

Gesellschaftsrecht

Koch

14. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-83898-9
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.

stand keine wesentliche Bedeutung zu, da derartige Vereinbarungen nur selten getroffen werden. Von wesentlich größerer Praxisrelevanz ist dagegen die in § 729 I Nr. 2 BGB als weiterer Auflösungsgrund genannte Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das aber von § 735 I 1 BGB von den gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregeln ausgeklammert und einem eigenständigen Verfahren nach den Regeln der Insolvenzordnung unterworfen wird. In der herkömmlichen Gesellschaftsrechtsklausur können diese Fälle daher in der Regel nicht vorkommen.

Größere Klausurrelevanz kann die in § 729 I Nr. 3 BGB genannte Kündigung haben, doch muss hier aufgepasst werden, weil § 723 I Nr. 2 iVm § 725 BGB und § 729 I Nr. 3 iVm § 731 BGB zwischen der Kündigung der Mitgliedschaft (vgl. dazu bereits die Ausführungen in → § 10 Rn. 4 ff.) und der Kündigung der Gesellschaft unterscheiden. Während die erstgenannte ohne jede sachliche Begründung erfolgen kann, ist das bei der letztgenannten nicht der Fall. Vielmehr setzt § 731 I 1 BGB, der diesen Auflösungsgrund näher ausbuchstabiert, einen wichtigen Grund voraus, der dann in § 731 I 2 BGB nicht etwa legaldefiniert, aber doch zumindest mit einem Regelbeispiel veranschaulicht wird. Danach liegt ein wichtiger Grund insbesondere dann vor, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat oder die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. § 731 II BGB stellt klar, dass dieses Kündigungsrecht durch den Gesellschaftsvertrag nicht beschränkt werden kann. Sofern die Auflösungskündigung mangels wichtigen Grundes unwirksam ist, kommt eine Umdeutung gem. § 140 BGB in eine Austrittskündigung (§ 725 BGB) in Betracht.³ Nach § 729 II BGB liegt ein weiterer Auflösungsgrund vor, wenn der vereinbarte Zweck erreicht worden ist oder nicht mehr erreicht werden kann. Diese Regelung kann praktische Bedeutung etwa bei Gesellschaften erlangen, die der Durchführung eines bestimmten Projekts dienen (zB Abschluss eines Bauvorhabens).⁴ § 729 III BGB schließlich betrifft sehr anspruchsvolle Praxisgestaltungen, bei denen sämtliche Gesellschafter juristische Personen sind; für die Zwecke des Studiums kann diese Vorschrift vernachlässigt werden. Außerhalb des § 729 BGB enthält § 712a BGB einen weiteren Auflösungsgrund, der schon oben in → § 10 Rn. 36 dargestellt wurde: Wenn der vorletzte Gesellschafter nach den Regeln des § 723 BGB ausscheidet, wird damit auch die Gesellschaft kraft Gesetzes aufgelöst, weil es eine Einpersonengesellschaft jedenfalls im Personengesellschaftsrecht nicht gibt.

Im vorliegenden Fall könnte der Auflösungsgrund in einem Auflösungsbeschluss nach § 729 I Nr. 4 BGB liegen. Der Zweck dieser Regelung liegt auf der Hand: Der gesellschaftliche Zusammenschluss wird von der Privatautonomie getragen. Wenn die Gesellschafter den entsprechenden Willen aber nicht mehr haben, wird der Zusammenarbeit die Grundlage entzogen. Auch dieser Auflösungsgrund wird in § 732 BGB näher erläutert. Dort ist für den Fall, dass nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden hat, geregelt, dass der Auflösungsbeschluss nicht mit einfacher Mehrheit gefasst werden kann, sondern einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bedarf. Man muss sich aber bewusst sein, dass hier nur der Ausnahmefall geregelt ist, dass der Vertrag für Gesellschafterbeschlüsse überhaupt Mehrheitsentscheidungen gestattet. Der Regelfall ist nach § 714 BGB, dass Gesellschafterbeschlüsse mit den Stimmen aller stimmberechtigten Gesellschafter gefasst werden. Davon kann nach § 708 BGB abgewichen werden, aber wo die Gesellschafter von dieser kautelarjuristischen

³ Henssler/Strohn/Kilian BGB § 731 Rn. 6; Wallimann NZG 2024, 1162 (1163).

⁴ BGH NJW 1981, 749 f.

