

**Die Generalvollmacht
im Handels- und Gesellschaftsrecht**

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades des
Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Justus-Liebig-Universität Gießen

von
Sabine Reimer
aus Borken (Hessen)
2001

Erstgutachter: Prof. Dr. Horst Hammen

Zweitgutachter: Prof. Dr. Günter Weick

Tag der mündlichen Prüfung: 21. November 2001

Meinem Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen im WS 2000/2001 als Dissertation angenommen. Neue Rechtsprechung und Literatur wurden bis Januar 2002 berücksichtigt. Ich danke Herrn Prof. Dr. Hammen für die Erstellung des Erstgutachtens und Herrn Prof. Dr. Weick für das Zweitgutachten.

Darüber hinaus danke ich meinen früheren Kollegen an der Professur Wandt, Herrn Dr. Michael Sonntag und Frau Petra Geiger, sowie meinen Freunden, Herrn Thomas Hildmann und Frau Angie Koppe, die mich auf verschiedenste Art und Weise bei dieser Arbeit unterstützt haben.

Frankfurt am Main, im März 2002

Sabine Reimer

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1 EINLEITUNG	1
A. Problemstellung	1
B. Praxisrelevanz	3
§ 2 ANALYSE DER GESETZESVORSCHRIFTEN	6
A. Einzelvorschriften	6
I. ZPO und Aktiengesetz.....	6
II. Arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften	9
III. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Vorschriften	11
B. Gesamtbeurteilung	12
§ 3 ZULÄSSIGKEIT, VORAUSSETZUNGEN UND UMFANG DER GENERALVOLLMACHT	14
A. Begriff	14
B. Zulässigkeit	15
I. Zulässigkeit der Generalvollmacht im Handelsrecht.....	16
1. <i>Numerus clausus</i> der handelsrechtlichen Vollmachten	16
a) Rechtsprechung.....	16
b) Literatur	17
aa) Befürworter eines <i>numerus clausus</i>	17
bb) Kein gesetzlicher Typenzwang.....	20
c) Stellungnahme	21
2. Sonstige Zulässigkeitsbedenken	25
a) Kein Bedürfnis.....	25
b) Fehlende Registerpublizität der Generalvollmacht	26
II. Zulässigkeit der Generalvollmacht im Gesellschaftsrecht.....	27
1. Organersetzende und rechtsgeschäftliche Generalvollmacht bei der GmbH.....	28
a) Überblick über die Rechtsprechung.....	28
aa) Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts ...	29
(1) Zulässige Bevollmächtigung.....	29
(2) Ausnahmen.....	30
bb) Rechtsprechung des BGH.....	32
(1) Übertragung organschaftlicher Befugnisse	32
(2) Umgehung der Gesamtvertretung	33
(3) Umdeutung.....	36
(a) Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht	36
(b) Umdeutung in Alleinvertretungsbefugnis	38
cc) Rechtsprechung sonstiger Gerichte.....	39
(1) Unzulässigkeit mit Umdeutung.....	39
(2) Zulässige Generalvollmacht.....	40

b) Literatur	41
aa) Unzulässige organersetze Generalvollmacht	42
bb) Zulässige rechtsgeschäftliche Generalvollmacht.....	43
(1) Keine Übertragung organschaftlicher Befugnisse.....	44
(2) Gesellschafter- und Verkehrsschutz.....	44
(3) Öffentliche Pflichten	45
(4) Umdeutung	47
2. Generalvollmacht bei Personengesellschaften und sonstigen Gesellschaftsformen.....	48
a) Rechtsprechung.....	48
aa) Zulässige Generalvollmacht.....	49
bb) Umdeutung bei Unzulässigkeit.....	52
b) Literatur	54
3. Stellungnahme.....	55
a) Übertragung organschaftlicher Befugnisse.....	55
b) Gesellschafterschutz	58
c) Verkehrsschutzinteressen.....	60
d) Öffentliche Pflichten.....	61
C. Entstehungsvoraussetzungen	63
I. Möglicher Vollmachtgeber.....	64
1. Erteilung durch organschaftlichen Vertreter.....	65
2. Erteilung durch andere Personen	65
a) Prokurist.....	66
b) Personen mit besonderen Funktionen.....	67
II. Erfordernisse der bevollmächtigenden Erklärung.....	67
1. Ausdrückliche oder konkludente Erklärung	68
2. Schriftform und öffentliche Beglaubigung	70
3. Belehrungspflichten bei notarieller Beurkundung.....	71
III. Bevollmächtigter.....	72
1. Natürliche Personen	73
2. Juristische Personen	74
a) Differenzierung nach Art der hierarchischen Eingliederung.....	74
b) Stellungnahme	75
IV. Gesellschaftsrechtliche interne Zustimmungserfordernisse	78
D. Umfang	80
I. Umfang der Generalvollmacht im allgemeinen bürgerlichen Recht	80
II. Umfang der Generalvollmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht	82
1. Rechtsprechung.....	82
2. Literaturauffassungen	84
a) Organähnliche Befugnisse	84
aa) Nahezu gleiche Befugnisse	84
bb) Parallele Befugnisse	86
b) Umfassende nicht organschaftliche Befugnisse	87
c) Erweiterte Prokurabefugnisse	88
d) Generalhandlungsbefugnisse	89

3. Stellungnahme und eigener Ansatz.....	90
a) Allgemeiner Umfang und Einschränkungen.....	90
aa) Ausgangslage	90
bb) Einschränkungen aus dem allgemeinen Zivilrecht.....	91
cc) Gesellschaftsrechtliche Einschränkungen.....	91
b) Abgrenzung zu Generalhandlungsvollmacht und Prokura.....	92
aa) Keine Beschränkung auf Umfang der Generalhandlungsvollmacht	92
bb) Größerer Umfang als Prokura.....	94
c) Ausschluss organschaftlicher Befugnisse.....	96
aa) Übertragung von öffentlichen Pflichten.....	97
bb) Einzelpflichten.....	98
(1) Stellung eines Insolvenzantrags	98
(2) Anmeldungen zum Handelsregister	99
(3) Sonstige nicht übertragbare Pflichten	100
E. Erlöschen.....	101
I. Widerruf.....	101
II. Sonstige Erlöschensgründe	102
1. Befristung, Beendigung des Grundverhältnisses	102
2. Insolvenz, Betriebseinstellung, Tod.....	103
3. Wechsel des Inhabers.....	103
F. Eintragung in das Handelsregister	105
I. Eintragungsfähigkeit und Eintragungspflicht.....	106
1. Funktionen und Wirkungen einer Eintragung.....	107
2. Eintragung bei Stellvertretung	110
II. Eintragungspflicht bei der Generalvollmacht	113
1. Eintragung als Prokura.....	113
2. Eintragung als Generalvollmacht <i>de lege lata</i>	114
§ 4 GESETZLICHE REGELUNG DE LEGE FERENDA	119
A. Notwendigkeit.....	119
B. Inhaltliche Ausgestaltung	122
C. Vorschlag	123
§ 5 ZUSAMMENFASSUNG.....	124
A. Zulässigkeit der Generalvollmacht.....	124
B. Voraussetzungen einer zulässigen Generalvollmacht.....	124
LITERATURVERZEICHNIS	126

§ 1 Einleitung

A. Problemstellung

Die Generalvollmacht wird bereits seit mehr als hundert Jahren von Kaufleuten und Handelsgesellschaften verwendet¹. Sie wird neben den handelsrechtlichen Vollmachten Prokura (§§ 48 ff HGB) und Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) eingesetzt. Ein Generalbevollmächtigter kann innerhalb eines Unternehmens unterschiedliche Positionen innehaben. Er wird regelmäßig in einem Bereich tätig, der zwischen dem Aufgabenbereich eines Prokuristen und der Leitung des Unternehmens liegt. Dieser Akzeptanz in der Praxis steht jedoch eine unklare Rechtslage gegenüber. Sie resultiert daraus, dass es keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Generalvollmacht gibt und dementsprechend unterschiedliche Ansichten darüber bestehen, welche Regelungen gelten sollen.

Die Generalvollmacht wird zwar in einigen Gesetzesvorschriften erwähnt, z. B. in § 173 ZPO, § 16 Abs. 4 SGG, § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG, §§ 29 Abs. 1 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 3 OWiG², ist aber weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch im Handelsgesetzbuch, noch in anderen Gesetzen ausdrücklich und zusammenhängend geregelt. Sie wird herkömmlicherweise als Vollmacht angesehen, die ihren Ursprung im allgemeinen Zivilrecht (§§ 164 ff. BGB) hat. Durch Erteilung einer Generalvollmacht soll eine Person grundsätzlich mit umfassender Vertretungsmacht ausgestattet werden. Schwierigkeiten bereitet dabei vor allem die Bestimmung des genauen Umfangs der Vollmacht, weil dieser nicht allgemein gültig bestimmt werden kann.

Es besteht weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Einigkeit darüber, wie eine Generalvollmacht, die im handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich verwendet wird, rechtlich zu behandeln ist. Bereits das Reichsgericht und das Kammergericht machten sich Gedanken darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Generalvollmacht wirksam ist³. Bis heute finden sich in der Rechtsprechung unterschiedliche, auf den ersten Blick teilweise recht ge-

¹ S. hierzu z.B. die Entscheidungen RGZ 52, 96; KG JFG 3, 272; KG DNotZ 1925, 242.

² Zum Gesamtüberblick über die Gesetzeslage s. § 2.

³ RG JW 1923, 121; KGJ 48, A 130; KG JFG 3, 272; KG DNotZ 1925, 242.

gensätzlich anmutende Aussagen. So hat der BGH die Generalvollmacht bei Personenhandelsgesellschaften für zulässig erklärt, bei der GmbH aber für unwirksam erachtet⁴. Bei der GmbH hat das Gericht die Unwirksamkeit mit einem Verstoß gegen das Verbot der Übertragung organschaftlicher Befugnisse begründet, im Anschluss daran jedoch die Möglichkeit einer Umdeutung der unwirksamen Generalvollmacht in eine Generalhandlungsvollmacht bejaht. Diese Beurteilung wurde in der Rechtsprechung und Kommentarliteratur weitgehend übernommen und kann heute als herrschende Auffassung bezeichnet werden⁵.

Nur vereinzelt wird die Auffassung vertreten, eine Generalvollmacht dürfe gar nicht neben den handelsrechtlichen Vollmachten im kaufmännischen Bereich verwendet werden⁶. Die meisten Autoren sind der Auffassung, die Generalvollmacht sei als solche zulässig. Freilich gibt es unterschiedliche Ansichten darüber, wie die Generalvollmacht rechtlich einzuordnen ist. Überwiegend wird angenommen, sie sei grundsätzlich eine rein bürgerlichrechtliche Vollmacht⁷. Andere gehen davon aus, es handele sich eher um eine handelsrechtliche Vollmacht⁸. Eine neuere Auffassung unterscheidet danach, ob der Bevollmächtigte in das Unternehmen hierarchisch eingegliedert ist oder nicht⁹. Je nachdem, welcher Betrachtungsweise man folgt, hat dies Auswirkungen auf die Voraussetzungen und den Umfang einer wirksamen Generalvollmacht.

Die fehlende gesetzliche Regelung und die unterschiedlichen Sichtweisen führen auch zu Unsicherheiten im Sprachgebrauch. So wird beispielsweise heute noch die Generalvollmacht schlicht mit der Generalhandlungsvollmacht (§ 54 HGB) gleichgesetzt¹⁰. Die Begriffe werden also ungenau synonym verwendet.

⁴ BGHZ 36, 292; BGH NJW 1977, 199, s. u. § 3 B. II. 2. a) aa) (1).

⁵ S. hierzu im Einzelnen u. § 3 B. II.

⁶ Beispielsweise von *Brüggemann*, JA 1977, 501, 502.

⁷ Diese Ansicht wird z. B. vertreten von *Joussen*, WM 1994, 273, 274; *Baumbach/Hopt* Überbl v § 48 Rn 2; *Ensthaler-Nickel*, HGB, vor §§ 48-58 Rn 29; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, GmbHG, vor § 48 Rn 7 u. § 54 Rn 16; *Röhrich/v.Westphalen-Wagner*, HGB, § 54 Rn 19; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 9.

⁸ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 143, 157; *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 21; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 232.

⁹ *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635 ff., MünchKomm(HBG)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 81, bei hierarchischer Eingliederung soll eine Generalhandlungsvollmacht, bei selbstständiger Tätigkeit eine bürgerlichrechtliche Generalvollmacht vorliegen, s. u. § 3 C. II. 4. a) aa).

¹⁰ Unklar etwa *Tietz*, Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis, S. 104.

Die bestehenden Unsicherheiten über Inhalt, Umfang und Rechtsnatur der Generalvollmacht bilden den Anlass für diese Bearbeitung. Es soll zunächst untersucht werden, ob es überzeugende Gründe gegen die Zulässigkeit der Generalvollmacht gibt. Im Vordergrund steht dabei die Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein *numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten existiert, der es ausschließt, dass die Generalvollmacht im kaufmännischen Verkehr Anwendung finden kann. Im Gesellschaftsrecht ist insbesondere umstritten, ob eine Generalvollmacht bei der GmbH zulässig ist. An die Behandlung dieser Streitfrage schließt sich die Untersuchung an, welche Voraussetzungen im Einzelnen für eine wirksame Generalvollmacht vorliegen müssen. Dabei ist die Generalvollmacht von den beiden gesetzlich geregelten handelsrechtlichen Vollmachten Prokura und Handlungsvollmacht abzugrenzen. Gesondert geprüft wird dabei, ob und wie die Generalvollmacht in das Handelsregister eingetragen werden kann. Schließlich soll die rechtspolitische Frage untersucht werden, ob die Schaffung einer gesetzlichen Regelung für die Generalvollmacht sinnvoll ist.

B. Praxisrelevanz

Die Generalvollmacht wird vorwiegend bei großen Unternehmen eingesetzt, aber auch bei mittelständischen und seltener bei kleinen Unternehmen und Einzelkaufleuten. Für den Einsatz von Generalbevollmächtigten, deren Stellung in den einzelnen Unternehmen sehr unterschiedlich sein kann, gibt es verschiedene Beweggründe. Durch eine Bevollmächtigung wollen der Kaufmann bzw. die Unternehmensleitung grundsätzlich die Handlungsmöglichkeiten ihres Unternehmens erweitern und damit auch dessen Leistungsfähigkeit sichern. Mit einer Generalbevollmächtigung verfolgt die Unternehmensleitung nicht nur organisatorische, sondern oft auch unternehmenspolitische Ziele.

In einigen Fällen besteht keine Möglichkeit mehr, neben den vorhandenen Leitungsorganen einen weiteren Vertreter mit organschaftlichen Befugnissen einzusetzen, wenn z.B. die Anzahl der Geschäftsführer oder der Vorstandsmitglieder beschränkt ist und diese Positionen bereits alle besetzt sind. Der Generalbevollmächtigte soll dann ersatzweise mit umfassenden rechtsgeschäftlichen

Befugnissen ausgestattet werden. Es sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen der zu Bevollmächtigende gar nicht organschaftlicher Vertreter - also beispielsweise bei einer GmbH Geschäftsführer - werden soll oder will, um die aus dieser Position resultierende Haftung (§§ 43 Abs. 2, 57 Abs. 4, 64 Abs. 2 GmbHG) zu vermeiden.

