

Akzessorische Gesellschafterhaftung im Personengesellschaftsrecht

Von Akad. Rat a.Z. Dr. iur. **Sebastian Denke**, Trier*

I. Einleitung

Die juristischen Prüfungsordnungen der Länder sehen alle vor, dass das Gesellschaftsrecht in Grundzügen beherrscht werden muss. Aus Sicht des Prüfungskandidaten sollte, auch wenn die sog. Nebengebiete in der Prüfungs- und Examensvorbereitung häufig ein Schattendasein fristen, die Befassung mit dem Gesellschaftsrecht nicht unterschätzt werden. Schon mit wenig, dafür aber solidem Grundwissen lassen sich die abgeprüften Konstellationen gut bewältigen. Zu den beliebtesten Prüfungsgegenständen zählen Fragen rund um die Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft. Dies verwundert nicht, lässt sich doch anhand dessen besonders gut ermitteln, ob die Prüfungskandidaten die gesellschaftsrechtlichen „Grundkonflikte“ erkannt haben und diese anhand des Gesetzes einer adäquaten Lösung zuführen können. Darüber hinaus sind Grundkenntnisse des Gesellschaftsrecht für jeden zivilrechtlichen Praktiker unverzichtbar, da der Wirtschaftsverkehr nun einmal wesentlich durch das Agieren von Personenzusammenschlüssen geprägt ist. Die folgende Abhandlung soll dazu beitragen, ein gefestigtes Grundverständnis für personengesellschaftsrechtliche Haftungsproblematiken zu schaffen, das die Fähigkeit verleiht, auch unbekannte Haftungskonstellationen vertretbar lösen zu können. Der Beitrag beschränkt sich auf die Darstellung der Haftung in den prüfungsrelevanten Personengesellschaften: der offenen Handelsgesellschaft (oHG), der Kommanditgesellschaft (KG) und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR).

II. Zweck der persönlichen Gesellschafterhaftung

Den Personengesellschaften ist – bei allen Unterschieden im Detail – gemein, dass ihre Gesellschafter persönlich und grundsätzlich unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Um sich den damit zusammenhängenden Problemen anzunähern, ist es zunächst angezeigt, den Zweck der gesetzlichen Statuierung einer solchen Haftung herauszuarbeiten. Dieser ist insoweit aufschlussreich, als er den gedanklichen Zugang zu den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften überhaupt erst eröffnet.

1. Teilrechtsfähige Gesamthandsgemeinschaften

Die hier zu behandelnden Personengesellschaften zeichnen sich durch zwei wesentliche Merkmale aus. Sie sind sog. Gesamthandsgemeinschaften und agieren als teilrechtsfähige Rechtssubjekte im Rechtsverkehr. Beide Eigenschaften schließen sich freilich nicht gegenseitig aus. Ob die Gesamthand selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist oder ob es sich um ein gebundenes Sondervermögen der Gesellschafter handelt (mit der Folge, dass ausschließlich diese als Rechtssubjekte im Rechtsverkehr auftreten), ist aufgrund der hohen Diversität der gesetzlichen Ausgestaltung verschiedener

Gesamthandsgemeinschaften (vgl. neben den hier zu behandelnden Personengesellschaften etwa die Erbengemeinschaft [§§ 2023 ff. BGB] oder die Gütergemeinschaft [§§ 1416 ff. BGB]) für jede dieser Gemeinschaften gesondert zu ermitteln.¹ Für die oHG und KG hat der Gesetzgeber selbst klargestellt, dass diese als Rechtssubjekte im Rechtsverkehr auftreten können, mithin die Gesamthand in ihrer Eigenschaft als Kollektiv² und Inhaberin des Gesellschaftsvermögens selbst berechtigt und verpflichtet werden kann (§ 124 HGB [i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB]). Das macht sie freilich nicht zur juristischen Person, bei der nicht nur die aus Individuen zusammengesetzte Gruppe, sondern die Organisation als solche verabsolutiert wird.³ Die teilrechtsfähige Gesamthandsgemeinschaft ordnet sich rechtssystematisch vielmehr zwischen der natürlichen und der juristischen Person ein (siehe auch § 14 Abs. 2 BGB). Sie trägt einerseits personale Elemente in sich, die in den gesetzlichen Rückanknüpfungen an die hinter der Gruppe stehenden Individuen – nicht nur, aber auch in der persönlichen Gesellschafterhaftung und dem Gesamthandsprinzip – zum Ausdruck kommen. Andererseits ist sie aber auch durch die Verabsolutierung der Gruppe als solche geprägt und weist damit, zumindest in den praktischen Auswirkungen, eine gewisse Nähe zu den juristischen Personen auf. Man mag die teilrechtsfähige Gesamthandsgemeinschaft daher als Zwitterfigur betrachten, die personale und kollektive Elemente in sich vereint. Dies wird nun seit einiger Zeit auch mit Blick auf die (Außen-)GbR betont, deren Charakter als eigenständiges Rechtssubjekt heute weitestgehend unstreitig ist.⁴

2. Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Warum?

Nach dem zuvor Gesagten tritt die Personengesellschaft also als Rechtssubjekt im Rechtsverkehr auf, ohne juristische Person zu sein. Das hat zur Folge, dass sie im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Kontaktes selbst – und zwar ausschließlich, soweit die Vertragsauslegung nichts anderes ergibt⁵ – Vertragspartei wird. Sie allein wird Gläubigerin und Schuldnerin i.S.d. § 241 BGB.⁶ Darüber hinaus haftet sie selbst für

¹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III. 3.

² Vgl. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.1, 1936, S. 676.

³ Vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1/1, Die Personalgesellschaft, 1977, § 7 II.

⁴ Ausführlich unter V. I.

⁵ Steitz, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, HGB § 124 Rn. 6.

⁶ Habersack, in: Staub, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2015, HGB § 124 Rn. 12; K. Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 124 Rn. 15; Steitz (Fn. 5), HGB § 124 Rn. 6; a.A. BGH NJW 1988, 556; BGHZ 110, 127; zustimmend Boesche, in: Oetker, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, HGB § 124 Rn. 6; der im Schrifttum schon seit langem vertretenen und hier präferierten Auffassung hat sich der BGH nunmehr auch angeschlossen, vgl.

* Der Verf. ist Habilitand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht von Prof. Dr. Thomas Raab in Trier sowie Lehrbeauftragter für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität de Lorraine (Metz).

deliktische Verbindlichkeiten, soweit eine Zurechnungsmöglichkeit über § 31 BGB (analog) besteht.⁷ Auf dieser Grundlage gilt es nun, sich Sinn und Zweck der persönlichen Gesellschafterhaftung zu nähern. Dies kann zum einen sehr grundsätzlich von der Metaebene aus geschehen. Da die Gesellschaft als Rechtskonstrukt nun einmal nicht selbst handeln kann, handelt sie durch ihre Gesellschafter. Diese üben die Herrschaft über die Gesellschaft aus und partizipieren an den erwirtschafteten Gewinnen. Dieser Freiheit zur Handlung muss indes auch Verantwortung korrespondieren. Soweit die Gesellschaft also zur Schuldnerin wird, haben auch diejenigen dafür einzustehen, die diesen Status verursacht haben, namentlich die Gesellschafter. Das ist freilich einerseits zu nebulös, andererseits zu schematisch,⁸ um den Grundsatz des „Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung“⁹ zum Rechtsprinzip zu erklären. Wohl aber steckt in ihm – das wird man schwerlich leugnen können – eine einleuchtende, ja schon selbstverständliche Wertung. Freiheit und Verantwortung gehen Hand in Hand. Wie der Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Verantwortung allerdings im Detail austariert, bleibt grundsätzlich, d.h. in den Grenzen verfassungsrechtlicher Vorgaben, seiner freien Wertentscheidung überlassen. So einleuchtend der Gedanke eines „Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung“ also auf den ersten Blick sein mag, so wenig taugt er in concreto zur Herleitung passgenauer Lösungen.¹⁰ Hierfür fehlt es an einer argumentativen Zwischenstufe, die die gesetzgeberischen Wertungen sichtbar macht, wann und wie das Pendel in Richtung Freiheit oder Verantwortung ausschlagen soll.

Um sich dem anzunähern, muss man sich von der isolierten Betrachtung der von der Haftung Betroffenen lösen und denjenigen mit in den Blick nehmen, der von einer etwaigen persönlichen Gesellschafterhaftung profitiert: den Gläubiger der Gesellschaft. Bei jeder als selbstständiges Rechtssubjekt nach außen auftretenden Gruppe besteht die Gefahr, dass die hinter der Gruppe stehenden Individuen das dem Gesellschaftszweck gewidmete Vermögen „klein halten“ und damit dem Gläubigerzugriff entziehen.¹¹ Dadurch sinkt die Liquiditätswahrscheinlichkeit und erhöht gleichsam das durch den Gläu-

biger zu tragende Risiko des Leistungsausfalls. Im Bereich der Kapitalgesellschaften wird dieses Risiko aus Gläubigerschutzgründen dadurch abgemildert, dass das Gesetz besondere Kapitalaufbringungs- und erhaltungspflichtigen statuiert. Dadurch werden die Gesellschafter angehalten, ein Haftungsreservoir zu bilden, das zumindest die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsfähigkeit erhöht.¹² Einer danebentretenden persönlichen Gesellschafterhaftung bedarf es in diesen Fällen aus Gläubigerschutzgründen nicht. Im Bereich des Personengesellschaftsrecht finden sich hingegen keine vergleichbaren gläubigerschützenden Kapitalaufbringungs- und erhaltungspflichten.¹³ Diese Schutzlücke wird durch das den Gesamthandsgemeinschaften immanente personale Element der persönlichen Gesellschafterhaftung geschlossen.¹⁴ Der Gläubiger darf, wenn er mit einer Personengesellschaft kontrahiert, zwar nicht darauf vertrauen, dass zumindest eine gesteigerte Liquiditätswahrscheinlichkeit durch die Bildung eines Haftungsreservoirs besteht, wohl aber darauf, dass die hinter der Gruppe stehenden Individuen für die Verpflichtung der Gesellschaft „eintreten“, mithin auch „monetäre Verantwortung“ für dasjenige Rechtssubjekt tragen, an dessen Gewinn sie partizipieren und dessen Auftreten im Rechtsverkehr sie lenken. Die persönliche Gesellschafterhaftung ist also nicht bloß Ausfluss eines irgendwie gearteten rechtsethischen Prinzips, das die Simultanität von Herrschaft und Haftung propagiert, sondern findet ihren Anknüpfungspunkt im konkreten Schutzbedürfnis derjenigen, die in einer rechtlichen Beziehung mit der Gesellschaft stehen.

3. Regelungstechnik

Um den Gläubiger hinreichend vor den oben genannten Gefahren zu schützen, hat sich der Gesetzgeber für das Konzept einer gesetzlichen Haftungsanordnung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der (rechtsfähigen) Personengesellschaft entschieden. Diese ist akzessorisch ausgestaltet, d.h. der Anspruch des Gläubigers gegen den persönlich haftenden Gesellschafter steht in seiner Entstehung, seinem Bestand und seiner Durchsetzbarkeit in Abhängigkeit zur Verbindlichkeit der Gesellschaft.¹⁵ Diese Regelungstechnik, oftmals ein wenig durch die Bezeichnung als „Akzessorietätsprinzip“ verklärt, ist zunächst einmal nichts anderes als ein gesetzgeberischer „Kunstgriff“, der den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse überwindet. Er bildet das gesetzliche

BGH NJW 2008, 1737 im Anschluss an BGH NJW 2001, 1056.

⁷ Allg. Meinung, BGH NJW 1952, 537 (oHG, KG); NJW 2003, 1445 (1446 f. – GbR); Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, § 6 III. 5. b) bb), § 7 V. 1. a); Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 31 Rn. 4, 5; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 31 Rn. 3; Schwennicke, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 31 Rn. 104, 105; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 8 Rn. 10.

⁸ Fleischer/Hahn, NZG 2018, 1281 (1285).

⁹ Siehe hierzu die umfassenden Nachweise bei Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 1980, § 10 III. 2.

¹⁰ Vgl. auch Wiedemann (Fn. 9), § 10 III. 2.

¹¹ Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, S. 443; siehe auch zum „Gesellschafteropportunistus“ Tröger, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1533 (S. 1543 ff.).

¹² Wiedemann (Fn. 9), § 10 IV 1 b): „Verlustpolster“.

¹³ Verfehlt wäre es, generell davon zu sprechen, dass das Personengesellschaftsrecht keine Kapitalerhaltungspflichten kennt. Solche können sich unter Umständen aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) ergeben. Sie haben aber keinen gläubigerschützenden Charakter, sondern sind auf die Förderung des Gesellschaftszwecks und damit auf das Innenverhältnis zugeschnitten, vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 6 Rn. 69.

¹⁴ Kritisch aus rechtspolitischer Sicht zur „Kapitalersatzfunktion der Haftung“ K. Schmidt (Fn. 1), § 18 IV 2 c).

¹⁵ Vgl. zu den Begriffen Entstehungs-, Bestands-, und Durchsetzungsakzessorietät Makowsky, Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis, 2019, S. 300 ff. (zur Bürgenhaftung).

Bindeglied, das es dem Gläubiger erlaubt, auf das Vermögen der hinter der Personengesellschaft stehenden Gesellschafter zuzugreifen, obwohl diese, bedingt durch die Rechtssubjektivität der Gesellschaft, nicht am Schuldverhältnis beteiligt sind.

