

Die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Eine Fallstudie

Von Wiss. Mitarbeiter **René Kliebisch**, Jena*

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist von enormer Prüfungsrelevanz. Die GbR als Grundform der Personengesellschaft eignet sich gut für die Erörterung gesellschaftsrechtlicher Fragen in Klausuren. Ebenso bietet sich eine Verknüpfung mit allgemeinen Fragen des Zivilrechts an, die für die Konzeption einer Examensklausur reizvoll ist. Besonderes Gewicht besitzt in diesem Zusammenhang die Frage nach der Haftung der GbR-Gesellschafter. Wurde an dieser Stelle vormals insbesondere die Frage nach der Rechtsfähigkeit der GbR intensiv diskutiert, hat sich der Fokus in den letzten 10 Jahren auf die Frage nach der Reichweite der analogen Anwendung der §§ 128 ff. HGB auf die GbR verlagert. Der folgende Beitrag erörtert die wichtigsten Probleme der Gesellschafterhaftung in der GbR in Gestalt von Grundfällen und liefert zum Einstieg eine dogmatische Basis, an Hand der das Verständnis für die Problemfälle sensibilisiert werden soll.

I. Einführung

Die Frage der Rechtssubjektivität der GbR wurde in der Literatur bereits vor der einschneidenden Rechtsprechung des BGH teilweise bejaht.¹ Welche Folgen aber mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft durch die Entscheidung „ARGE Weißes Ross“² einhergehen war und ist, auch zehn Jahre nach der Anerkennung der Rechtssubjektivität der Außen-GbR, teilweise immer noch umstritten.³

1. Entwicklung: Vom Objekt zum Subjekt

Die GbR ist so alt wie das BGB selbst. Anders als die offene Handelsgesellschaft (oHG) steht bei der GbR das Interesse des einzelnen Gesellschafters im Vordergrund, da nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers die Gesellschafter als natürliche Personen Träger der gesellschaftsbezogenen Rechte und Pflichten sind.⁴ So orientierte sich traditionell auch die Einordnung der Außen-GbR am Normtext von 1900. Danach wurde die GbR als auf einer vertraglichen Grundlage basierendes Schuldverhältnis der Gesellschafter, denen im Rahmen des sozialen Moments das Gesellschaftsvermögen als Objekt (Sondervermögen) zur gesamten Hand zu stand, beurteilt. Handlungen für die GbR führten zur ge-

samtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter §§ 421, 427 BGB. Soweit Ansprüche gegen die GbR im Raum standen, mussten daher die Gesellschafter verklagt werden, um schließlich die Vollstreckung aus § 736 ZPO zu betreiben.⁵ Praktische bedenken, insbesondere der Gesellschafterwechsel oder auch der Rechtsformwechsel von GbR zur oHG, führten schon früh zu anderen Strömungen, die sich insbesondere in der von Flume entwickelten „Gruppen-Lehre“ zu einem Modell entwickelten, welches die gesellschaftsrechtlich verbundenen Gesellschafter der GbR als Rechtssubjekt apostrophierte, auf die dann gleich der oHG und KG die Regeln der §§ 124, 128 ff. HGB anzuwenden sein.⁶ Damit konnte der Personenverband unabhängig von seiner Konstitution als Gesamthand betrachtet werden. Diese damals noch exklusive Ansicht sollte sich in der Rechtsprechung erst im Laufe der Jahre durchsetzen. Mit der Etablierung der Doppelverpflichtungslehre, die sowohl die GbR als auch die Gesellschaftsschuldner als eigenständige Haftungssubjekte dergestalt begreift, dass der handelnde Gesellschafter sowohl die GbR als auch die Gesellschafter verpflichtet, erkannte der BGH zunächst die Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR an.⁷ Grundlegend für die systematische Änderung des Haftungskonzepts, kraft richterlicher Rechtsfortbildung,⁸ war dann das schon erwähnte BGH-Urteil ARGE Weißes Ross.⁹ Während der BGH in einer früheren Entscheidung die dogmatische Begründung zur Abkehr der grundsätzlich persönlichen Haftung der Gesellschafter hin zur „Gruppenlehre“ ausdrücklich offen ließ,¹⁰ konstruierte er nunmehr ein neues Konzept, durch welches auch die Gesellschafter Schuldner einer (Gesellschafts-)Verbindlichkeit sind, soweit die Gesellschaft wirksam verpflichtet wurde (Akzessorietät).

Canaris wertet diesen dogmatischen Umschwung gar als die „spektakulärste richterliche Rechtsfortbildung seit in Kraft treten des BGB“.¹¹ Deren Zulässigkeit ließ er allerdings nicht außer Zweifel.¹² Ihren vorläufigen Abschluss fand diese Entwicklung wohl durch die Rechtsprechung des BGH zur Deliktshaftung und durch die Anerkennung der Altschuldnerhaftung.¹³ Der früher überwiegend – auch vom BGH selbst –

* René Kliebisch ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht und Medienrecht (Prof. Dr. Alexander) an der Friedrich-Schiller-Universität zu Jena.

¹ Schmidt, NJW 2001, 993; Flume ZHR 136 (1972), 177; Hüffer, in: Festschrift für Walter Stimpel, 1985, S. 165 (S. 168).

² BGHZ 146, 341; zuvor bereits BGHZ 142, 315.

³ Gegen eine pauschale Anerkennung der Rechtsfähigkeit aller Außen-GbR Reuter, AcP 207 (2007), 673 (681 ff.) m.w.N.

⁴ Zuletzt dazu Weller, in: Festschrift für G.-H. Roth, 2011, S. 881 (S. 884).

⁵ Dazu Aderhold, Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft, 1981, S. 74 ff., 192 ff.

⁶ Flume, ZHR 136 (1972), 177 (187 ff.); zusammenfassend auch BGHZ 146, 341 (344 ff.).

⁷ BGHZ 74, 240 (242); 79, 374 (377); 117, 168 (176); 136, 254 (257 f.); zur Gesellschaftsfähigkeit der GbR BGHZ 78, 311 (313) und BGHZ 118, 89 (99); zur Scheckfähigkeit der GbR BGHZ 136, 254 (257).

⁸ Auch wenn die Vorarbeit im Wesentlichen durch die Literatur angestoßen wurde ist das Konzept dennoch der Rechtsfortbildung zuzuschreiben.

⁹ BGHZ 146, 341 (344 ff.).

¹⁰ BGHZ 142, 315.

¹¹ Canaris, ZGR 2004, 69.

¹² Canaris, ZGR 2004, 69 (116 ff.); Armbrüster, ZGR 2005, 34 (61).

¹³ BGH ZIP 2003, 664; BGH ZIP 2003, 899.

vertretenen Doppelverpflichtungslehre¹⁴ ist eine klare Absage erteilt. Wird ein Vertrag im Namen einer Außen-GbR geschlossen, so wird allein diese selbst Vertragspartei und kann Schuldnerin jeglicher Ansprüche werden, die nicht höchstpersönlicher Art sind. Die Gesellschafter, die nach der Doppelverpflichtungslehre auch Vertragspartner wurden, sind damit nicht von der persönlichen Haftung freigestellt. Die mit Aufgabe der Doppelverpflichtungslehre entstandene Lücke wird durch eine analoge Anwendung der §§ 128 ff. HGB geschlossen. Die Gesellschafterhaftung wird dadurch, wie noch aufgezeigt werden wird, im Ergebnis sogar erweitert.

2. Auswirkungen und Reichweite der Entwicklung

Anders als im Kapitalgesellschaftsrecht gibt es im Recht der GbR keine gesetzlich normierte Haftungsverfassung für Gesellschafter und Geschäftsführer.¹⁵ Die Gesellschafter haften akzessorisch, soweit die Gesellschaft verhaftet ist und die Haftung keine Ansprüche höchstpersönlicher Art betreffen.¹⁶ Der Inhalt der Gesellschafterhaftung beschränkt sich also bei vertretbaren Leistungen auf Erfüllung, im Übrigen auf Ersatz in Geld.¹⁷ Die damit verbundenen Folgefragen sind jedoch noch nicht abschließend geklärt. So stellt sich die Frage, ob auch beitretende Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, die bereits bei ihrem Beitritt begründet waren; ob eine Haftung der Gesellschafter besteht, soweit ein Gesellschafter eine deliktische Handlung begeht; ob die Gesellschafter auch dann haften, wenn sie bereits aus der Gesellschaft ausgetreten sind, aber der Austritt nicht öffentlich bekannt gemacht wurde. Es ergeben sich auch praktische Folgefragen; so waren sich die Instanzgerichte beispielsweise uneins, ob eine GbR grundbuchfähig sein kann.¹⁸ Der BGH hat diese Frage mittlerweile entschieden¹⁹ und der Gesetzgeber daraufhin entsprechend reagiert, vgl. § 47 Abs. 2 GBO.²⁰ Die GbR kann also auch grundbuchrechtliche Rechtsgeschäfte abschließen (Gründerwerbssfähigkeit) und in das Grundbuch eingetragen werden (Eintragungsfähigkeit).²¹ Der durch diese Novelle ebenso eingeführte § 899a BGB birgt indes einige bisher ungelöste Fallstricke, die hier nicht Gegenstand

¹⁴ Ausführlich dazu *Funke/Falkner*, Jura 2004, 721 (722).

