

Prof. Dr. Torsten Körper, LL.M. (Berkeley), Jena, und Dr. Daniel Oliver Effer-Uhe, Münster

Anforderungen an den Nachweis der Vertretungsmacht von Prokuristen und GbR-Gesellschaftern bei der Gründung von Kapitalgesellschaften

Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bedürfen Bevollmächtigte zur Feststellung der Satzung bei der Gründung einer AG abweichend von § 167 Abs. 2 BGB einer notariell beglaubigten Vollmacht. Entsprechendes gilt nach § 2 Abs. 2 GmbHG auch für die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH. Obwohl auch Prokuristen nur rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte sind, ließ die bislang h. M. für den Nachweis ihrer Vertretungsmacht bei Vertretung eines Gründers im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft die Vorlage eines Handelsregisterauszugs gemäß § 9 Abs. 2 und 3 Satz 2 HGB a. F. ausreichen; eine Spezialvollmacht sollte dafür nicht erforderlich sein.¹ Nach der Streichung von § 9 Abs. 3 HGB a. F. durch das EHUG² ist die Frage aufgeworfen, was nunmehr an die Stelle dieses Handelsregisterauszugs treten soll: Ein Ausdruck nach § 9 Abs. 4 Satz 1 HGB n. F., die bloße Einsichtnahme in das elektronische Handelsregister oder die vielfach schon nach altem Recht geforderte Vorlage einer notariell beglaubigten Vollmacht i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG i. V. mit § 129 BGB und § 40 BeurkG?³

Ein verwandtes Nachweisproblem tritt seit der Anerkennung der Rechtfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) auf, wenn sich eine solche Gesellschaft, vertreten durch einen oder mehrere Gesellschafter, an der Gründung einer Aktiengesellschaft oder GmbH beteiligt. Als organ-schaftliche Vertreter der GbR unterfallen die GbR-Gesellschafter nicht dem Wortlaut von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG. Das Fehlen besonderer Formerfordernisse im Hinblick auf den GbR-Vertrag sowie eines GbR-Registers wirft jedoch mit besonderer Dringlichkeit die Frage nach

30) Siehe oben Fußn. 2.

1) Für die h. M. GroßkommAktG/Röhrich, 4. Aufl., 2004, § 23 Rdn. 62; Henn, Handbuch des Aktienrechts, 7. Aufl., 2002, Rdn. 176; Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 2 Rdn. 29; Roth/Almeppen, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 2 Rdn. 27; Heidel/Braunfels, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., 2007, § 23 AktG Rdn. 7; ebenso (noch auf der Basis des alten Rechts) K. Schmidt/Luster/Seibr, AktG, 2008, § 23 Rdn. 20.

2) Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) v. 19. 11. 2006, BGBl. 2006 I, 2553.

3) So bereits zum alten Recht KölnerKommAktG/Kraft, 2. Aufl., 1988, § 23 Rdn. 27; zur neuen Rechtslage ebenso MünchKommAktG/Pentz, 3. Aufl., 2008, § 23 Rdn. 18; im Grundsatz auch Bürgers/Körper/Körper, AktG, 2008, § 23 Rdn. 11.

einer entsprechenden Anwendung dieser Formvorschriften bzw. alternativer Lösungen auf, um bestehende Rechtlssicherheitsdefizite zu beseitigen.

A. Mitwirkung des Prokuristen an der Gründung einer Aktiengesellschaft oder GmbH

Die Frage nach den Anforderungen an die wirksame Vertretung eines Gründers durch einen Prokuristen bei Gründung einer AG oder GmbH ist in zwei Schritten zu beantworten. Zunächst ist zu analysieren, ob der Umfang der Prokura überhaupt Gesellschaftsgründungen deckt. Sodann ist in einem zweiten Schritt zu fragen, welche Anforderungen seit Inkrafttreten des EHUG zum 1. 1. 2007 an den Nachweis der Vertretungsmacht des Prokuristen zu stellen sind.

I. Der Prokurist als Stellvertreter bei Gründung einer Kapitalgesellschaft

1. Grundsätzliche Befugnis zur Vertretung bei Unternehmensgründungen

Der Umfang der Prokura ist in §§ 49, 50 HGB gesetzlich festgelegt. Nach § 49 Abs. 1 HGB verleiht die Prokura Vertretungsmacht für alle Arten gerichtlicher und außergerichtlicher Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb nicht nur des konkreten, sondern irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt. Anderes gilt außer in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen⁴ nur für sog. Grundlagengeschäfte.⁵ Eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Prokura ist nach § 50 Abs. 1 HGB Dritten gegenüber unwirksam.