4. Konsequenzen für die Fallbearbeitung

Diese dogmatische Grundkonzeption sollte auch im Aufbau des Gutachtens zum Ausdruck kommen, wenn danach gefragt wird, ob ein Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Auf erster Stufe ist daher immer zu prüfen, ob eine Gesellschaftsschuld besteht. Sodann ist auf zweiter Stufe anhand der einschlägigen Haftungsnorm zu untersuchen, ob der in Anspruch genommene Gesellschafter auch tatsächlich für die Gesellschaftsschuld haftet. Im Rahmen des ersten Prüfungsschrittes sollte stets in gebotener Kürze dargestellt werden, dass die Gesellschaft selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Handelt es sich um eine oHG oder KG, reicht ein Verweis auf die einschlägigen Vorschriften aus. Agiert eine Außen-GbR, so sollte zumindest in einigen Sätzen begründet werden, dass dieser ebenfalls Rechtssubjektivität zukommt.¹⁶ Hinzuweisen ist ferner darauf, dass sich auch schon in diesem Prüfungsschritt spezifische Probleme des Gesellschaftsrechts – insbesondere der Vertretung und der Verschuldenszurechnung – stellen können, die hier allenfalls tangiert werden. Der Fokus wird im Folgenden auf den zweiten Prüfungsschritt gelenkt.

III. Die persönliche Haftung der Gesellschafter der oHG

Üblicherweise beginnen universitäre Veranstaltungen zum Personengesellschaftsrecht mit dem Recht der GbR, die den „Prototyp“ der Personengesellschaften bildet. Ein solches Vorgehen bietet sich hingegen nicht an, wenn man den Blick auf Fragen der Haftung konzentriert, da die §§ 705 ff. BGB keine Haftungsvorschriften erhalten. Die zentrale Norm zur persönlichen Gesellschafterhaftung findet sich im Recht der oHG: § 128 HGB. Daher soll mit den Erläuterungen zur persönlichen Gesellschafterhaftung in der oHG begonnen werden. Aufbauend auf den hierdurch gewonnenen Erkenntnissen lassen sich dann auch Haftungsfragen im Zusammenhang mit der KG und der GbR lösen.¹⁷

1. Abdingbarkeit

§ 128 S. 1 HGB bestimmt, dass die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der oHG den Gläubigern gegenüber als Gesamtschuldner persönlich haften. Nach dem eingangs Gesagten erhellt sich, dass es sich bei § 128 HGB um die zentrale Norm zur persönlichen Gesellschafterhaftung handelt. Sie

¹⁶ Vgl. V. 1. a).

¹⁷ Sollte der Regierungsentwurf für das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (dazu unter V. 4.) in seiner momentanen Fassung umgesetzt werden, wäre diese strukturelle Schwäche gebannt, da die §§ 128 ff. HGB in das BGB eingegliedert und nur noch kraft Verweisung (§ 105 Abs. 3 HGB) auf die oHG bzw. die KG (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB) Anwendung finden würden.

vollführt den eingangs beschriebenen „Kunstgriff“ des Gesetzgebers und statuiert die persönliche Haftung der Gesellschafter der oHG. Vergegenwärtigt man sich, dass die persönliche Haftung der Gesellschafter im Außenverhältnis zum Gläubiger gerade nicht auf einen Willensakt der Gesellschafter zurückzuführen, sondern Ausfluss der aus Gründen des Gläubigerschutzes zwingenden ausgestalteten Haftungsanordnung des § 128 HGB ist, leuchtet unmittelbar ein, dass die Vorschrift – zumindest nicht im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft – zur Disposition der Gesellschafter stehen darf. § 128 S. 2 BGB drückt damit eigentlich etwas selbstverständliches aus, nämlich das Verbot einer Vereinbarung zulasten Dritter.¹⁸ Ebenso selbstverständlich ist es indes, dass dies nicht für das Innenverhältnis gelten kann. Solange den Gläubigern der primäre und unbeschränkte Zugriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter gestattet ist, ist dem Gläubigerschutz genüge getan. Davon unabhängig ist, inwiefern die Gesellschafter untereinander einen Ausschluss der Haftung vereinbaren respektive eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Quotelung der Haftung vereinbaren. Eine Rolle spielt dies allerdings nur im Rahmen etwaiger Regressansprüche gegen die Gesellschaft und/oder die Mitgesellschafter. Ferner trifft § 128 S. 2 BGB keine Aussage darüber, ob die Haftung durch Abrede zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger beschränkt werden kann. Insoweit ist die persönliche Gesellschafterhaftung dispositiv. Voraussetzung ist allerdings, dass sich der (ggf. konkludent erklärte)¹⁹ Verzichtswille des Gläubigers erkennen lässt.²⁰

2. Voraussetzungen der persönlichen Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB

Neben dem Vorliegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft setzt § 128 S. 1 BGB voraus, dass der in Anspruch genommene zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit Gesellschafter der oHG war. Diesbezüglich gilt es mehrere Konstellationen auseinanderzuhalten.

a) Ausscheiden des Gesellschafters vor Begründung der Verbindlichkeit

Scheidet ein Gesellschafter vor Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeit aus, so haftet er grundsätzlich nicht. Etwas Anderes kann sich allerdings aus Rechtsscheingrundsätzen ergeben. Hierzu

Beispielsfall 1: A, B und C sind Gesellschafter der im Handelsregister eingetragenen ABC-oHG. A scheidet aus der ABC-oHG aus, was jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen wird. Nach dem Ausscheiden des A schließen B und C im Namen der oHG einen Kaufvertrag mit G, in dem sich die oHG zur Zahlung von 10.000 €

¹⁸ *Canaris*, ZGR 2004, 69 (90).

¹⁹ Diesbezüglich ist jedoch Zurückhaltung bei der Auslegung geboten, vgl. *Roth*, in *Baumbach/Hopt*, *Handelsgesetzbuch*, 40. Aufl. 2021, § 128 Rn. 38.

²⁰ *Habersack* (Fn. 6), HGB § 128 Rn. 16.

verpflichtet. Diese 10.000 € verlangt G nunmehr von A, von dessen Ausscheiden er keine Kenntnis hatte.

Zwar besteht eine Gesellschaftsschuld (§ 433 Abs. 2 BGB, § 124 Abs. 1 HGB), jedoch greift § 128 S. 1 HGB mangels Gesellschafterstellung des A grundsätzlich nicht ein. Da es sich bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters aber um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt (vgl. § 143 Abs. 2, 1 HGB), die nicht in das Handelsregister eingetragen wurde, und G überdies keine Kenntnis vom Ausscheiden des A hatte, liegt ein Fall der negativen Publizität des Handelsregisters vor (§ 15 Abs. 1 HGB). A muss sich also so behandeln lassen, als ob er zur Zeit der Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeit noch Gesellschafter der oHG war, sodass ein Anspruch des G gegen A aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB besteht.

Zu beachten ist allerdings, dass Rechtsscheingrundsätze – insbesondere § 15 Abs. 1 HGB – diesbezüglich keine Geltung im „reinen Unrechtsverkehr“ beanspruchen.²¹ Dies betrifft insbesondere deliktische Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die in keinem Zusammenhang zum rechtsgeschäftlichen Handeln stehen.²² Hiervon ist dann auszugehen, wenn es an einer abstrakten Kausalität zwischen der Handlung des Dritten und dem Vertrauen auf den Inhalt des Handelsregisters fehlt.²³ Berühmter Merksatz: „Niemand lässt sich im Vertrauen auf das Handelsregister überfahren!“²⁴

b) Ausscheiden des Gesellschafters nach Begründung der Verbindlichkeit

Scheidet der Gesellschafter nach Begründung der Verbindlichkeit aus, so hat dies dem Grunde nach keine Auswirkungen auf die persönliche Haftung nach § 128 S. 1 HGB. Zu beachten ist allerdings, dass die Haftung in zeitlicher Hinsicht durch § 160 HGB begrenzt wird.

Beispielsfall 2: Am 1.1.2019 mietet die ABC-oHG Gewerberäume von G zu einem monatlichen Mietzins von 1.000 €. Der Mietvertrag wird zunächst bis zum 1.4.2020 befristet. Danach soll er sich automatisch um ein Jahr verlängern, wenn keine der Parteien widerspricht. Zum 1.3.2020 scheidet A aus der oHG aus, was am 15.3.2020 in das Handelsregister eingetragen wird. Am 1.4.2020 erfolgt kein Widerspruch seitens der oHG gegen die Verlängerung des Mietverhältnisses. In der Folgezeit gerät die oHG in eine bereits ab dem 1.1.2020 abzusehende finanzielle Schieflage und kann den Mietzins für die Monate Juni, Juli und August nicht zahlen, woraufhin G das Mietverhältnis fristlos kündigt. G wendet sich nun an A

und verlangt von diesem die Zahlung des ausstehenden Mietzinses i.H.v. insgesamt 3.000 €.

Ob das Ansinnen des G berechtigt ist, hängt davon ab, ob ihm ein Anspruch gegen A aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 128, 160 HGB zusteht. Legt man zugrunde, dass das Mietverhältnis nach dem Ausbleiben des „Widerspruchs“ nicht neu begründet, sondern in seiner ursprünglichen Form fortgeführt wird,²⁵ liegt zumindest eine Verbindlichkeit vor, die während der Gesellschafterstellung des A in der oHG begründet wurde. Da auch die Nachhaftungsfrist des § 160 Abs. 1 HGB offensichtlich noch nicht abgelaufen ist, steht einer Haftung nach dem bloßen Gesetzeswortlaut eigentlich nichts entgegen. Beim aufmerksamen Leser mag sich hingegen ein gewisses Störgefühl einstellen. Hätte die oHG auf den absehbaren Liquiditätseingpass reagiert und der Verlängerung des Mietverhältnisses widersprochen, würde A mangels Gesellschaftsschuld nicht haften. Dieser Umstand erscheint zunächst besonders „ungerecht“, weil A zum Zeitpunkt der Verlängerung des Mietverhältnisses nicht mehr Gesellschafter der oHG war und daher auch nicht mehr auf deren Willensbildungsprozess Einfluss nehmen konnte. Nach dem Grundsatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung²⁶ – wenn man sich einem solchen denn überhaupt zugeneigt fühlt – erscheint das zunächst kaum tragbar. Der BGH vertrat in früherer Rechtsprechung die Auffassung, dass der ausscheidende Gesellschafter nur für solche Verbindlichkeiten aus einem Dauer-schuldverhältnis hafte, die Leistungen betreffen, die der andere Vertragsteil bis zum ersten zulässigen Kündigungstermin nach dem Ausscheiden erbracht habe.²⁷ Diese Auffassung hat der BGH jedoch zu recht aufgegeben, weil ihr durch die Schaffung des § 160 HGB das Fundament entzogen wurde.²⁸ Hintergrund der im Schrifttum so bezeichneten „Kündigungstheorie“²⁹ war das Ansinnen, die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters zu begrenzen, da nach damaliger Rechtslage eine dem § 160 HGB vergleichbare Vorschrift fehlte. Heute stellt sich die Sachlage allerdings anders dar. § 160 HGB bestimmt nun abschließend wie die Haftung des austretenden Gesellschafters in zeitlicher Hinsicht begrenzt wird. Dass dies zu gewissen Härten für den ausgeschiedenen Gesellschafter führt, ist hinzunehmen, da der Vorschrift nun einmal eine bereits durch den Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung zugunsten der Gläubiger zugrunde liegt.³⁰ Die oben genannten Interessen des ausgeschiedenen Gesellschaf-

²¹ So schon bzgl. eines Verkehrsunfalls RGZ 93, 238 (240).

²² *Preuß*, in: Oetker, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, § 15 Rn. 7; *Gehrlein*, in: Ebenroth u.a., Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 3; *Koch*, in: Straub, Handelsgesetzbuch 5. Aufl. 2015, HGB § 15 Rn. 13.

²³ *Krebs*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 15 Rn. 22.

²⁴ Siehe hierzu auch *Beispielsfall 7*.

²⁵ Vgl. BGH NJW 1974, 1081; BGH NJW 2002, 2170; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 542 Rn. 10; *Zöll*, in: Lindner-Figura u.a., Geschäftsraum-miete, 4. Aufl. 2017, Kap. 9 Rn. 17; a.A. *Blank/Börstinghaus*, Kommentar zum Mietrecht, 6. Aufl. 2020, BGB § 542 Rn. 195; *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 542 Rn. 174.

²⁶ Vgl. II. 2.

²⁷ BGH NJW 1978, 636 (637).

²⁸ Grundlegend BGH NJW 2002, 2170 (2171).

²⁹ Vgl. etwa *Klöhn*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, HGB § 160 Rn. 12.

³⁰ BGH NJW 2002, 2170 (2171).

ters sollen also hinter dem Gläubigerinteresse zurücktreten. Ein entsprechender Anspruch besteht daher.

c) Erlangen der Gesellschafterstellung erst nach Begründung der Verbindlichkeit

Für den Gesellschafter, der seine Gesellschafterstellung erst nach Begründung der Verbindlichkeit erlangt, gilt § 130 HGB. Die ratio der Vorschrift ist nur schwer zu durchblicken.³¹ Keinesfalls steht sie, von ihrem Sinn und Zweck her gedacht, in unmittelbarem Zusammenhang mit § 128 HGB. § 130 HGB ist vielmehr ein „überraschendes Gläubigereschenk“.³² Sie erspart diesem die mühselige Recherche nach dem Zeitpunkt des Eintritts des in Anspruch genommenen Gesellschafters, zumal sich der Eintritt eines Gesellschafters oftmals außerhalb des Handelsregisters vollzieht.³³ § 107 HGB verpflichtet zwar dazu, den Eintritt des Gesellschafters zum Handelsregister anzumelden. Die Vorschrift entfaltet allerdings nur deklaratorische Wirkung, sodass die Gesellschafterstellung auch ohne Eintragung begründet werden kann.³⁴ § 130 HGB nimmt dem Gläubiger also die Last der Nachforschung. Diese auf den ersten Blick etwas überschießende Gläubigerschutz tendenz erklärt sich letztendlich aus den Besonderheiten des Handelsverkehrs. Die hohe Taktzahl rechtsgeschäftlicher Kontakte in Kombination mit einer potentiell hohen Gesellschafterfluktuation bedingt ein besonderes Schutzbedürfnis des Gläubigers. Freilich hätte man es auch dem allgemeinen Lebensrisiko zuordnen können, dass der Gläubiger sich mangels Gesellschafterstellung im Zeitpunkt der Anspruchsbegründung an den falschen Gesellschafter wendet. Dass sich der Gesetzgeber anders entschieden hat, ist jedoch als eine ihm obliegende Wertentscheidung zu akzeptieren. Brisant wird es allerdings, soweit es um die Analogiefähigkeit des § 130 HGB geht. Darauf wird später noch einzugehen sein.

