

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 342

**Die akzessorische
Haftungsverfassung
der Außengesellschaft
bürgerlichen Rechts**

Von

Jan-Hendrik Schulze



Duncker & Humblot · Berlin

JAN-HENDRIK SCHULZE

Die akzessorische Haftungsverfassung
der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 342

Die akzessorische Haftungsverfassung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts

Von

Jan-Hendrik Schulze



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2005 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-12023-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Oma, Mutter
und Benigna*

*sowie dem Gedenken
an Großmutter
und Opa*

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 1. August 2005 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ingo Saenger, für seine vielfältige Unterstützung und schnelle Begutachtung der Arbeit. Für die ebenfalls äußerst zügige Zweitberichterstattung danke ich Herrn Prof. Dr. Johann Kindl.

Hervorheben möchte ich die fortwährende Unterstützung von meinen lieben Großeltern, Eltern und meiner Schwester, denen ich auf diese Weise meinen Dank aussprechen möchte. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen – vor allem auch in finanzieller Hinsicht. Spezieller Dank gilt Benigna für ihren Beistand und das unermüdliche Korrekturlesen.

Hannover, im November 2005

Jan-Hendrik Schulze

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	27
I. Gegenstand der Untersuchung.....	27
II. Gang der Untersuchung.....	29

1. Teil

Gesetzliche Verbindlichkeiten

§ 2 Verpflichtung der Gesellschaft	31
I. Einleitung.....	31
II. Analogie zu § 31 BGB	35
III. Tatbestandsmerkmale bei der analogen Anwendung.....	67
IV. Ergebnis	69
§ 3 Haftung der Gesellschafter	70
I. Einleitung.....	70
II. § 128 HGB analog für gesetzliche Verbindlichkeiten?	72
III. Ergebnis	146

2. Teil

Altverbindlichkeiten

§ 4 Haftung beim Eintritt in die Gesellschaft	149
I. Einleitung.....	149
II. Analogie zu § 130 HGB	151
III. Folgefragen aus der Analogie zu § 130 HGB.....	202
§ 5 Haftungsüberleitung bei Gründung einer Gesellschaft	209
I. Einleitung.....	209
II. Analogie zu § 28 HGB	211
III. Ergebnis	239

*3. Teil***Reichweite der Haftung**

§ 6 Haftungsabweichungen und -begrenzungen	241
I. Einleitung.....	241
II. GbR-Arten von der Analogie ausnehmen?.....	242
III. Möglichkeiten zur Haftungsabgrenzung?.....	247
IV. Ergebnis.....	288
§ 7 Einzelfragen	289
I. Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft bürgerlichen Rechts.....	289
II. Inhalt der akzessorischen Haftung.....	292
III. Einwendungen der Gesellschafter.....	295
IV. Haftung ausgeschiedener Gesellschafter.....	297
V. § 129 a HGB analog i. V. m. §§ 32 a, 32 b GmbHG.....	302
VI. Rechtsscheinhaftung von Scheingesellschaftern.....	304

*4. Teil***Ergebnis der Untersuchung**

§ 8 Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft bürgerlichen Rechts	313
§ 9 Haftungsverfassung der Außengesellschaft	314
I. Verpflichtung analog § 31 BGB.....	314
II. Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten.....	315
III. Haftung für Altverbindlichkeiten.....	316
IV. Haftungsüberleitung analog § 28 HGB.....	317
V. Haftungsabweichungen.....	317
VI. Haftungsbeschränkungen.....	318
VII. Einzelfragen.....	320
Literaturverzeichnis	322
Sachwortverzeichnis	338

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	27
I. Gegenstand der Untersuchung.....	27
II. Gang der Untersuchung.....	29

