

Grundfälle zum neuen Haftungsregime der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH 2001-2003

von Wiss. Mit. Benjamin Gündling, Heidelberg

Einleitung

Dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)¹ nach Auffassung des Bundesgerichtshofes² (BGH) und beachtlicher Teile der Literatur³ teil-rechtsfähig ist, gehört inzwischen zum Pflichtwissen jedes fortgeschrittenen Studenten. Hierauf aufbauend hat der BGH jüngst in zwei wichtigen Urteilen⁴ angeknüpft, um insbesondere bzgl. der Haftung der Gesellschafter neben der GbR weiter ein einheitliches Haftungsregime zu etablieren. Die Reaktionen hierauf ließen nicht lange auf sich warten⁵, wobei der BGH nicht ohne Widerspruch blieb. Dies ist nicht verwunderlich, denn die in den Urteilen behandelten Rechtsfragen wie die Zurechenbarkeit von Verschulden der Gesellschafter zur GbR analog § 31 BGB, Rechtfertigung und Reichweite einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB, die Haftung von Neugesellschaftern für Altverbindlichkeiten analog § 130 HGB oder die einseitige Beschränkung der Haftung einer GbR sind schon lange Gegenstand rechtswissenschaftlicher Diskussion.

Anlass genug, sich mit der in höchstem Maße praxis- und examensrelevanten Materie näher zu befassen. Dabei soll eine fallorientierte Perspektive den Ausgangspunkt bilden, wobei die Kurzfälle im Wesentlichen an die zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des BGH vorgesehenen Grundentscheidungen angelehnt sind. Der Beitrag ist dabei bewusst- soweit aus didaktischen Gründen sinnvoll –weitgehend im Gutachtenstil gehalten, um exemplarisch zu vermitteln, wie die aktuellen Problemstellungen in der Klausur dargestellt werden können.⁶

¹ Abgesehen von der nunmehr durch den BGH neu geordneten und hier aufgearbeiteten Haftungsverfassung lesenswert zum Recht der GbR *Weber*, JuS 2000, 313 ff.

² Grundlegend *BGHZ* 146, 341 = NJW 2001, 1056, vgl. auch *Ann*, JA 2001, 441 ff.; *Schultzky/Weissinger*, JA 2001, 886 ff. oder *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330 ff.

³ Vgl. nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, S. 1771 ff. m.w.N.

⁴ *BGH* NJW 2003, 1445 ff. = JuS 2003, 708 ff. und *BGH* NJW 2003, 1803 ff. Zur hier nicht näher erörterten Grundbuchfähigkeit der GbR vgl. *BGH* NZG 2003, 26 ff. und *Schöpflin* NZG 2003, 117 ff.

⁵ Vgl. nur *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 ff.; *Waldner*, NZG 2003, 620 ff.; *Altmeyen*, NJW 2003, 1553 ff.; *Habersack/Schürnbrand*, JuS 2003, 739 ff. sowie *Scholz*, NZG 2002, 153 ff. jeweils m.w.N.

⁶ Die Belege in den Fußnoten sind ausgewählte Angaben, um dem Studenten eine gezielte Problemvertiefung zu ermöglichen. Es wurde zudem bewusst darauf geachtet, systematische Zusammenhänge darzustellen und weiterführende Hinweise in Fußnoten zu geben, die es auch dem noch nicht so weit fortgeschrittenen Studenten den Zugang zu den angesprochenen Problemkomplexen zu ermöglichen.

Fall 1: Teilrechtsfähigkeit der GbR/ Haftung der Gesellschafter/Haftungsbegrenzung in Form der „GbR-mbH“

A, B und C sind Gesellschafter der „Miet-Fuchs-GbR“ (GbR), die sich mit der Vermietung handwerklicher Maschinen befasst. Im Gesellschaftsvertrag ist geregelt, dass jeder Gesellschafter Einzelgeschäftsführungs- und Einzelvertretungsbefugnis hat. Diese ist nach der Regelung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich darauf beschränkt, nur das Gesellschaftsvermögen zu verpflichten, nicht jedoch das Vermögen der Gesellschafter. Nach außen soll diese Beschränkung durch das Auftreten und Zeichnen mit „GbR-mbH“ zum Ausdruck kommen. Die Geschäfte laufen gut. Um genügend Platz für zusätzliche Maschinen zu bekommen, mietet C bei V eine Lagerhalle und unterschreibt dabei den Vertrag mit „Miet-Fuchs-GbR-mbH“. Als die Geschäfte einige Monate später schlecht gehen, bekommt V keine Miete mehr überwiesen. V fordert nun von A und B persönlich Zahlung des ausstehenden Mietzinses i.H.v. 10.000.- Euro nachdem weder bei der GbR noch bei C etwas zu holen ist. A und B berufen sich darauf, dass nur die GbR und auch ausschließlich nur i.H. des Gesellschaftsvermögens hafte.

Frage 1: Kann sich V überhaupt an die GbR halten?

Anspruch des V gegen die GbR aus § 535 II BGB

V könnte gegen die GbR einen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses i.H.v. 10.000.- Euro aus § 535 II BGB haben. Dafür muss zwischen diesen Parteien ein Mietvertrag zustande gekommen sein.

I. Mietvertrag zwischen V und der GbR

In Betracht kommt nur die Einigung zwischen V und C. C könnte dabei die GbR gem. §§ 714, 164 I BGB verpflichtet haben, soweit die Voraussetzungen des § 164 I BGB gegeben sind.

Nach der Regelung im Gesellschaftsvertrag hatte C Einzelgeschäftsführungs- und Einzelvertretungsbefugnis (Innenverhältnis) und nach der Grundregel des § 714 BGB damit auch Einzelvertretungsmacht (Außenverhältnis). C hat eine eigene Willenserklärung abgegeben und handelte in fremdem Namen.⁷

Problematisch ist jedoch, ob C gem. §§ 714, 164 I BGB dabei die GbR selbst oder lediglich die anderen Gesellschafter verpflichtete. Die GbR selbst konnte er nur dann wirksam verpflichten,

⁷ Instrukтив zu § 164 I BGB *Kropholler*, Studienkommentar BGB, 6. Auflage 2003, § 164, Rn 1 ff.

wenn diese rechtfähig ist und damit als Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Dies ist umstritten.⁸

1. Individualistische Theorie

Danach ist die GbR nicht rechtfähig und der Gesellschafter kann im Wege rechtsgeschäftlicher Verpflichtung lediglich die anderen Mitgesellschafter gem. §§ 705, 427 BGB als Gesamtschuldner verpflichten.⁹ Der Gläubiger (hier V) kann danach grundsätzlich von jedem Schuldner (A, B und C) gem. § 421 S.1 BGB die ganze Leistung verlangen.

Begründung:

- Nach dem Wortlaut des § 714 BGB wird nicht „die Gesellschaft“ sondern „die Gesellschafter“ vertreten.
- Ebenso gegen eine Teilrechtsfähigkeit spricht § 736 ZPO, der zur Zwangsvollstreckung einen Titel gegen „die Gesellschafter“ und nicht gegen „die Gesellschaft“ verlangt. Eine § 736 ZPO überbrückende Vorschrift, wie sie mit § 124 II HGB (bewusst nur) für die OHG vorhanden ist, fehlt im Falle der GbR.
- Die systematische Stellung der §§ 705 ff. im 2. Buch des BGB spricht dafür, dass es um Ansprüche aus einem Schuldverhältnis zwischen natürlichen Personen geht.
- Daraus, dass Regelungen bzgl. einer Teilrechtsfähigkeit wie §§ 124 I HGB in den §§ 705 ff. BGB fehlen, kann man im Umkehrschluss folgern, dass der GbR im Gegensatz zu OHG und KG gerade keine Teilrechtsfähigkeit zukommt.

2. Gruppenlehre¹⁰

Der BGH¹¹ hat sich nun ausdrücklich der Gruppenlehre angeschlossen, wonach die GbR selbst teilrechtsfähig ist, soweit es sich um eine *Außengesellschaft*¹² handelt, welche durch Teilnahme

⁸ Nachdem der BGH die Teilrechtsfähigkeit der GbR nun mehrfach bejaht hat (dazu sogleich), geht für die Praxis kein Weg mehr an dieser Lösung vorbei, so dass sich dort eine Diskussion insoweit weitgehend erübrigt. Besonders im ersten Staatsexamen sollte der Student zumindest kurz etwas zu diesem Streitklassiker sagen, zumal die Basisdiskussion um die Rechtsfähigkeit die Grundlage für die später zu erörternden Folgeprobleme bildet.

⁹ Vgl. etwa *Wiesner*, JuS 1981, 332 oder *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 277 ff.

¹⁰ Teilweise auch „kollektivistisches Haftungskonzept“; etwa bei *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1898), oder „Theorie der kollektiven Einheit“; vgl. etwa *Kellermann*, JA 2002, 740 (741), genannt. Angemerkt sei jedoch, dass es vor allem in der Examensklausur weniger auf die formale Bezeichnung von Meinungen, als auf deren inhaltliche Durchdringung und plausiblen Darstellung ankommt.

¹¹ *BGHZ* 146, 341 = *NJW* 2001, 1056 m.w.N.