3. Ausgestaltung der Haftung

a) Akzessorietät

Wie bereits erläutert, richtet sich die persönliche Haftung des Gesellschafters nach der Gesellschaftsschuld (Akzessorietät). Ist die Gesellschaftsschuld niemals wirksam entstanden, gibt es auch keine persönliche Gesellschafterhaftung. Reduziert sich die Gesellschaftsschuld, schlägt diese Reduktion auch auf die Höhe der persönlichen Gesellschafterhaftung durch. Immer noch unklar ist jedoch, wie sich die Akzessorietät der Haftung auf deren konkreten Inhalt auswirkt. Völlig unproblematisch ist der Fall, in dem die Verbindlichkeit der Gesellschaft auf die Zahlung von Geld gerichtet ist. Wie aber ist mit Konstellationen umzugehen, in denen der persönlich haftende

Gesellschafter die Verbindlichkeit gerade nicht in natura erfüllen kann?

Beispielsfall 3: Die ABC-oHG verkauft ein Grundstück an G. Nachdem sich die ABC-oHG mehrfach geweigert hat, trotz Fälligkeit das Grundstück zu übereignen, erhebt Rechtsanwalt R im Namen des G Klage und beantragt, den Gesellschafter A zu verurteilen, der Übertragung des Grundstücks zuzustimmen (Auflassung) und die Eintragung des G als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen.

Der zugegebenermaßen etwas praxisferne Fall – kein Rechtsanwalt käme wohl in dieser Konstellation auf die Idee, einen solchen Antrag zu stellen – illustriert recht anschaulich die Kernproblematik. Geht man nämlich davon aus, dass Gesellschaftsschuld und die Schuld des persönlich haftenden Gesellschafters identisch sind, wäre G in der Tat verpflichtet, die Auflassung zu erklären. Eine entsprechende Erklärung wäre allerdings nicht zielführend. G ist nicht Eigentümer des Grundstücks, sondern die oHG. Eine Auflassungserklärung für die oHG ist selbstredend etwas völlig anderes als eine solche Erklärung im eigenen Namen.³⁵ Die persönliche Haftung richtet sich jedoch nur auf letzteres. Letztendlich würde die persönliche Gesellschafterhaftung also leerlaufen, soweit es um die Vornahme solcher Handlungen geht, die nur exklusiv durch die Gesellschaft vorgenommen werden können. Das erkennen auch diejenigen an, die von einer Identität der Gesellschaftsschuld mit dem Inhalt der persönlichen Gesellschafterhaftung ausgehen, mithin annehmen, der persönlich haftende Gesellschafter habe in natura zu leisten (sog. Erfüllungstheorie).³⁶ Bewusst losgelöst von einer dogmatischen Begründung³⁷ wird angenommen, dass sich die persönliche Gesellschafterhaftung in diesen Fällen auf die Einwirkung auf die Gesellschaft richtet, die entsprechende Handlung vorzunehmen, und im Übrigen den Gesellschafter dem Gläubiger gegenüber nur eine Interessenhaftung treffe. Die Gegenansicht – als Haftungstheorie bezeichnet – verneint hingegen generell eine Identität des Inhaltes der Gesellschaftsschuld und der persönlichen Gesellschafterhaftung und gelangt zu dem Ergebnis, dass den in Anspruch genommenen Gesellschafter stets eine Interessenhaftung treffe.³⁸ Für den gebildeten *Beispielsfall* würde dies bedeuten, dass das Gericht – sollte eine Klageänderung unterbleiben – die Klage abweisen müsste. Richtigerweise hätte R die Gesellschaft auf Abgabe der Willenserklärung (dem Urteil käme dann die Wirkung des § 894 ZPO zu) und G (ggf. hilfsweise) auf Schadensersatz verklagen müssen. In der Praxis kommt es zwischen den unterschiedlichen Auffassungen immer dann zum Bruch, wenn es um (scheinbar) substituierbare Leistungen geht. Diesbezüglich wird zur Vertiefung auf das umfangreiche Schrift-

³¹ Der Normzweck wird in der Literatur daher auch nicht einheitlich beurteilt, vgl. den Überblick bei K. Schmidt (Fn. 6), HGB § 130 Rn. 1.

³² Dauner-Lieb, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, 2003, S. 73 (S. 76).

³³ Habersack (Fn. 6), HGB § 130 Rn. 2.

³⁴ Habersack (Fn. 6), HGB § 130 Rn. 2.

³⁵ Vgl. Flume (Fn. 3), § 16 III 5; K. Schmidt (Fn. 1), § 49 III. 2. b).

³⁶ H.M. mit unterschiedlichen Akzentuierungen, vgl. BGHZ 34, 293 (297); BGHZ 73, 217.

³⁷ Vgl. BGHZ 23, 302 ff.; hiergegen Flume (Fn. 3), § 16 III. 1.

³⁸ Etwa Fischer, in: Staub, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1967, HGB § 128 Anm. 6 ff.

tum zur Problematik verwiesen.³⁹ An dieser Stelle sei nur in aller Kürze angemerkt, dass die generelle Annahme einer Identität von Gesellschaftsschuld und Gesellschafterhaftung als überholt gelten kann, da sie Ausfluss der Vorstellung ist, dass die Gesamthandsgemeinschaft nicht als Rechtspersönlichkeit verpflichtet wird. Gesellschafterhaftung und Gesellschaftsschuld sind eben nicht „dasselbe“ nur unter Zugriff auf verschiedene Vermögensmassen. Dennoch bedeutet dies nicht, dass man dem Grunde nach eine grundsätzliche Verpflichtung zur Erfüllung in natura aus Gläubigerschutzgründen und zum Erhalt der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft verwerfen sollte.⁴⁰

b) Unmittelbar und primär

§ 128 S. 1 HGB verpflichtet den Gesellschafter unmittelbar und primär, d.h. der Gläubiger kann sich direkt an den Gesellschafter wenden, ohne den „Umweg“ über die Gesellschaft zu suchen. Eine subsidiäre Haftung, wie man sie etwa aus dem Bürgschaftsrecht kennt, ist § 128 HGB grundsätzlich fremd. Etwas Anderes kann sich jedoch aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergeben. So wird verbreitet angenommen, dass ein Gläubiger, der zugleich Gesellschafter ist (dazu sogleich), sich zunächst an die Gesellschaft zu halten hat.⁴¹

c) Gesamtschuldnerisch

Die Gesellschafter haften als Gesamtschuldner,⁴² d.h. jeder Gesellschafter ist verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken. Der Gläubiger kann sie aber nur einmal fordern, § 421 BGB. Im Innenverhältnis steht dem in Anspruch genommenen Gesellschafter dann ein Regressanspruch nach § 110 HGB gegen die Gesellschaft zu.⁴³ Gegenüber den Mitgesellschaftern greifen die Innenregressansprüche des § 426 Abs. 1, Abs. 2 BGB.⁴⁴ Aus diesem gläubigerschützenden Konzept –

unbeschränkte Haftung im Außenverhältnis und Regressmöglichkeit im Innenverhältnis – folgt indes eine Besonderheit, die für sog. Gesellschaftsgläubiger gilt. Hierbei handelt es sich um solche Gläubiger, die zugleich Gesellschafter der oHG sind.

Beispielfall 4: Die ABC-oHG schließt mit A, der Gesellschafter der oHG ist, einen Kaufvertrag über einen PKW zu einem Kaufpreis von 9.000 €. Nach Übergabe des Fahrzeugs bleibt eine Zahlung durch die oHG aus. A nimmt daraufhin den Gesellschafter B auf Zahlung von 9.000 € in Anspruch.

Ein solcher Anspruch gegen B ergibt sich dem Grunde nach aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB. Zahlt B die 9.000 €, könnte er bei A und C jeweils i.H.v. 3.000 € Regress nehmen (§ 426 Abs. 1 BGB). B müsste also einen Betrag an A leisten, den er unmittelbar nach der Leistung wieder von diesem zurückfordern könnte, sodass er diesem den dolo-petit-Einwand entgegenhalten könnte. Die herrschende Ansicht kürzt den Anspruch des Gesellschaftergläubigers daher unmittelbar um den eigenen Verlustanteil.⁴⁵ Das überzeugt, blickt man auf den mit der Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung einhergehenden Zweck. Diese dient dem Gläubigerschutz. Der Gläubiger soll sich nicht noch mit etwaigen internen Haftungsquotelungen auseinandersetzen und die damit einhergehende Vervielfachung des Insolvenzrisikos tragen müssen. Dieses Schutzbedürfnis besteht indes nicht, wenn der Gläubiger zugleich Teil der Personengesellschaft, also seiner Schuldnerin ist. Der Anspruch des A gegen B richtet sich daher nur auf Zahlung von 6.000 €.

d) Unbeschränkt

Die Haftung kann im Außenverhältnis nicht beschränkt werden, § 128 S. 2 BGB. Keine Aussage ist hiermit darüber getroffen, wie die Gesellschafter die Lastenverteilung im Innenverhältnis vereinbaren.⁴⁶ So können diese im Gesellschaftsvertrag ohne Weiteres eine vom gesetzlichen Leitbild abweichende Haftungsquotelung treffen, die den Gesamtschuldnerregress modifiziert, indem beispielsweise unterschiedliche Haftungsquoten im Innenverhältnis festgelegt werden.

gen haften. Zum einen handelt es sich bei § 110 HGB um einen Sozialanspruch, auf den sich § 128 S. 1 HGB schon per se nicht bezieht, zum anderen würde § 707 BGB faktisch ausgehöhlt, ließe man eine solche Konstruktion zu, vgl. Bergmann, in: Ebenroth u.a., Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 110 Rn. 29.

⁴⁵ BGH NJW 1983, 749 zur gleichgelagerten Problematik bei der GbR; Habersack (Fn. 6), HGB § 128 Rn. 25; Roth (Fn. 19), § 128 Rn. 24; Kraft/Kreutz (Fn. 41), S. 203; Kübler/Assmann (Fn.7), § 7 V. 4. a); kritisch K. Schmidt (Fn. 6), § 128 Rn. 18.

⁴⁶ Habersack (Fn. 6), HGB § 128 Rn. 15.

³⁹ Eine hervorragende Darstellung findet sich etwa bei K. Schmidt (Fn. 1), § 49 III. 2.

⁴⁰ Roth (Fn. 19), HGB § 128 Rn. 8 m.w.N. aus dem Schrifttum.

⁴¹ Roth (Fn. 19), HGB § 128 Rn. 24; Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2000, S. 203; Koch, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 16 Rn. 39; Kübler/Assmann (Fn. 7), § 7 V. 4. a); a.A. bzgl. der Haftung eines Kommanditisten BGH NZG 2013, 1334 (1337 f.).

⁴² Das Gesamtschuldverhältnis besteht nur zwischen den Gesellschaftern, nicht hingegen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, da es insoweit diesbezüglich an der notwendigen Gleichstufigkeit mangelt, vgl. Schäfer, in: Ulmer/Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, 7. Aufl. 2017, BGB § 714 Rn. 47 m.w.N.

⁴³ Statt aller Habersack (Fn. 6), HGB § 110 Rn. 16 m.w.N.

⁴⁴ Kraft/Kreutz (Fn. 41), S. 189; str. bzgl. der cessio legis nach § 426 Abs. 2 BGB, vgl. Roth (Fn. 19), HGB § 128 Rn. 27. Gegenüber den Mitgesellschaftern kann sich der in Anspruch genommene Gesellschafter dann aber nicht auf § 128 S. 1 HGB mit dem Argument berufen, der Anspruch aus § 110 HGB begründe eine Gesellschaftsverbindlichkeit, für die die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermö-

4. Einwendungen des Gesellschafters

Selbstverständlich kann der Gesellschafter persönliche Einreden und Einwendungen geltend machen, die ihm persönlich gegen den ihn in Anspruch nehmenden Gläubiger zustehen. Aus dem Akzessorietätsgedanken folgt allerdings auch, dass dem Gesellschafter darüber hinaus solche Einreden und Einwendungen zustehen, die auch von der Gesellschaft geltend gemacht werden könnten (Durchsetzungsakzessorietät). § 129 Abs. 1 HGB formt diesen Gedanken positivrechtlich aus.⁴⁷ Unstreitig ist, dass – obwohl die Vorschrift nur von Einwendungen spricht – auch Einreden erfasst sind.⁴⁸

§ 129 Abs. 1 HGB gilt hingegen nicht für die Geltendmachung von Gestaltungsrechten.⁴⁹ Steht der Gesellschaft allerdings ein Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht zu, so kann sich der Gesellschafter einredeweise auf dieses berufen, § 129 Abs. 2, Abs. 3 HGB. Die Vorschrift ist entsprechend heranzuziehen, soweit es um andere Gestaltungsrechte, wie etwa Kündigung oder Rücktritt, geht.⁵⁰ Im Rahmen der Fallbearbeitung ist darauf zu achten, dass der Gesellschafter durch § 129 Abs. 2, Abs. 3 HGB nicht selbst zur Vornahme des Gestaltungsrechtes ermächtigt wird, § 129 Abs. 2, Abs. 3 HGB vielmehr ein Leistungsverweigerungsrecht begründen.⁵¹

Beispielsfall 6: Die ABC-oHG schließt mit G einen Kaufvertrag über einen PKW zu einem Kaufpreis von 10.000 €. Im Kaufvertrag wird ein wirksamer, einseitiger Aufrechnungsausschluss zulasten der ABC-oHG vereinbart. Als G den Gesellschafter A i.H.v. 10.000 € in Haftung nehmen will, beruft dieser sich darauf, dass der ABC-oHG noch eine fällige und einredefreie Forderung i.H.v. 10.000 € zustehe. G könne sich also durch Aufrechnung gegenüber der ABC-OHG befriedigen.