Freiheit (→ § 2 Rn. 14 ff.) keinen Gebrauch machen, müssen alle Gesellschafter zustimmen. Im Fall 1 ist ein solcher Beschluss gefasst worden. Anders als in anderen Gesellschaftsformen, namentlich der Aktiengesellschaft, ist die Beschlussfassung in der BGB-Gesellschaft keinen besonderen Formalia unterworfen, sondern Beschlüsse können auch formlos gefasst werden. Unterstellt man, dass *Strommenger*, *Fischenich* und *Schäfer* einen hinreichenden Rechtsbindungswillen hatten, ist die Gesellschaft damit aufgelöst (zu den Folgen → Rn. 6 ff.).

3. Auflösungsfolgen

- 6 Das Wichtigste, was man über die Auflösung wissen muss, ist, dass ihr eine andere Bedeutung zukommt, als es der Begriff nahelegen könnte: Man könnte mit diesem Terminus assoziieren, dass die Gesellschaft aufhört zu existieren, aber so einfach kann es natürlich nicht gehen. Vielmehr muss die gesetzliche Regelung dem Umstand Rechnung tragen, dass die Gesellschaft nicht nur ein obligatorisches Dauerverhältnis ist, sondern auf dieser Grundlage sodann auch Tatsachen (rechtlicher und sachlicher Natur) geschaffen wurden: Die Gesellschafter haben ein Gesellschaftsvermögen gebildet (§ 713 BGB) und haben mit dem Abschluss von Verträgen Gesellschaftsansprüche und -verbindlichkeiten begründet (§§ 720, 164 I BGB). Die Kündigung eines Gesellschafters kann weder das eine noch das andere aus der Welt schaffen. Sie bewirkt deshalb nur die Auflösung der Gesellschaft, die aber erst dann beendet ist, wenn die in § 735 ff. BGB vorgesehene Auseinandersetzung stattgefunden hat. Bis dahin besteht die Gesellschaft fort. Aus der bisher „werbenden“ Gesellschaft wird die Abwicklungsgesellschaft. Beide sind rechtlich identisch; nur der Gesellschaftszweck hat sich geändert: An die Stelle des vertraglich festgelegten Zwecks ist der Abwicklungszweck getreten.⁵ Aus dieser begrenzten Wirkung der Auflösung ergibt sich aber auch, dass es durchaus möglich ist, sie wieder rückgängig zu machen. Das stellt § 734 I BGB ausdrücklich klar: Wenn der Auflösungsgrund beseitigt wird, können die Gesellschafter die Fortsetzung beschließen. Speziell im Fall eines Auflösungsbeschlusses müssen die Gesellschafter den Beschluss also wieder einvernehmlich aufheben, womit dann zugleich auch die Fortsetzung beschlossen ist. Unter Umständen kann dieser Beschluss auch konkludent gefasst werden.⁶ *Strommenger*, *Fischenich* und *Schäfer* können deshalb die Gesellschaft fortführen, indem sie die Rück-Umwandlung in eine werbende Gesellschaft vereinbaren.

II. Überblick über das Verfahren der Auseinandersetzung

1. Vorrang vertraglicher Gestaltung

- 7 **Fall 2:** Im Fall 1 können sich die Gesellschafter letztlich doch nicht auf eine Fortführung einigen, sondern wollen ihre Zusammenarbeit beenden. *Schäfer* möchte das Geschäft allerdings allein weiterführen. Er fragt deshalb, ob eine einverständliche Übertragung des Geschäfts auf ihn als Alleininhaber generell möglich wäre oder ob dem Gläubigerschutzaspekte entgegenstehen. Da er aber überdies auch nicht sicher ist, ob er sich mit den beiden anderen über die Bewertung einigen können, bittet er zusätzlich noch um eine Aufklärung, wie in diesem Fall die Abwicklung der Gesellschaft zu vollziehen ist.
- 8 *Schäfer* will die Gesellschaft so auseinandersetzen, dass er das Gesellschaftsvermögen mit Aktiva und Passiva übernimmt und *Strommenger* und *Fischenich* abfindet. Das ist an sich möglich, weil die Regelung der Auseinandersetzung in den §§ 735 ff. BGB

⁵ Vgl. statt aller Kübler/Assmann GesR § 6 IV 1.

⁶ Vgl. zu den Anforderungen BGH NJW 1995, 2843 (2844).

nicht zwingend ist. Das wird in § 735 II 1 BGB ausdrücklich klargestellt: Die Gesellschafter können anstelle der Liquidation eine andere Art der Abwicklung vereinbaren. Der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes, der bei der Auseinandersetzung von Kapitalgesellschaften eine wichtige Rolle spielt und dort zu strengen verfahrensrechtlichen Vorgaben zwingt (vgl. §§ 264 ff. AktG, bes. §§ 267, 272 AktG), braucht bei den Personengesellschaften nicht beachtet zu werden, weil die Haftung gegenüber den Gläubigern nicht auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, sondern die Gesellschafter nach § 721 S. 1 BGB, §§ 126 S. 1, 161 II HGB persönlich akzessorisch haften (→ § 7 Rn. 10 ff.).

