

# **Die Arbeits- und Wirtschaftsrechtsklausur im Assessorexamen**

**Kaiser / Lühl / Subatzus**

3. Auflage 2025  
ISBN 978-3-8006-7417-6  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

und gegen ihn gerichtlich geltend gemacht werden. Der Fristlauf beginnt somit grundsätzlich mit der (deklaratorischen) Eintragung des Austritts in das Handelsregister. Um Wertungswidersprüche zur GbR, bei der eine Registerpflicht nicht besteht, zu vermeiden, regelt § 137 I 3 HGB nun, dass die 5-Jahres-Frist auch schon vor der Eintragung beginnt, wenn der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft positive Kenntnis erlangt.<sup>11</sup> Umgekehrt ist aber bei vorhandener Eintragung die Kenntnis des Gläubigers vom Austritt irrelevant, sofern die 5-Jahres-Frist abgelaufen ist.

Auf die Enthftung nach § 137 HGB nach Ablauf der 5-Jahres-Frist kann sich der Gesellschafter allerdings nur berufen, wenn sein Austritt in das Handelsregister eingetragen wurde oder der jeweilige Gläubiger positive Kenntnis von dem Austritt hatte. Ist dies unterblieben (auch im Fall der sog. doppelten Unrichtigkeit des Handelsregisters) haftet er nach § 126 iVm § 15 III HGB kraft Rechtsschein als Gesellschafter fort. **23**

**Altverbindlichkeiten** iSv § 137 I 1 HGB sind alle Schuldverpflichtungen, die vor dem Ausscheiden des Gesellschafters begründet wurden, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später entstanden sind oder fällig werden. Bei vertraglichen Primäransprüchen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen; das gilt auch für Dauerschuldverhältnisse.<sup>12</sup> Dass einzelne Forderungen (zB Mietraten aus einem vor dem Austritt begründeten Mietvertrag) aus diesem Dauerschuldverhältnis erst nach dem Austritt des Gesellschafters fällig werden, ändert demzufolge nichts an deren Einordnung als Altverbindlichkeit.<sup>13</sup> Bei Sekundäransprüchen, wie beispielsweise Ansprüchen aus § 280 BGB, ist unter Umständen auch auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung abzustellen. Diesbezüglich regelt § 137 I 2 HGB, dass der ausscheidende Gesellschafter nur haftet, wenn die Pflichtverletzung bzw. die Handlung vor seinem Ausscheiden erfolgt ist. Grundsätzlich ist es aber nicht erforderlich, dass der gesamte haftungsbegründende Tatbestand bereits vor dem Ausscheiden des Gesellschafters vorliegt. Vielmehr genügt es, wenn die Rechtsgrundlage, auf der die Schuldverpflichtung beruht, bereits vor dem Ausscheiden gelegt ist.<sup>14</sup> Dies folgt aus der Formulierung „begründet“. **24**

**Wichtig:** Achten Sie auf die richtigen Begrifflichkeiten. Es wird zwischen einem begründeten und einem entstandenen Anspruch differenziert. Entstanden ist ein Anspruch erst dann, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Solange hingegen nur einzelne Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, ist der Anspruch lediglich begründet. Man könnte auch sagen, dass in diesem Fall der Grund für den Anspruch bereits gelegt wurde.

Bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Entstehens des vermeintlichen Rechtsgrunds (also den Vertragsschluss) abzustellen. In Fällen der sog. Doppelzahlung ist „Rechtsgrund“ der Zahlung jedoch nicht der ursprüngliche Vertrag, sondern die irrtümliche Annahme, die Verbindlichkeit noch einmal bezahlen zu müssen.<sup>15</sup> Dementsprechend handelt es sich, wenn die Doppelzahlung nach dem Austritt des Gesellschafters erfolgte, nicht um eine § 137 HGB unterliegende Altverbindlichkeit, sondern um eine Neuverbindlichkeit. **25**

#### IV. Die Innenansprüche

In manchen Klausuren spielen auch Probleme aus dem Innenverhältnis eine Rolle.<sup>16</sup> **26**

##### 1. Sozialansprüche und Sozialverbindlichkeiten

Hier handelt es sich häufig um die Themenbereiche **Sozialansprüche** und **Sozialverbindlichkeiten**. Sozialansprüche sind die Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter aus dem Innenverhältnis. Wichtige Beispiele sind die über § 105 III HGB anwendbaren § 709 BGB (Beitragspflicht), die §§ 117 f. HGB (Wettbewerbsverbot), § 116 HGB (Erfüllung der **27**

<sup>11</sup> BGH NJW 2007, 3784.

<sup>12</sup> BGH NJW 2006, 765.

<sup>13</sup> Saenger GesR Rn. 302.

<sup>14</sup> BGH NJW 2020, 3315 = MDR 2020, 1189 (1190).

