

MARC-PHILIPPE WELLER*

Von der GbR zur OHG: Abkehr „Vom Geist der Gesetze“ durch richterliche Rechtsfortbildung?

Übersicht

	Seite
I. Einführung	881
II. Historische Konzeption von GbR und OHG	883
1. Die OHG als Zusammenschluss von Professionellen	883
2. Die GbR als Zusammenschluss von Bürgern und „Semi-Professionellen“	883
III. Fortentwicklung der GbR zur OHG	884
1. Rechtsfähigkeit von GbR und OHG	885
a) Traditionelle Lehre: Die GbR als Objekt des Rechts	885
b) Gruppenlehre: Die GbR als Subjekt des Rechts	885
c) ARGE Weißes Ross	885
d) Verfassungskonformität der Gruppenlehre?	886
e) Gegenargument: Fehlende Rechtspersönlichkeit der GbR?	886
2. Haftungsverfassung	887
a) §§ 128, 130 HGB	887
b) Traditionelle Haftungsverfassung in der GbR: Nur vertragliche Haftung	888
c) Akzessorietätstheorie	888
d) Kritik	889
IV. Verbleibende Unterschiede zwischen GbR und OHG	890
1. Publizität	890
2. Firma	890
3. Geschäftsführung und Vertretung	891
4. Mitgliederwechsel	891
5. Privatautonome Gestaltungsfreiheit	891
V. Zusammenfassung in Thesen	891

I. Einführung

Der französische Staatstheoretiker *Montesquieu* hat in seinem berühmten Werk *De l'esprit des loix* („Vom Geist der Gesetze“) aus dem Jahr 1748 der Judikative klare Grenzen gesetzt. Nach *Montesquieu* ist die Judikative der Legislative unterzuordnen.¹ Er warnte davor, Rich-

* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Unternehmensrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim sowie Direktor des dortigen Instituts für Unternehmensrecht (IURUM). Der *Jubilar* hat dem *Verf.* die höchst ehrenvolle Aufgabe zuteil werden lassen, das von ihm begründete und bis zur 6. Aufl. 2001 bearbeitete Lehrbuch zum „Handels- und Gesellschaftsrecht“ fortzuführen. Der *Verf.* dankt dem *Jubilar* für das darin zum Ausdruck kommende Vertrauen, verbunden mit den besten Wünschen für die weitere wissenschaftliche und private Zukunft!

¹ *Montesquieu* Vom Geist der Gesetze, zitiert nach der von *Ernst Forsthoff* herausgegebenen deutschen Übersetzung, 1951, S. 109 ff.: „Unter der republikanischen Regierungsform entspricht es dem Wesen der Verfassung, dass die Richter sich an den Buchstaben des Gesetzes halten.“ Grundlegend zur richterlichen Rechtsfortbildung und ihren Grenzen jüngst *Maultzsch* Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010.

tern legislative Befugnisse zu gewähren; sie hätten sonst unbeschränkte Macht über Freiheit und Leben der Bürger.² Diese Sichtweise vom Primat der Legislative hat sich in den westlichen Demokratien durchgesetzt. So bestimmt Art. 20 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes: „Die Rechtsprechung [ist] an Gesetz und Recht gebunden“.

Die strikte Gesetzesbindung stößt bei Richtern freilich nicht immer „auf Gegenliebe“. Insbesondere der Europäische Gerichtshof wird für seine „kompetenzüberschreitende“ Judikatur kritisiert.³ Aber auch deutsche Gerichte halten sich nicht immer an den Primat der Legislative. So ist insbesondere der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH nicht gerade für seine „Demut“ vor dem Gesetzgeber bekannt. Er wird gemeinhin zu den „Königssenaten“ des BGH gerechnet.⁴ Daher verwundert es nicht, wenn er recht großzügig von seiner Kompetenz zur Rechtsfortbildung Gebrauch macht.⁵ Die Rechtsfortbildung fällt mitunter so großzügig aus, dass sie die Frage provoziert, ob sie noch vom „Geist der Gesetze“ getragen wird.⁶

Ein Paradebeispiel für die Überformung legislativer Vorgaben durch die Judikative ist das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Nach der historischen Konzeption des Gesetzgebers ist die GbR klar von der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) zu unterscheiden (dazu unter II.). Von dieser historischen Konzeption hat sich die jüngere Rechtsprechung jedoch gelöst. In einer der „spektakulärsten richterlichen Rechtsfortbildungen seit Inkrafttreten des BGB“⁷ wurde die (Außen-)GbR⁸ vom BGH in Richtung einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG) fortentwickelt.⁹ Diese Evolution gehe zu weit, meinen Kritiker.¹⁰ So spricht insbesondere *Canaris* von einer „unzulässige[n] Rechtsfortbildung contra legem“.¹¹ In der Tat gibt es zwischen der GbR und der OHG in den für eine Gesellschaft wichtigen Strukturmerkmalen der *Rechtsfähigkeit* und *Haftungsverfassung* praktisch keine Unterschiede mehr (dazu unter III.). Auch wenn die GbR insoweit als „Schwester“ der OHG erscheint, handelt es sich gleichwohl doch nur um die „kleine Schwester“.¹² Denn in den Merkmalen Publizität, Firmierung, Geschäftsführung und Vertretung sowie Mitgliedschaftswechsel zeigen sich sehr wohl noch Unterschiede zwischen den beiden Gesellschaftsformen (dazu unter IV.).

² *Montesquieu* (vorige Fn.) S. 111 ff.

³ Vgl. insbesondere *G.H. Roth/Hippold* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, 2008; *G.H. Roth* *Der EuGH und die Mitgliedstaaten – Ein zunehmend schwieriges Verhältnis*, in *Isak* (Hrsg.), *Krise – Kompetenz – Kooperation: Beiträge zum 9. Österreichischen Europarechtstag, 2010*, S. 127 ff.; *G.H. Roth* *Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht*, 2010, S. 23 ff.

⁴ Ähnlich *Peifer* NZG 2001, 296.

