

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 123

**Die Haftung
der Gesellschafter bei
der BGB-Erwerbsgesellschaft**

Von

Markus Beck



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS BECK

Die Haftung der Gesellschafter bei der
BGB-Erwerbsgesellschaft

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 123

Die Haftung der Gesellschafter bei der BGB-Erwerbsgesellschaft

Von
Markus Beck



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Beck, Markus:

Die Haftung der Gesellschafter bei der BGB-Erwerbsgesellschaft /
von Markus Beck. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 123)

Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1997/98

ISBN 3-428-09563-4

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-09563-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Für Silvia

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1997/98 durch den Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen.

Für die freundliche Förderung habe ich vor allem meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Arndt Teichmann*, ganz herzlich zu danken. Die vielfältigen Einsichten, die ich in der Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl gewinnen konnte, haben mir immer wieder neue Impulse und Ideen für die Dissertation gebracht.

Herrn Professor Dr. *Walther Hadding* danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Das insgesamt gute Klima am Lehrstuhl führte ebenfalls zum Gelingen der Arbeit. Namentlich möchte ich mich bedanken bei Frau Carolin Bayer, Frau Susanne Mathes, Herrn Friedo Schröder und Herrn Jens Sprenger.

Bedanken möchte ich mich sehr herzlich bei Frau Dr. Andrea Köppen, die mich in der Schlußphase durch unermüdliches Korrekturlesen unterstützte.

Schließlich gilt mein ganz besonderer Dank Frau Anita Beck für ihre gesamte Unterstützung gleich welcher Art.

Mainz, im April 1999

Markus Beck

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	21
---------------------------	----

Kapitel 1

Die BGB-Gesellschaft als Schuldner

A. Allgemeines.....	26
B. Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	27
I. Überblick über den Meinungsstand.....	28
1. Individualistischer Ansatz (Vielheitstheorie)	28
2. Kollektiver Ansatz (Einheitstheorie).....	29
3. Die Entwicklung der Rechtsprechung.....	30
4. Relevanz des Theorienstreits.....	36
II. Eigene Untersuchung der Rechtsfähigkeit.....	37
1. Wille des Gesetzgebers.....	38
a) Historische Betrachtung.....	38
b) Wille des heutigen Gesetzgebers.....	39
2. Interpretation des Gesetzeswortlauts.....	42
3. Systematische Auslegung.....	43
a) Vergleich mit anderen Personengemeinschaften.....	43
b) Vergleich mit anderen Gesamthandsgemeinschaften.....	45
4. Sinn und Zweck (Teleologie des Gesetzes).....	49
5. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	51
III. Einschränkungen dieser Grundsätze.....	53
1. Erwerbsgesellschaften und Gesellschaften mit ideellen Zwecken.....	53
2. Dauer- und Gelegenheitsgesellschaften.....	54
3. Erforderlichkeit eines Gesamthandsvermögens.....	55
4. Abgrenzung nach Außen- und Innengesellschaften.....	56
IV. Typische Erscheinungsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	57
1. Freie Berufe, Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, Minderkaufleute.....	57
2. Arbeitsgemeinschaften.....	58
3. Bauherrengemeinschaften.....	58

4. Konsortien.....	59
5. Kartelle.....	59
6. Metaverbindungen	60
7. Ehegattengesellschaften	60
8. Nichteheliche Lebensgemeinschaften	61
C. Zusammenfassung und Ergebnis des 1. Kapitels.....	61

Kapitel 2

Haftungssituation bei vertraglicher Verpflichtung

A. Verpflichtung der BGB-Gesellschaft	63
B. Verpflichtung der BGB-Gesellschafter.....	65
I. Die verschiedenen Literaturmeinungen	66
1. Die Theorie der Doppelverpflichtung.....	66
2. Die Akzessorietätstheorie.....	68
II. Die Entwicklung in der Rechtsprechung	74
III. Entwicklung der eigenen Auffassung	78
1. Bedeutung des Streits.....	78
a) Haftungsbegrenzung	78
b) Gesetzlich entstehende Verbindlichkeiten	78
c) Veränderungen des Schuldinhalts.....	79
2. Stellungnahme.....	79