<sup>15</sup> BGH WM 2012, 323 (**unbedingt lesen!**).

<sup>16</sup> Lesen Sie zu diesem Themenkomplex auch Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 114.

Pflichten durch die Geschäftsführer), die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und die Ansprüche im Zusammenhang mit der Verletzung von gesellschaftsvertraglichen Pflichten durch die Gesellschafter. Besonders relevant sind hier die Treuepflichten der Gesellschafter (hierzu → Rn. 33 ff.).

- 28 Die Sozialverpflichtungen sind die Pflichten der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern aus dem Innenverhältnis (korrespondierend natürlich ein jeweiliger Anspruch). Darunter fallen zB Informations- und Stimmrechte, der Anspruch auf Gewinnausschüttung nach § 122 HGB, der Aufwendungsersatzanspruch für Maßnahmen der Geschäftsführung gem. § 105 III HGB, § 716 I BGB oder der Abfindungsanspruch nach § 105 III HGB iVm § 728 BGB. Der Inhalt beider Pflichten bzw. Ansprüche ergibt sich – wie gesehen – entweder aus dem Gesetz oder aus dem Gesellschaftsvertrag (im Klausursachverhalt abgedruckt). Für diese Sozialverpflichtungen haftet den Gesellschaftern lediglich die Gesellschaft. Eine Haftung der übrigen Gesellschafter – etwa über § 126 HGB – besteht nicht.

## 2. Actio pro socio

- 29 **Geltend** zu machen sind die Sozialansprüche grundsätzlich von der Gesellschaft selbst. Denn bei einer rechtsfähigen bzw. teilrechtsfähigen Gesellschaft ist diese der Gläubiger des vertragswidrig handelnden Gesellschafters. Ausnahmsweise können Sozialansprüche allerdings auch im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft<sup>17</sup> gem. § 105 III HGB, § 715b BGB von jedem einzelnen Gesellschafter im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft geltend gemacht werden (sog. **actio pro socio**).<sup>18</sup> Dies wird in der Regel nur dann zugelassen, wenn dafür ein **hinreichender Grund** besteht. Gemäß § 715b I 1 BGB liegt ein solcher Grund vor, wenn der geschäftsführungsbefugte Gesellschafter die Geltendmachung pflichtwidrig unterlässt. Eine Geschäftsführungsbefugnis ist für ein Vorgehen im Wege der *actio pro socio* nicht erforderlich, sodass auch der Kommanditist hierzu berechtigt ist.<sup>19</sup>

**Wichtig:** Die *actio pro socio* ist nur bei Sozialansprüchen möglich. Bei Ansprüchen gegen Dritte ist sie dagegen nicht zulässig. Weigert sich beispielsweise der geschäftsführende Gesellschafter Ansprüche, zB aus einem Mietvertrag, mit einem externen Mieter, den die Gesellschaft abgeschlossen hat, geltend zu machen, können diese nicht im Wege der *actio pro socio* von jedem nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter geltend gemacht werden.

Soweit Ansprüche der Gesellschaft gegenüber außenstehenden Dritten geltend gemacht werden sollen, ist das Notgeschäftsführungsrecht der § 105 III HGB, § 715 BGB bzw. § 715a BGB einschlägig. Voraussetzung hierfür ist eine akute Gefährdung der Gesellschaft, die schnelles Handeln notwendig macht. § 715a BGB gibt hierbei dem nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter das notwendige Notgeschäftsführungsrecht. Das Notgeschäftsführungsrecht gibt dem nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter keine Vertretungsmacht, sodass er nur im eigenen Namen handeln kann.<sup>20</sup>

## 3. Innenregress des in Anspruch genommenen Gesellschafters

- 30 Wurde ein Gesellschafter gem. § 126 HGB von einem Gläubiger in Anspruch genommen, kann der Gesellschafter gem. § 105 III HGB, § 716 I BGB bei der Gesellschaft Regress nehmen. § 716 I BGB regelt die Ersatzpflicht der Gesellschaft für sog. Aufwendungen des Gesellschafters. Zahlungen eines Gesellschafters an einen Gläubiger der Gesellschaft stellen immer Aufwendungen iSd § 716 BGB dar. Für die Frage, ob Aufwendungen (freiwillige Vermögensopfer) vorliegen, kommt es auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter an. Denn § 716 BGB spricht von Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten. Aus dieser Formulierung und der systematischen Einordnung in die §§ 708 ff. BGB ergibt sich, dass für die Frage der Freiwilligkeit auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter abgestellt werden muss und nicht auf das Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gläubiger.<sup>21</sup> Der

17 Gemäß § 715b I BGB handelt es sich bei der *actio pro socio* nun eindeutig um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft

18 Steinbeck JuS 2012, 105 (107); OLG München BeckRS 2017, 102599.

19 BGH BeckRS 2017, 139787.

20 Schäfer BGB § 715b Rn. 6.

21 Grüneberg/Retzlaff BGB § 716 Rn. 4.

Gesellschafter kann bei der Gesellschaft somit in voller Höhe Regress nehmen, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht ausnahmsweise eine andere Verteilung im Innenverhältnis vorsieht.

