

Übungsfall: Risiken der Selbstständigkeit

Von Rechtsanwalt Dr. Jochen Lux, Berlin

Der folgende Übungsfall richtet sich an Studierende fortgeschrittener Semester und behandelt schwerpunktmäßig Fragestellungen im Zusammenhang mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Sachverhalt

Aufgrund der prekären Lage am Arbeitsmarkt beschließen A, B und C, allesamt frisch examinierte Juristen, sich gemeinsam selbstständig zu machen. Nach eingehender Klärung der die gemeinsame Arbeit betreffenden Details richten sie zunächst unter dem Namen „A, B, C Rechtsanwälte“ ein gemeinsames Konto ein und mieten in zentraler Lage repräsentative Büroräume von V. Um sogleich professionelle Rechtsberatung leisten zu können, hält es A – zuständig für eine angemessene Ausstattung der Kanzleibibliothek – für erforderlich, die Gesamtausgabe des Staudinger zum BGB zu erwerben. Telefonisch nimmt er bei dem auf den Versandhandel spezialisierten Buchhändler H eine entsprechende Bestellung für die Sozietät vor. Nach erneuter scharfer Kalkulation der anfallenden Kosten werden sich A, B und C jedoch schnell einig, aus Kostengründen zunächst einmal nur mit einem Palandt ausgerüstet in das Berufsleben zu starten. Als H die Lieferung eine Woche später vorbeibringen will, verweigern A, B und C die Annahme. Ausdrücklich erklären sie hierbei den Widerruf der Bestellung. H besteht auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises.

Ebenfalls etwas unglücklich verläuft das erste, von B unter dem Briefkopf „A, B, C Rechtsanwälte“ angenommene Mandat. Obwohl der Mandant M und dessen nichteheliche Lebensgefährtin L sich eigentlich einig waren, dass aus ihrer Beziehung kein Kind hervorgehen und L empfangnisverhütende Medikamente einnehmen solle, habe L vorsätzlich ohne das Wissen und gegen den Willen des M „die Pille“ abgesetzt, um von ihm ein Kind zu bekommen und ihn so zur Heirat zu bewegen. Als M von der Schwangerschaft der L erfuhr, zerbrach das Verhältnis. M ist zur Zahlung des Regelunterhalts für das Kind K verpflichtet.

In Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH sieht B unter dem Gesichtspunkt einer Vertragsverletzung Erfolgsaussichten für ein Klagebegehren auf Erstattung des dem Kind zu zahlenden Regelunterhalts. Ein aus Gründen der Familienplanung unerwünschtes Kind stelle danach „einen Schaden“ dar. Ohne näher auf die Wirksamkeit des Vertrages über die empfangnisverhütenden Maßnahmen einzugehen, rät B dem M zur Klage gegen L. Diese hat allerdings keinen Erfolg. Zur Begründung wird maßgeblich ausgeführt:

„Eine unter Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft getroffene Abrede über den Gebrauch empfangnisverhütender Mittel berührt den engsten persönlichen Freiheitsbereich und ist einer rechtsgeschäftlichen Regelung nicht zugänglich. Hält sich einer der Partner nicht an eine solche Abrede, so kann daraus auch dann kein vertraglicher Schadensersatzanspruch hergeleitet werden, wenn er dies dem anderen nicht mitteilt.“

M, der davon ausging, ihm stehe „laut Rechtsprechung“ ein Anspruch zu, fühlt sich von B schlecht beraten und verlangt Ersatz der ihm entstandenen Prozesskosten. Da er den Eindruck hat, bei B sei nichts zu holen, wendet er sich diesbezüglich an C. Dieser wendet ein, er könne nicht in Anspruch genommen werden, überdies habe er sich überhaupt nicht mit dem Fall des M beschäftigt. Vielmehr wurde das Mandat ausschließlich von B bearbeitet. In Zusammenschlüssen von Freiberuflern, insbesondere also auch von Anwälten, hafte aber allein der bearbeitende Partner für Berufsfehler. Diesen allgemeinen Grundsatz habe der Gesetzgeber ausdrücklich in dem – gerade die besonderen Belange der Freiberufler regelnden – Partnerschaftsgesellschaftsgesetz normiert. Im Übrigen könne von B unter keinen Umständen verlangt werden, sämtliche juristischen Fachzeitschriften zu lesen. M beharrt gleichwohl auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Schließlich habe er bewusst die Vorteile einer Sozietät nutzen wollen und einer Haftungskonzentration auf B nie zugestimmt.

Die Auseinandersetzung mit M lässt den A ins Grübeln geraten. Die drohenden Risiken der Selbstständigkeit derart plastisch vor Augen geführt, entscheidet er sich kurzfristig, ein lukratives Jobangebot in der Rechtsabteilung eines Unternehmens anzunehmen. In gegenseitigem Einvernehmen mit B und C scheidet er aus der gemeinsamen Sozietät aus. Statt seiner wird der Junganwalt D neuer Partner von B und C. Ein halbes Jahr, nachdem B, C und D aus diesem Anlass ein Rundschreiben an ihre Mandanten und Gläubiger versendet hatten, stellt V fest, dass die Sozietät mit der Mietzahlung mittlerweile zwölf Monate im Rückstand ist. Er wendet sich diesbezüglich an A und D. A hält sich insoweit für nicht mehr verpflichtet, weil er nicht mehr Sozius sei. Zumindest für die Zeit nach seinem Ausscheiden könne von ihm allenfalls Zahlung der Miete für den Lauf der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten verlangt werden. Auch D hält seine Inanspruchnahme für abwegig, zumal er bei Abschluss des Mietvertrages nicht Mitglied der Sozietät gewesen sei, geschweige denn eine Anwaltszulassung besessen hätte.

Aufgeschreckt durch diese neuerliche Auseinandersetzung beschließen B, C und D, ihr Haftungsrisiko zu begrenzen. Künftig soll allein das Gesellschaftsvermögen haften. Zunächst erwägen sie, als „B, C, D Rechtsanwälte GbR mbH“ zu firmieren und dadurch die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Letztlich entscheiden sie sich aber doch für die Gründung einer Rechtsanwalts-GmbH. Ein entsprechender Gesellschaftsvertrag wird notariell beurkundet. B, C und D wollen dies als Anlass für einen Neuanfang nehmen und die Büroräume in hellen, freundlichen Farben erstrahlen lassen. Im Namen der „B, C, D Rechtsanwalts-gesellschaft mbH“ beauftragen sie den U mit einer umfassenden Renovierung der Büroräume. Veranlasst durch Stimmen aus der Mandantschaft, die Anwälte wollten sich aus der Verantwortung stehlen, kommen B, C und D in der Folgezeit jedoch Zweifel an der GmbH-Gründung. Ein An-

trag auf Eintragung im Handelsregister wird daher nicht mehr gestellt. U besteht auf Zahlung des Werklohns.