1. Teil

Gesetzliche Verbindlichkeiten

§ 2 Verpflichtung der Gesellschaft	31
I. Einleitung	31
1. § 831 BGB.....	31
2. § 31 BGB.....	32
a) BGH vom 24. April 2003 – II ZR 385/99.....	33
b) Schrifttum.....	33
aa) Körperschaftliche Struktur.....	33
bb) Selbständiges Sondervermögen	34
cc) Rechtssatz	35
II. Analogie zu § 31 BGB	35
1. Gesetzeslücke.....	35
a) Regelungsplan	35
aa) Erster Entwurf.....	36
bb) Zweiter Entwurf.....	37
(1) Gesamthandvermögen eingefügt.....	37
(2) Gestaltung der Gesamthandgemeinschaft blieb offen.....	38
(3) Auswirkungen der Gesamthand unterschätzt	38
cc) Zwischenergebnis	39

b) Planwidrige Unvollständigkeit	40
c) Zwischenergebnis.....	41
2. Übertragbarkeit des § 31 BGB	41
a) Ähnlichkeit der Tatbestände.....	42
b) Ratio legis des § 31 BGB	42
aa) Wortlaut und Systematik.....	43
(1) Körperschaftliche Struktur.....	43
(2) Entsprechende Anwendung auf die Stiftung.....	43
(3) Stellungnahme	43
bb) Organ- und Vertretertheorien.....	44
cc) Beweggrund und Ziel des Gesetzgebers	45
(1) „Neuere Rechtsentwicklung“.....	46
(a) Hinsichtlich juristischer Personen.....	46
(aa) Preußisches Obertribunal und Reichsoberhandelsgericht	46
(bb) Reichsgericht	47
(cc) Zwischenergebnis	48
(b) Hinsichtlich Personenhandelsgesellschaften.....	49
(aa) Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch	49
(bb) Reichsoberhandelsgericht	49
(cc) Reichsgericht	50
(dd) Zwischenergebnis	52
(c) Handelsgesetzbuch.....	52
(2) Gedanke der Repräsentation	54
(3) Gedanke eines selbständigen Sondervermögens.....	54
(4) Gleichstellung mit physischen Personen.....	56
(5) Zwischenergebnis	56
dd) Stellungnahme	57
(1) Auf juristische Personen beschränkt?	57
(a) Keine allgemeine Leutehaftung	57

Inhaltsverzeichnis	13
(b) Wortwahl „Körperschaft“	58
(c) Zwischenergebnis	59
(2) Selbständiges Sondervermögen	59
(a) Einzelvertretung	60
(b) Rechtsfähigkeit	62
(c) Physische Personen	65
(d) Zwischenergebnis	65
(3) Teilergebnis	66
c) Trifft die ratio legis auf die GbR zu?	66
3. Zwischenergebnis	66
III. Tatbestandsmerkmale bei der analogen Anwendung	67
1. Verfassungsmäßig berufener Vertreter	67
2. In Ausführung der zustehenden Verrichtung	67
3. Zum Schadenersatz verpflichtende Handlung	68
IV. Ergebnis	69
§ 3 Haftung der Gesellschafter	70
I. Einleitung	70
II. § 128 HGB analog für gesetzliche Verbindlichkeiten?	72
1. Gesetzeslücke	72
a) Regelungsplan	72
aa) Erste Kommission	72
bb) Zweite Kommission	73
b) Planwidrige Unvollständigkeit	74
aa) § 714 BGB	74
(1) Vertretungssubjekt bei anerkannter Rechtsfähigkeit	74
(2) Umkehrschluss aus § 714 BGB	77
bb) § 736 Abs. 2 BGB	77
c) Zwischenergebnis	78

2. Übertragbarkeit des § 128 HGB	78
a) Ähnliche Sachverhalte.....	78
b) Ratio legis des § 128 HGB	79
aa) Kredit der OHG sichern	79
bb) Verengte Zwecksetzung?	79
cc) Klare und einfache Rahmenbedingungen.....	81
dd) Fehlendes Mindestkapital ausgleichen.....	81
ee) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung	82
ff) Haftung für deliktische Verbindlichkeiten?	82
(1) Kapitalerhaltung für deliktische Verbindlichkeiten?	82
(2) Kapitalaufbringung für deliktische Verbindlichkeiten?	84
(3) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung	85
(4) Keine Haftung für fremdes deliktisches Verschulden.....	86
(5) Wer mit anderen geschäftlich tätig ist, haftet grundsätzlich persönlich.....	87
(6) Keine deliktische Haftung.....	89
(7) §§ 735, 739 BGB	90
(8) Teleologische Reduktion angesichts § 31 BGB?	92
(9) Verhältnis von § 31 BGB und § 831 BGB.....	94
(10) Zwischenergebnis zu deliktischen Verbindlichkeiten	94
gg) Zwischenergebnis zur ratio legis des § 128 HGB	95
c) Trifft die ratio legis auf die GbR zu?.....	95
aa) Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung	95
(1) Haftung für fremdes deliktisches Verschulden	95
(2) Grundrechtsprüfung	96
(a) Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG).....	96
(b) Berufs- und Unternehmerfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	97
(c) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	98
(3) §§ 105 Abs. 1, 123 HGB.....	99
(4) Umkehrschluss aus § 105 Abs. 2 HGB.....	100

