

§ 22 Die Prokura (§§ 48–53 HGB)

I. Rechtsnatur und Besonderheiten der Prokura

Die Prokura ist eine Vollmacht i.S.v. § 167 Abs. 1 BGB, die einige Besonderheiten aufweist. Sie ist zunächst eine handelsrechtliche Vollmacht, was darin zum Ausdruck kommt, dass der Kreis der erteilungsberechtigten Personen beschränkt ist (§ 48 Abs. 1 HGB). Zum Schutz des Rechtsverkehrs hat die Prokura einen gesetzlich festgelegten, gegenüber Dritten nicht beschränkbar Inhalt (§§ 49, 50 Abs. 1 HGB). Zusätzlich wird der Handelsrechtsverkehr durch die Pflicht zur Eintragung der Prokuraerteilung ins Handelsregister (§ 53 HGB) und dem daraus folgenden Verkehrsschutz (§ 15 HGB) geschützt. 1

II. Erteilung der Prokura

1. Vollmachtgeber

a) Der Inhaber des Handelsgeschäfts

Nach § 48 Abs. 1 HGB kann Prokura nur von dem Inhaber eines Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden. Obwohl das Gesetz den Begriff des „Handelsgeschäfts“ verwendet, besteht kein sachlicher Unterschied zu dem Begriff des „Handelsgewerbes“, das nach § 1 Abs. 1 HGB Voraussetzung für die Kaufmannseigenschaft ist. Erteilungsberechtigt ist zum einen der Kaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB, und zwar unabhängig davon, ob die Firma in das Handelsregister eingetragen wurde, sowie der Kaufmann nach § 5 HGB. Kaufleute nach §§ 2 und 3 HGB können Prokura erteilen, wenn sie von ihrem Optionsrecht Gebrauch gemacht haben (§§ 2 S. 2 und § 3 Abs. 2 HGB). Dem Scheinkaufmann¹ gegenüber können sich gutgläubige Dritte auf eine erteilte Prokura berufen. Schließlich können auch Handelsgesellschaften nach § 6 HGB Prokura erteilen. Nach überwiegender Ansicht gilt das auch für eine Vorgesellschaft (Vor-GmbH und Vor-AG), sofern sie ein Handelsgewerbe betreibt.² 2

b) Sein gesetzlicher Vertreter

Nicht nur der Kaufmann selbst, sondern auch sein gesetzlicher Vertreter kann Prokura erteilen, § 48 Abs. 1 HGB. Dieser ist zur Entscheidung berufen, wenn der Inhaber selbst nicht (voll) geschäftsfähig ist, oder wenn – wie im Falle von Handelsgesellschaften – es bereits an einem handlungsfähigem Inhaber fehlt. Es lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden: 3

Zunächst geht es um die Fälle der gesetzlichen Vertretung einer **natürlichen Person**. So sind die Eltern eines minderjährigen Kaufmanns nach § 1629 Abs. 1 BGB als dessen gesetzliche Vertreter zur Erteilung der Prokura für ihn berechtigt. Sie bedürfen aber gemäß § 1643 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1822 Nr. 11 BGB der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Diese hat nach § 1831 S. 1 BGB vorher zu erfolgen. Eine ohne Genehmigung erteilte Prokura ist wirkungslos. Die zweite Fallgruppe bildet die 4

¹ Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 2; enger *Canaris*, § 14 Rn. 3.

² Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 6; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 2; Scholz-K. Schmidt, Kommentar zum GmbHG, § 11 Rn. 65; a.A. MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 7; Röhrich/Graf v. Westphalen-Wagner, HGB, § 48 Rn. 5.

organschaftliche Vertretung einer Handelsgesellschaft. Bei einer OHG und einer KG ist die Prokura von den jeweils vertretungsberechtigten Gesellschaftern (§§ 125, 161 Abs. 2, 170 HGB) zu erteilen. Handeln diese Personen ist die Prokura auch dann wirksam erteilt, wenn im Innenverhältnis die Zustimmung der anderen geschäftsführenden Gesellschafter nach § 116 Abs. 3 S. 1 HGB fehlt. Bei der GmbH erteilt der Geschäftsführer die Prokura (§ 35 Abs. 1 HGB). Im Innenverhältnis sind aber nach § 47 Nr. 7 GmbHG die Gesellschafter bestimmungsberechtigt. Bei der Aktiengesellschaft ist grundsätzlich der Vorstand sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis zur Erteilung berechtigt, wobei dem Aufsichtsrat ein Zustimmungsrecht eingeräumt werden kann (§§ 82 Abs. 2, 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Eine dritte Fallgruppe bildet die Vertretung durch einen **Testamentsvollstrecker** und einen **Insolvenzverwalter**. Unabhängig von den verschiedenen Auffassungen über die dogmatische Einordnung ihrer Tätigkeit können diese nach nunmehr³ einhelliger Meinung Prokura erteilen.⁴

- 5 Da § 48 Abs. 1 HGB nur vom gesetzlichen Vertreter spricht, ist eine Prokuraerteilung durch einen **gewillkürten Stellvertreter** ausgeschlossen. Generalbevollmächtigte, Prokuristen und sonstige Vertreter können somit keine Prokura erteilen. Zu prüfen bleibt, ob die Prokuraerteilung gemäß § 140 BGB in die Erteilung einer Handlungsvollmacht nach § 54 HGB umgedeutet werden kann.

2. Vollmachtnehmer

- 6 Das Gesetz trifft keine Aussage darüber, wer Prokurist sein kann. Ohne weiteres Prokurist sein kann eine natürliche, zumindest beschränkt geschäftsfähige Person, die nicht mit dem Inhaber identisch ist. Umstritten ist, ob auch **juristischen Personen** Prokura erteilt werden kann. Von der überwiegenden Ansicht wird dies verneint.⁵ Allerdings lässt sich diese Ansicht nicht mit § 51 HGB begründen, der verlangt, dass der Prokurist mit seinem (bürgerlichen) Namen zeichnet. Auch juristische Personen können durch ihre Organe mit ihrem Namen zeichnen.⁶ Maßgebend dürfte sein, dass das Gesetz von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Prokuristen und dem Kaufmann ausgeht. Dieses Verständnis verträgt sich schlecht mit dem jederzeit möglichen, vom Willen des Kaufmanns unabhängigen Wechsel in der Besetzung des Organs der juristischen Person. Mittelbar würde durch einen solchen Wechsel auch § 52 Abs. 2 HGB unterlaufen.⁷
- 7 Des Weiteren setzt die Prokura **Personenverschiedenheit von Kaufmann** und Prokuristen voraus. Könnte ein Einzelkaufmann sich selbst Prokura erteilen, wäre die Vertretungsmacht funktionslos und auch ein Handeln im fremden Namen wäre nicht möglich. Ebenso wenig kann den organschaftlichen Vertretern einer Handelsgesell-

³ Streit bestand bezüglich der Stellung des Konkursverwalters vor Inkrafttreten der InsO 1999, vgl. dazu BGH WM 1958, 430, 431.

