

Gesellschaftsrecht

Henssler / Strohn

6. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-79506-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

schaft einer wissenschaftlichen Fachzeitschrift). Bei Fehlen einer Regelung kann eine Abfindungsbeschränkung regelmäßig nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gewonnen werden, weil die Frage der Abfindung angesichts § 728 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB nicht regelungsbedürftig ist (LG Heidelberg ZInsO 2020, 109 (119)).

Abfindungsbeschränkungen müssen eine von der Rspr. entwickelte (BGH NJW 1992, 892; BGH ZIP 2011, 2357) **zweistufige Prüfung iSe umfassenden richterlichen Inhaltskontrolle** durchlaufen; der vom 71. DJT empfohlene Vorrang einer Ausübungs- vor einer Wirksamkeitskontrolle wurde im Gesetz nicht aufgegriffen (BT-Drs. 19/27635, 175): Zunächst darf die Vereinbarung **nicht nichtig nach § 138** sein. Sittenwidrigkeit einer Abfindungsvereinbarung kann vorliegen, wenn der Gesellschafter wegen Auseinanderfallen von realem und vereinbartem Abfindungswert in der Ausübung seiner Rechte faktisch beschritten wird, die Abfindungsvereinbarung knebelnde Wirkung hat. Die Vereinbarung einer „Abwicklungspauschale“, die den Abfindungsbetrag pauschaliert mindert ist kein pauschalierter Schadensersatz und deshalb im Falle einer Publikumsgesellschaft nicht AGB-ähnlich an § 309 Nr. 5 BGB zu messen, sondern eine Abfindungsregelung (LG Landshut BeckRS 2017, 136510). Maßstab ist vor allem § 138 Abs. 1, aber für den Fall der Kündigung durch den Ausscheidenden mittelbar auch § 725 Abs. 6 (vgl. zur alten Rechtslage BGH NJW 1985, 192 (193); nun begrenzt auf Fälle der außerordentlichen Kündigung → § 725 Rn. 25). An die Stelle einer unwirksamen Vereinbarung tritt die **Pflicht zur vollen Abfindung** nach Abs. 1 S. 1 Var. 2 (BGHZ 116, 359 (368 f.); OLG Hamm NZG 2003, 440). Unbedenklich ist eine Regelung, nach welcher statt einer Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen der Anteil durch die Gesellschaft freihändig verkauft werden kann, wenn der Ausscheidende durch ein eigenes Recht zur Verwertung gegen Missbrauch geschützt ist (BGH DSrR 2014, 1404). Auf der **zweiten Stufe** darf im Verlauf der Mitgliedschaft in der Gesellschaft zwischen dem vereinbarten Abfindungsbetrag und dem tatsächlichen Wert des Gesellschaftsanteils **kein grobes Missverhältnis** entstehen. Zwar begründet ein solches nicht die Unwirksamkeit der Vereinbarung nach § 138, sie unterliegt aber einer **Ausübungskontrolle**. Ihr Inhalt ist in diesem Fall im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter angemessener Abwägung der Interessen von Gesellschaft und ausscheidendem Gesellschafter unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls neu zu ermitteln. Scheitert die Auslegung an einer **fehlenden Vertragslücke**, ist eine Kontrolle wegen unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 anzustreben ((BT-Drs. 19/27635, 176, mit Verweis auf Fleischer/Bong WM 2017, 1957 (1965)). Die Angemessenheit des Abfindungsanspruchs ist anzunehmen, wenn er ein **Äquivalent zum Verlust des Gesellschaftsanteils** durch das Ausscheiden des Gesellschafters darstellt.

Eine Regelung über die **Höhe der Abfindung**, mit welcher der reale Wert unterschritten wird, muss auf nachvollziehbare, das Abfindungsinteresse des Gesellschafters begrenzende Interessen auf Seiten der Gesellschaft gestützt sein, denen auch durch andere Gestaltungen (Ratenzahlungen etc) nicht Rechnung getragen werden kann (Soergel/Hadding/Kießling § 738 Rn. 47). Im Rahmen dieser Abwägung kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, wobei die Rspr. bei Freiberuflersozietäten tendenziell eine größere Gestaltungsfreiheit zubilligt als Gesellschaften mit gewerblichen oder sonstigem unternehmerischem Zweck (vgl. auch OLG München BeckRS 2010, 25514). Zu berücksichtigen sind die Ertragsstruktur der Gesellschaft, die Höhe des betroffenen Anteils und die Umstände des Ausscheidens, sodass sich starre Grenzwerte verbieten. Als Richtwert kann aber gelten, dass eine auf unter 50 % des realen Wertes begrenzte Abfindung regelmäßig unwirksam ist (BGH NJW 1989, 2685 (2686) – 50 % des Buchwertes; BGHZ 123, 281 (284) – 45 % des Verkehrswertes; BGH NJW-RR 2006, 1270, 1271 – 30 % des Liquidationswertes). Ein Missverhältnis kann sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Regelung der Höhe ergeben, sondern auch aus der Art ihrer Berechnung, etwa durch eine – grundsätzlich unbedenkliche – Buchwertklausel. Sie stellt auf das bilanzielle Eigenkapital ab und lässt stille Reserven und Good Will unberücksichtigt, sodass sie bei längerer Mitgliedschaft in der Gesellschaft zu einer starken Diskrepanz von Buchwert und realem, hypothetisch nach § 728 geschuldetem Wert führen kann (vgl. BGH NJW 1993, 2101 (2102); OLG München NZG 2004, 1055 (1056); LG Münster BeckRS 2016, 14881). Eine Lösung ist dann über § 242 BGB zu suchen (→ Rn. 11). Auch kann die Vereinbarung einer an sich sachgerechten Abfindung auf Grundlage des Ertragswertes unwirksam sein, wenn der Liquidationswert des Unternehmens seinen Ertragswert erheblich übersteigt (BGH NJW-RR 2006, 1270 (1271)). Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, ob der Ausscheidende für die Abfindung seinerseits eine Gegenleistung erbringen muss, die die Abfindung wirtschaftlich in einem die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschreitenden Maße entwertet (vermeint für die Verpflichtung zur Aufgabe einer Kassenarztzulassung von OLG Frankfurt a. M. GesR 2010, 491 (493)). Für steuerliche Zwecke ist das gesellschaftsrechtliche Abfindungsguthaben nicht bindend (FG Münster ErbStb 2016, 3 (Verkehrswert eines Grundstücks)).

