

Gesellschaftsrecht

Koch

13. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-80401-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Ausgleich gänzlich ausgeschlossen ist, also im Recht der Gütertrennung, weshalb sich auch die folgende Darstellung an dieser Konstellation orientiert.

Fall 3: *Fischenich* hat im Jahr 2015 seine Verlobte *Claudia* geheiratet, wobei sich die Eheleute auf eine Gütertrennung geeinigt haben. Ein Jahr nach der Hochzeit erwerben sie aus gemeinsamen Mitteln ein Grundstück, das mit einem stark renovierungsbedürftigen Haus bebaut war. Mit erheblichem Aufwand haben sie das Haus anschließend umgebaut, wobei *Claudia* vorwiegend die Kosten für das angeschaffte Material trug, *Fischenich* hingegen die Umbauarbeiten weitgehend allein durchführte. *Claudia* wurde als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen. 2024 wurde die Ehe geschieden. *Fischenich* verlangt einen angemessenen Ausgleich für die von ihm gemachten Aufwendungen für den Erwerb und den Umbau des Hauses. 12

Hier kommt ein Zugewinnausgleich nach § 1378 I BGB nicht in Betracht, da *Fischenich* und *Claudia* wirksam eine Gütertrennung vereinbart und damit den Zugewinnausgleich gem. §§ 1408, 1410, 1414 BGB ausgeschlossen haben.⁹ Ein Anspruch nach § 611 I BGB iVm § 612 BGB scheidet aus, weil mangels Rechtsbindungswillens kein Dienstvertrag zustande gekommen ist. Ein Rückforderungsanspruch wegen groben Undanks aus §§ 530, 531 II BGB kommt nach hM schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich um sog. unbenannte ehebezogene Zuwendungen unter Eheleuten nicht um Schenkungen, sondern um sog. unbenannte ehebezogene Zuwendungen handeln soll, die nicht dem Schenkungsrecht unterfallen.¹⁰ Nach einer starken Gegenauffassung ist das Schenkungsrecht auch hier anwendbar, ein grober Undank zwischen Eheleuten aber nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen anzunehmen. Insbesondere die Trennung und Zuwendung zu einem neuen Partner vermag diesen Vorwurf noch nicht zu begründen.¹¹ Stattdessen lässt der BGH aber einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch zu, wenn die Eheleute zur Verwirklichung eines gemeinsamen Vorhabens eine Gesellschaft gegründet haben, die nach der Trennung nicht fortgesetzt werden soll.¹² Nur in seltenen Fällen werden sie dieses Vorhaben ausdrücklich auf eine vertragliche Grundlage stellen. Vielmehr wird der Vertrag meistens konkludent abgeschlossen. Es handelt sich um eine sog. Ehegatteninnengesellschaft: Nach außen tritt nur ein Ehegatte in Erscheinung, der die Geschäfte in seinem Namen einget. Der andere Ehepartner trägt durch Arbeits- oder Sachleistungen zur Vermögensmehrung bei und wird deswegen im Innenverhältnis als Mitgesellschafter behandelt. Mit der Scheidung oder Trennung wird die Gesellschaft beendet. In einem solchen Fall kommt an sich ein Anspruch aus § 736d VI BGB in Betracht. Diese Regelung setzt jedoch die Erfüllung der gemeinsamen Verbindlichkeiten und die Rückerstattung von Einlagen voraus, ist also auf Außengesellschaften zugeschnitten. Die Rspr. hat es dem Ehegatten in diesem Fall aber jedenfalls nach altem Recht gestattet, einen Anspruch in analoger Anwendung einer Vorschrift geltend zu machen, die auf die Abfindung eines Gesellschafter aus einer fortbestehenden Gesellschaft zugeschnitten war (§ 738 I 2 BGB aF). In das neue Recht ist diese Regelung nicht übernommen worden, doch dürfte ihr am ehesten § 728 I 1, II BGB entsprechen, auf den speziell für das Ausscheiden eines Gesellschafter aus einer fortbestehenden Innengesellschaft auch in § 740c II BGB verwiesen wird. Die Vorschrift regelt zwar das Ausscheiden eines Gesellschafter bei Fortbestand der Gesellschaft (→ § 10 Rn. 19 ff.), passt jedoch dem Sinne nach, weil sie die dingliche Berechtigung des einen Teils

⁹ Vgl. dazu Dethloff FamR § 5 Rn. 150 ff.