¹² Im Gegensatz zur *Innengesellschaft*, die auf interne Vereinbarungen beschränkt bleibt und nicht nach außen in Erscheinung tritt. Im vorliegenden Fall ist zweifellos eine Außengesellschaft gegeben; näher dazu *Scholz*, NZG 2002, 153 (156). Die Abgrenzung kann jedoch im Einzelfall schwierig sein, näher *K. Schmidt*, (Fn. 3), S. 1696.

am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Deshalb wird rechtsgeschäftlich gem. §§ 714, 164 I BGB die GbR verpflichtet und die *Gesellschafter haften ggf. zusätzlich*.¹³ Weiterhin ist die GbR nach dieser Auffassung im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig.¹⁴

Begründung:

- Neue Gesetze wie z.B. § 11 II Nr. 1 InsO¹⁵, § 2 UstG oder § 5 GewStG¹⁶ gehen von der Rechtsfähigkeit der GbR aus. Zudem wird die GbR in § 191 II Nr. 1 UmwG ausdrücklich als „Rechtsträger“ bezeichnet. Weiterhin besteht die Möglichkeit, etwa eine Aktiengesellschaft, die unzweifelhaft über Rechtsfähigkeit verfügt¹⁷, identitätswahrend in eine GbR umzuwandeln, woraus folgt, dass der GbR nach der Umwandlung ebenfalls Rechtsfähigkeit zukommt.¹⁸
- Für eine Teilrechtsfähigkeit spricht innerhalb des Systems des BGB auch § 14 II BGB¹⁹, wo von „rechtsfähigen Personengesellschaften“ die Rede ist. Daraus kann bezogen auf das BGB gefolgert werden, dass auch der Gesetzgeber inzwischen von einer Rechtsfähigkeit der GbR ausgeht.²⁰
- Die Annahme einer Rechtsfähigkeit ermöglicht eine einfache Handhabung in Praxis und Prozess und fördert die Rechtssicherheit. Denn oft sind es nur marginale Unterschiede wie das Führen von Handelsbüchern, welche den Übergang einer GbR zu einer OHG markieren²¹ weshalb eine weitgehend einheitliche Handhabung angezeigt ist.²² Kristallisationspunkt dieser Argumentation ist § 105 I HGB. Sobald eine gewerbetreibende Außen-GbR einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert²³, wird sie ex lege ohne Eintragung, d.h. ohne Publizitätsakt, zu einer personen- und strukturgleichen OHG.²⁴
- Schließlich spricht § 718 BGB von „der Gesellschaft“.

¹³ Wie diese „zusätzliche“ Haftung der Gesellschafter konstruiert werden kann, ist ein Folgeproblem, welches an dieser Stelle noch keine Rolle spielt – dazu sogleich Frage 2 .

¹⁴ Vgl. dazu näher Fall 5.

¹⁵ Danach ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen „der GbR“ zulässig.

¹⁶ Danach ist „die GbR“ Umsatz - und Gewerbesteuerschuldnerin, was die Rechtsfähigkeit impliziert.

¹⁷ Vgl. § 1 AktG.

¹⁸ *Kellermann*, JA 740 (741) zu *BGH* NJW 2002, 1207. Differenzierend jedoch gerade zur Argumentation bzgl. des UmwG *Scholz*, NZG 2002, 153 (154 f.).

¹⁹ Eingefügt durch Art. 2 des Gesetzes vom 27.6.2000, BGBl. I, S. 897.

²⁰ *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 sowie *Kellermann*, JA 740 (741) zu *BGH* NJW 2002, 1207.

²¹ Zum besseren Verständnis: eine OHG ist nichts anderes als eine GbR mit der Besonderheit, dass der verfolgte Zweck die Führung eines Handelsgewerbes ist. Soweit die Gesellschaft nicht eingetragen wird (§ 105 II HGB), kann eine GbR als o zu einer OHG „mutieren“; wenn die Gesellschaft einen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, vgl. § 1 II HGB.

²² *Westermann*, NZG 2001, 289 (291).

²³ Vgl. dazu *OLG Dresden* NJW-RR 2002, 33.

²⁴ *Kellermann*, JA 740 (741) zu *BGH* NJW 2002, 1207.

Folgt man dem BGH, ist gem. §§ 535, 714, 164 I BGB zwischen V und der GbR ein Mietvertrag zustande gekommen.

II. Begrenzung der Haftung?

Bzgl. des Anspruchs allein gegen die GbR ist die Begrenzung der Haftung nicht relevant, da bzgl. eines Anspruchs gegen die GbR nach § 718 BGB ohnehin nur ein Rückgriff auf das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen in Betracht kommt.

Frage 2: Kann V von A und B Zahlung des ausstehenden Mietzinses verlangen?

Anspruch des V gegen A und B aus § 535 II BGB

V könnte gegen A und B einen Anspruch aus § 535 II BGB auf Zahlung des Mietzinses i.H.v. 10.000.- Euro haben. Dies ist dann der Fall, wenn zwischen diesen Parteien ein Mietvertrag zustande gekommen ist oder A und B aus einem anderen Rechtsgrund persönlich haften.

Hier wirkt es sich aus, nach welchem der o.g. Ansätze man im Falle der Vertretung einer Außen-GbR den Vertragsschluss konstruiert. Dabei sind im Folgenden jeweils zwei Fragen getrennt zu prüfen: Erstens, wie eine persönliche Haftung der Gesellschafter überhaupt begründet werden kann und zweitens, wie sich jeweils die Haftungsbeschränkung auswirkt.

I. Individualistische Theorie

1. Haftungsbegründung

Nach der Individualistischen Theorie handelt der vertretungsberechtigte Gesellschafter wie gesehen im Namen seiner Mitgesellschafter und verpflichtet diese nach §§ 714, 164 I, 427 BGB als Gesamtschuldner. Es haften mangels Teilrechtsfähigkeit der GbR *ausschließlich* die Gesellschafter.

2. Haftungsbeschränkung

Da § 714 BGB so zu verstehen ist, dass nur die Gesellschafter vertreten werden, liegt ein normaler Fall rechtsgeschäftlicher Stellvertretung vor. C konnte damit die anderen Gesellschafter nur insoweit binden, als er selbst vertretungsbefugt war, § 164 I BGB. Entsprechend der Rege-

lung im Gesellschaftsvertrag war die Vertretungsmacht jedoch ausdrücklich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, so dass C weder A noch B darüber hinaus binden konnte.²⁵

3. Haftung nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht²⁶

Dazu müsste zunächst ein entsprechender *Rechtsscheintatbestand* vorliegen. Nach der Verkehrsauffassung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass jedermann, also auch die Gesellschafter, mit ihrem gesamten Vermögen haften. Die beschränkte Haftung ist die Ausnahme. Soweit man im vorliegenden Fall anknüpfend an diese Erwägungen einen Rechtsschein erwägt, hat C diesen jedenfalls dadurch zerstört, dass er mit dem Zusatz „mbH“ unterschrieb.

Nach der Individualistischen Theorie wären damit A und B zwar persönlich verpflichtet, jedoch wirksam beschränkt auf das jeweilige gesamthänderisch gebundene Sondervermögen.

II. Gruppenlehre

Nach der Gruppenlehre wurde zunächst gem. §§ 714, 164 I BGB nur die GbR verpflichtet (s.o.). Anknüpfend hieran ist zu fragen, wie sich daneben eine Haftung der Gesellschafter konstruieren lässt:

1. Doppelverpflichtungstheorie

a. Haftungsbegründung

Die Doppelverpflichtungstheorie geht davon aus, dass der handelnde Gesellschafter bei rechtsgeschäftlichem Handeln sowohl im Namen der GbR als auch *zugleich* im Namen aller Gesellschafter handelt und dadurch gemäß §§ 714, 164 I BGB die Gesellschafter *mit*verpflichtet.²⁷ Es liegt also ein *Doppelverpflichtungstatbestand* vor. Da insoweit an die Abgabe einer Willenser-

²⁵ Soweit ein Gesellschafter die so wirksam beschränkbare Vertretungsmacht überschreitet, haftet er als falsus procurator gem. §§ 177 ff. BGB.

²⁶ Abzugrenzen zur Duldungsvollmacht. Näher zu den Voraussetzungen *Kropholler*, (Fn. 7), § 167, Rn. 5; kritisch zu dieser Rechtsfigur *Medicus*, BGB AT, 8. Auflage 2002, § 58, Rn. 969 ff.

²⁷ Aus der Rspr. vgl. etwa *BGHZ* 136, 254 (258 f.) = NJW 1997, 2754; bis 1999 zudem wohl h.L.: vgl. etwa *Habersack*, BB 1999, 61 ff.; grundlegend *Ulmer*, in FS für R. Fischer, 1979, S. 790 ff. Demgegenüber jedoch zur Aufgabe dieses Konzeptes *Ulmer*, ZIP 1999, 554 und sodann *BGHZ* 142, 315 = NJW 1999, 3483 oder *Grunewald*, in FS für Peltzer, 2001, S. 129 ff. sowie *K. Schmidt*, (Fn. 3), S. 1799 ff.

klärung angeknüpft wird, funktioniert diese Doppelverpflichtung *nur bei rechtsgeschäftlichen, nicht aber gesetzlichen*²⁸ Ansprüchen.

Danach wurden A und B durch C zunächst mitverpflichtet.

b. Haftungsbeschränkung

Da es sich bei dem maßgeblichen Doppelverpflichtungstatbestand ebenso wie nach dem Konzept der individualistischen Theorie rechtstechnisch um einen normalen Fall der Stellvertretung handelt, kommen auch hier Haftungsbegrenzungen voll zum Tragen.²⁹

A und B haften danach auch nur beschränkt. Eine Haftung der Gesellschafter nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht scheidet auch hier aus.

2. Akzessorietätstheorie

Danach ist ebenfalls zunächst von einer Teilrechtsfähigkeit der GbR auszugehen. Die Akzessorietätstheorie ist somit ein Unterfall der Gruppenlehre, die sich von der Doppelverpflichtungstheorie dadurch unterscheidet, dass sie die zusätzliche Haftung der Gesellschafter anders konstruiert.

a. Haftungsbegründung

Sofern die GbR wie hier (s.o. Gruppenlehre) wirksam verpflichtet wurde, haften alle Gesellschafter *automatisch kraft Gesetzes*³⁰ nach § 128 S.1 HGB analog mit ihrem ganzen Vermögen.³¹

b. Haftungsbeschränkung

Wegen des Wortlauts von § 128 S.2 HGB kann die Haftung nicht einseitig ausgeschlossen werden, weil das Gesetz ausdrücklich eine „entgegenstehende Vereinbarung“³² ...Dritten gegenüber“ ausschließt. Zulässig ist allein eine Vereinbarung „mit“ einem Dritten, also etwa durch

²⁸ Also Ansprüche, welche nicht an die Abgabe einer Willenserklärung geknüpft sind, sondern aus bestimmten Umständen, welche dem Anspruchsgegner zugerechnet werden, durch das Gesetz angeordnet sind. Ein Beispiel für gesetzliche Ansprüche bildet etwa das Deliktsrecht, dazu sogleich Fall 2.

²⁹ Zur Klarstellung: Der Unterschied zur individualistischen Theorie besteht darin, dass bei ersterer *nur* die Gesellschafter als Gesamtschuldner im Wege der Stellvertretung verpflichtet werden, nach der Doppelverpflichtungstheorie jedoch zunächst die GbR und *daneben zusätzlich* die Gesellschafter

³⁰ Das hat mit Stellvertretung also nichts zu tun!