Vermerk für die Bearbeiter:

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

1. Wen kann H auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises in Anspruch nehmen?
2. a) Kann M den C auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens in Anspruch nehmen?
b) Hat M einen Anspruch auf Einsichtnahme in die Handakten des B?
3. Kann V Zahlung der ausstehenden Miete für zwölf Monate (sechs Monate vor A's Ausscheiden und sechs Monate danach) von A oder D verlangen?
4. Können B, C und D ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, indem sie als „B, C, D Rechtsanwälte GbR mbH“ firmieren?
5. Kann U B, C und D auf Zahlung des geschuldeten Werklohns in Anspruch nehmen?

Hinweis:

Auf die Bestimmung des § 51a Abs. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) wird hingewiesen:

„¹Die Mitglieder einer Sozietät haften aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner. ²Die persönliche Haftung auf Schadensersatz kann auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen beschränkt werden auf einzelne Mitglieder einer Sozietät, die das Mandat im Rahmen ihrer eigenen beruflichen Befugnisse bearbeiten und namentlich bezeichnet sind. [...]“

Lösungshinweise*

Frage 1: Anspruch des H aus § 433 Abs. 2 BGB

Vorliegend kommen Ansprüche des H gegen die Sozietät als solche sowie gegen die Sozien A, B und C in Betracht.

A. Anspruch gegen die Sozietät „A, B, C Rechtsanwälte“

Die Anwaltssozietät ist grundsätzlich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren.¹

I. Rechtsfähigkeit der Sozietät

Inwieweit die GbR Trägerin von Rechten und Verpflichtungen sein kann, war bis zum 29.1.2001 heftig umstritten. Im Kern standen sich zwei Lehren gegenüber.

1. Traditionelle Lehre

Die traditionelle Lehre, die auch als individualistische Gesamthandslehre bezeichnet wird, setzt die Gesellschaft bür-

gerlichen Rechts mit den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit gleich.² Der Gesellschaft an sich komme keine Rechtsfähigkeit zu.³ Zur Begründung wird maßgeblich der Wortlaut des Gesetzes angeführt. So könnten nach § 714 BGB im Zweifel die anderen Gesellschafter vertreten werden. Keine Rede sei aber von einer Vertretung der Gesellschaft. § 718 Abs. 1 BGB definiere das Gesellschaftsvermögen als gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, ordne dieses also nicht der Gesellschaft zu. Zudem wachse nach § 738 Abs. 1 BGB der Anteil am Gesellschaftsvermögen eines ausscheidenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern, nicht aber der Gesellschaft zu. Ferner bedürfe es nach § 736 ZPO zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils. Folgt man dieser Auffassung, bestünde mangels Rechtssubjektivität kein Anspruch gegen die Sozietät als solche.

2. Gruppenlehre

Demgegenüber fasst die sog. Gruppenlehre⁴ die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als kollektive Einheit gesamthänderisch verbundener Gesellschafter auf und gesteht dem „Kollektiv“ als Zurechnungsobjekt folgerichtig Rechtsfähigkeit zu, ohne dass damit die GbR zu einer juristischen Person werde.⁵ Die Gesamthand nehme damit eine Art Mittelstellung zwischen natürlicher und juristischer Person ein.⁶ Die Gruppenlehre hat sich im neueren Schrifttum weitgehend durchgesetzt.⁷

Dieser Lehre schloss sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29.1.2001⁸ an, nachdem er bereits zuvor wiederholt festgestellt hatte, dass die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Teilnehmerin am Rechtsverkehr grundsätzlich, d.h. soweit nicht spezielle rechtliche Gesichts-

² Vgl. Zöllner, in: Festschrift Gernhuber, 1993, S. 563 ff.; ders., in: Festschrift Claussen, 1997, S. 423 ff.; ders., in: Festschrift Kraft, 1998, S. 701 ff.; Hueck, in: Festschrift Zöllner, 1998, S. 275 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. BGHZ 79, 374 (377) = NJW 1981, 1213.

³ Stürmer, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 705 Rn. 1 a.E.; Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2000, C I 1 d; Berndt/Boin, NJW 1998, 2854 ff.; Larenz, Schuldrecht BT II, 12. Aufl. 1981, § 60 I.

⁴ Flume, ZHR 136 (1972), 177 ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Teil 1, 1977, S. 50 ff.; vgl. bereits O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Erster Band, 1895, S. 663 (682).

⁵ Elsing, BB 2003, 909 (910).

⁶ Ulmer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, § 705 Rn. 130; Schultzy/Weissinger, JA 2001, 886 (888).

⁷ Vgl. Ulmer (Fn. 6), § 705 Rn. 130 ff. m.w.N.; Ulmer, AcP 198 (1998), 113 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III; Wiedemann, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1994, 6 ff.; Huber, in: Festschrift Lutter, 2000, S. 107 (122 ff.); Hüffer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 47 ff.; Reiff, ZIP 1999, 517 (518); Mülbart, AcP 199 (1999), 39 (43 ff.); Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 211 ff.

⁸ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

* Die Klausur wurde im WS 2003/04 im Examenklausurenkurs an der Universität Bayreuth gestellt (erzielter Notendurchschnitt: 6,23 Punkte) und im Folgenden in Fallkolloquien zur Examensvorbereitung besprochen.

¹ BGH NJW 1996, 2859.

punkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen kann.⁹

Die Auffassung von der nach außen bestehenden Rechtssubjektivität der GbR bietet nach Ansicht des BGH ein praktikables und weitgehend widerspruchsfreies Modell für die vom Gesetz in den §§ 718-720 BGB gewollte rechtliche Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter, während die traditionelle Auffassung demgegenüber konzeptionelle Schwächen aufweise. Zur Begründung, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden soll,¹⁰ stellt der BGH in den Urteilsgründen maßgeblich darauf ab, dass allein die Gruppenlehre identitätswahrende Umwandlungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in andere Rechtsformen und aus anderen Rechtsformen befriedigend erklären könne. So lasse sich der identitätswahrende Formwechsel von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften – auch in Gesellschaften bürgerlichen Rechts, § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG – nach dem neuen Umwandlungsrecht (§§ 190 ff., 226 ff. UmwG) auf der Grundlage der Gruppenlehre ohne Weiteres, aus Sicht der traditionellen Auffassung aber – wenn überhaupt – nur mit Mühe erklären.¹¹ In ihrer Bedeutung weitaus gewichtiger erscheint jedoch die Möglichkeit eines gewissermaßen gleitenden Übergangs von der Rechtsform der GbR hin zur oHG und umgekehrt. Nach den Bestimmungen der §§ 1 Abs. 2, 105 Abs. 1 HGB wird eine gewerblich tätige Gesellschaft bürgerlichen Rechts von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen oHG, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Da der oHG jedenfalls Rechtssubjektivität nach § 124 Abs. 1 HGB zukommt, würden sich bei konsequenter Anwendung der traditionellen Auffassung die Eigentumsverhältnisse an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen mit der Umwandlung zur oHG ändern. Eine veränderte Zuordnung würde aber für die Praxis insbesondere deshalb schwierige Probleme bereiten, weil für den Übergang von der GbR zur oHG infolge des wertungsabhängigen Kriteriums des Erfordernisses eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs ein genauer Zeitpunkt der Umwandlung kaum ausgemacht werden kann.¹² Schließlich unterstütze auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber mittlerweile die Insolvenzfähigkeit der GbR anerkannt hat (§ 11 Abs. 2 Nr. 1

InsO), die Gesellschaft mithin als Träger der Insolvenzmasse ansieht, ebenfalls die Annahme der Rechtssubjektivität.¹³

Nach dieser Entscheidung dürfte in Zukunft kein Streit mehr darüber bestehen, dass die (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.

