

Der Wegfall von § 708 BGB infolge des MoPeG

*Stud. iur. Hasoor Tahir, Frankfurt am Main**

I. Einleitung	1181
II. Das geltende Recht (lex lata)	1182
1. Die Innenhaftung nach bisherigem Recht	1183
a) Besonderheiten der Innen-GbR	1183
b) Besonderheiten der Außen-GbR	1183
c) Relevante Konstellationen	1184
aa) Vertragliche Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzung	1184
bb) Deliktische Schadensersatzansprüche	1185
d) Regelungsgehalt von § 708 BGB – Was bedeutet „eigenübliche Sorgfalt“?	1185
2. Gründe für die Regelung in § 708 BGB – Rechtshistorischer Blick	1186
a) Römisch-rechtlicher Ursprung.....	1187
b) Rezeption des römischen Gesellschaftsrechts – Der Wille des historischen Gesetzgebers	1188
3. Rechtspolitische Kritik	1188
III. Die künftige Rechtslage (lex ferenda)	1189
1. Maßgebliche Gründe für die Streichung	1189
a) Römisch-rechtliches Leitbild nicht mehr zeitgemäß	1189
b) Teil-Rechtsfähigkeit der GbR	1190
c) Fehlendes praktisches Bedürfnis	1190
d) Rückgriff auf allgemeine Rechtsgeschäfts- und Schuldrechtslehre	1190
2. Worin besteht die praktische Veränderung? – Fallgruppen der teleologischen Reduktion nach der bisherigen Rechtsprechung	1190
a) Publikumsgesellschaft	1190
b) Fehlerhaftes Verhalten im Straßenverkehr	1191
c) Zwischenbefund	1191
3. Auswirkung des Wegfalls von § 708 BGB – Haftungsverschärfung?	1191
a) Sachgerechte Lösungen für Gelegenheitsgesellschaften	1192

* Der Autor ist Stud. Hilfskraft bei Prof. Stefan Vogenauer, MJur (Oxford) am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie. Für Zuspruch sei PD Dr. Stefan Thönissen, LL.M. (Yale) herzlich gedankt.

aa) Haftungsprivilegierung durch Verschiebung der rechtlich relevanten Sphäre	1192
bb) Haftungsprivilegierung durch die allgemeine Rechtsgeschäftslehre	1192
cc) Haftungsprivilegierung durch einen verkehrskreisbezogenen Sorgfaltsmaßstab	1193
dd) Haftungsprivilegierung durch die analoge Anwendung haftungsbegrenzender Normen	1194
ee) Zwischenbefund.....	1194
b) Sachgerechte Lösungen für unternehmenstragende GbRs und Personengesellschaften	1194
aa) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für nicht-geschäftsführungsbefugte Gesellschafter	1195
bb) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für geschäftsführende Gesellschafter – § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG analog?	1195
c) Zwischenbefund	1197
IV. Bewertung der Reform des § 708 BGB.....	1197
1. Im Lichte des rechtshistorischen Leitbildes	1197
2. Im Lichte der rechtspolitischen Kritik.....	1197
3. Gelegenheitsgesellschaften – Der blinde Fleck der neuen gesetzlichen Konzeption.....	1198
4. Rechtsvergleichender Ausblick.....	1198
5. Fazit.....	1198

I. Einleitung

Am 24.6.2021 verabschiedete der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und setzte damit die größte Reform des Personengesellschaftsrechts seit über 120 Jahren in die Tat um¹. Das Gesetz beruht im Wesentlichen auf dem von einer Expertenkommission aus Wissenschaft und Praxis unter Berücksichtigung der Vorschläge des 71. Deutschen Juristentages aus dem Jahr 2016 erarbeiteten sog. Mauracher Entwurf.²

Vielfach wird das MoPeG als die „Jahrhundertreform“ des Personengesellschaftsrechts bezeichnet.³ Das überrascht wenig, bedenkt man, dass durch das MoPeG insbesondere die Vorschriften zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und zur offenen Handelsgesellschaft (oHG) grundlegend umgestaltet werden. So wird z.B. die Teilrechtsfähigkeit der GbR, nachdem sie vor über 20 Jahren gelebtes Recht wurde, nun auch ausdrücklich im Gesetz anerkannt, ein noch nie dagewesenes

¹ Kruse, DStR 2021, 2412 (2412).

² Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, 20.4.2020, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/MauracherEntwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (30.10.2023); Kruse, DStR 2021, 2412 (2412).

³ Lieder, ZRP 2021, 34 (34).

Gesellschaftsregister für die GbR eingeführt oder das Beschlussmängelrecht der oHG nach dem Vorbild des Beschlussmängelrechts der Aktiengesellschaft⁴ grundsaniiert. Neben diesen beträchtlichen Umgestaltungen, die mittlerweile als Überschriften die Titelseiten vieler Aufsätze in den bekannten Ausbildungszeitschriften schmücken, sieht das MoPeG aber auch eine Reihe von Veränderungen vor, die auf den ersten Blick wenig sensationell scheinen und großer Aufmerksamkeit – sogar in der fachwissenschaftlichen Debatte – vermissen lassen.

Zu diesen Veränderungen zählt freilich die Streichung des rechtspolitisch schon lange umstrittenen § 708 BGB, der in seiner noch geltenden Fassung mit der amtlichen Überschrift „Haftung der Gesellschafter“ belegt ist.

Dieser Beitrag soll die Auswirkungen des Wegfalls von § 708 BGB, insbesondere die sich daran anschließenden Rechtsprobleme sowie mögliche Lösungsvorschläge für dieselben skizzieren, erörtern und einer umfassenden kritischen Würdigung unterziehen.

II. Das geltende Recht (lex lata)

Um zu verstehen, inwieweit sich die neue Rechtslage ohne § 708 BGB von der geltenden Rechtslage unterscheidet, ist es unerlässlich, zu fragen, wie sich die lex lata dartut.

§ 708 BGB besagt: „Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“ Nach ihrem eindeutigen Wortlaut ordnet die Vorschrift einen besonderen Sorgfaltsmaßstab an, und zwar die „eigenübliche Sorgfalt“, die für einen GbR-Gesellschafter im Hinblick auf die „Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen“ gelten soll. Der Terminus der „eigenüblichen Sorgfalt“ ist an dieser Stelle kein Novum für das BGB, sondern findet sich weiter vorne im allgemeinen Schuldrecht in § 277 BGB. Gemeint sind mit den „ihm obliegenden Verpflichtungen“ die sich aus dem Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ergebenden Verpflichtungen eines Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern und der Gesellschaft selbst.⁵ Es geht also um einen Sorgfaltsmaßstab, welcher das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betrifft, mithin das Innenverhältnis⁶. Diese Auslegung findet auch Bestätigung in den Materialien zum BGB und dem darin zum Ausdruck kommenden Willen des historischen Gesetzgebers.⁷

Relevant wird dieser besondere Sorgfaltsmaßstab daher erst, wenn es zu potenziell schadensersatzauslösendem Gesellschafterhandeln im Innenverhältnis kommt. Für ein etwaiges Vertretenmüssen gilt dann eben nicht der allgemeine Sorgfaltsmaßstab aus § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB, sondern der spezielle aus § 708 BGB.⁸ Die Vorschrift gilt über die Verweisung der §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB und des § 1 Abs. 4 PartGG gleichermaßen für oHG, KG und PartG⁹, ist aber im Rahmen aller Gesellschaftsformen, auf die sie anwendbar ist, dispositiv und darum individualvertraglich abdingbar¹⁰.

⁴ Kruse, DStR 2021, 2412 (2415).

⁵ Servatius, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, BGB § 708 Rn. 4.

⁶ Servatius, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, BGB § 708 Rn. 4; Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 708 Rn. 8.

⁷ Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 984 f.

⁸ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 16.

⁹ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 5.

¹⁰ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 708 Rn. 3.