⁵ Vgl. den Überblick über die Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht durch den II. Zivilsenat des BGH bei *K. Schmidt* NJW 2000, 2927 ff.

⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen und Grenzen einer zulässigen Rechtsfortbildung *Larenz/Canaris* *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 191 ff., 232 ff.; *Canaris* ZGR 2004, 69, 78 ff.

⁷ *Canaris* ZGR 2004, 69, 70.

⁸ Die Außen-GbR ist der den §§ 705 ff. BGB zugrunde liegende Normal- bzw. Regeltypus. Im Gegensatz zu Innengesellschaften zeichnen sich Außengesellschaften durch eine Organisation und Identitätsausstattung aus, die für ein Auftreten im Rechtsverkehr erforderlich sind (zB durch Organe, über die die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen kann). Ausführlich zu den Abgrenzungskriterien *MünchKommBGB/Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 253 ff., 279 ff., 305 f.

⁹ *MünchKommBGB/Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 295, 299 ff., 303 ff.

¹⁰ Vgl. etwa *Canaris* ZGR 2004, 69 ff.; *Peifer* NZG 2001, 296 ff.

¹¹ *Canaris* ZGR 2004, 69.

¹² Terminus von *K. Schmidt* NJW 2003, 1897, 1904.

II. Historische Konzeption von GbR und OHG

1. Die OHG als Zusammenschluss von Professionellen

Die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers sind eindeutig: Die OHG ist die Rechtsform für Kaufleute, die gemeinsam ein Unternehmen betreiben.¹³ Sie wurde für berufliche „Profis“ konzipiert.¹⁴ Dabei standen wesentliche Prinzipien des Handelsrechts Pate, namentlich:¹⁵

- das Interesse der Kaufleute und ihrer (potentiellen) Geschäftspartner an schnellen und unkomplizierten Transaktionen,
- die Berücksichtigung der Interessen des Rechtsverkehrs an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und
- die Interessen der Gläubiger an einer effektiven Durchsetzbarkeit ihrer Forderungen.

Diese handelsrechtlichen Prinzipien haben sich in einer Reihe von Strukturmerkmalen der OHG niedergeschlagen:

1. So verleiht § 124 HGB der Gesellschaft als solcher Rechtsfähigkeit; die OHG wird dadurch selbst zum Vertragspartner. Dies reduziert die Komplexität des Vertragsschlusses gegenüber einem Regelungsmodell, bei dem alle Gesellschafter als Gesamtschuldner bzw. Gesamtgläubiger die Stellung einer Vertragspartei einnehmen. Komplexitätsreduktion bedeutet in ökonomischer Hinsicht Transaktionskostensenkung.¹⁶ Diese fördert ihrerseits im Interesse des Kaufmannsstandes Geschäftsabschlüsse. In dieselbe Richtung zielt die Regelung, dass jeder Gesellschafter die Gesellschaft einzeln vertreten kann (Einzelvertretungsbefugnis, § 125 Abs. 1 HGB).
2. Dem Interesse des Rechtsverkehrs an Rechtsklarheit wird durch die Pflicht zur Führung einer der Identifikation der Gesellschaft dienenden Bezeichnung, der Firma, Rechnung getragen (§ 105 Abs. 1 HGB). Hinzu kommt die Pflicht zur Eintragung der OHG im Handelsregister (vgl. § 106 HGB). Die damit einhergehende Publizität dient der Rechtssicherheit.
3. Das Interesse der Gläubiger an einer effektiven Forderungsdurchsetzung spiegelt sich schließlich in der persönlichen Haftung der Gesellschafter für alle Schulden der Gesellschaft wider (§ 128 HGB). Die unbeschränkte Haftung ist der Preis für die gegenüber Kapitalgesellschaften fehlende Kapitalaufbringung und -sicherung in der Personengesellschaft.¹⁷

2. Die GbR als Zusammenschluss von Bürgern und „Semi-Professionellen“

Die GbR ist demgegenüber aus historischer Perspektive nicht auf den professionellen Kaufmannsstand, sondern vielmehr auf „normale“ Bürger sowie auf Kleingewerbetreibende – mithin auf „Semi-Professionelle“ – zugeschnitten. Darüber hinaus ist sie – histo-

¹³ Vgl. G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 7 f., 187 ff.

¹⁴ Zur Professionalität als Charakteristikum des Handelsrechts G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 14.

¹⁵ Zu den Prinzipien des Handelsrechts G.H. Roth/M.-P. Weller Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 16.

¹⁶ Transaktionskosten sind die Kosten der Nutzung des Marktes, dh. mit Blick auf Verträge – unter Ausblendung des Preises – diejenigen Kosten, die aufzuwenden sind, um einen Vertrag einzugehen und durchzuführen, beispielsweise Kosten für die Informationsbeschaffung im Vorfeld des Vertragsschlusses, für die Vertragsverhandlungen, für die Vertragsabwicklung (inklusive Sicherungsmaßnahmen) aber auch die Kosten, die sich aus einem fehlgeschlagenen Vertrag oder einem Schadenseintritt bei der Vertragsdurchführung ergeben, Schäfer/Ott Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 398; Köhler ZHR 144 (1980), 589, 591; Nodoushani Rechtstheorie 37 (2006), 467, 469 f.