Auf den ersten Blick mag der Vorgang der Gesellschaftsgründung so „ungewöhnlich“ erscheinen, dass man daran zweifeln könnte, den Prokuristen insoweit überhaupt als befugt anzusehen. Die Beteiligung an einer Gesellschaftsgründung kommt jedoch z. B. im Bankgewerbe gelegentlich vor.⁶ Es gibt also durchaus Handelsgewerbe, die die Feststellung von AG- bzw. GmbH-Satzungen mit sich bringen. Im Grundsatz sind Satzungs-feststellungen im Rahmen einer Gesellschaftsgründung daher vom Umfang einer Prokura gedeckt.

2. Beschränkung der Prokura aufgrund des hohen Risikos?

Der Annahme einer grundsätzlichen Befugnis des Prokuristen, seinen Prinzipal auch bei Unternehmensgründungen zu vertreten, ist entgegen-

4) Z. B. Prokuraerteilung (§ 48 Abs. 1 HGB), Unterzeichnung des Jahresabschlusses (§ 245 HGB), Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB).

5) Vgl. BGHZ 116, 190, 193 = DNotZ 1992, 584; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., 2008, § 49 Rdn. 2; K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, § 16 III 3 a.

6) KölnerKommAktG/Kraft, aaO (Fußn. 3), § 23 Rdn. 26; Bürgers/Körper/Körper, aaO (Fußn. 3), § 23 Rdn. 11.

gehalten worden, dass eine AG-Gründung den Prinzipal mit erheblichen Haftungsrisiken belaste. *Kraft* will deshalb den Umfang der Prokura begrenzen und – weil die Prokura Gesellschaftsgründungen mit Blick auf die damit verbundenen Risiken nicht decke – eine Spezialvollmacht i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG verlangen.⁷ Die eingangs beschriebene Frage wäre damit auf einfache und elegante Weise gelöst.

Indes vermag die Begründung nicht zu überzeugen, denn ein Haftungsrisiko des Prinzipals ist mit dem Auftreten seines Prokuristen immer verbunden. Auch bei andersgearteten Geschäften, die unstreitig von der Prokura gedeckt sind, etwa bei Kreditvergaben oder Spekulationsgeschäften, kann der Haftungsumfang enorm sein.⁸ Große Haftungsrisiken liefern daher als solche noch kein hinreichendes Argument dafür, die Prokura inhaltlich zu beschränken. Wenn *Thöl* 1879 formulierte, dass ein von einer Reise zurückkehrender Weinhändler, der seine Geschäfte einem Prokuristen überlassen habe, sich durchaus als Bankier wiederfinden könne,⁹ dann mag das aus heutiger Sicht zwar falsch sein, weil die Änderung des Unternehmensgegenstands zu den Grundlagen des Unternehmens zählen dürfte.¹⁰ Der darin ausgedrückte Gedanke, dass die Folgen der Handlung eines Prokuristen für den Prinzipal immens sein können, hat gleichwohl immer noch Gültigkeit. Die Mitwirkung bei einer Gesellschaftsgründung ist somit trotz der damit verbundenen Risiken grundsätzlich von der Prokura gedeckt.

3. Beschränkung der Prokura in Bezug auf Grundlagengeschäfte

Die Prokura stößt allerdings an ihre Grenzen, wenn ein Geschäft die Grundlagen des eigenen Unternehmens des Prinzipals betrifft. Die Prokura bezieht sich als Vertretungsmacht für Verkehrsgeschäfte nicht auf die interne Organisation des Unternehmens, sondern auf das Außenverhältnis. Deshalb liegen Rechtshandlungen, welche die Natur oder Struktur des Unternehmens bzw. seines Trägers betreffen, außerhalb ihres gesetzlichen Umfangs.¹¹

Der BGH hat dementsprechend zur Frage von Handelsregisteranmeldungen durch den Prokuristen ausgeführt: „die Grundlagen des kaufmännischen Unternehmens berührende Geschäfte und ihre Anmeldung sind von der Prokura, da diese lediglich zur Vertretung im laufenden Betrieb des Unternehmens ermächtigt, in der Tat nicht gedeckt. Diese Erwägung rechtfertigt es jedoch nicht, dem Prokuristen die ihm nach § 49 Abs. 1 HGB kraft zwingenden Rechts zustehende Vertretungsmacht für sein Unternehmen auch in den ganz andersgelagerten Fällen abzusprechen, in denen es nicht um eine Anmeldung von Tatsachen geht, welche die Rechtsform oder die Existenz des eigenen Unternehmens, also die Grundlagenentscheidungen des ‚Prinzipals‘ betreffen, von denen der Prokurist seine Vertretungsmacht

7) *KölnerKommAktG/Kraft*, aaO (FuBn. 3), § 23 Rdn. 27.

