



C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

Gesellschaftsrecht im Überblick

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Einheit 9: Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, Teil 8/8)

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft**
- II. Fehlerhafte Gesellschaft**
- III. Scheingesellschaft**

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

1. Überblick

- Im Lebenszyklus einer Gesellschaft, einschließlich der GbR, sind **zwei Phasen** zu unterscheiden, nämlich:
 - (1) die sog. **werbende Tätigkeit** (§§ 706-728b BGB), d. h. das Handeln zur Verwirklichung des gemeinsamen Zwecks, und
 - (2) die **Liquidation** (§§ 735-739 BGB) oder – bei einer nicht rechtsfähigen GbR – die **Auseinandersetzung** (§ 740b BGB).
 - Wird über das Vermögen einer rechtsfähigen GbR das **Insolvenzverfahren** eröffnet (§ 11 II Nr. 1 InsO), substituiert dieses die Liquidation der Gesellschaft (§ 735 I 1 BGB).
- Den Übergang markiert die **Auflösung** (§§ 729-734 BGB) oder – bei einer nicht rechtsfähigen GbR – die **Beendigung** (§ 740a BGB).

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

a) Gesetzliche Auflösungsgründe

Das Gesetz nennt in § 729 I, II BGB insgesamt **sechs Auflösungsgründe**, nämlich:

- (1) **Ablauf der Zeit**, für welche die Gesellschaft eingegangen wurde, § 729 I Nr. 1 BGB;
 - Die praktische Bedeutung dieses Auflösungsgrundes ist gering, da die Gesellschaft **i.d.R. für unbestimmte Zeit** eingegangen wird.
- (2) **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der GbR, § 729 I Nr. 2 BGB;
 - Da das Insolvenzverfahren die Liquidation substituiert (§ 735 I 1 BGB), ist es nur konsequent, dass die rechtsfähige GbR durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst wird.
- (3) **Kündigung** der Gesellschaft, § 729 I Nr. 3 BGB;
- (4) **Auflösungsbeschluss**, § 729 I Nr. 4 BGB
- (5) **Erreichung des Zwecks**, zu dem die Gesellschaft errichtet wurde, § 729 II Alt. 1 BGB;
- (6) **Unmöglichkeit der Erreichung des Zwecks**, zu dem die Gesellschaft errichtet wurde, § 729 II Alt. 2 BGB
 - Besteht der Zweck – wie häufig – in dem unbefristeten **Betrieb eines Unternehmens**, wird er nur ausnahmsweise unmöglich, nämlich wenn das Unternehmen im Wege eines *asset deals* veräußert wird.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

a) Gesetzliche Auflösungsgründe

Nähere Betrachtung verdienen die Auflösungsgründe in **§ 729 I Nr. 3, 4 BGB**:

(1) **Auflösungsbeschluss, § 729 I Nr. 4 BGB**

- Als privatautonome Personenvereinigung (s. Einheit 1) kann die rechtsfähige GbR gemäß **§ 729 I Nr. 4 BGB** durch einen **Auflösungsbeschluss** aufgelöst werden.
- Eine sachliche Rechtfertigung (z. B. in Gestalt eines wichtigen Grundes) ist hierfür nicht erforderlich.
- Aufgrund seiner **vertragsändernden Wirkung**, nämlich des Wechsels von einer werbenden in eine abzuwickelnde GbR, bedarf der Auflösungsbeschluss gemäß **§ 714 BGB grds. der Zustimmung aller Gesellschafter**.
- Der **Gesellschaftsvertrag** kann gemäß **§ 708 BGB** zwar auch eine **Mehrheitsentscheidung** vorsehen, gemäß **§ 732 BGB** allerdings nur eine **qualifizierte**, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

a) Gesetzliche Auflösungsgründe

Nähere Betrachtung verdient

(1) Auflösungsbeschluss

- Als privatautonome Entscheidung gemäß **§ 729 I Nr. 1**
- Eine sachliche Rechtfertigung ist nicht erforderlich.
- Aufgrund seiner **vertragsändernde Wirkung**, nämlich des Wechsels von einer bestehenden in eine abzuwickelnde Gesellschaft bedarf der Auflösungsbeschluss gemäß **§ 714 BGB grds. der Zustimmung aller Gesellschafter**.
- Der **Gesellschaftsvertrag** kann gemäß **§ 708 BGB** zwar auch eine **Mehrheitsentscheidung** vorsehen, gemäß **§ 732 BGB** allerdings nur eine **qualifizierte**, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst.

