

Gesellschaftsrecht

Windbichler / Bachmann

25. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-76817-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nicht handlungsfähig wäre.²⁷ Die exklusive Übertragung der Vertretungsmacht an einen Dritten verstieße gegen den Grundsatz der **Selbstorganschaft**.

Dritten kann aber in beliebigem Umfang **rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht** („Vollmacht“, vgl. die Legaldefinition in § 166 Abs. 2 S. 1 BGB) erteilt werden. Das zur Drittorganschaft bei der Geschäftsführung Ausgeführte (→ § 8 Rn. 91) gilt hier entsprechend. Durch Erteilung einer **Generalvollmacht** an einen Dritten kann im Ergebnis eine Annäherung an eine Drittorganschaft erreicht werden. Ähnliches erreicht man durch Zuweisung alleiniger Vertretungsmacht an eine der GbR angehörende Kapitalgesellschaft (zB GmbH & Co. GbR), die dann ihrerseits durch einen nicht der GbR Angehörigen vertreten wird. Nicht möglich ist die Erteilung von Prokura (§ 48 HGB), weil dies Kaufleuten (inkl. Handelsgesellschaften, § 6 HGB) vorbehalten ist.

Aus der **Notgeschäftsführungsbefugnis** (§ 715 a BGB) ergibt sich **keine Vertretungsmacht** (→ § 8 Rn. 94). Der Notgeschäftsführer muss deshalb im eigenen Namen handeln oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftreten, hat dann aber Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 716 Abs. 1 BGB) bzw. auf Genehmigung eines von ihm geschlossenen Vertrags (→ § 8 Rn. 95). Ebenfalls keine Vertretungsbefugnis folgt aus § 715 b BGB (actio pro socio), doch ist sie hier auch nicht erforderlich, weil der Betreffende nach der Norm befugt ist, den Anspruch „im eigenen Namen“ geltend zu machen.

2. Ausübung der Vertretungsmacht

Die Gesellschafter können ihre Vertretungsmacht nur „**gemeinsam**“ ausüben (§ 720 Abs. 1 BGB). Zur wirksamen Vertretung der Gesellschaft ist danach ein Handeln **aller** Gesellschafter oder jedenfalls deren Zustimmung erforderlich (sog. **Gesamtvertretungsmacht**). Das ist ein entscheidender Unterschied zur OHG, bei der die Gesellschafter kraft Gesetzes einzelvertretungsbefugt sind (§ 124 Abs. 1 HGB). Es macht die GbR schwerfälliger, verhindert aber, dass einzelne Gesellschafter Verbindlichkeiten eingehen, für die dann alle anderen nach § 721 BGB mithafteten. Das ist sachgerecht, weil die GbR kein kaufmännisches Unternehmen betreibt. Außerdem können die Gesellschafter bei Bedarf von der gesetzlichen Regelung abweichen (→ Rn. 37). Für die bloße Entgegennahme von Willenserklärungen (sog. **Passivvertretung**, s. § 164 Abs. 3 BGB) genügt stets die Erklärung gegenüber einem vertretungsberechtigten Gesellschafter (§ 720 Abs. 5 BGB).

Beispiel: M hat von der ABC-GbR einen Gewerberaum gemietet. Er erklärt gegenüber Gesellschafter A die **Kündigung** des Mietvertrags. Die Kündigung ist wirksam (vgl. § 130 Abs. 1 BGB iVm § 164 Abs. 3 BGB), auch wenn die Gesellschafter A, B und C nur Gesamtvertretungsbefugt sind.

Ist den Gesellschaftern die Gesamtvertretung zu mühsam, können sie im Gesellschaftsvertrag „**etwas anderes**“ bestimmen (§ 720 Abs. 1 BGB). So kann zB bestimmten Gesellschaftern Einzelvertretungsmacht eingeräumt werden. Die ist **auch konkludent** möglich, etwa indem die Gesellschafter einem von ihnen „im Außenverhältnis freie Hand lassen“.²⁸ Es kann auch vorgesehen werden, dass die Mitwirkung von je zwei Gesellschaftern genügt. Zulässig ist auch, dass einzelne Gesellschafter Alleinvertretungsmacht haben, andere dagegen nur Gesamtvertretungsmacht. Schließlich kann ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (**Vollmacht**) erhalten (→ Rn. 37).