8) *Bürgers/Körber/Körber*, aaO (FuBn. 3), § 23 Rdn. 11.

9) *Thöl*, Das Handelsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., 1879, § 56, 2.

10) *K. Schmidt*, aaO (FuBn. 5), § 16 III 3 a; a. A. *Jung*, Handelsrecht, 6. Aufl., 2007, § 25 Rdn. 11.

11) *K. Schmidt*, aaO (FuBn. 5), § 16 III 3 a.

überhaupt erst ableitet, sondern um Anmeldungen, die der Prokurist in Vertretung seines Unternehmens in dessen Eigenschaft als Gesellschafter, insbesondere auch als Kommanditist, einer anderen Gesellschaft abgibt.“¹² Die heute herrschende Literaturauffassung folgt dem BGH insoweit, als sie hinsichtlich der Befugnis des Prokuristen, Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen, danach differenziert, ob eine Grundlagenentscheidung vorliegt oder nicht.¹³

Handelt es sich bei der Gründung einer Gesellschaft um ein solches Grundlagengeschäft? Zu den Grundlagengeschäften zählen ohne Zweifel auch Abschluss und Änderung von Gesellschaftsverträgen, soweit sie das Unternehmen, für welches der Prokurist tätig ist, strukturell verändern.¹⁴ Derartige Strukturveränderungen bei der Mutter sind aber mit der Gründung eines Tochterunternehmens nicht notwendig verbunden. Gesellschaftsgründungen sind daher grundsätzlich keine Grundlagengeschäfte.¹⁵ Doch gilt dieser Befund uneingeschränkt nur für Bargründungen. Für Sachgründungen kann eine abweichende Wertung geboten sein. Namentlich dann, wenn Betriebsteile des eigenen Unternehmens in die neue Gesellschaft einzubringen sind, kann sich der Abschluss eines entsprechenden Gesellschaftsvertrages auch auf die Struktur der Mutter auswirken. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich dabei um Betriebsteile von zentraler Bedeutung, gleichsam um die „Kronjuwelen“ der Mutter handelt. Nach Maßgabe der Holz Müller-Entscheidung des BGH kann sich eine solche Verlagerung zentraler Betriebsteile auf ein Tochterunternehmen, sogar wenn damit keine faktische Satzungsänderung in Bezug auf die Muttergesellschaft verbunden ist, „im Kernbereich der Unternehmenstätigkeit“ abspielen und „die Unternehmensstruktur von Grund auf ändern“.¹⁶ Auch wenn man den die Holz Müller-Entscheidung prägenden Interessengegensatz zwischen Mehrheitsaktionären/Vorstand einerseits und Minderheitsaktionären andererseits kaum auf das von gegenseitigem Vertrauen geprägte Verhältnis zwischen Prokurist und Prinzipal übertragen kann, spricht nichts dagegen, den Begriff der „Strukturmaßnahme“ im Rahmen von § 49 HGB ebenso auszulegen wie es der BGH in dieser Entscheidung in Bezug auf § 119 Abs. 2 AktG getan hat. Während der BGH in der Holz Müller-Entscheidung praeter legem rechtssetzend tätig wurde und ein solches Tatbestandsmerkmal erst schuf,¹⁷ lässt es sich bei § 49 HGB sogar bereits aus dem Gesetzeswortlaut ableiten („die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt“).¹⁸

Wir halten fest: Die Vertretung bei der Gründung einer anderen Gesellschaft ist im Falle der Bargründung stets von der Prokura gedeckt, bei einer

12) BGHZ 116, 190, 193 f. = DNotZ 1992, 584.

13) Vgl. nur *Baumbach/Hopt*, aaO (FuBn. 5), § 49 Rdn. 2; *Koller/Roth/Morck/Roth*, HGB, 6. Aufl., 2007, § 49 Rdn. 4; *Staub/Joost*, HGB, 5. Aufl., 2008, § 49 Rdn. 23.

14) *Staub/Joost*, aaO (FuBn. 13), § 49 Rdn. 23.

15) *Staub/Joost*, aaO (FuBn. 13), § 49 Rdn. 25.

16) BGHZ 83, 122, 130 ff. = NJW 1982, 1703, „Holz Müller“.

17) Insoweit noch deutlicher im Sinne einer offenen Rechtsfortbildung BGHZ 159, 30 = DNotZ 2004, 872, „Gelatine“.

18) Vgl. *MünchKommHGB/Krebs*, 2. Aufl., 2005, § 49 Rdn. 22.

