbereich der Einheitstheorie für Ausnahmen offen.

Der Grundsatz der Einheitlichkeit wurde entwickelt, als die Gesamthandsgemeinschaften allgemein und die Personengesellschaften im

Besonderen lediglich als reine Schuldverhältnisse angesehen wurden.<sup>142</sup> Die Erbengemeinschaft gemäß §§ 2032 ff BGB ist ein gesetzliches Schuldverhältnis, die eheliche Gütergemeinschaft gemäß §§ 1415 ff BGB, sowie die Personengesellschaft gemäß §§ 705 ff BGB (ggf. iVm. § 105 Abs.3 HGB, bzw. § 161 Abs.2 BGH) sind vertragliche Schuldverhältnisse. Die Gesamthänder sind einander somit schuldrechtlich verbunden. Der Anteil eines Gesamthänders verkörpert bei dieser Auffassung lediglich die Rechte und Pflichten gegenüber den übrigen Gesamthändern.<sup>143</sup> Erschöpft sich aber die Gesamthand darin, ein reines Schuldverhältnis zu sein, ist es den Gesamthändern nicht möglich, mehrere Anteile in einer Hand zu halten. Kein Gesamthänder kann gleichzeitig Gläubiger und Schuldner des selben Schuldverhältnisses sein. Das Schuldverhältnis erlischt durch Konfusion.

Die Gesamthandsgemeinschaften auch heute noch allgemein als *reine* Schuldverhältnisse anzusehen, ist jedoch überholt. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>144</sup>, sowie die übrigen Personengesellschaften werden heute als rechts- und parteifähige Personenverbände angesehen.<sup>145</sup> Sie sind trotz ihrer vertraglichen Grundlage kein bloßes Schuldverhältnis, sondern eine gegenüber den Gesellschaftern eigenständige Organisation, die als solche am Rechtsverkehr teilnehmen, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann.<sup>146</sup> Hinsichtlich der Erbengemeinschaft wird bereits zumindest die Teilrechtsfähigkeit diskutiert.<sup>147</sup> Hinsichtlich der ehelichen Gütergemeinschaft, sowie der fortgesetzten Gütergemeinschaft werden dagegen bislang keine nennenswerten Ansätze gemacht, daß auch sie rechtsfähig sein sollen.

Es wird somit zumindest bei diesen Gesamthandsgemeinschaften mit dem schuldrechtlichen Verpflichtungsverhältnis zugleich ein Verband geschaffen, der selbst (zumindest eingeschränkter) Träger von Rechten und Pflichten ist.<sup>148</sup> Von

---

<sup>142</sup> Baumann, BB 1998, 225 (228); Protokolle, Bd. II, aaO, 428, 429, wo von einem rein obligatorischen Prinzip die Rede ist. *Die Gestaltung nach dem Prinzip der gesamten Hand hat neben den obligatorischen auch dingliche Wirkungen.* (Angesprochen wird hier die Zuordnung des Gesamthandsvermögens an alle Gesamthänder gemeinsam.) Daraus kann aber auch geschlossen werden, daß eine personenrechtliche Wirkung durch das Schuldverhältnis vom Gesetzgeber nicht gewollt war. Es sollte nicht etwa durch den schuldrechtlichen Vertrag ein eigener Rechtsträger geschaffen werden.

<sup>143</sup> Sieveking, FS Schippel, 505 (511)

<sup>144</sup> Damit auch die Offenen Handelsgesellschaften und die Kommanditgesellschaften.

<sup>145</sup> BGH, NJW 2001, 1056ff, vgl. oben.

<sup>146</sup> Ulmer, JuS 1986, 856 (857)

<sup>147</sup> Grunewald, AcP 197 (1997), 305 (306f), vgl. oben.

<sup>148</sup> Baumann, BB 1998, 225 (228)

einem reinen Schuldverhältnis kann daher pauschal für alle Gesamthandsgemeinschaften heute nicht mehr die Rede sein.

Der Grundsatz der Einheitlichkeit kann somit heute nicht mehr als zwingend angesehen werden. Er entspricht nicht mehr dem Bild der Gesamthandsgemeinschaften in Rechtsprechung, Literatur und vor allem der Praxis. Ist aber die Theorie von der Einheitlichkeit nicht mehr zwingend, ist sie für Ausnahmen zu öffnen. Das Gesetz beschreibt in § 15 Abs.2 GmbHG eine Ausnahme von diesem Grundsatz, nämlich dann wenn mit der Trennung von Anteilen in einer Hand einer potentiellen Belastung eines Anteils Rechnung getragen werden soll. Insofern ist es denkbar, daß auch bei den Gesamthandsgemeinschaften bestimmte Fallkonstellationen bestehen können, die es erforderlich machen, Anteile getrennt voneinander in einer Hand zu halten.

#### **5.2.4 Zwischenergebnis**

Es ist damit dem Grunde nach daran festzuhalten, daß für alle Gesamthandsgemeinschaften *grundsätzlich* die Einheitlichkeit des Anteils gilt. Vereinigen sich zwei oder mehrere Anteile in einer Hand, verschmelzen diese grundsätzlich miteinander. Dafür spricht neben dem Gesetzeswortlaut ein Umkehrschluß aus den §§ 15 Abs.2, 5 Abs.2, 54 Abs.4 GmbHG. Besteht nicht ausnahmsweise ein Grund dafür, Anteile auch in einer Hand getrennt zu halten, gilt der Einheitsgrundsatz.

Wegen der vielfältigen Veränderungen der Gesamthandsgemeinschaften kann dieser Grundsatz aber nicht mehr als zwingend angesehen werden. Er muß für Ausnahmen geöffnet werden, nämlich dann, wenn es erforderlich ist, daß die Anteile selbständig bleiben.

Welche Fallkonstellationen dafür in Betracht kommen, ist im Folgenden zu untersuchen.

### **5.3 Belastung eines Anteils**

Treffen ein belasteter und ein unbelasteter Anteil in einer Hand zusammen, so wäre es einfacher, wenn diese Anteile selbständig blieben. Zu untersuchen ist

der Fall, daß ein Gesamthänder mit einem unbelasteten Anteil einen belasteten Anteil hinzu erwirbt. Es sei folgendes Beispiel gebildet:

Der Miterbe A einer Erbengemeinschaft verpfändet seinen Anteil an C, der jedoch nicht Mitglied der Erbengemeinschaft ist. Dieser belastete Anteil geht von A auf den Miterben B, der einen unbelasteten Anteil hat, über<sup>149</sup>. Hier stellt sich also nun die Frage, was mit der Belastung zu Gunsten des C geschieht.

### 5.3.1 Belastung von Gesamthandsanteilen

Zu prüfen ist zunächst, inwiefern Anteile an Gesamthandsgemeinschaften überhaupt belastbar sind. Die Belastung von Anteilen an einer Gesamthandsgemeinschaft stellt eine Verfügung dar. Unter einer Verfügung versteht man ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht übertragen, belastet, aufgehoben oder inhaltlich geändert wird.<sup>150</sup> Verfügungsberechtigt ist grundsätzlich der Inhaber des fraglichen Rechts.<sup>151</sup> Der Inhaber eines Rechtes kann darüber frei und wirksam verfügen, solange nicht ein Verfügungsverbot oder eine Verfügungsbeschränkung besteht. Inhaber der Rechte und Pflichten, die mit einem Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft verbunden sind, ist der Gesamthänder selbst. Er könnte somit wirksam über seinen Anteil verfügen, d.h. ihn auch belasten, sofern nicht das Gesetz durch ein Verfügungsverbot oder eine Verfügungsbeschränkung etwas anderes vorsieht.

Hier ist zwischen den einzelnen Gesamthandsgemeinschaften zu differenzieren:

---

<sup>149</sup> In Betracht käme hier beispielsweise eine Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 Abs.1 BGB, wenn A seinen Anteil an den B vererbt. Denkbar wäre aber auch eine rechtsgeschäftliche Veräußerung des Miterbenanteils.

<sup>150</sup> Larenz/Wolf, aaO, § 23 Rdn.36; Flume, BGB AT II, 140; Medicus, BGB AT, § 19 Rdn.208

<sup>151</sup> Palandt-Heinrichs, Einf vor § 104 Rdn.4; Medicus, Bürgerliches Recht, § 3 2a); Köhler, BGB AT, § 21 I 3



### 5.3.1.1 Belastung von Anteilen an der Erbengemeinschaft

§ 2033 Abs.1 S.1 BGB erlaubt es dem Miterben ausdrücklich, über seinen Anteil am Nachlaß, d.h. seinen Anteil am Gesamthandsvermögen im Ganzen zu verfügen. Nicht gestattet ist es ihm dagegen, über einzelne zum Nachlaß gehörende Gegenstände zu verfügen, § 2033 Abs.2 BGB. Sinn und Zweck dieses Verfügungsverbot es, sicherzustellen, daß der Bestand des Nachlasses nicht gefährdet wird. Die Belastung stellt, wie bereits ausgeführt, eine Verfügung in diese Sinne dar. Der Miterbe kann somit seinen Anteil am Nachlaß belasten, nicht aber einzelne dazu gehörende Gegenstände.

### 5.3.1.2 Belastung von Anteilen an der ehelichen Gütergemeinschaft

Anders als bei der Erbengemeinschaft enthält § 1419 Abs.1 1.HS BGB ein Verfügungsverbot nicht nur bezüglich der einzelnen zum Gesamtgut, d.h. zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenstände. Diese Norm enthält darüber hinaus auch bezüglich des Anteils am Gesamtgut im Ganzen ein Verfügungsverbot. § 1419 Abs.1 BGB ist damit zwar kein gesetzliches Verbot iSd. § 134 BGB und auch kein relatives Verfügungsverbot iSd. § 135 BGB.<sup>152</sup> § 1419 Abs.1 BGB ordnet vielmehr die Unübertragbarkeit des Anteils an.<sup>153</sup> Verfügt ein Ehegatte über seinen Anteil am Gesamtgut oder über einzelne dazu gehörende Gegenstände, so ist diese Verfügung nichtig<sup>154</sup>, auch wenn der andere Ehegatte der Verfügung zugestimmt hat. Sinn und Zweck der eheliche Gütergemeinschaft erlauben es nicht, Dritte zu beteiligen.

Verfügungen eines Ehegatten dieser Art, nämlich im Sinne einer Belastung seines Anteils am Gesamtgut sind somit ausgeschlossen. Dasselbe gilt dementsprechend auch für Anteile an fortgesetzten Gütergemeinschaften.

---

<sup>152</sup> Staudinger-Thiele, § 1419 Rdn.9

<sup>153</sup> BGHZ 19, 355 (359); Staudinger-Thiele, § 1419 Rdn.9

<sup>154</sup> Von § 1419 Abs.1 1.HS BGB ist jedoch nicht die Verfügung von Todes wegen erfaßt. Gemäß § 1482 S.1 BGB gehört der Anteil am Gesamtgut zu Nachlaß, sofern nicht gemäß § 1483 ff BGB die fortgesetzte Gütergemeinschaft vereinbart wurde.

### 5.3.1.3 Belastung von Anteilen an einer Personengesellschaft

Schließlich ist zu prüfen, inwiefern es möglich ist, Anteile an Personengesellschaften zu belasten. In Bezug auf die Befugnis, über den Anteil am Gesellschaftsvermögen, bzw. an einzelnen dazu gehörenden Gegenständen zu verfügen, gilt § 719 Abs.1 1.HS BGB (bzgl. der OHG iVm. § 105 Abs.3 HGB, bzgl. der KG iVm. §§ 161 Abs.2, 105 Abs.3 HGB). Das Gesetz ordnet somit eigentlich auch hier an, daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen, bzw. den dazu gehörenden Gegenständen unübertragbar ist. Die Belastung eines Anteils als Verfügung iSd. § 719 Abs.1 1.HS BGB wäre demnach eigentlich ausgeschlossen, wenn diese Vorschrift nicht dispositiv wäre.

Das Verfügungsverbot bezüglich der Anteile an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ist zwingend.<sup>155</sup> Es gilt gleichermaßen für alle Gesamthandsgemeinschaften. Dies entspricht dem Wesen des Gesamthandsprinzips, wonach die einzelnen Gegenstände der ungeteilten Gesamtzuständigkeit aller Gesamthänder unterliegen. Werden dennoch entsprechende Verfügungen getroffen, sind diese gemäß § 134 BGB nichtig<sup>156</sup>, und zwar auch dann, wenn die übrigen Gesellschafter zugestimmt haben.

Anders dagegen ist § 719 Abs.1 1.HS BGB in Bezug auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen im Ganzen aufzufassen. Hier folgt das Abtretungsverbot nicht aus dem Wesen der Gesamthand, sondern daraus, daß eine Personengesellschaft die Verbindung ganz bestimmter Personen ist. Dieses im Gesellschaftsvertrag liegende Vertrauensverhältnis erfordert, daß ein Gesellschafter nicht ohne weiteres selbst austreten und den übrigen Mitgliedern einen neuen Gesellschafter zumuten darf.<sup>157</sup> Aus dieser ratio legis folgt allerdings die herrschende Meinung, daß § 719 Abs.1 1.HS 1.Alt. BGB dispositiver Natur ist.<sup>158</sup> Diese Regelung bezweckt keinen allgemeinen Schutz,

---

<sup>155</sup> So die ganz herrschende Meinung, vgl. Staudinger-Keßler, § 719 Rdn.2; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.6; Soergel-Hadding, § 719 Rdn.7; a.A. Weber-Grellet, AcP 82 (1982), 316 (331), der Verfügungen über einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände zuläßt, sofern die Mitgesellschafter zustimmen. Fraglich ist allerdings, ob dieser nicht Fall nicht ohnehin schon eine gemeinsame Verfügung aller Gesellschafter darstellt und somit in jedem Fall erlaubt ist.

<sup>156</sup> Palandt-Sprau, § 719 Rdn.3; Staudinger-Keßler, § 719 Rdn.9; Erman-Westermann, § 719 Rdn. 2.

<sup>157</sup> Staudinger-Keßler, § 719 Rdn.4; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.3

<sup>158</sup> BGH, WM 1964, 1130 (1132); BGH, BB 1972, 10, 11; BGHZ 13, 179 (182); OLG Hamm, DB 1977, 579 (580); Staudinger-Keßler, § 719 Rdn.4; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.45; Soergel-Hadding,

sondern lediglich den Schutz einer bestimmten Personengruppe, nämlich der Mitgesellschafter. Eine Verletzung des § 719 Abs.1 1.HS 1.Alt. BGB, und damit eine Gefahr für die übrigen Mitgesellschafter liegt aber dann nicht vor, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechende Verfügungen zulässt oder die übrigen Gesellschafter der Verfügung zugestimmt haben.<sup>159</sup> Der durch § 719 Abs.1 1.HS 1.Alt .BGB festgelegte Schutz der Mitgesellschafter wird nicht berührt, wenn die Gesellschafter die Gefahren einer solchen Verfügung über den Anteil im Ganzen gesehen haben und diese Frage individuell für ihre Gesellschaft geregelt haben. Die Gesellschafter können auf ihren Schutz durch § 719 Abs.1 BGB verzichten, indem sie dies entsprechend im Gesellschaftsvertrag regeln, oder indem sie der Verfügung zustimmen.

Ist dieser Fall im Gesellschaftsvertrag nicht geregelt, oder stimmen die Gesellschafter nicht zu, so ist die Verfügung dennoch weder nichtig, noch relativ unwirksam. Sie ist schwebend unwirksam.<sup>160</sup> Sie wird endgültig wirksam, wenn die Verfügung gemäß § 184 Abs.1 BGB nachträglich genehmigt wird. Sie wird dagegen endgültig unwirksam, wenn diese Genehmigung endgültig versagt wird. Liegt eine vorherige Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung der übrigen Mitgesellschafter vor, so sind diese nicht mehr schutzbedürftig iSd. § 719 Abs.1 1.Hs 1.Alt. BGB.

Es ist damit festzuhalten, daß es die ratio legis des § 719 Abs.1 1.HS 1.Alt. BGB dann zulässt, daß ein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügt, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, oder die übrigen Gesellschafter dem zugestimmt haben. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Gesellschafter frei und wirksam über seinen Anteil verfügen, ihn mithin auch belasten.<sup>161</sup>

---

§ 719 Rdn.11; Beck'sches HdbPersGes-Müller, § 4 Rdn.42; Teichmann, ZGR 1972, 1 (5); Kanzleiter, DNotZ 1999, 440 (441).

<sup>159</sup> BGHZ 13, 179 (182); Staudinger-Keßler, § 719 Rdn.4; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.21; Soergel-Hadding, § 719 Rdn.14; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 III 2 d).

<sup>160</sup> BGHZ 13, 179 (182); Staudinger-Keßler, § 719 Rdn.5; Soergel-Hadding, § 719 Rdn.15; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.22.

<sup>161</sup> Das zu § 719 Abs.1 1. HS 1.Alt BGB Gesagte gilt über § 105 Abs.3 HGB, bzw. über §§ 161 Abs.2, 105 Abs.3 HGB selbstverständlich auch für die Anteile an der OHG, bzw. der KG.

#### 5.3.1.4 Zwischenergebnis

Es können damit sowohl Anteile am Nachlaß, d.h. Anteile am Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft, und Anteile am Gesellschaftsvermögen belastet werden. Dagegen können Anteile am Gesamtgut, d.h. am Gesamthandsvermögen der ehelichen Gütergemeinschaft, bzw. der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht belastet werden.

#### 5.3.2 Art der Belastung des Anteils

Festgestellt wurde bislang nur, daß Anteile an Gesamthandsgemeinschaften – mit Ausnahme derer an einer Gütergemeinschaft – belastet werden können. Zu prüfen ist noch, wie die Belastung eines Gesamthandsanteils – soweit er möglich ist – dogmatisch einzuordnen ist.

Die Belastung eines Anteils an der Gesamthandsgemeinschaft erfaßt diejenigen Vermögensrechte, die einem Gesamthänder nach dem zugrunde liegenden Vertrag zustehen.<sup>162</sup> Belastet wird somit ein *Recht*.<sup>163</sup> Soll aber ein Recht belastet werden, sieht das Gesetz dafür lediglich den Nießbrauch gemäß §§ 1068 ff BGB oder das Pfandrecht gemäß § 1273 ff BGB vor. Ein Anteil kann somit nur mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch belastet werden.

Dem Gläubiger der Belastung steht es dann zu, diejenigen Vermögensrechte geltend zu machen, die mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen verbunden sind.<sup>164</sup> Darunter fallen beispielsweise Gewinnansprüche oder der Anspruch auf einen entsprechenden Anteil am Auseinandersetzungsguthaben. Es bleibt dagegen grundsätzlich dem Inhaber des Anteils vorbehalten, die Verwaltungsrechte auszuüben.<sup>165</sup> Davon ausgenommen sind jedoch die

---

<sup>162</sup> Steinbeck, DB 1995, 761 (762)

<sup>163</sup> BGHZ 58, 316 (318); Staudinger-Wiegand, § 1274 Rdn.52; Staudinger-Frank, Anh zu §§ 1968, 1069 Rdn.51f; MüKo-Damm, § 1068 Rdn.70; Soergel-Mühl, § 1274 Rdn.13; Soergel-Stürmer, § 1068 Rdn.7; Palandt-Bassenge, § 1273 Rdn.1; ders., § 1068 Rdn.4; Schön, ZHR 158 (1994), 229 (237); Teichmann, ZGR 1972, 1 (3).

<sup>164</sup> Beck'sches HdbPersGesR-Müller, § 4 Rdn.42; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.45; hinsichtlich des Nießbrauchs Hefermehl, FS Westermann, 223 (224 Fn.7).

<sup>165</sup> Beck'sches HdbPersGesR-Müller, § 4 Rdn.42; Palandt-Sprau, § 719 Rdn.8; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.45; hinsichtlich des Nießbrauchs Hefermehl, FS Westermann, 223 (224 Fn.7).

Informations- und Kontrollrechte.<sup>166</sup> Zum Schutz beispielsweise des Pfandrechtsgläubigers ist es erforderlich, daß er selbst diese Rechte ausüben darf.

### 5.3.3 Gegenüberstellen von Einheitslösung und Mehrfachbeteiligung

Fallen also (wie im obigen Beispiel einer Miterbengemeinschaft) ein belasteter und ein unbelasteter Anteil in einer Hand zusammen, so stellt sich die Frage, was mit der Belastung zu Gunsten eines Dritten geschieht. Um die Vor- und Nachteile einer jeden Vorgehensweise festzustellen, soll eine Lösung nach der Einheitstheorie einer solchen mit der Möglichkeit der mehrfachen Beteiligung gegenübergestellt werden.

#### 5.3.3.1 Lösung nach der Einheitstheorie

Nach der Einheitstheorie, die zwei rechtlich unterschiedlich ausgestaltete Anteile in einer Hand nicht zuläßt, sind für den obigen Fall zwei Lösungswege denkbar:

Erwirbt ein Miterbe oder Gesellschafter, der über einen unbelasteten Anteil verfügt, einen belasteten hinzu, könnte die Belastung zugunsten eines Dritten erlöschen.<sup>167</sup> So wurde beispielsweise in dem bereits genannten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. April 1957 entschieden, daß eine Belastung untergehen soll, wenn belastete und unbelastete Anteile in einer Hand zusammenfallen.<sup>168</sup>

Denkbar wäre aber auch, daß nach der Einheitstheorie der vormals unbelastete Anteil des Erwerbers ebenso vom Pfandrecht oder Nießbrauch erfaßt wird, wie der hinzuerworbene belastete Anteil.<sup>169</sup>

Bei beiden Alternativen teilen die verschmolzenen Anteile das selbe rechtliche Schicksal. Beide Anteile, bzw. der neue einheitliche Anteil ist entweder im

---

<sup>166</sup> MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.45

<sup>167</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (27)

<sup>168</sup> BGHZ 24, 106 (109)

<sup>169</sup> Bippus, AcP 195 (1995), 13 (27)

Ganzen belastet oder im Ganzen unbelastet. Hierin liegt der Vorteil der Einheitstheorie: der verschmolzene Gesamtanteil kann einheitlich beurteilt werden, d.h. wiederum als einheitliches Ganzes beispielsweise veräußert oder belastet werden.

Beide Alternativen sind aus Wertungsgesichtspunkten jedoch nicht befriedigend: Bei der ersten Möglichkeit verliert ein Dritter sein Recht am Anteil, ohne daß er die Möglichkeit hat, dies zu verhindern. Der Inhaber des belasteten Anteils ist nicht etwa dergestalt gebunden, daß eine Verfügung über den Anteil von der Zustimmung des Pfandrechts- oder Nießbrauchsberechtigten abhinge. Bei der zweiten Alternative wird dem Erwerber des belasteten Anteils eine Belastung aufgedrängt, die er sich gerade bei einer Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 Abs.1 BGB<sup>170</sup> nicht ausgesucht hat. Dagegen hätte der Pfandrechtsgläubiger dadurch ohne sein Zutun ein unter Umständen wesentlich umfangreicheres Recht erworben.

Beide Lösungswege, die die herkömmliche Einheitstheorie für den vorliegenden Fall anbieten kann, sind somit nicht befriedigend. Beide Alternativen führen zu Nachteilen zu Lasten jeweils eines Beteiligten, entweder des Belastungsgläubigers oder des Erwerbers.

### 5.3.3.2 Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung

Zu prüfen ist nun, wie das angesprochene Problem gelöst werden würde, wenn man es für möglich hält, daß eine Person mehrere Anteile in ihrer Hand hält.

Fallen ein unbelasteter und ein belasteter Anteil an einer Gesamthandsgemeinschaft in einer Hand zusammen, so behalten beide Anteile ihre Selbständigkeit.<sup>171</sup> Die Belastung bleibt bestehen, und zwar nur an dem Anteil, an dem sie bereits vor dem Zusammenfallen der Anteile bestand. Der vorher unbelastete Anteil bleibt auch weiterhin unbelastet.

Nur diese Lösung führt zu sachgerechten Ergebnissen. Es wird einerseits das Interesse des Gläubigers berücksichtigt, dessen Pfandrecht oder Nießbrauch

---

<sup>170</sup> Der Erbe hat zwar immer die Möglichkeit, das Erbe gemäß §§ 1943 ff BGB auszuschlagen. Aber auch diese Möglichkeit ist u.U. nachteilig für den Erben. Er würde dadurch auf einen möglicherweise wertvollen Nachlaß verzichten müssen.

<sup>171</sup> Kanzleiter, FS Weichler, 39 (46); Baumann, BB 1998, 225 (228ff); Bippus, AcP 195 (1995), 13 (25); Esch, BB 1993, 664 (666ff), der sie Selbständigkeit allerdings nur für die Kommanditbeteiligung bejaht.

gleichwertig bestehen bleibt. Es wird andererseits das Interesse des Gesellschafters berücksichtigt, der seinen bisher unbelasteten Anteil auch weiterhin unbelastet beibehalten möchte.

Erlischt dagegen die Belastung in der Folgezeit, beispielsweise weil die zu sichernde Forderung nicht mehr besteht, fallen beide Anteile untrennbar zusammen. Beide Anteile sind dann wieder *gleichartig*<sup>172</sup>. Sie unterliegen dann wieder den gleichen Beschränkungen oder Belastungen sachenrechtlicher oder erbrechtlicher Natur zugunsten gesellschaftsfremder Dritter. Für eine getrennte Betrachtung der Beteiligungen besteht kein Bedürfnis mehr.

### 5.3.3.3 Abwägung

Nachdem die zwei unterschiedlichen Vorgehensweisen nun dargestellt wurden, sind die entsprechenden Lösungen gegeneinander abzuwägen.

Die Lösung nach dem Grundsatz der Einheitstheorie mit der Folge, daß ein einheitlicher Gesamtanteil entsteht, hat den Vorteil, daß sie eher den Vorstellungen von ideellen Anteilen entspricht. Es ist nur schwer vorstellbar, daß zwei ideale Mengen auch für den Fall getrennt bleiben, daß sie bei einer Person zusammentreffen. Insofern stellt die Einheitslösung – zumindest auf den ersten Blick – die notwendige Konsequenz aus dem dogmatischen Verständnis der Gesamthandsanteile dar.

Allerdings hat die Einheitslösung den Nachteil, daß sie in vielen Fällen den Interessen aller Beteiligten nicht gerecht werden kann. So ist im obigen Beispiel immer eine Person benachteiligt: entweder der Pfandrechtsgläubiger, oder der Erwerber des Anteils.

Was aber der Nachteil der Einheitslösung ist, ist der Vorteil der Lösung, die mit der Möglichkeit der mehrfachen Beteiligung einer Person arbeitet. Kann eine Person mehrere Anteile getrennt voneinander in ihrer Hand halten, können Belastungen an einzelnen Anteilen genau in dem Ausmaß bestehen bleiben, wie es von den Beteiligten beabsichtigt wurde. Ein Vorgehen mit der Möglichkeit der mehrfachen Beteiligung ist somit gegenüber der herkömmlichen Vorgehensweise interessen- und auch einzelfallgerechter.

---

<sup>172</sup> Begriff von Bippus, AcP 195 (1995), 13 (27)

Es stellt sich aber auf den ersten Blick die Frage, ob eine Trennung von Anteilen in einer Hand überhaupt mit der Rechtsnatur der Anteile an Gesamthandsgemeinschaften als nur ideelle Anteile vereinbar ist. Dies ist aber sehr wohl der Fall:

Das Pfandrecht bezieht sich, ebenso wie das Nießbrauchsrecht auf die Vermögensrechte als Bestandteile des Anteils einer Person an einer Gesamthandsgemeinschaft. Wie bereits ausgeführt, fallen darunter z.B. die Gewinnauszahlungsansprüche oder Ansprüche bezüglich des Auseinandersetzungsguthabens. Dies sind aber Fälle, in denen die Rechte beispielsweise des Pfandrechtsgläubigers real bezeichnenbar sind. Der Gewinnanspruch ergibt sich ebenso wie der Anspruch auf einen Anteil am Auseinandersetzungsguthaben aus dem zu Grunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnis, dem Gesellschaftsvertrag. Da somit hier greifbare Aspekte des Anteils betroffen sind, ist eine genaue Trennung der Anteile trotz ihres ideellen Charakters möglich.

Festzuhalten ist damit, daß die Trennung von Anteilen in einer Hand die Möglichkeit bietet, bestehende Belastungen aufrecht zu erhalten, ohne daß der Erwerber des belasteten Anteils, oder der Gläubiger benachteiligt wären. Diese Vorgehensweise ist weiterhin vereinbar mit der Ansicht, daß es sich bei Anteilen an einer Gesamthandsgemeinschaft um lediglich ideelle Anteile handelt.

#### **5.4 Vor- / Nacherbschaft bezüglich eines Anteils**

Die Möglichkeit, daß eine Person mehrfach an einer Gesamthandsgemeinschaft beteiligt ist, spielt aber nicht nur dann eine Rolle, wenn ein Anteil im Sinne etwa eines Pfandrechts belastet ist. In diesem Zusammenhang zu nennen ist auch der Fall, daß ein Gesamthänder, dessen Anteil unbelastet ist, einen weiteren hinzuerwirbt, der mit der Nacherbschaft belastet ist.



### 5.4.1 Allgemeines

Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft ist in den §§ 2100 ff BGB geregelt. Gemäß § 2100 BGB wird ein Nacherbe nach dem Willen des Erblassers erst dann dessen Erbe, nachdem ein anderer, der Vorerbe, dessen Erbe geworden ist.<sup>173</sup> Bis zum Eintritt des Nacherbfalls verfügt der Vorerbe über den Nachlaß. Im Interesse des Nacherben unterliegt der Vorerbe jedoch den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff BGB, die verhindern sollen, daß das Recht des oder der Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt wird.<sup>174</sup>

### 5.4.2 Eheleiche Gütergemeinschaft

Zu untersuchen ist die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft zunächst für den Fall der ehelichen Gütergemeinschaft.

#### 5.4.2.1 Fallbeispiel und Problemaufriß

Zur Darstellung der Schwierigkeiten, die sich für diesen Fall ergeben können, sei folgendes Beispiel gestellt:

A und B haben vertraglich den Güterstand der Gütergemeinschaft gem. §§ 1415 ff BGB gewählt. Sie bilden hinsichtlich des Gesamtgutes eine Gesamthandsgemeinschaft. Der Ehemann A verstirbt und setzt seine Frau B als *alleinige* Vorerbin ein, die Kinder C, D und E als Nacherben.

Wäre B Alleinerbin des A, würde die eheliche Gütergemeinschaft mit A's Tod aufgelöst<sup>175</sup> und das vormalige Gesamtgut ginge im Alleineigentum der B auf.<sup>176</sup> Gem. § 1482 S.2 BGB wird der verstorbene Ehegatte einer Gütergemeinschaft

---

<sup>173</sup> Vgl. hierzu Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage, München, Rdn.588ff; Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, Rdn.437ff.

<sup>174</sup> Nieder, aaO, Rdn.590; Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, aaO, Rdn.469ff.

<sup>175</sup> Palandt-Brudermüller, § 1482 Rdn.1; Staudinger-Thiele, § 1482 Rdn.1; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Auflage, 1996, Rdn.458.

<sup>176</sup> BGHZ 26, (378) 381; Palandt-Brudermüller, § 1482 Rdn.1; Staudinger-Thiele, § 1482 Rdn.6

jedoch nach den allgemeinen Vorschriften beerbt, d.h. er kann auch nach den §§ 2100 ff BGB den überlebenden Ehegatten als Vorerben und Dritte als Nacherben einsetzen.

Im Hauptfall der Vor- und Nacherbschaft, nämlich daß der Erblasser Alleininhaber der zu seinem Nachlaß gehörenden Rechte und Vermögensgegenstände war, ist genau geklärt, welche Gegenstände, bzw. Rechte mit der Nacherbschaft belastet sind. Auf sie bezieht sich die Verfügungsbeschränkung der §§ 2113 ff BGB.