1. Die Innenhaftung nach bisherigem Recht

Vor diesem Hintergrund ist die Innenhaftung der GbR, in deren Rahmen sich § 708 BGB verschafft, in den Blick zu nehmen. Die praktische Ausgestaltung dieser Haftung hängt davon ab, ob eine reine Innengesellschaft oder eine am Rechtsverkehr teilnehmende Außengesellschaft vorliegt. Im Folgenden werden daher die Besonderheiten sowohl der Innen- als auch der Außen-GbR, die sich auf die Innenhaftung auswirken, beleuchtet.

a) Besonderheiten der Innen-GbR

Innengesellschaften sind solche GbRs, die nicht am Rechtsverkehr teilnehmen und auf die Bildung von Gesamthandsvermögen verzichten.¹¹ Sie begegnen in der Rechtswirklichkeit in ganz vielfältigen Erscheinungsformen, wobei sich die Gesellschafter häufig gar nicht darüber im Klaren sind, dass das Verhältnis zwischen ihnen bereits die Schwelle zwischen einem reinen Gefälligkeitsverhältnis, das in aller Regel noch keine schuldvertraglichen Pflichten begründet, und einer rechtlich relevanten BGB-Innengesellschaft überschritten hat.¹² Viele Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens wie Wett-, Tipp- und Fahrgemeinschaften stellen Innengesellschaften dar.¹³

Eine wichtige Besonderheit für die Innenhaftung besteht darin, dass im Falle einer schadensersatzauslösenden Pflichtverletzung nur die anderen Mitgesellschafter, nicht aber die Gesellschaft selbst anspruchsberechtigt sein kann¹⁴, da die Innengesellschaft weder nach der ständigen Rechtsprechung des BGH noch gemäß der künftigen Vorschrift des § 705 Abs. 2 MoPeG-BGB Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann¹⁵.

b) Besonderheiten der Außen-GbR

In diesem Punkt unterscheidet sich die BGB-Außengesellschaft wesentlich von der Innengesellschaft. In seiner Entscheidung „Weißes Ross“¹⁶ sprach sich der BGH 2001 für die Rechtsfähigkeit derjenigen GbR aus, die nach außen erkennbar am Rechtsverkehr teilnimmt. Damit trug der BGH sowohl der lückenhaften Lösung, die sich bei Zugrundelegung der individualistischen Theorie¹⁷ für die Umwandlung einer GbR in eine oHG ergab, Rechnung¹⁸ als auch dem nunmehr von der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption abweichenden gesetzgeberischen Willen, der sich in neueren Vorschriften des Umwandlungsgesetzes und der Insolvenzordnung niederschlug¹⁹. Als Trägerin von Rechten und Pflichten kann die BGB-Außengesellschaft wie die Personenhandelsgesellschaften aufgrund von § 124 HGB selbst anspruchsberechtigt gegenüber ihren Gesellschaftern sein. Die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sind daneben nicht anspruchsberechtigt.²⁰ Die Innenhaftung ist

¹¹ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 705 Rn. 283.

¹² Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 160.

¹³ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 160.

¹⁴ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 705 Rn. 293; Heidel, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 705 Rn. 185.

¹⁵ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 29, 29a.

¹⁶ BGH NJW 2001, 1056.

¹⁷ Zöllner, in: FS Gernhuber, 1993, S. 563; ders., in: FS Kraft, 1998, S. 701.

¹⁸ Reiff, ZIP 1999, 517 (518 f.).

¹⁹ So § 191 Abs. 2 UmwG und § 11 Abs. 2 InsO.

²⁰ Für persönlich erlittene Schäden, die nicht deckungsgleich mit dem Schaden der Gesamthand sind, können Gesellschafter weiterhin auch selbst als Anspruchsberechtigte in Betracht kommen.

von den geschäftsführenden Gesellschaftern – und wenn nicht möglich von den Mitgesellschaftern – im Wege einer actio pro socio geltend zu machen.²¹

c) Relevante Konstellationen

Wie bereits ausgeführt betrifft § 708 BGB nach grammatischer und genetischer Auslegung nur das Innenverhältnis einer Personengesellschaft.

Relevant sind in diesem Zusammenhang nur Schadensersatzansprüche aus zweierlei Anspruchskategorien: zum einen vertragliche Schadensersatzansprüche, die sich auf § 280 Abs. 1 BGB (ggf. mit den Zusätzen, auf die § 280 Abs. 2, 3 verweist) stützen, und zum anderen Schadensersatzansprüche deliktischer Natur aus § 823 Abs. 1 BGB.²² Um ein Gefühl dafür zu bekommen, in welchen konkreten Fallkonstellationen § 708 BGB als Maßstab für das Vertretenmüssen einen Unterschied macht, ist es ratsam, den Blick auf die möglichen Fälle haftungsauslösenden Gesellschaftshandelns zu richten.

aa) Vertragliche Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzung

Die vertragliche Haftung im Innenverhältnis gem. § 280 Abs. 1 BGB gründet darin, dass der Gesellschaftsvertrag ausweislich seiner Stellung im besonderen Schuldrecht als ein vertragliches Schuldverhältnis einzuordnen ist²³, welches Pflichten gem. § 241 BGB bewirkt. Einheitliches Merkmal aller vertraglichen Schadensersatzansprüche, ganz gleich, ob sie nur aus § 280 Abs. 1 BGB, aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB oder aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB folgen mögen, ist die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis²⁴, die einen Schaden (§§ 249 ff. BGB) in kausaler und zurechenbarer Weise hervorrufen muss.

Der Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB erlegt dem Gesellschafter vielfältige Pflichten auf. So sind alle Gesellschafter nach Maßgabe von § 705 BGB verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.²⁵ Diese sog. Förderpflicht umfasst insbesondere die Pflicht zur Leistung der vereinbarten Beiträge an die Gesellschaft gem. §§ 705 f. BGB²⁶, aber auch die Pflicht, alles zu unterlassen, was eine Vertragsverletzung durch Mitgesellschafter befördern könnte. Ferner ist dem Gesellschaftsverhältnis, wenn auch nicht ausdrücklich in den §§ 705 ff. BGB geregelt, die Bindung an Treuepflichten immanent²⁷, deren gesetzliche Herleitung, die ursprünglich nach ganz überwiegender Auffassung § 242 BGB i.V.m. § 705 BGB entsprang, seit der Schuldrechtsreform mit Einfügung des § 241 Abs. 2 BGB etwas nebulös geworden ist²⁸.

Aufgrund seiner Treuebindung hat ein jeder Gesellschafter grundsätzlich alle Maßnahmen zu ergreifen, die den Gesellschaftszweck und die Interessen der Gesellschaft fördert, und alles zu unterlassen, was der Gesellschaft schadet.²⁹ Unter Umständen können die Treuepflichten im Rahmen der GbR sogar ein Wettbewerbsverbot ähnlich dem ausdrücklich geregelten Wettbewerbsverbot für per-

²¹ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (5).

²² Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (4).

²³ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (4).

²⁴ Dauner-Lieb, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 280 Rn. 27.

²⁵ Heidel, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 705 Rn. 156.

²⁶ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 68.

²⁷ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 74; Habermeier, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 705 Rn. 50.

²⁸ Das Verhältnis von § 242 BGB und § 241 Abs. 2 BGB wird in den einschlägigen Kommentierungen kaum aufgegriffen.

²⁹ Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 74a.

sönlich haftende oHG- und KG-Gesellschafter begründen, dessen Nichteinhaltung eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB bedeutet.

Neben diesen Pflichten, von denen alle Gesellschafter einer GbR betroffen sind, treffen die geschäftsführenden Gesellschafter weitergehende besondere Pflichten, die sich ihrerseits aus dem Gesellschaftsvertrag und hilfsweise aus § 713 BGB i.V.m. §§ 666–668 BGB ergeben.

