

Rechtsprechung zu Teil 2.1.3

Zu Folie 4: BGHZ 142, 315

Leitsatz

Für die im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründeten Verpflichtungen haften die Gesellschafter kraft Gesetzes auch persönlich. Diese Haftung kann nicht durch einen Namenszusatz oder einen anderen, den Willen, nur beschränkt für diese Verpflichtungen einzustehen, verdeutlichenden Hinweis beschränkt werden, sondern nur durch eine individualvertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.

BGHZ 150, 1

Leitsätze:

- a) Aus Gründen des Vertrauensschutzes dürfen sich Anlagegesellschafter bereits existierender geschlossener Immobilienfonds, die als Gesellschaften bürgerlichen Rechts ausgestaltet sind, auch nach der durch die Entscheidungen [BGHZ 142, 315](#) und [BGHZ 146, 341](#) eingetretenen Änderung der Rechtsprechung des Senats für die davor abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung unter der nach der früheren Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung berufen, dass die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar war.
- b) Für nach der Änderung der Rechtsprechung abgeschlossene Verträge von geschlossenen Immobilienfonds in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt als Ausnahme von den Grundsätzen der Senatsurteile [BGHZ 142, 315](#) und [BGHZ 146, 341](#), dass die persönliche Haftung der Anlagegesellschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Immobilienfonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften auch durch wirksam in den Vertrag einbezogene formularmäßige Vereinbarungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, ohne dass darin grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 307 BGB n. F. (§ 9 AGB-Gesetz) gesehen werden kann.
- c) Künftige Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich eine Wohnungseigentumsanlage errichten (»Bauherrengemeinschaften«) haften für die Herstellungskosten (»Aufbauschulden«) auch weiterhin grundsätzlich nur anteilig nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen, auch wenn sie im Verkehr als Außengesellschaften bürgerlichen Rechts auftreten.

Zu Folie 5: BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056

Leitsätze:

1. Die (Außen-)GbR besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.
2. In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig.

3. Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der OHG (Akzessorietät) (Fortführung von BGHZ 142, [315](#) = NJW 1999, [3483](#) = LM H. 3/2000 § 705 BGB Nr. 74).

BGH NJW 2003, 1803

Leitsatz:

1. 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.
2. Dieser Grundsatz gilt auch für Gesellschaften bürgerlichen Rechts, in denen sich Angehörige freier Berufe zu gemeinsamer Berufsausübung zusammengeschlossen haben. Ob für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen dieser Gesellschaften eine Ausnahme zu machen ist, bleibt offen.

BGH WM 2008, 1563

Sachverhalt

[1] Die Klägerin ist Eigentümerin des Gasthofes A. in O., deren Pächterin bis zur Rückgabe am 18. Dezember 2000 die E. GmbH war. Nach dem Pachtvertrag war die Pächterin verpflichtet, das Innere des Pachtobjekts instand zu halten, insbesondere die erforderlichen Malerarbeiten (Restaurationsräume alle zwei Jahre, die übrigen Räume nach Bedarf), Schönheitsreparaturen und andere Reparaturen auf ihre Kosten durchzuführen. Die Pächterin hatte das Objekt unterverpachtet.

[2] Der Beklagte zu 1 ist Rechtsanwalt, die Beklagte zu 2 Steuerberaterin; beide betreiben als BGB-Gesellschafter eine gemeinsame Kanzlei. Der Beklagte zu 1 beriet die Klägerin bei Verhandlungen mit der Pächterin über eine Fortführung des Pachtverhältnisses. Der Umfang des Auftrages ist zwischen den Parteien streitig. Der Zustand des Pachtobjekts war sehr schlecht, was der Beklagte zu 1 wusste. Eine Verlängerung des Pachtverhältnisses wurde nicht erreicht. Die Pächterin lehnte bereits am 10. Oktober 2000 die Durchführung von Schönheitsreparaturen ab. Bei der Rückgabe des Objekts an die Klägerin beharrte sie darauf. Am 22. Mai 2001 wurde nochmals über eine Modifizierung des gastronomischen Konzepts gesprochen, ohne dass eine Einigung erzielt werden konnte. Die Pächterin wies auch in der Folgezeit geltend gemachte Ersatzansprüche der Klägerin zurück und erhob die Einrede der Verjährung.

[3] Die Klägerin beziffert die Kosten der vertraglich geschuldeten Schönheitsreparaturen auf 114.664,92 € und nimmt hierfür die Beklagten wegen unzureichender Beratung in Anspruch. Das Landgericht hat nach Einvernahme der Beklagten zu 2 als Partei eine Pflichtverletzung verneint und die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Klage dem Grunde nach für begründet erachtet und die Sache zur Durchführung des Betragsverfahrens an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Klage ist unbegründet. Insoweit führt die Revision unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

[7] 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich eine Haftung der beklagten Steuerberaterin für Pflichtverletzungen des beklagten Anwalts nicht aus dem Gesichtspunkt, dass beide der als BGB-Gesellschaft geführten Kanzlei als Gesellschafter angehören.

[8] a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt bei Sozietäten unterschiedlicher Berufsangehöriger der Vertrag im Zweifel nur mit denjenigen Soziern zustande, die auf dem zu bearbeitenden Rechtsgebiet tätig werden dürfen (BGH, Urt. v. 16. Dezember 1999 = WM 2000, [963](#) = NJW 2000, [1333](#), [1334](#); v. 17. Februar 2000 = WM 2000, [1342](#) = NJW 2000, [1560](#), [1561](#); vgl. schon Senatsurt. v. 3. Juni 1993 = WM 1993, [1677](#), [1681](#) unter IV). Maßgeblich hierfür war der Gesichtspunkt, dass eine reine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne von Art. 1 § 1 RBerG dem Steuerberater verwehrt ist. Verpflichtet sich ein Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater geschäftsmäßig zu einer ihm nicht gestatteten Rechtsbesorgung, so ist der Vertrag nichtig. Denn Art. 1 § 1 RBerG ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § [134](#) BGB (BGHZ 37, [258](#), [261](#) f. = WM 1962, [1034](#); BGH, Urt. v. 7. Mai 1992 = WM 1993, [1106](#) = NJW-RR 1992, [1110](#), [1115](#); v. 30. September 1999 = WM 1999, [2360](#), [2361](#); v. 16. Dezember 1999 = WM 2000, [963](#) = NJW 2000, [1333](#), [1335](#)). Deshalb wurde davon ausgegangen, bei einer gemischten Sozietät - wie im vorliegenden Fall - sei ein Vertrag, der zwischen dem Auftraggeber und einem Sozietätsmitglied geschlossen werde, in der Regel dahin auszulegen, dass nur diejenigen Mitglieder der Sozietät die Vertragserfüllung übernehmen sollten, die berufsrechtlich und fachlich dazu befugt seien (BGH, Urt. v. 16. Dezember 1999 a.a.O.; v. 17. Februar 2000 a.a.O.).

[9] b) Im Schrifttum wird im Hinblick auf die Rechtsfähigkeit der in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft geführten Sozietät und der hieraus folgenden akzessorischen Haftung ihrer Gesellschafter nunmehr teilweise vertreten, dass diese Haftungsgrundsätze auch auf Sozietäten anzuwenden sind, die sich aus unterschiedlichen Berufsangehörigen zusammensetzen (sog. interprofessionelle bzw. gemischte Sozietät). Der Mandatsvertrag komme mit der Sozietät zustande; die internen Zuständigkeits- und Zulässigkeitsfragen berührten den Mandanten nicht (*Vollkommer/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl., Rdn. 79; *Borgmann/Jungk/Grams*, Anwaltshaftung, 4. Aufl., Kap. VII Rdn. 23; *Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl., Rdn. 119). Nach anderer Ansicht ist bei interprofessionellen Sozietäten die persönliche Haftung der Sozietätsmitglieder analog § [128](#) HGB im Wege konkreter Auslegung des Anwaltsvertrages auf diejenigen zu begrenzen, die Vertragspartner nach den bisherigen Grundsätzen des Einzelmandats wären (*Sieg*, in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rdn. 354).