Ist der Erblasser dagegen Mitglied einer ehelichen Gütergemeinschaft, ist sein Nachlaß der Anteil am Gesamtgut, vgl. § 1482 S.2 BGB. Er war somit nicht der allein Berechtigte bezüglich des Gesamtgutes. Nachdem es sich bei Anteilen an Gesamthandsgemeinschaften nicht wie etwa bei der Bruchteilsgemeinschaft um klar bestimmbare Anteile, sondern lediglich um ideelle Anteile handelt, ist bereits unklar, worauf sich die Verfügungsbeschränkung der §§ 2113 ff BGB beziehen soll. Es entsteht ein Interessenkonflikt zwischen dem Vorerben-Ehegatten, der weiterhin über seinen – mit dem ererbten Anteil ohne Auseinandersetzung nicht klar zu trennenden – Anteil weiter frei (d.h. soweit dies innerhalb des § 1419 BGB möglich ist) verfügen möchte, und dem oder den Nacherben am vollen Erhalt der Erbschaft.

Wie dieser Interessenkonflikt gelöst werden soll, bzw. welche Folgeprobleme sich aus den einzelnen Lösungsvorschlägen ergeben können, soll im Weiteren dargestellt werden. Eine Zweiteilung wie bisher in die *Einheitslösung* und eine *Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung* genügt hier allerdings nicht mehr. Es sind mehrere Varianten anzudenken.

#### 5.4.2.2 Konfusion

Die erste Variante<sup>177</sup> geht davon aus, daß mit dem Tod des A die eheliche Gütergemeinschaft durch Konfusion, d.h. dem Zusammenfallen von Gläubiger und Schuldner in der Person der B, erlischt. B wird alleinige Berechtigte an allen Gegenständen, die zum Gesamtgut gehören. Es soll die Beschränkung der §§ 2113 ff BGB nun *alle* vormals zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände

---

<sup>177</sup> so vertreten von Staudenmaier, NJW 1965, 380 (382), oder OLG Breslau, OLGE 24, 84 (85).

erfassen.<sup>178</sup> Der Grund dafür wird in § 2111 Abs.1 S.1 Alt.4 BGB gesehen. Demnach gehört zur Erbschaft das, was der Vorerbe (also die B) mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Die Vorerbin B hätte das *Alleineigentum* am ehemaligen Gesamtgut mit Mitteln der Erbschaft erlangt<sup>179</sup>, nämlich dadurch, daß beide Anteile zusammenfallen. Damit wird allerdings der Erwerb durch *das Ereignis des Erbfalls* mit dem Erwerb *mit Mitteln der Erbschaft* gleichgesetzt.<sup>180</sup> Dies dürfte aber wohl kaum der ratio legis des § 2111 BGB entsprechen, der zwar auch die Interessen der Nacherben am Erhalt der Erbschaft schützen soll<sup>181</sup>. Es entspricht aber sicher nicht dem Willen des Gesetzgebers, daß der Vorerbe über das in den §§ 2113 ff BGB festgelegte Maß beeinträchtigt werden soll.<sup>182</sup> Weiterhin wird von Vertretern dieser Variante nicht dazu Stellung genommen, wie diese mit dem restlichen Wortlaut des § 2111 Abs.1 S.1 Alt.4 BGB (*durch Rechtsgeschäft*) vereinbar ist.

Darüber hinaus müßte aus der Anwendung von § 2111 Abs.1 S.1 Alt.4 BGB der Schluß gezogen werden, daß nunmehr das ehemalige Gesamtgut im Ganzen mit der Nacherbschaft belastet wäre. Dies würde aber weder dem Willen des Erblassers (der den Nacherben lediglich seinen Anteil am Gesamtgut zukommenlassen wollte), noch dem Willen der Vorerben-Ehegatten (der bezüglich seines eigenen Anteils am Gesamtgut in seiner Testierfreiheit eingeschränkt wäre) entsprechen.

Allein aus diesen Gründen kann diesem Ansatz nicht gefolgt werden.

#### 5.4.2.3 Auseinandersetzung des Gesamtgutes

Dieser Variante zufolge soll nach dem Tod des A das Gesamtgut auseinandergesetzt werden.<sup>183</sup> Dies hat den Vorteil, daß anschließend genau zwischen dem Vermögen, das mit der Nacherbschaft belastet ist, und

---

<sup>178</sup> Staudenmaier, NJW 1965, 380 (382); kritisch dazu Batsch, NJW 1970, 1314 (1315); Prölss, JZ 1970, 95 (97).

<sup>179</sup> so noch Staudinger-Seybold, 11. Auflage, 1954, § 2111 Rdn.7

<sup>180</sup> Schmidt, FamRZ 1976, 683 (685)

<sup>181</sup> Palandt-Edenhofer, § 2111 Rdn.1; Staudinger-Behrends/Avenarius, § 2111 Rdn.1; MüKo-Grunsky, § 2111Rdn.1; Nieder, aaO, Rdn.607; Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, aaO, Rdn.461, 464.

<sup>182</sup> Schmidt, FamRZ 1976, 683 (685)

<sup>183</sup> Palandt-Brudermüller, § 1482 Rdn.1; so wohl auch Prölss, JZ 1970, 95 (97), wonach der Vorerben-Ehegatte nach der Auseinandersetzung über eine reale Hälfte verfügen können soll.

demjenigen, das im unbeschränkten Alleineigentum der B steht, differenziert werden kann. Es ist klar, worauf sich die Beschränkungen der §§ 2113 ff BGB beziehen.

Das Gesetz sieht in den §§ 1471 ff BGB nur für den Fall der Scheidung (§ 1478 BGB) oder eines Aufhebungsurteils (§ 1479 BGB) eine Auseinandersetzung vor. Es sieht damit eigentlich vor, daß sich die Ehegatten gemeinsam, d.h. zu Lebzeiten über das Gesamtgut auseinandersetzen. Nach h.M. kann aber auch der Vorerben-Ehegatte diese Abwicklung unter Berücksichtigung seiner Verantwortlichkeit gegenüber den Nacherben mit sich selbst durchführen.<sup>184</sup>

Problematisch hierbei ist allerdings, daß dem Nacherben nicht das zugute kommt, was vom Erblasser beabsichtigt wurde. Der Nacherbe sollte einen Anteil am Gesamtgut erhalten. Nach einer Auseinandersetzung erhält er das, was nach Abzug der Verbindlichkeiten<sup>185</sup> als hälftiger Überschuß<sup>186</sup> davon übrig bleibt. Gerade aber wenn es sich bei dem Nachlaß um ein erhaltenswertes Gut, etwa ein Familienunternehmen oder Immobilien handelt, kann eine Auseinandersetzung nachteilig sein. In diesen Fällen wäre oft ein Erhalt, und damit eine eventuell werterhöhende Bewirtschaftung (etwa Erträge aus dem Unternehmen, oder Mieteinnahmen aus einem Mehrfamilienhaus, etc.) günstiger. Muß dagegen bei einer Auseinandersetzung der Nachlaß verkauft werden<sup>187</sup>, ist eine Wertbildung oder gar –steigerung nicht mehr möglich.

Darüber hinaus ist diese Ansicht mit § 2143 BGB unvereinbar<sup>188</sup>, der einen ähnlichen Gedanken enthält. Mit Eintritt des Nacherbfalls sollen diejenigen Rechtsverhältnisse wiederaufleben, die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, d.h. durch Konfusion erloschen sind. Durch Konfusion erloschen ist aber grundsätzlich auch die Gesamthandsgemeinschaft der ehelichen Gütergemeinschaft.<sup>189</sup> Es stellt sich also die Frage, wie diese

---

<sup>184</sup> Soergel-Knopp, § 2113 Rdn.3; Schmidt, FamRZ 1976, 683 (685)

<sup>185</sup> Gemäß § 1475 BGB sind zunächst nach Maßgabe dieser Vorschrift die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen.

<sup>186</sup> Gemäß § 1477 Abs.1 BGB wird der Überschuß nach den Vorschriften über die Gemeinschaft geteilt, d.h. anwendbar sind die §§ 752 ff BGB. Demnach erfolgt die Teilung grundsätzlich in Natur (§ 752 BGB), hilfsweise durch Verkauf (§ 753 BGB), vgl. Palandt-Brudermüller, § 1477 Rdn.1 f. Insofern ist auch die Auseinandersetzung möglich, wenn nur eine Person vorhanden ist: das Gesetz regelt die Teilung so dezidiert, daß eine persönliche Mitwirkung für diesen Fall nicht erforderlich ist.

<sup>187</sup> Gerade bei einem Nachlaß wie dem angesprochenen (Unternehmen, Immobilien, etc.) kommt eine Teilung in Natur aufgrund der Beschaffenheit des Nachlasses nicht in Betracht, so daß in diesen Fällen der Nachlaß durch Verkauf geteilt werden müßte.

<sup>188</sup> Schmidt, FamRZ 1976, 683 (685)

<sup>189</sup> Palandt-Brudermüller, § 1482 Rdn.1

wiederaufleben soll iSd. § 2143 BGB. Ist das Gesamtgut erst auseinandergesetzt, kann es jedenfalls nicht wieder in dem Zustand wiederaufleben, wie es vor der Auseinandersetzung bestand.

Somit stellt auch diese Variante keine zufriedenstellende Lösung dar.

#### 5.4.2.4 Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft

Weiterhin wird vertreten, daß sich die Gesamthandsgemeinschaft hinsichtlich des Gesamtgutes mit dem Tod des A in eine Bruchteilsgemeinschaft wandelt.<sup>190</sup> Ein Bruchteil wäre unbelastet, ein Bruchteil wäre belastet mit der Nacherbschaft. Er unterläge damit den Beschränkungen der §§ 2113 ff BGB.

Der Vorteil dieser Variante ist, daß genau festgestellt werden kann, worauf sich die genannten Beschränkungen beziehen.

Aber auch diese Lösung muß klar abgelehnt werden. Das Gesetz sieht für den Fall, daß das Gesamthandsvermögen der Gütergemeinschaft abgewickelt werden soll, nur eine Möglichkeit vor, nämlich die Auseinandersetzung iSd. §§ 1471 ff BGB. Eine wie auch immer geartete „Umwandlung“ in eine Bruchteilsgemeinschaft ist nicht vorgesehen. Darüber hinaus stellt sich auch hier die Frage, wie § 2143 BGB Genüge getan werden soll, d.h. wie die Gesamthandsgemeinschaft im Nacherbfall wiederaufleben soll.

Aus diesen Gründen ist somit auch die Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft abzulehnen.

#### 5.4.2.5 Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung

In den bisher dargestellten Lösungen wurde die Gesamthandsgemeinschaft mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten aufgelöst und nach verschiedenen Arten den Interessen der Nacherben durch die Beschränkung des §§ 2113 ff BGB Rechnung getragen. Es konnte jedoch keine Lösung gänzlich überzeugen. Zu prüfen ist nun schließlich, ob eine Vorgehensweise mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung in der Lage ist, die angesprochenen Probleme zu lösen.

---

<sup>190</sup> KG, JFG1 (1924), 358 (360); Haegele, Rpfleger 1971, 121 (125); Batsch, NJW 1970, 1214 (1315)

Erkennt man an, daß eine Person in bestimmten Fällen zwei voneinander zu trennende Anteile in einer Hand halten kann, ergäbe sich folgende Lösung: Mit dem Tod des A erlischt die eheliche Gütergemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft ausnahmsweise nicht.<sup>191</sup> B hält beide Anteile daran bis zum Eintritt des Nacherbfalls in ihrer Hand. Sind also beide Anteile nach wie vor getrennt voneinander existent, erlischt die Gesamthandsgemeinschaft nicht.

Mit dieser Vorgehensweise wird § 2143 BGB entsprochen. Zum Nachlaß des A gehört sein Anteil am Gesamtgut. Mit dem Eintritt des Nacherbfalls soll er gemäß § 2143 BGB wieder dazugehören. Die Brücke, die zwischen dem Tod des A und dem Eintritt des Nacherbfalls gebildet werden soll, stellt eine *gedachte Mitberechtigung*<sup>192</sup> am Vermögen der Gesamthand dar. Daß B in ihrer Hand beide Anteile an der Gesamthandsgemeinschaft der ehelichen Gütergemeinschaft in ihrer Hand halten kann, ermöglicht ein Ergebnis, das bestünde, wenn die Gesamthand durch Konfusion nicht erloschen wäre.<sup>193</sup> Es wird § 2143 BGB, und damit den Interessen der Nacherben am vollwertigen Erhalt der Erbschaft Rechnung getragen.

Dieser Kunstgriff der mehrfachen Beteiligung einer Person an der Gesamthandsgemeinschaft ermöglicht es aber auch, den Interessen aller übrigen Beteiligten gerecht zu werden. Es wird das Interesse des Erblassers berücksichtigt, der den Nacherben genau seinen Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft der ehelichen Gütergemeinschaft zukommen lassen wollte. Weiterhin kann der Vorerben-Ehegatte das Gesamtgut als Ganzes verwalten. Es kann beispielsweise ein Unternehmen weiter geführt werden ohne die Gefahr, dieses im Zuge etwa einer Auseinandersetzung verkaufen zu müssen. So ist auch geklärt, wie ein eventueller Vermögenszuwachs beim Nachlaß zwischen dem Vor- und den Nacherben zu

---

<sup>191</sup> Schmidt, FamRZ 1976, 683 (686); BayObLG, Beschluß vom 25. Oktober 1995, 2 Z BR 61/95; im Ergebnis auch MüKo-Kanzleiter, § 1482 Rdn.5; ders., FS Weichler, 39 (45); ders., ZEV 1996, 64 (66), der zwar darin zustimmt, daß die Gesamthand trotz Vereinigung aller Anteile beim überlebenden Ehegatten weiterbesteht, aber dennoch die Gegenstände des Gesamtgutes in zwei Bruchteilshälften überführen will, die jeweils unterschiedlichen Rechtsregeln folgen. Es muß aber diesem Vorschlag vorgeworfen werden, daß er inkonsequent ist, da er einerseits das Gesamtgut als solches weiterbestehen läßt, jedoch nicht nach dem dafür vorgesehenen Vermögensordnungsprinzip, dem Gesamthandseigentum. A.A. OLG Hamm, OLGZ 1976, 180 (185).

<sup>192</sup> Köster, DNotZ 1953, 246 (248); kritisch dazu Prölss, JZ 1970, 95 (96), der ein Fortbestehen der Mitberechtigung verneint, da § 2143 BGB Rechtsverhältnisse lediglich mit ex-nunc-Wirkung wiederaufleben lasse.

<sup>193</sup> Köster, DNotZ 1953, 246 (248); Schmidt, FamRZ 1976, 683 (685)

verteilen ist<sup>194</sup>: Es kommt den Nacherben der Wertzuwachs zugute, der seinem Anteil am Gesamthandsvermögen betrifft.

Schließlich hat diese Vorgehensweise den Vorteil, daß genau zwischen dem mit der Nacherbschaft belasteten, und dem unbelasteten Anteil am Gesamtgut unterschieden werden kann. Was genau dabei den Verfügungsbeschränkungen unterliegen soll, soll im Folgenden geklärt werden.

#### 5.4.2.6 Konsequenz für die Verfügungsbeschränkung

Geht man davon aus, daß der überlebende Vorerben-Ehegatte beide Anteile der Gesamthandsgemeinschaft in seiner Hand hält, und damit das gesamte Vermögen der Gütergemeinschaft, stellt sich die Frage, wie er darüber verfügen können soll.

Der Vorerben-Ehegatte soll die Stellung des allein verwaltenden Ehegatten iSd. §§ 1422 ff BGB inne haben.<sup>195</sup> Über die Gesamtgutsanteile im Ganzen soll er jeweils nicht verfügen können. Insofern gilt, wegen des Fortbestandes der Gesamthandsgemeinschaft § 1419 BGB. Für die zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände dagegen gilt folgendes: Soll § 1419 BGB weiterhin gelten, so müßte eigentlich auch § 1419 Abs.1 1.HS BGB anwendbar sein. Demnach könnte der allein verwaltende Ehegatte nicht nur über das Gesamtgut im Ganzen, sondern auch über die einzelnen dazu gehörenden Gegenstände verfügen.<sup>196</sup> Da er aber die Gesamthand bis zum Eintritt des Nacherbfalls allein bildet und die Gesamthand als solche ja über die einzelnen Gegenstände verfügen darf, sind dem Vorerben-Ehegatten entsprechende Verfügungen erlaubt. Dem Einwand, daß dadurch die §§ 2113 ff BGB ausgehöhlt würden, kann entgegen gehalten werden, daß die Nacherben über die §§ 2130, 2131 BGB ausreichend geschützt werden. Gleiches gilt für den befreiten Vorerben über § 2138 Abs.2 BGB. Demnach können die Nacherben verlangen, daß der Vorerbe ihnen die Erbschaft in einem Zustand übergibt, die einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht. Vor allem aber können sie

---

<sup>194</sup> Diese Frage wurde von Lüttge, NJW 1994, 5 (8) aufgeworfen, allerdings für die Gesamthandsgesellschaften. Dieselbe Frage stellt sich jedoch für alle Gesamthandsgemeinschaften.

<sup>195</sup> Schmidt, FamRZ 1976, 683 (686)

<sup>196</sup> A.A. Kanzleiter, ZEV 1996, 64 (66), der § 1419 Abs.1 BGB insgesamt wegen des Fortbestehens der gesamthänderischen Bindung für anwendbar hält.

Schadensersatz gemäß § 2138 Abs.2 Alt.2 BGB verlangen, wenn der Vorerbe in Benachteiligungsabsicht die Erbschaft vermindert hat. Die Interessen der Nacherben sind somit ausreichend geschützt.

#### 5.4.2.7 Geltung dieser Lösung auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft

Diese Lösung, nämlich daß die Gesamthandsgemeinschaft der ehelichen Gütergemeinschaft als bis zum Eintritt des Nacherbfalls forbestehend gilt, kann auch übertragen werde auf die Fälle einer fortgesetzten Gütergemeinschaft:

A und B bilden eine fortgesetzte Gütergemeinschaft. A setzt B als alleinigen Vorerben, ihre Kinder C und D als Nacherben ein. Verstirbt A, müßte sich eigentlich die fortgesetzte Gütergemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft durch Konfusion auflösen. Da aber auch hier beide Anteile der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht gleichwertig sind (der Anteil des B ist unbelastet, der des A ist mit der Nacherbschaft belastet), bleibt aus denselben Gründen wie oben erläutert die fortgesetzte Gütergemeinschaft bis zum Eintritt des Nacherbfalls bestehen.

Leichter vorstellbar ist es, die Lösung auf die Konstellation anzuwenden, daß neben A und B noch weitere Personen Mitglieder der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind. Verstirbt A, so geht ihr Anteil an B als alleinigen Vorerben über. Es vereinigen sich somit zwei, nicht aber die beiden einzigen Anteile in einer Hand, die jeweils rechtlich unterschiedlich ausgestaltet sind. Auch hier bleiben beide Anteile bis zum Eintritt des Nacherbfalls in der Hand des B getrennt bestehen.

#### 5.4.2.8 Zwischenergebnis

Läßt man also zu, daß eine Person zumindest für eine bestimmte Zeit zwei Anteile in ihrer Hand getrennt hält, so können mit dieser Konstruktion die genannten Probleme leichter gelöst werden. Für den Fall der ehelichen Gütergemeinschaft, bzw. der zweigliedrigen fortgesetzten Gütergemeinschaft gilt dies sogar dann, wenn diese Person die einzigen bestehenden Anteile in ihrer Hand hält.<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> Vgl. dazu im Folgenden Teil 6 „Eine Einmann-Gesamthand?“



Die Konstruktion der mehrfachen Beteiligung läßt das Gesamtgut bis zum Eintritt des Nacherbfalls als solches bestehen und trägt damit zum Erhalt, bzw. sogar u.U. zur Wertsteigerung des Nachlasses bei. Weiterhin wird nur dadurch § 2143 BGB Rechnung getragen, wonach im Interesse der Nacherben Rechtsverhältnisse im Zeitpunkt des Nacherbfalls wiederaufleben. Schließlich wird dadurch ein Ausgleich zwischen den Interessen des Vorerben, und denen der Nacherben gefunden, daß der Vorerbe zwar nicht den Beschränkungen der §§ 2113 ff BGB unterliegt; die Interessen der Nacherben werden allerdings durch §§ 2130, 2132 BGB, bzw. beim befreiten Vorerben durch § 2138 Abs.2 BGB geschützt.

Insofern ist nur die genannte Lösung eine für alle Beteiligten befriedigende.

### 5.4.3 Miterbengemeinschaft

Zu untersuchen ist weiterhin, wie die Konstellation einer testamentarisch angeordneten Vor- und Nacherbschaft bezüglich eines Anteils an einer Miterbengemeinschaft zu beurteilen ist. Zur Veranschaulichung soll auch hier wieder ein Fallbeispiel gebildet werden:

A, B, C, und D bilden eine Miterbengemeinschaft, mithin eine Gesamthandsgemeinschaft. A verstirbt und setzt in seinem Testament B als alleinigen Vorerben, sein Kind F als Nacherben ein.<sup>198</sup>

Mit dem Tod der A erbt B deren Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft Erbengemeinschaft. Grundsätzlich müßten auch in diesem Fall zwei Anteile, die in einer Hand zusammenfallen, untrennbar miteinander verschmelzen. Hier ergibt sich jedoch wieder das Problem, daß die fraglichen Anteile nicht gleichartig<sup>199</sup> sind. Der eine Anteil ist frei von jeder Art von Beschränkung, der andere unterliegt den Beschränkungen der §§ 2113 ff BGB.

---

<sup>198</sup> Es wurde hier bewußt das Beispiel gebildet, daß in der Erbengemeinschaft neben A und B auch weitere Erben vorhanden sind. Die Konstellation, daß A und B eine lediglich zweigliedrige Erbengemeinschaft bilden, und sich dadurch mit dem Tod des A das Problem ergibt, daß nur noch ein Gesamthänder verbleibt, soll erst in Kapitel 6 (im Zusammenhang mit der Einmann-Gesamthand) angesprochen werden.

<sup>199</sup> Begriff von Bippus, AcP 195 (1995), 13 (27). Anteile sind demnach gleichartig in diesem Sinne, wenn sie insgesamt denselben Beschränkungen oder Belastungen sachenrechtlicher oder erbrechtlicher Natur unterliegen oder insgesamt davon frei sind.

#### 5.4.3.1 Einheitslösung

Die Einheitslösung hätte die Konsequenz, daß nach dem Verschmelzen beider Anteile zu einem einheitlichen Gesamtanteil dieser entweder einheitlich den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff BGB unterläge, oder daß die Beschränkung insgesamt wegfiel. Auch hier lassen sich wieder die Argumente übertragen, die bereits für den Fall angeführt wurden, daß ein Anteil (z.B. mit einem Pfandrecht) belastet ist, der andere dagegen unbelastet.

Unterläge der Gesamtanteil im Ganzen den Beschränkungen der §§ 2113 ff BGB, nachdem die Anteile zusammengefallen sind, so wäre der Vorerbe über das gewollte Maß hinaus benachteiligt. Es soll mit Hilfe der §§ 2113 ff BGB der Bestand der Erbschaft geschützt werden, nicht aber der gesamte Anteil des Vorerben quasi blockiert werden. Der Vorerbe könnte dann nicht einmal über seinen eigenen, ursprünglich unbeschränkten Anteil frei verfügen. Insofern ist diese Möglichkeit abzulehnen.

Fielen dagegen die Beschränkungen der §§ 2113 ff BGB insgesamt weg, so würden zwar noch die §§ 2130, 2131 BGB, bzw. bei befreitem Vorerben § 2138 BGB für den Schutz des Nacherben sorgen, indem der Vorerbe die Erbschaft in dem Zustand herauszugeben verpflichtet ist, der sich bei einer ordnungsgemäßen Wirtschaft ergibt. Aber selbst dies setzt voraus, daß die Erbschaft in dem Zustand, d.h. abgrenzbar vom eigenen Anteil des Vorerben noch vorhanden ist.

#### 5.4.3.2 Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung

Geht man dagegen davon aus, daß eine Person zwei Anteile auch getrennt in ihrer Hand halten kann, ohne daß diese zu einem einheitlichen Gesamtanteil verschmelzen, wäre folgende Lösung denkbar:

B erbt als Vorerbe den Anteil des A an der Erbengemeinschaft. Über den ererbten Anteil des A kann B nur nach Maßgabe der § 2113 ff BGB verfügen. Über seinen eigenen Anteil dagegen kann B frei verfügen. Tritt der Nacherbfall ein, geht der Anteil des A, der nach wie vor noch so vorhanden ist, auf E über.

Auch hier kann also mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung den Interessen der Beteiligten am differenziertesten entsprochen werden.

#### 5.4.4 Personengesellschaften

Auch hier ist der Fall zu untersuchen, daß ein Mitgesellschafter alleiniger Vorerbe eines verstorbenen Gesellschafters ist. Es sei wieder ein Beispiel gegeben:

Die Gesellschafter A, B, C und D bilden eine OHG. A verstirbt und setzt seinen Mitgesellschafter B als Vorerben und einen gesellschaftsfremden Dritten als Nacherben ein.<sup>200</sup>

##### 5.4.4.1 Vererbung von Personengesellschaftsanteilen

Zunächst muß aber der Frage nachgegangen werden, ob im Hinblick auf das grundsätzliche Verbot des einzelnen Gesellschafters, über seinen Anteil zu verfügen<sup>201</sup>, Gesellschaftsanteile überhaupt vererblich sind.<sup>202</sup>

Das Gesetz ordnet lediglich für den Kommanditanteil, d.h. für den beschränkt haftenden Gesellschafter der KG in § 177 HGB an, daß dessen Anteil vererblich ist, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorgesehen ist. Bezüglich des Anteils des persönlich haftenden Gesellschafters (sowohl der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der OHG, als auch der KG) ist im Gesetz keine Regelung

---

<sup>200</sup> Dieser Beispielfall ist zwar rechtsdogmatisch sehr interessant, in der Praxis ratsamer für eine nur zeitweilige Zuwendung der Gesellschafterstellung ist allerdings ein Nießbrauchsvermächtnis mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung. Der Grund hierfür liegt einerseits in den Schwierigkeiten, die die Schnittstelle von Erb- und Gesellschaftsrecht bereitet, andererseits aber vor allem in §§ 3 Abs.1 Nr.1 iVm. 6 Abs.2 S.1 ErbStG: nach dieser Vorschrift werden sowohl der Vor- als auch der Nacherbfall wie zwei eigenständige Todesfälle behandelt mit der Konsequenz, daß die Erbschaftssteuer zweimal anfällt. (Dies gilt selbstverständlich nur für den Fall, daß der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben eintritt.) Vgl. zu der Problematik der Vor- und Nacherbschaft an Personengesellschaftsanteilen allgemein Hefermehl, FS Westermann, 1974, 223ff; Picot, Vor- und Nacherbschaft an Personengesellschaftsanteilen, 1966; Wirtz, Beteiligungen an Unternehmen und Nacherbfolge, FS Weichler, 156ff; Michalski, Die Vor- und Nacherbschaft in einen OHG- (KG-) und GmbH-Anteil, DB 1987, Beilage 16, 1ff.

<sup>201</sup> vgl. §§ 719 Abs.1 1.HS BGB, bzgl. der OHG iVm. § 105 Abs.3 HGB, bzgl. der KG iVm. §§ 161 Abs.2, 105 Abs.3 HGB

<sup>202</sup> vgl. allgemein zu diesem Thema Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.15-21; Ulmer, JuS 1986, 856 ff; MüKo-Leipold, § 1922 Rdn.32ff; Staudinger-Marotzke, § 1922 Rdn.168ff; Koch, EwiR 1986, 1117 f; Marotzke, AcP 187 (1987), 223 (226ff); Westermann, JuS 1979, 761 ff, der die sich aus der Erbfolge ergebenden Probleme vertieft, der aber das entscheidende Urteil des BGH vom 14. Mai 1986 selbstverständlich noch nicht enthält.

vorgesehen. Es muß hier zwischen den einzelnen Formen der Personengesellschaften differenziert werden:

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts löst sich gemäß § 727 Abs.1 BGB grundsätzlich mit dem Tod eines Gesellschafters auf, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine sog. Fortsetzungsklausel enthält. Darunter ist gem. § 736 Abs.1 BGB die Regelung zu verstehen, daß die Gesellschaft trotz des Todes eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Ist dies der Fall, und haben die Gesellschafter überdies im Vertrag eine sog. erbrechtliche Nachfolgeklausel<sup>203</sup> vereinbart, wird der Gesellschaftsanteil vererblich gestellt.<sup>204</sup> Liegt eine solche Klausel vor, können der oder die Erben des verstorbenen Gesellschafters im Wege der Erbfolge in dessen Gesellschafterstellung nachrücken.<sup>205</sup> Der Anteil an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist demnach dann vererblich, wenn dies entsprechend im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde. Da nach inzwischen herrschender Meinung der Gesellschaftsanteil im Ganzen in den Nachlaß des Erblassers fällt, ist es für diesen Fall auch zulässig, die Vor- und Nacherbschaft anzuordnen.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> Bei den *erbrechtlichen Nachfolgeklauseln* ist zu differenzieren zwischen der *einfachen* und der *qualifizierten* Nachfolgeklausel. Die *einfache* Klausel sorgt lediglich dafür, daß der Gesellschaftsanteil überhaupt vererblich ist. Sie begründet keinerlei Eintrittsrechte für einen oder mehrere bestimmte Erben. Die Nachfolge bestimmt sich im Erbfall alleine nach Erbrecht. In einer *qualifizierten* Klausel dagegen legt sich der Erblasser im Gesellschaftsvertrag fest, daß von mehreren Erben nur einer oder ein bestimmter Teil der Erben ihm im Wege der Sondererbfolge in die Gesellschaft folgt. Die übrigen Miterben erhalten dann gegenüber dem oder den Gesellschafter-Erben einen erbrechtlichen Ausgleichsanspruch. Vgl. hierzu Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.17-20; MüKo-Leipold, § 1922 Rdn.37f; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.10f, bzw. Rdn.14f.

<sup>204</sup> Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn. 17; MüKo-Leipold, § 1922 Rdn.35; a.A. Staudinger-Marotzke, § 1922 Rdn.169 ff, der den Gesellschaftsanteil auch ohne eine solche Nachfolgeklausel für vererblich hält. Voraussetzung sei lediglich, daß eine Fortsetzungsklausel vorliege, d.h. daß die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird.

<sup>205</sup> Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.17; Staudinger-Marotzke, § 1922 Rdn. 176ff; kritisch hierzu Soergel-Stein, § 1922 Rdn.55ff. Nach ganz herrschender Meinung geht dabei der Gesellschaftsanteil im Wege der Sondererbfolge auf den oder die einzelnen Erben über. Ansonsten würde nämlich das Vermögen des Erblassers – und damit auch der Gesellschaftsanteil – als Ganzes auf die Erbengemeinschaft (sofern überhaupt mehrere Erben vorhanden sind) übergehen. Die Erbengemeinschaft als solche kann aber nicht Inhaberin einer Beteiligung an einer *werbenden* Gesellschaft sein. Vgl. hierzu BGH, NJW 1983, 2376; BGH, NJW 1986, 2431ff; BGHZ 108, 187 (192); Staudinger-Werner, Vorbem zu § 2032 Rdn.24ff; Soergel-Wolf, § 2032 Rdn.20; MüKo-Dütz, § 2032 Rdn.52ff; Marotzke, AcP 187 (1987), 223 (224).

<sup>206</sup> Bis zu einem Grundsatzurteil des BGH vom 14. Mai 1986 (BGH, NJW 1986, 2431ff) war streitig, ob der zu vererbende Gesellschaftsanteil im Ganzen zum Nachlaß des Erblassers gehört (so inzwischen h.M.), oder ob in den Nachlaß lediglich die mit dem Anteil verbundenen Vermögensrechte (d.h. der Gewinnanspruch und der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben) fallen. Zur h.M. vgl. BGH, WM 1996, 681; Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.20; Staudinger-Marotzke, § 1922 Rdn.186f; MüKo-Leipold, § 1922 Rdn.38a; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.14; Esch, NJW 1984, 339 (342); Damrau, NJW 1984, 2785 (1786f); sehr ausführlich dazu Marotzke, AcP 187 (1987), 223 (224f). Zur früher vertretenen Ansicht

Hinsichtlich des Anteils an einer OHG gilt § 131 Abs.3 Nr.1 HGB. Demnach wird die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst. Es scheidet lediglich der verstorbene Gesellschafter aus der OHG aus. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings auch vorsehen, daß die Gesellschaft mit dem oder den Erben fortgesetzt wird, wenn dieser eine entsprechende Fortsetzungs- und Nachfolgeklausel enthält.<sup>207</sup> Es ist damit also auch der Gesellschaftsanteil an der OHG vererblich.