⁴ Zum Testamentsvollstrecker: MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 23; Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 49 Rn. 8; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 13; zum Insolvenzverwalter: Schlegelberger-Schröder, HGB, § 48 Rn. 7; Röhrich/Graf v. Westphalen-Wagner, HGB, § 48 Rn. 10; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 3; Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 48 Rn. 1; Canaris, § 14 Rn. 3; K. Schmidt, § 16 III 2 d.

⁵ MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 26; Röhrich/Graf v. Westphalen-Wagner, HGB, § 48 Rn. 20; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 15; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 4; Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 48 Rn. 1; Canaris, § 14 Rn. 6; K. Schmidt, § 16 III 2 b; a.A. Schlegelberger-Schröder, § 48 Rn. 11.

⁶ Müller, JuS 1998, 1001 f.

⁷ Müller, JuS 1998, 1002.

schaft Prokura erteilt werden.⁸ Zulässig ist es dagegen, einem nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter (insbesondere einem Kommanditisten⁹) Prokura zu erteilen.

3. Rechtsgeschäftliche Erteilung

Da die Prokura eine Vollmacht nach § 167 BGB ist, richtet sich ihre Erteilung zunächst nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts. Die Erteilung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und kann dem Prokuristen (Innenvollmacht), einem Dritten oder der Allgemeinheit (Außenvollmacht)¹⁰ gegenüber erteilt werden.¹¹ Stellt der Kaufmann einen Antrag auf Eintragung der Prokura in das Handelsregister, ist darin eine Erklärung an die Öffentlichkeit zu sehen.¹² § 48 Abs. 1 HGB verlangt, dass die Prokura **ausdrücklich** erteilt wird. Damit ist nicht gemeint, dass das Wort „Prokura“ verwendet werden muss. Es kommt vielmehr darauf an, dass der Wille, Prokura zu erteilen, eindeutig hervortritt. Zugleich ist damit klargestellt, dass eine konkludente Prokuraerteilung ebensowenig möglich ist wie eine Duldungs- oder Anscheinsprokura.¹³ Allerdings ist es denkbar, dass ein Dritter unter den Voraussetzungen der Anscheins- und Duldungsvollmacht auf eine Bevollmächtigung im Umfang einer Prokura vertrauen darf.¹⁴ Anders als bei einer echten Prokuraerteilung gilt eine Scheinvollmacht nur für den gutgläubigen Dritten und der Rechtsschein kann zerstört werden, ohne dass es einer Verlautbarung im Handelsregister bedarf.¹⁵

Selbst wenn in dem der Prokuraerteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis (bspw. Dienstvertrag) die Erteilung der Prokura zugesagt ist, kann nicht auf Erteilung der Prokura geklagt werden. Dies folgt aus der in § 52 Abs. 1 HGB verankerten jederzeitigen Widerruflichkeit.¹⁶

Nach § 53 Abs. 1 HGB ist die Erteilung der Prokura **im Handelsregister einzutragen** (eintragungspflichtige Tatsache i.S.v. § 15 HGB). Die Eintragung wirkt deklaratorisch. Eintragungspflichtig sind die Erteilung als solche, die Person des Prokuristen und etwaige zulässige Besonderheiten.¹⁷ Anmeldepflichtig ist der Inhaber des Handelsgeschäfts. Die Anmeldung kann nicht vom Prokuristen vorgenommen werden, dem Prokura erteilt wurde.¹⁸

⁸ So zumindest für den alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter: Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 20; K. Schmidt, § 16 III 2 c. Besteht Gesamtvertretungsmacht, soll eine zusätzliche Prokuraerteilung möglich sein; a.A. MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 32.

⁹ BGHZ 17, 392, 394.

¹⁰ Deren Zulässigkeit umstritten ist, vgl. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn. 1459 Fn. 45.

¹¹ Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 23; Staudinger-Schilken, BGB, § 167 Rn. 12; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn. 1459.

¹² RGZ 133, 229, 232; MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 46; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 36; nach a.A. ist dafür die Bekanntmachung erforderlich, Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 48 Rn. 17.

¹³ MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 47, 54; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 III 2 e.

¹⁴ Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 24; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 26; Canaris, § 16 Rn. 14.

¹⁵ Canaris, § 16 Rn. 14.

¹⁶ BGHZ 17, 392, 394; RGZ 27, 35, 37; 2, 30, 34; MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 61. Anders ist die Rechtslage, wenn ein solches „Recht auf Prokura“ in einem Gesellschaftsvertrag verankert ist, BGHZ 17, 392, 394 ff; MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 61.

¹⁷ MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 53 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 53 Rn. 3 (bspw. Prokuraerweiterung nach § 49 Abs. 2 HGB oder Befreiung von § 181 BGB).

¹⁸ Bay OLG NJW 1973, 2068; Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 53 Rn. 1; a.A. Bärmann, NJW 1997, 1404.

4. Fehlerhafte Prokuraerteilung

- 11 Im Zusammenhang mit der Erteilung der Prokura sind mehrere Fehlerquellen denkbar. Werden die oben geschilderten Voraussetzungen nicht erfüllt (bspw. Erteilung durch einen Nicht-Erteilungsberechtigten oder an einen nicht Prokurafähigen), ist die Prokura unwirksam. Möglich ist es aber regelmäßig, die Vollmachtserklärung im Wege der **Umdeutung** nach § 140 BGB als Generalhandlungsvollmacht (vgl. § 54 HGB) oder als eine bürgerlich-rechtliche Bevollmächtigung aufrechtzuerhalten.¹⁹ Hat der Mangel seinen Ursprung in der Willenserklärung des Vollmachtgebers, handelt es sich um einen Ausschnitt aus der allgemeinen Problematik von Willensmängeln bei der Bevollmächtigung. Im Mittelpunkt der Problematik steht die Anfechtung der Vollmachtserteilung, insbesondere nach Gebrauch der Vollmacht.²⁰ Beide Fallgruppen bedeuten eine Gefahr für den Rechtsverkehr, der im kaufmännischen Bereich erhöhten Verkehrsschutz genießt. Ist die Prokura trotz dieser Fehler **ins Handelsregister eingetragen**, kann § 15 HGB Schutz bieten. Bei einer bekanntgemachten, allerdings unwirksamen, unrichtig eingetragenen und/oder²¹ unrichtig bekanntgemachten Prokura greift § 15 Abs. 3 HGB. Die Eintragungspflichtigkeit der Tatsache ergibt sich regelmäßig aus § 53 Abs. 1 HGB. Fällt die Prokura nach der erfolgten Eintragung wieder weg, liegt ein Fall von § 15 Abs. 1 HGB vor. Die Eintragungspflichtigkeit der Tatsache folgt auch hier aus § 53 Abs. 3 HGB.

