

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

von

Dr. Hans Gummert, Prof. Dr. Lutz Weipert, Prof. Dr. Hermann Butzer, Dr. Philipp Diers, Dr. Hoimar Ditfurth, von, Dr. Marco Eickmann, Dr. Joachim Falkenhausen, Freiherr von, Valentina Farle, Dr. Nicola Fröhlich, Dr. Thorsten Gayk, Dr. Detlev G. Gross, Prof. Dr. Hartmut Hamann, Dr. Hilke Herchen, Gerald Herrmann, Dr. Benedikt Hohaus, Dr. Michael Inhester, Dr. Eberhard Klein, Béla Knof, Dr. Jörg Lindemeier, Dr. Mathias Mantler, Dr. Antje Mattfeld, Prof. Dr. Antonio Miras, Dr. Frauke Möhrle, Dr. Jost Neubauer, Dr. Hans-Werner Neye, Dr. Bernhard Noreisch, Dr. Klaus Piehler, Dr. David Quinke, Dr. Yvonne Remplik, Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, Marion Sangen-Emden, Kai Andreas Schaffelhuber, Dr. Jürgen Schmid, Dr. Christoph Schücking, Dr. Henning C. Schneider, Dr. Norbert Schulte, Prof. Dr. Kerstin Schweizer, Dr. Frank Sölch, Dr. Bernd Wirbel

4. Auflage

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft,
Partnerschaftsgesellschaft, EWIV – Gummert / Weipert / Butzer / et al.

Thematische Gliederung:

Gesellschaftsrecht: Gesamtdarstellungen – Wichtige juristische Praktikertitel



Verlag C.H. Beck München 2014

sondere im Grundsatz der Selbstorganschaft (vgl. oben Rdnr. 8). Der Ausschluss aller Gesellschafter von der Geschäftsführung ist unzulässig.¹⁰⁷

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-Geschäftsführers¹⁰⁸ und dem Gesellschaftsvertrag sind für die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers die Bestimmungen des § 713 BGB (subsidiäre Anwendung des Auftragsrechts, dazu Rdnr. 50 ff.) und die Haftungsregelung des § 708 BGB (dazu unten Rdnr. 58 ff.) von Bedeutung.

Nach § 713 BGB findet das Auftragsrecht subsidiär entsprechende Anwendung. 50 Ebenso wie die anderen Regelungen über die Geschäftsführung ist auch § 713 BGB **dispositiv**. Auch, soweit § 713 BGB auf das Auftragsrecht verweist, sind die unterschiedlichen Grundlagen der Tätigkeit des Geschäftsführers der BGB-Gesellschaft und der Tätigkeit des Auftragnehmers 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 Gesellschafterstellung eigenverantwortlich führt.¹⁰⁹ Handelt ein Gesellschafter für die Gesellschaft dagegen nicht auf Grund seiner Mitgliedsstellung, sondern wie ein fremder Dritter kraft eines besonderen Auftrages oder werden einem Nichtgesellschafter einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen überlassen, findet das Auftragsrecht über § 675 BGB direkte Anwendung.¹¹⁰

Der Grundsatz der **Unübertragbarkeit** der Geschäftsführerstellung ergibt sich aus den 51 §§ 713, 664 BGB sowie daraus, dass die Geschäftsführung Ausfluss der Gesellschafterstellung ist. Gestattet der Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise die Übertragung der Geschäftsführung auf einen **eigenverantwortlich handelnden Dritten**, haftet der Geschäftsführer nach §§ 713, 664 Abs. 1 Satz 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 Satz 3, 278 BGB), nicht aber bei Erfüllungsgehilfen der Gesellschaft selbst.¹¹¹

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 Geschäftsführung gebunden, wenn er im Rahmen der Geschäftsführung nach dem Mehrheitsprinzip des § 709 Abs. 2 BGB überstimmt wurde oder nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages den Weisungen der Gesellschafter unterstellt ist.¹¹²

§§ 713, 666 BGB begründen die Pflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesamt- 53 hand, 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

¹⁰⁷ Soergel/Hadding/Kießling § 709 Rdnr. 22; MünchKomm./Schäfer § 709 Rdnr. 20; a. A. A. Hueck OHG § 10 II 2 S. 119 f.

¹⁰⁸ Recht auf und Pflicht zur Geschäftsführung, vgl. oben Rdnr. 11; Aufwendungsersatz und Vergütung, vgl. Rdnr. 16.