[10] c) Für die vorliegende Fallgestaltung ist die angeführte Fragestellung nicht entscheidungserheblich. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, dass der Beklagte zu 1 spätestens im Laufe des Jahres 2000 mit der Wahrnehmung der Interessen der Klägerin bei den Verhandlungen mit der Pächterin betraut wurde. Da eine rückwirkende Haftung von berufsfremden Sozietätsmitgliedern nicht in Betracht kommt (vgl. BGHZ 154, [370](#), [377](#) = WM 2003, [977](#); BGH, Urt. v. 12. Dezember 2005 = WM 2006, [187](#) = ZIP 2006, [82](#), [84](#) Rdn. 15; ferner Beschl. v. 12. Juli 2007 - [IX ZA 2/04](#)), sind die zum damaligen Zeitpunkt maßgeblichen Umstände für die Frage beachtlich, mit wem der hier in Rede stehende Beratungsvertrag zustande gekommen ist. Die Sozietät der Beklagten als eigenständiges Rechtssubjekt scheidet hierfür aus, weil die Rechtsfortbildung zur eigenständigen Rechtspersönlichkeit der BGB-Gesellschaft erst mit der Entscheidung vom 29. Januar 2001 (BGHZ 146, [341](#) = WM 2001, [408](#)) beginnt.

[11] 2. Umstände, die ausnahmsweise eine Mitverpflichtung der Beklagten zu 2 möglich erscheinen lassen, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Für eine Auslegung dahin, das auch die berufsfremden Mitglieder einer gemischten Sozietät in den Anwaltsvertrag einbezogen sind, ist demnach kein Raum. Der Gesichtspunkt, dass die Beklagte zu 2 in ihrer Einvernahme selbst eingeräumt hat, einen der Pachtvertragsentwürfe erstellt zu haben, ist nicht geeignet, eine andere Beurteilung zu rechtfertigen (Art. 1 § 4 Abs. 3 RBerG).

Nunmehr: BGH NJW 2012, 2435 Rn. 68 ff. zur Haftung „gebietsfremder Sozien“

[68] a) Die Bekl. zu 2 bis 8 haften für den Regressanspruch gegen die Bekl. zu 1 entsprechend § 128 S. 1 HGB.

[69] Im Falle eines mit einer Sozietät geschlossenen Beratungsvertrags haften die Sozien für den gegen die Gesellschaft gerichteten Anspruch wegen Schlechterfüllung in entsprechender Anwendung des §§ 128 S. 1, 129 HGB persönlich (BGHZ146, 341 [358] = NJW2001, 1056; BGHZ154, 370 [372 ff., 376 f.] = NJW2003, 1803; BGHZ157, 361 [364] = NJW2004, 836). Die persönliche Haftung erstreckt sich dabei auch auf die berufshaftungsrechtlichen Verbindlichkeiten (BGHZ172, 169 = NJW2007, 2490 Rdnr. 29). Ob diese Haftung im Falle einer Sozietät, der Mitglieder unterschiedlicher Berufsgruppen angehören (gemischte Sozietät, vgl. § 59 a I BRAO) auch diejenigen Sozien trifft, die in eigener Person die vertraglich geschuldete Beratung nicht vornehmen dürfen, hat der Senat bislang offen gelassen (BGH, NJW2011, 2301 = WM2011, 1770 Rdnr. 10). Die Frage ist zu bejahen, so dass auch der Bekl. zu 8 persönlich haftet.

[70] aa) Auf der Grundlage der früheren Rechtsprechung, wonach ein Anwaltsvertrag regelmäßig nur mit denjenigen Sozien zu Stande kommt, die selbst auf dem zu bearbeitenden Rechtsgebiet tätig werden dürfen (BGH, NJW2000, 1333 = WM2000, 963 [964]; NJW2000, 1560 = WM2000, 1342, [1344 f.]), erfasste die Haftung wegen Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrags nicht die berufsfremden Sozien, weil diese nicht Vertragspartner wurden. Diese Auffassung beruhte auf der früher zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts in ständiger Rechtsprechung angenommenen Doppelverpflichtungslehre, wonach durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugleich eine Haftung der Gesamthand und eine persönliche Haftung der Gesellschafter begründet werden (BGHZ136, 254 [258 f.] = NJW1997, 2754).

[71] Nachdem durch das Grundsatzurteil vom 29. 1. 2001 (BGHZ146, 341 = NJW2001, 1056) die eigene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt und die Doppelverpflichtungslehre aufgegeben worden ist, kann – wie ausgeführt – die Sozietät selbst Partei eines Anwaltsvertrags sein (BGH, NJW-RR2006, 1071 = WM2006, 830 Rdnr. 9; NJW2009, 1597 = WM2009, 669 Rdnr. 10), und zwar auch dann, wenn dieser neben Rechtsanwälten auch Sozien anderer Berufsgruppen angehören (BGH, NJW2011, 2301 = WM2011, 1770 Rdnrn. 7 ff.). Damit ist auch die auf der früheren Doppelverpflichtungslehre beruhende Beschränkung der Haftung auf diejenigen Sozien, die in eigener Person berufsrechtlich zur Bearbeitung des Mandats befugt sind, überholt (Vollkommer/Greger/Heinemann, AnwaltshaftungsR, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 20; Mennemeyer, in: Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl., Rdnr. 123; Jungk, in: Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, 4. Aufl., § 36 Rdnr. 23; Brandt, in: Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein, Praxishdb. AnwaltsR, 2. Aufl., § 9 Rdnr. 40; Lux, DStR2008, 1981 [1982 f.]; Schodder, EWIR2008, 523 [524]). Das Vertrauen der nicht-anwaltlichen Sozien, für die Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrags nicht zu haften, wird

dadurch geschützt, dass die auf der Doppelverpflichtungslehre beruhenden Grundsätze auf solche Anwaltsverträge weiterhin anwendbar sind, die vor dem Erlass der Grundsatzentscheidung des BGH vom 29. 1. 2001 (BGHZ146, 341 = NJW2001, 1056) geschlossen worden sind (BGH, NJW-RR2008, 1594 = WM2008, 1563 Rdnr. 10; NJW2009, 1597 = WM2009, 669 Rdnr. 10).

[72] bb) Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Rinkler, in: *Zugehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Hdb. der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rdnr. 397) kann der nach früherer Rechtsprechung bestandene Ausschluss der Haftung berufsfremder Sozien nicht dadurch aufrecht erhalten werden, dass dem Anwaltsvertrag die konkludente Vereinbarung entnommen wird, die Haftung berufsfremder Sozien werde ausgeschlossen.

[73] Auch wenn die Beschränkung der Haftung auf diejenigen Mitglieder einer Sozietät, die das Mandat selbst bearbeiten, unter gesetzlich näher bezeichneten Voraussetzungen selbst durch vorformulierte Vertragsbedingungen zulässig ist (§ 51 aII2 und 3BRAO, § 67 aIIStBerG, § 54 bIIWPO), kann ohne konkrete Anhaltspunkte den Erklärungen der Parteien ein solcher Wille zur Haftungsbeschränkung nicht entnommen werden. Die Haftung derjenigen Sozien, die mit dem Mandat nicht selbst befasst gewesen sind, stellt sich nur dann, wenn die Auslegung der Parteierklärungen (§§ 133, 157BGB) ergibt, dass der Anwaltsvertrag mit der Sozietät selbst geschlossen worden ist und kein Einzelmandat des sachbearbeitenden Sozietätsmitglieds vorliegt. Ist nach dem Parteiwillen gerade ein Sozietätsmandat einer aus Rechtsanwälten und Steuerberatern bestehenden Sozietät gewollt, so gibt es regelmäßig keinen Grund für die Annahme, die persönliche Haftung solle sich auf einzelne Sozietätsmitglieder beschränken.