Realisiert sich eine Verletzung der soeben geschilderten Pflichten, wie z.B. eine Verletzung der Förderpflicht, wenn unter Freunden, die eine Tippgemeinschaft³⁰ gegründet haben, ein Mitglied dieser Tippgemeinschaft vereinbarungswidrig vergisst, den ausgefüllten Tippschein abzugeben, löst diese Pflichtverletzung nur dann einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 705 BGB aus, wenn sie vom Verletzer zu vertreten ist. Während die übrigen vertraglichen Schuldverhältnisse lediglich Verschulden i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, voraussetzen, geht das GbR-Recht einen anderen Weg und bejaht ein haftungsbegründendes Vertretenmüssen erst, wenn die eigenübliche, also jedenfalls nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aus § 276 Abs. 2 BGB außer Acht gelassen wird. Hier kann § 708 BGB entscheidend sein und einen Anspruch, der nach allgemeinen Regeln zur Entstehung gelangen würde, verhindern. Der Bedeutungsgehalt dieser eigenüblichen Sorgfalt (*diligentia quam in suis rebus*) wird noch zu zeigen sein.

bb) Deliktische Schadensersatzansprüche

Theoretisch sind neben vertraglichen Schadensersatzansprüchen auch Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen unerlaubter Handlung denkbar, sofern die Pflichtverletzung des Gesellschafters auch ein Rechtsgut verletzt. Jedoch schützt § 823 Abs. 1 BGB nicht das Vermögen als solches und kann durch keine Handlung tatbestandlich verwirklicht werden, die nicht auch eine vertragliche Treuepflichtverletzung bedeutet. Bedenkt man ferner, dass § 823 Abs. 1 BGB mit Blick auf die Rechtsfolgen nicht weitergeht als eine vertragliche Haftung³¹, dann wird klar, dass eine deliktische Haftung neben einer vertraglichen Haftung im Gesellschaftsverhältnis quasi keine selbstständige Bedeutung entfaltet. Auch kann § 823 Abs. 1 BGB, der nach seinem Wortlaut nur Verschulden voraussetzt und damit auf § 276 BGB rekurriert, nicht in den Fällen, in denen eine vertragliche Haftung wegen § 708 BGB ausgeschlossen ist, als Auffanghaftungsnorm einspringen. Ließe man das zu, wäre die Haftungsprivilegierung in § 708 BGB sinnentleert und überflüssig. Insofern hegt § 708 BGB auch deliktische Ansprüche im Gesellschaftsverhältnis ein.³² Vor diesem Hintergrund bleibt es bei der Feststellung, dass eine tiefergehende Erörterung deliktischer Konstellationen fruchtlos wäre.

d) Regelungsgehalt von § 708 BGB – Was bedeutet „eigenübliche Sorgfalt“?

Nachdem nun die konkreten Konstellationen, in denen § 708 BGB relevant wird, skizziert sind, gilt es, den Bedeutungsgehalt der „eigenüblichen Sorgfalt“ im Verhältnis zu der allgemeinen „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ zu erforschen.

Bei der eigenüblichen Sorgfalt wird anders als bei § 276 BGB kein objektiver, sondern ein subjek-

³⁰ Im Beispiel wird entgegen BGH NJW 1971, 1705 angenommen, eine GbR sei zur Entstehung gelangt.

³¹ In der Haftungsausfüllung des § 823 Abs. 1 BGB sind schließlich auch die §§ 249 ff. BGB maßgeblich; so auch *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (4).

³² *Stürner*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 708 Rn. 1; *Saenger*, in: *Schulze u.a.*, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 708 Rn. 1.

tiver, auf das gewohnheitsmäßige Verhalten des konkret Handelnden abstellender Maßstab angelegt.³³ Es kommt entscheidend auf die individuellen, persönlichen Eigenarten des jeweiligen Schuldners an.³⁴ Es kann deswegen dahinstehen, wenn von einem durchschnittlichen Angehörigen des Verkehrskreises, dem ein Gesellschafter angehört, die Anwendung größerer Sorgfalt erwartet werden kann. Ist nämlich ein Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten üblicherweise nachlässiger, als die Erwartung im jeweiligen Verkehrskreis gebietet, dann ist das wegen § 708 BGB maßgebend. Insofern ist die *diligentia* ein subjektiv-konkreter Maßstab.³⁵

Im oben gebildeten Beispielsfall der Lotto-Tippgemeinschaft³⁶ hieße das, dass der Gesellschafter (A), der vergaß, den Tippschein ausgefüllt einzureichen, der andernfalls gewonnen hätte, seinen Mitgesellschaftern (B und C) gegenüber nicht haftet, wenn er üblicherweise in eigenen Angelegenheiten auch zur Vergesslichkeit neigt. Von einem durchschnittlichen Mitglied einer Tippgemeinschaft kann gewiss erwartet werden, dass die Abgabe des Tippscheins gewissenhaft erfolgt. Legte man also § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB als Maßstab an, so würde A haften. Hieran zeigt sich sehr anschaulich, wie § 708 BGB in Haftungsfragen einen relevanten Unterschied bewirken kann.

Auch wenn der Wortlaut das grundsätzlich vermuten ließe, bedeutet die Geltung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 708 BGB nun aber nicht, dass erstens ein Gesellschafter, der in eigenen Angelegenheiten besonders sorgfältig ist, strenger als nach dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab von § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB haftet³⁷ und zweitens ein Gesellschafter, der in eigenen Angelegenheiten eine besonders niedrige Sorgfalt anzuwenden pflegt, von einer Haftung wegen grober Fahrlässigkeit befreit ist.³⁸ § 708 BGB kann nach seinem Sinn und Zweck keine Haftungsverschärfung gegenüber den allgemeinen Regeln (§ 276 BGB) bewirken, da die Norm als Haftungsprivilegierung konzipiert ist.³⁹ Es ist zwar möglich, dass die eigenübliche Sorgfalt eines konkreten Gesellschafters mit der verkehrstüblichen Sorgfalt zusammenfällt, sodass § 708 BGB in einem konkreten Fall wirkungslos wird, aber eine ihrem Sinn und Zweck widerstrebende Wirkung kann die Norm nicht entfalten. Die Bestimmung der groben Fahrlässigkeit als die Grenze der Privilegierungswirkung von § 708 BGB ergibt sich aus der schuldrechtlichen Norm des § 277 BGB, die in allen Fällen, in denen das Gesetz den besonderen Sorgfaltsmaßstab der *diligentia quam in suis* wählt, Geltung beansprucht. Der Grund für die Regelung in § 277 BGB besteht letztlich darin, zu verhindern, dass aus angemessenen Haftungsprivilegierungen in konkreten Fallkonstellationen unzumutbare Haftungsausschlüsse für jegliche Form fahrlässiger Verursachung werden. Insofern wirkt § 277 BGB als „Haftungsprivilegierungsbeschränkung“.

2. Gründe für die Regelung in § 708 BGB – Rechtshistorischer Blick

Wo immer das Gesetz Ausnahmeregelungen wie § 708 BGB vorsieht, muss es sich nach den Gründen befragen lassen. Der Gesetzgeber kann eine Norm aus verschiedensten Gründen in ihrer konkreten Gestalt gesetzt haben, darunter aus Schutzzweck- und Risikoverteilungserwägungen oder aber aus historischen Motiven. Besondere Aufmerksamkeit verdient im Kontext von § 708 BGB der römisch-

³³ Dauner-Lieb, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 277 Rn. 3.

³⁴ Grundmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 277 Rn. 3.

³⁵ Diese Terminologie stammt von Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (486 ff.).

³⁶ Siehe beispielgebende Entscheidung des BGH zur Lotto-Tippgemeinschaft in BGH NJW 1971, 1705.

³⁷ Ganz h.M. vgl. Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 277 Rn. 3.

³⁸ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 16; Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 277 Rn. 3.

³⁹ Grundmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1.

rechtliche Ursprung der Norm und die Rezeption römischen Privatrechts im Rahmen der BGB-Entstehungsgeschichte im ausgehenden 19. Jahrhundert.

a) Römisch-rechtlicher Ursprung

Viele der heutigen Kommentierungen und Lehrbucheinträge erwecken den Eindruck, die Haftungsprivilegierung des § 708 BGB lasse sich unzweifelhaft und klar auf die römisch-rechtliche *societas* zurückführen.⁴⁰ Die moderne Forschung stellt diese These aber infrage, da sie den römischen Quellen ein nicht so eindeutiges Bild der *societas*-Binnenhaftung abgewinnt, wie es zuweilen behauptet wird.⁴¹

Mit erträglicher Gewissheit lässt sich nur sagen, dass die ursprünglich ausschließlich als *dolus*-Haftung (Vorsatzhaftung) ausgestaltete Binnenhaftung der *societas* von Celsus in der Hochklassik derart aufgeweicht wurde, dass sich in bestimmten Fällen sogar die nur fahrlässige Verursachung von Schäden haftungsbegründend auswirken konnte.⁴²

Die *diligentia quam in suis* – so wie sie heute als eigene Verschuldenskategorie verstanden wird – wurde in der Hochklassik maßgeblich durch das Gaius-Fragment D. 17, 2, 72 etabliert, welches sogar Eingang in die *Institutiones* des *Corpus Iuris Civilis* gefunden hat.⁴³ Der rechtsgeschichtliche Kontext, der Rückschlüsse darauf zuließe, wie Gaius die *diligentia* verstanden wissen wollte, ist bis heute nicht eindeutig. Möglich wäre sowohl, dass Gaius eine Erweiterung der frühklassischen *dolus*-Haftung zuungunsten von *societas*-Gesellschaftern bezweckte⁴⁴, als auch, dass er versuchte, gegen vereinzelt vertretene, aufstrebende Meinungen, die sich für einen objektiven Sorgfaltsmaßstab⁴⁵ aussprachen, einen angemessen milderen Haftungsmaßstab zu behaupten.⁴⁶ Je nachdem, welchen Hintergrund man annehmen will, erhält die *diligentia quam in suis* eine ganz andere Stoßrichtung.

