



C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**  
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT  
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

# Gesellschaftsrecht im Überblick

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Sommersemester 2024

## Einheit 6: Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, Teil 5/8)

**C | A | U**

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

**I. Einführung**

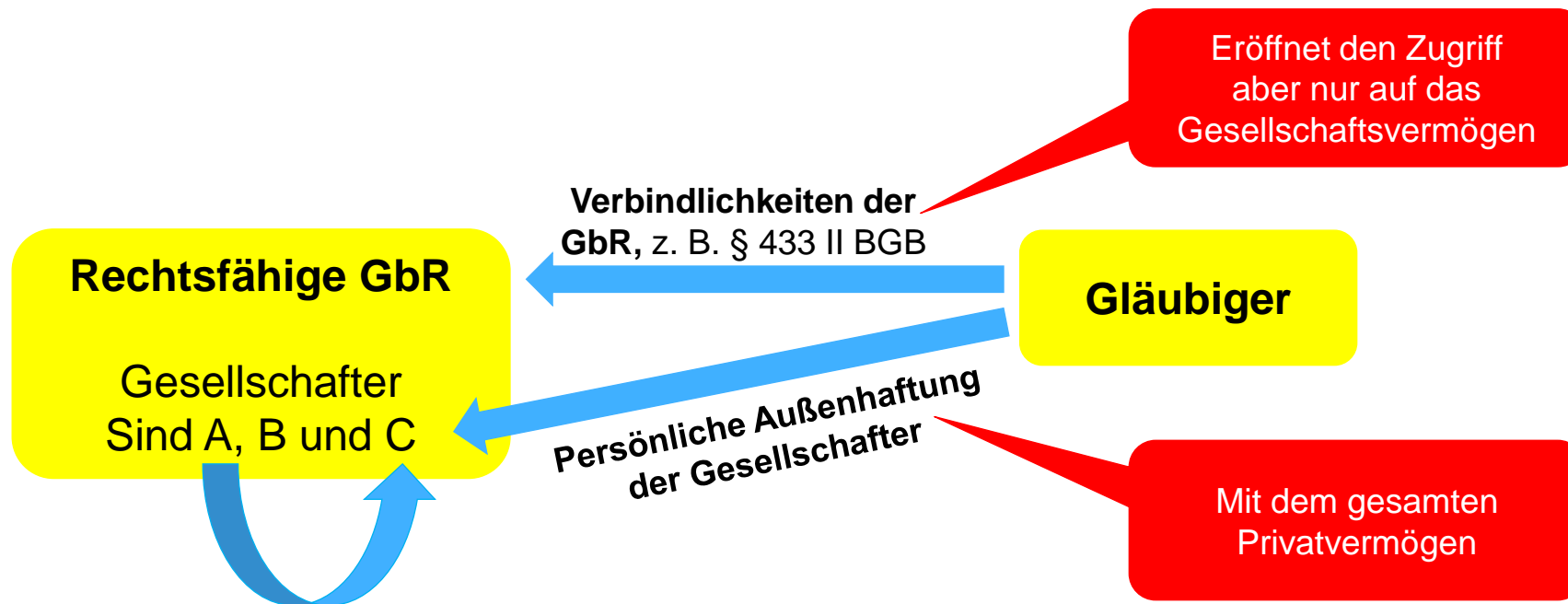
**II. Innenhaftung der Gesellschafter**

**III. Außenhaftung der Gesellschafter**

# Einheit 6: GbR (Teil 5/8)

## I. Einführung

- Jede **rechtsfähige Gesellschaft** hat Innen- und eine Außenverhältnis. **Nicht rechtsfähige Gesellschaften** haben kein Außen-, sondern nur ein Innenverhältnis (s. Einheit 2).
- Daher sind bei der Haftung der Gesellschafter **zwei Konstellationen** zu unterscheiden, nämlich
  1. die Haftung der Gesellschafter im **Innenverhältnis** zueinander und
  2. die Haftung der Gesellschafter im **Außenverhältnis** gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft.



