

Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht

Prof. Dr. Anja Steinbeck*

Nachdem im ersten Teil des Beitrags Fragen der Entstehung und der Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften sowie die Regelungen über die Vertretung und die Geschäftsführung behandelt wurden, widmet sich die Fortsetzung neben der Haftung der Gesellschafter und möglichen Regressansprüchen ausgewählten Sonderfragen wie dem Prinzip der Selbstorganschaft und der Treuepflicht.

D. Sonderfragen

I. Prinzip der Selbstorganschaft

Eine Personengesellschaft kann nur durch ihre Organe handeln. Diese sind *ipso iure*, sozusagen aus der Natur der Personengesellschaft heraus, vorhanden, und zwar in Gestalt der Gesellschafter¹. Daraus folgt, dass alle persönlich haftenden Gesellschafter kraft ihrer Gesellschafterstellung Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht innehaben². Zum Schutz der Gesellschafter gilt zudem das Prinzip der Selbstorganschaft, welches besagt, dass die *organschaftliche* Vertretungsmacht nicht auf einen Dritten übertragen werden kann (Einräumung einer *Vollmacht* ist selbstverständlich möglich). Zudem folgt aus dem Prinzip der Selbstorganschaft, dass zumindest ein persönlich haftender Gesellschafter oder alle Gesellschafter gemeinsam in der Lage sein müssen, Maßnahmen der Geschäftsführung bzw. der Vertretung zu ergreifen³. Gestaltungen im Gesellschaftsvertrag, die das Schicksal der Gesellschaft in die Hände Dritter legen, mit der Folge, dass diesen bei allen Geschäften ein Vetorecht zukommt, sind unzulässig.

Steinbeck: Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht(JuS 2012, 105)

106

Fall 8: Die H-OHG besteht aus den drei Gesellschaftern *H1*, *H2* und *H3*. Im Gesellschaftsvertrag wurde vereinbart, dass *H1* allein vertretungsberechtigt ist. *H2* und *H3* sollen nur jeweils zusammen mit dem Prokuristen *P* zur Vertretung befugt sein. Unerwartet stirbt *H1*. Die Gesellschaft wird weitergeführt. Einige Zeit später verkauft *H2* – ohne das Einverständnis des *P* einzuholen – im Namen der H-OHG einen der Firmenwagen an *X*. Kann *X* von der H-OHG Übereignung verlangen? *X* kann von der H-OHG Übereignung nach § 433 I 1 BGB verlangen, wenn die Gesellschaft nach dem Tod des *H1* noch bestand und ein wirksamer Kaufvertrag zwischen der H-OHG und *X* zu Stande gekommen ist.

Gemäß § 131 III Nr. 1 HGB führt der Tod eines Gesellschafters nicht zur Auflösung der Gesellschaft⁴, sondern nur zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters⁵. Die Gesellschaft konnte daher mit den zwei verbleibenden Gesellschaftern weitergeführt werden. Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen der H-OHG und *X* setzt zudem voraus, dass *H2* und *H3* die Gesellschaft ordnungsgemäß vertreten haben, diese beiden Gesellschafter also Vertretungsmacht hatten. Der Gesellschaftsvertrag sieht vor, dass *H2* zwar ohne *H3*, aber nur gemeinsam mit *P* die Gesellschaft vertreten darf. Eine solche Regelung ist grundsätzlich zulässig. Der Gesellschaftsvertrag kann sowohl vorsehen, dass einzelne persönlich haftende Gesellschafter von der Vertretung völlig ausgeschlossen sind, als auch, dass sie nur zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt sein sollen (unechte Gesamtvertretung). Geht man von der ursprünglichen Vertretungsregelung aus, hatte *H2* für sein Handeln keine Vertretungsmacht.

Diesem Ergebnis könnte das für Personengesellschaften geltende Prinzip der Selbstorganschaft entgegenstehen. Dieses Prinzip schränkt die Möglichkeiten ein, die den Gesellschaftern bei der Ausgestaltung der Vertretungsregelungen offenstehen. Die Organe der Gesellschaft können sich nicht vollständig selbst entmachten. Zwar dürfen einzelne persönlich haftende Gesellschafter von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen werden, jedoch niemals alle gleichzeitig. Eine Entscheidung, die alle persönlich haftenden Gesellschafter gemeinsam treffen, muss jederzeit nach außen hin verbindlich sein⁶. Dies war vor dem Tod des *H1* gegeben: Eine Entscheidung, die *H1*, *H2* und *H3* gemeinsam getroffen hätten, wäre wegen der Mitwirkung des allein vertretungsberechtigten *H1* wirksam gewesen. Nach dem Tod des *H1* war es für *H2* und *H3* nicht mehr möglich, das Schicksal ihrer OHG selbstständig zu lenken. Da bei allen Entscheidungen der Nichtgesellschafter *P* zu beteiligen war, wäre etwa eine Kündigung von *P* nicht möglich. Dies wäre mit dem Prinzip der Selbstorganschaft nicht vereinbar.

Es stellt sich die Frage, wie die Vertretungsregelung, die durch den Tod des *H1* unwirksam geworden ist, zu ersetzen ist. Eine ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) hat davon auszugehen, welche Regelung die Gesellschafter getroffen hätten, wenn sie die Möglichkeit des Todes von *H1* berücksichtigt hätten. Es bestehen zwei Möglichkeiten: Zum einen könnten *H2* und *H3* Einzelvertretungsmacht erhalten. Dies entspräche der gesetzlichen Regelung der OHG. Die zweite Möglichkeit wäre, dass *H2* und *H3* Gesamtvertretungsmacht erhalten. Welche Lösung zu wählen ist, hängt vom mutmaßlichen Parteiwillen ab. Ursprünglich wurde vereinbart, dass *H2* und *H3* nur gemeinsam mit einem Dritten zeichnungsberechtigt sein sollten. Das spricht dafür, dass eine Alleinvertretungsmacht der beiden Gesellschafter gerade nicht gewollt war. Die ergänzende Vertragsauslegung ergibt folglich, dass nach dem Tod des *H1* die anderen beiden Gesellschafter gesamtvertretungsberechtigt sein sollten⁷. *H2* handelte somit beim Abschluss des Kaufvertrags ohne Vertretungsmacht. Auch § 15 I HGB hilft *X* nicht weiter, da aus dem Handelsregister zu entnehmen war, dass keine Einzelvertretung gelten sollte. *X* kann die Übereignung des Wagens nicht verlangen.