Kapitel 3

Inhalt der Gesellschafterschuld

A. Haftung der Gesellschafter bei den Personenhandelsgesellschaften.....	83
B. Die Situation bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	85
I. Ergebnisse nach der traditionellen Lehre.....	85
II. Inhalt der Gesellschafterschuld.....	86
1. Anwendung der OHG-Grundsätze	86
2. Lösungsmodelle nach der Doppelverpflichtungstheorie	86
III. Eigene Auffassung.....	87
1. Rechtsnatur der Gesellschafterverpflichtung.....	87
2. Abgrenzung Bürgschaft - Schuldbeitritt.....	88

Inhaltsverzeichnis	11
3. Voraussetzungen an das Zustandekommen des Vertrages	89
4. Auswirkung der Formbedürftigkeit der „Hauptschuld“	90
5. Geltendmachung von Einwendungen und Einreden	91
IV. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen	91

Kapitel 4

Verhältnis der Gesellschafts- zur Gesellschafterschuld

A. Situation bei den Personenhandelsgesellschaften	95
B. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts	96
C. Stellungnahme	97
D. Zwischenergebnis zu den ersten vier Kapiteln	100

Kapitel 5

Die Problematik der Leistungsstörungen

A. Grundsätze der Rechtsprechung	101
B. Die Überwindung des § 425 BGB in der Literatur	103
C. Stellungnahme	104
D. Weiterentwicklung der eigenen Auffassung	104
I. Zurechnung des Fehlverhaltens gegenüber der BGB-Gesellschaft	105
1. Zurechnung über § 278 BGB	106
2. Zurechnung über die analoge Anwendung des § 31 BGB	107
II. Zurechnung gegenüber den nicht handelnden Gesellschaftern	109
1. § 31 BGB analog als Zurechnungsnorm	109
2. Haftung für Sekundärleistungsansprüche über § 278 BGB	110
3. Zurechnung über § 767 BGB analog	111
III. Rechte der Gesellschafter bei Gegenrechten der Gesellschaft	116
E. Zusammenfassung	117

Kapitel 6

Haftungsbeschränkung auf die Gesellschaft

A. Die Entwicklung der Rechtsprechung	119
B. Literaturmeinungen zur Haftungsbeschränkung	121

C. Stellungnahme und Weiterentwicklung der eigenen Auffassung	122
I. Erkennbarkeit aus der Rechtsformbezeichnung	125
1. Die „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Haftungsbeschränkung“	125
2. Das Auftreten der BGB-Gesellschaft als Verein	126
3. Die Bezeichnung als Kommanditgesellschaft	126
II. Erkennbarkeit aus dem Gesellschaftszweck	128
III. Erkennbarkeit aus der besonderen Position des Vertragspartners	128
IV. Besonderheiten für den geschäftsführenden Gesellschafter	128
D. Einschränkung der Möglichkeit des Haftungsausschlusses	129
E. Zusammenfassung und Konsequenzen	129

Kapitel 7

Haftung für gesetzlich entstandene Schuldverhältnisse

A. Problemstellung	132
B. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	133
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung	133
1. Die Auffassung des Reichsgerichts	133
2. Entscheidungen des BGH	133
a) Der „Arge-Fall“	133
b) Der „Kino-Fall“	135
c) Der „Diskotheken-Fall“	135
d) Zusammenfassung	136
3. Entscheidungen der Instanzgerichte	138
II. Überblick über die verschiedenen Literaturmeinungen	138
1. Der Bereicherungsanspruch als „quasi vertraglicher Anspruch“	138
2. Ablehnung eines Anspruchs gegen die Gesellschafter	138
3. Ansprüche gegen die Gesellschafter aufgrund Bereicherung des Gesellschaftsanteils	139
4. Die differenzierende Auffassung von Nicknig	140
5. Die Auffassung der herrschenden Lehre	142
6. Eigene Auffassung - Schuldbeitritt und Bereicherungsansprüche	142
a) Leistungskondiktionsansprüche	142
b) Nichtleistungskondiktionsansprüche	144
c) Zusammenfassung zu den Bereicherungsansprüchen	145
C. Deliktische Ansprüche	146

Inhaltsverzeichnis	13
I. Deliktisches Verhalten sämtlicher Gesellschafter	147
II. Deliktisches Verhalten von geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern	147
1. § 831 BGB als Zurechnungsnorm	147
2. § 31 BGB als Zurechnungsnorm	147
III. Deliktisches Verhalten einzelner nicht geschäftsführungsbefugter Gesellschafter und Angestellter der BGB-Gesellschaft	147
IV. Ansprüche aus dem StVG und aus Gefährdungshaftung	148
V. Zwischenergebnis zu den deliktischen Ansprüchen	148
D. Sonstige gesetzlich entstehende Verbindlichkeiten	149
E. Gesellschafterhaftung für Steuerschulden der BGB-Gesellschaft	150