³¹ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; BGH NJW 2003, 1445 ff. = JuS 2003, 708 ff.

³² Also eine der vollen Haftung nach § 128 S.1 HGB entgegenstehende Vereinbarung.

ausdrücklich vereinbarte vertragliche Regelung. Ein einseitiger Haftungsausschluss über den Zusatz „mbH“ ist damit stets unwirksam.³³

Innerhalb der Gruppenlehre kommen beide Theorien mithin zu konträren Ergebnissen: Nach der Doppelverpflichtungstheorie liegt eine wirksame Haftungsbegrenzung vor, wohingegen nach der Akzessorietätstheorie die Haftungsbegrenzung unwirksam ist.

Daher ist zu entscheiden, welche der beiden Auffassungen den Vorzug verdient.

3. Streitentscheidung

Einerseits ließe sich für einen wirksamen Haftungsausschluss nach den Grundsätzen der Doppelverpflichtungslehre anführen:

- § 128 HGB stellt eine Sondernorm des Handelrechts dar, welche nicht generell auf das breite Spektrum in der Praxis zu findender Außen-GbRs passt. Weder verfolgen diese immer kaufmännische Zwecke, noch ist in jedem Fall die unlimitierte strenge Haftung gerechtfertigt.
- Aus dem Umstand, dass die Gesellschafter neben der GbR immer mitverpflichtet werden, folgt ein unkalkulierbares Haftungsrisiko. Primärer Vertragspartner und damit grundsätzlich in Anspruch zu nehmender Schuldner ist stets die GbR, so dass die Haftung auch auf das Vermögen der GbR beschränkbar sein muss.

Andererseits sprechen eine Reihe von Gründen für die von der Akzessorietätstheorie postulierte Unwirksamkeit der Haftungsbegrenzung:

- Zunächst ist die persönliche Haftung mit dem ganzen Vermögen im deutschen Privatrecht allgemein und im Recht der Personengesellschaften im Besonderen der Grundsatz.
- Will man im Falle der Teilnahme am Rechtsverkehr mittels einer Gesellschaft beschränkt haften, hat man zum einen die Möglichkeit, eine GmbH oder KG zu gründen oder im Einzelfall die Haftung durch ausdrückliche Vereinbarung zu begrenzen.
- Der Rekurs auf die Figur der „GbR-mbH“ führt gegenüber den gesetzlich vertypeten Gesellschaftsformen nur zu Verwechslungsgefahr und Rechtsunsicherheit.

³³ So im Ergebnis auch *BGH ZIP* 1999, 1755 ff. mit kritischer Anmerkung von *Altmeyden*, wobei dort weniger auf § 128 S.2 HGB als auf die grundsätzlich unbeschränkte Haftung der Gesamthand in der Personengesellschaft abgestellt wird.

- Unabhängig davon, dass nach der Konstruktion der Doppelverpflichtung ein Haftungsausschluss möglich ist, ist dieser theoretische Ansatz schon von der Grundüberlegung her abzulehnen, weil dieser mit künstlichen Fiktionen arbeitet. Denn nach der Verkehrsauffassung stellt sich niemand vor, neben dem benannten Vertragspartner (GbR) auch noch zugleich andere Personen rechtsgeschäftlich zu binden.
- Dass § 128 HGB nicht in allen Fällen passt, ist unschädlich, weil es sich um eine analoge Anwendung handelt. Nur soweit neben der vorhandenen Regelungslücke bzgl. einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter nach den §§ 705 ff. BGB auch eine der OHG vergleichbare Interessenlage gegeben ist, liegen die Voraussetzungen einer Analogie vor. Dies wird regelmäßig bei wirtschaftlich tätigen Außen-GbRs³⁴ der Fall sein, bei welchen oft schwer zur OHG abzugrenzen ist. *Insoweit* ist es aus Gründen der Rechtssicherheit auch sachlich gerechtfertigt, einen für OHG und Außen-GbR einheitlichen Haftungsmaßstab anzulegen. Als Korrelat zur Annahme der Teilrechtsfähigkeit der GbR entsprechend § 124 HGB wird so die dogmatische Annäherung von Außen-GbR und OHG sinnvoll ergänzt und die Regelungslücke bzgl. der akzessorischen Haftung der Gesellschafter durch eine Norm ausgefüllt, welche grundsätzlich wegen der der OHG vergleichbaren Interessenlage passt.³⁵

Ergebnis

Folgt man wie hier zunächst der Gruppenlehre und innerhalb dieser Meinung der Akzessorietätstheorie, hat V aus § 535 II BGB einen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses gegen die GbR. Soweit das Gesellschaftsvermögen der GbR nicht zur Befriedigung dieses Anspruchs ausreicht, kann sich V an A und B halten, die nach § 128 S.1 HGB kraft Gesetzes akzessorisch haften, wobei sie sich nicht auf die einseitige Beschränkung der Haftung durch den Zusatz „mbH“ berufen können.

³⁴ Teilweise wird in der Diskussion von „unternehmenstragenden GbRs“ gesprochen.

³⁵ Die Frage, ob die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR und damit auch die akzessorische Haftung auf bestimmte wirtschaftlich tätige GbRs beschränkbar ist, ist jedoch nicht unumstritten. Für eine Begrenzung wohl *Ulmer*, ZIP 2001, 585 (592 ff.); gegen eine Begrenzung *Wertenbruch*, NJW 2002, 324 (328) oder *Kellermann*, JA 740 (741) zu *BGH* NJW 2002, 1207; ausführlich zum Streitstand m.w.N. beider Ansichten *Scholz* NZG 2002, 153 (155 f.); zuletzt ausführlich auch *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1903 f.).

Fall 2: deliktische Haftung der Außen-GbR und korrespondierende Haftung der Gesellschafter in diesem Fall³⁶

A und B sind Gesellschafter der in Heidelberg ansässigen „Wirr-GbR“ (GbR). Weitere geschäftsführende Gesellschafterin ist die Co—GmbH. Für die GbR soll ein Geschäftsgebäude gebaut werden. Dazu beauftragte die GbR die C-GmbH als Generalunternehmerin. R ist Geschäftsführer sowohl der C-GmbH als auch der Co.-GmbH. Zur Erstellung des Bauwerkes beauftragt die C-GmbH eine dritte Gesellschaft, die Da.-GmbH. Im Rahmen dieser Beauftragung verlangt die C-GmbH von der Da.-GmbH eine Bürgschaft auf erstes Anfordern. Bürgin ist die D-Bank. Obwohl R wusste, dass der Bürgschaftsfall noch nicht eingetreten war, verlangte er von der D-Bank die Auszahlung der Bürgschaft. Die D-Bank zahlte und nahm bei der Da.-GmbH Regress. Weil die C-GmbH alle Forderungen aus der Geschäftsbeziehung mit der D-Bank und der Da.-GmbH zuvor bereits wirksam an die GbR abgetreten hatte, zahlte die C-GmbH den Bürgschaftsbetrag an die GbR aus. Die Da.-GmbH verlangte daraufhin von der GbR Rückzahlung der Bürgschaftssumme, trat aber wenig später ihre evtl. Ansprüche gegen die C-GmbH und die GbR an G ab. Zwischenzeitlich wurden sowohl die Da.-GmbH als auch die C-GmbH aufgelöst. Die GbR existiert fort.

Frage 1: Kann G von der GbR Rückzahlung der Bürgschaftssumme verlangen?

A. Anspruch aus § 812 I 1 BGB

Folgt man mit dem BGH der vorzugswürdigen Gruppenlehre (s.o.), kann die GbR Anspruchsgegner sein. Unabhängig davon, welche der Varianten des § 812 I 1 BGB hier in Betracht kommen, ist dann jedoch fraglich, ob überhaupt ein bereicherungsrechtlicher Anspruch in Betracht kommt, weil weder die Da.-GmbH noch G selbst in Rechtsbeziehungen mit der GbR standen und zudem der Betrag nicht von der D-Bank direkt an die GbR gezahlt wurde. Dennoch soll zunächst zum besseren Verständnis der Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen aufgezeigt werden, wie eine ungerechtfertigte Bereicherung der GbR zu Lasten der Da.-GmbH, welche ihre Ansprüche an G abgetreten hat, konstruiert werden kann.

³⁶ Der Fall ist *BGH NJW* 2003, 1445 ff. = *JuS* 2003, 708 ff. nachgebildet. Er wurde bewusst nur leicht vereinfacht, weil der Fall sehr gut geeignet ist, sich in der Strukturierung komplexer Sachverhalte zu üben. Wegen der Komplexität des Falles ist im Anhang eine Übersichtsskizze über die Rechtsbeziehungen des Falles beige-fügt. Es empfiehlt sich jedoch, vorab selbst eine entsprechende Skizze anzufertigen.

I. Ungerechtfertigte Bereicherung der GbR

Die GbR müsste etwas ohne Rechtsgrund auf Kosten der Da.-GmbH erlangt haben. Hier ist folgender Gedankengang denkbar.

- Zwischen der D-Bank und der C-GmbH bestand ein wirksamer Vertrag über eine Ausführungsbürgschaft auf erstes Anfordern.³⁷
- Da die D-Bank in diesem Fall auf alle Einreden verzichtet hat (vgl. Fn. 37), musste sie sofort zahlen.
- Weil jedoch noch nicht einmal der Sicherungsfall eingetreten war, hätte ein Rückforderungsprozess der D-Bank gegen die C-GmbH Aussicht auf Erfolg gehabt.
- An einem derartigen Prozess hatte die D-Bank jedoch kein Interesse, weil sie bereits effektiv gem. §§ 672, 670 BGB bei der Da.-GmbH Regress genommen hatte.³⁸
- Aus dem Sicherungsvertrag³⁹ hat jedoch die Da.-GmbH gegen die C-GmbH einen Anspruch auf Freistellung von dem unnötig an die D gezahlten Aufwendungen aus positiver Forderungsverletzung gem. § 280 I BGB.⁴⁰
- Wegen des Anspruchs der Da.-GmbH gegen die C-GmbH aus § 280 I BGB erlangte damit die GbR durch die Abtretung die Bürgschaftssumme „etwas“; das normativ der Da.-GmbH zustand.

Danach könnte man erwägen, der Da.-GmbH einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen die GbR aus § 812 I 1 BGB zuzusprechen, den sie dann an die G abgetreten hat. Dem ist der BGH jedoch nicht gefolgt.