II. Vertragsschluss

Vorliegend hat H mit der Sozietät, vertreten durch den für die Ausstattung der Bibliothek verantwortlichen A, einen Kaufvertrag geschlossen.

III. Widerruf

Im Falle eines wirksamen Widerrufs wäre die Sozietät nicht mehr an den Kaufvertrag gebunden.

1. Widerrufserklärung, §§ 349, 355 BGB

Die nach §§ 349, 355 BGB erforderliche Widerrufserklärung gegenüber H wurde abgegeben.

2. Widerrufsrecht, §§ 312d Abs. 1 S. 1, 355 BGB

Der Sozietät könnte ein Widerrufsrecht nach den §§ 312d Abs. 1 S. 1, 355 BGB zustehen.

a) Sachlicher Anwendungsbereich des § 312d BGB

Der Begriff des Fernabsatzvertrages erfasst nicht nur Verträge des E-Commerce, sondern auch das traditionelle Distanzgeschäft, insbesondere den Versandhandel.¹⁴ Der Vertragsschluss erfolgte unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln. Da H auf den Versandhandel spezialisiert ist, ist auch das strukturelle Erfordernis eines auf den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems gegeben.

b) Persönlicher Anwendungsbereich des § 312d BGB

H ist Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. Problematisch ist, ob die Sozietät Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist. Nach dem Wortlaut des § 13 BGB werden nur natürliche Personen erfasst. Nach h.M. und Rechtsprechung kann aber auch die GbR – trotz Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit – Verbraucher sein. Denn an der Schutzwürdigkeit der natürlichen Personen ändert sich nichts, wenn sie auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen. So haften die Gesellschafter in aller Regel unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen und sind deshalb schutzwürdig. Dass der BGH als Folge der beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR eine lediglich akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter entsprechend §§ 128 ff. HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten anerkannt hat, ist insoweit ohne Bedeutung.¹⁵

⁹ BGHZ 116, 86 (88) = NJW 1992, 499 (Genossenschaft); BGHZ 136, 254 (257) = NJW 1997, 2754 (Scheckfähigkeit); vgl. auch BGHZ 78, 311 = NJW 1981, 682 (GmbH); BGHZ 118, 83 = NJW 1992, 2222 (AG); BGH NJW 1998, 376 (GbR); zusammenfassend der Vorlagebeschluss des BayObLG NZG 2001, 123 sowie daraufhin BGHZ 148, 291 (293 f.) = NJW 2001, 3121 (KG).

¹⁰ Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum zu diesem Urteil Ulmer, ZIP 2001, 585 ff.; Habersack, BB 2001, 477 ff.; K. Schmidt, NJW 2001, 993 ff.; Wiedemann, JZ 2001, 661 ff.; Hadding, ZGR 2001, 712 ff.; Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973 ff.; Scholz, NZG 2002, 153 ff.; Elsing, BB 2003, 909 ff.

¹¹ BGHZ 146, 341 (346) = NJW 2001, 1056.

¹² BGHZ 146, 341 (346) = NJW 2001, 1056.

¹³ BGHZ 146, 341 (346) = NJW 2001, 1056.

¹⁴ Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 312b Rn. 6.

¹⁵ BGHZ 149, 80 (83 ff.) = NJW 2002, 368 m.w.N.

Voraussetzung ist aber weiter, dass die GbR nicht zu gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zwecken gehandelt hat. Zwar diente der Kauf des Staudingers nicht gewerblichen Zwecken – Rechtsanwälte üben nach § 2 BRAO kein Gewerbe aus –, wohl aber der freiberuflichen Tätigkeit der Sozietät. Mithin ist die Sozietät „A, B, C Rechtsanwälte“ nicht als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB zu qualifizieren; ein Widerrufsrecht nach §§ 312d Abs. 1 S. 1, 355 BGB besteht nicht.

IV. Ergebnis

In Ermangelung eines Widerrufsrechts ist die Sozietät weiter an den Kauf des Staudinger gebunden, ein Anspruch des H auf Kaufpreiszahlung besteht.

B. Anspruch gegen die Sozien A, B und C

I. Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten

In Ermangelung eines gesicherten Haftungskapitals beruht die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Wesentlichen auf derjenigen ihrer Gesellschafter. Die Geschäftspartner vertrauen demgemäß darauf, auf das Privatvermögen der Gesellschafter zurückgreifen zu können.¹⁶ Eine solche persönliche Gesellschafterhaftung – zumindest in Bezug auf rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten – lässt sich nach traditioneller Lehre ohne Weiteres erklären. Denn danach kommt der GbR als solcher keine Rechtsfähigkeit zu. Träger von Rechten und Pflichten sind vielmehr die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.¹⁷ Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR sind jedoch allein der Gesellschaft sämtliche Rechte und Pflichten zuzuordnen. Der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten unterliegt folglich in erster Linie das – der Gesellschaft zuzuordnende – Gesellschaftsvermögen. Ein Rückgriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter bedarf mithin besonderer Begründung. *K. Schmidt* formuliert diesbezüglich treffend: „Konnte die Schuldenhaftung bei der GbR, solange die GbR nicht als Rechtsträgerin anerkannt worden war, von vornherein nur eine Gesellschafterhaftung sein, so brachte die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und damit auch echter Gesellschaftsschulden die im BGB nicht vorgedachte Frage mit sich, ob und wie sich die persönliche Gesellschafterhaftung begründen lasse“.¹⁸ Innerhalb der Gruppenlehre wurden diesbezüglich zwei unterschiedliche Ansätze verfolgt.

1. Doppelverpflichtungslehre

Soll Gesellschaftsgläubigern neben dem Zugriff auf das Gesamthandsvermögen auch derjenige auf das Privatvermögen einer oder aller Gesellschafter offen stehen, bedurfte es nach bisher überwiegender Meinung jeweils eines besonderen

Verpflichtungsgrundes.¹⁹ In Ablehnung einer akzessorischen Haftung sah sich diese Ansicht zu einem Kunstgriff gezwungen, nämlich einem „Gewimmel fiktiver Willenserklärungen“.²⁰ Danach sollten die Geschäftsführer im Zweifel beim Handeln namens der Gesellschaft nicht nur eine Haftung der Gesamthand, sondern daneben auch eine solche der Gesellschafter persönlich begründen (Theorie der Doppelverpflichtung).²¹ Auf diese Weise ließ sich zwar eine persönliche Gesellschafterhaftung für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten erklären. Schwierigkeiten bereitete jedoch die Frage einer Zurechnung von Leistungsstörungen. Gänzlich zu verneinen war schließlich im Regelfall eine persönliche Haftung der Gesellschafter für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten der Gesamthand. Diese kam nur dann in Betracht, wenn ein entsprechender gesetzlicher Verpflichtungsgrund nicht nur gegenüber der Gesamthand, sondern auch gegenüber den Gesellschaftern persönlich gegeben war.²²