Sachgründung dagegen nur dann, wenn sie nicht auch die Grundlagen des Unternehmens betrifft, für das der Prokurist tätig wird.¹⁹ Mit anderen Worten: Ob die Prokura die Befugnis zur Gründung einer Kapitalgesellschaft abdeckt, kann jedenfalls bei Sachgründungen nur von Fall zu Fall entschieden werden. Es ist keineswegs gewiss, dass jede Mitwirkung an der Gründung einer Kapitalgesellschaft von der Prokura gedeckt ist.

II. Nachweisanforderungen hinsichtlich der Vertretungsmacht des Prokuristen

Kommen wir vor diesem Hintergrund zur zweiten Frage nach den Anforderungen an den Nachweis der Vertretungsmacht des Prokuristen bei Gründung einer Kapitalgesellschaft zurück. Nach § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F. konnte das Bestehen der Prokura bis 2006 auch durch einen Handelsregisterauszug nachgewiesen werden. Nach Streichung des § 9 Abs. 3 HGB a. F. könnte an die Stelle des Registerzeugnisses der Ausdruck nach § 9 Abs. 4 Satz 1 HGB n. F. getreten sein (Variante 1). Alternativ dazu kommt eine Verweisung auf die Möglichkeit der Einsichtnahme in das elektronische Handelsregister über das Internet „in Echtzeit“ in Betracht (Variante 2). Im Falle von Gesellschaftsgründungen könnten nunmehr aber auch § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG einschlägig sein, sodass die Vorlage einer notariell beglaubigten Vollmacht erforderlich wäre (Variante 3).

1. Bedeutung der Streichung der Spezialregelung des § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F.

Für Variante 3 spricht, dass § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F. sich ausdrücklich auf den Nachweis der Vertretungsmacht durch einen Handelsregisterauszug bezog, während § 9 Abs. 4 Satz 1 HGB n. F. nur ganz allgemein die Möglichkeit beschreibt, einen Ausdruck in Bezug auf Handelsregistereintragungen zu verlangen. Mit der Sonderregelung in § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F. könnte auch die Grundlage für die Sonderbehandlung der Prokuristen gegenüber anderen Bevollmächtigten in Bezug auf den Nachweis ihrer Vollmacht im Rahmen von Gesellschaftsgründungen entfallen sein. Sie könnten daher nunmehr entgegen der h. M., aber dem Wortlaut von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG entsprechend wie andere Bevollmächtigte auch unter das darin normierte Formerforderniss fallen.

Gegen die Annahme, aufgrund der Änderung des § 9 HGB durch das EHUG sei dem Prokuristen nunmehr allgemein eine notariell beglaubigte Spezialvollmacht i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG abzuverlangen, wenn er an Gesellschaftsgründungen teilnehme, spricht allerdings das aus der Gesetzgebungsgeschichte ableitbare Telos der

19) Abweichend *Staub/Joost*, aaO (FuBn. 13), § 49 Rdn. 25 (Gründung von Tochterunternehmen stets gedeckt).

Neuregelung. Der Regierungsentwurf zum EHUG hatte noch vorgesehen, § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F. wörtlich in einen neuen § 9 Abs. 5 Satz 2 HGB zu übernehmen.²⁰ Diese Regelung wurde auf Vorschlag des Rechtsausschusses gestrichen, weil durch „die künftig flächendeckende elektronische Registerführung und die damit verbundene Möglichkeit einer einfachen Online-Einsichtnahme ... gesonderte Zeugnisse des Registergerichts über einschlägige Eintragungen entbehrlich“ würden.²¹ Mit anderen Worten: Seit Inkrafttreten des EHUG bedarf es keines solchen Zeugnisses mehr, weil die Behörden (ebenso wie private Wirtschaftsteilnehmer) die betreffenden Tatsachen im Sinne der Variante 2 selbst durch Einsichtnahme in das elektronische Handelsregister klären können.²²

2. Bedeutung der Möglichkeit elektronischer Einsichtnahme „in Echtzeit“

Lässt sich aus der Zielsetzung des EHUG indes umgekehrt eine generelle Absage des Gesetzgebers an das Erfordernis einer notariell beglaubigten Spezialvollmacht i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG für den Prokuristen ableiten? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Der bereits vor dem EHUG bestehende Grundkonflikt ist grundsätzlich der gleiche geblieben. Das EHUG ist insoweit neutral.

Ratio des Formerfordernisses aus § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG ist es, Zweifel an der Legitimation des Bevollmächtigten auszuschließen.²³ Die nunmehr mögliche Abfrage des Handelsregisters „in Echtzeit“ kommt dem Ziel möglichst großer Rechtssicherheit näher. Das dem Registerauszug i. S. des § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F. anhaftende Manko im Zeitlauf schwindender Legitimationswirkung ist damit beseitigt. Das Risiko, dass nach Erteilung des Auszugs weitere Eintragungen erfolgt sind, die Dritte nach § 15 Abs. 2 HGB gegen sich gelten lassen müssen, ist entfallen. Soweit aus dieser im Zeitlauf wachsenden Unsicherheit in Bezug auf den Registerauszug ein Argument für das Erfordernis einer Spezialvollmacht i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG hergeleitet wurde,²⁴ überzeugt dies nicht mehr.