¹⁰⁹ Vgl. Rdnr. 52.

¹¹⁰ BGH NJW 1962, 738; MünchKomm./Schäfer § 713 Rdnr. 5.

¹¹¹ Soergel/Hadding/Kießling § 713 Rdnr. 5.

¹¹² Soergel/Hadding/Kießling § 713 Rdnr. 6; MünchKomm./Schäfer § 713 Rdnr. 7 m. w. N.

werden. Der generelle Ausschluss der Rechenschaftspflicht kann wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig sein.¹¹³

- 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.¹¹⁴ Die ordnungsmäßige Rechnungslegung ist Voraussetzung für die **Entlastung** des geschäftsführenden Gesellschafters.¹¹⁵ Ob er unter diesen Voraussetzungen einen einklagbaren Anspruch auf Entlastung hat, hat der Bundesgerichtshof offengelassen. Entgegen einer Auffassung in der Literatur¹¹⁶ ist dies mit Rücksicht auf den weiten Ermessensspielraum, den die Gesellschafter bei der Beurteilung der Geschäftsführung haben müssen, abzulehnen.¹¹⁷
- 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, z. B. auch Provisionen oder Schmiergelder.¹¹⁸
- 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.¹¹⁹

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 anstelle 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 Haftungsverhärfung dem Sinn des § 708 BGB widersprechen würde.¹²⁰ § 708 BGB findet auch auf

¹¹³ BGH WM 1965, 709/710.

¹¹⁴ RGZ 103, 71/72.

¹¹⁵ BGH WM 1983, 912.

¹¹⁶ Soergel/*Hadding/Kießling* § 713 Rdnr. 8.

¹¹⁷ MünchHdb. GesR II/*Wirth* § 7 KG Rdnr. 25; zur OHG: MünchKomm.HGB/*Rawert* § 114 Rdnr. 72f; Ebenroth/*Joost/Boujong/Strohn/Mayen* § 114 Rdnr. 46; zur GmbH: BGHZ 94, 324.

¹¹⁸ RGZ 99, 34; Soergel/*Hadding/Kießling* § 713 Rdnr. 9.

¹¹⁹ Zu den Einzelheiten vgl. oben Rdnr. 17 ff.

¹²⁰ Staudinger/*Habermeier* § 708 Rdnr. 7; MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rdnr. 16; Soergel/*Hadding/Kießling* § 708 Rdnr. 7.

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.¹²¹

Die Haftungsbeschränkung des § 708 BGB setzt voraus, dass ein Gesellschafter in Erfüllung gesellschaftsvertraglicher Obliegenheiten, insbesondere seiner Beitragspflicht gehandelt hat.¹²² 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.¹²³ Gleiches gilt auch für Verletzungen besonderer Sorgfaltspflichten, die über das Gesellschaftsverhältnis hinausgehen (etwa als Partner eines Beherrschungsvertrages).¹²⁴ Dagegen gilt § 708 BGB für **Neben- oder Schutzpflichten**, für die nicht eine schärfere Haftung gelten darf als für Hauptpflichten.¹²⁵ **59**

Als **Pflichtverletzungen** kommen die Unterlassung gebotener oder die Vornahme un- zweckmäßiger Geschäftsführungshandlungen ebenso wie die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht. **60**

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.¹²⁶ 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.¹²⁷ 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).¹²⁸ Demzufolge ist der schuldhaft (§ 708 BGB) seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitende Geschäftsführer der Gesellschaft 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. oben Rdnr. 58). **61**

Eine Einschränkung der Anwendung von § 708 BGB gilt nach der Rechtsprechung schließlich für Handlungen im Straßenverkehr.¹²⁹ **62**

Der Gesellschafter ist bei Verletzung der nach § 708 BGB geschuldeten Sorgfaltspflicht der **Gesamthand** schadensersatzpflichtig. Zur Geltendmachung ist außer den vertretungs- **63**

¹²¹ Zur Publikums-KG: BGHZ 69, 207/209; BGHZ 75, 321/327.

¹²² MünchKomm./Schäfer § 708 Rdnr. 7.

¹²³ RGZ 89, 99/102; Soergel/Hadding/Kießling § 708 Rdnr. 4; Staudinger/Habermeier § 708 Rdnr. 5; MünchKomm./Schäfer § 708 Rdnr. 7.