¹⁵ Zur Geschäftsführerhaftung in der GmbH siehe umfassend *Kindler*, Jura 2006, 364.

¹⁶ So können Gesellschafter nicht verpflichtet werden eine Willenserklärung der Gesellschaft über § 128 HGB analog abzugeben BGH NJW 2008, 1378; dazu *Reiff*, LMK 2008, 259890.

¹⁷ *Funke/Falkner*, Jura 2004, 721 (726).

¹⁸ Ablehnend BayObLG ZIP 2002, 2175 (2176); im Anschluss an BGH MDR 2007, 285 befürwortend hingegen OLG Stuttgart ZIP 2007, 419.

¹⁹ BGH NJW 2009, 594.

²⁰ Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) v. 11.8.2009, BGBl. I 2009, S. 2713.

²¹ *Wagner*, ZIP 2005, 637 (645); so jüngst auch KG NJW 2008, 3444 mit Vorlagebeschluss zum BGH.

sein sollen, aber für Examenskandidaten unbedingt empfehlenswert sind.²²

Ein sicheres beherrschen dieser Folgefragen setzt aber zunächst die Beherrschung der Grundfragen voraus, die im folgenden Teil an Hand eines Fallstudiums vertieft werden.

II. Haftungsverfassung der GbR: Die analoge Anwendung der §§ 128 ff. HGB

Die Rechtsprechung hat Klarheit bezüglich der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR gebracht. Weitgehend schwieriger ist jedoch die Fragestellung, welche Normen des Rechts der oHG nun tatsächlich entsprechend anzuwenden sind.

1. Die Analogie

Das rechtliche Konstrukt der analogen Anwendung stellt sich in der gutachterlichen Falllösung gewissermaßen als Vorfrage, obgleich keine vom Fall und Gutachten losgelöste Prüfung erfolgen darf, sondern vielmehr eine inzidente Prüfung, an den virulenten Prüfungspunkten, die Regel ist. Dabei sind oft Unsicherheiten bezüglich Inhalt und Umfang einer solchen Begutachtung auszumachen.

a) Voraussetzungen der Analogie

Die Analogie lässt sich auf zwei unterschiedliche Grundlagen stützen: Die eine verlangt eine Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage (Ähnlichkeitsschluss), währenddessen sich der Analogieschluss auch aus Art. 3 GG herleiten lässt (Gleichheitsschluss).²³

Die Übertragung einer für einen Tatbestand ähnlichen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten ihm ähnlichen Tatbestand gründet auf der Gleichbewertung ähnlicher Tatbestände im Wege eines im Gesetz angelegten Prinzips.²⁴ Häufig bedarf es dazu keiner Gesamtanalogie, es genügt die Klarstellung der einer einzelnen Gesetzesbestimmung zu Grunde liegenden *ratio legis*, die auf einen weiteren Kreis von Fällen anwendbar ist als den lediglich gesetzlich normierten.²⁵ Diese juristische Methode vermag es, offene Gesetzeslücken durch entsprechende Anwendung zu schließen. Klassischer Weise ist der Ähnlichkeitsschluss für das Gutachten zur Begründung der Analogie empfehlenswert. Während das Grundgesetz erst im Jahre 1949 verabschiedet wurde, existieren große Teile des Zivilrechts seit der Jahrhundertwende 19./20. Jahrhundert und der Analogieschluss bereits seit dem römischen Recht. Daher wirkt der Gleichheitsschluss, obwohl der in Art. 3 GG niedergelegte Gleichheitssatz auch vor Verab-

²² Vgl. etwa zum gutgläubigen Erwerb *Teichmann/Schaub*, JuS 2011, 723; zur Entwicklung des § 899a BGB *Altmeppen*, NJW 2011, 1905 (1906 ff.); zur Registerpublizität *Häublein*, in: Festschrift für Wulf Goette, 2011, S. 221 (S. 231 ff.).

²³ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, §§ 63 ff., S. 140 ff.; lesenswert *Würdinger*, AcP 206 (2007), 946.

²⁴ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 202.

²⁵ *Larenz/Canaris* (Fn. 24), S. 207.

scheidung des Grundgesetzes schon ein bekannter Rechtsgrundsatz war, zur Analogiebegründung konstruiert.

Die Regelungslücke muss zudem planmäßig sein. Es muss sich also um einen Fall handeln, den der Gesetzgeber geregelt hätte, soweit er ihn gesehen hätte. Darüber hinaus bedarf es einer vergleichbaren Interessenlage. Die Planmäßigkeit der Regelungslücke liegt nach dem bisher zur Entwicklung der GbR Gesagten auf der Hand. Der historische Gesetzgeber konnte die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR schlichtweg nicht regeln, weil sie durch die Anerkennung der Akzessorietätstheorie²⁶ erst etabliert wurde. Dieser zur Folge ergibt sich die persönliche Haftung der Gesellschafter als gesetzliche Rechtsfolge von einer vertraglich begründeten²⁷ Gesellschafterschuld.²⁸ Damit wird im Rahmen der Haftungsverfassung der Unterschied zwischen GbR und oHG eingebnet.²⁹

b) Prüfung der Gesellschafterhaftung in der Klausur

Kommt man in der Falllösung zu der Frage einer analogen Anwendung des § 128 HGB, die die oben beschriebene Brücke der akzessorischen Haftung schlagen kann, so ist eine fundierte Prüfung vorzunehmen.

Die Haftung der Gesellschafter entsprechend §§ 128 ff. HGB ist eine akzessorische. Daraus folgt, dass sie grundsätzlich in drei Schritten geprüft werden muss.

Im ersten Schritt ist festzustellen, dass überhaupt eine Gesellschaft als Trägerin von Rechten und Pflichten existiert. Die Frage nach der Rechtsfähigkeit der GbR bildete lange Zeit einen Problemschwerpunkt. Zwischenzeitlich ist sie – wie bereits erörtert wurde – so weitgehend anerkannt, dass diese Frage in der Klausur regelmäßig nicht mehr den Schwerpunkt bilden sollte, sondern nur kurz und präzise problematisiert werden muss. Es reicht aus, zu konstatieren, dass die Rechtsfähigkeit der GbR heute von der Rechtsprechung und der ganz herrschenden Meinung – letztlich entsprechend § 124 Abs. 1 HGB anerkannt ist, obwohl der historische Gesetzgeber die GbR – im Gegensatz zur oHG und KG – nicht als rechtsfähig angesehen hat. Im zweiten Schritt ist festzustellen, ob die GbR selbst durch ein Rechtsgeschäft oder durch Erfüllung eines gesetzlichen Haftungstatbestandes verpflichtet worden ist. Nur wenn und soweit dies (schon bzw. noch) bejaht werden kann, kommt eine Gesellschafterhaftung in Betracht, die als akzessorische Haftung in ihrem Bestand von der Haftung der Gesellschaft abhängig ist und mit dieser „steht und fällt“.

Im dritten Schritt ist schließlich zu prüfen, ob die als Gesellschafter in Anspruch genommene Person bei Begründung

²⁶ Dazu *Schmidt*, NJW 2003, 1897.

²⁷ Es besteht aber keine Haftung für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 128 HGB; zur Haftung für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten siehe unten III. 6.

²⁸ Darin liegt der Unterschied zur „Doppelverpflichtungslehre“, die in einer Klausurlösung nicht mehr angesprochen werden muss.

²⁹ Kritisch dazu *Canaris*, ZGR 2004, 69 (73 ff.); *Weller*, in: Festschrift für W.-H. Roth, 2011, S. 881 (S. 889 f.).

der Gesellschaftsschuld Gesellschafter gewesen (§ 128 HGB) oder danach Gesellschafter geworden ist (§ 130 HGB). Eine direkte Anwendung dieser Regelungen scheidet aus, somit ist an dieser Stelle die Analogie zu prüfen.³⁰ Da sich im Recht der GbR §§ 705 ff. BGB keine Regelung befindet und auf Grund der richterlichen Rechtsfortbildung diese Lücke auch planwidrig ist, muss man die Frage stellen, ob es eine vergleichbare Regelung gibt, die entsprechend herangezogen werden kann. Durch die Annäherung der GbR an die oHG besteht teleologisch vergleichbar ein notwendiger Gläubigerschutz, der als Grundlage des im Handelsverkehr diesen Gesellschaften obliegenden Kredites betrachtet wird.³¹ Mit anderen Worten: Die durch Rechtsfortbildung erwirkte Annäherung führt zu einer Lücke im Gläubigerschutz, diese besteht auch im Recht der oHG und wird ex lege durch § 128 HGB geschlossen. Eine solche Regelung besteht, auf Grund der gesetzlich anders vorgesehen Konstitution, im Recht der GbR nicht.³² Daher liegen die Voraussetzungen der Analogie vor.

Wer nie Gesellschafter oder bei Begründung der Verbindlichkeit bereits wirksam aus der Gesellschaft ausgeschieden war, haftet – unbeschadet des Schutzes gutgläubiger Dritter (dazu Fall 4) – nicht für Gesellschaftsverbindlichkeiten.