II. Die Treuepflicht

Der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft begründet eine starke persönliche Bindung⁸. Daher unterliegen die Gesellschafter einer besonderen gesellschaftsrechtlichen *Treuepflicht*, die sich aus § 242 BGB herleitet, inhaltlich aber über die Pflichten innerhalb anderer Schuldverhältnisse hinausgeht. Die Treuepflicht besteht sowohl gegenüber den anderen Gesellschaftern als auch gegenüber der Gesellschaft. Die Treuepflicht kann einen Gesellschafter zu einem konkreten Handeln verpflichten, etwa dazu, bei einer Beschlussfassung in einer bestimmten Art und Weise abzustimmen. Die Treuepflicht kann einen Gesellschafter aber auch verpflichten, ein Handeln zu unterlassen. Bei einer GbR folgt aus der Treuepflicht des Gesellschafters regelmäßig, dass er keinen Konkurrenzbetrieb in unmittelbarer Nähe des Geschäftsorts der GbR eröffnen darf (bei der OHG und KG folgt dies aus §§ 161 II, 112 HGB). Die Treuepflicht kann einen Gesellschafter auch dazu verpflichten, Ansprüche gegen die Gesellschaft nicht oder zu einem anderen Zeitpunkt geltend zu machen. Rechtsgrundlage für das verlangte Tun bzw. Unterlassen ist jeweils der Gesellschaftsvertrag und die daraus entspringende Treuepflicht.

Da die Treuepflicht meist dann relevant wird, wenn der Gesellschafter eigene zuwiderlaufende Interessen hat, müssen die widerstreitenden Interessen regelmäßig gegeneinander abgewogen werden. Die Treuepflicht findet ihre Grenzen in der Wahrnehmung berechtigter persönlicher Interessen des Gesellschafters⁹. Bei der notwendigen Abwägung ist davon auszugehen, dass ein Gesellschafter besondere Rücksicht zu nehmen hat, wenn er in Ausübung seiner

Geschäftsführungsbefugnis handelt, denn hier hat der Gesellschafter Befugnisse anvertraut bekommen, um zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Die anderen Gesellschafter vertrauen also besonders darauf, dass der geschäftsführende Gesellschafter uneigennützig handelt¹⁰. Verfolgt der Gesellschafter persönliche Interessen, ist zu fragen, ob diese schutzwürdig sind und ob er diese evtl. auch in weniger

Steinbeck: Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht(JuS 2012, 105)

107

gesellschaftsschädlicher Form wahrnehmen kann. Des Weiteren ist die Treuepflicht umso stärker ausgeprägt, je kleiner die Gesellschaft ist¹¹.

Fall 9: Die L-GbR betreibt eine Kindertagesstätte. Die dafür notwendigen Räume hat sie von *F* gemietet. Als in unmittelbarer Nachbarschaft ein freistehender Bungalow sehr günstig zum Kauf angeboten wird, wollen zwei der drei Gesellschafter, *L1* und *L2*, das Angebot nutzen. Die Räumlichkeiten des Bungalows sind wesentlich besser als die jetzigen für die Kinder geeignet und der Kauf ist zudem mittelfristig günstiger als das Mieten. Genügend Geld ist auf dem Gesellschaftskonto vorhanden, und so schließen *L1* und *L2*, obwohl *L3* sich gegen den Kauf ausspricht, im Namen der L-GbR einen notariellen Kaufvertrag mit dem Verkäufer *V*. Kann die L-GbR von *V* Übereignung des Grundstücks verlangen, wenn *L3* seine Zustimmung nur verweigert hat, weil er mit *F* zusammen im Kegelclub ist und befürchtet, ihn zu verärgern, wenn die Gesellschaft den Mietvertrag kündigt?

Die L-GbR kann von *V* die Übereignung des Grundstücks gem. § 433 I 1 BGB verlangen, wenn ein Kaufvertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde. Die für den Abschluss des Kaufvertrags notwendige Vertretungsmacht ergibt sich aus §§ 714, 709 I BGB (vgl. *Fall 6 a*). Neben *L1* und *L2* hätte grundsätzlich auch *L3* beim Abschluss des Kaufvertrages mitwirken müssen. Möglicherweise war die Mitwirkung von *L3* jedoch entbehrlich. Das wäre der Fall, wenn sich aus der Treuepflicht für *L3* die Pflicht ergibt, beim Abschluss des Kaufvertrags mitzuwirken, und wenn allein das Bestehen dieser Pflicht dazu führt, dass seine Zustimmung fingiert wird. Der Kauf des Grundstücks ist für die Gesellschaft in jeder Hinsicht vorteilhaft (bessere Raumsituation, Kostenersparnis). Wenn *L3* sich weigert, am Kauf des Grundstücks mitzuwirken, so handelt er dem Interesse seiner Gesellschaft zuwider. Sein Verhalten könnte aber gleichwohl zulässig sein, falls er eigene Interessen geltend machen kann, die das Gesellschaftsinteresse überwiegen. *L3* befürchtet, mit dem Kauf des Bungalows seinen „Kegelbruder“ zu verärgern. Solche privaten Interessen können das Gesellschaftsinteresse kaum überwiegen, schon gar nicht, wenn – wie hier – der Bereich der Geschäftsführung betroffen ist. Die Weigerung des *L3*, am Kauf des Grundstücks mitzuwirken, verstößt somit gegen seine Treuepflicht.

Streitig sind die Rechtsfolgen, die ein Verstoß gegen die Treuepflicht auslöst. Wenn eine Handlung, etwa der Widerspruch eines Gesellschafters, treuwidrig ist, ist diese unbeachtlich¹². Uneinigkeit besteht aber darüber, ob in den Fällen, in denen eine Zustimmung treuwidrig unterlassen wurde, der Gesellschafter erst verklagt werden muss oder ob auf die Zustimmungsklage verzichtet und die unterlassene Zustimmung fingiert werden darf¹³.

III. Actio pro socio

Fall 10: *M1*, *M2* und *M3* sind Gesellschafter der M-OHG. Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft obliegt nach dem Gesellschaftsvertrag allein *M1*. Jeder der drei Gesellschafter soll als Gesellschaftsbeitrag 40 000 Euro zahlen. *M1* und *M2* haben dies bereits getan. Die Zahlung des *M3* steht dagegen noch aus. *M2* ist darüber sehr verärgert und er bittet *M1*, sich darum zu kümmern. Dieser lehnt ein Vorgehen gegen *M3* ab, weil er mit ihm befreundet ist und weiß, dass dieser, wenn

er das Geld in der nächsten Zeit bezahlen müsste, auf seinen Jahresurlaub in der Karibik verzichten müsste.

1. Kann *M2* den *M3* auf Zahlung der 40 000 Euro an die Gesellschaft verklagen?
2. Ändert sich etwas, wenn *M3* nicht den Gesellschaftsbeitrag schuldet, sondern Schadensersatz, weil er trotz fehlender Geschäftsführungsbefugnis ein für die Gesellschaft nachteiliges Geschäft in ihrem Namen abgeschlossen hat?
3. Was gilt, wenn die Schulden des *M3* Schadensersatzforderungen aus einem zwischen ihm und der Gesellschaft geschlossenen Kaufvertrag sind?

