

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Hans Gummert, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Lutz Weipert, Rechtsanwalt und Notar a.D., Bearbeitet von Dr. Hermann Butzer, Dr. Philipp Diers, Rechtsanwalt, Dr. Hoimar Ditfurth, Rechtsanwalt, Dr. Joachim Falkenhausen, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Hardy Fischer, Rechtsanwalt, Dr. Nicola Fröhlich, Rechtsanwältin, Dr. Thorsten Gayk, Rechtsanwalt, Dr. Detlev G. Gross, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Maximilian Haag, Rechtsanwalt und Steuerberater, Prof. Dr. Hartmut Hamann, Rechtsanwalt, Dr. Hilke Herchen, Rechtsanwältin, Dr. Johannes Hushahn, Rechtsanwalt, Dr. Eberhard Klein, Notar, Béla Knof, Rechtsanwalt, Dr. Jörg Lindemeier, Notar, Elisabeth Märker, Rechtsanwältin, Dr. Mathias Mantler, Rechtsanwalt, Dr. Antje Mattfeld, LL.M., Rechtsanwältin, Prof. Dr. Antonio Miras, Dr. Frauke Möhrle, Rechtsanwältin, Dr. Bernhard Noreisch, LL.M., Rechtsanwalt, Delia Maria Palenker, Rechtsanwältin, Dr. David Quinke, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Yvonne Remplik, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, LL.M., Rechtsanwalt, Marion Sangen-Emden, Rechtsanwältin und Steuerberaterin, Kai Andreas Schaffelhuber, Rechtsanwalt, Dr. Jürgen Schmid, Rechtsanwalt und Notar, Dr. Henning C. Schneider, Rechtsanwalt, Dr. Christoph Schücking, Rechtsanwalt, Dr. Norbert Schulte, M.A.L.D., Rechtsanwalt, Prof. Dr. Kerstin Schweizer, LL.M., Dr. Frank Sölch, Rechtsanwalt, und Dr. Bernd Wirbel, Rechtsanwalt

5. Auflage 2019. Buch. LXXIV, 2183 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 70501 4

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Übung erfolgen, setzt aber das Einvernehmen aller Gesellschafter und nicht etwa nur der geschäftsführenden Gesellschafter voraus.¹⁰⁷ In der Praxis ist die **funktionelle Aufteilung** der Geschäftsführung unter mehreren Geschäftsführern nach sachlichen Verantwortungsbe-
reichen von besonderer Bedeutung. Soweit es sich um eine echte Aufteilung durch Gesell-
schaftsvertrag handelt, ist jeder Geschäftsführer nur in seinem Bereich geschäftsführungsbe-
fugt und hat hinsichtlich der anderen auch kein Widerspruchsrecht. Denkbar ist aber auch
eine bloße Aufgabenverteilung durch Abreden und – soweit zulässig – Untervollmachten
zwischen den Geschäftsführern, die ihre Gesamtverantwortung für die Geschäftsführung
unberührt lässt. Die **Grenzen** der Vertragsfreiheit liegen in den §§ 134 und 138 BGB,
insbesondere im Grundsatz der Selbstorganschaft (vgl. → Rn. 8). Der Ausschluss aller Ges-
ellschafter von der Geschäftsführung ist unzulässig.¹⁰⁸

5. Rechte und Pflichten des Geschäftsführers

Die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers beruhen auf dem Gesellschaftsverhältnis. **49**
Sie sind ebenso wie die Geschäftsführungsbefugnis Ausfluss der Mitgliedschaft und zwar
auch im Fall der übertragenen Geschäftsführung nach § 710 BGB. Neben der allgemeinen
Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers¹⁰⁹ und dem Gesellschaftsvertrag sind für
die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers die Bestimmungen des § 713 BGB (subsidiäre
Anwendung des Auftragsrechts, dazu → Rn. 50 ff.) und die Haftungsregelung des
§ 708 BGB (dazu → Rn. 58 ff.) von Bedeutung.

Nach § 713 BGB findet das Auftragsrecht subsidiär entsprechende Anwendung. Ebenso **50**
wie die anderen Regelungen über die Geschäftsführung ist auch § 713 BGB **dispositiv**.
Auch, soweit § 713 BGB auf das Auftragsrecht verweist, sind die unterschiedlichen Grundla-
gen der Tätigkeit des Geschäftsführers der BGB-Gesellschaft und der Tätigkeit des Auftrag-
nehmers zu berücksichtigen. Zu Recht sieht § 713 BGB nur eine analoge Anwendung des
Auftragsrechts vor, weil der geschäftsführende Gesellschafter nicht in einem Arbeits- oder
Auftragsverhältnis zur Gesellschaft steht, sondern die Geschäfte kraft seiner Gesellschafter-
stellung eigenverantwortlich führt.¹¹⁰ Handelt ein Gesellschafter für die Gesellschaft dagegen
nicht auf Grund seiner Mitgliedsstellung, sondern wie ein fremder Dritter kraft eines beson-
deren Auftrages oder werden einem Nichtgesellschafter einzelne Geschäftsführungsmaß-
nahmen überlassen, findet das Auftragsrecht über § 675 BGB direkte Anwendung.¹¹¹