¹⁰ Vgl. nur aus neuerer Zeit BGH NJW 2006, 2330; BGHZ 177, 193 Rn. 15 = NJW 2008, 3277; BGHZ 184, 190 Rn. 23 = NJW 2010, 2202; BGH NJW 2012, 3374 Rn. 21; Jauernig/Mansel BGB § 516 Rn. 20; Röthel JURA 2006, 641 (643).

¹¹ Vgl. statt vieler MüKoBGB/Koch BGB § 516 Rn. 73 ff. mwN.

¹² Vgl. etwa BGHZ 155, 249 (255) = NJW 2003, 2982; BGHZ 165, 1 (5 f.) = NJW 2006, 1268; BGH NZG 2016, 547 Rn. 20 ff.

unberührt lässt und dem anderen Teil den notwendigen obligatorischen Ausgleich verschafft.¹³ Auch der ebenfalls teleologisch vergleichbare § 712a II BGB verweist für den Fall des Ausscheidens des letzten Gesellschafters auf diese Vorschrift, so dass ihre analoge Anwendung berechtigt ist.

- 14 Zentral ist damit die Frage, wann eine Ehegatteninnengesellschaft entsteht. Der BGH und das Schrifttum setzen voraus, dass die Eheleute durch beiderseitige Leistungen einen Zweck verfolgten, der über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht. Als Beispiel werden der Aufbau eines Unternehmens oder die gemeinschaftliche Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit genannt.¹⁴ Nach dem Willen der Eheleute müssen beide gleichermaßen zu der Vermögensbildung beitragen und an dem geschaffenen Vermögen partizipieren. Den Ehepartnern muss die gesellschaftsrechtliche Bedeutung ihres Tuns nicht bewusst sein. Es reicht aus, wenn sie erkennen, dass ihre Zusammenarbeit die familienrechtliche Verbindung überschreitet. Im Fall 7 haben *Fischenich* und *Claudia* das Haus gemeinsam renoviert und dort gewohnt. Dadurch wurde aber gerade die eheliche Lebensgemeinschaft gefördert. Ein darüber hinausgehender Zweck ist nicht erkennbar, so dass keine Innengesellschaft entstanden ist und folglich ein Anspruch analog § 728 BGB ausscheidet.¹⁵ Der BGH lässt in diesen Fällen allenfalls noch eine Korrektur nach § 313 BGB zu; es könne ein familienrechtlicher Vertrag *sui generis* vorliegen, dem durch das Scheitern der Ehe die Geschäftsgrundlage entzogen werde.¹⁶ Durch diesen Tatbestand können auch solche Leistungen erfasst werden, die der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen. Voraussetzung ist aber, dass die Leistungen in einem solchen Maße über die normalen Zuwendungen innerhalb einer Ehe hinausgehen, dass es dem Zuwendenden unzumutbar wäre, auf einen Ausgleich zu verzichten. Ob eine derartige Ausnahmekonstellation vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, dürfte hier aber eher zu verneinen sein.¹⁷
- 15 **Fall 4:** *Fischenich* und *Claudia* haben wiederum Gütertrennung vereinbart und gemeinsam eine Kneipe betrieben. Die Arbeitslast haben sie hälftig getragen; ein erforderlicher Betriebskredit wurde dadurch gesichert, dass *Claudia* ein in ihrem Eigentum stehendes Grundstück mit einer Grundschuld belastete. Nach der Ehescheidung will *Fischenich* auch die Kneipe alleine weiterführen. *Claudia* verlangt für ihr Ausscheiden eine Abfindungszahlung. *Fischenich* hält dieses Ansinnen für abwegig, weil der Betrieb stets unter seinem Namen geführt worden sei.
- 16 Auch hier kommt ein Zugewinnausgleich nach § 1378 I BGB nicht in Betracht, da *Fischenich* und *Claudia* wirksam eine Gütertrennung vereinbart haben. Ebenso scheiden wie in Fall 3 auch Ansprüche aus einem Dienst- oder Schenkungsvertrag aus. Eine Abweichung könnte sich aber hinsichtlich des Anspruchs aus § 728 I 1, II BGB analog ergeben.¹⁸ Für die danach erforderliche Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft ist zu verlangen, dass die Eheleute einen Vertrag geschlossen haben,

¹³ BGHZ 142, 137 (155 ff.) = NJW 1999, 2962; OLG Schleswig NJW-RR 2004, 972 (973); Soergel/Hadding/Kießling BGB Vor § 730 Rn. 9.

¹⁴ BGHZ 31, 197 (200 ff.) = NJW 1960, 428; BGH NJW 1974, 2278 f.; BGHZ 142, 137 (150) = NJW 1999, 2962.

¹⁵ So auch BGH NJW 1974, 1554; BGH NJW 2012, 3375 Rn. 18.