In der Spätklassik finden sich sogar Belege bei Ulpian, die von der Geltung der *diligentia quam in suis* nichts vermuten lassen, sondern stattdessen von einem objektiven Haftungsmaßstab ausgehen.⁴⁷

Die Quellenlage zeigt jedenfalls eines mit Deutlichkeit, und zwar, dass in der Zeit des klassischen römischen Rechts die Binnenhaftung der *societas* nicht durchweg unumstritten nach ein- und demselben Sorgfaltsmaßstab beurteilt wurde, und erschüttert in der Konsequenz etwaige auf den römisch-rechtlichen Ursprung bauende Versuche, den § 708 BGB zu legitimieren.⁴⁸

⁴⁰ Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (481); so z.B. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 1.

⁴¹ Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, S. 464; Meissel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, 2004, S. 291 ff.; Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, § 54 Rn. 12.

⁴² D. 16, 3, 32; Celsus' Formulierung deutet die „*diligentia quam in suis*“ – wie sie später bei Gaius als Verschuldenskategorie neben *dolus* und *culpa* entwickelt wird – bereits an. Überwiegend wird vertreten, die Celsusstelle dürfe ihrerseits nicht als Einführung der *diligentia* gedeutet werden, sondern als Erfindung der Rechtsfigur des relativen *dolus*; so Hausmaninger, in: FS Kaser, 1969, S. 268.

⁴³ D. 17, 2, 72; „[...] *sufficit etenim talem diligentiam in communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* [...]“ (dt.: „Es genügt nämlich, eine solche Sorgfalt in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten anzuwenden, wie man sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“, Übersetzung nach Karlheinz Misera, in: Behrends u.a., *Corpus Iuris Civilis*, Bd. III, 1999, S. 434); siehe ferner Inst. 3, 25, 9.

⁴⁴ Hausmaninger, in: FS Kaser, 1969, S. 275; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, S. 463.

⁴⁵ In der Literatur wird im Zusammenhang mit diesem „objektiven“ Maßstab von „*culpa in abstracto*“ gesprochen. Ob diese *culpa in abstracto* einen abstrakten oder doch eher einen objektiv-konkreten Sorgfaltsmaßstab meint, kann an dieser Stelle nicht ausführlich erörtert werden. Da das römische Zivilrecht als ein besonders situationsbezogenes Fallrecht zu verstehen ist, liegt die Vermutung nahe, dass die Einbeziehung konkreter Umstände und ein Verkehrskreisdenken im römischen Privatrecht schon ausgeprägt war.

⁴⁶ Meissel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, 2004, S. 294 (Fn. 204).

⁴⁷ So z.B. D. 17, 2, 52, 2; eine ausführliche Schilderung bei Meissel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, 2004, S. 292 f.

⁴⁸ Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (482).

b) Rezeption des römischen Gesellschaftsrechts – Der Wille des historischen Gesetzgebers

Wie auch immer die Binnenhaftung der *societas* tatsächlich ausgestaltet gewesen sein mag, lässt sich nicht abstreiten, dass sich Gaius' *diligentia quam in suis* in der Rezeptionsgeschichte des römischen Privatrechts durchgesetzt hat.⁴⁹

So entschieden sich bereits im Vorfeld der Entstehung des BGB vom 1.1.1900 die allermeisten deutschen Territorialkodifikationen flächendeckend für die *diligentia quam in suis*.⁵⁰ Beispielhaft seien das BGB für das Großherzogtum Hessen von 1842–1853 (Art. 373), das Sächsische BGB von 1865 (§ 1371) oder das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (§ 211) erwähnt.

Deswegen sah der erste Entwurf zum BGB gleichfalls vor, für das Gesellschaftsverhältnis die „eigenübliche Sorgfalt“ als Haftungsmaßstab anzuordnen.⁵¹

In den Beratungen der zweiten Kommission wurde dann aber vereinzelt vorgeschlagen, die *diligentia quam in suis* im Gesellschaftsverhältnis gänzlich zu streichen.⁵² Zur Begründung wurde angeführt, dass ein Gesellschafter, der Geschäfte für die Gesellschaft besorge, niemals bloß in eigenen Angelegenheiten, sondern immer auch in fremden handele, weswegen es zumindest im Falle gemeinschaftlicher Geschäftsführung durch alle Gesellschafter nahe liege, für alle einen einheitlichen Sorgfaltsmaßstab gelten zu lassen, der nicht die eigenübliche Sorgfalt sein könne.⁵³

Dieser letzte Versuch, § 708 BGB zu verhindern, vermochte nicht die Kommissionmehrheit für sich zu gewinnen. Zwei Erwägungen waren es im Wesentlichen, die die *diligentia quam in suis* wider alle Kritik für über 100 Jahre in das zweite Buch des BGB zwangen:

Einerseits – so die Kommissionmehrheit – sei die *culpa in concreto* so tief in das Volksbewusstsein eingedrungen, dass ihr z.B. das vorher erlassene Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) sogar im Handelsverkehr – bezogen auf die oHG und KG – Geltung verschafft habe, sodass für das BGB konsequenterweise nichts anderes und schon gar nichts Strengeres gelten könne.⁵⁴

Andererseits berief sich die Kommission – die römische *societas*, eine Gelegenheitsgesellschaft, endgültig zum Leitbild der GbR erhebend – mit den folgenden berühmten und vielzitierten Worten auf ein gewisses psychisches, dem besonderen Wesen des Gesellschaftsverhältnisses entspringendes Moment:

„Es müsse angenommen werden, daß Parteien, die mit einander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigten, sich gegenseitig so nehmen wollten, wie sie einmal seien, daß jeder Theil von vornherein die Individualität des anderen ins Auge fasse und daher nur verlange, daß er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dieselbe Sorgfalt wie in den eigenen Angelegenheiten übe.“⁵⁵

Damit war der Weg für § 708 BGB in seiner geltenden Fassung geebnet.

3. Rechtspolitische Kritik

Die rechtspolitische Kritik an § 708 BGB reicht so lange zurück, wie die Norm schon existiert. Kaum

⁴⁹ Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die „*diligentia quam in suis*“ Eingang sowohl in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) und das BGB gefunden hat.

⁵⁰ Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (483).

⁵¹ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 336.

⁵² Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 984.

⁵³ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 984.

⁵⁴ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 985.

⁵⁵ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 985.

ein Kommentator versäumt es, in den ersten Randnummern wenigstens auf die Probleme im Zusammenhang mit § 708 BGB hinzuweisen.⁵⁶

Zu den frühesten Kritikern zählen *Rudolf Müller-Erbach*⁵⁷ und *Hans Würdinger*⁵⁸. So schrieb *Müller-Erbach* 1910 im Archiv für civilistische Praxis:

„Der Nachlässige wird am meisten begünstigt, was Gaius für den Gesellschaftsvertrag mit den Worten zu begründen versucht hat, quia qui parum [...], ohne zu bedenken, daß mit dieser Wendung die Haftung für jedes Verschulden bei jeder Art von Verträgen hinwegdisputiert werden kann [...].“⁵⁹

Würdinger arbeitete in seinem Lehrbuch zum Personengesellschaftsrecht von 1937 pointiert heraus, dass § 708 BGB überall da nicht passe, wo der Gedanke persönlicher Verbundenheit nicht einschlägig sei, so z.B. bei Personalgesellschaften mit tendenziell kapitalistischer Ausgestaltung wie Personenhandelsgesellschaften (oHG und KG).⁶⁰ Dieser Gedanke wird heute noch von berühmten Kommentierungen als zentrales Problem des § 708 BGB aufgegriffen.⁶¹ Die rechtspolitische Kritik ist seither nie abgeflacht oder gar verstummt.⁶²

III. Die künftige Rechtslage (lex ferenda)

Dem Drängen der Kritik hat der Gesetzgeber durch das MoPeG schließlich nachgegeben. § 708 BGB in seiner geltenden Fassung wird ab dem 1.1.2024 ersatzlos wegfallen, und das, obwohl der 71. Juristentag für eine Abschaffung der eigenüblichen Sorgfalt nur im Hinblick auf die Personenhandelsgesellschaften aus dem HGB votierte⁶³.