Der Grundsatz der **Unübertragbarkeit** der Geschäftsführerstellung ergibt sich aus den **51**
§§ 713, 664 BGB sowie daraus, dass die Geschäftsführung Ausfluss der Gesellschafterstel-
lung ist. Gestattet der Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise die Übertragung der Geschäfts-
führung auf einen **eigenverantwortlich handelnden Dritten**, haftet der Geschäftsführer
nach §§ 713, 664 Abs. 1 S. 2 BGB für eigenes Verschulden bei der Auswahl des Dritten.
Bei unbefugter Übertragung der Geschäftsführung haftet der Geschäftsführer im Rahmen
des § 708 BGB auch für ein Verschulden des Dritten. Das Gleiche gilt, wenn er eigene
Erfüllungsgehilfen einsetzt (§§ 713, 664 Abs. 1 S. 3, 278 BGB), nicht aber bei Erfüllungs-
gehilfen der Gesellschaft selbst.¹¹²

Der Geschäftsführer handelt grundsätzlich **eigenverantwortlich**. Die Vorschrift des **52**
§ 665 BGB, die den Beauftragten den Weisungen des Auftraggebers unterstellt, findet
daher grundsätzlich keine Anwendung. Der Geschäftsführer ist nur dann in seiner Ge-
schäftsführung gebunden, wenn er im Rahmen der Geschäftsführung nach dem Mehr-

¹⁰⁷ A. Hueck OHG § 10 II 2 S. 120; MünchKomm./Schäfer § 709 Rn. 16.

¹⁰⁸ Soergel/Hadding/Kiefling § 709 Rn. 22; MünchKomm./Schäfer § 709 Rn. 20; aA A. Hueck OHG § 10 II 2 S. 119 f.

¹⁰⁹ Recht auf und Pflicht zur Geschäftsführung, vgl. → Rn. 11; Aufwendungsersatz und Vergü-
tung, vgl. → Rn. 16.

¹¹⁰ Vgl. → Rn. 52.

¹¹¹ BGH II ZR 11/61, NJW 1962, 738; OLG Frankfurt a.M. 4 U 60/11, BeckRS 2013, 01954
Rn. 46; MünchKomm./Schäfer § 713 Rn. 5.

¹¹² Soergel/Hadding/Kiefling § 713 Rn. 5.

heitsprinzip des § 709 Abs. 2 BGB überstimmt wurde oder nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages den Weisungen der Gesellschafter unterstellt ist.¹¹³

- 53 §§ 713, 666 BGB begründen die Pflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesamthand, auf Verlangen über den Stand seiner Geschäftsführung **Auskunft** zu geben und nach Beendigung seines Amtes über seine Tätigkeit **Rechenschaft** abzulegen. Daneben hat jeder einzelne Gesellschafter das Informations- und Prüfungsrecht des § 716 BGB. Da Voraussetzungen und Umfang beider Ansprüche unterschiedlich sind, haben sie nebeneinander eine selbstständige Bedeutung. Der Anspruch nach §§ 713, 666 BGB kann unter den Voraussetzungen der actio pro socio auch von einem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden. Der generelle Ausschluss der Rechenschaftspflicht kann wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig sein.¹¹⁴
- 54 Der Geschäftsführer unterliegt während seiner ganzen Tätigkeit der **Auskunftspflicht**. Er hat von sich aus den Gesellschaftern die erforderlichen Informationen zu geben. Daneben hat er auf Verlangen zusätzlich Auskunft über den Stand der Geschäfte zu erteilen. Alle Auskünfte und Informationen haben sich an die Gesamtheit der Gesellschafter zu richten.
- 55 Die **Rechenschaftspflicht** entsteht erst mit Beendigung der Geschäftsführungstätigkeit, etwa bei Auflösung der Gesellschaft oder vorzeitiger Beendigung der Geschäftsführungstätigkeit. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft ergibt sich diese Pflicht allerdings schon aus §§ 721 Abs. 1, 730. Der Umfang der Rechenschaftspflicht richtet sich nach § 259 BGB: Der Geschäftsführer hat eine Rechnung mit geordneter Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben mitzuteilen und mit den entsprechenden Belegen vorzulegen. Für Gesellschaften mit nicht nur unerheblichen Geschäften folgt daraus regelmäßig die Verpflichtung der Geschäftsführer, Bücher zu führen.¹¹⁵ Die ordnungsmäßige Rechnungslegung ist Voraussetzung für die **Entlastung** des geschäftsführenden Gesellschafters.¹¹⁶ Ob er unter diesen Voraussetzungen einen einklagbaren Anspruch auf Entlastung hat, hat der Bundesgerichtshof offengelassen. Entgegen einer Auffassung in der Literatur¹¹⁷ ist dies mit Rücksicht auf den weiten Ermessensspielraum, den die Gesellschafter bei der Beurteilung der Geschäftsführung haben müssen, abzulehnen.¹¹⁸
- 56 Die Verpflichtung, das durch die Geschäftsführung **Erlangte herauszugeben** und **Zinsen** für die Gelder zu zahlen, die er für sich selbst verwandt hat (§§ 667, 668 BGB), trifft den Geschäftsführer nur insoweit, als er die Geschäfte **im eigenen Namen** vorgenommen hat. Bei offener Vertretung der Gesellschaft werden die erworbenen Gegenstände nach § 718 Abs. 1 BGB unmittelbar Teil des Gesamthandsvermögens, so dass sich eine Herausgabe erübrigt. Nach §§ 713, 667 BGB sind auch alle Vorteile herauszugeben, die dem Geschäftsführer in einem inneren Zusammenhang mit seiner Tätigkeit zugeflossen sind, zB auch Provisionen oder Schmiergelder.¹¹⁹
- 57 Der Geschäftsführer hat nach §§ 713, 670 BGB einen Anspruch auf **Aufwendungersatz** und nach §§ 713, 669 BGB einen Anspruch auf **Vorschuss** hierauf. Ein Ersatzanspruch des Geschäftsführers besteht nur für solche Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten dürfte.¹²⁰

6. Haftung des Geschäftsführers

- 58 Verletzt der geschäftsführende Gesellschafter seine Pflichten schuldhaft, so haftet er der Gesellschaft auf Schadensersatz. Haftungsmaßstab dafür ist bei einfacher Fahrlässigkeit anstel-

¹¹³ Soergel/Hadding/Kießling § 713 Rn. 6; MünchKomm./Schäfer § 713 Rn. 7 mwN.