[74] cc) Soweit angenommen wird, die Regelung des § 8IIPartGG könne auf Sozietäten in der Rechtsform von Gesellschaften bürgerlichen Rechts übertragen werden (*Zugehör/Rinkler*, in: *Zugehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Rdnr. 398; *Hirtz*, in: *Henssler/Strohn*, GesellschaftsR, § 8 PartGG Rdnr. 1; offen gelassen bei BGHZ154, 370 [377] = NJW2003, 1803), kommt dies nicht in Betracht. Eine solche Analogie setzte nicht nur die auf der Grundlage der Doppelverpflichtungslehre vorgenommene Beschränkung der Haftung auf die anwaltlichen Sozien fort, sondern führte weiter gehend – entgegen der Regelung des § 51 aII1BRAO – eine Haftungskonzentration auf die mit dem Mandat befassten Sozien auch insoweit ein, als diese Rechtsanwälte sind. Ein solcher Analogieschluss ist zudem wegen des Fehlens einer Regelungslücke unzulässig, weil die Haftungskonzentration im Falle der Partnerschaftsgesellschaft gesetzlich gerade nur für diese Rechtsform geschaffen worden ist (vgl. *Lux*, NJW2003, 2806 [2807]; *Römermann*, BB2003, 1084 [1086]; *ders.*, NJW2009, 1560 [1561]; *Karsten Schmidt*, NJW2005, 2801 [2805]) und zudem im Gegenzug für dieses Haftungsprivileg die Publizität der Gesellschaftsverhältnisse gemäß §§ 4I, 7IPartGG verlangt wird (*Hasenkamp*, DB2003, 1166 [1167]).

OLG Naumburg NZG 2006, 711

Tritt ein Rechtsanwalt in die Kanzlei eines bisherigen Einzelanwalts ein und bilden beide sodann eine Sozietät, so haftet er für den Mietzins als so genannte Altverbindlichkeit gegenüber dem Vermieter auch dann gem. § 28 HGB in analoger Anwendung, wenn er nicht zugleich in den bestehenden Mietvertrag als weitere Mietvertragspartei eintritt (Abgrenzung zu BGH, NZG 2004, 321 = ZIP 2004, 458).

Zum Sachverhalt:

Die Kl. schloss am 16. 3. 1994 einen Mietvertrag mit einer Anwaltssozietät. Der Bekl. zu 2 war Gesellschafter der Mieterin und gründete im Jahr 1999 mit dem Bekl. zu 3 eine Anwaltssozietät, die Bekl. zu 1. Das Mietverhältnis endete auf Grund einer Kündigung des Bekl. zu 2 vom 19. 7. 2004 am 31. 1. 2005. Seit Erklärung der Kündigung wurde keine Miete mehr an die Kl. gezahlt. Der Rückstand beläuft sich bis zum 31. 12. 2004 auf 7328,22 Euro. die Kl. nimmt die Bekl., nämlich die GbR als Bekl. zu 1 und deren Gesellschafter als Bekl. zu 2 und 3 auf Zahlung des rückständigen Mietzinses in Anspruch. Der Bekl. zu 2 hat die Klageforderung anerkannt und ist durch Teil-Anerkenntnisurteil antragsgemäß verurteilt worden. Das LG verurteilte die Bekl. zu 1 und 3 als Gesamtschuldner neben dem Bekl. zu 2 zur Zahlung von 7328,22 Euro. Hiergegen richtet sich die Berufung der Bekl. zu 1 und 3.

Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

II. Die Bekl. zu 1 und zu 3 haften neben dem Bekl. zu 2 als Gesamtschuldner für den vertraglich geschuldeten Mietzins für die Zeit von Juli 2004 bis einschließlich Januar 2005. Sie schulden weiter die abgerechneten Nebenkosten für die Jahre 2004 und 2005.

Dabei kann im Ergebnis dahinstehen, ob die Bekl. zu 1 und zu 3 Mietvertragsparteien geworden sind. Grundsätzlich führt der Eintritt eines Gesellschafters in den Betrieb eines Einzelkaufmanns nicht dazu, dass die neu gegründete Gesellschaft kraft Gesetzes Vertragspartei eines von jenem abgeschlossenen Mietvertrags wird. Zu einem solchen Vertragsübergang ist vielmehr die Mitwirkung des Vermieters erforderlich (*BGH*, NZG 2001, 843 = ZiP 2001, 1007 [1008]). Dies besagt indes nichts darüber, ob die neu entstandene Gesellschaft und bei persönlicher Haftung (wie bei der BGB-Gesellschaft) auch der neu eintretende Gesellschafter nicht jedenfalls für bestehende Verbindlichkeiten (sog. Altschulden) haften. In Betracht kommt insoweit eine Haftung in entsprechender Anwendung von § 28 I HGB. Ob eine entsprechende Anwendung von § 28 HGB anzunehmen ist, ist höchstrichterlich nicht geklärt. Der *XII. Senat* des *BGH* hat dies (NZG 2001, 843) offen gelassen, weil es sich im konkreten Fall nicht um einen Mietzinsanspruch, sondern um eine Nutzungsentschädigung handelte. Bei einem solchen Anspruch handele es sich nicht um eine Altschuld i.S. von § 28 HGB. Demgegenüber gehört die Verpflichtung zur Zahlung des vertraglich vereinbarten Mietzinses zu den Altverbindlichkeiten (*Wolf/Eckert/Ball*, Hdb. d. gewerblichen Miet-, Pacht- und LeasingR, 9. Aufl., Rdnr. 1379). Der *IX. Senat* des *BGH* (NZG 2004, 321 = ZiP 2004, 458) hat die Haftung des neuen Sozius für Altverbindlichkeiten des bisherigen Einzelanwalts für den Fall abgelehnt, dass diese Verbindlichkeit aus einem Mandatsvertrag des bisherigen Einzelanwalts stammt und dies im Wesentlichen damit begründet, dass das Mandat mit einem Einzelanwalt in besonderer Weise von der persönlichen Dienstleistung durch diesen geprägt sei. Von einer vergleichbaren Situation kann indes in Bezug auf das Mietverhältnis über die Räumlichkeiten, in denen die Kanzlei ihre Tätigkeit erbringt, keine Rede sein. Der Abschluss des Mietvertrags hat mit den Besonderheiten, die mit der Erbringung von Dienstleistungen durch die Angehörigen der sog. freien Berufe (im Verhältnis zu gewerblicher Tätigkeit) im Zusammenhang stehen können (insbesondere dem in der Regel erforderlichen besonderen Vertrauensverhältnis), nicht das Geringste zu tun. Es ist vor diesem Hintergrund nicht verständlich, unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen des Vermieters danach zu differenzieren, ob sich zwei Angehörige eines freien Berufs oder zwei (nach herkömmlichem Begriffsverständnis) Gewerbetreibende zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen. Mit einer in der Literatur seit langem vertretenen Ansicht (z.B. *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 [1903] m.w. Nachw.) kommt eine analoge Anwendung des § 28 HGB daher jedenfalls dann auch auf Rechtsverhältnisse einer

BGB-Gesellschaft von Angehörigen eines freien Berufs in Betracht, wenn diese die Besonderheiten dieser Art der Berufsausübung nicht betreffen. Der Anwendung des § 28 HGB steht auch nicht der Gesichtspunkt entgegen, dass die neu entstandene Gesellschaft aus dem Grund nicht mit der Mietzinsverbindlichkeit belastet werden könne, weil ihr kein Anspruch auf die Gebrauchsüberlassung zustehe, wenn sie nicht zugleich Mietvertragspartei werde (z.B. *Staub/Hüffner*, HGB, 4. Aufl., § 25 Rdnr. 57). Dieser Gesichtspunkt kann jedenfalls dann keine Bedeutung haben, wenn ein Mietzinsanspruch für einen Zeitraum geltend gemacht wird, der in der Vergangenheit liegt und der Vermieter seine Gebrauchsüberlassungspflicht im streitigen Zeitraum tatsächlich und damit auch gegenüber der neu entstandenen Gesellschaft und dem eingetretenen Gesellschafter erfüllt hat.