In größeren Unternehmen wird die Erteilung einer Generalvollmacht zumeist dazu eingesetzt, einen bestimmten Mitarbeiter besonders herauszustellen und ihn insbesondere gegenüber den Prokuristen abzuheben. Regelmäßig gibt es in solchen Unternehmen eine größere Anzahl an Prokuristen und nur sehr wenige Generalbevollmächtigte. Die Unternehmensleitung möchte dem Generalbevollmächtigten eine herausragende Stellung einräumen, die zwischen den Prokuristen und der Geschäftsführer- oder Vorstandsebene angesiedelt ist¹¹. Der Generalbevollmächtigte kann dann *de facto* eine Position direkt unter den Leitungsorganen innehaben. Der Generalbevollmächtigte wird auch nach der Anschauung der einzelnen Beteiligten im Wirtschaftsverkehr eher der Unternehmensleitung als den Prokuristen zugeordnet¹². Er kann jedoch auch faktisch die gleichen Befugnisse wie ein Prokurist haben. In der Praxis wird durch die Bestellung von Generalbevollmächtigten oft eine zusätzliche Hierarchieebene in den Unternehmen eingeführt¹³. Bei der rechtlichen Beurteilung dieses auch in der Praxis nicht eindeutig festgelegten Tätigkeitsbereichs ergeben sich auf Grund fehlender gesetzlicher Regelung viele Streitfragen.

In neuerer Zeit kann in größeren Unternehmen im Bankenbereich vereinzelt eine Abkehr von der Einrichtung des Generalbevollmächtigten beobachtet werden. Dabei ist jedoch nicht beabsichtigt, den mit einer Generalvollmacht verbundenen Einsatz- und Aufgabenbereich und die entsprechende Hierarchieposition ersatzlos wegfällen zu lassen. Es werden vielmehr im Rahmen von internen Umstrukturierungen andere Tätigkeitsfelder aufgebaut und dabei neue Titel verwendet, wie z.B. der „Bereichsvorstand“¹⁴. Außerhalb des Bankenbe-

¹¹ Vgl. *Spitzbarth/Preuß*, Vollmachten, S. 108; *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 2; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 233; *Joussen*, WM 1994, 273, 275.

¹² Vgl. *Hoffmann/Liebs*, GmbH-Geschäftsführer, Rn. 314

¹³ *Joussen*, WM 1994, 273, 275; *Stüsser*, Anfechtung der Vollmacht, S. 236; *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 636.

¹⁴ Inwieweit eine solche Bezeichnung geeignet ist, eine eindeutige Zuordnung der Vertretungsbefugnisse vorzunehmen, mag dahingestellt bleiben.

reichs und insbesondere bei mittelständischen Unternehmen ist diese Tendenz nicht erkennbar.

Im Laufe des letzten Jahrhunderts, seitdem Generalvollmachten die Gerichte beschäftigen, hat ihre Bedeutung in der Praxis weiter zugenommen, ungeachtet der über ihren Inhalt und Umfang bestehenden Unsicherheiten. Die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 1977 zur Unzulässigkeit der Generalvollmacht bei der GmbH hat nicht dazu geführt, dass sie nicht mehr weiterhin von Gesellschaften verwendet würde. Andererseits hat auch die ausdrückliche gesetzliche Erwähnung von Generalbevollmächtigten neben Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten in den straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorschriften §§ 29, 30 OWiG, § 75 StGB im Jahre 1994 nicht dazu geführt, dass die Generalvollmacht nunmehr grundsätzlich als zulässig angesehen würde.

Bei Erteilung einer Generalvollmacht werden teilweise recht unterschiedliche Formulierungen benutzt, es gibt keine einheitliche Wortwahl und oft wird auch der Begriff Generalvollmacht gar nicht verwendet. In der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1977 ging es z.B. um die Bevollmächtigung, „die GmbH allein zu vertreten und für die Gesellschaft in unbeschränkter Höhe bei Geschäften gleich welcher Art, insbesondere bei banküblichen Geschäften, tätig zu werden“¹⁵. In einer anderen Entscheidung sollte sich die Vollmacht „ohne jede Ausnahme auf alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen erstrecken, die von der GmbH und ihr gegenüber vorgenommen werden können, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist“¹⁶. Daneben gibt es Vollmachten, die explizit verschiedene einzelne Geschäftsbereiche hervorheben¹⁷. Die Formulierungen allein geben allerdings noch keinen Aufschluss darüber, ob die Generalvollmacht letztlich als wirksam anzusehen ist oder nicht.

¹⁵ BGH NJW 1977, 199.

¹⁶ BGH WM 1975, 790, 791.

¹⁷ OLG Hamm OLG Report 1997, 338.

§ 2 Analyse der Gesetzesvorschriften

A. Einzelvorschriften

Die Generalvollmacht ist eine rechtsgeschäftliche Vollmachtsform, die ihren Ursprung in den Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB hat. Dort ist sie jedoch nicht ausdrücklich definiert, sondern stellt eine Ausprägung der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 BGB) dar. Die Generalvollmacht bzw. der Generalbevollmächtigte werden ausdrücklich in verschiedenen, zum Teil bereits außer Kraft getretenen Gesetzesvorschriften erwähnt.

I. ZPO und Aktiengesetz

In § 173 ZPO, dessen Textfassung noch bis 30. Juni 2002 gültig ist, wird der Generalbevollmächtigte als Zustellungsbevollmächtigter neben dem Prokuristen aufgeführt¹⁸. Der neue § 171 ZPO, der die Zustellung an Bevollmächtigte ab dem 1. Juli 2002 regelt, werden Generalbevollmächtigter und Prokurist nicht mehr ausdrücklich genannt, es wird nur auf rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter abgestellt¹⁹.

Die Erwähnung des Generalbevollmächtigten neben dem Prokuristen in § 173 ZPO deutet darauf hin, dass mit der Generalvollmacht eine umfassende Bevollmächtigung gemeint ist²⁰. Als Generalbevollmächtigter wird angesehen, wer zur Verwaltung aller oder eines größeren oder selbstständigen Komplexes von Vermögensangelegenheiten berufen ist²¹. Das Reichsgericht führte hierzu näher aus, dass es nicht erforderlich sei, dass die Vollmacht schlechthin alle Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers umfassen müsse²². Nach dem Sprachgebrauch im Rechtsleben werde der Ausdruck "Generalvollmacht" allgemein auch dann angewendet, wenn sich die Vollmacht nur auf einen bestimmten, durch objektive Merkmale begrenzten größeren Kreis von Vermö-

¹⁸ § 173 ZPO (Fassung v. 12.09.1950, BGBl S. 533): Die Zustellung erfolgt an den *Generalbevollmächtigten* sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung wie an die Partei selbst.

¹⁹ § 171 ZPO n.F. (Fassung v. 25.06.2001, BGBl. I 1206): An den rechtsgeschäftlichen Vertreter kann mit gleicher Wirkung wie an den Vertretenen zugestellt werden. Der Vertreter hat eine schriftliche Vollmacht vorzulegen.

²⁰ Spitzbarth/Preuß, Vollmachten, S. 107.

²¹ Vgl. RGZ 67, 22, 24; 69, 298, 301 f.; Stein-Jonas-Roth, ZPO, § 173 Rn 3.

²² RGZ 67, 22; 69, 298.

gensangelegenheiten des Vollmachtgebers bezieht. Es liege daher kein Grund vor, den Ausdruck "Generalbevollmächtigter" in § 173 ZPO in einem anderen, engeren Sinne zu verstehen. § 173 ZPO beruhe auf dem Gedanken, dass Generalbevollmächtigter und Prokurist nach dem Umfang ihrer Vollmacht befugt sind, den Vollmachtgeber insbesondere auch vor Gericht zu vertreten, dabei gehe es aber nur um die Vertretungsbefugnis für eine einzelne Prozesshandlung und nicht für die Prozessführung im ganzen. Der Generalbevollmächtigte und der Prokurist würden dem gesetzlichen Vertreter nur insoweit gleichgestellt, als sie jedem Dritten gegenüber kraft Gesetzes als Vertreter der Partei für die Zustellung der Klage gelten²³.

Aus § 173 ZPO kann allerdings weder der Inhalt noch der genaue Umfang einer Generalvollmacht entnommen werden. Ebenso wenig ist der Vorschrift zu entnehmen, ob darunter auch ein Generalbevollmächtigter fällt, der für einen Kaufmann oder ein Unternehmen tätig ist. Diese zivilprozessuale Norm findet erst dann Anwendung, wenn die Generalvollmacht nach materiellem Recht zulässig ist²⁴. Anders als der Prokurist, der Zustellungsbevollmächtigter ist, *weil* er nach dem materiellen Recht zur Vertretung des Kaufmanns legitimiert ist, kann die Zustellung an den Generalbevollmächtigten erfolgen, *wenn* er nach Maßgabe der ihm erteilten Vollmacht als zur Vertretung des Vollmachtgebers legitimiert anzusehen ist²⁵. Ist jemand materiellrechtlich Generalbevollmächtigter, so ist er auch Zustellungsbevollmächtigter. Entscheidend ist daher, ob eine Generalvollmacht im handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich zulässig ist. Wie die Generalvollmacht zum Zeitpunkt des Entstehens der Norm aufgefasst wurde, d. h. mit welchem genauen Inhalt und Umfang, lässt sich aus der Gesetzesgeschichte nicht eindeutig klären. Der Begriff der Generalvollmacht war gesetzlich nicht geregelt und sollte auch durch § 173 ZPO (§ 159 ZPO a.F.) nicht materiellrechtlich bestimmt werden; Generalbevollmächtigter und Prokurist wurden in Abgrenzung und wegen ihrer Ähnlichkeit zu den

²³ RGZ 69, 298.

²⁴ *Pfizer*, Gruchot's Beiträge 27, 216, 222. Stein-Jonas-Roth, ZPO, § 173 Rn 4 nennt als Beispiel bei nicht-vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Generalvollmacht in urheberrechtlichen Angelegenheiten, bei der § 173 ZPO Anwendung findet.

²⁵ *Pfizer*, Gruchot's Beiträge 27, 216, 222.

gesetzlichen Vertretern als Zustellungsbevollmächtigte aufgeführt²⁶. Ebenso wenig lässt sich belegen, ob der Generalbevollmächtigte zum damaligen Zeitpunkt ausschließlich als bürgerlichrechtlich Bevollmächtigter oder als Generalhandlungsbevollmächtigter verstanden wurde²⁷. Es gab schon zu der Zeit, als die ZPO geschaffen wurde, nämlich im Jahr 1877, Generalbevollmächtigte, die im kaufmännischen Bereich tätig waren und nicht als Generalhandlungsbevollmächtigte angesehen wurden²⁸.

Die Generalvollmacht wurde auch in § 80 Abs. 1 Satz 2 des Aktiengesetzes von 1937 erwähnt²⁹. In dem 1965 neugefassten § 89 Abs. 2 Satz 1 AktG wird die Generalvollmacht dagegen nicht mehr genannt³⁰. Bei der Neufassung wurde nur noch der zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigte Handlungsbevollmächtigte erwähnt³¹. Daraus könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, bereits in der alten Fassung der betreffenden Bestimmung sei der Generalhandlungsbevollmächtigte gemeint gewesen, mithin die neue Fassung lediglich eine Klarstellung enthalte³². Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend. Aus den Gesetzesmaterialien zum Aktiengesetz von 1965 ergibt sich, dass durch die Neufassung des § 89 Abs. 2 AktG keine inhaltliche Änderung hinsichtlich der genannten Personen erfolgen sollte³³. Im Aktiengesetz von 1937 wurde bei der Definition der leitenden Angestellten entweder Prokura oder Generalvollmacht

²⁶ Vgl. *Pfizer*, Gruchot`s Beiträge 27, 216, 217 f., 222 f.

²⁷ Diese Auffassung vertritt *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 653.

²⁸ Dies ergibt sich aus den Entscheidungen RGZ 52, 96; KG JFG 3, 272; KG DNotZ 1925, 242.

²⁹ § 80 AktG a.F. (RGBI I 1937, 107):

(1) Vorstandsmitgliedern und leitenden Angestellten der Gesellschaft darf Kredit nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrats gewährt werden. Leitende Angestellte sind die Geschäftsführer und Betriebsleiter, die zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung der übrigen im Betriebe oder in der Betriebsabteilung Beschäftigten berechtigt sind oder denen Prokura oder *Generalvollmacht* erteilt ist. ...

³⁰ § 89 AktG (BGBl I 1965, 1089, zuletzt geänd. durch G. v. 2 7.07.2001, BGBl I, 1887):

(2) Die Gesellschaft darf ihren Prokuristen und zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigten Handlungsbevollmächtigten Kredit nur mit Einwilligung des Aufsichtsrats gewähren. ...

³¹ Ebenso in der Regelung der Organkrediten in § 15 KWG; beibehalten auch bei der geplanten Neuregelung des § 15 Nr. 12 (Entwurf des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, BT-Drucks. 14/6017 v. 18.01.2002): Kredite an persönlich haftende Gesellschafter, Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsorgans, Prokuristen oder an zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigten Handlungsbevollmächtigten eines von dem Institut abhängigen Unternehmens oder das Institut beherrschenden Unternehmens sowie ihre Ehegatten, Lebenspartner und minderjährigen Kinder dürfen nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter des Instituts und nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsorgans gewährt werden.

³² So *Leiner*, Generalvollmacht, S. 14.

³³ *Kropff*, Aktiengesetz, § 89 Begründung RegE.

vorausgesetzt. Dabei wurde in der Kommentarliteratur die Generalvollmacht im Anschluss an ein Urteil des Kammergerichts aus dem Jahr 1925 durchaus als eigenständige, weitreichende Vollmacht angesehen und von den anderen beiden rechtsgeschäftlichen Vollmachten Prokura und Generalhandlungsvollmacht unterschieden³⁴.

Dies deutet darauf hin, dass man bei der Änderung des AktG nicht exakt zwischen Generalvollmacht und Generalhandlungsvollmacht unterschied, sondern darunter eher das gleiche verstand und es vor allem keine einheitliche Terminologie gab. Jedenfalls gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Änderung die Auffassung zu Grunde gelegen haben könnte, eine Generalvollmacht sei im handelsrechtlichen Bereich unzulässig, weshalb sie gestrichen werden müsse.

II. Arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften

Die Generalvollmacht wurde und wird in verschiedenen arbeits- und sozialrechtlichen Gesetzen und Verordnungen erwähnt. In § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG ist bestimmt, dass leitender Angestellter ist, wer Generalvollmacht oder Prokura hat, wobei die Prokura nicht unbedeutend sein darf³⁵. Nach § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG können neben Geschäftsführern und Betriebsleitern auch Personen, denen Prokura oder Generalvollmacht erteilt wurde, zu ehrenamtlichen Richtern bestellt werden³⁶. Aus § 16 Abs. 4 Nr. 4 SGG ergibt sich, dass ehrenamtli-

³⁴ *Godin/Wilhelmi*, Aktiengesetz, § 80 Anm. 4, § 71 Anm. 1.

³⁵ § 5 BetrVG (BGBl I 1972, 13, neugefasst durch Bek. v. 25.09.2001, BGBl. I, 2518):

(3) Dieses Gesetz findet, soweit in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, keine Anwendung auf leitende Angestellte. Leitender Angestellter ist, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb

1. zur selbstständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist oder
2. *Generalvollmacht* oder Prokura hat und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist oder
3. regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst; dies kann auch bei Vorgaben insbesondere auf Grund von Rechtsvorschriften, Plänen oder Richtlinien sowie bei Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten gegeben sein. ...