1. Maßgebliche Gründe für die Streichung

Ein Blick in die Begründung zum Regierungsentwurf des MoPeG zeigt, dass vor allem vier Gründe, den Gesetzgeber zu seiner Entscheidung bewogen haben:

a) Römisch-rechtliches Leitbild nicht mehr zeitgemäß

Erstens sei die Vorschrift in § 708 BGB nicht mehr zeitgemäß, da es sich – so der Regierungsentwurf – um ein „Überbleibsel“ der römischen Hauserbengemeinschaft handle, das im „modernen Wirtschaftsleben des 21. Jahrhunderts keinen Bestand mehr haben“ könne.⁶⁴ Diese erste Erwägung zeugt von groben rechtshistorischen Ungenauigkeiten. Die *diligentia* geht nämlich – wie oben gezeigt – auf ein Gaius-Fragment aus der Hochklassik zurück und wurde nicht im Kontext der Hauserbengemeinschaft entwickelt.

⁵⁶ *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (488); so z.B. *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 2; *Heidel*, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 708 Rn. 2.

⁵⁷ *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (6).

⁵⁸ *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (488).

⁵⁹ *Müller-Erbach*, AcP 106 (1910), 309 (316).

⁶⁰ *Würdinger*, Personengesellschaftsrecht, 1937, S. 36 f.

⁶¹ Z.B. *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 2; *Heidel*, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 708 Rn. 2.

⁶² *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (6).

⁶³ So auch *Schäfer*, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, 2016, S. 88; *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1136).

⁶⁴ RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 108.

b) Teil-Rechtsfähigkeit der GbR

Zweitens seien der Sinn und Zweck der Norm entfallen, da es künftig wegen der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR in § 705 Abs. 2 MoPeG-BGB vorwiegend um die Haftung gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Gesellschaftern gehe, obwohl § 708 BGB sich eigentlich auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander beziehe.⁶⁵ Inwiefern diese zweite Erwägung ein Grund für die Streichung des § 708 BGB darstellen soll, bleibt unklar. Zum einen ist die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch das MoPeG nur deklaratorisch, sodass es bereits nach geltendem Recht im Falle einer Außen-GbR nur um die Haftung gegenüber der Gesellschaft geht. Zum anderen ist es für den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab unerheblich, wer im Haftungsfall anspruchsberechtigt ist, da sich jedenfalls die maßgeblichen haftungsbegründenden Pflichtverletzungen im Verhältnis der Gesellschafter zueinander zutragen.

c) Fehlendes praktisches Bedürfnis

Drittens gebe es für die Beibehaltung der Regelung kein tragfähiges praktisches Bedürfnis mehr.⁶⁶ Die zahlreichen von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen teleologischer Reduktion zeigten eher, dass die gegenwärtige Realität nach anderen Lösungen verlange.

d) Rückgriff auf allgemeine Rechtsgeschäfts- und Schuldrechtslehre

Viertens stellt die Begründung in Aussicht, dass sich interessengerechte Lösungen „ohne Weiteres mit der allgemeinen Rechtsgeschäfts- und Schuldrechtslehre besser erreichen [...] lassen“⁶⁷, sodass der Wegfall des § 708 BGB vermeintlich keine Regelungslücken aufwerfen werde, sondern – im Gegenteil – besseren Lösungen den Weg frei mache.

2. Worin besteht die praktische Veränderung? – Fallgruppen der teleologischen Reduktion nach der bisherigen Rechtsprechung

Bevor auf die konkreten Auswirkungen des Wegfalls eingegangen werden kann, gilt es eines noch zu untersuchen, und zwar in welchen Fällen § 708 BGB bereits nach geltendem Recht entgegen seinem Wortlaut von der Rechtsprechung nicht mehr angewendet wird, um zu erkennen, wie weit die reale Veränderung durch das MoPeG reicht.

a) Publikumsgesellschaft

Den ersten Fall teleologischer Reduktion stellen sog. Publikumsgesellschaften dar.⁶⁸ Publikumsgesellschaften sind Personengesellschaften, die zum Zwecke der Kapitalsammlung eine unbestimmte Vielzahl lediglich kapitalistisch beteiligter und persönlich nicht miteinander verbundener Gesellschafter aufnehmen (z.B. venture-capital-Gesellschaften).⁶⁹ Sie sind in aller Regel als Kommanditgesellschaften oder als GmbH und Co. KG organisiert, können aber auch Gesellschaften bürgerlichen

⁶⁵ RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

⁶⁶ RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

⁶⁷ RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

⁶⁸ BGH NJW 1977, 2311; BGH NJW 1980, 589; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 5; Heidel, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 708 Rn. 4.

⁶⁹ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 192.

Rechts sein, sofern kein Handelsgewerbe betrieben wird.⁷⁰ Grund für die Nichtanwendung von § 708 BGB ist die fehlende persönliche Verbundenheit zwischen den Gesellschaftern; bei Publikumsgesellschaften steht vielmehr das Vertrauen der Anleger auf professionelle Geschäftsleitung im Vordergrund⁷¹, sodass der Normzweck von § 708 BGB bei Publikumsgesellschaften gar nicht zum Tragen kommt.

b) Fehlerhaftes Verhalten im Straßenverkehr

Den zweiten Fall teleologischer Reduktion bilden nach ständiger Rechtsprechung des BGH Schäden an Körper und Eigentum von Mitgesellschaftern, die auf Pflichtverletzungen eines Gesellschafters im Straßenverkehr beruhen.⁷² Begründet wird dies vor allem mit dem Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer (§ 17 StVG)⁷³ und damit, dass mit Rücksicht auf die spezifischen Gefahren im Straßenverkehr eine umfassende Normierung des Verhaltens im Straßenverkehr und seiner Haftungsfolgen getroffen worden sei, die im Innenverhältnis einer Gesellschaft genauso Geltung beanspruche wie überall sonst⁷⁴.

c) Zwischenbefund

Berücksichtigt man die anerkannten Fälle teleologischer Reduktion, so zeigt sich, dass eine reale Veränderung durch das MoPeG vor allem zwei Konstellationen betrifft: Zum einen BGB-Gelegenheitsgesellschaften und zum anderen Personenhandelsgesellschaften, die nicht Publikumsgesellschaften sind.

3. Auswirkung des Wegfalls von § 708 BGB – Haftungsverschärfung?

Bei einem strengen rechtstechnischen Verständnis müsste man annehmen, mit dem Wegfall von § 708 BGB sei der Weg für § 276 BGB aus dem allgemeinen Schuldrecht wieder freigegeben und für das Innenverhältnis einer GbR (sowie das Innenverhältnis von oHG und KG aufgrund von §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB) gelte wie bei fast allen anderen Schuldverhältnissen aus dem besonderen Schuldrecht der vor die Klammer gezogene allgemeine Sorgfaltsmaßstab.⁷⁵

Das hieße grundsätzlich, dass zur Haftungsbegründung im Innenverhältnis nicht erst das Außerachtlassen der eigenüblichen Sorgfalt erforderlich wäre, sondern lediglich einfache Fahrlässigkeit gem. § 276 Abs. 2 BGB. Dass eine solche einheitliche gesetzliche Lösung dem vielschichtigen Spektrum an Personengesellschaften, das von Gelegenheitsgesellschaften bürgerlichen Rechts bis zu Publikums-Handelsgesellschaften reicht, nicht gerecht werden kann, haben auch die Autoren des Regierungsentwurfs erkannt.⁷⁶ Deswegen verweisen diese in der Begründung auf die allgemeine Rechts- und Schuldrechtslehre zur Erreichung interessengerechter Lösungen. Das Schrifttum hat sich hiernach veranlasst gesehen, die in der Begründung angedeuteten Lösungsansätze zu konkretisieren, zu kritisieren oder ganz andere dogmatische Lösungen zu entwickeln. Im Folgenden werden

⁷⁰ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 192.

⁷¹ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 708 Rn. 6.

⁷² BGH NJW 1967, 558.

⁷³ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 14.

⁷⁴ BGH NJW 1967, 588; ebenso Larenz, in: FS Westermann, 1974, S. 305.