2. Akzessorietätstheorie

Die Akzessorietätstheorie ging demgegenüber nach dem Vorbild des § 128 HGB von der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung im Verhältnis zur Gesamthandsschuld aus. Gestützt wird diese Ansicht entweder auf eine Analogie zu § 128 HGB²³ oder auf das Wesen der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand.²⁴ Die persönliche Haftung der Gesellschafter hängt damit nicht von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer ab. Vielmehr werden im Grundsatz sämtliche Verbindlichkeiten der Gesamthand erfasst. Für die Gesellschafterhaftung ist danach der jeweilige Bestand der Gesamthandsschuld maßgebend. Mit der Akzessorietätstheorie lässt sich damit nicht nur die Haftung für rechtsgeschäftlich begründete Ansprüche sowie für Ansprüche auf Schadensersatz bei Leistungsstörungen erklären, sondern auch die Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten, wenngleich viele vor einer so weitreichenden Akzessorietät zurückschreckten.²⁵

3. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der BGH ist bis Anfang 2001 in ständiger Rechtsprechung der Doppelverpflichtungslehre gefolgt. Die Geschäftsführer einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sollten danach beim Handeln namens der Gesellschaft nicht nur eine Haftung der Gesamthand (mit dem Gesellschaftsvermögen), sondern daneben auch eine Haftung der Gesellschafter persönlich (mit

¹⁹ Vgl. nur *Ulmer* (Fn. 6), § 718 Rn. 30 m.w.N.

²⁰ Vgl. nur *Wiedemann*, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1994, 18.

²¹ *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 1985, § 714 Rn. 10, 29; *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 26 jeweils m.w.N.

²² *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 53; *Hadding* (Fn. 21), § 714 Rn. 38.

²³ *K. Schmidt* (Fn. 7), § 60 III 2; *Wiedemann*, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1975, 42.

²⁴ *Flume* (Fn. 4), S. 325 ff.

²⁵ *Flume* (Fn. 4), S. 343 f.; *Altmeppen*, NJW 1996, 1017 (1026); *ders.*, NJW 2003, 1553 ff..

¹⁶ *Hasenkamp*, DB 2002, 2632.

¹⁷ *Stürner* (Fn. 3), § 705 Rn. 1 a.E.; *Kraft/Kreutz* (Fn. 3), C I 1 d; *Berndt/Boin*, NJW 1998, 2854 ff.; *Larenz* (Fn. 3), § 60 I.

¹⁸ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (994).

ihrem Privatvermögen) begründen.²⁶ Bereits mit seinem Urteil vom 27.9.1999 hat der BGH indes erkennbar gemacht, dass die Haftung der Gesellschafter – auch bei Vertragsschulden der Gesellschaft – eine gesetzliche ist.²⁷ Wenngleich der BGH die Frage der rechtlichen Einordnung der Gesellschafterhaftung noch offen gelassen hat, konnte bereits dieses Urteil als Abkehr von der Doppelverpflichtungslehre verstanden werden. Mit seinem Urteil vom 29.1.2001 hat der BGH sodann „in Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR“ ausdrücklich klargestellt, dass die Gesellschafter akzessorisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Danach ist der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld für die persönliche Haftung maßgebend. Ausdrücklich hat der BGH zudem hervorgehoben, dass das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung der Rechtslage in den Fällen der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128 f. HGB bei der oHG entspricht.²⁸

II. Ergebnis

A, B und C haften danach analog § 128 HGB für die Kaufpreisverbindlichkeit der Sozietät.

Frage 2a: Anspruch des M gegen C auf Ersatz des entstandenen Schadens

§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB, § 128 HGB analog

I. Verbindlichkeit der Sozietät

Die Sozietät könnte dem M vorliegend wegen Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB schadensersatzpflichtig sein.

1. Bestand eines Schuldverhältnisses

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH, die der GbR zumindest beschränkte Rechtsfähigkeit zuerkennt, kommt der Anwaltsvertrag regelmäßig mit der Sozietät als solcher zustande – und nicht mit den einzelnen Mitgliedern derselben.²⁹ So will sich insbesondere der Mandant gerade die Vorteile zu Nutze machen, die ihm eine Sozietät bietet. Die Auslegung kann jedoch ergeben, dass nicht ein Gesamtmandat erteilt wird, sondern lediglich ein Einzelmandat an ein bestimmtes Mitglied der Sozietät.³⁰ Vorliegend ist ein Anwaltsvertrag zwischen M und der Sozietät als solcher zustande gekommen. Der Umstand, dass die Sozietät selbst nicht über die erforderliche Zulassung verfügt, steht ihrer Verpflichtung zu freiberuflichen Leistungen nicht entgegen.³¹ Lediglich die konkre-

ten Leistungen müssen durch einen zur Berufsausübung befähigten Angestellten oder Gesellschafter erbracht werden.³²

2. Pflichtverletzung

a) Pflichten aus dem Anwaltsvertrag

Zur Beratungspflicht des Anwalts hat der BGH in ständiger Rechtsprechung folgende Grundsätze entwickelt:³³ Der um eine Beratung ersuchte Anwalt hat den Mandanten umfassend und erschöpfend zu belehren. Er muss den ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin prüfen, ob er geeignet ist, den vom Mandanten gewünschten Erfolg herbeizuführen. Er hat dem Mandanten den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen, der zu dem angestrebten Ziel führen kann, und ihn über mögliche Risiken und deren Auswirkungen aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann.

Wird einem Rechtsanwalt konkret der Auftrag übertragen, angebliche Rechte seines Mandanten gegen einen Dritten zu verfolgen, so obliegt es ihm zu prüfen, ob dessen Begehren bei dem vorgetragenen Sachverhalt Erfolg haben kann. Ist eine Klage praktisch aussichtslos, so muss der Anwalt von der Klageerhebung abraten. Wünscht der Mandant dennoch die Klage, so muss der Anwalt das Prozessrisiko klar herausstellen. Bleibt der Mandant nach einer solchen eindringlichen Belehrung bei seinem Entschluss, die Klage durchzuführen, so kann der Anwalt dem ohne Verstoß gegen seine Mandatspflicht entsprechen. Auch dann, wenn das Begehren des Mandanten aufgrund einer gut vertretbaren Rechtsauffassung zwar Erfolg haben kann, die Rechtslage aber dennoch zweifelhaft ist, weil sich etwa eine gefestigte Rechtsprechung noch nicht gebildet hat, muss der Anwalt gegenüber seinem Mandanten Zweifel und Bedenken, zu denen die Rechtslage Anlass gibt, darlegen und erörtern und die weiteren Schritte von der nach dieser Belehrung zu treffenden Entscheidung des Mandanten abhängig machen.³⁴

b) Verletzung dieser Pflichten

Vorliegend erfolgte der von B ohne Aufklärung über ein besonderes Risiko gegebene Rat zur Durchführung des Prozesses nicht pflichtgemäß, weil die Rechtslage zu Zweifeln und Bedenken Anlass gegeben hat. Denn es bestand keine Aussicht für die Zuerkennung eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs aus der Verletzung einer Vereinbarung zwischen M und L, dass aus ihrer Lebensgemeinschaft ein Kind nicht hervorgehen und L deshalb empfängnisverhütende Mittel einnehmen solle. Selbst wenn angenommen werden könnte, L habe an der Vereinbarung in dem Bewusstsein mitgewirkt, eine verbindliche rechtsgeschäftliche Erklärung

²⁶ BGHZ 136, 254 (258 f.) = NJW 1997, 2754 m.w.N.