Fraglich ist in diesem Fall, ob sich A auf § 129 Abs. 3 HGB berufen kann. Ihrem Wortlaut nach passt die Vorschrift. Denn für G gilt das vereinbarte Aufrechnungsverbot ja gerade nicht. Einigkeit besteht heute indes darüber, dass es sich bei der Formulierung des § 129 Abs. 3 HGB um ein Redaktionsversehen handelt, das auf eine unbesehene Anlehnung an § 770 BGB zurückzuführen ist.⁵² § 770 Abs. 2 BGB ist auf die subsidiäre Bürgenhaftung zugeschnitten: Der Bürge soll die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern können,

⁴⁷ Steitz (Fn. 5), § 129 Rn. 1.

⁴⁸ Roth (Fn. 19), § 129 Rn. 1; K. Schmidt (Fn. 6), § 129 Rn. 4; Hillmann, in: Ebenroth u.a., Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 129 Rn. 3.

⁴⁹ K. Schmidt (Fn. 6), § 129 Rn. 6; Roth (Fn. 19), § 129 Rn. 5; Habersack (Fn. 6), HGB § 129 Rn. 4.

⁵⁰ Hillmann (Fn. 48), § 129 Rn. 10; Roth (Fn. 19), § 129 Rn. 10; Kindler, in: Koller u.a., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 9. Aufl. 2019, §§ 128, 129 Rn. 3; kritisch K. Schmidt (Fn. 6), § 129 Rn. 18.

⁵¹ Kindler (Fn. 50), §§ 128, 129 Rn. 3.

⁵² BGHZ 42, 396 (397); Bülow, in: Festschrift für Peter Kreutz zum 70. Geburtstag, 2010, S. 549 (S. 551); Habersack (Fn. 6), HGB § 129 Rn. 23; Steitz (Fn. 5), HGB § 129 Rn. 16; K. Schmidt (Fn. 6), § 129 Rn. 24.

wie dieser sich durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann. Der Subsidiaritätsgedanke ist den §§ 128, 129 HGB jedoch fremd. Den mit seinem persönlichen Vermögen haftenden Gesellschafter trifft gerade eine primäre Haftungspflicht. Nicht der Grundsatz der Subsidiarität, sondern der Akzessorietät prägt die persönliche Gesellschafterhaftung im Personengesellschaftsrecht. Plastisch wird der dogmatische Bruch, den das Gesetz selbst vornimmt, wenn man sich vor Augen führt, dass bei strenger Orientierung am Wortlaut der Vorschrift der in Anspruch genommene Gesellschafter die Leistung verweigern könnte, während dies der Gesellschaft – mangels Aufrechnungsrecht – nicht möglich ist.⁵³ Die Friktionen mit dem Grundsatz der akzessorischen Gesellschafterhaftung sind hier evident. Unter Zugrundelegung des die Gesellschafterhaftung prägenden Akzessorietätsgedankens müsste die Vorschrift also eigentlich wie folgt lauten: „Die gleiche Befugnis hat der Gesellschafter, solange sich die Gesellschaft durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.“ Folgerichtig stellt die herrschende Auffassung daher auch ausschließlich auf die Aufrechnungsmöglichkeiten der Gesellschaft ab. A könnte sich also nicht auf § 129 Abs. 3 HGB berufen.

IV. Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer KG

Die KG ist eine modifizierte Form der oHG. Sie unterscheidet sich von dieser dadurch, dass es in ihr zwei strikt voneinander zu trennende Gesellschaftergruppen gibt: die Komplementäre und die Kommanditisten.

1. Haftung der Komplementäre

Die Komplementäre haften persönlich und unbeschränkt nach Maßgabe der §§ 161 Abs. 2, 128 S. 1 HGB für die Verbindlichkeiten der KG. Diesbezüglich gelten die obigen Ausführungen uneingeschränkt.

2. Haftung der Kommanditisten

Wesentlich differenzierter ist die Haftung der Kommanditisten ausgestaltet. Die Kommanditistenhaftung gilt gemeinhin als schwer zugängliche Materie, obwohl das dahinterstehende System eigentlich – soweit es um die Grundlagen geht – nicht schwer zu durchblicken ist. Für Verwirrung sorgt das Gesetz selbst, indem es den Begriff der „Einlage“ in unterschiedlichen Kontexten verwendet. Den nachfolgenden Ausführungen wird daher folgende Terminologie zugrunde gelegt:⁵⁴ Der Betrag, bis zu dem der eingetragene Kommanditist den Gläubiger gegenüber haftet, wird – obwohl dem Gesetz diese Bezeichnung eigentlich fremd ist – als Haftsumme bezeichnet. Der durch Einbringung in das Gesellschaftsvermögen zu leistende Betrag wird Einlage genannt.

⁵³ Bülow (Fn. 52), S. 549 (S. 550).

⁵⁴ K. Schmidt (Fn. 1), § 54 I. 2. a).

a) Grundkonzeption der Kommanditistenhaftung

Auch der Kommanditist haftet persönlich, unmittelbar, primär und gesamtschuldnerisch.⁵⁵ Darüber hinaus kann auch er sich auf Grundlage des § 129 HGB gegen eine Inanspruchnahme des Gläubigers verteidigen.⁵⁶ Im Unterschied zum Komplementär kann die Haftung des Kommanditisten aber beschränkt werden. Dies stellt keinen Widerspruch zu dem Grundsatz dar, dass aus Gründen des Gläubigerschutzes ein Haftungsreservoir geschaffen werden soll, um die mangelnde Kapitalerbringungs- und Kapitalerhaltungspflicht im Personengesellschaftsrecht zu kompensieren. Schließlich haftet immerhin der Komplementär mit seinem Privatvermögen. Ferner schafft das gesetzliche System der Kommanditistenhaftung Anreize für den Kommanditisten, das Gesellschaftsvermögen zu mehren und damit die Liquiditätswahrscheinlichkeit der Gesellschaft zu steigern.

Nach der gesetzlichen Grundkonzeption stellen sich die Haftungsgrundsätze des Kommanditisten wie folgt dar:

aa) Haftungsbegrenzung durch Eintragung der Haftsumme

Gem. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 HGB haftet der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft nur bis zur Höhe der für ihn eingetragenen Haftsumme (diese ist in § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB mit „Einlage“ gemeint). Dem korrespondiert § 162 Abs. 1 HGB, der bestimmt, dass bei Anmeldung der KG zum Handelsregister (auch) die Kommanditisten namentlich zu bezeichnen sind und deren Haftsumme einzutragen ist. Für die Gläubiger der Gesellschaft ist daher unmittelbar ersichtlich, in welchem Umfang die Haftung der Kommanditisten beschränkt ist. Konsequenz ist es daher, dass Kommanditisten gleich den Komplementären haften, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte vor Eintragung in das Handelsregister begonnen hat oder ein neu in die Gesellschaft eingetretener Kommanditist noch nicht in das Handelsregister eingetragen wurde, § 176 Abs. 1, Abs. 2 HGB.

Beispielsfall 7: A, B und C vereinbaren am 1.1.2020, in der Rechtsform einer KG einen Autohandel zu betreiben. Nach der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag soll A Kommanditist werden und nur bis zu einer Haftsumme von 10.000 € haften. B und C werden Komplementäre. Um die Eintragung in das Handelsregister kümmern sie sich zunächst nicht. Die KG nimmt sodann sofort ihre Geschäftstätigkeit auf. Am 15.4.2020 kommt es zu einem von B verschuldeten Unfall, bei dem der G schwer verletzt wird. Der Unfall ereignete sich im Rahmen einer Autofahrt, die B in Erfüllung seiner Tätigkeit für die KG ausführte. Am 1.5.2020 wird die KG sodann inklusive der für A vorgesehenen Haftsumme i.H.v. 10.000 € in das Handelsregister eingetragen. Kurze Zeit später nimmt G den A wegen des Verkehrsunfalls in Anspruch und verlangt Ersatz seiner Behandlungskosten i.H.v. 20.000 €. A verteidigt sich mit dem Einwand, er hafte als Kommanditist nur bis zur Höhe der für ihn eingetragenen Haftsumme.

⁵⁵ Kraft/Kreutz (Fn. 41), S. 241.

⁵⁶ Koch (Fn. 41), § 22 Rn. 7.

Eine Gesellschaftsschuld besteht. Die KG haftet dem G aus §§ 7 Abs. 1 StVG, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. 124, 161 Abs. 2 HGB. Insbesondere muss sich die KG das Verschulden des B gem. § 31 BGB analog zurechnen lassen.⁵⁷ Fraglich ist allerdings, ob A für die Gesellschaftsschuld auch in voller Höhe haftet. Grundsätzlich ist die Haftung durch die im Handelsregister eingetragene Haftsumme gem. § 171 Abs. 1 HGB beschränkt. Gem. § 176 Abs. 1 HGB gilt dies jedoch nicht für bis zur Eintragung begründete Verbindlichkeiten, wenn die KG ihre Geschäfte bereits aufgenommen hat, bevor sie in das Handelsregister eingetragen wurde und wenn der Kommanditist dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat. In diesem Fall haftet der Kommanditist gleich einem Komplementär, also nach Maßgabe des § 128 HGB. Nach zutreffender herrschender Auffassung ist § 176 Abs. 1 HGB jedoch teleologisch zu reduzieren, soweit es um ein Handeln im „reinen Unrechtsverkehr“ geht. § 176 Abs. 1 HGB schütze – so der BGH – nämlich das abstrakte Vertrauen des Geschäftsverkehrs auf eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung, soweit eine solche nicht durch eine Eintragung im Handelsregister beschränkt wurde.⁵⁸ Im Rahmen einer deliktischen Schädigung mangelt es indes regelmäßig gänzlich an einer Vertrauensbildung. Auf dieser Argumentationsbasis ist es konsequent, die Haftung des Kommanditisten entsprechend der Abrede im Innenverhältnis zu beschränken.⁵⁹ A haftet also nur i.H.v. 10.000 €.

bb) Haftungsausschluss durch Einlageleistung

In einem zweiten Schritt hat der Kommanditist die Möglichkeit, seine Haftungsbeschränkung sogar zu einem Haftungsausschluss auszuweiten. Dies erfolgt durch Einlageleistung (Pflichteinlage), also Leistung in das Gesellschaftsvermögen. Seine Haftung ist dann ausgeschlossen, soweit er die Einlage erbracht hat, § 171 Abs. 1 HGB.

Beispielsfall 8: Am 1.1.2020 gründen A, B und C die ABC-KG. A soll Kommanditist, B und C Komplementäre der KG werden. Für A wird im Handelsregister eine Haftsumme i.H.v. 100.000 € eingetragen. Da A Eigentümer eines Grundstückes ist und die Gesellschaft ohnehin auf der Suche nach geeignetem Grund und Boden ist, um darauf einen Bürokomplex zu errichten, wird vereinbart, dass A der KG das Grundstück übereignen und damit seine Einlage i.H.v. 100.000 € erbringen soll. Der Verkehrswert des Grundstückes beträgt indessen nur 90.000 €. Vereinbarungsgemäß überträgt A der KG das Grundstück zum Eigentum. Am 1.6.2020 schließt die KG mit G einen

⁵⁷ Ellenberger (Fn. 7), § 31 Rn. 3 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

⁵⁸ BGH NJW 1976, 848 (849); BGH NJW 1977, 1683 (1684); aus dem Schrifttum Oetker, in: Oetker, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, § 176 Rn. 1; K. Schmidt (Fn. 6), § 176 Rn. 1; Gummert, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, HGB § 176 Rn. 1; Strohn, in: Ebenroth u.a., Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 176 Rn. 1.

⁵⁹ BGH NJW 1982, 883 (885); zur rechtspolitischen Kritik hieran mit Blick auf die Haftung der Gesellschafter einer GbR vgl. Koch (Fn. 41), § 22 Rn. 39.

Kaufvertrag, in dem sie sich zur Zahlung von 10.000 € verpflichtet. Nach Fälligkeit der Forderung nimmt G den A auf Zahlung von 10.000 € in Anspruch. Dieser verteidigt sich mit dem Einwand, seine Haftung sei aufgrund der von ihm erbrachten Einlage vollständig ausgeschlossen.