Bei diesem Anspruch des Gesellschafters gem. § 105 III HGB, § 716 I BGB handelt es sich um eine sog. **Sozialverbindlichkeit** der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter. 31

Für diese Sozialverbindlichkeiten kann der Gesellschafter aber nicht bei den übrigen Gesellschaftern nach § 716 BGB iVm § 126 HGB Regress nehmen. § 126 HGB regelt nur die Außenhaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten (vgl. die Stellung dieser Norm im Dritten Titel „Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten“) und ist auf Innenansprüche wie § 716 BGB (vgl. die Stellung dieser Norm im Zweiten Titel „Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander“) folglich nicht anwendbar. Im Übrigen würde sonst eine Nachschusspflicht der Gesellschafter begründet, die nach § 105 III HGB iVm § 710 BGB gerade ausgeschlossen sein soll. Die übrigen Gesellschafter haften somit gerade nicht nach § 126 HGB für den Ausgleichsanspruch des in Anspruch genommenen Gesellschafters als Gesamtschuldner. 32

**Aber:** Sofern die Gesellschaft nicht dazu bereit oder nicht dazu in der Lage ist, den Regressanspruch des Gesellschafters aus § 105 HGB, § 716 I BGB zu erfüllen, kann der in Anspruch genommene Gesellschafter **subsidiär** auch die übrigen Gesellschafter entsprechend dem Verhältnis ihrer Beteiligung wegen des Gesamtschuldcharakters der Außenhaftung anteilig in Regress nehmen, § 426 I BGB, § 121 III HGB. Die übrigen Gesellschafter haften demzufolge in diesem Innenregress nicht in voller Höhe, sondern nach den Gesamtschuldregeln nur anteilig („pro rata“) in Höhe ihrer Beteiligung.

## V. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht

Die Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Gesellschafter wird von der hM in § 242 BGB gesehen. Die Treuepflicht gebietet, dass die Gesellschafter bei ihrem Handeln die Interessen der Gesellschaft schützen und wahren müssen.<sup>22</sup> Ihr Handeln muss stets zum Wohle der Gesellschaft erfolgen. 33–34

Ausprägung dieser Treuepflicht kann es beispielsweise sein, bei einer Beschlussfassung in einer bestimmten Art und Weise abzustimmen, Ansprüche gegen die Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht geltend zu machen oder einen Konkurrenzbetrieb nicht in unmittelbarer Nähe zum Geschäftslokal zu eröffnen. Oft wird eine Abwägung zwischen den schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft und den eigenen Interessen der Gesellschafter vorzunehmen sein.<sup>23</sup> 35

Hierbei ist insbesondere die sog. Geschäftschancenlehre zu berücksichtigen, die bereits Thema in Examensklausuren war. Diese wird aus der Treuepflicht der geschäftsführenden Gesellschafter hergeleitet. Diesen ist es – gegebenenfalls auch nach ihrem Ausscheiden – ohne ausdrückliche Erlaubnis nicht gestattet, den Vollzug bereits von der Gesellschaft abgeschlossener Verträge durch Abwicklung auf eigene Rechnung oder in sonstiger Weise zu beeinträchtigen oder zu vereiteln.<sup>24</sup> Der ausgeschiedene Gesellschafter darf bei seiner weiteren unternehmerischen Tätigkeit nicht auf Wissen zurückgreifen, das er ausschließlich aus seiner Stellung als Gesellschafter erworben hat. 36

Wenn durch die Handlung des treuwidrigen Gesellschafters (gilt im Übrigen bei jedem Verstoß gegen die Sozialansprüche durch die Gesellschafter) der Gesellschaft ein Schaden entsteht, ist der Gesellschafter der Gesellschaft nach **§ 280 I BGB in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag** zum Schadensersatz verpflichtet. Nachdem § 708 BGB ersatzlos gestrichen wurde, richtet sich der Haftungsmaßstab der Gesellschafter nunmehr nach § 276 BGB. Eine Haftungsprivilegierung muss daher, soweit sie von den Gesellschaftern gewünscht ist, vertraglich vereinbart werden. Gegebenenfalls kommen auch Ansprüche aus §§ 823, 826, 812 36a

22 MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 278 ff.; s. auch Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 114.

23 Näher dazu Steinbeck JuS 2012, 105 (106); hier ist idR nichts falsch, wichtig ist nur, dass Sie die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und das sich hieraus ergebende Abwägungsgebot erkennen und im Rahmen der Abwägung die Anhaltspunkte aus dem Sachverhalt voll ausschöpfen.