²⁷ BGHZ 142, 315 (318) = NJW 1999, 3483.

²⁸ BGHZ 146, 341 (358) = NJW 2001, 1056.

²⁹ Vgl. hierzu zuletzt nur *Lux*, NJW 2008, 2309 (2310) m.w.N.

³⁰ BGH NJW 2000, 1560 (1561); NJW 2000, 1333 jeweils m.w.N.; vgl. auch *Hartung*, MDR 2002, 1224 ff.

³¹ Für die Freiberufler-GmbH: BGHZ 124, 224 (226) = NJW 1994, 786; BayObLG NJW 1995, 199; für die PartGG: Michalski/Römermann, Kommentar zum PartGG, 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 15.

³² *Heermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 675 Rn. 35; *Lux*, DStR 2008, 1981 (1982).

³³ Zusammenfassend BGH NJW 1992, 1159 (1160); ferner BGH NJW-RR 1999, 19 f.; NJW 1999, 1391; NJW 1998, 900 (901); NJW 1997, 2168 (2169); NJW 1996, 2929 (2931); NJW 1996, 2648 (2649).

³⁴ BGH NJW 1986, 2043 (2044) m.w.N.; vgl. auch BGH NJW 1997, 2168 (2169).

abzugeben, wäre dieses Rechtsgeschäft nicht wirksam, weil der von ihm erfasste engste persönliche Freiheitsbereich einer vertraglichen Regelung entzogen ist.³⁵

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsprechung an den Standard der Rechtskenntnisse, der für die anwaltliche Tätigkeit zu fordern ist, einen relativ strengen Maßstab legt. Über die selbstverständlich notwendige Gesetzeskenntnis hinaus wird verlangt, dass der Anwalt sich über den Stand der neueren Rechtsprechung in den Fachzeitschriften unterrichtet und sich insbesondere an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert, dies vor allem dann, wenn sie als „gefestigt“ angesehen wird.³⁶

3. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Eine Entlastung der Sozietät kommt vorliegend nicht in Betracht. Denn B, dessen Verhalten der Gesellschaft analog § 31 bzw. nach § 278 BGB zuzurechnen ist,³⁷ hat die vorprozessuale Beratungspflicht schuldhaft verletzt, weil er die ihm als Rechtsanwalt im Rahmen des Mandatsvertrages obliegenden Sorgfaltspflichten außer Acht gelassen hat (§ 276 Abs. 2 BGB). Er hat allgemeine rechtswissenschaftliche Methoden bei der Prüfung der Erfolgsaussichten nicht beachtet und daher die rechtliche Zweifelhaftigkeit des eingeklagten Anspruchs nicht erkannt. Er hat den M nicht auf das erhebliche Risiko des Rechtsstreits hingewiesen und in ihm sogar die Vorstellung geweckt, der Anspruch stehe ihm „laut Rechtsprechung“ zu.

4. Schaden

Durch den pflichtwidrigen Rat des B zur Durchführung des Prozesses ist dem M ein Schaden in Gestalt der Belastung mit den Prozesskosten entstanden. Diesen Schaden muss ihm die Sozietät nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB ersetzen.

II. Anwendbarkeit des § 128 HGB auf Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen

Der *II. Zivilsenat* des BGH³⁸ hatte in jüngerer Zeit in einem Urteil in Anlehnung an die Bestimmung des § 8 Abs. 2 PartGG die Frage aufgeworfen, ob der Grundsatz der persönlichen Gesellschafterhaftung auch auf Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen Anwendung findet. Zwar zeige die Bestimmung des § 8 Abs. 1 PartGG, die eine § 128 ff. HGB entsprechende Haftung normiert, dass aus Sicht des Gesetzgebers keine Bedenken bestünden, die Angehörigen freier Berufe grundsätzlich einer Haftung zu unterwerfen, die derjenigen des Gesellschafters einer oHG gleicht. Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen nehmen dabei, wie

die Bestimmung des § 8 Abs. 2 PartGG zeigt, eine Sonderstellung ein. Danach haften, wenn nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst waren, nur diese neben der Partnerschaft für berufliche Fehler. Im konkreten Fall konnte der BGH die Frage, ob der Grundsatz der persönlichen Gesellschafterhaftung auch für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen gilt, unbeantwortet lassen, da dies für die zu treffende Entscheidung unerheblich war.

Die vom *II. Zivilsenat* des BGH angedachte Ausnahme von der persönlichen Gesellschafterhaftung für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen ist jedoch, wie jüngst auch der *IX. Zivilsenat* des BGH bestätigt hat,³⁹ nicht anzuerkennen.⁴⁰ Auch für diese Verbindlichkeiten greift die persönliche Gesellschafterhaftung analog §§ 128 ff. HGB. Es ist kein Grund ersichtlich, die Mitglieder freiberuflicher Sozietäten gegenüber anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu privilegieren. Einer generellen Haftungsprivilegierung von Sozien stehen insbesondere die speziellen Bestimmungen der § 8 Abs. 2 PartGG, § 51a BRAO entgegen. Diesen Regelungen ist die Wertung zu entnehmen, dass, wer in den Genuss einer Haftungsprivilegierung kommen möchte, eine Partnerschaftsgesellschaft gründen muss (§ 8 Abs. 2 PartGG) oder eine Haftungsbeschränkung mit seinem Auftraggeber vertraglich vereinbaren muss (§ 51a BRAO).

III. Ergebnis

C muss für die Schadensersatzverbindlichkeit der Sozietät analog § 128 HGB einstehen.

Frage 2b: Anspruch auf Einsichtnahme in die Handakten des B, §§ 666, 675, 611 BGB

Ein Anspruch auf Einsicht in die Handakten des B könnte aus §§ 666, 675, 611 BGB folgen.

I. Einordnung des Anwaltsvertrags als Geschäftsbesorgungsvertrag

Die entgeltliche Geschäftsbesorgung ist nach h.M. dadurch gekennzeichnet, dass sich der Geschäftsbesorger gegenüber dem Geschäftsherrn dazu verpflichtet, eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auszuführen.⁴¹ Nur bei einer selbstständigen Wahrnehmung fremder Interessen innerhalb einer fremden Vermögenssphäre, also vornehmlich bei Angelegenheiten, die wahrzunehmen grundsätzlich Sache des Vermögensinhabers ist, wird im Gegensatz zu gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen die Anwendung der genannten Auftrags-

³⁵ BGH NJW 1986, 2043 (2044 f.).

³⁶ Eingehend dazu BGH NJW 1993, 3323 (3324) m.w.N.; vgl. auch BGH NJW 2004, 3487; NJW-RR 2002, 1212 (1213); NJW 2001, 675 (678).

³⁷ Zum Verhältnis zwischen der Haftung für Organverschulden und § 278 BGB bei Verletzung vertraglicher Pflichten s. K. Schmidt (Fn. 7), § 10 IV 3 (S. 276 ff.) m.w.N.