Ob A dem G aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 171, 172 HGB haftet, hängt davon ab, ob er sich wirksam durch Einlageleistung von seiner (durch die Haftsumme auf einen Betrag von 100.000 € begrenzten) Haftung befreit hat, § 171 Abs. 1 HGB. Die Einlage muss nicht zwingend durch Geldleistung erbracht werden, vielmehr sind alle Vermögensgegenstände als Einlageleistung tauglich, die bilanziell verbucht werden können.⁶⁰ Hierzu zählen auch Sacheinlagen.⁶¹ Essentiell ist, dass der Gesellschaft auch tatsächlich ein entsprechendes Vermögen zur Verfügung gestellt wird (sog. Kapitalaufbringungsprinzip).⁶² Probleme entstehen dann, wenn die an die Gesellschaft erbrachte Einlageleistung überbewertet wird. So auch hier: Nach der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag sollte A seine (vollständige) Pflichteinlage i.H.v. 100.000 € durch Einbringung des Grundstücks in das Gesellschaftsvermögen leisten. Legt man den subjektiven Wert zugrunde, so wäre A also von seiner Haftung befreit, geht man vom tatsächlichen Verkehrswert aus, so würde A noch i.H.v. 10.000 € haften (eingetragene Haftsumme i.H.v. 100.000 € abzüglich der erbrachten Einlage i.H.v. 90.000 €). Besinnt man sich darauf zurück, dass das Haftungssystem im Personengesellschaftsrecht ganz maßgeblich durch den Gedanken des Gläubigerschutzes geprägt wird, leuchtet unmittelbar ein, dass es zur Bemessung der Höhe der Einlage zumindest im Außenverhältnis nicht darauf ankommen kann, welche gesellschaftsinterne Vereinbarung getroffen wurde. Andernfalls hätte es die Gesellschaft in der Hand, das Haftungskapital willkürlich zum Nachteil der Gläubiger zu schmälern.⁶³ Für eine objektive Betrachtung streitet ferner § 172 Abs. 3 HGB. Hiernach ist eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die dem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, den Gläubigern gegenüber unwirksam. Akzeptiert die Gesellschaft also eine Überbewertung, so liegt hierin ein im Außenverhältnis unwirksamer Teilerlass.⁶⁴ Bleibt die Überbewertung zunächst unentdeckt, kann letztendlich nichts anderes gelten. § 172 Abs. 3 HGB ist der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen, dass die Gesellschafter aus Gläubigerschutzgründen

nicht mit Wirkung im Außenverhältnis über den Wert der Einlage disponieren können. A haftet dem G also noch i.H.v. 10.000 €.

cc) Wiederaufleben der Haftung durch Einlagerückgewähr

Gem. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB lebt die Haftung des Kommanditisten wieder auf, soweit die Einlage zurückbezahlt wird (Einlagerückgewähr). Selbiges gilt unter den in § 172 Abs. 4 S. 2 HGB näher bestimmten Voraussetzungen bei der Entnahme von Gewinnanteilen, wobei der Kommanditist durch § 172 Abs. 5 HGB im Außenverhältnis geschützt wird.⁶⁵ Die Einlagenrückgewähr ist *actus contrarius* zur haftungsbefreienden Einlageleistung, erfordert also einen zumindest konkludenten Konsens darüber, dass dem Kommanditisten ein Vorteil aus dem Gesellschaftsvermögen zukommen soll.⁶⁶ Wesensprägend für die Einlagerückgewähr ist, dass dem Gesellschaftsvermögen ein Wert ohne entsprechende Gegenleistung entzogen wird.⁶⁷

Beispielsfall 9: A ist Kommanditist, B und C sind Komplementäre der ABC-KG. Für A ist im Handelsregister eine Haftsumme i.H.v. 100.000 € eingetragen, die er auch gleich bei Gründung der Gesellschaft am 1.1.2020 mit Kapital in gleicher Höhe unterlegt hat. A ließ sich zur Beteiligung an der KG nur unter der Bedingung überreden, dass die KG ihm ein aus seiner Sicht nutzloses Grundstück, welches einen Verkehrswert von 40.000 € hat, zu einem Kaufpreis von 80.000 € abkauft. Nach der Auflassung und der Eintragung der KG als Eigentümerin in das Grundbuch wird der vereinbarte Kaufpreis am 1.6.2020 an den A ausgezahlt. Am 1.7.2020 tritt Gläubiger G an A heran und verlangt Zahlung i.H.v. 40.000 € aus einer Verbindlichkeit der Gesellschaft, die aus einem Kaufvertragschluss vom 15.6.2020 herrührt.

Der Anspruch des G gegen A könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 171, 172 HGB ergeben. Eine Gesellschaftsschuld besteht. Fraglich ist allein, ob A für diese auch persönlich haftet. Die eingetragene Haftsumme steht dem nicht entgegen, da die Forderung lediglich 40.000 € umfasst. Allerdings war die Haftung des A zunächst ausgeschlossen, weil er die Haftsumme vollständig mit Kapital unterlegt, mithin seine Pflichteinlage i.H.v. 100.000 € erbracht hat, § 171 Abs. 1 HGB. Die Zahlung des Kaufpreises für das Grundstück, der doppelt so hoch lag wie dessen Verkehrswert, könnte jedoch eine Einlagenrückgewähr i.H.v. 40.000 € darstellen, die dazu führt, dass die Haftung insoweit wieder auflebt, § 172 Abs. 4 S. 1 HGB. Die Einlagenrückgewähr muss nicht – wie es der Wortlaut des § 172 Abs. 4 S. 1 HGB suggeriert – zwingend in einer unmittelbaren (Teil-)Rückzahlung der Einlage beste-

⁶⁰ Thiessen, in: Staub, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2015, § 171 Rn. 135; Oetker (Fn. 58), § 171 Rn. 36; K. Schmidt (Fn. 6), §§ 171, 172 Rn. 9; Strohn (Fn. 58), § 171 Rn. 54.

⁶¹ Kraft/Kreutz (Fn. 41), S. 424.

⁶² BGH NJW 1985, 2947 (2949); Strohn (Fn. 58), § 171 Rn. 39; Oetker (Fn. 58), § 171 Rn. 3; damit in Zusammenhang steht auch die Notwendigkeit, dass die Leistung auf die Einlageschuld erbracht wird. Eine Wertzuführung im Zusammenhang mit sonstigen Verkehrsgeschäft genügt also nicht, Koch (Fn. 41), § 22 Rn. 16.

⁶³ BGH NJW 1963, 1873 (1876); BGH NJW 1973, 1691 (1695); Oetker (Fn. 58), § 171 Rn. 37.

⁶⁴ Thiessen (Fn. 60), § 171 Rn. 150.

⁶⁵ § 172 Abs. 5 HGB erfordert zum einen, dass die Bilanz in gutem Glauben errichtet wurde und zum anderen, dass der Kommanditist den Scheingewinn in guten Glauben bezogen hat (doppelte Gutgläubigkeit), vgl. Roth (Fn. 19), § 172 Rn. 10; Thiessen (Fn. 60), § 172 Rn. 141.

⁶⁶ Thiessen (Fn. 60), § 172 Rn. 84.

⁶⁷ BGH ZIP 2017, 77 (77).

hen, sondern kann ihren Rechtsgrund auch in einem Verkehrsgeschäft haben.⁶⁸ Wesentlich ist, wie bereits erwähnt, dass das Gesellschaftsvermögen gemindert wird. Dies ist im Rahmen von Verkehrsgeschäften dann der Fall, wenn der Gesellschaft keine äquivalente Gegenleistung zufließt (verdeckte Ausschüttung).⁶⁹ Schließt die Gesellschaft mit ihrem Gesellschafter einen Austauschvertrag, der faktisch das Gesellschaftsvermögen mindert, nur aus dem Grund, dass er eben jene Stellung innehat, liegt kein marktkonformes Geschäft vor.⁷⁰ Solche nonkonformen Geschäfte führen zu einem Wiederaufleben der Haftung; sie stellen eine Einlagenrückgewähr i.S.d. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB in Höhe der Differenz zwischen Leistung und (angemessener) Gegenleistung dar.⁷¹ Maßstab hierfür ist, welche Gegenleistung ein verständiger Kaufmann erbracht hätte.⁷² Das ergibt sich (auch) aus dem Gedanken, dass die Einlagenrückgewähr *actus contrarius* zur Einlageleistung ist, für erstere also die gleichen Grundsätze wie für letztere gelten müssen. Der Gläubiger ist diesbezüglich ebenso schutzwürdig wie im Rahmen der Bemessung der Einlageleistung (vgl. *Beispielfall 8*).

b) Prüfungsschritte

Im Rahmen der gutachterlichen Prüfung sind – zusammenfassend gesprochen – die folgenden gedanklichen Schritte erforderlich:

- Zunächst ist zu prüfen, ob die im Handelsregister eingetragene Haftsumme die Haftung begrenzt.
- Sodann ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Haftung durch Leistung der Pflichteinlage ausgeschlossen wurde.
- Wenn ja, bedarf es in einem dritten Schritt der Prüfung, ob eine Einlagenrückgewähr vorliegt.

V. Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer GbR

Als recht diffizil erweist sich die Frage nach der persönlichen Gesellschafterhaftung in der GbR. Grund dafür ist, dass die §§ 705 ff. keine Norm vorsehen, die eine persönliche Gesellschafterhaftung ausdrücklich statuiert. Dass die Gesellschafter einer GbR persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, ist indes eine Selbstverständlichkeit. Es entspricht dem Wesensmerkmal aller Personalgesellschaften, dass aus Gründen des Gläubigerschutzes ein Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter möglich sein muss. Wie dieses Ergebnis konstruktiv zu erreichen ist, war lange Zeit umstritten. Nachvollziehen lässt sich die heute ganz vorherrschende Sichtweise allerdings nur, wenn man die Diskussion um die Rechtsfähigkeit der GbR vor Augen hat.

1. Die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR

a) Von der traditionellen Lehre zur Gruppenlehre

Die Diskussion um die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR ist ganz maßgeblich durch die Entstehungsgeschichte der §§ 705 ff. BGB geprägt. Der erste Entwurf des BGB legte der Gesellschaft noch das Prinzip der römisch-gemeinrechtlichen *Societas* zugrunde.⁷³ Kennzeichnend für die *Societas* und damit für die Gesellschaft nach dem ersten Entwurf des BGB war deren Eigenschaft als reine Innengesellschaft. Die Gesellschafter sind hiernach durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages nur untereinander verpflichtet; Rechtshandlungen eines Gesellschafters gegenüber Dritten sollten – lag keine *mandata* vor – nur für und gegen diesen wirken.⁷⁴ Darüber hinaus kennzeichnet es das Prinzip der *Societas*, dass die Gesellschafter auch alleine und frei über ihren Gesellschaftsanteil verfügen können.⁷⁵ Folgerichtig wurden die Vorschriften über die Gesellschaft daher auch im Recht der Schuldverhältnisse eingeordnet. Wäre es dabei geblieben, würde heute niemand über die Rechtsfähigkeit der GbR sinnieren. Dass die reine Innengesellschaft nicht als Rechtssubjekt anzusehen ist, weil sie nicht im Rechtsverkehr auftritt, liegt in der Natur der Sache.

Diffizil wird die Situation dadurch, dass im zweiten Entwurf des BGB den Vorschriften über die Gesellschaft das Gesamthandsprinzip „übergestülpt“⁷⁶ wurde. Das Gesamthandsprinzip zeichnet sich – als besonderes Vermögenszuordnungsprinzip – dadurch aus, dass das Gesellschaftsvermögen nicht in (fiktive) Anteile zerlegt, sondern jedem Gesellschafter das vollständige Gesellschaftsvermögen zugeordnet wird.⁷⁷ Daher können die Gesellschafter gem. § 719 BGB auch nur gemeinschaftlich über das Gesellschaftsvermögen verfügen. Dem korrespondiert § 714 BGB. Nach dessen Wortlaut vertritt der zur alleinigen Geschäftsführung ermächtigte Gesellschafter im Zweifel die Gesellschafter auch nach außen. Der Bruch mit dem Prinzip der *Societas* ist hier evident. Die Brisanz dieses Vorgangs ergibt sich nun daraus, dass die Gesamthand in der rechtswissenschaftlichen Diskussion eine nicht frei von einer guten Portion Mystizismus geprägte Stellung einnimmt. Dies betrifft vor allem die Frage danach, ob die Gesamthand als solche im Rechtsverkehr auftritt. Da keine Einigung über diese Frage gefunden wurde, ließen die Schöpfer des BGB diese bewusst unbeantwortet: „Die Kom. war der Ansicht, daß eine Stellungnahme zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesamten Hand zu vermeiden sei. Es handle sich vielmehr darum, zu entscheiden, welche Bestimmungen sachlich den Vorzug verdienen“.⁷⁸

⁶⁸ Strohn (Fn. 58), § 172 Rn. 25.

⁶⁹ Oetker (Fn. 58), § 172 Rn. 20; K. Schmidt (Fn. 6), §§ 171, 172 Rn. 70; Strohn (Fn. 58), § 172 Rn. 25; Thiessen (Fn. 60), § 172 Rn. 97.

⁷⁰ Thiessen (Fn. 60), § 172 Rn. 96.

⁷¹ BGH ZInsO 2017, 287 (288).

⁷² BGH ZInsO 2017, 287 (288).

⁷³ Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, §§ 629–659 (S. CIV ff.).

⁷⁴ Lepsius, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2013, §§ 705–740 Rn. 15.

⁷⁵ Lepsius (Fn. 74), §§ 705–740 Rn. 15.

⁷⁶ So die viel zitierte Formulierung von Flume (Fn. 3), § 1 II.

⁷⁷ Koch (Fn. 41), § 3 Rn. 7.

⁷⁸ Mugdan (Fn. 73) S. 990.

Die von der Kommission offen gelassene Streiffrage entwickelte sich sodann im Laufe der Jahrzehnte zu einer der heftigsten Kontroversen im deutschen Gesellschaftsrecht. Als herrschend bildete sich zunächst die Ansicht heraus, die Gesellschaft trete als solche im Rechtsverkehr nicht in Erscheinung. Die GbR sei bloßes Haftungsobjekt; berechtigt und verpflichtet würden ausschließlich die Gesellschafter. Das hat durchaus etwas für sich, vergleicht man die Vorschriften über die GbR etwa mit denjenigen über die oHG, der gem. § 124 HGB unzweifelhaft die Qualität als Rechtssubjekt zukommt. Als Beispiel sei hier der bereits erwähnte § 714 BGB genannt, der im Gegensatz zu § 125 Abs. 1 HGB nicht von der Vertretung der Gesellschaft, sondern der Gesellschafter spricht. Auch § 739 ZPO deutet bei unbefangener Lesart darauf hin, dass es ausschließlich die Gesellschafter sind, die als Rechtssubjekte im Rechtsverkehr auftreten. Im Gegensatz zur Rechtslage bei der oHG (§ 124 Abs. 2 HGB) fordert § 739 ZPO zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einen Titel gegen alle Gesellschafter. Die Unterschiede sind also durchaus signifikant.