Schließlich gilt für den Anteil des persönlich haftenden Gesellschafter einer KG, den Komplementäranteil, dasselbe wie für den Gesellschafter der OHG.<sup>208</sup>

Es sind somit sämtliche Anteile an Personengesellschaften vererblich, sofern dies im Gesellschaftsvertrag entsprechend vorgesehen ist. Somit ist auch die testamentarisch oder erbvertraglich angeordnete Vor- und Nacherbschaft gemäß §§ 2100 ff BGB denkbar.

#### 5.4.4.2 Anwendbarkeit der Mehrfachbeteiligung

In dem oben gebildeten Fallbeispiel erbt der Gesellschafter B als Vorerbe den Gesellschaftsanteil des A. Es vereinigen sich somit in seiner Hand zwei Anteile, von denen der eine der Nacherbschaft (und damit den Beschränkungen der §§ 2113 ff BGB, bzw. den Pflichten der §§ 2130f BGB) unterliegt, der andere nicht.

Nach der Einheitslösung verschmilzt der durch Vorerbschaft erlangte Anteil mit dem eigenen des Erben.<sup>209</sup> Geht man nach dieser Methode vor, stellen sich allerdings dieselben Probleme wie auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft oder der Miterbengemeinschaft. Wie soll der Anteil im Nacherbfall wieder von dem eigenen des Vorerben getrennt werden? Wem soll in der Zeit zwischen der

---

und heutigen Mindermeinung, daß lediglich die Vermögenswerte des Anteils in den Nachlaß fallen vgl. noch BGHZ 47, 293 (296); BGHZ 91, 123 (136f); wohl auch Ulmer, NJW 1986, 856 (859ff) oder Koch EwiR 1986, 1117f, die sich kritisch mit dem BGH-Urteil, NJW 1986, 2431ff auseinandersetzen. Schon vor diesem Urteil spricht sich Ulmer mit ausführlicher Begründung gegen die Zugehörigkeit des Anteils zum Nachlaß aus in FS Schilling, 79 (85ff); MüKo-Ulmer, § 727 Rdn.27.

<sup>207</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.1, 10ff, § 131 Rdn. 79; Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 139 Rdn.16ff; Heymann-Emmerich, HGB, § 139 Rdn.3ff.

<sup>208</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 177 Rdn.1; Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 177 Rdn.1; Heymann-Horn, HGB, § 177 Rdn.1.

<sup>209</sup> Flume, aaO, 100; Sieveking, FS Schippel, 505 (517); Staub-Ulmer, HGB, § 105 Rdn.69; Ulmer, JuS 1986, 856ff

Vor- und der Nacherbschaft der Vermögenszuwachs des Unternehmens, das die Gesellschaft betreibt, zukommen? Wie soll der Vorerbe über den Gesamtanteil verfügen können – frei oder nach Maßgabe der §§ 2113 ff BGB?

Es ist somit auch hier zu befürworten, daß der Gesellschaftsanteil, der mit der Nacherbschaft belastet ist, bis zum Eintritt des Nacherbfalls selbständig bleibt. Er muß während der Dauer der Vorerbschaft selbständig verwaltet werden und auch selbständig an der (auch wertmäßigen) Entwicklung der Gesellschaft teilhaben.<sup>210</sup> Nur so sind das Anwartschaftsrecht und der Schutz des Nacherben gewährleistet.<sup>211</sup> Hinsichtlich der Gründe und der Ausgestaltung ist auf die Ausführungen zur Miterbengemeinschaft zu verweisen.

#### 5.4.4.3 Zusammentreffen von Komplementär- und Kommanditanteil

Fraglich ist, ob dies uneingeschränkt auch für die KG gelten kann. Hier muß danach differenziert werden, ob der Erblasser Komplementär oder Kommanditist war.

Verstirbt ein *Kommanditist* A der KG und vererbt seinen Anteil im Wege der Vorerbschaft auf den Kommanditist B, einen Mitgesellschafter des A, so fallen in seiner Hand zwei *hinsichtlich der Haftung*<sup>212</sup> quantitativ gleiche Anteile in einer Hand zusammen. B haftete vor dem Eintritt des Vorerbfalls lediglich in Höhe der Einlage und haftet auch danach hinsichtlich des ererbten Anteils lediglich iSd. § 171 HGB. Für diesen Fall kann es demnach bei den oben aufgeführten Grundsätzen bleiben.<sup>213</sup>

Verstirbt dagegen ein *Komplementär* A der KG und vererbt seinen Anteil im Wege der Vorerbschaft seinem Mitgesellschafter B, der jedoch lediglich die Stellung eines Kommanditisten inne hat, führt dies zu der Frage, wer den Gläubigern in der Zeit der Vorerbschaft persönlich haftet. Ein Gesellschafter kann nicht zugleich beschränkt und unbeschränkt haften.

---

<sup>210</sup> Lüttge, NJW 1994, 5 (8, 9); Bippus, AcP 195 (1995), 13 (31); Esch, BB 1993, 664 (665f); Priester, DB 1998, 55 (58, 59); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (46); Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209 ff; Wirtz, FS Weichler, 159 (165, 166); a.A. Sieveking, FS Schippel, 505 (516, 517), der sich klar gegen jede erdenkliche Variante einer mehrfachen Beteiligung an einer Personengesellschaft wendet; so wohl auch Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 4.

<sup>211</sup> Wirtz, FS Weichler, 159 (166)

<sup>212</sup> Die zusammenfallenden Anteile sind dagegen nicht *hinsichtlich der Belastung* gleichartig, was einem Vorgehen nach der Einheitstheorie entgegensteht!

<sup>213</sup> Priester, DB 1998, 187 (191f)

Es stehen sich hier verschiedene Interessen der Beteiligten gegenüber, die miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Der Vorerbe, der aufgrund seines eigenen Anteils (des Kommanditanteils) lediglich beschränkt, d.h. iSd. § 171 HGB haftet, hat kein Interesse daran, aufgrund des ererbten Komplementäranteils bis zum Eintritt des Nacherbfalls auch mit seinem Privatvermögen zu haften. Die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters kann ihm nicht aufgezwungen werden.

Andererseits ist auch das Interesse der Gläubiger der Gesellschaft zu berücksichtigen, die mit der Gesellschaft geschäftliche Verbindungen eingegangen sind. Sie vertrauen darauf, daß ihnen mindestens eine Person als Komplementär auch mit ihrem Privatvermögen haftet. Es ist dabei nicht auszuschließen, daß auf die persönliche finanzielle Leistungskraft einer bestimmten Person – etwa des Erblassers – vertraut wurde. Fällt diese Person nun ersatzlos aus, ist das Interesse der Gläubiger an ihrer Befriedigung gefährdet.

Schließlich besteht auch noch ein Interesse der KG am Bestand der Gesellschaft und damit an der ungehinderten Fortführung ihrer Geschäfte. Verstirbt aber der *einzig*e Komplementär der KG ohne daß ein anderer Gesellschafter in seine Stellung nachrückt, kann diese nicht ohne einen persönlich haftenden Gesellschafter fortbestehen.<sup>214</sup>

Diese Schwierigkeit wird – soweit sie überhaupt gesehen wird - von den Befürwortern einer mehrfachen Beteiligung unterschiedlich gehandhabt:

#### 5.4.4.3.1 Vorerbe haftet persönlich

Teilweise wird vertreten, daß der Vorerben-Gesellschafter, der vor Eintritt des Vorerbfalls lediglich eine Kommanditistenstellung inne hatte, nunmehr als Komplementär persönlich haftet.<sup>215</sup> Dies würde jedoch die Interessen des Vorerben mißachten, der beim Eintritt in die KG oder bei ihrer Gründung die Stellung eines Kommanditisten, nicht jedoch eines Komplementärs gewählt hat. Die persönliche Haftung mit seinem Privatvermögen könnte er lediglich dadurch abwehren, daß er gemäß §§ 1942 Abs.1, 1953 BGB die Erbschaft ausschlägt. Gemäß § 1953 Abs.2 BGB fällt mit der Ausschlagung die Erbschaft

---

<sup>214</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 177 Rdn.1, § 161 Rdn.3; hierzu auch Weimar, ZIP 1997, 1769 (1777)

<sup>215</sup> Weimar, ZIP 1997, 1769 (1777)

grundsätzlich an den Nächstberufenen. Bei Erbeinsetzung kommt der Ersatzerbe zum Zuge<sup>216</sup>, der bei der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft gemäß § 2102 Abs.1 BGB im Zweifel der Nacherbe selbst ist.<sup>217</sup> Würde also der Vorerbe die Erbschaft ausschlagen, würde u.U. der Nacherbe bereits mit dem Tod des Erblassers<sup>218</sup> vorzeitig Vollerbe. Diese Lösung vermag zwar den Interessen des Vorerben insofern gerecht zu werden, als er nicht persönlich haftet. Es trägt aber weder dem Willen des Erblassers Rechnung, der dem Nacherben die Gesellschafterstellung erst später zukommen lassen wollte, noch u.U. dem Interesse der Gesellschaft selbst. Der Erblasser wird nämlich idR. dem Nacherben die Gesellschafterstellung deshalb erst später<sup>219</sup> zukommen lassen wollen, weil er ihn beispielsweise derzeit noch nicht für geeignet hält, die Pflichten als Gesellschafter wahrzunehmen. Insofern ist diese Lösung abzulehnen.

#### 5.4.4.3.2 Trennung zwischen Außen- und Innenverhältnis

Es wird auch versucht, mit folgender ähnlichen, aber etwas differenzierteren Betrachtung die genannten Schwierigkeiten zu überwinden: Im Außenverhältnis soll der Gesellschafter persönlich und unbeschränkt haften.<sup>220</sup> Es muß für den Gläubiger der KG unerheblich sein, ob der Kommandit- und der Komplementäranteil ausnahmsweise in einer Hand liegen, oder ob zwei verschiedene Personen vorhanden sind. Im Innenverhältnis dagegen soll zwischen dem Kommanditistenanteil und dem Komplementäranteil während der Zeit der Vorerbschaft differenziert werden.<sup>221</sup> Diese Ansicht wirft jedoch nicht nur Verständnisfragen, sondern auch solche nach der praktischen Verwirklichung auf: Wie soll eine solche Trennung zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis realisiert werden? Denkbar wäre höchstens, daß der

---

<sup>216</sup> Palandt-Edenhofer, § 1953 Rdn.5; Staudinger-Otte, § 1953 Rdn.2; MüKo-Leipold, § 1953 Rdn.10; Nieder, aaO, Rdn.644; Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, aaO, Rdn.20.

<sup>217</sup> Palandt-Edenhofer, § 2102 Rdn.1; MüKo-Leipold, § 1953 Rdn.11; Staudinger-Otte, § 1953 Rdn.2.

<sup>218</sup> Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt, vgl. § 1953 Abs.1 BGB. Gem. § 1953 Abs.2 2.HS BGB gilt der Anfall der Erbschaft beim Nacherben als mit dem Erbfall (des ursprünglich die Vor- und Nacherbschaft anordnenden Erblassers) erfolgt.

<sup>219</sup> Denkbar wäre hier beispielsweise das Erreichen eines gewissen Alters, oder der Abschluß einer bestimmten Ausbildung, o.ä.

<sup>220</sup> Lüttge, NJW 1994, 5 (11)

<sup>221</sup> Lüttge, NJW 1994, 5 (11)



Vorerbe im Außenverhältnis zwar persönlich haftet, ihm jedoch im Innenverhältnis ein Freistellungsanspruch zusteht. Dann bleibt aber die Frage, wem gegenüber er diesen Freistellungsanspruch geltend machen sollte. Wie soll weiterhin eine Person mit einem Anteil persönlich, mit dem anderen Anteil lediglich in Höhe ihrer Einlage haften können? Wenn es zu einem Rückgriff auf das Privatvermögen des Vorerben-Gesellschafters kommt, dann wird er nicht etwa anteilig, sondern gemäß §§ 161 Abs.2, 128 S.1 HGB iVm. § 421 S.1 BGB bezüglich der vollen Leistung in Anspruch genommen. Diese Vorgehensweise kommt somit zu demselben Ergebnis wie die vorgenannte – nämlich der persönlichen Haftung des Vorerben - und muß daher mit derselben Begründung wie oben abgelehnt werden.

#### 5.4.4.3.3 Rückgriff auf die Einheitstheorie

Teilweise soll es für diesen Fall bei der Einheitlichkeit des Anteils in der Hand des Vorerben-Gesellschafters bleiben.<sup>222</sup> Ein Gesellschafter könne keine hinsichtlich des Ausmaßes der Haftung quantitativ unterschiedliche Anteile in seiner Hand halten.<sup>223</sup> Der letzten Aussage ist zwar zuzustimmen: es muß die Haftungsfrage hinsichtlich einer Person einheitlich geklärt sein. Daß aber dann die Einheitstheorie einschlägig sein muß, d.h. daß für diesen Fall die beiden Anteile untrennbar miteinander verschmelzen, ist jedoch ein Trugschluß. Der Vertreter dieser Ansicht<sup>224</sup> verkennt, daß beide Anteile nach wie vor *ungleichartig* sind: der eine Anteil ist mit der Nacherbschaft belastet, der andere unbelastet. Eine Trennung beider Anteile, auch wenn sie in der Hand des Vorerben zusammenfallen, ist wegen der Anordnung der Nacherbschaft auch weiterhin geboten. Es muß lediglich die Haftungsfrage bezüglich einer Person einheitlich geregelt sein, da nicht eine Person sowohl beschränkt, als auch unbeschränkt haften kann.

---

<sup>222</sup> Esch, BB 1993, 664 (668)

<sup>223</sup> Esch, BB 1993, 664 (668)

<sup>224</sup> Esch, BB 1993, 664 (668)

#### 5.4.4.3.4 Kompromißlösung

Es kommt demnach nur noch ein Ergebnis in Betracht: Der eigene Anteil des Vorerben und der ererbte bleiben für die Zeit der Vorerbschaft getrennt. Die Haftungsfrage wird jedoch vereinheitlicht. Der Kommanditist haftet auch für diese Zeit lediglich beschränkt, nicht auch mit seinem Privatvermögen<sup>225</sup>. Nur so kann verhindert werden, daß ihm eine Stellung aufgezwungen wird, die er sich so nicht ausgesucht hat.

Ist neben dem verstorbenen Komplementär noch ein weiterer persönlich haftender Gesellschafter in der KG vorhanden, ist mit dieser Lösung auch den Gläubigerinteressen Genüge getan. Es steht ihnen eine unbeschränkte Haftungsmasse, nämlich das Privatvermögen des verbleibenden Komplementärs zur Verfügung. Es entsteht dadurch auch keine für den verbleibenden Komplementär untragbare Lösung: Er hat durch seine Mitwirkung am Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit, auf die Gestaltung der erbrechtlichen Regelungen Einfluß zu nehmen. Im Übrigen kann er gemäß §§ 161 Abs.2, 110 Abs.1 HGB von der Gesellschaft Regreß verlangen.

Schwieriger wird die Situation, wenn der verstorbene Komplementär einziger persönlich haftender Gesellschafter der KG war. Ohne einen persönlich haftenden Gesellschafter kann die KG nämlich nicht fortgeführt werden.<sup>226</sup> Es bestehen für diesen Fall zwei Möglichkeiten:

Die Kommanditisten können einen neuen persönlich haftenden Gesellschafter suchen.<sup>227</sup> Hierzu sind sie kraft ihrer Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verpflichtet.<sup>228</sup> Zur Fortführung der Gesellschaft bedarf es allerdings entweder einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder eines Fortsetzungsbeschlusses.<sup>229</sup>

Wird der Geschäftsbetrieb der KG dagegen von den verbleibenden Kommanditisten weitergeführt, ohne daß die Gesellschafter ausdrücklich einen

---

<sup>225</sup> Dis gilt nur, wenn der Gesellschafter seine Einlage bereits erbracht hat. Hat er sie noch nicht erbracht, haftet er u.U. auch mit seinem Privatvermögen.

<sup>226</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 161 Rdn.1, 3, § 177 Rdn.1

<sup>227</sup> BGHZ 101, 123 (129); Baumbach/Hopt, HGB, § 177 Rdn.1; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rdn.106.

<sup>228</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 177 Rdn. 1. Ein neuer persönlich haftender Gesellschafter könnte beispielsweise auch so aussehen, daß die verbleibenden Kommanditisten eine GmbH gründen, die in Zukunft die Stellung als Komplementär wahrnehmen soll. Es entstünde so eine sog. GmbH&Co KG. Vgl. hierzu Baumbach/Hopt, HGB, Anh nach § 177a.

<sup>229</sup> Heymann-Horn, HGB, § 161 Rdn.106

persönlich haftenden Gesellschafter bestimmen, wird sie in der Regel als OHG fortgeführt.<sup>230</sup> Da alle Voraussetzungen der §§ 105 ff HGB vorliegen, wird die KG kraft Gesetzes als OHG weitergeführt.<sup>231</sup>

In jedem Fall aber tritt der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalls wieder in die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters ein. Die Gesellschaft wird gegebenenfalls wieder zur KG.

Festzuhalten ist somit schließlich, daß auch bei den Personengesellschaften bei der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft die Grundsätze über die mehrfache Beteiligung einer Person anwendbar sind, da auch hier die zusammenfallenden Anteile *ungleichartig* sind. Der eine ist unbelastet, der andere dagegen belastet mit der Nacherbschaft, und damit mit den Beschränkungen der §§ 2113 ff, 2130f BGB. Für den Fall allerdings, daß ein Kommanditist als Vorerbe einen Komplementäranteil erbt, muß die Frage nach der Haftung einheitlich für den Vorerben geregelt werden.

## 5.5 Anordnung von Testamentsvollstreckung

Weiterhin zu diskutieren ist der Fall, daß zwei Anteile an einer Gesamthandsgemeinschaft zusammenfallen, von denen der eine der Testamentsvollstreckung unterliegt, der andere nicht.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> BGH, NJW 1979, 1705 (1706); Baumbach/Hopt, HGB, § 177 Rdn.1

<sup>231</sup> BGH, NJW 1979, 1705 (1706); Frey, ZGR 1988, 281 (282).

<sup>232</sup> Der Fall, daß bezüglich eines Anteils die Testamentsvollstreckung angeordnet ist, wurde bewußt nicht mit dem Fall der Vor- und Nacherbschaft in einem Punkt (etwa *erbrechtliche Beschränkungen*) zusammengefaßt. Während bei der Vor- und Nacherbe *nacheinander* hinsichtlich des Anteils berechtigt sind, sind Testamentsvollstrecker und Erbe gleichzeitig, aber unterschiedlich hinsichtlich des Anteils befugt. Aus dieser Stellung des Testamentsvollstreckers ergeben sich für diese Fälle andere Schwierigkeiten als bei der Vor- und Nacherbschaft.

### **5.5.1 Testamentsvollstreckung an Anteilen der ehelichen Gütergemeinschaft**

§ 1482 BGB legt fest, daß der Gesamtgutsanteil zum Nachlaß gehört und unterstellt die Beerbung den allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften. Es ist somit hinsichtlich der Ausgestaltung der Vererbung denkbar, daß in Bezug auf den Gesamtgutsanteil Testamentvollstreckung angeordnet wird.<sup>233</sup>

Ist der verbleibende Ehegatte alleiniger Erbe des verstorbenen, erbt er auch den Anteil am Gesamtgut, der der Verwaltung durch den Testamentvollstrecker unterliegt. Für diesen Fall müssen wieder beide Anteile getrennt bleiben. Daß dies möglich ist, wurde bereits für den Fall der angeordneten Vor- und Nacherbschaft dargestellt. Eine Trennung ist überdies auch erforderlich, um genau die Gegenständen, die der Verwaltung durch den Testamentvollstrecker unterliegen, bezeichnen zu können.

### **5.5.2 Testamentsvollstreckung am Miterbenanteil**

Nachdem gemäß § 2033 Abs.1 BGB der Miterbe über seinen Anteil an der Erbengemeinschaft verfügen kann, kann er dies auch nach erbrechtlichen Vorschriften tun. Er kann somit auch in Bezug auf den Anteil Testamentvollstreckung anordnen.

Erbt ein oder mehrere Mitglieder der Erbengemeinschaft den Anteil des verstorbenen Erben, so stellt sich wieder die Frage, wie sich der bereits gehaltene und der hinzuerworbene Anteil zueinander verhalten. Auch hier sind wieder die Argumente für eine Trennung der Anteile zu nennen, die bereits für die Vor- und Nacherbschaft gefunden wurden.

Es muß somit auch hier wieder getrennt werden zwischen dem eigenen und dem ererbten Anteil getrennt werden.

---

<sup>233</sup> Palandt-Edenhofer, § 2205 Rdn.28; Staudinger-Reimann, § 2205 Rdn.79; Staudenmaier, NJW 1965, 380 (381); Bengel/Reimann-Bengel, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Auflage, München, I Rdn.69.

### 5.5.3 Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen

Vererbte Anteile an Personengesellschaften gehören nach inzwischen herrschender Meinung zum Nachlaß, obwohl sie im Wege der Sondererbfolge unmittelbar auf die Gesellschaftererben übergehen.<sup>234</sup> Gemäß §§ 2205 S.1 BGB ist es die Aufgabe des Testamentsvollstreckers, den *Nachlaß* zu verwalten. Eine Testamentsvollstreckung in Bezug auf den Gesellschaftsanteil wäre demnach grundsätzlich denkbar. Dennoch ist dies nicht unstrittig. Zu differenzieren ist hier zwischen dem Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters (der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der OHG oder der KG) und dem des Kommanditisten.

#### 5.5.3.1 Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters

Bei einer Testamentsvollstreckung in Bezug auf den Gesellschaftsanteil des persönlich haftenden Gesellschafters ergibt sich das Problem, daß Grundsätze des Erbrechts mit solchen des Gesellschaftsrechts kollidieren.<sup>235</sup>

Gemäß § 2206 Abs.1 S.1 BGB – und damit nach erbrechtlicher Vorschrift – ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, Verbindlichkeiten *für den Nachlaß* einzugehen. Er kann somit den Erben nur im Rahmen des Nachlaßvermögens verpflichten.<sup>236</sup> Dagegen haften die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der OHG, sowie der KG mit Ausnahme des Kommanditisten nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen unbeschränkt, d.h.

---

<sup>234</sup> Vgl. hierzu das entscheidende Urteil des BGH vom 14. Mai 1986, NJW 1986, 2431ff); Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.20; MüKo-Leipold, § 1922 Rdn.38a; Staudinger-Marotzke, § 1922 Rdn.186f; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.14ff; sehr ausführlich Marotzke, AcP 187 (1987), 223 (224ff). A.A. noch BGHZ 47, 293 (296f); kritisch zu dem oben genannten Urteil Koch, EwIR 1986, 1117f sowie Ulmer, NJW 1986, 856 (859ff). Aber auch schon vor dem fraglichen Urteil spricht sich Ulmer gegen die Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß aus, vgl. FS Schilling, 1973, 79 (85ff); MüKo-Ulmer, § 727 Rdn.27.

<sup>235</sup> Vgl. allgemein zu diesem Thema Palandt-Edenhofer, § 2205 Rdn.14ff; Staudinger-Reimann, § 2205 Rdn.106ff; MüKo-Brandner, § 2205 Rdn.29ff; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.21ff; Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 139 Rdn.44ff; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rdn.65; Nieder, aaO, Rdn.708; Bengel/Reimann-Reimann, aaO, I Rdn.30f; Lorz, ZEV 1996, 110ff; Reimann, MittBayNot, 1986, 232ff; Ulmer, NJW 1990, 73ff; Marotzke, AcP 187 (1987), 223ff; sehr ausführlich Weidlich, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, 1993, 63ff.

<sup>236</sup> Palandt-Edenhofer, § 2205 Rdn.14; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.21; Lorz, ZEV 1996, 110 (111)

auch mit ihrem Privatvermögen.<sup>237</sup> Die herrschende Meinung räumt dem Gesellschaftsrecht insofern Vorrang ein, als sich die Befugnis des Testamentsvollstreckers darauf beschränken soll, die mit dem Anteil verbundenen Vermögensrechte wahrzunehmen.<sup>238</sup> Ein Eingriff in die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft, d.h. die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten ist dem Testamentsvollstrecker verwehrt.<sup>239</sup>

Mit der genannten Einschränkung ist somit die Anordnung der Testamentsvollstreckung in Bezug auf den Gesellschaftsanteil des persönlich haftenden Gesellschafters nach herrschender Meinung zulässig.

### 5.5.3.2 Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil

Ist vom Erblasser die Testamentsvollstreckung in Bezug auf einen Kommanditanteil angeordnet, so ergibt sich diese Kollision zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht nicht. Der Kommanditist haftet lediglich in Höhe seiner Einlage, § 177 HGB. Insofern ist nach herrschender Meinung eine

---

<sup>237</sup> Für die OHG und die KG ist die persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in § 128 HGB (iVm. § 161 Abs.3 HGB) geregelt. Nach dem Grundlagenurteil des BGH vom 29. Januar 2001 (BGH, NJW 2001, 1056ff) ist nunmehr wohl auch für Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft einschlägig. *Sie* (die Frage der rechtlichen Einordnung der Gesellschafterhaftung, Anm.) *ist nunmehr in Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten zu entscheiden.* (aus den Entscheidungsgründen). Vgl. hierzu Schmidt, NJW 2001, 993ff; Goette, ZIP 2001, 333ff; Schemmann, DNotZ 2001, 253ff.

<sup>238</sup> BGHZ 108, 187 (192); Palandt-Edenhofer, § 2205 Rdn.14; Staudinger-Reimann, § 2205 Rdn.114; MüKo-Brandner, § 2205 Rdn.30ff; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.21; Bengel/Reimann-Reimann, aaO, I Rdn.31; Lorz, ZEV 1996, 110 (111); Reimann, MittBayNot 1986, 232 (233).

<sup>239</sup> BGH, NJW 1996, 1284 (1286). In der Praxis wird daher – wenn eine vollumfängliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker gewünscht ist – auf die Ersatzkonstruktionen der Treuhand- oder Vollmachtlösung zurückgegriffen. Bei der *Treuhandlösung* erhält der Testamentsvollstrecker den Gesellschaftsanteil als Treuhänder. Er kann dann die Mitgliedschaftsrechte in eigenem Namen, aber für Rechnung des Erben wahrnehmen. Bei der *Vollmachtlösung* übt der Testamentsvollstrecker die Gesellschafterrechte aufgrund einer Vollmacht des Erblassers – allerdings muß hierfür der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung enthalten oder die übrigen Gesellschafter zustimmen. Vgl. hierzu Palandt-Edenhofer, § 2205 Rdn. 15, 16; Staudinger-Reimann, § 2205 Rdn.108; MüKo-Brandner, § 2205 Rdn.24; Bengel/Reimann-Reimann, aaO, I Rdn.31; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.22,23; Lorz, ZEV 1996, 110 (113).

Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil möglich, sofern sie im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschuß zulässig ist.<sup>240</sup>

### 5.5.3.3 Zusammenfallen zweier ungleichartiger Anteile

Zu klären ist hier die Frage, was mit der Testamentsvollstreckung geschieht, wenn der Erblasser seinen Anteil an einen oder mehrere Mitgesellschafter vererbt und für diesen Anteil Testamentsvollstreckung anordnet.

Der Bundesgerichtshof<sup>241</sup> hat für einen solchen Fall angeordneter Testamentsvollstreckung, bei dem sich allerdings durch den Erbfall *alle* Anteile an einer Personengesellschaft in einer Hand vereinigen<sup>242</sup>, folgendes ausgeführt:

Vereinigen sich sämtliche Anteile an einer Personengesellschaft in einer Hand, so führt dies nicht zum Erlöschen der Gesellschaft, falls für den ererbten Anteil Testamentsvollstreckung angeordnet ist.<sup>243</sup> Gerade die angeordnete Testamentsvollstreckung verhindert die uneingeschränkte Vereinigung des bisher gehaltenen und des hinzuerworbenen Anteils.<sup>244</sup>

Der Bundesgerichtshof erkennt in seinem Urteil somit an, daß ausnahmsweise, nämlich wenn die Anteile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen, zwei oder mehrere Anteile voneinander getrennt von einer Person gehalten werden können.<sup>245</sup> Er trifft diese Entscheidung auch bewußt in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung, daß *eine Aufspaltung des einheitlichen Gesellschaftsanteils, bei dem der eine Teil dem Kläger* (einem Gesellschafter,

---

<sup>240</sup> BGH, NJW 1989, 3152 (3152); Palandt-Edenhofer, § 2205 Rdn.20; Staudinger-Reimann, § 2205 Rdn.126f; MüKo-Brandner, § 2205 Rdn.37; Baumbach/Hopt, HGB, § 139 Rdn.24ff; Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 139 Rdn.50; Bengel/Reimann-Reimann, aaO, I Rdn.33; Ulmer, NJW 1990, 73 (73).

<sup>241</sup> BGH, NJW 1996, 1284ff; BGHZ 98, 48ff

<sup>242</sup> Zu dem Problem, daß so eigentlich eine „Einmann-Personengesellschaft“ entsteht, soll ausführlich erst im Rahmen des Teil 6 Stellung genommen werden.

<sup>243</sup> BGH, NJW 1996, 1284 (1286), auch schon BGHZ 98, 48 (57)

<sup>244</sup> BGH, NJW 1996, 1284 (1286); BGHZ 98, 48 (57)

<sup>245</sup> Insofern ist dieses Urteil auch als Argument für die Selbständigkeit zweier Anteile, von denen einer mit der Nacherbschaft belastet ist, der andere dagegen nicht, heranzuziehen. Wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung der Vereinigung der Anteile entgegensteht, dann kann es bei der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft nicht anders sein. Ebenso, wie der Testamentsvollstrecker in bestimmter gesetzlich geregelter Weise über den ererbten Anteil verfügen kann, so kann auch der Vorerbe über den ererbten Anteil nur nach Maßgabe der §§ 2113 ff BGB verfügen. Das in 5.4.4.2 gefundene Ergebnis wird somit durch dieses BGH-Urteil (NJW 1996, 1284ff) gestützt.

Anm.) zur unbeschränkten Verfügung zusteht und der andere Teil der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker unterliegt, aus Rechtsgründen unmöglich ist.<sup>246</sup> Es besteht daher durchaus Grund zu der Annahme, daß das Dogma der zwingend einheitlichen Beteiligung auf schwankendem Grund<sup>247</sup> steht.

Was aber der Bundesgerichtshof für den Tod eines Gesellschafters einer zweigliedrigen Gesellschaft entschieden hat, muß erst recht für eine Gesellschaft gelten, bei der mit dem Erbfall mehr als nur ein Gesellschafter übrig bleiben. Die Sachlage ist dieselbe.<sup>248</sup> Ein oder mehrere Mitgesellschafter erben einen Gesellschaftsanteil, der aber der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker unterliegen soll. Bei den Gesellschaftererben kommt zu ihrem eigenen Anteil ein weiterer, aber rechtlich unterschiedlich ausgestalteter Anteil hinzu. Es sind somit die Argumente des BGH auch auf diesen Fall zu übertragen: die eigenen Anteile vereinigen sich nicht mit den hinzuerworbenen, sondern bleiben während der Zeit der Testamentsvollstreckung getrennt.<sup>249</sup>

## 5.6 Beschränkung eines Anteils

Dasselbe Problem stellt sich auch dann, wenn ein beschränkter Anteil zu einem unbeschränkten hinzu erworben wird. Die Frage, was in einem solchen Fall mit der Beschränkung passiert, soll hier dargestellt werden am Beispiel der Stimmrechtsbindung.

Die folgenden Ausführungen gelten dabei in erster Linie für die Gesamthandsgesellschaften, bei denen die Gesellschafter gemäß § 709 BGB, § 119 HGB, bzw. §§ 119 iVm. 161 Abs.2 HGB ihr Stimmrecht zur gemeinschaftlichen Geschäftsführung ausüben.