³⁷ Was ist damit gemeint? Zunächst müssen bei dieser Art der Bürgschaft die normalen Voraussetzungen einer Bürgschaft vorliegen (zu sichernde Haupt-Verbindlichkeit sowie Einigung zwischen Bürgen und Gläubiger der zu sichernden Haupt-Verbindlichkeit, § 765 I BGB, und Schriftform der Bürgschaftserklärung, § 766 BGB). „Ausführungsbürgschaft“ heisst es deshalb, weil nicht -wie sonst oft der Fall- die Werklohnforderung (oder ein anderer „normaler“ Zahlungsanspruch) gesichert werden soll, sondern der Besteller Sicherheit für seine Ansprüche gegen den Unternehmer bekommen soll. „Auf erstes Anfordern“ bedeutet, dass der Bürge auf nahezu alle Einreden verzichtet und sofort auf Anforderung zahlt. Einreden, die er im Normalfall hätte geltend machen können, muss er in einem umständlichen Rückforderungsprozess gegen den Gläubiger der Hauptverbindlichkeit geltend machen. Näher dazu zuletzt *BGH* JuS 2003, 403 ff. m.w.N. aus der Rspr. und Literatur. Ausführlich *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 6. Auflage 2003, Rn. 974 ff.

³⁸ Alternative: Regress der D-Bank bei der Da.-GmbH aus der durch die Bezahlung an die C-GmbH an die D-Bank gem. § 774 S.1 BGB im Wege der *cessio legis* übergegangenen gesicherten Haupt-Verbindlichkeit der C-GmbH gegen die Da.-GmbH. Dies bietet sich hier jedoch nicht an, weil gerade unsicher ist, ob eine derartige Verbindlichkeit bestand. Der Bürgschaftsfall war ja nicht eingetreten.

³⁹ Vertrag zwischen Da.-GmbH (Schuldner der gesicherten Haupt-Verbindlichkeit) und C-GmbH (Gläubiger der gesicherten Hauptverbindlichkeit) gem. §§ 241 I, 311 I BGB mit dem Inhalt, dass sich die Da.-GmbH verpflichtet, eine Bürgschaft als Sicherheit zu beschaffen. Die C-GmbH treffen dabei u.a. gewisse Verhaltenspflichten, z.B. eben die Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht missbräuchlich anzurufen.

⁴⁰ *BGH* JuS 2003, 403 ff.

II. Lösung des BGH

Nach dem BGH kommt ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus § 812 I 1 BGB in der vorliegenden Konstellation nicht in Betracht, weil der Schuldner des Bereicherungsanspruchs die Summe nicht selbst eingefordert hat.⁴¹ Hätte die GbR wegen der zuvor erfolgten Abtretung der Ansprüche gegen die D-Bank von der C-GmbH an die GbR selbst die Bürgschaftssumme bei der D-Bank eingefordert, wäre ein Bereicherungsanspruch der G gegen die GbR gegeben. Fraglich ist, ob diese Differenzierung des BGH überzeugt.

Gegen den BGH lässt sich anführen, dass im vorliegenden Fall R sowohl Geschäftsführer der Co.-GmbH⁴² und damit faktisch Repräsentant der GbR und zugleich auch Geschäftsführer der C-GmbH war. Dies legt es nahe, die GbR und die C-GmbH als Einheit anzusehen, so dass bei wertender Betrachtung die Bürgschaft direkt von der GbR eingefordert wurde.

Andererseits sprechen gewichtige Punkte gegen die Haftung der GbR aus Bereicherungsrecht:

- Zunächst überzeugt der Gedanke der einheitlichen Betrachtung von C-GmbH und GbR im bereicherungsrechtlichen Kontext nicht. Soweit man der GbR Teilrechtsfähigkeit zuspricht, sind diese und die C-GmbH unterschiedliche Rechtssubjekte. Jedem dieser Rechtssubjekte kann das Verhalten des R nur zugerechnet werden, wenn und soweit dies im Gesetz vorgesehen ist. Allein Billigkeitserwägungen reichen hier nicht aus. Zudem handelt es sich bei der Frage der Zurechnung um eine dogmatische Konstruktion, welche systematisch im Bereich der Sekundäransprüche, speziell der Schadensersatzansprüche zu verorten ist.
- Die Da.-GmbH hatte sich die C-GmbH als Vertragspartner (Werkvertrag und Sicherungsvertrag) ausgewählt. Grundsätzlich soll daher in diesem Verhältnis abgewickelt werden. Soweit die Leistung an Dritte weitergeleitet und von diesen Herausgabe oder Ersatz verlangt wird, kann dies nur dort geschehen, wo das Gesetz dies vorsieht. Für das Bereicherungsrecht ist ein derartiger Rückgriff auf Dritte speziell in den §§ 816 I 2 und II, 822 BGB vorgesehen. Sonst bleiben nur deliktische Ansprüche.
- Auch wenn man die Abtretung hinzunimmt und unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, ergibt sich nichts anderes: Da an die C-GmbH ausgezahlt wurde, war die C-GmbH (Zedent) bereicherungsrechtlicher Empfänger der Leistung

⁴¹ *BGH JuS* 2003, 403 f. ebenso *BGH NJW* 1989, 161 (162) sowie *BGH NJW* 1997, 461 (464).

⁴² Die wiederum in ihrer Eigenschaft als juristische Person als Gesellschafter der GbR fungierte, vgl. Fallskizze im Anhang.

der D-Bank und nicht die GbR (Zessionar).⁴³ Beide als Einheit zu betrachten scheidet wie gesehen aus.

- Dass sich die G nicht dann an den Dritten (GbR), der die Leistung nicht unmittelbar selbst eingefordert hat, halten kann, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt, ist vorliegend auch und gerade in Anbetracht der Auflösung der C-GmbH interessengerecht. Die Da.-GmbH hatte sich die C-GmbH als Vertragspartner ausgewählt und muss dementsprechend auch deren Ausfall- und Insolvenzrisiko tragen. Soweit ein wirtschaftlicher Vorteil noch bei einem Dritten vorhanden ist, darf deshalb nicht schlicht über § 812 BGB auf diesen zugegriffen werden, sondern nur in den Fällen der §§ 816, 822, 823 ff. BGB.

Deshalb ist dem BGH im Ergebnis zuzustimmen und ein Anspruch aus § 812 I 1 BGB scheidet aus.

B. Anspruch aus § 822⁴⁴ BGB

Die GbR ist in Bezug auf die Leistung der D-Bank an die C-GmbH „Dritte“ i.S.d. § 822 BGB.

Die Zession der C-GmbH an die GbR erfolgte auch unentgeltlich.

Zudem müsste die C-GmbH als Empfänger der Leistung (Bürgschaftssumme) durch die unentgeltliche Weitergabe an den Dritten (GbR) von der Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung befreit worden sein. Das ist dann der Fall, wenn sich die C-GmbH im Falle einer Inanspruchnahme durch die Da.-GmbH⁴⁵ oder nach der Abtretung deren Ansprüche an G durch G auf Entreicherung hätte berufen können. Denn in diesem Fall erachtet das Gesetz den Dritten (GbR), der die Leistung unentgeltlich erlangt, als weniger schutzwürdig wie den eigentlichen Bereicherungsschuldner (C-GmbH) und gewährt deshalb dem Bereicherungsgläubiger einen Bereicherungsanspruch gegenüber dem Dritten, wie als wenn der Dritte der eigentliche Bereicherungsschuldner wäre. Maßgeblich ist also, ob der Bereicherungsschuldner (C-GmbH) verschärft haftet.⁴⁶ Weil R als Geschäftsführer der C-GmbH wusste, dass der Bürgschaftsfall noch nicht eingetreten war, ist vorliegend ein Fall der verschärften Haftung gegeben. Begründen

⁴³ So im Ergebnis in vergleichbaren Fällen *BGHZ* 105, 365 (369) und *BGHZ* 122, 46 (50). Für den Fall, dass an die GbR direkt gezahlt wird vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 62. Auflage 2003, § 714, Rn. 13 m.w.N.

⁴⁴ Zum Sinn und Zweck des § 822 BGB vgl. *Schlechtriem*, in: Jauernig, BGB, 10. Auflage 2003, § 822, Rn. 1.

⁴⁵ Zu beachten ist, dass im Normalfall der Bürge selbst den Bereicherungsanspruch geltend machen würde, was hier aber wie gesehen keinen Sinn macht, weil die D-Bank bei der Da.-GmbH bereits Regress genommen hat. In dieser Konstellation kann die Da.-GmbH statt des Bürgen gegen den Schuldner der Haupt-Verbindlichkeit vorgehen, vgl. *BGH JuS* 2003, 403 ff.

⁴⁶ *BGH NJW* 1999, 1026 (1028) m.w.N.

lässt sich dies entweder indem man auf § 820 BGB abstellt und argumentiert, dass R davon ausgehen musste, dass wegen der ungerechtfertigten Einforderung der Bürgschaft gegen die C-GmbH ein Regressprozess geführt werden würde⁴⁷ oder schlicht auf § 819 I BGB abhebt.⁴⁸

Damit scheidet auch ein Anspruch aus § 822 BGB.

C. Anspruch aus § 823 I BGB

§ 823 BGB hilft schon deshalb nicht weiter, weil G aus von der Da.-GmbH an diese abgetretenem Recht einen Vermögensschaden einfordert, § 823 I BGB aber nur absolute Rechte schützt.⁴⁹

D. Anspruch aus § 831 BGB

Denkbar wäre eine Eigenhaftung der GbR für einen Auswahlverschulden⁵⁰. Haftungsvoraussetzung ist eine deliktische Handlung eines ihrer Verrichtungsgehilfen. Insoweit kann man an die Co.-GmbH als geschäftsführende Gesellschafterin der GbR anknüpfen, die wiederum durch ihren Geschäftsführer R vertreten wurde, vgl. § 35 I GmbHG, welcher letztlich die ungerechtfertigte Auszahlung veranlasste. Diese Konstruktion setzt jedoch voraus, dass es sich bei einem Gesellschafter der GbR um einen Verrichtungsgehilfen handelt. Verrichtungsgehilfen sind jedoch nur solche Personen, die im Verhältnis zum Geschäftsherrn in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und dessen Weisungen unterworfen sind.⁵¹ Das trifft jedenfalls auf den geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR, der grundsätzlich selbständig und im Falle der GbR wenigstens auch im wirtschaftlichen Eigeninteresse⁵² agiert, nicht zu.⁵³ Mit der dogmatischen Annäherung der GbR an die OHG liegt es näher, das deliktische Handeln des Gesellschafters der GbR analog § 31 BGB zuzurechnen; nämlich nicht als das eines unselbständigen „Verrichtungsgehilfen“, sondern das eines selbständig und eigenverantwortlich handelnden „Organs“ für die Gesellschaft.⁵⁴

⁴⁷ So der *BGH* NJW 2003, 1445 (1446).