Die herrschende Meinung erfuhr jedoch durch die grundlegende Abhandlung von *Werner Flume* zum Allgemeinen Teil des BGB erste Erosionen. Geradezu revolutionär war der Gedanke, die Personengesellschaft nicht – ihrer systematischen Stellung im BGB folgend – als Teil des Schuldrechts zu behandeln, sondern sie in den Allgemeinen Teil des BGB, wo sich auch die Regeln über natürliche und juristische Personen finden, einzugliedern. In Anlehnung an die vor allem durch *Otto v. Gierke* geprägte Genossenschaftsidee stellte *Flume* die Gruppe der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit in das Zentrum der Betrachtung, um damit eine Art kollektive Projektionsfläche für Rechte und Pflichten der Gesellschaft zu schaffen. Nach *v. Gierke* tritt die Gesamthand nämlich als „kollektive Einheit“ auf: „Wer [...] als Gesamthänder die gesamte Hand vertritt [sic!], vertritt nicht teilweise sich selbst und teilweise andere, sondern ausschließlich die von ihm als Träger dargestellte Personeneinheit.“⁷⁹ Referenzsubjekt ist danach also die Gruppe der Gesellschafter als solche, die eine gewisse Verselbstständigung erfährt, ohne juristische Person zu sein. *Flume* entwickelte hieraus die unter dem Namen „Gruppenlehre“ firmierende Idee, die die Gesellschaft als solche als Trägerin von Rechten und Pflichten versteht.

Entgegen manch vehementem Widerspruch in der Literatur⁸⁰ hat sich diese Sichtweise durchgesetzt. Ihren endgültigen Durchbruch erlangte sie, als sich der BGH im Jahr 2001 in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung der Gruppenlehre anschloss.⁸¹ Auch der BGH erkannte, dass die Frage nach der Rechtsnatur der Gesamthand und damit der GbR durch den Gesetzgeber bewusst offengelassen wurde und konstatierte, dass dies Raum für eine an praktischen Bedürf-

nissen ausgerichtete Deutung des Gesamthandsprinzips lasse.⁸² Nimmt man nämlich an, dass der Gesamthand und damit der GbR selbst Rechtsfähigkeit zukommt, lassen sich einige schwierige Praxisprobleme sachgerecht lösen. So hat beispielsweise ein Mitgliederwechsel keine Auswirkungen auf den Bestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse, wenn man diese selbst als Verpflichtete und Berechtigte ansieht. Geht man hingegen auf Basis der traditionellen Lehre davon aus, dass lediglich die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden, so müssten Dauerschuldverhältnisse eigentlich mit jedem Mitgliederwechsel neu geschlossen oder bestätigt werden. Dies würde – so der BGH – die Handlungsfähigkeit der GbR im Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigen.⁸³ Ferner ließen sich auf Grundlage der Gruppenlehre identitätswahrende Umwandlungen der GbR besser erklären und überdies einer praxisgerechten Lösung zuführen. Besonders anschaulich ist etwa der Fall, in dem eine GbR zunächst lediglich ein Kleingewerbe betreibt, welches zum Handelsgewerbe erstarkt. In diesem Fall wandelt sich die GbR ex lege zur oHG,⁸⁴ was nach traditioneller Auffassung zur Folge hätte, dass sich beispielsweise die Eigentumsverhältnisse ändern: Zuordnungsobjekt wären nicht mehr die Gesellschafter, sondern plötzlich die Gesellschaft (§ 124 HGB). Da sich das Anwachsen zum Handelsgewerbe indes nur sukzessive vollzieht und überdies stark durch normative Wertungskriterien geprägt ist, würde eine erhebliche Unsicherheit bezüglich des Eigentumszuordnungsobjektes bestehen, die in Ansehung der Notwendigkeit klarer Zuordnung absoluter Rechtspositionen praktisch nicht hinnehmbar ist.⁸⁵ Ferner kann eine Kapitalgesellschaft im Wege des identitätswahrenden Formwechsels in eine GbR umgewandelt werden (§ 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG), was sich nur auf Basis der Gruppenlehre wirklich schlüssig begründen lässt.⁸⁶ Überdies macht die Anerkennung der Insolvenzfähigkeit der GbR deutlich, dass wohl auch der Gesetzgeber von der Rechtsfähigkeit der GbR ausgeht, wenn er diese selbst als Trägerin der Insolvenzmasse ausweist (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO).⁸⁷

Im Rahmen der Fallbearbeitung muss der Streit um die Rechtsfähigkeit der GbR nicht mehr in voller Breite präsentiert werden. Es empfiehlt sich jedoch, zumindest kurz – etwa mit Verweis auf § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG und § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO – darzulegen, dass die GbR selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann.

De lege ferenda wird sich das Problem gänzlich auflösen, da man – auch wenn es noch zu Änderungen im Detail kommen sollte – die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR im Gesetz verankern wird. Der entsprechende Gesetzesentwurf, auf den unter V. 4. noch genauer eingegangen wird, sieht mit § 705 Abs. 2 BGB-E eine solche Regelung vor.

⁷⁹ *v. Gierke* (Fn. 2), S. 687.

⁸⁰ Exemplarisch *Zöllner*, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 563 (S. 566 ff.).

⁸¹ BGH NJW 2001, 1056 (es handelt sich im Übrigen um eine Entscheidung, die Studierende der Rechtswissenschaften im Original gelesen haben sollten).

⁸² BGH NJW 2001, 1056 (1057).

⁸³ BGH NJW 2001, 1056 (1057).

⁸⁴ *Schäfer* (Fn. 42), BGB § 705 Rn. 3.

⁸⁵ Vgl. *Reiff*, ZIP 1999, 517 (519).

⁸⁶ BGH NJW 2001, 1056 (1057).

⁸⁷ BGH NJW 2001, 1056 (1057).

b) Die Außen-GbR

Dem aufmerksamen Leser wird nicht entgangen sein, dass das Fundament der Gruppenlehre darin besteht, dass sich die Gesellschafter überhaupt als Gruppe konstituiert haben und die Gesellschaft als solche nach Außen in Erscheinung tritt bzw. nach der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nach Außen auftreten soll. Die „kollektive Einheit“ muss als solche erkennbar sein; andernfalls erschöpft sie sich in einer bloßen Innenrechtsbeziehung und stellt im Kern letztendlich in der Tat nichts Anderes dar als eine „gesamthänderische societas“. Die Lebenswirklichkeit bringt nun verschiedene Formen des gemeinschaftlichen Handelns hervor und sorgt dafür, dass auch die GbR in unterschiedlicher Art und Weise im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt. Soweit sie über eine gefestigte Organstruktur und Gesamthandsvermögen verfügt sowie nach Außen auch tatsächlich als Gruppe agiert, spricht man von einer Außen-GbR.⁸⁸ Für diese – aber auch nur für diese – wird nun von der ganz herrschenden Ansicht angenommen, dass ihr Rechtsfähigkeit zuteilwird. Anders verhält es sich mit der sog. Innen-GbR. Diese zeichnet sich gerade durch ihr fehlendes Auftreten im Rechtsverkehr aus. Mangels (äußerlich erkennbarer) Konstituierung der Gruppe mangelt es ihr daher auch an Rechtsfähigkeit.⁸⁹ Dies hat zur Folge, dass auch hinsichtlich der Haftung der Gesellschaft differenziert werden muss.

2. Haftung

a) Außen-GbR

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR hat es notwendig gemacht, auch über die Frage der persönlichen Gesellschafterhaftung erneut nachzudenken. Im Wesentlichen haben sich zwei Erklärungsansätze herauskristallisiert, die die Diskussion um die persönliche Haftung der Gesellschafter einer GbR für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft geprägt haben: Die Doppelverpflichtungslehre und die Akzessorietätstheorie.

aa) Die Doppelverpflichtungslehre

Die Doppelverpflichtungslehre⁹⁰ geht von folgender Haftungskonzeption aus: Der handelnde Gesellschafter verpflichtet kraft seiner organschaftlichen Vertretungsmacht (§§ 714, 709 BGB) die Gesellschaft und erkläre daneben im eigenen Na-

⁸⁸ Begriffsnotwendig ist indessen nur das Auftreten nach Außen (vgl. Schäfer [Fn. 42], BGB § 705 Rn. 254; Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 261); die weiteren Merkmale sind typisch und entfalten insoweit einen gewissen Indizcharakter für das Vorliegen einer rechtsfähigen GbR.

⁸⁹ Vgl. zur umstrittenen Frage, wie sich die Bildung eines Gesamthandsvermögens auf die Rechtsfähigkeit einer „Innengesellschaft im weiteren Sinne“ auswirkt Schäfer (Fn. 42), BGB § 705 Rn. 280.

⁹⁰ Etwa BGH NJW 1979, 1821 (1821); Hadding, in: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, 1991, S. 133 (S. 137 ff.); Hennrichs/Kießling, WM 1999, 877 (880); Habersack, AcP 198 (1998), 152 (154).

men sowie kraft der durch die Mitgesellschafter erteilten Vollmacht für ihn und diese den Beitritt zur Schuld der Gesellschaft. Danach soll die persönliche Gesellschafterhaftung also auf einer eigenständigen, rechtsgeschäftlichen Grundlage fußen. Unabhängig davon, dass die Doppelverpflichtungslehre faktisch mit Fiktionen arbeiten muss⁹¹ – der handelnde Gesellschafter wird sich wohl in den seltensten Fällen bewusst sein, dass er einen Schuldbeitritt erklärt – führt sie zu in der Praxis schwer tragbaren Konsequenzen. Zum einen scheidet durch die Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen Moments eine persönliche Gesellschafterhaftung – zumindest der nicht handelnden Gesellschafter⁹² – im Rahmen deliktischer Schädigungen grundsätzlich aus. Zum anderen eröffnet die Doppelverpflichtungslehre den Gesellschaftern die Möglichkeit, ihre Haftung einseitig zu begrenzen. Hierzu

Beispielsfall 10: A, B und C sind Gesellschafter der ABC-GbR, die einen kleingewerblichen Autohandel betreibt. Im Gesellschaftsvertrag ist festgehalten, dass die Haftung der GbR auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt sein soll und die alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter Vertretungsmacht nur für die „Verpflichtung des Gesellschaftsvermögens“ haben sollen. Am 1.8.2020 kauft die ABC-GbR, vertreten durch A, von G erstmalig einen Gebrauchtwagen zu einem Kaufpreis in Höhe 10.000 €. Im schriftlichen Kaufvertrag wird die ABC-GbR als „GbR ohne persönliche Gesellschafterhaftung“ bezeichnet. Als die Kaufpreiszahlung trotz Fälligkeit ausbleibt, verlangt G von B Zahlung i.H.v. 10.000 €.

Recht eindeutig besteht ein Anspruch des G aus § 433 Abs. 2 BGB gegen die GbR, die nach heute herrschender Auffassung selbst Schuldnerin des Anspruchs geworden ist. A hat diese kraft seiner organschaftlichen Vertretungsmacht (die §§ 709, 714 BGB sind insoweit dispositiv) verpflichtet. Schwierig zu beantworten ist hingegen die Frage, ob B für die Gesellschaftsschuld auch persönlich haftet. Legt man die Doppelverpflichtungslehre zugrunde, so wäre zu prüfen, ob A zugleich einen Schuldbeitritt für B erklärt hat. Voraussetzung hierfür wäre wiederum, dass A den B wirksam vertreten hat. Richtigerweise wird man nach dem im Sachverhalt geschilderten Geschehen schon berechnete Zweifel haben, ob A diesbezüglich überhaupt „im fremden Namen“ gehandelt hat. Nach § 164 Abs. 1 S. 2 BGB reicht es zwar aus, wenn sich das Handeln im fremden Namen aus den Umständen ergibt – insoweit ist auf die Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers abzustellen –, indes bringt der im Kaufvertrag eingetragene Zusatz „ohne persönliche Gesellschafterhaftung“

⁹¹ Kraft/Kreutz (Fn. 41), S. 150; Wiedemann, WM 1994 Sonderbeilage 4, 1 (18).

⁹² Bzgl. des handelnden Gesellschafters soll – je nach Lage des Falls – ein eigener Verpflichtungsgrund gegeben sein. Hierbei handelt es sich nach der Vorstellung der Vertreter der Doppelverpflichtungslehre aber nicht um eine abgeleitete, sondern eine originäre Haftung des handelnden Gesellschafters, vgl. Hadding/Kießling, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 714 Rn. 39.

deutlich zum Ausdruck, dass A gerade nicht im Namen der Gesellschafter B und C handelte.⁹³ Sieht man dies anders, sind die Probleme aber noch nicht gebannt. Ausweislich der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag fehlte A nämlich die Vertretungsmacht. Mangels mehrmaligen Auftretens wird man diesen Umstand auch nicht durch die Annahme einer Duldungsvollmacht überwinden können. Im Ergebnis würde eine persönliche Haftung des B daher bei konsequenter Anwendung der Doppelverpflichtungslehre ausscheiden. Die Gesellschafter hätten es also in der Hand, durch einseitige Bestimmung die Haftung der GbR auf das Gesellschaftsvermögen zu begrenzen.