(a)	Stellungnahme	100
(aa)	Entstehungsgeschichte des § 105 Abs. 2 HGB	100
(bb)	Faktischer Eintragungszwang – signifikanter Unterschied.....	101
(cc)	Vorteil Kommanditgesellschaft	102
(dd)	Bonitäts- und Imagevorteile einer OHG	102
(ee)	Aufwertung der GbR	103
(ff)	Kapitalgesellschaft als Alternative.....	103
(gg)	Indizwirkung des § 736 Abs. 2 BGB	104
(b)	Zwischenergebnis	104
(5)	Wille des HGB-Gesetzgebers	104
(6)	Umkehrschluss aus §§ 3, 7 PartGG	105
(a)	Absicht des Gesetzgebers	105
(b)	Stellungnahme	106
(7)	Handelsrechtliche Haftungsstrenge.....	107
(8)	Zwischenergebnis	108
bb)	Systematische Gründe.....	108
(1)	Allgemeines Prinzip persönlicher Haftung	108
(2)	Rechtssubjektivität erfordert persönliche Haftung.....	109
(3)	§§ 735, 739 BGB	110
(4)	Zwischenergebnis	110
cc)	Gläubigerschutz	110
(1)	Gleitende Umwandlung zwischen GbR und OHG.....	111
(2)	Fehlendes Mindestkapital ausgleichen.....	112
(a)	Mindestkapital ist kein Betriebskapital	113
(b)	„Entnahmehaftung“ als mildere Alternative	114
(c)	Fehlender Kapitalaufbringungsschutz.....	116
(d)	Pflichtversicherung schützt die Gläubiger	117
(3)	Vergleich mit anderen Gläubigern.....	117
(a)	Vergleich mit Vertragsgläubigern.....	117

(b)	Vergleich mit Deliktsgläubigern eines Einzelschädigers	119
(c)	Stellungnahme	119
(4)	Anreiz zur Haftpflichtversicherung	120
(5)	§ 25 HGB.....	121
(6)	Zwischenergebnis	121
dd)	Zumutbarkeit.....	121
(1)	Einfluss der Gesellschafter und Risikoübernahme.....	121
(a)	Verschulden erforderlich?.....	122
(b)	Risikoverteilung möglich?.....	122
(c)	Gesellschafter ohne Einfluss.....	123
(d)	Risikoübernahme	124
(2)	Fehlende Alternativen zur GbR	125
(3)	Versicherbarkeit.....	126
(4)	Mangelnde Geschäftserfahrung	126
(5)	Schutz der Kleingewerbetreibenden	127
(6)	Zwischenergebnis	127
ee)	Haftung für alle gesetzlichen Verbindlichkeiten?	128
(1)	Deliktsverbindlichkeiten.....	128
(2)	Gefährdungshaftung	129
(3)	Bereicherungsansprüche.....	130
(4)	Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag.....	131
(5)	Steuerschulden.....	131
(6)	Unzumutbar hohe Verbindlichkeiten	131
(7)	Zwischenergebnis	132
ff)	Haftung bei allen GbR-Arten?	132
(1)	Erwerbsgesellschaft	133
(2)	ARGE	134
(3)	Freiberufler-GbR	135
(4)	Idealgesellschaft	136