III. Umfang der Prokura

- 12 Die Prokura ist eine Vollmacht mit gesetzlich bestimmtem Umfang. Die Reichweite der Prokura ist in § 49 Abs. 1 HGB festgelegt (1.). Von der Prokura nicht erfasst sind Grundlagengeschäfte und bestimmte Grundstücksgeschäfte (2.). Gewillkürte Begrenzungen der Prokura sind nur in engen gesetzlich festgelegten Ausnahmefällen zulässig (3.). Schließlich begrenzt § 181 BGB den Umfang der Prokura.

1. Betrieb eines Handelsgewerbes

- 13 Nach § 49 Abs. 1 HGB „ermächtigt“ (gemeint ist „bevollmächtigt“²²) die Prokura „zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.“ Somit stellt sich zunächst die Frage, ob das Geschäft zu den Handelsgeschäften oder zu den Privatgeschäften des Kaufmanns gehört. In Zweifelsfällen muss die Vermutungsregel des § 344 Abs. 1 HGB herangezogen werden.
- 14 Anders als bei der Handlungsvollmacht nach § 54 Abs. 1 HGB beschränkt das Gesetz den Prokuristen nicht auf Geschäfte, die ein *derartiges* Handelsgewerbe mit sich bringt. Vielmehr beinhaltet die Prokura alle Geschäfte, die der Betrieb *irgendeines* Handelsgewerbes mit sich bringen kann. Dazu gehören Geschäfte, die der laufende Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringen kann ebenso wie außergewöhnliche und branchenfremde Geschäfte.²³ Ausgenommen sind nur sog. **Grundlagengeschäfte**,

19 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 55.

20 Siehe dazu MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, vor § 48 Rn. 57 ff; Staudinger-Schilken, BGB, § 167 Rn. 77 ff; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn. 1470 ff; Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 523 ff; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 96 f.

21 § 15 Abs. 3 HGB erfasst auch den Fall gleichzeitiger Unrichtigkeit von Eintragung und Bekanntmachung, Canaris, § 5 Rn. 45; K. Schmidt, § 14 III 2 c.

22 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 49 Rn. 12.

23 Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 49 Rn. 4; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 49 Rn. 2.

weil diese nicht mehr zum „Betrieb“ des Handelsgewerbes gehören. Von der Prokura erfasst werden alle Geschäfte im rechtsgeschäftlichen Verkehr, also der Abschluss von zweiseitigen Verträgen und die Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte. Des Weiteren ist der Prokurist auch zu verfahrensrechtlichen Handlungen bevollmächtigt. Er kann daher in einem Prozess wirksam für den Unternehmensträger auftreten und – soweit er postulotionsfähig²⁴ ist – Prozesshandlungen vornehmen. Außerdem wird die Anmeldung von Tatsachen zum Handelsregister von der Prokura gedeckt, sofern sie zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehören.

2. Gesetzliche Begrenzungen

a) Grundlagengeschäfte

Die Prokura ermächtigt nur zu Geschäften, die der *Betrieb* des Handelsgewerbes mit sich bringt. Geschäfte, die die *Organisation* des Handelsgewerbes betreffen, gehören nicht dazu. Zu diesen sog. Grundlagengeschäften gehören: vollständige Änderung des Unternehmensgegenstands,²⁵ Einstellung und Veräußerung²⁶ des Handelsgeschäfts, Stellung eines Insolvenzantrags,²⁷ Firmenänderung,²⁸ Aufnahme von neuen Gesellschaftern.²⁹ Keine Grundlagengeschäfte sind: Errichtung einer Zweigniederlassung,³⁰ Gründung einer Tochtergesellschaft,³¹ Erwerb eines Handelsgeschäfts³² oder Beteiligungen an einem Handelsgeschäft.³³ Zweifelhaft ist dagegen die Sitzverlegung.³⁴ 15

b) Grundstücksveräußerung und –belastung

Nach § 49 Abs. 2 HGB sind Grundstücksveräußerungen und -belastungen nicht vom Umfang der Prokura gedeckt. Belastungen i.S.d. § 49 Abs. 2 HGB sind dingliche Belastungen, nicht etwa Vermietung oder Verpachtung.³⁵ Entgegen des zu eng gefassten Wortlauts findet die Norm nicht nur auf das Verfügungs- sondern auch das Verpflichtungsgeschäft Anwendung, da ansonsten aus diesem auf Erfüllung geklagt werden könnte. Nicht erfasst von § 49 Abs. 2 HGB wird der *Erwerb* eines Grundstücks. Durch die Erteilung einer besonderen Befugnis, die nach § 53 Abs. 1 HGB eintragungspflichtig ist,³⁶ kann der Kaufmann die Prokura erweitern, so dass auch die Veräußerung und Belastung von Grundstücken umfasst ist, § 49 Abs. 2 HGB. 16

§ 49 Abs. 2 HGB ist in zweifacher Hinsicht **teleologisch zu reduzieren**. Zum einen fällt die Belastung eines durch den Prokuristen erworbenen Grundstücks mit einer dinglichen Sicherheit (bspw. Restkaufpreishypothek) nicht in den Anwendungsbe- 17

24 Wegen § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO nur in Prozessen vor den Amtsgerichten. Soweit er nicht postulotionsfähig ist, kann er aufgrund der Prokura wirksam Prozessvollmacht erteilen.

25 *Canaris*, § 14 Rn. 13; *K. Schmidt*, § 16 III 3 a.

26 BGH NJW 1995, 596; BGH BB 1965, 1373, 1374.

27 Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 49 Rn. 13.

28 BGHZ 116, 190, 193 (obiter dictum).

29 BGHZ 116, 190, 193 (obiter dictum).

30 *Canaris*, § 14 Rn. 14.

31 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 49 Rn. 32.

