



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 7: Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, Teil 6/8)

**C | A | U**

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

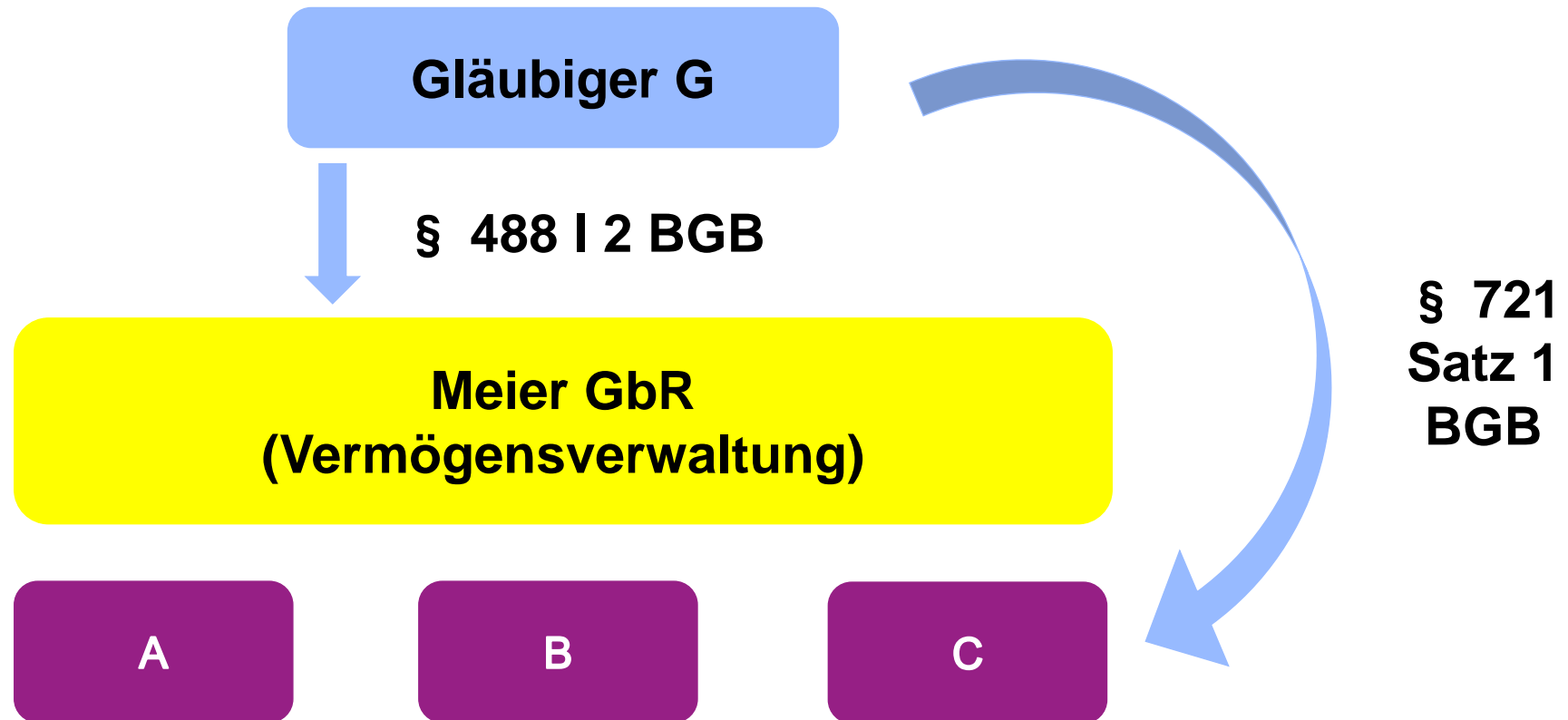
### Fortsetzung zur Außenhaftung der Gesellschafter (Einheit 6)

- I. Wiederholung & Beispiel
- II. Einwendungen und Einreden
- III. Regress

# Einheit 7: GbR (Teil 6/8)

## I. Wiederholung & Beispiel

Zur Wiederholung und zur Illustration für die heutige Einheit soll folgendes **Beispiel** dienen:



## II. Einwendungen und Einreden

### 1. Überblick

Gegen die persönliche Haftung nach § 721 Satz 1 BGB stehen den Gesellschafter nach **§ 721b BGB** folgende Einwendungen zu:

1. Persönliche Einwendungen und Einreden
2. Einwendungen und Einreden der GbR (§ 721b I HGB)
3. Einrede der Gestaltbarkeit (§ 721b II HGB)

## II. Einwendungen und Einreden

### 2. Persönliche Einwendungen und Einreden

- In Ansehung von § 721b I BGB („Einwendungen und Einreden, die nicht in seiner Person begründet sind“) sind sog. persönliche Einwendungen solche, die nicht von der Gesellschaft abgeleitet werden, sondern in der Person des Gesellschafters begründet sind.
- Nach ihrer Entstehung sind **zwei Gruppen** von persönlichen Einwendungen und Einreden zu unterscheiden:
  - die **unmittelbar** im Verhältnis zwischen dem Gesellschaftsgläubiger und dem haftenden Gesellschafter begründeten Einwendungen und Einreden (z. B. Erlassvertrag mit Einzelwirkung) sowie
  - durch andere Gesellschafter begründete Einwendungen und Einreden, die **Gesamtwirkung** entfalten (z. B. Erfüllung, § 422 I 1 BGB).
- § 721 BGB regelt nur die Geltendmachung von Einwendungen und Einreden der Gesellschaft. Das Recht der Gesellschafter, persönliche Einwendungen geltend zu machen, wird **durch § 721b BGB nicht eingeschränkt**.

## II. Einwendungen und Einreden

### 3. Einwendungen und Einreden der GbR

#### a) Überblick

- Einwendungen der Gesellschaft können die Gesellschafter nach **§ 721b I BGB** nur „insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.“
- Die Regelung ist Ausdruck der **Akzessorietät** der persönlichen Haftung der Gesellschafter.
- **Bsp.:** Eine zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft vereinbarte **Stundung** können auch die Gesellschafter ihrer Haftung entgegensetzen.
- Schwierigkeiten bereitet § 721b I BGB im Zusammenhang mit der **Verjährung** (§ 214 I BGB) und deren **Hemmung** (z. B. nach § 204 I Nr. 1 BGB).

## II. Einwendungen und Einreden

### 3. Einwendungen und Einreden der GbR

#### b) Verjährung und Hemmung

- Die §§ 721 ff. BGB enthalten **keine Sonderverjährung** für die persönliche Haftung der Gesellschafter.
- Daher gelten die allgemeinen Vorschriften der **§§ 194 ff. BGB**.
- Im Hinblick auf **§ 721b I BGB** sind **zwei Konstellationen** zu unterscheiden:
  - (1) Der Gläubiger erhebt Leistungsklage *ausschließlich* gegen die Gesellschaft.
  - (2) Der Gläubiger erhebt Leistungsklage *ausschließlich* gegen den Gesellschafter C.

## II. Einwendungen und Einreden

### 3. Einwendungen und Einreden

#### b) Verjährung und Hemmung

- Die §§ 721 ff. BGB enthalten die persönliche Haftung der Gesellschafter.
- Daher gelten die allgemeinen Verjährungsregeln des BGB.
- Im Hinblick auf § 721b BGB sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- (1) Der Gläubiger erhebt Leistungsklage *ausschließlich* gegen die Gesellschaft.
- (2) Der Gläubiger erhebt Leistungsklage *ausschließlich* gegen den Gesellschafter C.

Von der Möglichkeit einer **subjektive Klagehäufung**, nämlich einer Leistungsklage sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen die Gesellschafter, wird in Anbetracht der **Erhöhung des Streitwerts** (§ 5 Hs. 1 ZPO) und der Kosten in der Praxis häufig abgesehen.