24 BGH NJW-RR 2013, 363.

BGB in Betracht. Bei Schäden der anderen Gesellschafter steht auch diesen ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB zu. Für die Geltendmachung des Anspruchs der Gesellschaft kommt erneut die *actio pro socio* in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 715b BGB vorliegen.<sup>25</sup>

### VI. Kündigung und Tod eines Gesellschafters

- 37 Bei der OHG führen Kündigung und Tod eines Gesellschafters lediglich zum Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft, nicht aber zur Auflösung der Gesellschaft, § 130 I HGB. Die Gesellschaft besteht im Sinne der Sicherung der Unternehmenskontinuität also mit den übrigen Gesellschaftern fort. Der ausscheidende Gesellschafter bzw. dessen Erben haben jedoch gem. § 135 I HGB einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft. Dieser Abfindungsanspruch kann im Gesellschaftsvertrag ausgestaltet und modifiziert werden.
- 38 Die Beteiligung an der OHG ist nicht ohne Weiteres vererblich, vgl. § 131 HGB. Soll die Gesellschaft mit den Erben des Gesellschafters fortgesetzt werden können, sind zwei Gestaltungsmöglichkeiten denkbar: Wird im Gesellschaftsvertrag eine sog. **Eintrittsklausel** vereinbart, erhält der Erbe des verstorbenen Gesellschafters die Möglichkeit, durch eine einseitige Erklärung sein Eintrittsrecht auszuüben und Gesellschafter der Gesellschaft zu werden. Dagegen stellt eine sog. **Nachfolgeklausel** im Gesellschaftsvertrag den OHG-Anteil vererblich. Anders als bei der Eintrittsklausel erhält der Erbe nicht bloß das Recht zum Eintritt, vielmehr fällt der Gesellschaftsanteil dem Erben automatisch zu. Sollen nur bestimmte Erben Gesellschafter werden, spricht man von einer sog. **qualifizierten Nachfolgeklausel**.

### B. Die GbR

- 39 Die Grundsätze der Haftung der GbR und deren Gesellschafter waren in den vergangenen Jahren immer wieder Gegenstand von Examensklausuren. Wenngleich es um die GbR in der Praxis seit der Entscheidung des BGH vom 29.1.2001 („Arge Weißes Ross“, auf die gleich zurückgekommen wird) eher ruhig geworden ist, waren Klausuren mit Berührungen oder auch Schwerpunkten aus dem „Recht der GbR“ Thema der Wirtschaftsrechtsklausur bzw. der Zivilrechtsklausur. Das hat für Sie den Vorteil, dass Sie im Zweifel im Grüneberg nachschlagen können, in dem die §§ 705 ff. BGB kommentiert sind. Durch das MoPeG wurde die gefestigte Rechtsprechung zur GbR in Gesetzesform gegossen und die §§ 705 ff. BGB – soweit es die Außen-GbR betrifft – den Regelungen zur OHG angeglichen. Darüber hinaus wurde das Gesellschaftsregister neu geschaffen.
- 40 Anders als bei der OHG handelt es sich bei der GbR um einen engeren, privateren und persönlicheren Verbund. Daraus erklären sich die Hauptunterschiede zur OHG. Im Gegensatz zu der OHG
- betreibt die GbR kein Handelsgewerbe und ist dementsprechend auch kein Kaufmann;
  - wird die GbR nicht ins Handelsregister eingetragen;
  - sind sämtliche Gesellschafter nach der gesetzlichen Grundwertung nur gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugt und vertretungsberechtigt.
- 41 Der gesetzliche Aufbau der GbR stellt sich wie folgt dar:
- § 705 BGB enthält die beiden Typen der GbR in § 705 II BGB, nämlich die rechtsfähige Außengesellschaft und die nichtrechtsfähige Innengesellschaft. Zur erleichterten Rechtsanwendung regelt § 705 III BGB, dass bei Betrieb eines Unternehmens vermutet wird, dass es sich um eine rechtsfähige Gesellschaft handelt.
- 41a Soweit es sich um eine rechtsfähige Gesellschaft handelt, besteht die Möglichkeit, die Gesellschaft ins Gesellschaftsregister (nicht Handelsregister) eintragen zu lassen, § 707 I BGB. Die Eintragung ist fakultativ. Das Gesetz enthält aber Eintragungsanreize wie zB das an die Eintragung gekoppelte Sitzwahlrecht oder die Möglichkeit, registrierte Rechte zu erwerben.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 264.

<sup>26</sup> Schäfer BGB § 707 Rn. 2 (diese Neukonzeption führt zum ersatzlosen Wegfall von § 899a BGB).