2. Regelungsgehalt der §§ 128 ff. HGB

Die ratio legis der §§ 128 ff. HGB liegt in der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Soweit also eine Verbindlichkeit der Gesellschaft besteht, haften die Gesellschafter für diese (Akzessorietät). Die Haftung ist notwendiges Korrelat zur Kompensation eines im Kapitalgesellschaftsrechts ausgeprägten Kapitalschutzes zu Gunsten der Gläubiger, der dem Personengesellschaftsrecht fremd ist und dennoch durch die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter den gleichen Effekt, Steigerung der Kreditfähigkeit und damit letztendlich Attraktivität der Rechtsform, akzentuieren soll. Soweit also Gesellschafter vorhanden sind, die natürliche Personen sind, haften diese persönlich, solidarisch und unbeschränkt auf die Gesellschaftsverbindlichkeiten § 128 S. 1 HGB.³³ Eine abweichende Regelung ist Dritten gegenüber (Außenverhältnis) unwirksam § 128 S. 2 HGB, gleichwohl kann sie für den

³⁰ Zum Anwendungsbereich des § 128 HGB von *Gerkan/Haas*, in: Röhrich/Volker/Graf von Westphalen/Friedrich, Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2008, § 128 Rn. 1.

³¹ *Baumbach/Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 34. Aufl. 2010, § 128 Rn. 1; *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2010, § 128 Rn. 1; *Hillmann*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2009, § 128 Rn. 1.

³² Kritisch könnte man auch überlegen, ob die richterliche Rechtsfortbildung in diesem Fall nicht auch ein Regelungsauftrag an den Gesetzgeber ist, da eine Abkehr von der gesetzlichen Regelung auch verfassungsrechtlich bedenklich sein kann, wenn er sich nicht im Rahmen des § 137 VVG verwirklichen lässt.

³³ *Von Gerkan/Haas* (Fn. 30), § 128 Rn. 1.

Ausgleich im Innenverhältnis von Relevanz sein.³⁴ Auch der in eine oHG eintretende Gesellschafter haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft § 130 HGB. Dem persönlich haftenden Gesellschafter stehen Einwendungen zu, § 129 HGB. Soweit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Bei der Beteiligung einer in- oder ausländischen Personen- oder Kapitalgesellschaft an der oHG, greifen die Bestimmungen über die eigenkapitalersetzenden Darlehen §§ 39, 44a InsO³⁵ und die Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.

III. Die persönliche Haftung aus schuldrechtlichen Verträgen

Zunächst soll die persönliche Haftung aus schuldrechtlichen Verträgen untersucht werden, dabei ist ausgehend von der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung nach Maßgabe der zu Recht herrschenden Akzessorietätstheorie zunächst einmal die schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschaft in den Blick zu nehmen und darauf aufbauend die persönliche Haftung der Gesellschafter zu erörtern.

1. Gesetzliche Vorgaben

Fall 1: A und B sind zu je 50 % an der „Alleskönner GbR“ beteiligt, die handwerkliche Dienste aller Art anbietet. Über die Jahre hat sich herausgestellt, dass A der bessere Geschäftsmann und B der bessere Handwerker ist. Daher betreibt A den geschäftlichen Bereich und B übt die handwerklichen Tätigkeiten aus. A und B haben sich geeinigt, dass A als Geschäftsführer fungieren soll. Der Hauseigentümer C, der nach neuen Kacheln für sein Bad sucht schließt mit dem A, der im Namen der Alleskönner GbR auftritt einen Vertrag über den Erwerb und den Einbau der Kacheln. C fragt, wer sein Vertragspartner ist und wer ihm gegenüber auf Erfüllung der versprochenen Leistungen haftet.

Abwandlung: Wie wäre es, wenn der B den Vertrag mit C im Namen der GbR geschlossen hätte?

a) Verpflichtung der Gesellschaft

Mit Blick auf die Akzessorietät der Gesellschafterhaftung wäre die Frage nach einer wirksamen Verpflichtung der Gesellschaft (in diesem Fall als notwendige Teilfrage) auch dann zu beantworten, wenn sich die Fallfrage nur auf die Haftung der Gesellschafter bezogen hätte. In Klausuren stellt sich in diesem Zusammenhang bei vertraglichen Ansprüchen regelmäßig das Problem der wirksamen Vertretung der Gesellschaft.

³⁴ Hier ist insbesondere die „quotale Haftung“ geschlossener Immobilienfonds im Fokus der Rechtsprechung, vgl. BGH ZIP 2011, 909; BGH ZIP 2011, 1619; kritisch Westermann, NZG 2011, 1041 (1045 ff.); zum Widerruf einer GbR-Beteiligung im Fonds Kliebisch, JuS 2010, 958; ders., ZJS 2010, 10; ders., ZJS 2010, 761.

³⁵ Gilt auch für ausländische Gesellschaften gemäß Art. 4 EGInsVO dazu Körber/Kliebisch, JuS 2008, 1041 (1045 ff.); anders noch zur alten Rechtslage post MoMiG § 129a HGB.

In *Fall 1* könnte C mit A einen Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB geschlossen haben. Dieser Vertrag würde für und gegen die GbR wirken, wenn der A diese wirksam vertreten hätte. Dies bestimmt sich nach §§ 164 ff. BGB. Die Voraussetzungen des § 164 BGB sind stets zu prüfen (und werden doch in gesellschaftsrechtlichen Klausuren häufig vergessen).³⁶

Nach § 164 Abs. 1 BGB muss erstens eine Willenserklärung des mutmaßlichen Vertreters (hier des A) vorliegen. Das ist hier der Fall. Der A hat eine auf Abschluss eines Werkvertrages gerichtete Willenserklärung abgegeben.

Zweitens muss der Vertreter dabei im Namen der Gesellschaft gehandelt haben (Offenkundigkeitsprinzip, vgl. auch § 164 Abs. 2 BGB). Im vorliegenden Fall hat A dies sogar ausdrücklich getan. Ausreichend wäre aber auch ein konkludentes Auftreten im Namen der Gesellschaft, namentlich bei unternehmens- oder betriebsbezogenen Geschäften.³⁷ Durch das Auftreten im Namen der Gesellschaft tritt der Vertreter nach heute h.M. allein in deren Namen auf und nicht (wie die Doppelverpflichtungslehre meinte) zugleich auch im eigenen Namen und im Namen der Mitgesellschafter.³⁸

Drittens ist festzustellen, ob der Vertreter dabei mit Vertretungsmacht gehandelt hat. Soll eine Gesellschaft vertreten werden, kommen insoweit organschaftliche oder gewillkürte (rechtsgeschäftliche) Vertretung in Betracht.³⁹ Vorliegend ist ein Gesellschafter, der A, als Vertreter aufgetreten, so dass zunächst das Vorliegen einer organschaftlichen Vertretungsmacht zu überprüfen ist.⁴⁰ Einschlägig ist insoweit bei der GbR die Auslegungsregel des § 714 BGB, der unbeschadet einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag auf den – selbst nur die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis betreffenden – § 709 verweist.⁴¹ Gemäß §§ 714, 709 BGB gilt für die GbR (anders als für OHG und KG, vgl. § 125 HGB) der Grundsatz der Gesamtvertretung. Danach können nur alle Gesellschafter gemeinsam die Gesellschaft vertreten, soweit der Gesellschaftsvertrag (was in der Praxis regelmäßig geschieht) keine abweichende Regelung, z.B. i.S.e. Einzelvertretung durch jeden Gesellschafter allein, vor-

³⁶ Dazu allgemein und immer noch lesenswert Hoffmann, JuS 1970, 179, 234, 286 und 451; Möller, ZIP 2002, 333.

³⁷ Dazu BGHZ 62, 216 (220); 91, 148 (152); 92, 259 (268); Schmidt, JuS 1987, 428.

³⁸ Dazu Ulmer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 714 Rn. 13 f.; so auch schon Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1: Die Personengesellschaft, 1977, § 16 IV 3; zur Doppelverpflichtungslehre Hommelhoff, ZIP 1998, 8 (12 ff.); Wiesner, JuS 1981, 331 (333 f.); kritisch Habersack, BB 1999, 61.

³⁹ Zu dieser Unterscheidung Beuthien, NJW 1999, 1142 (1144); Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 10 II 1.

⁴⁰ Unter Geltung der Doppelverpflichtungslehre wurde die Vertretungsmacht der GbR-Gesellschafter als rechtsgeschäftlich angesehen, vgl. BGHZ 45, 311 (312) m.w.N.; unter Geltung der Akzessorietätstheorie ist sie als organschaftlich anzusehen, vgl. etwa Ulmer (Fn. 38), § 714 Rn. 16 f.

⁴¹ Es ist Standardfehler in Klausuren, dass Bearbeiter bzgl. der Vertretungsmacht nur auf § 709 BGB Bezug nehmen. Richtigerweise ist auf §§ 714, 709 BGB abzustellen.

sieht. Im vorliegenden Fall haben sich A und B darauf verständigt, dass A die Geschäfte der GbR führen soll (vgl. § 710 BGB). Er verfügt daher über Alleingeschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis (§ 709 BGB) und, kraft Verweisung des § 714 BGB auf § 709 BGB, auch über Alleinvertretungsmacht nach außen. A hat die GbR daher wirksam gegenüber C vertreten und diese wirksam werkvertraglich verpflichtet.