³⁶ § 22 ArbGG (BGBl I 1953, 1267, neugefasst durch Bek. v. 2.07.1979, BGBl I, 2785, zuletzt geändert d. V. v. 29.10.2001, BGBl I, 2785):

(1) Ehrenamtlicher Richter aus Kreisen der Arbeitgeber kann auch sein, wer vorübergehend oder regelmäßig zu gewissen Zeiten des Jahres keine Arbeitnehmer beschäftigt.

che Richter aus den Kreisen der Arbeitgeber Personen sein können, denen Prokura oder Generalvollmacht erteilt ist sowie leitende Angestellte³⁷. Diese Personen können nach § 2 der 2. Durchführungsverordnung zum Gesetz über Arbeitnehmererfindungen (ArbnErfGDV) auch Beisitzer aus Kreisen der Arbeitgeber bei Schiedsstellen sein, die bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entscheiden³⁸. Als leitende Angestellte werden die Generalvollmächtigten neben den Prokuristen auch in § 1 der Verordnung über die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Mitteilungen an die für die Gewerbeaufsicht zuständigen Länderbehörden (ArbGMiVerpflV)³⁹ angesehen sowie in § 17 der Verordnung zur Durchführung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes (WGGDV)⁴⁰. Nach § 9 Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (ArGV) bedürfen leitende Angestellte mit Ge-

-
- (2) Zu ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitgeber können auch berufen werden
1. bei Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung, oder Gesellschaftsvertrag allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen oder der Personengesamtheit berufen sind;
 2. Geschäftsführer, Betriebsleiter oder Personalleiter, soweit sie zur Einstellung von Arbeitnehmern in den Betrieb berechtigt sind, oder Personen, denen Prokura oder *Generalvollmacht* erteilt ist; ...

³⁷ § 16 SGG (BGBl I 1953, 1239, neugefasst durch Bek. v. 23.09.1975, BGBl I, 2535, zuletzt geänd. d. G. v. 17.08.2001, BGBl I, 2144):

- (4) Ehrenamtliche Richter aus Kreisen der Arbeitgeber können sein 1. - 3. ... 4. Personen, denen Prokura oder *Generalvollmacht* erteilt ist sowie leitende Angestellte; ...

³⁸ § 2 ArbnErfGDV (BGBl 1968 I, 994):

- (2) Zu Beisitzern aus Kreisen der Arbeitgeber können auch bestellt werden
1. bei Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrages allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder Personengesamtheit berufen sind;
 2. leitende Angestellte, wenn sie zur selbstständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind oder wenn ihnen *Generalvollmacht* oder Prokura erteilt ist oder wenn sie Aufgaben wahrnehmen, die regelmäßig wegen ihrer Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs nur auf Grund besonderen persönlichen Vertrauens des Arbeitgebers bestimmten Personen im Hinblick auf deren besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden; ...

³⁹ § 1 ArbGMiVerpflV (BGBl I 1968, 981):

- (2) In die Zahl der mitzuteilenden Arbeitnehmer nach Absatz 1 Nr. 5 sind die Lehrlinge und Anlernlinge einzubeziehen. Nicht einzubeziehen sind

1. bei einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist,
2. die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder die Mitglieder einer anderen Personengesamtheit,
3. die leitenden Angestellten, wenn ihnen *Generalvollmacht* oder Prokura erteilt ist.

⁴⁰ § 17 WGGDV (RGBl 1940, 438, aufgehoben durch G. v. 25.07.1988 m. W. v. 1.01.1990): Leitende Angestellte sind solche, die zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung der übrigen im Betriebe oder in ihrer Betriebsabteilung Beschäftigten berechtigt sind oder denen Prokura oder *Generalvollmacht* erteilt ist.

neralvollmacht oder Prokura keiner Arbeitserlaubnis⁴¹. Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 ArbZO galt die Arbeitszeitordnung nicht für Generalbevollmächtigte⁴².

III. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Vorschriften

Einige der neueren Vorschriften, in denen der Generalbevollmächtigte ausdrücklich erwähnt wird, befinden sich im OWiG und StGB. In §§ 29 Abs. 1 Nr. 4 und 30 Abs. 1 Nr. 3 OWiG geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen einer juristischen Person oder Personenvereinigung das Handeln ihrer Vertreter zugerechnet werden kann⁴³. In beiden Vorschriften sind zunächst das Organ einer juristischen Person und seine Mitglieder, sowie der Vorstand eines

⁴¹ § 9 ArGV (BGBl I 1998, 2899):

Keiner Arbeitserlaubnis bedürfen

1. die in § 5 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Januar 1972 (BGBl. I S. 13) aufgeführten Personen sowie leitende Angestellte, denen *Generalvollmacht* oder Prokura erteilt ist; ...

⁴² § 1 ArbZO (RGBl I 1938, 447, aufgehoben durch G. v. 6.06.1994, BGBl I, 1170 m. W. v. 1.07.1994):

(2) Die Arbeitszeitordnung gilt nicht für

1. *Generalbevollmächtigte* und die im Handelsregister oder Genossenschaftsregister eingetragenen Vertreter eines Unternehmens,
2. sonstige Angestellte in leitender Stellung, die ...

⁴³ § 29 OWiG (BGBl I 1968, 481, neugefasst durch Bek. v. 19.02.1987, BGBl I 602, zuletzt geändert durch G. v. 19.04.2001, BGBl I 623):

(1) Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft oder
4. als *Generalbevollmächtigter* oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannte Personenvereinigung

eine Handlung vorgenommen, die ihm gegenüber unter den übrigen Voraussetzungen der §§ 22 bis 25 und 28 die Einziehung eines Gegenstandes oder des Wertersatzes zulassen oder den Ausschluss der Entschädigung begründen würde, so wird seine Handlung bei Anwendung dieser Vorschriften dem Vertretenen zugerechnet. (2) § 9 Abs. 3 gilt entsprechend.

§ 9 (3): Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist.

§ 30 OWiG:

(1) Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft oder
4. als *Generalbevollmächtigter* oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden. ...

nicht rechtsfähigen Vereins und seine Mitglieder genannt. Es folgen die vertretungsberechtigten Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft und schließlich die rechtsgeschäftlichen Vertreter. Der Generalbevollmächtigte wird neben den in leitender Stellung wirkenden Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten genannt. Die Vorschrift des § 75 Nr. 4 StGB ist in gleicher Weise aufgebaut⁴⁴.

B. Gesamtbeurteilung

Eine Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Entwicklung zeigt, dass der Gesetzgeber den tatsächlichen Gegebenheiten des Rechtsverkehrs Rechnung getragen hat und deshalb berücksichtigt, dass die Generalvollmacht auch im kaufmännischen Bereich als Vertretungsform verwendet wird. Die Generalvollmacht wird in verschiedenen Vorschriften ausdrücklich neben den handelsrechtlichen und gesondert geregelten Vollmachten Prokura und Handlungsvollmacht (§§ 48 ff., 54 HGB) erwähnt. Damit hat der Gesetzgeber die Generalvollmacht grundsätzlich als eigenständige Vertretungsform neben Prokura und Handlungsvollmacht anerkannt⁴⁵.

Dieser Schluss folgt vor allem aus der Auslegung der jüngeren Vorschriften des OWiG und des StGB. Die Generalvollmacht wird dort im Zusammenhang mit den anderen beiden handelsrechtlichen Vollmachten und sonstigen gesellschaftsrechtlichen Vertretungsformen genannt. Die Aufzählung in den §§ 29 Abs. 1 und 30 Abs. 1 OWiG und § 75 StGB entspricht der Bedeutung des Or-

⁴⁴ § 75 StGB (RGBl 1871, 127, neugefasst durch Bek. v. 13.11.1998, BGBl I 3322, zuletzt geändert durch G. v. 19.06.2001, BGBl I 1142):

Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft oder
4. als *Generalbevollmächtigter* oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung eine Handlung vorgenommen, die ihm gegenüber unter den übrigen Voraussetzungen der §§ 74 bis 74c und 74f die Einziehung eines Gegenstandes oder des Wertersatzes zulassen oder den Ausschluss der Entschädigung begründen würde, so wird seine Anwendung bei Anwendung dieser Vorschriften dem Vertretenen zugerechnet. § 14 Abs. 3 gilt entsprechend.

⁴⁵ Ähnlich Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, GmbHG, § 54 Rn 16 und Spitzbarth, Vollmachten, S. 141, 143, für den sich die kaufmännische Generalvollmacht im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt hat.

gans bzw. der jeweiligen natürlichen Personen innerhalb der juristischen Person oder Personenvereinigung. Diese Bedeutung bemisst sich insbesondere nach den Möglichkeiten der jeweiligen Personen, in einem bestimmten Umfang für ihre Gesellschaft handeln und sie vertreten zu können⁴⁶. Diese Aufzählung nach der Bedeutung spiegelt sich auch innerhalb der zuletzt genannten Gruppe der rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten wider. Dort wird zunächst der Generalbevollmächtigte aufgeführt. Ihm folgen Prokurist und Handlungsbevollmächtigter, allerdings nur insoweit, als sie eine leitende Stellung innehaben. Auffällig ist, dass die Tätigkeit als Prokurist, der nach den §§ 49, 50 HGB mit umfassender Vertretungsbefugnis ausgestattet ist, als solche für eine Zurechnung noch nicht ausreicht. Hinzukommen muss die leitende Stellung, also eine auch tatsächlich bedeutsame Tätigkeit des Prokuristen, um bei einem pflichtwidrigen Handeln des Prokuristen direkt gegen die Gesellschaft vorgehen zu können. Die gleiche Einschränkung besteht für den Handlungsbevollmächtigten⁴⁷. Bei dem Generalbevollmächtigten gibt es kein solches zusätzliches Erfordernis. Es wird gewissermaßen als selbstverständlich vorausgesetzt, dass ein Generalbevollmächtigter in leitender Stellung tätig ist⁴⁸. Die Vorschriften des OWiG und des StGB belegen somit, dass der Gesetzgeber den Generalbevollmächtigten als rechtsgeschäftlichen Vertreter ansieht, der zu einem umfassenden, einflussreichen Handeln für eine Gesellschaft berechtigt ist und der per se weiter reichende Befugnisse als ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter innehat.

Auch in den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wird die Generalvollmacht mit einer nicht unbedeutenden Prokura gleichgestellt. Bei der Definition des leitenden Angestellten i.S.d. BetrVG darf die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend sein, während die Generalvollmacht als solche ausreicht. Auch hier muss also die Prokura anders als die Generalvollmacht noch ein besonderes Erfordernis erfüllen. In diversen Vorschriften wer-

⁴⁶ Dies entspricht dem Gesetzeszweck des § 30 OWiG, wo es darum geht, bei strafbarem oder ordnungswidrigem Handeln der Organe oder der sonstigen Vertreter eine Geldbuße auch gegen die juristische Person oder Personenvereinigung festsetzen zu können. Auch bei §§ 29 OWiG, 75 StGB soll eine Handlung der vertretungsberechtigten Organe oder Personen dem Vertretenen zugerechnet werden.

⁴⁷ Der Gesetzgeber geht also grundsätzlich davon aus, dass auch ein Handlungsbevollmächtigter in entsprechend hoher, d.h. leitender Stellung tätig sein kann.

⁴⁸ Ebenso Boujong-Rogall, OWiG, § 30 Rn. 66.

den Prokura und Generalvollmacht parallel genannt⁴⁹. Die Handlungsvollmacht spielt dagegen in den arbeitsrechtlichen Vorschriften keine Rolle.

Insgesamt hat der Gesetzgeber also die Generalvollmacht zwar grundsätzlich als eigenständige Vollmacht neben Prokura und Handlungsvollmacht anerkannt, die angeführten Vorschriften sagen jedoch weder etwas über die Zulässigkeit im Einzelnen noch über den genauen Inhalt und den Umfang aus. Auch aus den jeweiligen Gesetzesmaterialien ergeben sich keine weiteren Aufschlüsse über die Generalvollmacht. Die Gruppe der rechtsgeschäftlichen Vertreter wurde durch das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (2.UKG) in die §§ 29 Abs. 1, 30 Abs. 1 OWiG, 75 Abs. 1 StGB einbezogen. Anlass hierfür war, dass die alte Regelung den Unternehmen Umgehungsmöglichkeiten bot durch Verlagerung von Leitungsfunktionen auf Personen, die nicht die formalen Positionen innehatten, auf die bisher gesetzlich abgestellt wurde⁵⁰. Diskutiert wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens auch die Ausdehnung auf jedwede natürliche Personen in leitender Stellung, was sich aber im Interesse einer klaren Abgrenzung letztlich nicht durchsetzte⁵¹.

§ 3 Zulässigkeit, Voraussetzungen und Umfang der Generalvollmacht

A. Begriff

Der Begriff der Generalvollmacht ist gesetzlich nicht definiert. Ihren Ursprung hat die Generalvollmacht im allgemeinen Zivilrecht und zwar in den §§ 164 ff. BGB. Unter Generalvollmacht wird allgemein eine Vollmacht verstanden, durch die der Vollmachtgeber eine umfassende Vertretungsmacht in allen Angelegenheiten einräumt, in denen eine Vertretung zulässig ist⁵².

⁴⁹ Z. B. §§ 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG, 16 Abs. 4 Nr. 4 SGG.

⁵⁰ BT-Drs. 12/192, S. 32. s. auch Boujong-Mitsch, OWiG, § 29 Rn. 17.

⁵¹ BT-Drs. 12/192, S. 32, 43; BT-Drs. 12/7300, S. 27; ausführlich hierzu auch *Schwinge*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 73 ff.

⁵² Vgl. MünchKomm(BGB)-*Schramm* § 167 Rn 68; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 167 Rn 7; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 47 Rn 47. Im Einzelnen werden leicht unterschiedliche Formulierungen verwendet.

Begrifflich lässt sich die Generalvollmacht von einer Spezialvollmacht unterscheiden⁵³. Eine Generalvollmacht berechtigt grundsätzlich zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, während eine Spezialvollmacht nur zu bestimmten Rechtsgeschäften berechtigt. Ermächtigt die Generalvollmacht zu allen Rechtsgeschäften einer bestimmten Art, bezeichnet man sie auch als Gattungsvollmacht⁵⁴.

Die Bezeichnung einer Vertretungsmacht als Generalvollmacht besagt für sich genommen noch nicht, dass die Vollmacht stets einen unbeschränkten Umfang haben muss⁵⁵. Der genaue Umfang einer Generalvollmacht ist durch Auslegung der bevollmächtigenden Erklärung zu ermitteln⁵⁶. Je nachdem, in welchem Bereich die Generalvollmacht verwendet wird, gibt es bestimmte inhaltliche Beschränkungen, was die Art der zulässigen Rechtshandlungen angeht. So sind die höchstpersönlichen Geschäfte des Familien- und Erbrechts, wie etwa die Eheschließung (§ 1311 Satz 1 BGB) oder die Testamentserrichtung (§ 2064 BGB) von vornherein ausgenommen.

Wird die Generalvollmacht im handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich verwendet, ergeben sich, was die Begriffsbestimmung angeht, zunächst keine Besonderheiten. Auch hier gibt es jedoch spezifische inhaltliche Beschränkungen. So darf ein Generalbevollmächtigter z.B. keine organschaftlichen Befugnisse wahrnehmen⁵⁷.

B. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit bzw. Wirksamkeit einer Generalvollmacht, die in kaufmännischen Unternehmen verwendet wird, beschäftigt Rechtsprechung und Literatur schon seit mehreren Jahrzehnten⁵⁸. Insbesondere die Frage, ob eine GmbH durch einen Generalbevollmächtigten vertreten werden kann, wurde in der Li-

⁵³ Zur Unterscheidung zwischen Generalvollmacht und Spezialvollmacht vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 47 Rn 46, § 46 Rn 64.