(a) Fließender Übergang zum nichtrechtsfähigen
Idealverein 136

(b) Gläubigerschutz 136

(c) GbR oder nichtrechtsfähiger Idealverein?..... 138

(5) Gelegenheitsgesellschaft..... 139

(6) Besitz- und vermögensverwaltende Gesellschaft..... 140

(7) Bauherrengemeinschaft 141

(a) Bisherige Rechtsprechung zu den „Aufbauschulden“..... 141

(b) Auslegung als Innen-GbR..... 142

(c) Finanzstarke Wohnungseigentümer 143

(8) Geschlossener Immobilienfond..... 144

(9) Vertrauen in die Rechtsform 145

(10) Zwischenergebnis 146

III. Ergebnis 146

2. Teil

Altverbindlichkeiten

§ 4 Haftung beim Eintritt in die Gesellschaft 149

I. Einleitung 149

II. Analogie zu § 130 HGB 151

1. Gesetzeslücke 151

a) Anerkennung der Rechtsfähigkeit 151

b) Bewusst keine Althaftung angeordnet? 152

c) Zwischenergebnis..... 153

2. Übertragbarkeit des § 130 HGB 154

a) Ratio legis des § 130 HGB 154

aa) Abrechnungserleichterung im Innenverhältnis..... 154

bb) Prozessuale Erleichterung 154

cc) Zugriff der Neugesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen
ausgleichen 156

dd) Stellungnahme	157
(1) Abrechnungserleichterung und prozessuale Erleichterung ...	157
(2) Zugriffsmöglichkeit des Neugesellschafter's	158
ee) Zwischenergebnis	160
b) Trifft die ratio legis auf die GbR zu?	161
aa) Vereinbarkeit der Althaftung mit der Rechtsordnung	161
(1) Keine Einebnung von GbR und OHG	161
(2) Grundrechtsprüfung	162
(3) Art. 2 EGHGB	162
(4) Zwischenergebnis	162
bb) Systematik	163
(1) Sondervorschrift oder generelles Prinzip?	163
(2) § 735 BGB	166
(3) Insolvenz der GbR	166
(4) Zwischenergebnis	167
cc) Gläubigerschutz	167
(1) Prozessuale Erleichterung	167
(2) Zugriffsmöglichkeit auf das Gesellschaftsvermögen	170
(a) Entnahmehaftung ausreichend?	171
(b) Mindestkapital überbewertet?	172
(3) Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters	173
(4) Dauerschuldverhältnisse	173
(5) Identitätswahrender Formwechsel zwischen GbR und OHG	175
(6) Rechtssicherheit spricht gegen Althaftung	176
(7) Zwischenergebnis	177
dd) Zumutbarkeit	177
(1) Vorteile der bisherigen wirtschaftlichen Tätigkeit	177
(2) Haftungsbegrenzung durch Rechtsformwahl	179
(3) Freistellung im Innenverhältnis vereinbaren	180

(4) Rückwärtsversicherung.....	181
(5) Unbemerkte Eintritte.....	182
(6) Zwischenergebnis	182
ee) Ist § 130 HGB auf alle GbR-Arten zu übertragen?	182
(1) Erwerbsgesellschaft	183
(a) Gläubigerschutz	183
(b) Zumutbarkeit.....	183
(2) ARGE	184
(3) Freiberufler-GbR	184
(a) Gläubigerschutz	185
(aa) Dauerschuldverhältnisse	185
(bb) Prozessuale Erleichterung	186
(cc) Zugriffsmöglichkeiten	186
(dd) Wille des Mandanten	187
(b) Zumutbarkeit.....	188
(aa) PartG als einzige Alternative	188
(bb) Berufliche Haftungsfälle der Altgesellschafter	190
(α) Berufshaftpflichtversicherung des Neugesellschafters.....	191
(β) Berufshaftpflichtversicherung der Altgesellschafter.....	192
(γ) Systemwidrige Althaftung?.....	192
(δ) Umwandeln in eine PartG	195
(ε) GbR als Versicherungsnehmer	195
(ζ) Anspruchserhebungsprinzip (claim-made).....	196
(η) Vorteil der bisherigen wirtschaftlichen Tätigkeit	197
(θ) Zwischenergebnis.....	197
(cc) Sonstige Verbindlichkeiten der Gesellschaft	197
(dd) Rückwärtsversicherung.....	198
(ee) Zwischenergebnis	199