In der Abwandlung (Vertretung durch den B) wäre dagegen kein Vertrag zwischen der GbR und C zustande gekommen, weil nach Maßgabe des § 710 S. 1 BGB durch Übertragung der Geschäftsführung auf A der B grundsätzlich von der Geschäftsführung und damit (über § 714 BGB) auch von der Vertretung ausgeschlossen ist.⁴² Anderes würde gelten, wenn der A den B ausnahmsweise zum Abschluss des Vertrages mit C bevollmächtigt hätte.

b) Haftung der Gesellschafter

A und B waren im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Gesellschafter der GbR. Sie haften daher im *Grundfall 1* analog § 128 S. 1 HGB auch persönlich auf Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten. Die Gesellschafter haften regelmäßig gesamtschuldnerisch mit ihrem gesamten Privatvermögen § 421 BGB.⁴³

In der Abwandlung scheidet dagegen eine akzessorische Gesellschafterhaftung von A und B nach dieser Norm in Ermangelung einer Gesellschaftsverbindlichkeit aus. Der B haftet C allerdings als Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator) gemäß § 179 Abs. 1 BGB.

2. Privatautonomer Gestaltungsspielraum

Fall 2: Wie wäre *Fall 1* zu beurteilen, wenn

a) A einen Formularvertrag verwenden würde, indem die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, oder aber eine individualvertragliche Vereinbarung schließt, die die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken würde?

b) die GbR als „GbRmbH“ auftritt?

c) A und B bereits vor dem Werkvertragsschluss in das Handelsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen wären?

d) A als alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag stehen würde und die Vereinbarung im Namen der GbR schließt?

⁴² Ulmer (Fn. 38), § 710 Rn. 2; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 710 Rn. 1; auf Grund der Selbstorganschaft in der GbR sind Dritte als Geschäftsführer grds. auch ausgeschlossen BGHZ 33, 108 in praxi wird dies durch eine umfassende Bevollmächtigung umgangen dazu schon BGHZ 36, 294.

⁴³ Eine „quotale Beschränkung im Innenverhältnis ist nur ausnahmsweise zulässig, vgl. BGH ZIP 2011, 909; BGH ZIP 2011, 1619; kritisch Westermann, NZG 2011, 1041 (1045 ff.); zum Widerruf einer GbR-Beteiligung im Fonds *Kliebisch*, JuS 2010, 958; *ders.*, ZJS 2010, 10; *ders.*, ZJS 2010, 761.

Zunächst zu *Fall 2a*: Eine standardisierte Klausel in einem Formularvertrag unterliegt grundsätzlich der AGB-Kontrolle. Jenseits der Frage, ob die Klausel wirksam in den Vertrag einbezogen ist (§ 305 BGB),⁴⁴ soll hier lediglich deren materieller Gehalt interessieren. Demnach könnte die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Das ist sie dann, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren wäre. Durch die mittlerweile gefestigte und unumstrittene Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR steht fest, dass die Gesellschafter analog § 128 S. 1 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Vorliegend ist der § 128 S. 1 HGB auch in analoger Anwendung eine gesetzliche Regelung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Abrede der AGB bezüglich der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen läuft dem zuwider. Die unbeschränkte Haftung ist ein Charakteristikum der Personengesellschaft. Will man eine persönliche Haftung vermeiden, dann ist eine Rechtsform mit beschränkter Haftung zu wählen nicht aber die Beschränkung in allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine solche Klausel ist daher unwirksam.⁴⁵ Somit haften die Gesellschafter A und B akzessorisch.

Bei einer individualvertraglichen Vereinbarung hingegen könnte die Beurteilung anders ausfallen.⁴⁶ Der Grundsatz der Privatautonomie ermöglicht jedem Rechtssubjekt die Wahl seines vertraglichen Partners.⁴⁷ Zudem findet eine Inhaltskontrolle der Individualvereinbarung an Hand der §§ 305 ff. BGB nicht statt: Das Informationsdefizit, welches typischerweise durch die AGB Kontrolle ausgeglichen werden soll, besteht nicht. Hier ist dann auch eine Haftungsbeschränkung auf die summenmäßige oder quotenmäßige Beteiligung grundsätzlich zulässig, soweit sie ausdrücklich Inhalt des Vertrages wird.⁴⁸

Fall 2b betrifft die Konstellation der Typenmischung.⁴⁹ Die GbRmbH Variation wird konzipiert, um entstandene Verbindlichkeiten nicht durch die Gesellschafterhaftung, sondern durch die eigens dafür installierte GmbH-Haftung zu decken. Dies stellt natürlich nur eine mittelbare Gesellschafterhaftung dar. Eine solche Typenmischung ist vor allem aus den Konsequenzen, die die Rechtsfähigkeit der GbR zeitigt, in der Praxis weit verbreitet gewesen. Aber auch diesem kautelarjuristischen Kniff lässt der BGH nicht gelten. Grundsätzlich sind zwar interprofessionelle Zusammenschlüsse

⁴⁴ Zur AGB-Kontrolle *Schaub*, JuS 2000, 555; sowie *Kötz*, JuS 2003, 209; lehrbuchartig BGH NJW 1988, 1726.

⁴⁵ BGH NJW-RR 2005, 400; OLG Stuttgart BB 2001, 2607; wohl mit a.A. *Ulmer*, ZIP 2003, 113 (117).

⁴⁶ So noch apodiktisch BGHZ 142, 315 (323); dazu *Goette*, DStR 1999, 1797; sowie kritisch *Ulmer*, ZGR 2000, 339 (347).

⁴⁷ zu den Grenzen der Privatautonomie *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1.

⁴⁸ BGHZ 134, 224; OLG Stuttgart WM 2002, 667; zu dieser Frage auch *Schmidt*, NJW 1997, 2201.

⁴⁹ Zur GmbH & Co. KG *Lahmann*, DStR 2008, 1847; zur Typenmischung mit ausländischen Rechtsformen *Brand*, JR 2004, 89 sowie *Ebenroth/Auer*, DNotZ 1990, 139.

möglich – so ist es einer juristischen Person nicht verwehrt Gesellschafter einer GbR zu werden – jedoch ist bereits die Namensgebung als solche wegen der Verwechslungsgefahr zur reinen GmbH auf Grund der §§ 3, 5 UWG unzulässig.⁵⁰ Zudem hat der BGH richtigerweise judiziert, dass eine solche Haftungsbeschränkung ausgeschlossen sei, da auch hier die einseitige globale Haftungsfreistellung unvereinbar mit dem Prinzip der Akzessorietät ist.⁵¹ Die Gesellschafter A und B haften also auch hier akzessorisch zur Gesellschaftsverbindlichkeit und damit entsprechend § 128 S. 1 HGB persönlich und unbeschränkt.

Soweit sich die Gesellschafter A und B bereits vor dem Abschluss des Werkvertrages freiwillig in das Handelsregister haben eintragen lassen (*Fall 2c*), ergeben sich bezüglich der Vertretungsbefugnisse zum Abschluss des Vertrages, im Vergleich zum Ausgangsfall, keine wesentlichen Unterschiede. Bezüglich der Haftung gilt es aber zu konstatieren, dass eine direkte Anwendung des § 128 HGB vorzunehmen ist. Durch die Eintragung aller Gesellschafter in das Handelsregister konstituiert sich die oHG § 105 Abs. 2 S. 1, 2 i.V.m. § 2 S. 2 HGB. Auf die oHG ist § 128 HGB direkt anzuwenden, ohne dass sich aber in der Rechtsfolge, im Vergleich zur analogen Anwendung, eine Besonderheit ergeben würde.

Im *Fall 2d* bestehen hinsichtlich des Vertragsschlusses keine Bedenken. Zwar sieht der Wortlaut des Gesetzes eine Gesamtvertretung der GbR vor (§ 709 BGB) jedoch ist diese Norm dispositiv, sodass der Gesellschaftsvertrag, dem alle Gesellschafter zustimmen müssen, eine Einzelvertretung regeln kann, vgl. § 710 BGB. Daher wird auch in dieser Konstellation die GbR wirksam verpflichtet, weshalb A und B akzessorisch als Gesamtschuldner (§ 421 BGB) für die Verbindlichkeiten haften.

3. Haftung bei besonderem persönlichem Vertrauen

Fall 3: A, der Gesellschafter der M-GbR ist, schließt im Namen dieser regelmäßig Kaufverträge über – in den neuen Bundesländern gelegene – Immobilien ab. Der Skeptiker S ist sich bezüglich des Kaufs einer solchen Immobilie unsicher, da er gehört hat, dass diese nur selten den Wert des Kaufpreises haben. Der A will den S dennoch von den Vorzügen einer solchen Immobilie überzeugen und sichert ihm zu: „Für die Werthaltigkeit der Immobilie stehe ich mit meinen Namen.“ Der Vertrag kommt zustande. Jedoch bewahrheitet sich die Skepsis des S, die Immobilie ist wertlos. Der S fragt sich, ob er von A, von der Gesellschaft oder von den anderen Gesellschaftern Schadensersatz verlangen kann.

Fall 3 betrifft die Haftung bei Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens. Ein Anspruch des S direkt gegen den A könnte sich aus §§ 311 Abs. 3, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, sowie deliktisch aus § 826 BGB ergeben. Soweit A besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, haftet er auf Schadensersatz. Durch die Zusage mit seinem Namen für die Werthaltigkeit der Immobilie zu stehen, nimmt er besonderes Vertrauen in Anspruch.

⁵⁰ OLG München ZIP 1999, 535; OLG Jena ZIP 1998, 1797.