Das bedeutet, dass eine GbR nur dann Eigentum an Grundstücken erwerben kann, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Dies folgt nun aus § 47 II GBO. Da eine einmal eingetragene GbR nicht ohne Weiteres aus dem Register gelöscht werden kann, § 707a IV BGB, geht mit der Eintragung darüber hinaus eine höhere Seriosität im Rechtsverkehr einher.<sup>27</sup> Für den potenziellen Vertragspartner wird die GbR aufgrund des Registerinhalts transparenter und daher der Umgang mit dieser rechtssicherer.

Die Eintragung ins Gesellschaftsregister löst aber auch die Anwendbarkeit des § 15 HGB aus, § 707a III BGB. Dies führt zur sog. Registerpublizität, dh, ein Dritter kann sich gegenüber der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern auf den Inhalt des Registers berufen, sei es das eintragungspflichtige Tatsachen nicht (§ 15 I HGB) oder unrichtig eingetragen (§ 15 III HGB) sind.<sup>28</sup>

**Klausurtyp:** In der Kautelarklausur müssen Sie daher auch prüfen, ob eine Eintragung ins Gesellschaftsregister zu empfehlen oder gegebenenfalls sogar notwendig ist. Ermitteln Sie anhand der Schilderung des Mandanten, zu welchem Zweck die Gesellschaft gegründet werden soll, um die Rechtslage prüfen und eine Empfehlung aussprechen zu können.

Mit der Eintragung ins Gesellschaftsregister hat die GbR gem. § 707a II BGB einen entsprechenden Namenszusatz zu tragen, wie zB „eGbR“.

### I. Partei- und Rechtsfähigkeit der GbR

Die Partei- und Rechtsfähigkeit der **GbR** ist gem. § 705 II BGB gegeben, wenn sie als sog. **Außengesellschaft** nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Primär folgt also aus der gesellschaftsvertraglichen Regelung, ob die Rechtsfähigkeit der GbR gewollt ist; idealerweise mit einer ausdrücklichen Regelung im Gesellschaftsvertrag.<sup>29</sup> Fehlt eine entsprechende Regelung, ist auf die Vermutung des § 705 III BGB abzustellen. Hiernach wird die Rechtsfähigkeit vermutet, wenn die GbR ein Unternehmen betreibt. Wird die GbR ins Gesellschaftsregister eingetragen, folgt hieraus ihre Rechtsfähigkeit gem. § 719 I BGB.<sup>30</sup> 42

In der praktischen Umsetzung folgt aus der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft, dass die GbR unter ihrem Namen klagen und verklagt werden kann. Dem steht es gleich, die Gesellschaft unter Nennung all ihrer Gesellschafter zu verklagen, wobei dann klarzustellen ist, dass sich die Klage gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Gesellschafter richtet (etwa durch den Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“).<sup>31</sup> In einer Anwaltsklausur sollten Sie aber stets in der Klageschrift die GbR als Partei ausweisen. Aus einem nur auf die GbR bezogenen Titel kann allerdings auch nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden; soll auch auf das Vermögen der einzelnen Gesellschafter zugegriffen werden, so bedarf es eines Titels gegen diese selbst.<sup>32</sup> Auch hier ist aus Klägersicht darauf zu achten, dass neben der GbR auch die Gesellschafter mitverklagt werden. In Bezug auf Fragen zu einer Gesamtschuldnerschaft gelten die Ausführungen zur OHG. 43

Die Gesellschafter sind auch dann zu verklagen, wenn nicht sicher ist, ob die GbR rechtsfähig ist. Die kann eventuell der Fall sein, wenn die GbR nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist.<sup>33</sup> Denn sollte die Rechtsfähigkeit der GbR fehlen, könnte diese mangels Parteifähigkeit nicht verklagt werden. In diesem Fall muss die Klage gegen alle Gesellschafter gerichtet werden. In einem solchen Fall müssen Sie aber prüfen, ob auch gegen jeden Gesellschafter ein Anspruch besteht. Ist dies nicht der Fall, müssen Sie die Klage auf diejenigen Gesellschafter beschränken, gegen die Ansprüche hergeleitet werden können.