## II. Innenhaftung der Gesellschafter

### 1. Überblick

- Jeder **Gesellschaftsvertrag** einer GbR enthält **schuldrechtliche Elemente** (s. Einheit 3), z. B. die Förderungs- und die Treuepflicht.
- Verletzt ein Gesellschafter die ihm obliegende Pflicht, ist er nach **§ 280 I 1 BGB** zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB).
- **Gläubiger** des Ersatzanspruchs ist der Gläubiger des Primäranspruchs, also die **Mitgesellschafter**, und zwar sowohl bei einer rechtsfähigen GbR als auch bei einer nicht rechtsfähigen GbR.
- Seit dem Inkrafttreten des **MoPeG** am 1.1.2024 enthalten die **§§ 705 ff. BGB keine Regelung** mehr, die diesen Ersatzanspruch einschränkt.

## II. Innenhaftung der Gesellschafter

### 2. Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbeschränkung

- **Bis zum 31.12.2023** modifizierte **§ 708 BGB** den Maßstab des Vertretenmüssens nach § 276 I 1 BGB **kraft Gesetzes** dahingehend, dass der Gesellschaft nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hatte, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (sog. *diligencia quam in suis*).
- Der Vorschrift lag der Gedanke zugrunde, dass „Parteien, die miteinander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigen, ... sich gegenseitig so nehmen wollen, wie sie einmal seien, dass jeder Teil ... daher nur verlange, das er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten die Sorgfalt wie in den eigenen Angelegenheiten übe“ (Mot. II S. 985).
- Die Entscheidung, das Haftungsprivileg **im Zuge des MoPeG ersatzlos aufzuheben**, war insbesondere dadurch motiviert, dass es insbesondere bei sog. **Publikumsgesellschaften** in der Rechtsform einer rechtsfähigen GbR an der maßgeblichen persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter fehlt.

## II. Innenhaftung der Gesellschafter

### 2. Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbeschränkung

- Die Aufhebung des § 708 BGB a. F. mit Wirkung zum 1.1.2024 hindert die Gesellschafter nicht daran, ein vergleichbares Haftungsprivileg **im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren**.
- Ein dahingehender Wille wird sich bei einer rechtsfähigen GbR, die sich als Unternehmer betätigt (§ 14 II BGB), selten feststellen lassen. In Betracht kommt er vor allem **nicht rechtsfähigen Gelegenheitsgesellschaften**.
- Da solche Gesellschaften i.d.R. über keinen geschriebenen Gesellschaftsvertrag verfügen, stellt sich die Frage, ob die Gesellschafter **stillschweigend** ein solches Haftungsprivileg vereinbart haben.

## II. Innenhaftung der Gesellschafter

### 2. Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbeschränkung

**Bsp. 1:** Die Freunde A, B und C beschließen gemeinsam Lotto zu spielen. Jeder soll wöchentlich 3 Euro geben, der Tippschein „Reih um“ ausgefüllt und abgegeben werden. Nach einigen erfolglosen Wochen ist A an der Reihe. Er vergisst jedoch den ausgefüllten Tippschein abzugeben. Haben B und C Ansprüche gegen A, wenn der Tippschein gewinnt?

**Bsp. 2:** Die Hobbyfußballer D, E und F bilden eine Fahrgemeinschaft zu den Auswärtsspielen ihrer Mannschaft. D fährt mit seinem Pkw, E und F leisten einen Beitrag zum Benzin. Als D eine rote Ampel überfährt, wird F bei der Kollision mit einem anderen Fahrzeug verletzt. Kann er von D auch dann Schadensersatz verlangen, wenn D die eigenübliche Sorgfalt beachtet hat?

