

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – eine Einführung

Von Rechtsanwalt **Felix Garz**, Notarassessor Dr. **Fabian Eike Flaßhoff**, Leipzig/Coburg*

Die GbR ist für die Rechtspraxis von besonderer Wichtigkeit. Die meisten Personengesellschaften in Deutschland sind GbR. Erst kürzlich hat sich das BMJV dieser Gesellschaftsform mit dem Mauracher Entwurf¹ wieder angenommen. Grund genug, sich dieser Gesellschaftsform auch von studentischer Seite zu nähern, zumal das Personengesellschaftsrecht zum Pflichtfachstoff gehört.

I. Das Personengesellschaftsrecht in Deutschland

Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt Personengesellschaften und Körperschaften.² Die Körperschaft ist eine Vereinigung, deren Zielverwirklichung unabhängig von den einzelnen Mitgliedern gedacht ist; die Personengesellschaft hingegen ist in ihrer Existenz von ihren Mitgliedern abhängig – sie lebt durch diese.³ Dieser unterschiedliche Grad rechtlicher Verselbstständigung findet auch in der Einordnung der Körperschaft als juristische Person Ausdruck, während die Personengesellschaft zwar rechtsfähig, aber eben keine völlig selbstständige juristische Person ist. Körperschaften und Personengesellschaften unterscheiden sich – neben einer Reihe weiterer Merkmale – bei der Haftung der Gesellschafter.⁴ Neben steuerlichen Erwägungen spielt diese für Gründer bei der Wahl der Gesellschaftsform eine zentrale Rolle. Bei Körperschaften ist eine Haftung der Gesellschafter grundsätzlich nicht vorgesehen. Anders bei Personengesellschaften – nach der Grundkonzeption haften die Gesellschafter mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Schulden der Gesellschaft, (analog) § 128 HGB.

Grundtypus aller Personengesellschaften ist die GbR, auf deren Regelungen die sog. Personenhandelsgesellschaften aufbauen. So verweisen § 105 Abs. 3 HGB für die OHG und § 161 Abs. 2 HGB für die KG subsidiär auf das Recht der GbR.

Im Gesellschaftsrecht ist die Vertragsfreiheit teilweise eingeschränkt. Es gilt der numerus clausus der Gesellschaftsformen: Die Erfindung neuer Gesellschaftsformen obliegt dem Gesetzgeber.⁵ Allerdings sind die Gesellschafter frei in der Wahl der Gesellschaftsform und in unterschiedlichem Maße auch bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages. Möglich ist deshalb eine Kombination verschiedener Gesellschaftsformen – sog. Typenverbindung – deren prominentestes Beispiel die GmbH & Co. KG ist.⁶ Gesellschafter einer

GbR können auch andere Personengesellschaften oder juristische Personen sein.⁷

II. Rechtsnatur und Rechtsfähigkeit

1. Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags

Nach der systematischen Stellung der GbR im Besonderen Teil des Schuldrechts ist sie als vertragliches Dauerschuldverhältnis anzusehen. Für die Innen-GbR, die als solche nicht am Rechtsverkehr teilnimmt, bleibt es dabei; sie ist ein reines Schuldverhältnis ohne Außenwirkung.⁸ Das Gesetz geht in den §§ 705–740 BGB als Grundtypus allerdings von der Außen-GbR aus,⁹ bei der es sich nach heute ganz h.M. um eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt. Über den reinen Schuldvertrag hinaus ist der Gesellschaftsvertrag dann zugleich Organisationsvertrag, der Rechtswirkung nicht nur zwischen den Parteien entfaltet, sondern die Grundlage eines aus den Gesellschaftern bestehenden, durch seine Organe handelnden, Rechtssubjekts bildet.¹⁰

2. Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft

a) ARGE Weißes Ross

Nach langem Streit über die Rechtsfähigkeit der GbR hat der BGH im Jahr 2001 eine Grundsatz-Entscheidung (sog. ARGE Weißes Ross) getroffen, nach der eine nach außen in Erscheinung tretende GbR rechtsfähig ist.¹¹ D.h., dass die Gesellschaft selbst Rechtssubjekt ist und damit Inhaber von Rechten und Pflichten sein kann.¹² Sie kann z.B. über eigenes Vermögen verfügen. Aus der Rechtsfähigkeit folgt ferner, dass sie parteifähig (§ 50 ZPO) ist, sie kann also unter ihrem Namen klagen und verklagt werden.¹³

Die vorige a.A. ist in einer Klausur in der Regel nicht zu begründen. Wenn der Prüfling sich zur Rechtsfähigkeit überhaupt äußern will, sollen hier nur die wichtigsten Argumente kurz genannt sein.

Wesentlich ist, dass der moderne Gesetzgeber in einigen Vorschriften die Rechtsfähigkeit der GbR voraussetzt: Gem. § 162 Abs. 1 S. 2 HGB kann eine GbR Gesellschafterin einer KG sein; gem. § 899a BGB, § 47 Abs. 2 GBO kann die GbR ins Grundbuch eingetragen werden und letztlich nennt § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO die GbR im Gleichklang mit OHG und KG, für die die Rechtsfähigkeit ausdrücklich geregelt ist

* *Garz* ist Rechtsanwalt in Leipzig. *Flaßhoff* ist Notarassessor im Freistaat Bayern.

¹ Entwurf für ein „Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)“ v. 20.4.2020; s. dazu *Bachmann*, NZG 2020, 612 ff.

² *Koch*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2019, § 2 Rn. 2.

³ *Koch* (Fn. 2), § 2 Rn. 2.

⁴ Hierzu, zum Folgenden und zu den weiteren Charakteristika, siehe *Koch* (Fn. 2), § 2 Rn. 3 ff.

⁵ *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 1 Rn. 5.

⁶ *Windbichler* (Fn. 5), § 1 Rn. 5.

⁷ *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 76 ff.

⁸ *Schäfer* (Fn. 7), § 705 Rn. 159.

⁹ *Schäfer* (Fn. 7), § 705 Rn. 260.

¹⁰ *Schäfer* (Fn. 7), § 705 Rn. 162.

¹¹ BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

¹² *Koch* (Fn. 2), § 2 Rn. 8.

¹³ BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; *Windbichler* (Fn. 5), § 5 Rn. 8; Siehe zu den zivilprozessualen Sonderproblemen *Markgraf/Kießling*, JuS 2010, 312 (314).

(§§ 124 Abs. 1, 161 HGB). Ferner vermag allein ein Verständnis der GbR als Rechtssubjekt die identitätswahrende Umwandlung einer GbR in eine OHG zu erklären, wenn eine gewerbetreibende GbR aufgrund einer Zunahme des Geschäftsbetriebs nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert und damit zur OHG wird (§ 105 Abs. 1 HGB).¹⁴ Sāhe man dies anders, wūrdien die Eigentumsverhāltnisse an den zum Gesellschaftsvermōgen gehōrenden Gegenstānden von faktischen Verānderungen des Geschāftsvolumens abhāngig sein und ein Eigentumsūbergang ohne Publizitātsakt erfolgen.

Wann eine rechtsfāhige Auβengesellschaft vorliegt, ist im Einzelnen strittig. Fūr die Klausur genūgt es, wenn die Gesellschaft als solche am Rechtsverkehr teilnimmt, sie z.B. unter eigenem Namen auftritt.