⁵¹ BGHZ 142, 315; 146, 341 (358); dazu *Schmidt*, NJW 2005, 2805.

Er verbürgt sich faktisch für die Werthaltigkeit der Immobilie,⁵² auf ein wirtschaftliches Eigeninteresse kommt es daher nicht an.⁵³ Eine Eigenhaftung kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Erklärung im Vorfeld eines selbstständigen Garantieverprechens liegt.⁵⁴ Nach anderer Auffassung soll es dem Grundsatz der Privatautonomie, der Ausfluss der Vertragsfreiheit ist,⁵⁵ unterliegen und daher dem anderen Vertragsteil freistehen zur Begründung einer persönlichen Haftung des Gesellschafters eine Bürgschaft oder einen Schuldbeitritt mit diesem abzuschließen.⁵⁶ Richtigerweise gilt es hier eine Haftung für besonderes persönliches Vertrauen aus § 311 Abs. 3 BGB dem Grunde nach zu gewähren. Die persönliche Gewähr gepaart mit der Seriositätsverbürgung für das Rechtsgeschäft, für dessen Abschluss A Vertrauen in persona in Anspruch nimmt, begründet die persönliche Haftung.⁵⁷ Eine Haftung aus selbstständiger Garantie oder aus einer abgeschlossenen Bürgschaft wäre contra legem und zudem eine zu hohe Anforderung des auf die Aussagen vertrauenden anderen Teils.

Fraglich bleibt aber, ob die GbR und damit auch deren Gesellschafter haften müssen. Schließlich ist die GbR gemäß § 124 HGB analog Vertragspartner des S. Hier empfiehlt sich eine Unterscheidung zwischen Integritäts- und Äquivalentinteressen.⁵⁸ Soweit sich der geltend gemachte Schaden aus der Verletzung von Äquivalentinteressen ableiten lässt, beispielsweise bei der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten, ist sehr wohl die GbR verpflichtet diesen Schaden auszugleichen und damit sind analog § 128 S. 1 HGB auch die Gesellschafter akzessorisch verhaftet. Somit wären, soweit man die Werthaltigkeit des Grundstücks mit einem weiten Sachmangelbegriff dem Gewährleistungsrecht unterstellt, die Gesellschafter für die daraus zu gewährleistenden Schäden mit verhaftet. Bei der Geltendmachung von Integritätsinteressen hingegen, beispielsweise Schadensersatz wegen Nebenpflichtverletzung (Aufklärungspflicht über die Werthaltigkeit der Immobilie), bedarf es einer solchen Konstruktion nicht. Es haftet lediglich derjenige, der besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.

Überlegenswert ist sicherlich, ob die Kenntnis des A, über die Wertlosigkeit der Immobilie der Gesellschaft über § 166 analog zugerechnet werden kann und daher die Gesellschaft verhaftet wird.⁵⁹ Jedoch ist darauf abzustellen, ob der GbR gemäß dem Grundsatz des § 31 BGB analog das Handeln des

⁵² BGHZ 126, 183; BGH NJW 1990, 389; OLG Köln BB 1997, 112; so richtigerweise auch *Gehrlein/Grüneberg/Sutseth*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 20. Edition 2011, § 311 Rn. 115.

⁵³ So aber *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 248.

⁵⁴ *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 311 Rn. 65.

⁵⁵ Dazu *Coester-Waltjen*, Jura 2006, 436.

⁵⁶ *Emmerich* (Fn. 53), § 311 Rn. 247.

⁵⁷ OLG Hamm WM 1993, 241.

⁵⁸ Dazu auch *Cziupka/Kliebisch*, JuS 2008, 855 (856).

⁵⁹ So wohl *Schmidt* (Fn. 39), § 60 II 5; a.A. *Reischl*, JuS 1997, 787.

Gesellschafter zugerechnet werden kann.⁶⁰ Von diesem Grundsatz ist bei folgenden Fallgruppen eine Ausnahme zu gewähren: Täuschung, Drohung und Evidenz. Die Beanspruchung besonderen persönlichen Vertrauens und einhergehend die Enttäuschung dieses Vertrauens durch eine Täuschung über Tatsachen, Werthaltigkeit des Grundstücks, ist daher eine Fallgruppe, die die analoge Anwendung des § 31 BGB ausschließt. Eine solche Ausnahme ist teleologisch auch angebracht, da sonst die Gesellschaft und mittelbar auch die Gesellschafter für vorsätzliche Verfehlungen des vertretungsberechtigten Gesellschafter eintreten müssten. Eine solche Ausnahme wird auch dem Gläubigerschutz gerecht, denn soweit die Gesellschafter Kenntnis von den Geschäftspraktiken erhalten, haften sie über die Regeln der Duldungsvollmacht dem anderen Teil, dann ist eine Zurechnung des Verhaltens über § 31 BGB analog möglich und impliziert die Haftung der Gesellschafter über § 128 S. 1 HGB analog. Für die anderen Fälle gewährt § 826 BGB einen Ausgleich, indem ein persönlicher Anspruch gegenüber dem Handelnden besteht. Hier greift auch der Grundsatz der Privatautonomie. Wenn das verständige mündige Rechtssubjekt sich den Vertragspartner frei wählen darf, dann kann es sich auch nur ihm gegenüber auf besondere Vertrauensaspekte berufen. Soweit der andere Teil für einen Dritten handelt, beispielsweise für eine Gesellschaft, kann diese nur dann aus den Versprechungen verpflichtet werden, wenn sie Kenntnis hatte oder ein solches Geschäftsgebaren duldete. Eine zusätzliche Haftungsquelle wäre eine unbillige Privilegierung. Die Gesellschaft haftet also mangels zurechenbarer Kenntnis nicht.

4. Haftung des Scheingesellschafter

Fall 4: Die in der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Mann & Kollegen angestellte Rechtsanwältin Sorglos (S) arbeitet seit nunmehr 5 Jahren für die Sozietät. Sie ist kein Sozius, wird aber gleichwohl auf dem Briefkopf der Sozietät geführt. Im Laufe der Zeit hat sich die Bürotechnik deutlich verändert, sodass die Sozietät neue EDV beschaffen will. Händler H liefert seit Jahren Prospekte an die Kanzlei, in denen er die neuesten EDV Produkte und anderen Bürobedarf reklamiert. Die traditionelle Kanzlei schließt Verträge über den Postweg ab. Daher erhält der H einen von S unterzeichneten Brief der Kanzlei, indem sie um Lieferung von 20 Flachbildschirmen bittet. H liefert sofort. Ihm ist nicht bekannt, dass die S kein Sozietätsmitglied ist. Als H noch ausstehende Kaufpreiszahlungen für die Flachbildschirme und Zahlungen für angefallene Reparaturkosten geltend machen will, fragt er sich, ob er die S in Anspruch nehmen kann.

Zunächst ist festzustellen, ob die Verträge zwischen der Sozietät und dem H zu Stande gekommen sind.⁶¹ Vorliegend hat S i.S.d. § 164 Abs. 1 BGB im Namen der Sozietät eine auf Abschluss eines Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung gegenüber H abgegeben. Fraglich ist aber, ob ihm diesbezüglich überhaupt eine Vertretungsmacht zukommt. Aus der

Duldungs- oder Anscheinsvollmacht könnte sich eine solche ergeben; ebenso könnte die Figur des Scheingesellschafter (Scheinsozius) eine Vertretungsmacht inhärieren. Ein Scheinsozius sei nach gefestigter Rechtsprechung immer dann gegeben, wenn angestellte Rechtsanwälte auf dem Briefkopf, dem Praxisschild oder auch auf dem Bürostempel wie Sozietätsmitglieder aufgeführt werden, jedoch keine Mitglieder der Sozietät sind.⁶² Negatives Tatbestandsmerkmal ist das Fehlen der positiven Kenntnis von der Mitgliedschaft zur Sozietät durch den Vertragspartner (Mandanten).⁶³ Die S ist auf dem Briefkopf der Kanzlei aufgeführt und der H hatte keine Kenntnis von der fehlenden Sozietätszugehörigkeit, so dass die S den Rechtsschein erweckt, Gesellschafter zu sein; an diesem muss sie sich grundsätzlich festhalten lassen.⁶⁴ Der BGH entschied einen ähnlich gelagerten Fall dahingehend, die Figur des Scheinsozius nur dem Vertrauen und den berechtigten Interessen der Mandantschaft zu Gute kommen zu lassen.⁶⁵ Ein solches Vertrauensverhältnis liegt aber dann nicht vor, wenn der Scheinsozius weder rechtsberatend noch rechtsvertretend tätig wird. Die S hat zwar nach außen den Anschein eines Sozius erweckt, jedoch dient die Rechtsfigur des Scheinsozius allein dem Vertrauensschutzinteresse der Mandantschaft. Daher wird folgerichtig aus Haftungsgeichtspunkten die Anscheinsvollmacht nur auf anwaltstypische Tätigkeiten erstreckt.⁶⁶

Diese einer BGH-Entscheidung zugrunde liegende Lösung wird teilweise hart dafür kritisiert, dass die Beschränkung der Haftung auf rechtsberatende Tätigkeiten mit der Akzessorietätstheorie nicht in Einklang stünde.⁶⁷ Ob die Tätigkeit anwaltstypisch oder anwaltsfremd sei, entfaltet, den Kritikern der Rechtsprechung zu Folge, lediglich Relevanz bei der Frage, ob überhaupt ein Anwaltsvertrag mit der Sozietät geschlossen wurde oder aber ein synallagmatischer Vertrag mit einem Sozietätsmitglied.⁶⁸ Wenn aber durch Auslegung der Willenserklärungen §§ 133, 157 BGB als Vertragspartner die GbR auszumachen ist, dann haften deren Gesellschafter und auch deren Scheingesellschafter, soweit sie zurechenbar den Eindruck erweckt haben, Gesellschafter der Sozietät zu sein, aus dem Prinzip der Akzessorietät. Der Schutz des Rechtsverkehrs muss hier an erster Stelle stehen mit der Folge einer Haftung der S analog § 128 S. 1 HGB.⁶⁹

⁶² BGH NJW 1999, 3040 (3041); BGH NJW 1991, 1225 (1226).