## II. Einwendungen und Einreden

### 3. Einwendungen und Einreden der GbR

#### b) Verjährung und Hemmung

##### (1) Leistungsklage ausschließlich gegen die GbR

- Die Hemmung nach **§ 204 I Nr. 1 BGB** tritt nur gegenüber der **Prozesspartei** ein, also der GbR.
- Kann der Gesellschafter sich daher nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB) auf Verjährung berufen (§ 214 I BGB)? Denn ihm gegenüber ist die Verjährung nicht gehemmt worden (s. o.).
- Nach **§ 721b I BGB** kann er die Einrede aber nur insoweit geltend machen, als die GbR sie erheben kann. Danach kann der Gesellschafter die Einrede der Verjährung nicht erheben.
- Das Ergebnis wird durch **§ 739 III BGB** bestätigt,. Die Vorschrift erstreckt die Wirkung der Hemmung auf die Haftung des Gesellschafters. Sie gilt – ausweislich der systematischen Stellung – nur in der Liquidation der GbR. Für die sog. verbundene GbR enthalten die §§ 721 ff. BGB keine vergleichbare Regelung, weshalb insoweit ein **Umkehrschluss** zu § 739 III BGB naheliegt.

## II. Einwendungen und Einreden

### 3. Einwendungen und Einreden der GbR

#### b) Verjährung und Hemmung

##### (2) Leistungsklage ausschließlich gegen den Gesellschafter

- Durch eine Leistungsklage ausschließlich gegen den Gesellschafter wird die Verjährung **gegenüber der GbR nicht gehemmt**.
- Kann der Gesellschafter sich daher nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB) auf Verjährung berufen (§ 214 I BGB)?
- Die GbR kann ihre Leistung nach § 214 I BGB verweigern. Bei „strenger“ **Akzes-sorietät** müsste auch dem Gesellschafter die Einrede der Verjährung zustehen.
- Aber: Zum einen ist das Vertrauen des Gesellschafters in Rechtsfrieden **nicht schutzwürdig**. Zum anderen würde der Gläubiger gezwungen, stets auch gegen die GbR zu klagen.
- Daher besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Gesellschafter sich – entgegen dem Wortlaut des § 721b I BGB (**teleologische Reduktion**) – nicht auf Verjährung berufen kann (BGH, NJW 2022, 1020 Rn. 23 m.w.N.).

## II. Einwendungen und Einreden

### 4. Einrede der Gestaltbarkeit

#### a) Vorüberlegungen

- Durch **§ 721b I BGB** („insoweit“) wird das in der **Akzessorietät** angelegte Recht der Gesellschafter, Einwendungen und Einreden der GbR geltend zu machen, **eingeschränkt**.
- Durch **§ 721b II BGB** werden die Einreden **erweitert**:
  - Die Entscheidung darüber, ob die **GbR** ein ihr zustehendes **Gestaltungsrecht** (z. B. Anfechtung des Vertrags, Aufrechnung) ausübt, obliegt den zur Geschäftsführung befugten Gesellschaftern.
  - Solange die GbR ein ihr zustehendes Gestaltungsrecht **noch nicht ausgeübt** hat, dieses aber ausüben kann, würde die ausschließliche Anwendung von § 721b I BGB dazu führen, dass die Gesellschafter die Befriedigung der Gläubiger nicht verweigern dürften.
  - Für diesen Zeitraum begründet § 721b II BGB die sog. **Einrede der Gestaltbarkeit**.

## II. Einwendungen und Einreden

### 4. Einrede der Gestaltbarkeit

#### a) Vorüberlegungen

- Durch **§ 721b I BGB** („insoweit“) der Gesellschaftsschuld der Gesellschafter, Einwendungen und Einreden **schränkt**.
- Durch **§ 721b II BGB** werden die Einreden der Gesellschaftsschuld der beauftragten beauftragten Gesellschaftern.
  - Die Entscheidung darüber, ob die Einreden der Gesellschaftsschuld der beauftragten beauftragten Gesellschaftern.
  - Solange die GbR ein ihr zustehendes Gestaltungsrecht **noch nicht ausgeübt** hat, dieses aber ausüben kann, würde die ausschließliche Anwendung von § 721b I BGB dazu führen, dass die Gesellschafter die Befriedigung der Gläubiger nicht verweigern dürften.
  - Für diesen Zeitraum begründet § 721b II BGB die sog. **Einrede der Gestaltbarkeit**.