⁷⁵ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2023, § 2 Rn. 1 ff.

⁷⁶ RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

die in die wissenschaftliche Diskussion geworfenen Lösungsmöglichkeiten zur Erreichung sachgerechter Sorgfaltsmaßstäbe skizziert und jeweils einer kritischen Begutachtung unterzogen.

a) Sachgerechte Lösungen für Gelegenheitsgesellschaften

Zunächst werden Ansätze zur Bestimmung eines sachgerechten Sorgfaltsmaßstabs bei Gelegenheitsgesellschaften in den Blick genommen. Die Herausforderung, die der Wegfall von § 708 BGB hier beschert, besteht darin, dass der Sorgfaltsmaßstab aus § 708 BGB in Bezug auf Gelegenheitsgesellschaften grundsätzlich angemessen erscheint, da die Norm geradezu auf Gelegenheitsgesellschaften zugeschnitten ist. Der Gesetzgeber des BGB hatte in Anlehnung an die römisch-rechtliche *societas* nämlich die Gelegenheitsgesellschaft als idealtypische GbR vor Augen (siehe oben).

aa) Haftungsprivilegierung durch Verschiebung der rechtlich relevanten Sphäre

Eine Möglichkeit – trotz Geltung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 276 BGB – eine Haftungsmilderung im Innenverhältnis von Gelegenheitsgesellschaften zu erreichen, bestünde darin, die rechtlich relevante Sphäre derart zu verschieben, dass Alltagsverbindungen, in denen eine Haftung der Beteiligten unangemessen erscheint, mit Verweis auf einen fehlenden Rechtsbindungswillen auf Seiten der Beteiligten schon gar nicht als Schuldverhältnisse i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB qualifiziert werden.⁷⁷ Dieser Ansatz geht auf die berühmte BGH-Rechtsprechung zur Lotto-Tippgemeinschaft⁷⁸ zurück. Diese Lösung vermag aber nicht zu überzeugen. Einer Verbindung, die eigentlich ein Schuldverhältnis darstellt, im Wege einer normativen Korrektur den Rang abzusprenken, würde nämlich an anderer Stelle große Fragezeichen aufwerfen. Alltagsverbindungen bauen in aller Regel auf einer Verpflichtung der Beteiligten zur Zweckförderung oder Beitragsleistung, was sie grundsätzlich zur GbR macht. Würde man nun nur zur Vermeidung einer internen Schadensersatzhaftung, weil diese wieso auch immer unbillig erscheinen mag, einer Verbindung den Schuldverhältnis-Charakter absprechen, so würde man in Kauf nehmen, dass dann auch die Beitragspflicht des potentiellen Schädigers zu keinem Zeitpunkt existiert hätte und er so alle rechtsgrundlos geleisteten Beiträge an die „Gesellschaft“ konditionieren könnte⁷⁹, was große Rückabwicklungsprobleme bedeuten würde.

bb) Haftungsprivilegierung durch die allgemeine Rechtsgeschäftslehre

Eine andere von den Autoren des Regierungsentwurfs angeregte Möglichkeit bestünde in der Erreichung einer Haftungsprivilegierung mit den Mitteln der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, insbesondere dem konkludenten Haftungsverzicht.⁸⁰ Anknüpfungspunkt für eine Haftungsbeschränkung wäre hiernach die vertragliche Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern. Problematisch hieran ist aber, dass in Gelegenheitsgesellschaften des Alltagsverkehrs selten bis kaum ein Haftungsausschluss ausdrücklich besprochen und vereinbart wird.⁸¹ Hinzu kommt, dass auch eindeutige objektive Anhaltspunkte, die Rückschlüsse auf eine konkludente Vereinbarung zuließen, eher die Ausnahme sind⁸², sodass ein Haftungsverzicht mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre einzig im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu erreichen wäre⁸³. In der Sache liefe das darauf hinaus, dass ein

⁷⁷ Schirmacher, ZHR 2022, 250 (259).

⁷⁸ BGH NJW 1971, 1705.

⁷⁹ Schirmacher, ZHR 2022, 250 (259).

⁸⁰ Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (491); siehe ferner BGH NJW 1979, 414 (415).

⁸¹ Schirmacher, ZHR 2022, 250 (255).

⁸² Schirmacher, ZHR 2022, 250 (256).

⁸³ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (7); Schirmacher, ZHR 2022, 250 (256).

etwaiger dahingehender Wille der Gesellschafter fingiert werden müsste, was wiederum mit der für das Privatrecht konstituierenden Privatautonomie kollidierte.⁸⁴

Deswegen ist die Rechtsprechung im Umgang mit unausgesprochenen Haftungsausschlüssen generell sehr zurückhaltend und knüpft daran strenge Voraussetzungen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist ein solcher nämlich nur dann einschlägig, wenn sich der Geschädigte – wäre die Haftungsfrage bei Vertragsschluss zur Sprache gekommen – „dem Ansinnen nach einer solchen Abmachung durch den Schädiger billigerweise nicht hätte versagen können“⁸⁵. Das wird wohl kaum auf GbRs zutreffen. Gesellschaftsangelegenheiten bestehen nie nur in der Wahrnehmung eigener, sondern immer auch in der Wahrnehmung fremder Interessen, weshalb im hypothetischen Szenario, dessen sich die Rechtsprechung bedient, die Gesellschafter mit Recht eine höhere als die eigenübliche Sorgfalt einfordern dürften. Vor diesem Hintergrund vermag auch die allgemeine Rechtsgeschäftslehre bei genauerem Hinsehen die Geltung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs in Gelegenheitsgesellschaften nicht zu überwinden.

cc) Haftungsprivilegierung durch einen verkehrskreisbezogenen Sorgfaltsmaßstab

Ferner gibt es die – ebenfalls im Regierungsentwurf angedeutete – Auffassung, die Suche nach besonderen Sorgfaltsmaßstäben sei gar nicht erforderlich, da sich – auch wenn dies kontraintuitiv erscheinen mag – bereits bei strikter Anwendung des allgemeinen Maßstabs aus § 276 BGB sach- und interessengerechte Lösungen ergäben.⁸⁶ Häufig wird nämlich übersehen, dass § 276 Abs. 2 BGB als ein objektiv-konkreter Maßstab eine Ausdifferenzierung nach Verkehrskreisen nicht nur gestattet, sondern sogar ausdrücklich verlangt.⁸⁷ Blickt man auf den Verkehrskreis, dem die Gesellschafter einer Gelegenheitsgesellschaft des Alltagsverkehrs angehören, so ergibt sich selbstverständlich ein anderer Sorgfaltsstandard, als wenn man auf den Verkehrskreis solcher Gesellschafter schaut, die sich zu einer unternehmerisch tätigen Außengesellschaft verbunden haben. Durch scharfe Branchendifferenzierung und Situationsorientierung bei der Bestimmung der verkehrsüblichen Sorgfalt ließe sich insofern für marktfremde wie marktzentrierte Personengesellschaften stets ein objektiver Maßstab gewinnen, der den Gegebenheiten der konkreten Gesellschaft umfassend Rechnung trage.⁸⁸ Das käme zwar in Bezug auf Gelegenheitsgesellschaften nicht einer faktischen Wiederherstellung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 708 BGB – wie sie von den zuvor genannten Auffassungen versucht wurde – gleich, da gerade kein subjektiver Maßstab gelten soll, aber es ließe sich auf vielversprechende Weise eine Unterwerfung aller Personengesellschaften ganz gleich welchen Formats unter ein und demselben Sorgfaltsmaßstab vermeiden.

Dieser Weg überzeugt methodisch wie inhaltlich: Methodisch deswegen, weil er an die allgemeine Fahrlässigkeitsdogmatik anknüpft und daher nicht im Geringsten konstruiert erscheint⁸⁹; inhaltlich deswegen, weil er einerseits Einzelfallbetrachtungen zulässt und andererseits trotzdem Rechtssicherheit gewähren kann, und zwar sobald die Verkehrskreise, in denen für die Innenhaftung geringe Sorgfaltsanforderungen gelten, einmal klar benannt würden⁹⁰.

⁸⁴ Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 276 Rn. 119.

⁸⁵ BGH NJW 1980, 1681 (1682).

⁸⁶ Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (490 f.).

⁸⁷ Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (490 f.); anerkennend Bachmann, NZG 2020, 612 (613).