Die Auflösung ist kein unumkehrbarer Akt. Im Gegenteil, die Gesellschafter können nach **§ 734 I BGB** die **Fortsetzung der GbR**

beschließen. Anstelle der **Einstimmigkeit** kann der Gesellschaftsvertrag eine **Mehrheit** genügen lassen (**§ 708 BGB**), allerdings – wie bei der Auflösung (**§ 732 BGB**) – nur eine **qualifizierte**.

thige GbR werden. ist hierfür

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

a) Gesetzliche Auflösungsgründe

Nähere Betrachtung verdienen die Auflösungsgründe in **§ 729 I Nr. 3, 4 BGB**:

(2) Kündigung der Gesellschaft, § 729 I Nr. 3 BGB

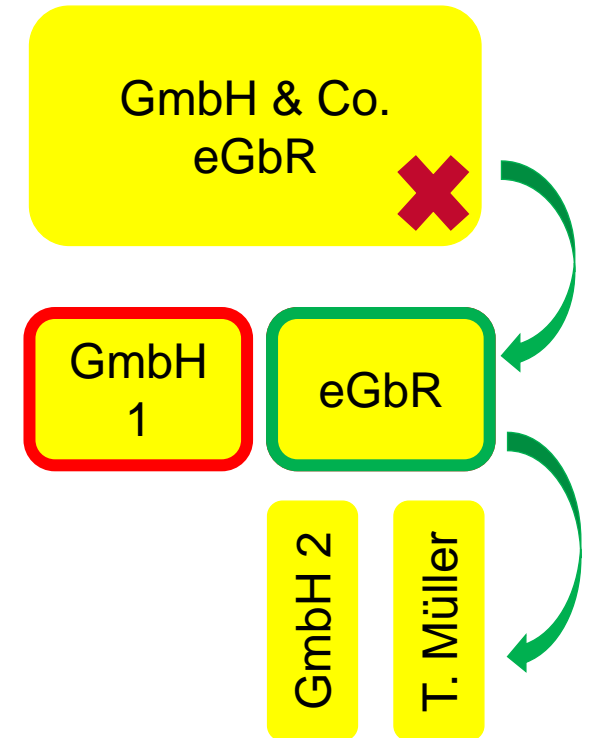
- Nach **§ 731 I 1 BGB** hat jeder Gesellschafter einer rechtsfähigen GbR das Recht, die Gesellschaft zu kündigen, und zwar jederzeit **aus wichtigem Grund** ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.
- Für den wichtigen Grund nennt § 731 I 2 BGB zwei **Regelbeispiele**, nämlich dass ein anderer Gesellschafter
 - (1) eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende **wesentliche Pflicht** (z. B. der Treuepflicht) **vorsätzlich oder grob fahrlässig** verletzt oder
 - (2) die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.
- Die Feststellung, dass dem kündigenden Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft nicht zuzumuten ist, ist keine eigenständige Voraussetzung des Kündigungsrechts. Sie zeigt, dass Kündigung die **ultima ratio** ist, und erfordert als **Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**, dass der wichtige Grund gewichtiger sein muss als z. B. bei der Ausschließung eines Gesellschafters nach § 727 Satz 1 BGB.
- Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag, die dieses Recht ausschließen oder beschränken, sind nach **§ 731 II BGB** unwirksam.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

b) Besondere Auflösungsgründe aufgrund der Gesellschafterstruktur

- Gesellschafter einer GbR können nicht nur natürliche Personen, sondern auch **juristische Personen** und **rechtsfähige Personengesellschaften** sein.
- Für den Fall, dass kein persönlich haftender Gesellschafter der rechtsfähigen GbR eine natürliche Person ist, enthält **§ 729 III 1 BGB** **zwei besondere Auflösungsgründe**, um die Gläubiger vor masse- und vermögenslosen Gesellschaften zu schützen, nämlich:
 - (1) **Rechtskraft des Beschlusses**, durch den die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt** worden ist, **§ 729 III 1 Nr. 1 BGB**;
 - (2) **Löschung** der GbR wegen **Vermögenslosigkeit** nach § 374 FamFG, **§ 729 III 1 Nr. 2 BGB**
- Diese besonderen Auflösungsgründe gelten nach **§ 729 III 2 BGB** nicht, wenn unter den Gesellschaftern eine **rechtsfähige Personengesellschaft** ist, bei der mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter eine **natürliche Person** ist.