---

<sup>246</sup> BGHZ 24, 106 (113)

<sup>247</sup> Lorz, ZEV 1996, 110 (113)

<sup>248</sup> Wirtz, FS Weichler, 159 (165)

<sup>249</sup> Esch, BB 1993, 664 (665f); ders. BB 1996, 1621 (1625); Lüttge, NJW 1994, 5 (8); Bippus, AcP 195 (1995), 13 (31); Lorz, ZEV 1996, 110 (113); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (52); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 I 2b) bb); Priester, DB 1998, 55 (58); a.A. Steinbeck, DB 1995, 761 (764); Flume, BGB AT I 1, § 7 III 4; Sieveking, FS Schippel, 505 (516, 517), die für solche Fälle die Treuhandlösung vorschlagen.



Darüber hinaus gelten sie aber auch für die Miterbengemeinschaft. Gemäß § 2038 Abs.1 BGB steht die Verwaltung des Nachlasses den Erben gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe ist gemäß § 2038 Abs.1 S.2 BGB dazu verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind. Gemäß § 2038 Abs.2 S.1 BGB iVm. § 745 BGB ist für diesbezügliche Beschlüsse Stimmenmehrheit erforderlich. Denkbar ist dann aber auch hier, daß zum Beispiel ein Teil der Erbengemeinschaft, der zu demselben Familienstamm gehört, ganz besondere eigene Interessen verfolgt. Zu denken wäre etwa daran, daß ein bestimmtes Grundstück im Familienbesitz bleiben soll, oder daß ein an die Erbengemeinschaft vererbtes Unternehmen nach bestimmten Grundsätzen bewirtschaftet werden soll. In dem Fall können sich auch hier die Erben, die diesem Familienstamm angehören, im Wege eines schuldrechtlichen Vertrages verpflichten, ihr Stimmrecht in bestimmter Weise auszuüben. Es könnte also auch hier eine Stimmenbindung bezüglich eines Anteils in Frage kommen.

Dagegen sind die folgenden Ausführungen nicht relevant für die eheliche Gütergemeinschaft, bzw. die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Die Verwaltung des Gesamtgutes, d.h. des Gesamthandsvermögens erfolgt hier begriffsnotwendigerweise nicht durch eine Abstimmung mit Mehrheitsentscheid. Verwaltet wird das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gemäß § 1421 S.1 BGB vom Mann oder der Frau, oder von beiden gemeinschaftlich. Verwalten beide das Gesamtgut gemeinschaftlich, kommt eine Bindung des Mitverwaltungshandelns nicht nur wegen der Natur der ehelichen Gemeinschaft, sondern auch explizit wegen § 1451 BGB nicht in Betracht. Demnach sind die Ehegatten einander verpflichtet, an Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind.

Das Gesamtgut der fortgesetzte Gütergemeinschaft wird gemäß § 1487 Abs.1 2.HS BGB vom überlebenden Ehegatten alleine verwaltet, so daß auch hier eine Abstimmung, bei der eine Stimme gebunden sein könnte, nicht in Betracht kommt.

Maßgeblich sind die folgenden Ausführungen daher nur für die Gesamthandsgesellschaften, sowie die Erbengemeinschaft.

### 5.6.1 Art der Beschränkung

Zu untersuchen ist exemplarisch der Fall, daß ein Anteil durch eine Stimmrechtsbindung beschränkt ist. Eine solche Stimmbindung liegt vor, wenn sich ein oder mehrere Gesellschafter gegenüber anderen Gesellschaftern schuldrechtlich verpflichten, in bestimmtem Sinne abzustimmen.<sup>250</sup> Dann ist der Gesellschafter oder Miterbe in der Ausübung seines Stimmrechts gebunden, beispielsweise an bestimmte im Vertrag festgesetzte inhaltlich Vorgaben, an die Weisung eines anderen Gesellschafters<sup>251</sup> oder Miterben, an den Mehrheitsbeschluß einer bestimmten Gruppe oder an den Konsens innerhalb eines Familienstammes.<sup>252</sup> Sein Stimmrecht ist somit beschränkt. Der Stimmberechtigte darf sein Recht nicht frei, sondern nur entsprechend der schuldrechtlichen Verpflichtung ausüben. Inhaltlich ist diese Beschränkung aber nur soweit zulässig, als nicht der Kernbereich der Gesellschafterstellung betroffen sein darf.<sup>253</sup> Dies ist dann der Fall, wenn Beschlüsse gefaßt werden sollen, die in die Rechtsstellung des Gesellschafters selbst eingreifen.<sup>254</sup>

Der Anteil an der Gesellschaft ist mit dieser Beschränkung dauerhaft behaftet<sup>255</sup>, solange nicht der Gesellschaftsvertrag geändert wird. Der Anteil an der Erbengemeinschaft ist solange mit der Beschränkung gebunden, bis der schuldrechtliche Bindungsvertrag geändert oder aufgehoben wird. Geht der beschränkte Anteil auf eine andere Person über, sei es im Wege der Gesamtrechtsnachfolge<sup>256</sup>, oder im Wege des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, bleibt der Anteil hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechtes gebunden. Da der

---

<sup>250</sup> Palandt-Sprau, Vor § 709 Rdn.14; MüKo-Ulmer, § 717 Rdn.18; Soergel-Hadding, § 709 Rdn.34f; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rdn.17; Heymann-Emmerich, HGB, § 119 Rdn.26; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rdn.49.

<sup>251</sup> BGH, NJW 1951, 268 (268)

<sup>252</sup> MüKo-Ulmer, § 717 Rdn.19; Soergel-Hadding, § 709 Rdn.34. Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rdn.17

<sup>253</sup> BGHZ 20, 363 (364); BGHZ 46, 291 (296); Palandt-Sprau, Vor § 709 Rdn.12, § 705 Rdn.16; MüKo-Ulmer, § 717 Rdn.23; Soergel-Hadding, § 709 Rdn.35; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rdn.12; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 21 II 1. Beschlüsse, die in die Rechtsstellung des Gesellschafters eingreifen sind beispielsweise solche, die dessen Gewinnbeteiligung ändern oder zu dessen Lasten Sonderrechte eingegrenzt werden. Weitere Beispiele siehe Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rdn.13, 36.

<sup>254</sup> Palandt-Sprau, § 705 Rdn.16; MüKo-Ulmer, § 709 Rdn.58; Soergel-Hadding, § 709 Rdn.35; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rdn.12.

<sup>255</sup> KartG, WuW 1991, 825 (835)

<sup>256</sup> Dies gilt nur dann, wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, daß sich die Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortsetzt, § 727 Abs.1 BGB.

Erwerber eines Anteils der Rechtsnachfolger des Veräußerers ist<sup>257</sup>, übernimmt er den veräußerten Anteil mit denselben Rechten und Verpflichtungen, denen auch der Veräußerer ausgesetzt war.<sup>258</sup>

Sinn und Zweck einer Stimmbindung des Gesellschaftsanteils beispielsweise an den Konsens innerhalb eines Familienstammes ist es, die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter davor zu schützen, daß die mit wachsender Gesellschafterzahl steigende Anzahl unterschiedlicher Meinungen und Interessen die Meinungsbildung innerhalb der Gesellschaft erschwert.<sup>259</sup> Auch bei der Erbengemeinschaft liegt der Zweck ähnlich: durch die Bindung werden bestimmte Interessen gesichert, unabhängig davon, ob Anteile am Nachlaß auf Dritte übergehen, oder die Miterbengemeinschaft personell unverändert bleibt. Geschützt wird dadurch weiterhin davor, daß etwa durch Streitigkeiten unter den Miterben die Auseinandersetzung oder die Verwaltung des Nachlasses in einem bestimmten Sinne erschwert wird.

### 5.6.2 Zusammenfallen zweier ungleichartiger Anteile

Fraglich ist, wie der Inhaber eines Anteils mit ungebundenem Stimmrecht, der einen Anteil mit gebundenem Stimmrecht erwirbt, in Zukunft sein Stimmrecht insgesamt ausüben kann. Ähnlich gelagert ist auch der Fall, daß ein Gesellschafter mit einem hinsichtlich der Stimmrechtsausübung gebundenen Anteil einen weiteren, aber mit anderem Inhalt gebundenen Anteil hinzuerwirbt.

Als Beispiel sei hier folgender Fall erwähnt, in dem der Bundesgerichtshof<sup>260</sup> am 6. Oktober 1992 eine unterschiedliche Ausübung des Stimmrechtes und damit faktisch zwei getrennt voneinander zu behandelnde Anteile in einer Hand zugelassen hat: Ein Unternehmen hat an einer KG zunächst einen Anteil erworben. Diese KG war im Familienbesitz und wurde von zwei Familienmitgliedern beherrscht, die jeweils zwei unterschiedlichen Familienstämmen angehörten. Der Gesellschaftsvertrag sah vor, daß innerhalb der Familienstämme jeweils nur einheitlich abgestimmt werden sollte. Weiterhin

---

<sup>257</sup> BGHZ 13, 179 (186)

<sup>258</sup> KartG, WuW 1991, 825 (837)

<sup>259</sup> BGHZ 46, 291 (293); BGH, WM 1993, 18 (20)

<sup>260</sup> BGHZ 119, 346ff; BGH, WM 1993, 18ff; der Fall soll hier allerdings nur vereinfacht dargestellt werden. Die Entscheidung schloß sich dem Urteil des Landgerichts vom 13. Februar 1991 inhaltlich an. Diese Entscheidung wird im Folgenden in derselben Sache zitiert, vgl. WuW 1991, 825ff.

war vorgesehen, daß sich die Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters fortsetzen sollte und daß auch die Erben ihr Stimmrecht nur gemeinsam, d.h. einheitlich innerhalb eines jeden Familienstammes ausüben sollten.

Das Unternehmen erwarb zunächst einen Anteil aus dem einen Familienstamm und einige Jahre später einen weiteren Anteil aus dem anderen Familienstamm. Es erwarb somit zwei Anteile, die jeweils hinsichtlich ihrer Stimmrechte anders, nämlich der erste Anteil an die Entscheidung des einen Familienstammes, der zweite an die Entscheidung des anderen, gebunden sind. Diese beiden Anteile müßten nach der herkömmlichen Auffassung untrennbar miteinander verschmelzen. Fraglich aber ist dann, wie der Gesellschafter in Zukunft sein Stimmrecht ausüben kann – gebunden, oder ungebunden.

#### 5.6.2.1 Lösung nach der Einheitstheorie

Würde man nach der Einheitstheorie vorgehen, wäre das Stimmrecht einheitlich auszuüben. Der hinzu erworbene Anteil würde mit dem bereits vorhandenen Anteil zu einem *einheitlichen* Gesamtanteil verschmelzen. Dies hätte zur Folge, daß der Gesamtanteil inhaltlich einheitlich beschränkt sein müßte. Um dies zu erreichen gibt es zwei Möglichkeiten:

Die erste besteht darin, daß der Inhaber des Gesamtanteils einheitlich abstimmen kann, weil die Beschränkung in dem Zeitpunkt insgesamt weggefallen ist, in dem beide Anteile miteinander verschmelzen.<sup>261</sup> Auf diese Weise würde dem Einheitsgrundsatz in der Weise Rechnung getragen, als daß die Stimmbindung als Beschränkung nicht mehr existiert<sup>262</sup>. Der neue Gesamtanteil wäre inhaltlich einheitlich ausgestaltet. Andererseits aber würde so die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Abstimmung nach Familienstämmen mißachtet. Eine entsprechende Klausel würde außer Kraft

---

<sup>261</sup> Jousen, DB 1992, 1173 (1174), der insoweit die hier besprochene Entscheidung des Landgerichts, und damit auch die nachfolgende, aber inhaltlich dem Landgericht zustimmende Entscheidung des BGH für rechtsfehlerhaft hält. Jousen kommt zu einer einheitlichen Stimmabgabe, indem er den Gesellschaftsvertrag, und damit die Stimmbindung faktisch für abgeändert ansieht. Das Prinzip der Einheitlichkeit habe bei einer Kollision mit Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag Vorrang.

<sup>262</sup> Fallen zwei Anteile in einer Hand zusammen, von denen nur einer beschränkt ist, gibt es selbstverständlich noch die Alternative, daß dem Einheitsgrundsatz insofern Genüge getan wird, als daß die ursprünglich nur den einen Anteil betreffende Beschränkung nun auch den Gesamtanteil betrifft. Aber auch für diese Konstellation gelten dem Gedanken nach die im Folgenden angeführten Bedenken.

gesetzt. Der erwerbende Gesellschafter könnte sein Stimmrecht frei, d.h. unabhängig von einem Konsens jeweils innerhalb der Familienstämme ausüben. Zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrages bedarf es aber eines einstimmigen, bzw. wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht zumindest einen Mehrheitsbeschluß der stimmberechtigten Gesellschafter, vgl. §§ 709 Abs.1, 2 BGB, §§ 114 Abs.1, 119 Abs.2 HGB, § 164 S.1 HGB.

Würde die Beschränkung insgesamt erlöschen, hätte dies weiterhin zur Folge, daß die Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft entgegen den Vorstellungen der Gesellschaftsgründer verschoben würde.<sup>263</sup> Vorher<sup>264</sup> kamen bei zwei Familienstämmen inhaltlich nur zwei Stimmalternativen in Betracht: zur Abstimmung standen das Stimmergebnis des Familienstammes A und das des Stammes B. Hinterher<sup>265</sup> wäre die Stimme desjenigen Gesellschafter, dessen Stimmrecht nun keinen Bindungen mehr unterliegt, immer maßgeblich für das Abstimmungsergebnis. Stehen sich beispielsweise zwei Stimmalternativen gegenüber, abgegeben jeweils von einem Familienstamm, so wäre die Stimme des Gesellschafter, der nicht gebunden ist, ausschlaggebend für das Ergebnis der Entscheidung. Dieses Ergebnis würde unabhängig davon eintreten, welches Anteilsgewicht der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag hat. Diese erste Möglichkeit hätte somit ungewollte Machtverschiebungen zur Folge.

Die zweite Möglichkeit<sup>266</sup>, um zu einem inhaltlich einheitlich beschränkten Anteil zu gelangen besteht darin, daß der Gesellschafter sein Stimmrecht nach dem Erwerb des weiteren Anteils in dem einen oder dem anderen Familienstamm nicht ausübt. Ergibt sich in dem einen Stamm eine Mehrheit für ein bestimmtes Ergebnis, so ist der Gesellschafter vom Stimmrecht in dem anderen Stamm ausgeschlossen, in dem das Abstimmungsergebnis wegen seiner Stimme der Mehrheitsabstimmung zuwiderliefe.<sup>267</sup> Aber auch diese Möglichkeit hätte wie die erste eine Verschiebung der Machtverhältnisse zur Folge. Es wäre derjenige Familienstamm benachteiligt, in welchem der Gesellschafter nicht

---

<sup>263</sup> Esch, BB 1993, 664 (665)

<sup>264</sup> d.h. bevor zwei inhaltlich unterschiedliche Anteile in einer Hand zusammengefallen sind.

<sup>265</sup> d.h. nachdem zwei Anteile in einer Hand zusammengefallen sind, die hinsichtlich ihres Stimmrechtes jeweils an andere Vorgaben gebunden sind.

<sup>266</sup> Diese zweite Möglichkeit kommt nur dann in Betracht, wenn – wie in dem hier besprochenen Beispielfall zwei jeweils unterschiedlich belastete Anteile zusammentreffen. Treffen dagegen zwei Anteile aufeinander, von denen nur *ein* Anteil beschränkt ist, so muß es bei der ersten Möglichkeit bleiben. Hier kommt man zu einem einheitlich ausgestalteten Anteil, indem mit obiger Begründung die Beschränkung insgesamt wegfällt oder den Gesamtanteil erfaßt.

<sup>267</sup> KartG, WuW 1991, 825 (830)

abstimmen darf. Des weiteren müßte der Gesellschafter so auf das zu seinem hinzuerworbenen Anteil gehörenden Stimmrecht verzichten. Das Stimmrecht aber stellt als Mitverwaltungsrecht eines der elementarsten Rechte dar, die an einen Gesellschaftsanteil geknüpft sind. Folglich ist auch die zweite Möglichkeit, die zu einer einheitlichen Stimmrechtsausübung führt, nicht mit der Konzeption der Gesellschaft vereinbar.

#### 5.6.2.2 Lösung mit Hilfe der Mehrfachbeteiligung

Zu prüfen ist im Folgenden, wie die Befürworter mehrerer getrennter Anteile in einer Hand diese Frage im genannten Beispiel lösen. Nimmt man an, daß ein Gesellschafter mehrere Anteile getrennt voneinander in seiner Hand halten kann, so wäre es vorliegend möglich, daß der Gesellschafter entsprechend den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag abstimmen kann. Der Gesellschafter könnte sein Stimmrecht geteilt ausüben. Es wäre so den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Abstimmungspraxis, und damit indirekt auch über die Verteilung der Machtverhältnisse Rechnung getragen.<sup>268</sup>

Erwirbt also ein Gesellschafter einer Personengesellschaft einen weiteren Anteil hinzu, für den aber im Gesellschaftsvertrag eine Stimmrechtsbeschränkung vorgesehen ist, müssen beide Anteile weiterhin als getrennt betrachtet werden.<sup>269</sup> Zu dieser Entscheidung kam faktisch auch das Kammergericht in seiner dem BGH-Urteil vorangegangenen Entscheidung: Dieses sah nicht den einzelnen Gesellschafter als stimmberechtigt an, sondern den Familienstamm.<sup>270</sup> Daher sei es unerheblich, ob die Anteile aus verschiedenen Stämmen in einer Hand zusammenfallen. Es bleibe bei der Stimmrechtsbeschränkung für die jeweiligen Anteile. Faktisch wurde somit entschieden, daß die Ungleichartigkeit der Anteile (d.h. eine Stimmrechtsbeschränkung unterschiedlicher Art) zur Folge hat, daß beide Anteile getrennt bleiben. Die zu den Anteilen gehörenden Stimmrechte müssen unterschiedlich ausgeübt werden.<sup>271</sup>

---

<sup>268</sup> KartG, WuW 1991, 825 (838); BGH, WM 1993, 18 (23); Esch, BB 1993, 664 (665)

<sup>269</sup> Esch, BB 1993, 664 (665)

<sup>270</sup> KartG, WuW 1991, 825 (838)

<sup>271</sup> KartG, WuW 1991, 825 (838); kritisch dazu Esch, BB 1993, 664 (665)

### 5.6.2.3 Abwägung

Es sind auch hier beide Vorgehensweisen gegeneinander abzuwägen:

Der Vorteil der Einheitslösung liegt wieder darin, daß sie zu einem klaren und auch für die Abstimmungspraxis einfacheren Ergebnis kommt. Der Stimmberechtigte übt sein Stimmrecht einheitlich aus. Entweder er stimmt insgesamt ohne Beschränkung<sup>272</sup>, mit einer den Gesamtanteil betreffenden einheitlichen Beschränkung, oder – wenn zwei jeweils unterschiedlich belastete Anteile zusammentreffen - nur mit *einer* der Beschränkungen, mit denen die verschmolzenen Anteile ursprünglich belastet waren<sup>273</sup>.

Nachteil der Einheitslösung aber ist, daß die ursprünglichen Absichten, die die beteiligten Gesellschafter oder Miterben zu einer Stimmbindung veranlaßt haben, unterlaufen würden. Fällt die Beschränkung insgesamt weg, können unter Umständen die besonderen Interessen nicht mehr verwirklicht werden, da nun der Stimmberechtigte frei abstimmen darf. Betrifft sie den Gesamtanteil, führt dies zu ungewollten und eventuell ungerechten Machtverschiebungen innerhalb der Gesellschaft oder Erbengemeinschaft.

Dieser Nachteil kann gerade durch die Trennung der Anteile – und damit einer getrennten Stimmrechtsausübung durch eine Person – aufgefangen werden. Kann die Person mit dem unbeschränkten Anteil frei, und mit dem beschränkten Anteil entsprechend der vertraglichen Bindung abstimmen, bleiben die ursprünglich beabsichtigten Machtverhältnisse bestehen.

Dann stellt sich aber die Frage, wie eine Person ihr Stimmrecht getrennt, d.h. unter Umständen auch mit unterschiedlichen Ergebnissen ausüben können soll. Es kann sich beispielsweise der Fall ergeben, daß ein Miterbe innerhalb derselben Abstimmung mit dem zum einen Anteil gehörenden Stimmrecht *für* den Verkauf eines zum Nachlaß gehörenden Hauses stimmt, mit dem zum anderen Anteil gehörenden Stimmrecht *dagegen*. Dies könnte der Natur einer Abstimmung als Möglichkeit der Willensäußerung widersprechen.

Im Falle einer Stimmbindung beruht jedoch die Willensäußerung einer Person durch Abgabe ihrer Stimme nicht auf einer autonomen Willensbildung. Die Willensbildung erfolgt entweder durch andere (z.B. durch ein bestimmtes Mitglied der Miterbengemeinschaft) oder bereits zu einem früheren Zeitpunkt

---

<sup>272</sup> so die oben als erste Möglichkeit dargestellte Alternative, die von Teilen der Literatur vertreten wird, vgl. Jousen, DB 1992, 1173 (1174).

<sup>273</sup> so der BGH in der oben angesprochenen Entscheidung, vgl. BGH, WM 1993, 18 (23).

(z.B. wenn vorher durch Vertrag festgelegt wurde, daß von allen sich bindenden Personen nur nach bestimmten inhaltlichen Vorgaben gestimmt werden soll). Es ist somit nicht der Fall, daß eine Person gezwungen ist mit ihrem autonomen Willen zu unterschiedlichen Ergebnissen zu kommen. Bei einer Stimmbindung stellt die Abstimmung nicht die Zusammenstellung aller autonom gebildeten Meinungen dar. Eine autonome Willensbildung findet bei den Personen, die sich einer Stimmbindung unterworfen haben, oder die einen in der Weise beschränkten Anteil erworben haben, nicht statt.

Die vermeintlichen Nachteile bei einem Vorgehen mit der getrennten Stimmrechtsausübung konnten somit widerlegt werden. Auch hier bietet die Möglichkeit, daß eine Person zwei voneinander zu trennende Anteile in einer Hand hält, eine interessengerechtere und differenziertere Lösung an.

## 5.7 Zusammenfassung

Es wurden sechs verschiedene Bereiche dargestellt, die zu einer rechtlichen Sonderstellung eines Anteils an einer Gesamthandsgemeinschaft führen. Es können Anteile an Gesamthandsgemeinschaft belastet, bzw. beschränkt sein, oder sie können, etwa durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung eine erbrechtliche Sonderstellung einnehmen.

Untersucht wurde der Fall, daß ein gewöhnlicher, d.h. ein unbelasteter oder unbeschränkter Anteil mit einem solchen zusammenfällt, der einer unterschiedlichen rechtlichen Regelung unterliegt. Ein Vorgehen nach der herkömmlichen Ansicht von der Einheitlichkeit des Gesamthandsanteils wurde einem Vorgehen mit der Hilfe der mehrfachen Beteiligung eines Gesamthänders gegenübergestellt.

Die Möglichkeit, daß eine Person mehrere voneinander zu trennende Anteile in ihrer Hand hält, bietet dabei gegenüber dem Einheitsgrundsatz einige Vorteile:

Sie vermag in vielen Fällen einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Beteiligten zu gewährleisten. Es können beispielsweise die Interessen des Pfandgläubigers eines verpfändeten Anteils an einer Miterbengemeinschaft mit denen des Erwerbers, der bereits einen eigenen, aber unbelasteten Anteil hielt, in Einklang gebracht werden. Oder sie kann den Interessenkonflikt zwischen dem Nacherben, der sein Erbe in dem Zustand, wie es im Zeitpunkt des Erbfalls



bestand, und dem Vorerben, der über seinen eigenen Anteil weiterhin unbeschränkt verfügen möchte.

Weiterhin ist sie viel besser in der Lage, dem Willen der Beteiligten zu entsprechen. So kommt dem Nacherben im Nacherbfall genau das zu Gute, was ihm nach dem Willen des Erblassers zukommen sollte, nämlich der Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft.

Schließlich sorgt die Möglichkeit, daß eine Person mehrfach beteiligt ist, für Klarheit. Es kann genau zwischen dem Anteil der keiner Beschränkung, Belastung, o.ä. unterliegt, und dem beschränkten oder belasteten unterschieden werden. Es ist genau definiert, in welchem gegenständlichen Umfang der Nießbraucher von seinem Nießbrauch profitieren soll – nämlich in dem Umfang, wie er vor dem Übergang des Anteil bestand.

Es wurde gezeigt, daß in vielen Bereichen ein Bedarf besteht, die Anteile getrennt voneinander zu halten sind, obwohl sie in einer Hand zusammenfallen. Daß diesbezüglich aber nicht nur ein Bedürfnis nach einer mehrfachen Beteiligung besteht, sondern daß dies auch dogmatisch nicht unmöglich ist, wurde versucht darzustellen.

Festgehalten werden soll schließlich, daß hier nicht versucht werden sollte, den Grundsatz der Einheitlichkeit des Anteils an der Gesamthandsgemeinschaft *zu widerlegen*. Es sollte lediglich dargestellt werden, daß es in vielen Konstellationen sinnvoll ist, diesen bisher noch als „eisern“ angesehenen Grundsatz für Ausnahmen zu öffnen. Dort, wo zwei *gleichartige* Anteile in einer Hand zusammenfallen, soll es dabei bleiben, daß diese nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit untrennbar miteinander verschmelzen. Ein anderes Vorgehen wäre hier nicht sinnvoll. Da aber, wo zwei oder mehrere *ungleichartige* Anteile in einer Hand zusammenfallen, kann die Möglichkeit der Mehrfachbeteiligung durchaus vorteilhaft sein.

## 6 Eine Einmann-Gesamthand?

Die mehrfache Beteiligung einer Person bietet in manchen Konstellationen einfachere Lösungen als die noch herrschende Auffassung, die Einheitstheorie. Es muß nach der hier vertretenen Auffassung in Abweichung von der Einheitstheorie eine Person mehrere Anteile in ihrer Hand getrennt voneinander halten können, *wenn dies geboten ist*. Wenn man aber zuläßt, daß eine Person zwei oder mehrere Anteile in ihrer Hand halten kann, dann ist es nur konsequent, folgende Fragen zu stellen:

Gilt das Gesagte auch, wenn diese beiden oder mehreren Anteile die einzigen oder einzig verbleibenden einer Gesamthandsgemeinschaft sind? Ist es denkbar, daß eine Person *alle* Anteile in ihrer Hand hält mit der Folge, daß eine *Einmann-Gesamthand* entsteht? Ist dies nicht gerade bei dem oben<sup>274</sup> diskutierten Fall, daß ein Ehegatte einer ehelichen Gütergemeinschaft verstirbt und sein Anteil auf den verbleibenden Ehegatten als alleinigem Vorerben übergeht, die logische Folge?

Eine Gesamthandsgemeinschaft mit nur einer Person zuzulassen, mag zunächst als ein Paradoxon erscheinen. Wie soll eine Gesamthandsgemeinschaft aus nur einer Person bestehen können? Läßt man allerdings die mehrfache Beteiligung einer Person an einer Gesamthandsgemeinschaft zu, so dürfen diese Fragen nicht unbeantwortet bleiben.

Die Frage, ob eine Gesamthandsgemeinschaft mit nur einer Person bestehen kann, ist für alle Gesamthandsgemeinschaften getrennt zu untersuchen. Dabei sind jeweils zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden: Zum einen der Fall, daß eine Gesamthandsgemeinschaft von nur einer Person gegründet werden soll (sog. originäre Einmann-Gesamthand)<sup>275</sup>. Zum anderen der Fall, daß nachträglich, d.h. nach der Gründung, bzw. Entstehung, alle Anteile an einer Gesamthandsgemeinschaft in einer Hand zusammenfallen. Letztere Alternative

---

<sup>274</sup> Vgl. dazu 5.4.2

<sup>275</sup> Dies spielt selbstverständlich nur bei den Gesamthandsgemeinschaft eine Rolle, die auf einer vertraglichen Grundlage basieren. Diese Frage spielt keine Rolle bei der Erbengemeinschaft, die kraft Gesetzes entsteht.

wäre somit ein Fall der Mehrfachbeteiligung mit der Besonderheit, daß eine Person *als letzter verbleibender Gesamthänder* zwei oder mehrere Anteile in ihrer Hand hält.

## 6.1 Herkömmliche Auffassung

Nach herkömmlicher Auffassung kann es eine Einmann-Gesamthand in keinem Fall geben.<sup>276</sup> Eine Gesamthandsgemeinschaft erfordert einen Bestand von mindestens zwei Gesamthändern. Mit nur einer Person kann sie nicht kraft Gesetzes entstehen oder vertraglich gegründet werden. Fallen die letzten beiden Anteile in einer Hand zusammen, löst sie sich durch Konfusion<sup>277</sup> auf.

In Bezug auf die eheliche Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft liegt die Begründung nahe: die eheliche Gütergemeinschaft knüpft an eine bestehende Ehe zwischen zwei Ehegatten an, die Erbengemeinschaft daran, daß zwei oder mehr Personen als Erben eingesetzt wurden<sup>278</sup>.

In Bezug auf die Gesamthandsgesellschaften ist dagegen keine einheitliche Begründung vorzufinden, warum es eine Einmann-Gesellschaften nicht geben kann.

### 6.1.1 Garantiefunktion des Gesamthandsprinzips

Teilweise wird auf die *Garantiefunktion des Gesamthandsprinzips* verwiesen.<sup>279</sup> Diese Garantie besagt, daß nur derjenige die Befugnisse aus den zum

---

<sup>276</sup> Palandt-Sprau, § 705 Rdn.1; Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.2; MüKo-Ulmer, Vor § 723 Rdn.9; Staudinger-Keßler, Vor § 705 Rdn.36; Huber, aaO, 105; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 I 2b); MüHdb.GesR-Gummert, § 16 Rdn.71, 72; Hueck, aaO, § 11 II 6; Flume, aaO, § 7 III 4; Sieveking, FS Schippel, 505 (518); Reimann, MittBayNot 1986, 232 (234); Ulmer, JuS 1986, 856 (857f). Diese Fundstellen beziehen sich zwar zumeist auf die Gesamthandsgesellschaften, sind aber in ihrer Begründung auch auf die übrigen Gesamthandsgemeinschaften übertragbar.

<sup>277</sup> Brox, aaO, Rdn.196; MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.177; Schmidt, NJW 1980, 1769 (1775); Staudinger-Keßler, § 736 Rdn.24

<sup>278</sup> Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.2; MüKo-Dütz, § 2033 Rdn.; Staudinger-Werner, § 2033 Rdn.; Soergel-Wolf, § 2033 Rdn.

<sup>279</sup> Huber, aaO, 103

Gesellschaftsvermögen (als Sondervermögen) gehörenden Rechten ausüben kann, der nach der Organisation der Gesellschaft berechtigt ist, für die Gesellschaft zu handeln.<sup>280</sup> Es können daher die Gesellschafter nur gemeinsam oder durch einen gemeinsamen Vertreter handeln. Darin unterscheidet sich das Sondervermögen vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter.<sup>281</sup> Das Gesamthandsprinzip verliert daher seine Grundlage, wenn nur noch ein Gesellschafter vorhanden ist. Vereinigen sich alle Anteile in einer Hand, hört das Gesamthandsvermögen auf, Sondervermögen zu sein.<sup>282</sup> Es gehört nach der Gesamtrechtsnachfolge zum Privatvermögen des ehemals letzten Gesellschafters.

Diese Begründung ist jedoch mit der Weiterentwicklung auch und gerade der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einer rechts- und parteifähigen Gemeinschaft<sup>283</sup> nicht mehr nachvollziehbar. Der Ansicht, daß auch die Gesamthandsgesellschaften lediglich in einem gebundenen Sondervermögen bestehen, kann nicht mehr gefolgt werden.<sup>284</sup> Des weiteren ist unklar, warum das Sondervermögen nicht weiterhin als solches behandelt werden kann, wenn lediglich ein Gesellschafter noch vorhanden ist. Es wird zu dieser Frage von Vertretern dieser Ansicht nicht Stellung genommen.