¹⁶ Vgl. zum Folgenden BGH NJW 1994, 2545 ff.; BGHZ 142, 137 (147 ff.) = NJW 1999, 2962; BGH NJW 2012, 3374 Rn. 23 ff.; MüKoBGB/Koch BGB § 516 Rn. 62 ff.

¹⁷ Zu der Abgrenzung dieser Korrektur von der daneben noch erwägenswerten Ausgleichsmöglichkeit über § 812 I 2 Mod. 2 BGB (*condictio ob rem*) vgl. BGHZ 65, 320 (322 ff.) = NJW 1976, 328; Dethloff FamR § 5 Rn. 224 ff.

¹⁸ Zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen bei der Gütertrennung vgl. BGH NJW 1974, 2278 f.; BGHZ 142, 137 (143 ff.) = NJW 1999, 2962.

durch den sie sich zum gemeinschaftlichen Betrieb der Kneipe verpflichteten, und diese vertragliche Beziehung beendet werden sollte. Anders als im Fall 3 wurde durch Betreiben einer Kneipe nicht nur die eheliche Lebensgemeinschaft gefördert, sondern die Eheleute verfolgten einen darüber hinausgehenden Zweck. Sie haben durch gemeinsames Handeln ein Vermögen gebildet, das formal nur *Fischenich* zustand. Dabei war *Claudias* Beitrag erheblich: Sie hat nicht nur in der Kneipe gearbeitet, sondern mit der Belastung ihres Grundstücks eine Leistung erbracht, zu der sie familienrechtlich nicht verpflichtet war und die der mit der Gütertrennung verfolgten Absicht der Ehegatten zuwiderlief, die Vermögensmassen getrennt zu halten.¹⁹ Damit ist zwischen den Eheleuten eine Innengesellschaft zustande gekommen. Nachdem die Ehe geschieden ist, wird die Gesellschaft aufgelöst, so dass *Claudia* einen Abfindungsanspruch analog § 728 I 1, II BGB geltend machen kann.²⁰

2. Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Fall 5: Würde sich an der rechtlichen Beurteilung in den Fällen 3 und 4 etwas ändern, wenn *Claudia* und *Fischenich* nicht verheiratet gewesen wären? 17

Ähnlich wie bei der Gütertrennung sind die Probleme gelagert, wenn die Beteiligten in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebten. Auch hier können die Vorschriften über den Zugewinnausgleich weder direkt noch analog angewendet werden, weil sich die Partner bewusst gegen eine Ehe entschieden haben. Der II. Zivilsenat des BGH löste die Fälle auf gesellschaftsrechtlichem Wege und gewährte dem benachteiligten Lebenspartner unter engen Voraussetzungen einen Anspruch analog § 728 I 1, II BGB: Eine Gesellschaft wurde nur angenommen, wenn die Beteiligten einen Wert geschaffen haben, der ihnen für die Dauer der Partnerschaft gemeinsam gehören sollte. Befand sich der Gegenstand im Alleineigentum eines Partners, wurde eine Gesellschaft in der Regel nicht gegründet. Als nicht genügend wurde die übliche bloße Kostengemeinschaft (Haushaltsführung; Wohnungseinrichtung) erachtet, in der das gemeinsame wirtschaftliche Handeln durch die persönlichen Beziehungen derart überlagert wird, dass keine Rechtsgemeinschaft entsteht.²¹ Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage oder aus dem Bereicherungsrecht hat die Rspr. abgelehnt.²² 18

Nachdem die Zuständigkeit für die Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den XII. Zivilsenat übertragen wurde, der über Familiensachen entscheidet, hat eine Kehrtwende eingesetzt: Der BGH wandte sich in zwei Urteilen vom 9.7.2008 von der gesellschaftsrechtlichen Lösung ab und hielt einen Anspruch aus § 812 I 2 Mod. 2 BGB sowie aus § 313 BGB für möglich.²³ Nach der Konzeption des Familiensenats kann eine Innengesellschaft nicht nur dann schlüssig gegründet werden, wenn die Partner einen über den typischen Rahmen der nichtehelichen 19

¹⁹ Ausführlich zu möglichen Indizien für einen Willen zur gemeinsamen Vermögensbildung BGH NZG 2016, 547 Rn. 23: Erfordernis gleich geordneter Mitarbeit darf nicht überbetont werden.

²⁰ Zum konkreten Verteilungsschlüssel vgl. BGH NZG 2016, 547 Rn. 27 ff.

²¹ BGH NJW 1992, 906 (907); BGH NJW-RR 1993, 774 (775); BGH NJW 1996, 2727; BGH NJW 1997, 3371 f.; vgl. dazu auch MüKoBGB/Koch BGB § 516 Rn. 82.