Frage 1: *M2* kann *M3* erfolgreich auf Zahlung des Gesellschaftsbeitrags verklagen, wenn seine Klage zulässig und begründet ist. *M2* ist partei- und prozessfähig (§§ 50 I, 51 I ZPO). Fraglich ist aber, ob er prozessführungsbefugt ist. Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, über das durch die Klage geltend gemachte Recht im eigenen Namen als Kläger oder Beklagter einen Rechtsstreit zu führen. Prozessführungsbefugt ist grundsätzlich derjenige, der ein *eigenes* Recht geltend machen möchte¹⁴. Die Klage des *M2* ist also zulässig, wenn er einen eigenen Anspruch geltend macht.

Die Klage ist auf einen Anspruch gestützt, der seine Grundlage im Gesellschaftsvertrag hat und der gem. § 105 III HGB, § 718 I BGB in das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter fällt. Inhaber des Vermögens, das den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, ist die OHG als selbstständiger Rechtsträger. Die OHG ist daher auch Inhaber des Anspruchs. Grundsätzlich obliegt es ihr, den Anspruch geltend zu machen. Dabei wird sie von ihren Organen vertreten. Zur Vertretung und Geschäftsführung der M-OHG berechtigt ist laut Gesellschaftsvertrag allein *M1*. Er – und nicht *M2* – ist folglich in erster Linie prozessführungsbefugt. Möglicherweise ergibt sich die Prozessführungsbefugnis des *M2* jedoch aus den Grundsätzen der *actio pro socio*¹⁵. Mit dem Begriff *actio pro socio* bezeichnet man eine Klage, durch die ein Gesellschafter einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen anderen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis zu Gunsten der Gesellschaft (sog. Sozialanspruch) geltend macht¹⁶. Es ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass eine solche Klage auch ein Gesellschafter anstrengen kann, der nicht zur Geschäftsführung oder Vertretung seiner Gesellschaft befugt ist. Diese Befugnis ist allerdings *subsidiär* und kommt nur zum Zuge, wenn die Zuständigkeitenordnung in der Gesellschaft versagt. Die dogmatische Begründung ist uneinheitlich¹⁷.

Nach einer Auffassung verleiht der Gesellschaftsvertrag nicht nur der Gesellschaft einen Anspruch gegen die einzelnen Gesellschafter auf die jeweilige Leistung. Vielmehr soll auch jeder Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter einen An

Steinbeck: Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht (JuS 2012, 105)

108

spruch darauf haben, dass diese die Leistung gegenüber der Gesellschaft erbringen (Wortlaut § 705 BGB: „gegenseitig“). Dieser persönliche Anspruch auf Leistung an die Gesellschaft werde bei der *actio pro socio* geltend gemacht¹⁸. Im vorliegenden Fall würde danach *M2* einen eigenen Anspruch gegen *M3* einklagen. Er wäre prozessführungsbefugt. Im Rahmen der Begründetheit der Klage stellt sich nun die Frage, ob der geltend gemachte Anspruch besteht und durchsetzbar ist. Hier könnte der verklagte Gesellschafter grundsätzlich geltend machen, dass die Klage eines nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafters die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene innere Organisation der Gesellschaft unterläuft und damit gegen die Treuepflicht verstößt (§ 242 BGB)¹⁹. Ein solcher Verstoß kann jedoch nicht angenommen werden, wenn die Geltendmachung nur erfolgt, weil die Zuständigkeitenordnung in der Gesellschaft versagt, mit anderen Worten, weil der geschäftsführende und vertretungsberechtigte Gesellschafter die

Geltendmachung des Anspruchs aus sachfremden Erwägungen unterlässt²⁰. *M1* weigert sich, den Gesellschaftsbeitrag gegenüber *M3* geltend zu machen, weil er nicht möchte, dass dieser auf seinen Urlaub verzichten muss. Diese Argumentation verkennt das Wohl der Gesellschaft und ist daher sachfremd. Eine Verletzung der Treuepflicht scheidet aus und die Klage ist erfolgreich.

Eine andere Ansicht²¹ verneint eine solche Anspruchsvermehrung. Der Gesellschaftsvertrag begründe jeweils nur einen Anspruch zu Gunsten der Gesellschaft. Allerdings könne man aus dem Gesellschaftsvertrag die konkludente Abrede entnehmen, dass in den Fällen, in denen die grundsätzlich geltende Zuständigkeitenordnung versage, jeder Gesellschafter berechtigt sei, die Rechte der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen (sog. gewillkürte Prozessstandschaft²²). Somit sei auch der nicht geschäftsführungsbefugte und vertretungsberechtigte Gesellschafter subsidiär prozessführungsbefugt, wenn der oder die dazu bestellten Gesellschafter trotz Aufforderung untätig bleiben und diese Untätigkeit auf sachfremden Gründen beruht²³. Es sind hier im Rahmen der Zulässigkeit die gleichen Erwägungen anzustellen, die oben bei der Begründetheit diskutiert wurden²⁴.

Auch bei *Frage 2* finden die Grundsätze der *actio pro socio* Anwendung. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung trifft einen Gesellschafter in seiner Position als Gesellschafter. Ein Schadensersatzanspruch, der daraus resultiert, dass diese Pflicht verletzt wurde²⁵, ist daher ein Sozialanspruch.

Anderes gilt für *Frage 3*. Der Schadensersatzanspruch aus dem Kaufvertrag ist kein Sozialanspruch. Zwar steht dieser Anspruch der Gesellschaft zu und richtet sich auch gegen *M3*, also einen Gesellschafter. Jedoch entspringt der Anspruch nicht der Gesellschafterstellung des *M3*. Als Verkäufer steht er der Gesellschaft vielmehr wie ein Dritter gegenüber und er ist daher ebenso zu behandeln²⁶. Gegenüber Dritten sind die Grundsätze der *actio pro socio* jedoch nicht anwendbar²⁷. Der Grund dafür liegt darin, dass es einem außenstehenden Dritten nur schwer möglich ist, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Zuständigkeitenordnung innerhalb der Gesellschaft versagt hat und mithin die Voraussetzungen der *actio pro socio* vorliegen.

3. Teil: Haftung und Regress

In Klausuren stellt sich immer wieder die Frage, ob für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft neben dieser auch der einzelne Gesellschafter haftet und ob er – wenn er von einem Gläubiger in Anspruch genommen wird – Regress bei der Gesellschaft nehmen kann.

I. GbR

Fall 11 a: *V1* und *V2* sind Gesellschafter der V-GbR. Sie betreiben eine Schule für Kampfsport. Aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich, dass jedem von ihnen Einzelvertretungsmacht zusteht. *V1* mietet bei *X* im Namen der V-GbR eine Sporthalle. Kann *X* außer von der V-GbR auch Zahlung von *V1* oder *V2* persönlich verlangen?

Als rechtsfähige Gesellschaft ist die V-GbR Schuldnerin des Mietzinses nach § 535 II BGB. Weitere Anspruchsgegner könnten *V1* und *V2* sein. Die persönliche Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft folgt bei der OHG aus § 128 S. 1 HGB. Eine entsprechende Norm fehlt im Recht der GbR. Dennoch ist – bei unterschiedlicher dogmatischer Begründung – unbestritten, dass auch die Gesellschafter einer GbR für deren vertragliche Verbindlichkeiten einzustehen haben.