(c) Teilergebnis	199
(d) Althaftung eines eintretenden Notars.....	199
(4) Idealgesellschaft	200
(5) Sonstige GbR-Arten.....	201
(6) Zwischenergebnis	201
3. Ergebnis.....	201
III. Folgefragen aus der Analogie zu § 130 HGB.....	202
1. Althaftung bei Anteilsübertragung unter Lebenden.....	202
2. Althaftung beim Anteilserwerb durch Erbfolge.....	203
a) Fortführung mit dem Erben	203
aa) Gläubigerschutz	205
bb) Zumutbarkeit.....	206
cc) § 139 HGB analog	206
dd) Zwischenergebnis	207
b) Auflösung mit dem Todesfall.....	207
3. Minderjähriger Neugesellschafter: Genehmigung des Familiengerichts ..	208
4. Ergebnis.....	208
§ 5 Haftungsüberleitung bei Gründung einer Gesellschaft	209
I. Einleitung	209
II. Analogie zu § 28 HGB	211
1. Gesetzeslücke	211
2. Übertragbarkeit des § 28 HGB	211
a) Ratio legis des § 28 HGB	211
aa) Haftungsfondstheorie	212
bb) Kontinuitätstheorie.....	212
cc) Vollstreckungsrechtliche Gründe.....	213
dd) Schutz einer erwarteten Verkehrsauffassung	214
ee) Haftung der Gesellschafter.....	215
ff) Vorschrift des Firmenrechts	216

gg) Zusammenhang von §§ 28 und 130 HGB?	216
(1) Entstehungsgeschichte des § 28 HGB.....	217
(2) Prozessuale Erleichterung?	218
(3) Zugriff des beitretenden Gesellschafters ausgleichen?	219
(4) Vergleich mit der PartG.....	220
(5) Vergleichbare Sachverhalte	220
(6) Fremdkörper § 28 Abs. 2 HGB?	221
hh) Stellungnahme	222
b) Trifft die ratio legis auf die GbR zu?.....	223
aa) Systematische Erwägungen.....	223
(1) Konsequenz aus der Analogie zu § 130 HGB.....	223
(2) Vollkaufmännisches Handelsgewerbe erforderlich.....	225
bb) Gläubigerschutz	225
(1) Haftungsfondstheorie	225
(2) Kontinuitätstheorie	226
(3) Schutz einer Verkehrserwartung.....	226
(4) Vollstreckungsrechtliche Gründe.....	227
(5) Prozessuale Erleichterung?	229
(6) Zugriff ausgleichen?	229
(7) Zwischenergebnis	229
cc) Zumutbarkeit.....	230
(1) Schlechterstellung gegenüber Kaufleuten.....	230
(a) Gesellschaftsform mit Register wählbar	230
(b) Stellungnahme	231
(2) Vorteil der bisherigen wirtschaftlichen Tätigkeit.....	234
(3) Bestandschutz.....	234
(4) Zwischenergebnis	234
dd) Einzelne GbR-Arten.....	234
(1) Nicht unternehmenstragende GbRs	234
(2) Freiberufler-GbR	235

(a) Gläubigerschutz	237
(b) Zumutbarkeit	238
(3) Gelegenheitsgesellschaften	238
(4) Idealgesellschaft	239
(5) Besitzgesellschaften	239
III. Ergebnis	239

3. Teil

Reichweite der Haftung

§ 6 Haftungsausnahmen und -begrenzungen	241
I. Einleitung	241
II. GbR-Arten von der Analogie ausnehmen?	242
1. Privilegierungsbedürftige GbR-Arten	244
2. Stellungnahme	246
3. Ergebnis	247
III. Möglichkeiten zur Haftungsbegrenzung?	247
1. Individualvertraglicher Haftungsausschluss	248
a) Konkludenter Haftungsausschluss	249
aa) Kriterien für einen konkludenten Ausschluss	249
bb) Erleichterungen für privilegierungsbedürftige GbR-Arten?	251
cc) Gemischte Sozietäten	252
dd) Berufshaftung von Freiberuflern	254
ee) Althaftung	255
b) Keine Allgemeine Geschäftsbedingung	255
c) Folgerungen für die Praxis	256
d) Ergebnis	257
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen	257
a) Formelle Inhaltskontrolle	258
b) Materielle Inhaltskontrolle	258