32 BGHZ 116, 190, 194.

33 BGHZ 116, 190, 194.

34 Für Grundlagengeschäft: MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 49 Rn. 27; *K. Schmidt*, § 16 III 3 a; dagegen: Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 49 Rn. 1; *Canaris*, § 14 Rn. 14.

35 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 49 Rn. 46; *Canaris*, § 14 Rn. 17.

36 Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 53 Rn. 3.

reich der Norm, weil ein solches Rechtsgeschäft dem Erwerb eines von vornherein belasteten Grundstücks gleichkommt.³⁷ Es handelt sich dabei um eine bloße Erwerbsmodalität, nicht aber um die Belastung eines bereits dem Kaufmann gehörenden Grundstücks. Zum anderen bezieht sich § 49 Abs. 2 HGB ausschließlich auf Grundstücke des Kaufmanns,³⁸ da die Vorschrift nur seinem Schutz dient.

3. Rechtsgeschäftliche Begrenzungen

- 18 § 50 Abs. 1 HGB bestimmt, dass rechtsgeschäftliche Beschränkungen der Prokura gegenüber Dritten grundsätzlich keine Wirkung entfalten. Der Umfang der Prokura nach § 49 Abs. 1 HGB ist Dritten gegenüber also zwingend. § 50 Abs. 2 HGB nennt einige, nicht abschließend aufgezählte Beispiele, für solche Beschränkungen. Trotz Unwirksamkeit gegenüber Dritten können Beschränkungen im Innenverhältnis zwischen Prokuristen und Kaufmann vereinbart werden, so dass bei einem etwaigen Überschreiten dieser Grenzen der Prokurist nach § 280 Abs. 1 BGB haftet.
- 19 Die sog. **Filialprokura** nach § 50 Abs. 3 HGB ermöglicht es dem Kaufmann, die Prokura rechtsgeschäftlich auf den Betrieb einer einzigen von mehreren Niederlassungen des Handelsgewerbes zu beschränken. Die Prokura kann nicht nur auf die Zweigniederlassung, sondern auch auf die Hauptniederlassung beschränkt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Niederlassung eine gewisse Selbständigkeit aufweist und dies in einer eigenen Firma zum Ausdruck kommt. Die Rechtsfolge einer zulässigen Beschränkung der Prokura auf die Niederlassung besteht darin, dass der Prokurist unter der Firma der Niederlassung handelt und sich seine Vertretungsmacht nur auf diese bezieht. Er ist aber wie jeder andere Prokurist in den Grenzen des § 49 Abs. 1 HGB bevollmächtigt und gerade nicht nur auf die Geschäfte verwiesen, die der Betrieb gerade dieser Niederlassung mit sich bringt.³⁹ Die Beschränkung nach § 50 Abs. 3 HGB ist nicht eintragungsfähig.⁴⁰

IV. Missbrauch der Prokura

1. Problemstellung

- 20 Grundsätzlich gilt im Recht der Stellvertretung das Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Die Bevollmächtigung ist gedanklich und hinsichtlich ihres rechtlichen Schicksals zu trennen von dem Rechtsverhältnis, das der Bevollmächtigung zu Grunde liegt (sog. Grundverhältnis). Die Unterscheidung zwischen Bevollmächtigung (rechtliches Können) und Grundverhältnis (rechtliches Dürfen) bringt es mit sich, dass Bindungen des Vertreters im Grundverhältnis den Umfang der Vertretungsmacht nicht berühren. Ein Verstoß des Vertreters gegen seine vertraglichen Verpflichtungen im Innenverhältnis gegenüber dem Vertretenen (Überschreitung des rechtlichen Dürfens) kann zu Schadenersatzpflichten führen, ändert aber nichts an der Wirksamkeit des Ausführungsgeschäfts mit dem Dritten (Außenverhältnis), sofern dieses vom Umfang der Vollmacht (rechtliches Können) gedeckt ist. Das Risiko, dass der Vertreter

37 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 49 Rn. 48; *Canaris*, § 14 Rn. 17.

38 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 49 Rn. 42; *Koller/Roth/Morck-Roth*, HGB, § 49 Rn. 7.

39 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 50 Rn. 13.

40 BGHZ 104, 61, 64.

pflichtwidrig von seiner Vollmacht Gebrauch macht, ist im Grundsatz dem Vertretenen zuzuweisen.⁴¹

In Rechtsprechung und Lehre sind jedoch **Ausnahmen vom Trennungsprinzip** anerkannt. Es gibt Fallgestaltungen, in denen das Ausführungsgeschäft – obwohl es sich formal im Rahmen der Vertretungsmacht bewegt, also das rechtliche Können nicht überschreitet – den Vertretenen nicht bindet. Ausnahmsweise schlägt hier eine Beschränkung im Innenverhältnis auf den Umfang der Vollmacht durch. Es handelt sich um die Fälle, in denen der Geschäftspartner positiv weiß oder wissen müsste, dass der Prokurist ihm auferlegte Beschränkungen aus dem Innenverhältnis missachtet (sog. Missbrauch der Prokura). Auch wenn es sich bei dem Problem des Missbrauchs der Vertretungsmacht um ein Problem aus dem Allgemeinen Teil des BGB handelt, stellt sich dieses in aller Regel im Rahmen der Prokura, da § 50 Abs. 1 HGB eine rechtsgeschäftliche Ausgestaltung der Reichweite der Prokura durch den Vertretenen verhindert und damit den Geschäftsherrn in seinem Vertrauen auf den Umfang der Prokura schützt. 21

2. Kollusion

Als Kollusion bezeichnet man die Fallgestaltungen, in denen der Vertreter und der Dritte bei einem pflichtwidrigen Gebrauch der Prokura bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken.⁴² Ein solches kollusives Handeln widerspricht den Wertvorstellungen im (kaufmännischen) Verkehr und führt daher nach überwiegender Ansicht zu einer Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB.⁴³ 22

3. Weitere Missbrauchsfälle

Auch unterhalb der Schwelle des kollusiven Zusammenwirkens sind Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht möglich.⁴⁴ Die Voraussetzungen, die zum einen in der Person des Dritten und zum anderen in der Person des Vertreters vorliegen müssen, lassen sich allein aus § 242 BGB herleiten und sind demzufolge umstritten. 23

Erste Voraussetzung ist, dass der **Prokurist pflichtwidrig handelt**. Das ist der Fall, wenn er ein Rechtsgeschäft abschließt, das nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Hat der Geschäftsherr seinen Willen ausdrücklich in Form einer internen Weisung geäußert (bspw. der Prokurist wird angewiesen, keine Rechtsgeschäfte über einem bestimmten Höchstbetrag abzuschließen), so genügt ein Verstoß gegen diese Weisung.⁴⁵ 24

Auf Seiten des Geschäftsgegners ist es erforderlich, dass dieser den Missbrauch der Vertretungsmacht kennt oder dass es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass die 25

⁴¹ BGH NJW 1994, 2082, 2083.