Dass zwischen den Bekl. zu 2 und zu 3 zumindest bis zum 31. 12. 2003 eine BGB-Gesellschaft bestand, ist zwischen den Parteien unstrittig. Soweit die Bekl. behaupten, diese Gesellschaft sei zum 31. 12. 2003 aufgelöst worden, ist dies im Hinblick auf die fortdauernde gemeinsame Berufsausübung zum Einen wenig glaubhaft, zum Anderen auch unerheblich. Die Bekl. zu 2 und zu 3 treten im Rechtsverkehr nach außen weiter als Sozietät auf. Dem ständig verwendeten Briefkopf ist nicht zu entnehmen, dass die beiden Bekl. nur noch eine Bürogemeinschaft bildeten oder der eine beim anderen als Angestellter oder freier Mitarbeiter beschäftigt wird. Unstrittig wurde der Kl. von den Bekl. nicht über die Auflösung der Gesellschaft unterrichtet. Wie § 736 II BGB (i.V. mit § 160 I 2 HGB) zu entnehmen ist, kann selbst die Nachhaftungsfrist erst dann zu laufen beginnen, wenn der Gläubiger über das Ausscheiden eines Gesellschafters unterrichtet wurde. Solange dies nicht erfolgt und die Gesellschaft jedenfalls nach außen weiter als solche tätig ist, kann es für die Haftung der Gesellschaft und der persönlichen Haftung der Gesellschafter dahinstehen, ob die Gesellschaft intern tatsächlich beendet wurde.

BGHZ 172, 169 = WM 2007, 1530

Leitsätze:

1. Für das deliktische Handeln eines Scheinsoziums haftet die Rechtsanwaltssozietät entsprechend § 31 BGB.
2. Haftet eine Rechtsanwaltssozietät für das deliktische Handeln eines Scheinsoziums, müssen auch die einzelnen Sozium mit ihrem Privatvermögen dafür einstehen.

Aus den Gründen:

Früher wurde das deliktische Verschulden des Mitglieds einer Anwaltssozietät dieser nicht analog § 31 BGB als eigenes zugerechnet (BGHZ 45, 311, 312 = WM 1966, 859; *Zugehör/Sieg*, Handbuch der Anwaltshaftung, 1. Aufl., Rdn. 389). Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat zwar entschieden (BGHZ 154, 370, 373 ff. = WM 2003, 977), dass die Grundsätze seiner neuen Rechtsprechung (BGHZ 146, 341 ff. = WM 2001, 408) auch für Sozietäten von Freiberuflern in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gelten. Er hat jedoch offen gelassen, ob dies auch für berufshaftungsrechtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft zutrifft (BGHZ 154, 370, 377 = WM 2003, 977; vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 12. Dezember 2005 = WM 2006, 187, 188). In der Rechtsprechung der Instanzgerichte (OLG Celle NJW 2006, 3431, 3433) und im Schrifttum wird dies bejaht (*Zugehör*, in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, a.a.O. Rdn. 1952; *Terbille*, in: *Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl., Rdn. 139; *Vollkommer/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl., Rdn. 378; vgl. auch *Borgmann/Jungk/Grams*, Anwaltshaftung, 4. Aufl., Kap. VII Rdn. 28). Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage bislang noch nicht zu befassen.

[13] cc) Für berufshaftungsrechtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft kann keine Ausnahme bei der Anwendung des § [31](#) BGB anerkannt werden.

[14] (1) In Ermangelung einer gegenteiligen Regelung ist bei einer Anwaltssozietät jeder Sozius „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ im Sinne des § [31](#) BGB.

[17] Entgegen der Ansicht der Revision genügt es für die Annahme eines „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“, dass einzelnen Soziern die selbstständige und eigenverantwortliche Bearbeitung von Mandaten überlassen worden ist. Die Soziern müssen nicht in Angelegenheiten des „Managements“ tätig geworden sein, welche die Sozietät als solche betreffen,...

[18] (2) Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich zugleich, dass der Sozius, der die vorsätzliche unerlaubte Handlung bei der Bearbeitung eines Mandats begangen hat, „in Ausführung einer ihm zustehenden Verrichtung“ im Sinne von § [31](#) BGB tätig geworden ist.

[19] d) Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für einen berufsrechtlichen Zusammenschluss von Rechtsanwälten, der - ohne eine Gesellschaft zu sein - nach außen hin diesen Anschein erweckt (Scheinsozietät).

[20] aa) Eine Scheinsozietät ist für die Zurechnung vertraglicher Haftungstatbestände grundsätzlich ausreichend. Insofern rechtfertigen schon die Grundsätze zur Anscheins- und Duldungsvollmacht, eine Rechtsscheinhaftung anzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 8. Juli 1999 = WM 1999, [1846](#), [1847](#); zum Scheingesellschafter einer OHG oder KG vgl. BGHZ 17, [13](#) ff. = WM 1955, [721](#); BGH, Urt. v. 8. Mai 1972 = WM 1972, [822](#) = NJW 1972, [1418](#), [1419](#); *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., § 128 Rdn. 5). Die Sozietät, die den Scheinsozius nach außen wie einen Sozius handeln lässt, gibt damit auch zu erkennen, dass sie für dessen Handeln grundsätzlich einstehen will. Fehler des Scheinsozius bei der Bearbeitung eines Mandats werden als solche der Sozietät behandelt. Wollte die Sozietät dies anders sehen, wäre nicht zu rechtfertigen, dass sie - ohne dies offen zu legen - ein ihr erteiltes Mandat von jemandem bearbeiten lässt, der nicht Sozius, sondern lediglich Angestellter oder freier Mitarbeiter der Sozietät ist.

[21] bb) Das Ergebnis ist nicht anders, wenn der Scheinsozius deliktisch handelt.

[22] Dass insoweit Anknüpfungspunkte für eine Anwendung der Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht fehlen (so OLG Celle NJW 2006, [3431](#), [3433](#)), hat im Rahmen des § [31](#) BGB keine Bedeutung. Die Organhaftung baut nicht auf Rechtsscheingesichtspunkten auf. Sie knüpft nicht an die scheinbare Vertretungsmacht, sondern an die Fähigkeit des „Organs“ an, für die juristische Person zu handeln (BGHZ 98, [148](#), [151](#) = WM 1986, [1104](#)). „Organ“ kann - wie ausgeführt - auch ein Nichtgesellschafter sein.

[23] e) Im vorliegenden Fall sind die Beklagten zu 1 bis 3 nicht als Gesellschaft, sondern persönlich verklagt und verurteilt worden; sie sollen also gesamtschuldnerisch mit ihrem Privatvermögen für die unerlaubte Handlung des (früheren) Beklagten zu 5 einstehen. Dies setzt - neben der (analogen) Geltung des § [31](#) BGB - voraus, dass die Vorschrift des § [128](#) HGB (oder des § [8](#) PartGG) auf die Gesellschafter bürgerlichen Rechts, namentlich auf anwaltliche Soziern, analog anwendbar ist.