aa) § 309 Nr. 7 und 8 BGB	258
bb) § 307 BGB	259
(1) Abweichung vom wesentlichen Grundgedanken	259
(2) Interessenabwägung.....	260
(a) Gewerbliche oder unternehmenstragende GbRs/ARGE	261
(b) Freiberufler-GbR	262
(c) Ideal-GbR	263
(d) Geschlossener Immobilienfond.....	264
(e) Bauherrengemeinschaft.....	266
(f) Vermögensverwaltende- und Besitzgesellschaften	267
(g) Beschränkungen auf bestimmte Gesellschafter oder Beträge?	267
(h) Beschränkungen auf bestimmte Arten von Verbindlichkeiten?.....	268
c) Ergebnis.....	268
3. Die „GbRmbV“ als neue „GbRmbH“?.....	269
a) Konkludenter Haftungsausschluss durch Namenszusatz?	269
b) Rechtsfolge hinsichtlich des Hauptvertrages	271
aa) Vermischung von Schuld und Haftung	272
bb) § 714 BGB	273
(1) „Sachgerechte“ Auslegung	274
(2) Nur sachlicher Umfang beschränkbar.....	274
cc) § 126 Abs. 2 HGB analog	275
dd) Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit	277
ee) Grundsatz unbeschränkter Vermögenshaftung.....	278
ff) Akzessorietätstheorie	278
gg) AGB-Kontrolle der Vertretungsmachtbeschränkung	279
hh) Vermutung unbeschränkter Vertretungsmacht.....	279
ii) Zumindest eine Anscheinsvollmacht?.....	280
jj) Stellungnahme	281

c) Ergebnis.....	282
4. § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB analog?	282
a) Ratio legis des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB	283
b) § 105 Abs. 2 HGB	284
c) Verknüpfung von Individual- und Registerpublizität	284
d) Ergebnis.....	285
5. § 8 Abs. 2 PartGG analog?	285
a) Gesetzeslücke	286
b) Übertragbarkeit des § 8 Abs. 2 PartGG	287
c) Ergebnis.....	288
6. Minderjährige Gesellschafter (§ 1629 a BGB)	288
IV. Ergebnis	288
§ 7 Einzelfragen	289
I. Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft bürgerlichen Rechts	289
1. Zumutbarkeit der akzessorischen Haftung als Kriterium.....	290
2. Privilegierungsbedürftige GbR-Arten.....	291
3. Ergebnis.....	292
II. Inhalt der akzessorischen Haftung.....	292
1. Haftungs- und Erfüllungstheorie	292
2. Freiberufler-GbR.....	294
3. ARGE.....	294
4. Ergebnis.....	295
III. Einwendungen der Gesellschafter	295
1. § 129 HGB analog	295
2. § 425 BGB analog	296
3. Ergebnis.....	297

IV. Haftung ausgeschiedener Gesellschafter	297
1. Nachhaftung	297
2. Fristbeginn.....	298
3. Dauerschuldverhältnisse.....	299
a) Pflichtverletzung	300
b) Vertragsänderung	301
4. Ergebnis.....	301
V. § 129 a HGB analog i. V. m. §§ 32 a, 32 b GmbHG	302
1. Gesetzeslücke	303
2. Übertragbarkeit des § 129 a HGB	303
3. Ergebnis.....	304
VI. Rechtsscheinhaftung von Scheingesellschaftern	304
1. Neuverbindlichkeiten (§ 128 HGB analog)	306
a) Vertragliche und gesetzliche Verbindlichkeiten.....	306
b) Ausnahmen bei Scheinsozien?	306
c) Zwischenergebnis.....	308
2. Altverbindlichkeiten (§ 130 HGB analog).....	308
a) Rechtsschein ist nicht kausal für die Forderungsentstehung.....	308
b) Wertung des § 130 HGB übertragbar?	309
aa) Zugriffsmöglichkeiten der (Schein)-Gesellschafter	309
bb) Prozessuale Erleichterung für die Gläubiger.....	309
cc) Prozessrisiko für die Gläubiger.....	310
dd) Zumutbarkeit.....	311
ee) Zwischenergebnis	311
3. GbR, die als Scheinpartnerschaft auftritt.....	311
4. Haftungsüberleitung (§ 28 HGB analog).....	312
5. Ergebnis.....	312