¹⁷ BGHZ 36, 224, 227.

risch bedingt – die Plattform für Zusammenschlüsse von Freiberuflern. Typische Erscheinungsformen der GbR sind Gelegenheitsgesellschaften in Gestalt von Reise-, Fahr- und Wohngemeinschaften, Jagd- und Bergtourensgesellschaften, Heizölbezugsgemeinschaften und Lotto-Tippgemeinschaften.¹⁸ Als Freiberufler-GbR fungieren namentlich Anwaltssozietäten,¹⁹ ärztliche Gemeinschaftspraxen und Architektengemeinschaften.²⁰ Letztere mögen aus heutiger Sicht zwar ebenfalls so professionell agieren wie Kaufleute. Indem sie der Gesetzgeber jedoch auf die Rechtsform der GbR anstatt auf diejenige der OHG verweist, bringt er zum Ausdruck, dass er den Professionalisierungsgrad von Freiberuflern *typisiert* niedriger ansetzt als den von Kaufleuten. Dies zeigt folgendes Beispiel: Der Kaufmann kann „mit seinem Wort“ bürgen (§ 350 HGB). Das bloße „Wort“ des Rechtsanwalts ist dagegen insoweit rechtlich unerheblich. Letzterer muss die Bürgschaftserklärung schriftlich abgeben (§ 766 BGB).²¹

Anders als bei der OHG stehen bei der GbR weniger die Interessen des Rechtsverkehrs als vielmehr die Interessen der einzelnen Gesellschafter im Vordergrund. Dementsprechend fehlt eine ausdrückliche Bestimmung zur Rechtsfähigkeit der GbR; bei dieser sind nach der historischen Vorstellung die Gesellschafter als natürliche Personen Träger der gesellschaftsbezogenen Rechte und Pflichten.²² Der stärkere Fokus auf die Gesellschafter zeigt sich ferner am Prinzip der Gesamtvertretung (§ 714 iVm. § 709 BGB); hiernach müssen alle Gesellschafter zusammenwirken, wenn die GbR im Rechtsverkehr auftritt.²³

Ausdruck des geringeren Professionalisierungsgrades ist nicht zuletzt die Haftungsverfassung in der GbR:²⁴ Nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers fällt die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden milder aus als in der OHG. So sollen die Gesellschafter nach § 427 BGB zwar für vertragliche Verpflichtungen als Gesamtschuldner haften.²⁵ Dagegen haften sie nicht für deliktische Verhaltensweisen ihrer Mitgesellschafter; auch für sonstige gesetzliche Verpflichtungen haften sie nach der historischen Vorstellung nicht.²⁶

Als Zwischenbilanz kann man festhalten, dass der historische Gesetzgeber mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) auf der einen und der offenen Handelsgesellschaft (OHG) auf der anderen Seite zwei Gesellschaftsformen geschaffen hat, die aufgrund ihres unterschiedlichen Professionalisierungsgrades klar zu trennende Strukturmerkmale aufweisen.

III. Fortentwicklung der GbR zur OHG

Der BGH hat in einer Reihe von Judikaten, insbesondere mit der ARGE Weißes Ross-Entscheidung im Jahr 2001,²⁷ die (Außen-)GbR der OHG in zwei wesentlichen Strukturmerkmalen gleichgestellt, nämlich im Hinblick auf die Rechtsfähigkeit (dazu unter 1.) und die Haftungsverfassung (dazu unter 2.).

¹⁸ MünchKommBGB/Ulmer 5. Aufl. 2009, Vor § 705 Rn. 34.

¹⁹ 45% aller Rechtsanwälte in Deutschland sind – trotz „Konkurrenz“ durch die Partnerschaftsgesellschaft, die Anwalts-GmbH, die Anwalts-AG und die Limited Liability Partnership (LLP) – nach wie vor in der Rechtsform der GbR organisiert, FAZ vom 17.11.2010, Rubrik „Recht und Steuern“.

²⁰ MünchKommBGB/Ulmer 5. Aufl. 2009, Vor § 705 Rn. 36 ff.

²¹ Vgl. G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 15, 689.

²² G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 209, 212.

²³ G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 369.

²⁴ Hierzu zB U. Huber in: FS Lutter, 2000, S. 107, 114 ff.

²⁵ U. Huber in: FS Lutter, 2000, S. 107, 116 ff.

²⁶ U. Huber in: FS Lutter, 2000, S. 107, 133 ff. Von der Haftung der Mitgesellschafter für deliktische Verhaltensweisen anderer Gesellschafter zu unterscheiden ist die Frage, ob der deliktisch Geschädigte auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen kann. Dies ist dann der Fall, wenn man das deliktische Verhalten des Gesellschafters der Gesellschaft analog § 31 BGB zurechnet, was die hM bejaht, U. Huber aaO S. 135 f.

²⁷ BGH NJW 2001, 1056.

1. Rechtsfähigkeit von GbR und OHG

a) Traditionelle Lehre: Die GbR als Objekt des Rechts

Nach traditioneller, sich am Normbestand des BGB aus dem Jahre 1900 orientierender Lehre wurde die GbR als besonderes, durch ein Sondervermögen gekennzeichnetes Schuldverhältnis angesehen.²⁸ Als Zuordnungssubjekt und Inhaber der zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände galten (nur) die Gesellschafter „in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“. Die Gesellschafter (und nicht etwa die Gesellschaft als solche) wurden berechtigt bzw. verpflichtet, wenn namens der GbR Rechtsgeschäfte geschlossen wurden.²⁹ Der Wortlaut der §§ 714, 718 BGB („die anderen Gesellschafter“ bzw. „Vermögen der Gesellschafter“) ist insoweit unmissverständlich. Die Gesamthand hatte hiernach die Funktion, das „Vermögen der Gesellschafter“ als Sondervermögen zur Realisierung des Gesellschaftszweckes (§ 705 BGB) zu binden und vor dem Zugriff der Gesellschafter (§ 719 Abs. 1 BGB) und ihrer Privatgläubiger (vgl. §§ 719 Abs. 2, 725 BGB, 736 ZPO) zu schützen.³⁰ Nach traditioneller Lehre war die Gesamthand mithin kein Rechtssubjekt; sie stand vielmehr den Gesellschaftern als Vermögensobjekt zu.³¹

b) Gruppenlehre: Die GbR als Subjekt des Rechts

Die traditionelle Lehre von der Gesamthand als Zuordnungsobjekt wurde seit den 1970er Jahren namentlich von *Werner Flume* in Frage gestellt.³² Er griff dabei eine von *Otto von Gierke* bei Schaffung des BGB vertretene Ansicht auf. *Gierke* erblickte in der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand einen Personenverband mit eigenständigem Charakter im Sinne einer überindividuellen Wirkungseinheit.³³ *Flume* entwickelte diesen Gedanken in seiner sog. Gruppenlehre dahin weiter, dass die Gruppe als solche – unabhängig von der personellen Zusammensetzung ihres jeweiligen Mitgliederbestandes – Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten sei.³⁴ Die GbR unterliege als Rechtssubjekt hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit ebenfalls den für die OHG geltenden Regeln des § 124 HGB. Im Schrifttum setzte sich die Gruppenlehre – trotz respektabler kritischer Stimmen³⁵ – nach und nach durch.³⁶