Allerdings gilt nach wie vor, dass eine Spezialvollmacht dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit deutlich besser gerecht wird als die bloße Möglichkeit der Einsichtnahme ins Handelsregister, weil Eintragungen im Handelsregister nicht die Richtigkeit der eingetragenen und bekannt gemachten Tatsache als solcher verlaublichen, sondern lediglich den Tatbestand, dass die betreffende Tatsache in gesetzmäßiger Weise angemeldet worden ist,²⁵ während eine Vollmachtsurkunde – auch mit Blick auf § 172 Abs. 2 BGB –

20) RegE, BT-Drucks. 16/960, S. 6.

21) BT-Drucks. 16/2781, S. 79.

22) So auch *Baumbach/Hopt*, aaO (FuBn. 5), § 9 Rdn. 10.

23) *KölnerKommAktG/Kraft*, aaO (FuBn. 3), § 23 Rdn. 21; *GroßkommAktG/Röhricht*, aaO (FuBn. 1), § 23 Rdn. 58.

24) So noch *MünchKommAktG/Pentz*, aaO (FuBn. 3), § 23 Rdn. 18.

25) So explizit BGHZ 116, 190, 198 f. = DNotZ 1992, 584, 587 f.

Rechtssicherheit schafft.²⁶ Den Prokuristen vor Teilnahme an einer Gesellschaftsgründung mit einer Spezialvollmacht i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG auszustatten, ist mithin auf jeden Fall sinnvoll, selbst wenn man ein solches Vorgehen mit der h. M. nicht immer für zwingend erforderlich hält.

3. Gesetzlicher Umfang der Vollmacht als Basis der Sonderstellung des Prokuristen

Das Argument, dass mit dem Verzicht auf eine Spezialvollmacht i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG Einbußen an Rechtssicherheit verbunden sind, bleibt in einem weiteren Punkt uneingeschränkt gültig: Das Handelsregister gibt keine Auskunft über den Umfang der Prokura. Eine solche Auskunft ist grundsätzlich auch überflüssig, weil sich die Prokura gerade dadurch auszeichnet, dass ihr Umfang gesetzlich in den §§ 49, 50 HGB festgelegt ist. Diese gesetzliche Festlegung und nicht § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F. ist auch die wahre Grundlage für die Sonderbehandlung des Prokuristen in Bezug auf die Nachweisanforderungen bei Gründung von Kapitalgesellschaften durch die h. M., denn obwohl § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB a. F. allgemein vom „Nachweis der Befugnis zur Vertretung eines Einzelkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft“ sprach, nimmt die h. M. nur den Prokuristen von einer Anwendung i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG aus,²⁷ während Handlungsbevollmächtigte nach allgemeiner Meinung einer notariell beglaubigten Spezialvollmacht bedürfen.

4. Erfordernis einer Spezialvollmacht bei Einbringung von Teilen des eigenen Unternehmens

Daraus folgt: Der Verzicht auf eine notariell beglaubigte Spezialvollmacht des Prokuristen steht und fällt mit der Annahme, einer solchen Vollmacht bedürfe es nicht, weil sich seine Befugnis zur Vertretung des Gründers einer Kapitalgesellschaft bereits aus der gesetzlichen Festlegung seiner Vertretungsmacht in §§ 49, 50 HGB ergibt. Es wurde aber nachgewiesen, dass diese Annahme jedenfalls keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen kann. Vielmehr besteht in Bezug auf die Befugnis des Prokuristen, den Prinzipal bei der Sachgründung von Kapitalgesellschaften zu vertreten, Unsicherheit.²⁸

Für die hier untersuchte Fragestellung ergibt sich gerade aus dieser Unsicherheit ein eindeutiger Befund: Die Annahme, dass ein Prokurist für die Vertretung eines Gründers keiner notariell beglaubigten Spezialvollmacht bedarf, ist – auch wenn man großzügig über die eingeschränkte Beweiskraft des Handelsregisters in Bezug auf das Bestehen der Prokura

26) Insoweit nach wie vor zutreffend MünchKommAktG/Pentz, aaO (Fußn. 3), § 23 Rdn. 18.

27) Vgl. Nachw. in Fußn. 1.