⁵⁴ *Staudinger-Schilken* § 167 Rn 83.

⁵⁵ Vgl. *MünchKomm(BGB)-Schramm* § 167 Rn 68.

⁵⁶ Zur Bestimmung des Umfangs im Einzelnen s. u. § 3 D.

⁵⁷ Hierzu später u. § 3 B. II.

⁵⁸ Es wird in Rechtsprechung und Literatur nicht strikt zwischen Zulässigkeit und Wirksamkeit unterschieden. Im Folgenden werden die Argumente, die gegen eine grundsätzliche Verwendung der Generalvollmacht im handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich vorgebracht werden, bei der Zulässigkeit behandelt.

teratur bereits in den 40er Jahren des 20. Jahrhunderts diskutiert⁵⁹. Bis heute gibt es unterschiedliche Auffassungen darüber, wie Inhalt und Umfang der Generalvollmacht zu bestimmen sind.

I. Zulässigkeit der Generalvollmacht im Handelsrecht

1. *Numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten

Die Zulässigkeit einer Generalvollmacht im Handelsrecht wäre bereits allgemein zu verneinen, wenn man von der Existenz eines *numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten ausgehen müsste. Nach Auffassung einiger Autoren existiert ein solcher *numerus clausus*. Hiernach seien im Handelsrecht ausschließlich die gesetzlich geregelten Vollmachten Prokura (§§ 49 f. HGB) und Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) zulässig⁶⁰. Unter Hinweis auf ein Enumerationsprinzip vertreten diese Autoren die Auffassung, dass es eine handelsrechtliche Generalvollmacht nicht geben könne⁶¹.

a) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung findet sich kein Urteil, in dem ausdrücklich oder sinngemäß mit einem *numerus clausus* argumentiert wird. Seit Beginn des 20. Jahrhunderts gibt es Urteile, in denen die Generalvollmacht bei den verschiedensten Unternehmensformen eine Rolle spielt und in denen erörtert wird, ob und inwieweit ein Generalbevollmächtigter tätig werden darf⁶². Dabei hat aber, soweit ersichtlich, kein Gericht bislang ausgesprochen, eine Generalvollmacht sei im Handelsrecht generell unzulässig. Der BGH hat vielmehr sogar einmal

⁵⁹ Die älteste Monographie zur Generalvollmacht ist von *Bauer-Mengelberg* und erschien 1932. Sie behandelte aber nicht die Problematik, ob und inwieweit eine Generalvollmacht neben den handelsrechtlichen Vollmachten zulässig ist.

⁶⁰ *Brüggemann*, JA 1979, 500, 502; *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 652 ff.; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 83 ff.

⁶¹ So insbesondere *Brüggemann*, JA 1979, 500, 502; sowie *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 652 ff.; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 83 ff. für hierarchisch in ein Unternehmen eingegliederte Personen.

⁶² RGZ 52, 96; KGJ 32, A 187; RG JW 1912, 526; RGZ 86, 262; RG JW 1923; KG JFG 3, 272; KG DNotZ 1925, 242; RG HRR 1929, 23; BGHZ 34, 27, BHGZ 36, 292, BGH NJW 1977, 199; BGH WM 1978, 1047, BGH NJW 1989, 164; OLG Hamm MDR 1978, 224; 1979, 848; OLG München NJW-RR 1991, 839; KG Berlin WM 1991, 1649; OLG Naumburg DZWir 1994, 473; LG München MittBayNot 1997, 246; SchIHOLG OLG Report 1997, 388, OLG Düsseldorf NZG 1999, 833.

ausdrücklich ausgeführt, der Inhaber eines Handelsgeschäfts könne über Handlungsvollmacht und Prokura hinaus und neben ihnen beliebige andere Vollmachten erteilen⁶³. Die Generalvollmacht wurde und wird auch nicht gleichsam von selbst als Handlungsvollmacht i.S.d. § 54 HGB aufgefasst⁶⁴. Der Schwerpunkt der Rechtsprechung liegt jedoch bei der "gesellschaftsrechtlichen" Zulässigkeit, d.h. bei der Frage, inwieweit ein Generalbevollmächtigter organschaftliche Befugnisse haben kann⁶⁵.

b) Literatur

aa) Befürworter eines *numerus clausus*

Es gibt einzelne Autoren, die die Unzulässigkeit bzw. Unwirksamkeit der Generalvollmacht vor allem damit begründen, es bestehe ein *numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten⁶⁶. Eine neuere Auffassung differenziert zwischen der Erteilung einer Generalvollmacht an hierarchisch eingegliederte und an unternehmensfremde Personen⁶⁷. Die daraus resultierende unterschiedliche Einordnung der Vollmacht bestimme zwar die inhaltlichen Zulässigkeitsgrenzen, habe allerdings nicht die generelle Unzulässigkeit der Generalvollmacht zur Folge.

Brüggemann vertritt die Ansicht, eine Generalvollmacht sei im Handelsrecht generell unwirksam⁶⁸. Im Rahmen eines Handelsgewerbes sei neben Prokura und umfassender Handlungsvollmacht für eine Generalvollmacht kein Raum und auch kein Bedürfnis. Für *Brüggemann* geht es grundsätzlich um das Verhältnis von bürgerlichrechtlicher Generalvollmacht und handelsrechtlicher Generalhandlungsvollmacht, bzw. um die Frage, "ob der Handelsgesellschaft etwas verwehrt ist, was jeder natürlichen Person gestattet ist, nämlich eine Gene-

⁶³ BGH WM 1969, 43.

⁶⁴ Vgl. z.B. RG HRR 1929, 23 und BGH WM 1975, 790. Zur Umdeutung der Generalvollmacht durch die Rechtsprechung s. u. § 3 B. II. 1. a) bb) (3).

⁶⁵ Hierzu u. § 3 B. II. 1. a) bb).

⁶⁶ *Brüggemann*, JA 1979, 500, 502; und *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 652 ff.; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 83 ff.

⁶⁷ *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 652 ff.; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 83 ff.

⁶⁸ *Brüggemann*, JA 1977, 500. Er kommentiert in seiner Entscheidungsbesprechung von BGH NJW 1977, 199 die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Generalvollmacht und bezieht sich dabei noch auf die Urteile BGH NJW 1961, 506 = BGHZ 34, 27 und NJW 1962, 738 = BGHZ 36, 292.

ralvollmacht zu erteilen”⁶⁹. Die Generalvollmacht bringe Unsicherheit in den Geschäftsverkehr, da nicht nur unklar bleibe, ob nicht eine umfassende Handlungsvollmacht gemeint sei, sondern auch, weil der Umfang der Generalvollmacht nicht in gleichem Maße wie etwa die Prokura standardisiert sei. Die Bevollmächtigungsverhältnisse im Handelsverkehr verlangten nach Typisierung. Der Partner im Geschäftsleben müsse wissen können, was derjenige, der ihm als Bevollmächtigter des Kaufmanns entgegentrete, dürfe und was nicht. Er müsse sich durch Einblick in das Handelsregister davon überzeugen können, ob er es mit einem Prokuristen zu tun habe, womit er dann am umfassendsten gesichert sei. Derjenige, der als Bevollmächtigter und als Nicht-Prokurist auftrete, könne nach Handelsrecht nur Handlungsbevollmächtigter i.S.d. § 54 ff. HGB sein. Auch dessen Vertretungsmacht sei gesetzlich festgelegt. Er werde zwar nicht im Handelsregister eingetragen, aber den Geschäftsfreunden üblicherweise bekannt gemacht, wenn es sich um einen Generalhandlungsbevollmächtigten handle; anderenfalls greife in aller Regel schon der Schutz der Anscheins- und Duldungsvollmacht⁷⁰. Es handle sich um ein Problem der Typenbeschränkung im Handelsrecht. Der Kaufmann könne seinen Status sowie die Vertretungsverhältnisse als ein Ausfluss dieses Status nicht abweichend von den im HGB und dessen Nebengesetzen zur Verfügung gestellten Typen beliebig formen⁷¹. Die von einem Kaufmann im Bereich seines Handelsgewerbes erteilte Vertretungsmacht könne deshalb nur Prokura oder Handlungsvollmacht sein. Die Generalvollmacht sei hingegen eine der Privatsphäre zugeordnete Erscheinung des Rechtslebens. Die Generalvollmacht des Privatmannes sei mehr auf den ”punktuellen” Gebrauch, für erforderlich werdende Fälle, gerichtet. In der Privatsphäre werde nicht ständig rechtsgeschäftlich agiert. Der Kaufmann dagegen werde unausgesetzt rechtsgeschäftlich tätig. Wer, wie die GmbH und allgemein die Handelsgesellschaften, keine Privatsphäre habe, könne als Kaufmann keine ”Generalvollmacht” bestellen, sondern

⁶⁹ Brüggemann, JA 1977, 500.

⁷⁰ Brüggemann, JA 1977, 500, 502.

⁷¹ Brüggemann, JA 1977, 500, 503 nennt als Beispiel den Betrieb eines Vollhandelsgewerbes durch eine Personengesellschaft, bei dem das Führen einer Firma gesetzlich vorgeschrieben sei. Den Gesellschaftern sei es nicht gestattet, ihr firmenführendes Vollhandelsgewerbe etwa in der ”bequemeren”, für den Rechtsverkehr aber weniger durchsichtigen Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufzuziehen. Vergleichbar liege es bei dem Problem mit der Generalvollmacht. Hierzu ist anzumerken, dass nach heutiger Rechtslage nicht mehr auf ein Vollhandelsgewerbe abgestellt werden kann, s. § 1 HGB.

müsse Prokura oder Handlungsvollmacht erteilen oder aber den zu Bevollmächtigenden zum Geschäftsführer in der gesetzlichen Organstellung machen. Ein Drittes könne es nicht geben. Für die Lösung eines konkreten Falles komme es darauf an, ob der Geschäftsführer mit der "Generalvollmacht" in Wahrheit eine Generalhandlungsvollmacht erteilen wollte, was unbedenklich sei. Wollte er dagegen eine Generalvollmacht mit einem darüber noch hinausgehenden "uferlosen" Ermächtigungsumfang erteilen, so wäre diese nichtig⁷².

Ähnlich hatte bereits zuvor *Eder* argumentiert⁷³. Er sah die Generalhandlungsvollmacht bei der GmbH allerdings als eine allgemeine Vollmacht umfassendster Art an. Diese ermächtige auch zu außergewöhnlichen Geschäften und sei sogar der Prokura überlegen. Nur ein Einzelkaufmann könne Generalvollmacht erteilen, da die Generalvollmacht ihre Wurzeln im Persönlichkeitsbereich des Vollmachtgebers habe, während die Generalhandlungsvollmacht eine Erscheinungsform des kaufmännischen Geschäftsbetriebs sei⁷⁴.

Eine neuere Auffassung unterscheidet danach, ob es sich um eine Vollmacht an leitende Angestellte oder an außerhalb des Unternehmens stehende Personen handelt⁷⁵. *Lieb/Krebs* sehen in der Generalvollmacht an selbstständige unternehmensfremde Personen eine BGB-Vollmacht, während die Generalvollmacht an hierarchisch eingegliederte Personen eine qualifizierte Art der Generalhandlungsvollmacht sei. Es stelle ein ungeschriebenes Prinzip handelsrechtlicher Stellvertretung dar, dass die §§ 48 ff. HGB auf organisatorisch eingegliederte Vertreter beschränkt seien. Dieses Prinzip besage, dass die Erteilung einer Vertretungsmacht an eine wirtschaftlich und organisatorisch selbstständige Person nicht von den Vorschriften in §§ 48 ff. HGB, sondern allein von den Regelungen in §§ 164 ff. BGB erfasst sei. Die Rechtfertigung des Prinzips ergebe sich aus der Kontinuität zum ADHGB. Das ADHGB habe klar zwischen Prokura und Handlungsvollmacht einerseits und der allgemeinen Vollmacht im Handelsrecht andererseits getrennt⁷⁶, wobei letztere die Vollmacht an rechtlich und wirtschaftlich selbstständige Personen gemeint habe und nur deshalb nicht

⁷² *Brüggemann*, JA 1977, 500, 503.

⁷³ *Eder*, GmbHR 1962, 225.

⁷⁴ *Eder*, GmbHR 1962, 225, 227.

⁷⁵ *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 648, 651; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 72.

⁷⁶ Art. 42 ff. ADHGB einerseits und Art. 298 ADHGB andererseits.

in das HGB übernommen worden sei, weil im BGB allgemeine Vertretungsregeln bereit gestanden hätten⁷⁷. Aus diesem Prinzip ergebe sich auch die Enumeration der Vollmachten Prokura und Handlungsvollmacht. Die Formulierung in § 54 Abs. 1 HGB "ist jemand ohne Erteilung der Prokura..." deute auf eine strenge Alternativität von Prokura und Handlungsvollmacht hin, die eine dritte Form der Vollmacht nicht zulasse.

Ein *numerus clausus* sei erforderlich, um den von §§ 48 ff. HGB beabsichtigten Verkehrsschutz zu gewährleisten. Denn gäbe es keinen *numerus clausus* der Vollmachten, könnten jederzeit neue Formen erfunden werden. Man könnte sich dann mit diesen neuen Vertretungsformen auch dem Verkehrsschutzkonzept des Gesetzes entziehen. Auch werde der Verkehr dadurch zu unzumutbaren Nachforschungen über die Vollmachtsart gezwungen, wohingegen die Unterscheidung von Prokura und Handlungsvollmacht generell unproblematisch sei⁷⁸.

bb) Kein gesetzlicher Typenzwang

Die Gegenauffassung verneint einen gesetzlichen Typenzwang⁷⁹. Mit den handelsrechtlichen Vollmachten solle den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs Rechnung getragen werden, wonach es dringend erforderlich sei, sich bei erteilten Vollmachten auf einen bestimmten Umfang verlassen zu können. Dieses besondere Bedürfnis bestehe in der Regel nur im Kreise von Kaufleuten, die daher zur Erteilung von derartigen handelsrechtlichen Vollmachten befugt seien. Andererseits müsse es Kaufleuten - unabhängig von erteilten handelsrechtlichen Vollmachten - unbenommen bleiben, allgemeine zivilrechtliche Vollmachten, etwa für den Einzelfall, zu erteilen. Dagegen spreche auch nicht das besondere Bedürfnis des Handelsverkehrs nach Rechtssicherheit. Wenn eine Vollmacht für den Einzelfall nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften grundsätzlich möglich sei, dann müsse dies auch für die General-

⁷⁷ Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 650 f.

⁷⁸ Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 652.

⁷⁹ Baumann, Freundesgabe Weichler, S. 1, 8; Joussem, WM 1994, 273, 274; Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 232; Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 7; Stüsser, Anfechtung der Vollmacht, S. 234.

vollmacht gelten, die ja aus den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften folge und nur einen besonders weiten Umfang der Vollmacht beschreibe⁸⁰.

c) Stellungnahme

Ein *numerus clausus* kann weder mit dem Wortlaut noch mit der Gesetzgebungsgeschichte, noch mit dem Sinn und Zweck der handelsrechtlichen Stellvertretungsregeln begründet werden.