⁶³ BGH NJW 1999, 3040 (3041); BGH NJW 1991, 1225 (1226).

⁶⁴ Schäfer, DStR 2003, 1078 (1081); Grunewald, in: Festschrift für Peter Ulmer, 2003, S. 141 (S. 142).

⁶⁵ BGH NJW 2008, 2330.

⁶⁶ BGH NJW 2008, 2330.

⁶⁷ Lux, NJW 2008, 2309 (2312); in wie weit sich die Kritik an der Rechtsprechung verfestigen wird bleibt ebenso abzuwarten wie die weiteren Entscheidungen des BGH zu der Haftung des Scheinsozius.

⁶⁸ Schmidt (Fn. 39), § 60 II 2 a.

⁶⁹ Zur Haftung bei Firmenfortführung vgl. induktiv Altmeppen, in: Festschrift für Klaus J. Hopt, 2010, S. 305 (S. 308 ff.).

⁶⁰ Dazu sogleich.

⁶¹ Schmidt, NJW 2005, 2801 (2805); Lux, NJW 2003, 2806 (2807); Schäfer, DStR 2003, 1078 (1079).

Ebenso verhält es sich, wenn ein Gesellschafter bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, aber weiterhin auf dem Briefkopf oder dem Namensschild der Kanzlei geführt wird. Dann muss dieser aus den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht auch auf die Neuverbindlichkeiten der Gesellschaft analog § 128 S. 1 HGB haften.⁷⁰ Der Ausgeschiedene ist daher als Scheinsozius der Anwaltskanzlei ein möglicher Schuldner für den anderen Teil des Vertrages.

5. Persönliche Haftung bei formbedürftigen Rechtsgeschäften
Fall 5: A will für die X-GmbH einen Bürgschaftsvertrag abschließen und fragt sich, ob er dafür eine formbedürftige Vertretungsmacht der Gesellschafter benötigt.

Bei formbedürftigen Rechtsgeschäften ließe sich annehmen, dass das Fehlen einer der Form entsprechenden Vertretungsmacht eine Haftung des abschließenden Gesellschafters als falsus procurator begründen kann, § 179 Abs. 1 BGB. Jedoch ist Voraussetzung lediglich, dass die Vertretungsmacht des handelnden Gesellschafters auch den Abschluss einer Bürgschaft für die GbR umfasst. Es ist also nicht die Erteilung einer Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft durch die übrigen Gesellschafter nach den Formerfordernissen des § 766 BGB zu fordern. Das Formerfordernis hinsichtlich der Bürgschaft selbst ist dabei stets zu wahren. Aus der Urkunde muss insbesondere hervorgehen, dass die GbR Bürgin ist. Einer analogen Anwendung des § 128 HGB steht dann auch nichts entgegen.

6. Die persönliche Haftung aus gesetzlichen Schuldverhältnissen

a) Die Bereicherungshaftung

Fall 6: Die „Saxt rent a car GbR“ hat vier Gesellschafter A, V, I und S. A, der als Gesellschafter mit dem Kundengeschäft betraut ist, verlieh dem F ein KFZ der Mittelklasse zum marktüblichen Preis von 300 Euro pro Woche. Unglücklicherweise stellte sich im Nachhinein heraus, dass der Mietvertrag unwirksam war. A fragt nun, ob er von F die bereits gezahlten 300 Euro heraus verlangen kann.

Bei der Leistungskondition ergeben sich zum grundsätzlichen Modell der Akzessorietätshaftung keine Besonderheiten. Die GbR ist Empfängerin der Leistung und damit Schuldnerin des Anspruchs aus der Leistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Ihre Gesellschafter haften über die analoge Anwendung des § 128 HGB. Daher kann A vom Gesellschafter F die 300 Euro herausverlangen.

Für die Eingriffskondition gilt prinzipiell nichts anderes. Nutzt die GbR beispielsweise fremdes Eigentum, so ist als erlangter Kondiktionsgegenstand das erlangte „Etwas“ herauszugeben, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB. Da dies im Wege der Eingriffskondition nicht herausgegeben werden kann, ist

⁷⁰ Insofern kann man der BGH-Rechtsprechung mit guter Begründung auch in einer Klausur widersprechen, hier sind auch klausurtaktisch beide Wege offen, ohne Gefahr zu laufen sich Anschlussprobleme abzuschneiden.

Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu leisten. Diesen haben die Gesellschafter gemäß § 128 HGB analog zu zahlen.⁷¹

Bei den Kondiktionsfällen stellt sich aber immer die Frage, warum der einzelne Gesellschafter etwas herausgeben soll, obgleich er persönlich nichts erlangt hat bzw. nicht unmittelbar bereichert ist. Grundsätzlich soll das Bereicherungsrecht als Ausgleichsordnung zur Abschöpfung zu Unrecht erlangter Vorteile abträglich sein.⁷² Solange die GbR noch nicht als rechtsfähig behandelt wurde, erlangten die Gesellschafter und die Gesellschaft zur gesamten Hand das „Etwas“. Sie mussten dieses als Teil des Gesamthandvermögens gesamtschuldnerisch wieder herausgeben. Durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR besteht diese Gesamthand nicht mehr.⁷³ Als Brücke zur Begründung der Kondiktionshaftung ist die analoge Anwendung des § 128 HGB nötig. Versteht man das Deliktsrecht als Korrelat zur vertraglichen Haftung, ist die Kondiktionshaftung der Gesellschafter auch interessengerecht.⁷⁴ Zwar erlangt nicht der Gesellschafter einen unmittelbaren Vorteil, aber durch Abschluss oder Beitritt zum Gesellschaftsvertrag partizipiert der Gesellschafter an Gewinnen und Verlusten der GbR. Da ein Gleichklang von Rechten und Pflichten ein notwendiges Instrumentarium zur Einhaltung einer guten Unternehmensführung ist,⁷⁵ besteht kein Grund, den Gesellschafter, der prima facie nicht bereichert scheint, anders zu behandeln als den aus Vertrag in Anspruch genommenen Gesellschafter.

b) Die Deliktshaftung § 31 BGB analog

Fall 7: A und B unterhalten gemeinsam eine kleingewerbliche Werkstatt. B hatte für den Kunden K eine Reparatur an dessen PKW vorgenommen und dabei das Bremsventil nicht ordnungsgemäß zugeschraubt. K erleidet auf Grund dessen bei einem Unfall erhebliche Verletzungen und verlangt für diese Schmerzensgeld. Er ist sich nicht sicher, von wem er dieses verlangen kann.

Ein Schmerzensgeldanspruch kann sich hier aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB ergeben. Nach der BGH-Rechtsprechung ist dieser gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen. Abwegig wäre es hier den B als Verrichtungsgehilfen des A § 831 BGB oder gar der BGB-Gesellschaft zu prüfen, da der geschäftsführende Gesellschafter §§ 714, 709 BGB nicht als Verrichtungsgehilfe in Betracht kommt.⁷⁶ Im

⁷¹ So auch *Canaris*, ZGR 2004, 69 (109).

⁷² *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 812 Rn. 1.

⁷³ Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der Unanwendbarkeit der §§ 422 bis 425 BGB *Ulmer* (Fn. 38), § 714 Rn. 47; *Habersack*, AcP 198 (1998), 152 (159 ff.).

⁷⁴ Im Konzept der Doppelverpflichtungslehre war dies noch undenkbar; dazu *Aderhold* (Fn. 5), S. 1 ff.

⁷⁵ Einen Corporate Governance Codex (vgl. § 161 AktG) gibt es freilich nicht bei der GbR, jedoch ist der Gleichklang von Rechten und Pflichten der guten Unternehmensführung immanent.

⁷⁶ BGH ZIP 2003, 1604 (1605); *Ulmer* (Fn. 38), § 705 Rn. 261; *Schmidt* (Fn. 39), § 60 II 4.

Deliktsrecht haftet schließlich nur derjenige, der auch eine rechtswidrige und schuldhaftige Handlung begangen hat. Daher muss also das Handeln des B der Gesellschaft zurechenbar sein. Der BGH formuliert: „Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts muss sich zu Schadensersatz verpflichtendes Handeln ihrer (geschäftsführenden) Gesellschafter entsprechend § 31 BGB zurechnen lassen.“⁷⁷ Die vormalig überwiegend vertretene Ansicht lehnte einen solchen Analogieschluss ab, da die GbR nicht hinreichend körperschaftlich organisiert sei.⁷⁸ Dies ist schon deshalb nicht stimmig, da eine GbR eine der oHG vergleichbare Organisation haben kann, soweit sie als Gesamthandgesellschaft nach außen auftritt und somit organschaftlich vertreten wird.⁷⁹ Daher ist es auch möglich die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung der GbR zuzurechnen.⁸⁰ Diese ist prozessual dann auch passivlegitimiert und kann von K verklagt werden.⁸¹ Dem K haftet demnach die GbR, für diese wiederum haften die Gesellschafter akzessorisch gemäß § 128 S. 1 HGB analog. Im Ergebnis kann der K auch den A, auf Grund der persönlichen Einstandspflicht der Mitgesellschafter, in Anspruch nehmen.