27 MüKoBGB/Schäfer § 707 Rn. 2.

28 Grüneberg/Retzlaff BGB § 707a Rn. 5 ff.

29 Windbichler/Bachmann GesR § 6 Rn. 53.

30 Grüneberg/Retzlaff BGB § 719 Rn. 5.

31 K. Schmidt NJW 2001, 993 (1000).

32 BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; vgl. auch K. Schmidt NJW 2001, 993 (1000).

33 Saenger GesR Rn. 53.

## II. Die Haftung der Gesellschaft

- 44 Die Haftung der GbR folgt aus § 705 II BGB.
- 45 Eine vertragliche Verpflichtung der GbR setzt deren wirksame Vertretung durch ihre Organe, dh durch die zur Vertretung berufenen Gesellschafter oder durch einen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter voraus. Da die GbR kein Kaufmann sein kann, können weder Prokura noch Handlungsvollmacht erteilt werden. Auch hier gilt der Grundsatz der **Selbstorganschaft**. Die Vertretung der Gesellschaft richtet sich nach § 720 BGB, den Umfang der Vertretungsmacht bestimmt § 720 III BGB. Sie erstreckt sich auf alle Geschäfte der Gesellschaft. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber gem. § 720 III 2 BGB unwirksam.
- Gemäß § 720 I BGB ist grundsätzlich jeder Gesellschafter gesamtvertretungsberechtigt. Per Gesellschaftsvertrag können einzelne Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden (§ 720 I BGB). Es besteht aber auch die Möglichkeit, allen oder einzelnen Gesellschaftern Einzelvertretungsmacht einzuräumen (§ 720 I BGB). Abweichungen vom Grundsatz der Gesamtvertretungsmacht jedes Gesellschafters sind eine eintragungspflichtige Tatsache (vgl. § 707 II Nr. 3 BGB). Das heißt, soweit keine vom Grundsatz der Gesamtvertretungsmacht abweichenden Vertretungsverhältnisse im Gesellschaftsregister eingetragen sind, darf der Rechtsverkehr gem. § 707a III BGB, § 15 I HGB davon ausgehen, dass die Gesellschafter der GbR nur gesamtvertretungsberechtigt sind.
- 47 Aus all dem folgt, dass die Regelungen zu der Frage, ob einem Gesellschafter Vertretungsmacht eingeräumt wird und ob dies Gesamt- oder Einzelvertretungsmacht ist, dispositiv sind.<sup>34</sup>
- 48 Das Notgeschäftsführungsrecht gem. § 715a BGB gibt dem Gesellschafter keine Vertretungsmacht.<sup>35</sup> Der in Ausübung des Notgeschäftsführungsrechts handelnde Gesellschafter handelt daher als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Die Wirksamkeit des Geschäfts hängt damit gem. § 177 I BGB von der Genehmigung der GbR ab. Liegen die Voraussetzungen der Notgeschäftsführung vor, ist die Gesellschaft zur Genehmigung verpflichtet.
- 49 Für die Zurechnung von vertraglichem und deliktischem Verhalten gilt das zur OHG Gesagte.

## III. Die Haftung der Gesellschafter

### 1. Die Haftung der Gesellschafter der GbR im Außenverhältnis

- 50 Ebenso wie bei der OHG können auch bei der GbR deren Gesellschafter verklagt werden. Haftungsgrundlage ist § 721 BGB. Diese Regelung entspricht, wie auch die übrigen Regelungen zur Haftung der Gesellschafter, den Haftungsregelungen bei der OHG. Die Gesellschafter der GbR haften folglich für die Verbindlichkeiten der GbR persönlich, unmittelbar, akzessorisch und der Höhe nach unbeschränkt und unbeschränkbar.<sup>36</sup>
- 51 Kommen Sie aus Beklagtensicht zu dem Ergebnis, dass die Verteidigung der gegen Ihre Partei gerichteten Klage einer GbR Aussicht auf Erfolg hat, kann es zweckmäßig und prozessökonomisch sein, im Wege der unbezifferten Drittwiderklage<sup>37</sup> die Gesellschafter der GbR wegen des materiellen Kostenerstattungsanspruchs in Anspruch zu nehmen; der prozessuale Kostenerstattungsanspruch aus §§ 91 ff. ZPO ermöglicht nämlich lediglich die Vollstreckung in das (oft nur unzureichend vorhandene) Vermögen der GbR selbst.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Schäfer BGB § 720 Rn. 7.

<sup>35</sup> Schäfer BGB § 715a Rn. 6.

<sup>36</sup> Grüneberg/Retzlaff BGB § 721 Rn. 1; zur Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter lesen Sie auch Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 113.

<sup>37</sup> Zur Drittwiderklage aus Beklagtensicht in der Anwaltsklausur Kaiser/Kaiser/Kaiser Anwaltsklausur ZivilR Rn. 62 sowie der Musterentwurf in Rn. 72; zur Drittwiderklage im Urteil Kaiser/Kaiser/Kaiser Zivilgerichtsklausur I Rn. 270 (Aufbau der Entscheidungsgründe) und Rn. 458 (Zulässigkeit); zur Drittwiderklage allgemein Lühl JA 2015, 374.

<sup>38</sup> K. Schmidt NJW 2001, 993 (999 f.); Jacoby ZMR 2001, 401.