Wurde das Gestaltungsrecht der GbR **bereits** wirksam **ausgeübt**, erlischt die Gesellschaftsschuld nach §§ 142 I, 389 BGB etc. Diese Einwendung können die Gesellschafter ihrer persönlichen Haftung nach **§ 721b I BGB** entgegensetzen. M.a.W.: Bei § 721b II BGB geht es um den Zeitraum vor der (noch wirksamen) Ausübung der Gestaltungsrechte.

## II. Einwendungen und Einreden

### 4. Einrede der Gestaltbarkeit

#### b) Tatbestand

- **Gegenständlich** ist die Einrede der Gestaltbarkeit nach § 721b II BGB – im Unterschied zu § 129 II, III HGB a. F. – nicht auf einzelne Gestaltungsrechte beschränkt, sondern umfasst **sämtliche Gestaltungsrechte**, also neben der ausdrücklich genannten Anfechtung und Aufrechnung z. B. auch den Rücktritt und den Widerruf.
- **Zeitlich** wird die Einrede der Gestaltbarkeit nach § 721b II BGB durch die Formulierung „**solange** der Gesellschaft in Ansehung der Verbindlichkeit ... ein ... Gestaltungsrecht ... zusteht“ beschränkt, und zwar:
  - Das Gestaltungsrecht steht der GbR nicht mehr zu, wenn und sobald es **bereits ausgeübt** wurde. Diese Konstellationen regelt **§ 721b I BGB**.
  - Das Gestaltungsrecht steht der GbR auch dann nicht mehr zu, wenn und sobald die jeweilige **Ausübungsfrist (§§ 121, 124, 218 I 1, 355 II 1 BGB) abgelaufen** ist.

## II. Einwendungen und Einreden

### 4. Einrede der Gestaltbarkeit

#### b) Tatbestand

- **Gegenständlich** ist die Einrede der Gestaltbarkeit im Unterschied zu § 129 II, III HGB a. F. – nicht auf einzelne Gestaltungsrechte beschränkt, sondern umfasst **sämtliche Gestaltungsrechte**, also neben der ausdrücklich genannten Anfechtung und Aufrechnung z. B. auch den Rücktritt und den Widerruf.
- **Zeitlich** wird die Einrede der Gestaltbarkeit nach § 721b II BGB durch die Formulierung „**solange** der Gesellschaft in Ansehung der Verbindlichkeit ... ein ... Gestaltungsrecht ... zusteht“ beschränkt, und zwar:
  - Das Gestaltungsrecht steht der GbR nicht mehr zu, wenn und sobald es **bereits ausgeübt** wurde. Diese Konstellationen regelt **§ 721b I BGB**.
  - Das Gestaltungsrecht steht der GbR auch dann nicht mehr zu, wenn und sobald die jeweilige **Ausübungsfrist (§§ 121, 124, 218 I 1, 355 II 1 BGB) abgelaufen** ist.

Im Unterschied zu der OHG und KG kann die **GbR** auch **Verbraucher** (§ 13 BGB) sein. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn sie ausschließlich eigenes Vermögen verwaltet (z. B. BGH, NJW 2002, 368).

## III. Regress

### 1. Überblick

- Erbringt der persönlich in Anspruch genommene Gesellschafter die geschuldete Leistung, werden sowohl die übrigen Gesellschafter als auch die Gesellschaft von ihrer Verbindlichkeit befreit (§ 422 BGB ggf. analog).
- Es schließt sich die Frage an, **ob** und **bei wem** der Gesellschafter Regress nehmen kann. In Betracht kommen:
  1. Übrigen Gesellschafter
  2. GbR

## III. Regress

### 2. Regress bei den übrigen Gesellschaftern

#### a) Anspruchsgrundlagen

- Hat der Gläubiger die Gesellschaft nicht in Anspruch genommen, liegt es nahe, dass auch der leistende Gesellschafter Regress bei den übrigen Gesellschaftern suchen wird.
- Da die Gesellschafter den Gläubigern gemäß **§ 721 Satz 1 BGB** „**als Gesamtschuldner**“ haften, kommen in diesem Verhältnis zwei Regressansprüche in Betracht, nämlich:
  - (1) § 426 I BGB
  - (2) § 426 II 1 BGB i.V.m. § 721 Satz 1 BGB

## III. Regress

### 2. Regress bei den übrigen Gesellschaftern

#### b) Einwendungen der übrigen Gesellschafter

Fraglich ist insbesondere, welche **Einwendungen und Einreden** die übrigen Gesellschafter dem Regress entgegensetzen können.