[24] aa) In der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 142, [315](#), [318](#) = WM 1999, [2071](#); 146, 341, 358 = WM 2001, [408](#)) und der Instanzgerichte (OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, [707](#), [708](#)) wird dies grundsätzlich bejaht. Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt (für Analogie: *Erman/H. P. Westermann*, BGB, 11. Aufl., § 714 Rdn. 22; *Palandt/Sprau*, BGB, 66. Aufl., § 714 Rdn. 13; *Jauernig/Stürner*, BGB, 11. Aufl., § 715 Rdn. 7; *K. Schmidt*, a.a.O., § 60 III 4; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Kap. 1 A Rdn. 112 f.; *Habersack*, BB 2001, [477](#), [481](#); *Ulmer*, ZIP 2001, [585](#), [597](#); dagegen: *Altmeyen*, NJW 2003, [1553](#), [1554](#) ff.; *Schäfer*, ZIP 2003, [1225](#), [1227](#); *Canaris*, ZGR 2004, [69](#), [109](#) ff.; vermittelnd *Klerx*, NJW 2004, [1907](#) ff.).

[25] Die Bestimmung des § [128](#) HGB umfasst nach ihrem Wortlaut unterschiedslos vertragliche und deliktische Verbindlichkeiten (MünchKomm/K. *Schmidt*, HGB, 2. Aufl., § 128 Rdn. 10; *Baumbach/Hopt*, a.a.O., § 128 Rdn. 2). Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sollen für ein „fremdes“ Delikt solidarisch haften, um dem Geschädigten dafür, dass bei Personengesellschaften ein gesicherter Haftungsfonds fehlt, einen Ausgleich zu bieten (MünchKomm/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl., § 714 Rdn. 38). Da sich der deliktische Gläubiger seinen Schuldner nicht aussuchen kann, muss - noch mehr als bei vertraglichen Verbindlichkeiten - das Privatvermögen der Gesellschafter als Haftungsmasse zur Verfügung stehen (BGHZ 154, [88](#), [94](#) f. = WM 2003, [830](#) im Anschluss an *Ulmer*, ZIP 2001, [585](#), [597](#)).

[26] Diese Überlegungen treffen auch für die Gesellschafter einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft zu. Danach zu unterscheiden, ob die Gesellschaft kaufmännisch organisiert ist (vgl. § 2 Satz 2 und 3, §§ [5](#), [105](#) Abs. [2](#) HGB) - und somit dem Recht der offenen Handelsgesellschaft unterliegt - oder nicht, somit lediglich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, wäre der Rechtssicherheit abträglich (BGHZ 154, [88](#), [95](#) = WM 2003, [830](#)). Die Befürworter einer analogen Anwendung des § [128](#) HGB können für sich zudem in Anspruch nehmen, dass die BGB-Gesellschafter auf Auswahl und Tätigkeit der „Organe“ (§ [31](#) BGB) Einfluss nehmen können und somit - soweit es um die Verteilung des Schadensrisikos geht - „näher dran“ sind als die deliktisch Geschädigten (BGHZ 154, [88](#), [95](#) = WM 2003, [830](#) im Anschluss an *Ulmer*, ZIP 2001, [585](#), [597](#)).

[27] bb) Allerdings hat der II. Zivilsenat wiederum offen gelassen, ob das in § [128](#) HGB zum Ausdruck kommende Haftungsprinzip auf die berufshaftungsrechtlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft zutrifft (BGHZ 154, [370](#), [377](#) = WM 2003, [977](#); vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 12. Dezember 2005 a.a.O.).

[28] (1) Der erkennende Senat hat sich der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats im Ansatz bereits angeschlossen (BGHZ 157, [361](#), [364](#) = WM 2004, [483](#)). Die Erwägung war seinerzeit nicht tragend, weil das anwaltliche Vertragsverhältnis nur zwischen dem Geschädigten und dem bisherigen Einzelanwalt bestand, so dass - ungeachtet des Umstands, dass dessen Pflichtverletzungen während des Bestehens der Sozietät begangen wurden - nur dieser haftete. Auch das berufsrechtliche Schrifttum folgt überwiegend dem II. Zivilsenat (*Terbille*, in: *Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, a.a.O., Rdn. 139; *Vollkommer/Heinemann*, a.a.O., Rdn. 378; für *Sieg*, in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, a.a.O., Rdn. 350 liegt eine Analogie zu § [8](#) PartGG näher als eine solche zu § [128](#) HGB, was aber in dem vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos ist; kritisch *Borgmann/Jungk/Grams*, a.a.O., Kap. VII Rdn. 28).

[29] (2) Das in § [128](#) HGB zum Ausdruck kommende Haftungsprinzip trifft auch auf die berufshaftungsrechtlichen Verbindlichkeiten einer Anwaltssozietät zu. Wenn im Allgemeinen ein Gesellschafter für ein fremdes Delikt einstehen muss, ist nicht einzusehen, weshalb dies bei einem anwaltlichen Sozius anders sein soll. Die Rechtsanwälte, die sich zu einer Sozietät

zusammenschließen und werbend als solche auftreten, nehmen auch das Risiko auf sich, dass ein Sozium das in ihn gesetzte Vertrauen missbraucht.

[30] (3) Auch insoweit verdient eine Scheinsozietät keine besondere Behandlung. Geben die Sozium der Sozietät den Anschein, größer zu sein, als sie in Wirklichkeit ist, gehen die Folgen mit ihnen heim; denn sie hätten es in der Hand gehabt, dem Mandanten gegenüber rechtzeitig klarzustellen, dass der sachbearbeitende Rechtsanwalt nicht zu den Mitgliedern der Sozietät gehört.

BGH NJW 2004, 836 (bestätigt durch BGH WM 2012, 87 Rn 20 m Anm. K: Schmidt JuS 2012, 357):

Leitsatz:

Schließt sich ein Rechtsanwalt mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen anderen Rechtsanwalt zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammen, so haftet er nicht entsprechend § 28 I 1 i.V. mit § 128 S. 1 HGB für die im Betrieb des bisherigen Einzelanwalts begründeten Verbindlichkeiten.

Sachverhalt:

Der Bekl. war vom 3. 1. 1993 bis Anfang 1996 Sozium des Rechtsanwalts *K*. Dieser ist in einem Rechtsstreit, den der Kl. aus abgetretenem Recht des *S* (im Folgenden: Zedent) führte, rechtskräftig zur Zahlung von 1435926,90 DM verurteilt worden. Das dieser Zahlungsklage zu Grunde liegende Vertragsverhältnis zwischen Rechtsanwalt *K* und dem Zedenten war vor der Gründung der Sozietät mit dem Bekl. zu Stande gekommen. Der Kl. nimmt nunmehr den Bekl. mit der Begründung in Anspruch, dieser hafte als ehemaliger Sozium gesamtschuldnerisch für die von Rechtsanwalt *K* während des Bestehens der Sozietät begangenen Pflichtverletzungen, die in der Veruntreuung von Mandantengeldern bestünden.

Die Vorinstanzen haben die im Berufungsrechtszug nur noch auf Zahlung von 259722,84 DM an den Kl. sowie von 65645,09 DM an die Sparkasse *B* gerichtete Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgte der Kl. sein Klagebegehren weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Nach der Rechtsprechung des *BGH* erstrecken sich bei der Gründung einer Anwaltssozietät die bereits vorher den einzelnen Anwälten erteilten Einzelmandate nicht ohne weiteres auf die übrigen Mitglieder der Sozietät. Vielmehr bedarf es einer zumindest stillschweigenden Einbeziehung der Sozium in das bisherige Einzelmandat (*BGH*, NJW 1988, 1973). Das Erfordernis einer vertraglichen Einbeziehung des neu hinzutretenden Sozium in das Mandatsverhältnis ist nach dieser Rechtsprechung darin begründet, dass bei Auftragserteilung weder der Mandant noch der Anwalt den Willen haben, das Auftragsverhältnis mit (allen) Mitgliedern der noch gar nicht bestehenden Sozietät abzuschließen, und ein entsprechender Wille der Vertragsschließenden auch bei der späteren Gründung der Sozietät nicht vorliegen kann (*BGH*, NJW 1988, 1973). Dieses Erfordernis entspricht auch dem - nach der früheren Rechtsprechung zur Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. BGHZ 74, 240 [242f.] = NJW 1979, 1821) bestehenden - Grundsatz, dass der in eine Anwaltssozietät Eintretende für vorher begründete Verbindlichkeiten nur kraft besonderer Vereinbarung mit dem Gläubiger haftet.