c) ARGE Weißes Ross

Die Rechtsprechung hat sich der Gruppenlehre in einer Reihe von Urteilen Ende der 1990er Jahre implizit immer stärker angenähert, etwa durch Akzeptanz der Doppelverpflichtungstheorie,³⁷ wonach neben den Gesellschaftern eben auch die GbR als solche verpflichtet wird, sowie durch Anerkennung der Scheckfähigkeit der GbR.³⁸ Ausdrücklich angeschlossen hat sie sich der Gruppenlehre freilich erst in der ARGE Weißes Ross-Entscheidung vom 29. 1. 2001.³⁹ Damit einher ging die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR: „Sie ist damit geltendes Recht.“⁴⁰

²⁸ Hierzu MünchKommBGB/*Ulmer* 5. Aufl. 2009, Vor § 705 Rn. 9 sowie § 705 Rn. 296 ff.

²⁹ MünchKommBGB/*Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 296.

³⁰ MünchKommBGB/*Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 293.

³¹ MünchKommBGB/*Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 296.

³² *Flume* ZHR 136 (1972), 177 ff.

³³ v. *Gierke* Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S. 660 ff.

³⁴ *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 187 ff.

³⁵ S. insbesondere *Zöllner* in: FS *Kraft*, 1988, S. 701 ff.

³⁶ Näher zur Entwicklung des Meinungsstandes MünchKommBGB/*Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 299.

³⁷ ZB BGH NJW 1998, 2904, 2905.

³⁸ BGH NJW 1997, 2754.

³⁹ BGH NJW 2001, 1056, 1057, linke Spalte.

⁴⁰ So MünchKommBGB/*Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 303.

d) Verfassungskonformität der Gruppenlehre?

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR hätte normenhierarchisch freilich keinen Bestand, wenn sie verfassungswidrig wäre.⁴¹ Problematisch ist insbesondere, ob die diesbezügliche richterliche Rechtsfortbildung gegen den höherrangigen Art. 20 Abs. 3 GG verstößt, mithin gegen das Prinzip der Bindung des Richters an Gesetz und Recht sowie gegen das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes gegenüber der Rechtsprechung.⁴² In der Tat widerspricht die Gruppenlehre der Vorstellung des *historischen* Gesetzgebers, die sich immerhin in dem noch in Kraft befindlichen Normenbestand des BGB von 1900 widerspiegelt (vgl. §§ 714, 718 BGB etc.).⁴³

Indes: Mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit wegen Übergriffs in die Domäne der Legislative wird man die Gruppenlehre nicht belegen können.⁴⁴ Denn eine an der dogmatischen Maxime der (inneren) Systemkohärenz⁴⁵ ausgerichtete Auslegung darf nicht allein am historischen Normenbestand verhaftet bleiben, sondern hat auch jüngere legislative Entwicklungen mit einzubeziehen. So hat der *moderne* Gesetzgeber durch Normierung einiger Vorschriften in den 1990er Jahren zu erkennen gegeben, dass er die traditionelle Lehre zur fehlenden Rechtsfähigkeit der GbR für überholt hält und die GbR stattdessen als eigenständiges Rechtssubjekt ansieht.⁴⁶ Zu diesen jüngeren Normen zählt § 11 Abs. 2 InsO (1994), welcher die Insolvenzfähigkeit der GbR als solcher anerkennt. Die Insolvenzfähigkeit setzt denotwendig die vorgelagerte Rechtsfähigkeit voraus. Denn nach § 1 InsO kann ein Insolvenzverfahren nur über das Vermögen eines „Schuldners“, mithin eines von der Rechtsordnung anerkannten *Subjektes*, eröffnet werden. In Richtung Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR kann darüber hinaus die Bejahung der Umwandlungsfähigkeit der GbR durch Statuierung des § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG (1994) angeführt werden. Die GbR wird hier explizit als „Rechtsträger“ angesehen. In beiden Fällen wird die GbR vom Gesetzgeber mithin als *Subjekt* des Rechts behandelt.⁴⁷

e) Gegenargument: Fehlende Rechtspersönlichkeit der GbR?

Das gegen die Ableitung der Rechtsfähigkeit aus § 11 InsO vom *Jubilar* vorgebrachte Argument, dort sei im Hinblick auf die GbR ausdrücklich von „Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“ die Rede,⁴⁸ ist mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR mE nicht inkompatibel und widerspricht daher nicht der hier vertretenen Auffassung. Denn eine „Rechtspersönlichkeit“ kommt – entgegen einigen Stimmen im jüngeren Schrifttum⁴⁹ – nur natürlichen und juristischen Personen zu,⁵⁰ nicht jedoch der GbR bzw.

⁴¹ Ausdrücklich offen gelassen von *Canaris* ZGR 2004, 69, 70.

⁴² Zum Contra-*legem*-Judizieren als Verstoß gegen Art. 20 GG *Canaris* ZGR 2004, 69, 117 ff.

⁴³ Vgl. aber auch *U. Huber* in: FS Lutter, 2000, S. 107, 122 ff., der selbst die historischen Vorstellungen und den Wortlaut des § 718 Abs. 1 BGB mit der Gruppenlehre für vereinbar hält.

⁴⁴ Ebenso *Reuter* AcP 207 (2007), 673, 713 – These 1.