28) Dazu oben Abschnitt A 1.3.

hinwegsieht – nur in Bezug auf die Teilnahme an Bargründungen sowie an Sachgründungen haltbar, bei denen das Unternehmen des Prokuristen keine eigenen Betriebsteile in die neue Gesellschaft einbringt. Soll der Prokurist einen Gründer dagegen bei einer Sachgründung unter Einbringung von Betriebsteilen des eigenen Unternehmens, d. h. bei einem Geschäft vertreten, das möglicherweise die Grundlagen des eigenen Unternehmens betrifft, so ist die Vorlage einer Spezialvollmacht i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG nicht nur sinnvoll, sondern zwingend erforderlich.

Da das Erfordernis der Vorlage einer notariell beglaubigten Spezialvollmacht nach § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG die Regel und die Privilegierung des Prokuristen gegenüber anderen Bevollmächtigten durch die h. M. nur eine (zudem zweifelhafte) Ausnahme darstellt, ist auf das Formerfordernis nur dann zu verzichten, wenn ohne Zweifel feststeht, dass die Grundlagen des eigenen Unternehmens durch die Gründung der neuen Gesellschaft nicht betroffen sind. Das Telos von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG, Rechtsunsicherheit zu vermeiden, verbietet es insoweit zwischen der Einbringung wesentlicher und unwesentlicher Betriebsteile des vertretenen Unternehmens zu differenzieren. Es verlangt nach einer klaren Regel, der zufolge ein Prokurist bei Einbringung eigener Betriebsteile des vertretenen Unternehmens im Rahmen einer Sachgründung stets eine Spezialvollmacht vorlegen muss.

Dass organschaftliche Vertreter einer registrierten Gesellschaft einer solchen Spezialvollmacht nach einhelliger Auffassung nicht bedürfen,²⁹ steht dieser differenzierten Sichtweise nicht entgegen, denn § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG sprechen ausdrücklich von „Bevollmächtigten“ (also rechtsgeschäftlichen Vertretern).³⁰ Abweichende Anforderungen an die Nachweisanforderungen gegenüber organschaftlichen Vertretern lassen daher keine Rückschlüsse auf die Nachweisanforderungen zu, die den Prokuristen als Bevollmächtigten treffen.³¹ Dies gilt umso mehr, als die organschaftlichen Vertreter von Personengesellschaften zugleich deren Gesellschafter sind und als solche im Gegensatz zum Prokuristen auch über die Kompetenz verfügen, Grundlagenentscheidungen zu treffen.

B. Nachweisanforderungen bei Gründung einer Kapitalgesellschaft unter Mitwirkung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Besondere Nachweisprobleme bestehen, wenn sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) an der Gründung einer Kapitalgesellschaft beteiligt. Dass die Beteiligung einer GbR an der Gründung einer Aktiengesellschaft oder GmbH möglich ist, ist im Grundsatz anerkannt.³² Die bei

29) Hüffer, AktG, 8. Aufl., 2008, § 23 Rdn. 13; Scholz/Emmerich, aaO (Fußn. 1), § 2 Rdn. 29.

30) Zu Besonderheiten bei der Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts an der Gründung von Kapitalgesellschaften s. sogleich unter Abschnitt B.

31) Vgl. MünchKommAktG/Pentz, aaO (Fußn. 3), § 23 Rdn. 18.

32) Vgl. schon BGHZ 118, 83, 99 = NJW 1992, 2222; Wertenbruch, BB 2001, 737; Ulmer, ZIP 2001, 585; Hadding, ZGR 2001, 712, 722; Steinbeck, DSStR 2001, 1162.

Handelsgesellschaften bestehende Problematik in Bezug auf die Legitimation von Prokuristen stellt sich für die GbR schon deshalb nicht, weil die GbR keine Handelsgesellschaft ist und daher auch keine Prokura erteilen kann (vgl. §§ 6 Abs. 1, 48 Abs. 1 HGB). Wird eine GbR nach den §§ 164 ff. BGB von einem Dritten vertreten, so sind auf diesen Bevollmächtigten zweifellos § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG anwendbar.

Problematisch kann indes der Nachweis der Vertretungsmacht der GbR-Gesellschafter selbst sein. Insoweit lassen sich vier Fälle unterscheiden:

- (1) die gemeinsame Vertretung der GbR durch alle Gesellschafter (entsprechend dem gesetzlichen Regelungsmuster der §§ 709, 714 BGB),
- (2) die Vertretung durch einen nach dem Gesellschaftsvertrag allein vertretungsbefugten Gesellschafter,
- (3) die organschaftliche Alleinvertretung durch einen dazu im Einzelfall analog § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB ermächtigten Gesellschafter³³ und
- (4) die Vertretung der GbR durch einen Gesellschafter, dem die anderen zusätzlich zur organschaftlichen Gesamtvertretungsmacht für den Einzelfall eine Einzelvertretungsvollmacht erteilt haben.³⁴