Im aktuellen Gesetzesentwurf wird die Rechtsfāhigkeit der Auβengesellschaft vom Gesetzgeber ausdrūcklich festgelegt, § 705 Abs. 2 BGB-E.

b) Grundbuchfāhigkeit

Die GbR kann Eigentūmerin eines Grundstūcks sein und – wie § 47 Abs. 2 GBO erkennen lāsst – ins Grundbuch eingetragen werden. Gem. § 47 Abs. 2 S. 1 GBO ist neben der GbR auch der Gesellschafterbestand in das Grundbuch einzutragen. § 899a BGB stellt sodann eine Vermutungs- und Gutglaubensregelung zum Schutze des Rechtsverkehrs auf.¹⁵ Satz 1 der Regelung stellt die gesetzliche Vermutung auf, dass bezogen auf Grundstūcksgeschāfte, der im Grundbuch genannte Gesellschafterbestand mit dem realen Gesellschafterbestand ūbereinstimmt. Nach Satz 2 finden die Gutglaubensvorschriften der §§ 892–899 BGB bezūglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechende Anwendung.

III. Rechtliche Ausgestaltung der GbR

1. Entstehungsvoraussetzungen einer GbR

Eine GbR entsteht durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags. Wie sich aus § 705 BGB ergibt, ist Voraussetzung hierfūr ein Vertragsschluss (1.), in dem sich die Beteiligten verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (2.) in der durch Vertrag bestimmten Weise zu fōrdern (3.), wozu insbesondere die Leistung der vereinbarten Beitrāge gehōrt.

a) Vertragsschluss

Grundlage einer jeden GbR bildet der Gesellschaftsvertrag. Im Grundsatz finden die §§ 145 ff. BGB Anwendung.¹⁶ Viele Vorschriften des GbR-Rechts sind abdingbar.¹⁷ Der Gesellschaftsvertrag bedarf grundsātzlich keiner Form, es sei denn, dass er formbedūrfrige Leistungsversprechen enthālt, wie etwa die Verpflichtung zur Einbringung eines Grundstūcks (§ 311b

Abs. 1 BGB) oder eines GmbH-Anteils (§ 15 Abs. 4 GmbH-G).¹⁸ Er kann auch konkludent geschlossen werden. Gerade letzteres bereitet Tūcken, wenn sich die Gesellschafter der Grūndung einer GbR ūberhaupt nicht bewusst sind. Voraussetzung ist allerdings stets ein Rechtsbindungswille, andernfalls verbleibt die Verabredung im Bereich der unverbindlichen Gefālligkeit.¹⁹

b) Gemeinsamer Zweck

Der Gesellschaftsvertrag setzt einen gemeinsamen Zweck voraus. Gesellschaftszweck kann jeder beliebige erlaubte Zweck sein, sei er wirtschaftlich oder ideell.²⁰ Hāufig liegt der Zweck einer Auβen-GbR im Betrieb eines Gewerbes. Liegt der gemeinsame Zweck jedoch im Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB, scheidet eine GbR aus und es entsteht eine OHG, wie sich aus § 105 Abs. 2 HGB ergibt. Der ūbergang einer GbR zu einer OHG kann schleichend durch Steigerung des Umfangs der Geschāfte geschehen und erfolgt automatisch ohne weiteren Willensakt.²¹ Ūberschreitet das betriebene Gewerbe die Schwelle zum Handelsgewerbe, weil es nach Art und Umfang einen in kaufmānnischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB), verwandelt sich die Gesellschaft in eine OHG.

c) Fōrderpflicht

Letzte Voraussetzung des Gesellschaftsvertrags ist die Pflicht, den gemeinsamen Zweck durch Leistung der vereinbarten Beitrāge zu fōrdern, sog. Fōrderpflicht.²²

2. Die fehlerhafte Gesellschaft

Dem Grunde nach sind die allgemeinen Nichtigkeitstunde auf die GbR anwendbar.²³ Jedoch ergeben sich Besonderheiten, sobald die GbR in Vollzug gesetzt wurde.