Kapitel 8

Gesellschafterwechsel, Liquidation der Gesellschaft

A. Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters	153
I. Weiterhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters und Problematik der Verjährung des Anspruchs	153
1. Haftungssituation nach alter Rechtslage	153
2. Änderung der Rechtslage durch das Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz vom 18. März 1994	154
II. Die Bedeutung innergesellschaftlicher Abreden	155
B. Haftung des neu eintretenden Gesellschafters	155
C. Haftung nach Auflösung der BGB-Gesellschaft	157
I. Problembeschreibung	157
II. Lösungsansätze in der Literatur	159

Kapitel 9

Die GbR im Erkenntnis-, Vollstreckungs- und Konkursverfahren

A. Erkenntnisverfahren	162
I. Die Gesellschaft im Aktivprozeß	163
II. Die Gesellschaft im Passivprozeß	163

B. Vollstreckungsverfahren.....	166
I. Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen.....	166
II. Vollstreckung des Privatgläubigers eines Gesellschafters in dessen Anteil am Gesamthandsvermögen.....	166
C. Die BGB-Gesellschaft im Konkursverfahren	169

Kapitel 10

Reformüberlegungen und verwirklichte Reformen

A. Reformvorschläge im Gutachten von Karsten Schmidt	171
B. Die österreichische Erwerbsgesellschaft.....	172
C. Das deutsche Partnerschaftsgesellschaftengesetz (PartGG).....	173
D. Reformüberlegungen zum Handelsgesetzbuch.....	174
Zusammenfassung	177
Literaturverzeichnis	179

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft
AK	Alternativkommentar
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Arge	(Bau-)Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObl.G	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
Bearb.	Bearbeiter
Begr.	Begründer
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des BFH
BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung Zivilsachen/Strafsachen
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
Bsp.	Beispiel
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
desgl.	desgleichen
d.h.	das heißt
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DZwiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Einl.	Einleitung
EStG	Einkommensteuergesetz
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWiV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

f., ff.	folgende Seite, folgende Seiten
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GbRmbH	Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewStG	Gewerbesteuergesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
grds.	grundsätzlich
GS	Großer Senat
HGB	Handelsgesetzbuch
h.Lit	herrschende Literaturmeinung
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (Haustürwiderrufsgesetz)
i. e.	im einzelnen
i. Erg	im Ergebnis
i. H. v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen)
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LZ	Leipziger Zeitschrift
m.Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zum Entwurf eines BGB
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLGZ	Entscheidungen der OLGe in Zivilsachen
PartGG	Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften
Prot.	Protokolle der Reichstagsberatungen zum BGB
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar zum BGB, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern

RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen
Rn	Randnummer(n)
Rpfler	Der Deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, Satz
s.	siehe
SchIHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchuldR	Schuldrecht
Seuff A	Seufferts Archiv
s.o.	siehe oben
StBerG	Das Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten
str.	streitig
StudK BGB	Studienkommentar BGB
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem
Überbl	Überblick
umstr.	umstritten
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
unstr.	unstreitig
UStG	Umsatzsteuergesetz
u.U.	unter Umständen
VerlG	Verlagsgesetz
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor, Vorb, Vorbem	Vorbemerkung

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Warn	Rechtsprechung des RG, hrsg. von Warneyer
WG	Wechselgesetz
WiB	Wirtschaftliche Beratung
WM	Wertpapiermitteilungen
WoM	s. WuM
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Vorbemerkung

Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur insgesamt sehr umstritten.¹ Dies gilt in besonderem Maße für den Teilaspekt der bereicherungsrechtlichen Inanspruchnahme der BGB-Gesellschafter.²

Die Unklarheiten beginnen schon mit der Beurteilung der Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft. Umstritten ist nämlich die Annahme einer eigenen Rechtsfähigkeit der Gesellschaft. Auch wenn sich im Schrifttum der Meinungsstand in Richtung der Anerkennung einer „Teilrechtsfähigkeit“ der Gesellschaft zu festigen scheint, wurde eine befriedigende Lösung zu der dann notwendigen Frage der Mithaftung der BGB-Gesellschafter neben der Gesellschaft noch nicht gefunden.