Es kann somit die Garantiefunktion des Gesamthandsprinzips alleine nicht als Begründung, daß es eine Einmann-Gesamthandsgesellschaft nicht geben kann, herangezogen werden.

### 6.1.2 Sozietätskonstruktion

Einleuchtender ist dagegen die Ansicht, die auf die *Sozietätskonstruktion* der Personengesellschaften verweist.<sup>285</sup> Nach dem römisch-rechtlichen Begriff der *societas* bezeichnet die Sozietät ein gegenseitiges Verpflichtungsverhältnis mehrerer Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks mit

---

<sup>280</sup> Huber, aaO, 103

<sup>281</sup> Huber, aaO, 104

<sup>282</sup> Huber, aaO, 104, 105

<sup>283</sup> Vgl. das Urteil des BGH, NJW 2001, 1056ff

<sup>284</sup> Vgl. Einleitung zu 5 (Mehrfachbeteiligung möglich?).

<sup>285</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 IV 2b); ders., NJW 1980, 1769, (1775); so wohl auch Ulmer, § 705 Rdn.1

gemeinsamen Mitteln.<sup>286</sup> Eine Sozietät setzt somit ein Schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern voraus, das auf Erfüllung dieses Zwecks gerichtet ist. Dieses Schuldverhältnis erlischt aber für den Fall, daß sich der Gesellschafterbestand im Wege der Konfusion auf eine Person reduziert, da dann Gläubiger- und Schuldnerstellung zusammenfallen.<sup>287</sup> Es besteht dann die für eine Gesellschaft erforderliche schuldrechtliche Grundlage nicht mehr.<sup>288</sup> Die Personengesellschaft erlischt. Sie kann als Einmann-Gesellschaft wegen ihrer Sozietätskonstruktion nicht bestehen.

Zu demselben Ergebnis kommt auch die Gruppenlehre<sup>289</sup>: demnach wird der Begriff der Gesamthand mit einer Mehrheit von Personen verbunden. Es stellt somit die *Personenmehrheit* in Form der *Gesellschaftergruppe* ein unabdingbares Wesensmerkmal der Personengesellschaften dar.<sup>290</sup>

Nach herrschender Ansicht – allerdings mit unterschiedlicher Begründung - ist daher eine Einmann-Gesamthand bei allen Gesamthandsgemeinschaften nicht denkbar.

## 6.2 Mehrfachbeteiligung

Vertritt man entgegen der noch herrschenden Auffassung, daß eine Person zwei oder mehrere Anteile getrennt in ihrer Hand halten kann, so ist die Figur

---

<sup>286</sup> Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Auflage, München 1995, Rdn.337; Pfister, aaO, 8, 9

<sup>287</sup> Brox, aaO, Rdn.196; MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.177; Schmidt, Gesellschaftsrecht § 8 IV; ders, NJW 1980, 1775 (1775)

<sup>288</sup> MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.41; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 IV

<sup>289</sup> Begründet von Flume, BGB AT I 1, § 4 II; ders, ZHR 133 (1972), 136ff.

<sup>290</sup> Flume, BGB AT I 1, § 4 II; ders, ZHR 133 (1972), 136 (189); hierzu auch Fett/Brand, NZG 1999, 45 (47); kritisch zu Flumes Gruppenlehre, aber wohl inzwischen von der neusten Rechtsprechung überholt: Fischer, ZGR 1979, 251ff; Westermann, ZHR 144 (1980), 232ff.

der Einmann-Gesamthand nicht mehr ganz abwegig<sup>291</sup>. Wer *mehrere* Anteile an einer Gesamthandsgemeinschaft halten kann, kann eventuell auch *alle* Anteile daran halten.

Ansatzpunkt dafür, daß zumindest bei den Personengesellschaften als Gesamthandsgemeinschaften Einmann-Konstruktionen zulässig sein können, lassen sich auch aus der neueren Gesetzgebung entnehmen. So sieht Art. 31 Abs.3 EWIV-VO vor, daß die EWIV<sup>292</sup>, ebenfalls eine Personengesellschaft und daher eine Gesamthandsgemeinschaft, trotz des Ausscheidens des vorletzten Mitglieds nicht ohne weiteres erlischt.<sup>293</sup> Die Beendigung setzt vielmehr einen Auflösungsbeschluß des letzten verbleibenden Mitgliedes oder ein gerichtliches Auflösungsverfahren voraus.<sup>294</sup> Die EWIV-VO geht somit davon aus, daß eine Einmann-Personengesellschaft, mithin eine Einmann-Gesamthand grundsätzlich möglich ist.<sup>295</sup> Diese EWIV mit nur einem Gesellschafter soll zwar nur für eine Übergangszeit bestehen. Der Gesellschafter ist dazu verpflichtet, einen solchen Auflösungsbeschluß zu fassen oder die Gesellschaft mit anderen Gesellschaftern fortzuführen.<sup>296</sup> Das Gesetz erkennt aber in diesem Einzelfall zumindest für eine begrenzte Zeit an, daß es eine Einmann-Gesamthand geben kann.

---

<sup>291</sup> Kanzleiter, FS Weichler, 39ff; ders., DNotZ 1999, 440ff; Bauer/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209ff; Baumann, BB 1998, 225ff; Pfister, aaO, 32ff; Weimar, ZIP 1997, 1769ff.

<sup>292</sup> Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) ist eine supranationale, europäische Gesellschaftsform zur Vereinfachung der grenzüberschreitenden Kooperation von Unternehmen und Angehörigen freier Berufe in der EU. Sie entspricht einer OHG, eröffnet allerdings die Möglichkeit der Fremdgeschäftsführung. Sie ist ebenfalls eine Personengesellschaft und damit auch eine Gesamthandsgemeinschaft. Vgl. hierzu Memento 2000, Gesellschaften, Rdn.7600 ff; MüHdb.GesRI-Salger/Neye, §§ 87-92; Weimar/Grote, INF 1997, 527 (531); Weimar, ZIP 1997, 1769 (1775); T. Schmidt, Einmann-Personengesellschaften, Baden-Baden, 1998, 15ff.

<sup>293</sup> Weimar/Grote, INF 1997, 527 (531)

<sup>294</sup> Weimar/Grote, INF 1997, 527 (531); MüHdb.GesRI-Salger/Neye, § 92 Rdn.2 ff

<sup>295</sup> Kritisch dazu Fett/Brand, NZG 1999, 45 (49, insbesondere auch Fn.65), die sich dagegen aussprechen, daß die EWIV-VO eine „Einmann-EWIV“ als Möglichkeit vorsieht. Das Gegenteil sei der Fall. Gemäß Art. 31 Abs.3, 4 Abs.2, 32 Abs.1 EWIV-VO müsse vielmehr das Gericht auf Antrag einer Behörde die Auflösung der „Einmann-EWIV“ aussprechen, wenn der Mangel nicht vor der Entscheidung in der Sache behoben wird, also ein neues Mitglied aufgenommen wird. Diese Ansicht übersieht aber, daß nichts desto trotz eine „Einmann-EWIV“ im Gesetz – zumindest als Zwischenlösung – vorgesehen ist. Die Einmann-Konzeption wird nicht etwa als gängige Alternative zur Mehrpersonen-Gesellschaft angesehen. (Eine Einmann-Gründung ist beispielsweise ausdrücklich nicht möglich, vgl. Art. 4 Abs.2 EWIV-VO.) Sie wird aber quasi als „Zwischenlösung“ gesetzlich anerkannt, um den Interessen Dritter (vgl. dazu unten) Rechnung zu tragen.

<sup>296</sup> T. Schmidt, aaO, 17

Sinn und Zweck dieser Abkehr vom Sozietätsprinzip, das auch für die EWIV als Gesamthandsgesellschaft gilt, ist in erster Linie der Arbeitnehmerschutz.<sup>297</sup> Es wird durch die Regelung des Art. 31 Abs.3 EWIV-VO erreicht, daß den Arbeitnehmern ein konstanter Arbeitgeber gegenübersteht, der nicht willkürlich erlischt, sondern dessen Erlöschen planbar ist. Es können bis zum endgültigen Erlöschen der EWIV die bestehenden Arbeitnehmerverhältnisse koordiniert abgewickelt werden. Weiterhin wird ermöglicht, daß die EWIV bis zu einer potentiellen Weiterführung mit einem oder mehreren neuen Gesellschaftern fortbesteht. Es wird also durch Art. 31 Abs.3 EWIV-VO auch eine Neugründung entbehrlich.<sup>298</sup>

Festzuhalten ist somit, daß auch im Gesetz eine Einmann-Gesamthandsgesellschaft anerkannt ist. Diese kann zumindest vorübergehend bestehen. Es sollen mit dieser Regelung vornehmlich die Interessen gesellschaftsfremder Dritter, nämlich der Arbeitnehmer geschützt werden.

Es ist daher im folgenden zu prüfen, in welchen Konstellationen eine Einmann-Gesamthand bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften praktisch denkbar ist. Es ist dabei von der Prämisse auszugehen, daß eine Person an der Gesamthandsgemeinschaft unter besonderen Umständen mehrfach beteiligt sein kann. Nach der Einheitstheorie kann es eine Einmann-Gesamthand nämlich überhaupt nicht geben.

### 6.3 Denkbare Fälle einer Einmann-Gesamthand

Eine Einmann-Gesamthand kann dann entstehen, wenn sie von nur einer Person originär gegründet wird (sog. originäre Einmann-Gesamthand). Sie ist aber auch denkbar, wenn sich im Nachhinein, d.h. nach Gründung oder Entstehung der Gesamthandsgemeinschaft der Bestand der Gesamthänder auf nur eine Person reduziert. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der vorletzte Gesamthänder verstirbt oder wenn er seinen Anteil auf den letzten verbleibenden Gesamthänder überträgt.

---

<sup>297</sup> Weimar, ZIP 1997, 1769 (1775, Fn. 58; 1776)

<sup>298</sup> Weimar, ZIP 1997, 1769 (1777)

Es sind im folgenden die für die einzelnen Gesamthandsgemeinschaften denkbaren Konstellationen zu untersuchen, in denen nur ein Gesamthänder vorhanden ist.

### 6.3.1 Einmann-Gesamthand bei der ehelichen Gütergemeinschaft

Die eheliche Gütergemeinschaft entsteht gemäß §§ 1415 ff BGB durch den Abschluß eines Ehevertrages zwischen den beiden Ehegatten. Sie wird somit durch einen schuldrechtlichen Vertrag, d.h. den übereinstimmenden Willen mindestens zweier Personen<sup>299</sup> gegründet. Die Gesamthandsgemeinschaft der ehelichen Gütergemeinschaft besteht damit begriffsnotwendig aus zwei Personen, den Ehegatten.

Eine originäre Einmann-Gütergemeinschaft kommt folglich nicht in Betracht. Es kann selbstverständlich nicht etwa eine Person alleine eine eheliche Gütergemeinschaft gründen. Eine Einmann-Gütergemeinschaft könnte nur dann entstehen, wenn ein Gesamthänder aus dieser Gütergemeinschaft nachträglich, d.h. nach ihrer Gründung durch den Ehevertrag ausscheidet. In Betracht kommen hier der Tod eines Ehegatten, die Scheidung gemäß §§ 1564 ff BGB, sowie ein Aufhebungsurteil gemäß § 1470 Abs.1 BGB.

#### 6.3.1.1 Tod eines Ehegatten

Stirbt ein Ehegatte, so endet die Gütergemeinschaft<sup>300</sup>. Sie besteht nur dann ausnahmsweise gem. §§ 1483 ff BGB fort, wenn im Ehevertrag vereinbart wurde, daß die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt wird.

---

<sup>299</sup> Brox, aaO, Rdn.76; Medicus, aaO, Rdn.25; Köhler, aaO, § 15 I 1; Larenz/Wolf, aaO, § 23 Rdn.9f.

<sup>300</sup> Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Auflage. München, 1996, § 3 VI Rdn.458; Palandt-Brudermüller, § 1482 Rdn.1; Staudinger-Thiele, § 1482 Rdn.1; MüKo-Kanzleiter, § 1482 Rdn.2



### 6.3.1.1.1 Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft

Gemäß § 1482 S.1 BGB gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut zu dessen Nachlaß. Ist der überlebende Ehegatte kraft Gesetzes, Testament oder Erbvertrag Alleinerbe des verstorbenen Ehegatten geworden, so vereinigt sich sein eigener Anteil am Gesamtgut mit dem des verstorbenen Ehegatten in seiner Hand.<sup>301</sup> Die eheliche Gütergemeinschaft als Schuldverhältnis erlischt durch Konfusion, wenn Gläubiger- und Schuldnerstellung zusammenfallen.<sup>302</sup> Somit wird der überlebende Ehegatte ohne weiteren Übertragungsakt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 Abs.1 BGB Alleineigentümer der zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände.<sup>303</sup> Eine Auseinandersetzung findet nicht statt.<sup>304</sup> Eine Einmann-Gütergemeinschaft entsteht nicht. Vielmehr ist der Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten und damit durch die Auflösung der Ehe die Grundlage entzogen. Es besteht kein Bedürfnis mehr, das gemeinschaftliche Vermögen, das Gesamtgut der gemeinschaftlichen Zuständigkeit zu unterstellen, um damit den Familienunterhalt zu bestreiten.

### 6.3.1.1.2 Fortbestehen der Gütergemeinschaft

Die Gütergemeinschaft erlischt dagegen mit dem Tod eines Ehegatten nicht, wenn gemäß § 1483 Abs.1 S.1 BGB im Ehevertrag die fortgesetzte Gütergemeinschaft vereinbart wurde. Die Gütergemeinschaft besteht dann mit den gemeinsamen Abkömmlingen fort. Es entsteht aber auch in diesem Fall keine Einmann-Gesamthand. Neben dem verbleibenden Ehegatten sind noch weitere Gesamthänder, die Abkömmlinge vorhanden. Auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft stellt eine Gesamthandsgemeinschaft dar.<sup>305</sup> Diese

---

<sup>301</sup> BGHZ 26, 378 (381); Staudinger-Thiele, § 1482 Rdn.6

<sup>302</sup> Langenfeld, aaO, § 3 VI Rdn.458; Sieveking, FS Schippel, 505 (506); Brox, aaO, Rdn.196

<sup>303</sup> Palandt-Brudermüller, § 1482 Rdn.1; MüKo-Kanzleiter, § 1482 Rdn.4; Staudinger-Thiele, § 1482 Rdn.6

<sup>304</sup> BGHZ 26, 378 (381); Palandt-Brudermüller, § 1482 Rdn.1; Staudinger-Thiele, § 1482 Rdn.6; MüKo-Kanzleiter, § 1482 Rdn.4

<sup>305</sup> Palandt-Brudermüller, § 1485 Rdn.4; MüKo-Kanzleiter, § 1485 Rdn.1; Staudinger-Thiele, § 1485 Rdn.12

Gesamthandsgemeinschaft besteht aber mit mindestens zwei Gesamthändern fort: einem Ehegatten und mindestens einem Abkömmling. Ansonsten könnte keine fortgesetzte Gütergemeinschaft entstehen, § 1483 Abs.1 S.1 BGB.

#### 6.3.1.1.3 Sonderfall

Grundsätzlich vereinigen sich, wie oben dargestellt, mit dem Tod eines Ehegatten alle Anteile an der ehelichen Gütergemeinschaft in seiner Hand, so daß diese durch Konfusion erlischt. Zu prüfen aber ist, ob dies auch dann gilt, wenn die Anteile beider Ehegatten zum Zeitpunkt des Todes nicht *gleichartig*<sup>306</sup> sind. In Betracht kommt hier, daß der Anteil des verstorbenen Ehegatten auf den alleinigen Ehegatten-Erben belastet übergeht. Zu denken wäre hier an die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft oder der Testamentsvollstreckung.

Im Rahmen der Untersuchung, ob eine Person mehrfach an einer Gesamthandsgemeinschaft beteiligt sein kann, wurde folgendes Ergebnis gefunden: Sind beide Anteile an der ehelichen Gütergemeinschaft nicht gleichartig, so erlischt die eheliche Gütergemeinschaft mit dem Tod eines Ehegatten nicht.<sup>307</sup> Bis zum Eintritt des Nacherbfalls, bzw. bis zum Ende der Testamentsvollstreckung<sup>308</sup> hält der verbleibende Ehegatte beide – und damit alle Anteile in seiner Hand. Es entsteht quasi eine Einmann-Gütergemeinschaft.

Somit gilt für den Sonderfall, daß die beiden zusammenfallenden Anteile unterschiedlichen Rechtsregeln unterliegen, daß hier ausnahmsweise eine Einmann-Gütergemeinschaft möglich ist. Der überlebende Ehegatte ist alleiniger Gesamthänder der Gesamthandsgemeinschaft.

---

<sup>306</sup> Der Begriff ist wieder so zu verstehen, daß die Anteile an der Gesamthandsgemeinschaft insgesamt denselben Beschränkungen oder Belastungen sachenrechtlicher oder erbrechtlicher Natur unterliegen, vgl. Bippus, AcP 195 (1995), 13 (27).

<sup>307</sup> BayObLG, Beschluß vom 25. Oktober 1995, 2 Z BR 61/95; Schmidt, FamRZ 1976, 683 (686); MüKo-Kanzleiter, § 1482 Rdn.5; ders., FS Weichler, 39 (45); ders. ZEV 1996, 64 (66). Im Übrigen vgl. oben 5.4.2.5 hinsichtlich der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft, bzw. hinsichtlich der Anordnung der Testamentsvollstreckung 5.5.1.

<sup>308</sup> Die Testamentsvollstreckung endet, wenn sie nur für einen bestimmten Zeitraum angeordnet wurde, mit Ablauf dieses Zeitraumes. Ist dies nicht der Fall, und hat der Erblasser auch nicht gemäß § 2209 S.1 2.HS BGB angeordnet, daß die Testamentsvollstreckung auch noch danach fortbestehen soll, endet sie, wenn der Testamentsvollstrecker seine Aufgaben erledigt hat. Schließlich endet sie gemäß § 2210 S.1 BGB spätestens nach Ablauf von dreißig Jahren nach dem Erbfall, wenn der Erblasser nichts anderes angeordnet hat. Vgl. hierzu Palandt-Edenhofer, § 2210 Rdn.2; MüKo-Brandner, § 2210 Rdn.2 ff; Staudinger-Reimann, § 2210 Rdn.4 ff.

Dieses Ergebnis ist damit zu rechtfertigen, daß der Schutz der Nacherben, des Pfandrechtsgläubigers, etc., mithin der Schutz dritter Personen eine Ausnahme von dem Grundsatz erfordert, daß die Gesamthand sonst durch Konfusion erlischt. Auf andere Weise kann dem Interesse dieser Beteiligten nicht ausreichend Rechnung getragen werden.

### 6.3.1.2 Scheidung

Wird die Ehe gemäß § 1564 S.2 BGB durch Scheidungsurteil aufgelöst, endet mit diesem rechtskräftigen Urteil auch der vertragliche Güterstand der Gütergemeinschaft.<sup>309</sup> Das Gesamthandsverhältnis besteht allerdings noch für die Dauer der Auseinandersetzung als Liquidationsgemeinschaft fort.<sup>310</sup> Aber auch bis zum Schluß der Auseinandersetzung besteht die Liquidationsgemeinschaft aus zwei Personen, nämlich den früheren Ehegatten. Es entsteht deshalb keine Einmann-Gesamthand. Auch nach der Auseinandersetzung kann eine solche Gesamthand nicht entstehen. Der Überschuß des vorherigen Gesamtgutes wird unter den geschiedenen Ehegatten gemäß § 1476 Abs.1 BGB aufgeteilt und steht dort im jeweiligen Alleineigentum.

Ein etwaiger Sonderfall, nämlich daß die beiden Anteile an der Gütergemeinschaft im Zeitpunkt der Scheidung ungleichartig waren, kommt bei der Scheidung nicht in Betracht. Die Sonderstellung eines Anteils an der ehelichen Gütergemeinschaft kommt nur durch erbrechtliche Regelungen in Betracht<sup>311</sup> und setzen mithin den Tod eines Ehegatten voraus.

### 6.3.1.3 Aufhebungsurteil

Schließlich führt auch das Aufhebungsurteil gemäß § 1470 Abs.1, 1.HS BGB dazu, daß die Gütergemeinschaft beendet wird und für die Dauer der

---

<sup>309</sup> Langenfeld, aaO, § 3 VI Rdn.458; Palandt-Brudermüller, § 1415 Rdn.2; Staudinger-Thiele, Vor § 1471 Rdn.2; MüKo-Kanzleiter, § 1471 Rdn.6; Staudinger-Thiele, § 1471 Rdn.5

<sup>310</sup> Lange/Kuchinke, aaO, § 5 V 2; Palandt-Brudermüller, § 1471 Rdn.2

<sup>311</sup> Die Belastung zugunsten Dritter oder die Beschränkung eines Anteils an einer ehelichen Gütergemeinschaft kommt aufgrund der Besonderheit der Ehe nicht in Betracht, vgl. zu einer Belastung zugunsten Dritter 5.3.1.2, bzw. zu einer Beschränkung die Einführung zu 5.6.

Auseinandersetzung zu einer Liquidationsgemeinschaft wird. Hier gilt das zur Scheidung Gesagte entsprechend. Eine Einmann-Gesamthand entsteht nicht.

#### 6.3.1.4 Zwischenergebnis

Es ist daher nur ein Einzelfall denkbar, in dem die eheliche Gütergemeinschaft in Form einer Einmann-Gesamthand (fort-)bestehen kann. Die Gütergemeinschaft besteht ausnahmsweise mit nur einem Ehegatten fort, wenn dieser beide Anteile getrennt halten kann. Dies ist der Fall, wenn die Anteile unterschiedlichen Rechtsregeln unterliegen. Diesen Unterschieden kann nur dadurch Rechnung getragen werden, daß die Anteile auch dann getrennt bleiben, wenn sie bei dem einzig verbleibenden Gesamthänder zusammenfallen.

Ansonsten aber setzt die eheliche Gütergemeinschaft begriffsnotwendigerweise eine bestehende Ehe zwischen zwei Personen voraus. Sie existiert daher grundsätzlich nur als „Zweimann-Gesamthand“.

### 6.3.2 Einmann-Gesamthand bei der Erbengemeinschaft

Eine Miterbengemeinschaft entsteht kraft Gesetzes durch den Tod des Erblassers, wenn dieser gemäß § 2032 Abs.1 BGB mehrere Erben hinterläßt.<sup>312</sup> Infolge der gesetzlichen Entstehung der Erbengemeinschaft kommt eine originäre Gründung durch nur eine Person nicht in Betracht. Zum einen ist das Bestehen einer Erbengemeinschaft nicht an den Willen der Beteiligten geknüpft. Zum anderen setzt das Gesetz in § 2032 Abs.1 BGB für deren Entstehung eine *Mehrheit* von Erben voraus.

Eine Einmann-Erbengemeinschaft könnte somit nur dann entstehen, wenn sich alle Erbanteile nachträglich, d.h. nach deren gesetzlicher Entstehung in einer Person vereinigen. Denkbar sind hier die Fälle, daß ein Miterbe stirbt und der letzte verbleibende Miterbe dessen Anteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erlangt oder daß der vorletzte Miterbe dem letzten seinen Anteil rechtsgeschäftlich überträgt.

---

<sup>312</sup> Palandt-Edenhofer, Vor § 2032 Rdn.2; MüKo-Dütz, § 2032 Rdn.4; Soergel-Wolf, Vor § 2032 Rdn.4; Staudinger-Werner, § 2032 Rdn.2.

### 6.3.2.1 Anteilserwerb durch Gesamtrechtsnachfolge

Zu untersuchen ist zunächst der Fall des erbrechtlichen Anteilserwerbs gemäß § 1922 Abs.1 BGB. Es sei dazu folgendes Ausgangsbeispiel gewählt:

A und B wurden von Erblasser C als Erben eingesetzt. A und B bilden somit eine Erbengemeinschaft iSd. §§ 2032 ff BGB. A verstirbt. Er hat B als alleinigen Erben eingesetzt.

Stirbt der Miterbe A, geht sein Anteil auf den letzten verbleibenden Miterben B als Alleinerben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 Abs.1 BGB über. Es vereinigen sich alle Erbanteile in der Person des B. Die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft wird dadurch aufgehoben.<sup>313</sup> Die Voraussetzung des § 2032 Abs.1 BGB, daß ein gemeinschaftliches Vermögen mehreren Personen zugeordnet wird, liegt nicht mehr vor. Für eine Einmann-Gesamthand besteht damit kein Raum mehr.

Etwas anderes muß aber für folgende Variante des Ausgangsfalls gelten:

A setzt wieder B als seinen Alleinerben ein. A hat allerdings hinsichtlich seines Anteil die Vor- und Nacherbschaft angeordnet. B soll alleiniger Vorerbe, D nach dessen Tod Nacherbe sein.

Auch hier geht der mit der Nacherbschaft belastete Anteil des A im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 Abs.1 BGB auf B über. Die beiden Anteile, die bei B zusammenfallen, sind allerdings nicht gleichartig.<sup>314</sup> Der eine ist zugunsten des D mit der Nacherbschaft belastet, der andere ist unbelastet. Es stellen sich hier notwendigerweise dieselben Fragen, die sich auch dann stellen würden, wenn neben A und B noch weitere Erben vorhanden gewesen wären. Was soll mit den Beschränkungen zugunsten des D geschehen, an die B gebunden ist? Wie soll dem Interesse des B an seinem unbelasteten Eigenanteil Rechnung getragen werden?<sup>315</sup>

---

<sup>313</sup> Ebeling/Geck, aaO, Rdn.45; Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.3; Staudinger-Werner, § 2033 Rdn.6; MüKo-Dütz, § 2033 Rdn.26.

<sup>314</sup> Der Beispielsfall ist selbstverständlich ebensogut zu bilden mit anderen sachenrechtlichen oder erbrechtlichen Belastungen, z.B. der Anordnung der Testamentsvollstreckung oder die Bestellung eines Pfandrechts oder Nießbrauchs.

<sup>315</sup> Vgl. hierzu 5.3.3.2, bzw. 5.3.3.3.

Insofern muß auch hier das gelten, was für den Fall einer mehrgliedrigen Erbengemeinschaft gilt<sup>316</sup>: nämlich daß beide Anteile bei B getrennt bleiben müssen. Bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Nacherbfall eintritt, muß der ererbte Anteil des A seine Selbständigkeit behalten. Nur so kann B über seinen Eigenanteil unbeschränkt verfügen und nur so kann D seine Erbschaft in dem Zustand erhalten, wie es von A beabsichtigt wurde. Es sind somit noch zwei Anteile an der Gesamthandsgemeinschaft, allerdings in der Hand des B vorhanden.

Um also den Interessen aller Beteiligten Genüge zu tun, muß auch hier gelten, daß entgegen der herrschenden Einheitstheorie zwei Anteile als selbständig zu behandeln sind, wenn diese Anteile unterschiedlichen Rechtsregeln unterliegen. Dies muß konsequenterweise auch dann gelten, wenn A und B die beiden einzigen Mitglieder der Erbengemeinschaft waren. Dies ändert nichts an den Bedürfnissen, die für eine Selbständigkeit der Anteile sprechen. Es entsteht somit in diesem Sonderfall eine Einmann-Erbengemeinschaft.<sup>317</sup>

### 6.3.2.2 Rechtsgeschäftlicher Anteilserwerb

Um diesen Fall zu untersuchen, soll zunächst das oben genannte Beispiel modifiziert werden:

Miterbe A veräußert seinen gesamten Anteil am Nachlaß gemäß § 2033 Abs.1 S.1 BGB an den einzigen anderen Miterben B.

Hier vereinigen sich wieder die Anteile am Nachlaß in einer Hand, nämlich in der des Erwerbers B. Der Veräußerer A verliert zwar seine Stellung als Erbe des Erblassers nicht, da diese Position untrennbar mit seiner Person verknüpft bleibt.<sup>318</sup> Die Miterbenstellung kann nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben werden. Die ungeteilte Zuordnung des Nachlasses an die Mehrheit von Erben existiert nicht mehr.<sup>319</sup> Ein *gemeinschaftliches* Vermögen, das

---

<sup>316</sup> Vgl. ausführlich zu den Argumenten, die dafür sprechen, daß im Fall zweier ungleichartiger Anteile diese auch in einer Hand getrennt bleiben: 5.3.3.3.

<sup>317</sup> so auch Kanzleiter, FS Weichler, 39 (48)

<sup>318</sup> BGH, NJW 1966, 2205 (2207); BGH, NJW 1971, 1265 (1265); Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.7; Staudinger-Werner, § 2033 Rdn.23ff; MüKo-Dütz, § 2033 Rdn. 26, 27.

<sup>319</sup> Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.3; Staudinger-Werner, § 2033 Rdn.6

*mehreren* Personen zugeordnet wird, gibt es nicht mehr. Die Erbengemeinschaft ist aufgehoben.<sup>320</sup>

Die Tatsache, daß A auch dann Erbe bleibt, wenn er seinen Anteil am Nachlaß veräußert, ändert daran nichts. Er mag noch die erbrechtliche Stellung inne haben. Am Nachlaß in irgendeiner Form beteiligt ist er jedoch nicht mehr. Vereinigen sich in der Hand des B sämtliche Anteile am Nachlaß, so ist er der alleinige Berechtigte daran. Eines Zuordnungsprinzips an mehrere Personen, der Gesamthandsgemeinschaft bedarf es nicht mehr. Die Erbengemeinschaft löst sich auf. Für eine Einmann-Gesamthand in der Person des verbleibenden Miterben B ist somit wieder kein Raum.

Etwas anderes muß allerdings wieder für folgende Variante des Ausgangsfalles gelten:

A veräußert seinen Anteil an der Erbengemeinschaft an seinen einzigen Miterben B. Der Anteil des A ist jedoch zugunsten des C, der nicht Mitglied der Erbengemeinschaft ist, mit einem Pfandrecht belastet.

Es entsteht wieder die Situation, daß zwei ungleichartige Anteile zusammenfallen: ein belasteter und ein unbelasteter. Es ergeben sich somit die gleichen Probleme, die auch entstehen, wenn im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zwei unterschiedliche Anteile zusammenfallen. Insofern muß es auch hier wieder zu einer Einmann-Erbengemeinschaft kommen, in der das einzige Mitglied zwei Anteile in einer Hand hält. Dies muß so lange gelten, bis die Anteile gleichartig sind, d.h. bis sie denselben sachenrechtlichen oder erbrechtlichen Beschränkungen unterliegen. Insofern kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.

### 6.3.2.3 Zwischenergebnis

Das Ergebnis ist konsequenterweise dasselbe wie bei der ehelichen Gütergemeinschaft. Eine Einmann-Erbengemeinschaft kann weder originär, noch dadurch entstehen, daß sämtliche Anteile daran bei einem Miterben zusammenfallen. Dies gilt jedoch nicht für eine einzige Ausnahme: nämlich daß

---

<sup>320</sup> Ebeling/Geck, aaO, Rdn.45; Palandt-Edenhofer, § 2033 Rdn.3; Staudinger-Werner, § 2033 Rdn.6

Interessen Dritter zu berücksichtigen sind, die einem Erlöschen der Erbengemeinschaft entgegenstehen.

### 6.3.3 Einmann-Gesamthand bei den Personengesellschaften

Weniger eindeutig ist die Frage nach einer Einmann-Gesamthand bei den Personengesellschaften zu beantworten. Zum einen ergibt sich bei ihnen wegen ihrer vielfältigen Ausgestaltung nicht wie bei den vorigen Gesamthandsgemeinschaften bereits aus der Natur der Sache zwingend, daß grundsätzlich zumindest zwei Personen beteiligt sein müssen. (Die eheliche Gütergemeinschaft knüpft gemäß § 1415 BGB an eine bestehende Ehe zwischen zwei Personen, die Erbengemeinschaft gemäß § 2032 BGB an das Vorhandensein mehrerer Erben an.) Zum anderen muß insbesondere aufgrund der Rechtsprechungsänderung<sup>321</sup> zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine den Kapitalgesellschaften ähnliche Regelung zumindest diskutiert werden.