Umstritten ist, ob ein großzügigerer Maßstab für den Fall der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund (§ 727) gilt. ZT wird vertreten, dass eine Beschränkung der Abfindung als zulässige Vertragsstrafe qualifiziert werden kann, wenn der Ausgeschiedene den Kündigungsgrund in seiner Person schuldhaft herbeigeführt hat (vgl. BGH NJW 1993, 2101 (2102); BGH NJW 1989, 2685 (2686); aA Soergel/Hadding/Kießling § 738 Rn. 50). Nur ausnahmsweise ist iRe Gesamtabwägung zu

berücksichtigen, wie die Mitgliedschaft erlangt wurde (etwa durch unentgeltliche Zuwendung oder ohne Kapitaleinlage; vgl. BGH NJW 2002, 3536 (3537)). Unwirksam sind Regelungen, die die Abfindung ausschließlich zum Nachteil Dritter schmälern (oder ganz ausschließen) sollen (BGHZ 144, 365 (367); BGHZ 65, 22 (27)), eine Begrenzung also etwa nur für den Fall des Ausscheidens durch Gläubigerpfändung (§ 726) oder Insolvenzeröffnung (§ 730 Abs. 2) vorsehen. Keine solche unzulässige Regelung liegt bei einer Vereinbarung auf den Todesfall vor; hier handelt es sich um eine vorweggenommene unentgeltliche Verfügung über den Anteilswert unter Lebenden (KG JR 1959, 101).

- 14 Ein vollständiger **Ausschluss der Abfindung** ist regelmäßig unwirksam, eine Ausnahme kann allenfalls bei Gesellschaften gelten, die einen ideellen Zweck verfolgen (BGH NJW 1997, 2592 (2593); OLG Frankfurt a. M. OLGR 2009, 374; LG Heidelberg ZInsO 2020, 109 (114)). Besteht der wesentliche Wert einer unternehmenstragenden Gesellschaft in ihrem Good Will (typischerweise bei Freiberuflergesellschaften), ist ein völliger Ausschluss zwar ebenfalls unwirksam (OLG Celle OLGR 2007, 482 (483)), die Regelung aber darauf zu untersuchen, ob nicht in der (hinreichend realistischen, OLG Schleswig MedR 2004, 215 (218)) Möglichkeit, Vertragsbeziehungen mitzunehmen (Mandanten-/Patientenübernahme), eine einer adäquaten Abfindung wirtschaftlich gleichwertige Regelung zu sehen ist (vgl. BGH NZG 2010, 901; BGH NJW 2000, 2584 f.; BGH NJW 1995, 1551; OLG Celle NZG 2007, 542 (543)). Ist dies nicht der Fall, kann der Ausschluss der Abfindung zur Unwirksamkeit einer Mandantenschutzklausel führen, wenn der Ausgeschiedene die Abfindung nicht beansprucht (OLG Celle OLGR 2007, 482 (483)). Ein Ausschluss kann wirksam sein, wenn anstelle der Abfindung ein Eintrittsrecht eines Familienangehörigen des Ausscheidenden vorgesehen ist (OLG München BeckRS 2008, 8281).
- 15 **Modalitäten der Abfindung** können grundsätzlich wirksam vereinbart werden. Ratenzahlungsverbindlichkeiten unterliegen bei sachlich gerechtfertigter Laufzeit (zehn Jahre, BGH NJW 1989, 2685 (2686); ausnahmsweise, etwa zur Altersversorgung, auch länger NJW 2004, 2449 f.) und Verzinsung des Abfindungsguthabens (BGH NJW 1989, 2685 (2686)) keinen Bedenken.

Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für Fehlbetrag

728a Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht aus, hat der ausgeschiedene Gesellschafter der Gesellschaft für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis seines Anteils am Gewinn und Verlust aufzukommen.