²² Vgl. BGH NJW 1999, 3557; BGH NJW 2008, 2987; BGH NJW 2008, 2992 Rn. 9.

²³ BGHZ 177, 193 Rn. 32 ff. = NJW 2008, 3277; BGH FamRZ 2008, 1828 Rn. 24 ff.; bestätigt in BGHZ 183, 242 Rn. 20 = NJW 2010, 998; BGH NJW 2011, 2880 Rn. 30; BGH NJW 2013, 2187 Rn. 17 ff.; BGH NJW 2014, 2638 Rn. 9 ff.; vgl. dazu auch MüKoBGB/Koch BGB § 516 Rn. 83 mwN; s. zur instanzgerichtlichen Rspr. etwa OLG Bremen NJW-RR 2013, 197 f.

Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen. Insoweit scheint der XII. Zivilsenat gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungsregeln großzügiger anzuwenden als bei einer Ehe. Allerdings ist der Rechtsbindungswille zweifelhaft, wenn ein solcher besonderer Zweck fehlt: Wenn die persönliche Beziehung im Vordergrund steht, haben die Partner keine über die Ausgestaltung ihrer Gemeinschaft hinausgehenden rechtlichen Vorstellungen.²⁴ Im Ergebnis wird es meistens an einem Gesellschaftsvertrag zwischen den Partnern fehlen. Der BGH sieht jedoch in einer gemeinsamen Vermögensbildung einen Zweck iSd § 812 I 2 Mod. 2 BGB, der nach der Trennung der Lebenspartner verfehlt wird, so dass ein Bereicherungsanspruch bestehen kann.²⁵ Des Weiteren kann nach Ansicht des XII. Zivilsenats ein Kooperationsvertrag sui generis zustande kommen, dessen Geschäftsgrundlage die nichteheliche Lebensgemeinschaft darstellt. Wird sie aufgelöst, kann ein Partner einen Anspruch aus § 313 BGB geltend machen.²⁶

Hinweis:

- 20 Die Grundsätze zur Ehegatteninnengesellschaft und zur entsprechenden Problematik bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind ein beliebter Prüfungsstoff, da sich hier interessante thematische Schnittfelder zwischen verschiedenen Regelungsbereichen ergeben. Das trägt überdies dazu bei, dass derartige Gestaltungen auch in den Aufmerksamkeitsfokus von Prüfern mit unterschiedlichen fachlichen Schwerpunkten gelangen können, was die Prüfungsrelevanz abermals erhöht.

IV. Zusammenfassung

- 21 Steht nicht nur der fortdauernden Mitgliedschaft eines einzelnen Gesellschafters, sondern der Fortdauer der Gesellschaft insgesamt ein Hinderungsgrund entgegen, so führt dies nicht zum Ausscheiden eines Einzelnen, sondern zur Auflösung der Gesellschaft. Auflösung der Gesellschaft ist aber nicht gleichbedeutend mit ihrer Beendigung. Die Auflösung der Gesellschaft hat lediglich zur Folge, dass sie in das Stadium der Auseinandersetzung tritt (§ 735 BGB). Beendet ist die Gesellschaft erst, wenn die Auseinandersetzung abgeschlossen ist. Die werbende Gesellschaft und die Abwicklungsgesellschaft sind identisch. Nur der Zweck hat sich geändert: An die Stelle des vereinbarten Gesellschaftszwecks tritt der Abwicklungszweck. Auflösungsgründe sind: Ablauf einer vereinbarten Zeit, Insolvenz der Gesellschaft, Kündigung der Gesellschaft, Auflösungsbeschluss oder Zweckerreichung (§ 729 I, II BGB). Wie die Gesellschafter sich auseinandersetzen, ist in erster Linie ihnen überlassen. Das gesetzliche Verfahren der Auseinandersetzung ist durch die Notwendigkeit gekennzeichnet, das gemeinsame Vermögen zu versilbern (§ 736d BGB). Abgeschlossen ist das Verfahren mit der Verteilung eines Überschusses (§ 736d VI BGB).

²⁴ BGHZ 177, 193 Rn. 18 ff. = NJW 2008, 3277; BGH FamRZ 2008, 1828 Rn. 10 ff.; BGHZ 183, 242 Rn. 22 = NJW 2010, 998; BGH NJW 2011, 2880 Rn. 14 ff.; OLG Bremen NJW-RR 2013, 197.

²⁵ Zu den Voraussetzungen BGHZ 177, 193 Rn. 34 ff. = NJW 2008, 3277; BGH NJW 2011, 2880 Rn. 31 f.; BGH NJW 2013, 2187 Rn. 36 ff.