## II. Innenhaftung der Gesellschafter

### 2. Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbeschränkung

- Enthält der Gesellschaftsvertrag ein Haftungsprivileg, gilt es zunächst dessen Anwendungsbereich durch Auslegung zu ermitteln. Die aus **§ 708 BGB a. F.** bekannte Formulierung „**bei der Erfüllung der ihm** (Anm.: dem Gesellschafter) **obliegenden Verpflichtungen**“ umfasst i.d.R. nicht nur die Förderungs- und Beitragspflicht, sondern auch die Pflicht zur Geschäftsführung (§ 715 I BGB, s. BGH, NJW 1997, 314) sowie die Sorgfalts- und Treuepflicht.
- Die Rechtsfolge, nämlich die **Modifikation des Vertretenmüssens** (§ 276 I 1 BGB), ist im Rahmen der **Entlastung** nach § 280 I 2 BGB in **zwei Schritten** zu prüfen:
  - (1) Hat der Gesellschafter (einfach) **fahrlässig** gehandelt? In Ansehung von **§ 277 BGB** kann das § 708 BGB a. F. nachgebildete Haftungsprivileg den Gesellschafter nur von der Haftung wegen (einfacher) Fahrlässigkeit entlasten.
  - (2) Als **Vergleichsmaßstab** ist die Sorgfalt zu bestimmen, die der Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.
- In der **Summe** gelingt dem Gesellschafter die **Entlastung** (§ 280 I 2 BGB) nur, wenn er in der konkreten Angelegenheit im Bereich der (einfachen) Fahrlässigkeit eine höhere Sorgfalt hat walten lassen, als sie in seinen eigenen Angelegenheiten üblich ist.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 1. Einführung

Bei der sog. Außenhaftung der Gesellschafter sind zwei Gruppen von Gläubigern zu unterscheiden, nämlich die **persönlichen Gläubiger der Gesellschafter** und die **Gläubiger der Gesellschaft**.

- (1) Die sog. **persönlichen Gläubiger** der Gesellschafter sind solche, die einen **Anspruch nur gegen die Gesellschafter** haben, sei es aus einem Vertrag, sei es aufgrund Gesetzes. Entsprechend dem Inhalt des materiell-rechtlichen Anspruchs können sie – einen Titel vorausgesetzt – nur in das **Privatvermögen der Gesellschafter** vollstrecken.
- (2) Den **Gläubiger einer rechtsfähigen Gesellschaft** haben einen **Anspruch gegen die Gesellschaft** und können daher – einen Titel vorausgesetzt – in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken.
  - Da den §§ 705 ff. BGB – im Unterschied zum GmbH-Recht (§§ 30 ff. GmbHG) – eine Verpflichtung zur **Kapitalerhaltung unbekannt** ist, die Gesellschafter also nicht nur den Gewinn, sondern auch ihre Einlagen entnehmen können, kann der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen „wertlos“ sein.
  - Daher bestimmt **§ 721 Satz 1 BGB**, dass die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der rechtsfähigen GbR den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich haften.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 3. Voraussetzungen des § 721 Satz 1 BGB

Der Tatbestand des § 721 Satz 1 BGB besteht aus **zwei Voraussetzungen**:

- (1) „**Gesellschafter**“ einer rechtsfähigen GbR als Haftungsschuldner
- (2) „**Verbindlichkeit der Gesellschaft**“
  - Die Voraussetzung lässt erkennen, dass die Haftung nach § 721 Satz 1 BGB **akzessorisch** ist, d. h. sie setzt eine bestehende Verbindlichkeit der rechtsfähigen GbR voraus.
  - Der **Rechtsgrund** der Verbindlichkeit ist **unerheblich**, d. h. die Haftung umfasst unterschiedslos sowohl **rechtsgeschäftlich** begründete als auch **gesetzliche** Verbindlichkeiten.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 3. Voraussetzungen des § 721 S. 1

Der Tatbestand des § 721 Satz 1

(1) „**Gesellschafter**“ einer rechtsfähigen GbR

(2) „**Verbindlichkeit der Gesellschaft**“

- Die Voraussetzung läßt sich im BGB **akzessorisch** an der Verbindlichkeit der rechtsfähigen GbR anknüpfen.
- Der **Rechtsgrund** der Verbindlichkeit ist **unbeschränkt**, d.h. die Haftung umfasst unterschiedslos sowohl **rechtsgeschäftlich** begründete als auch **gesetzliche** Verbindlichkeiten.

#### Exkurs:

Unerlaubte Handlungen werden ganz überwiegend durch **Realakte** begangen. Gesellschaften sind jedoch *selbst* nicht handlungsfähig. Sie handeln durch **natürliche Personen**, insbesondere ihre geschäftsführenden Gesellschafter. Deren Realakte werden der rechtsfähigen GbR **analog § 31 BGB** zugerechnet, wenn sie „in Ausführung der ihm (Anm.: ihnen) zustehenden Verrichtung“ begangen werden (BGHZ 154, 88, 94).