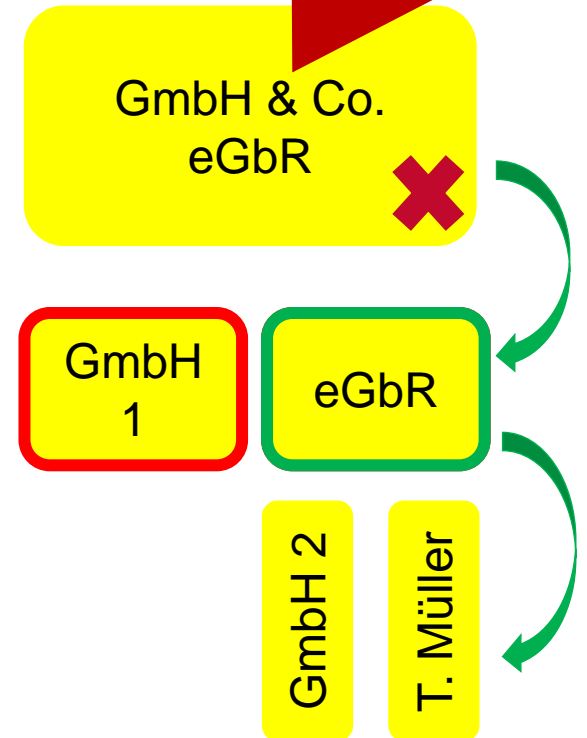
I. Auflösung und Abwicklung der Ges

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

b) Besondere Auflösungsgründe aufgrund der Gesellschafterstruktur

- Gesellschafter einer GbR können nicht nur natürliche Personen, sondern auch **juristische Personen** und **rechtsfähige Personengesellschaften** sein.
- Für den Fall, dass kein persönlich haftender Gesellschafter der rechtsfähigen GbR eine natürliche Person ist, enthält **§ 729 III 1 BGB** **zwei besondere Auflösungsgründe**, um die Gläubiger vor masse- und vermögenslosen Gesellschaften zu schützen, nämlich:
 - (1) **Rechtskraft des Beschlusses**, durch den die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt** worden ist, **§ 729 III 1 Nr. 1 BGB**;
 - (2) **Löschung** der GbR wegen **Vermögenslosigkeit** nach § 374 FamFG, **§ 729 III 1 Nr. 2 BGB**
- Diese besonderen Auflösungsgründe gelten nach **§ 729 III 2 BGB** nicht, wenn unter den Gesellschaftern eine **rechtsfähige Personengesellschaft** ist, bei der mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter eine **natürliche Person** ist.

Die Bezeichnung als „GmbH & Co.“ ist in Anlehnung an § 19 II HGB üblich, obwohl § 707b Nr. 1 BGB die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift nicht anordnet.



I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

c) Gesellschaftsvertragliche Auflösungsgründe

- Die Auflösungsgründe sind in § 729 I-III BGB **nicht abschließend** aufgezählt, weshalb nach **§ 729 IV BGB** im Gesellschaftsvertrag weitere vereinbart werden können.
- In Ansehung von **§ 730 I 1 BGB** kommen **insbesondere zwei Gründe** in Betracht, nämlich:
 - (1) der **Tod eines Gesellschafters** und
 - (2) die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** über das **Vermögen eines Gesellschafters**.
- Den Gründen ist gemeinsam, dass sie unter Geltung der **Rechtslage vor Inkrafttreten des MoPeG am 1.1.2024** i.d.R. zur Auflösung der GbR und nur bei einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters geführt haben. M.a.W.: Das MoPeG hat das **Regel-Ausnahme-Verhältnis** umgekehrt.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

c) Gesellschaftsvertragliche Auflösungsgründe

Exkurs: Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters

- **Insolvenzfähig** ist nicht nur die rechtsfähige GbR (§ 11 II Nr. 1 InsO), sondern auch ihre Gesellschafter, seien es juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften (§§ 11 I, II Nr. 1 InsO), seien es natürliche Personen (§ 11 I 1 InsO).
- Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet, besteht die Insolvenzmasse ausschließlich aus seinem, von dem **Gesellschaftsvermögen** getrennten **(Privat-)Vermögen**.
- Aber: In der Insolvenzmasse befindet sich auch der **Gesellschaftsanteil**.
- Was sind die **Motive**, warum die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das (Privat-)Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschafter veranlassen sollte, für diesen Fall die Auflösung der GbR vorzusehen?
 - (1) **Schutz der GbR vor Fremdbestimmung:** Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht, den Gesellschaftsanteil zu verwalten (z. B. durch Ausübung des Stimmrechts), nach **§ 80 I InsO** auf den Insolvenzverwalter über. Damit würde jemand Mitverwaltungsrechte ausüben, der nicht Gesellschafter der GbR ist.
 - (2) **Minimierung des Vermögensabflusses an die Privatgläubiger des insolventen Gesellschafters:** Scheidet nur der insolvente Gesellschafter aus der GbR aus, steht ihm ein **Abfindungsanspruch** zu (§ 728 I 1 BGB, s. Einheit 8), der seinerseits zur Insolvenzmasse zählt. Wird die GbR hingegen aufgelöst und liquidiert, zählt nur der i.d.R. wesentlich niedrigere Anspruch auf den **Liquidationsüberschuss** (§ 736d VI BGB) zur Insolvenzmasse.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

d) Anmeldung der Auflösung

- Bei einer eGbR muss ihre Auflösung nach **§ 733 I 1 BGB** grds. zur Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet werden.
- Von dem Grundsatz, dass die Anmeldung **sämtlichen Gesellschaftern** obliegt (§ 733 I 1 BGB) existieren **vier Ausnahmen**:
 - (1) Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR** hat das Registergericht – nach Eingang des Eröffnungsbeschlusses (§ 31 Nr. 1 InsO) – gemäß § 707b Nr. 2 BGB i.V.m. § 32 I 1 HGB von Amts wegen in das Gesellschaftsregister einzutragen. Die damit einhergehende Auflösung der GbR (§ 729 I Nr. 2 BGB) ist gemäß **§ 733 I 2 BGB** ebenfalls **von Amts wegen**, d. h. ohne Anmeldung, einzutragen.
 - (2) Wird die eGbR aufgrund des **Todes eines Gesellschaftern** ausnahmsweise aufgelöst (s. o.), kann die Anmeldung von den **überlebenden Gesellschaftern** ohne Mitwirkung der Erben erfolgen, wenn deren Mitwirkung besondere Hindernisse (z. B. Wohnsitz im Ausland) entgegenstehen.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

2. Auflösung einer rechtsfähigen GbR

d) Anmeldung der Auflösung

- Bei einer eGbR muss ihre Auflösung nach **§ 733 I 1 BGB** grds. zur Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet werden.
- Von dem Grundsatz, dass die Anmeldung **sämtlichen Gesellschaftern** obliegt (§ 733 I 1 BGB) existieren **vier Ausnahmen**:

- (1) Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR** hat das Registergericht – nach Verkündung des Eröffnungsbeschlusses (§ 31 Nr. 1 InsO) – gemäß § 707b Nr. 2 BGB in das Gesellschaftsregister einzutragen. Die in **§ 733 I 2, 3 BGB** niedergelegten Ausnahmen (3) und (4) beziehen sich auf die besonderen Auflösungsgründe in **§ 729 III 1 Nr. 1 und 2 BGB**.
- (2) Wird die eGbR (s. o.), kann der Erben entgegen, wenn deren Mitwirkung besondere Hindernisse (z. B. Wohnsitz im Ausland) entgegenstehen.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

3. Liquidation einer rechtsfähigen GbR

a) Überblick

- Im Anschluss an die Auflösung einer rechtsfähigen GbR findet **grds.** deren **Liquidation** statt.
- Mit dem Eintritt in die Liquidation endet lediglich die werbende Tätigkeit der GbR mit der Folge, dass die Abwicklung der GbR (sog. **Abwicklungszweck**) an die Stelle des gemeinsamen Zwecks tritt.
- Die Liquidation erfolgt gemäß § 735 III BGB grds. nach den **§§ 736-739 BGB**, es sei denn, dass die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag eine andere Art der Abwicklung vereinbaren (§ 735 II 1 BGB). In den Ausnahmefällen des § 735 II 3 BGB bedarf die Vereinbarung der Zustimmung eines Dritten, namentlich des Privatgläubigers, des Insolvenzverwalters oder des Schuldners.
- **Während der Liquidation** besteht die GbR als **Rechtssubjekt** fort. Zeugnis hiervon ist z. B. § 736d IV 1 BGB, wonach die GbR weiterhin Träger des Gesellschaftsvermögens ist.
- Erst mit dem **Abschluss der Liquidation** hört die GbR auf zu existieren (sog. **Vollbeendigung**). Dies gilt trotz des Erfordernisses, dass sämtliche Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaft zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden haben (§ 738 BGB). Die Eintragung ist nämlich keine (konstitutive) Voraussetzung für das Erlöschen der Gesellschaft, sondern erfolgt deklaratorisch.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

3. Liquidation einer rechtsfähigen GbR

b) Ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Liquidation

In bestimmten Konstellationen ist die Liquidation ausnahmsweise entbehrlich, nämlich wenn

- (1) über das Vermögen der rechtsfähigen GbR das **Insolvenzverfahren eröffnet** wird (§ 735 I 1 BGB), also das Insolvenzverfahren an die Stelle der Liquidation tritt,
- (2) die eGbR wegen **Vermögenslosigkeit** gelöscht wird (§ 729 III 1 Nr. 2 BGB, s. o.), es sei denn, dass sich nach der Löschung herausstellt, dass noch Vermögen vorhanden ist, das der Verteilung unterliegt (§ 735 I 2 BGB) oder
- (3) Die Liquidation aus anderen Gründen entbehrlich ist, z. B. weil der **vorletzte Gesellschafter verstirbt** und von dem verbleibenden Gesellschafter beerbt wird, so dass es fortan an der für eine GbR erforderlichen Personenmehrheit fehlt (s. Einheit 1).

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

3. Liquidation einer rechtsfähigen GbR

c) Ablauf der Liquidation

- Zur Liquidation sind nach § 736 I BGB – vorbehaltlich § 736 II-V, 736a I BGB – **alle Gesellschafter** berufen (sog. Liquidatoren).
- Von der Auflösung der GbR an sind sie gemäß § 736b I 2 BGB nur **gemeinsam** zur **Geschäftsführung** und **Vertretung** der GbR befugt.
- Ihre ersten Aufgaben bestehen gemäß § 736d II 1 BGB darin,
 - (1) die **laufenden Geschäfte** – aufgrund des geänderten Gesellschaftszweck (s. o.) – zu **beenden** und
 - Hierzu können die Liquidatoren gemäß § 736d II 2 BGB auch neue Geschäfte eingehen, z. B. einen Aufhebungsvertrag.
 - (2) das übrige **Vermögen in Geld umzusetzen**.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

3. Liquidation einer rechtsfähigen GbR

c) Ablauf der Liquidation

Sobald das Vermögen in Geld umgesetzt ist, haben die Liquidatoren **drei weitere Aufgaben**:

(1) Befriedigung der Gläubiger der GbR, § 736d IV 1 BGB

- Im Umkehrschluss zu **§ 736d IV 2 BGB** haben die Liquidatoren aus dem Gesellschaftsvermögen zunächst nur die **fälligen und unstreitigen** Gesellschaftsschulden zu erfüllen.
- Für noch **nicht fällige und streitige** Gesellschaftsschulden haben sie das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten.