Neben dem Anspruch des K gegenüber der BGB-Gesellschaft besteht auch noch der Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB gegenüber dem B selbst aus rechtswidrigem schuldhaftem deliktischen Handeln. Dies hat zur Folge, dass sowohl die GbR und damit A und B für den entstandenen Schaden haften, als auch der B unmittelbar in Anspruch genommen werden kann. *Canaris* führt daher mit guten Gründen an, dass für eine solche privilegierende Haftung des Geschädigten K kein Raum sei und daher eine Rechtsprechung contra legem vorliege.⁸² Festzuhalten bleibt aber, dass die BGH-Rechtsprechung auf sicherem Grund steht und aus dieser sich eine Haftung der GbR für Organverschulden herleiten lässt. Der Bearbeiter eines Falles muss also die Bedenken aufwerfen, sollte sich jedoch klausurtaktisch im Ergebnis für die richterliche Rechtsfortbildung des BGH entscheiden, um sich die damit verbundenen Folgeprobleme nicht abzuschneiden.

⁷⁷ BGH NJW 2003, 1803.

⁷⁸ Vgl. BGHZ 45, 311 m.w.N.

⁷⁹ BGHZ 154, 88 (93); *Ulmer* (Fn. 38), § 718 Rn. 31; *Flume*, Die Personengesellschaft, § 16 IV 2; *Schmidt* (Fn. 39), § 60 II 4; *Habersack*, BB 2001, 477 (479); *Spickhoff*, NJW 2006, 1630 (1632).

⁸⁰ So auch *Casper/Eberspächer*, Jura 2003, 770 (772); *Funkel/Falkner*, Jura 2004, 721 (725).

⁸¹ In einer Klausur mit prozessuellem Einstieg gilt es aber zu beachten, dass die GbR zwar parteifähig § 50 Abs. 1 ZPO ist, Prozessfähigkeit aber nur durch ihre gesetzlichen Vertreter erlangt §§ 709 Abs. 2, 714 BGB i.V.m. § 51 Abs. 1 ZPO; dazu *Gummert*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 19 Rn. 20; *Pohlmann*, WM 2002, 1421 (1424).

⁸² *Canaris*, ZGR 2004, 69 (124).

c) Die Haftung des Neugesellschafters für Altschulden

aa) Haftung durch Eintritt in eine entstehende GbR, § 28 HGB analog?

Fall 8: A betreibt seit langem eine gut florierende Arztpraxis. Der B, der das 2. Examen mit „sehr gut“ bestanden hat, entschließt sich, mit A gemeinsam zukünftig die Geschicke der Praxis zu leiten. A und B vereinbaren darüber hinaus, dass der A seine bisherigen Patienten weiterhin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung behandelt, währenddessen neue Patienten gemeinsam abzurechnen seien. Bereits 3 Monate zuvor hat der A den Patienten P fälschlich behandelt, sodass diesem für die Nachbehandlung Kosten entstanden sind. Der P will wissen, ob er diese Kosten ersatzweise auch von B oder gar von der Praxis verlangen kann.

Soweit durch den Eintritt des B in die Praxis eine GbR entstanden ist, könnte sich ein Anspruch des P sowohl aus § 280 Abs. 1 BGB als auch aus § 823 Abs. 1 oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 Abs. 1 StGB ergeben. Unstreitig ist der vorstehende Anspruch von P gegenüber A gegeben. Die Frage ist hierbei nur, ob die Altverbindlichkeit des B auch eine Verbindlichkeit einer möglicherweise entstandenen Gesellschaft ist, für die diese nach §§ 28 Abs. 1 S. 1, 124 Abs. 1 HGB haften müsste. Dazu müsste der A das Geschäft eines Einzelkaufmannes betrieben haben, § 1 HGB. Nun ist aber seit langem klar, dass Freiberufler das Merkmal der gewerblichen Tätigkeit nicht erfüllen,⁸³ so dass der A nicht Kaufmann sein kann und damit lediglich eine analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB in Betracht kommt.

Der Anspruch kann sich daher aus § 280 Abs. 1 BGB, § 124 Abs. 1 HGB analog, § 28 Abs. 1 S. 1 HGB analog ergeben. Durch den Zusammenschluss von A und B ist eine BGB-Gesellschaft mit dem Zweck der gemeinsamen Berufsausübung entstanden, § 705 Abs. 1 BGB. Da diese rechtsfähig ist, kann sie grundsätzlich auch Schuldner eines Schadensersatzanspruches sein, § 124 Abs. 1 HGB analog. Fraglich ist jedoch, ob der vor Gründung der BGB-Gesellschaft entstandene Anspruch gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 HGB analog im Zuge der Unternehmenskontinuität eine Haftung der GbR begründen kann. Dies ist umstritten: Während die einen eine analoge Anwendung auf jede Art eines Unternehmensträgers fordern,⁸⁴ differenzieren der BGH und die überwiegend vertretene Ansicht nach der Art des Unternehmensträgers.⁸⁵ Argumentativ weiß letztere Ansicht zu überzeugen, indem auf das besonders begründete Rechts- und Vertrauensverhältnis zwischen Freiberufler und Mandant/Patient hingewiesen wird. Daraus ergibt sich eine persönliche eigenverantwortliche Individualleistung, deren Abwicklung in ebendiesem Verhältnis zu bewerkstelligen sei. Zudem überzeugen auch die systematischen Argumente, da bei der oHG und KG eine abweichende Regelung möglich wäre, § 28 Abs. 2 HGB, währenddessen der GbR eine solche nicht zur Verfügung

⁸³ Zum Rechtsanwaltsmandat und dessen Prägung zuletzt BVerfG NJW 2003, 2520.

⁸⁴ *Lieb* (Fn. 72), § 28 Rn. 10; *Schmidt* (Fn. 39), § 8 III 1 a bb.

⁸⁵ BGHZ 157, 361 (366); a.A. *Ulmer*, ZIP 2003, 1113 (1116).

stände und daher ein faktischer Zwang zur Wahl der Rechtsform bestehen kann, der zu einer rechtfertigungsbedürftigen Eingrenzung der Privatautonomie führt.⁸⁶

Auch besteht kein Anspruch zwischen der GbR und P, da der Arztbehandlungsvertrag als Gesellschaftsbeitrag durch die ausdrückliche Vereinbarung zwischen A und B nicht eingebracht werden kann. Es bleibt also festzuhalten, dass durch den Beitritt zu einer freiberuflich tätigen Praxis keine Altverbindlichkeiten von der dadurch entstehenden GbR analog § 28 Abs. 1 S. 1 HGB zu tragen sind und damit auch keine akzessorische Haftung der übrigen Gesellschafter möglich wird.

bb) Haftung durch Beitritt in eine bestehenden GbR, § 130 HGB analog?

Fall 9: Die Anwaltskanzlei Dr. Mann & Kollegen vertritt ihre Mandanten vor allem in Abmahnprozessen. Die Kanzlei wird aber immer erst dann tätig, wenn der Mandant einen Honorarvorschuss leistet. A, der sich in einer fragwürdigen Abmahnfrage als Kläger vertreten lässt, zahlt den Honorarvorschuss an die Kanzlei. Noch bevor die Anwälte tätig werden, packen ihn Skrupel und er zieht die Klage und das Mandat zurück. Den Honorarvorschuss möchte er nunmehr zurückgezahlt haben. Der inzwischen der Kanzlei als Partner beigetretene Anwalt F weiß von noch zurückzuzahlenden Honorarvorschüssen nichts. A fragt sich, ob er auch von F die ausstehenden Forderungen erlangen kann.