⁴⁸ So *K. Schmidt*, JuS 2003, 708 in der Urteilsbesprechung zu *BGH* NJW 2003, 1445.

⁴⁹ Näher dazu *Kropholler*, (Fn. 7), § 823, Rn. 3 ff.

⁵⁰ Wichtig ist hier den Unterschied zu § 278 BGB zu sehen. Es geht bei § 831 BGB um eigenes Verschulden und nicht um Zurechnung fremden Verschuldens. Die deliktische Handlung des Verrichtungsgehilfen ist schlicht Haftungsvoraussetzung, vgl. *Kropholler*, (Fn. 7), § 831, Rn. 1.

⁵¹ *Thomas*, in: Palandt, (Fn. 43), § 831, Rn. 6.

⁵² Schließlich ist mit dem Vermögen der GbR faktisch sein eigenes, gesamthänderisch gebundenes Sondervermögen betroffen.

⁵³ *BGH* NJW 1966, 1807 sowie aus neuerer Zeit *Scholz*, NZG 2002, 153 (161); *Sprau*, in: Palandt (Fn. 43), § 714, Rn. 6. m.w.N. anders noch *RGZ* 64, 77 (81 f.).

⁵⁴ Ebenso im Ergebnis als Konsequenz aus *BGHZ* 146, 341 = NJW 2001, 1056 *Scholz*, NZG 2002, 153 (161 f.) sowie nun *BGH* NJW 2003, 1445 ff.

Ein Anspruch aus § 831 BGB scheidet daher ebenfalls aus.

E. Anspruch der G gegen die GbR aus §§ 826, 31BGB

Damit bleibt als Anspruch nur noch der Auffangtatbestand⁵⁵ des § 826 BGB.

I. Verstoß gegen die guten Sitten

1. Vorliegen eines Verstoßes

Zunächst müsste ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen. An welches Verhalten kann angeknüpft werden? Die Außen-GbR selbst ist wie gesehen zwar teilrechtsfähig (s.o. Gruppenlehre). Daraus folgt, dass sie Anspruchsgegner sein kann. Handeln konnte sie vorliegend jedoch nur durch ihren Geschäftsführer die Co.-GmbH, die wiederum durch ihren Geschäftsführer R vertreten wurde, § 35 I GmbHG. Damit ist die Person des R maßgeblich.

Ausreichend für einen Verstoß gegen die guten Sitten ist, wenn objektiv Umstände vorliegen, die gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen und subj. der Handelnde die Umstände kennt, welche die Sittenwidrigkeit begründen.⁵⁶ R wusste, dass der Bürgschaftsfall noch nicht eingetreten war und forderte trotzdem die Bürgschaftssumme ein. Da es sich um eine Bürgschaft auf erstes Anfordern handelte, konnte er davon ausgehen, dass die D-Bank zahlen würde. Weiter konnte er davon ausgehen, dass die D-Bank bei der Da.-GmbH Regress nehmen und die Da.-GmbH damit eine ungerechtfertigte Vermögenseinbuße erleiden würde. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist damit gegeben.

2. Zurechenbarkeit des Verstoßes des R zur Außen-GbR analog § 31 BGB⁵⁷

Zu beachten ist hierbei insbesondere, dass R sowohl Geschäftsführer der Co.-GmbH als auch der C-GmbH war. Als Zurechnungsgrundlage kommt § 31 BGB analog in Betracht.

Die Anwendbarkeit des § 31 BGB auf die OHG ist seit Langem anerkannt. Für die GbR lehnte es der BGH bisher ab⁵⁸, weil diese nach früher h.M. anders als die OHG gerade nicht teilrechtsfähig war. Nach der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR hat der BGH in einem neueren Urteil nun ausdrücklich seine alte Rspr. verworfen und § 31 BGB für

⁵⁵ Teichmann, in: Jauernig, (Fn. 44), § 826, Rn. 1.

⁵⁶ Teichmann, in: Jauernig, (Fn. 44), § 826, Rn. 3 f.

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 2003, 1445 = NZG 2003, 428 = ZIP 2003, 664. Zuvor schon für § 31 BGB etwa Heinrichs, in: Palandt, (Fn. 43), § 31, Rn. 3 oder Scholz, NZG 2002, 161.

⁵⁸ BGHZ 45, 311 = NJW 1966, 1867.

in einem neueren Urteil nun ausdrücklich seine alte Rspr. verworfen und § 31 BGB für analog auf die Außen-GbR anwendbar erklärt.⁵⁹

Begründung:

- Der Übergang zwischen der OHG und einer Außen-GbR ist oft fließend, weshalb ein einheitliches Haftungsregime angebracht ist.
- Die Anwendbarkeit des § 31 BGB als Zurechnungsgrundlage für Verschulden von Organen der Gesellschaft rundet die dogmatische Annäherung an die OHG ab.⁶⁰

Ein der GbR analog § 31 BGB zurechenbarer Verstoß gegen die guten Sitten ist damit gegeben.⁶¹

II. Sonstige Haftungsvoraussetzungen

Dadurch entstand der Da.-GmbH ein Vermögensschaden⁶² in Form der Regresszahlung an die D-Bank. Die Sittenwidrigkeit impliziert die Rechtswidrigkeit der Schädigung. Da R wusste, dass die D-Bank trotz fehlender Fälligkeit zahlen und mit einer großen Wahrscheinlichkeit bei der Da.-GmbH Regress nehmen würde, handelte er mindestens mit *dolus eventualis*.

Damit stand der Da.-GmbH ein Anspruch gegen die GbR aus §§ 826, 31 BGB wegen sittenwidriger Schädigung zu. Diesen hat sie wirksam an die G abgetreten, § 398 BGB.

Frage 2: Kann G auch von A und B Zahlung verlangen?

Dies ist dann der Fall, wenn G gegen A und B einen selbständigen Anspruch hat oder diese neben der GbR aus einem anderen Rechtsgrund haften. Hier wirkt es sich erneut aus, nach welchem Gesamtkonzept man diese Haftung konstruiert.

⁵⁹ BGH Jus 2003, 708 = NJW 2003, 1445.

⁶⁰ K. Schmidt, NJW 2003, 1897 (1898) ebenso Scholz, NZG 2002, 153 (161 f.).

⁶¹ Ob sich die Zurechnung nach § 31 BGB analog dabei nur auf Organe oder auch auf leitende und evtl. sogar normale Angestellte erstreckt, ist noch unklar. Denkbar wäre hier auch § 831 BGB anzuwenden, da diese zumindest partiell weisungsunterworfen sind, näher K. Schmidt, NJW 2003, 1897 (1899 f.).

⁶² § 826 BGB ist nicht auf absolute Rechtsgüter beschränkt, sondern schützt auch das Vermögen als Ganzes, vgl. Teichmann, in: Jauernig, (Fn. 44), § 826, Rn. 5.

A. Individualistische Theorie

Danach scheidet eine Haftung von A und B aus, da diese nur aufgrund *rechtsgeschäftlicher* Verpflichtung (Stellvertretung!, s.o.) als Gesamtschuldner haften. Die individualistische Theorie ist jedoch wie gesehen abzulehnen.

B. Gruppenlehre

Danach haftet zunächst die GbR, weil ihr über § 31 BGB das deliktische Handeln der Organe zugerechnet wird. Wie bereits gesehen kommen zwei Modelle in Betracht, nach denen *daneben* auch die Gesellschafter *persönlich* haften.

I. Doppelverpflichtungstheorie:

Hiernach haftet ein Gesellschafter aufgrund der rechtsgeschäftlichen Mit- oder Doppel- Verpflichtung gem. §§ 164 I, 714 BGB. Eine Haftung für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten kommt danach nicht in Betracht. Bei der deliktischen Haftung der GbR gem. § 826 i.V.m. § 31 BGB handelt es sich aber gerade um die Haftung der GbR aus einem gesetzlichen⁶³ Schuldverhältnis. Eine stellvertretungsrechtliche Doppelverpflichtung hat damit nichts zu tun, so dass eine persönliche Haftung der Gesellschafter ausscheidet.

II. Akzessorietätstheorie

Danach haften die Gesellschafter analog § 128 S.1 HGB persönlich für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Umfasst sind sowohl rechtsgeschäftlich begründete als auch gesetzlich begründete Verbindlichkeiten.⁶⁴ Wie bereits oben erörtert, ist diese Art der Begründung der persönlichen Haftung der Gesellschafter innerhalb der Gruppenlehre grundsätzlich vorzugswürdig. Nicht unumstritten ist jedoch, ob die Haftung analog § 128 HGB auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zu beschränken ist?⁶⁵

Für eine Beschränkung spricht, dass

- die Gesellschafter am Delikt nicht beteiligt waren und
- wie § 831 BGB im Gegensatz zu § 278 BGB zeigt, es grundsätzlich kein Einstehenmüssen für das deliktische Handeln anderer gibt.⁶⁶

⁶³ D.h. die GbR ist nicht verpflichtet, weil sie sich bewusst durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts (z.B. Vertrag) gebunden hat, sondern weil das *Gesetz* als Folge des deliktischen Verhaltens einen Anspruch des Geschädigten *anordnet*.

⁶⁴ K. Schmidt, (Fn. 3), S. 1791; Scholz, NZG 2002, 153 (162).

Andererseits lassen sich erhebliche Gründe gegen eine entsprechende Begrenzung einwenden:

- Zunächst handelt es sich bei der Haftung nach § 128 HGB nicht um eine deliktische Haftung, sondern um eine gesellschaftsrechtliche Haftung der Gesellschafter für jede Art von Gesellschaftsverbindlichkeiten.⁶⁷
- Eine Begrenzung der Haftung nach § 128 HGB auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten wäre zudem gegen das Gesetz und würde die Rechtssubjektivität und das neue Haftungskonzept der Außen-GbR unvollkommen und intransparent machen.⁶⁸

Mithin haften A und B gem. §§ 826 BGB i.V.m. 128 S.1. HGB akzessorisch.