¹²⁴ BGH NJW 1980, 231/232.

¹²⁵ Soergel/Hadding/Kießling § 708 Rdnr. 4; MünchKomm./Schäfer § 708 Rdnr. 7.

¹²⁶ BHG NJW 1997, 314; MünchKomm./Schäfer § 708 Rdnr. 8ff. m. w. N.; MünchHdb. GesR II/Wirth § 7 KG Rdnr. 22.

¹²⁷ MünchHdb. GesR II/Wirth § 7 KG Rdnr. 22.

¹²⁸ BGH NJW 1997, 314; ebenso A. Hueck OHG § 10 VI 5 S. 141 f.; MünchKomm./Schäfer § 708 Rdnr. 10f; Staudinger/Habermeier § 708 Rdnr. 21.

¹²⁹ BGH NJW 1967, 858; vgl. im Einzelnen kritisch dazu MünchKomm./Schäfer § 708 Rdnr. 12ff.

berechtigten Geschäftsführern im Rahmen der *actio pro socio* (vgl. unten Rdnr. 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. 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.¹³⁰

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.¹³¹ 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.¹³² 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.¹³³ Nach einer vordringenden Auffassung soll dagegen die Entziehung auch im Falle der Gesamtgeschäftsführung nach § 709 BGB zulässig sein, weil die Differenzierung zwischen übertragener und gesetzlicher Geschäftsführungsbefugnis zu unsachgemäßen Ergebnissen führe.¹³⁴ 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 Gesell-

¹³⁰ Soergel/*Hadding/Kiefling* § 713 Rdnr. 4; GroßKomm. HGB/*Ulmer* § 114 Rdnr. 63; MünchKomm./*Schäfer* § 708 Rdnr. 19 f.

¹³¹ BGH NJW 1962, 738; BGH NJW 1982, 2495.

¹³² MünchKomm./*Schäfer* § 712 Rdnr. 1 sowie § 710 Rdnr. 3.

¹³³ OLG Braunschweig ZIP 2010, 2402 f.; Staudinger/*Kefßler* § 712 Rdnr. 2; RGRK/*v. Gamm* § 712 Rdnr. 1; *Erman/Westermann* § 712 Rdnr. 2.

¹³⁴ MünchKomm./*Schäfer* § 712 Rdnr. 5 f.; GroßKomm. HGB/*Ulmer* § 117 Rdnr. 12; Soergel/*Hadding/Kiefling* § 712 Rdnr. 1; *Gaßmüller GmbH* Rdsch. 1962, 228/229; *Staudinger/Habermeier* § 712 Rdnr. 5

schaftern 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.¹³⁵

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.¹³⁶

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 Treupflicht zu beurteilen.¹³⁷ In dieser Abwägung ist neben dem Verschulden des Geschäftsführers im Falle der Pflichtverletzung¹³⁸ auch der Umfang der ihm zustehenden Geschäftsführungsbefugnis zu berücksichtigen. Beispiele aus der Rechtsprechung sind tiefgreifende Störungen des Vertrauensverhältnisses,¹³⁹ unheilbare Zerwürfnisse unter den Gesellschaftern,¹⁴⁰ finanzielle Unregelmäßigkeiten¹⁴¹ und arglistiges oder sittenwidriges Verhalten des Geschäftsführers.¹⁴² 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 Geschäftsführungsbefugnis voraussetzt, gilt dies nicht umgekehrt.¹⁴³ Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ist zwar in der Regel zugleich als Entziehung der Vertretungsmacht auszulegen, doch empfiehlt sich eine Klarstellung im Beschluss.

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.¹⁴⁴ Bei Gesellschaften mit nur zwei Gesellschaf-

¹³⁵ In diese Kategorie dürfte auch der vom OLG Braunschweig ZIP 2010, 2402 entschiedene Fall einer GbR mit zwei zerstrittenen Brüdern als Gesellschaftern zählen.

¹³⁶ Staudinger/*Habermeyer* § 712 Rdnr. 3; MünchKomm./*Schäfer* § 712 Rdnr. 8.

¹³⁷ BGH WM 1967, 417; BGH DB 2008, 806, 807.

¹³⁸ Bei Entziehung wegen Unfähigkeit kommt es dagegen nicht auf Verschulden an, ebenso Soergel/*Hadding/Kießling* § 712 Rdnr. 2.