⁸⁸ Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 1995, S. 89.

⁸⁹ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8).

⁹⁰ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8).

dd) Haftungsprivilegierung durch die analoge Anwendung haftungsbegrenzender Normen

Schließlich geht ein letzter Ansatz dahin, die infolge des Wegfalls entstehende „Regelungslücke“ im Innenhaftungsrecht der GbR durch die analoge Anwendung anderer haftungsbegrenzender Normen aus dem BGB schließen.⁹¹

Einerseits kann man da an die §§ 521, 599 und 690 BGB denken, die Haftungserleichterungen im Rahmen unentgeltlicher Verträge darstellen. Diese Normen sollen primär altruistisches Verhalten privilegieren. Dieser Sinn und Zweck ist aber mit der Situation in einer Gesellschaft nicht vereinbar, da sich in einer Gesellschaft ausnahmslos alle Gesellschafter zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten und somit keiner von der Selbstlosigkeit der anderen profitieren soll, ohne einen eigenen Beitrag zu leisten.⁹² D.h., außer im Fall der praktisch nicht vorkommenden *societas leonina*⁹³ ist die für eine Analogie vorauszusetzende vergleichbare Interessenlage zwischen den §§ 521, 599, 690 BGB und der BGB-Gesellschaft nicht gegeben.

Andererseits kann man die §§ 31a und 31b BGB, die ehrenamtliche Tätigkeiten im Verein betreffen, zur Analogiebildung in Betracht ziehen. Diese Normen finden vor allem – wenn auch nicht ausschließlich – im Rahmen des nicht-wirtschaftlichen Idealvereins Anwendung.⁹⁴ Eine analoge Anwendung der §§ 31a f. BGB auf Gelegenheitsgesellschaften wäre danach nur dann angezeigt, wenn diese grundsätzlich nicht auf die Auskehrung materieller Werte an die Gesellschafter ausgerichtet wären. Prominente Beispiele wie die Tippgemeinschaft zeigen aber, dass Gelegenheitsgesellschaften durchaus wirtschaftlich geartet sein können, sodass die hinter §§ 31a f. BGB stehenden Erwägungen auch nicht analogiebildend zum Tragen kommen können.

ee) Zwischenbefund

In Bezug auf die Gelegenheitsgesellschaft ist nach dem Vorstehenden die Ermittlung angemessener Sorgfaltsmaßstäbe nach Maßgabe des verkehrskreisbezogenen Maßstabs aus § 276 Abs. 2 BGB am sinnvollsten (siehe oben).

b) Sachgerechte Lösungen für unternehmenstragende GbRs und Personenhandelsgesellschaften

Bei unternehmenstragenden Außen-GbRs und Personenhandelsgesellschaften liegt die Problemstellung anders. Hier passt § 708 BGB anders als bei Gelegenheitsgesellschaften des Alltagsverkehrs von vornherein nicht, sodass es nach dem Wegfall von § 708 BGB nicht darum gehen wird, die von der eigenüblichen Sorgfalt für die Innenhaftung ausgehende Wirkung über Umwege wiederherzustellen, sondern einen neuen passenden Sorgfaltsmaßstab zu finden.

Besondere Beachtung verdient dabei die Person des Geschäftsführers: Um den Herausforderungen unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu trotzen, wird in unternehmerisch tätigen Personengesellschaften die Geschäftsführung auf wenige Gesellschafter konzentriert. Dadurch wird den Geschäftsführern zwangsläufig eine Stellung eingeräumt, die Ähnlichkeiten hat mit der eines GmbH-Geschäftsführers oder AG-Vorstands.

⁹¹ Bzgl. §§ 521, 599, 690 BGB: *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 188; *Hoffmann*, AcP 167 (1967), 394 (402 f.); Bzgl. §§ 31a f. BGB: *Schirmmacher*, ZHR 2022, 250 (262).

⁹² *Schirmmacher*, ZHR 2022, 250 (260).

⁹³ *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (7); siehe ferner zur *societas leonina* *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 705 Rn. 155.

⁹⁴ *Schirmmacher*, ZHR 2022, 250 (262).

aa) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für nicht-geschäftsführungsbefugte Gesellschafter

Keine Probleme ergeben sich bei der Bestimmung angemessener Sorgfaltsmaßstäbe für nicht-geschäftsführungsbefugte Gesellschafter unternehmerisch tätiger Personengesellschaften. Hier kann ein verkehrskreisbezogener Maßstab unter Anwendung des § 276 Abs. 2 BGB wie auch bei Gelegenheitsgesellschaften (siehe oben) zufriedenstellend Abhilfe schaffen.

bb) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für geschäftsführende Gesellschafter – § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG analog?

In Bezug auf geschäftsführende Gesellschafter hat sich dagegen vor allem ein Vorschlag durchgesetzt, und zwar die analoge Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs für Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder einer AG aus § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG.⁹⁵

Das MoPeG hat am Prinzip der Selbstorganschaft festgehalten⁹⁶, so dass die Pflicht zur Geschäftsführung weiterhin nur Gesellschafter treffen kann, und zwar diejenigen, denen der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis einräumt. Kommt ein Gesellschafter seiner Geschäftsführungspflicht nicht nach, so ist er der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, sofern er die Verletzung seiner Geschäftsführungspflicht zu vertreten hat und ein Schaden entstanden ist.⁹⁷ Bei unternehmerisch tätigen GbRs oder Personenhandelsgesellschaften sind Geschäftsführungsmaßnahmen in aller Regel unternehmerische Entscheidungen. Diese Parallele zu Kapitalgesellschaften legt es nahe, an den Haftungsmaßstab zu denken, den das Aktiengesetz in § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG für Vorstandsmitglieder bei „unternehmerischen Entscheidungen“ anordnet. In § 93 Abs. 1 S. 1 AktG findet sich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, deren Bedeutungsgehalt in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG derart konkretisiert wird, dass eine Pflichtverletzung, dann nicht gegeben sei, wenn ein Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁹⁸

Wirft man einen Blick in die Materialien zum Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), so liest man, der Grundgedanke des Geschäftsleiterermessens sei nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt.⁹⁹ Deswegen wird eine analoge Anwendung der Business Judgment Rule von der großen Mehrheit im Schrifttum¹⁰⁰ in vermeintlicher Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber befürwortet.

Fraglich ist in Ansehung der Analogiebildung aber, ob die Interessenlage in einer Aktiengesellschaft wirklich vergleichbar ist mit der in einer Personengesellschaft. Im aktienrechtlichen Kontext bewirkt § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte in Bezug auf Entscheidungen des Vorstands.¹⁰¹ Diese Kontrollreduzierung ist insoweit gewollt, als der Vorstand seine unternehmerischen Entscheidungen (inhaltlich) nicht rechtfertigen können muss. Grund hierfür ist der Umstand, dass es die Aktionäre sind, die die Geschäftsführung weder selbst übernehmen noch

⁹⁵ Schirmacher, ZHR 2022, 250 (266); Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8); Lieder, in: Oetker, Kommentar zum HGB, 7. Aufl. 2021, § 114 Rn. 31; C. Schäfer, in: Staub, Kommentar zum HGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2009, § 114 Rn. 40, 55; Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, Kommentar zum HGB, 10. Aufl. 2023, § 114 Rn. 6; Paefgen, ZIP 2016, 2293 (2296).

⁹⁶ RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 149.

⁹⁷ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 709 Rn. 12.

⁹⁸ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 43 ff.

⁹⁹ BT-Drs. 15/5092, S. 12.

¹⁰⁰ RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 149.

¹⁰¹ Schirmacher, ZHR 2022, 250 (266).

sie kontrollieren wollen und daher ihre unternehmerische Privatautonomie auf den Vorstand übertragen.¹⁰²

Zwar ist die gerichtliche Kontrolldichte bei unternehmerischen Entscheidungen reduziert, aber diese Lockerung wird durch die Existenz anderer der Gesellschaftsstruktur einer AG immanenter Kontrollmechanismen kompensiert.¹⁰³ Insbesondere Zu- und Abwanderungsbewegungen der Gesellschafter stellen einen bedeutenden Mechanismus dar: Aktionäre, die mit der Geschäftsführung unzufrieden sind, können ihre Aktien jederzeit veräußern und sich so dem Einfluss und den Risiken der Vorstandsentscheidungen entziehen.¹⁰⁴ Bei massenhaften Austritten kommt es in der Konsequenz zu einem Kursverfall und schlimmstenfalls zu der Gefahr einer feindlichen Übernahme.¹⁰⁵ Um genau dieses Szenario zu vermeiden, versucht ein Vorstand seine Entscheidungen stets so zu treffen, dass möglichst wenige Aktionäre abwandern und möglichst viele sich neu beteiligen, was zu einer Objektivierung der Erwartungen an ihn führt.¹⁰⁶ Das bedeutet, dass der Vorstand seine Entscheidungen an den Erwartungen des Aktionärspublikums als Ganzes ausrichtet und dabei sowohl den eigenen Präferenzen als auch den Partikularinteressen einzelner Aktionäre keine Beachtung schenkt.¹⁰⁷ Im Ergebnis führt das zu einer Überwindung von Risikoaversion auf Seiten des Vorstands einerseits¹⁰⁸ und wünschenswerten unternehmerischen Entscheidungen andererseits.