³⁸ BGH NJW 2003, 1803.

³⁹ BGH NJW 2007, 2490 (2492 f.).

⁴⁰ Ausführlich zu dieser Frage Lux, NJW 2003, 2806; vgl. auch Ulmer, ZIP 2003, 1113 (1119).

⁴¹ BGHZ 45, 223 (228 f.); BGH DB 1959, 168; BGH NJW 1989, 1216 (1217); BGH NJW-RR 1992, 560; Martinek, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 675 Rn. A 9; Häuser/Welter, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2000, § 675 Rn. 2; Sprau (Fn. 14), § 675 Rn. 2.

vorschriften gerechtfertigt sein.⁴² Gleichsam das Paradigma eines solchen Geschäftsbesorgungsvertrages ist der Anwaltsvertrag.

II. Rechenschaftspflicht des § 666 BGB

Auf den Anwaltsdienstvertrag findet nach § 675 Abs. 1 BGB auch die Bestimmung des § 666 BGB Anwendung. Danach ist der Rechtsanwalt verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Der Begriff „Rechenschaft“ umfasst dabei allgemein die Pflicht des Beauftragten, in verkehrüblicher Weise die wesentlichen Einzelheiten seines Handelns zur Auftragsausführung darzulegen und dem Auftraggeber die notwendige Übersicht über das besorgte Geschäft zu verschaffen. Dabei sind dem Auftraggeber auch Belege, soweit üblich und vorhanden, vorzulegen; diese Vorlagepflicht des Rechtsanwalts ist die Grundlage für den Anspruch des Auftraggebers auf Einsicht in die Handakten.^{43, 44}

III. Ergebnis

M hat nach §§ 666, 675, 611 BGB einen Anspruch auf Einsicht in die Handakten des B.

Frage 3: Anspruch des V aus § 535 BGB, § 128 HGB analog

Analog § 128 HGB haben die Sozien für die Mietverbindlichkeiten der Sozietät gegenüber V einzustehen. Angesichts des Ausscheidens des A aus der Sozietät und des Eintritts des D ist allerdings fraglich, ob auch diese beiden haften.

A. Anspruch des V gegen A

I. Miete für die sechs Monate bis zum Ausscheiden des A

Hinsichtlich der Miete für die sechs Monate bis zum Ausscheiden des A war dieser jeweils zum Zeitpunkt der Entstehung der einzelnen Schuldverhältnisse Sozios und haftet folglich für diese Verbindlichkeiten analog § 128 HGB. Ist die Haftung eines Gesellschafters analog § 128 HGB erst einmal begründet, haftet er auch nach seinem Ausscheiden aus einer GbR für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich fort. § 736 Abs. 2 BGB setzt diese Nachhaftung unverkennbar voraus, indem er die für Personenhandelsgesellschaften geltenden Regelungen über die Begrenzung der Nachhaftung, also § 160 HGB, für sinngemäß anwendbar erklärt.

II. Miete für die sechs Monate nach dem Ausscheiden des A

Altschulden sind dabei nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich auch Verpflichtungen, deren Rechtsgrund noch vor dem Ausscheiden gelegt ist, auch wenn weitere Voraussetzungen erst später erfüllt werden.⁴⁵ So ist bei Dauerschuldverhältnissen die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits in dem Vertrag selbst angelegt mit der Folge, dass diese Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluss als entstanden anzusehen sind, auch wenn einzelne Verpflichtungen erst später fällig werden.⁴⁶

Damit aber ein ausgeschiedener Gesellschafter nicht zeitlich unbegrenzt mit einer Haftung für Verbindlichkeiten belastet wird, obwohl er wegen seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch von den Gegenleistungen und sonstigen Erträgen profitieren kann, hat die Rechtsprechung korrigierend eingegriffen und die Nachhaftung des ausscheidenden Gesellschafters auf der Grundlage der so genannten Kündigungstheorie begrenzt. Danach bestand bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen eine Nachhaftung nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger der Gesellschafter frühestens kündigen konnte. Dies setzte allerdings dessen Kenntnis vom Ausscheiden voraus.⁴⁷ V wurde vorliegend durch das Rundschreiben über das Ausscheiden des A informiert. Mit Blick auf die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist hätte A auf Grundlage der Kündigungstheorie also noch für drei Monatsmieten nach seinem Ausscheiden einzustehen.

Nach Inkrafttreten des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes besteht für ein solches Korrektiv jedoch keine Veranlassung mehr. Denn der Gesetzgeber hat mit § 160 HGB eine umfassende Regelung des Problems der Nachhaftungsbegrenzung vorgenommen. Er hat dabei die Rechtsprechung zu dem alten Recht gesehen sowie berücksichtigt und wollte dabei auch die Dauerschuldverhältnisse einbezogen wissen.⁴⁸ Damit hat der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit für alle Verbindlichkeiten einheitlich den Weg einer klar festgelegten Ausschlussfrist gewählt. Mit diesem Weg hat er nach Ansicht des BGH zugleich die Interessen der Beteiligten in einer Weise berücksichtigt und ausgeglichen, die zwar fraglos gewisse Härten mit sich bringt, aber letztlich für keinen der jeweils Beteiligten als unzumutbar anzusehen ist. Der BGH hält daher an der so genannten Kündigungstheorie nicht mehr fest.⁴⁹ Da die in § 160 HGB vorgesehene Ausschlussfrist von fünf Jahren noch nicht abgelaufen ist, hat A noch für die sechs Monatsmieten einzustehen.

⁴² Zum Streitstand vgl. *Heermann* (Fn. 32), § 675 Rn. 2 ff.; *Lux*, *GesR* 2004, 6 f.

⁴³ BGH *NJW* 1990, 510 (511).

⁴⁴ Die Bestimmung des § 50 Abs. 3 BRAO, auf die hier nicht näher einzugehen war, schränkt die Herausgabepflicht dagegen ein, setzt eine solche ersichtlich voraus.

⁴⁵ BGHZ 55, 267 (269 f.) = *NJW* 1971, 1268; BGHZ 142, 324 (329) = *NJW* 2000, 208; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, *Kommentar zum HGB*, 33. Aufl. 2008, § 128 Rn. 29.

⁴⁶ BGHZ 142, 324 (329) = *NJW* 2000, 208; vgl. auch BGH *NJW* 2002, 2170 (2171).

⁴⁷ BGHZ 142, 324 (330) = *NJW* 2000, 208.

⁴⁸ *BT-Drs.* 12/1868, S. 8.

⁴⁹ BGHZ 142, 324 (330 f.) = *NJW* 2000, 208; vgl. auch BGH *NJW* 2002, 2170 (2171).

III. Ergebnis

A kann für sämtliche Mietrückstände in Anspruch genommen werden (§ 535 BGB, § 128 HGB analog, § 736 Abs. 2 BGB, § 160 HGB).

B. Anspruch des V gegen D

I. Miete für die sechs Monate nach Eintritt des D

In Bezug auf die sechs Monatsmieten ab Eintritt des D in die Sozietät ist seine Haftung unproblematisch analog § 128 HGB zu begründen.