⁴⁵ Das „Rechtssystem“ wird gemeinhin in äußeres und inneres System unterteilt, vgl. *Larenz/Canaris* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 264 ff., 302 ff.; *Rüthers* Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rn. 139 ff.; *Lobinger* GPR 2008, 262 f.: Das „äußere System“ betrifft die formale Anordnung und Darbietung des Rechtsstoffes, während mit dem „inneren System“ die „inhaltliche und wertungsmäßige Konsistenz der durch die einzelnen Rechtssätze geschaffenen Rechtsordnung“ angesprochen ist. Dabei geht es neben der „Herstellung von Widerspruchsfreiheit innerhalb eines konkreten Subkontextes“ auch um den Abgleich mit höherrangigem Recht und anderen übergreifenden Rechtsprinzipien.

⁴⁶ Skeptischer *G.H. Roth* Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 212.

⁴⁷ MünchKommBGB/*Ulmer* 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 304.

⁴⁸ So *G.H. Roth* Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 212.

⁴⁹ Insbesondere *Raiser* AcP 194 (1994), 495, 503 ff., 510; *ders.* AcP 199 (1999), 104, 107 f.; ferner *Hadding* ZGR 2001, 712, 718 f.; *Timm* ZGR 1996, 247, 251 f.

⁵⁰ Vgl. § 1 AktG, wonach eine Aktiengesellschaft eine „Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit“ und damit juristische Person ist.

OHG. Ihrer Rechtsnatur nach sind diese trotz der ihnen zugebilligten Rechtsfähigkeit keine juristischen Personen und damit auch keine Rechtspersonen.⁵¹ GbR und OHG sind vielmehr einer dritten Kategorie an Rechtsträgern, nämlich (rechtsfähigen) Gesamthandsgesellschaften zuzuordnen, wie im Folgenden skizziert werden soll. Der moderne Gesetzgeber hat diese Dreiteilung durch Normierung des § 14 Abs. 1 BGB (2001) anerkannt. Dort wird zwischen (a) natürlichen Personen, (b) juristischen Personen und (c) rechtsfähigen Personengesellschaften differenziert, wobei sich der Begriff der rechtsfähigen Personengesellschaft mit demjenigen der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand deckt.⁵²

Gesamthandsgesellschaften sind gegenüber ihren Mitgliedern in geringerem Maße verselbständigt als juristische Personen.⁵³ Aus dem abgestuften Grad an rechtlicher Verselbständigung folgen erhebliche Strukturunterschiede zwischen juristischen Personen einerseits und Gesamthandsgesellschaften (rechtsfähigen Personengesellschaften) andererseits:⁵⁴

1. Im Außenverhältnis haftet bei juristischen Personen allein die Gesellschaft; die Gesellschaftsgläubiger können die Gesellschafter grundsätzlich nicht in Anspruch nehmen. Im Innenverhältnis gilt das Mehrheitsprinzip. Die Anteile sind frei übertragbar. Die Geschäftsführung kann bei juristischen Personen externen Managern übertragen werden (Fremdorganschaft).
2. Dagegen ist die Regelungsstruktur der Gesamthandsgesellschaften von der Person der Gesellschafter geprägt.⁵⁵ Im Außenverhältnis haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich mit ihrem Privatvermögen.⁵⁶ Sie müssen selbst die Geschäfte führen (Selbstorganschaft). Im Innenverhältnis gilt für Gesellschafterbeschlüsse grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip. Anteile sind nur im Konsens mit den übrigen Gesellschaftern übertragbar. Der Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft scheidet anders als bei juristischen Personen aus. Auch eine Einmangengesellschaft ist nicht denkbar.

Zwischenbilanz: Die Rechtsfähigkeit bedingt nicht eo ipso die Rechtspersönlichkeit, sondern ist von dieser zu unterscheiden.⁵⁷ GbR und OHG sind zwar als solche rechtsfähig und insofern juristischen Personen vergleichbar. Ihre übrigen Strukturmerkmale unterscheiden sich jedoch erheblich von denjenigen juristischer Personen, was es rechtfertigt, sie ihrer Rechtsnatur nach als dritte Kategorie zu qualifizieren. Wenn also der moderne Gesetzgeber die GbR in § 11 InsO als „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“ einstuft, steht dies nicht in Widerspruch zur gleichzeitigen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR gemäß der Gruppenlehre.

2. Haftungsverfassung

a) §§ 128, 130 HGB

Das zweite wesentliche Strukturmerkmal von Gesellschaften ist das ihrer Haftungsverfassung.⁵⁸ Bei der OHG haften die Gesellschafter nach § 128 HGB für alle Gesellschaftsver-

⁵¹ U. Huber in: FS Lutter, 2000, S. 107, 109 ff.; Ulmer AcP 198 (1998), 113, 119 ff.

⁵² Vgl. Bamberger/Roth/Schmidt-Rantsch BeckOK-BGB, 2010, § 14 Rn. 6. Von der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand zu unterscheiden sind die familienrechtliche Gesamthand (eheliche Gütergemeinschaft) und die erbrechtliche Gesamthand (Erbengemeinschaft), näher MünchKommBGB/Ulmer 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 289 ff.

⁵³ Zum Grad der Verselbständigung von Gesellschaften G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 133 ff.

⁵⁴ Ulmer AcP 198 (1998), 113, 122 f.

⁵⁵ Näher zu den Strukturprinzipien von Personengesellschaften G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 187 ff.

⁵⁶ BGH NJW 2003, 1803, 1804: „Die persönliche Haftung aller Gesellschafter in ihrem jeweiligen personellen Bestand entspricht dem Wesen der Personengesellschaft und ihren Haftungsverhältnissen, weil die Gesellschaft kein eigenes, zu Gunsten ihrer Gläubiger gebundenes garantiertes Haftkapital besitzt.“

⁵⁷ Vgl. auch U. Huber in: FS Lutter, 2000, S. 107, 109 ff.