Bevor man die Rechtsfähigkeit der GbR anerkannte, waren Rechtsträger allein die Gesellschafter. Das Handeln eines Gesellschafters im Namen der GbR konnte – mangels Rechtsfähigkeit – die GbR nicht verpflichten. Man ging daher davon aus, dass ein Gesellschafter, der eine Erklärung „im

Namen der GbR“ abgab, sowohl sich selbst als Handelnden als auch die übrigen Gesellschafter persönlich verpflichten wollte. Man sprach daher von einer *Doppelverpflichtung*²⁸.

Auch nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR wird zum Teil an der Doppelverpflichtungslehre festgehalten. Danach wird durch die Erklärung des *V1* also nicht nur die Gesellschaft Vertragspartei des Mietvertrags, sondern auch *V1* und *V2* persönlich. Demgegenüber begründen die Anhänger der Akzessorietätstheorie, der sich nun auch der *BGH*

Steinbeck: Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht(JuS 2012, 105)

109

angeschlossen hat, die persönliche Haftung der Gesellschafter einer GbR mit einer analogen Anwendung des § 128 HGB. Die Norm sei Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, demzufolge jeder, der Geschäfte betreibt – sei es allein oder mit anderen –, für die daraus entstehenden Schulden auch persönlich unbeschränkt hafte, es sei denn, dass sich aus dem Gesetz oder aus einer Parteiabsprache etwas anderes ergebe²⁹. Nach dieser Auffassung kann *X* von *V1* und *V2* jeweils aus § 535 II BGB i. V. mit einer Analogie zu § 128 S. 1 HGB Zahlung verlangen. Beide Ansichten kommen somit – zumindest bei vertraglichen Ansprüchen – zu dem gleichen Ergebnis.

Beachte: Die Gesellschafter einer GbR können den Umfang der Vertretungsmacht eines Gesellschafters inhaltlich beschränken. Handelt der Gesellschafter unter Überschreitung seiner Vertretungsmacht, wird die GbR nicht verpflichtet. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob die Gesellschafter für den Fall, dass die GbR wirksam verpflichtet wurde, ihre persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden ausschließen oder beschränken können. Dies ist nur durch besondere Vereinbarung mit dem jeweiligen Gläubiger möglich. Eine einseitige Haftungsbeschränkung – etwa durch Bestimmung im Gesellschaftsvertrag – genügt nicht. Selbst wenn die GbR die von den Gesellschaftern gewünschte Haftungsbeschränkung in ihrem Namen zum Ausdruck bringt (GbRmbH), genügt dies nicht, um darin eine konkludente Vereinbarung mit den Geschäftspartnern zu sehen³⁰.

Fall 11 b: Um Kunden zu gewinnen, veranstaltet die GbR auf dem Marktplatz eine Kampfvorführung, bei der *V1* aus Versehen durch einen Schlag dem Zuschauer *Z* das Nasenbein bricht. Von wem kann *Z* die Behandlungskosten verlangen?

Es kommt ein Anspruch des *Z* gegen die V-GbR aus § 823 I BGB i. V. mit einer Analogie zu § 31 BGB in Betracht. Zwar hat die V-GbR nicht selbst gehandelt, doch könnte der Schlag des *V1* ins Gesicht des *Z* analog § 31 BGB der GbR zuzurechnen sein. Zugerechnet wird nach dieser Regelung nicht nur das Verschulden, sondern bereits die Handlung³¹. § 31 BGB gilt unmittelbar nur für den Verein und für Körperschaften, doch ist es gerechtfertigt, die Norm auf rechtsfähige Personengesellschaften – und daher auch auf die GbR³² – entsprechend anzuwenden³³: § 31 BGB ist Ausdruck der Repräsentantenhaftung, die auf dem Gedanken beruht, dass der Verein Vorteile daraus zieht, dass er sich von seinen verfassungsmäßigen Vertretern repräsentieren lässt. Es ist nur konsequent, wenn er dann auch die Nachteile tragen muss, die mit dieser Repräsentation, also mit den Handlungen und Unterlassungen seiner verfassungsmäßigen Vertreter, verbunden sind. Diese Überlegungen gelten nicht nur für den Verein, sondern für alle rechtsfähigen Sondervermögen.

Als geschäftsführungsbefugter und vertretungsberechtigter Gesellschafter ist *V1* verfassungsmäßiger Vertreter der V-GbR³⁴. § 31 BGB greift jedoch nur ein, wenn der Vertreter „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ und nicht bloß bei Gelegenheit der Verrichtung gehandelt hat³⁵. Der verfassungsmäßige Vertreter muss bei der fraglichen Handlung nicht lediglich als Privatperson, sondern in „amtlicher“ Eigenschaft tätig geworden sein³⁶. Die Veranstaltung von Werbevorführungen gehört zu den Verrichtungen, die zu den Aufgaben des *V1* gehören, und die

Verletzung ist bei der Ausführung dieser Verrichtung und nicht bloß bei Gelegenheit der Verrichtung erfolgt³⁷. Somit ist der Schlag der V-GbR zuzurechnen. *V1* handelte zudem fahrlässig. Dieses Verschulden kann der V-GbR ebenfalls analog § 31 BGB zugerechnet werden. Durch den Schlag ist die Gesundheit des *Z* und damit ein ihm zustehendes absolutes Recht verletzt worden. Diese Rechtsgutsverletzung hatte wiederum einen Vermögensschaden des *Z* in Gestalt der Behandlungskosten zur Folge. *Z* kann diesen Schaden von der V-GbR aus § 823 I BGB i. V. mit einer Analogie zu § 31 BGB ersetzt verlangen. Des Weiteren besteht ein Anspruch des *Z* gegen die GbR aus § 823 II BGB, § 229 StGB i. V. mit einer Analogie zu § 31 BGB.

Ein Anspruch des *Z* gegen die Gesellschaft aus § 831 I 1 BGB scheidet aus, weil *V1* kein Verrichtungsgehilfe ist. Geschäftsführungsbefugte und vertretungsberechtigte Gesellschafter sind weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenseitig weisungsgebunden.