Fall 3: Die Haftung des Neugeschafters für Altschulden⁶⁹

A und B betreiben seit vielen Jahren in Heidelberg eine Kanzlei in Form einer GbR, wobei sie auch ausdrücklich als GbR auftreten. Im Frühjahr 2002 bekommen sie von einem ihrer Mandanten M einen Honorarvorschuss i.H.v. 100.000.- Euro. Im Herbst 2002 wollen A und B dem begabten Junganwalt C eine Chance geben. Als Zeichen ihres Vertrauens wird C zu dessen Freude gleich als gleichberechtigter Gesellschafter aufgenommen. Im Herbst 2003 stellt sich heraus, dass M den Vorschuss damals rechtsgrundlos gezahlt hat. M verlangt nun von A, B und C als Gesamtschuldner den Betrag zurück. Da A und B aufgrund ihres dekadenten Lebensstils nahezu keine Rücklagen aufzuweisen haben, wendet sich M an den sparsamen und nunmehr vermögenden C. C beruft sich darauf, dass er mit dem Mandat niemals etwas zu tun hatte und im Übrigen im Frühjahr 2002 noch nicht Gesellschafter der GbR war.

Kann M von C Zahlung verlangen?

Anspruch des M gegen C gem. § 812 I 1 Var. 1 BGB i.V.m. § 128 S.1 HGB

⁶⁵ Bei einer direkten Anwendung läge eine teleologische Reduktion vor. Da es sich im Falle der GbR um eine analoge Anwendung handelt könnte man von einer auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten begrenzten Analogie sprechen.

⁶⁶ Das Urteil des BGH bzw. grundsätzlich die Erstreckung der Gesellschafterhaftung auf gesetzliche Verbindlichkeiten der GbR deshalb ablehnend *Altmeyden*, NJW 2003, 1553 (1558); ebenfalls ablehnend zuvor schon *Flume*, Personengesellschaft, 1976, S 343 f. oder *Knobbe-Keuk*, in: Festschrift für Stimpel, 1984, S. 292 f.

⁶⁷ So zutreffend vor der jüngsten Entscheidung des BGH *Wertenbruch*, NJW 2002, 324 (329) oder *Kellermann*, JA 740 (741) zu *BGH NJW 2002*, 1207.

⁶⁸ Zustimmend zum BGH *K.Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1900) sowie *ders.*, (Fn. 3), S. 1790 ff. und vor dem entsprechenden Urteil schon *Scholz*, NZG 2002, 153 (161 f.)

⁶⁹ Leicht abgewandelt und vereinfacht nach *BGH NJW 2003*, 1803 f.

Voraussetzung einer akzessorischen Haftung des C ist, dass eine Gesellschaftsverbindlichkeit der GbR besteht und C Gesellschafter i.S.d. § 128 S.1 BGB ist.

I. Gesellschaftsverbindlichkeit

Nach der vorzugswürdigen Gruppenlehre ist die Außen-GbR⁷⁰ teilrechtsfähig und kann damit als Rechtssubjekt Anspruchsgegner sein (s.o.). Die Voraussetzungen einer Leistungskondition liegen ebenfalls vor, denn die GbR hat den Vorschuss ohne Rechtsgrund, durch Leistung des M auf dessen Kosten erlangt. Eine Gesellschaftsverbindlichkeit besteht mithin.

II. Akzessorische Haftung des C nach § 128 S.1 HGB

Dies würde voraussetzen, dass C zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs Gesellschafter der GbR war. Dem war jedoch nicht so, weil C erst nach der rechtsgrundlos erfolgten Zahlung des M an die GbR in die Kanzlei eingetreten ist.

III. Akzessorische Haftung des C analog § 130 I HGB

Möglicherweise haftet C jedoch auch für vor seinem Eintreten in die GbR begründete Altverbindlichkeiten. Im Anschluss an die vorzugswürdige Akzessorietätstheorie (s.o.) könnte insoweit neben der Analogie zu § 128 HGB auch eine analoge Anwendung des § 130 HGB geboten sein. Dann müssten insoweit die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sein.

Ebenso wie die grundsätzliche akzessorische Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB ist auch die Haftung des Neugeschäfters für Altverbindlichkeiten in den §§ 705 ff. BGB nicht geregelt. Insoweit besteht eine Regelungslücke. Fraglich ist indes, ob eine vergleichbare Interessenlage besteht, welche es gebietet, die Haftung der Gesellschafter der GbR der Haftung der Gesellschafter einer OHG auch bzgl. Altverbindlichkeiten gleich zu stellen.

Gegen eine derartige Gleichstellung sprechen gewichtige Argumente⁷¹:

- Zunächst ist die Haftung für Neugeschäfters sehr streng und schwer kalkulierbar.
- Der Gläubiger der Gesellschaftsverbindlichkeit bekommt unverhofft neue Schuldner hinzu mit denen er zum Zeitpunkt der Anspruchsentstehung nicht rechnete. Verkehrsschutzinteressen greifen deshalb nicht durch, denn wenn die Neugeschäfters nicht bekannt sind, kann auch kein schützenswertes Vertrauen auf deren Haftung entstehen.

⁷⁰ Da die Anwälte hier offen als GbR auftraten, lag zweifellos eine Außen-GbR vor.

⁷¹ Vgl. etwa *Dauner-Lieb*, in FS für Ulmer, 2003, S. 73 ff.; *Wiedemann*, JZ 2001, 661 (664); *Baumann/Rößler*, NZG 2002, 793 ff. Verneint jüngst auch vom *OLG Düsseldorf* NZG 2002, 284 = ZIP 2002, 616.

- Zudem kennen ausländische Rechtsordnungen, insbesondere die US-amerikanische, durchaus eine akzessorische Gesellschafterhaftung auch ohne Erstreckung auf Alt-schulden.⁷²

Andererseits lässt sich für die Analogie als Fortführung der Akzessorietätstheorie anführen⁷³:

- Zum einen entspricht die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen dem Wesen der Personengesellschaft, die selbst kein dem Gläubiger garantiertes und sicher bestehendes Eigenvermögen hat, weil die Gesellschafter grundsätzlich jederzeit auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen können.⁷⁴
- Die Analogie zu § 130 HGB mag zwar im Einzelfall zu Härten führen, ergänzt aber rechtspraktisch (Rechtssicherheit) und methodisch die vom BGH etablierte Teilrechtsfähigkeit und die entsprechende akzessorische Haftung der Gesellschafter der Außen-GbR.⁷⁵
- Extreme Härten können dadurch abgefangen werden, dass einerseits für einen Übergangszeitraum Neugesellschafter, die auf die bisherige Rechtslage vertrauten, noch nicht analog § 130 HGB haften⁷⁶ und andererseits in Zukunft eine Absicherung durch Zusatzericherungen erfolgen kann.⁷⁷
- Würden Neugesellschafter grundsätzlich nicht für Altverbindlichkeiten haften, wären groteske Ergebnisse denkbar: Da die Haftung der Gesellschafter mit dem Austritt gem. § 736 II BGB, § 160 HGB grundsätzlich endet, könnte sich „die GbR“ durch Auswechslung der Gesellschafter einer Haftung entziehen.⁷⁸ Mit der einheitlichen Haftung nach § 130 HGB wird vermieden, dass man um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, auf gekünstelt wirkende Hilfskonstruktionen im Einzelfall⁷⁹ zurückgreifen muss.⁸⁰

⁷² Wiedemann, JZ 2001, 661 (664).

⁷³ Vgl. vor allem *BGH NJW* 2003, 1803 f.; zustimmend *K. Schmidt*, *NJW* 2003, 1897 (1901 f.). Differenzierend *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Auflage 2000, § 130, Rn. 1. Angedeutet auch schon in *BGHZ* 74, 240 (242) = *NJW* 1979, 1821, wegen der damals noch vom BGH vertretenen Doppelverpflichtungstheorie im Ergebnis jedoch abgelehnt.

⁷⁴ *BGH NJW* 2003, 1803 (1804).

⁷⁵ *BGH NJW* 2003, 1803 (1805).

⁷⁶ Schon in früheren Entscheidungen hatte der *BGH* bei sehr deutlicher Änderung seiner Rechtsprechung in ähnlicher Weise Vertrauenstatbestände konstruiert, vgl. etwa *BGHZ* 150, 1 = *NJW* 2002, 1642 (Änderung der Rechtsprechung zu Haftungsbeschränkungen in BGB-Gesellschaftsverträgen); *BGHZ* 62, 216 = *NJW* 1974 (Änderung der Rechtsprechung zu Rechtsscheinhaftung eines organschaftlichen Vertreters einer GmbH); kritisch zum Vertrauensschutz im hier gewählten Ausgangsfall *K. Schmidt*, *NJW* 2003, 1897 (1901 f.).

⁷⁷ *BGH NJW* 2003, 1803 (1805).

⁷⁸ *BGH NJW* 1803 (1804).

⁷⁹ Beispiele aus der Rechtsprechung, welche damals noch der Doppelverpflichtungstheorie anhing bilden etwa *BGHZ* 124, 47 (48) = *NJW* 1994, 257; *BGH NJW* 1990, 827 (828 f.); *OLG Frankfurt a.M.* *NJW* 1986, 3144; *OLG Bamberg NJW-RR* 1989, 223.

- Wäre auf die GbR nur § 128 HGB anwendbar, müsste der Gläubiger im Prozess stets nachweisen, dass der Gesellschafter zu dem betreffenden Zeitpunkt bereits in die Gesellschaft eingetreten war. Dies ist für den Gläubiger mangels Publizitätserfordernisses nicht erkennbar, mithin kaum nachweisbar. Mit der grundsätzlichen Haftung auch für Altverbindlichkeiten wird dieses Problem umgangen.⁸¹
- Weiter ist auch hier bedeutsam, dass der Übergang von GbR zur OHG oft fließend und mangels konstitutiver Eintragung im Handelsregister für den Gläubiger nicht erkennbar ist (s.o.). Auch aus diesem Grund ist es angezeigt, die Haftung für Altverbindlichkeiten einheitlich zu behandeln.⁸²
- Weiterhin hat der Neugesellschafter mit dem Eintritt in die GbR grundsätzlich die daraus resultierenden wirtschaftlichen Vorteile und muss deshalb auch die haftungsrechtlichen Nachteile tragen.⁸³
- Schließlich zeigt der neue § 8 I S.2 PartGG⁸⁴, dass auch der Gesetzgeber, insbesondere auch für Freiberufler, von einer einheitlichen Haftung nach § 130 HGB ausgeht.⁸⁵

Mithin ist es überzeugend, die akzessorische Haftung der Gesellschafter einer GbR analog § 130 I HGB auch auf Altverbindlichkeiten zu erstrecken. C haftet damit gegenüber M.