#### 6.3.3.1 Vergleich mit den Kapitalgesellschaften

Es soll zunächst dargestellt werden, inwiefern das Gesetz Einmann-Kapitalgesellschaften ermöglicht und worin der Vorteil einer solchen Konstruktion liegt. Indem nämlich die Kapitalgesellschaften den Personengesellschaften gegenübergestellt werden, soll der Grund herausgearbeitet werden, warum eine Einmann-Gesellschaft bei der einen Gesellschaft möglich ist, und warum sie bei letzterer – wie zu zeigen sein wird – gerade nicht ohne weiteres möglich ist. Angesprochen werden hier wegen ihrer praktischen Häufigkeit lediglich die AG und die GmbH.

Bei Kapitalgesellschaften steht das Gesellschaftsvermögen im Eigentum der Gesellschaft selbst.<sup>322</sup> Sie stellen als juristische Personen eine eigene Rechtspersönlichkeit dar, vgl. § 1 Abs.1 S.1 AktG, § 13 Abs.1 GmbHG. Sie können somit selbst Träger ihres Vermögen sein. Der Gesellschafter ist am Gesellschaftsvermögen nur mittelbar, d.h. an der GmbH gemäß §§ 14 ff

---

<sup>321</sup> BGH, NJW 2001, 1057ff.

<sup>322</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 22 II; Memento, Gesellschaften, Rdn.19f.



GmbHG durch Geschäftsanteil, bzw. an der AG gemäß § 1 Abs.2 AktG durch Aktien beteiligt.<sup>323</sup> Diese Anteilsrechte sind eigenständige Objekte des Rechtsverkehrs.<sup>324</sup> Eine Übertragung richtet sich etwa nach den §§ 929 ff BGB, § 68 AktG oder § 15 GmbHG. Insofern ist es möglich und auch inzwischen vom Gesetz<sup>325</sup> so vorgesehen, daß ein- und dieselbe Person mehrere, bzw. auch alle Anteilsrechte besitzt.

Der Grund dafür, daß dies möglich ist, liegt darin, daß hier ein Sondervermögen als juristische Person verselbständigt ist. Dieses ist von seinen jeweiligen Anteilshabern unabhängig.<sup>326</sup> Der Rechtsträger ist immer derselbe, auch wenn die Gesellschafter wechseln. Es bleibt beispielsweise eine XY-AG immer dieselbe, selbst wenn sämtliche ihrer Gesellschafter, die die AG gegründet haben, durch andere Personen ausgetauscht wurden. Eine persönliche Komponente wie bei den Personengesellschaften gibt es hier nicht. Es kommt bei den Kapitalgesellschaften gerade nicht auf die persönliche Mitarbeit und den individuellen Charakter der einzelnen Gesellschafter an. Im Vordergrund steht die kapitalmäßige Beteiligung der einzelnen Personen.

Es sind daher folgende Konstellationen denkbar:

Es kann zum einen ein Gesellschafter mehrere voneinander zu trennende Anteile an der Gesellschaft haben (sog. Mehrfachbeteiligung). Es kann selbstverständlich eine Person beispielsweise 100 oder 1000 Aktien an einer AG besitzen. Zum anderen kann auch ein Gesellschafter alle Anteile in seiner Hand vereinigen, so daß eine Einmann-Kapitalgesellschaft entsteht.<sup>327</sup> Schließlich ist es denkbar, daß eine Person alleine eine (Einmann-) Kapitalgesellschaft gründet (originäre Einmann-Gesellschaft).<sup>328</sup>

---

<sup>323</sup> Sieveking, FS Schippel, 505 (510); Kübler, aaO, § 3 III 1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 26 I 2, § 35 I 1.

<sup>324</sup> Sieveking, FS Schippel, 505 (510); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 IV 2c), § 26 I 2.

<sup>325</sup> **Bzgl der AG:** Gemäß § 2 AktG ist die Errichtung der Gesellschaft durch eine einzelne Person möglich. § 42 AktG regelt die Einmann-AG, die durch Zusammenfallen aller Anteile entsteht. **Bzgl. der GmbH:** §§ 1, 7 Abs.2 S.3, 8 Abs.2 S.2 GmbHG regeln die Einmann-Gründung. § 19 Abs.4 GmbHG regelt den Fall, daß sich alle Anteile in einer Hand vereinigen.

<sup>326</sup> Kübler, aaO, § 22 I 2; Sieveking, FS Schippel, 505 (510)

<sup>327</sup> z.B. durch Tod eines Gesellschafters einer Zwei-Personen-GmbH, wobei der verbleibende Gesellschafter Alleinerbe des Verstorbenen ist; durch Erwerb sämtlicher Anteile vom einzigen Mitgesellschafter.

<sup>328</sup> Fezer, JZ 1981 608 (609); Hachenburg-Ulmer, GmbHG, Einl.Rdn.10; Kübler, aaO, § 22 II; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 40 II 2; Memento 2000, Gesellschaften, Rdn.3300ff, 4735ff.

Der Vorteil z.B. einer Einmann-GmbH liegt in der Beschränkung der Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs.2 GmbHG. Mit der konstitutiven Eintragung der GmbH in das Handelsregister wird diese als juristische Person Trägerin der Rechte und Pflichten. Eine persönliche Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsschulden scheidet damit nach der Eintragung grundsätzlich aus. Genau darin zeigt sich auch der entscheidende Vorteil einer Einmann-GmbH gegenüber dem schlichten Einzelkaufmann: die Haftung wird auf das einzelkaufmännische Unternehmen beschränkt.<sup>329</sup> Mit seinem Privatvermögen haftet der einzige Gesellschafter nach der Eintragung grundsätzlich nicht mehr.

Weiterhin wird die Einmann-GmbH in der Praxis häufig eingesetzt, um die Unternehmenskontinuität zu sichern oder um in einer GmbH & Co KG die Geschäftsführung wahrzunehmen und so auch bei einer KG zu einer Haftungsbeschränkung zu kommen.<sup>330</sup>

Festzuhalten ist schließlich noch einmal der Grund, warum es Einmann-Kapitalgesellschaften geben kann. Dieser liegt in der besonderen Struktur der Kapitalgesellschaft. Sie ist juristische Person und damit gegenüber ihren Mitgliedern rechtlich verselbständigt. Sie bleibt dies auch dann, wenn sich alle Anteile in einer Person vereinigen.<sup>331</sup>

### 6.3.3.2 Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts?

Nachdem die Rechtslage bei den Kapitalgesellschaften untersucht wurde, ist nun zu prüfen, inwiefern eine Einmanngesellschaft bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundform der Personengesellschaft<sup>332</sup> denkbar ist.

---

<sup>329</sup> Kübler, aaO, § 22 I 3; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 40 I 1, 2b); Memento, Gesellschaften, Rdn.3300

<sup>330</sup> Fezer, JZ 1981, 608 (611); Memento, Gesellschaften, Rdn.3300. Ist der Komplementär ausnahmsweise eine GmbH, so ist die Haftung des Komplementärs auf das Vermögen der GmbH beschränkt.

<sup>331</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 IV 2b; Sieveking, FS Schippel, 505 (506)

<sup>332</sup> Baumann, BB 1998, 225 (226); Baumbach/Hopt, HGB, Vor § 105 Rdn.14; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 43 I 2b); MüHdb.GesRI-Schücking, § 1 Rdn.13 ff.

### 6.3.3.2.1 Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eine der juristischen Person gleichstehende Gesellschaft?

Aufgrund der vielfältigen Entwicklungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowohl in Gesetzgebung, als auch Rechtsprechung nähert sich ihre Struktur immer mehr der einer Kapitalgesellschaft an. Liegt aber eine den Kapitalgesellschaften vergleichbare Struktur vor, könnte auch mit dieser Begründung eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts denkbar sein. Wäre die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nämlich im Hinblick auf den Verselbständigungsgrad eine der juristischen Person gleichstehende Gesellschaft, dann entstünde eine Situation wie bei den Kapitalgesellschaften. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wäre dann vom Bestand ihrer Mitglieder gänzlich unabhängig. D.h. es müsste automatisch eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts möglich sein. Es käme überhaupt nicht mehr auf einzelne Fallgestaltungen an. Es wäre generell eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts originär, sowie nachträglich durch Zusammenfallen aller Anteile in einer Hand möglich.

#### 6.3.3.2.1.1 Veränderungen durch das neue UmwG

Vereinzelt wird mit Hinweis auf das neue Umwandlungsrecht von 1995 die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eine der juristischen Person gleichstehende Gesellschaft angesehen.<sup>333</sup>

Das neue Umwandlungsgesetz sieht in den §§ 202 Abs.1 Nr.1, 191 Abs.1, 2 Nr.1, 226 ff UmwG ausdrücklich eine identitätswahrende Umwandlung zwischen Gesamthandsgesellschaften und juristischen Personen vor. Das Vermögen des formwechselnden Rechtsträgers ist nach dem Formwechsel Vermögen des Rechtsträgers neuer Rechtsform.<sup>334</sup> Es kann somit eine AG in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgewandelt werden und der Rechtsträger, die Gesellschaft selbst, identisch bleiben. Alle Rechtsverhältnisse der umgewandelten Kapitalgesellschaft sind nach dem Formwechsel solche der

---

<sup>333</sup> Raiser, FS Zöllner, S.469ff; ders, AcP 1994, 495ff; ebenfalls angedacht von Timm, NJW 1995, 3209ff.

<sup>334</sup> Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache 75/94 S.144; Goutier/Knopf/Tulloch-Laumann, UmwG, § 190 Rdn.37; Kallmeyer-Meister/Klöcker, UmwG, § 190 Rdn.6.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Daraus wird geschlossen, daß in diesem Gesetz die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorausgesetzt wird, da sie selbst Trägerin des Vermögens sein soll.<sup>335</sup>

Teilweise gehen die Ansichten aber noch weiter. Spätestens seit dem neuen Umwandlungsgesetz sei die traditionelle Trennung zwischen Gesamthand und juristischer Person obsolet.<sup>336</sup> Nachdem die Rechtsfähigkeit einzig taugliches Kriterium für die Gliederung der Personenverbände sei<sup>337</sup>, sowohl aber Gesamthandsgesellschaften als auch juristische Personen rechtsfähig seien, stünden beide auf einer Ebene.

Es wird von den Vertretern dieser Ansicht die Eigenschaft, rechtsfähig zu sein mit der Eigenschaft, juristische Person zu sein, gleichgesetzt.<sup>338</sup> Diese etwas oberflächliche Betrachtungsweise ist allerdings kaum geeignet, die Differenzierung zwischen Kapital- und Gesamthandsgesellschaften aufzuheben. Es sprechen vor allem die Strukturunterschiede zwischen beiden Gesellschaftsformen dagegen, die Personengesellschaften in die Kategorie der juristischen Personen mit einzubeziehen. Zu nennen sind hier nur drei besondere Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften.<sup>339</sup>

1. Während sich bei den Personengesellschaften persönliche Umstände, wie etwa der Tod oder die Insolvenz eines Gesellschafters auf den Bestand der Gesellschaft auswirken<sup>340</sup>, lassen sie den Bestand der Kapitalgesellschaft unberührt<sup>341</sup>.

2. Weiterhin können bei Personengesellschaften nur die Gesellschafter selbst als Organe fungieren. Eine Unterscheidung zwischen Selbst- und Fremddorganschaft wie bei den Kapitalgesellschaften ist ihnen fremd.

---

<sup>335</sup> Raiser, FS Zöllner, 469ff; ders., AcP 194 (1994), 495ff; Timm, NJW 1995, 3209ff; Zöllner, FS Gernhuber, 563ff

<sup>336</sup> vgl. Raiser, FS Zöllner, 469 (479); Timm, NJW 1995, 3209 (3209); ders., ZGR 1996, 247 (251). Vgl. dazu auch Kallmeyer-Meister/Klöcker, UmwG, § 190 Rdn.7, der diese Ansicht allerdings ablehnt.

<sup>337</sup> Raiser, FS Zöllner, 469 (480); ders., AcP 194 (1994), 495 (510)

<sup>338</sup> Raiser, AcP 194 (1994), 495 (511)

<sup>339</sup> Ulmer, AcP 198 (1998), 113 (122)

<sup>340</sup> Gemäß § 727 Abs.1 BGB wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Tod eines Gesellschafters grundsätzlich aufgelöst. Weiterhin hat auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge.

<sup>341</sup> Der Tod eines Gesellschafters oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters sind nicht in § 262 Abs.1 AktG, bzw. § 60 Abs.1 GmbH aufgeführt und stellen somit keine zwingenden Auflösungsgründe dar.

3. Schließlich sind Personengesellschaften durch die persönliche Haftung der Mitglieder gekennzeichnet, während sich die Haftungsverfassung der Kapitalgesellschaften durch eine gesetzlich garantierte Haftungssumme auszeichnet.<sup>342</sup>

Alle diese drei Merkmale sprechen dafür, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts längst nicht gegenüber ihren Mitgliedern so verselbständigt ist, wie die Kapitalgesellschaften. Es wirken sich besondere Umstände auf der persönlichen Ebene der Gesellschafter immer auf die Ebene der Gesellschaft aus.

Die h.M. hält daher trotz des neuen Umwandlungsrechts weiter an der Trennung zwischen Gesamthand und juristischer Person fest.<sup>343</sup> Allein die Möglichkeit einer identitätswahrenden Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 202 Abs.1 Nr.1, 191 Abs.1, 2 Nr. 1, 226 ff UmwG führt nicht dazu, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts den juristischen Personen gleichgestellt wird.

#### 6.3.3.2.1.2 *Neue Rechtslage seit dem 29. Januar 2001*

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Januar 2001, mit dem die bisherige Rechtsprechung aufgehoben wurde, ist die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts als rechtsfähig anzusehen, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.<sup>344</sup> Des weiteren ist sie als im Zivilprozeß aktiv und passiv parteifähig anzusehen.<sup>345</sup> Es wurde somit

---

<sup>342</sup> § 5 Abs.1 GmbHG setzt voraus, daß das Stammkapital der Gesellschaft mindestens fünfundzwanzig Euro beträgt. § 7 AktG legt fest, daß der Mindestnennbetrag des Grundkapitals fünfzigtausend Euro beträgt. Es ist damit gesetzlich eine Haftungssumme in der Höhe garantiert.

<sup>343</sup> MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.131; Soergel-Hadding, Vor § 705 Rdn.21; Mülberr, AcP 199 (1999), 38 (67); Baumann, BB 1998, 225 (228); Ulmer, AcP 198 (1998), 113 (123, 124); Bayer, ZIP 1997, 1613 (1626); Zöllner, FS Gernhuber, 563 (566); Hueck, FS Zöllner, 275 (282, 287f), der sich ausführlich für einen Dualismus von Kapital- und Personengesellschaften ausspricht. Vgl. auch Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 IV, der sich zwar letztlich auch dagegen ausspricht, daß die Gesamthandsgesellschaften der Kategorie der juristischen Person zuzuordnen ist, der aber zumindest der Idee aufgeschlossen gegenübertritt.

<sup>344</sup> BGH, NJW 2001, 1057 ff.

<sup>345</sup> BGH, NJW 2001, 1057 (1057); kritisch dazu Anmerkung von Schemmann, DNotZ 2001, 256ff.

durch dieses Urteil die Selbständigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegenüber ihren Mitgliedern weiter gestärkt.

Zu diskutieren ist, ob die Verselbständigung gegenüber den Mitgliedern, bzw. der Umfang der Rechtsfähigkeit so weit geht, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nunmehr aufgrund der geänderten Rechtsprechung als juristische Person anzusehen ist. Dann wäre nämlich automatisch eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit derselben Begründung wie bei den Kapitalgesellschaften automatisch denkbar.

Dies ist aber zumindest hinsichtlich des Umfangs der Rechtsfähigkeit abzulehnen. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nach wie vor nicht als juristische Person aufzufassen. Der Bundesgerichtshof hat in den Entscheidungsgründen zu seinem Urteil vom 29. Januar 2001 klar ausgeführt, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, soweit sie eigene Rechte und Pflichten begründet, zwar rechtsfähig ist, dies allerdings *ohne juristische Person zu sein*.<sup>346</sup> Eingehender nimmt der Bundesgerichtshof nicht zu der Unterscheidung von Gesamthandsgemeinschaft und Juristische Person Stellung. Er verweist lediglich darauf, daß auch bei der OHG und der KG Einigkeit herrsche, daß diese zwar Träger von Rechten und Pflichten sein können und damit rechtsähig sind, ohne allerdings als Gesamthandsgemeinschaften den Status einer juristischen Person zu besitzen.<sup>347</sup>

Es ist somit die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht den juristischen Personen gleichzustellen.

Selbst wenn man aber die Juristische Person und die Gesamthandsgesellschaft hinsichtlich der *Rechtsfähigkeit* auf eine Stufe stellt, so sind sie doch gerade hinsichtlich ihrer *rechtlichen Verselbständigung* – und darum geht es bei der hier gestellten Frage – zu unterscheiden.

Die Verselbständigung beispielsweise der GmbH als Kapitalgesellschaft, und damit als juristischer Person, manifestiert sich u.a. darin, daß sie gemäß § 11 GmbHG ins Handelsregister eingetragen wird, daß sie selbst unter ihrer Firma im Rechtsverkehr auftritt (vertreten durch ihre Geschäftsführer, § 35 Abs.1 GmbHG), und daß es in den in § 60 GmbHG genannten Fällen einer gesonderten Auflösung bedarf.

---

<sup>346</sup> BGH, NJW 2001, 1057 (1062)

<sup>347</sup> BGH, NJW 2001, 1057 (1059)

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts dagegen weist keinen so hohen Grad an Verselbständigung auf. Eine Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt nicht. Auch endet gemäß den §§ 726, 727 BGB die Gesellschaft bürgerlichen Rechts „automatisch“ z.B. bei Wegfalls des gemeinsamen Zwecks oder bei Wegfall des letzten Gesellschafters. Eines gesonderten Auflösungsverfahrens bedarf es nicht. Es wirken sich damit persönliche Umstände in der Person der Gesellschafter unmittelbar auf den Bestand der Gesellschaft aus.<sup>348</sup>

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist demnach nicht als juristische Person anzusehen. Auch ist sie bei weitem nicht in dem Maße gegenüber ihren Mitgliedern rechtlich verselbständigt wie die juristische Person. Gerade diese Verselbständigung war allerdings die Begründung, weshalb eine Einmann-Kapitalgesellschaft möglich ist. Es kann also auch mit der neuen rechtlichen Einordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch das neueste Urteil des Bundesgerichtshofs eine Einmann-Gesellschaft jedenfalls nicht automatisch bejaht werden. Die Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist dafür nicht hinreichend mit der der Kapitalgesellschaften vergleichbar.

Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist somit nicht automatisch mit der Begründung möglich, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in die Kategorie der juristischen Personen aufzunehmen ist. Es führt daher nicht etwa wie bei den Kapitalgesellschaften eine absolute Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern in jedem Fall auch zu einer Einmann-Gesellschaft. Es sind vielmehr einzelne Fallkonstruktionen zu untersuchen, in denen eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstehen könnte. Zu beachten ist dabei, daß die Aufzählung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, sondern nur ausgewählte Fälle erfassen soll.

#### 6.3.3.2.2 Einmann-Gründung

Fraglich ist, ob eine Person alleine eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts iSd. §§ 705 ff BGB gründen kann. Erforderlich für die Gründung einer Gesellschaft

---

<sup>348</sup> Vgl. dazu auch die erläuterten Beispiele in 6.3.3.3.1

ist neben der Förderung eines gemeinsamen Zwecks der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages.

Grundsätzlich setzt ein solcher Gesellschaftsvertrag als schuldrechtlicher Vertrag die übereinstimmenden Willenserklärungen mindestens zweier Personen voraus.<sup>349</sup> Es wird allerdings auch gemäß § 2 Abs.1 GmbHG für die Gründung einer GmbH ein solcher Gesellschaftsvertrag vorausgesetzt. Dennoch ist im GmbH-Gesetz im Gegensatz zum BGB eine Einmann-Gründung vorgesehen, vgl. §§ 1, 7 Abs.2 S.3, 8 Abs.2 S.2, 19 Abs.4, 35 Abs.4, 48 Abs.3 GmbHG. Es muß somit auch bei der Gründung einer Einmann-GmbH das Erfordernis eines Gesellschaftsvertrages überwunden werden. Rechtsprechung und Lehre helfen sich hier folgendermaßen:<sup>350</sup>

Der Begriff des Gesellschaftsvertrags ist in dem Fall nicht als die Übereinstimmung zweier Willenserklärungen aufzufassen. Er ist insofern widersprüchlich. Er ist vielmehr als eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung auszulegen, die auf die Gründung einer GmbH gerichtet ist (sog. rechtsgeschäftlicher Organisationsakt).<sup>351</sup> Auf den Abschluß eines Vertrages zwischen mindestens zwei Personen wird hier verzichtet.

Würde man diese Auslegung auch auf den Begriff des Gesellschaftsvertrages iSd. § 705 BGB übertragen, so stünde zumindest dies einer Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht mehr im Weg. Dagegen spricht aber die weitere gesetzliche Ausgestaltung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Während die Einmann-GmbH im Gesetz mehrfach ausdrücklich erwähnt ist (s.o.), für sie mithin besondere Regelungen getroffen wurden, so fehlt es daran iRd. §§ 705 ff BGB. Vielmehr wird auch an anderen Stellen vorausgesetzt, daß mehrere Personen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beteiligt sind. So fordert § 705 BGB im Gegensatz zu § 1 GmbHG („Gesellschaften mit beschränkter Haftung können (...) zu jedem gesetzlichen Zweck (...) errichtet werden.“) einen *gemeinsamen* Zweck. Gemeinsamkeit des Zwecks bedeutet,

---

<sup>349</sup> MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.1; Palandt-Sprau, § 705 Rdn.4; Soergel-Hadding, § 705 Rdn.1; Brox, aaO, Rdn.76; Köhler, aaO, § 15 I 1; Medicus, aaO, Rdn. 25

<sup>350</sup> Vgl. zur Einmann-GmbH, vor allem ihrer Gründung Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 1 Rdn.40ff; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 40; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 8. Auflage, München, 1992, 93ff; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.148f; Fezer, JZ 1981, 608ff; Schmidt, ZIP 1996, 353ff; ders., ZHR 145 (1981), 540ff; Beuthien, ZIP 1996, 305ff; Ulmer, ZIP 1996, 73ff; John, BB 1982, 505ff.

<sup>351</sup> BayObLG DB 1983, 604; Sudhoff, aaO, 27; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.148; Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 1 Rdn.41; Fezer, JZ 1981, 608 (613); Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 2 Rdn.3ff; Schmidt, NJW 1980, 1769 (1774); Hüffer, ZHR 142 (1978), 486 (491)



daß jeder der Vertragschließenden daran interessiert sein muß, diesen Zweck zu erreichen.<sup>352</sup> Auch rein sprachlich impliziert das Wort *gemeinsam*, daß es sich nicht um den Zweck einer einzelnen Person handelt, sondern um den zweier oder mehrerer Personen.

Das Gesetz setzt also auch hier wieder mehrere Gesellschafter voraus. Die Auslegung des Begriffs des Gesellschaftsvertrages iSd. § 1 GmbHG kann somit nicht auf den iSd. § 705 BGB übertragen werden.

Eine originäre Einmann-Gründung kommt demnach bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in Betracht.<sup>353</sup> Es kann nicht von einer Person alleine ein Gesellschaftsvertrag geschlossen werden und nicht ein *gemeinsamer* Zweck verfolgt werden.

#### 6.3.3.2.3 Tod des vorletzten Gesellschafters

Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts könnte weiterhin entstehen, wenn der vorletzte Gesellschafter verstirbt und der verbleibende als Alleinerbe dessen Anteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erwirbt, § 1922 Abs.1 BGB.

Grundsätzlich wird gemäß § 727 Abs.1 BGB die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt.<sup>354</sup> Daraus ergibt sich allerdings nach ständiger Rechtsprechung<sup>355</sup> nicht, daß die Gesellschaftsanteile grundsätzlich unvererblich sind. Der Gesellschaftsanteil ist vielmehr immer vererblich: entweder, wenn eine Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag existiert, als Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, oder, wenn keine solche Klausel besteht, als Anteil an der Auseinandersetzungsgemeinschaft.<sup>356</sup> Bei letzterer Alternative erhält der Erbe nicht den Anteil an der Gesellschaft, sondern nach ihrer Auflösung den Anspruch auf den Anteil am Auseinandersetzungsguthaben.

---

<sup>352</sup> Kübler, aaO, § 6 I 1d; MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.109ff; Palandt-Sprau, § 705 Rdn.15

<sup>353</sup> Dies wird auch von Vertretern der Ansicht, die allgemein eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts befürworten, so gesehen, vgl. Weimar/Grote, INF 1997, 527 (529).

<sup>354</sup> Vgl. hierzu ausführlich oben 5.4.4.1

<sup>355</sup> BGHZ 98, 48 (50); Marotzke, AcP 1987, 209 (226 ff) mwN.

<sup>356</sup> Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.17; MüKo-Leipold, § 1922 Rdn.32; Staudinger-Marotzke, § 1922 Rdn.177; Soergel-Stein, § 1922 Rdn.43; Schmidt, JuS 1987, 147.

Anders aber liegt folgenderer Fall:

A und B bilden gemeinsam die A&B-GbR. A verstirbt und setzt B, den einzig verbleibenden Gesellschafter als Alleinerben ein.

Dann nämlich erlischt die zweigliedrige Gesellschaft grundsätzlich ohne eine Auseinandersetzung.<sup>357</sup> Alle Anteile vereinigen sich in einer Hand und das Gesellschaftsvermögen geht auf den verbliebenen Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über.<sup>358</sup> Wurde bei der Gründung einer originär aus zwei Personen bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder bei einer ursprünglich mehrgliedrigen Gesellschaft, die inzwischen auf zwei Mitglieder geschrumpft ist, eine Nachfolgeklausel iSd. § 736 Abs.1 BGB in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, so ist diese im Zweifel als sog. Übernahmeklausel auszulegen.<sup>359</sup> Eine solche Klausel hat zur Folge, daß das Gesamthandseigentum im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in das Alleineigentum des Übernehmers übergeht.<sup>360</sup> Wurde eine solche Übernahmeklausel im Gesellschaftsvertrag nicht vereinbart, so besteht für den Gesellschafter-Erben lediglich ein Übernahmerecht, das er durch eine entsprechende Willenserklärung ausüben kann.<sup>361</sup>

Die Gesamthandsgemeinschaft erlischt somit.<sup>362</sup> Das ehemalige Gesamthandseigentum geht im Alleineigentum des Erben auf. Eine Einmann-Gesamthand entsteht demnach nicht.

---

<sup>357</sup> BGHZ 98, 48 (51); Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.17; Soergel-Hadding, § 730 Rdn.18; MüKo-Ulmer, § 730 Rdn.49; Staudinger-Keßler, § 730 Rdn.11; MüHdb.GesRI-Gummert, § 16 Rdn.113; Schmidt, JuS 1987, 147

<sup>358</sup> BGH, WmM 1957, 512 (514); Schmidt, JuS 1987, 147; Flume, aaO, § 17 III; Palandt-Edenhofer, § 1922 Rdn.17; Soergel-Hadding, § 730 Rdn.23; Staudinger-Keßler, § 730 Rdn.28; MüKo-Ulmer, § 730 Rdn.62, der jedoch den Übergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht unkritisch sieht. Die Begründung mit dem Anwachsungsprinzip greife nicht, da dies den Fortbestand der Gesellschaft voraussetzt. Dennoch bejaht er die Gesamtrechtsnachfolge: mit dem Erlöschen der Gesellschaft entfällt die Grundlage für das Gesamthandseigentum, es wird notwendigerweise in der Hand der Gesellschafter-Erben zu Alleineigentum.

<sup>359</sup> Palandt-Sprau, § 736 Rdn.4; MüKo-Ulmer, § 736 Rdn.2, 6, 7; Staudinger-Keßler, § 726 Rdn.1; Soergel-Hadding, § 730 Rdn.19; MüHdb.GesRI-Gummert, § 16 Rdn.115; Rimmelpacher, AcP 173 (1973), 1 (21f); Flume, aaO, § 17 III.

<sup>360</sup> MüKo-Ulmer, § 730 Rdn.54; Soergel-Hadding, § 730 Rdn.23; Staudinger-Keßler, § 730 Rdn.28.

<sup>361</sup> Palandt-Sprau, § 736 Rdn.4; MüKo-Ulmer, § 730 Rdn.60; Rimmelpacher, AcP 173 (1973), 1 (21)

<sup>362</sup> Ganz h.M., Palandt-Sprau, § 705 Rdn.1; Staudinger-Keßler, § 705 Rdn.; MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § ; MüHdb.GesRI-Gummert, § 16 Rdn.115; Rdn.; T.Schmidt, aaO, 45; Fett/Brand, NZG 1999, 45 (50); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (40); Sieveking, FS Schippel, 505 (511);

Etwas anderes muß jedoch für folgenden Sonderfall gelten:

A und B bilden die A&B-GbR. A verstirbt und setzt B als alleinigen Vorerben, den gesellschaftsfremden C als Nacherben ein.

Nach dem oben Gesagten müßte sich auch hier die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Tod des A auflösen. Hier liegt allerdings die Besonderheit vor, daß hinsichtlich des Anteils an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Vor- und Nacherbschaft angeordnet wurde. Tritt dann der Nacherbfall ein, so soll entsprechend § 2143 BGB das Nebeneinander der Beteiligungen wieder aufleben. Erlischt aber die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erbfalles, so müßte sie im Nacherbfall neu gegründet werden, da § 2143 BGB nur ex nunc wirkt.<sup>363</sup> Problematisch dabei aber ist die Frage, was in dem möglicherweise recht langen Zeitraum zwischen Vor- und Nacherbfall mit dem Gesellschaftsanteil passieren soll. Im Interesse des Nacherben kann die Gesellschaft während der Dauer der Vorerbschaft nicht untätig sein. Der Gesellschaftsanteil muß auch in dieser Zeit verwaltet werden.<sup>364</sup> Um aber verwaltet werden zu können, muß der Gesellschaftsanteil die ganze Zeit über weiter bestanden haben und muß sich auch entwickeln können.<sup>365</sup> Ein Vorgehen über § 2143 BGB muß somit im Interesse des Nacherben ausscheiden.<sup>366</sup>

Vielmehr muß die Personengesellschaft in seinem Interesse bestehen bleiben. Der Vorerbe hat als alleiniger Gesellschafter zwei voneinander getrennt zu verwaltende Gesellschaftsanteile.<sup>367</sup> Vom Bundesgerichtshof wird diese

---

Weimar, ZIP 1997, 1769 (1776); Baumann, BB 1998, 225 (231); Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 207 (218).

<sup>363</sup> Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 207 (220); Palandt-Edenhofer, § 2143 Rdn.1

<sup>364</sup> Kübler, aaO, § 6 IV 2d; Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209 (221)

<sup>365</sup> Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209 (221)

<sup>366</sup> BGHZ 98, 48 (57)

<sup>367</sup> so neuerdings BGHZ 98, 48 (57): (...) *hat zur Folge, daß die Gesellschaft hier trotz Vereinigung aller Anteile in der Hand des Beklagten (...) als nicht erloschen anzusehen ist.*; Kübler, aaO, § 6 IV 2d; Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209ff; Lüttge, NJW 1994, 5 (8, 9); Fett/Brand, NZG 1999, 45 (51); Marotzke, AcP 1987, 223 (234); Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 105 Rdn.26; a.A. Flume, aaO, § 7 III 4, der die entstehende Einmann-Gesellschaft als *hybride Rechtsfigur* bezeichnet und damit sein Unverständnis zum Ausdruck bringt, wie eine solche Einmann-Gesellschaft bestehen soll. Diese Ansicht resultiert wohl aus der inzwischen allerdings überholten Meinung, daß die Gesamthandsgesellschaft *als Gruppe der Gesellschafter* rechtsfähig ist. (Vgl. hierzu ausführlich Flume, aaO, § 4 II; ders., ZHR 136 (1972), 177 (184ff)) Diese *Gruppe*, die rechtsfähig ist, bilden nach Flume *die Mitglieder der Gesellschaft in ihrer Verbundenheit*. (ZHR 136 (1972), 177 (189)). Er setzt somit mindestens zwei Gesellschafter selbst voraus.