⁵⁸ G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 128.

bindlichkeiten persönlich.⁵⁹ Neu eintretende Gesellschafter haften nach § 130 HGB auch für Altverbindlichkeiten, dh. für Verbindlichkeiten, die vor ihrem Eintritt begründet wurden.⁶⁰

b) Traditionelle Haftungsverfassung in der GbR: Nur vertragliche Haftung

Bei der GbR fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Gesellschafterhaftung. Anerkennt man mit der Gruppenlehre die Rechtsfähigkeit der GbR, zieht dies freilich folgende Konsequenz nach sich: Die Verbindlichkeiten richten sich dann zunächst gegen die GbR als solche. Wenn man darüber hinausgehend die Gesellschafter persönlich neben der GbR haften lassen will, benötigt man einen *besonderen (zweiten) Verpflichtungsgrund*.

Im Ergebnis bestand schon immer Einigkeit darüber, dass die GbR-Gesellschafter für *vertragliche* Verbindlichkeiten der GbR persönlich eintreten müssen.⁶¹ Die persönliche Gesellschafterhaftung wurde über viele Jahre hinweg entweder mit der traditionellen Lehre über die Gesamtschuld (§ 427 BGB) oder aber mit der Gruppenlehre über die Doppelverpflichtungstheorie begründet. Nach beiden Theorien hafteten die GbR-Gesellschafter indes nicht für *gesetzliche* Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Hierin lag sowohl nach der traditionellen Theorie als auch nach der Doppelverpflichtungslehre ein wesentlicher Unterschied zur Gesellschafterhaftung in der OHG, deren Gesellschafter sowohl für vertragliche als auch gesetzliche Gesellschaftsschulden persönlich haften.

c) Akzessorietätstheorie

Nach der Akzessorietätstheorie⁶² wird der vorgenannte Unterschied im Haftungsregime zwischen GbR und OHG nivelliert. Ihr zufolge sind die Haftungsregelungen der §§ 128, 130 HGB entsprechend auch auf die GbR anzuwenden. Die persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter ergibt sich hiernach als gesetzliche Rechtsfolge der Gesellschaftsschuld und zwar ungeachtet dessen, ob die Gesellschaftsschuld vertraglicher oder gesetzlicher Art ist.⁶³

Der BGH hat sich in mehreren Judikaten der Akzessorietätstheorie angeschlossen.⁶⁴ In der ARGE Weißes Ross-Entscheidung vom 29. 1. 2001⁶⁵ hat er sich nicht nur zur Rechtsfähigkeit der GbR geäußert; er spricht darüber hinaus in Bezug auf vertragliche Gesellschaftsschulden ausdrücklich von einer „akzessorischen“ Gesellschafterhaftung:

Die Gesellschafterhaftung in der GbR sei „im Sinne einer *akzessorischen* Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu entscheiden. Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich haftet (...) ist der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld also auch für die persönliche Haftung maßgebend. Insoweit entspricht das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung damit der Rechtslage in den Fällen der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128 f. HGB bei der OHG.“⁶⁶

Mit Urteil vom 24. 2. 2003 hat der BGH die persönliche Gesellschafterhaftung am Beispiel der Deliktshaftung auch auf gesetzlich begründete Verbindlichkeiten der GbR erstreckt:

⁵⁹ Näher G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 234 ff.; ferner K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 49 I 1 a.

⁶⁰ Hierzu etwa K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 49 IV 1 a.

⁶¹ U. Huber in: FS Lutter, 2000, S. 107, 114 ff.; Ulmer AcP 198 (1998), 113, 137 ff.

⁶² Hierzu K. Schmidt NJW 2003, 1897 ff.

⁶³ Hierzu K. Schmidt NJW 2003, 1897, 1898.

⁶⁴ BGH NJW 2003, 1803, 1804 li. Spalte: „Der Gesellschafter [haftet] im Grundsatz stets wie die Gesellschaft selbst, also [nach] dem sog. Akzessorietätsprinzip.“

⁶⁵ BGH NJW 2001, 1056.

⁶⁶ BGH NJW 2001, 1056, 1061 (Hervorhebung durch Verf.).

„Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts haben grundsätzlich auch für *gesetzlich* begründete Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft persönlich und als Gesamtschuldner einzustehen.“⁶⁷

Schließlich hat der BGH in seiner Entscheidung vom 7. 4. 2003 die Altschuldenhaftung für neu eintretende Gesellschafter bejaht:

„Der in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintretende Gesellschafter hat für *vor* seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen.“⁶⁸

Ausnahmen von diesem strengen Haftungsregime werden von der Rechtsprechung bislang nur für wenige Sonderfälle diskutiert. So sollen Mitglieder von Bauherrengemeinschaften, die als Außen-GbR organisiert sind, keiner gesamtschuldnerischen, sondern nur einer anteiligen Gesellschafterhaftung entsprechend ihrer Beteiligung am Gesamtinvestment unterliegen.⁶⁹ Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH, ob in der Anwalts-GbR ein Gesellschafter im Hinblick auf berufliche Fehler seiner Sozien persönlich mithaftet oder ob ihm die Haftungsprivilegierung analog § 8 Abs. 2 PartGG zugute kommt.⁷⁰

d) Kritik

Diese Haftungsausweitung ist jedenfalls im Hinblick auf die ideelle (nichtwirtschaftliche) Zwecke verfolgende GbR („Ideal-GbR“) sowie die Außen-GbR in Gestalt von Gelegenheitsgesellschaften und Zusammenschlüssen Nicht- oder nur Semi-Professioneller bedenklich⁷¹, werden diese Gesellschaften doch dem für Professionelle geltenden strengen Haftungsregime der OHG unterworfen. Insbesondere Gesellschafter einer Ideal-GbR sollten aufgrund deren Nähe zum nichtrechtsfähigen Verein analog § 54 S. 2 BGB nur haften, wenn sie als „Handelnde“ zu qualifizieren sind.⁷²

Bezieht man dagegen die vorgenannten Gesellschaften in das „Professionellen-Regime“ der §§ 128 ff. HGB mit ein, ignoriert man den legislativen Trennstrich zwischen dem strengen Haftungsregime der §§ 128 ff. HGB einerseits und dem milderen Haftungsregime der GbR andererseits: So läuft das für die OHG konstitutive Erfordernis des „Handelsgewerbes“ in § 105 Abs. 1 HGB im Hinblick auf das Haftungsfolgenregime leer, wenn man auch die GbR nach den §§ 128 ff. HGB beurteilt.⁷³ Vergleichbares gilt für die Wahlmöglichkeit des § 105 Abs. 2 HGB.