Gesellschafter, die Gesamtvertretungsmacht haben, können einzelne von ihnen zur Vornahme **bestimmter Geschäfte** oder Geschäftsarten **ermächtigen** (§ 720 Abs. 2 BGB). In der Praxis ist das häufig, beson-

²⁷ BGHZ 26, 330 (333) = NJW 1958, 668; BGHZ 33, 105 (108f.) = NJW 1960, 1997; BGHZ 36, 292 = NJW 1962, 738.

²⁸ So BGH NZG 2005, 345, der von einer konkludenten Bevollmächtigung ausgeht.

ders wenn die Geschäftsführung nach Fachgebieten verteilt ist und der einzelne Gesellschafter auf dem ihm übertragenen Gebiet selbständig Geschäfte abschließen können soll, während im Übrigen Gesamtvertretung gilt.²⁹

3. Umfang der Vertretungsmacht

- 44 Die organschaftliche Vertretungsmacht ist ihrem Umfang nach **unbeschränkt**. Sie erstreckt sich auf **alle** Geschäfte der Gesellschaft (§ 720 Abs. 3 S. 1 BGB). Die Vertretungsmacht gilt damit in gleicher Weise für gewöhnliche wie für außergewöhnliche Geschäfte, unabhängig davon, ob im Innenverhältnis die notwendige Kompetenz besteht.³⁰ Die Vertretungsmacht umfasst auch das Recht, Arbeitnehmern der GbR Weisungen zu erteilen (Direktionsrecht, § 106 GewO), denn auch der Arbeitnehmer steht der GbR als Dritter gegenüber. Für die Gültigkeit solcher Weisungen kommt es deshalb nicht auf die Geschäftsführungsbefugnis, sondern nur auf die Vertretungsmacht an.
- 45 Nach dem **Wortlaut** bezieht sich die Vertretungsmacht auf Geschäfte „der Gesellschaft“. Daraus könnte man folgern, dass Geschäfte, die nicht vom Gesellschaftszweck umfasst sind, außerhalb der Vertretungsmacht liegen. Das ist vom Gesetz aber nicht gemeint. Denn der Wortlaut des § 720 BGB entspricht insoweit demjenigen von § 124 Abs. 4 S. 1 HGB, bei dem eine entsprechende **ultra-vires-Begrenzung nicht gilt** (→ § 16 Rn. 20). Der Gesetzgeber wollte vielmehr einen allgemeinen Grundsatz des deutschen (Handels-)Gesellschaftsrechts umsetzen, wonach die Vertretungsbefugnis sachlich unbegrenzt ist. In zweifelhaften Fällen hilft der Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht (→ Rn. 53 ff.).
- 46 Eine **Beschränkung** der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber **unwirksam** (§ 720 Abs. 3 S. 2 BGB). Das gilt insbes. für die Beschränkung, dass sich die Vertretung nur auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften erstreckt oder dass sie unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll (§ 720 Abs. 3 S. 3 BGB). Der Dritte, der mit der GbR Rechtsgeschäfte abschließt, soll sich darauf verlassen können, dass, wenn ein Gesellschafter überhaupt Vertretungsmacht hat, er sie in vollem Umfang besitzt.
- 47 Die Regelung unterscheidet sich damit signifikant vom **Vereinsrecht**, wonach der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden kann (§ 26 Abs. 1 S. 3 BGB). Eingeführt wurde sie durch das **MoPeG**, welches die Rechtslage insoweit an diejenige bei der **OHG** angepasst hat (vgl. § 124 Abs. 4 S. 2 HGB). Bei der OHG leuchtet das ein, hier ist es zweifelhaft, weil die GbR kein Kaufmann ist. Es handelt sich auch nicht um ein „allgemeines Prinzip des Gesellschaftsrechts“,³¹ sondern um ein solches des *Handelsgesellschaftsrechts*. Zumindest für die registrierte GbR hätte man Beschränkungen zulassen sollen, welche aus dem Register ersichtlich wären.³²
- 48 In diesem Punkt **unterscheidet** sich die Vertretungsmacht wesentlich von der **Geschäftsführungsbefugnis**, die schon kraft Gesetzes eingeschränkt ist und durch Vereinbarung beliebig weiter beschränkt werden kann (→ § 8 Rn. 91 ff.). Abreden im Innenverhältnis über die Ausübung der Vertretungsmacht sind wirksam, betreffen aber eben nur das Innenverhältnis.
- 49 **Beispiel:** Der Gesellschaftsvertrag der ABC-GbR sieht vor, dass Gesellschafter A alleinvertretungsbefugt ist, für Geschäfte im Wert von mehr als 1.000 EUR aber der **Zustimmung** seiner Mitgesellschafter bedarf. A kauft für die GbR von V einen Schreibtisch im Wert von 2.000 EUR, ohne die Zustimmung der ande-

²⁹ Aufschlussreich, auch zur Frage des Selbstkontrahierens, BGHZ 64, 72 = NJW 1975, 1117; krit. dazu K. Schmidt GesR § 48 II 3b.