Fraglich ist, ob neben der GbR auch die Gesellschafter persönlich haften. Selbstverständlich haftet *V1* als Handelnder aus § 823 I BGB. Problematisch ist aber, ob *V1* und *V2* als Gesellschafter akzessorisch haften. Folgt man der Doppelverpflichtungslehre, scheidet eine Haftung für gesetzliche Ansprüche aus. Es fehlt an einer Willenserklärung, deren Auslegung ergibt, dass die Mitgesellschafter ebenfalls verpflichtet werden sollen. Allerdings sollte die Doppelverpflichtungslehre in der Klausur nicht mehr vertreten werden, da ihre Prämisse überholt ist. Nach Ansicht des *BGH* ergibt sich ein Anspruch des *Z* gegen *V2* aus § 823 I BGB i. V. mit einer Analogie zu § 31 BGB und § 128 S. 1 HGB (sowie § 823 II BGB, § 229 StGB i. V. mit einer Analogie zu § 31 BGB und § 128 S. 1 HGB), denn die akzessorische Haftung der Gesellschafter analog § 128 S. 1 HGB besteht unabhängig davon, ob es sich um eine vertraglich oder gesetzlich begründete Gesellschaftsschuld handelt³⁸. Kritische Stimmen wenden hiergegen ein, dass es nach dem geltenden deutschen Haftungsrecht keine persönliche Haftung für fremdes deliktisches Verhalten gebe. Dies verdeutliche § 831 BGB, der, obwohl es dort um das Entstehen für die Fehler des Verrichtungsgehilfen gehe, nur auf das (Auswahl- oder Überwachungs-)Verschulden des Geschäftsherrn abstelle, statt dem Geschäftsherrn das Verschulden des Verrichtungsgehilfen zuzurechnen. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter für unerlaubte Handlungen anderer Personen komme daher nicht in Betracht³⁹. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass § 128 HGB nicht die Haftung des Gesellschafters für ein

Steinbeck: Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht(JuS 2012, 105)

110

fremdes *deliktisches Verhalten* begründen soll, sondern dass es hier um das Entstehenmüssen für eine fremde *Schuld* geht, aus welcher Anspruchsgrundlage diese auch resultieren mag⁴⁰. Eine Differenzierung zwischen vertraglichen und anderen Anspruchsgrundlagen ist aus der Sicht der Akzessorietätstheorie nicht konsequent. *Z* kann daher auch von *V2* Erstattung der Behandlungskosten verlangen. Entsprechendes gilt für *V1* bezüglich der Haftung als Gesellschafter.

Beachte: Wendet man § 128 (und auch § 129) HGB analog an, ist es nur konsequent, analog § 130 HGB auch eine Haftung des eintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten anzuerkennen. Eine solche Analogie ist sachlich gerechtfertigt, denn Normzweck des § 130 HGB ist es, die Altgläubiger davor zu schützen, dass ein neuer Gesellschafter Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen hat. Da es bei der OHG – und auch bei der GbR – anders als bei Kapitalgesellschaften keine sonstigen Kapitalschutzvorschriften gibt, bedarf es dieser Verkehrsschutznorm. Die Haftung beruht also nicht etwa auf der handelsrechtlichen Ausrichtung der OHG, sondern rechtfertigt sich aus der Vermögensstruktur rechtsfähiger Personengesellschaften und kommt daher ebenso bei der GbR zum Tragen⁴¹.

II. OHG

Fall 12 a: *S1* und *S2* betreiben zusammen eine Schreinerei, die S-OHG. *S1* und *S2* haben namens der S-OHG bei der B-Bank einen Kredit i. H. von 140 000 Euro aufgenommen, um damit ihre Werkstatt auf den neuesten Stand zu bringen. Als das Darlehen fällig wird, verlangt die B-Bank Rückzahlung, allerdings nicht von der S-OHG, sondern von *S1*.

1. Muss *S1* zahlen? Er wendet ein, die B-Bank müsse vorher wenigstens versuchen, das Geld bei der S-OHG einzutreiben. Außerdem möchte er nur die Hälfte zahlen. Wegen der anderen Hälfte solle sich die B-Bank an *S2* wenden.

2. Kann *S1*, falls er an die B-Bank zahlt, von der S-OHG Erstattung des Betrags verlangen?

3. Kann *S1*, falls er an die B-Bank zahlt, von *S2* Erstattung des Betrags verlangen?

Frage 1: Ein Anspruch der B-Bank gegen die S-OHG ergibt sich aus § 488 I 2 BGB, § 128 S. 1 HGB, denn nach § 128 S. 1 HGB muss jeder Gesellschafter der OHG persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. *S1* macht nun geltend, die B-Bank habe noch nicht versucht, das Geld von der S-OHG zu bekommen. Dieser Einwand greift jedoch nicht durch, weil § 128 HGB eine *primäre* Haftung begründet (anders etwa als § 771 BGB, der eine bloß sekundäre Haftung des Bürgen vorsieht). Das bedeutet, dass die Haftung zwar akzessorisch, aber nicht subsidiär ist. Die Bank kann *S1* daher in Anspruch nehmen, ohne sich zuvor an die OHG gewendet zu haben. Des Weiteren beruft sich *S1* ohne Erfolg darauf, dass es neben ihm noch einen anderen Gesellschafter gebe, der ebenfalls gem. § 488 I 2 BGB, § 128 S. 1 HGB hafte. Die persönlich haftenden Gesellschafter sind gem. § 128 S. 1 HGB Gesamtschuldner. Bei Gesamtschuldnern ist jeder gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken, § 421 BGB. Er muss den Betrag in voller Höhe zahlen. Seine Haftung ist zudem unbeschränkt.

Beachte: Die Regelung des § 129 I HGB geht davon aus, dass der Gesellschafter Einwendungen und Einreden, die ihm persönlich gegen den Gläubiger zustehen, weiterhin geltend machen kann. Zudem stehen ihm die Einreden und Einwendungen zu, auf die sich die Gesellschaft berufen kann. Eine Ausnahme gilt für die Einrede der Verjährung: Selbst wenn der Anspruch gegen die Gesellschaft mangels Unterbrechung inzwischen verjährt ist, kann sich der Gesellschafter nicht auf diese Einrede berufen, wenn er in unverjährter Zeit in Anspruch genommen wird⁴². § 129 II HGB gilt nicht nur bei der Möglichkeit der Anfechtung, sondern analog, wenn der Gesellschaft ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht zusteht. Zu beachten ist außerdem, dass § 129 III HGB ein Redaktionsversehen enthält: Entscheidend muss sein, ob die Gesellschaft aufrechnen kann, denn § 129 HGB behandelt ausschließlich die Einwendungen der Gesellschaft⁴³.

Frage 2: Falls *S1* an die B-Bank zahlt, kann er nach § 110 I Var. 1 HGB⁴⁴ von der S-OHG Regress verlangen. Nach dieser Norm kann der Gesellschafter alle Aufwendungen, die er in Gesellschaftsangelegenheiten macht und die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, von der Gesellschaft erstattet verlangen. Aufwendungen sind Auslagen, die ein Gesellschafter zur Ausführung seiner Tätigkeit in Gesellschaftsangelegenheiten freiwillig übernommen hat⁴⁵. Ob *S1* den Betrag zur Tilgung der Darlehensschuld der B-Bank freiwillig bezahlt hat, kann man bezweifeln, denn immerhin war er gem. § 128 HGB zur Zahlung verpflichtet. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Die Zahlung ist vielmehr schon dann freiwillig erfolgt, wenn der Auslegende nach dem Gesellschaftsvertrag nicht zur Zahlung verpflichtet war⁴⁶. *S1* trifft gegenüber den übrigen Gesellschaftern und gegenüber der Gesellschaft keinerlei Pflicht, die Ansprüche gegen die Gesellschaft zu begleichen, so dass die Voraussetzungen des § 110 I Var. 1 HGB erfüllt sind.