¹¹⁴ BGH II ZR 179/63, WM 1965, 709 (710).

¹¹⁵ RG II 139/21, RGZ 103, 71 (72).

¹¹⁶ BGH III ZR 84/82, WM 1983, 910 (912).

¹¹⁷ Soergel/Hadding/Kießling § 713 Rn. 8.

¹¹⁸ MünchHdb. GesR II/Scheel KG § 7 Rn. 25; zur OHG: MüKoHGB/Rawert § 114 Rn. 72f; Ebenroth/Joost/Boujong/Strohn/Drescher § 114 Rn. 46; zur GmbH: BGHZ 94, 324.

¹¹⁹ RG III 411/19, RGZ 99, 31; Soergel/Hadding/Kießling § 713 Rn. 9.

¹²⁰ Zu den Einzelheiten vgl. → Rn. 17 ff.

le der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) **§ 708 BGB**: Der Geschäftsführer haftet nur für diejenige Sorgfalt, die er „in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt“. Grund für diese **Haftungsbeschränkung** ist die Vorstellung des Gesetzgebers, dass die Parteien des Gesellschaftsvertrages bereit sind, die anderen Gesellschafter so zu nehmen, wie sie sind und damit auch keine größere Sorgfalt erwarten können, als sie der Mitgesellschafter in eigenen Angelegenheiten anwendet. Ist diese allerdings größer als die im Verkehr übliche, haftet der Gesellschafter nur für die letztere, weil eine Haftungsverschärfung dem Sinn des § 708 BGB widersprechen würde.¹²¹ § 708 BGB findet auch auf die Haftung des Geschäftsführers für – eigene – Erfüllungsgehilfen Anwendung; für Angestellte der Gesellschaft, die er befugt eingestellt hat, haftet er ohnehin nicht nach § 278 BGB. Die Haftungsbeschränkung gilt **nicht** bei grober Fahrlässigkeit (§ 277 BGB) und Vorsatz. Nach der Rechtsprechung gilt sie ferner nicht bei Publikumsgesellschaften, weil diese nicht durch das persönliche Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern geprägt sind.¹²²

Die Haftungsbeschränkung des § 708 BGB setzt voraus, dass ein Gesellschafter in Erfüllung gesellschaftsvertraglicher Obliegenheiten, insbesondere seiner Beitragspflicht gehandelt hat.¹²³ Sie kommt nicht nur den geschäftsführenden Gesellschaftern, sondern auch „einfachen“ Gesellschaftern zugute, die kraft des Gesellschaftsvertrages tätig werden; sie gilt aber dann nicht, wenn ein Gesellschafter auf Grund eines vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsverhältnisses (etwa als Vermieter oder Rechtsanwalt) handelt oder nur bei Gelegenheit einer Handlung als Geschäftsführer einen Schaden verursacht.¹²⁴ Gleiches gilt auch für Verletzungen besonderer Sorgfaltspflichten, die über das Gesellschaftsverhältnis hinausgehen (etwa als Partner eines Beherrschungsvertrages).¹²⁵ Dagegen gilt § 708 BGB für **Neben- oder Schutzpflichten**, für die nicht eine schärfere Haftung gelten darf als für Hauptpflichten.¹²⁶

Als **Pflichtverletzungen** kommen die Unterlassung gebotener oder die Vornahme un- zweckmäßiger Geschäftsführungshandlungen ebenso wie die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht.

Bei **Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis** durch den Geschäftsführer ist hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs zu unterscheiden: Entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist mit der allgemeinen Auffassung in der Literatur für die Frage, ob der Geschäftsführer schuldhaft seine Kompetenzen überschritten hat, der Maßstab des § 708 BGB heranzuziehen.¹²⁷ Konnte der Geschäftsführer nach dem Maßstab des § 708 BGB seine Kompetenzüberschreitung nicht erkennen, haftet er nicht, es sei denn, die Ausführung der Geschäftsführungsmaßnahme selbst war nach dem Maßstab des § 708 BGB pflichtwidrig.¹²⁸ Überschreitet der Geschäftsführer seine Kompetenz schuldhaft, haftet er wegen Verstoßes gegen seine vertraglichen Pflichten auf Schadensersatz. Nach der herrschenden Auffassung haftet der Geschäftsführer im Falle einer zu vertretenden Kompetenzüberschreitung nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 678 BGB).¹²⁹ Demzufolge ist der schuldhaft (§ 708 BGB) seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitende Geschäftsführer der Ge-

¹²¹ Staudinger/*Habermeier* § 708 Rn. 7; MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rn. 16; Soergel/*Hadding/Kießling* § 708 Rn. 7.