Aus dem Wortlaut der §§ 48 ff. HGB kann die Existenz eines *numerus clausus* nicht gefolgert werden. Geht man allein von der allgemeinen Wortbedeutung aus, ist Handlungsvollmacht eher der weitere Begriff, während Prokura eine bestimmte Art von Vollmacht bezeichnet. Der Beginn des § 54 Abs. 1 HGB "Ist jemand ohne Erteilung der Prokura..." deutet nicht zwingend auf eine strenge Alternativität von Prokura und Handlungsvollmacht hin⁸¹. Diese Formulierung kann auch so verstanden werden, dass damit eine inhaltliche Abgrenzung zur Prokura erfolgen sollte. Die Prokura hat als handelsrechtliche Vollmacht einen besonderen Stellenwert. Sie hat durch den gesetzlich festgelegten, unbeschränkbar Umfang (§ 49 Abs. 1 HGB) und auch durch die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister (§ 53 HGB) eine hervorgehobene Position. Die Handlungsvollmacht ist dagegen im Verhältnis zur Prokura eine Vollmacht von geringerer Bedeutung. Dies kommt in der Formulierung des § 54 HGB zum Ausdruck, welche somit nicht auf eine Ausschließlichkeit im Sinne eines *tertium non datur* hindeutet, sondern die Unterschiede der Handlungsvollmacht zur Prokura sowie die Stufenfolge betont.

Auch aus der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich nichts Eindeutiges zugunsten einer Exklusivität von Prokura und Handlungsvollmacht im kaufmännischen Bereich herleiten. Weder gab es stets eine klare Trennung zwischen diesen beiden Vollmachten, noch handelt es sich um die einzigen Vollmachten, die im kaufmännischen Bereich verwendet wurden.

⁸⁰ Jousen, WM 1994, 273, 275.

⁸¹ So allerdings Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 653.

Im ADHGB von 1861 wurde die Prokura erstmals als Vollmacht mit gesetzlich festgelegtem Umfang eingeführt⁸². Obwohl die genaue Herkunft und Entwicklung der Prokura nicht im Einzelnen bekannt ist, gab es im Hochmittelalter in Italien schon der heutigen Prokura ähnliche handelsrechtliche Vertretungsverhältnisse⁸³. Im mittelalterlichen italienischen Sprachgebrauch war "Prokura" die Bezeichnung für sämtliche Arten der Vollmacht, insbesondere für die Vollmacht der Vertreter eines Handelsgeschäfts⁸⁴. Später verstand man darunter diejenige Generalhandlungsvollmacht, die in die kaufmännischen Matrikeln eingetragen werden musste⁸⁵. Die Handlungsvollmacht wurde im ADHGB dem heutigen § 54 HGB weitgehend entsprechend geregelt⁸⁶. Prokura und Handlungsvollmacht wurden jedoch im ADHGB noch in vielen ihrer Voraussetzungen und Rechtswirkungen als gleichgestellt angesehen. Es gab im ADHGB gemeinsame Regelungen für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte (Art. 52, 54, 55). So wurde z.B. die freie Widerruflichkeit von Prokura und Handlungsvollmacht und die Rechtswirkungen der Geschäfte von Proku-

⁸² In Art. 41 war bestimmt, dass der Prokurist im Namen des Prinzipals und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft betreibt. Art. 42 legte der Umfang der Prokura gesetzlich fest, wobei Beschränkungen nach Art. 43 keine rechtliche Wirkung zukam.

Art. 41: Wer von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal) beauftragt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben und per procura die Firma zu zeichnen, ist Prokurist. Die Bestellung des Prokuristen kann durch Ertheilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht, oder durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen, oder durch die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen, geschehen. Die Prokura kann mehreren Personen gemeinschaftlich ertheilt werden (Kollektivprokura).

Art. 42: Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt; sie ersetzt jede nach den Landesgesetzen erforderliche Spezialvollmacht; sie berechtigt zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten. Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders ertheilt ist.

Art 43: Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura (Art. 42) hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, dass die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften gelte, oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden solle.

⁸³ Vgl. *Bucher*, Festgabe Bürgi, S. 39, 45.

⁸⁴ *Wieland*, Handelsrecht, § 30. 2. m. w. Nachw.

⁸⁵ *Rintelen* ZHR 75, 4 f., 9, 243; *Wieland*, Handelsrecht, § 30. 2.

⁸⁶ **Art. 47:** Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Ertheilung der Prokura, sei es zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften, in seinem Handelsgewerbe bestellt (Handlungsbevollmächtigter), so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Jedoch ist der Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozessführung nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugnis besonders ertheilt ist. Im Uebrigen bedarf er zu den Geschäften, auf welche sich seine Vollmacht erstreckt, der in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Spezialvollmacht nicht.

risten und Handlungsbevollmächtigten einheitlich geregelt⁸⁷. Diese Regelungen wurden nicht in das HGB übernommen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass man die bisherigen Regelungen zur Wirkung der Stellvertretung und zur Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (Art. 52, 55) durch die Vorschriften der §§ 164, 179 BGB für entbehrlich hielt, ebenso folge die Widerruflichkeit der Handlungsvollmacht aus der allgemeinen Bestimmung des § 168 BGB⁸⁸. Die Prokura wurde in der älteren Literatur auch als "Handlungsvollmacht im weiteren Sinne" bezeichnet⁸⁹, als "Generalhandlungsvollmacht mit unabänderlichem Inhalt" oder sogar als "gesetzlich unbeschränkte Generalvollmacht"⁹⁰. Auch heute noch wird die Prokura als besonderer Anwendungsfall einer Generalvollmacht bezeichnet⁹¹.

Bemerkenswert ist, dass es im ADHGB noch eine weitere handelsrechtliche Vollmacht gab⁹². Es handelte sich um eine "Vollmacht zu Handelsgeschäften", die nicht in das HGB übernommen wurde. Dies lag vor allem daran, dass es sich um eine allgemeine Vollmacht handelte, für deren Übernahme in das HGB aufgrund der Anwendbarkeit der allgemeinen Stellvertretungsregelungen des

⁸⁷ **Art. 52:** Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter gemäß der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schließt, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte. Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.

Art. 54: Die Prokura oder Handlungsvollmacht ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse. Der Tod des Prinzipals hat das Erlöschen der Prokura oder Handlungsvollmacht nicht zur Folge.

Art. 55: Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter schließt, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher beim Abschluss eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen. Diese Haftpflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Überschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat.

⁸⁸ *Hahn*, Materialien zum Handelsgesetzbuch, S. 232 f.

⁸⁹ *Trost*, Arten der Handlungsvollmacht, S. 18 u. 60, Fn 202.

⁹⁰ *Wieland*, Handelsrecht, S. 356.

⁹¹ Vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 47 Rn 47.

⁹² **Art. 298:** Bei einer Vollmacht zu Handelsgeschäften kommen in Betreff des Verhältnisses zwischen dem Vollmachtgeber, dem Bevollmächtigten und dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers das Geschäft schließt, dieselben Bestimmungen zur Anwendung, welche im Art. 52 in Beziehung auf die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte gegeben sind. Ingleichen gilt die Bestimmung des Art. 55 in Beziehung auf denjenigen, welcher ein Handelsgeschäft als Bevollmächtigter schließt, ohne Vollmacht dazu erhalten zu haben, oder welcher bei dem Abschluss eines Handelsgeschäfts seine Vollmacht überschreitet.

BGB gemäß Art. 2 Abs. 1 EGHGB keine Veranlassung bestand⁹³. Es finden sich jedoch keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber dadurch künftig nur noch Prokura und Handlungsvollmacht als handelsrechtliche Vollmachten anerkennen wollte.

Mit dem Sinn und Zweck der handelsrechtlichen Stellvertretungsregelungen lässt sich ein solches Enumerationsprinzip ebenfalls nicht begründen. Es gibt keine überzeugenden Gründe dafür, dem Kaufmann etwas zu versagen, was jeder Privatperson gestattet ist, nämlich eine Generalvollmacht zu erteilen. Die handelsrechtlichen Vorschriften zu Prokura und Handlungsvollmacht bezwecken eine Erleichterung des kaufmännischen Verkehrs. Der Geschäftspartner soll sich - vor allem, wenn er es mit einem Prokuristen zu tun hat - auf einen bestimmten Umfang an Vertretungsmacht verlassen können. Die Vorschriften wollen jedoch nicht den Handlungsspielraum des Kaufmanns bzw. Unternehmens einschränken. Es ist allgemein anerkannt, dass ein Kaufmann eine Einzelvollmacht für ein bestimmtes Geschäft erteilen kann⁹⁴. Dabei handelt es sich um eine zivilrechtliche Vollmacht, die sich ausschließlich nach den §§ 164 ff. BGB richtet. Die Voraussetzung für eine Spezialhandlungsvollmacht gemäß § 54 Abs. 1 HGB liegen dabei nicht vor, da nicht zur Vornahme einzelner, d.h. also mehrerer Geschäfte, ermächtigt wird. Wenn aber eine zivilrechtliche Einzelvollmacht zulässig ist, so sollte auch eine Generalvollmacht als das Gegenstück, bei dem zu allen Geschäften ermächtigt wird, nicht von vornherein ausgeschlossen sein⁹⁵. Dabei geht es zunächst nur um die allgemeine Zulässigkeit der Generalvollmacht, unbeschadet ihrer Zulässigkeit und Wirksamkeit im Einzelnen.

Ein *numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten existiert folglich nicht⁹⁶. Weder lässt sich damit eine allgemeine Unzulässigkeit der Generalvollmacht begründen, noch kann hieraus der Schluss gezogen werden, eine Generalvollmacht könne stets nur Generalhandlungsvollmacht sein. Die Frage, wie die Generalvollmacht rechtlich einzuordnen ist, kann nicht unter Rückgriff

⁹³ Vgl. *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 649.

⁹⁴ *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 7; *Joussen*, WM 1994, 273, 274.

⁹⁵ Vgl. *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 7.

⁹⁶ Ebenso *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 8; *Joussen*, WM 1994, 273, 274; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 232; *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 7.

auf einen *numerus clausus* der Vertretungsformen des HGB beantwortet werden.

2. Sonstige Zulässigkeitsbedenken

a) Kein Bedürfnis

Von einigen Autoren wird ein Bedürfnis für eine Generalvollmacht im handelsrechtlichen Bereich verneint⁹⁷. Dabei handelt es sich um diejenigen Autoren, die auch einen *numerus clausus* befürworten. Die Auffassung, die zwischen hierarchisch eingegliederten und selbstständigen Personen unterscheidet, beschränkt dies auf die Generalvollmacht an hierarchisch in ein Unternehmen eingegliederte Personen⁹⁸. Dort bestehe kein Bedürfnis an der Generalvollmacht als bürgerlichrechtlicher Vollmacht oder als neuer eigenständiger Vollmachtenart. Es wird argumentiert, der Rechtsverkehr habe kein Bedürfnis an einer Generalvollmacht, da er sich der Generalhandlungsvollmacht und der Prokura bedienen könne. Demgegenüber wird von vielen Autoren, die eine Generalvollmacht für zulässig erachten, darauf verwiesen, dass es ein Bedürfnis für die Generalvollmacht gebe⁹⁹. Dies zeige sich schon daran, dass durch sie eine neue Hierarchiestufe in vielen Unternehmen entstanden sei¹⁰⁰.

Gegen ein fehlendes Bedürfnis spricht die häufige Verwendung der Generalvollmacht in der Praxis. Der Argumentation, mit Prokura und Handlungsvollmacht stünden dem Rechtsverkehr ausreichend Vertretungsformen zur Verfügung stehen, lässt sich entgegen halten, dass keine Verpflichtung zur Verwendung ausschließlich dieser Vollmachten besteht, da ein *numerus clausus* nicht existiert. Die generelle Unzulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht kann daher nicht mit einem fehlenden Bedürfnis begründet werden. Ebenso wenig kann allerdings allein aus einem bestehenden Bedürfnis die Zulässigkeit der Generalvollmacht hergeleitet werden.

⁹⁷ So Brüggenmann, JA 1977, 199. Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 653 ff., MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs, vor § 48 Rn 83 ff. verneinen ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der Generalvollmacht als bürgerlichrechtliche Vollmacht oder als neue eigenständige Vollmachtenart.

⁹⁸ Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 653 ff.; MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs, vor § 48 Rn 81 ff.

⁹⁹ Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 4; Geitzhaus, GmbHR 1989, 229; Jousen, WM 1994, 272, 275; Spitzbarth, Vollmachten, S. 143.

¹⁰⁰ Spitzbarth, Vollmachten, S. 148; Jousen, WM 1994, 272, 275.

b) Fehlende Registerpublizität der Generalvollmacht

Gegen die Zulässigkeit der Generalvollmacht wird außerdem noch mit ihrer fehlenden Eintragung in das Handelsregister argumentiert¹⁰¹. Eine ältere Literaturauffassung nahm zunächst an, dass die Generalvollmacht dem Wesen des Handelsregisters widerspreche¹⁰². Durch eine Generalvollmacht werde der öffentliche Glaube des Handelsregisters beeinträchtigt, da vertretungsberechtigte Personen für jeden Dritten erkennbar und durch Einsicht in das Register feststellbar sein sollen, der Generalbevollmächtigte aber nicht im Handelsregister vermerkt würde¹⁰³. Nach anderer Auffassung soll eine Beeinträchtigung des Verkehrsschutzes vorliegen, wenn durch die Generalbevollmächtigung eine Eintragung als Geschäftsführer umgangen oder ein weiter nicht eingetragener Vertreter mit Einzel- oder Gesamtvertretungsbefugnis geschaffen werde¹⁰⁴. Es dürfe nicht der Gesellschaft überlassen bleiben, durch die Wahl des Wortes „Generalbevollmächtigter“ statt „Geschäftsführer“ die Eintragung zu vermeiden, die das Gesetz in §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 39 GmbHG vorschreibe¹⁰⁵.

Die Argumentation, die aus der fehlenden Registerpublizität die Unzulässigkeit herleitet, ist nicht überzeugend. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz des Inhalts, dass die genauen Herrschaftsverhältnisse oder die entscheidenden Personen bei einer Gesellschaft aus dem Register ersichtlich sein müssen. Nicht alles, was für den Handelsverkehr relevant ist, ist eintragungspflichtig. So kann z.B. die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten i.S.d. § 54 Abs. 1 HGB nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Es sind daher nicht sämtliche Personen, die zur Vertretung einer Gesellschaft berechtigt sind, vollständig aus dem Handelsregister ersichtlich¹⁰⁶. Darüber hinaus ist es auch rechtlich zulässig, dass eine Person, die eigentlich die Gesellschaft führt, etwa aufgrund von

¹⁰¹ So zuerst *Kuttner*, DR 1942, 1488; ähnlich *Ripfel*, GmbHR 1953, 181, 182.

¹⁰² *Kuttner*, DR 1942, 1488.

¹⁰³ *Kuttner*, DR 1942, 1488, dagegen *Patschovsky*, DR 1943, 607.

¹⁰⁴ *Ripfel*, GmbHR 1953, 181, 182.

¹⁰⁵ *Ripfel*, GmbHR 1953, 181, 182.

¹⁰⁶ So bereits *Patschovsky*, DR 1943, 607.

Treuhandverhältnissen, im Hintergrund bleibt¹⁰⁷. Die Eintragung eines Geschäftsführers, der in jedem Fall vorhanden sein muss und der organschaftlichen Haftung (§ 43 Abs. 2 GmbHG) unterliegt, kann durch einen Generalbevollmächtigten nicht umgangen werden. Soll ein Generalbevollmächtigter organschaftliche Befugnisse wahrnehmen, so ist er als organschaftlicher Vertreter einzutragen. Die Möglichkeit, dass ein nicht registeröffentlich bekannt gemachter Generalbevollmächtigter für die Gesellschaft Geschäfte von erheblicher Bedeutung abschließen kann, ist also nicht bedenklich oder gar gesetzwidrig.