Schlußfolgerung leider nicht begründet. Einleuchtend erscheint allerdings folgende Ansicht:

Hintergrund ist der Rechtsgedanke des § 1256 Abs.1 S.2 BGB.<sup>368</sup> Gemäß § 1256 Abs.1 S.1 BGB erlischt ein beschränktes dingliches Recht an einer Sache, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Eine Ausnahme davon wird in § 1256 Abs.1 S.2 BGB geregelt. Danach erlischt dieses Recht nicht, wenn die zu Grunde liegende Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist.

Dem Recht eines Dritten entspricht hier die Aussicht des Nacherben auf den Erwerb des Gesellschaftsanteils.<sup>369</sup> Mit dieser Aussicht ist der im Wege der Vorerbschaft erworbene Anteil des Vorerben belastet. Das Interesse des Nacherben besteht zum einen darin, daß sich der Umfang seines Rechts berechnen lassen muß. Dieser läßt sich jedoch nur dann bestimmen, wenn man die Gesellschaft durch die Erbschaft nicht als erloschen ansieht. Dem Nacherben fällt nämlich auch die auf den Gesellschaftsanteil entfallende Beteiligung am Vermögenszuwachs während der Vorerbschaft zu, vgl. § 2111 Abs.1 S.1 BGB.

Es besteht aber auch ein Interesse des Nacherben dahingehend, seinen Gesellschaftsanteil in möglichst umfangreichem Zustand zu erhalten. Dieses Interesse aber ist gefährdet, wenn die Gesellschaft erlischt. Es ist insbesondere der Fall zu nennen, daß Privatgläubiger des Vorerben-Gesellschafters in dessen Privatvermögen vollstrecken.<sup>370</sup> Erlischt die Gesellschaft ohne Auseinandersetzung, geht das ehemalige Gesellschaftsvermögen im Privatvermögen des Vorerben auf. Es gehört damit zu derjenigen Vermögensmasse, in die ein Privatgläubiger des Vorerben gemäß den §§ 704 ff ZPO vollstrecken kann. Tritt der Nacherbfall ein, können diese Vollstreckungsmaßnahmen auch nicht mehr gemäß den §§ 2113 ff BGB unwirksam werden. Die §§ 2113 ff BGB erfassen lediglich Verfügungen über *Erbschaftsgegenstände*. Erbschaftsgegenstand war allerdings lediglich der *Anteil an der Gesellschaft*, nicht dagegen einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände. Es besteht daher die Möglichkeit, daß die Begünstigung des Nacherben insofern vereitelt wird, als das ehemalige Gesellschaftsvermögen der Zwangsvollstreckung durch Privatgläubiger des Vorerben zum Opfer gefallen ist. Der Nacherbe hat somit ein vitales Interesse

---

<sup>368</sup> Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209 (222ff); Flume, BGB AT I 1, § 7 III 4

<sup>369</sup> Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209 (223f)

<sup>370</sup> T.Schmidt, aaO, 50

daran, daß die Gesellschaft – und somit auch „sein“ Gesellschaftsanteil - für die Zeit der Vorerbschaft bestehen bleibt.

Die Interessenlage des Nacherben ist somit durchaus vergleichbar mit der des Dritten iSd. § 1256 Abs.1 S.2 BGB. Es darf also das Recht, d.h. der Anteil im Interesse des Nacherben nicht erlöschen. Dies setzt aber voraus, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zeitraum zwischen Vor- und Nacherbfall bestehen bleibt.

Nach diesem Rechtsgedanken bleibt die Personengesellschaft somit bestehen, wenn der einzige Mitgesellschafter den anderen Anteil erbt, der der Nacherbfolge unterliegt. Der Vorerbe ist alleiniger Gesellschafter mit zwei voneinander getrennt zu verwaltenden Gesellschaftsanteilen.<sup>371</sup>

Dasselbe muß auch dann gelten, wenn der ererbte Anteil anderen erbrechtlichen Beschränkungen, namentlich der Testamentsvollstreckung unterliegt, oder wenn er belastet auf den Erben übergeht.<sup>372</sup> Zu denken wäre hier wieder an ein Pfandrecht oder Nießbrauch zugunsten gesellschaftsfremder Dritter. Auch hier ist die Interessenlage des Pfandrechtsgläubigers oder des Nießbrauchsberechtigten vergleichbar mit der des Dritten iSd. § 1256 Abs.1 S.2 BGB.

Diese dann entstehende Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist aber nicht mit dem Tatbestand der Einmann-Kapitalgesellschaft zu vergleichen. Einmann-Kapitalgesellschaften werden aus einem eigenen Interesse heraus<sup>373</sup> *auf Dauer* gegründet, bzw. bestehen gleichwertig zu einer mehrgliedrigen Kapitalgesellschaft. Die Konstruktion einer Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht dagegen nur *vorübergehend*, d.h. in der Zeit der Vorerbschaft oder einer vergleichbaren Belastung, um die Interessen Dritter zu wahren. Sie

---

<sup>371</sup> Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209 (228); Lüttge, NJW 1994, 5 (9); T.Schmidt, aaO, 51; a.A. Hueck, aaO, § 11 II 6; MüHdb.GesRI-Gummert, § 16 Rdn.72; Sieveking, FS Schippel, 505, (517)

<sup>372</sup> BGH, NJW 1996 48 (57); Palandt-Edenhofer, § 2205 Rdn.14; MüKo-Leipold, § 1922 Rdn.38b; MüKo-Brandner, § 2205 Rdn.25f; T.Schmidt, aaO, 58, 60. Selbstverständlich keine Rolle spielt hier der Fall, daß ein Gesellschafter einen Anteil erwirbt, der hinsichtlich des Stimmrechtes in seiner Ausübung beschränkt ist. (vgl. oben 5.6) Ist der schuldrechtliche Bindungsvertrag mit einem Mitgesellschafter geschlossen worden, so ist dieser entweder nicht mehr Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. (Die Rede ist hier ja nur von der zweigliedrigen Gesellschaft) Wurde der Bindungsvertrag zwischen dem Erblasser und gesellschaftsfremden Dritten geschlossen, so sind zwar in einer dann entstehenden „Einmann-Gesellschaft“ kaum Fallgestaltungen denkbar, in denen eine solche Stimmbindung auch nach dem Tod des Gebundenen bestehen müßte. Prinzipiell muß aber auch das zu den übrigen Belastungen / Beschränkungen Gesagte gelten. T.Schmidt, aaO, 69, 70, nimmt zu den praktischen Auswirkungen leider auch nicht Stellung. Er bejaht jedoch, daß dann die Gesellschaft mit nur einem Gesellschafter bestehen bleiben muß.

<sup>373</sup> Vgl. hierzu oben 6.3.3.1

existiert dagegen nicht gleichwertig wie eine mehrgliedrige Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Hier geht es lediglich darum, daß zwei Anteile, auch wenn sie von einer Person gehalten werden, ausnahmsweise selbständig bleiben und verwaltet werden.<sup>374</sup>

#### 6.3.3.2.4 Veräußerung aller Anteile an den letzten verbleibenden Gesellschafter

Weiterer denkbarer Fall, daß nur ein Gesellschafter verbleibt, ist der, daß alle Anteile an den letzten Gesellschafter veräußert werden.

A, B, C und D bilden gemeinsam die XY-GbR. A, B und C entschließen sich, ihr Anteile an den Mitgesellschafter D zu veräußern.

Zu prüfen ist, ob ein Gesellschafter über seine Beteiligung an einer Gesellschaft im Ganzen verfügen kann. Gemäß § 719 Abs.1 BGB kann ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen. Die Verfügung über die Mitgliedschaft in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Ganzen<sup>375</sup> dagegen fällt nach ganz überwiegender Ansicht nicht darunter.<sup>376</sup> Bei dieser Übertragung der Mitgliedschaft handelt es sich um eine Verfügung gemäß §§ 413, 398 BGB.<sup>377</sup>

Zulässig ist dann auch die Übertragung aller Anteile auf einen einzelnen Erwerber, auch wenn er der einzig verbleibende Mitgesellschafter ist.<sup>378</sup> Die

---

<sup>374</sup> Lüttge, NJW 1994, 5 (9); Schlegelberger-Schmidt, HBG, § 105 Rdn.26; Kanzleiter, FS Weichler, 39 (46f)

<sup>375</sup> Hier kann noch einmal die Unterscheidung zwischen dem Anteil und der Mitgliedschaft verdeutlicht werden: Die Veräußerer verlieren sowohl ihre Mitgliedschaft, als auch ihre Anteile an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Hier gehen beide Elemente auf den Erwerber über. Der Erwerber erhält die Anteile der veräußernden Mitgesellschafter. Mitglied der Gesellschaft kann er jedoch auch in diesem Fall nur einmal sein. Die Anteile können u.U. getrennt bleiben, wenn sie ungleichartig sind, vgl. Kapitel 5.

<sup>376</sup> MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.2; MüHdb.GesR I-Piehler, § 13 Rdn.59; Schmidt, Gesellschaftrecht, § 45 III 2b

<sup>377</sup> MüHdb.GesR I-Piehler, § 13 Rdn.59; Palandt-Sprau, § 719 Rdn.3; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 III 3

<sup>378</sup> BGHZ 71, 296 (299); MüHdb.GesRI-Piehler, § 13 Rdn.60; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.20; Fett/Brand, NZG 1999, 45 (46)

Gesellschaft wird dann ohne Auseinandersetzung beendet.<sup>379</sup> Der Erwerber wird als Gesamtrechtsnachfolger Alleineigentümer des Gesellschaftsvermögens.<sup>380</sup> Auch hier wandelt sich das Gesamthandseigentum in Alleineigentum des Erwerbers um. Eine Einmann-Gesamthand entsteht nicht.

Es ist aber auch bei dem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Anteils ein dem obigen Beispiel entsprechender Sonderfall zu bilden:

Es besteht wiederum eine XY-Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit den Gesellschaftern A, B, C und D. A, B und C veräußern wieder ihrer Anteile an den Mitgesellschafter D. Bereits vor der Veräußerung hat C allerdings seinen Anteil zugunsten des gesellschaftsfremden F mit einem Pfandrecht<sup>381</sup> belastet.

Auch hier muß wieder über § 1256 Abs.1 S.2 BGB entsprechend dasselbe Ergebnis erreicht werden, wie oben.<sup>382</sup> In dem Zeitpunkt, in dem D den Anteil des C erwirbt, sind auch dritte Interessen betroffen, nämlich die des Pfandrechtsgläubigers F. Es besteht derselbe Konflikt, wie oben<sup>383</sup>. Grundsätzlich müßte die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zeitpunkt des Erwerbs erlöschen. Da aber der Pfandrechtsgläubiger ein Interesse daran hat, daß das zu seinen Gunsten belastete Recht nicht erlischt und ihm überdies noch daran gelegen ist, daß es ordnungsgemäß weiterverwaltet wird, muß der Gesellschaftsanteil selbständig bestehen bleiben. Dies setzt wiederum voraus, daß die Gesellschaft selbst für den Zeitraum fortbesteht, für den die Belastung besteht.<sup>384</sup>

---

<sup>379</sup> BGHZ 71, 296 (299); Soergel-Hadding, § 730 Rdn.18; Staudinger-Keßler, § 730 Rdn.62; MüHdb.GesRI-Piehler, § 13 Rdn.60; MüKo-Ulmer, § 719 Rdn.20; Fett/Brand, NZG 1999, 45 (46)

<sup>380</sup> MüHdb.GesRI-Piehler, § 13 Rdn.60; Weimar, ZIP 1997, 1769 (1776)

<sup>381</sup> Das Beispiel wäre selbstverständlich auch mit einem Nießbrauch zu bilden gewesen.

<sup>382</sup> Baur/Grunsky führen dies in ZHR 133 (1970), 209ff lediglich im Hinblick auf Anteile aus, die im erbrechtlichen Wege erworben werden. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn Anteile rechtsgeschäftlich erworben werden. In der Sache ändert sich dadurch nichts.

<sup>383</sup> Fett/Brand, NZG 1999, 45 (51)

<sup>384</sup> Kübler, aaO, § 6 IV 2d; Esch, BB 1993, 664 (666); Lüttge, NJW 1994, 5 (8); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (46); Weimar, ZIP 1997, 1769 (1772, 1773); Baumann, BB 1998, 225 (230); Fett/Brand, NZG 1999, 45 (51).

## 6.3.3.2.5 Identitätswahrende Umwandlung einer Einmann-GmbH

Gemäß §§ 191 Abs.1, 2; 202 Abs.1 Nr.1; 226 ff UmwG kann u.a. eine Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, und gemäß § 191 Abs.2 Nr.1 UmwG explizit in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgewandelt werden. Dabei soll der Rechtsträger des Vermögens vor und nach dem Formwechsel identisch bleiben (sog. identitätswahrende Umwandlung). Es bleibt beispielsweise das Vermögen der XY-Gesellschaft in ihrer eigenen Hand, auch wenn sie vorher als Kapitalgesellschaft, nach dem Formwechsel dagegen als Personengesellschaft existiert.

Fraglich ist, wie folgende Fall zu beurteilen ist:

A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH. Er möchte seine GmbH in eine Personengesellschaft umwandeln.<sup>385</sup> Die Voraussetzungen, eine OHG gemäß den §§ 105 ff HGB erfüllt er jedoch nicht, da er kein Handelsgewerbe betreibt. Er möchte seine GmbH daher in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umwandeln.

Gemäß § 226 UmwG kann sich eine GmbH als Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umwandeln. Sie kann sich somit auch gemäß §191 Abs. 2 Nr.1 UmwG grundsätzlich in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umwandeln. Da aber A alleiniger Gesellschafter der GmbH war, würde eine Umwandlung zu einer Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts führen. Diese kann aber aus oben genannten Gründen gerade nicht bestehen. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist somit für diesen Fall, daß eine Einmann-GmbH umgewandelt werden soll, kein zulässiger Rechtsträger neuer Rechtsform. Der Formwechsel in eine Personengesellschaft setzt voraus, daß die Gesellschaft vor dem Formwechsel noch mindestens zwei Gesellschafter hatte.<sup>386</sup> Eine Umwandlung ist in diesem Fall nicht möglich. Es entsteht vor allem in dieser Konstellation keine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

---

<sup>385</sup> Mögliche Motive für die Umwandlung einer Kapital in eine Personengesellschaft können z.B. günstige steuerliche Folgen sein. Außerdem entfallen auf diese Weise die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln. Die Gesellschaft kann somit ihr Vermögen auf Gesellschafter oder Dritte übertragen. Vgl. dazu Goutier/Knopf/Tulloch-Laumann, UmwG, § 226 Rdn.2.

<sup>386</sup> Kallmeyer-Dirksen, UmwG, § 226 Rdn.4.



## 6.3.3.2.6 Alle Gesellschafter bis auf einen sind ohne Vermögensanteil

Weitere denkbare Möglichkeit einer Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts könnte der Fall sein, daß alle Gesellschafter bis auf einen nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind.

Die Konstruktion des Gesellschafters ohne Kapitalanteil wurde eingeführt, um in der Praxis auftretende Probleme (v.a. des Bestandsschutzes) besser lösen zu können.<sup>387</sup> Es sei hierzu folgendes Beispiel erläutert, um die praktische Relevanz darzustellen:

In der Schmidt-GbR, einer reinen Familiengesellschaft, ist der Vater A alleiniger geschäftsführender Gesellschafter. Nur seine Kinder B, C und D sind neben ihm Gesellschafter. A verstirbt. Die Gesellschaft soll gemäß einer Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag auch nach dem Tod des A fortgeführt werden. Die Kinder befinden sich jedoch alle noch in der Ausbildung und sind auch im Übrigen aufgrund ihres Alters noch nicht dazu geeignet, die Gesellschafteraufgaben vollumfänglich wahrzunehmen.

Es ist in dieser Familiengesellschaft laut Gesellschaftsvertrag nur ein bestimmtes Familienmitglied vollberuflich tätiger geschäftsführender und vertretungsberechtigter Gesellschafter. Der Bestand der Gesellschaft hängt somit faktisch an dieser einen Person, im Beispiel dem A. Ist zwar im Gesellschaftsvertrag gemäß § 727 Abs.1 BGB bestimmt, daß die Gesellschaft auch nach dem Tod dieses Gesellschafters fortgeführt werden soll, so muß darüber hinaus ein geeigneter Nachfolger für den einzig geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter gefunden werden. Steht ein solcher momentan nicht zur Verfügung, kann eine familienfremde Person als Gesellschafter aufgenommen werden, die diese Pflichten erfüllt. Der neue Gesellschafter soll aber in der Regel nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt werden. Das Vermögen soll vielmehr ausschließlich in der Familie bleiben. Ziel der Aufnahme in die Gesellschaft ist es nicht, neues Kapital zu akquirieren oder eine neue Person dauerhaft als Gesellschafter aufzunehmen, sondern den Bestand der Gesellschaft als funktionsfähiger Einheit zu sichern. Der familienfremde Gesellschafter soll also (im Außenverhältnis) als unbeschränkt persönlich haftender Gesellschafter aufgenommen werden. Im Innenverhältnis

---

<sup>387</sup> Vgl. hierzu und zu dem im folgenden genannten Beispiel Huber, aaO, 289ff.

dagegen hat er nicht die Stellung eines Mitinhabers, sondern *nur* die Stellung eines angestellten Geschäftsführers (sog. *Geschäftsführer-Gesellschafter*)<sup>388 389</sup>.

Hier bietet also die Konstruktion des Gesellschafters ohne Vermögensbeteiligung eine praktikable Möglichkeit, einerseits den Bestand der Gesellschaft als funktionsfähiger Einheit zu erhalten, andererseits das Gesellschaftsvermögen „innerhalb der Familie“ zu halten.

Zu fragen ist aber, wie die von der Praxis eingeführte Konstruktion des Gesellschafters ohne Vermögensanteil gesellschaftsrechtstheoretisch zu bewerten ist.

Nach der klassischen Lehre von der Gesamthand als Sondervermögen der Gesellschaft<sup>390</sup> ist dies nicht möglich. Ein Gesellschafter ohne Vermögensanteil hat keinerlei Mitberechtigung am Sondervermögen und kann daher auch nicht Gesellschafter sein. Die Beteiligung am Sondervermögen ist nach dieser Ansicht unverzichtbare Voraussetzung dafür, Gesellschafter zu sein. Des weiteren ist es nach dieser Ansicht unzulässig, die Gewinnbeteiligung eines Gesellschafters auszuschliessen.<sup>391</sup> Ansonsten werde kein gemeinsamer Zweck iSd. § 705 BGB verfolgt.

Nach der neuen Auffassung von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Gesellschaft selbst Inhaberin des Gesellschaftsvermögens.<sup>392</sup> Ein Gesellschafter kann somit auch dann ein solcher sein, wenn er keinerlei Mitberechtigung am Sondervermögen hat.<sup>393</sup> Die Gesellschafterstellung ist vielmehr von der finanziellen Beteiligung losgelöst. Dem Argument, ohne Gewinnbeteiligung werde kein gemeinsamer Zweck iSd. § 705 BGB verfolgt, muß entgegengehalten werden, daß dieser Zweck nicht notwendigerweise ein

---

<sup>388</sup> Hier liegt kein Verstoß gegen das für Personengesellschaften geltende Verbot der Fremddorganschaft vor. Auch wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, so ist er dennoch Mitglied der Gesellschaft. Die Mitgliedschaft ist nicht an eine kapitalmäßige Beteiligung gekoppelt (h.M., vgl. dazu unten).

<sup>389</sup> vgl. dazu Huber, aaO, 289, der dieses Beispiel eigentlich in Bezug auf die KG aufgestellt hat. Es ist aber ohne weiteres auch auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragbar.

<sup>390</sup> vgl. u.a. Hennecke, Das Sondervermögen der Gesamthand; Schulze-Osterloh, aaO; Weber-Grellet, AcP 182 (1982), 316

<sup>391</sup> Huber, aaO, 296

<sup>392</sup> Vgl. dazu nur BGH, NJW 2001, 1056ff als letztes, aber entscheidendstes Urteil zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

<sup>393</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 47 III 1b; Weimar, ZIP 1997, 1769 (1771); Flume, aaO, § 11 II 1.

materieller sein muß, sondern auch ein ideeller sein kann.<sup>394</sup> Auch das Erfordernis einer Beitragsleistungspflicht gemäß § 705 BGB steht einer Gesellschaftsbeteiligung ohne Vermögensanteil nicht entgegen. Selbst das Gesetz geht in § 706 Abs. 3 BGB davon aus, daß der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann.

Folgt man dieser Ansicht, stellt sich hier die Frage, was entsteht, wenn alle Gesellschafter bis auf einen nicht am Vermögen beteiligt sind. Die Ansicht, daß dann eine Einmann-Gesamthand entstünde<sup>395</sup>, ist aber inkonsequent, wenn man die Begründung für die Konstruktion des Gesellschafters ohne Vermögensanteil ansieht. Auch ein Gesellschafter ohne Vermögensbeteiligung soll weiter Gesellschafter der Gesamthandsgesellschaft sein können.<sup>396</sup> Die Mitgliedschaft, aber auch der Anteil werden somit als von einer finanziellen Beteiligung unabhängig angesehen. Sind aber noch mehrere Gesellschafter vorhanden, kann mit dieser Argumentation nicht von einer Einmann-Gesamthand ausgegangen werden. Wird bezüglich der Gesellschafterstellung nämlich nicht an die Beteiligung am Sondervermögen angeknüpft, kann auch die Anzahl der Gesellschafter nicht auf einen reduziert werden, wenn nur einer finanziell beteiligt ist. Insofern kann in dieser Konstellation eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts gar nicht erst entstehen. Die dazu vertretene Ansicht ist logisch nicht nachvollziehbar.

#### 6.3.3.2.7 Vorgründungsgesellschaft bei der Einmann-GmbH-Gründung

Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist außerdem denkbar im Vorgründungsstadium der Einmann-GmbH-Gründung.

Der Entstehungsvorgang der GmbH läßt sich in drei Stadien unterteilen: die Vorgründungsgesellschaft, die Vor-GmbH und die GmbH.<sup>397</sup> Unter einer Vorgründungsgesellschaft ist dabei ein die Gründung vorbereitender Zusammenschluß durch einen Vorvertrag zu verstehen, der mit dem Ziel

---

<sup>394</sup> Palandt-Sprau, § 705 Rdn.20; MüKo-Ulmer, § 705 Rdn.111; Soergel-Hadding, § 705 Rdn.35; Staudinger-Keßler, § 705 Rdn.30; Hueck, aaO, § 1 I 1 b; Huber, aaO, 297

<sup>395</sup> Weimar, ZIP 1997, 1769 (1771)

<sup>396</sup> Flume, aaO, § 11 II 1

<sup>397</sup> Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 2 Rdn.49; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.2; Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 1 Rdn.3ff; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 11 II 1; MüHdb.GesR III-Priester, § 15 I 1; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.5

geschlossen wird, gemeinsam eine GmbH zu gründen.<sup>398</sup> Sie ist dabei aber kein notwendiges, sondern nur fakultatives Vorstadium der Verbandsgründung.<sup>399</sup> Sie ist regelmäßig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ausnahmsweise eine OHG, wenn bereits ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieben wird.<sup>400</sup> Sie ist selbständige Gesellschaft, die durch Zweckerreichung, nämlich bei Abschluß des GmbH-Vertrages gemäß § 726 BGB endet.<sup>401</sup> Auf die Vorgründungsgesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind somit die §§ 705 ff BGB anwendbar.

Zu untersuchen ist, wie die Vorgründungsgesellschaft bei einer Einmann-GmbH-Gründung zu bewerten ist. Sie entsteht durch Abschluß eines Vorvertrages, der im Gegensatz zum Gründungsvertrag kein Organisations-, sondern ein schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag ist.<sup>402</sup> Ein solcher schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag erfordert aber mindestens zwei Parteien.<sup>403</sup> Eine Person alleine kann einen solchen Vertrag nicht abschließen. Da aber die Vorgründungsgesellschaft auch kein notwendiges Vorstadium der GmbH-Gründung ist, entsteht die Einmann-GmbH ohne einen Vorvertrag.<sup>404</sup> Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsteht nicht. Sie kann nicht originär gegründet werden, vgl. 4.3.2.2.

#### 6.3.3.2.8 Zwischenergebnis

Eine Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist somit grundsätzlich ebensowenig denkbar wie bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften. Sie

---

<sup>398</sup> Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 2 Rdn.49ff; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.2; Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 2 Rdn.73ff; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 11 II 2; Steding, Gesellschaftsrecht, Rdn.417; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.5

<sup>399</sup> Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 2 Rdn.49; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 11 II 2; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.14

<sup>400</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.2; MüHdb.GesR III-Priester, § 15 I 2; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.7, 10; Sudhoff, aaO, 25, 26.

<sup>401</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.2; Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 2 Rdn.76

<sup>402</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 11 II 2

<sup>403</sup> Palandt-Heinrichs, Vor § 241 Rdn.1; Brox, aaO, Rdn.76; Köhler, aaO, § 15 I 1; Medicus, aaO, Rdn.25.

<sup>404</sup> Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.149; John, BB 1982, 505 (505)

kann weder originär gegründet werden, noch entsteht sie, wenn sich alle Anteile an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in einer Hand vereinigen.

Dieser Grundsatz, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erlischt, wenn sich alle Anteile in einer Hand vereinigen, gilt allerdings nur für den Fall, daß sämtliche zusammenfallenden Anteile gleichartig sind. Sind sie ungleichartig, und sind in Zusammenhang damit Interessen Dritter zu berücksichtigen, muß vorübergehend auf die Konstruktion der Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts zurückgegriffen werden.

### 6.3.3.3 Exkurs: Problem der Vor-GmbH bei der Einmann-GmbH-Gründung

Im Gegensatz zur Vorgründungsgesellschaft ist die Vor-GmbH notwendiges Vorstadium der GmbH-Gründung.<sup>405</sup> Als Vor-GmbH wird das Stadium bezeichnet, das mit dem notariellen Abschluß des Gesellschaftsvertrages beginnt und mit der Entstehung der GmbH als juristischer Person durch Eintragung in das Handelsregister endet.<sup>406</sup> Bei der Gründung einer Einmann-GmbH würde sie demnach mit der einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung beginnen, die darauf gerichtet ist, eine GmbH ins Leben zu rufen, dem sogenannten rechtsgeschäftlichen Organisationsakt.<sup>407</sup> Sie ist nach heute herrschender Auffassung eine Gesellschaft sui generis, die bereits voll handlungsfähig ist und auf die die Regeln der GmbH anwendbar sind, soweit sie nicht eine Eintragung voraussetzen.<sup>408</sup> Bis zur Eintragung ist ihr Vermögen Gesamthandsvermögen der Gesellschafter.<sup>409</sup>

---

<sup>405</sup> Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 2 Rdn.49; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.2; Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 1 Rdn.3ff; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 11 II 1; MüHdb.GesR III-Priester, § 15 I 1; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.14

<sup>406</sup> Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn.5ff; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.3; Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 11 Rdn.4; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 III 3a; Weimar/Grote, INF 1997, 527 (530); Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.14.

<sup>407</sup> BayObLG, DB 1983, 604; Fezer, JZ 1981, 606 (613); Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 2 Rdn.3ff; Schmidt, NJW 1980, 1774; Sudhoff, aaO, 27; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.148.

<sup>408</sup> Fezer, JZ 1981, 608 (614), 615; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.3; Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 11 Rdn.20ff; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 III 3a; Weimar/Grote, INF 1997, 527 (530); Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.15.

<sup>409</sup> h.M., BGHZ 80, 129 (135); BGH, WM 1980, 955 (956); Fezer, JZ 1981, 608 (615); Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn.30; Kübler, aaO, § 24 III 1a; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.3; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.15. A.A. Rowedder-Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 1 Rdn.59ff, die von einem Sondervermögen sui generis ausgehen mit der Begründung, daß dadurch

Problematisch ist insofern auch die Vor-GmbH bei einer Einmann-Gründung. In Anbetracht der Ausführungen zur Mehrpersonen-Vor-GmbH könnte auch bei der Einpersonen-Vor-GmbH ein Gesamthandsvermögen vorliegen, eine Einmann-Gesamthand.<sup>410</sup>

Dies wird vereinzelt mit folgender Begründung vertreten<sup>411</sup>: Die werdende Einmann-GmbH stehe der Mehrpersonen-Vor-GmbH hinsichtlich des Verselbständigungsgrades gegenüber dem einzigen Gesellschafter in nichts nach. Sie wird durch den Geschäftsführer (also den einzigen Gesellschafter) vertreten, kann ein Bankkonto errichten, sowie Bar- und Sacheinlagen empfangen. Es fehlt dieser Ansicht zufolge bei der Gesamthand ein vorgegebenes Begriffsmerkmal der Personen*mehrheit* ebenso wie bei der juristischen Person. Eine Einmann-Personengesellschaft ist aufgrund der Sozietätskonstruktion nicht möglich. Der Grund liegt nicht in der Gesamthandkonstruktion. Deshalb soll die Einmann-Vor-GmbH als Einmann-Gesamthand denkbar sein, da im Gründungsrecht der GmbH auf eine Sozietätskonstruktion gerade verzichtet wird. Die Sozietät entsteht erst mit der Eintragung.

Diese Idee von der Einmann-Vor-GmbH ist jedoch als Hinweis darauf zu relativieren, daß eine Einmann-Gesamthand rechtskonstruktiv zumindest denkbar ist. Sie wird als *exzentrische Rechtsfigur* bezeichnet.<sup>412</sup> Nach ganz herrschender Meinung kann es bei der Vor-GmbH eine gesamthänderische Bindung nicht geben, wenn nur eine Person beteiligt ist.<sup>413</sup> Dies liefe auf eine originäre Einmann-Gesamthand hinaus, die jedoch aus den genannten Gründen nicht möglich ist. Eine Gesamthandsgemeinschaft kann nur mit einer Gründermehrheit entstehen.<sup>414</sup> Vielmehr ist die Gründerorganisation

---

vorzeitige Schlüsse aus der gesamthänderischen Zuständigkeit vermieden werden und so das Problem der Einmann-Vorgesellschaft besser gelöst werden kann.

<sup>410</sup> vgl. ausführlich zu diesem Thema Pfister, aaO, 98ff; T.Schmidt, aaO, 31ff; Schröder, Die Einmann-Vorgesellschaft, Baden-Baden 1990; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 40 II 2a; Beck'sches Hdb.GmbH-Schwaiger, § 2 Rdn.149.

<sup>411</sup> Schmidt, NJW 1980, 1769 (1775); Weimar/Grote, INF 1997, 527 (530); wohl auch Schwaiger in Beck'sches Hdb.GmbH, § 2 Rdn.149, der im Hinblick auf die gesetzliche Zulassung der Einmann-Gründung eine vom Gründer getrennte Einmann-Vor-Gesellschaft als werdende juristische Person, und damit als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten anerkennt.

<sup>412</sup> Schmidt, ZHR 145 (1981), 540 (558)

<sup>413</sup> Fezer, JZ 1981, 608 (614, 615); Fleck, GmbH-Rdsch. 1983, 16 (17); Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn.15; Hüffer, ZHR 142 (1978), 486ff; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.18; Ulmer, BB 1982, 505; Kübler, aaO, § 22 II 1a. A.A. aber wohl Pfister, aaO, 108, 109; Weimar, ZIP 1997, 1769 (1772).

<sup>414</sup> vgl. oben 6.3.3.3.3, sowie Kübler, aaO, § 22 II 1a.

organisatorisch verselbständigtes Sondervermögen des Einmanngründers, für das dieser als Geschäftsführer handelt.<sup>415</sup> Teilweise wird die Verselbständigung als so weitgehend verstanden, daß die Einmann-Vor-GmbH selbst Rechtssubjekt und damit Trägerin von Rechten und Pflichten ist.<sup>416</sup> Es soll jedenfalls nach beiden Ansätzen die Abtrennung desjenigen Vermögens, das der Gesellschaftsgründung dient, vom Privatvermögen des Gründers aus Gläubigerschutzgründen sichergestellt werden.<sup>417</sup> Dieses Sondervermögen soll aber nicht gesamthänderisch organisiert sein.