Die Rechtsprechung hat sich in ihren Entscheidungen noch nicht eindeutig für oder gegen die Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft ausgesprochen. Eine Auseinandersetzung mit den in der Literatur vertretenen Auffassungen ist jedenfalls völlig unterblieben. Auch in neuerer Zeit werden zudem gerichtliche Entscheidungen zur (Mit-)Haftung der BGB-Gesellschafter veröffentlicht, die sich in ihrer jeweiligen Entscheidungsbegründung widersprechen.

Der Bundesfinanzhof hatte beispielsweise über die persönliche Haftung der BGB-Gesellschafter für Säumnis- und Verspätungszuschläge zu entscheiden. In der Abgabenordnung ist eine Haftungsüberleitungsnorm für Schulden der BGB-Gesellschaft nicht mehr vorhanden.³ Die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Gesellschafter wurde auf den rechtsgeschäftlichen Hintergrund der Umsatzsteuer-

¹ Vgl. etwa BGHZ 97, 273 = JuS 1987, 235 m. Anm. *Karsten Schmidt*; BGH ZIP 1992, 695; BGH ZIP 1992, 995; BFH v. 27.06.1989 (VII R 100/ 86) NJW 1990, 2086 = ZIP 1990, 643 = JuS 1990, 760 m. Anm. *Karsten Schmidt*; aus dem neueren Schrifttum insbes. *Hadding*, Festschrift Rittner, S. 113 ff; *Karsten Schmidt*, Festschrift Fleck, S. 271 ff; *Schwark*, Festschrift Heinsius, S. 753 ff; *Wiedemann*, Festschrift Kellermann, S. 529 ff; *Zöllner*, Festschrift Gernhuber, S. 563 ff; *Raiser*, AcP 194 (1994), 495 ff.

² Münchener Kommentar-*Lieb* § 812 Rn 324 ff: „*In der Grauzone zwischen Bereicherungs- und Gesellschaftsrecht angesiedelt ist die seit BGHZ 61, 338 heftig umstrittene Problematik der bereicherungsrechtlichen Haftung in der BGB-Gesellschaft.*“

³ Die Haftung konnte vor Inkrafttreten der Abgabenordnung 1977 auf § 113 Reichs-abgabenordnung gestützt werden. Eine entsprechende Norm existiert jetzt nicht mehr.

erschulden, und damit auf § 427 BGB (!) gestützt.⁴ Der Bundesfinanzhof folgte in seiner Begründung der schon zu Beginn erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Haftung der Gesellschafter für Bereicherungsschulden (s. Fn 2). Anspruchsgrundlage war dort ein Leistungskonditionsanspruch. Nachdem der Bereicherungsgegenstand zunächst in das Gesamthandsvermögen gelangt war, wurde er nach Auflösung der Gesellschaft an die Gesellschafter verteilt. Das Verpflichtungsverhältnis der Gesellschafter wurde als Gesamtschuldverhältnis gem. § 427 BGB gesehen. Obwohl diese Vorschrift das Bestehen eines vertraglichen Anspruchs voraussetzt und nicht selbständige Anspruchsgrundlage sein kann,⁵ außerdem Schuldnermehrheiten bei Bereicherungsansprüchen regelmäßig als Teilschuldner zu qualifizieren sind, wendete der BGH § 427 BGB wegen des vertragsähnlichen Charakters der Leistungskondition und allgemeiner Gerechtigkeitserwägungen an. Die Urteile unterscheiden sich auch im Hinblick auf die Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft. Während im Steuerrecht die Gesellschaft selbst steuerrechtsfähig und damit Steuerschuldner ist, ging der BGH noch von der fehlenden Rechtsfähigkeit aus, so daß Schuldner des Bereicherungsanspruchs nur die Gesellschafter persönlich sein konnten.

Die Möglichkeit einer Inanspruchnahme, allerdings mit einer anderen Begründung, bejahte auch das OLG Hamm in einer Entscheidung über die Mithaftung der Gesellschafter für Gewerbesteuerschulden der BGB-Gesellschaft.⁶ Die ohnehin schon fragwürdige Begründung des Bundesfinanzhofs mit der Nähe der Umsatzsteuer zu einem vertraglichen Rechtsgeschäft⁷ konnte in diesem Fall nicht herangezogen werden. Das OLG schloß sich der in der Literatur stark vertretenen Akzessorietätstheorie an, die zu einer Haftung der Gesellschafter über eine analoge Anwendung des § 128 HGB gelangt.