#### (1) Verstößt der Regress gegen das Mehrbelastungsverbot? (RGZ 80, 268 ff.)

- Die Leistung des Gesellschafters **befreit** nicht nur ihn selbst, sondern – neben den übrigen Gesellschaftern – **auch** die GbR **von einer Verbindlichkeit** (§ 422 BGB analog) mit der Folge einer **Mehrung des Gesellschaftsvermögen**.
- Dies legt es nahe, in der Leistung einen („verdeckten“) **Nachschuss** zu sehen.
- Der Regress würde die wirtschaftliche Last des Nachschusses auf die übrigen Gesellschafter verteilen, obwohl diese gemäß § 710 Satz 1 BGB zu einer Erhöhung ihrer Beiträge gegen ihren Willen nicht verpflichtet sind.
- Daher dürfe der leistende Gesellschafter **Regress nur bei der Gesellschaft** suchen.
- **Aber:** Die Leistungen im Regress sind **keine Beiträge bzw. Nachschüsse**. Im Gegensatz zu der Leistung des Regress nehmenden Gesellschafters dienen sie nicht der Förderung des gemeinsamen Zwecks. Es wird lediglich die wirtschaftliche Last der Haftung verteilt.

## III. Regress

### 2. Regress bei den übrigen Gesellschaftern

#### b) Einwendungen der übrigen Gesellschafter

Fraglich ist insbesondere, welche **Einwendungen und Einreden** die übrigen Gesellschafter dem Regress entgegensetzen können.

#### (2) Subsidiarität

- Die Leistung des haftenden Gesellschafters **befreit** nicht nur ihn und die anderen Gesellschafter (§ 422 I 1 BGB) von seiner (Haftungs-)Verbindlichkeit, sondern **auch die GbR**.
- Daher erfolgt die Leistung zumindest auch im Interesse der GbR und unter **Schonung des Gesellschaftsvermögens** mit der Folge, dass die Treuepflicht es gebietet, Regress **primär bei der GbR** zu suchen.
- Der Regress bei den übrigen Gesellschaftern ist also **grds. subsidiär**, und zwar dergestalt, dass die Gesellschafter **grds.** nur nach einem **erfolglosen außergerichtlicher Regressversuch bei der GbR** in Anspruch genommen werden dürfen.
- Ist der Regress bei der GbR wegen Vermögenslosigkeit offensichtlich aussichtslos, kann der Gesellschafter **ausnahmsweise** unmittelbar Regress bei den übrigen Gesellschaftern suchen.

## III. Regress

### 2. Regress bei den übrigen Gesellschaftern

#### c) Umfang des Regresses

- Der Regress nach § 426 I 1 BGB – Gleiches gilt für § 426 II 1 BGB („Soweit“) – verteilt die Last **grds. „zu gleichen Anteilen“**.
- Dies jedoch gilt nur, **„soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“**
- Die abweichende Bestimmung muss nicht ausdrücklich auf den Gesamtschuldnerausgleich bezogen sein.
- Dies hat zur Folge, dass der Regressumfang sich in Anlehnung an die Regelung des Anteils an Gewinn und Verlust in **§ 709 III 1, 2 BGB** nach den vereinbarten Beteiligungsverhältnissen oder – subsidiär – nach dem Wert der Beiträge bestimmt.