I. Anwendung von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG auf GbR-Gesellschafter?

Spätestens seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den BGH³⁵ ist akzeptiert, dass die GbR-Gesellschafter die Gesellschaft nicht rechtsgeschäftlich, sondern organschaftlich vertreten. Für den Nachweis der organschaftlichen Vertretungsmacht geschäftsführender Gesellschafter wird grundsätzlich die Vorlage des Gesellschaftsvertrages für ausreichend erachtet.³⁶ Eine zusätzliche unmittelbare Anwendung von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG auf Gesellschafter, welche ihre GbR bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft vertreten, scheitert in den oben beschriebenen Fällen 1, 2 und 3 bereits daran, dass die Gesellschafter als Organe und nicht als Bevollmächtigte der GbR tätig werden.³⁷ Im Fall 4 ist die Frage aufgeworfen, ob die rechtsgeschäftliche Erweiterung der Vertretungsmacht ausreicht, um ein zusätzliches Formerfordernis i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG zu legitimieren.

Schon das Abstellen allein auf den GbR-Vertrag (Fälle 1 und 2) erscheint aus der Perspektive der Rechtssicherheit unbefriedigend, weil das Gesetz

33) Für die Möglichkeit einer solchen Ermächtigung auch bei der GbR *Wertenbruch*, NZG 2005, 462, 463.

34) Dies ist nach BGH, DNotZ 2005, 710 möglich; dagegen *Wertenbruch*, NZG 2005, 462, 463 (auch bei GbR Ermächtigung analog § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB, § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG, § 25 Abs. 3 GenG).

35) BGHZ 146, 341 ff. = DNotZ 2001, 234; s. a. *Wertenbruch*, Gesellschaften und Gesellschaftsanteile in der Zwangsvollstreckung, 2000, 213 ff.

36) MünchKommBGB/*Ulmer*, 4. Aufl., 2004, § 714 Rdn. 7; MünchKommAktG/*Pentz*, aaO (Fußn. 3), § 23 Rdn. 24.

37) Im Ergebnis ebenfalls gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit des § 23 AktG MünchKommAktG/*Pentz*, aaO (Fußn. 3), § 23 Rdn. 24, der allerdings meint, § 23 sei nicht anwendbar, weil die Gesellschafter nicht persönlich an der Gründung beteiligt seien.

keine Formerfordernisse an den GbR-Vertrag stellt und weil in Ermangelung eines „GbR-Registers“ auch keine Verifizierung durch Registerinsicht möglich ist. Die Ermächtigung analog § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB (Fall 3) ist ebenso wie eine Bevollmächtigung (Fall 4) formlos wirksam und sogar konkludent möglich.³⁸ Sie wird weder im Gesellschaftsvertrag noch in einem Register festgehalten. Insoweit liegt es nahe, jedenfalls für diese beiden Fälle eine analoge Anwendung von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG zu befürworten.³⁹ Dies gilt umso mehr, als auch eine Regelungslücke kaum in Abrede gestellt werden kann, weil der Gesetzgeber bei Einführung von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG – lange vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH – nicht davon ausgehen konnte, dass es rechtsfähige Personengesellschaften ohne Registerpflicht geben würde, die sich an der Gründung von Kapitalgesellschaften beteiligen können.

Trotzdem würde eine Analogie zu § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG das beschriebene Problem letztlich nicht lösen, sondern lediglich auf eine andere Ebene verlagern. Eine zusätzliche Ermächtigung analog § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB (Fall 3) bzw. rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung (Fall 4) müsste grundsätzlich von allen Gesellschaftern gemeinsam erteilt werden (§§ 709, 714 BGB). Wer Gesellschafter ist, lässt sich aber wiederum nur aus dem – seinerseits weder einer notariellen Beglaubigung oder Beurkundung noch einer Registrierung unterliegenden – Gesellschaftsvertrag ablesen. Der Gewinn an Rechtssicherheit, der durch das Erfordernis einer Beurkundung der Ermächtigung bzw. Bevollmächtigung analog § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG erzielbar wäre, erscheint insoweit gering.

II. Eintragung ins Handelsregister

Als praktische Alternative bietet sich die Eintragung in ein Register an. Zwar existiert kein GbR-Register, doch besteht für viele Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Möglichkeit, sich freiwillig in das Partnerschaftsregister oder in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Insoweit ist zunächst vorab anzumerken, dass eine Gesellschaft, die ein Handelsgewerbe i. S. des § 1 HGB betreibt, kraft Gesetzes OHG bzw. KG ist (§§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB), selbst wenn die Gesellschafter irrig davon ausgehen, eine GbR gegründet zu haben bzw. wenn sie diese Gesellschaft (noch vor Änderung des § 1 HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz 1998⁴⁰) sogar zunächst wirksam als GbR gegründet hatten.⁴¹ Eine Eintragung im Handelsregister ist für diese Gesellschaften nach § 108 HGB

38) Zu § 125 s. *Baumbach/Hopt*, aaO (Fußn. 5), § 125 Rdn. 17; zur Bevollmächtigung BGH, DNotZ 2005, 710.