Als Einmann-Gesamthand existiert die Einmann-Vor-GmbH somit nach herrschender Meinung nicht.<sup>418</sup>

#### 6.3.3.4 Einmann-OHG

Zu untersuchen ist weiterhin, ob die OHG als Personenhandelsgesellschaft mit nur einem Gesellschafter bestehen kann. Auch hier sind wieder einzelne denkbare Fallkonstellationen zu untersuchen.

##### 6.3.3.4.1 Originäre Einmann-OHG

Zu prüfen ist zunächst, ob eine OHG von nur einer Person gegründet werden kann mit der Folge, daß eine originäre Einmann-OHG entsteht.

Eine OHG muß neben dem Betrieb eine Handelsgewerbes die Begriffsmerkmale der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 705 BGB aufweisen.<sup>419</sup> Voraussetzung für das Entstehen einer OHG ist somit ebenfalls ein Gesellschaftsvertrag, § 109 HGB. Für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts muß dieser von mindestens zwei Parteien abgeschlossen werden. Die

---

<sup>415</sup> Fezer, JZ 1981, 608 (614, 615); Flume, DB 1980, 1781 (1781ff); Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 11 Rdn.17; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rdn.18; Schröder, aaO, 23ff

<sup>416</sup> John, BB 1982, 505 (507, 508); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 40 II 2a

<sup>417</sup> Schröder, aaO, 23

<sup>418</sup> A.A. T. Schmidt, aaO, 39ff mwN.

<sup>419</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rdn.1; Heymann-Emmerich, HGB, § 105 Rdn.2; MüHdb.GesR I-Happ/Brunkhorst, § 40 Rdn.6; Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 105 Rdn.2; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 46 I 1b.

Auslegung des Vertragsbegriffs in § 2 GmbHG bei einer Einmann-Gründung als rechtsgeschäftlicher Organisationsakt konnte auf § 705 BGB nicht übertragen werden, da auch die §§ 705 ff BGB mehrere Gesellschafter voraussetzen. Die fraglichen Normen sind jedoch über § 105 Abs.3 HGB auch auf die OHG anwendbar. Aber auch Normen des HGB setzen an einigen Stellen eine Mehrzahl von Gesellschaftern voraus: so spricht beispielsweise § 109 HGB von dem *Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander*. Rechtsverhältnisse *unter den Gesellschaftern* können aber nur bestehen, wenn mindestens zwei vorhanden sind.

Somit kann die Auslegung des Gesellschaftsvertrages, wie sie bei der Einmann-GmbH vorgenommen wird, nicht auf den Gesellschaftsvertrag einer OHG übertragen werden. Eine originäre Einmann-Gründung kommt damit jedenfalls nicht in Betracht.

#### 6.3.3.4.2 Zusammenfallen aller Anteile

Auch bezüglich der denkbaren Fälle eines späteren Zusammenfallens aller Anteile in einer Hand kann auf die Ausführungen zur Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwiesen werden. Werden sämtliche Anteile an den letzten Gesellschafter veräußert oder vererbt, so wird die Gesellschaft ohne Auseinandersetzung beendet. Der Erwerber wird als Gesamtrechtsnachfolger Alleineigentümer des Gesellschaftsvermögens.<sup>420</sup> Die OHG erlischt.

Es muß aber auch bei der OHG für die angesprochenen Sonderfälle dasselbe gelten, wie für die Einmann-Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Sobald ein Anteil mit einem anderen zusammenfällt, der nicht *gleichartig* ist, muß dieser belastete<sup>421</sup> Anteil im Interesse eines begünstigten Dritten seine Selbständigkeit behalten. Dies muß selbst dann gelten, wenn vorübergehend eine Einmann-OHG entsteht.<sup>422</sup> Dies ist geboten, um die Interessen gesellschaftsfremder Dritter zu schützen.

---

<sup>420</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 145 Rdn.10; Heymann-Sonnenschein/Weitenmeyer, HGB, § 145 Rdn.4; Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 145 Rdn.33; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 52 I 2c, § 44 II 2a.

<sup>421</sup> In Betracht kommen hier wieder die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft oder der Testamentsvollstreckung als erbrechtliche Belastungen, bzw. die Bestellung eines Pfandrechtes oder eines Nießbauchs zugunsten gesellschaftsfremder Dritter als sachenrechtliche Belastungen.

<sup>422</sup> Kübler, aaO, § 6 IV 2d; Baur/Grunsky, ZHR 133 (1970), 209 (218ff) für den Fall, daß hinsichtlich eines Anteils die Vor- und Nacherbschaft angeordnet ist; Lüttge, NJW 1994, 5 (9); Kanzleiter, FS Weichler, 39 (46f); Weimar, ZIP 1997, 1769 (1772); Fett/Brand, NZG 1999, 45 (54).



## 6.3.3.4.3 Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes

In § 152 UmwG ist die Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes geregelt. Es wird in dieser Vorschrift differenziert zwischen der Ausgliederung zur Aufnahme und der Ausgliederung zur Neugründung.

Die *Ausgliederung zur Aufnahme* entspricht dem Einbringen einer Sacheinlage.<sup>423</sup> Der Einzelkaufmann überträgt sein Unternehmen oder einen Teil davon auf eine bereits bestehende Gesellschaft und erhält dafür Anteile daran.<sup>424</sup> Die Gründe für eine solche Ausgliederung können verschieden sein: Die Übertragung des Unternehmens auf eine GmbH dient dazu, die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken.<sup>425</sup> Die Übertragung auf andere Gesellschaftsformen, z.B. Personengesellschaften kann den Zweck haben, eine der Größe und Bedeutung des Unternehmens entsprechende Organisationsstruktur zu schaffen.<sup>426</sup>

Gemäß § 152 S.1, 1. Alt. UmwG kann ein Einzelkaufmann sein Unternehmen zur Aufnahme auch durch Personenhandelsgesellschaften ausgliedern. Tut er dies, so muß allerdings die OHG (oder KG) bereits mit einem oder mehreren Gesellschaftern außer dem ausgliedernden Einzelkaufmann bestehen.<sup>427</sup> Der ausgliedernde Einzelkaufmann kann auch nicht Alleingesellschafter der aufnehmenden Gesellschaft sein. Als Einmann-OHG kann diese nicht selbständig bestehen. Es kann daher der Einzelkaufmann nur auf eine mit mehreren Gesellschaftern bestehende Personenhandelsgesellschaft ausgliedern.

Bei der *Ausgliederung zur Neugründung* überträgt der Einzelkaufmann sein Unternehmen oder einen Teil davon auf eine neu zu gründende Gesellschaft. Der Einzelkaufmann kann sein Unternehmen allerdings nicht auf eine von ihm als Alleingesellschafter zu gründende OHG (oder KG) ausgliedern. In § 152 S.1, 2.Alt. UmwG ist die Ausgliederung zur Neugründung nur für Kapitalgesellschaften, nicht dagegen für Personenhandelsgesellschaften vorgesehen. Das Gesetz bestätigt somit das oben unter 6.3.3.5.1 gefundene

---

<sup>423</sup> Lutter-Karollus, UmwG, Vor § 153 Rdn.2; Goutier/Knopf/Tulloch-Bermel, UmwG, Zu § 152; Kallmeyer-Kallmeyer, UmwG, § 152 Rdn.2.

<sup>424</sup> Lutter-Karollus, UmwG, Vor § 153 Rdn.2

<sup>425</sup> Lutter-Karollus, UmwG, § 152 Rdn.10

<sup>426</sup> Lutter-Karollus, UmwG, § 152 Rdn.10

<sup>427</sup> Kallmeyer-Kallmeyer, UmwG, § 152 Rdn.2

Ergebnis: die originäre Gründung einer Einpersonen-OHG ist nicht möglich. Eine Ausgliederung zur Neugründung setzt nämlich begriffsnotwendigerweise voraus, daß im Zuge der Ausgliederung die aufnehmende Gesellschaft neu gegründet wird. Dies ist durch eine einzelne Person jedoch nur bei den Kapitalgesellschaften möglich, bei der Personenhandelsgesellschaft dagegen nicht.<sup>428</sup>

Somit kann auch bei einer Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes gemäß § 152 UmwG keine Einmann-OHG entstehen, weder bei der Ausgliederung zur Aufnahme, noch bei der Ausgliederung zur Neuaufnahme.

#### 6.3.3.4.4 Sonstige Fälle

Wird eine Einmann-GmbH, die ein Handelsgewerbe betreibt, gemäß §§ 191 Abs.1, 2; 202 Abs.1 Nr.1; 226 ff UmwG in eine Personenhandelsgesellschaft umgewandelt, kann eine Einmann-OHG nicht entstehen. Hier gilt dasselbe, wie für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>429</sup> Die OHG ist insofern nicht zulässige Zielrechtsform der Umwandlung.

Es besteht ebenfalls keine Einmann-OHG, wenn zwar mehrere Gesellschafter vorhanden sind, aber alle bis auf einen keinen Kapitalanteil haben. Auch hier gilt entsprechend den für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts geltenden Grundsätzen, daß immer noch mehrere Gesellschafter vorhanden sind. Die Stellung als Gesellschafter knüpft gerade bei einer Personengesellschaft nicht an eine kapitalmäßige Beteiligung.

#### 6.3.3.4.5 Zwischenergebnis

Im Ergebnis gilt damit für die OHG, was auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt: Grundsätzlich kann eine Einmann-OHG weder originär gegründet werden, noch nachträglich entstehen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz

---

<sup>428</sup> Lutter-Karollus, UmwG, § 152 Rdn.31

<sup>429</sup> Vgl. dazu oben 6.3.3.3.6; Weimar, ZIP 1997, 1769 (1778); Kallmeyer-Kallmeyer, UmwG, § 152 Rdn.2

ist jedoch dann zu machen, wenn Interessen gesellschaftsfremder Dritter geschützt werden müssen. Für diesen Fall kann ausnahmsweise vorübergehend die OHG mit nur einem Gesellschafter, der aber zwei oder mehrere ungleichartige Anteile in seiner Hand hält, bestehen.

### 6.3.3.5 Einmann-KG

Die KG unterscheidet sich von der OHG nur dadurch, daß sie zwei unterschiedliche Arten von Gesellschaftern kennt: den unbeschränkt haftenden (Komplementär) und den beschränkt, d.h. nur in der Höhe seiner Einlage haftenden Gesellschafter (Kommanditist).<sup>430</sup> Innerhalb einer KG muß immer mindestens ein Komplementär und mindestens ein Kommanditist vorhanden sein.<sup>431</sup> Daraus aber ergibt sich bereits die Antwort auf die Frage nach einer Einmann-KG.

#### 6.3.3.5.1 Originäre Einmann-KG

Originär kann eine KG nicht gegründet werden. Das scheitert zum einen am Erfordernis eines Gesellschaftsvertrags, der aus mindesten zwei Personen bestehen muß. Auch hier gilt wieder, daß die Auslegung des Gesellschaftsvertrags als rechtsgeschäftlicher Organisationsakt, wie sie bei der Einmann-GmbH vorgenommen wird, nicht auf die KG übertragen werden kann. Indem nämlich § 161 Abs.2 HGB über § 105 Abs.3 HGB auf die §§ 705 ff BGB verweist, werden auch in Vorschriften, die für die KG gelten, mehrere Gesellschafter vorausgesetzt.

Zum anderen scheitert dies am Erfordernis mindestens eines Komplementärs und mindestens eines Kommanditisten.<sup>432</sup> Nachdem eine Person nicht gleichzeitig persönlich und beschränkt haften kann, kann diese Konstellation nicht gegeben sein, wenn die KG von nur einer Person gegründet wird.

---

<sup>430</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 161 Rdn. 1, 3, 4; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rdn. 1; Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rdn.4; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 53 I 1

<sup>431</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 161 Rdn.1; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rdn.1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 53 I 1

<sup>432</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 161 Rdn.4; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rdn.1; MüHdb.GesR II-Happ, § 1 Rdn.22; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 53 I 1c.

## 6.3.3.5.2 Zusammenfallen aller Anteile

Fraglich ist, wie der Fall zu beurteilen ist, daß im Nachhinein alle Anteile in einer Hand zusammenfallen, sei es durch Tod oder durch Veräußerung des Anteils des vorletzten Gesellschafters.

Es kann hier auf die Ausführungen zu den anderen Personengesellschaften verwiesen werden, wonach sich in diesem Fall die Gesellschaft durch Konfusion auflöst. Sie erlischt ohne Auseinandersetzung. Der verbleibende Gesellschafter wird Alleineigentümer der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände.

Es kann aber nicht in Bezug auf die oben genannten Sonderfälle auf das für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder die OHG gesagte verwiesen werden. Dies soll mit Hilfe des folgenden Beispiels verdeutlicht werden:

A und B sind die beiden einzigen Gesellschafter der XY-KG. A ist Kommanditist, B Komplementär. Der Gesellschaftsanteil des B ist zu Gunsten des D verpfändet. B verstirbt. Sein Komplementäranteil geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Alleinerben A über.

Bei der KG ergibt sich immer dann, wenn die beiden letzten verbleibenden Anteile in einer Hand zusammenfallen, die Besonderheit, die bereits oben unter 5.4.4.3 ausführlich erörtert wurde: es treffen notwendigerweise der Komplementär- und der Kommanditanteil zusammen. Niemand kann aber zugleich Kommanditist und Komplementär sein.<sup>433</sup> Deswegen muß, wenn alle Anteile in einer Hand zusammenfallen, die KG immer beendet werden mit der Folge, daß der Erwerber Alleininhaber des Handelsgeschäfts wird.<sup>434</sup> Und zwar auch für den Fall, daß die beiden Anteile hinsichtlich ihrer Belastung nicht gleichartig waren. Es kann hier auch dann nicht auf die Konstruktion der Einmann-Gesellschaft zurückgegriffen werden. Eine Einmann-KG kann es nicht geben.<sup>435</sup>

---

<sup>433</sup> BGH, DB 1963, 1316 (1316); Baumbach/Hopt, HGB, § 161 Rdn.4; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rdn.44; Schlegelberger-Schmidt, HGB, § 177 Rdn.16.

<sup>434</sup> MüHdb.GesR II-Piehler, § 33 Rdn.7

<sup>435</sup> Zu diesem Problem wird von den Vertretern einer Einmann-Personengesellschaft so gut wie überhaupt nicht Stellung genommen. Es findet sich lediglich bei Esch, BB 1993, 664 (668) die Aussage, daß es für die Beteiligung des Komplementärs bei dem Grundsatz der Einheitlichkeit bleiben muß, da ein Gesellschafter nicht zwei hinsichtlich der Haftung unterschiedliche Anteile

Im obigen Beispiel muß also die XY-KG sich auflösen und das Gesellschaftsvermögen ohne Auseinandersetzung auf den Alleinerben A übergehen. Ein anderes Ergebnis ist mit dem Konzept der KG nicht vereinbar. Die KG unterscheidet sich von der OHG gerade darin, daß bei der KG die Haftung mindestens bei einem Gesellschafter beschränkt ist. Dies ist aber nicht möglich, wenn nur ein Gesellschafter vorliegt.

Es entsteht auch nicht etwa eine Einmann-OHG. (Vorliegend etwa eine A-OHG.) A war in der KG lediglich beschränkt haftende Gesellschafter. Würde mit dem Tod des B eine Einmann-OHG mit A als alleinigem Gesellschafter entstehen, hätte A notwendigerweise die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters. Einen beschränkt haftenden Gesellschafter kann es in der OHG nicht geben. Dem A würde aber auf diese Weise eine Gesellschafterstellung aufgedrängt, die er sich so nicht ausgesucht hat. Die Gesellschaft kann also nicht weiterbestehen.

Es fragt sich aber, was mit der Belastung zugunsten eines gesellschaftsfremden Dritten geschehen soll.

Geht, wie im obigen Beispiel der Anteil des A mit einer sachenrechtlichen Belastung<sup>436</sup> auf den B über, so erlischt die KG durch Konfusion. Das Pfandrecht erlischt, da der Pfandgegenstand untergegangen ist.<sup>437</sup> Es erlischt jedoch nicht ersatzlos: gemäß § 1273 Abs.2 BGB iVm. § 1258 Abs.3 BGB entsprechend<sup>438</sup> hat der Pfandrechtsberechtigte einen Anspruch darauf, daß ihm ein Ersatzpfandrecht an dem Recht bestellt wird, das an die Stelle des Gesellschaftsanteils tritt. Erlischt die KG allerdings durch Konfusion, findet eigentlich keine Auseinandersetzung statt. Das Gesellschaftsvermögen geht ohne Auseinandersetzung in das Alleineigentum des letzten Gesellschafters über. An die Stelle des Gesellschaftsvermögen tritt das Alleineigentum des verbleibenden Gesellschafters. Es kann sich aber das Pfandrecht nunmehr

---

innehaben kann. Insofern befürwortet auch Esch, daß in dem oben genannten Fall die KG sich auflösen muß, da der verbleibende Gesellschafter ansonsten zwei verschiedene Haftungsregelungen in seiner Person vereinigen würde. So wohl auch Lüttge, NJW 1994, 5 (11). A.A. Weimar/Grote, INF 1997, 527 (531), die jedoch nicht zu den genannten Problemen Stellung nehmen. Zur Haftung findet sich lediglich die knappe Bemerkung: *Ist der Kommanditist der verbleibende Gesellschafter, haftet er wie ein Komplementär.* Diese Feststellung dürfte jedoch angesichts der Komplexität des Problems nicht ausreichend sein.

<sup>436</sup> Dies kann hier sowohl ein Pfandrecht, als auch die Bestellung eines Nießbrauchs sein.

<sup>437</sup> Palandt-Bassenge, Einf § 1273 Rdn.3

<sup>438</sup> § 1258 BGB gilt nach dem Wortlaut nur für das Pfandrecht am Anteil eines Miteigentümers. Die Vorschrift ist jedoch über § 1273 Abs.2 BGB entsprechend auch für den Gesamthandsanteil anwendbar, vgl. Palandt-Bassenge, § 1258 Rdn.2.

nicht an allen vormals zum Gesellschaftsvermögen, nun zum Alleineigentum des Erben gehörenden Gegenständen fortsetzen. Dies würde einerseits den Gesellschafter-Erben benachteiligen, dessen Anteil vor dem Erbfall unbelastet war. Es würde andererseits dem Pfandrechtsgläubiger zu Unrecht ein wertvolleres Pfandrecht einräumen. Sinnvoll kann daher nur sein, daß sich das Pfandrecht an einem Anteil fortsetzt, der wertmäßig dem entsprechen würde, der bei einer Auseinandersetzung der KG unter Lebenden entstehen würde. Dies würde bedeuten, daß sich das Pfandrecht an dem Vermögen fortsetzt, das dem B zugestanden hätte, wenn die KG nach den §§ 161 Abs.2, 105 Abs.3 HGB, §§ 731 ff BGB noch zu seinen Lebzeiten auseinandergesetzt worden wäre. Allein diese Vorgehensweise vermag einerseits den Interessen der Beteiligten, andererseits der besonderen Haftungsstruktur der KG gerecht werden.

Es kann aber auch für die erbrechtlichen Belastungen nichts anderes gelten. Auch hier verbleibt nur ein Gesellschafter, der nicht gleichzeitig Komplementär und Kommanditist sein kann. Den Interessen des Nacherben, bzw. der Anordnung der Testamentsvollstreckung muß insofern Rechnung getragen werden, als daß diese Beschränkungen sich an einem Anteil fortsetzen, der dem Anteil des Erben am Auseinandersetzungsguthaben entspricht, wäre diese durchgeführt worden.

Zu Recht kann hier angemerkt werden, daß der Schutz des Nacherben durch die §§ 2113 ff BGB (der oben der Grund dafür war, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die Zeit der Vorerbschaft bestehen zu lassen<sup>439</sup>) bei der KG dann nicht mehr erreicht werden kann. Ein *Gesellschaftsanteil* besteht nicht mehr. Die §§ 2113 ff BGB sind somit nicht mehr anwendbar. Es muß vielmehr auf den Schutz durch § 2130 Abs.1 S.1 BGB ausgewichen werden. Auch wenn dies den Nacherben gegenüber einem Schutz durch die §§ 2113 f BGB benachteiligen mag – ein anderes Ergebnis ist mit der Struktur der KG nicht vereinbar.

Es ist damit zum Schluß festzuhalten, daß es bei der KG im Gegensatz zu den anderen Personengesellschaften nie eine Einmann-Konstruktion geben kann. Dies ist nicht mit der Besonderheit der KG zu vereinbaren, die immer mindestens eines unbeschränkt und eines beschränkt haftenden

---

<sup>439</sup> vgl. 6.3.3.2.3: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sollte u.a. auch deshalb fortbestehen, obwohl nur noch ein einziger Gesellschafter vorhanden ist, um einen Schutz des Nacherben durch die §§ 2113 ff BGB zu erreichen. Ist nämlich die Gesellschaft erloschen, gibt es keinen *Gesellschaftsanteil* mehr. Nur dieser, nicht aber die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände werden durch die §§ 2113 ff BGB geschützt.

Gesellschafters bedarf. Es muß hier vielmehr auf die für alle Personengesellschaften geltende allgemeine Meinung zurückgegriffen werden, daß die Gesellschaft aufgelöst wird und das Handelsgeschäft vom letzten verbleibenden Gesellschafter als Einzelkaufmann fortgeführt wird. Dies hat allerdings den Nachteil, daß den Interessen am dauerhaften Bestand der Gesellschaft nicht Genüge getan werden kann. Diese Nachteile müssen jedoch bei der KG in Kauf genommen werden.<sup>440</sup> Eine andere Lösung ist mit der Konzeption der KG nicht zu vereinbaren.

## 6.4 Zusammenfassung

Es wurde untersucht, inwiefern von dem unter 5 gefundenen Ergebnis, daß ausnahmsweise eine Person zwei oder mehrere Anteile an einer Gesamthandsgemeinschaft in ihrer Hand halten kann, der Schluß zulässig ist, daß damit auch eine Einmann-Gesamthand möglich sein muß.

Dabei wurde festgestellt, daß eine originäre Gründung einer Einmann-Gesamthand bei keiner der Gesamthandsgemeinschaften denkbar ist. Bei der Erbengemeinschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft scheidet dies bereits an der Natur dieser Gesamthandsgemeinschaften: die eine knüpft an eine *Mehrheit* von Erben, die andere an eine bestehende Ehe zwischen *zwei* Personen. Bei den Personengesellschaften schließlich scheidet eine originäre Gründung an dem Erfordernis eines Gesellschaftsvertrages, das alle Gesellschaftsformen voraussetzen. Eine Auslegung entsprechend dem § 2 Abs.1 GmbHG kann dabei nicht auf die Personengesellschaften übertragen werden.

Weiterhin wurde untersucht, ob nachträglich durch zusammenfallen sämtlicher Anteile an der Gesamthandsgemeinschaft eine Einmann-Gesamthand entstehen kann. Dabei wurde unter 5 gefundene Grundsatz bestätigt, daß zwei oder mehrere Anteile an einer Gesamthandsgemeinschaft untrennbar verschmelzen, sollten sie in einer Hand zusammenfallen. Fallen bei einer zweigliedrigen Gesamthandsgemeinschaft sämtliche Anteile in einer Hand

---

<sup>440</sup> Ein Interesse am Fortbestand einer Gesellschaft besteht insofern, als daß sie beispielsweise den Gläubigern als konstanter, verlässlicher Schuldner zur Verfügung steht. Oder daß eine Gesellschaft nicht mit allen Formalia originär neu gegründet werden muß, wenn beispielsweise ein neuer Gesellschafter nach der Beendigung der Gesellschaft wieder als persönlich haftender Gesellschafter hinzutritt. Diese Nachteile könnten gerade mit der Einmann-Gesamthand aufgefangen werden.

zusammen, hat dies grundsätzlich zur Folge, daß die Gesamthandsgemeinschaft erlischt. Eine Einmann-Gesamthand entsteht nicht.

Etwas anderes ergibt sich jedoch, wenn die zusammenfallenden Anteile nicht *gleichartig* sind, d.h. wenn sie nicht denselben sachenrechtlichen oder erbrechtlichen Belastungen oder Beschränkungen unterliegen, bzw. wenn nicht sämtliche Anteile davon frei sind. Auch hier wurde das unter 5 gefundene Ergebnis bestätigt: Fallen ungleichartige Anteile in einer Hand zusammen, habend die Interessen Dritter, die dadurch betroffen sind, Vorrang. Die Anteile bleiben ausnahmsweise selbständig, um diesen Interessen Rechnung zu tragen. Dies gilt selbst dann, wenn *sämtliche* Anteile in einer Hand zusammenfallen. Es entsteht in diesen Ausnahmefällen vorübergehend eine Einmann-Gesamthand. Fällt die Belastung oder Beschränkung zugunsten eines gesellschaftsfremden Dritten weg, erlischt die Gesamthandsgemeinschaft. Durch die Konstruktion einer Einmann-Gesamthand muß nicht mehr das Interesse eines Dritten geschützt werden.

Es kann in diesem Ausnahmefall namentlich eine Einmann-Gütergemeinschaft entstehen, wenn der ererbte Anteil an der ehelichen Gütergemeinschaft mit der Vorerbschaft oder der Anordnung der Testamentsvollstreckung unterliegt.

Eine Einmann-Erbengemeinschaft kann aus demselben Grund entstehen. Darüber hinaus entsteht sie, wenn der vorletzte Anteil sachenrechtlich belastet ist und mit einem unbelasteten Anteil zusammentrifft.

Schließlich ist eine Einmann-Personengesellschaft denkbar, wenn ein Anteil sachenrechtlichen oder erbrechtlichen Belastungen unterliegt. Dies gilt jedoch nicht für die KG. Eine Einmann-KG ist niemals denkbar. Dies ist nicht mit der Konstruktion einer KG vereinbar, die immer mindestens einen persönlich haftenden und mindestens einen beschränkt haftenden Gesellschafter erfordert.

In diesen Ausnahmefällen kommt somit eine Einmann-Gesamthand in Betracht. Diese Konstruktion ist gerechtfertigt, da in den fraglichen Fällen Interessen Dritter geschützt werden müssen. Ein adäquater Schutz ist aber, wie diskutiert wurde, nur mit Hilfe der vorübergehenden Einmann-Gesamthand zu erreichen. Daß dies auch in Rechtsprechung und Praxis keinen Ausnahmefall mehr darstellt, wurde dargelegt.



## 7 Resümée

Die vorliegende Arbeit wurde mit der Behauptung begonnen, daß es eine Einmann-Gesamthand, sowie die mehrfache Beteiligung einer Person an einer Gesamthandsgemeinschaft nicht geben kann. Dies entsprach und entspricht auch heute noch der allgemeinen Meinung. Es sollte im Verlauf der Arbeit gezeigt werden, daß diese Aussage, zumindest wenn sie pauschal für alle denkbaren Fälle getroffen wird, so nicht gelten kann.

Eine Person kann mehrere Anteile an einer Gesamthandsgemeinschaft getrennt voneinander in ihrer Hand halten, wenn besondere Interessen Dritter zu schützen sind. Insofern muß eine Ausnahme von dem Einheitsgrundsatz der herrschenden Meinung gemacht werden. Der Einheitsgrundsatz soll jedoch nicht gänzlich angegriffen werden. Er ist für all die Fälle sinnvoll und logisch, in denen zwei oder mehrere Anteile zusammenfallen, die denselben rechtlichen Regelungen unterliegen. Er soll lediglich in denjenigen Fällen für Ausnahmen geöffnet werden, in denen es nicht mit den Interessen Dritter vereinbar ist, daß Anteile in einer Hand verschmelzen. Solche Interessen sind namentlich die der Nacherben, Pfandrechtsgläubiger, Nießbrauchsberechtigten, etc.

Eine solche Anpassung des Einheitsgrundsatzes an die heutige Auffassung insbesondere der Gesamthandsgesellschaften ist vor allem vor dem Hintergrund des jüngsten Urteils des Bundesgerichtshofes vom 29. Januar 2001 überfällig. Die Entwicklung der Personengesellschaften von einem gebundenen Sondervermögen hin zu einer rechtsfähigen Einheit erfordert es, über eine apodiktische Anwendung des Einheitsgrundsatzes nachzudenken. Die Rechtsprechung hat diesbezüglich bereits Wege aufgezeigt. Daß diese Wege durchaus verallgemeinerungsfähig sind, sollte hier aufgezeigt werden. Eine Person kann durchaus zwei oder mehrere Anteile in ihrer Hand halten, *wenn dies zum Schutz Dritter geboten ist*. Dies ist sowohl mit dem Prinzip der Gesamthandsgemeinschaft, als auch mit der weiterhin geltenden Unterscheidung zwischen einer Personengesellschaft und einer Kapitalgesellschaft zu vereinbaren.

Von dem Gedanken der Mehrfachbeteiligung ist es nicht mehr weit zu der Frage nach einer Einmann-Gesamthand. Auch hier kann es *grundsätzlich* bei

der Behauptung der herrschenden Meinung bleiben: eine Einmann-Gesamthand kann es nicht geben. Es ist jedoch auch diese Aussage für einige Ausnahmen zu öffnen, nämlich immer dann, wenn Interessen Dritter betroffen sind. In diesen wenigen Fällen kann die Konstruktion einer Einmann-Gesamthand verhindern, daß Interessen Dritter verletzt werden, indem die Gesamthandsgemeinschaft vorübergehend mit nur einem Gesamthänder bestehen bleibt. Daß diese Konstruktion tatsächlich nicht ganz so abwegig ist, wie sie auf den ersten Blick erscheint, zeigen die Ansätze des Gesetzgebers in Bezug auf die Einmann-EWIV<sup>441</sup>, sowie das Urteil des Bundesgerichtshofs<sup>442</sup>, in dem er eine Einmann-OHG zuläßt. Auch hier wurde versucht darzustellen, daß diese Ansätze für bestimmte Fälle durchaus verallgemeinerungsfähig sind. Sind Interessen Dritter betroffen, so kann es unter Umständen vorübergehend eine Einmann-Gesamthand geben.

Daß die Erkenntnisse zu einer Einmann-Gesamthand auch für die Praxis fruchtbar gemacht werden können, zeigt eine Studie des Instituts für Mittelstandsforschung (IfM): Danach sind in den nächsten fünf Jahren circa 380.000 klein- und mittelständische Unternehmen übergabereif.<sup>443</sup> Es ist die Gründergeneration der Nachkriegszeit in das Alter gekommen, in dem eine Übergabe des Unternehmens in Frage steht. Nach einer Schätzung der Deutschen Anlagebank ist jedoch bei etwa einem Viertel der Unternehmen die Nachfolgeregelung ungeklärt.<sup>444</sup> Es sind somit nicht nur im Bereich der Betriebswirtschaft oder auch des Steuerrechts, sondern auch gerade im Bereich des Gesellschaftsrecht Lösungsvorschläge gefragt, wie diese Unternehmensübergänge stattfinden sollen. Hier kann die Einmann-Gesellschaft durchaus weiterhelfen, indem sie verhindert, daß die Gesellschaft erlischt und so Rechte gesellschaftsfremder Dritter gemindert oder sogar vereitelt werden. Auch kann sie verhindern, daß die Gesellschaft mit großem finanziellen und organisatorischen Aufwand neu gegründet werden muß.

Es sind also besonders im Bereich der Personengesellschaften zu der Frage nach einer Mehrfachbeteiligung oder gar einer Einmann-Gesellschaft weitere Entwicklungen zu erwarten. Nicht nur das jüngste Urteil des Bundesgerichtshof

---

<sup>441</sup> Art. 31 Abs.3 EWIV-VO

<sup>442</sup> BGHZ 98, 48 ff

<sup>443</sup> WiWo-Artikel „*Unternehmensnachfolge: Firmen unvorbereitet*“ vom 31.Juli.2001([www.wiwo.de](http://www.wiwo.de) vom 4. Oktober 2001)

<sup>444</sup> Vgl. Infomationen des Internetauftritts der „nexxt-Initiative“ ([www.nexxt-initiative.de](http://www.nexxt-initiative.de) vom 4. Oktober 2001), einer Initiative des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi), die sich mit der Unternehmensnachfolge besonders in mittelständischen Unternehmen auseinandersetzt.

---

hat hierzu erneut einen Anstoß geliefert. Wie diese Entwicklung aussehen könnten, sollte hier gezeigt werden.