2. Der Bekl. ist auch nicht kraft Gesetzes infolge der Gründung der Sozietät in das bereits bestehende Mandatsverhältnis einbezogen worden. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich die Haftung des Bekl. nicht aus einer entsprechenden Anwendung der §§ [28](#), [128ff.](#) HGB.

a) Sofern die Mitglieder einer Rechtsanwaltssozietät - wie hier - eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden, erstreckt sich die nunmehr nach der neueren Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* des *BGH* bestehende akzessorische Haftung des Gesellschafters einer GbR entsprechend § [128](#) S. 1 HGB (vgl. BGHZ 142, [315](#) [[318](#)] = NJW 1999, [3483](#) = NZG 2000, [30](#); BGHZ 146, [341](#) [[358](#)] = NJW 2001, [1056](#) = NZG 2001, [311](#)) nur auf die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht aber auf solche Verpflichtungen, die lediglich in der Person einzelner Mitgesellschafter begründet worden sind.

Bestand das streitige Vertragsverhältnis mangels vertraglicher Einbeziehung des Bekl. weiterhin nur zwischen dem Zedenten und Rechtsanwalt *K*, so haftete auch nur dieser für Verletzungen der sich daraus ergebenden Pflichten, selbst wenn von ihm Pflichtverletzungen während des Bestehens der Sozietät mit dem Bekl. begangen wurden. Eine entsprechende Anwendung des § [130 I](#) HGB (dazu *BGH*, NJW 2003, [1803](#) = NZG 2003, [577](#) = ZIP 2003, [899](#); z. Veröff. best. in BGHZ) scheidet hier - unabhängig davon, wann die streitgegenständliche Verbindlichkeit begründet worden ist - schon deshalb aus, weil der Bekl. nicht in eine bestehende Gesellschaft eingetreten ist.

b) Eine persönliche Haftung des Bekl. entsprechend § [128](#) S. 1 HGB lässt sich nicht mit einer entsprechenden Anwendung des § [28 I](#) 1 HGB begründen.

aa) Dem steht allerdings nicht entgegen, dass § [28 I](#) 1 HGB für vor der Gründung der Gesellschaft im Betrieb des früheren Geschäftsinhabers entstandene Verbindlichkeiten nur die Haftung der Gesellschaft anordnet. Denn nach der Rechtsprechung des *BGH* entsteht die Haftung der Gesellschaft nach § [28 I](#) 1 HGB mit ihrer Gründung, so dass der Eintretende für diese Verbindlichkeit der Gesellschaft gem. § [128](#) S. 1 HGB persönlich haftet (vgl. *BGH*, NJW 1966, [1917](#) [[1918](#)]; NJW 1972, [1466](#) [[1467](#)]; ebenso die h.M. im Schrifttum, vgl. *Ammon*, in: *Röhrich/Graf v. Westphalen*, HGB, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 31; *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 28 Rdnr. 5; *K. Schmidt*, HandelsR, 5. Aufl., § 8 III 2a; a.A. *Canaris*, HandelsR, 23. Aufl., § 7 Rdnr. 92; differenzierend *Lindacher*, NZG 2002, [113](#) [[114](#)] m.w. Nachw. zum Streitstand).

bb) Nach seinem Wortlaut und nach der Rechtsprechung des *BGH* (BGHZ 31, [397](#) [[400f.](#)] = NJW 1960, [624](#); WM 1972, [21](#) [[22](#)]; NJW 1973, [1691](#) = WM 1973, [896](#) [[899](#)]) setzt § [28 I](#) 1 HGB jedoch voraus, dass jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt (ebenso die h.M. im Schrifttum, vgl. *Ammon*, § 28 Rdnr. 9 Fußn. 16; *Baumbach/Hopt*, § 28 Rdnr. 2; *Canaris*, § 7 Rdnrn. 88, 92; *Ensthaler/Nickel*, GK-HGB, § 28 Rdnr. 3; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 4. Aufl., § 28 Rdnr. 5). Rechtsanwalt *K* war bei Begründung der Sozietät mit dem Bekl. nicht Einzelkaufmann i.S. des § [28 I](#) 1 HGB, da er kein Handelsgewerbe betrieb, § [2 II](#) BRAO (vgl. BGHZ 72, [282](#) [[287](#)] = NJW 1979, [430](#)).

Im handelsrechtlichen Schrifttum wird allerdings die Ansicht vertreten, jeder Unternehmensträger, nicht bloß der Kaufmann nach den §§ [1](#) bis [5](#) HGB, sei Einzelkaufmann i.S. des § [28 I](#) HGB; ebenso soll es genügen, wenn durch den Eintritt in das Geschäft des bisherigen Einzelunternehmers eine (das Unternehmen tragende) Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsteht (so insb. *K. Schmidt*, § 8 III 1a bb und b bb; *ders.*, NJW 2003, [1897](#) [[1903](#)]; vgl. ferner *Lieb*, in: MünchKomm-HGB, § 28 Rdnr. 10). Zur Begründung wird angeführt, bei

§ 28 I HGB handele es sich nicht um eine spezielle kaufmännische Regelung, sondern um einen Ausdruck des Gedankens der Unternehmenskontinuität (*K. Schmidt*, § 8 III 1a bb, S. 257).

Ob einer solchen erweiternden Auslegung des § 28 I HGB wegen der Annäherung des Haftungsrechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an dasjenige der offenen Handelsgesellschaft durch die jüngere Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* des *BGH* allgemein zu folgen ist (offen gelassen in *BGHZ* 143, 314 [318] = *NJW* 1999, 3483 = *NZG* 2000, 30; befürwortend *Arnold/Dötsch*, *DStR* 2003, 1398 [1403f.]; *Bruns*, *ZIP* 2002, 1602 [1606f.]; *Ulmer*, *ZIP* 2003, 1113 [1116]; *ders.*, *MünchKomm*, 4. Aufl., § 714 Rdnr. 75; abl. *Römermann*, *BB* 2003, 1084 [1086]), kann dahingestellt bleiben. Ebenso kann die weitere Frage offen bleiben, ob § 28 I 1 HGB nur die Mithaftung der neuen Gesellschaft für die einzelnen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers begründet (so die h.M., vgl. *Roth*, § 28 Rdnr. 10; *Ensthaler/Nickel*, § 25 Rdnrn. 18a, 20; *Beuthien*, *NJW* 1993, 1737) oder ob auch ganze Rechtsverhältnisse auf den neuen Unternehmensträger übergehen, dieser also nicht nur für bereits entstandene Altverbindlichkeiten haftet, sondern selbst Vertragspartei wird (so *K. Schmidt*, § 8 I 4c bb, sowie *ders.*, *Gedächtnisschr. für Sonnenschein*, S. 497, 508; *Lieb*, § 25 Rdnrn. 80ff., § 28 Rdnr. 29; für Mietverhältnisse verneinend *BGH*, *ZIP* 2001, 1007 [1008]). Es bedarf auch nicht der näheren Überprüfung, welche Vereinbarungen der Bekl. mit Rechtsanwalt *K* über die Einbringung von dessen „Geschäft“ in die neu gegründete Sozietät getroffen hat und ob gegebenenfalls der Rechtsgrund für die streitgegenständliche Verbindlichkeit auch dann „im Betriebe“ dieses „Geschäfts“ des Rechtsanwalts *K* entstanden ist, wenn es sich, wie das *LG* angenommen hat, lediglich um einen Treuhandauftrag ohne rechtsberatende Tätigkeit gehandelt haben sollte. Denn jedenfalls für die hier in Rede stehenden Verpflichtungen aus dem zwischen Rechtsanwalt *K* als Einzelanwalt und dem Zedenten begründeten Vertragsverhältnis kommt ein Übergang der Haftung auf die später von Rechtsanwalt *K* und dem Bekl. gegründete Sozietät in entsprechender Anwendung des § 28 I 1 HGB wegen der besonderen Ausgestaltung der zwischen einem Einzelanwalt und seinen Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisse nicht in Betracht.