(2) Rückerstattung der geleisteten Beiträge, § 736d V 1 BGB

- Aus dem nach der Befriedigung der Gesellschaftsschulden verbleibenden Gesellschaftsvermögen haben die Liquidatoren den Gesellschaftern die geleisteten Beiträge zurückzuerstatten.
- Der zurückzuerstattende Betrag wird durch die Art des Beitrags bestimmt: Bei **Geldleistungen** ist deren Nennbetrag zu erstatten, bei **Sachleistungen** gemäß § 736d V 2 BGB der Wert zu ersetzen, den die Leistung zur Zeit der Einbringung hatte. Für **Dienstleistungen** kann gemäß § 736d V 3 BGB im Zweifel kein Ersatz verlangt werden.

(3) Verteilung des verbleibenden Vermögens unter den Gesellschaftern, § 736d VI BGB

Der sog. Überschuss ist unter den Gesellschaftern nach dem Verhältnis der Anteile am Gewinn und Verlust (§ 709 III BGB) zu verteilen.

Einheit 9: GbR (Teil 8/8)

I. Auflösung

3. Liquidation

c) Abrechnung

Solvenz

(1)

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der Gesellschaftsschulden und zur Rückerstattung der Beiträge nicht aus, verpflichtet **§ 737 Satz 1 BGB** die Gesellschafter, der GbR für den Fehlbetrag aufzukommen (sog. **Nachschusspflicht**), und zwar im Verhältnis ihre Anteile am Gewinn und Verlust (§ 709 III BGB). Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, haben die anderen Gesellschafter nach **§ 727 Satz 2 BGB** den Ausfall nach dem gleichen Verhältnis zu tragen (sog. **Ausfallhaftung**).

(2)

Rückerstattung der geleisteten Beiträge **§ 36d V 1 BGB**

- Aus dem nach der Befriedigung der Gesellschaftsschulden verbleibenden Gesellschaftsvermögen haben die Liquidatoren die Beiträge der Gesellschafter zurückzuerstatten.
- Der zurückzuerstattende Betrag ist im Verhältnis der Beiträge der Gesellschafter zu berechnen. Deren Nachzahlungspflicht ist im **§ 737 BGB** im Einzelnen geregelt.

(3)

Verteilung

Der sog. Überschuss ist im Verhältnis der Beiträge der Gesellschafter zu verteilen. Der Verlust (§ 709 III BGB) zu verteilen.

Diese Nachschusspflicht ist von **geringer praktischer Bedeutung**: Zum einen wird häufig das **Insolvenzverfahren** über das Vermögen der GbR eröffnet sein, zum anderen nehmen die Gesellschaftsgläubiger die Gesellschafter unmittelbar nach **§ 721 Satz 1 BGB** in Anspruch.

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

4. Beendigung einer nicht rechtsfähigen GbR

Im Unterschied zu einer rechtsfähigen GbR, die aufgelöst wird (§§ 729 ff. BGB), wird eine nicht rechtsfähige GbR beendet. Hierfür nennt **§ 740a I, II BGB** insgesamt **acht Gründe**:

- (1) **Ablauf der Zeit**, für welche die Gesellschaft eingegangen wurde, § 740a I Nr. 1 BGB;
- (2) **Auflösungsbeschluss**, § 740a I Nr. 2 BGB;
- (3) **Tod eines Gesellschafters**, § 740a I Nr. 3 BGB;
 - Bei der rechtsfähigen GbR führt der Tod eines Gesellschafters i.d.R. nur zu dessen ausscheiden (§ 723 I Nr. 1 BGB) und nicht zur Auflösung der GbR (§ 730 I 1 BGB, s. o.).
- (4) **Kündigung** der Gesellschaft durch einen **Gesellschafter**, § 740a I Nr. 4 BGB;
- (5) **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das **Vermögen eines Gesellschafters**, § 740a I Nr. 5 BGB;
 - Die nicht rechtsfähige GbR hat kein Vermögen (§ 740 I BGB) und ist daher – im Umkehrschluss zu § 11 II Nr. 1 InsO – nicht selbst insolvenzfähig.
- (6) **Kündigung** der Gesellschaft durch einen **Privatgläubiger eines Gesellschafters**, § 740a I Nr. 6 BGB;
- (7) **Erreichung des Zwecks**, zu dem die Gesellschaft errichtet wurde, § 740a II Alt. 1 BGB;
- (8) **Unmöglichkeit der Erreichung des Zwecks**, zu dem die Gesellschaft errichtet wurde, § 740a II Alt. 2 BGB

I. Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft

5. Auseinandersetzung der nicht rechtsfähigen GbR

- Eine nicht rechtsfähige GbR hat **kein (Gesellschafts-)Vermögen**, § 740 I BGB.
- Daher findet im Anschluss an die Beendigung keine Liquidation, sondern gemäß **§ 740b I BGB** lediglich eine **Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern** statt.
- Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Auseinandersetzung, insbesondere der Anspruch nach § 740b II BGB i.V.m. § 736d VI BGB, bei der Abwicklung einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** oder einer **Ehe im Güterstand der Gütertrennung**, z. B. wenn einem Ehegatten ein Grundstück mit dem aufstehenden Familienheim gehört, das der andere Ehegatte unter Einsatz seiner Arbeitskraft oder erheblicher finanzieller Mittel renoviert hat.