¹³⁹ BGH WM 1967, 417.

¹⁴⁰ RZG 162, 78/83.

¹⁴¹ BGH DB 2008, 806, 807 (auch in einer anderen Gesellschaft).

¹⁴² RG JW 1935, 696.

¹⁴³ Soergel/*Hadding/Kießling* § 712 Rdnr. 4; MünchKomm./*Schäfer* § 712 Rdnr. 16.

¹⁴⁴ BGH NJW 1984, 173/174; MünchKomm./*Schäfer* § 712 Rdnr. 15.

tern genügt die einseitige Erklärung des anderen Gesellschafters.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ Dem ist mit der vordringenden Ansicht¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Verbleibt nur ein Gesamtgeschäftsführer, kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass dadurch die Geschäftsführungsbefugnis des verbleibenden zur Alleingeschäftsführungsbefugnis erstarken soll.¹⁴⁹ 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 Ansicht¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ 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 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.
- 73 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.

8. Notgeschäftsführung und actio pro socio

- 74 Entsprechend § 744 Abs. 2 BGB ist jeder Gesellschafter im Rahmen der Notgeschäftsführung berechtigt, die Maßnahmen zu ergreifen, die zur Erhaltung eines bestimmten Ge-

¹⁴⁵ RGZ, 162, 78/83; a. A. für den Fall wechselseitiger Vorwürfe OLG Zweibrücken NZG 2005, 508.

¹⁴⁶ Staudinger/*Keßler* § 712 Rdnr. 5; RGRK/*v. Gamm* § 712 Rdnr. 4; Palandt/*Sprau* § 712 Rdnr. 2.

¹⁴⁷ Soergel/*Hadding/Kießling* § 712 Rdnr. 4; MünchKomm./*Schäfer* § 712 Rdnr. 20; Staudinger/*Habermeier* § 712 Rdnr. 13.

¹⁴⁸ RGZ 162, 78/83.

¹⁴⁹ BGH NJW 1964, 1624.

¹⁵⁰ Staudinger/*Keßler* § 712 Rdnr. 5.

¹⁵¹ Soergel/*Hadding/Kießling* § 712 Rdnr. 7; RGRK/*v. Gamm* § 712 Rdnr. 5; a. A. MünchKomm./*Schäfer* § 712 Rdnr. 27 m. w. N.

genstandes des Gesellschaftsvermögens oder – über den Wortlaut des § 744 Abs. 2 BGB hinaus – zur Erhaltung der Gesellschaft selbst notwendig sind.¹⁵² 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.¹⁵³

Im Rahmen der *actio pro socio* ist jeder Gesellschafter berechtigt, unabhängig von dem Bestehen oder dem Umfang einer Geschäftsführungsbefugnis die Erfüllung von Verpflichtungen der Mitgesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrag zu verlangen und im eigenen Namen auf **Leistung an die Gesellschaft** zu klagen.¹⁵⁴ Eine Mitwirkung anderer Gesellschafter ist entbehrlich.¹⁵⁵ Der die Leistung einklagende Gesellschafter kann über den Anspruch nicht verfügen (etwa durch Verzicht oder Vergleich).¹⁵⁶ 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.

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. unten § 47 Rdnr. 70).

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.¹⁵⁷ Dagegen ist heute anerkannt, dass die BGB-Gesellschaft wie die Personenhandelsgesellschaften rechtsfähig ist¹⁵⁸ und folglich als solche von ihren Geschäftsführern vertreten wird.¹⁵⁹

Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer der BGB-Gesellschaft ist nicht rechtsgeschäftlicher, sondern ebenso wie bei den Personenhandelsgesellschaften **organschaftlicher Natur**.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹

Möglich ist, dass die Geschäftsführer neben der BGB-Gesellschaft zugleich die **Gesellschafter persönlich** mit der Rechtsfolge vertreten, dass eine Verpflichtung sowohl des

¹⁵² BGHZ 17, 181/183; BayObLG DB 1990, 2468, 2469; A. Hueck OHG § 10 II 7 S. 125; MünchKomm./Schäfer § 709 Rdnr. 21; Staudinger/Habermeier § 712 Rdnr. 18; MünchHdb. GesR II/Wirth § 7 KG Rdnr. 89 ff.; vgl. auch § 53 Rdnr. 63 ff.

¹⁵³ BayObLG ZIP 1980, 904/905.