¹²² Zur Publikums-KG: BGH II ZR 174/77, BGHZ 75, 321 (327) = NJW 1980, 589; BGH II ZR 150/75, BGHZ 69, 207 (209) = NJW 1977, 2311.

¹²³ MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rn. 7.

¹²⁴ RG II 395/16, RGZ 89, 99 (102); Soergel/*Hadding/Kießling* § 708 Rn. 4; Staudinger/*Habermeier* § 708 Rn. 5; MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rn. 7.

¹²⁵ BGH II ZR 210/76, NJW 1980, 231 (232).

¹²⁶ Soergel/*Hadding/Kießling* § 708 Rn. 4; MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rn. 7.

¹²⁷ BGH II ZR 48/95, NJW 1997, 314; MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rn. 8 ff. mwN; MünchHdb. GesR II/*Scheel* KG § 7 Rn. 22.

¹²⁸ MünchHdb. GesR II/*Scheel* KG § 7 Rn. 22.

¹²⁹ BGH II ZR 48/95, NJW 1997, 314; ebenso *A. Hueck* OHG § 10 VI 5 S. 141 f.; MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rn. 10 f.; Staudinger/*Habermeier* § 708 Rn. 21.

sellschaft auch dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er den bei Ausführung des Geschäfts entstandenen Schaden ohne Verschulden (§ 276 Abs. 2 BGB) verursacht hat. Diese Haftungsverschärfung lässt sich damit begründen, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer nur in den Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis vertrauen wollen (vgl. → Rn. 58).

62 Eine Einschränkung der Anwendung von § 708 BGB gilt nach der Rechtsprechung schließlich für Handlungen im Straßenverkehr.¹³⁰

63 Der Gesellschafter ist bei Verletzung der nach § 708 BGB geschuldeten Sorgfaltspflicht der **Gesamthand** schadensersatzpflichtig. Zur Geltendmachung ist außer den vertretungsberechtigten Geschäftsführern im Rahmen der actio pro socio (vgl. → Rn. 75) jeder Gesellschafter berechtigt. Daneben kommen unmittelbar Ansprüche von **Mitgesellschaftern** in Betracht, wenn diese selbst geschädigt wurden. Ist die Handlung des Gesellschafters durch einen Gesellschafterbeschluss gedeckt, entfällt seine Haftung für sorgfaltswidrige Handlungen, soweit er nicht seine Sorgfaltspflicht im Rahmen der Vorbereitung des Gesellschafterbeschlusses, etwa durch mangelhafte Information, verletzt hat.

64 Die **Darlegungs- und Beweislast** trägt für den Nachweis der Schädigung durch den Gesellschafter, seines Fehlverhaltens und der Schadenshöhe der Geschädigte, für die von § 276 Abs. 2 BGB abweichende, geringere eigenübliche Sorgfalt der in Anspruch genommene Gesellschafter, den dabei strenge Anforderungen treffen.¹³¹ Zugunsten des Geschädigten gelten die von der Rechtsprechung zur Haftung von Organmitgliedern entwickelten Beweislasterleichterungen, wenn der als Geschäftsführer tätige Gesellschafter gegen ihm übertragene Aufgaben verstoßen hat. In diesem Fall hat der Geschädigte nur den Schadenseintritt und die Verursachung durch den Geschäftsführer zu beweisen, der Geschäftsführer dagegen, dass er seine Sorgfaltspflicht erfüllt hat.¹³²

7. Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung

65 Die – dispositive – Regelung des § 712 BGB eröffnet die Möglichkeit, die Geschäftsführungstätigkeit eines Gesellschafters aus wichtigem Grund zu beenden, ohne im Übrigen seine Gesellschafterstellung oder den Bestand der Gesellschaft zu berühren. Diese Vorschrift bezieht sich allein auf die mitgliedschaftliche Geschäftsführung durch Gesellschafter, nicht auf die Nichtgesellschaftern übertragene Geschäftsführung.¹³³ Letztere kann unabhängig von der Möglichkeit der Kündigung eines Dienst- oder Auftragsverhältnisses mit dem Dritten jederzeit widerrufen werden.

66 a) **Entziehung der Geschäftsführung.** Nach dem Wortlaut bezieht sich § 712 Abs. 1 BGB allein auf die **übertragene Geschäftsführung**, zu der neben der Übertragung im eigentlichen Sinne auch der Ausschluss eines Teils der Gesellschafter von der Geschäftsführung und die Einräumung der Einzelgeschäftsführung nach § 711 BGB gezählt werden.¹³⁴ Umstritten ist dagegen, ob eine Entziehung der Geschäftsführung nach § 712 Abs. 1 BGB auch dann zulässig sein soll, wenn es der Gesellschaftsvertrag bei der **Gesamtgeschäftsführung** nach § 709 BGB belässt. Nach der wohl herrschenden Auffassung soll dies nicht der Fall sein, weil die Geschäftsführung so untrennbar mit dem Gesellschaftsverhältnis verbunden sei, dass ihr Entzug die Grundlagen der Gesellschaft treffen würde; den Mitgesellschaftern bleibe folglich nur die Kündigung der Gesellschaft (§ 723 BGB) oder die Ausschließung des Gesellschafters aus wichtigem Grund nach § 737 BGB.¹³⁵ Nach einer vordringenden Auffassung soll dagegen die Entziehung auch im Falle der Gesamtgeschäfts-

¹³⁰ BGH VI ZR 53/65, NJW 1967, 558; vgl. im Einzelnen kritisch dazu MünchKomm./Schäfer § 708 Rn. 12 ff.