Der BGH kam, noch bevor er sich ausdrücklich von der Doppelverpflichtungslehre abwandte, in einem vergleichbaren Fall zum gegenteiligen Ergebnis.⁹⁴ Freilich noch etwas zaghaft konstatierte er, dass es einem allgemeinen Grundsatz des Privatrechts entspreche, dass derjenige, der in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen auch mit seinem gesamten Vermögen hafte, soweit keine gesetzliche oder vertragliche Haftungsbeschränkung eingreife.⁹⁵ Damit prüfte der BGH aus einer gänzlich anderen Perspektive als die Befürworter der Doppelverpflichtungslehre in der Literatur. Weniger die Frage nach der wirksamen Vertretung war für den BGH entscheidend als diejenige nach den Anforderungen an einen wirksamen vertraglichen Haftungsausschluss. Hierfür solle der bloße Hinweis auf eine Haftungsbeschränkung durch einen Namenszusatz nicht ausreichen. Vielmehr bedürfe es einer ausdrücklichen Individualvereinbarung, um die Haftung wirksam auf das Gesellschaftsvermögen zu begrenzen. Kennzeichnend für die Argumentationslinie des BGH war, dass er sich mit ihr der grundlegenden Wertung entgensetzte, die der Doppelverpflichtungslehre zugrunde liegt. Diese dient gerade dem Ziel, die Haftungsverfassung der GbR zu liberalisieren und es den Gesellschaftern zu ermöglichen, auf möglichst einfachem Weg ihre Haftung auszuschließen. Schließlich wird sich ein Gläubiger in den seltensten Fällen freiwillig darauf einlassen, auf die Gesellschafterhaftung und damit auf das haftungsrechtliche „Backup“ zu verzichten. Die Möglichkeit der einseitigen Haftungsbeschränkung, insbesondere durch Führen eines die Haftungsbeschränkung kenntlichmachenden Namenszusatzes, ist eben jenes Mittel, um die gewünschten Haftungserleichterungen herbeizuführen. Dieser Wertung ist der BGH in der oben genannten Entscheidung nun entgegengetreten und hat das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt: Die Haftung und nicht deren Ausschluss soll den Grundsatz bilden.

bb) Die Akzessorietätstheorie

Die Argumentationslinie des BGH musste letztendlich in der Abkehr von der Doppelverpflichtungslehre und der Zuwendung zur heute vorherrschenden Akzessorietätstheorie⁹⁶ mün-

den. Grundlage der Akzessorietätstheorie ist die Begründung der persönlichen Gesellschafterhaftung in Anlehnung an § 128 HGB. Wie jede Rechtsfortbildung bedarf eine Analogie aber der besonders sorgfältigen Begründung. Eine vollständige Nachzeichnung der hierzu vorgetragenen Argumente würde jedoch den vorliegenden Rahmen sprengen. Wohl aber kann eine Sensibilisierung für die hinter dieser Analogiebildung stehenden Problematiken geschaffen werden, die den Blick dafür schärft, dass eine solche nicht unbesehen auf sämtliche Haftungskonstellationen übertragen werden kann, sondern stets zu beachten ist, welchen Interessenkonflikt die §§ 128 ff. HGB auflösen wollen.

Vorab: Eine Regelungslücke wird man in Ansehung der unterbliebenen Haftungsvorschriften in den §§ 705 ff. BGB ohne Weiteres annehmen können. Ferner ist für eine Analogie erforderlich, dass die Regelungslücke planwidrig ist. Der Terminus der Planwidrigkeit passt hier freilich nicht wirklich, da er suggeriert, dass der Gesetzgeber die Problematik gänzlich übersehen hat. Hier liegt der Fall so, dass der Gesetzgeber ganz bewusst nur ein unvollkommenes Regelwerk geschaffen hat, um eine dogmatische Kategorisierung der Gesamthand zu vermeiden. Genau genommen liegt also eine „geplante“ Regelungslücke vor. Da hierin aber zugleich der Auftrag an Rechtsprechung und Wissenschaft liegt, jene Lücke zu füllen, kann hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen nichts Anderes gelten als im Fall der „echten“ Planwidrigkeit.⁹⁷

Die entscheidende Frage lautet nun: Ist die Interessenlage bezüglich der persönlichen Gesellschafterhaftung der oHG-Gesellschafter vergleichbar mit derjenigen der GbR-Gesellschafter? Das ist nun gar nicht so einfach zu beantworten. Blickt man nämlich auf § 105 Abs. 2 HGB, so scheint zumindest eine Gesamtanalogie zum Recht der oHG das durch den Gesetzgeber vorgegebene System zu konterkarieren. Die Vorschrift eröffnet den Kleingewerbetreibenden, die sich als GbR konstituiert haben, die Möglichkeit, durch – konstitutiv wirkende – Registereintragung die Rechtsstellung einer oHG zu erlangen. Dieses Wahlrecht wäre, zumindest soweit es um die Frage der persönlichen Gesellschafterstellung geht, faktisch wertlos, wenn man unbesehen die Regeln der oHG auf die GbR überträgt,⁹⁸ mithin die GbR zur „kleinen Schwester der oHG“⁹⁹ macht. Andererseits wäre es verfehlt, aus diesem Umstand zu schließen, dass es außerhalb der Handelsgesellschaften keine persönliche Gesellschafterhaftung geben soll.¹⁰⁰ Vielmehr liegt es in der Natur der Personengesellschaften, dass auch die hinter ihr stehenden Gesellschafter persönlich

79. Aufl. 2020, § 714 Rn. 12; dagegen noch BGH NJW 1979, 1821.

⁹⁷ In diese Richtung auch *Reiff*, ZIP 1999, 517 (525); gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke *Henrichs/Kießling*, WM 1999, 877 (880).

⁹⁸ Vgl. *Hommelhoff*, ZIP 1998, 8 (15), der den Vertretern der Akzessorietätstheorie vorwirft, durch Verkennung dieses Umstandes einen „besonders auffälligen Gesetzesverstoß“ zu begehen.

⁹⁹ *Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1904).

¹⁰⁰ Zutreffend *Reiff*, ZIP 1999, 517 (527).

⁹³ Vgl. *Henrichs/Kießling*, WM 1999, 877 (883).

⁹⁴ BGH NJW 1999, 3483.

⁹⁵ BGH NJW 1999, 3483 (3484).

⁹⁶ BGH NJW 2001, 1056; *Flume* (Fn. 3), § 16 IV.; *Servatius*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, BGB § 714 Rn. 10; *Sprau*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB,

mit ihrem Vermögen haften. Diesem Dilemma entgeht man durch einen behutsamen Umgang mit der Bildung entsprechender Analogien. Die entsprechende Anwendung des § 128 S. 1 HGB sollte zunächst – dem hier präferierten Verständnis des „Akzessorietätsprinzips“ korrespondierend – eher als rechtstechnischer Kunstgriff verstanden werden, der die notwendige Korrelation zwischen der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und der daraus resultierenden Notwendigkeit¹⁰¹ einer persönlichen Gesellschafterhaftung abbildet.¹⁰² Soweit es um die Anwendung weiterer Haftungsvorschriften aus dem Recht der oHG geht, bedürfen diese einer sorgfältigen Prüfung, ob sie lediglich Ausfluss des verallgemeinerungsfähigen Konzeptes einer akzessorischen Haftung sind oder ob es sich um speziell auf die oHG – und damit auf die Handelsgesellschaft – zugeschnittene Regelungen handelt. Insbesondere hinsichtlich der Anwendung des § 130 HGB, auf die noch zurückzukommen sein wird, bedarf es einer vom Akzessorietätsprinzip losgelösten Begründung.

Das alles ist letztendlich eine Selbstverständlichkeit. Gerade in studentischen Arbeiten bleibt eine sorgfältige Begründung von Analogieschlüssen aber häufig aus und wird substituiert durch einen Verweis auf die „h.M.“. Führt man sich vor Augen, dass im Rahmen von Klausuren und Hausarbeiten nicht bloße „Rechtsprechungskunde“ geprüft, sondern der Nachweis über die Befähigung zur methodengerechten Rechtsanwendung erbracht werden soll, verbietet sich ein solches Vorgehen. Prüfungskandidatinnen und Prüfungskandidaten sollten daher in diesem Kontext aufzeigen, dass Sie die Voraussetzungen einer Analogiebildung kennen und – freilich in gebotener Kürze – darlegen, inwiefern hinsichtlich der Übertragung des Akzessorietätsprinzips auf die Außen-GbR auf die Haftungsvorschriften der oHG zurückgegriffen werden kann.

Löst man nun auf Grundlage der Akzessorietätstheorie *Beispielsfall 10*, ergibt sich folgendes Bild: Auf die Frage, ob A rechtsgeschäftlich dazu ermächtigt wurde, einen Schulbeitritt für B zur Gesellschaftsschuld zu erklären, kommt es nicht an. Dafür muss man auch nicht § 126 Abs. 2 HGB in entsprechender Anwendung bemühen.¹⁰³ Schließlich geht es ja gerade nicht um die Begrenzung der organschaftlichen Vertretungsmacht, die sich auf die Verpflichtung der GbR als solche bezieht, sondern um die Frage, ob es daneben einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht der Gesellschafter bedarf.¹⁰⁴ § 714 BGB mag dieser Behauptung zwar augenscheinlich entgegenstehen, da dort von der Vertretung der Gesellschafter die Rede ist. Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit

der GbR wird man § 714 BGB allerdings so zu lesen haben, dass die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Kollektiv, mithin als „Gruppe“ gemeint sind.¹⁰⁵ Es findet daher auch keine „Verlagerung“ der Vertretungsproblematik auf die Ebene der organschaftlichen Vertretungsmacht statt.¹⁰⁶ Die Gesellschaft soll (unter Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung) nach der getroffenen Vereinbarung ja vollumfänglich berechtigt und verpflichtet werden. Damit konzentriert sich die Problematik auf die Frage, ob eine (nach außen kundgetane) Beschränkung der Haftung auf das Außenverhältnis durchschlagen kann. § 128 S. 2 HGB beantwortet diese Frage eindeutig. Die Vorschrift ist auch dann heranzuziehen, wenn man – wie hier – einer Gesamtanalogie zu den §§ 128 ff. HGB skeptisch gegenüber steht und den Fokus lediglich auf die rechtstechnische Konstruktion einer gesetzlich begründeten, akzessorischen Gesellschafterhaftung legt. Soweit die Gesellschafterhaftung nämlich eine gesetzliche ist, führt ein Haftungsausschluss im Innenverhältnis zu einer Gläubigerbenachteiligung; er ist schlicht Vertrag zulasten Dritter. § 128 S. 2 HGB knüpft also unmittelbar an den rechtstechnischen Mechanismus der gesetzlichen Haftungsanordnung an und kann daher ohne Weiteres auch für die GbR herangezogen werden. Freilich kann die Haftung im Außenverhältnis¹⁰⁷ auf die Haftung der Gesellschaft beschränkt werden.¹⁰⁸ Die dazu notwendige Abrede fehlt in *Beispielsfall 10* allerdings.¹⁰⁹ B haftet dem G daher nach der Akzessorietätstheorie gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog.

Auch § 129 HGB ist entsprechend anzuwenden.¹¹⁰ Das ergibt sich aus dem Umstand, dass sich auch die Durchsetzbarkeit des Anspruchs nach den für die Gesellschaftsverbindlichkeit geltenden Grundsätzen richten muss (Durchsetzungsakzessorietät). § 129 HGB ist daher keine Erweiterung, son-

¹⁰⁵ Schäfer (Fn. 88), § 714 Rn. 15.

¹⁰⁶ Für den Fall, dass die Beschränkung im Innenverhältnis nicht offengelegt wird, wird dies vielfach anders gesehen. Die Abrede im Innenverhältnis solle die organschaftliche Vertretungsmacht unter den Vorbehalt stellen, dass die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen im Außenverhältnis erklärt werde, vgl. Flume (Fn. 3), § 16 IV. 4.; siehe auch Lindacher, JuS 1981, 818 (822).

¹⁰⁷ Dies kann entweder durch eine Abrede zwischen Gläubiger und Gesellschafter geschehen oder durch Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger (*Habersack* [Fn. 6], HGB § 128 Rn. 16). Im letztgenannten Fall liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor, der ein pactum de non petendo begründet, also die Verpflichtung, den entsprechenden Anspruch nicht gerichtlich geltend zu machen, vgl. hierzu Klumpp, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 328 Rn. 40 mit umfangreichen Nachweisen.

¹⁰⁸ Siehe auch *Habersack/Schürnbrand*, JuS 2003, 739 (740).

¹⁰⁹ Vgl. zu den Anforderungen, die an eine solche Abrede zu stellen den Überblick bei *Sprau* (Fn. 96), § 714 Rn. 18.

¹¹⁰ BGH NJW-RR 2006, 1268 (1269); *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 714 Rn. 22a; *Sprau* (Fn. 96), § 714 Rn. 15; *Schäfer* (Fn. 42), § 714 Rn. 50; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (999).

¹⁰¹ Vgl. zur Interessenlage II. 2.

¹⁰² Vgl. *Canaris*, ZGR 2003, 69 (81 ff.), der von einer „instrumentellen“ Analogie spricht, der kein „substantielles“ Gewicht zukomme.

¹⁰³ *Schäfer*, ZIP 2003, 1233.

¹⁰⁴ Die von *Canaris*, ZGR 2003, 69 (72 f., 80 f.) angemeldeten Bedenken, denen die Vorstellung einer von der Rechtsprechung intendierten Übertragung der Vertretungsregeln auf die GbR zugrunde liegt, dürften daher insoweit nicht durchgreifen, als ein entsprechender Haftungsausschluss tatsächlich nach Außen erklärt wird.

dem integraler Bestandteil des „Akzessorietätsprinzips“. Verdeutlicht wird dies dadurch, dass die Privatrechtsordnung überall dort einen „Einwendungsdurchgriff“ vorsieht, wo sie die akzessorische Haftung anordnet. Exemplarisch hierfür stehen etwa die §§ 768, 770 BGB, die dem akzessorisch haftenden Bürgen gestatten, sich auf Einreden zu berufen, die dem Hauptschuldner zustehen bzw. diesem ein Leistungsverweigerungsrecht zubilligen, wenn das der Hauptschuld zugrundeliegende Rechtsgeschäft anfechtbar ist oder der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann.¹¹¹

Zweifel ergeben sich allerdings bezüglich der Haftung des eintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft.