Von groβer Bedeutung ist daher die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Hierbei gab es einen Mangel bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages (z.B. die fehlende Einwilligung bei Minderjāhrigkeit eines Gesellschafters), der nach allgemeinem Vertragsrecht eigentlich zur Nichtigkeit des Vertrages oder jedenfalls zur Anfechtbarkeit mit ex-tunc-Wirkung fūhren wūrde. Wurde die Gesellschaft in Vollzug gesetzt, bedingen der Verkehrsschutz als auch der Bestandsschutz, dass die Gesellschaft dennoch als wirksam behandelt wird. Allerdings kann der betroffene Gesellschafter (also z.B. der Minderjāhrige) den Mangel mit ex-nunc-Wirkung geltend machen. Die Rechtsprechung verweist auf das Recht zur fristlosen Kūndigung gem. § 723 Abs. 1 BGB.²⁴ Fūr die Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft mūssen vier Voraussetzungen erfūllt sein.

¹⁴ BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 (1057).

¹⁵ Koch (Fn. 2), § 2 Rn. 18. Zu Grundstūcksgeschāften mit der GbR ausfūhrlich Wellenhofer, JuS 2010, 1048.

¹⁶ Schōne, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 56, Stand: 1.11.2020, § 705 Rn. 42.

¹⁷ Schāfer (Fn. 7), § 705 Rn. 134.

¹⁸ Windbichler (Fn. 5), § 6 Rn. 6.

¹⁹ Vgl. Bachmann, in: Mūnchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 241 Rn. 165 ff.

²⁰ Windbichler (Fn. 5), § 5 Rn. 3.

²¹ Schāfer (Fn. 7), § 705 Rn. 15.

²² Zu der Beitragspflicht siehe I. 4. a).

²³ Schōne (Fn. 16), § 705 Rn. 79.

²⁴ St. Rspr. BGH NJW 1992, 1501 m.w.N.

a) Tatsächliche Willenserklärungen

Die Beteiligten müssen Willenserklärungen auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages abgegeben haben. Hierbei kann nur maßgeblich der natürliche Wille sein, denn ein rechtsgeschäftlicher ist ja gerade mangelbehaftet und nichtig.

b) Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag

Der gesamte Gesellschaftsvertrag muss mangelbehaftet – sprich fehlerhaft – sein. Vor allem darf keine Heilung oder Genehmigung des Mangels eingetreten sein. Vertragsmängel sind Anfechtungstatbestände gem. §§ 119, 123 BGB, Formnichtigkeit gem. § 125 BGB, Dissens gem. §§ 154 f. BGB sowie die Gründung unter Mitwirkung einzelner, besonders schutzwürdiger Personen (insb. Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige).²⁵

c) Invollzugsetzung der Gesellschaft

Die Gesellschaft muss in Vollzug gesetzt worden sein. D.h., dass wesentliche Tätigkeiten bereits aufgenommen wurden. Ausreichend ist, wenn die Gesellschafter Beiträge für bzw. an die Gesellschaft geleistet haben. Der späteste Zeitpunkt ist die Aufnahme von Rechtsverbindungen zu Dritten.²⁶

d) Keine gewichtigen Gründe der Allgemeinheit oder schutzwürdige Interessen Dritter

Schließlich muss eine negative Voraussetzung erfüllt sein. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft finden keine Anwendung, wenn besonders gewichtige Gründe der Allgemeinheit bzw. schutzwürdige Interessen bestimmter Gesellschafter entgegenstehen.²⁷ Diese Negativvoraussetzung ist umstritten, jedoch ständige Rechtsprechung des BGH.²⁸ Gründe der Allgemeinheit können eine besondere Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB oder ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB sein. Schutzwürdige Interessen einzelner Gesellschafter können sich aus der Geschäftsunfähigkeit gem. § 105 Abs. 2 BGB ergeben. Liegt die negative Voraussetzung nicht vor, sind also schutzwürdige Interessen oder besondere Gründe der Allgemeinheit gegeben, verbleibt es bei den normalen Abwicklungsregimen, insbesondere dem Bereicherungsrecht. Liegen alle vier Voraussetzungen vor, so gilt die Gesellschaft als wirksam, bis die Kündigung erklärt wird. Folge ist damit, dass eine Rückabwicklung der in der Vergangenheit und vor Kündigung erfolgten Rechtsgeschäfte nicht stattfindet. Im Innenverhältnis bleiben die Gesellschafter sich schuldrechtlich verpflichtet. Im Außenverhältnis haften die Gesellschafter nach den allgemeinen Regelungen, insbesondere analog § 128 HGB.

3. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft

Geschäftsführung und Vertretung sind elementar unterschiedliche Dinge, die in der GbR jedoch im Regelfall zusammen-

fallen. Die Geschäftsführung ist die interne Organisation und Willensbildung, die Vertretung ist eine nach Außen gerichtete Handlung.²⁹

Die Vertretung folgt den allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB. Es gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft, wonach die Vertretung der Gesellschaft Sache der Gesellschafter ist.³⁰ Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags. Fehlen solche Regelungen, ordnet § 714 BGB an, dass sich die Vertretungsmacht mit der Geschäftsführungsbefugnis deckt. Für die Geschäftsführungsbefugnis ordnet wiederum § 709 BGB dispositiv die Gesamtgeschäftsführung an. Der gesetzliche Regelfall ist damit die aus der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis folgende Gesamtvertretungsmacht. Eine wirksame aktive Stellvertretung der Gesellschaft setzt dann die Zustimmung aller Gesellschafter zum Rechtsgeschäft voraus. Sind zwei Gesellschafter hingegen jeweils einzelgeschäftsführungsbefugt, kann jeder für sich die Gesellschaft nach außen einzeln vertreten. Dem jeweils anderen Gesellschafter steht dann gem. § 711 S. 1 BGB ein Widerspruchsrecht zu, dessen Ausübung gem. § 711 S. 2 BGB zur Folge hat, dass das Geschäft zu unterbleiben hat. Ein Handeln trotz Widerspruchs lässt die Vertretungsmacht im Außenverhältnis jedoch unberührt und hat lediglich im Innenverhältnis eine Pflichtwidrigkeit zur Folge, was einen Schadensersatzanspruch begründen kann.³¹

4. Innenansprüche

Im Innenverhältnis bestehen eine Vielzahl von Rechten und Pflichten für die Gesellschafter.

a) Pflichten

Gesetzessystematisch an erster Stelle steht die Beitragspflicht. Die Anspruchsgrundlage ist § 705 BGB. Die mögliche Art des Beitrags ist vielgestaltig: Sie kann in der Leistung von Geld, Grundstücken oder Forderungen wie auch in der Erbringung von Dienstleistungen (§ 706 Abs. 3 BGB), etwa der Übernahme der Geschäftsführung, liegen.³² Wurde nichts anderes vereinbart, haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten, § 706 Abs. 1 BGB.

Von Bedeutung ist ebenfalls die Treuepflicht. Die dogmatische Grundlage dieses Rechtsinstituts ist umstritten, bedarf in der Klausur aber keiner Herleitung, da Einigkeit über ihr Bestehen herrscht.³³ Auf eine einfache Formel heruntergebrochen bedeutet die Treuepflicht: „Die Gesellschafter sind verpflichtet, in Ausübung ihrer im Gesellschaftsinteresse begründeten mitgliedschaftlichen Befugnisse diejenigen Handlungen vorzunehmen, die der Förderung des Gesellschaftszwecks dienen, und zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen. Bei der Ausübung eigennütziger Mitgliedsrechte sind die Schranken einzuhalten, die sich aus dem Verbot einer willkürlichen oder unverhältnismäßigen Rechtsausübung er-

²⁵ Schäfer (Fn. 7), § 705 Rn. 339.

²⁶ Koch (Fn. 2), § 5 Rn. 8.

²⁷ BGH, Urt. v. 24.10.1951 – II ZR 18/51 = BGHZ 3, 285 = NJW 1952, 97.