Diese Kontrollinstrumente stehen in der Personengesellschaft nicht zur Verfügung.¹⁰⁹ Personengesellschafter sind im Gegensatz zu Aktionären in der Regel von großer Risikoaversion charakterisiert. Die Beteiligung an einer unternehmenstragenden Personengesellschaft kann nämlich einen beträchtlichen Teil ihres Vermögens ausmachen, sodass Wertminderungen ihres Gesellschaftsanteils aufgrund ungünstiger Entscheidungen der Geschäftsführung auf ihr Gesamtvermögen durchschlagen können¹¹⁰, während bei AG-Gesellschaftern der Wertverlust einer Aktie zumeist wegen Diversifizierung abgefedert und ausgeglichen werden kann¹¹¹. Die Risikoaversion von Personengesellschaftern wird überdies durch ihre persönliche und unbeschränkte Haftung intensiviert. Geht eine unternehmerische Entscheidung schief, droht den Gesellschaftern nicht nur ein erheblicher Wertverlust ihres Gesellschaftsanteils, sondern darüber hinaus eine persönliche unbeschränkte Haftung. Deswegen haben Personengesellschafter ein berechtigtes Interesse daran, das unternehmerische Risiko durch eine risikoaverse Investitionspolitik möglichst klein zu halten.¹¹²

Das hat wiederum zwei Nebenfolgen: Da für einen geschäftsführenden Gesellschafter dasselbe gilt wie für jeden anderen Gesellschafter einer Personengesellschaft, d.h. wirtschaftlich viel auf dem Spiel steht, wird dieser bei der Geschäftsführung persönliche Präferenzen kaum außer Acht lassen können. Auf der anderen Seite kann von allen nicht-geschäftsführungsbefugten Personengesellschaftern, da sie an kontrollfreiem risikoneutralem oder -affinem Verhalten im Rahmen der Geschäftsführung gerade nicht interessiert sind, grundsätzlich nicht erwartet werden können, dass sie ihre

¹⁰² Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

¹⁰³ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (268).

¹⁰⁴ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

¹⁰⁵ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 68.

¹⁰⁶ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (268).

¹⁰⁷ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

¹⁰⁸ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

¹⁰⁹ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (273).

¹¹⁰ Jungmann, in: FS Schmidt, 2009, S. 842.

¹¹¹ Köndgen/Schmies, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 93 Rn. 2.

¹¹² Jungmann, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 842.

Privatautonomie freiwillig an die Geschäftsführer delegieren.¹¹³

Die für eine Analogie notwendige vergleichbare Interessenlage kann im Umkehrschluss also nur in Fällen bejaht werden, in denen angenommen werden kann, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft ihre Privatautonomie derart an die Geschäftsführer delegieren wollten, dass ihre persönlichen Präferenzen und Interessen keine Berücksichtigung mehr finden. Hier könnte man die Unterscheidung von gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften ansetzen.¹¹⁴ Begreift man nämlich gewöhnliche Geschäfte als solche, in denen die Geschäftsführer weitestgehend kontrollfrei agieren können sollen, in denen also die Gesellschafter wegen eines vergleichsweise geringen, hinnehmbaren Risikos ihre unternehmerische Privatautonomie an die Geschäftsführer delegiert haben, dann kann hier analoge Anwendung doch gelingen.¹¹⁵ Einzig mit Blick auf außergewöhnliche Geschäfte (i.S.v. § 116 Abs. 2 HGB) erweist sich eine analoge Anwendung des Geschäftsleitersorgfaltsmaßstabs aus § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG auf unternehmerische Personengesellschaften als problematisch und ungangbar.

c) Zwischenbefund

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Wegfall von § 708 BGB keineswegs vor unlösbare rechtliche Fragen stellt. Mit der allgemeinen Schuldrechtslehre (insbesondere § 276 BGB) und durch analoge Anwendung passender Haftungsmaßstäbe lassen sich weitestgehend sachgerechte Sorgfaltsmaßstäbe für die Innenhaftung bestimmen.

IV. Bewertung der Reform des § 708 BGB

Abschließend bleibt zu fragen, ob die bevorstehende Reform des § 708 BGB begrüßenswert ist.

1. Im Lichte des rechtshistorischen Leitbildes

Der Gesetzgeber hat dem Leitbild des historischen Gesetzgebers eine Absage erteilt. Das mag man als geneigter Rechtshistoriker oder Römischrechtler bedauern, aber eine einmal zum Leitbild erhobene Vorstellung kann nicht den Anspruch erheben, immer Leitbild zu bleiben, insbesondere dann nicht, wenn sie dem Zeitgeist nicht länger entspricht. Das gilt insbesondere im Recht. Das Format der Gelegenheitsgesellschaft ist spätestens seit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR nicht mehr die Regel, sondern eher die praktische Ausnahme, während die unternehmenstragende GbR auf der Überholspur ist.

2. Im Lichte der rechtspolitischen Kritik

Der rechtspolitischen Kritik, die sich insbesondere auf die fehlende Eignung der eigenüblichen Sorgfalt für unternehmenstragende GbRs und Personenhandelsgesellschaften stützt, wird die Reform allemal gerecht und macht den Weg frei für passendere Lösungen wie § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog.

¹¹³ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (274).

¹¹⁴ Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8); Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (276); auf die Kasuistik, die sich zur Abgrenzung entwickelt hat, wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

¹¹⁵ Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (276 f.).

3. Gelegenheitsgesellschaften – Der blinde Fleck der neuen gesetzlichen Konzeption

Schließlich kann auch der Einwand¹¹⁶, die Reform werde Gelegenheitsgesellschaften nicht gerecht, da sie solche und Personenhandelsgesellschaften über einen Kamm schere, nicht überzeugen. Wie bereits gezeigt (siehe oben) lassen sich auch ohne § 708 BGB interessengerechte Haftungsmaßstäbe – sogar für Gelegenheitsgesellschaften – entwickeln.

4. Rechtsvergleichender Ausblick

Obwohl es hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs für Personengesellschafter – um es mit den Worten von *Holger Fleischer* und *Nadja Danninger* zu sagen – „in Europa keinen gemeinsamen [...] Nenner, kein *ius commune societatis*“¹¹⁷ gibt, deutet sich in jüngeren Gesetzes- und Reformvorhaben und der gesamteuropäischen Rechtsprechungsentwicklung in Unternehmenshaftungsfragen eine nicht zu vernachlässigende Tendenz hin zu objektiv-konkreten Haftungsmaßstäben und einer immer stärker werdenden Differenzierung nach verschiedenen Verkehrskreisen an¹¹⁸. Das MoPeG könnte in diesem Sinne sogar einen Beitrag zu einer europaweit „einheitlicheren“ Beantwortung der Frage nach dem richtigen Binnenhaftungsmaßstab leisten.

5. Fazit

Insgesamt überzeugt der Wegfall des § 708 BGB also unter allen erdenklichen Gesichtspunkten. Daher ist diese Entscheidung des Gesetzgebers als gelungene legislatorische Leistung zu bewerten.

Redaktioneller Hinweis: Die Fußnoten 6, 10, 12, 13, 69, 70, 71 und 97 wurden am 1.12.2023 um 13:30 Uhr nachträglich angepasst.

¹¹⁶ *Escher-Weingart*, WM 2022, 2297 (2305 [Fn. 112]); *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1444); *Schäfer*, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, 2016, S. 88; *Bachmann*, NZG 2020, 612 (613).

¹¹⁷ *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (482).

¹¹⁸ Vgl. Ausblick in *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (488).