cc) Das Rechtsverhältnis zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Mandanten ist - selbst wenn sich der Anwalt mit anderen zur beruflichen Zusammenarbeit verbunden hat - in erster Linie durch die persönliche und eigenverantwortliche anwaltliche Dienstleistung geprägt (*BVerfG*, *NJW* 2003, 2520). Das einem Einzelanwalt erteilte Mandat ist in besonderem Maße dadurch gekennzeichnet, dass die zu erbringende Dienstleistung an die Person des beauftragten Anwalts geknüpft ist. Der Mandant, der gerade keine Sozietät von mehreren Anwälten beauftragt, darf bei Auftragserteilung davon ausgehen, dass der beauftragte Anwalt die ihm auf Grund besonderen Vertrauens (vgl. § 627 I 1 BGB) übertragene Dienstleistung persönlich erbringt (vgl. § 664 I 1 BGB). In der maßgeblichen Sicht des Rechtsverkehrs wird jedenfalls der Einzelanwalt als Person und nicht als Unternehmen zum unabhängigen Berater und Vertreter des Mandanten in Rechtsangelegenheiten berufen. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine andere Beurteilung geboten sein kann, wenn das Mandat sogleich einer Sozietät erteilt wird (vgl. dazu *BGHZ* 124, 47 [50] = *NJW* 1994, 257), steht hier nicht zur Überprüfung. Soll aber das Vertragsverhältnis nach dem Willen der Vertragsparteien persönlicher Art sein, wovon bei der Beauftragung eines Einzelanwalts auszugehen ist, dann greift der Gedanke einer auf die Kontinuität eines Unternehmens gestützten Haftungserstreckung nicht (*K. Schmidt*, § 8 I 4c bb, S. 232, lehnt gleichfalls einen Vertragsübergang ab, wenn das Rechtsverhältnis nach dem Willen der Parteien persönlicher Art ist wie etwa gegenüber dem Hausanwalt, Steuer- oder Unternehmensberater). Da die persönliche Leistungserbringung die berufliche Tätigkeit des Einzelanwalts insgesamt charakterisiert, sind nicht etwa nur einzelne Rechtsverhältnisse oder Verbindlichkeiten von

einem Übergang der Haftung auszunehmen, sondern es ist eine entsprechende Anwendung des § [28 I 1 HGB](#) auf den Eintritt in das „Geschäft“ eines Einzelanwalts grundsätzlich zu verneinen.

Die Anwendung des § [28 I 1 HGB](#) auf den Zusammenschluss von bisher als Einzelanwälten tätigen Rechtsanwälten zu einer Rechtsanwaltssozietät ist ferner deshalb abzulehnen, weil ihnen nicht wie den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft (§ [28 II HGB](#)) die Möglichkeit offen steht, einer abweichenden Vereinbarung durch Eintragung in das Handelsregister Dritten gegenüber Geltung zu verleihen. Anderenfalls wären Nichtkaufleute schlechter gestellt als Kaufleute.

dd) Eine entsprechende Anwendung des § [28 I 1 HGB](#) folgt auch nicht daraus, dass nach der neueren Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* des *BGH* die Haftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht nur derjenigen eines Handelsgesellschafters nach §§ [128](#), [129 HGB](#) entspricht, sondern der in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintretende Gesellschafter wie der Handelsgesellschafter nach § [130 I HGB](#) für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen hat (*BGH*, NJW 2003, [1803](#) = NZG 2003, [577](#)).

Es ist bereits fraglich, ob die analoge Anwendung des § [130 I HGB](#) die entsprechende Anwendbarkeit des § [28 I 1 HGB](#) zur Folge haben muss (verneinend etwa *Römermann*, BB 2003, [1084](#) [[1086](#)]). § [130 I HGB](#) betrifft die Haftung des in eine bestehende Gesellschaft Eintretenden, während bei § [28 I 1 HGB](#) erst mit dem Eintritt in das Geschäft des früheren Einzelunternehmers eine Gesellschaft entsteht. Ob deshalb den Vorschriften der §§ [28](#), [130 HGB](#) unterschiedliche Normzwecke zu Grunde liegen oder ob man sie als vergleichbare Sachverhalte regelnde rechtsähnliche Bestimmungen anzusehen hat, ist umstritten (zum Meinungsstand vgl. *BGH*, NJW 1966, [1917](#) [[1918f.](#)]; *Baumbach/Hopt*, § 28 Rdnr. 1, § 130 Rdnr. 1; *Gerlach*, Die Haftungsordnung der §§ 25, 28, 130 HGB, 1976, S. 49ff., 62f.; *Heymann/Emmerich*, HGB, 2. Aufl., § 28 Rdnrn. 7f.; *Honsell/Harrer*, ZIP 1983, [259](#) [[262f.](#)]; *Zimmer/Scheffel*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 28 Rdnrn. 2ff. m.w. Nachw.). Dieser Problematik braucht hier aber nicht nachgegangen zu werden. Denn wie schon unter II 2b cc der Entscheidungsgründe ausgeführt, ist jedenfalls für die hier vorliegende Fallgestaltung eine unter dem Gesichtspunkt der Unternehmens- und Haftungskontinuität identische oder vergleichbare Lage nicht gegeben, so dass schon aus diesem Grunde aus der entsprechenden Anwendung des § [130 HGB](#) auf den Eintritt in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes eine Analogie zu § [28 I 1 HGB](#) beim „Eintritt“ eines Rechtsanwalts in das von einem anderen bisher als Einzelanwalt betriebene „Geschäft“ nicht hergeleitet werden kann.

c) Ob zwischen Rechtsanwalt *K* und dem Zedenten ein Anwaltsdienstvertrag geschlossen wurde, wie der Kl. geltend gemacht hat, oder ob Rechtsanwalt *K* von dem Zedenten nur als Treuhänder ohne rechtsberatende Tätigkeit beauftragt wurde, wie das *LG* angenommen hat, ist ohne Belang. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung des zwischen Rechtsanwalt *K* und dem Zedenten geschlossenen Vertrags käme eine Haftung des Bekl. nur in Betracht, wenn § [28 I 1 HGB](#) entsprechend anzuwenden wäre. Sowohl Verpflichtungen aus einem Anwaltsvertrag als auch solche aus einem Treuhandverhältnis wären „Altverbindlichkeiten“ des früheren Geschäftsinhabers im Sinne dieser Vorschrift. Denn zu den „im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers“ gehören alle Verpflichtungen, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen engen, inneren Verbindung stehen, dass sie als dessen Folge erscheinen (RGZ 15, [51](#) [[54](#)]; RGZ 58, [21](#) [[23](#)]; RGZ 143, [154](#) [[156](#)]). Gleichgültig ist, auf welchem Rechtsgrund die Haftung beruht; sie umfasst