Beispielsfall 11: Wie *Beispielsfall 10*, jedoch ist B erst eine Woche nach Begründung der Gesellschaftsverbindlichkeit in die GbR als Gesellschafter eingetreten.

Ob B persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeit haftet, hängt davon ab, ob man auch § 130 HGB in analoger Anwendung heranzieht. Der BGH hat sich bereits vor einiger Zeit zu einer entsprechenden Analogie bekannt, die er auf das „im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachte“ Akzessorietätsprinzip stützt.¹¹² Daran ist richtig, dass § 130 HGB ein verkehrsschützendes Moment immanent ist. Bedenklich ist aber die Verknüpfung mit dem Akzessorietätsprinzip. Wie bereits dargelegt, knüpft § 130 HGB gerade nicht unmittelbar an das Akzessorietätsprinzip als „rechtstechnischen Kunstgriff“ an.¹¹³ Die Anwendung der Norm ergibt sich weder aus der Natur der Sache, noch ist sie logische Konsequenz aus der Akzessorietätstheorie.¹¹⁴ Soweit der BGH dem Aphorismus des „überraschenden Geschenkes“ an den Gläubiger mit dem Argument entgegentritt, bei § 130 HGB handle es sich nun einmal um das wohlbegründete Ergebnis einer Abwägung der legitimen Interessen der Gläubiger und des Neueingetretenen, mag sich dies hören lassen, soweit es um die Haftung in der oHG geht.¹¹⁵ Die Kernfrage lautet jedoch, ob sich an dieser Abwägung etwas ändert, wenn man das Terrain der Handelsgesellschaften verlässt. Die herrschende Ansicht verneint dies und hat dabei wohl vor allem die „unternehmens-

tragenden“ Gesellschaften bürgerlichen Rechts vor Augen.¹¹⁶ Für diese mag man ebenfalls annehmen, dass das Schutzbedürfnis der Gläubiger der Gesellschaft zumindest ähnlich gelagert ist wie im Fall der oHG.¹¹⁷ Nun ist aber nicht jede Außen-GbR unternehmerisch tätig und damit der oHG zumindest im weiteren Sinne vergleichbar. Man denke etwa an das von *Canaris* gebildete Beispiel dreier Schüler, die sich zwecks Organisation der Abiturfeier zu einer Außen-GbR zusammenschließen.¹¹⁸ Soll in diesem Fall der später hinzutretende Vierte, der sich zur Unterstützung hat überreden lassen, tatsächlich nach § 130 HGB analog für sämtliche Altverbindlichkeiten haften? Es drängt sich auf, dass in diesem Fall die Interessenlage völlig anders liegt, mithin die „Abiturienten-GbR“ im Rechtsverkehr nicht dieselben Schutzbedürfnisse hervorruft wie etwa eine unternehmenstragende „Autohandel-GbR“. Inwiefern sich die Rechtsprechung des BGH in Zukunft ausdifferenzieren wird, bleibt abzuwarten. Bereits jetzt lässt sich aber die Tendenz vernehmen, Bereichsausnahmen für bestimmte Arten der Außen-GbR zu entwickeln.¹¹⁹ De lege ferenda ist allerdings zu befürchten, dass der Gesetzgeber einer ausdifferenzierten Lösung zuvorkommen und die (pauschale) Haftung des neu eingetretenen Gesellschafters für die Außen-GbR positiv-rechtlich verankern wird.¹²⁰

b) Innen-GbR

Im Gegensatz zur persönlichen Gesellschafterhaftung bei der Außen-GbR fällt die Antwort auf die Frage, wie diese bei der Innen-GbR ausgestaltet ist, recht einfach aus. Da die Innen-GbR als solche nicht im Rechtsverkehr auftritt, kann sie auch nicht Zurechnungssubjekt für rechtsgeschäftliche oder deliktische Verbindlichkeiten sein.¹²¹ Die Statuierung einer persönlichen Gesellschafterhaftung über eine gesetzliche Anordnung, wie sie bei der Außen-GbR angenommen wird, scheidet hier evident aus. Sie würde voraussetzen, dass die Gesellschaft selbst berechtigt und verpflichtet wird, sodass auch das bislang zugrunde gelegte Prüfungsschema¹²² hier nicht mehr

¹¹¹ Zutreffend *Habersack*, BB 2001, 477 (483): Der persönlich haftende Gesellschafter erlange eine „bürgenähnliche Stellung“. Siehe dort aber auch zu den Unterschieden zu § 129 HGB.

¹¹² BGH NJW 2003, 1803 (1804).

¹¹³ Vgl. III. 2. c).

¹¹⁴ So aber wohl *Sanders/Berisha/Klasfauseweh*, Jura 2020, 542 (547).

¹¹⁵ „Überraschend“ ist die Vorschrift des § 130 HGB jedoch auf jeden Fall im Hinblick darauf, dass anderen Rechtsordnungen eine entsprechende Regelung fremd ist (vgl. insb. zum US-amerikanischen Recht *Wiedemann*, JZ 2001, 661 [664]), was zeigt, dass die Wertentscheidung des Gesetzgebers nicht zwingend so zu treffen war, wie sie getroffen wurde.

¹¹⁶ Vgl. hierzu auch das von BGH NJW 2003, 1803 (1804) gebildete Beispiel der Kreditaufnahme mit zehnjähriger Laufzeit, für die kein Gesellschafter mehr persönlich haften würde, weil sich der aktuelle Gesellschafterbestand ausschließlich aus solchen zusammensetzt, die nach Begründung der Darlehensverbindlichkeit in die GbR eingetreten sind.

¹¹⁷ Teils wird sogar gefordert, auch die Haftung nach § 128 HGB auf wirtschaftliche/unternehmenstragende Gesellschaften zu beschränken, vgl. *Flume* (Fn. 3), § 16 IV. 5.; *K. Schmidt* (Fn. 1), § 60 III. 2.; kritisch zur „unbesehenen“ Anwendung des § 128 HGB auch *Kübler/Assmann* (Fn. 7), § 6 III. 5. c) bb).

¹¹⁸ *Canaris*, ZGR 2004, 69 (74).

¹¹⁹ So weicht der BGH etwa für die Bauherrengemeinschaft und bei geschlossenen Immobilienfonds von den selbst statuierten Grundsätzen zur „oHG-gleichen Gesellschafterhaftung“ ab, vgl. etwa BGH NJW 2002, 1642.

¹²⁰ Siehe V. 4.

¹²¹ *Schäfer* (Fn. 88), § 714 Rn. 8.

¹²² Vgl. II. 4.

trägt. Haftungsfragen sind daher über die Anwendung der allgemeinen Vorschriften zu lösen.¹²³ Dabei ist zu differenzieren, ob die Gesellschafter gemeinschaftlich (bzw. vertreten durch einen Gesellschafter¹²⁴) oder individuell handeln. Im ersten Fall werden die Gesellschafter regelmäßig als Gesamtschuldner aus einer rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeit haften (§ 427 BGB).¹²⁵ Soweit sie gemeinsam deliktisch handeln, gelten die §§ 830, 840 BGB.¹²⁶ Tritt hingegen lediglich der einzelne Gesellschafter im eigenen Namen nach außen auf, so haftet auch nur dieser für eine rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeit. Selbiges gilt im Übrigen für deliktisch begründete Verbindlichkeiten, da es regelmäßig an einer Zurechnungsnorm fehlt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass § 31 BGB keine Anwendung findet, da es am Zurechnungssubjekt mangelt.¹²⁷ Im Ergebnis kommt es also grundsätzlich ausschließlich zu einer Haftung des handelnden Gesellschafters, dem im Innenverhältnis dann aber der Regressanspruch aus §§ 713, 670 BGB zusteht.¹²⁸

3. Konsequenzen für die Fallbearbeitung

Im Rahmen der gutachterlichen Prüfung sind, soweit die persönliche Haftung eines GbR-Gesellschafters in Rede steht, mehrere Weichen richtig zu stellen. Zunächst bedarf es der (zumindest gedanklichen) Prüfung, ob eine Innen- oder Außen-GbR vorliegt. Im ersten Fall ist hinsichtlich der Frage nach der persönlichen Gesellschafterhaftung auf die allgemeinen Vorschriften abzustellen. Liegt hingegen eine Außen-GbR vor, so ist auch die Anspruchsprüfung nach dem Schema „I. Vorliegen einer Gesellschaftsschuld/II. Persönliche Haftung“ zu gliedern. Unter dem Prüfungspunkt „Vorliegen einer Gesellschaftsschuld“ sollte zumindest kurz auf die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR eingegangen werden. Zur Begründung der persönlichen Gesellschafterhaftung ist § 128 HGB in analoger Anwendung heranzuziehen. Entgegen einem weit verbreiteten Hinweis sollte die entsprechende Analogie auch tatsächlich – im Rahmen des in einer Klausurbearbeitung möglichen – begründet werden. Soweit auch die analoge Anwendung des § 130 HGB zu erwägen ist, ist besondere Sorgfalt geboten.¹²⁹

¹²³ K. Schmidt (Fn.1), § 60 III. 1.

¹²⁴ Siehe zur Vertragsauslegung auch BGH WM 1978, 899.

¹²⁵ Dies schließt eine Teilschuld freilich nicht aus. § 427 BGB ist eine bloße Auslegungsregel (Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 427 Rn. 1). Vgl. hierzu die Beispiele aus der Rechtsprechung bei K. Schmidt (Fn. 1), § 60 I. 2. a) cc).

¹²⁶ Schäfer (Fn. 88), § 714 Rn. 10.

¹²⁷ Leuschner (Fn. 7), § 31 Rn. 5; Schwennicke (Fn. 7), § 31 Rn. 107.

¹²⁸ Ausführlich zum Regressanspruch nach §§ 713, 670 BGB Habermeyer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 713 Rn. 10.

¹²⁹ Anders Sanders/Berisha/Klasauseweh, Jura 2020, 542 (547): Die §§ 128, 129, 130 seien „grundsätzlich unproblematisch“ analog heranzuziehen.

4. Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

Das Personengesellschaftsrecht steht momentan an der Schwelle zu einer weitreichenden Reform, die eine Vielzahl der Probleme, die in diesem Kontext besprochen wurden, obsolet macht. Seit kurzem liegt ein entsprechender Gesetzesentwurf¹³⁰ vor, der aus dem „Mauracher Entwurf“¹³¹ – einem Gesetzesvorschlag einer Expertenkommission, die entsprechend der Zielvereinbarung im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, das Personengesellschaftsrecht zu reformieren,¹³² im August 2018 eingesetzt wurde – hervorgegangen ist. Insbesondere das Recht der GbR sieht sich erheblichen Änderungen ausgesetzt, die jedoch weniger grundlegende Einschnitte in die Dogmatik zur GbR darstellen, sondern vielmehr die herrschende Dogmatik einer positivrechtlichen Ausgestaltung zuführen. Dem Grunde nach löblich ist es, dass der Gesetzesentwurf eine Integration der Vorschriften über die akzessorische Gesellschafterhaftung in das BGB vorsieht. Dies ist nur konsequent, da durch die Einführung des § 705 Abs. 2 BGB-E unmissverständlich klar gestellt wird, dass die GbR selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Auf die oHG-Gesellschafter sowie auf die Komplementäre der KG finden diese Vorschriften dann nur noch kraft Verweisung (§§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB) Anwendung.

Ebenso begrüßenswert ist es, dass man nicht bei einer bloßen „Verschiebung“ der §§ 128 ff. HGB in das BGB stehen geblieben ist, sondern bei dieser Gelegenheit auch den Regelungsgehalt des § 129 HGB durch eine Eliminierung der redaktionell misslungenen Passagen klarer zutage hat treten lassen. Insbesondere findet sich in § 721b Abs. 2 BGB-E jetzt der ausdrückliche Hinweis darauf, dass der Gesellschafter die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange der Gesellschaft ein Recht zur Aufrechnung zusteht.

Rechtspolitisch missglückt ist § 721a BGB-E, der die persönliche Haftung des eintretenden Gesellschafters gleich dem § 130 HGB regelt. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen hiergegen freilich nicht, sodass man – sollte die Vorschrift wie im Gesetzesentwurf vorgesehen Eingang in das BGB finden – dies als Wertentscheidung des Gesetzgebers, auch den Gläubigern der Außen-GbR das „überraschende Geschenk“ zukommen zu lassen, zu akzeptieren hat.

Nur ergänzend sei hier erwähnt, dass die Vorschriften über die akzessorische Gesellschafterhaftung nach dem Entwurf selbstverständlich keine Anwendung auf die Innen-GbR (nicht rechtsfähige Gesellschaft, § 705 Abs. 2 BGB-E) finden,

¹³⁰ Abrufbar unter

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Personengesellschaftsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (19.5.2021).

¹³¹ Abrufbar unter

[042020_Entwurf_Mopeg.pdf;jsessionid=93C1F127AF76CFFD8F1F4B92A6001A60.2_cid289 \(bmjv.de\)](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Personengesellschaftsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (19.5.2021).

¹³² Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, S. 131.

vgl. § 740 Abs. 2 BGB-E. Insoweit bleibt es bei dem zur Haftung in der Innen-GbR Gesagten.

Insbesondere im Fall des unmittelbaren Bevorstehens einer mündlichen Prüfung kann es sicherlich nicht schaden, den Gesetzesentwurf zumindest in groben Umrissen zu kennen. Die Lektüre kann zugleich der Überprüfung des Verständnisses der Lehrinhalte aus der Vorlesung „Gesellschaftsrecht“ dienen, da sich die vorgesehenen Regelungen in ihrer konkreten Form nur erschließen, wenn man die Problemlage nach dem geltenden Recht vor Augen hat. Dies gilt nicht nur für die Vorschriften über die Gesellschafterhaftung.