¹³¹ BGH II ZR 391/12, NZG 2013, 1302 Rn. 14.

¹³² Soergel/Hadding/Kießling § 713 Rn. 4; Staub/Schäfer § 114 Rn. 64; MünchKomm./Schäfer § 708 Rn. 19 f.

¹³³ BGH II ZR 74/81, NJW 1982, 2495; II ZR 11/61, NJW 1962, 738.

¹³⁴ MünchKomm./Schäfer § 712 Rn. 1 sowie § 710 Rn. 3.

¹³⁵ OLG Braunsch 3 U 26/09, ZIP 2010, 2402 f.; Staudinger/Kießler § 712 Rn. 2; RGRK/v. Gamm § 712 Rn. 1; Erman/Westermann § 712 Rn. 2.

führung nach § 709 BGB zulässig sein, weil die Differenzierung zwischen übertragener und gesetzlicher Geschäftsführungsbefugnis zu unsachgemäßen Ergebnissen führe.¹³⁶ Die zweite Auffassung ist sowohl im Interesse des Fortbestands der Gesellschaft als auch im Interesse des betroffenen Gesellschafters vorzuziehen. Anders als nach der ursprünglichen Vorstellung des Gesetzgebers hat sich die BGB-Gesellschaft heute über die bloße Gelegenheitsgesellschaft hinaus entwickelt. Sie ist in der Praxis häufig auf Dauer angelegt. Damit hat sie sich der Personenhandelsgesellschaft angenähert, für die § 117 HGB die Entziehung der Geschäftsführung aus wichtigem Grund unabhängig davon vorsieht, ob die Geschäftsführung nach der Regel des § 114 Abs. 1 HGB allen zusteht oder nur einzelnen Gesellschaftern vertraglich zugewiesen ist. Die Unterscheidung in § 712 Abs. 1 BGB zwischen der gesetzlichen Geschäftsführung und der durch Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäftsführungsbefugnis ist daher jedenfalls bei solchen Gesellschaften nicht angemessen, die auf längere Dauer errichtet sind. Es entspricht in diesen Fällen weder dem Interesse des betroffenen, noch dem der anderen Gesellschafter, dass die Beendigung der Geschäftsführung aus wichtigem Grund nur über die Trennung auf Gesellschafterebene möglich sein soll. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn für den Gesellschafter auf Grund besonderer Umstände die Mitwirkung in der Geschäftsführung von so elementarer Bedeutung ist, dass ohne sie ein sinnvoller Verbleib in der Gesellschaft nicht denkbar ist.¹³⁷

Ausgeschlossen ist die Entziehung der Geschäftsführung im Falle der **Innengesellschaft** 67 ohne Gesamthandsvermögen, die auf rein schuldrechtliche Innenbeziehungen reduziert ist, weil bei dieser in der Regel nur ein Gesellschafter nach außen in Erscheinung tritt und die Entziehung seiner Geschäftsführungsbefugnis die Grundstruktur der Gesellschaft umwälzen würde.¹³⁸

Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis setzt einen wichtigen Grund und einen entsprechenden Beschluss der Mitgesellschafter voraus. Für den **wichtigen Grund** nennt das Gesetz als Beispiele „grobe Pflichtverletzung“ und „Unfähigkeit“. Darüber hinaus ist ein wichtiger Grund stets dann gegeben, wenn die weitere Geschäftsführung des betroffenen Gesellschafters – jeweils in dem Umfang, der ihm nach dem Gesellschaftsvertrag eingeräumt ist – für seine Mitgesellschafter unzumutbar ist und die Interessen der Gesellschaft erheblich gefährdet. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist unter sorgfältiger Abwägung aller Umstände und Gesichtspunkte des Einzelfalles und unter Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu beurteilen.¹³⁹ In dieser Abwägung ist neben dem Verschulden des Geschäftsführers im Falle der Pflichtverletzung¹⁴⁰ auch der Umfang der ihm zustehenden Geschäftsführungsbefugnis zu berücksichtigen. Beispiele aus der Rechtsprechung sind tiefgreifende Störungen des Vertrauensverhältnisses,¹⁴¹ unheilbare Zerwürfnisse unter den Gesellschaftern,¹⁴² finanzielle Unregelmäßigkeiten¹⁴³ und arglistiges oder sittenwidriges Verhalten des Geschäftsführers.¹⁴⁴ Die Entziehung nur eines **Teils der Geschäftsführungsbefugnisse** ist grundsätzlich unzulässig. Der Gesellschaftsvertrag kann aber abweichendes bestimmen; eine Teilentziehung wird in der Regel zulässig sein, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmte Geschäftsführungsbefugnisse einräumt. Während nach § 715 BGB für die Entziehung der Vertretungsmacht zwingend die Entziehung der Geschäftsfüh-

¹³⁶ MünchKomm./Schäfer § 712 Rn. 5f.; Staub/Schäfer § 117 Rn. 12; Soergel/Hadding/Kießling § 712 Rn. 1; Ganßmüller GmbHRdsch. 1962, 228 (229); Staudinger/Habermeier § 712 Rn. 5.

¹³⁷ In diese Kategorie dürfte auch der vom OLG Braunschweig 3 U 26/09, ZIP 2010, 2402 entschiedene Fall einer GbR mit zwei zerstrittenen Brüdern als Gesellschaftern zählen.