Eine andere Frage ist jedoch, ob nicht eine Diskrepanz vorläge, wenn eine Generalbevollmächtigung mit weitest reichenden Befugnissen nicht in das Handelsregister einzutragen wäre, während die Prokura eintragungspflichtig ist. Dieser Aspekt betrifft allerdings nicht die allgemeine Zulässigkeit der Generalvollmacht. Es entspricht der ganz überwiegenden Auffassung, dass die Generalvollmacht als solche nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann¹⁰⁸. Die Bedenken, die einige Autoren wegen des Umfangs der Generalvollmacht haben, führen nicht dazu, deswegen die Zulässigkeit der Generalvollmacht in Frage zu stellen¹⁰⁹. Zumeist wird eine Eintragung als Prokura befürwortet¹¹⁰.

II. Zulässigkeit der Generalvollmacht im Gesellschaftsrecht

Im Anschluss an das Urteil des BGH vom 18. Oktober 1976 wird die Generalvollmacht bei der GmbH in Rechtsprechung und Literatur überwiegend als unzulässig bzw. unwirksam angesehen¹¹¹. Dies wird mit dem Argument begründet, durch die Erteilung der Generalvollmacht würden in unzulässiger

¹⁰⁷ Vgl. *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 7.

¹⁰⁸ *Joussen*, WM 1994, 272; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, GmbHG, § 54 Rn 16; *Flume*, Allgemeiner Teil, § 10 II. c); *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 146; a. A. *Canaris*, Handelsrecht, § 4 Rn 11; s. auch u. § 3 F.

¹⁰⁹ *Hübner*, ZHR 43 (1979), 1, 8; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 233; *Joussen*, WM 1994, 273, 283; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 145.

¹¹⁰ S. hierzu u. § 3 F. II.1.

¹¹¹ BGH NJW 1977, 199; BGH WM 1978, 1047; BGH NJW 1989, 164; SchIHOLG in OLG Report 1997, 388; KG WM 1991, 1649; OLG Düsseldorf NZG 1999, 833; *Brüggemann*, JA 1977, 500, 502, *Rowedder-Koppensteiner*, GmbHG, § 35 Rn 9; *Deuchler*, WuB II C. § 35 GmbHG 1.92.

Weise organschaftliche Befugnisse übertragen. Während manche die Generalvollmacht stets für unwirksam halten¹¹², differenziert die überwiegende Auffassung danach, ob es sich um eine organersetzende oder eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht handelt¹¹³. Die rechtsgeschäftliche Generalvollmacht wird als zulässig angesehen¹¹⁴. Die Argumentation mit der unzulässigen Übertragung organschaftlicher Befugnisse bei der GmbH wird auch bei anderen Gesellschaftsformen angewendet¹¹⁵. Bei der Personenhandelsgesellschaft wird die Generalvollmacht zum Teil jedoch für zulässig erachtet¹¹⁶.

1. Organersetzende und rechtsgeschäftliche Generalvollmacht bei der GmbH

a) Überblick über die Rechtsprechung

Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde von Kammergericht und Reichsgericht die Zulässigkeit einer Generalvollmacht immer dann verneint, wenn durch sie organschaftliche Vertretungsbefugnisse eines GmbH-Geschäftsführers übertragen werden sollten¹¹⁷. Bis heute spielt die mögliche Übertragung organschaftlicher Befugnisse in der Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte bei der Beurteilung einer Generalvollmacht eine zentrale Rolle. Es wird stets der Grundsatz betont, die Übertragung organschaftlicher Befugnisse sei unzulässig, weshalb eine entsprechende Generalvollmacht nichtig sei. Welche Kriterien aber im Einzelnen für eine solche unzulässige Übertragung maßgeblich sein sollen, lässt sich den Urteilen zumeist nicht entnehmen.

¹¹² *Brüggemann*, JA 1977, 500, 502, *Rowedder-Koppensteiner*, GmbHG, § 35 Rn 9; *Deuchler*, WuB II C. § 35 GmbHG 1.92

¹¹³ *Scholz-Schneider*, GmbHG, § 35 Rn 18; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, GmbHG, vor § 48 Rn 7 u. § 54 Rn 16; *Baumbach/Hopt*, HGB, Überbl. v. § 48 Rn 2, *Hachenburg-Mertens*, GmbHG, § 35 Rn 103, mit der Einschränkung, dass sie jederzeit widerruflich sein muss; ebenso *Ensthaler-Nickel*, HGB, vor §§ 48-58 Rn 29; *K Schmidt*, *Handelsrecht*, § 16 S. 456 f.; 482; *Pawlowski*, DZWIR 1994, 274, 475; *Baumann*, *Freundesgabe Weichler*, S. 1, 4; *Joussen*, WM 1994, 273 ff.; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229 ff., *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1 ff.; *Spitzbarth*, *Vollmachten*, S. 141 ff.

¹¹⁴ So insbesondere *Baumann*, *Freundesgabe Weichler*, S. 1, 4; *Joussen*, WM 1994, 273 ff.; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229 ff., *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1 ff.; *Spitzbarth*, *Vollmachten*, S. 141 ff.

¹¹⁵ RG JW 1912, 526; OLG Hamm MDR 1978, 224; LG München MittBayNot 1997, 246; OLG München NJW-RR 1991, 893

¹¹⁶ BGHZ 36, 292, 295; *Carlé*, KÖSDI 1988, 7465, 7469.

¹¹⁷ KGJ 48, A 130; RG JW 1923, 121; KG JFG 3, 272; KG DNotZ 1925, 242.

aa) Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts

Reichsgericht und Kammergericht haben die Generalvollmacht grundsätzlich als zulässig angesehen und dabei auch eine Abgrenzung zu einer unzulässigen Generalvollmacht vorgenommen, durch die der Geschäftsführer seine gesamten Befugnisse überträgt und der Gesellschaft an seiner Stelle einen anderen aufdrängt¹¹⁸.

(1) Zulässige Bevollmächtigung

Das Kammergericht hatte zunächst einmal in einer Entscheidung aus dem Jahre 1915 eine unzulässige Übertragung der gesamten Befugnisse eines Geschäftsführers auf einen Generalbevollmächtigten bejaht¹¹⁹. Sodann nahm es in einer Entscheidung aus dem Jahr 1925 ausführlich Stellung zu der Zulässigkeit der Generalvollmacht bei der GmbH und den bis dahin in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten¹²⁰. Das Gericht stellte im Ergebnis fest, dass die von einem Geschäftsführer für die GmbH erteilte Generalvollmacht grundsätzlich zulässig ist. In dem zu entscheidenden Fall hatte der von der Geschäftsführerin einer GmbH ernannte Generalbevollmächtigte einen Grundstückskauf für die Gesellschaft getätigt. Das Grundbuchamt hatte den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels mit der Begründung zurückgewiesen, die Generalvollmacht sei nichtig. Das Kammergericht führte nun zunächst aus, eine juristische Person könne ebenso wie eine natürliche Person zur Wahrnehmung ihrer Interessen Bevollmächtigte bestellen, weil es bei ihr Beweggründe

¹¹⁸ RG JW 1923, 121; KG JFG 3, 272; KG DNotZ 1925, 242.

¹¹⁹ In KGJ 48, A 130 ging es um eine Generalvollmacht, die der alleinige Geschäftsführer einer GmbH erteilt hatte, deren Satzung beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer Gesamtvertretung vorsah. Als ein neuer Geschäftsführer bestellt wurde, sollte der Gesellschaftsvertrag dahingehend geändert werden, dass er Einzelvertretung zuließ. Das Registergericht lehnte ab, als der neue Geschäftsführer und der Generalbevollmächtigte des anderen die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die Bestellung des neuen Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anmelden wollten. Das KG führte aus, dass die Anmeldung noch durch beide Geschäftsführer erfolgen musste, da Gesamtvertretung vorgesehen und die Satzungsänderung zur Einzelvertretung mangels Eintragung noch nicht rechtlich wirksam war. Nach Auffassung des Gerichts hatte der Geschäftsführer unzulässigerweise seine gesamten Befugnisse übertragen.

¹²⁰ JFG 3, 272; ebenso in DNotZ 1925, 242; ähnliche Argumentation auch bereits in KGJ 32, A 187.

hierfür, z. B. eine tatsächliche oder rechtliche Verhinderung des gesetzlichen Vertreters, in gleichem Maße geben könne. Da das Gesetz keinen Unterschied zwischen einer Vollmacht für einzelne Angelegenheiten und einer Generalvollmacht kenne, könne es grundsätzlich nicht von Bedeutung sein, ob die Vollmacht sich auf eine oder mehrere oder gar alle Angelegenheiten beziehe. Wenn es aber der Gesellschaft nicht verwehrt sei, für alle vorkommenden Angelegenheiten nach und nach Sonderbevollmächtigte zu bestellen, so müsse es ihr auch gestattet sein, von vornherein eine einheitliche umfassende Vollmacht für alle Angelegenheiten zu erteilen.

Von der grundsätzlich zulässigen Erteilung einer Generalvollmacht durch eine juristische Person müsse die Konstellation unterschieden werden, in welcher ein Geschäftsführer durch die Generalvollmacht seine gesamten Befugnisse auf den Generalbevollmächtigten übertrage¹²¹; es handele sich um zwei rechtlich verschiedenartige Vorgänge. Die Vollmacht verschaffe dem Dritten nur die Vertretungsbefugnis, aus ihr könne jedoch nicht entnommen werden, dass der Geschäftsführer damit zugleich seine Geschäftsführung überlasse. Bei der angeblichen Übertragung der gesamten Befugnisse auf den Generalbevollmächtigten handele es sich jedoch niemals um eine rechtliche, allenfalls um eine tatsächliche Überlassung der Befugnisse, so dass der bisherige Geschäftsführer der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft bleibe. Der Generalbevollmächtigte werde in die Lage versetzt, den größten Teil der dem Geschäftsführer möglichen Angelegenheiten zu erledigen, jedoch nicht diejenigen Angelegenheiten, die dem Geschäftsführer als solchem obliegen. Die Erteilung einer Generalvollmacht durch den Geschäftsführer sei daher insgesamt auch nicht der unzulässigen Übertragung einer Prokura, sondern mit der gesetzlich zulässigen Erteilung einer Handlungsvollmacht durch den Prokuristen gleichzustellen¹²².

(2) Ausnahmen

Das Kammergericht ging in dieser Entscheidung auch auf die Möglichkeit ein, dass ausnahmsweise eine unzulässige Übertragung vorliegen könne. Es führte

¹²¹ Das KG setzt sich hier mit den Entscheidungen RGZ 86, 265 und KGJ 48, 130 auseinander, die eine solche unzulässige Übertragung der Geschäftsführerbefugnisse angenommen hatten, KG JFG 3, 272, 277.

¹²² KG JFG 3, 272, 277.

aus, eine Übertragung eigener Befugnisse könne nur dann in Frage kommen, wenn der Geschäftsführer den Generalbevollmächtigten für sich und nicht für die Gesellschaft bestelle. Dass der Generalbevollmächtigte durch die Vollmacht die rechtliche Möglichkeit erlange, neben dem Geschäftsführer die Angelegenheiten der Gesellschaft wahrzunehmen, sei die gesetzliche Folge der Generalvollmacht und führe für sich allein nicht dahin, dass der Gesellschaft an Stelle des bisherigen Geschäftsführers ein anderer aufgedrängt werde. Die Unwirksamkeit der Generalvollmacht könne höchstens dann angenommen werden, wenn ein Geschäftsführer unter dem Gewande der Generalvollmacht ohne Genehmigung der Gesellschaft eine andere Person dauernd an seine Stelle setzte. Eine solche Ausnahme erfordere aber, dass die Generalvollmacht unwiderruflich erteilt worden sei¹²³.

Weder Kammergericht noch Reichsgericht haben in ihren Entscheidungen näher präzisiert, in welchen Fällen das Vertretungsorgan als solches vollständig ausscheidet und an seiner Stelle der Gesellschaft einen anderen in juristisch relevanter Weise aufdrängt. Das KG hatte einmal eine Übertragung organchaftlicher Befugnisse angenommen¹²⁴. Aus dem kurzen Beschluss wird jedoch nicht klar, aus welchen Gründen dies geschah. Möglicherweise erschloss das Gericht die Übertragung der gesamten Geschäftsführerbefugnisse daraus, dass der Geschäftsführer gemäß § 78 GmbHG anmeldepflichtig ist und der Generalbevollmächtigte im konkreten Fall eine Anmeldung zum Handelsregister vornehmen sollte. Es ist jedoch wahrscheinlicher, dass das KG den Grund für die Unzulässigkeit in der Umgehung der Kollektivvertretung gesehen hat. Das RG hat es in zwei Entscheidungen dahingestellt sein lassen, ob jeweils eine unzulässige Generalvollmacht vorlag. In dem einen Fall verwies das Gericht zurück, da ihm die Vollmachtsurkunde nicht vorlag¹²⁵; in dem anderen Fall nahm es eine nachträgliche Genehmigung durch die GmbH an, weshalb selbst das Handeln aufgrund einer unwirksamen Generalvollmacht rechtlich wirksam gewesen sein würde¹²⁶. Einmal sah das RG eine wirksame Generalvollmacht im Gegensatz zu einer unwirksamen, durch die der Gesellschaft ein

¹²³ KG JFG 3, 272, 278.

¹²⁴ KGJ 48, 130 (s. Fn. 94).

¹²⁵ RGZ 86, 262.

¹²⁶ RGZ 102, 16.

anderer Geschäftsführer aufgedrängt werde, deshalb als gegeben an, weil sie zeitlich beschränkt war¹²⁷.

bb) Rechtsprechung des BGH

(1) Übertragung organschaftlicher Befugnisse

In seiner zentralen Entscheidung zur Generalvollmacht bei der GmbH stellte der BGH fest, die Übertragung organschaftlicher Vertretungsmacht sei unzulässig, selbst wenn eine Generalvollmacht befristet, widerruflich und mit Zustimmung der Gesellschafter erteilt werde¹²⁸. In dem vom BGH entschiedenen Rechtsstreit ging es um die Wirksamkeit einer vom Geschäftsführer einer GmbH einem Dritten erteilten Generalvollmacht. Die GmbH hatte nur eine Gesellschafterin. Deren Ehemann war zunächst Geschäftsführer, wurde dann aber durch den neuen Geschäftsführer abgelöst. Dieser erteilte dem Ehemann mit Wissen der Alleingesellschafterin namens der GmbH eine umfassende Vollmacht¹²⁹. Auf Grund dieser Vollmacht akzeptierte der Ehemann für die GmbH einen Wechsel. Die Gesellschaft löste den Wechsel bei Fälligkeit nicht ein und fiel später in Konkurs. Die Wechselinhaberin nahm daraufhin den Ehemann aus Art. 8 WG in Anspruch, weil er als Vertreter ohne Vertretungsmacht den Wechsel akzeptiert habe. Der BGH beurteilte die Vollmacht als Generalvollmacht und deshalb als unwirksam. Die Befugnis des GmbH-Geschäftsführers zur organschaftlichen Willensbildung und die damit verbundene Verantwortung seien unübertragbar. Der Geschäftsführer könne daher seine Vertretungsmacht nicht im Ganzen durch einen anderen ausüben lassen. Geschützt werden sollen dabei sowohl die Gesellschafter als auch der Rechtsverkehr. Es sei gleichgültig, ob der alleinige Gesellschafter mit der Vollmachterteilung einverstanden sei und deshalb eines Vertrauensschutzes nicht bedürfe¹³⁰. Das Verbot der Übertragung organschaftlicher Vertretungsmacht schütze nicht nur die Gesellschafter vor einer Ausübung der Geschäftsführerbefugnisse

¹²⁷ RG JW 1923, 121.