sowohl gesetzliche Ansprüche beispielsweise aus Delikts- und Bereicherungsrecht (vgl. *BGH*, NJW 1972, [1466](#) [[1467](#)]) als auch Schadensersatzansprüche aus Vertragspflichtverletzungen. Vom Übergang erfasst werden alle Verbindlichkeiten, deren Rechtsgrund vor dem „Eintritt“ gelegt worden ist (*Ammon*, § 28 Rdnr. 29, § 25 Rdnr. 30; *Lieb*, § 28 Rdnr. 28, § 25 Rdnr. 95; *Zimmer/Scheffel*, § 28 Rdnr. 31, § 25 Rdnr. 64). Maßgeblich ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (*Zimmer/Scheffel*, § 28 Rdnr. 31, § 25 Rdnr. 64); die Verbindlichkeit muss noch nicht fällig, sie kann bedingt oder betagt sein (vgl. *BGH*, NJW-RR 1990, [1251](#) = WM 1990, [1573](#) [[1576](#)]; NJW 1996, [2866](#) [[2867](#)]). Entscheidend für die Einordnung ist danach der Zeitpunkt der Entstehung der Verpflichtung aus dem Mandats- oder Treuhandverhältnis mit dessen Begründung, nicht dagegen der Zeitpunkt ihrer Verletzung. Das Vertragsverhältnis ist hier aber unstrittig vor dem „Eintritt“ des Bekl. begründet worden. Kommt aber eine entsprechende Anwendung des § [28 I](#) 1 HGB aus den genannten Gründen in Bezug auf das hier in Rede stehende Vertragsverhältnis nicht in Betracht, weil es sowohl im Falle eines Anwaltsdienstvertrags als auch im Falle eines Treuhandvertrags nach dem Willen der Vertragsparteien persönlicher Natur sein sollte, so ist dieses Rechtsverhältnis wie ein zweites, von dem bisherigen Geschäftsinhaber selbstständig weiter geführtes Geschäft (vgl. dazu BGHZ 31, [397](#) [[399](#)] = NJW 1960, [624](#)) von dem Übergang der Haftung auf die von dem Bekl. und Rechtsanwalt *K* neu gegründete Gesellschaft nicht erfasst worden. Letzterer haftet für Verbindlichkeiten, die aus diesem Rechtsverhältnis herrühren, vielmehr allein.

Neuere Tendenz zu dem Fragenkreis:

BGH NZG 2010, 1122

LS:

Treten einer Rechtsanwalts-Partnerschaftsgesellschaft Rechtsanwälte bei, die zuvor mit anderen Rechtsanwälten eine Sozietät in der Rechtsform der GbR betrieben haben, haftet die Partnerschaftsgesellschaft nur auf Grund eines erklärten Schuldbeitritts, nicht jedoch entsprechend § 28 Absatz 1 HGB für die bisher die Sozietät verpflichtenden Versorgungsansprüche eines aus der Sozietät ausgeschiedenen Altpartners.

Aus den Gründen:

1. Eine Haftung der Kl. zu 1 für die Versorgungsansprüche des Bekl. und der Drittwiderkl. nach § 28 I HGB oder einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift besteht nicht.

a) Es ist zweifelhaft, ob § 28 HGB auf die Partnerschaftsgesellschaft bereits deshalb nicht anwendbar ist, weil § 2 II PartGG zwar eine Reihe von Vorschriften des 3. Abschnitts des HGB ausdrücklich für anwendbar erklärt, aber neben § 25 HGB und einigen anderen Vorschriften auch den § 28 HGB nicht aufführt (vgl. dazu Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. [2009], § 2 PartGG Rdnr. 2). Dies ist hier allerdings ebenso wenig entscheidungserheblich wie die Frage, ob – wofür gute Gründe angeführt werden können – mit einer im Schrifttum vertretenen Ansicht jeder Unternehmensträger, nicht bloß der Kaufmann im Sinne des HGB, als Einzelkaufmann i.S. des § 28 I HGB angesehen werden kann und ob es genügt, wenn durch den Eintritt in das Geschäft des bisherigen Einzelunternehmers eine (das Unternehmen tragende GbR entsteht (offengelassen in BGHZ 157, 361, 365). Denn eine Haftung der Kl. zu 1 als aufnehmende Partnerschaftsgesellschaft für Versorgungsansprüche des Bekl. kann ausgehend von Wortlaut, Systematik, Zweck und Entstehungsgeschichte der Vorschrift sowie bei Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung des Senats nicht auf eine analoge Anwendung des § 28 I HGB gestützt werden.

b) § 28 I HGB ordnet die Haftung der Gesellschaft für Altschulden des aufnehmenden Geschäftsinhabers an. Altschulden des eintretenden Gesellschafters hat dagegen – neben dem mittlerweile aufgehobenen § 419 BGB sowie § 613a BGB und § 75 AO – der hier mangels Übernahme des Sozietätsnamens nicht eingreifende § 25 HGB im Blick (Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. [2008], § 28 Rdnr. 2; K. Schmidt, HandelsR § 8 III 1b cc, S. 259 f.). Bei § 28 I HGB geht es nicht um die Altschulden des Eintretenden. Geschützt werden sollen vielmehr die Gläubiger des „alten Geschäfts“ (BGH, NJW 1966, 1917, 1918).

Eine vom Bekl. und der Drittwiderkl. befürwortete Anwendung des § 28 I HGB auf den Beitritt in eine bestehende Gesellschaft mit der Folge der Haftung der Gesellschaft für die Altverbindlichkeiten des Beitretenden (so allerdings in einem allenfalls de lege ferenda tauglichen Ansatz Lieb, in: MünchKomm-HGB, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 6) verlässt den Boden einer zulässigen Analogie, also die Anwendung einer im Gesetz geregelten Rechtsfolge auf einen vergleichbaren Fall. Es geht nicht an, hier die Partner der Partnerschaftsgesellschaft bzw. diese selbst als Eintretende und die „Sozietät S“ bzw. die Kl. zu 2 und 3 als aufnehmende Gesellschafter anzusehen (vgl. dazu K. Schmidt, HandelsR, § 8 III 1b cc, S. 259 Beispiel Nr. 46).

Dies wäre zudem mit dem vom Senat vertretenen Grundsatz einer notwendigerweise engen Auslegung des § 28 HGB nicht vereinbar (BGHZ 31, 397). Dem Gesetzgeber ging es allein um die Sicherstellung der Haftung des Eintretenden für die Altschulden des Einzelkaufmanns und nicht um die Haftung der entstehenden Gesellschaft für Altschulden des Eintretenden. Ausgangspunkt der Überlegungen des Gesetzgebers war die Haftung des Eintretenden gem. § HGB § 130 HGB, der allerdings nur eingreift, wenn jemand in eine bereits bestehende Gesellschaft eintritt. Da sich die Verhältnisse bei einem Zusammenschluss eines Einzelkaufmanns mit einem Teilhaber und der daraus erst entstehenden Gesellschaft und die Verhältnisse bei einem Beitritt in eine bereits bestehende Gesellschaft ähneln und eine „grundsätzlich verschiedene Behandlung sachlich nicht“ zu rechtfertigen ist, hat der Gesetzgeber den § 28 HGB als Ergänzung zu § 130 HGB geschaffen (BGH, NJW 1966, 1917, 1918).

Auf sich beruhen kann damit, dass es dem Bekl. und der Drittwiderkl. obendrein um eine Haftung für eine Versorgungsverbindlichkeit geht, welche gem. § 10 II Sozietätsvertrag die alte Sozietät S, also eine GbR zu erfüllen hatte. Diese Gesellschaft ist aber der verklagten Partnerschaftsgesellschaft zweifelsfrei nicht beigetreten (vgl. auch § 1 I 3 PartGG, dazu Ulmer/Schäfer, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 1 PartGG Rdnr. 23), sondern beigetreten sind nach den tatsächlichen Feststellungen des LG, auf die das BerGer. Bezug nimmt und die vom Bekl. und der Drittwiderkl. nicht angegriffen werden, drei der alten Gesellschafter der Sozietät, u.a. die Kl. zu 2 und 3.

2. Im Übrigen müsste eine Haftung der Kl. zu 1 für die Versorgungsansprüche des Bekl. und der Drittwiderkl. bereits deshalb ausscheiden, weil dem Bekl. – vorausgesetzt es bestünde überhaupt eine Haftung nach § 28 I HGB – eine abweichende Vereinbarung i.S. des § 28 II HGB mitgeteilt worden ist.

Zu Folie 8:

BGH NJW 2010, 69

LS:

Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft haften nicht persönlich für die Kosten des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft und die von dem Verwalter in diesem Verfahren begründeten Masseverbindlichkeiten.