## III. Regress

### 3. Regress bei der GbR

Für den grds. vorrangigen Regress bei der GbR kommen **drei Anspruchsgrundlagen** in Betracht:

- a) § 716 I Alt. 1 BGB
- b) § 426 I BGB
- c) § 426 II BGB analog

## III. Regress

### 3. Regress bei der GbR

#### a) § 716 I Alt. 1 BGB

- (1) Ist die Leistung zur Befriedigung der Gläubiger eine „**Aufwendung**“?
  - Aufwendungen sind *freiwillige* Vermögensopfer.
  - Der Begriff der Freiwilligkeit wird – in Ansehung der Alternative „Verluste“ – allerdings dahingehend ausgelegt, dass er sämtliche **Sonderopfer im fremden Interesse** umfasst.
- (2) Erfolgte die Leistung „**zum Zwecke der Geschäftsbesorgung**“?
  - Hierfür ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass der leistende Gesellschafter objektiv im Geschäftskreis der GbR tätig geworden ist und subjektiv für die GbR gehandelt hat.
  - Dies ist aufgrund der Tatsache, dass seine Tilgungsleistung die GbR von der Gesellschaftsschuld befreit, zu bejahen.
- (3) Durfte der Gesellschafter die Leistung „**für erforderlich halten**“?
  - Hierfür ist es erforderlich, dass ein sorgfältig prüfender Gesellschafter der Überzeugung sein durfte, leisten zu müssen.
  - Dies ist insbesondere zu verneinen, wenn dem Gesellschafter eine Einwendung oder Einrede zustand (s. o.).

## III. Regress

### 3. Regress bei der GbR

#### b) § 426 I BGB

- Der Regress nach § 426 I BGB setzt voraus, dass Regressgläubiger und Regressschuldner (GbR) **Gesamtschuldner** i.S.d. § 421 Satz 1 BGB sind.
- In **§ 721 Satz 1 HGB** ist nur eine Gesamtschuld der Gesellschafter untereinander angeordnet, nicht aber im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der GbR.
- Da die Gesellschafter **akzessorisch** für die Gesellschaftsschuld haften, fehlt es in ihrem Verhältnis zu der GbR an der ungeschriebenen Voraussetzung der **Gleichstufigkeit**.
- Dieser Umstand äußert sich darin, dass u. a. darin, dass die Gesellschafter und die GbR in dem (Ausnahme-)Fall einer subjektiven Klagehäufung im **Urteilstenor** nicht „als“, sondern nur „**wie**“ **Gesamtschuldner** verurteilt werden (BGHZ 146, 341, 358 f. = NJW 2001, 1056).

## III. Regress

### 3. Regress bei der GbR

#### c) § 426 II BGB

- Der Regress nach § 426 II BGB kommt nur im Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander in Betracht, also nur im Verhältnis der Gesellschafter zueinander.
- Die GbR und die Gesellschafter sind **keine Gesamtschuldner** (s. o.). Daher scheidet insoweit eine direkte Anwendung von § 426 II BGB aus.
- In Betracht kommt nur eine **analoge Anwendung**, wenn eine Regelungslücke besteht.
- Anlass, über eine Regelungslücke nachzudenken, ist die Tatsache, dass § 426 II BGB eine Legalzession der Gesellschaftsschuld bewirkt mit der Folge, dass – im Unterschied zu § 716 I Alt. 1 BGB – auch die für die Gesellschaftsschuld bestellten akzessorischen Sicherungsrechte (z. B. Bürgschaft, Hypothek) auf den Regressgläubiger übergehen.
- Der **BGH** hat wegen der Regressmöglichkeit nach § 716 I Alt. 1 BGB (s. o.) eine Regelungslücke verneint (BGHZ 39, 319, 323 f. = NJW 1963, 1873 zu § 110 HGB a. F.).
- Teile der **Lit.** befürworten hingegen eine analoge Anwendung von § 426 II BGB (z. B. Henssler/Strohn/*Servatius*, GesR BGB § 721 Rn. 21) oder – aufgrund der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung – eine Gesamtanalogie zu den §§ 774 I, 1143 I, 1225 BGB (z. B. MüKoBGB/C. Schäfer § 721 Rn. 31).

## Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 42, 396 ff. (Einrede der Aufrechenbarkeit)
- *Koch*, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 7
- *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)