¹²⁸ BGH NJW 1977, 199.

¹²⁹ "Hiermit bevollmächtigen wir Herrn B, die Firma der X-GmbH allein zu vertreten und für die Gesellschaft in unbeschränkter Höhe bei Geschäften gleich welcher Art, insbesondere bei banküblichen Geschäften tätig zu werden".

¹³⁰ Diese Auffassung vertrat das Berufungsgericht.

durch Personen, die ihr Vertrauen nicht genossen, sondern auch die Rechtssicherheit und die Belange des Rechtsverkehrs. Die Zustimmung der Gesellschafter sei ein gesellschaftsinterner Vorgang, der für Außenstehende nicht erkennbar sei und daher für die Gültigkeit allgemeiner Vertretungsmacht nicht maßgebend sein dürfe. Hinzu komme, dass der Geschäftsführer einer GmbH auch öffentliche Pflichten habe, wie z. B. die Insolvenzantragspflicht nach § 64 GmbHG, die zugleich dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger diene. Der Geschäftsführer könne daher seine Aufgaben und die Verantwortung für deren Erfüllung nicht voll auf einen anderen abwälzen. Auch die Gesellschafter könnten die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nicht insgesamt einem Dritten anvertrauen, ohne diesen gleichzeitig zum Geschäftsführer zu bestellen. Eine solche Bestellung sei aber im konkreten Fall nicht gewollt gewesen, da der Ehemann unmittelbar zuvor als Geschäftsführer abberufen worden sei.

Der BGH spricht nicht explizit aus, ob eine Generalvollmacht in jedem Fall oder wenigstens stets bei der GmbH oder nur als organschaftliche Generalvollmacht unzulässig sein soll. Seine Argumentation baut ausschließlich auf dem Verbot einer umfassenden Übertragung organschaftlicher Vertretungsmacht auf. Einzelne Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen eine Übertragung organschaftlicher Befugnisse vorliegt, werden nicht genannt. Zudem ist es nicht ausgeschlossen, dass das Gericht bestrebt war, der Klägerin auch deshalb einen Anspruch gegen den Generalbevollmächtigten zu geben, weil die GmbH in Konkurs gefallen war.

(2) Umgehung der Gesamtvertretung

In seiner vorstehend diskutierten Entscheidung nahm der BGH Bezug auf eine frühere Entscheidung, in welcher er die Unzulässigkeit einer widerruflichen und befristeten Generalvollmacht ausgesprochen hatte¹³¹. Dort ging es allerdings um eine Vollmacht, durch die ein gesamtvertretungsberechtigter¹³² Ge-

¹³¹ BHGZ 34, 27.

¹³² § 5 des Gesellschaftsvertrages lautete: "Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft entweder durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Auch wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind,

schäftsführer seinen Mitgeschäftsführer ermächtigt hatte, ihn in seiner Eigenschaft als gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer zu vertreten¹³³. Die Vollmacht war widerruflich und befristet erteilt worden¹³⁴. Der Bevollmächtigte verkaufte Grundstücke der GmbH, wobei er einerseits für die GmbH als gemeinschaftlich vertretungsberechtigter Geschäftsführer handelte sowie andererseits unter Vorlage der Vollmachtsurkunde als Bevollmächtigter des anderen in dessen Eigenschaft als gemeinschaftlich vertretungsberechtigter Geschäftsführer. Die GmbH klagte und verlangte die Grundstücke zurück, da die Vollmacht nichtig sei. Sie verlangte Berichtigung des Grundbuchs und Herausgabe der Grundstücke, da Kaufvertrag und Auflassung aufgrund der Nichtigkeit der Vollmacht unwirksam seien.

Der BGH führte zunächst aus, die Verhinderung eines Geschäftsführers habe keineswegs die Einzelvertretungsmacht des anderen Geschäftsführers zur Folge, anderenfalls der durch die Gesamtvertretung bezweckte Schutz umgangen werde. Die Einräumung von Gesamtvertretungsbefugnis diene auch dem Schutz der Gesellschaft vor gewissen Handlungen der Geschäftsführer, so dass diese nicht von den Geschäftsführern selbst geändert werden könne, wenn die Satzung keine entsprechende Regelung vorsehe. Die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer könnten zwar entsprechend § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB, § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG einen von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Diese Regelung diene der Erleichterung des Rechtsverkehrs. Darüber hinaus könnten die Geschäftsführer aber den Umfang ihrer Vertretungsmacht nicht selbst bestimmen¹³⁵. Ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer könne folglich seine Vertretungsmacht nicht einem anderen Geschäftsführer übertragen oder diesen be-

kann durch den Gesellschaftsvertrag einem Geschäftsführer die Befugnis erteilt werden, die Gesellschaft allein zu vertreten.”

¹³³ Die Vollmacht lautete folgendermaßen: ”Ich bin gemeinschaftlich vertretungsberechtigter Geschäftsführer und bevollmächtigte hiermit meinen Mitgeschäftsführer, mich in meiner vorgenannten Eigenschaft als gemeinschaftlich vertretungsberechtigter Geschäftsführer der vorgenannten GmbH in allen diese Gesellschaft betreffenden Angelegenheiten vollen Umfangs zu vertreten, soweit eine Vertretung auf Grund einer Vollmacht gesetzlich zulässig ist...”

¹³⁴ ”Diese Vollmacht erteile ich dem Bevollmächtigten mit Rücksicht darauf, dass ich zur Wehrmacht eingezogen bin, und deshalb soll die Vollmacht dem Bevollmächtigten bis zum Ende des jetzt herrschenden Krieges, spätestens jedoch bis zum 31. Dezember 1943 erteilt werden und mit dem vorerwähnten Zeitpunkt automatisch erlöschen, wenn sie nicht auf Grund des mir zustehenden Widerrufsrechts von mir ausdrücklich widerrufen ist.”

¹³⁵ BGHZ 34, 27, 30.

vollmächtigen, ihn in seiner Eigenschaft als Mitgeschäftsführer allein zu vertreten. Die Vollmacht sei daher wegen Umgehung des durch die Gesamtvertretung bezweckten Schutzes nichtig.

In dem vom BGH entschiedenen Fall bestand insofern eine besondere Konstellation, als nicht ein gesellschaftsfremder Dritter, sondern der Mitgeschäftsführer bevollmächtigt worden war. Das Gericht ließ es dahingestellt, ob die Erklärung in eine Generalvollmacht umgedeutet werden könne, aufgrund deren der Bevollmächtigte berechtigt sei, die GmbH unmittelbar, also nicht in seiner Eigenschaft als Mitgeschäftsführer, zu vertreten. Denn eine derartige Generalvollmacht sei ebenfalls nichtig, weil sie in der Sache eine Übertragung der Geschäftsführerbefugnisse oder eine allgemeine Vertretung bei der Ausübung dieser Rechte darstelle¹³⁶. Dabei komme es auch nicht darauf an, ob die Generalvollmacht widerruflich oder nur für eine begrenzte Zeit erteilt worden sei. Es gebe keine Ausnahmefälle, in denen eine solche Generalvollmacht zulässig sein könne. Das Berufungsgericht hatte die Auffassung vertreten, dass es auf die besonderen Umstände des Einzelfalles ankomme und dass eine Generalvollmacht in Ausnahmefällen zulässig sein könne, wenn sie widerruflich sei und für eine begrenzte Zeit ausgestellt werde¹³⁷.

Der BGH begründete die Unzulässigkeit einer solchen Gestaltung hingegen mit Sinn und Zweck des Rechts der Gesamtvertretungsmacht sowie der Rechtssicherheit. Die Erwägungen zur Gesamtvertretung würden in weitem Umfang vereitelt, wenn ein Geschäftsführer seine Befugnisse in Ausnahmefällen auf den anderen Geschäftsführer übertragen könne. Die Verantwortung für einen Geschäftsabschluss würde dann nicht mehr von beiden Geschäftsführern getragen und die Geschäftsführer unterlägen nicht mehr der gegenseitigen Kontrolle. Zudem sei die Rechtssicherheit gefährdet, da der dritte Vertragspartner regelmäßig nicht die Umstände kenne, die für die Wirksamkeit der Generalvollmacht maßgebend seien.

¹³⁶ BGH a.a.O. unter Bezugnahme auf RGZ 86, 262.

¹³⁷ Vgl. OLG Hamburg AG 1959, 286, 297 f.

(3) Umdeutung

Nach Auffassung des BGH kann eine unzulässige Generalvollmacht umgedeutet werden, wobei vor allem - aber nicht ausschließlich - eine Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht in Betracht kommt¹³⁸.

(a) Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht

In einer auf das GmbH-Urteil folgenden Entscheidung wies der BGH darauf hin, dass seine bisherige Rechtsprechung nicht die Möglichkeit ausschließe, eine unzulässige Generalvollmacht als eine Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB aufzufassen oder in eine solche umzudeuten¹³⁹. Bei einer unzulässigen Generalvollmacht könne eine wirksame Generalhandlungsvollmacht vorliegen. So war zunächst das Berufungsgericht verfahren. Es hatte nämlich eine wirksame Generalhandlungsvollmacht angenommen. Die Revision wandte sich hiergegen unter Hinweis auf das kurz zuvor ergangene Urteil¹⁴⁰, wonach eine Generalvollmacht auch dann unwirksam ist, wenn ihr sämtliche Gesellschafter zugestimmt hätten. Der BGH stellte fest, dass die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Handlungsvollmacht, die sich auf sämtliche Geschäfte erstrecke, die in einem Geschäftsbetrieb wie dem der GmbH üblich seien und die nicht auf eine unmittelbare Vertretung der GmbH, sondern lediglich auf ein Handeln in (Unter-)Vollmacht des oder der Geschäftsführer gerichtet sei, sich eindeutig aus § 46 Nr. 7 GmbHG ergebe¹⁴¹.

In der mit Urteil vom 8. Mai 1978 entschiedenen Sache kam der BGH zu dem Ergebnis, die GmbH sei trotz unwirksamer Generalvollmacht wirksam verpflichtet worden¹⁴². Die beiden mit Alleinvertretungsbefugnis ausgestatteten Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH erteilten dem dritten gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer eine Vollmacht, in der sie ihn in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der GmbH ermächtigten, die GmbH allein zu vertreten. Die Vollmacht sollte sich "ohne jede Ausnahme auf alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen erstrecken, ...soweit eine Vertretung zulässig

¹³⁸ BGH WM 1987, 1047; BGH WM 1975, 790.

¹³⁹ BGH WM 1978, 1047.

¹⁴⁰ BGH NJW 1977, 199.

¹⁴¹ Der BGH verweist auch noch auf § 89 Abs. 2 AktG.

¹⁴² BGH WM 1978, 1047.

ist". Es bestand die Besonderheit, dass der Bevollmächtigte bei Erteilung der Vollmacht noch gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer der GmbH war. Die Vertretungsmacht eines solchen Geschäftsführers kann nach Auffassung des BGH nicht durch einen Mitgeschäftsführer allgemein in der Weise erweitert werden, dass sie im Ergebnis auf die Umwandlung der bisherigen Gesamtvertretungs- in eine Einzelvertretungsmacht hinauslaufe, ohne dass ein satzungsgerechter Beschluss nach § 46 Nr. 5 GmbHG vorliege. Denn das Gesetz erlaube grundsätzlich nur entweder die Bestellung zum Geschäftsführer mit Alleinvertretungsmacht oder - bei aufrechterhaltener Gesamtgeschäftsführung - konkrete Einzelregelungen entsprechend § 78 Abs. 4 AktG, § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB.

Der BGH ließ es jedoch letztlich dahingestellt, ob die konkrete Vollmacht nun wie eine generelle Handlungsvollmacht zu behandeln sei. Es bestand die Besonderheit, dass der BGH sich bereits zuvor in einem anderen Verfahren, welches den gleichen Lebenssachverhalt betraf, mit der konkreten Generalvollmacht beschäftigt und diese dort in eine Einzelvertretungsbefugnis umgedeutet hatte¹⁴³. Der BGH führte aus, dass jedenfalls alle Voraussetzungen für eine Verpflichtung der GmbH unter dem Gesichtspunkt einer Duldungsvollmacht vorlägen. Der Bevollmächtigte sei mit Wissen und Willen der Gesellschafter weiterhin für die GmbH rechtsgeschäftlich tätig geworden. Es komme nicht darauf an, ob der einzelne Geschäftsabschluss inhaltlich den Vorstellungen der Gesellschafter entsprach, da deren Verhalten nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Bevollmächtigung aufzufassen war¹⁴⁴.

Im Anschluss an dieses Urteil berücksichtigt die nachfolgende Rechtsprechung stets die Möglichkeit einer Auslegung oder Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht, wenn sie eine unwirksame Generalvollmacht annimmt¹⁴⁵. Auf dieses Urteil berief sich auch der BGH in einer späteren Entscheidung und fasste eine Generalvollmacht als Generalhandlungsvollmacht auf¹⁴⁶. Die Un-

¹⁴³ BGH WM 1975, 790.s. auch u. § 3 B. II. 1.a) bb) (3) (b).

¹⁴⁴ BGH WM 1978, 1047, 1048 f.

¹⁴⁵ So z.B. BGH NJW 1989, 164. Der Argumentation aus BGH WM 1978, 1047 folgte auch das SchlHOLG in OLG Report 1997, 388.

¹⁴⁶ BGH NJW 1989, 164. Der Geschäftsführer einer Treuhand- und Beratungsgesellschaft mbH hatte dem Alleingesellschafter Generalvollmacht erteilt. Dieser hatte für die GmbH einen Dar-

übertragbarkeit der organschaftlichen Willensbildung des GmbH-Geschäftsführers schließe nicht die Möglichkeit aus, eine "Generalvollmacht" in geeigneten Fällen als so genannte Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB aufzufassen oder in eine solche umzudeuten. Die Generalvollmacht sei in dem zugrundeliegenden Fall der früheren Entscheidung, in dem die Umdeutung für möglich gehalten wurde¹⁴⁷, mit der Einschränkung "soweit eine Vertretung zulässig ist" erteilt worden. Da die Generalvollmacht in dem vorliegenden Fall ebenfalls mit dieser Beschränkung erteilt worden war, nahm der BGH im Wege der Auslegung an, dass eine Generalhandlungsvollmacht im Sinne des § 54 HGB vorliege, ohne die für die Auslegung maßgeblichen Umstände näher darzulegen.

(b) Umdeutung in Alleinvertretungsbefugnis

Der BGH hatte bereits in einem früheren Verfahren die Umdeutung einer Generalvollmacht vorgenommen, allerdings nicht in eine Generalhandlungsvollmacht, sondern in die Ermächtigung zur Einzelvertretung¹⁴⁸. Es handelte sich um den gleichen Lebenssachverhalt und die gleiche Generalvollmacht wie in der zuvor erwähnten Entscheidung, in der auf die grundsätzliche Möglichkeit der Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht hingewiesen wurde¹⁴⁹.