- 1 § 728a bestimmt eine **Fehlbetragshaftung** des ausgeschiedenen Gesellschafters. Eine inhaltsgleiche Regelung war vor der Reform des Personengesellschaftsrechts in § 739 aF bestimmt. Der ausgeschiedene Gesellschafter ist verpflichtet, sich einen iRd **Schlussabrechnung** (auch als Abfindungs- oder Abschichtungsbilanz bezeichnet, → § 728 Rn. 3) ergebenden Fehlbetrag gemäß seiner Verlustanteilsquote (§ 709 Abs. 3) ausgleichen. Anders als in § 739 aF und in § 737 im Rahmen der Liquidation, erstreckt sich die Pflicht dem Wortlaut nach nur auf die Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht auf die Deckung der Einlagen der Mitgesellschafter, sodass die Verlusttragungspflicht bei Ausscheiden (§ 728a) und Liquidation (§ 737) jedenfalls nach dem Gesetz unterschiedlich ausfällt. Die Gesetzesbegründung geht darauf nicht ein. Ein Grund für eine Privilegierung im Ausscheidensfall ist nicht ersichtlich, sodass auch die Verlusttragungspflicht nach § 728a auf rückständige Beiträge erstreckt werden sollte (zutr. Servatius GbR § 728a Rn. 13). Die Pflicht besteht gegenüber der **Gesellschaft als Anspruchsinhaberin**. Dem entspricht, dass ihm ein Abfindungsanspruch nur dann zusteht, wenn das um die Einlagen der anderen Gesellschafter und die Gesellschaftsverbindlichkeiten bereinigte Gesellschaftsvermögen einen Überschuss aufweist (→ § 728 Rn. 2). Das Pendant zu § 728a bzgl. der Haftung nicht ausgeschiedener Gesellschafter für Fehlbetrag bei Liquidation der Gesellschaft enthält § 737. Für die OHG und PartG (iVm § 9 Abs. 1 PartGG) gilt § 136 HGB, für die KG § 167 HGB. Entsprechend anwendbar ist § 728a bei Übernahme des Gesellschaftsvermögens (OLG Hamm NZG 2005, 175). Nicht anwendbar ist § 728a bei einer Rechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil (dh Gesellschafterwechsel, vgl. OLG Hamm Rpfleger 1985, 289 f.). Der Anspruch verjährt nach § 195 (BGH NJW 2011, 2292 (2293); BGH NJW-RR 2010, 1401 (1402)). Der Anspruch **entsteht** grundsätzlich mit dem Ausscheiden des Gesellschafters (BGH NZG 2010, 1020 (1020)), die Feststellung der Schlussabrechnung ist keine Voraussetzung für seine Fälligkeit (BGH NJW-RR 2010, 1401 (1402); OLG München BeckRS 2017, 102599), sodass den Beteiligten kein Anspruch auf einen Feststellungsbeschluss zusteht (MüKoBGB/Schäfer § 738 Rn. 28 (§ 738 aF)) und zur Verhinderung der Verjährung ggf. Feststellungsklage geboten ist. Ist der aus einer Personengesellschaft ausgeschiedene Gesellschafter im Stande, die Höhe seines Abfindungsanspruchs schlüssig zu begründen, so kann er nach dem Verstreichen der vertraglich vereinbarten Fälligkeitszeitpunkte im Regelfall auf Leistung klagen und im Rahmen dieser Zahlungsklage den Streit darüber austragen, ob und in welcher Höhe bestimmte Aktiv- oder Passivposten bei der Berechnung des Abfindungsguthabens zu berücksichtigen sind.

Die **Ausgleichspflicht** besteht, wenn die auf den Tag des Ausscheidens erstellte Abschichtungsbilanz 2 (→ § 728 Rn. 3) ergibt, dass das Gesellschaftsvermögen die Verbindlichkeiten der Gesellschaft und die Einlagen der Gesellschafter rechnerisch nicht abdeckt (OLG Hamm NZG 2005, 175). Eine Beschränkung der Außenhaftung lässt die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis unberührt (KG NZG 2009, 1222 (1223)). Hat der Ausgeschiedene mit Gesellschaftsgläubigern hinsichtlich seiner persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten eine Haftungsbeschränkung vereinbart, kann er sich im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft auf solche Individualabsprachen nicht berufen und bleibt anteilig in voller Höhe ausgleichspflichtig (BGH NZG 2009, 581(582)). Der aus der Ausgleichspflicht folgende **Sozialanspruch** entsteht mit Ausscheiden und wird mit Bezifferung fällig, er kann von den verbliebenen Gesellschaftern iRe actio pro socio (§ 715b) geltend gemacht werden.

Der Ausscheidende kann mit einem Anspruch auf Rückerstattung seiner Einlage aufrechnen und ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen (§ 273), soweit ihm Ansprüche gegen die Gesellschaft nach § 728 S. 1 zustehen (Rückgabe von Gegenständen, Wertersatz, Schuldbefreiung etc; BGH NJW 1974, 899 (900); zur Beweispflicht BGH NZG 2009, 581). Gleiches gilt in den Grenzen des § 242 bzgl. der Vorlage der Abfindungsbilanz (ausf. Kopp ZIP 2022, 875 (882f.)). Da die Gesellschaft die Erfüllung dieser Ansprüche ebenfalls auf § 273 gestützt verweigern kann, ist Zug-um-Zug zu erfüllen (§ 274). Eine **Zahlungspflicht des ausgeschiedenen Gesellschafters** besteht daher im Ergebnis nur dann, wenn der auf ihn entfallende Fehlbetrag einschließlich sonstiger, der Gesellschaft noch geschuldeter Beträge nach dem Ergebnis der Schlussabrechnung höher ist als die ihm iRd Abfindung zurückzugewährende Einlage sowie etwaige weitere ihm noch zustehende Ansprüche aus dem Gesellschafterverhältnis.

Kann der Ausgleichsbetrag nicht erlangt werden, führt dies, da in der werbenden Gesellschaft **keine** 3 **Verlustausgleichsverpflichtung** besteht, anders als nach § 737 S. 2 im Zuge der Liquidation, nicht zu einer Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Verlustbeteiligung (Erman/Westermann § 739 Rn. 2; MüKoBGB/Schäfer § 739 Rn. 5 (§ 739 aF); Soergel/Hadding/Kießling § 739 Rn. 6 (§ 739 aF)), wohl aber zur Erhöhung des auf sie entfallenden Verlusts der Gesellschaft. Sich nach Erfüllung der Verlusttragungspflicht ergebende, bisher unberücksichtigte Ansprüche können grundsätzlich noch geltend gemacht werden.

Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

728b (1) ¹ **Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so haftet er für deren bis dahin begründete Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden fällig sind und**

1. **daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Absatz 1 Nummer 3 bis 5 bezeichneten Art festgestellt sind oder**
2. **eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts.**

² **Ist die Verbindlichkeit auf Schadensersatz gerichtet, haftet der ausgeschiedene Gesellschafter nach Satz 1 nur, wenn auch die zum Schadensersatz führende Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten vor dem Ausscheiden des Gesellschafters eingetreten ist.** ³ **Die Frist beginnt, sobald der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangt hat oder das Ausscheiden des Gesellschafters im Gesellschaftsregister eingetragen worden ist.** ⁴ **Die §§ 204, 206, 210, 211 und 212 Absatz 2 und 3 sind entsprechend anzuwenden.**

(2) **Einer Feststellung in einer in § 197 Absatz 1 Nummer 3 bis 5 bezeichneten Art bedarf es nicht, soweit der Gesellschafter den Anspruch schriftlich anerkannt hat.**

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Voraussetzungen für die Nachhaftungsbegrenzung (Abs. 1)	3
1. Ausscheiden des Gesellschafters	3
2. Bis dahin begründete Verbindlichkeit der Gesellschaft	5
3. Frist	8
4. Fälligkeit des Anspruchs	12
5. Geltendmachung	13
III. Wechsel in die Stellung eines Kommanditisten	18
IV. Gestaltung	19

I. Allgemeines

- 1 § 728b regelt das Schicksal der persönlichen Haftung des aus der GbR ausgeschiedenen Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten, die vor seinem Ausscheiden begründet worden sind. Diese Problematik der sog. „Nachhaftung“ war vor der Reform des Personengesellschaftsrechts durch einen Verweis in § 736 Abs. 2 aF auf § 160 HGB aF weitgehend inhaltsgleich geregelt. Durch das Erfordernis, dass die Verbindlichkeit bis zum Ausscheiden begründet und vor Ablauf von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden fällig sein muss, wird der ausgeschiedene Gesellschafter vor einer **zeitlich unbegrenzten Inanspruchnahme geschützt**. Bei der Vorschrift handelt es sich um eine **Einwendung** und keine Einrede (BT-Drs. 19/27635, 177). Einwendungen der Gesellschaft, die die Gesellschafter nach § 721b Abs. 1 geltend machen können, werden von § 728b nicht berührt. Ist die Nachhaftungsfrist abgelaufen, erlischt der Anspruch gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter. Im Falle einer Nachhaftung des Gesellschafters bestehen Regressansprüche gegen die Gesellschaft, sofern zuvor Freistellung von sämtlichen Altverbindlichkeiten verlangt wurde (→ § 728 Rn. 8); zudem bestehen Regressansprüche gegen die übrigen Gesellschafter auf Grundlage des § 426.
- 2 Abzugrenzen ist § 728b von § 739, der die Nachhaftung der Gesellschafter in der aufgelösten Gesellschaft regelt. Eine § 137 Abs. 3 HGB entsprechende Regelung zur Begrenzung der persönlichen Haftung für Altverbindlichkeiten bei **Wechsel des GbR-Gesellschafters in eine beschränkt haftende Gesellschafterstellung** als Kommanditist einer KG ergibt sich aus § 707c Abs. 5, demgemäß für die zum Zeitpunkt seiner Eintragung im Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten § 728b entsprechend anzuwenden ist. Eine entsprechende Bestimmung bzgl. des Wechsels in eine Gesellschafterstellung als Partner einer Partnerschaftsgesellschaft fehlt, bei Wechsel in eine Kapitalgesellschaft gilt § 224 Abs. 2 UmwG.

II. Voraussetzungen für die Nachhaftungsbegrenzung (Abs. 1)

- 3 **1. Ausscheiden des Gesellschafters.** Der **Grund** des Ausscheidens ist für die Nachhaftung unerheblich. Unbeachtlich ist auch, ob die Gesellschaft nach dem Ausscheiden fortbesteht, aufgelöst oder beendet wird. Die Haftung trifft auch die Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters (LG Köln ErbR 2013, 245). Im Falle des Ausscheidens des Erblassers nach § 724 Abs. 2 gilt § 728b für die unbeschränkte Gesellschafterhaftung des Erblassers. Der Erbe selbst haftet lediglich nach den zivilrechtlichen Maßgaben (§ 724 Abs. 4). Auch der vorletzte Gesellschafter, der aus der Gesellschaft ausscheidet, unterliegt den Bestimmungen der Nachhaftung (§ 712a Abs. 2).
- 4 Im Falle der **Veräußerung des Gesellschaftsanteils**, findet § 728b sinngemäß auf den veräußernden Gesellschafter Anwendung (MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 160 Rn. 21 (§ 160 HGB aF)). Scheidet ein Gesellschafter aus, während die Gesellschaft **liquidiert** wird, finden §§ 728b und 739 parallel Anwendung (MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 160 Rn. 13 (§ 160 HGB aF)).
- 5 **2. Bis dahin begründete Verbindlichkeit der Gesellschaft.** Die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters setzt das Vorliegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft voraus. Erfasst sind ausschließlich Verbindlichkeiten der Gesellschaft, für die der Gesellschafter persönlich unbeschränkt haftet (§§ 721, 721a). Zudem muss die Verbindlichkeit der Gesellschaft bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens (§ 723 Abs. 3) begründet worden sein. Dies setzt voraus, dass die **Rechtsgrundlage der Verbindlichkeit zum Zeitpunkt des Ausscheidens bereits gelegt** worden ist (ZIP 2020, 1704 (1705); ZIP 2012, 369 (370); BGHZ 150, 373 (376), NJW 2002, 2170 (2171)). Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits im Vertrag selbst angelegt, sodass die Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluss als entstanden anzusehen sind, auch wenn einzelne Verpflichtungen erst später fällig werden (BGHZ 150, 373 (376), NJW 2002, 2170 (2171)). Eine vor Ablauf der Fünfjahresfrist bestehende Kündigungsmöglichkeit (der Gesellschaft oder des Gläubigers) befreit den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht mehr (BGHZ 150, 373 (376), NJW 2002, 2170 (2171); BGH NJW 2000, 208).
- 6 Bei auf **Schadensersatz** gerichteten Forderungen bestimmt Abs. 1 S. 2, dass eine Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nur in Betracht kommt, wenn auch die zum Schadensersatz führende Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten vor dem Ausscheiden des Gesellschafters eingetreten ist. Maßgeblich ist mithin der **Zeitpunkt der Pflichtverletzung**. Ist die zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung erst nach Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters eingetreten, ist die jeweilige Schadensersatzforderung im Sinne einer **eindeutigen Nachhaftungsbegrenzung** (BT-Drs. 19/31105, 7) von der Nachhaftung ausgenommen. Der Umfang der Nachhaftung ist auf den Umfang der Ansprüche, wie sie sich zum Zeitpunkt des Ausscheidens nach den §§ 249 ff. ergeben, begrenzt. Nachträgliche Schadenspositionen finden insofern keine Berücksichtigung mehr (Servatius GbR § 728b Rn. 12).
- 7 Umstritten ist die Bestimmung des Zeitpunkts der Pflichtverletzung im Hinblick auf die Nachhaftung in Konstellationen, in denen der nach dem Ausscheiden des Gesellschafters begründete Schadensersatz-