²⁸ Zur a.A.: Koch (Fn. 2), § 5 Rn. 14.

²⁹ Koch (Fn. 2), § 6 Rn. 4 f.

³⁰ Windbichler (Fn. 5), § 8 Rn. 1.

³¹ Schöne (Fn. 16), § 711 Rn. 7 f.; Koch (Fn. 2), § 6 Rn. 39 f.

³² Windbichler (Fn. 5), § 6 Rn. 1.

³³ Koch (Fn. 2), § 8 Rn. 8 f.

geben. Auf die mitgliedschaftlichen Interessen anderer Gesellschafter ist angemessene Rücksicht zu nehmen.³⁴ Auf Rechtsfolgenseite können sich aus der Treuepflicht Handlung- oder Unterlassungspflichten ergeben. Diese können eingeklagt werden oder aber Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB begründen.³⁵

Für die Prüfung von etwaigen vertraglichen Pflichtverletzungen oder deliktischen Handlungen³⁶ der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft ist auf der subjektiven Seite §§ 708, 277 BGB zu beachten, wonach der Gesellschafter in Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten nur für die eigenübliche Sorgfalt einzustehen hat. Die Handlung muss bei der Erfüllung der im Gesellschaftsvertrag begründeten Verpflichtungen begangen worden sein. Eine Ausnahme von dieser Haftungsbeschränkung macht der BGH bei Schädigungen im Straßenverkehr.³⁷ § 708 BGB ist dispositiv.³⁸

b) Rechte

Eine Art Mischverhalten kennzeichnet den Anspruch auf den Gewinnanteil. Denn damit einher geht die Pflicht der Verlusttragung. Die Verteilung des Gewinns obliegt grundsätzlich den im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelungen. Die gesetzlichen Grundregelungen finden sich in §§ 721, 722 BGB. Von der Regelungssystematik her unterscheidet § 721 BGB danach, ob die GbR kurz- oder langfristig bestehen soll. Bei kurzfristigen GbR wird gem. § 721 Abs. 1 BGB erst nach Auflösung verteilt. Bei langfristigen GbR erfolgt die Gewinnverteilung in der Regel am Ende des Geschäftsjahres, § 721 Abs. 2 BGB.

Macht der geschäftsführende Gesellschafter im Rahmen seiner Tätigkeiten Aufwendungen, findet gem. § 713 BGB teilweise das Auftragsrecht, insbesondere § 670 BGB, Anwendung. Der geschäftsführende Gesellschafter kann Aufwendungen, die er so für erforderlich hielt, von der Gesellschaft ersetzt verlangen. Diese Regelung gilt entsprechend für Schäden, die der geschäftsführende Gesellschafter erleidet und für persönlich beglichene Gesellschaftsschulden.³⁹

5. Haftungsfragen

Für die Praxis wie für die Ausbildung von besonderer Bedeutung sind Haftungsfragen. Als Haftungssubjekte kommen dabei die Gesellschaft mit ihrem Vermögen sowie die einzelnen Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen in Betracht. In der Fallbearbeitung bietet es sich an, stets mit der Prüfung der Haftung der Gesellschaft zu beginnen, weil die Gesellschafter hierzu akzessorisch haften.

³⁴ Hüffer, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 1990, S. 59 (69); Koch (Fn. 2), § 8 Rn. 10.

³⁵ Koch (Fn. 2), § 8 Rn. 20.

³⁶ BGH, Urt. v. 20.12.1966 – VI ZR 53/65 = BGHZ 46, 313 (316) = NJW 1967, 558.

³⁷ Hierzu m.w.N.: Schäfer (Fn. 7), § 708 Rn. 12 ff.

³⁸ Windbichler (Fn. 5), § 7 Rn. 5.

³⁹ Schöne (Fn. 16), § 713 Rn. 11.

a) Haftung der Gesellschaft

Die Gesellschaft haftet mit ihrem Vermögen für ihre Schulden. Das Gesellschaftsvermögen ist als Gesamthandsvermögen ein selbstständiges Sondervermögen, wie sich unmittelbar aus § 718 BGB ergibt.