Die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen einer GbR einerseits (§ 705 BGB) und einer OHG andererseits (§ 105 HGB) machen indes nur Sinn, wenn sie auch mit unterschiedlichen Rechtsfolgen einhergehen. Zu diesen unterschiedlichen Rechtsfolgen zählt insbesondere die Haftungsverfassung als wesentliches Strukturmerkmal einer Gesellschaft.⁷⁴ Abgesehen von vertraglich begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten, für die die Gesellschafter auch nach dem Normenbestand des BGB persönlich haften (vgl. §§ 427, 714 BGB: „die anderen Gesellschafter“), lässt das Gesetz bisher keinen Raum für eine richterliche Rechtsfortbildung, welche in die persönliche Gesellschafterhaftung auch gesetzliche Verbindlichkeiten der GbR sowie Altverbindlichkeiten mit einbezieht.

⁶⁷ BGH NJW 2003, 1445 – 2. Leitsatz (Hervorhebung durch *Verf.*).

⁶⁸ BGH NJW 2003, 1803 – 1. Leitsatz (Hervorhebung durch *Verf.*). Der BGH hat allerdings ausdrücklich offengelassen, ob die Akzessorietätstheorie auch „für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen in Betracht komm[t]“, da letztere – wie § 8 Abs. 2 PartG zeige – eine Sonderstellung einnehmen.

⁶⁹ BGH NJW 2002, 1642.

⁷⁰ BGH NJW 2003, 1803, 1805.

⁷¹ Ebenso MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer* 5. Aufl. 2009, § 714 Rn. 63 f.; *Canaris ZGR* 2004, 69, 74.

⁷² MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer* 5. Aufl. 2009, § 714 Rn. 61, 64.

⁷³ *Canaris ZGR* 2004, 69, 73 ff., 77.

⁷⁴ *Canaris ZGR* 2004, 69, 118.

Canaris vertritt vor diesem Hintergrund denn auch die nicht unplausible These: „Die Analogie zu § 128 HGB bei Deliktsschulden und die Analogie zu § 130 HGB verstoßen somit mangels einer Gesetzeslücke gegen Art. 20 Abs. 3 GG.“⁷⁵

Den von *Canaris* kritisierten Verfassungsverstoß wird man mE nur dann vermeiden können, wenn die Rechtsprechung den Grundsatz der akzessorischen Gesellschafterhaftung in der GbR weniger streng ausgestaltet als in der OHG. Nur dadurch wird den unterschiedlichen gesetzlichen *Tatbestands*voraussetzungen der beiden Gesellschaftstypen Rechnung getragen. Denn diesen müssen stringenter Weise auch unterschiedliche *Rechtsfolgen* korrespondieren. Konkret bedeutet dies, dass die Rechtsprechung – über die Bauherrengemeinschaften hinaus – noch weitere Ausnahmen von der persönlichen Gesellschafterhaftung anerkennen muss. Dies gilt namentlich für die nicht handelnden Gesellschafter in einer Ideal-GbR. In der Literatur wurden bereits Wege gewiesen, wie sich eine solche Haftungsprivilegierung methodisch realisieren ließe.⁷⁶ So wird etwa diskutiert, ob § 128 HGB nach seinem Sinn und Zweck überhaupt Deliktsschulden erfasst.⁷⁷ Wenn man den Zweck der Norm darin sieht, die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu stärken, könnte man daran in der Tat zweifeln.

IV. Verbleibende Unterschiede zwischen GbR und OHG

Ungeachtet der Angleichung von GbR und OHG in puncto Rechtsfähigkeit und Haftungsverfassung verbleiben gewisse Unterschiede zwischen beiden Gesellschaftsformen⁷⁸:

1. Publizität

Im Unterschied zur OHG kann die GbR nicht in das Handelsregister eingetragen werden.⁷⁹ Die fehlende Publizität der GbR führt zu Rechtsunsicherheit. Für Grundstücksgeschäfte wird der fehlende gesellschaftsrechtliche Publizitätsakt neuerdings indes im Interesse des Rechtsverkehrs durch eine komplizierte Sonderregelung kompensiert. So ist ein gutgläubiger Grundstückserwerb vom Nichtberechtigten nach § 899a BGB auch von einer GbR möglich.⁸⁰

2. Firma

Die Bezeichnung der OHG muss den firmenrechtlichen Grundsätzen des Handelsrechts entsprechen.⁸¹ Hiernach braucht die Firma zwar keine Personal- oder Sachfirma zu sein, sondern kann auch in einer Phantasiefirma bestehen. Sie muss jedoch Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft besitzen, darf nicht irreführend sein und muss einen Rechtsformzusatz enthalten (§ 18 HGB). Dagegen gelten für die Bezeichnung einer GbR größere Freiheiten; das Firmenrecht findet keine Anwendung. Ihre Grenzen findet die Bezeichnung einer GbR lediglich im Namens- und Markenschutz anderer Personen.⁸²

⁷⁵ *Canaris* ZGR 2004, 69, 118.

⁷⁶ Eingehend zu den methodischen Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung Münch-KommBGB/*Ulmer/Schäfer* 5. Aufl. 2009, § 714 Rn. 58 ff., 62 ff.

⁷⁷ *Altmeyen* NJW 2003, 1554 f.; *Schäfer* ZIP 2003, 1225, 1227 f.

⁷⁸ S. hierzu auch *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 2010, S. 107 f.

⁷⁹ *Kindler* Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 210; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 II 1 a.

⁸⁰ Näher *Jenn* NZG 2009, 848, 849; *Miras* DStR 2010, 604, 606; *Wertenbruch* ZIP 2010, 1884.

⁸¹ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 46 III 3 a.

⁸² *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 60 I 3 b.