¹³⁸ Staudinger/Habermeier § 712 Rn. 3; MünchKomm./Schäfer § 712 Rn. 8.

¹³⁹ BGH II ZR 67/06, DB 2008, 806 Rn. 16; BGH II ZR 158/65, WM 1967, 417.

¹⁴⁰ Bei Entziehung wegen Unfähigkeit kommt es dagegen nicht auf Verschulden an, ebenso Soergel/Hadding/Kießling § 712 Rn. 2.

¹⁴¹ BGH II ZR 67/06, DB 2008, 806 Rn. 16, 18; BGH II ZR 158/65, WM 1967, 417.

¹⁴² RG II 91/39, RGZ 162, 78 (83).

¹⁴³ BGH II ZR 67/06, DB 2008, 806 (807) (auch in einer anderen Gesellschaft).

¹⁴⁴ RG II 126/34, JW 1935, 696.

rungsbefugnis voraussetzt, gilt dies nicht umgekehrt.¹⁴⁵ Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ist zwar in der Regel zugleich als Entziehung der Vertretungsmacht auszulegen, doch empfiehlt sich eine Klarstellung im Beschluss.

- 69 Der **Entziehungsbeschluss** muss durch die anderen Gesellschafter einstimmig oder, soweit dies der Gesellschaftsvertrag für Entscheidungen der Gesellschafter – also nicht nur der Geschäftsführung – vorsieht, durch Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden. Liegt ein wichtiger Grund für die Entziehung der Geschäftsführung vor, kann die Zustimmung der Mitgesellschafter gerichtlich durchgesetzt werden, wenn nicht die Entziehung für Mitgesellschafter unzumutbar ist.¹⁴⁶ Bei Gesellschaften mit nur zwei Gesellschaftern genügt die einseitige Erklärung des anderen Gesellschafters.¹⁴⁷ Der Entziehungsbeschluss kann durch Feststellungsklage überprüft werden. Jeder Gesellschafter ist klagebefugt. Der Beschluss wird mit seiner Bekanntgabe an den betroffenen Gesellschafter **wirksam**.
- 70 Die **Rechtsfolge** der Entziehung der Geschäftsführung ist umstritten. Die bisher herrschende Auffassung geht davon aus, dass bei Entziehung der **übertragenen Geschäftsführung** eines Gesellschafters an die Stelle der vertraglichen Regel die gesetzliche, nämlich die Gesamtgeschäftsführung nach § 709 Abs. 1 BGB tritt.¹⁴⁸ Dem ist mit der vordringenden Ansicht¹⁴⁹ nur für die Fälle zu folgen, dass dem einzigen Geschäftsführer oder einem von zwei Gesamtgeschäftsführern die Geschäftsführung entzogen wird. Fällt der einzige Geschäftsführer weg, verbleibt keine andere Lösung als die Gesamtgeschäftsführung aller Gesellschafter.¹⁵⁰ Verbleibt nur ein Gesamtgeschäftsführer, kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass dadurch die Geschäftsführungsbefugnis des verbleibenden zur Alleingeschäftsführungsbefugnis erstarken soll.¹⁵¹ Ist dagegen die Fortgeltung der bestehenden Geschäftsführungsregelung, die jene bestimmten Geschäftsführern überträgt, auch ohne Mitwirkung des betroffenen Gesellschafters möglich, bleibt die Stellung der verbleibenden Geschäftsführer und damit die vertragliche Regelung unberührt.
- 71 Findet die gesetzliche Regel des § 709 Abs. 1 BGB wieder Anwendung, muss der betroffene Gesellschafter auch insoweit von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein. Die entgegenstehende Ansicht¹⁵² verkennt, dass andernfalls die Entziehung der Geschäftsführung wegen des Vetorechts des Betroffenen im Rahmen des § 709 Abs. 1 BGB einen wesentlichen Teil ihrer Wirkung verlieren würde. Dementsprechend gilt: Wird einem Gesellschafter die gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis entzogen, beschränkt sich die Geschäftsführungsbefugnis auf die übrigen Gesellschafter.
- 72 **b) Kündigung der Geschäftsführung.** Der geschäftsführende Gesellschafter kann sich seiner Pflicht zur Geschäftsführung nicht beliebig, sondern nur nach § 712 Abs. 2 BGB aus wichtigem Grund entledigen. Nach früher herrschender Auffassung ist nur die **übertragene**, nicht die gesetzliche Geschäftsführung nach § 709 BGB kündbar.¹⁵³ Grund dafür soll die geringe Belastung des Gesellschafters durch die gemeinschaftliche Geschäftsführung sein, die er anders als die besondere, übertragene Geschäftsführung im Rahmen seiner allgemeinen Mitwirkungspflicht unter allen Umständen zu tragen habe. Diese Unterscheidung ist zwar im Ansatz richtig, kann aber den grundsätzlichen Ausschluss der Kündigung der gesetzlichen Geschäftsführung nicht begründen. Vielmehr ist die tatsächliche Belastung

¹⁴⁵ Soergel/Hadding/Kießling § 712 Rn. 4; MünchKomm./Schäfer § 712 Rn. 16.

¹⁴⁶ BGH II ZR 170/82, NJW 1984, 173 (174); MünchKomm./Schäfer § 712 Rn. 15.

¹⁴⁷ RG II 91/39, RGZ, 162, 78 (83); aA für den Fall wechselseitiger Vorwürfe OLG Zweibrücken 4 U 115/04, NZG 2005, 508.