³⁰ Beispiel bei Frey GesR Nr. 132.

³¹ So BT-Drs. 19/27635, 163 unter Hinweis auf § 126 Abs. 2 HGB aF, § 37 Abs. 2 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 2 GenG.

³² Dafür zB Habersack ZGR 2020, 539 (562); C. Schäfer 71. DJT I/E 84f.

ren einzuholen. Der Kaufvertrag ist wirksam, weil die Vertretungsmacht des A von der Verletzung der Abrede nach § 720 Abs. 3 S. 2 BGB unberührt bleibt. Allerdings hat A seine Gesellschafterpflichten verletzt (→ § 8 Rn. 114f.).

Das Innenverhältnis **schlägt ausnahmsweise auf die Vertretungsmacht durch**, wenn der Dritte die Beschränkungen im Innenverhältnis **kennt** oder sich ihm diese Kenntnis **aufdrängen** muss.³³ Nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht (→ Rn. 54ff.) ist er dann nicht schutzwürdig (→ Rn. 54f.). Weil Gesellschafter die internen Beschränkungen stets kennen, wirken sich Beschränkungen im Innenverhältnis bei sog. Drittgeschäften (→ § 8 Rn. 17) stets auf die Vertretungsmacht aus.³⁴ Wäre der Verkäufer im obigen Beispiel also der Mitgesellschafter B gewesen, wäre der Kaufvertrag (schwebend) unwirksam, könnte aber durch nachträgliche Zustimmung der anderen noch wirksam werden.³⁵

Die Vertretungsmacht erstreckt sich **nicht** auf das **Grundverhältnis**, also die Beziehungen der Gesellschafter zueinander, vor allem nicht auf Änderungen des Gesellschaftsvertrags, da der vertretungsberechtigte Gesellschafter gem. § 720 BGB nur die GbR, nicht aber die Gesellschafter vertreten kann. Deshalb kann er ohne Zustimmung der anderen oder ohne Änderung des Gesellschaftsvertrags keine neuen Gesellschafter aufnehmen oder die Kündigung eines Gesellschafters für die anderen wirksam entgegennehmen.³⁶

Ob das auch gilt, wenn ein vertretungsberechtigter Gesellschafter das von der GbR betriebene Unternehmen oder **sämtliche Vermögensgegenstände** veräußert, oder ob er in diesem Fall nur seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet, der Kaufvertrag (vorbehaltlich eines Missbrauchs der Vertretungsmacht) jedoch wirksam bleibt, ist höchstrichterlich ungeklärt.³⁷ § 179 a AktG, der für solche Fälle die Vertretungsmacht des Vorstands beschneidet (→ § 29 Rn. 31), ist bei Personengesellschaften jedenfalls nicht entsprechend anwendbar.³⁸

4. Insihgeschäft und Missbrauch der Vertretungsmacht

Als allgemeine Regel findet **§ 181 BGB** auch im Gesellschaftsrecht Anwendung.³⁹ Vom Verbot des Selbstkontrahierens und der Mehrvertretung kann der Gesellschaftsvertrag **befreien**; die Befreiung ist eintragungsfähig (→ Rn. 59). Von der Befreiungsmöglichkeit wird oft Gebrauch gemacht, wenn Gesellschafter in mehrfacher Funktion tätig sind, zB als Geschäftsführer eines mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmens. Allerdings müssen sich die Gesellschafter der Gefahren einer solchen Befreiung bewusst sein.⁴⁰ Ein Verstoß gegen § 181 BGB führt nur zu schwebender Unwirksamkeit des Vertrags; durch Genehmigung (§ 184 BGB) kann er wirksam werden.⁴¹

³³ Vgl. BGHZ 220, 354 Rn. 40 = NJW 2019, 1512.

³⁴ Vgl. BGHZ 38, 26 (32ff.); BGH DB 1973, 1117; BGH WM 1979, 71.

³⁵ Vgl. BGHZ 232, 375 Rn. 38 = NJW 2022, 1878.

³⁶ Vgl. BGH NJW 1993, 1002.

³⁷ Offenlassend BGHZ 232, 375 Rn. 29 = NJW 2022, 1878; für fehlende Vertretungsmacht noch BGH NJW 1995, 596 (§ 179 a AktG analog); dazu K. Schmidt ZGR 1995, 675 (678ff.).