*4. Teil***Ergebnis der Untersuchung**

§ 8 Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft bürgerlichen Rechts	313
§ 9 Haftungsverfassung der Außengesellschaft	314
I. Verpflichtung analog § 31 BGB.....	314
II. Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten.....	315
III. Haftung für Altverbindlichkeiten.....	316
IV. Haftungsüberleitung analog § 28 HGB.....	317
V. Haftungsausnahmen.....	317
VI. Haftungsbeschränkungen.....	318
1. Individualvertraglich ausdrücklich und konkludent möglich.....	318
2. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig.....	318
3. Sonstige Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung.....	318
4. Freiberufler-GbRs.....	319
VII. Einzelfragen.....	320
Literaturverzeichnis	322
Sachwortverzeichnis	338

§ 1 Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Der Bundesgerichtshof hat innerhalb kurzer Zeit die Haftung der Gesellschafter einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts¹ immer weiter der Haftung von OHG-Gesellschaftern angenähert und damit einen radikalen Rechtsprechungswechsel vollzogen. Mit dem Grundsatzurteil zur Rechts- und Parteifähigkeit vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 hat er zugleich die Doppelverpflichtungstheorie aufgegeben und eine akzessorische Haftung der GbR-Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten angenommen.² Dieser Entscheidung hat der BGH zwei weitergehende Grundsatzentscheidungen folgen lassen:³ Nach dem Urteil des BGH vom 24. Februar 2003 – II ZR 385/99 werden zum einen deliktische Verbindlichkeiten der Gesellschafter analog § 31 BGB der GbR zugerechnet, zum anderen haften nunmehr alle Gesellschafter für die gesetzlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Mit Urteil vom 7. April 2003 – II ZR 56/02 hat der BGH anschließend entschieden, dass ein neu in eine GbR eintretender Gesellschafter für die Altverbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Altverbindlichkeiten sind die Gesellschaftsverbindlichkeiten, die vor dem Eintritt des Neugesellschafters begründet wurden.

Ulmer spricht bereits von einem „neuen Recht“ der GbR,⁴ Canaris von einer der spektakulärsten richterlichen Rechtsfortbildungen seit Inkrafttreten des BGB.⁵ Die vorliegende Arbeit soll sich dieser Rechtsentwicklung widmen. Dabei wird von der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR sowie der damit einhergehenden akzessorischen Haftung für vertragliche Verbindlichkeiten⁶ ausgegangen. Gegenstand der Untersuchung ist nicht das für und wider einer akzessorischen Haftung, sondern deren konkrete Ausgestaltung. Dazu müssen nicht nur die Entscheidungen des BGH kritisch gewürdigt, sondern vielmehr auch

¹ Im Folgenden ist mit dem Begriff „GbR“ nur die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gemeint; die Innengesellschaft bürgerlichen Rechts wird ausdrücklich als „Innen-GbR“ bezeichnet.

² BGHZ 146, 341; vgl. *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1003 („Meilenstein“).

³ BGHZ 154, 88; BGHZ 154, 370.

⁴ *Ulmer*, ZIP 2003, 1113, 1114.

⁵ *Canaris*, ZGR 2004, 69, 70.

⁶ BGHZ 146, 341, 358.

mögliche Erweiterungen oder Eingrenzungen erörtert werden. Es ist zu untersuchen, ob die GbR-Gesellschafter analog § 31 BGB i. V. m. § 128 HGB analog für die Delikte ihrer Mitgesellschafter haften. Ist es überdies tatsächlich angebracht, Neugesellschafter einer GbR für Altverbindlichkeiten haften zu lassen? Es ist zu klären, wie das „neue Recht“ mit der „Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen“⁷ der GbR zu vereinbaren ist. Zu beachten ist, dass die akzessorische Haftungsverfassung den Gesellschaftern so genannten privilegiierungsbedürftiger GbR-Arten wie z. B. Gelegenheits- und Idealgesellschaften zumutbar sein muss. Es taucht daneben die alte Frage wieder auf, ob nicht § 28 HGB analog auf die GbR angewendet werden muss. Kann es haftungsrechtlich einen Unterschied machen, ob jemand in eine bestehende GbR eintritt oder einer Einzelperson beiträgt, wodurch eine GbR entsteht?⁸ Für Anwalt-GbRs hat der BGH indessen mit Urteil vom 22. Januar 2004 – IX ZR 65/01 eine solche Analogie verneint.⁹