Die persönliche Haftung der Gesellschafter setzt – selbstredend – voraus, dass der in Anspruch Genommene tatsächlich Gesellschafter ist. Probleme können in diesem Zusammenhang bei den Treuhandfällen und bei sog. Scheingesellschaftern auftreten: 52

- Bei den **Treuhandfällen** hält der Treuhänder im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung eines Treugebers für diesen den Anteil an der GbR. Hier gilt, dass grundsätzlich die (Außen-) Haftung gem. § 721 BGB den Treuhänder und nicht den Treugeber trifft.<sup>39</sup> Solche Konstruktionen werden sehr häufig bei Immobilienfonds gewählt, um zu vermeiden, dass bei einem Gesellschafterwechsel ständig Eintragungen zum Grundbuch zu erfolgen haben; es hält dann ein Treuhänder die Anteile mehrerer Treugeber.
- **Scheingesellschafter** (Klausurbeispiel ist fast immer der angestellte Anwalt auf dem Briefkopf) haften hingegen wie echte Gesellschafter (Ausnahme: Forderungen, die nicht die anwaltstypische Berufstätigkeit betreffen).<sup>40</sup>

Nach § 721b BGB kann sich der Gesellschafter gegen die eigene Inanspruchnahme auch auf die **Einwendungen** berufen, die der Gesellschaft zustehen. Umgekehrt gilt dies – wie bei der OHG – genauso: Ist ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft ergangen, wirkt dies auch gegen die Gesellschafter, indem es ihnen die Einwendungen nimmt, die der Gesellschaft abgesprochen wurden.<sup>41</sup> 53

**Wichtig:** Merken Sie sich hierzu, dass ein gegen die Gesellschafter einer GbR aus deren persönlicher Haftung ergangenes Urteil keine Rechtskraft im Hinblick auf einen weiteren Prozess nunmehr gegen die GbR selbst entfaltet. **Lesen** Sie dazu **unbedingt** BGH NJW 2011, 2048.<sup>42</sup> Die neue Klage gegen die GbR ist zulässig. Die Gesellschaft kann sich also nicht auf Einwendungen berufen, die (nur) den Gesellschaftern zustehen.

## 2. Die Haftung des neu in die Gesellschaft eintretenden Gesellschafters

Der in die GbR neu eingetretene Gesellschafter haftet gem. § 721a BGB auch für die **Alt-** 54  
**schulden der GbR**. Ebenso wie bei der OHG ist beim Eintritt eines Gesellschafters sorgsam zu unterscheiden, ob die GbR bereits besteht (dann § 721a BGB) oder ob diese erst entsteht. In letzterem Fall wurde vor Inkrafttreten des MoPeG eine analoge Anwendung von § 28 HGB diskutiert. Durch das MoPeG hat der Gesetzgeber den Streit dahingehend beendet, dass eine analoge Anwendung des § 28 HGB nicht in Betracht kommt.<sup>43</sup>

## 3. Die Haftung des Gesellschafters für Altverbindlichkeiten

Die Nachhaftung des aus der GbR austretenden Gesellschafters richtet sich nach § 728b BGB. 55  
Diese Regelung entspricht § 137 HGB. Beachten Sie beim Beginn der 5-Jahres-Frist, dass der Fristbeginn durch Eintragung ins Gesellschaftsregister gem. § 728b I 3 BGB natürlich nur dann in Betracht kommt, wenn die GbR ins Gesellschaftsregister eingetragen ist. Ist dies nicht der Fall, beginnt die Frist nur dann, wenn die Gläubiger positive Kenntnis von dem Ausscheiden des Gesellschafters haben.

**Klausurtyp:** In Klausuren sollten Sie darauf achten, ob die GbR tatsächlich ins Gesellschaftsregister eingetragen ist. Denn im Gegensatz zur OHG ist die Eintragung ins Gesellschaftsregister für die Gesellschaft fakultativ, § 707 I BGB. Nur dann, wenn dies der Fall ist, dürfen Sie auch die Vorschriften mit Regelungen zum Gesellschaftsregister anwenden.

39 BGHZ 178, 276 = BeckRS 2008, 24723, mit guter Besprechung von K. Schmidt in JuS 2009, 276.

40 BGH NJW 2008, 2330: dort verneint für den Kauf einer PC-Anlage durch die Sozietät; s. auch Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 113.

41 BGH NJW-RR 2006, 1268 ff.

42 Arg.: Weder aus § 129 HGB aF noch aus § 736 ZPO ergeben sich Anhaltspunkte für eine derartige Erstreckung. **Beachte:** Die Problematik stellt sich nur, wenn der Anspruchsteller im Vorprozess gegen die Gesellschafter verloren hat. Verklagt er alle Gesellschafter und gewinnt, liegt ein Fall von § 736 ZPO vor. Er kann dann nicht nur in das Privat-, sondern auch in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken, ohne einen zusätzlichen Titel gegen die GbR zu benötigen, vgl. Kaiser/Kaiser/Kaiser Zwangsvollstreckungsklausur Rn. 67 und Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 113.