anspruch an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt. Besonders praxisrelevant ist dies im Falle des **Schadensersatzes statt der Leistung**. Da der ausgeschiedene Gesellschafter in jedem Fall noch für die Erfüllung des Primäranspruchs haftet, wird vertreten, ihn mittels teleologischer Reduktion bis zur Höhe des Erfüllungsanspruchs auch für den Schadensersatzanspruch haften zu lassen, obwohl die diesen begründende Pflichtverletzung entgegen Abs. 1 S. 2 erst nach dem Ausscheiden erfolgt ist (Schäfer Neues PersGesR § 728b Rn. 9; aA Servatius § 728b Rn. 10; Wertbruch/Döring GmbHR 2023, 649 (653)). Dies vermag angesichts des eindeutigen Wortlauts sowie des Sinn und Zwecks der Bestimmung, „eine bisher umstrittene Frage im Sinne einer klaren und eindeutigen Nachhaftungsbegrenzung [zu lösen]“ (BT-Drs. 19/31105, 7) nicht zu überzeugen, sodass richtigerweise auch in den Fällen des Schadensersatzes statt der Leistung für eine Nachhaftung die Pflichtverletzung vor dem Ausscheiden erfolgt sein muss.

Lediglich die **Bestimmung des Vorliegens einer Pflichtverletzung** kann variieren, sodass diese bereits in der fehlerhaften Vorbereitung der Leistung, die dann zur Nichtleistung führt, dem Abschluss eines Vertrags bei anfänglicher Unmöglichkeit und bei Vorliegen eines Übernahmeverschuldens oder in der Erbringung einer mangelhaften Leistung liegen kann (ausf. Wertbruch/Döring GmbHR 2023, 649 (653 ff.)). In Ermangelung einer **Übergangsregelung** findet Abs. 1 S. 2 erst dann Anwendung, wenn die Pflichtverletzung nach dem 1.1.2024 erfolgt ist; im Übrigen muss §§ 736 Abs. 2 aF iVm 160 HGB aF gelten (Wertbruch/Döring GmbHR 2023, 649 (658)).

3. Frist. Abs. 1 S. 1 statuiert eine **materielle Ausschlussfrist** von fünf Jahren nach dem Ausscheiden des Gesellschafters. Wird die Gesellschaftsverbindlichkeit erst nach Ablauf der Frist fällig, ist eine Inanspruchnahme des Gesellschafters ausgeschlossen. Die Berechnung der Frist erfolgt nach den §§ 187 ff.

Die **Frist beginnt** (S. 3) bei im Gesellschaftsregister eingetragenen und nicht eingetragenen Gesellschaften zu einem jeweils unterschiedlichen Zeitpunkt. Ist die Gesellschaft nicht eingetragen, wird auf den Zeitpunkt abgestellt, in welchem der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters (**positive Kenntnis erlangt**) hat. In der Konsequenz der Anknüpfung an die Kenntnis des jeweiligen Gläubigers kann die Ausschlussfrist damit gegenüber den Gläubigern uneinheitlich beginnen und entsprechend enden. Das für den Gesellschafter hierdurch im Grundsatz zeitlich unüberschaubare Nachhaftungsrisiko kann nur durch eine aktive Informationspolitik durch GbR und/oder Gesellschafter begrenzt werden. Der Ausgeschiedene muss ggf. beweisen, dass der Gläubiger von dem Ausscheiden Kenntnis hatte und wann dies der Fall war (LG Düsseldorf ZMR 2019, 978 (980)).

Ist die Gesellschaft im Gesellschaftsregister eingetragen, ist auf den **Tag der Eintragung** (nicht: Bekanntmachung der Eintragung) des Ausscheidens abzustellen. Etwas anderes gilt, wenn der Gläubiger bereits vor diesem Zeitpunkt in Kenntnis des Ausscheidens gewesen ist. Die Beachtlichkeit der Kenntnis gilt auch für eingetragene Gesellschaften, um eine Ungleichbehandlung der Gläubiger zu vermeiden (BT-Drs. 19/27635, 177). Ist das Ausscheiden nicht eingetragen, gilt § 15 Abs. 1 HGB über § 707a Abs. 3. In diesem Fall ist auf die Kenntniserlangung des Gläubigers abzustellen.

Abs. 1 S. 4 erklärt die **einschlägigen Verjährungsvorschriften** (§§ 204, 206, 210, 211, 212 Abs. 2 und 3) für entsprechend anwendbar. Handlungen, welche die Verjährung hemmen oder zu dessen Neubeginn führen, müssen gegenüber dem Gesellschafter, nicht aber gegenüber der Gesellschaft vorgenommen werden.

4. Fälligkeit des Anspruchs. Die Verbindlichkeit muss vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig (§ 271 Abs. 1) sein. Tritt Fälligkeit erst nach Ablauf der Frist ein, ist die Nachhaftung ausgeschlossen. Verjährungshemmende Maßnahmen (Abs. 1 S. 4) haben keine Wirkung (MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 160 Rn. 30 (§ 160 aF)).