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 4. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolge des § 721 Satz 1 BGB besteht aus **drei Elementen**:

**a) Haftung**

*(„Die Gesellschafter haften ...“)*

**b) Persönliche Haftung**

*(„Die Gesellschafter haften ... persönlich“)*

**c) Gesamtschuldnerische Haftung**

*(„Die Gesellschafter haften ... als Gesamtschuldner“)*

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 4. Rechtsfolgen

#### a) Haftung

- Ist die Verbindlichkeit der rechtsfähigen GbR eine **Geldschuld**, haften auch die Gesellschafter auf eine Geldleistung.
- Ist die rechtsfähige eGbR hingegen z. B. aufgrund eines **Kaufvertrags** verpflichtet, ein **Grundstück** aus ihrem Gesellschaftsvermögen zu übereignen und zu übergeben (§ 433 I 1 BGB), kann der Gesellschafter diese Leistung nicht ohne Weiteres erbringen.
- Die damit aufgeworfene Frage nach dem **Inhalt der Haftung** der Gesellschafter beantwortet der Wortlaut des § 721 Satz 1 BGB nicht. Der Begriff „haften“ ist insoweit **nichtssagend**.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 4. Rechtsfolgen

#### a) Haftung

- Nach der sog. **Haftungstheorie** erschöpft die Haftung der Gesellschafter sich bei Nicht-Geldschulden auf die Leistung einer entsprechenden Geldsumme.
  - Diese Theorie bricht mit der für die Außenhaftung der Gesellschafter charakteristischen **Akzessorietät**.
  - Ist die Verbindlichkeit der Gesellschaft eine **Gattungsschuld** (§ 243 I BGB), entbindet die Haftungstheorie die Gesellschafter ggf. von dem sog. **Beschaffungsrisiko**, also von dem Mehraufwand, einen geschuldeten Gegenstand mittlerer Art und Güte bei einem Dritten zu beschaffen.
- Vorzugswürdig erscheint daher die sog. **Erfüllungstheorie**, nach der die Verbindlichkeit der Gesellschafter auch bei Nicht-Geldschulden grds. inhaltsgleich mit der Verbindlichkeit der Gesellschaft ist.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 4. Rechtsfolgen

#### a) Haftung

- Nach der sog. **Haftungstheorie** haftet der Gesellschafter sich bei Nicht-Geldschulden nur **ausnahmsweise** in eine **Geldschuld**, nämlich wenn ihre Leistung nicht denselben Erfolg bewirken würde, wie die der Gesellschaft. Dies ist i.d.R. bei **unvertretbaren Handlungen**, insbesondere bei Duldungs- und Unterlassungspflichten sowie der Abgabe einer Willenserklärung (z. B. §§ 873 I, 925 I BGB), anzunehmen.
- Ist die Verbindlichkeit der Gesellschaft eine sog. **Beschaffungspflicht**, d. h. die Beschaffung eines geschuldeten Gegenstand mittlerer Art und Größe bei einem Dritten zu beschaffen, so haftet der Gesellschafter **grds. nicht**.
- Vorzugswürdig erscheint daher die sog. **Erfüllungstheorie**, nach der die Verbindlichkeit der Gesellschafter auch bei Nicht-Geldschulden grds. inhaltsgleich mit der Verbindlichkeit der Gesellschaft ist.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 4. Rechtsfolgen

#### b) Persönliche Haftung

- Nach § 721 Satz 1 BGB haften die Gesellschafter „**persönlich**“ für die Verbindlichkeiten der rechtsfähigen GbR.
- Dieses Attribut stellt klar, dass für die Verbindlichkeiten der rechtsfähigen GbR nicht nur das **Gesellschaftsvermögen** haftet, sondern auch das **gesamte Privatvermögen** des Gesellschafters.
- Hierdurch wird das **fehlende Gebot der Kapitalerhaltung kompensiert**. Werte, die aus dem Gesellschaftsvermögen in das Privatvermögen des Gesellschafters überführt werden, sind der Haftungsmasse also nicht entzogen.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 4. Rechtsfolgen