II. Fehlerhafte Gesellschaft

1. Einführung

- Die Existenz der GbR setzt nach **§ 705 BGB** einen wirksamen Gesellschaftsvertrag voraus. Ist der Gesellschaftsvertrag **unwirksam** (z. B. §§ 107 ff. BGB) oder **nichtig** (§§ 105, 134, 138, 142 I BGB), fehlt eine vertragliche Grundlage mit der Folge, dass sämtliche Leistungen, die ohne Rechtsgrund erbracht wurden, nach **§§ 812 ff. BGB** herauszugeben wären.
- Diese Rückabwicklung würde nicht nur – ähnlich einem bereits „gelebten“ Arbeitsverhältnis – erhebliche **praktische Schwierigkeiten** begründen, sondern auch – bei einer rechtsfähigen GbR – dem legitimen **Haftungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger** widersprechen. Es entfielen nämlich nicht nur die rechtsfähige GbR als Haftungssubjekt, sondern auch die persönliche Haftung der Gesellschafter, da diese nach **§ 721 Satz 1 BGB** „Verbindlichkeiten der Gesellschaft“ voraussetzt.
- Der **Ausweg** besteht – ähnlich dem Arbeitsrecht – darin, die Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitsfolgen im Wege einer **teleologischen Reduktion** einzuschränken, nämlich:
 - (1) Der Gesellschaftsvertrag ist nicht von Anfang an unwirksam bzw. nichtig, sondern wird für die **Vergangenheit** als wirksam behandelt.
 - (2) Besteht der Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitsgrund fort, kann jeder Gesellschafter seine Mitgliedschaft (§ 725 I-III ggf. i.V.m. § 740a III BGB) oder – unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – die Gesellschaft **aus wichtigem Grund kündigen** (§ 731 I 1 BGB bzw. § 730a I Nr. 4 BGB).

II. Fehlerhafte Gesellschaft

2. Voraussetzungen

- Der übliche Begriff „fehlerhafte Gesellschaft“ ist – ähnlich der „gestörten“ Gesamtschuld – eine schlagwortartige Verkürzung der juristisch präziseren Bezeichnung „**Gesellschaft auf fehlerhafter vertraglicher Grundlage**“.
- Diese Langbezeichnung impliziert zwei von insgesamt **vier Voraussetzungen** für die teleologische Reduktion der Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitsfolgen:
 - a) Fehlerhafter Vertragsschluss
 - b) Keine bloße Teilnichtigkeit
 - c) Vollzug des Gesellschaftsvertrags
 - d) Kein Entgegenstehen vorrangiger Schutzzwecke

II. Fehlerhafte Gesellschaft

2. Voraussetzungen

a) Fehlerhafter Vertragsschluss

Der fehlerhafte Vertragsschluss besteht aus **zwei Elementen**:

(1) Einigung

Die Beteiligten müssen übereinstimmende **Willenserklärungen** abgegeben haben, die auf die Begründung eines Gesellschaftsvertrags gerichtet sind.

- Fehlt es an einer Einigung, liegt (auch) keine fehlerhafte Gesellschaft vor. In Betracht kommt allenfalls eine sog. **Scheingesellschaft** (dazu III.).

(2) Wirksamkeitshindernis

Der Wirksamkeit der Einigung muss die **objektive Rechtsordnung** entgegenstehen (z. B. §§ 105 I, 107 ff., §§ 134, 138 I, 142 I BGB).

- Obwohl Scheingeschäfte nach **§ 117 I BGB** nichtig sind, begründet die Vorschrift keine fehlerhafte Gesellschaft. Da die Beteiligten nur den Schein eines Rechtsgeschäfts – hier: eines Gesellschaftsvertrags – erzeugen wollten, kommt nur eine sog. **Scheingesellschaft** in Betracht (dazu III.).

II. Fehlerhafte Gesellschaft

2. Voraussetzungen

b) Keine bloße Teilnichtigkeit

- Beschränkt die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit sich auf einen Teil des Gesellschaftsvertrags (z. B. die Übereignung eines Grundstücks als Einlage, **§§ 125 Satz 1, 311b I 1 BGB**), kann der Gesellschaftsvertrag im Übrigen ausnahmsweise wirksam sein (**§ 139 BGB**).
- Eine solche **Teilnichtigkeit** ist insbesondere anzunehmen, wenn
 - (1) die Gesellschaft bereits **in Vollzug gesetzt** wurde und
 - (2) an die Stelle der unwirksamen bzw. nichtigen vertraglichen Bestimmung eine **gesetzliche Regelung** tritt (hier: allgemeine Förderungspflicht).
- Da in diesen Fällen ein Gesellschaftsvertrag wirksam zustande kommt, liegt keine fehlerhafte Gesellschaft vor, sondern eine **wirksame Gesellschaft**, deren Gesellschaftsvertrag lediglich einen vom wahren Willen der Beteiligten abweichenden Inhalt aufweist.