²⁶ BGHZ 177, 193 Rn. 40 ff. = NJW 2008, 3277; BGH FamRZ 2008, 1828 Rn. 28 ff.; BGH NJW 2013, 2187 Rn. 17 ff.; BGH NJW 2014, 2638 Rn. 16 ff.; zu der Frage, wie sich der Tod des Zuwendenden oder des Zuwendungsempfängers auf die Anwendung des § 313 BGB auswirkt, s. BGHZ 183, 242 Rn. 26 f. = NJW 2010, 998.

Ein Ausgleichsanspruch aus § 728 BGB analog kommt nach Ehescheidung in Betracht, wenn die Ehepartner ausdrücklich oder konkludent eine sog. Ehegatteninnengesellschaft gegründet haben. Dies setzt voraus, dass sie durch beiderseitige Leistungen einen Zweck verfolgen, der über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht. Lebten die Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, erfolgt die Auseinandersetzung grundsätzlich nicht über gesellschaftsrechtliche Ausgleichsmechanismen, sondern es können Ansprüche wegen Zweckverfehlung (§ 812 I 2 Mod. 2 BGB) oder Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) entstehen.

22

§ 12. Die Vererbung der Mitgliedschaft bei der BGB-Gesellschaft

Literatur: Freitag, Rechtliche Fallstricke des Todes des Personengesellschafters de lege lata und de lege ferenda, ZGR 2021, 534; Lange/Kretschmann, Haftungsfragen bei der Nachfolge von Todes wegen in eine GbR nach dem MoPeG, NZG 2023, 351; Seeger, Einführung in das Recht der Unternehmensnachfolge, JURA 2007, 889; Ulmer, Probleme der Vererbung von Personengesellschaftsanteilen, JuS 1986, 856. Zu weiteren Nachweisen vgl. noch die Angaben vor § 19.

I. Problemaufriss

Eine besondere kautelarjuristische Herausforderung (zum Begriff → § 2 Rn. 14 ff.) 1 beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags stellt der Tod eines Gesellschafters dar. Das bisherige Recht der BGB-Gesellschaft, das auf einer klar auf die individuellen Gesellschafter zugeschnittenen, personalistischen Ausrichtung der Gesellschaft beruhte, sah auch für diesen Fall in § 727 I BGB aF die Auflösung der Gesellschaft vor. Wie bei anderen in der Person eines konkreten Gesellschafters eintretenden Gründen hat der MoPeG-Gesetzgeber diese Regelfolge aber aufgegeben, weil sie gerade bei einer mehrköpfigen, unternehmenstragenden Gesellschaft oftmals nicht im Interesse der überlebenden Gesellschafter liegt.¹ Folgerichtig ordnet – wie in den vorstehenden Kapiteln gesehen (→ § 10 Rn. 1 ff., → § 11 Rn. 1 f., 3) – das neue Recht den Tod eines Gesellschafters nicht mehr als Auflösungs-, sondern als Ausscheidensgrund ein (§ 723 I Nr. 1 BGB). Die Gesellschaft wird also ohne den verstorbenen Gesellschafter fortgesetzt. Auch dann stellt sich aber – anders als bei Kündigung oder Insolvenz – die Frage, ob die Mitgesellschafter die Gesellschaft allein oder mit dem Erben des Verstorbenen fortsetzen können. Die erste Lösung erscheint auf den ersten Blick weniger konfliktbehaftet, da sie nicht die Eingliederung des bislang gesellschaftsfremden Erben in die bestehenden Gesellschaftsstrukturen verlangt. Auf der anderen Seite führt sie aber zu einem Abfindungsanspruch des Erben, der sich für die fortbestehende Gesellschaft als erhebliche Belastung erweisen kann. Die deshalb als Gestaltungsalternative erwägenswerte zweite Lösung kann aber nicht minder problematisch sein, wenn der Erbe für die Mitgliedschaft nicht hinreichend qualifiziert ist, wenn er daran kein Interesse hat oder wenn schlicht die Chemie zwischen den Altgesellschaftern und dem Erben nicht stimmt und man sich deshalb eine enge vertrauensvolle Zusammenarbeit langfristig nicht vorstellen kann. Die Probleme vervielfachen sich, wenn eine Erbengemeinschaft in die Position des verstorbenen Gesellschafters einrücken soll. Wird der Gesellschaftsvertrag professionell

¹ Vgl. dazu Kübler/Assmann GesR § 7 VI 3b mit weiteren Hinweisen auch zu steuerlichen Hintergründen: höhere steuerliche Belastung bei Auflösung durch die damit verbundene Auflösung stiller Reserven.

ausgearbeitet, so wird er eine besondere Regelung für diese Konstellation vorsehen, die auf die individuellen Verhältnisse der Gesellschaft zugeschnitten ist. Im Folgenden soll deshalb zunächst die gesetzliche Regelfolge dargestellt werden, bevor die unterschiedlichen kautelarjuristischen Gestaltungsvarianten (zum Begriff → § 2 Rn. 14 ff.) näher beleuchtet werden.