¹⁵⁴ RGZ 90, 300/304; BGHZ 10, 91; BGHZ 25, 47.

¹⁵⁵ BGHZ 25, 47/50.

¹⁵⁶ BGHZ 25, 47; A. Hueck OHG § 18 II 3 S. 263 ff.

¹⁵⁷ BGHZ 23, 307/313; vgl. die Nachweise bei Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rdnr. 2.

¹⁵⁸ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 3056; folgend auch: BGH NJW 2002, 3539; BGH NJW 2002, 1207; zur neuen Terminologie und dem früher verwendeten Begriff der Teilrechtsfähigkeit s. Ulmer ZIP 2001, 585/588 f.

¹⁵⁹ BGH WM 1981, 359/360; Flume Personengesellschaft § 10 I; Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rdnr. 3 ff.; MünchKomm./Schäfer § 714 Rdnr. 12 ff.

¹⁶⁰ Flume Personengesellschaft § 10 I; Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rdnr. 7; Staudinger/Habermeier § 714 Rdnr. 2; MünchKomm./Schäfer § 714 Rdnr. 16 f. m. w. N.; a. A. die früher h. M. BGH WM 1971, 1198/1199; Staudinger/Kießling § 714 Rdnr. 5; RGRK-BGB/v. Gamm § 714 Rdnr. 1.

¹⁶¹ Soergel/Hadding/Kießling § 714 Rdnr. 7.

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.¹⁶² 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 h.M. analog § 128 HGB, also kraft Gesetzes, akzessorisch haften.¹⁶³ Eine Ausnahme von dieser unbeschränkten, persönlichen Haftung macht die Rechtsprechung aber nach wie vor für geschlossene Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften.¹⁶⁴

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.¹⁶⁵ Bei **Wegfall eines von zwei Gesamtvertretern** erstarkt die Vertretungsbefugnis des verbleibenden nicht zur Einzelvertretungsbefugnis, sondern führt zur Gesamtvertretungsbefugnis aller verbleibenden Gesellschafter.¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷ Der Widerspruch gegen eine Geschäftsführungsmaßnahme nach § 711 BGB berührt die Vertretungsmacht des Handelnden nicht.¹⁶⁸
- 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.¹⁶⁹

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 – z.B. durch Verkauf des wesentlichen Gesellschaftsvermögens – diesen faktisch ändern würde.¹⁷⁰ Die Regelungen der §§ 164ff. BGB über die rechtsgeschäftliche Vertretung sind für die organschaftliche Vertretung der BGB-Gesellschaft ergänzend heranzuziehen. So setzt eine Verpflichtung der Gesellschaft voraus, dass das Handeln in ihrem Namen für den Dritten erkennbar ist (§ 164 Abs. 1 und 2 BGB). Bei Gesamtvertretungsbefugnis muss sich die Gesellschaft die Kenntnis rechtserheblicher Umstände auch nur eines Geschäftsführers zurechnen lassen.¹⁷¹ Ebenso genügt es, dass nur ein einzelner Gesamtvertreter eine empfangsbedürftige Willenserklärung empfängt.¹⁷² Die Vertretungsmacht umfasst auch die Geltendmachung von Sozialansprüchen gegen Gesellschafter.¹⁷³ Die Überschreitung der Ver-

¹⁶² BGH WM 1979, 774.

¹⁶³ BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGH ZIP 2003, 664/666.

¹⁶⁴ BGHZ 150, 1 = NJW 2002, 1642.

¹⁶⁵ Soergel/Hadding/Kiefling § 714 Rdnr. 14; MünchKomm./Schäfer § 714 Rdnr. 19.

¹⁶⁶ BGH NJW 1964, 1624.

¹⁶⁷ BGH NJW 1975, 1117; vgl. ausführlich MünchKomm./Schäfer § 714 Rdnr. 30.

¹⁶⁸ BGH NJW 1955, 825/826; BGH NJW-RR 1991, 1441.

¹⁶⁹ BGH WM 1966, 31/33.

¹⁷⁰ RGZ 162, 370/372f.; MünchKomm./Schäfer § 714 Rdnr. 25.

¹⁷¹ BGH NJW 1999, 284.

¹⁷² BGH NJW 1974, 1194; RGRK/v. Gamm § 714 Rdnr. 3 m. w. N.

¹⁷³ BGH NJW-RR 2004, 275/276.