5. Geltendmachung. Abs. 1 S. 1 setzt ferner in Nr. 1 voraus, dass nach Ansprüche gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter in einer **in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art festgestellt** sind. Hiervon umfasst sind rechtskräftig festgestellte Ansprüche (Nr. 3), Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichen oder Urkunden (Nr. 4) und solche, die durch die im Insolvenzverfahren erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind (Nr. 5). Unbeachtlich ist, ob die Feststellung vor oder nach dem Ausscheiden erfolgt ist. Nicht ausreichend ist eine Geltendmachung allein gegenüber der Gesellschaft.

Voraussetzung nach Nr. 2 ist, dass eine **gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt** wird. Dieser Enthaltungsvariante kommt lediglich geringe Bedeutung zu, da Vollstreckungshandlungen stets einen Titel voraussetzen (Nr. 1, MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 160 Rn. 33 (§ 160 HGB aF)).

Bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der **Erllass eines Verwaltungsakts**, was sich wiederum nach den Vorschriften des Öffentlichen Rechts richtet (beachte insb. § 43 Abs. 1 VwVfG). Eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs ist nicht ausgeschlossen (EBS/Hillmann HGB § 160 Rn. 14 (§ 160 HGB aF)).

Abs. 2 erklärt die in S. 1 Nr. 1 bestimmte Feststellung für entbehrlich, soweit der Gesellschafter den **Anspruch schriftlich** (§ 126, beachte auch Abs. 3 und 4) **anerkannt** hat. Eine einseitige Erklärung

des Gesellschafters reicht aus. Das Anerkenntnis kann auch schon vor dem Ausscheiden erfolgt sein. Wird eine diesbezügliche Erklärung erst nach Fristablauf abgegeben, kann es als deklaratorisches Schuld-
anerkentnis angesehen werden (EBJS/Hillmann HGB § 160 Rn. 16; MüKoHGB/K. Schmidt/Dre-
scher § 160 Rn. 38 (§ 160 HGB aF)).

- 17 Die weiteren Voraussetzungen bewirken gemeinsam mit der zu beachtenden Frist eine **doppelte Begrenzung der Nachhaftung** (BT-Drs. 19/27635, 177).

III. Wechsel in die Stellung eines Kommanditisten

- 18 Zur Nachhaftung des Gesellschafters bei Wechsel in die Stellung eines Kommanditisten § 707c Abs. 5.

IV. Gestaltung

- 19 § 728b ist dispositiv, von ihr kann nach dem **Grundsatz der Vertragsfreiheit** abgewichen werden. Für die Beschränkung der Nachhaftungsfrist sowie für einen Ausschluss oder eine Fristverlängerung ist eine Vereinbarung des Gläubigers mit dem Gesellschafter erforderlich. Im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Abweichungen von der Vorschrift oder zwischen Gesellschaft und ausscheidendem Gesellschafter erfolgte Vereinbarungen reichen nicht aus (s. auch § 721 S. 2).

Kapitel 5. Auflösung der Gesellschaft

Auflösungsgründe

729

(1) Die Gesellschaft wird aufgelöst durch:

1. Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen wurde;
2. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft;
3. Kündigung der Gesellschaft;
4. Auflösungsbeschluss.

(2) Die Gesellschaft wird ferner aufgelöst, wenn der Zweck, zu dem sie errichtet wurde, erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist.

(3) ¹Eine Gesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, wird ferner aufgelöst:

1. mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist;
2. durch die Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

²Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere rechtsfähige Personengesellschaft gehört, bei der mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(4) Im Gesellschaftsvertrag können weitere Auflösungsgründe vereinbart werden.

Übersicht

	Rn.
I. Regelungsinhalt	1
II. Auflösungsgründe	4
1. Zeitablauf (Abs. 1 Nr. 1)	4
2. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft (Abs. 1 Nr. 2)	5
3. Kündigung der Gesellschaft (Abs. 1 Nr. 3)	10
4. Auflösungsbeschluss (Abs. 1 Nr. 4)	11
5. Zweckerreichung, Unmöglichkeit (Abs. 2)	12
a) Allgemeines	12
b) Zweckerreichung	14
c) Unmöglichkeit	15
d) Exkurs: Sitzverlegung ins Ausland	16
e) Gestaltung	17
III. Zusätzliche Auflösungsgründe von Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (Abs. 3)	18
1. Allgemeines	18
2. Auflösung wegen Masselosigkeit	19
3. Löschung wegen Vermögenslosigkeit	20
IV. Gestaltung	24

I. Regelungsinhalt

§ 729 bestimmt als Zentralnorm des Normkomplexes zur Auflösung der Gesellschaft (§§ 729–734) 1 eine – wie sich aus Abs. 4 ergibt – nicht abschließende Aufzählung möglicher Gründe, die zur Auflösung der Gesellschaft im Sinne einer Zweckänderung von einerwerbenden zu einer Abwicklungsgesellschaft. Während Abs. 1 und 2 allgemeine Auflösungsgründe enthalten, ergänzt Abs. 3 für Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist („atypische GbR“), weitere Auflösungsgründe. Abs. 4 bestimmt, dass **gesellschaftsvertraglich weitere Gründe** vereinbart werden können. Die Norm konsolidiert im früheren Recht in §§ 723 (Kündigung), 726 (Zweckerreichung), 728 (Insolvenz) aF geregelte Auflösungsgründe, ergänzt um weitere, aus dem Recht der oHG (§ 131 HGB aF) übernommene Auflösungsgründe. Das Entstehen einer fehlerhaften Gesellschaft führt nicht als solches zu ihrer Auflösung, sondern ermöglicht nur die Kündigung nach § 731. Verstößt der Gesellschaftszweck nach wirksamer Gründung gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder wird sittenwidrig, § 138, führt dies zur Auflösung der Gesellschaft entsprechend § 729 (Servatius GbR § 705 Rn. 9) (bei anfänglicher Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit entsteht eine fehlerhafte Gesellschaft).