Sie haftet sowohl für rechtsgeschäftliche wie auch für gesetzliche Verbindlichkeiten. Nach ganz h.M. ist der Gesellschaft das Verhalten ihrer geschäftsführenden Gesellschafter analog § 31 BGB wie eigenes Verhalten zuzurechnen.⁴⁰ Als verfassungsmäßig berufene Vertreter i.S.d. § 31 BGB sind die geschäftsführenden Gesellschafter zu verstehen. Im Unterschied zu § 278 BGB erlaubt § 31 BGB analog eine Zurechnung auch im deliktischen Bereich.⁴¹ Die Gesellschaft haftet deshalb für das deliktische Verhalten ihres Gesellschafters z.B. nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB analog. Hingegen scheidet eine Haftung der Gesellschaft für ihre Gesellschafter nach § 831 BGB aus, weil diese nicht weisungsgebunden handeln.⁴² Eine Haftung der GbR für sonstige Hilfspersonen – etwa für Angestellte – nach § 831 BGB ist ohne weiteres möglich. Die GbR haftet aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn und soweit sie bereichert ist.⁴³

b) Haftung der Gesellschafter

aa) Grundfall

Die heute h.M. geht von einem Gleichlauf der Haftung von Gesellschaft und Gesellschaftern aus, sodass die Gesellschafter für alle Schulden der Gesellschaft haften, sog. Akzessorietätstheorie.⁴⁴ Das entspricht der Haftung der Gesellschafter einer OHG nach § 128 HGB, sodass zur dogmatischen Begründung dessen analoge Anwendung bemüht wird.⁴⁵ Die Haftung lässt sich mit den Schlagworten unbeschränkt, unbeschränkbar, unmittelbar, primär und gesamtschuldnerisch charakterisieren.⁴⁶ Nach überwiegender Auffassung gilt die sog. Erfüllungstheorie, nach der die Gesellschafter wie die Gesellschaft in natura zu leisten haben, im Gegensatz zur Haftungstheorie, nach der die Gesellschafter lediglich eine Einstandspflicht in Geld für die Verbindlichkeit der Gesellschaft trifft.⁴⁷

Voraussetzung der Haftung analog § 128 HGB ist einzig die Gesellschafterstellung zum Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit. Der Gesellschafter kann sich gegenüber dem Gläubiger sowohl auf eigene Einwendungen und Einreden berufen als auch auf solche der Gesellschaft, analog § 129

⁴⁰ BGH, Urt. v. 24.2.2003 – II ZR 385/99 = BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445; Westermann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 31 Rn. 2; Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 31 Rn. 5; Siehe zu § 31 BGB eingehend Piper, JuS 2011, 490.

⁴¹ Windbichler (Fn. 5), § 8 Rn. 10.

⁴² Windbichler (Fn. 5), § 8 Rn. 9.

⁴³ Windbichler (Fn. 5), § 8 Rn. 10.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; Windbichler (Fn. 5), § 8 Rn. 12.

⁴⁵ So etwa Grunewald, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2020, § 1 Rn. 113.

⁴⁶ Windbichler (Fn. 5), § 14 Rn. 20.

⁴⁷ Dazu Windbichler (Fn. 5), § 14 Rn. 17 m.w.N.