II. Ausscheiden als gesetzliche Regelfolge

- 2 **Fall 1:** Die junge Assistenzärztin *Seifert* tritt in die alleinstehende Arztpraxis der beiden Internisten *Sänger* und *Schneller* ein. Da die Eltern der *Seifert* eng mit *Sänger* und *Schneller* befreundet sind, versteht man sich so gut, dass der Praxisvertrag nur per Handschlag abgeschlossen und auf eine detaillierte Einigung verzichtet wird. Kurze Zeit später verstirbt der (verwitwete) *Schneller* überraschend und wird von seinen beiden Töchtern *Katja* und *Wilma* beerbt. Welche Folgen hat dies für die Praxisgemeinschaft?
- 3 Wie bereits dargestellt (→ § 10 Rn. 1 ff., 11), ist in Ermangelung einer vertraglichen Regelung nach § 723 I Nr. 1 BGB der Tod eines Gesellschafters ein Ausscheidensgrund. Wie die anderen in § 723 I BGB genannten Ausscheidensgründe wird auch § 723 I Nr. 1 BGB in einer Folgevorschrift näher erläutert, und zwar in § 724 BGB. § 724 I BGB ist allerdings auf den ersten Blick eine verwirrende Vorschrift. Er setzt nämlich als erstes tatbestandliches Erfordernis voraus, dass der Anteil des verstorbenen Gesellschafters auf die Erben übergeht. Ein solcher Übergang ist aber gerade nicht die typische Folge, wenn der Gesellschafter verstirbt, sondern nach § 723 I Nr. 1 BGB scheidet der Erblasser aus und es kommt zu keinem Übergang auf die Erben. § 724 BGB ist insofern also etwas irreführend, weil er die Todesfolgen nicht für den gesetzlichen Regelfall ordnet, sondern nur für eine von den Gesellschaftern gewählte kautelarjuristische Variante (ausf. dazu noch unter → Rn. 8). Blendet man diesen Sonderfall zunächst aus, so scheidet der Gesellschafter im (von § 724 BGB gerade nicht angesprochenen) Regelfall mit seinem Tod nach § 723 I Nr. 1 BGB aus der Gesellschaft aus und es erwächst ein Abfindungsanspruch nach § 728 I 1, II BGB, der Teil des Nachlasses wird. Fall 1 läuft deshalb auf die simple Vererbung eines Zahlungsanspruchs hinaus. Dieser Anspruch geht auf *Katja* und *Wilma* entsprechend ihrer jeweiligen Erbquote über, deren Zahlungsinhaberschaft zu einer Erbengemeinschaft zusammengefasst wird. Dieser Abfindungsanspruch lässt den Erben den Vermögenswert der bisherigen Mitgliedschaft zukommen. Der mit der Erfüllung dieses Anspruchs verbundene Kapitalabfluss kann für die Fortführung der Gesellschaft allerdings ebenfalls verheerende Auswirkungen haben. Besteht die Gesellschaft wie im Fall 1 etwa aus drei Gesellschaftern mit gleichen Kapitalanteilen, so büßt sie nach § 728 I 1, II BGB ein Drittel ihres Vermögens ein. Eine derartige Einbuße kann dazu führen, dass die Gesellschaft zwar nicht aufgelöst wird, aber auch nicht mehr lebensfähig ist. Vor dem Hintergrund solcher Szenarien stellt sich die Frage, ob auch diese Folgen im Gesellschaftsvertrag schon im Vorhinein vermieden oder doch zumindest abgemildert werden können.