Die heute bestehende Rechtsunsicherheit zur Haftungsstruktur bei dieser Gesellschaftsform beruht auf den lückenhaften Regelungen der §§ 705 ff. BGB. Die Rechtsnatur der Gesellschaft ist überhaupt nicht, die Verpflichtung der Gesellschafter in § 714 BGB nur unzureichend normiert.

Ursprünglich war im sogenannten Dresdener Schuldrechtsentwurf und in verschiedenen anderen Partikulargesetzen die nichtkaufmännische Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft den Handelsgesellschaften gleichgestellt. Auch in

⁴ BFH NJW 1986, 2969; NJW 1990, 2086, s. dazu *Crezelius*, BFH EWiR § 714 BGB 1/90, S. 43.

⁵ Desgl. *App*, BB 1986, 643.

⁶ OLG Hamm v. 19.05.1989 (11 U 158/88) WM 1989, 1572; dazu *Sundermann*, WuB II J. § 128 HGB 1.89.

⁷ Vgl. *Crezelius*, a.a.O.

späteren Entwürfen war zumindest noch die fakultative Anwendung der OHG-Regeln möglich.⁸

Nach dem ersten Entwurf zum BGB sollte die Gesellschaft nur schuldrechtliche Rechtswirkungen unter den Gesellschaftern entfalten. Ein geschlossenes Gesellschaftsvermögen war nicht vorgesehen.⁹ Dies entsprach römisch- und gemeinrechtlicher Tradition. Für die Erwerbsgesellschaft war aber durch Vereinbarung die Anwendung von OHG-Recht möglich.¹⁰ Die Gesellschafter sollten im übrigen nur anteilig nach Kopfteilen, nicht nach der jeweiligen Beteiligungsquote haften, um den Gläubiger vor unangemessenen Benachteiligungen (Aufklärung dieser Quoten) zu bewahren. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter wurde dagegen als „höchst bedenklich“ abgelehnt.¹¹

In der zweiten Kommission entschied man sich, zum Gesamthandsmodell überzugehen, regelte aber die Haftung der Gesellschafter „scheinbar“ nicht.¹² Nach Auffassung der Kommission war auch eine Stellungnahme zum Wesen der Gesamthand entbehrlich.¹³ Das läßt aber hinsichtlich der Auslegung des Gesamthandsprinzips bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Schlüsse nach allen Seiten zu.¹⁴ Durch die Trennung von Gesamthandsvermögen (= Sondervermögen), auf das der Gläubiger aber in der Regel auch zugreifen können muß, und Privatvermögen der Gesellschafter waren Rechtsprechung und Lehre gezwungen, diese Regelungslücke zu schließen. Dies war so lange unproblematisch, als die BGB-Gesellschaft unter den Gesellschaftstypen nur eine untergeordnete Rolle spielte. Die Intention des Gesetzgebers zielte auf eine Regelung für Gemeinschaftsverhältnisse im privaten Bereich. Die Gestaltungsfreiheit führte je-

⁸ s. *Ascheuer*, S. 201 ff; zur Entwicklung des Kaufmannsbegriffs in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, *Karsten Schmidt*, JuS 1973, 83, 86 m.w.N.

⁹ Vgl. Mot. II, S. 591: „*Der Gesellschaftsvertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten. Im Verkehr mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnis an sich keine Bedeutung zu. Der Verkehr vollzieht sich und die dadurch hervorgerufenen rechtlichen Beziehungen und Wirkungen bestimmen sich nach allgemeinen Grundsätzen, namentlich nach denjenigen über Stellvertretung und Vollmacht. Es besteht kein geschlossenes Gesellschaftsvermögen.*“

¹⁰ s. § 659 Entw. I sowie hierzu Mot. II, S. 632 ff.

¹¹ Mot II, S. 611 f.

¹² Durch die Bestimmung des § 427 I BGB glaubte man, die Haftung der Gesellschafter genügend geregelt zu haben, Prot II, S. 424 f. Der ursprünglich vorgesehene § 642 wurde ersatzlos gestrichen. § 427 BGB paßt aber zum einen nur für vertragliche Verbindlichkeiten, zum anderen setzt er das Entstandensein eines Anspruchs nach einer anderen Norm voraus.

¹³ Vgl. Prot II, S. 430.

¹⁴ *Lindacher*, JuS 1981, 431, 434.