Frage 3: *S1* kann seinen Regressanspruch gegen *S2* nicht auf §§ 110, 128 HGB stützen, denn § 128 HGB erstreckt die Haftung nur in den Fällen auf die Gesellschafter, in denen die zu Grunde liegende Forderung aus einem Verhältnis zu Außenstehenden stammt (arg: Stellung der Norm im 3.

Titel: Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten). Der Anspruch aus § 110 HGB ist aber eine Sozialverbindlichkeit, d. h. eine Verbindlichkeit der Gesamthand gegenüber einem ihrer Mitglieder aus dem Gesellschaftsverhältnis. Die haftungserstreckende Norm des § 128 HGB findet auf diesen Anspruch keine Anwendung. Allerdings soll ein Gesellschafter, der eine Verbindlichkeit im Außenverhältnis beglichen hat (hier *S1*), zumindest in den Fällen, in denen er sich nicht aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen kann, bei seinen Mitgesellschaftern Regress nehmen können; dieser Regressanspruch wird auf §§ 426 I 1 i. V. mit 488 I 2, 426 II 1 BGB gestützt. Er ist aber auf den Anteil der gezahlten Summe beschränkt, den *S2* nach der im Gesellschaftsvertrag

Steinbeck: Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht (JuS 2012, 105)

111

vorgesehenen Gewinn- und Verlustverteilung zu tragen hätte. Der Gesellschaftsgläubiger soll sich zwar aussuchen können, welchen Gesellschafter er in Anspruch nimmt. Im Innenverhältnis sollen die Lasten aber gleichmäßig auf alle Gesellschafter verteilt sein. Im vorliegenden Fall ist keine besondere Gewinn- und Verlustverteilung vereinbart, so dass beide Gesellschafter zu gleichen Teilen berechtigt und verpflichtet sind. *S1* kann von *S2* also die Hälfte der 140 000 Euro verlangen.

Fall 12 b: Als *S1* zusammen mit dem Auszubildenden *M* beim Kunden *K* eine Küche installiert, stößt *S1* unvorsichtigerweise mit einem Brett eine Vase im Wert von 600 Euro um.

1. Hat *K* Ansprüche gegen die S-OHG?

2. Hat *K* Ansprüche gegen die S-OHG, wenn nicht *S1*, sondern *M* die Vase unvorsichtigerweise umwirft?

Frage 1: Anders als in *Fall 12 a* kommt hier auch ein vertraglicher Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB in Betracht. Die Gesellschaft hat durch den mit *K* geschlossenen Werkvertrag über die Installation der Küche die Pflicht übernommen, während der Installation die Einrichtungsgegenstände des *K* mit Sorgfalt zu behandeln. Diese Pflicht wurde von *S1* verletzt. Eine Zurechnung dieser Handlung wird teilweise mittels § 278 BGB vorgenommen⁴⁷. Andere stellen, wenn ein verfassungsmäßiger Vertreter der Gesellschaft gehandelt hat, nicht auf § 278 BGB ab, sondern wenden wie bei den gesetzlichen Ansprüchen § 31 BGB an⁴⁸. Sie sehen in § 31 BGB ein allgemeines Prinzip, nach dem die Handlung von Organen in jedem Fall der Gesellschaft zuzurechnen ist. Nach dieser zweiten Auffassung ist § 31 BGB spezieller als § 278 BGB. Im vorliegenden Fall kann es (wie meistens) offenbleiben, mit welcher Norm man der S-OHG das Verhalten und das Verschulden des *S1* zurechnet. In jedem Fall haftet sie für den Schaden aus §§ 280 I, 241 II BGB.

Frage 2: Wer bei *Frage 1* § 278 BGB als Zurechnungsnorm heranzieht, kann dies hier ebenfalls tun: Die S-OHG hat sich des *M* genauso zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen bedient wie des *S1*. Wer bei *Frage 1* in § 31 BGB die Zurechnungsnorm sieht, muss hier auf § 278 BGB ausweichen, weil *M* kein verfassungsmäßig berufener Vertreter ist.

Fall 13 a: *O1*, *O2* und *O3* sind Gesellschafter der O-OHG, die beschädigte Computer repariert. *O1* kauft im Namen der Gesellschaft für die Werkstatt einen neuen Arbeitstisch. Er vergisst jedoch, rechtzeitig die Rechnung dafür zu bezahlen. Es entstehen Mahnungskosten i. H. von 7 Euro. *O2* und *O3* sind der Meinung, *O1* müsse dieses Geld der Gesellschaft aus eigener Tasche erstatten. *O1*, dem das auch bei seinen privaten Rechnungen ständig passiert, meint, so etwas könne doch mal vorkommen. Muss *O1* das Geld erstatten?

Ein Anspruch der Gesellschaft auf Erstattung der 7 Euro kann sich aus § 280 I BGB in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag ergeben, wenn *O1* schuldhaft eine Pflicht aus diesem Vertrag verletzt hat. Im Gesellschaftsvertrag hat *O1* nicht nur das Recht zur (Einzel-)Geschäftsführung erhalten, sondern spiegelbildlich auch die Pflicht übernommen, die Geschäfte der Gesellschaft

ordnungsgemäß zu führen. Das ergibt sich aus § 105 III HGB, § 713 BGB, der bezüglich der Rechtsstellung der geschäftsführenden Gesellschafter auf das Auftragsrecht verweist, also auf ein Vertragsverhältnis mit beiderseitigen Pflichten. Als *O1* es versäumt hat, die Rechnung rechtzeitig zu begleichen, hat er seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung verletzt. Möglicherweise hat *O1* jedoch seine Pflichtverletzung nicht zu vertreten, § 280 I 2 BGB. *O1* hat die rechtzeitige Bezahlung vergessen. Das entspricht nicht der im Zahlungsverkehr erforderlichen Sorgfalt und war somit fahrlässig. Nach dem Maßstab von § 276 I BGB hätte *O1* die Pflichtverletzung also zu vertreten. Hier gilt jedoch nicht § 276 I BGB, sondern der speziellere § 708 BGB, demzufolge die Gesellschafter nur zur Erbringung eigenüblicher Sorgfalt verpflichtet sind. Dahinter steht die Überlegung, dass die Gesellschafter selbst darüber entscheiden, mit welchen Partnern sie eine Gesellschaft gründen und wem sie die Führung ihrer Geschäfte anvertrauen. Dabei akzeptieren die Gesellschafter sich gegenseitig wie sie sind. Wählt man vergessliche Personen als Mitgesellschafter aus und vertraut ihnen die Geschäftsführung an, so muss man damit rechnen, dass dies auch zu Verlusten der Gesellschaft und damit mittelbar zu eigenen Verlusten führen kann. Die Haftungserleichterung gilt sowohl für die Sorgfalt, die der Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern schuldet, als auch für diejenige Sorgfalt, die er der Gesellschaft schuldet⁴⁹. *O1* pflegt auch seine privaten Rechnungen häufig zu spät zu bezahlen. Denselben Sorgfaltsmaßstab hat er bei seiner Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter an den Tag gelegt. Er hat demnach seine Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Die Gesellschaft hat keinen Anspruch gegen *O1*.