⁴² BGH NJW 2002, 1497, 1498.

⁴³ BGH NJW 1989, 26, 27; Palandt-Heinrichs, BGB, § 164 Rn. 13; MünchKomm-Schramm, BGB, § 164 Rn. 107 m.w.N.; a.A. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn. 1575; Röhrich/Graf v. Westphalen-Wagner, HGB, vor § 48 Rn. 58, die § 177 anwenden wollen, so dass der Geschäftsherr die Möglichkeit hat, das Geschäft zu genehmigen.

⁴⁴ RGZ 136, 356, 359; BGHZ 50, 112, 114; 113, 315, 320, BGH WM 1976, 658, 659; 1981, 66, 67; BGH NJW 1984, 1461, 1462; 1988, 3012, 3013; 1990, 384, 385.

⁴⁵ A.A. MünchKomm-Schramm, BGB, § 164 Rn. 113, nach dem über den bloßen Weisungsverstoß hinaus regelmäßig ein Nachteil des Vertretenen vorliegen muss.

Vertretungsmacht missbraucht wird.⁴⁶ Man spricht insoweit von einer **Evidenz des Missbrauchs**.⁴⁷ Das pflichtwidrige Vertreterhandeln ist für den Geschäftsgegner evident, wenn ein besonnener Dritter ohne weiteres erkennen würde, dass das Handeln des Prokuristen gegen interne Weisungen verstößt oder dass das Rechtsgeschäft aus anderen Gründen nicht dem Willen des Geschäftsherrn entspricht. Man kann also fragen, ob es für den Vertragspartner offensichtlich war, dass der Vertretene – hätte er selbst gehandelt – dieses Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen hätte. Dafür genügt die bloße Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts nicht, denn auch der Kaufmann selbst könnte nachteilige Rechtsgeschäfte abschließen, etwa weil er die Nachteiligkeit nicht bemerkt oder aus sonstigen Gründen das Geschäft dennoch abschließen möchte. Etwas anderes gilt, wenn der Dritte aus anderen Umständen entnehmen kann, dass das Geschäft nur zustande kommt, weil der Inhaber nicht persönlich handelt. Verschließt er also trotz offenkundiger Umstände die Augen, so ist er in seinem Vertrauen auf die Vertretungsmacht nicht schutzwürdig und eine Berufung auf die Unbeschränkbarkeit der Vollmacht rechtsmissbräuchlich.

- 26 Umstritten sind die subjektiven Voraussetzungen **auf Seiten des Prokuristen**. Zum Teil wird verlangt, dass dieser bewusst pflichtwidrig handelt.⁴⁸ Auch der BGH hat diese Frage für den Prokuristen bejaht,⁴⁹ während er für Vollmachten, die keinen gesetzlich bestimmten Umfang haben, auf dieses Bewusstsein verzichtet.⁵⁰ Vorzugswürdig erscheint es, **keine subjektive Voraussetzungen** in der Person des Vertreters zu verlangen.⁵¹ Die Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht sollen verhindern, dass sich der Vertragspartner in unredlicher Weise auf eine formale Rechtsposition, nämlich auf die Gültigkeit des Vertrags wegen der Unbeschränkbarkeit der Prokura, beruft. Aus diesem Grundgedanken lassen sich besondere subjektive Anforderungen in der Person des Vertreters nicht herleiten. Die mangelnde Schutzwürdigkeit des Vertragspartners besteht unabhängig davon, ob der Vertreter fahrlässig, vorsätzlich oder sogar mit Schädigungsabsicht seine Pflichten im Innenverhältnis missachtet.
- 27 Liegen die Voraussetzungen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht vor, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach § 177 ff. BGB analog.⁵² Eine Regelungslücke liegt vor, weil das Gesetz den Missbrauch der Prokura nicht ausdrücklich geregelt hat. Darüber hinaus sind die Missbrauchsfälle mit den Fällen, in denen von vornherein eine Vertretungsmacht fehlt, vergleichbar.

► **FALL 10:**⁵³ P ist Prokurist des Autohauses G, einem Volkswagenvertragshändler. Er liegt seit einiger Zeit im Streit mit dem Inhaber G, weil dieser mit ausdrücklicher Weisung ge-

46 BGHZ 113, 315, 320 = NJW 1991, 1812, 1813; BGH NJW 1988, 3012.

47 H.M., siehe nur MünchKomm-Schramm, BGB, § 164 Rn. 117; Staudinger-Schilken, § 167 Rn. 97 m.w.N.; K. Schmidt, § 16 III 4 b bb.

48 So MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, vor §§ 48 Rn. 69; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 50 Rn. 10; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 50 Rn. 14; Canaris, § 14 Rn. 37.

49 BGHZ 50, 112, 114; BGH NJW 1990, 384.

50 BGH NJW 1988, 3012, 3013.

51 MünchKomm-Schramm, BGB, § 164 Rn. 113 oder 103; Staudinger-Schilken, BGB, § 167 Rn. 95; K. Schmidt, § 16 III 4 b bb; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 45 II 3; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 46 Rn. 148; Steinbeck, WM 1999, 885 889 f; differenzierend danach, ob das Verhalten weisungswidrig oder nachteilig ist: Drexl/Mentzel, Jura 2002, 289, 294.

52 So auch MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, vor §§ 48 Rn. 70; Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 50 Rn. 6; Canaris, § 14 Rn. 40 f; K. Schmidt, § 16 III 4 b aa; MünchKomm-Schramm, BGB, § 164 Rn. 121; Drexl/Mentzel, Jura 2002, 293.