F haftet, wenn die Sozietät wirksam verpflichtet ist und F als Neugesellschafter für die Schuld der GbR eintreten muss. Die Sozietät ist verpflichtet, dem A Honorarvorschüsse zurückzuzahlen auf Grund des Mandatrückzugs. Eine Alt-schuldenhaftung des F ließe sich nur über eine entsprechende Anwendung des § 130 HGB konstruieren. Denkt man sich im Sinne des Verkehrsschutzes das akzessorische Haftungsmodell des BGH zu Ende, dann ließe sich in einer Alt-schuldenhaftung das Ergebnis einer Abwägung der legitimen Interessen der Gläubiger einerseits und der in die Gesellschaft neu eingetretenen Gesellschafter andererseits ausmachen. Mit Recht lässt sich hierbei die Frage stellen, ob der Rechtsverkehr eines solchen Schutzes bedarf, oder ob nicht vielmehr der Gläubiger aus „heiterem Himmel“ einen neuen Schuldner erhält, auf den er bei Eingehen der Verbindlichkeit nicht hoffen konnte. Die Rechtsprechung begründet eine Haftung des Neugesellschafter für Altverbindlichkeiten als Ausfluss des Akzessorietätsprinzips.⁸⁷ Die Literatur übt an diesem Modell Kritik, da dieses zur Einebnung der Unterschiede zwischen der GbR und den Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) führt.⁸⁸ Vor allem wäre die Rechtswahlfreiheit der kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesell-

schaften im Ergebnis nicht mehr gewährleistet.⁸⁹ Auch der *II. Zivilsenat* des BGH erkennt die Akzessorietätshaftung für Altverbindlichkeiten an, entschied jedoch den konkreten Fall entgegen des vorinstanzlichen Votums: Dem Neugesellschafter könne aus Vertrauensschutzgründen eine solche Haftung nicht aufgebürdet werden.⁹⁰ Diese Vertrauensschutzwägungen gehen auf eine BGH-Tradition zurück.⁹¹ Hinzu kommt der zwar in der Literatur schon zuvor häufig diskutierte aber erst durch den Wechsel der Rechtsprechung etablierte Wechsel vom individualistischen zum kollektivistischen Haftungsmodell der GbR. Es wird dem Neugesellschafter der GbR eine Art Schonfrist zugestanden, da der Rechtsprechungswechsel des BGH einen Meilenstein der Rechtsdogmatik darstelle und noch nicht jedem Gesellschafter die Tragweite dessen bewusst sein könne.⁹² Eine solche Schonfrist ist jedoch mit Etablierung der neuen BGH-Rechtsprechung abgelaufen.⁹³ Der eintretende Gesellschafter ist nicht mehr schutzwürdig.⁹⁴ Dies lässt sich mit einer strikten dogmatischen Prüfung an Hand des Akzessorietätsprinzips belegen. Somit ergibt sich die Haftung des Neugesellschafter auch für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft. Auf Neu- oder Altgesellschafter kommt es dann nicht an, da nach diesem Prinzip ein kollektivistisches Haftungsmodell zu Grunde liegt, es sei denn, der Neugesellschafter wurde über die bestehenden Verbindlichkeiten getäuscht. Ein weiteres Argument für die (hier) unnötige Differenzierung in Neu- und Altgesellschafter verhilft ein Blick auf den Innenausgleich bei Nachschusspflichten, der sich nach § 735 BGB vollzieht. Das Gesetz unterscheidet bei der Unterdeckung im Liquidationsfall nicht zwischen Neu- und Altschulden, vielmehr umfasst die Innen- wie die Außenhaftung alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft. A fortiori lässt sich daher sagen: Wenn schon das Gesetz eine solche Unterscheidung nicht vornimmt, dann kann eine solche erst recht nicht in den gesetzlich nicht geregelten Fällen vorgenommen werden. F muss daher für die Altverbindlichkeiten der Anwaltskanzlei Dr. Mann & Kollegen haften und somit auch dem A gegenüber akzessorisch für die Verbindlichkeit der Gesellschaft eintreten, §§ 128 S. 1, 130 HGB analog.

Es gilt also folgendes: Jeder Gesellschafter, der in eine bestehende GbR eintritt, haftet für die Altverbindlichkeiten der Gesellschaft analog § 130 HGB, soweit er sie kannte oder hätte kennen müssen, wobei die Anforderungen an die fahrlässige Unkenntnis gering sind. Ebenso gilt dies bei einem Erwerb der Mitgliedschaft durch eine im Gesellschaftsvertrag enthaltene Nachfolgeklausel⁹⁵ sowie bei einer Übertragung

⁸⁶ Paulus/Zenker, JuS 2001, 1.

⁸⁷ OLG Hamm NZG 2002, 282; BGH NJW 2003, 1803.

⁸⁸ OLG Düsseldorf ZIP 2002, 618 (619); Wiedemann, JZ 2001, 661 (664); Westermann, NZG 2001, 289 (295); Lange, NZG 2002, 401 (403); Baumann/Rößler, NZG 2002, 793.

⁸⁹ So auch, im Ergebnis aber dem BGH zustimmend *Haber-sack/Schürmbrand*, JuS 2003, 739 (741).

⁹⁰ BGH NJW 2003, 1803.

⁹¹ So schon BGHZ 62, 216; 150, 1.

⁹² So wohl auch *Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1902).

⁹³ So auch der BGH NJW 2006, 765.

⁹⁴ Im Ergebnis aber unter Berufung auf das Vertrauen des Nichtbestehens eines Haftungsgrundes *Kaubisch*, Jura 2006, 610 (613).

⁹⁵ Dazu schon BGH NJW 1982, 45.

einer bereits bestehenden Mitgliedschaft unter Lebenden.⁹⁶ Auf den Fortbestand der Rechtslage, wie sie vor dem Grundsatzurteil BGHZ 154, 370 bestand, kann der Gesellschafter nicht vertrauen.

d) Austritt, § 160 HGB analog?

Fall 10: Der Pleite-GbR werden von der B Bank 10.000 Euro Darlehen eingeräumt, der Darlehensvertrag hat eine Laufzeit von 5 Jahren. Ein Jahr nach Auszahlung des Darlehens an die Pleite-GbR entschließt sich A aus der Gesellschaft auszutreten. Dies tut er, ohne den Austritt nach außen kenntlich zu machen. Nach 5 Jahren will die B Bank das Darlehen zurückgezahlt haben und fragt sich, ob sie auch den A in Anspruch nehmen kann.

Der Austritt aus der GbR ist gemäß § 736 Abs. 1 BGB durch Kündigung möglich. Die GbR besteht jedoch nur dann fort, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel oder Fortbestandklausel aufgenommen ist, andererseits wird die Gesellschaft abgewickelt, § 738 BGB. Im vorliegenden Fall ist von einer Fortbestandklausel auszugehen, sodass eine Abwicklung nicht erfolgt. Eine Haftung für Altverbindlichkeiten richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Anspruchsgrundlage wäre also der Darlehensrückgewähranspruch gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog. Zunächst ist festzustellen, dass die Gesellschaft wirksam verpflichtet wurde und ihre Gesellschafter für diese Verbindlichkeit gemäß § 128 S. 1 HGB analog haften. Erst jetzt greift die Regelung des § 736 Abs. 2 BGB. Dieser sieht für die Nachhaftungsbegrenzung ex lege die Anwendung des § 160 HGB analog vor. Gemäß § 160 Abs. 1 S. 1 HGB ist eine Begrenzung der Nachhaftung für Altverbindlichkeiten auf 5 Jahre festgesetzt. Eine Altverbindlichkeit liegt vor, wenn sie vor dem Ausscheiden des Gesellschafters begründet wurde.⁹⁷ Der Fristbeginn berechnet sich nach Satz 2 und soll mit Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister beginnen. Bei einer GbR ist jedoch eine solche Registereintragung nicht vorgesehen, sodass die herrschende Meinung eine teleologische Reduktion vornimmt und somit auf die Kenntnis des Gläubigers abstellt. Demnach beginnt die Frist mit dem Ablauf des Tages, an dem die B Bank Kenntnis vom Ausscheiden erlangt.⁹⁸ Die Bank soll also ab Kenntnis 5 Jahre Zeit haben die Ansprüche gegen den A geltend zu machen. Fällig werden die Ansprüche der Bank 4 Jahre nach der Kündigung des A. Die Bank hat also faktisch ein Jahr Zeit, den A aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog in Anspruch zu nehmen.⁹⁹

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Mit den vorliegenden Grundfällen zur Haftungsverfassung der GbR wird deutlich, dass sich die oHG in den Haftungsfragen nur noch in Nuancen von der GbR unterscheidet, die Unterschiede sind nahezu nivelliert. Ein Anschlussproblem bildet dann auch der Ausgleich im Innenverhältnis. Hier gilt folgendes: Ähnlich wie bei der oHG kann der Gesellschafter auch bei mithaftenden Gesellschaftern nach § 426 BGB Ausgleich verlangen. Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Gesellschafter bereits dann von seinem im Innenverhältnis allein verpflichteten Mitgesellschafter Regress verlangen, wenn bereits die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass er von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird und der Gesellschaft keine frei verfügbaren Mittel zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zur Verfügung stehen.¹⁰⁰ Das Akzessorietätsmodell ist immer zu beachten. Mit Hilfe dessen und unter Abwägung der anderweitig vorhandenen Interessen ist eine dogmatisch stimmige Lösung zu erzielen.¹⁰¹ Dabei ist auch bei Kenntnis der einzelnen gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen immer darauf zu achten, die Beantwortung in das vorhandene allgemeinzivilrechtliche System einzubetten.

⁹⁶ Habersack/Schürnbrand, JuS 2003, 739 (742).

⁹⁷ Schmidt (Fn. 31), § 128 Rn. 50.

⁹⁸ Ulmer (Fn. 38), § 736 Rn. 27; Sprau (Fn. 42), § 736 Rn. 14; BGHZ 117, 168 (178 f.).

⁹⁹ Zur Nachhaftung des OHG-Gesellschafters BGH NJW 2007, 3784; dazu Schmidt, JuS 2008, 184 (185).

¹⁰⁰ BGH ZIP 2007, 2313.

¹⁰¹ Wobei das im Einzelfall schwierig sein kann, wie beispielsweise die „quotale Haftung“ (dazu Schmidt, NJW 2011, 2001) und der „Gutgläubenserwerb“ über § 899a BGB (vgl. Ulmer, ZIP 2011, 1689) zeigen.