2. Das gesetzlich vorgesehene Verfahren

Kommt eine Einigung zwischen den Gesellschaftern nicht zustande, so ist gem. § 735 III BGB nach den §§ 735–739 BGB zu verfahren. Dabei sind *Strommenger*, *Fischenich* und *Schäfer* für die Auseinandersetzung gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugt, auch wenn der Gesellschaftsvertrag für die werbende Gesellschaft etwas anderes bestimmen sollte (§ 736b I BGB).

Der Ablauf des Liquidationsverfahrens wird in gesellschaftsrechtlichen Klausuren nur sehr selten problematisiert und ergibt sich auch weitestgehend aus einer einfachen Gesetzeslektüre. Im Folgenden soll es daher nur verknüpft dargestellt werden. Kernvorschrift ist § 736d BGB. § 736d BGB stellt zunächst die Weisungsbindung der Liquidatoren fest. Ihr eigentlicher Gestaltungsauftrag ist dann in § 736d II BGB formuliert: Sie haben die laufenden Geschäfte abzuschließen, die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen und das übrige Vermögen in Geld umzusetzen. Aus der solchermaßen zusammengetragenen Vermögensmasse sind sodann nach § 736d IV 1 BGB zunächst die Gläubiger zu befriedigen. Von dem Vermögen, das danach übrigbleibt, sind nach § 736d V 1 BGB die geleisteten Beiträge zurückzuerstatten. Verbleibt auch danach noch ein Überschuss, so ist er gem. § 736d VI BGB an die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn und Verlust (§ 709 III BGB und → § 8 Rn. 44) zu verteilen. Jeder Gesellschafter hat Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, das sich danach für ihn ergibt. Reicht das Vermögen zur Deckung der Verbindlichkeiten und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so müssen die Gesellschafter das Defizit entsprechend ihren Anteilen am Verlust tragen (§ 737 S. 1 BGB).

III. Sachverhalte mit familienrechtlichem Bezug

1. Ehegatteninnengesellschaft

Die bislang besprochenen Fälle betrafen die Auflösung und Auseinandersetzung einer Außengesellschaft. Daneben können die §§ 729 ff. BGB aber gem. §§ 740a III, 740b II BGB auch bei Innengesellschaften Bedeutung erlangen. Eine gleichermaßen praxis- als auch prüfungsrelevante Konstellation ergibt sich insofern oftmals in Sachverhalten mit familienrechtlichem Bezug. Hier werden gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche oftmals dann geltend gemacht, wenn einer der Partner sich durch die familienrechtlichen Anordnungen des Güterstandsrechts übermäßig benachteiligt fühlt und diese Schlechterstellung über das Gesellschaftsrecht auszugleichen sucht. Im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft stellt sich dieses Problem eher selten, da hier die §§ 1371 ff. BGB ein ausdifferenziertes Ausgleichssystem enthalten.⁷ Dennoch werden auch hier (was oft übersehen wird) die

⁷ Zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs s. Dethloff FamR § 5 Rn. 98 ff.

gesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht verdrängt; die familienrechtliche Regelung ist insofern nicht abschließend.⁸ Wenn die Eheleute sich also nach den so gleich darzustellenden Grundsätzen auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags einigen, so besteht ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch, der bei der Berechnung des Zugewinnanspruchs zu berücksichtigen ist und dementsprechend in der Klausur vor dem Anspruch aus § 1378 I BGB zu prüfen ist.⁹ Größere praktische Bedeutung kommt der gesellschaftsrechtlichen Korrektur jedoch dort zu, wo der familienrechtliche Ausgleich gänzlich ausgeschlossen ist, also im Recht der Gütertrennung, weshalb sich auch die folgende Darstellung an dieser Konstellation orientiert.

- 12 **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.
- 13 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.¹⁰ 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 bei Zuwendungen unter Eheleuten nicht um Schenkungen, sondern um sog. unbenannte ehebezogene Zuwendungen handeln soll, die nicht dem Schenkungsrecht unterfallen.¹¹ 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.¹² 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.¹³ 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 eingeht. Der andere Ehepartner trägt durch Arbeits- oder Sachleistungen zur Vermögensmehrung bei und wird deswegen im Innenverhältnis als Mitgesellschafter behan-

⁸ Vgl. etwa BGHZ 155, 249 (255) = NJW 2003, 2982; BGHZ 165, 1 (5 f.) = NJW 2006, 1268; KG FamRZ 2013, 787; BGH NJW 2017, 3246 Rn. 17 ff.