53 BGH NJW 1988, 2109.

genüber allen Mitarbeiter im Februar 2004 endgültig untersagt hat, Gebrauchtwagen von Privatleuten anzukaufen. Im März 2004 erscheint D im Autohaus, weil er seinen betagten Opel Astra verkaufen möchte. D wendet sich an P. Dieser schlägt ihm einen Kaufpreis von 5.000 € vor, ohne den Wagen näher durchzuprüfen. D ist ziemlich überrascht, weil man ihm beim Opel-Vertragshändler 500 € geboten hat. Außerdem schlägt P vor, das Vertragsformular des Autohauses sofort zu unterzeichnen, ihm das Geld aber persönlich abends zu bringen und auch erst dann den Wagen abzuholen. Glücklich über den erzielten Kaufpreis beschließt D, nicht weiter über diese „Unregelmäßigkeiten“ nachzudenken. Als G am Nachmittag von dem Geschäft erfährt, ist er empört und fragt, ob er an den Vertrag mit D gebunden ist. ◀

► **LÖSUNG:** D hat einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 5.000 € gegen G Zugum-Zug gegen Übereignung des Wagens aus § 433 Abs. 2 BGB, wenn zwischen den Beteiligten ein Kaufvertrag über das Auto zustande gekommen ist. Ein Angebot des D liegt vor. Die Annahme ist durch P erfolgt. Diese wirkt gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB für und gegen G, wenn P seine Annahme im Namen des G und mit Vertretungsmacht abgab. Aus den Umständen ergibt sich, dass P für G und nicht für sich selbst gehandelt hat, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB (vgl. Rn. 5). P ist Prokurist des G und der Ankauf des Autos ist vom Umfang der Vertretungsmacht gedeckt. Die Weisung im Innenverhältnis hat auf den Umfang der Vertretungsmacht grundsätzlich keine Auswirkungen. Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn die Regeln über den Missbrauch der Prokura eingreifen. Aus § 242 BGB ergibt sich, dass der Vertreter dann ohne Vertretungsmacht handelt, wenn der Vertreter pflichtwidrig handelt und der Geschäftspartner den Missbrauch der Vertretungsmacht kennt oder sich das missbräuchliche Verhalten geradezu aufdrängt (siehe das Rn. 24 ff). Ein pflichtwidriges Verhalten des P liegt vor, denn G hat allen Mitarbeitern gegenüber die ausdrückliche Weisung erteilt, keine Gebrauchtwagen von Privatleuten anzukaufen. Darüber hat sich P durch den Abschluss des Vertrags hinweggesetzt. Der Weiteren muss D bösgläubig gewesen sein. D war bösgläubig, wenn er wusste, dass das Rechtsgeschäft nicht vom Willen des G gedeckt war oder wenn dies evident für ihn war. Aufgrund des Preises und der Tatsache, dass P den Wagen ohne jede technische Kontrolle ankaufen und ihn zudem am Abend abholen wollte, musste sich dem D geradezu aufdrängen, dass das Geschäft nicht dem Willen des G entspricht. Somit war D bösgläubig. Da es nach der hier vertretenen Ansicht weiterer subjektiver Voraussetzungen in der Person des Vertreters nicht bedarf, sind die Voraussetzungen des Missbrauchs der Prokura gegeben. P hat als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Da nicht anzunehmen ist, dass G das Geschäft nach § 177 Abs. 1 BGB analog genehmigt, wirkt das Handeln des P nicht nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB für und gegen G. Somit fehlt es an der Annahme. D hat keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung. ◀

► **ANMERKUNG:** Die Rechtsprechung zieht § 254 BGB analog zur Verteilung der Missbrauchsrisiken heran, wenn der Missbrauch der Vertretungsmacht durch ein mitwirkendes Verschulden des Geschäftsherrn ermöglicht wurde.⁵⁴ Das kann nicht überzeugen, wenn man bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht diese entfallen lässt und hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die §§ 177 ff BGB analog zurück greift. Danach kann es nur zwei Entscheidungsmöglichkeiten geben: Entweder ist das Geschäft wirksam, weil kein Missbrauchsstatbestand vorliegt oder es ist im Ganzen schwebend unwirksam, weil er eben vorliegt. Darüber hinaus ist § 254 BGB auf Schadenersatzansprüche zugeschnitten und gerade nicht

54 BGHZ 64, 79, 85; 50, 112, 114 f.

auf Erfüllungsansprüche.⁵⁵ Rechtsgrundlage für einen Gegenanspruch des Dritten ist § 280 Abs. 1 BGB (eventuell i.V.m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB).⁵⁶ ◀

V. Bindung der Prokura an die Mitwirkung Dritter

- 28 Die Erteilung einer Prokura birgt wegen ihres weiten Umfangs für den Kaufmann ein gewisses Risiko. Dieses Risiko kann dadurch verringert werden, dass das Handeln des Prokuristen an die Mitwirkung anderer Vertreter des Kaufmanns gebunden wird. Die Möglichkeit zu einer sog. Gesamtprokura eröffnet das Gesetz in § 48 Abs. 2 HGB. Davon zu unterscheiden sind weitere Formen der gemischten Gesamtvertretung.

1. Gesamtprokura

- 29 Eine (allseitige) Gesamtprokura liegt vor, wenn ein Kaufmann **mehrere Prokuristen** mit der Maßgabe bestellt, dass diese ihn nur gemeinsam vertreten können. Bei einem Verstoß gegen dieses Erfordernis liegt ein Handeln ohne Vertretungsmacht vor. Eine Gesamtprokura muss gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 HGB in das Handelsregister eingetragen werden. Unterbleibt die Eintragung, kann der gutgläubige Dritte unter Berufung auf § 15 Abs. 1 HGB von einer Einzelprokura als gesetzlichem Regelfall ausgehen. Bei der Aktivvertretung des Kaufmannes müssen grundsätzlich alle Prokuristen zusammenwirken. Analog §§ 125 Abs. 2 S. 2 HGB, 78 Abs. 4 AktG, 25 Abs. 3 GenG besteht die Möglichkeit, dass sich die Gesamtprokuristen gegenseitig untereinander zu bestimmten Geschäften oder Arten von Geschäften ermächtigen.⁵⁷ Geht es dagegen um den Empfang einer Willenserklärung (Passivvertretung), so reicht es aus, wenn die Erklärung nur einem der Gesamtprokuristen zugeht, §§ 28 Abs. 2 BGB, 125 Abs. 2 S. 3 HGB, 78 Abs. 2 S. 2 AktG, 25 Abs. 1 S. 3 GenG analog.⁵⁸ Gleiches gilt bei der Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB, bei der bereits die Kenntnis eines Vertreters die Bösgläubigkeit begründet, da ansonsten die Möglichkeit bestünde, durch die Bestellung einer hohen Anzahl von Gesamtprokuristen die Wissenszurechnung zu erschweren.⁵⁹
- 30 In der Praxis haben sich noch weitere Sonderformen der Gesamtprokura herausgebildet.⁶⁰ So kann bei mehreren Gesamtprokuristen ein gemeinsames Handeln zweier davon ausreichend sein (Vier-Augen-Prinzip) oder es kann eine sog. halbseitige Gesamtprokura vereinbart werden: P1 ist Einzelprokurist, während P2 nur als Gesamtprokurist mit P1 handeln kann.⁶¹

2. Gemischte Gesamtvertretung

- 31 Von einer gemischten Gesamtvertretung (bzw. „gemischter“ oder „unechter“ Gesamtprokura)⁶² spricht man, wenn ein Prokurist nicht gemeinsam mit einem anderen

55 K. Schmidt, § 16 III 4 b aa; vgl. zu weiteren Argumenten: MünchKomm-Schramm, BGB, § 164 Rn. 122 m.w.N.

56 Canaris, § 14 Rn. 42; Drexl/Mentzel, Jura 2002, 293.

57 Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 48 Rn. 5; Canaris, § 14 Rn. 21. Das ermöglicht selbstverständlich nicht eine generelle Ermächtigung.