III. Der Ausschluss des Abfindungsanspruchs

- 4 **Fall 2:** In den Praxisvertrag der Gemeinschaftspraxis war noch vor dem Tod des *Schneller* die Klausel aufgenommen worden, dass die versterbenden Gesellschafter ohne eine Abfindung ausscheiden. *Katja* und *Wilma* wollen es aber nicht hinnehmen, auf diesem Wege um ihr Erbe gebracht zu werden. Wie ist die Rechtslage?
- 5 Im Fall 2 haben die Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags eine recht radikale Lösung gewählt, um einer Schwächung der Gesellschaft durch den Abfin-

dungsanspruch der Erben entgegenzuwirken, indem sie den Anspruch von vornherein gänzlich ausgeschlossen haben. Eine derartige Abweichung von der gesetzlichen Regelung ist grundsätzlich zulässig; § 728 I 1 BGB darf ausweislich seiner Eingangsworte durch den Gesellschaftsvertrag modifiziert werden (→ § 10 Rn. 23). Auch der vollständige Ausschluss des Abfindungsanspruchs kommt als Inhalt vertraglicher Regelung in Frage, sofern damit nicht gegen anderweitige Gesetzesvorschriften verstoßen wird. So wäre etwa eine Klausel, wonach der Gesellschafter bei einer von ihm ausgesprochenen Kündigung ohne Abfindungsanspruch ausscheiden müsste, als unzulässige Knebelung iSd § 138 I BGB unwirksam. Eine Klausel, die den Abfindungsanspruch nur für den Fall der Gesellschafterinsolvenz ausschließt, wäre ebenfalls nach § 138 I BGB wegen der damit verbundenen Vereitelung des Gläubigerzugriffs unwirksam. Da solche oder ähnliche Bedenken nicht bestehen, wenn ein Gesellschafter durch Tod ausscheidet, kann für diesen Fall der Abfindungsanspruch im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.² Wenn das geschehen ist, fließt den Erben des verstorbenen Gesellschafters der im Gesellschaftsanteil liegende Vermögenswert nicht zu. *Katja* und *Wilma* gehen also von der unzutreffenden Vorstellung aus, sie hätten als Erben Anspruch auf einen bestimmten Vermögensbestand.

Wenn der Ausschluss des Abfindungsanspruchs danach also nicht generell unwirksam ist, so könnte er aber doch einen anderweitigen Anspruch auslösen, nämlich den Pflichtteilergänzungsanspruch bei Schenkungen nach § 2325 BGB. Das würde voraussetzen, dass es sich bei der Vereinbarung des Abfindungsausschlusses um eine schenkweise Begünstigung der Mitgesellschafter handelt. Auf den ersten Blick erscheint eine solche Einordnung durchaus plausibel. Schließlich geht der Anteil des Verstorbenen nach § 712 I BGB in den Beteiligungen der überlebenden Gesellschafter auf, ohne dass sie dafür etwas bezahlen müssen. Im wirtschaftlichen Ergebnis wird ihnen also mit dem Ausschluss des Abfindungsanspruchs der Anteilswert des Verstorbenen unentgeltlich zugewandt.³ Die hM lehnt eine Schenkung jedoch ab.⁴ Dass dies zutreffend ist, wird deutlich, wenn man den Blick von dem wirtschaftlichen Ergebnis des Zuwendungserfolges auf die Zuwendungshandlung richtet. Anders als bei einer Schenkung werden die an der Vereinbarung beteiligten Gesellschafter nämlich keinesfalls aus altruistischen Motiven zum Abfindungsausschluss bewegt, sondern sie akzeptieren ihn ausschließlich, um im eigenen Interesse den Bestand der Gesellschaft, an der sie beteiligt sind, zu sichern. Damit wird in der Regel auch keinesfalls das Ziel verfolgt, Pflichtteilsansprüche in missbräuchlicher Weise auszuhöhlen, sondern es wird aus nachvollziehbarem unternehmerischem Kalkül eine Vereinbarung getroffen, bei der Chancen und Risiken gleichermaßen verteilt sind und die dementsprechend auch dem Pflichtteilsberechtigten zugutekommen kann, wenn der Erblasser seine Mitgesellschafter überlebt. Es ist nicht Sinn und Zweck des § 2325 BGB, die lebzeitige Verfügungsbefugnis des Erblassers so weit einzuschränken, dass ihm auch solche wirtschaftlich sinnvollen und ausgewogenen Verfügungen verwehrt sind. Ein für alle Gesellschafter im Todesfall gleichermaßen geltender Abfindungsausschluss ist daher grundsätzlich

² RGZ 145, 289 (293 f.); RGZ 171, 345 (350 f.); BGHZ 22, 186 (194) = NJW 1957, 180; MüKoBGB/Schäfer BGB § 738 Rn. 61 f.

³ Für eine Anwendung des § 2325 BGB daher etwa auch Soergel/Dieckmann BGB § 2325 Rn. 27; C. Schäfer/Boujong FS Ulmer, 2003, 45 ff.