Es werden zudem Haftungsbegrenzungen diskutiert, welche der BGH bereits für geschlossene Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften beschlossen hat.¹⁰ Kann die Haftung konkludent, mit AGBs oder sogar mit einer Konstruktion ähnlich der „GbRmbH“ ausgeschlossen werden? Auch Analogien zu den §§ 129, 129 a HGB werden bereits befürwortet. Zu untersuchen sind daneben die Auswirkungen auf die Rechtsscheinhaftung der Gesellschafter sowie mögliche Besonderheiten bei Freiberufler-GbRs. Die vom BGH¹¹ angedeutete Analogie zu § 8 Abs. 2 PartGG stößt dagegen auf vehemente Kritik. Des Weiteren drängt sich eine grundsätzliche Frage bei der Angleichung des Haftungsrechts von OHG und GbR auf: Beide Gesellschaftsformen weisen zunehmend das gleiche Haftungsrecht auf, bzw. wird für die GbR das Haftungsrecht der OHG angewendet. § 105 Abs. 3 HGB sieht es im Grundsatz genau umgekehrt. Das Recht der GbR füllt die Lücken des OHG-Rechts. Schließlich ist das HGB (und damit die OHG) ein Sonderrecht des Handelsverkehrs.¹² Ist die Lösung des BGH dennoch in sich und innerhalb der Rechtsordnung stimmig? Es stellt sich insofern die Frage nach der dogmatischen Grundlage der akzessorischen Haftungsverfassung. Der BGH hat sich zu dieser Frage nur zurückhaltend geäußert. Er hat lediglich festgehalten, dass das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung der Rechtslage in den Fällen der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128 f. HGB bei der OHG entspreche. Die akzessorische Haftung sei eine Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechts-

⁷ Vgl. BGHZ 74, 240, 243.

⁸ K. Schmidt, NJW 2003, 1897, 1903.

⁹ BGHZ 157, 361.

¹⁰ BGHZ 150, 1.

¹¹ BGHZ 154, 370, 377.

¹² Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 9 Rn. 7 („merkwürdige Analogie“).

fähigkeit der GbR.¹³ Es ist somit zu klären, ob die akzessorische Haftung auf einer Analogie zu den §§ 128, 130 HGB beruht.

II. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in vier Teile. Im 1. Teil wird der Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten nachgegangen. In § 2 wird die Verpflichtung der GbR erörtert. Inwieweit die Gesellschafter für diese Verbindlichkeiten haften, ist Gegenstand des § 3 – einschließlich der dogmatischen Grundlage der akzessorischen Haftungsverfassung.

Der 2. Teil der Arbeit befasst sich mit den Fragen der Altverbindlichkeiten. In § 4 wird hinterfragt, ob neue GbR-Gesellschafter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Anschließend wird in § 5 auf eine mögliche Haftungsüberleitung bei der Gründung einer GbR analog § 28 HGB eingegangen.

Im 3. Teil wird die Reichweite der akzessorischen Haftungsverfassung behandelt. Ob von der akzessorischen Haftungsverfassung Ausnahmen zuzulassen sind und auf welche Weise die Gesellschafter ihre Haftung beschränken können, wird in § 6 untersucht. Ergänzend beschäftigt sich § 7 mit weiteren Einzelfragen: Der Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft, dem Inhalt der akzessorischen Haftung, Einwendungen der Gesellschafter gegen diese, die Haftung ausgeschiedener Gesellschafter, die Analogie zu § 129 a HGB sowie mit der Rechtsscheinhaftung.

Die Ergebnisse der Arbeit werden abschließend im 4. Teil zusammenfassend dargestellt.

¹³ BGHZ 146, 341, 358.