58 Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 48 Rn. 5; Canaris, § 14 Rn. 23.

59 Drexl/Mentzel, Jura 2002, 291.

60 Siehe Bärwaldt/U. Hadding, NJW 1998, 1103.

61 BGHZ 62, 166, 171 f; Canaris, § 14 Rn. 28; K. Schmidt, § 16 III 3 c cc bbb; a.A. MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 74 ff; Beuthien/Müller, DB 1995, 461, 462 f.

62 Zur Terminologie: Der Begriff Gesamtprokura sollte nur für die Fälle des § 48 Abs. 2 HGB Verwendung finden. Die Fälle der sog. „gemischten“ oder „unechten“ Gesamtprokura sind vom Wortlaut des § 48 Abs. 2

Prokuristen, sondern mit einem anderen **organschaftlichen Vertreter** (bspw. einem GmbH-Geschäftsführer) handelt.⁶³ Hierbei sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Im Gesetz ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass das Handeln eines vertretungsberechtigten Gesellschafters oder eines Vorstands an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden wird (vgl. §§ 125 Abs. 3 S. 1 HGB, 78 Abs. 3 S. 1 AktG, 25 Abs. 2 GenG).⁶⁴ Der Prokurist soll hier über das Handeln des Organvertreters wachen.⁶⁵ Da der zur Zustimmung ermächtigte Prokurist die gleichen Kompetenzen besitzen muss wie der gebundene Organvertreter, erweitert sich die Vertretungsmacht des Prokuristen über § 49 Abs. 1 HGB hinaus auf den Umfang der Vertretungsmacht des Organvertreters.⁶⁶

Ebenfalls zulässig ist es, den Prokuristen seinerseits an die Mitwirkung eines vertretungsberechtigten Organvertreters zu binden. Wenn das Gesetz bspw. in § 125 Abs. 3 HGB ausdrücklich zulässt, dass die gesetzliche Vertretungsmacht eines organschaftlichen Vertreters an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden werden kann, dann kann auch umgekehrt die Vertretungsbefugnis eines Prokuristen von der Mitwirkung eines organschaftlichen Vertreters abhängig gemacht werden.⁶⁷ Allerdings bestimmt sich in diesen Fällen der Umfang der Vertretungsmacht beider nach § 49 Abs. 1 HGB.⁶⁸

32

3. Unzulässige Formen gemischter Gesamtvertretung

Unzulässig ist die Gesamtvertretung, wenn der Prokurist an die Zustimmung des Einzelkaufmanns gebunden wird.⁶⁹ Andernfalls läge eine Umgehung der Regelung des § 50 Abs. 2 HGB vor, die gerade verhindern soll, dass der Umfang der Vertretungsmacht von internen Weisungen des Vertretenen abhängt. Entgegen der Rechtsprechung des BGH⁷⁰ und der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur⁷¹ gelten diese Grundsätze auch dann, wenn der vertretene Kaufmann i.S.v. § 48 Abs. 1 HGB kein Einzelkaufmann ist, sondern eine Handelsgesellschaft, und diese von einem einzigen vertretungsberechtigten Organ vertreten wird.⁷² Es ist kein Grund ersichtlich, der eine Unterscheidung zwischen Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften rechtfertigen würde, wenn der Wille in der Gesellschaft durch ein alleinvertretungsberechtigtes Organ gebildet wird. Unzulässig ist auch die Bindung des Prokuristen an die

33

HGB nicht gedeckt und deshalb sollte hier von „gemischter Gesamtvertretung“ gesprochen werden, vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 41.

63 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 77; Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 48 Rn. 25; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 18.

64 Nach h.M. gilt dies auch für Geschäftsführer einer GmbH, vgl. BGHZ 99, 76, 78.

65 Drexl/Menzel, Jura 2002, 289, 291.

66 BGHZ 99, 76, 81; 13, 61, 64; Canaris, § 14 Rn. 24; K. Schmidt, § 16 III 3 c cc ccc; a.A. MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 48 Rn. 92 ff.

67 BGHZ 99, 76, 78 f; Canaris, § 14 Rn. 25; K. Schmidt, § 16 III 3 c cc ccc; Drexl/Menzel, Jura 2002, 291. Das gilt aber nur, wenn es sich nicht um den einzigen vertretungsberechtigten Organvertreter handelt, siehe Rn.

68 BGHZ 99, 76, 81

69 Bay OLG NJW 1998, 1161, 1162 m.w.N., Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 48 Rn. 29; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 48; Canaris, § 14 Rn. 29; K. Schmidt, § 16 III 3 c cc ccc; a.A. OLG Hamm, NJW 1971, 1370; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 20; Bärwaldt/U. Hadding, NJW 1998, 1103, 1104.

70 BGHZ 99, 76, 78; 62, 166, 171 f.

71 Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 48 Rn. 27; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 46; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 48 Rn. 19; K. Schmidt, § 16 III c cc ddd; Bärwaldt/U. Hadding, NJW 1998, 1104.

72 Canaris, § 14 Rn. 30.

Mitwirkung nicht vertretungsberechtigter Personen oder an Personen, deren rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht die Qualität einer Prokura erreicht.⁷³ Unzulässige Mitwirkungserfordernisse führen jedoch nicht etwa dazu, dass die Prokuraerteilung unwirksam wäre. Vielmehr handelt es sich um unwirksame Bindungen im Außenverhältnis nach § 50 Abs. 1 HGB, die im Innenverhältnis durchaus bindenden Charakter haben können⁷⁴.