³⁸ BGHZ 232, 375 = NJW 2022, 1878 (zur KG); dazu Bachmann/Habighorst FS Heidinger, 2023, S. 1 ff. im Erscheinen.

³⁹ Vgl. zB BGHZ 184, 35 = NJW 2010, 861; BGHZ 112, 339 (343) = NJW 1991, 691.

⁴⁰ Vgl. den Fall BGHZ 76, 160 = NJW 1980, 1463, in dem ein von § 181 BGB befreiter Gesellschafter die Befreiung zum eigenen Vorteil und zum Schaden der Gesellschaft ausgenutzt hatte. Der Gesellschafter macht sich dadurch zwar ggfs. ersatzpflichtig, doch ändert das nichts an der Wirksamkeit des Vertretergeschäfts.

⁴¹ Vgl. nur Brox/Walker BGB AT § 26 Rn. 13.

- 54 Ebenfalls anwendbar sind die ungeschriebenen Grundsätze über den **Missbrauch der Vertretungsmacht**. Im Unterschied zur Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB) hat der Vertreter hier Vertretungsmacht, überschreitet jedoch die ihm im Innenverhältnis gegenüber dem Vertretenen gesteckten Grenzen. Die Rechtsfolge ist in beiden Fällen dieselbe: Das Rechtsgeschäft ist **schwebend unwirksam** und kann durch Genehmigung in Form der Zustimmung der übrigen Gesellschafter geheilt werden.⁴²
- 55 Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liegt in jedem Fall vor, wenn ein vertretungsberechtigter Gesellschafter und ein Dritter arglistig zum Schaden der GbR zusammenwirken – **Kollusion**. Er ist aber auch dann schon gegeben, wenn der Dritte weiß oder es sich ihm aufdrängen muss, dass der Gesellschafter die Grenzen überschreitet, die seiner Vertretungsmacht im Innenverhältnis gezogen sind – **Evidenz**.⁴³ Dass beide zum Nachteil der Gesellschaft handeln, ist in diesem Fall nicht erforderlich.⁴⁴ Eine Pflicht zur Nachforschung über das Innenverhältnis besteht für den Dritten grds. nicht; im Einzelfall (zB bei Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens) kann ihn aber eine Erkundigungspflicht treffen.⁴⁵
- 56 Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht (§ 720 Abs. 3 S. 2 BGB) gilt deshalb nicht für **Drittgeschäfte mit einem Gesellschafter**, der der GbR dann zwar wie ein Dritter gegenübersteht, aber interne Schranken der Vertretungsbefugnis gegen sich gelten lassen muss (→ Rn. 50).

5. Nachweis der Vertretungsmacht

- 57 Vom Vorhandensein der Vertretungsmacht ist ihr **Nachweis** zu unterscheiden. Vollmachten können durch **Vollmachtsurkunde** nachgewiesen werden (vgl. § 172 BGB). Das ist ein unterschriebenes Schriftstück, aus dem sich die Bevollmächtigung ergibt.⁴⁶ Es kann auch von einer GbR für ihre vertretungsbefugten Gesellschafter ausgestellt werden, doch genießt sie als Privaturkunde keinen öffentlichen Glauben. Für die Wirksamkeit der Vertretungsmacht ist das Vorhandensein oder die Vorlage einer Vollmachtsurkunde irrelevant, solange die Vollmacht unstreitig besteht.⁴⁷
- 58 Anders liegt es bei der Vornahme **einseitiger Rechtsgeschäfte** (zB Anfechtung, Kündigung). Solche sind unwirksam, wenn der Vertreter keine Vollmachtsurkunde vorlegt und der Gegner die Erklärung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist (§ 174 BGB). Die Norm gilt entsprechend für organschaftliche Vertreter einer GbR, jedenfalls soweit diese nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist.⁴⁸ Für die eingetragene

⁴² BGHZ 232, 375 Rn. 38 = NJW 2022, 1878; BGHZ 141, 357 (364) = NJW 1999, 2266; BGH NZG 2018, 221 Rn. 24.

⁴³ Großzügiger BGHZ 50, 112 (114) betr. Prokura (einfache Fahrlässigkeit); strenger BGH WM 1984, 730 (betr. GmbH-Geschäftsführer); BGHZ 127, 239 (241); BGH NJW 1994, 2082 (betr. rechtsgeschäftliche Vollmacht).