39) So im Ergebnis unter Hinweis auf das Haftungsrisiko der Gesellschafter MünchKommAktG/*Pentz*, aaO (Fußn. 3), § 23 Rdn. 24.

40) Dazu etwa *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2162 ff.; *Körber*, Jura 1998, 452 ff.

41) *Baumbach/Hopt*, aaO (Fußn. 5), § 105 Rdn. 7.

zwar einerseits registerrechtlich zwingend vorgeschrieben, aber andererseits keine zwingende Voraussetzung ihrer wirksamen Entstehung als OHG oder KG im Außenverhältnis. Dafür reicht nach § 123 Abs. 2 HGB der tatsächliche Geschäftsbeginn aus.

Handelt es sich bei der Gesellschaft wirklich um eine GbR i.S. der §§ 705 ff. BGB, so können die Gesellschafter nach dem PartGG freiwillig ihre Eintragung in das Partnerschaftsregister beantragen, wenn die Gesellschaft einer freiberuflichen Tätigkeit i.S. des § 1 Abs. 2 PartGG nachgeht. Nach § 7 Abs. 1 PartGG wird die GbR dann mit der Eintragung zur Partnerschaftsgesellschaft. Betreibt die GbR ein Unternehmen der Land- oder Forstwirtschaft, so können die Gesellschafter ihr nach §§ 3, 2 HGB eine Firma geben und diese zur Eintragung in das Handelsregister anmelden. Mit der Eintragung der Firma wird die Gesellschaft zur OHG bzw. KG.⁴² Die gleiche Option eröffnet § 105 Abs. 2 HGB für kleingewerbliche Gesellschaften und Vermögensverwaltungsgesellschaften.

Nach erfolgter Eintragung können die Gesellschafter in all diesen Fällen den Nachweis ihrer Vertretungsmacht mithilfe des betreffenden Registers führen. Praktisch besonders relevant dürfte im hier untersuchten Zusammenhang die Eintragungsmöglichkeit für Vermögensverwaltungsgesellschaften nach § 105 Abs. 2 HGB sein. Angesichts der aufgezeigten Nachweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts an der Gründung anderer Gesellschaften spricht jedenfalls de lege ferenda sogar einiges dafür, unternehmenstragende GbR aus Publizitätsgründen allgemein zur Eintragung in ein Register zu verpflichten.⁴³

C. Ergebnis

I. Die Beteiligung an der Gründung einer Kapitalgesellschaft ist prinzipiell vom gesetzlich festgelegten Umfang der Prokura gedeckt. Dies gilt allerdings nur, sofern es sich dabei nicht um ein Grundlagengeschäft handelt. Ein Grundlagengeschäft liegt vor, wenn wesentliche Betriebsteile der eigenen Gesellschaft als Sacheinlagen in die neue Gesellschaft eingebracht werden sollen. Die insoweit bestehende Unsicherheit über die Vertretungsmacht des Prokuristen lässt es ratsam erscheinen, Prokuristen stets mit einer notariell beglaubigten Spezialvollmacht gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG i. V. mit § 129 BGB und § 40 BeurkG auszustatten. Eine solche Vollmacht ist zwingend erforderlich, wenn ein Prokurist einen Gründer bei der Sachgründung einer Aktiengesellschaft oder GmbH unter Einbringung von Teilen des eigenen Unternehmens des Gründers vertreten soll.

⁴² MünchKommHGB/K. Schmidt, aaO (Fußn. 18), § 3 Rdn. 1; Baumbach/Hopt, aaO (Fußn. 5), § 3 Rdn. 1.

⁴³ Vgl. dazu den Vorschlag eines Unternehmensgesetzbuchs von K. Schmidt, DB 1994, 515, 516.

II. Nachweisschwierigkeiten hinsichtlich der Vertretungsbefugnis eines GbR-Gesellschafters bei Gründung einer Kapitalgesellschaft lassen sich durch analoge Anwendung von § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 2 Abs. 2 GmbHG nicht zufriedenstellend lösen. Rechtssicherheit lässt sich insoweit nur durch eine (de lege lata freiwillige) Eintragung der GbR in das Handels- bzw. Partnerschaftsregister herbeiführen.