II. Miete für die sechs Monate vor Eintritt des D

Im Gegensatz zur Haftung ausscheidender Gesellschafter enthalten die §§ 705 ff. BGB keine Regelung in Bezug auf die Haftung neu eintretender Gesellschafter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft. Auf der Grundlage der früher von der Rechtsprechung vertretenen Doppelverpflichtungslehre hatte sich der BGH zu der Frage der persönlichen Haftung des neu eingetretenen Gesellschafters einer GbR zunächst ablehnend geäußert.⁵⁰ Mangels rechtsgeschäftlicher Verpflichtung kam eine persönliche Inanspruchnahme des neuen Gesellschafters nicht in Betracht. Eine Analogie zu §§ 128 ff. HGB wurde dabei wegen der unterschiedslosen Strenge der handelsrechtlichen Haftungsbestimmungen ausdrücklich abgelehnt. Der Altgläubiger verdiene regelmäßig nicht den Schutz der Mithaftung des neu eingetretenen Gesellschafters, weil er nur auf die Leistungsfähigkeit der bisherigen Gesellschafter vertrauen dürfe.⁵¹

Bedingt durch die Wende in der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁵² zur GbR schien die Frage der Haftung des neuen Gesellschafters für Altverbindlichkeiten gleichwohl zumindest seit dem 29.1.2001 wieder offen. Denn der BGH hatte in Abkehr von seiner früheren Linie ausdrücklich festgestellt, dass das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters demjenigen bei der oHG entspricht (Akzessorietät). Ob insofern allerdings auch § 130 HGB analoge Anwendung findet, hatte der BGH nicht entschieden. Denn allein in Bezug genommen wurden §§ 128 f. HGB. Von der Verwendung eines „ff.“ hatte der BGH jedoch abgesehen.⁵³ In Schrifttum⁵⁴ und in-

stanzgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁵ wurden in der Folgezeit diesbezüglich unterschiedliche Ansichten vertreten.⁵⁶ Nach einer sich auf den Willen des historischen Gesetzgebers berufenden Ansicht soll § 130 HGB vornehmlich den Gesellschaftern untereinander die Abrechnung der Gesellschaftsschulden erleichtern. Die Gesellschaft könne nicht bei jedem Eintritt eine Abrechnung vornehmen, um zu ermitteln, für welche Schulden der neue Gesellschafter zu haften habe.⁵⁷ Nach überwiegender Ansicht liegt der Zweck des § 130 HGB dagegen in der Sicherung der Gläubiger.⁵⁸ Im Vertrauen auf die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft unterscheiden diese regelmäßig nicht zwischen Alt- und Neugesellschaftern. Es ist ihnen daher weder möglich noch zumutbar, bei Begründung sowie bei Fälligkeit ihrer Forderung den aktuellen Gesellschafterbestand zu ermitteln. Dem Rechtsverkehr soll mithin ein gleichmäßiger Zugriff auf alle Gesellschafter eröffnet werden, ohne bei Inanspruchnahme eines Mitglieds dem Einwand ausgesetzt zu sein, dieser sei zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht Gesellschafter gewesen. § 130 HGB sichert mithin neben dem in §§ 128, 129 HGB statuierten inhaltlichen Gleichlauf den zeitlichen Gleichlauf von Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung.⁵⁹

Mit seinem Urteil vom 7.4.2003⁶⁰ hat sich der BGH dem überwiegenden Schrifttum angeschlossen und entschieden, dass der in eine GbR eintretende Gesellschafter entsprechend der Regelung des § 130 HGB für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen hat. Eine solche Haftung entspreche dem Wesen der Personengesellschaft sowie – damit innerlich zusammenhängend – einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung. Mit der Annahme einer Mithaftung des neu eingetretenen Gesellschafters für Altverbindlichkeiten ergänzt der BGH „in rechtspraktisch und methodisch folgerichtiger Weise die Rechtsprechung [...], wonach bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft derjenigen bei der oHG entspricht“.⁶¹ Damit trägt der BGH dem Umstand Rechnung, dass sich der Übergang von einer gewerblich tätigen GbR zu einer oHG und umgekehrt nach den Bestimmungen der §§ 1 Abs. 2, 105 Abs. 1 HGB gewissermaßen fließend gestaltet. Dies gebietet eine Gleichbehandlung von GbR und oHG. Eine unterschiedliche Haftungsver-

⁵⁰ BGHZ 74, 240 (241 ff.) = NJW 1979, 1821; vgl. auch BGH MDR 1988, 575; NJW 1992, 1501; BAG NJW 1988, 222 (223).

⁵¹ BGHZ 74, 240 (242 f.) = NJW 1979, 1821.

⁵² Vgl. BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

⁵³ Vgl. BGHZ 146, 341 (358) = NJW 2001, 1056.

⁵⁴ Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum die Darstellungen von K. Schmidt, NJW 2001, 993 (999); Habersack, BB 2001, 477 (482); Ulmer, ZIP 2001, 585 (598); Wiedemann, JZ 2001, 661 (664); Hadding, ZGR 2001, 712 (740); Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973 (978); Scholz, NZG 2002, 153 (162 f.); Lange, NZG 2002, 401 ff.; ders., NJW 2002, 2002 f.; Baumann/Rößler, NZG 2002, 793 ff.; Bruns, ZIP 2002, 1602 ff.; Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2634 ff.); Elsing, BB 2003, 909 (915).

⁵⁵ OLG München, NZG 2000, 477 (478); OLG Hamm, NZG 2002, 282; OLG Düsseldorf, NZG 2002, 284.

⁵⁶ Vgl. ausführlich Lange, NZG 2002, 401 (405); Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2635).

⁵⁷ Wertenbruch (Fn. 7), S. 55 f.; Baumann/Rößler, NZG 2002, 793 (795).

⁵⁸ Hopt (Fn. 45), § 130 Rn. 1; Emmerich, in: Heymann, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 1996, § 130 Rn. 1; K. Schmidt, in: Schlegelberger, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 1992, § 130 Rn. 1, 14 f.; Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2635); Ulmer, ZIP 2001, 585 (598).

⁵⁹ Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2635).

⁶⁰ BGH NJW 2003, 1803.

⁶¹ BGH NJW 2003, 1803 (1805).

fassung würde, wie der BGH zu Recht hervorhebt, zu erheblicher Unsicherheit führen.⁶²

D kann danach analog §§ 130, 128 HGB auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden.

III. Ergebnis

D ist dem V zur Zahlung sämtlicher Mietrückstände verpflichtet (§ 535 BGB, §§ 128, 130 HGB analog).

Frage 4: Haftungsbeschränkung durch Firmierung als „GbR mbH“

Eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist grundsätzlich möglich. Fraglich ist allerdings, wie diese Beschränkung zu erfolgen hat.

I. Akzessorietätstheorie

Nach der Akzessorietätstheorie ist eine Haftungsbeschränkung nur durch eine Einzelvereinbarung möglich. Denn § 128 HGB bietet gerade keine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch Beifügung eines Namenszusatzes.