¹⁴⁸ Staudinger/Kießler § 712 Rn. 5; RGRK/v. Gamm § 712 Rn. 4; Palandt/Sprau § 712 Rn. 2.

¹⁴⁹ Soergel/Hadding/Kießling § 712 Rn. 4; MünchKomm./Schäfer § 712 Rn. 20; Staudinger/Habermeyer § 712 Rn. 13.

¹⁵⁰ RG II 91/39, RGZ 162, 78 (83).

¹⁵¹ BGH II ZR 42/62, NJW 1964, 1624.

¹⁵² Staudinger/Kießler § 712 Rn. 5.

¹⁵³ Soergel/Hadding/Kießling § 712 Rn. 7; RGRK/v. Gamm § 712 Rn. 5; aA MünchKomm./Schäfer § 712 Rn. 27 mwN.

des Gesellschafters durch die Geschäftsführung im Einzelfall bei der Prüfung des wichtigen Grundes zu berücksichtigen. Sie kann auch bei der gesetzlichen Geschäftsführung die Kündigung der Geschäftsführung aus wichtigem Grund rechtfertigen.

Ein **wichtiger Grund** liegt vor, wenn es dem Kündigenden unzumutbar ist, seine Pflichten als Geschäftsführer zu erfüllen. Auch hier sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die **Rechtsfolge** entspricht der bei der Entziehung der Geschäftsführung. 73

8. Notgeschäftsführung und actio pro socio

Entsprechend § 744 Abs. 2 BGB ist jeder Gesellschafter im Rahmen der Notgeschäftsführung berechtigt, die Maßnahmen zu ergreifen, die zur Erhaltung eines bestimmten Gegenstandes des Gesellschaftsvermögens oder – über den Wortlaut des § 744 Abs. 2 BGB hinaus – zur Erhaltung der Gesellschaft selbst notwendig sind.¹⁵⁴ Dieses Recht kann nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Die Notgeschäftsführung setzt voraus, dass der Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht. Das Recht zur Notgeschäftsführung begründet keine Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters, doch kann er Rechte der Gesellschaft in eigenem Namen geltend machen.¹⁵⁵ 74

Im Rahmen der actio pro socio ist jeder Gesellschafter berechtigt, unabhängig von dem Bestehen oder dem Umfang einer Geschäftsführungsbefugnis die Erfüllung von Verpflichtungen der Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag zu verlangen und im eigenen Namen auf **Leistung an die Gesellschaft** zu klagen.¹⁵⁶ Eine Mitwirkung anderer Gesellschafter ist entbehrlich.¹⁵⁷ Der die Leistung einklagende Gesellschafter kann über den Anspruch nicht verfügen (etwa durch Verzicht oder Vergleich).¹⁵⁸ Dieses Recht hat allein die Gesellschaft, die es nach pflichtgemäßem Ermessen ausüben muss und der actio pro socio damit wie auch durch eigene Klage den Boden entziehen kann. 75

Die rechtsdogmatische Einordnung der actio pro socio ist umstritten. Entgegen der bislang herrschenden Auffassung ist davon auszugehen, dass sie dem Gesellschafter keinen **materiell-rechtlichen Anspruch** gibt, sondern nur ein Fall der **Prozessstandschaft** ist (vgl. → § 47 Rn. 70). 76

III. Vertretung

Die Vertretungsmacht bestimmt das „rechtliche Können“ der geschäftsführenden Gesellschafter im Außenverhältnis. Ein im Namen der Gesellschaft vorgenommene Rechtsgeschäft bindet diese nur, soweit der Handelnde sich im Rahmen seiner Vertretungsmacht bewegt. Der Wortlaut des § 714 BGB spricht von einer Vertretung der „anderen Gesellschafter“. Dementsprechend war früher herrschende Auffassung, dass die Geschäftsführer nicht die BGB-Gesellschaft als solche, sondern allein ihre Gesellschafter persönlich vertreten. Denn der Gesellschaft fehle die notwendige Rechtssubjektivität.¹⁵⁹ Dagegen ist heute anerkannt, dass die BGB-Gesellschaft wie die Personenhandelsgesellschaften rechtsfähig ist¹⁶⁰ und folglich als solche von ihren Geschäftsführern vertreten wird.¹⁶¹ 77

¹⁵⁴ BGH IV ZR 185/54, BGHZ 17, 181 (183) = NJW 1955, 1027; BayObLG 2 Z 47/90, DB 1990, 2468 (2469); A. Hueck OHG § 10 II 7 S. 125; MünchKomm./Schäfer § 709 Rn. 21; Staudinger/Habermeier § 712 Rn. 18; MünchHdb. GesR II/Scheel KG § 7 Rn. 89 ff.

¹⁵⁵ BayObLG 3 Z 71/77, ZIP 1980, 904 (905).

¹⁵⁶ BGH II ZR 299/55, BGHZ 25, 47 = NJW 1957, 1477; BGH II ZR 205/52, BGHZ 10, 91 = NJW 1953, 1217; RG II 618/16, RGZ 90, 300 (304).

¹⁵⁷ BGH II ZR 299/55, BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1477.

¹⁵⁸ BGH II ZR 299/55, BGHZ 25, 47 = NJW 1957, 1477; A. Hueck OHG § 18 II 3 S. 263 ff.

¹⁵⁹ BGH VII ZR 250/56, BGHZ 23, 307 (313) = NJW 1957, 750; vgl. die Nachweise bei Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rn. 2.