#### c) Gesamtschuldnerische Haftung

- Nach § 721 Satz 1 BGB haften die Gesellschafter den (Gesellschafts-)Gläubigern „**als Gesamtschuldner**“. Mit dieser Formulierung konstituiert die Vorschrift eine Gesamtschuld i.S.d. §§ 421 ff. BGB im **Verhältnis der Gesellschafter untereinander**.
  - Von Bedeutung ist diese Anordnung insbesondere für den **Regress der Gesellschafter untereinander**, wenn (nur) einer von ihnen für eine Verbindlichkeit der rechtsfähigen GbR in Anspruch genommen wird oder sogar bereits geleistet hat (s. Einheit 7).
- Für das **Verhältnis** zwischen der **rechtsfähigen GbR** einerseits und den **Gesellschaftern** andererseits trifft § 721 Satz 1 BGB keine Aussage.
  - Die **Akzessorietät** der Gesellschafterhaftung (s. o.) lässt erkennen, dass zwischen den Haftungsadressaten ein **Stufenverhältnis** besteht, das insoweit eine Gesamtschuld ausschließt.
  - Um jedoch zu verhindern, dass die (Gesellschafts-)Gläubiger die Leistung sowohl von der rechtsfähigen GbR als auch von den Gesellschaftern verlangen können, haften sie nicht als, sondern (nur) „**wie Gesamtschuldner**“ (BGHZ 146, 341, 358 f. = NJW 2001, 1056).

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 5. Entgegenstehende Vereinbarungen

- Eine der Haftung nach § 721 Satz 1 BGB „entgegenstehende Vereinbarung“ ist Dritten gegenüber nach **§ 721 Satz 2 BGB** unwirksam. Gemeint sind nur Vereinbarungen **im Gesellschaftsvertrag**.
- Hiervon unberührt ist die Möglichkeit eines Ausschlusses der persönlichen Haftung durch **Vereinbarung** zwischen dem **Gesellschafter** und dem **(Gesellschafts-) Gläubiger**.
- Hierbei handelt es sich um einen antizipierten **Erläss** (§ 397 I BGB), der mit **Einzelwirkung** zugunsten eines Gesellschafters abgeschlossen werden kann (§ 423 BGB).
- Bei dem Erläss muss es sich grds. um eine **Individualvereinbarung** handeln. Ein Ausschluss in AGB ist nur bei sog. Publikumsgesellschaften mit § 307 I 1 BGB vereinbar, da die Gläubiger bei diesen keine persönliche Haftung der Gesellschafter („Anleger“) erwarten.

## III. Außenhaftung der Gesellschafter

### 5. Entgegenstehende Vereinbarungen

**Bsp.:** Die A-GbR führt gemäß ihrem Gesellschaftsvertrag im Rechtsverkehr den **Zusatz „mbH“**. Genügt dies, um die persönliche Haftung der Gesellschafter auszuschließen?

- Bloße Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ist den Gläubigern gegenüber nach **§ 721 Satz 2 BGB** unwirksam.
- Die **bloße Kenntnis der Gläubiger**, dass die Gesellschafter nicht persönlich haften wollen, genügt für einen Ausschluss der Haftung nicht.
- Erforderlich ist der (von den Gesellschaftern zu erbringende) Nachweis, dass die Gläubiger den darin enthaltenen **Antrag** auf einen antizipierten Erlassvertrag **angenommen** haben (§ 151 Satz 1 BGB). Dieser Nachweis kann i.d.R. nicht erbracht werden.

# Einheit 6: GbR (Teil 5/8)

---

## Lesehinweise zur Vertiefung:

- OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 1266 ff. (Lottogemeinschaft)
- *Schirmacher*, ZHR 186 (2022), 250 ff.
- *Koch*, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, §§ 7 II
- *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 9

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und  
europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht

**Mail:** [SekFest@law.uni-kiel.de](mailto:SekFest@law.uni-kiel.de)

Aktuelle Hinweise finden Sie unter:

**Homepage:** <https://www.fest.jura.uni-kiel.de>

**Instagram:** [@prof\\_fest](https://www.instagram.com/prof_fest)