⁴⁴ BGHZ 220, 354 Rn. 40 = NJW 2019, 1512; BGH DStR 2006, 1515 für Fälle, in denen die Nachteilhaftigkeit für die Gesellschaft ausnahmsweise erforderlich ist BGH NZG 2021, 239.

⁴⁵ BGHZ 220, 354 Rn. 42 = NJW 2019, 1512.

⁴⁶ Umgangssprachlich auch als „Vollmacht“ bezeichnet. Juristisch ist „Vollmacht“ die (unsichtbare) rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (vgl. die Legaldefinition in § 166 Abs. 2 S. 1 BGB) und „Vollmachtsurkunde“ das darüber ausgestellte Dokument.

⁴⁷ Nachgewiesen werden muss die Vertretungsmacht bei Rechtsgeschäften, welche notarieller Beurkundung bedürfen, vgl. § 12 BeurkG.

⁴⁸ Vgl. BGH NJW 2002, 1194.

GbR dürfte hingegen die Regelungslücke (Mangel der Registerpublizität) als Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung fehlen.

Verlässlicher als eine (möglicherweise gefälschte) Vollmachtsurkunde ist die **Eintragung** der Vertretungsbefugnis im **Gesellschaftsregister** (§ 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB).⁴⁹ Sie kommt freilich nur in Betracht, wenn die Gesellschaft sich dort hat registrieren lassen (→ vgl. § 7 Rn. 9). Eintragungsfähig ist auch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. **Nicht** eingetragen werden kann eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht, weil eine solche nach § 720 Abs. 3 S. 2 BGB keine Wirkung gegenüber Dritten entfaltet (→ Rn. 46).

Die Eintragung der Vertretungsbefugnis ist **deklaratorisch**, also nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der getroffenen Regelungen. Sie ist aber wichtig im Hinblick auf die **Rechtsfolgen nach § 15 HGB** (iVm § 707 a Abs. 3 BGB). Denn die Vertretungsbefugnis ist eine eintragungspflichtige Tatsache (vgl. § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Für ein Beispiel → § 16 Rn. 27.

Vom Nachweis bzw. Vorhandensein der Vertretungsmacht wiederum zu unterscheiden ist die Frage, ob das Vertretergeschäft **formgerecht** vorgenommen wurde. Sieht das Gesetz für ein Rechtsgeschäft **Schriftform** (§ 126 BGB) vor, muss das betreffende Dokument die Unterschrift aller zur wirksamen Vertretung benötigten Gesellschafter tragen oder deutlich machen, dass der Unterzeichnende auch für diese auftritt.⁵⁰

6. Entziehung der Vertretungsmacht

Die **Vertretungsmacht** kann, ebenso wie die Geschäftsführungsbefugnis, **aus wichtigem Grund entzogen** werden. Dafür gelten gem. § 720 Abs. 4 BGB die Regeln für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 715 Abs. 5 BGB) entsprechend. Erforderlich ist also auch hier ein Beschluss der „anderen“ Gesellschafter (→ § 8 Rn. 106ff.). Der Gesellschaftsvertrag kann abweichende Regelungen treffen, jedoch die Entziehung der Vertretungsmacht aus wichtigem Grund nicht völlig ausschließen.⁵¹ Praktisch werden die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht in der Regel miteinander verbunden.⁵² Die vollständige Entziehung der Vertretungsmacht kann unverhältnismäßig sein, wenn etwa die Ersetzung der Alleinvertretungsmacht durch Gesamtvertretungsbefugnis geeignet ist, den unzumutbaren Zustand zu beseitigen.⁵³ Dann ist nur eine teilweise Entziehung möglich.

Auch dem **einzigsten vertretungsberechtigten Gesellschafter** kann die Vertretungsmacht entzogen werden. Da aber eine GbR nicht ohne organschaftliche Vertretung sein kann (Selbstorganschaft, → § 4 Rn. 15ff.) steht in einem solchen Fall sämtlichen Gesellschaftern Gesamtvertretungsmacht zu, bis sie durch Änderung des Gesellschaftsvertrags für eine andere Vertretungsmöglichkeit sorgen.⁵⁴ Dasselbe gilt, wenn der einzige vertretungsberechtigte Gesellschafter ausscheidet. Ein Notvertreter, wie er in solchen Fällen bei Körperschaften vorgesehen ist (vgl. § 29 BGB, § 85 AktG; s. auch § 57 ZPO), kann und muss deshalb nicht bestellt werden.

⁴⁹ Die Beweislast für die Echtheit einer Vollmachtsurkunde trägt derjenige, der sich auf sie beruft, MüKo-BGB/Schubert BGB § 172 Rn. 29.