Fall 13 b: Ohne *O2* und *O3* zu fragen, kauft *O1* im Namen der O-OHG ein Grundstück mit einem Bürogebäude für 220 000 Euro. Er plant, darin eine zweite Filiale zu eröffnen. *O2* und *O3* sind verärgert, weil sie eine zweite Filiale für betriebswirtschaftlich unsinnig halten. Sie veranlassen, dass das Grundstück wieder verkauft wird. Wegen einer Immobilienkrise lässt sich jedoch nur noch ein Preis von 190 000 Euro erzielen. Kann die Gesellschaft die 30 000 Euro Differenz von *O1* ersetzt verlangen? *O1* meint, für die Krise könne er nichts. Tatsächlich war die Krise für einen informierten Geschäftsmann vorhersehbar, nicht jedoch für *O1*, der sich auch privat nicht für das allgemeine Wirtschaftsgeschehen interessiert.

Anspruchsgrundlage könnte § 280 I BGB in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag sein. Als *O1* das Grundstück kaufte, könnte er seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten und damit eine Pflicht aus dem Gesellschaftsvertrag verletzt haben. Mangels entgegenstehender Absprachen ist *O1* hier gem. § 114 I HGB zur Geschäftsführung befugt. Allerdings erstreckt sich die Einzelgeschäftsführungsbefugnis nur auf Handlungen, die zum gewöhnlichen Betrieb des Geschäfts gehören, § 116 I HGB. Bei einer Gesellschaft, die Computer repariert, gehört der Kauf eines Grundstücks nicht zu den gewöhnlichen Geschäften. *O1* war zum Kauf des Grundstücks daher nur gemeinsam mit den übrigen Geschäftsführern befugt, § 116 II HGB. *O1* hat also seine Geschäftsfüh-

Steinbeck: Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht (JuS 2012, 105)

112

rungsbefugnis überschritten (ungeachtet dessen ist der Vertrag im Außenverhältnis wirksam, da sich der Umfang der Vertretungsmacht aus § 125 I HGB ergibt).

Die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis stellt eine Pflichtverletzung dar, denn der Gesellschaftsvertrag begründet neben der Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung der gewöhnlichen Geschäfte auch eine Pflicht zur Unterlassung außergewöhnlicher Geschäfte⁵⁰. Diese Pflichtverletzung müsste *O1* zu vertreten haben, § 280 I 2 BGB. Daran bestehen insofern Zweifel, als *O1* auf Grund seiner Unkenntnis über das wirtschaftliche Tagesgeschehen die Immobilienkrise nicht vorhersehen konnte. Zöge man den Haftungsmaßstab aus § 105 III HGB, § 708 BGB heran, könnte es daher am Verschulden fehlen. Zum einen ist aber fraglich, ob der Haftungsmaßstab aus § 105 III HGB, § 708 BGB überhaupt anwendbar ist: § 708 BGB trägt dem Gedanken Rechnung, dass

die Gesellschafter sich nicht beschweren dürfen, wenn jemand bei der Geschäftsführung Fehler macht, dem sie selbst diese Aufgabe übertragen haben. Ob dasselbe in Bereichen gilt, in denen der einzelne Gesellschafter die Geschäfte nach den Absprachen mit seinen Mitgesellschaftern gerade nicht hätte führen dürfen, ist jedoch fraglich, im Ergebnis aber wohl zu bejahen⁵¹. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, denn i. R. des § 280 BGB kommt es lediglich darauf an, ob *O1* die *Pflichtverletzung* zu vertreten hat. Ob ihn bei der Ausführung des pflichtwidrigen Geschäftes ein weiteres Verschulden trifft, ist nicht entscheidend⁵². Die Pflichtverletzung des *O1* bestand hier darin, dass er unter Überschreitung seiner Kompetenzen ein Grundstück gekauft hat. Dass der Kauf eines Grundstücks ein außergewöhnliches Geschäft war und er damit seine Geschäftsführungsbefugnis überschritt, konnte *O1* ohne Weiteres erkennen. Dies gilt nach dem strengeren Maßstab des § 276 I BGB wie auch nach dem Maßstab aus § 708 BGB. *O1* hat die Pflichtverletzung zu vertreten, so dass die Gesellschaft von *O1* aus § 280 I BGB in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag Schadensersatz i. H. von 30 000 Euro verlangen kann.

III. KG

Auf eine Darstellung der Haftung des Kommanditisten wird hier verzichtet, da die klausurrelevanten Probleme in dem sehr zu empfehlenden Beitrag von *Kindler*, Grundfragen der Kommanditistenhaftung, JuS 2006, 865, anschaulich behandelt werden.

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

* Fortsetzung aus JuS 2012, 10. – Die Autorin ist Direktorin des Instituts für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Universität zu Köln und Richterin am *OLG Köln*. – Ihr herzlicher Dank gilt ihrem ehemaligen Mitarbeiter, Herrn *Dr. Johannes Oebbecke*, für die wertvollen Vorarbeiten zu diesem Aufsatz.

¹ *Karsten Schmidt*, GesellschaftsR, 4. Aufl. (2002), § 14 II. Anderes gilt f. Körperschaften, bei denen d. Organe v. d. Gesellschafterversammlung gewählt werden.

² Anders als eine Vollmacht i. S. der §§ 164 ff. BGB, die gem. § 168 S. 2 BGB jederzeit frei widerruflich ist, kann d. organschaftl. Vertretungsmacht nur aus wichtigem Grund widerrufen werden, vgl. § 715 BGB, § 127 HGB; *Staudinger/Habermeier*, BGB, 2003, § 714 Rdnr. 2.

³ *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 1), § 14 II; *Grunewald*, GesellschaftsR, 8. Aufl. (2011), 1 A Rdnrn. 42 ff.

⁴ Anderes gilt nach § 727 I BGB f. d. GbR. Die Regelung ist allerdings dispositiv, d. h. die Gesellschafter können eine Fortsetzungsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen.

⁵ Das Ausscheiden begründet f. den oder die Erben d. *H1* einen Abfindungsanspruch. Sollen d. Erbe des *H1* o. ein Dritter d. Gesellschafterstellung übernehmen, bedarf es einer Nachfolge- o. Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag; s. *Windbichler*, GesellschaftsR, 22. Aufl. (2009), § 16 Rdnrn. 1 ff.

⁶ *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 1), § 14 II 2.

⁷ BGHZ 33, 105 (108) = NJW 1960, 1997.