§§ 731, 732 enthalten nähere Bestimmungen zu zwei dieser Auflösungsgründe (Kündigung der Gesellschaft, Auflösungsbeschluss der Gesellschafter), § 734 regelt die Fortsetzung der Gesellschaft durch Fortsetzungsbeschluss, § 735 die Anmeldung der Auflösung bei eingetragenen Gesellschaftern. Mit diesem Normkomplex differenziert das reformierte Recht zwischen dem – im alten Recht noch regelhaft zur Auflösung der Gesellschaft führenden – Ausscheiden von Gesellschaftern aus der Gesellschaft (§§ 723–728b), die nunmehr ihren Fortbestand unberührt lässt, und der Auflösung der Gesellschaft. Dieser Ansatz bewirkt insbesondere, dass ein Gesellschafter – bei Vorliegen eines beide Handlungsmöglichkeiten tragenden Grundes – seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft (Austrittskündigung) oder die Gesellschaft selbst (Auflösungskündigung) außerordentlich kündigen kann.

Die Auflösung der Gesellschaft führt lediglich zum Entstehen einer Abwicklungsgesellschaft, sie lässt die Rechtsfähigkeit und den Mitgliederbestand der Gesellschaft unberührt. Die Abwicklungsgesellschaft durchläuft die Phase der Liquidation, die in §§ 735–739 geregelt ist. Der Abschluss der Liquidation mündet schließlich in der Vollendung der Gesellschaft. Nur ausnahmsweise kann diese mit der Auflösung zusammenfallen, etwa bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters (§ 712a) oder bei der Vereinigung von Gesellschaftsanteilen in einer Hand.

II. Auflösungsgründe

1. Zeitablauf (Abs. 1 Nr. 1). Nach Abs. 1 Nr. 1 wird die Gesellschaft durch **Ablauf der Zeit**, für 4 welche sie eingegangen wurde, automatisch aufgelöst. Es handelt sich um einen vertraglichen Auflösungsgrund, sodass der Regelung lediglich klarstellende Wirkung zukommt. Ob die Mindest- oder Höchstdauer der Gesellschaft vereinbart wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln. Nur Letztere wird von Abs. 1 Nr. 1 umfasst (MüKoHGB/K. Schmidt/Fleischer § 131 Rn. 11 (§ 131 HGB aF); Schäfer Neues PersGR § 729 Rn. 13), während eine für eine Mindestdauer eingegangene Gesellschaft nach Zeitablauf als unbefristete Gesellschaft fortbesteht (Erman/Westermann § 723 Rn. 3). Die Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen ist, kann sowohl nach dem Kalender bestimmt oder an ein (anderes) bestimmtes Ereignis geknüpft sein, dessen Eintritt zeitlich nicht feststeht. Ausgenommen ist die Auflösung durch Erklärung eines Gesellschafters, hierbei handelt es sich um eine Kündigungsklausel, nicht um einen Auflösungsgrund iSv Nr. 1 (MüKoHGB/K. Schmidt/Fleischer § 131 Rn. 12 f. (§ 131 HGB aF)). Eine für eine Höchstdauer eingegangene Gesellschaft kann durch Beschluss der Gesellschafter verlängert oder zu einer unbefristeten Gesellschaft werden. Die hierfür notwendige Mehrheit richtet sich nach den im Gesellschaftsvertrag für dessen Änderungen bestimmten Mehrheitsanforderungen bzw. bei einer fehlenden Bestimmung nach § 734 Abs. 2 (der auch für eine Fortsetzungsentscheidung nach Zeitablauf maßgeblich ist).

2. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft (Abs. 1 Nr. 2). 5 § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO erkennt die Insolvenzfähigkeit der GbR ausdrücklich an. Die Vorschrift ermöglicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR, an die Abs. 1 Nr. 2 die Auflösung der Gesellschaft knüpft.

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** iSv Abs. 1 Nr. 2 erfolgt auf Antrag bei Vorliegen des 6 Insolvenzeröffnungsgrunds der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (§ 17 InsO), (nur auf deren Eigenantrag) bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs. 1 InsO) oder bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 InsO ausnahmsweise auch bei Überschuldung. Die Zahlungsfähigkeit der Gesellschafter ist bedeutungslos. Antragsberechtigt sind neben den Gesellschaftsgläubigern (§ 14 InsO) auch die Gesellschafter (§ 15 Abs. 1 InsO). Eine Insolvenzantragspflicht besteht nicht bei Existenz mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters, der natürliche Person ist (vgl. § 15a InsO; OLG München 2015, 07184). Die Notwendigkeit einer Antragstellung kann sich aber für Geschäftsführer unter dem Gesichtspunkt zivilrechtlicher Haftung ergeben. Ist ein Insolvenzantrag nicht geboten, kann der

Gesellschafter, der ihn gleichwohl stellt, seine Treuepflicht verletzen (OLG München BeckRS 2015, 07184).