Abs. 1 HGB. Analog § 129 Abs. 2 und 3 HGB kann der Gesellschafter die Einrede der Anfechtbarkeit bzw. Aufrechenbarkeit erheben.

bb) Haftung des eintretenden Gesellschafters

War der Gesellschafter zum Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit noch kein Gesellschafter, sondern tritt er erst später der Gesellschaft bei, haftet er analog § 130 Abs. 1 HGB für alle vor seinem Eintritt begründeten rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verbindlichkeiten wie ein Gesellschafter.⁴⁸

cc) Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

Nach § 128 HGB haften die Gesellschafter grundsätzlich für alle während ihrer Zugehörigkeit zur Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, auch wenn sie später aus der Gesellschaft ausscheiden. Diese sog. Nachhaftung ist gem. § 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 HGB allerdings auf fünf Jahre beschränkt. Weil eine Eintragung des Ausscheidens aus der Gesellschaft im Handelsregister, wie sie § 160 Abs. 1 S. 2 HGB voraussetzt, mangels GbR-Register nicht stattfinden kann, beginnt die Fünf-Jahres-Frist der Nachhaftung mit positiver Kenntnis des jeweiligen Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters zu laufen.⁴⁹ Nach dem aktuellen Gesetzesentwurf ist diese Nachhaftung in § 728b BGB-E geregelt. Auch sieht der Entwurf ein GbR-Register vor.

dd) Scheingesellschafter

Grundsätzlich setzt die Haftung voraus, dass der in Anspruch Genommene tatsächlich Gesellschafter ist oder war. Wie auch in anderen Rechtsgebieten kommt eine Haftung unter Rechtsscheingesichtspunkten in Betracht. Voraussetzung der Haftung als sog. Scheingesellschafter ist, dass ein Rechtsschein gesetzt wurde, dieser zurechenbar ist und der andere aufgrund dieses Rechtsscheins gehandelt hat.⁵⁰

ee) Haftung der Gesellschafter untereinander

Einen Sonderfall der Gesellschafterhaftung bilden Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis, sog. Sozialverbindlichkeiten. Für solche Ansprüche haften die anderen Gesellschafter nach § 128 HGB während des Bestehens der Gesellschaft nicht.⁵¹ Andernfalls würde es entgegen § 707 BGB zu einer nicht vorgesehenen Nachschusspflicht kommen.⁵² Eine Ausnahme hiervon wird für den Fall gemacht, dass der Gesellschafter eine Verbindlichkeit der Gesellschaft getilgt hat und die Gesellschaft keine frei verfügbaren Mittel zur Begleichung des deshalb entstandenen Aufwendungsersatzanspruchs aus §§ 714, 670 BGB hat. In diesen Fällen haften die anderen Gesellschafter sub-

sidiär nach § 426 Abs. 1 BGB anteilig entsprechend ihrer Beteiligung.⁵³ Von den Sozialverbindlichkeiten abzugrenzen sind Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft aus einer Drittbeziehung. Stammt der Anspruch nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis, sondern einem Geschäft, bei dem der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein Dritter gegenübertritt, haften die Gesellschafter analog § 128 HGB.⁵⁴

IV. Zusammenfassung

Das Recht der GbR sollte von Studenten in Grundzügen beherrscht werden, wobei durchaus ein größeres Augenmerk auf die Haftungsregelungen gelegt werden muss. Durch den Mauracher Entwurf wird die GbR für Prüfungsämter wieder aktueller werden. Insofern sollte man beruhigt sein, da solche Klausuren in aller Regel das Gesellschaftsrecht nur als Einstieg für einen schuldrechtlichen Fall benutzen.

⁴⁸ Grunewald (Fn. 45), § 1 Rn. 140.

⁴⁹ Windbichler (Fn. 5), § 9 Rn. 13.

⁵⁰ Vgl. hierzu Markworth, JuS 2016, 587 ff.

⁵¹ Saenger, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 299 zur gleichlaufenden Haftung in der OHG.

⁵² BGH, Urt. v. 2.7.1962 – II ZR 204/60 = BGHZ 37, 299 = NJW 1961, 1863; Saenger (Fn. 51), § 4 Rn. 299.

⁵³ Windbichler (Fn. 5), § 14 Rn. 28 zur OHG.

⁵⁴ Windbichler (Fn. 5), § 14 Rn. 29 zur OHG; Saenger (Fn. 51), § 4 Rn. 300.