⁹ Zum Zusammenspiel zwischen familien- und gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen vgl. Dethloff FamR § 5 Rn. 218 ff.; Arens FamRZ 2000, 266 (269 f.); Haußleiter NJW 2006, 2741 f.; Kogel FamRZ 2006, 1799 (1800).

¹⁰ Vgl. dazu Dethloff FamR § 5 Rn. 150 ff.

¹¹ 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).

¹² Vgl. statt vieler MüKoBGB/Koch BGB § 516 Rn. 73 ff. mwN.

¹³ Vgl. etwa BGHZ 155, 249 (255) = NJW 2003, 2982; BGHZ 165, 1 (5 f.) = NJW 2006, 1268; BGH NZG 2016, 547 Rn. 20 ff.

delt.¹⁴ 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 Gesellschafters 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 Gesellschafters aus einer fortbestehenden Innengesellschaft auch in § 740c II BGB verwiesen wird. Die Vorschrift regelt zwar das Ausscheiden eines Gesellschafters bei Fortbestand der Gesellschaft (→ § 10 Rn. 19 ff.), passt jedoch dem Sinne nach, weil sie die dingliche Berechtigung des einen Teils unberührt lässt und dem anderen Teil den notwendigen obligatorischen Ausgleich verschafft.¹⁵ 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.

Zentral ist damit die Frage, wann eine Ehegatteninnengesellschaft entsteht. Der BGH 14 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.¹⁶ 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.¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹

¹⁴ Vgl. auch BGH ZIP 2024, 1077.

¹⁵ BGHZ 142, 137 (155 f.) = NJW 1999, 2962; OLG Schleswig NJW-RR 2004, 972 (973); Soergel/Hadding/Kießling BGB Vor § 730 Rn. 9.

¹⁶ BGHZ 31, 197 (200 ff.) = NJW 1960, 428; BGH NJW 1974, 2278 f.; BGHZ 142, 137 (150) = NJW 1999, 2962.

¹⁷ So auch BGH NJW 1974, 1554; BGH NJW 2012, 3375 Rn. 18.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

- 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 Grundschild 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.²⁰ Für die danach erforderliche Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft ist zu verlangen, dass die Eheleute einen Vertrag geschlossen haben, 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.²¹ 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.²²

2. Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

- 17 **Fall 5:** Würde sich an der rechtlichen Beurteilung in den Fällen 3 und 4 etwas ändern, wenn *Claudia* und *Fischenich* nicht verheiratet gewesen wären?
- 18 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 Unkostengemeinschaft (Haushaltsführung; Wohnungseinrichtung) erachtet, in der das gemeinsame wirtschaftliche Handeln durch die persönlichen Beziehungen derart überlagert wird, dass keine Rechtsgemeinschaft entsteht.²³ Schuldrechtliche

²⁰ Zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen bei der Gütertrennung vgl. BGH NJW 1974, 2278 f.; BGHZ 142, 137 (143 ff.) = NJW 1999, 2962.

²¹ Ausführlich zu möglichen Indizien für einen Willen zur gemeinsamen Vermögensbildung BGH NZG 2016, 547 Rn. 23: Erfordernis gleich geordneter Mitarbeit darf nicht überbetont werden.

²² Zum konkreten Verteilungsschlüssel vgl. BGH NZG 2016, 547 Rn. 27 ff.

²³ 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. 83.

Ausgleichsansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage oder aus dem Bereicherungsrecht hat die Rspr. abgelehnt.²⁴

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.²⁵ Nach der Konzeption des Familiensenats kann eine Innengesellschaft nicht nur dann schlüssig gegründet werden, wenn die Partner einen über den typischen Rahmen der nichtehelichen 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.²⁶ 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.²⁷ 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.²⁸

Hinweis:

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.

20

²⁴ Vgl. BGH NJW 1999, 3557; BGH NJW 2008, 2987; BGH NJW 2008, 2992 Rn. 9.

²⁵ 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. 84 mwN; s. zur instanzgerichtlichen Rspr. etwa OLG Bremen NJW-RR 2013, 197 f.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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).
- 22 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.

§ 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; C. Schäfer, Auswirkungen des MoPeG auf die Unternehmensnachfolge in Personengesellschaften, ZIP 2025, 1499; Seeger, Einführung in das Recht der Unternehmensnachfolge, JURA 2007, 889; Weidlich/Federle, Gesellschaftsanteile im Erbrecht – Auswirkungen des MoPeG, NJW 2023, 3321. Zu weiteren Nachweisen vgl. noch die Angaben vor § 19.

I. Problemaufriss

- 1 Eine besondere kautelarjuristische Herausforderung (zum Begriff → § 2 Rn. 14 ff.) 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

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.