3. Geschäftsführung und Vertretung

Während für die GbR das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung und -vertretung gilt (§§ 709, 714 BGB),⁸³ ist die OHG vom Prinzip der Einzelgeschäftsführung und -vertretung beherrscht (§§ 114, 125 HGB).⁸⁴

Ein weiterer Unterschied offenbart sich im Hinblick auf die Reichweite der Vertretungsmacht: Bei der OHG gilt nach § 126 HGB das Prinzip der unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht; demgegenüber richtet sich die Reichweite der Vertretungsmacht in der GbR nach vorzugswürdiger Ansicht⁸⁵ nach dem Umfang der internen Geschäftsführungsbefugnis (§ 714 iVm. § 709 BGB). Die Gegenansicht,⁸⁶ welche auf die GbR § 126 HGB analog anwenden möchte, überzeugt deshalb nicht, weil die Verkehrsschutzvorschrift des § 126 HGB im Zusammenhang mit dem Publizitätsprinzip zu sehen ist (vgl. §§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 HGB). Da jedoch die GbR nicht im Handelsregister einzutragen ist und dort auch nicht freiwillig eingetragen werden kann, mangelt es an der Vergleichbarkeit der Rahmenbedingungen mit der Folge, dass dem Rückgriff auf § 126 HGB die legitimierende Grundlage fehlt.

4. Mitgliederwechsel

Schließlich offenbaren sich auch Unterschiede zwischen den beiden Rechtsformen beim Mitgliederwechsel: Während der Tod oder das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Auflösung der GbR führen (§§ 723, 727 BGB), bleibt der Fortbestand der OHG davon unberührt (§ 131 Abs. 3 HGB).⁸⁷

5. Privatautonome Gestaltungsfreiheit

Die vorgenannten Differenzen schwinden jedoch weitgehend – bis auf den Publizitätsunterschied – in der Praxis wegen der für beide Gesellschaftsformen eröffneten privatautonomen Gestaltungsfreiheit.⁸⁸ So kann im Gesellschaftsvertrag der GbR etwa eine Einzelgeschäftsführung und -vertretung vereinbart werden, vgl. § 710 BGB. Ferner kann eine Fortsetzungsklausel das Dilemma der Auflösung im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters überbrücken, vgl. § 727 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB.

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Traditionell unterscheiden sich die GbR und die OHG insbesondere in zwei Strukturmerkmalen: In der Rechtsfähigkeit einerseits und der Haftungsverfassung andererseits. Der BGH hat diese beiden Unterschiede in einer der „spektakulärsten richterlichen Rechtsfortbildungen seit Inkrafttreten des BGB“⁸⁹ nivelliert.

2. Trotz dieser Rechtsevolution in puncto Rechtsfähigkeit und Haftungsverfassung ist die GbR noch keine „Schwester“ der OHG. Unterschiede ergeben sich insbesondere bei der Publizität, der Firma, der Geschäftsführung und Vertretung sowie dem Mitgliederwechsel.

⁸³ G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 369 ff.

⁸⁴ G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 227 ff.

⁸⁵ Armbrüster ZGR 2005, 34, 38 f.; Canaris ZGR 2004, 69, 72 f., 80 f., 88 ff.

⁸⁶ Schäfer ZIP 2003, 1225, 1233 f.; K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 V 2 a; einschränkend Wiedemann JZ 2001, 661, 663, der eine strenge Analogie mangels Registereintragung ablehnt.

⁸⁷ G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 377.

⁸⁸ Vgl. G.H. Roth Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2001, Rn. 378.

⁸⁹ Canaris ZGR 2004, 69, 70.

3. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR entspricht zumindest dem Geist der neueren Gesetze. Die in den 1990er Jahren normierten §§ 11 InsO, 192 UmwG lassen erkennen, dass der (moderne) Gesetzgeber in Abkehr von der traditionellen Theorie nunmehr der Gruppenlehre folgt. Angesichts des modernen Normenbestandes ist die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR dogmatisch systemstimmig.

4. Ungeachtet der Anerkennung der Rechtsfähigkeit ist die GbR jedoch im Hinblick auf ihre Rechtsnatur keine juristische Person (Rechtsperson). Die GbR ist vielmehr als Gesamthandsgesellschaft zu qualifizieren. Diese ist von juristischen Personen auch heute noch zu unterscheiden (str.).

5. Anders als die richterliche Rechtsfortbildung zur Rechtsfähigkeit steht die mit der Akzessorietätstheorie einhergehende Übertragung der §§ 128 ff. HGB auf die GbR im Widerspruch zu (traditionellen und modernen) legislativen Entscheidungen. Einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG wird man insofern nur dann vermeiden können, wenn die Rechtsprechung den Grundsatz der akzessorischen Gesellschafterhaftung in der GbR weniger streng ausgestaltet als in der OHG. Nur dadurch wird den unterschiedlichen gesetzlichen *Tatbestands*voraussetzungen der beiden Gesellschaftstypen Rechnung getragen. Denn diesen müssen stringenter Weise auch unterschiedliche *Rechtsfolgen* in der für eine Gesellschaft wesentlichen Haftungsverfassung korrespondieren. Konkret bedeutet dies, dass die Rechtsprechung – über die Bauherrengemeinschaften hinaus – noch weitere Ausnahmen von der persönlichen Gesellschafterhaftung anerkennen muss. Dies gilt namentlich für die nicht handelnden Gesellschafter in einer Ideal-GbR.

6. Vorzugswürdig wäre gewesen, die Gerichte hätten sich in ihren Entscheidungen zur Haftungsverfassung der GbR von Anfang an am „Geist der Gesetze“ und dem darin von *Montesquieu* postulierten Primat der Legislative orientiert. Hätten sie bei der Postulierung der Akzessorietätstheorie das vom Gesetzgeber vorgesehene mildere Haftungsregime in der GbR sogleich durch entsprechende Ausnahmen berücksichtigt, wäre die – für die Privatrechtsdogmatik „nicht gerade ruhmreiche“ – Diskussion über einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG gar nicht erst aufgekommen.