⁵⁰ Vgl. BGH NJW 2013, 1082 (betr. § 550 BGB: Schriftform bei befristetem Mietvertrag).

⁵¹ BGH NJW 1998, 1226 = NZG 1998, 101 (betr. KG).

⁵² ZB in den parallel geführten Verfahren, in denen zwei Gesellschafter sich gegenseitig die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen suchten, BGH NZG 2002, 280.

⁵³ BGH NZG 2002, 280.

⁵⁴ BGHZ 33, 105 (107f.); Hueck OHG § 20 IV 3; K. Schmidt GesR § 48 II 4a. Siehe für die OHG auch § 113 Abs. 2 S. 2 HGB und für die WEG § 9b Abs. 1 S. 2 WEG (dazu BGH NJW 2022, 3003).

IV. Unterschiede zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis

- 64 Für die **Fallbearbeitung** ist die Unterscheidung zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis wichtig. Die Tabelle fasst wichtige **Unterschiede** und **Gemeinsamkeiten** zusammen:

Geschäftsführung	Vertretung
alle Gesellschafter sind geschäftsführungsbefugt (§ 715 Abs. 1 BGB)	alle Gesellschafter sind vertretungsbefugt (§ 720 Abs. 1 BGB)
Gesamtgeschäftsführung (§ 715 Abs. 1 BGB), aber abweichende Regelung zulässig	Gesamtvertretung (§ 720 Abs. 1 BGB), aber abweichende Regelung zulässig
außergewöhnliche Geschäfte bedürfen der Zustimmung aller Gesellschafter (§ 715 Abs. 2 S. 2 BGB)	unbeschränkt (§ 720 Abs. 3 S. 1 BGB), fehlende Zustimmung im Außenverhältnis unerheblich
bei Einzelgeschäftsführung muss Widerspruch beachtet werden (§ 715 Abs. 4 BGB)	Widerspruch für Vertretungsmacht unbeachtlich
Umfang durch Gesellschaftsvertrag beliebig einschränkbar (§ 708 BGB)	Umfang unbeschränkbar (§ 720 Abs. 3 S. 2 BGB)
Notgeschäftsführungsrecht (§ 715a BGB)	kein „Notvertretungsrecht“
keine Publizität	Vertretungsregelung eintragungspflichtig (§ 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB), wenn GbR im Gesellschaftsregister eingetragen

E. Haftung der Gesellschaft

Die rechtsfähige GbR kann selbst **Verbindlichkeiten** eingehen (§ 705 Abs. 2 BGB) und haftet dafür mit ihrem Vermögen (vgl. § 713 BGB). Verbindlichkeiten können sich aus im Namen der GbR abgeschlossenen Rechtsgeschäften ergeben, aber auch auf Gesetz beruhen (zB Delikt) bzw. aus öffentlich-rechtlichen Normen resultieren (zB Steuer- und Abgabenschulden).

- 65 Dagegen haftet die GbR **nicht** für **private Schulden ihrer Gesellschafter**. Privatgläubiger können sich nicht an das Gesellschaftsvermögen halten, sondern nur die vermögensrechtlichen Ansprüche ihres Schuldners gegen die GbR pfänden, zB Ansprüche auf Aufwendungsersatz (§ 716 BGB), Gewinnauszahlung oder Abfindung (→ § 10 Rn. 32ff.).

- 66 In der **Klausur** ist streng auf die Fallfrage zu achten: Ist (auch) nach Ansprüchen gegen die Gesellschaft oder (nur) nach solchen gegen die Gesellschafter gefragt? Wenn Ansprüche gegen die Gesellschaft zu prüfen sind, ist vorab ihre **Rechtsfähigkeit** festzustellen. Dies kann in einem separaten Punkt oder inzident (zB innerhalb der Prüfung eines vertraglichen Anspruchs) geschehen. Die Tiefe der Ausführungen hierzu sollte davon abhängig gemacht werden, wie problemträchtig die Rechtsfähigkeit im konkreten Fall ist; erweist sie sich als problemlos, ist es mit einem Satz getan.

I. Rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten

- 67 Bei rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten (zB gem. § 433 Abs. 2 BGB) ist die wirkliche **Vertretung** der Gesellschaft gem. § 164 Abs. 1 BGB erforderlich (→ Rn. 32). Ist eine Gesellschaftsschuld wegen mangelnder Vertretung nicht gegeben, kommt (falls keine Genehmigung erfolgt) ein Anspruch gegen die handelnde Person nach § 179 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB in Betracht. Soweit Anspruchsvoraussetzung die schuldhaft Schädigung eines Dritten ist (zB § 280 BGB), ist der GbR ein entsprechendes Verhalten ihrer Erfüllungshelfen nach § 278 S. 1 **Alt. 2 BGB** zuzurechnen, solches von Ge-

sellschaftern dagegen nach **§ 31 BGB analog**.⁵⁵ Ein Rückgriff auf § 278 S. 1 Alt. 1 (gesetzliche Vertreter) BGB ist im letztgenannten Fall nicht nötig, aber auch nicht zulässig, da § 31 BGB als für das Verbandsrecht speziellere Norm Vorrang hat (str.).⁵⁶ Näher zu § 31 BGB → Rn. 71 ff.).

Auf die strittige Frage, ob das Verhalten von Gesellschaftern der Gesellschaft analog § 31 BGB oder nach § 278 S. 1 Alt. 1 BGB zuzurechnen ist, kommt es nur an, wenn in einer Individualvereinbarung (nicht: AGB! – s. § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB) mit dem Dritten die Haftung für **vorsätzliches** Verhalten eines gesetzlichen Vertreters **ausgeschlossen** wurde. Nach § 278 S. 2 BGB ist das möglich, nach § 31 BGB nicht. In allen anderen Fällen kann die Frage offenbleiben.

68

II. Gesetzliche Verbindlichkeiten

Aus **ungerechtfertigter Bereicherung** haftet die Gesellschaft, wenn gerade sie un- 69
rechtfertigt bereichert ist. Das kommt vor allem in Betracht bei der Rückabwicklung
von fehlgeschlagenen Verträgen, die im Namen der Gesellschaft abgeschlossen wurden.
Eine Haftung der Gesellschaft aus **Delikt** (§§ 823 ff. BGB) kommt infrage,
wenn ein Gesellschafter „durch Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ –
also bei seinem Handeln für die Gesellschaft – eine zum Schadensersatz verpflichtende
Handlung (zB § 823 Abs. 1 BGB) begangen hat. Dann gilt **§ 31 BGB analog**
(→ Rn. 90). Nach § 831 BGB haftet die Gesellschaft, wenn die rechtswidrige Hand-
lung durch Verrichtungsgehilfen (zB Arbeitnehmer) begangen wurde; Gesellschafter
sind – da nicht weisungsunterworfen – keine Verrichtungsgehilfen.⁵⁷

Eine Zurechnungsnorm ist **entbehrlich**, wenn die Gesellschaft selbst unmittelbar unter 70
einen gesetzlichen Haftungstatbestand subsumiert werden kann. Dies ist etwa bei
der Haftung nach **§ 1 ProdHaftG** der Fall, weil die Gesellschaft, die ein Produkt her-
stellt oder einführt oder sich als dessen Herstellerin ausgibt, den Begriff des „Herstel-
lers“ iSv § 4 ProdHaftG erfüllt.⁵⁸

Die Rechtsprechung dehnt § 31 BGB **über seinen Wortlaut** hinaus auf Personen aus, die zwar keine 71
„verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ (Organe) sind, aber eine leitende Funktion innehaben (sog.
Repräsentanten). Erfasst wird deshalb jeder Gesellschafter, auch der nicht geschäftsführungs- oder ver-
tretungsbefugte. Selbst ein Nichtgesellschafter fällt unter § 31 BGB, wenn ihm durch allgemeine Bet-
riebsregelung und Handhabung bedeutsame, für die Gesellschaft wesensmäßige Funktionen zur selb-
ständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass er die Gesellschaft im Rechtsverkehr
repräsentiert.⁵⁹ Sogar das unerlaubte Handeln eines bloßen Sachbearbeiters soll der Gesellschaft zuzurechnen
sein, falls jenem eine wichtige Angelegenheit zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen worden
ist.⁶⁰

⁵⁵ BGHZ 154, 188 = NJW 2003, 1445; anders vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR noch BGHZ 45, 311 = NJW 1966, 1807: „zu wenig körperschaftlich organisiert“.

⁵⁶ Beuthien JZ 2011, 124 (125f.); MüKoBGB/Grundmann BGB § 278 Rn. 6, 10; aA MüKoBGB/Schäfer BGB § 713 Rn. 24; MüKoBGB/Reuter, 6. Aufl. 2012, BGB § 31 Rn. 32 aE; – zum Streitstand K. Schmidt GesR § 10 IV 3.

⁵⁷ BGHZ 45, 311 = NJW 1966, 1807.

⁵⁸ MüKoBGB/Wagner ProdHG § 4 Rn. 8.