⁴ Vgl. zum Folgenden BGHZ 22, 186 (194 f.) = NJW 1957, 180; BGH DNotZ 1965, 620 (622); BGH NJW 1981, 1956 (1957); KG DNotZ 1978, 109 (111 f.); MüKoBGB/Koch BGB § 516 Rn. 96 ff.; Winkler ZEV 2005, 89 (93 f.).

wirksam.⁵ Dasselbe gilt erst recht für bloße Beschränkungen des Abfindungsanspruchs.

- 7 Für die Lösung von Fall 2 ergibt sich daraus, dass *Katja* und *Wilma* den gesellschaftsvertraglich vereinbarten Abfindungsausschluss hinzunehmen haben. Weder geht der vermögensrechtliche Abfindungsanspruch ihres verstorbenen Vaters auf sie über noch können sie wegen des Ausschlusses einen Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB geltend machen. Der Fortbestand der Gesellschaft ist in diesem Fall also gewährleistet worden, allerdings auf Kosten der Erben. Zu ihren Lasten hat der Gesellschafter ein Wagnisgeschäft mit dem Risiko abgeschlossen, im Falle eines frühzeitigen Erbfalls den Wert des eigenen Gesellschaftsanteils ersatzlos zu verlieren.

IV. Eintritts- und Nachfolgeklauseln

- 8 Wollen die Gesellschafter beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags den Fortbestand der Gesellschaft auch vor einem Kapitalabfluss durch den Abfindungsanspruch der Erben nach § 728 I 1, II BGB sichern, ohne zugleich den Erben den Beteiligungswert im Wege eines Abfindungsausschlusses gänzlich vorzuenthalten, so bleibt als weitere Gestaltungsalternative, den Erben als neuen Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen. Zu diesem Zweck kennt die Gestaltungspraxis sog. Nachfolgeklauseln, die den Anteilsübergang unmittelbar anordnen, und Eintrittsklauseln, die dem Erben nur eine entsprechende Option eröffnen (ausf. zu beiden Gestaltungen → § 19 Rn. 3 ff.). Ihre Grundlage finden diese Klauseln in § 708 BGB, der das Innenverhältnis der Gesellschaft generell der Disposition der Gesellschafter überlässt. Speziell für den Todesfall wird diese Möglichkeit sodann in § 711 II BGB näher ausgestaltet. Für den Fall, dass die Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag mit dem Gesellschaftererben auf der Grundlage einer Nachfolgeklausel fortgesetzt werden soll, wird in § 711 II 1 BGB angeordnet, dass der Anteil auf den Erben übergeht. § 711 II 2 BGB schreibt vor, dass bei mehreren Erben der Gesellschaftsanteil kraft Gesetzes jedem Erben entsprechend seiner Erbquote zusteht. Nach § 711 II 3 BGB sollen in diesem Fall die Vorschriften über die Erbengemeinschaft aber keine Anwendung finden. Falls der Erbe selbst kein Interesse hat, persönlich haftender Gesellschafter zu werden, eröffnet ihm § 724 BGB eine Möglichkeit, diese Haftung auszuschließen, sofern die Gesellschaft die Voraussetzungen des § 107 I HGB erfüllt.
- 9 Diese verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten sind an dieser Stelle ganz bewusst nur sehr oberflächlich angerissen, obwohl sie durchaus auch für die BGB-Gesellschaft eröffnet sind. Sie spielen bei dieser Gesellschaftsform tatsächlich aber keine nennenswerte Rolle. Der Grund dafür liegt darin, dass BGB-Dauergesellschaften auf einer gefestigten Vertragsgrundlage zumeist bei Zusammenschlüssen von Freiberuflern auftreten und auf deren beruflicher Qualifikation und persönlicher Verbindung beruhen.⁶ Da nur in seltenen Fällen zu gewährleisten ist, dass diese Voraussetzungen auch bei dem Erben vorliegen, sehen diese Verträge eine Eintritts- oder Nachfolgeklausel in der Regel nicht vor. Das Hauptanwendungsfeld derartiger Gestaltungen liegt daher bei den Personenhandelsgesellschaften,⁷ weshalb sie auch erst dort vertieft

⁵ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nur in Sonderkonstellationen angenommen werden, in denen – etwa aufgrund eines großen Altersunterschieds oder einer schweren Erkrankung – die von den Gesellschaftern übernommenen Risiken in einem groben Missverhältnis zueinander stehen. Mit dieser Einschränkung etwa KG DNotZ 1978, 109 (111 f.).

⁶ Vgl. MüKoBGB/Schäfer BGB § 727 Rn. 27; Servatius GbR BGB § 711 Rn. 22.

⁷ MüKoBGB/Schäfer BGB § 727 Rn. 5.