¹⁶⁰ BGH II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; folgend auch: BGH II ZR 380/00, NJW 2002, 3539; II ZR 331/00, NJW 2002, 1207; zur neuen Terminologie und dem früher verwendeten Begriff der Teilrechtsfähigkeit s. Ulmer ZIP 2001, 585 (588 f.).

¹⁶¹ BGH II ZR 52/80, WM 1981, 359 (360); Flume Personengesellschaft § 10 I; Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rn. 3 ff.; MünchKomm./Schäfer § 714 Rn. 12 ff.

- 78 Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer der BGB-Gesellschaft ist nicht rechtsgeschäftlicher, sondern ebenso wie bei den Personenhandelsgesellschaften **organschäftlicher Natur**.¹⁶² Dies folgt aus der Qualifizierung der BGB-Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft (§ 718 BGB), bei der davon auszugehen ist, dass die Mitgliedschaft jedes Gesellschafters grundsätzlich auch die organschaftliche Vertretungsmacht für die Gesellschaft umfasst.¹⁶³
- 79 Möglich ist, dass die Geschäftsführer neben der BGB-Gesellschaft zugleich die **Gesellschafter persönlich** mit der Rechtsfolge vertreten, dass eine Verpflichtung sowohl des Gesamthandsvermögens als auch der Gesellschafter selbst entsteht. Dies setzt neben der organschaftlichen Vertretungsmacht der Geschäftsführer für die Gesamthand zusätzlich die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht für die einzelnen Gesellschafter voraus.¹⁶⁴ Nicht erforderlich ist, dass nicht nur im Namen der Gesellschaft, sondern auch im Namen der Mitgesellschafter gehandelt wird. Ob zugleich die Mitgesellschafter vertreten werden, ist für deren persönliche Haftung jedoch belanglos, da sie nach der heute hM analog § 128 HGB, also kraft Gesetzes, akzessorisch haften.¹⁶⁵ Eine Ausnahme von dieser unbeschränkten, persönlichen Haftung macht die Rechtsprechung aber nach wie vor für geschlossene Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften.¹⁶⁶

1. Auslegungsregel des § 714 BGB

- 80 Die Auslegungsregel des § 714 BGB geht von einer Übereinstimmung zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der Geschäftsführer aus. Dies ist sachgerecht und entspricht regelmäßig dem Willen der Gesellschafter. Von der Auslegungsregel kann beliebig abgewichen werden.
- 81 Bei der **Gesamtgeschäftsführung** nach dem Mehrheitsgrundsatz (§ 709 Abs. 1 BGB) genügt für die Vertretung die Mitwirkung der Mehrheit der Gesellschafter.¹⁶⁷ Bei **Wegfall eines von zwei Gesamtvertretern** erstarkt die Vertretungsbefugnis des verbleibenden nicht zur Einzelvertretungsbefugnis, sondern führt zur Gesamtvertretungsbefugnis aller verbleibenden Gesellschafter.¹⁶⁸ Ist dagegen einer von zwei Gesamtvertretern nur wegen des Verbots des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) an der Vertretung der Gesellschaft gehindert, soll der verbleibende allein vertretungsbefugt sein.¹⁶⁹ Der Widerspruch gegen eine Geschäftsführungsmaßnahme nach § 711 BGB berührt die Vertretungsmacht des Handelnden nicht.¹⁷⁰
- 82 Eine Ausnahme von der Regel des § 714 BGB gilt für die **Innengesellschaft**, die überhaupt nicht am Rechtsverkehr teilnimmt. Bei dieser ist im Zweifel konkludent jede Vertretungsmacht ausgeschlossen.¹⁷¹

2. Umfang der Vertretungsmacht

- 83 Nach der Regel des § 714 BGB bestimmt sich der Umfang der Vertretungsmacht nach dem der Geschäftsführungsbefugnis. Damit ist im Zweifel deren Regelung im Gesellschaftsvertrag entscheidend. Die Vertretungsmacht wird mit der Geschäftsführungsbefugnis überschritten, wenn eine Maßnahme außerhalb des Gesellschaftszwecks liegen oder – zB

¹⁶² Flume Personengesellschaft § 10 I; Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rn. 7; Staudinger/Habermeier § 714 Rn. 2; MünchKomm./Schäfer § 714 Rn. 16f. mwN; aA die früher hM BGH II ZR 177/68, WM 1971, 1198 (1199); Staudinger/Kießler, 12. Aufl. 1979, § 714 Rn. 5; RGRK-BGB/v. Gamm § 714 Rn. 1.

¹⁶³ Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rn. 7.

¹⁶⁴ BGH II ZR 137/78, WM 1979, 774.

¹⁶⁵ BGH II ZR 385/99, ZIP 2003, 664 (666); II ZR 371-98, BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483.

¹⁶⁶ BGH II ZR 2/00, BGHZ 150, 1 = NJW 2002, 1642.

¹⁶⁷ Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rn. 14; MünchKomm./Schäfer § 714 Rn. 19.

¹⁶⁸ BGH II ZR 42/62, NJW 1964, 1624.

¹⁶⁹ BGH II ZR 80/73, NJW 1975, 1117; vgl. ausführlich MünchKomm./Schäfer § 714 Rn. 30.

¹⁷⁰ BGH II ZR 309/53, NJW 1955, 825 (826); II ZR 261/89, NJW-RR 1991, 1441.

¹⁷¹ BGH II ZR 3/53, NJW 1954, 1159.