II. Fehlerhafte Gesellschaft

2. Voraussetzungen

c) Vollzug des Gesellschaftsvertrags

- Die praktischen Rückabwicklungsschwierigkeiten entstehen erst, sobald die Gesellschaft „lebt“, also Einlagen erbracht und wirtschaftliche genutzt werden. Die Haftungsinteressen der Gläubiger sind erst dann schutzwürdig, sobald Gläubiger vorhanden sind, die rechtsfähige GbR also am Rechtsverkehr teilnimmt.
- Daher besteht Einigkeit darüber, dass die teleologische Reduktion der Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitsfolgen erst erforderlich ist, sobald die fehlerhafte Gesellschaft „in Vollzug gesetzt“ wurde.
- **Str.** ist lediglich, **ab wann** ein „Vollzug“ anzunehmen ist.
 - Die **Rspr.** stellt auf die erstmalige **Teilnahme der rechtsfähigen GbR am Rechtsverkehr** ab, da erst ab diesem Zeitpunkt ein schutzwürdiges Interesse Dritter besteht.
 - Nach der **h. L.** wird die rechtsfähige GbR bereits mit der **Bildung des Gesellschaftsvermögens**, d. h. der ersten Beitragsleistung, in Vollzug gesetzt, da ab diesem Zeitpunkt praktische Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen.

II. Fehlerhafte Gesellschaft

2. Voraussetzungen

d) Kein Entgegenstehen vorrangiger Schutzzwecke

- Wurde die rechtsfähige GbR bereits „in Vollzug gesetzt“ (s. o.), überwiegt **grds.** das Interesse der Gesellschaftsgläubiger, die rechtsfähige GbR im Wege einer teleologischen Reduktion der Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitsfolgen (s. o.) als wirksam zu behandeln.
- Der teleologischen Reduktion können **ausnahmsweise** Schutzgüter entgegenstehen, die das Gesetz höher einstuft als das Interesse der Gläubiger, nämlich:
 - Schutz **Geschäftsunfähiger**, § 105 BGB
 - Schutz **Minderjähriger**, §§ 107 ff. BGB
 - Verstoß gegen die **guten Sitten**, § 138 I BGB
 - Bei **Gesetzesverstößen** (§ 134 BGB) ist nach dem Zweck des Verbotsgesetzes zu differenzieren.
- In diesen Fällen wird die rechtsfähige GbR ausnahmsweise auch dann **nicht als wirksam angesehen**, wenn sie in Vollzug gesetzt wurde. Es erfolgt vielmehr eine Rückabwicklung der einzelnen Leistungen (§§ 812 ff. BGB) unter Inkaufnahme der praktischen Schwierigkeiten.

II. Fehlerhafte Gesellschaft

3. Rechtsfolgen

a) Vergangenheit

- Besteht eine fehlerhafte Gesellschaft, wird diese mithilfe einer teleologischen Reduktion der Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitsfolgen für die Vergangenheit **als wirksam behandelt**.
- Dies gilt nicht nur im **Innenverhältnis** der Gesellschafter untereinander, sondern – bei einer rechtsfähigen GbR – auch im **Außenverhältnis** mit der Folge, dass eine fehlerhafte rechtsfähige GbR als Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnimmt.

b) Zukunft

- Besteht der Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitsgrund fort, kann jeder Gesellschafter seine Mitgliedschaft (§ 725 I-III ggf. i.V.m. § 740a III BGB) oder – unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – die Gesellschaft **aus wichtigem Grund kündigen** (§ 731 I 1 BGB bzw. § 730a I Nr. 4 BGB).
- Während die Kündigung der Mitgliedschaft i.d.R. nur zum Ausscheiden des Gesellschafters (§ 723 I Nr. 2 BGB) gegen eine angemessene Abfindung führt (§ 728 I 1 BGB), wird die GbR durch die Kündigung der Gesellschaft aufgelöst bzw. beendet (§ 729 I Nr. 3 BGB bzw. § 740a I Nr. 4 BGB) mit der Folge, dass die fehlerhafte GbR liquidiert wird (§§ 735-739 BGB) oder – im Fall einer nicht rechtsfähigen GbR – eine Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern stattfindet (§ 740b I BGB).

II. Fehlerhafte Gesellschaft

4. Fehlerhafter Beitritt

- Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft gelten nicht nur in Bezug auf den Gesellschaftsvertrag, sondern auch in Bezug auf den Beitritts- bzw. **Aufnahmevertrag**, z. B. wenn dieser nach § 125 Satz 1 BGB i.V.m. § 311b I 1 BGB nichtig ist, weil der Aufnahmevertrag trotz des Versprechens, der eGbR ein Grundstück zu übereignen, nicht notariell beurkundet wurde.
- Auch hier werden die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit **grds.** im Wege einer **teleologischen Reduktion** eingeschränkt (s. o.) mit der Folge, dass den Gesellschaftsgläubigern mit dem fehlerhaft Beigetretenen ein weiterer persönlich haftender Gesellschafter (§ 721a Satz 1 BGB) zur Verfügung steht.
- **Kündigen** kann der fehlerhaft Beigetrete allerdings nicht die Gesellschaft (§ 729 I Nr. 3 BGB), sondern nur seine **fehlerhafte Mitgliedschaft** (§ 725 BGB) mit der Folge, dass er aus der GbR ausscheidet und ihm die in § 728 I 1 BGB genannten Ansprüche gegen die fehlerfreie fortbestehende GbR zustehen.