II. Doppelverpflichtungslehre

Nach der Doppelverpflichtungslehre verpflichtet ein Gesellschafter kraft der ihm zustehenden Vertretungsmacht grundsätzlich auch seine Mitgesellschafter. Ist die Vertretungsmacht gesellschaftsvertraglich darauf beschränkt, nur die Gesellschaft mit ihrem gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögen, nicht aber die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen zu verpflichten, muss dies auf jeden Fall nach außen erkennbar werden, weil der Rechtsverkehr auf die unbegrenzte Mithaftung als Regelfall vertraut; gegebenenfalls greifen die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht ein.⁶³ Streitig war daher, wie eine Haftungsbeschränkung vereinbart werden muss, um wirksam zu sein.

Nach überkommener Auffassung war eine Haftungsbeschränkung auch durch Beifügung eines die Haftungsbeschränkung andeutenden Namenszusatzes möglich. Denn für den Vertragspartner sei die insoweit fehlende Vertretungsmacht des Handelnden erkennbar, so dass auch der Rechtschein einer persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter nicht entstehe.⁶⁴

In seiner Entscheidung vom 27.9.1999 hat der BGH⁶⁵ sich von dieser Ansicht distanziert und entschieden, dass eine wirksame Beschränkung der Haftung der Gesellschafter einer GbR nicht durch einen entsprechenden Namenszusatz oder einen anderen Hinweis erreicht werden kann, der den Willen verdeutlicht, nur beschränkt zu haften. Dies sei nur im Wege

einer mit dem Vertragspartner individualvertraglich getroffenen Vereinbarung möglich. Zur Begründung wird maßgeblich darauf abgestellt, dass eine Haftungsbeschränkung durch einseitigen Akt der Gesellschaft entgegen dem System des geltenden Rechts im Ergebnis wie die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform wirken würde, bei der Gläubigern nur das – ungesicherte – Gesellschaftsvermögen haftet. So bestünde die Gefahr der Umgehung der besonderen Vorschriften bei Gesellschaften mit auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung (GmbH, AG), wie z. B. Gründungs- und Mindestkapitalvorschriften (z. B. § 5 Abs. 1 GmbHG), Kapitalerhaltungsregeln (vgl. §§ 30 ff. GmbHG) und Publizitätspflichten, die als Preis für die Haftungsbeschränkung gesehen werden. Daher bestehe auch kein praktisches Bedürfnis für eine Gesellschaftsform der „GbR mbH“. Denn das Gesetz lasse die Wahl einer anerkannten Gesellschaftsform mit Haftungsbeschränkung zu, zuletzt sogar für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Personengesellschaften als KG (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2) sowie für die freien Berufe (§ 8 Abs. 2, 3 PartGG).

IV. Ergebnis

Eine Haftungsbeschränkung durch die bloße Firmierung als „GbR mbH“ ist nicht möglich.

Frage 5: Anspruch des U gegen B, C und D aus § 631 BGB

A. Haftung analog § 128 HGB

I. Anwendbarkeit des § 128 HGB analog

Die persönliche Haftung der Sozien könnte vorliegend ausgeschlossen sein, weil der Vertrag mit U im Namen der „B, C, D Rechtsanwalts-gesellschaft mbH“ abgeschlossen wurde, und zwar nach der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, mithin im Stadium der so genannten Vor-GmbH. Nach der Rechtsprechung des BGH⁶⁶ haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH im Regelfall für Verluste der Gesellschaft nur anteilig entsprechend ihrem Geschäftsanteil, also nicht gesamtschuldnerisch. Diese als Innenhaftung ausgestaltete einheitliche Gründerhaftung ist entweder eine Verlustdeckungshaftung gegenüber der Vor-GmbH oder eine Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung) gegenüber der eingetragenen GmbH. In beiden Fällen müssen die Gläubiger einen Titel gegen die Gesellschaft erwirken und aus diesem Titel die gegen die Gründergesellschaft gerichteten anteiligen Einzelansprüche der (Vor-)GmbH pfänden.

Offen gelassen hatte der BGH bisher allerdings, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH unmittelbar nach den Grundsätzen der Haftung in der GbR bzw. oHG in Anspruch genommen werden können, wenn sie ihre Eintragungsabsicht nachträglich aufgeben. Diese Frage hat der BGH nun bejaht.⁶⁷ Die Sachlage ist den Fällen gleichzustellen, in denen die handelnden Personen von Anfang an nicht die Absicht gehabt haben, die GmbH eintragen zu lassen (sog. unechte Vor-GmbH). Für diese Fälle ist in der Rechtsprechung seit

⁶² BGH NJW 2003, 1803, (1805).

⁶³ Vgl. nur *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 36 f.

⁶⁴ BGHZ 61, 59 (67); 113, 216 (219) = NJW 1991, 922; BGH NJW-RR 1990, 701 (702); NJW-RR 1990, 867; *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 39; a.A. *Heermann*, BB 1994, 2421 (2424 f).

⁶⁵ BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; bestätigt von BGH NJW-RR 2005, 400 (401).

⁶⁶ BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

⁶⁷ BGHZ 152, 290 = NJW 2003, 429.

langem anerkannt, dass eine persönliche Haftung der Gesellschafter wie in der GbR oder der oHG besteht.⁶⁸ Nach aufgegebenener Eintragungsabsicht ist nämlich der einzige Grund dafür entfallen, den Gläubigern der Vorgesellschaft zu versagen, die Gründer persönlich in Anspruch zu nehmen, der darin liegt, dass die Kapitalgesellschaft notwendig ein Vorstadium durchlaufen muss und deren Gläubiger erwarten dürfen, sich wegen ihrer Ansprüche an eine alsbald entstehende GmbH mit einem gesetzlich kontrollierten und garantierten, notfalls auf dem Wege der Unterbilanzhaftung aufzufüllenden Haftungsfonds halten zu können.⁶⁹ Entfällt diese Voraussetzung, müssen die Gründer die Geschäftstätigkeit sofort einstellen und die Vorgesellschaft abwickeln, wenn sie es vermeiden wollen, nicht nur wegen der neuen, sondern auch wegen der bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Vor-GmbH persönlich und gesamtschuldnerisch zu haften.⁷⁰

II. Ergebnis

Für die Werklohnverbindlichkeit der Sozietät haften die Sozisten analog § 128 HGB.

B. Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG

In Betracht kommt zudem die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG.⁷¹ Allerdings setzt diese Bestimmung gerade ein Handeln im Stadium der Vor-GmbH voraus. Mit Aufgabe der Eintragungsabsicht besteht aber keine Vor-GmbH mehr, so dass eine Haftung des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG nicht mehr begründet werden kann.⁷²

⁶⁸ BGHZ 22, 240 = NJW 1957, 218; BGHZ 51, 30 (32) = NJW 1969, 509; *Ulmer*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, Kommentar zum GmbHG, 2005, § 11 Rn. 26; *Lutter/Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 11 Rn. 19; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 11 Rn. 32.

⁶⁹ BGHZ 80, 129 (142) = NJW 1981, 1373.

⁷⁰ BGHZ 152, 290 (294 f.) = NJW 2003, 429.

⁷¹ Auch für die unechte Vorgesellschaft erwogen von *Hueck/Fastrich* (Fn. 68), § 11 Rn. 33.

⁷² *Michalski*, in: *Michalski*, Kommentar zum GmbHG, 2002, § 11 Rn. 81.