43 Grüneberg/Retzlaff BGB § 721a Rn. 2.

#### IV. Die Innenansprüche

- 56 Wird ein Gesellschafter für die Schuld der Gesellschaft persönlich gem. § 721 BGB in Anspruch genommen, kann er bei der GbR Regress nehmen. Anspruchsgrundlage für den Regress des Gesellschafters gegen die GbR ist § 716 I BGB.<sup>44</sup>
- 57 Darüber hinaus kommt auch eine Haftung der Gesellschafter der GbR in Betracht. Deren Haftung wird jedoch – wie bei der OHG – wegen der gesellschaftlichen Treuepflicht als subsidiär angesehen: Ein Mitgesellschafter kann nur dann auf Ausgleich in Anspruch genommen werden, wenn aus der Gesellschaftskasse kein Ausgleich erlangt werden kann.<sup>45</sup> Im Übrigen kann der Gesellschafter nach den Gesamtschuldregeln gem. § 426 I und II BGB bei den übrigen persönlich haftenden Gesellschaftern anteilig in Höhe des internen Verlustanteils Regress nehmen.
- 58 Beruht der Anspruch gegen die GbR, auf den der Gesellschafter gezahlt hat, auf seinem Verschulden, ist ein Regress in der Regel erfolglos: Der Regressanspruch gegen die GbR scheidet an einem Gegenanspruch der GbR aus § 280 I iVm § 241 II BGB in gleicher Höhe, mit dem sie aufrechnen kann. Der Regress bei den übrigen Gesellschaftern scheidet an § 254 BGB analog.<sup>46</sup> Die Auflösung der GbR ändert an der Haftung nichts.<sup>47</sup>
- 59 Einzelansprüche eines Gesellschafters gegen die GbR oder gegen einen anderen Gesellschafter sind während der **Liquidationsphase** (§§ 735 ff. BGB) gem. § 735 BGB gesperrt (**Durchsetzungssperre**). Derartige Ansprüche sind nämlich nur noch Rechnungsposten im Rahmen der Auseinandersetzung und können zur Klarstellung lediglich Inhalt einer Feststellungsklage sein; in eine solche kann ein unter Verkenning der Durchsetzungssperre auf Zahlung gerichteter Leistungsantrag auch ohne entsprechenden (Hilfs-)Antrag im Urteil umgedeutet werden.<sup>48</sup>
- 60 Die Durchsetzungssperre gilt auch für Ansprüche der GbR gegen einen Gesellschafter. Eine Leistungsklage wird nur dann zugelassen, wenn der eingeforderte Betrag zur Auseinandersetzung erforderlich ist.

#### V. Kündigung und Tod eines Gesellschafters

- 61 Nach den Neuregelungen des MoPeG führen Kündigung und Tod eines Gesellschafters nicht mehr zur Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft, 723 I BGB.
- 62 Damit bedarf es der vor Inkrafttreten des MoPeG in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmenden Fortsetzungsklausel nicht mehr.
- 64 Regelungen sind daher nur dann notwendig, wenn die Gesellschaft nicht lediglich mit den übrigen Gesellschaftern fortgeführt werden soll. Soll also einem Dritten (zB dem Erben des verstorbenen Gesellschafters) die Möglichkeit eröffnet werden, die Gesellschafterstellung des verstorbenen/austretenden Gesellschafters zu übernehmen, kommt wie bei der OHG auch die Vereinbarung einer Nachfolgeklausel<sup>49</sup> oder einer Eintrittsklausel in Betracht.
- 65 Im Hinblick auf die Erben eines Gesellschafters ist somit zu differenzieren, ob der Gesellschaftsvertrag ein Eintrittsrecht eines Erben vorsieht oder nicht.

44 Schäfer BGB § 716 Rn. 5; anders als bei der Bürgschaft finden bei der Zahlung (auf die Gesellschaftsschuld) dann §§ 774 I, 412, 401 BGB keine Anwendung, auch nicht analog!

45 BGH NJW 2011, 1730; NJW-RR 2008, 256 = MDR 2008, 92.

46 BGH NJW-RR 2008, 1722 = WM 2008, 1873.

47 Grüneberg/Retzlaff BGB § 721 Rn. 11.

48 BGH NZG 2012, 1107; Arg.: Die Feststellungsklage ist ein Minus zur Leistungsklage (§ 308 I ZPO).

49 Grüneberg/Weidlich BGB § 1922 Rn. 17; zum Sonderfall des Eintritts einer Erbengemeinschaft; von einer qualifizierten Nachfolgeklausel spricht man, wenn im Gesellschaftsvertrag konkret bestimmt ist, wer von den Erben eintreten soll. Dann tritt auch nur der in der Klausel benannte Erbe in die Gesellschaft ein; im Übrigen haben die übergangenen Erben keinen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft. Der nachgerückte Erbe ist aber nach § 242 BGB seinen Miterben zum Ausgleich verpflichtet, BGHZ 22, 186 = NJW 1957, 180; zur Fortsetzungsklausel mit Eintrittsrecht einerseits und mit Nachfolgeklausel andererseits vgl. auch Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 114; Steinbeck JuS 2012, 199.