VI. Erlöschen der Prokura

- 34 Das Erlöschen der Prokura ist ein eintragungspflichtiger Tatbestand, § 53 Abs. 3 HGB. Dies gilt auch, wenn die Erteilung der Prokura zuvor nicht eingetragen wurde. Die Eintragung wirkt deklaratorisch. Die Prokura kann aus folgenden Gründen erlöschen:

1. Beendigung des Grundverhältnisses

- 35 Der praktisch wichtigste Fall ergibt sich aus § 168 S. 1 BGB. Danach erlischt die Prokura, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis endet (Ausnahme vom Trennungsgrundsatz). Wird bspw. das Arbeitsverhältnis mit dem Prokuristen wirksam beendet – sei es durch Kündigung, Aufhebung oder durch den Tod des Prokuristen (vgl. § 673 S. 1 BGB) –, erlischt kraft Gesetzes auch die Prokura.

2. Widerruf

- 36 Auch wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft fortbesteht, kann die Prokura jederzeit durch ausdrückliche Erklärung⁷⁵ widerrufen werden. Die Erteilung einer **unwiderruflichen Prokura** ist nicht möglich, da § 52 Abs. 1 HGB zwingendes Recht enthält.⁷⁶ Daraus folgt, dass der Arbeitgeber die Prokura auch dann widerrufen kann, wenn im Arbeitsvertrag ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Erteilung einer Prokura vereinbart wurde.⁷⁷ Eine Ausnahme vom Grundsatz der jederzeitigen Widerrufbarkeit wird angenommen, wenn der Prokurist aufgrund Gesellschaftsvertrags einen Anspruch auf die Erteilung der Prokura hat. In diesen Fällen ist ein Widerruf durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter unwirksam und damit wirkungslos.⁷⁸ Auch eine unwiderrufliche Prokura ist aber aus wichtigem Grund widerrufbar.⁷⁹
- 37 Zum Widerruf befugt ist derjenige, der im Augenblick des Widerrufs eine Prokura erteilen könnte.⁸⁰ Die Wirksamkeit des Widerrufs richtet sich nach § 168 S. 2 u. 3 i.V.m. § 167 Abs. 1 BGB. Empfänger des Widerrufs ist gemäß §§ 168 S. 3, 167

73 Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 48 Rn. 49; Canaris, § 14 Rn. 31; K. Schmidt, § 16 III c cc eee.

74 Canaris, § 14 Rn. 33.

75 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 52 Rn. 17; Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 52 Rn. 7; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 52 Rn. 2.

76 Canaris, § 14 Rn. 9; K. Schmidt, § 16 III 5 b (Schutz der unternehmerischen Selbstbestimmung).

77 BAG NJW 1987, 862 f.

78 Canaris, § 14 Rn. 11; a.A. BGHZ 17, 392, 396, der davon ausgeht, eine Einschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters dahingehend, dass ein Widerruf nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich ist, sei mit § 126 HGB nicht vereinbar. Der Widerruf ist daher wirksam, aber es besteht ein Anspruch des P auf Wiedererteilung der Prokura. Das ist nicht zutreffend, da es hier nicht um eine Einschränkung der Vertretungsmacht geht, sondern darum, dass der Gesellschafter ein Recht ausübt, das der Gesellschaft nicht zusteht.

79 BGHZ 17, 392, 394 f, ganz h.M., vgl. nur Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 52 Rn. 4 m.w.N.

80 Dazu Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 52 Rn. 6.

Abs. 1 BGB entweder der Prokurist oder der Dritte,⁸¹ dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Möglich ist auch eine Verlautbarung gegenüber der Öffentlichkeit durch Antrag auf Löschung der Prokura im Handelsregister und Bekanntmachung.⁸²

3. Wegfall der Kaufmannseigenschaft

Nach § 48 Abs. 1 HGB kann nur ein Kaufmann Prokura erteilen. Fällt die Kaufmannseigenschaft des Vertretenen weg, so richtet sich das weitere Schicksal der Prokura danach, ob der Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Im erstgenannten Fall greift entweder § 5 HGB⁸³ oder § 2 S. 1 HGB⁸⁴; Der Eingetragene wird als Kaufmann behandelt⁸⁵ und die Prokura bleibt bestehen. War der Vertretene nicht im Handelsregister eingetragen, erlischt die Prokura. Möglich ist es aber, die Vollmacht im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB als Generalhandlungsvollmacht (vgl. § 54 HGB) aufrechtzuerhalten. 38

Entfällt die Kaufmannseigenschaft dadurch, dass der Kaufmann seinen **Betrieb einstellt**, endet auch die Vertretungsmacht des Prokuristen. Eine Umdeutung in eine Handlungsvollmacht oder eine Vollmacht nach § 167 Abs. 1 BGB ist nicht möglich, da die Vertretungsmacht nur für Geschäfte im Rahmen des Geschäftsbetriebs des Vollmachtgebers eingeräumt wurde. § 5 HGB greift mangels tatsächlichem Betrieb eines „Gewerbes“ nicht. Denkbar ist allenfalls eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht. 39

4. Tod des Prokuristen oder des Kaufmanns

Mit dem Tod des Prokuristen endet die Prokura, da diese nach § 52 Abs. 3 HGB nicht übertragbar ist. Stirbt der Kaufmann, so ordnet § 52 Abs. 3 HGB an, dass die Prokura nicht erlischt. Für die Vollmachten nach bürgerlichem Recht gilt dies nur im Zweifel, §§ 168 S. 1, 672 S. 1 BGB. 40

5. Sonstige Gründe

Weitere Erlöschensgründe sind: Erwerb des Handelsgeschäfts durch den Prokuristen, weil der Inhaber nicht gleichzeitig Prokurist sein kann;⁸⁶ Eröffnung des Insolvenzverfahrens;⁸⁷ Beendigung des Handelsgewerbes;⁸⁸ Geschäftsunfähigkeit des Prokuristen.⁸⁹ 41

81 A.A. Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 52 Rn. 10.

82 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 52 Rn. 14; Koller/Roth/Morck-Roth, HGB, § 52 Rn. 2.

83 Canaris, § 3 Rn. 49; § 14 Rn. 8.

84 K. Schmidt, § 10 V 2 a.

85 BGH NJW 1982, 45; siehe auch oben, § 9 II.

86 K. Schmidt, § 16 II 2 c.

87 Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 52 Rn. 5; Canaris, § 14 Rn. 8; K. Schmidt, BB 1989, 229, 234; a.A. Ebenroth/Boujong/Joost-Weber, HGB, § 52 Rn. 18.

88 Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 52 Rn. 28.

89 MünchKomm-Lieb/Krebs, HGB, § 52 Rn. 38.