⁸ *Windbichler* (o. Fußn. 5), § 7 Rdnr. 3.

⁹ *Windbichler*, ebda.

¹⁰ *Windbichler*, ebda.

¹¹ *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnr. 18.

¹² BGH, NJW 1986, 844; *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnr. 23.

¹³ *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2009), § 705 Rdnr. 241.

¹⁴ *Musielak*, ZPO, 10. Aufl. (2010), Rdnr. 120.

- 15 Der Begriff *actio pro socio* stammt aus dem röm. Recht. Er wird meistens übersetzt m. „Gesellschafterklage“. In d. Bedeutung, die er im röm. Recht hatte, ist eine Übersetzung m. „Klage als Gesellschafter“ jedoch präziser: Dort klagte man nämlich nicht aus einem Recht, sondern aus einer rechtl. Stellung; *Wiedemann*, GesellschaftsR II, 2004, § 3 III 6.
- 16 Vgl. zum Begriff „Sozialansprüche“ *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 1), § 19 III 2.
- 17 Zum Meinungsstreit *Windbichler* (o. Fußn. 5), § 7 Rdnr. 6; *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnrn. 62 ff.
- 18 RGZ 91, 34 (36); BGHZ 10, 91 (101) = NJW 1953, 1217; *Flume*, BGB AT I/1, 1977, § 10 IV.
- 19 Zur Treuepflicht s. o. *Fall 9*.
- 20 Vgl. dazu ausführlicher *Wiedemann* (o. Fußn. 15), § 3 III 6 m. w. Nachw.
- 21 *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 13), § 705 Rdnr. 209; *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnrn. 63 ff.; eingeschränkt *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 1), § 21 IV 4; *Wiedemann* (o. Fußn. 15), § 3 III 6.
- 22 *Soergel/Hadding*, BGB, 12. Aufl. (2007), § 705 Rdnr. 50; a. A. für gesetzl. Prozessstandschaft *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 1), § 21 IV 4, jedoch nur, wenn nicht alle Gesellschafter gemeinsam vertretungsberechtigt sind; ohne Einschränkung *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 13), § 705 Rdnr. 209.
- 23 *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnr. 64.
- 24 Unterschiede ergeben sich hauptsächl. bei d. Beweislast: Geht man von einer Prozessstandschaft aus, so ist d. Klagebefugnis d. Ausnahme u. muss vom Kl. dargelegt werden. Nimmt man an, dass bei der *actio pro socio* ein eigener Anspruch geltend gemacht wird, muss d. Bekl. im Einzelfall einwenden, dass d. Geltendmachung d. Anspruchs gg. die Treuepflicht u. damit gg. § 242 BGB verstößt.
- 25 Zu solchen Ansprüchen s. *Fall 13 a* u. *13 b*.
- 26 *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 1), § 21 IV 7.
- 27 Zu alldem BGHZ 39, 14 (18) = NJW 1963, 641; *BGH*, NJW 1988, 1585.
- 28 Zur Doppelverpflichtungslehre vgl. nur BGHZ 74, 240 (242) = NJW 1979, 1821; *BGH*, NJW 1998, 2904 (2905); *Soergel/Hadding* (o. Fußn. 22), § 714 Rdnrn. 9, 29.. Die Vertretungsmacht, die der Erklärende benötigte, um auch seine Mitgesellschafter verpflichten zu können, leitete man aus dem Gesellschaftsvertrag ab.
- 29 BGHZ 142, 315 (319) = NJW 1999, 3483 = JuS 2000, 188 (*Karsten Schmidt*); 150, 1 = NJW 2002, 1642; *BGH*, NJW 2002, 1207; *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnr. 109; *Dauner-Lieb*, DStR 1998, 2014.
- 30 *Windbichler* (o. Fußn. 5), § 9 Rdnr. 8; *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnr. 110.
- 31 *Wünsche*, JuS 2009, 980 (983).
- 32 BGHZ 154, 88 (93 f.) = NJW 2003, 1445 = JuS 2003, 708 (*Karsten Schmidt*).
- 33 *BGH*, NJW 1952, 537 (538).
- 34 Der Begriff d. „anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ ist von d. Rspr. ausgedehnt worden u. erfasst jeden, dem durch d. allg. Betriebsregelung u. Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen d. Verbands zur selbstst., eigenverantwortl. Erfüllung zugewiesen sind, so dass er d. Verband auf diese Weise repräsentiert, vgl. BGHZ 19, 21 = NJW 1956, 60, für die GmbH; *Reuter*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 13), § 31 Rdnrn. 20 ff.
- 35 *BGH*, NJW 1952, 537 (538).
- 36 *Reuter*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 13), § 31 Rdnr. 33.
- 37 *BGH*, NJW 1952, 537 (538).
- 38 BGHZ 154, 88 (94 f.) = NJW 2003, 1445 = JuS 2003, 708 (*Karsten Schmidt*).
- 39 *Flume* (o. Fußn. 18), § 16 IV 6.
- 40 *Karsten Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1900).

41 BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1596 = JuS 2003, 815 (*Karsten Schmidt*); zust. *Habersack/Schürmbrand*, JuS 2003, 739; *Casper/Eberspächer*, Jura 2003, 770 (772).

42 BGHZ 104, 76 = NJW 1988, 1976.

43 BGHZ 42, 396 = NJW 1965, 627.

44 F. d. GbR fehlt eine entspr. Norm, so dass hier §§ 713, 670 BGB als Anspruchsgrdl. heranzuziehen sind u. nicht etwa § 426 I 1 BGB; *Soergel/Hadding* (o. Fußn. 22), § 714 Rdnr. 36.

45 *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. (2009), § 110 Rdnr. 7; *Koller*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 7. Aufl. (2011), § 110 Rdnr. 2.

46 *Schäfer*, in: *Staub*, HGB, 5. Aufl. (2009), § 110 Rdnrn. 3, 12; a. A. *Baumbach/Hopt* (o. Fußn. 45), § 110 Rdnr. 10, der e. direkte Anwendung d. § 110 HGB ablehnt, allerdings zum selben Ergebnis gelangt, indem er d. Norm auf d. Begleichung v. Gesellschaftsschulden analog anwendet.

47 *Medicus/Lorenz*, SchuldR I, 19. Aufl. (2010), Rdnr. 383. Zwar rechnet diese Norm ausdrückl. nur ein Verschulden zu; sofern eine Handlung Voraussetzung ist, wird aber auch diese zugerechnet, *Looschelders*, SchuldR AT, 7. Aufl. (2009), Rdnr. 541; *Medicus/Lorenz* (o. Fußn. 47), Rdnr. 393.

48 *Karsten Schmidt* (o. Fußn. 1), § 10 IV 4.

49 *Grunewald* (o. Fußn. 3), 1 A Rdnr. 124.

50 *BGH*, NJW-RR 1989, 995 (996); anders noch RGZ 158, 302 (312): GoA.

51 *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 13), § 708 Rdnr. 10.

52 *BGH*, NJW 1997, 314.