- 7 Das Wirksamwerden des Eröffnungsbeschlusses des Insolvenzgerichts nach § 27 InsO führt nach Abs. 1 Nr. 2 zur Auflösung der Gesellschaft. Wirksam wird der Beschluss mit seiner Herausgabe durch die Geschäftsstelle, nicht erst mit Zustellung oder Rechtskraft (BeckOK BGB/Schöne Rn. § 728 Rn. 3). Auflösung tritt auch bei fehlerhaftem Beschluss ein, nicht aber bei Zurückweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse (vgl. BGHZ 75, 178 (181)). Wird der Eröffnungsbeschluss erfolgreich durch Beschwerde (die keine aufschiebende Wirkung hat, § 6 Abs. 3 InsO) angefochten und aufgehoben, entfällt der Auflösungsbeschluss rückwirkend. Die Gesellschaft war dann nie aufgelöst, Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters bleiben aber wirksam (§ 34 Abs. 3 S. 3 InsO).
- 8 Die Eröffnung des Verfahrens betrifft nur das Vermögen der Gesellschaft, die Gesellschafter sind in ihrer privaten Vermögenssphäre nicht betroffen. Ihre Haftung besteht zudem nur für Verbindlichkeiten, welche die GbR bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangen ist (für Steuerschulden etwa BFH DStR 1997, 1723; BFH DStR 2016, 1986; FG München DStRE 2011, 966 (967)), danach haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Die Geschäftsführung in der GbR übernimmt nach § 80 Abs. 1 InsO der Insolvenzverwalter. Nur der Insolvenzverwalter kann nach § 93 InsO für die Dauer des Verfahrens die persönliche Haftung der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis geltend machen (nicht eine Haftung aus anderen Rechtsverhältnissen; vgl. OLG Stuttgart NZI 2002, 495 (496)). Entsprechende Leistungen der Gesellschafter dürfen nicht zur Befriedigung von Masseverbindlichkeiten verwendet werden; für diese haftet lediglich das Gesellschaftsvermögen (LG Aachen ZInsO 2019, 1282 (1284)). Prozesse von Gläubigern gegen Gesellschafter wegen Verbindlichkeiten der GbR werden durch die Eröffnung analog § 17 Abs. 1 S. 1 AnfG unterbrochen (BGH NJW 2003, 590 (591); OLG Stuttgart NZI 2002, 495 (497)), neu erhobene Klagen sind unzulässig (LG Wiesbaden VersR 2013, 910 (911)). Gesellschafter können auch nicht gegen Gesellschaftsgläubiger auf Feststellung klagen, nicht persönlich für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft zu haften (BGH NZG 2012, 1113 (1114)). Werden Forderungen gegen die GbR durch Insolvenzplan befriedigt, entfällt die persönliche Gesellschafterhaftung (§ 227 Abs. 2 InsO).
- 9 Das Insolvenzverfahren verdrängt die gesellschaftsrechtliche Liquidation nach § 735 Abs. 1. Streitig ist, ob es bei Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens vor Beendigung der GbR zu einer Liquidation nach §§ 735 ff. kommt (soweit die Gesellschafter nicht die Fortsetzung der aufgelösten GbR beschließen) oder sich die GbR wieder in eine verbende wandelt (vgl. Soergel/Hadding/Kießling § 728 Rn. 4; Erman/Westermann § 728 Rn. 5).
- 10 **3. Kündigung der Gesellschaft (Abs. 1 Nr. 3).** Anders als die Kündigung der Mitgliedschaft des Gesellschafters, die zu dessen Ausscheiden führt (§ 723 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4), führt die Kündigung der Gesellschaft zur Auflösung derselben. Das Gesetz eröffnet eine Kündigung der Gesellschaft allerdings nur aus wichtigem Grund (§ 731 Abs. 1 S. 1). Die ordentliche Kündbarkeit der Gesellschaft ist seit der Reform gesetzlich nicht mehr geregelt; sie kann freilich Gegenstand gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen sein (Abs. 4, → Rn. 24). Zur (außerordentlichen) Kündigung der Gesellschaft § 731.
- 11 **4. Auflösungsbeschluss (Abs. 1 Nr. 4).** Die Gesellschaft wird zudem auch aufgelöst, wenn die Gesellschafter dies beschließen. Dem **Auflösungsbeschluss** gleichgestellt ist der Auflösungsvertrag (MüKoHGB/K. Schmidt/Fleischer § 131 Rn. 15 (§ 131 HGB aF)). Zum Auflösungsbeschluss → § 732 Rn. 1 ff.
- 12 **5. Zweckerreichung, Unmöglichkeit (Abs. 2).** a) **Allgemeines.** Die Gesellschaft wird auch aufgelöst, wenn der Zweck, zu dem sie errichtet wurde, erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist. Im Rahmen des § 725 würden diese beiden objektiven Gründe zu einer außerordentlichen Kündigung der Mitgliedschaft berechtigen. Nach Abs. 2 bewirkt die (Unmöglichkeit der) Zweckerreichung hingegen unmittelbar und unabhängig von der **Kenntnis der Gesellschafter** (MüKoBGB/Schäfer § 726 Rn. 7 (§ 726 aF)) die Auflösung der Gesellschaft.
- 13 Für Personenhandelsgesellschaften und PartG ist § 139 HGB vorrangig. Da bei einer Handelsgesellschaft der Betrieb eines Gewerbes aber Grundvoraussetzung für ihre Existenz ist (BGH NJW 1960 1664 (1665)), kommt trotz Eintragung im Handelsregister Abs. 2 zur Anwendung, wenn, was bei einer möglichen Zweckerreichung oder Unmöglichkeit nicht untypisch ist, eine solche Gesellschaft überhaupt kein Gewerbe mehr betreibt und auch nicht nur eigenes Vermögen verwaltet (vgl. OLG München BeckRS 2016, 06501). Das Vorliegen des Auflösungsgrundes muss beweisen, wer sich darauf beruft (RGZ 164, 129 (142)).
- 14 b) **Zweckerreichung.** Die für die Auflösung vorausgesetzte **Zweckerreichung**, dh die Erreichung des gesellschaftsvertraglich gemeinsam bestimmten Ziels der Gesellschaft, betrifft vor allem **Gelegenheitsgesellschaften** und bei diesen insbesondere Projektgesellschaften; dies auch, weil eine weite Fassung des Gesellschaftszwecks die Zweckerreichung weniger wahrscheinlich macht (BeckOK BGB/Schöne § 726 Rn. 5). Insbesondere bei Gelegenheitsgesellschaften kann die Auflösung wegen Zweckerreichung mit der Auflösung aufgrund Ablaufs der vereinbarten Zeit zusammenfallen. Beschränkt