⁵⁹ Vgl. BGHZ 49, 19 (21) = NJW 1968, 391; BGH NJW 1998, 1854 (1856); BGHZ 154, 88 (93) = NJW 2003, 1445.

⁶⁰ RGZ 162, 129 (166 ff) – betr. öffentlich- und privatrechtlicher Körperschaften.

- 72 **Beispiel:** R ist angestellter Rechtsanwalt der X-GbR, tritt nach außen aber wie ein Sozius (Partner) auf. Laut BGH muss sich die GbR sein schuldhaftes Verhalten gegenüber Mandanten gem. § 31 BGB analog zurechnen lassen.⁶¹ Die „echten“ Sozius haften für diese Verbindlichkeit nach § 721 BGB.
- 73 Diese Rechtsprechung stößt bei GbR und OHG im Hinblick auf die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter (§ 721 BGB) auf **Bedenken**; denn auch ein Einzelkaufmann haftet nicht nach § 31 BGB für seine Repräsentanten. Zu erwägen ist daher, die Haftung für Delikte, welche von bloßen Repräsentanten begangen wurden, bei Personengesellschaften auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken.⁶² Weitergehend ist zu erwägen, ob deliktische Ansprüche nicht aus der Haftung nach § 721 BGB ausgeklammert werden sollten (→ Rn. 92).

- 74 Für die **Fallbearbeitung** ist wichtig, dass **§ 31 BGB** eine **Zurechnungsnorm, keine Anspruchsgrundlage** ist. Als Anspruchsgrundlage ist zunächst eine dafür geeignete Vorschrift zu prüfen, zB § 823 Abs. 1 BGB; sodann ist zu begründen, warum die Gesellschaft dafür einzustehen hat (verfassungsmäßiger Vertreter). Getrennt davon ist ggf. die Haftung der handelnden Person selbst zu untersuchen. Aufbautechnisch ist, je nach Fallfrage, die Haftung der handelnden Person voranzustellen. Auf diese Ausführungen kann dann verwiesen werden.

III. Zwangsvollstreckung

- 75 Das Vermögen der rechtsfähigen GbR unterliegt der Zwangsvollstreckung. Nach § 722 Abs. 1 BGB ist dafür ein gegen die Gesellschaft gerichteter **Vollstreckungstitel** – also ein rechtskräftiges Urteil (§ 704 ZPO) oder ein sonstiger Vollstreckungstitel (§ 794 ZPO) – erforderlich.⁶³ Ein Titel gegen die Gesellschafter genügt nicht (→ Rn. 166).

F. Haftung der Gesellschafter

- 76 Von der Haftung der Gesellschaft (→ Rn. 65 ff.) zu unterscheiden ist die Haftung ihrer **Gesellschafter**. Sie spielt in der Fallbearbeitung eine große Rolle. Dabei ist danach zu differenzieren, ob die Gesellschafter in ihrer eigenen Person einen Haftungstatbestand begründet haben (→ Rn. 77) oder ob sie für Schulden der Gesellschaft mithaften. Letzteres bildet den Inhalt der §§ 721–722 BGB und damit den Hauptgegenstand der Darstellung (→ Rn. 78 ff.). Umstritten ist hierbei vor allem die Frage, ob die Haftung nur auf Geld (Haftungstheorie) oder auf Erfüllung in Natur (Erfüllungstheorie) geht (→ Rn. 98 f.). Unklar ist auch die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung (→ Rn. 116 ff.).

I. Grundlagen

1. Erfüllung eines eigenen Haftungstatbestands

- 77 **Unproblematisch** ist die Rechtslage, wenn ein Gesellschafter in **eigener** Person einen Haftungstatbestand erfüllt, also sich zB gegenüber einem Dritten verbürgt oder diesen betrügt. Im ersten Fall haftet er aus Vertrag (§ 765 BGB), im zweiten aus Delikt (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB bzw. § 826 BGB). Gesellschaftsrechtliche Normen oder

⁶¹ Vgl. BGHZ 172, 169 (173) = NJW 2007, 2490.

⁶² Näher dazu MüKoBGB/Leuschner BGB § 31 Rn. 18 mwN; ferner Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 601 ff.

⁶³ BGH NJW 2004, 3632. Zur Zustellung des Vollstreckungstitels (nur) an den geschäftsführenden Gesellschafter BGH NJW 2006, 2191; zum Misslingen der Zustellung an eine GbR mit Gesellschaftern aus EU-Drittstaaten BGH ZIP 2016, 1447 Rn. 20.