Fall 4: Gesellschafter als Erfüllungsgehilfen der GbR

A und B sind Gesellschafter einer GbR, welche sich auf Malerarbeiten spezialisiert hat. A schließt im Frühjahr 2003 mit K einen Vertrag im Namen der GbR wonach die gesamte Altbau-Wohnung des K in Heidelberg zu streichen ist. Bei den Arbeiten stößt A grob fahrlässig einen Farbeimer um, wodurch der Bezug eines der Sofas des K ruiniert wird. K verlangt nun von der GbR, den Schaden zu ersetzen. Zu Recht?

⁸⁰ *K. Schmidt*, (Fn. 3), S. 1898.

⁸¹ *BGH NJW 2003*, 1803 (1805).

⁸² *Westermann*, *NZG 2001*, 289 (291).

⁸³ Insoweit sind die Ausführungen des BGH wenig überzeugend, weil für den Eintritt in eine Gesellschaft häufig nicht unerhebliche Summen gezahlt werden. Mit der Haftung auch für Altverbindlichkeiten muss der Neugesellschafter also „doppelt bezahlen“. Kritisch daher zu Recht *K. Schmidt*, *NJW 2003*, 1897 (1901).

⁸⁴ Ausführlich zum Kontext des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes *Ulmer*, in: *MünchKomm*, 3. Auflage 1997, § 8 PartGG, Rn. 16 ff.

⁸⁵ Dort wird für Partnerschaftsgesellschaften auf die Haftung nach § 130 HGB verwiesen.

Anspruch des K gegen die GbR aus § 280 I BGB

Bezüglich des Sofas kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung nach § 280 I 1 BGB⁸⁶ in Betracht. Ein Schuldverhältnis i.S.d. §§ 280 I 1, 311 I Variante 1⁸⁷ resultiert aus dem Werkvertrag zwischen K und der GbR, die nach zutreffender Ansicht rechtsfähig ist (s.o.). Die GbR müsste nun eine hieraus resultierende Pflicht verletzt und dadurch den Schaden an dem Sofa verursacht haben.

I. Pflichtverletzung

Die Art der verletzten Pflicht bildet ein Kriterium, nach welchem die verschiedenen in Betracht kommenden Schadensersatznormen abgeschichtet werden können. Die GbR traf aus dem Werkvertrag nicht nur die Primärleistungspflicht, die Altbauwohnung des K zu streichen, sondern auch die Verpflichtung, auf das Eigentum des K Rücksicht zu nehmen. Letztere hat mit den sich aus der getroffenen Vereinbarung oder sich aus dem Gesetz ergebenden Haupt-⁸⁸ oder Nebenleistungspflichten⁸⁹ nichts zu tun. Es handelt sich vielmehr um eine sonstige Verhaltenspflicht der GbR⁹⁰, welche nicht das vertragliche Äquivalenzinteresse betrifft, sondern das Integritätsinteresse⁹¹ des Gläubigers K.⁹² Damit liegt eine Konstellation vor, welche vormals klassisch über das Institut der *positiven Vertragsverletzung* (pVV) gelöst wurde,⁹³ nun aber unter den unabhängig vom Werkvertragsrecht direkt⁹⁴ anzuwendenden § 280 I 1 BGB fällt.⁹⁵ Der Gesetzgeber hat einen Teil der Verhaltenspflichten⁹⁶, nämlich einige Schutzpflichten, in § 241 II BGB nun ausdrücklich geregelt. Die Pflicht der GbR, auf das Eigentum des K Rücksicht zu nehmen, stellt eben eine solche spezielle, in § 241 II BGB geregelte, Verhaltenspflicht dar.

⁸⁶ Ausführlich zu § 280 I BGB n.F. jüngst Schäfer, JA 2003, 600 ff.

⁸⁷ "durch Rechtsgeschäft", nämlich Vertrag, abzugrenzen von Schuldverhältnissen, welche sich aus dem Gesetz ergeben, § 311 I Variante 2 (gesetzliche Schuldverhältnisse).

⁸⁸ Übergabe und Eigentumsverschaffung durch den Käufer, § 433 I BGB, einerseits und Kaufpreiszahlung ,§ 433 II BGB, andererseits.

⁸⁹ Z.B. die sich aus dem *Gesetz* ergebende Pflicht des Käufers zur Abnahme, § 433 II BGB.

⁹⁰ Andere, etwa *Putzo*, in: Palandt (Fn. 43), § 433, Rn. 22 ff., sprechen ungenau von Neben- oder gar Schutzpflichten. Tatsächlich bezeichnen die letzten beiden Termini nur Unterkategorien von Verhaltenspflichten, wobei Nebenpflicht schon deshalb ungenau ist, weil es auch Nebenleistungspflichten gibt (vgl. vorangeg. Fn. 89), wie hier differenzierend *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 15 ff.

⁹¹ D.h. die Integrität sonstiger, neben dem Leistungsinteresse stehender Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit oder Eigentum.

⁹² *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, S. 250, Rn. 475.

⁹³ Vgl. dazu zur alten Rechtslage die Übersicht bei *Kropholler*, StudK BGB, 4. Auflage, 2000, § 276, Rn. 21 ff.

⁹⁴ D.h. nicht etwa über den Verweis in § 634 Nr.4 oder im Falle des Kaufrechts § 437 Nr.3 BGB n.F.

⁹⁵ Siehe etwa *Lorenz/Riehm*, (Fn. 92), S. 178, Rn. 356 oder *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Neues Schuldrecht, 2002, S. 9, Rn. 22 und S. 106 ff, Rn. 113 ff.

⁹⁶ Es ist wichtig zu sehen, dass sich die positive Forderungsverletzung nicht auf diese Schutzpflichten beschränkt, sondern dass auch die Verletzung sonstiger Verhaltenspflichten in Betracht kommt.

Diese müsste die GbR schuldhaft verletzt haben. Die GbR selbst kann nur durch ihre Gesellschafter handeln, so dass maßgeblich an deren Verhalten anzuknüpfen ist. Vorliegend kann daher auf A abgestellt werden, der in seiner Person die o.g. Pflicht schuldhaft⁹⁷ verletzt hat. Schaden, sowie Kausalität sind ebenfalls gegeben.

II. Zurechenbarkeit des Verschuldens des Gesellschafters zur GbR

Eine Haftung der GbR als teilrechtsfähiger Gesellschaft tritt jedoch nur ein, wenn es der GbR zugerechnet werden kann, dass A schuldhaft eine die GbR aus dem vertraglich begründeten Schuldverhältnis mit K treffende Pflicht verletzt hat.

Als Zurechnungsnormen kommen insoweit sowohl § 31 BGB analog als auch § 278 BGB in betracht.

1. Zurechnung über § 278 BGB

Soweit nach der Konzeption der individualistischen Theorie ebenso wie nach der Doppelverpflichtungslehre die Gesellschafter Vertragspartner werden, mit der Folge, dass diese die Pflichten aus dem vertraglichen Schuldverhältnis als Gesamtschuldner⁹⁸ treffen, ist konsequent auf § 278 BGB abzustellen. Der handelnde Gesellschafter wird danach eingeschaltet um eine Verbindlichkeit der anderen Gesellschafter zu erfüllen. Er ist mithin Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 S.1 BGB. Sein Verschulden wird den andern zugerechnet und alle Gesellschafter haften danach als Gesamtschuldner nach §§ 280 I, 412 BGB.⁹⁹ Geht man mit der Doppelverpflichtungstheorie davon aus, dass die Gesellschafter nur neben der GbR haften, müsste man den handelnden Gesellschafter sowohl als Erfüllungsgehilfen der anderen Gesellschafter als auch der GbR ansehen, was erneut unterstreicht, wie gekünstelt diese Konstruktion erscheint.

2. Zurechnung über § 31 BGB analog

Nachdem der BGH bzgl. deliktischer Ansprüche gegen die GbR eine Zurechnung der schuldhaft begangenen deliktischen Handlung des Gesellschafters bejaht hat¹⁰⁰, ist zu erwägen, auch bzgl. der Verletzung vertraglicher Pflichten der GbR das Verschulden eines ihrer Gesellschafter der GbR ebenfalls analog § 31 BGB zuzurechnen.

⁹⁷ Dieses wird zwar nach § 280 I 2 BGB vermutet, ist aber hier ohnehin unproblematisch gegeben.

⁹⁸ Im Falle der individualistischen Theorie nur die Gesellschafter als Gesamtschuldner und im Falle der Doppelverpflichtungstheorie die Gesellschafter als Gesamtschuldner neben der GbR.

⁹⁹ So im Ergebnis auf der Grundlage des BGB a.F. und der ehemals vom *BGH* vertretenen Doppelverpflichtungstheorie noch *BGH NJW* 1990, 701.

¹⁰⁰ *BGH NJW* 2003, 1445 ff., vgl. Oben Fall 2.

§ 31 BGB betrifft im Ausgangspunkt die Zurechnung der Schadenverursachung eines Organs zu der juristischen Person in deren Auftrag das Organ handelt. Nach dem Wortlaut des § 31 BGB scheint diese Norm vorauszusetzen, dass eine Überleitung der Haftung auf die Gesellschaft nur dann erfolgen kann, wenn zunächst ein entsprechender Anspruch gegen das handelnde Organ selbst besteht.¹⁰¹ Folgt man der Akzessorietätstheorie, kommen vorliegend jedoch nur deliktische Ansprüche des K gegen A in Betracht.¹⁰² Denn ein Vertrag kommt danach nur mit der GbR zustande.¹⁰³ Hat K damit keine vertraglichen Ansprüche gegen A, kann streng genommen auch keine Überleitung auf die GbR erfolgen. Die h.M. interpretiert § 31 BGB jedoch nicht in dieser streng formalistischen Weise und wendet § 31 BGB im Falle der OHG und KG sowohl bzgl. deliktischer als auch vertraglicher Ersatzansprüche, die auf einem Verschulden der Gesellschafter dieser Personengesellschaften beruhen, analog an.¹⁰⁴ Folgt man der o.g. Rechtsprechung des BGB, wonach gerade wegen der körperschaftlichen Struktur und der Nähe zur OHG der Außen-GbR Teilrechtsfähigkeit zukommt¹⁰⁵, dann erscheint es nur konsequent, § 31 BGB als Zurechnungsnorm für ein Verschulden des Gesellschafters einer GbR im Zusammenhang mit vertraglichen Sekundäransprüchen gegen die GbR anzuwenden.