III. Scheingesellschaft

1. Überblick

- Von einer fehlerhaften Gesellschaft ist die sog. Scheingesellschaft zu unterscheiden.
- Eine Scheingesellschaft entsteht, wenn mehrere Personen durch ihr Auftreten im Rechtsverkehr (nur) den **Rechtsschein** einer rechtsfähigen GbR hervorrufen, obwohl sie ein **Gesellschaftsverhältnis nicht gewollt** haben oder **nur zum Schein** (§ 117 I BGB) eingegangen sind.
- Der wesentliche Unterschied zwischen der fehlerhaften Gesellschaft und der Scheingesellschaft besteht somit darin, dass ...
 - bei der **fehlerhaften Gesellschaft** die Gründung derselben gewollt ist, aber durch die objektive Rechtsordnung versagt wird,
 - während es bei der **Scheingesellschaft** bereits an dem Willen fehlt, eine Gesellschaft zu gründen.
- Mit dem Charakter der Gesellschaft als privatautonomer Personenvereinigung ist es **unvereinbar**, den handelnden Personen eine Gesellschaft **aufzuzwingen**. Daher existiert bei einer Scheingesellschaft keine Gesellschaft, sondern nur der **Schein einer Gesellschaft**.

III. Scheingesellschaft

2. Rechtsfolgen

- Der bloße Schein einer Gesellschaft begründet **weder Rechte noch Pflichten der Gesellschafter untereinander** (Innenverhältnis). Sind gleichwohl in der irrigen Annahme eines Vertragsschlusses Beiträge geleistet worden, sind diese nach §§ 812 ff. BGB herauszugeben.
- Die Scheingesellschaft ist **kein Rechtssubjekt** (Außenverhältnis); sie kann weder Rechte erwerben noch Verpflichtungen eingehen mit der Folge, dass – **tatsächlich** – weder Verbindlichkeiten der GbR noch Gesellschafter existieren, die persönlich haften könnten (§§ 721 ff. BGB).
- Eine persönliche Haftung der „Gesellschafter“ nach §§ 721 ff. BGB kommt daher nur in Betracht, wenn sie sich nach Maßgabe der **allgemeinen Rechts-scheingrundsätze** (sogleich) an dem Rechtsschein, dass eine rechtsfähige GbR existiert und sie deren Gesellschafter sind, festhalten lassen müssen.

III. Scheingesellschaft

2. Rechtsfolgen

Die allgemeinen Rechtsscheingrundsätze, die in der Fallbearbeitung **für jeden in Anspruch genommenen Scheingesellschafter gesondert** zu prüfen sind, bestehen aus **drei Voraussetzungen**:

(1) **Setzung des Rechtsscheins einer rechtsfähigen GbR gegenüber Dritten**

- Der Rechtsschein einer rechtsfähigen GbR wird i.d.R. durch Handeln im Namen der GbR gesetzt.

(2) **Zurechenbarkeit des Rechtsscheins**

- Insoweit gelten die **§§ 104 ff. BGB analog**.

(3) **Redlichkeit des Gesellschaftsgläubigers**

- Der Gesellschaftsgläubiger, der den Scheingesellschafter persönlich in nach den §§ 721 ff. BGB in Anspruch nimmt, ist **analog § 173 BGB** nicht schutzwürdig, wenn er die Unrichtigkeit des Rechtsscheins kannte oder kennen musste.

III. Scheingesellschaft

2. Rechtsfolgen

Die allgemeine
Anspruch gegen

stehen aus **drei Voraussetzungen:**

(1) **Setzung des Rechtsscheins einer rechtsfähigen GbR gegenüber Dritten**

- Der Rechtsschein einer rechtsfähigen GbR wird i.d.R. durch Handeln im Namen der GbR gesetzt.

(2) **Zurechenbarkeit des Rechtsscheins**

- Insoweit gelten die **§§ 104 ff. BGB analog.**

(3) **Redlichkeit des Gesellschaftsgläubigers**

- Der Gesellschaftsgläubiger, der den Scheingesellschafter persönlich in nach den §§ 721 ff. BGB in Anspruch nimmt, ist **analog § 173 BGB** nicht schutzwürdig, wenn er die Unrichtigkeit des Rechtsscheins kannte oder kennen musste.

Während eine **Scheingesellschaft** naturgemäß nur aus Scheingesellschaftern besteht, können auch bei einer **tatsächlich existenten GbR** Scheingesellschafter vorkommen, nämlich wenn Beitritts- bzw. **Aufnahmevertrag** nicht gewollt und deshalb nicht existent ist. Eintretende Scheingesellschafter haften gemäß § 721a Satz 1 BGB wie tatsächlich eintretende Gesellschafter persönlich, wenn sie im Außenverhältnis nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen den **Schein, Gesellschafter zu sein, erwecken.**

Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 177, 193 Rn. 30 ff.; NJW 2011, 2880 Rn. 13 ff.; NJW 2013, 2187 Rn. 14 ff. (nichteheliche Lebensgemeinschaft)
- *Fest*, ZJS 2009, 528 ff. (Übungsfall zur Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft)
- BGH, NJW 1995, 3383 ff. (Ehegatteninnengesellschaft)
- *Koch*, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, §§ 5, 10, 11
- *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 11

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und
europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht

Mail: SekFest@law.uni-kiel.de

Aktuelle Hinweise finden Sie unter:

Homepage: <https://www.fest.jura.uni-kiel.de>

Instagram: [@prof_fest](https://www.instagram.com/prof_fest)