Überzeugender erscheint danach die Lösung über § 31 BGB, so dass K gegen die GbR einen Anspruch aus § 280 I BGB i.V.m. § 31 BGB analog hat.

Fall 5: Parteifähigkeit der Außen-GbR im Zivilprozess

Angenommen sie sind Anwalt und vertreten in den Fällen 1 bis 4 jeweils die Partei, welche Ansprüche u.a. gegen die GbR geltend macht. Inwieweit kann gegen die GbR geklagt werden?

¹⁰¹ *Kropholler*, (Fn. 7), § 278, Rn. 2.

¹⁰² Anders wie gesehen nach der Doppelverpflichtungslehre, nach welcher B mitverpflichtet wurde.

¹⁰³ Vgl. die Ausführungen zu Fall 1.

¹⁰⁴ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (Fn. 43), § 31, Rn. 3, m.w.N.

¹⁰⁵ *BGHZ* 146, 341 = *NJW* 2001, 1056, vgl. oben Fall 1.

Gegen eine Parteifähigkeit der GbR wurde häufig der Wortlaut des § 736 ZPO eingewandt, wonach für eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein Titel gegen alle Gesellschafter nötig ist.¹⁰⁶

Als Korrelat zur Rechtsfähigkeit hat der BGH nun die Außen-GbR als im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig erklärt.¹⁰⁷ Insoweit streiten grundsätzlich die gleichen Argumente, die für eine Teilrechtsfähigkeit sprechen auch für eine Parteifähigkeit. Bzgl. der Parteifähigkeit der GbR ist der Aspekt des Gläubigerschutzes in besonderer Weise für die Anerkennung derselben bedeutsam. Nach der klassischen individualistischen Theorie bedarf es für die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zwingend eines Titels gegen alle Gesellschafter. Bei Passivprozessen ist wegen der fehlenden Registerpublizität einer GbR für den Gläubiger der Gesellschafterbestand aber nicht zu erkennen, so dass es leicht dazu kommen kann, dass einer der Gesellschafter der GbR „vergessen“ wird.¹⁰⁸ Eine Vollstreckung gegen die GbR wäre dann nicht möglich. Deshalb ist die einheitliche Rechtsprechung des BGH vorzugswürdig und wird sich auch in der Praxis durchsetzen. Der BGH hat die Außen-GbR dabei als parteifähig i.S.d. § 50 ZPO erklärt. Dies mag im Ergebnis, nicht jedoch nicht bzgl. des Abstellens auf § 50 ZPO überzeugen, denn der in dieser Norm verwendete Begriff der Rechtsfähigkeit bezieht sich auf natürliche und juristische Personen und ist Ausdruck der zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der ZPO vorherrschenden Auffassung, nur natürliche und juristische Personen könnten taugliche Rechtssubjekte sein.¹⁰⁹ Bestätigt wird dies etwa durch § 50 II ZPO, der die passive Parteifähigkeit des nicht-rechtsfähigen Vereins stipuliert oder § 124 I HGB der die Personenhandels-gesellschaft für parteifähig erklärt.¹¹⁰ Deshalb ergibt sich die Parteifähigkeit nicht schlicht aus § 50 I ZPO sondern aus einer im Ergebnis zu befürwortenden *Rechtsfortbildung praeter legem*. Denkbar wäre etwa eine Analogie zu § 124 HGB.

Was die *Vollstreckung* in das Vermögen der Gesellschaft anbelangt, wird in Anbetracht der klaren Rechtsprechung des BGH in naher Zukunft wohl zwingend ein Titel gegen die Gesellschaft selbst nötig sein. Wegen des Wortlautes des § 736 ZPO ist gegenwärtig jedoch noch ein Titel gegen alle Gesellschafter ausreichend. Als Folge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit

¹⁰⁶ In diesem Sinne etwa *BGH NJW 1957, 750 (751)*; *Heil, NZG 2001, 300 (302 f.)* oder *Müther, MDR 2001, 461*.

¹⁰⁷ *BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056* bestätigt durch *BGH NJW 2002, 1207* besprochen bei *Kellermann, JA 740 (741)*.

¹⁰⁸ *Kellermann, JA 740 (741)* zu *BGH NJW 2002, 1207*.

¹⁰⁹ *Scholz, NZG 2002, 154 (157) m.w.N.*

¹¹⁰ *Scholz, NZG 2002, 154 (157)*.

muss über § 736 BGB hinaus jedoch schon jetzt analog § 124 II HGB ein Titel gegen die Gesellschaft jedenfalls ausreichend sein.¹¹¹

Nach alledem ist eine Klage gegen die GbR möglich. Soweit ersichtlich, sollte die GbR als Beklagte in der Klageschrift mit ihrem Gesamtnamen (§12 BGB) bezeichnet werden (§ 253 II Nr. 1 ZPO).¹¹²

Zusammenfassung: Das einheitliche Haftungsregime der GbR und ihrer Gesellschafter nach der Rechtsprechung des BGH

Nach alledem kann die nun auch vom BGH differenziert vertretene Akzessorietätstheorie nicht nur als neue hM bezeichnet werden, sondern überzeugt auch im Ergebnis. Wie bei nahezu jedem streitigen Rechtskomplex beinhaltet das so gewonnene Haftungskonzept Kompromisse. Maßgeblich wegen der in sich stimmigen Systematik und Klarheit durch die Anlehnung an die handelsrechtlichen Vorschriften und etablierten Grundsätze zur Haftung der handelsrechtlichen Personengesellschaften ist es gegenüber den anderen Lösungsansätzen, welche immer wieder zu systematischen Friktionen und undurchsichtigen Sonderlösungen gezwungen sind, um auf breiter Front zu billigen Ergebnissen zu kommen, vorzugswürdig. Die Grundpfeiler und Kernaussagen, welche dieses neue Haftungsregime kennzeichnen, können wie folgt zusammengefasst werden:

1. Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR

- Die Außen-GbR ist in Annäherung an die OHG teilrechtsfähig
- Im Prozess ist die Außen-GbR aktiv und passiv parteifähig

2. Einheitliche Verschuldenszurechnung über § 31 BGB analog

- Deliktisches Verhalten der Gesellschafter wird der GbR über § 31 BGB zugerechnet
- Als Konsequenz dieser Rechtsprechung scheint § 31 BGB analog im Bereich der Zurechnung von Verschulden eines Gesellschafters zur GbR im Bereich vertraglicher Ansprüche gegen die GbR gegenüber § 278 BGB vorzugswürdig.

¹¹¹ So im Ergebnis auch *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 f.

¹¹² Wobei im Ergebnis maßgeblich ist, dass die Prozessparteien klar erkennbar sind und die Klage zustellbar ist; umfassend zu prozessualen Detailfragen im Zusammenhang mit der GbR *Scholz*, NZG 2002, 153 (157 ff.).

3. Akzessorische Haftung der Gesellschafter

- Gesellschafter der GbR haften sowohl für vertragliche als auch für deliktische Verbindlichkeiten der GbR Kraft Gesetzes analog § 128 S.1 HGB.
- Ebenso haften Neugesellschafter für Altverbindlichkeiten der GbR analog § 130 HGB.

Die auf diese Weise zusammengefassten Punkte 1-3 ergeben zugleich das *innere System* dieses einheitlichen Haftungsregimes: Nach Punkt eins steht zunächst fest, dass die GbR als Rechtssubjekt Anspruchsinhaber und –gegner sein kann. Punkt zwei trifft im Anschluss daran eine Aussage darüber, wann in bestimmten Fällen überhaupt ein Anspruch gegen die GbR besteht. Nämlich dann wenn über § 31 BGB eine Verschuldenszurechnung erfolgen kann. Kommt es auf die unter zweitens beschriebene Art oder auf sonstige Weise, etwa schlicht durch Vertragsschluss, zu einem Anspruch gegen die GbR (Gesellschaftsverbindlichkeit), trifft dann schließlich Punkt drei eine Aussage darüber, wann es neben der Haftung der GbR selbst auch zu einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter kommt.

Neben diesen recht klaren Aussagen sind einige Details noch ungeklärt. Dazu zählt etwa die Frage, ob dieses Haftungskonzept auf unternehmenstragende Gesellschaften zu beschränken ist oder grundsätzlich für die ganze Bandbreite in der Praxis aufzufindender Außen-GbRs angewandt werden kann. Eine andere noch offene Thematik ist auch die Reichweite der Analogie zu § 31 BGB gegenüber dem Anwendungsbereich des § 831 BGB. So ist etwa zu fragen, wie das deliktische Handeln leitender Angestellter oder nicht-geschäftsführender Gesellschafter im Vergleich zu geschäftsführenden Gesellschaftern¹¹³ der GbR zu behandeln ist. Vieles spricht dafür, auch in diesen Bereichen Differenzierungen zu vermeiden.¹¹⁴ Dabei kann es in Einzelfällen zu einer relativ strengen Haftung kommen, was aber gegenüber der dadurch gewonnenen Rechtssicherheit zurück tritt. Dass dies auch die Linie des BGH ist hat die jüngste Entscheidung zur analogen Anwendung des § 130 HGB¹¹⁵ gezeigt, in welcher er auf der einen Seite streng aber systematisch konsequent an seine bisherige Rechtsprechung anknüpfend das Haftungsregime der GbR erweitert hat, auf der anderen Seite jedoch die überwiegenden rechtspraktischen Vorteile sowie Möglichkeiten, extreme Härten zu vermeiden, aufgezeigt hat.

¹¹³ BGH NJW 2003, 1445 ff. betraf eben zunächst nur diesen speziellen Fall.

¹¹⁴ Ebenso Scholz, NZG 2002, 153 (155 f.); differenzierend K. Schmidt, NJW 2003, 1897 (1903 f.).

¹¹⁵ BGH NJW 2003, 1803 ff.

Anhang: Skizze zu Fall 2