Der BGH deutete die Generalvollmacht in einen Beschluss der Gesellschafter um, dem Bevollmächtigten die Einzelgeschäftsführung zu erteilen. Dabei ließ es der BGH offen, ob eine Generalvollmacht als solche grundsätzlichen Bedenken unterliege. Die Vollmacht sei ebenso wie die gesetzliche Vertretungsmacht des Geschäftsführers (§ 35 Abs. 1, § 36, § 37 Abs. 2 GmbHG) grundsätzlich unbeschränkt und decke sich damit in der gewollten Wirkung voll mit der Einzelgeschäftsführung. Da auch in der Widerruflichkeit kein Unterschied bestehe (§ 168 Satz 2 BGB, § 38 Abs. 1 GmbHG), könne davon ausgegangen werden, dass die beiden Gesellschafter für den Bevollmächtigten Einzelvertre-

lehensvertrag abgeschlossen. Der Argumentation aus BGH WM 1978, 1047 folgte auch das SchHOLG in OLG Report 1997, 388.

¹⁴⁷ BGH WM 1978, 1047.

¹⁴⁸ BGH WM 1975, 790.

¹⁴⁹ In BGH WM 1975, 790 standen die GmbH und der Bevollmächtigte auf Beklagtenseite.

tung angeordnet hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass einer Generalbevollmächtigung rechtliche Bedenken entgegenständen (§ 140 BGB)¹⁵⁰.

cc) Rechtsprechung sonstiger Gerichte

Die unterinstanzlichen Gerichte orientieren sich ganz überwiegend an der Rechtsprechung des BGH, gehen also von der grundsätzlichen Unzulässigkeit bzw. Unwirksamkeit der Generalvollmacht aus¹⁵¹. Aus dem Rahmen fällt eine Entscheidung des OLG Naumburg, in dem die Generalvollmacht als zulässig und wirksam angesehen wurde¹⁵².

(1) Unzulässigkeit mit Umdeutung

Die unterinstanzlichen Gerichten gehen bei ihrer Beurteilung von der Unzulässigkeit der Generalvollmacht wegen Übertragung organschaftlicher Befugnisse aus, wie dies in dem GmbH-Urteil des BGH dargelegt wurde¹⁵³. Im Anschluss daran wird die Möglichkeit der Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht angesprochen und diese zumeist auch vorgenommen¹⁵⁴. Manchmal führt auch nicht Umdeutung, sondern Auslegung dazu, dass eine Vollmacht als wirksam angesehen wird.

Das Kammergericht Berlin legte in einem Fall eine Vollmacht von vornherein als Handlungsvollmacht nach § 54 HGB aus¹⁵⁵. Eine GmbH hatte einem Kaufmann eine Vollmacht zum Verkauf von Wohnungseigentum erteilt. Das Grundbuchamt sah darin eine unzulässige Übertragung der Geschäftsführung auf einen Dritten und verlangte von der GmbH eine Genehmigung der Erklärungen des Bevollmächtigten. Das Beschwerdegericht sah in der Vollmacht ebenfalls eine unzulässige Generalvollmacht. Das Kammergericht grenzte die zulässige Generalhandlungsvollmacht von der unzulässigen Generalvollmacht

¹⁵⁰ BGH WM 1975, 790, 791.

¹⁵¹ OLG Düsseldorf NZG 1999, 833; SchlHOLG OLG Report 1997, 388; KG WM 1991, 1649.

¹⁵² OLG Naumburg DZWIR 1994, 473.

¹⁵³ BGH NJW 1977, 199.

¹⁵⁴ So z.B. SchlHOLG in OLG Report 1997, 388.

¹⁵⁵ KG WM 1991, 1649.

ab, indem es vor allem auf den Wortlaut der konkreten Vollmacht abstellte¹⁵⁶. Eine Einschränkung auf irgendwelche der Geschäftsführung vorbehaltenen Befugnisse sei nicht erforderlich, da sich dies wegen § 54 Abs. 1 HGB bereits aus der Bezeichnung als Handlungsvollmacht ergebe. Die in der Vollmacht erwähnten Angelegenheiten seien nur solche, auf die sich nach § 54 Abs. 1 HGB eine Handlungsvollmacht erstrecke. Auch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und die in der Vollmachtsurkunde genannten den Grundstücksverkehr betreffenden Geschäften ließen eine Übertragung organschaftlicher Befugnisse nicht erkennen, da dies nur den weiten Umfang der Generalhandlungsvollmacht zum Ausdruck bringe und die Befreiung von den Beschränkungen des § 54 Abs. 2 HGB beinhalte¹⁵⁷. Ob eine unzulässige Generalvollmacht in eine Generalhandlungsvollmacht umgedeutet werden könne, ließ das KG dahingestellt.

Auch in neueren Entscheidungen wird an der Rechtsprechung des BGH festgehalten. So stellte das OLG Düsseldorf kürzlich fest, dass die Befugnisse eines GmbH-Geschäftsführers zur organschaftlichen Willensbildung und die damit verbundene Verantwortung nicht übertragbar seien und daher die einem Nicht-Geschäftsführer erteilte Generalvollmacht selbst dann unwirksam sei, wenn ihr sämtliche Gesellschafter der GmbH zugestimmt hätten¹⁵⁸.

(2) Zulässige Generalvollmacht

Von der vorstehend geschilderten Rechtsprechung hebt sich eine Entscheidung des OLG Naumburg ab, in der die Generalvollmacht bei einer GmbH als wirk-

¹⁵⁶ Die Vollmacht hatte folgenden Inhalt: ” 1. Die Firma S-GmbH erteilt dem Kaufmann M... für den gesamten Geschäftsbetrieb Handlungsvollmacht, sie in allen Angelegenheiten gegenüber Gerichten, Behörden und Privaten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. 2. Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und berechtigt, Untervollmacht zu erteilen. 3. Die Vollmacht berechtigt insbesondere auch a) zum An- und Verkauf und zur Belastung von Grundeigentum sowie sonstiger Verfügung darüber, b) zur Teilung von Grundstücken nach dem WEG, c) zur Abgabe von Schuldanerkenntnissen, zur Unterwerfung der Gesellschaft in die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen, d) zum Geldempfang einschließlich der Einrichtung von Bankkonten und der Verfügung darüber, zum Abschluss von Kreditverträgen aller Art einschließlich der Abgabe von Sicherungszweckerklärungen. Der Bevollmächtigte darf den Vollmachtgeber der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen und ihm gehöriges Grundeigentum unterwerfen (einschließlich Eintragung nach § 800 ZPO).”

¹⁵⁷ KG WM 1991, 1649.

¹⁵⁸ OLG Düsseldorf NZG 1999, 833. Der BGH hat die Revision nicht angenommen.

sam angesehen worden ist¹⁵⁹. Dies ist um so erstaunlicher, als der Wortlaut der Vollmacht zunächst eher auf eine unzulässige Generalvollmacht schließen lässt. Ein Rechtsanwalt wurde von einer Treuhand GmbH mit der Abwicklung von Forderungen und Verbindlichkeiten beauftragt. Er wurde bevollmächtigt, „alle im Rahmen der Tätigkeit eines alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers einer GmbH liegenden Geschäfte für die GmbH zu führen“. Das Gericht führte aus, zwar sei eine Generalvollmacht unwirksam, die so umfassend ist, dass sie die Vertretungsmacht des Geschäftsführers ersetzt, und zwar auch dann, wenn sie vom Geschäftsführer oder vom alleinigen Gesellschafter erteilt wurde. Der Rechtsanwalt sei jedoch aufgrund der Generalvollmacht nicht berechtigt gewesen, die GmbH allein und somit anstelle des Geschäftsführers zu vertreten. Für sich genommen könne die sehr weit gefasste Formulierung der Generalvollmacht allerdings hierauf schließen lassen. Die Vollmacht sei aber im Zusammenhang damit zu sehen, dass die Treuhand GmbH den Anwalt mit der Abwicklung ihrer Forderungen und Verbindlichkeiten beauftragt hätte. In diesem beschränkten Rahmen sei die Vollmacht als wirksam anzusehen. Sie belasse dem Geschäftsführer den eigenverantwortlich wahrzunehmenden Aufgabenbereich (§§ 41, 43 Abs. 3, 64 GmbHG).

Es handelt sich, soweit ersichtlich, um das einzige Urteil aus neuerer Zeit, in dem die Generalvollmacht bei der GmbH als zulässig und wirksam angesehen wurde; es hat insofern Ausnahmecharakter.

b) Literatur

Während ein Teil der Literatur die Generalvollmacht bei der GmbH unter Berufung auf die zentrale GmbH-Entscheidung des BGH für unzulässig erachtet¹⁶⁰, geht der überwiegende Teil der Literatur davon aus, dass aus dem Verbot der Übertragung von Organbefugnissen nicht generell die Unzulässigkeit der Generalvollmacht folge¹⁶¹. Es wird zwischen einer organersetzenden Generalvollmacht und einer solchen Generalvollmacht, die dem Geschäftsführer die

¹⁵⁹ OLG Naumburg DZWir 1994, 473.

¹⁶⁰ Brüggemann, JA 1977, 500, 502, Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 35 Rn 9; Deuchler, WuB II C. § 35 GmbHG 1.92.

¹⁶¹ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 234; Joussem, WM 1994, 273, 277; Baumann, Freundesgabe Weichler, S. 1, 3; Flume, Allgemeiner Teil, § 10 II. c).

organschaftlichen Befugnisse belässt, unterschieden¹⁶². Letztere wird auch als rechtsgeschäftliche Generalvollmacht bezeichnet¹⁶³. Vereinzelt wird keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen organersetzender und rechtsgeschäftlicher Generalvollmacht vorgenommen, sondern die Generalvollmacht grundsätzlich als zulässig angesehen¹⁶⁴. Bei den Autoren, die sich für die Wirksamkeit einer Generalvollmacht aussprechen, durch die keine organschaftlichen Befugnisse übertragen wird, gibt es leichte Meinungsunterschiede, was die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, den Umfang oder die Einordnung als handelsrechtliche oder als zivilrechtliche Generalvollmacht betrifft. Diese unterschiedlichen Standpunkte werden im Rahmen dieser Untersuchung bei den jeweiligen Merkmalen erörtert, so z.B. die Frage, ob die Generalvollmacht auch konkludent erteilt werden kann¹⁶⁵.

aa) Unzulässige organersetzende Generalvollmacht

In der Literatur besteht Einigkeit, dass eine organersetzende oder organvertretende Generalvollmacht in jedem Fall nichtig ist. Die Frage, ob unabhängig hiervon eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht möglich sein kann, stellt sich jedoch nicht für alle Autoren. Während ein Teil der Kommentarliteratur die Argumentation des BGH übernimmt, dass der Geschäftsführer seine organschaftliche Vertretungsmacht nicht im ganzen durch einen anderen ausüben lassen kann, ohne sich mit einer rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht auseinander zu setzen, vertreten einige wenige Autoren ausdrücklich die Auffassung, dass eine Generalvollmacht bei der GmbH in jedem Fall unzulässig ist¹⁶⁶.

Nach dieser Ansicht soll auch eine Generalvollmacht, welche die daneben stehende Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers unberührt lässt, nichtig sein. Begründet wird dies nicht nur mit dem *numerus clausus* der handelsrechtlichen

¹⁶² Z.B. Scholz-Schneider, GmbHG, § 35 Rn 18; K K Schmidt, Handelsrecht, S. 456 f., 482; Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer vor § 48 Rn 7 u. § 54 Rn 16; Hachenburg-Mertens, GmbHG, § 35 Rn 103.

¹⁶³ Vgl. Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 230; Jousen, WM 1994, 273, 277; Scholz-Schneider, GmbHG, § 35 Rn 18.

¹⁶⁴ Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 14 f.; Baumann, Freundesgabe Weichler, S. 1, 4.

¹⁶⁵ S. u. § 3 C. II. 2.

¹⁶⁶ Neben Brüggemann, JA 1977, 500, 502, der die Generalvollmacht im Handelsrecht grundsätzlich als unzulässig ansieht, auch Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 35 Rn 9; Deuchler, WuB II C. § 35 GmbHG 1.92.

Vollmachten, sondern vor allem mit einer ansonsten bestehenden Unsicherheit im Rechtsverkehr. § 35 Abs. 1 GmbHG beruhe auf der Erwägung, dass die Vertretung der Gesellschaft in dem dort vorausgesetzten Sinne nur durch Personen wahrgenommen werden soll, die das Vertrauen der Gesellschafter genießen. Dies sei nicht gegeben, wenn ein Geschäftsführer einen Generalbevollmächtigten ohne Zustimmung der Gesellschafter bestellen könne. Zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten sei daher die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich. Gerade dieses Zustimmungserfordernis bei der Erteilung einer Generalvollmacht könne aber den Rechtsverkehr mangels Einblick in die Interna der Gesellschaft mit einer untragbaren Unsicherheit belasten¹⁶⁷.

Diejenigen Autoren, die die Generalvollmacht entweder allgemein oder bei der GmbH ablehnen, befürworten in Anlehnung an die Rechtsprechung eine Auslegung als bzw. Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht¹⁶⁸. Dabei wird nicht näher konkretisiert, anhand welcher Anhaltspunkte festzustellen ist, ob statt der Generalvollmacht eine Generalhandlungsvollmacht von den Parteien gewollt war.

bb) Zulässige rechtsgeschäftliche Generalvollmacht

Der überwiegende Teil der Literatur ist zwischenzeitlich der Ansicht, dass eine nur rechtsgeschäftliche Generalvollmacht bzw. eine Generalvollmacht, durch die das Verbot der Übertragung von Organbefugnissen nicht umgangen werden soll, zulässig ist¹⁶⁹. Dies gilt insbesondere für diejenigen Autoren, die sich in jüngerer Zeit eingehender mit der Thematik beschäftigt haben¹⁷⁰.

¹⁶⁷ So Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 35 Rn 9, die Möglichkeit, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte zu bestimmen, bleibe davon aber selbstverständlich unberührt.

¹⁶⁸ Brüggemann, JA 1977, 500, 503; Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 35 Rn 9; Deuchler, WuB I C. § 35 1.92; ebenso die frühere Literatur, die nur eine Generalhandlungsvollmacht und nicht eine Generalvollmacht für zulässig hielt, Ripfel, GmbHR 1953, 181; Eder, GmbHR 1962, 225. Ähnlich Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 653 ff.; MünchKomm (HG)-Lieb/Krebs, vor § 48 Rn 81 ff., wonach eine Generalvollmacht an hierarchisch in das Unternehmen eingegliederte Personen zwar nicht als unzulässig, aber als Generalhandlungsvollmacht zu verstehen sei.

¹⁶⁹ Z. B. Scholz-Schneider, GmbHG, § 35 Rn 18; Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, GmbHG, vor § 48 Rn 7 u. § 54 Rn 16; Baumbach/Hopt, HGB, Überbl. v. § 48 Rn 2, Hachenburg-Mertens, GmbHG, § 35 Rn 103, mit der Einschränkung, dass sie jederzeit widerruflich sein muss; ebenso Ensthaler-Nickel, HGB, vor §§ 48-58 Rn 29; K Schmidt, Handelsrecht, § 16 S. 456 f.; 482; Pawlowski, DZWir 1994, 274, 475; Baumbach, Freundesgabe Weichler, S. 1, 3.

¹⁷⁰ Baumann, Freundesgabe Weichler, S. 1, 4; Jousen, WM 1994, 273 ff.; Geitzhaus, GmbHR 1989, 229 ff., Hübner, ZHR 143 (1979), 1 ff.; Spitzbarth, Vollmachten, S. 141 ff.

(1) Keine Übertragung organschaftlicher Befugnisse

Die Zulässigkeit wird damit begründet, dass eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht durch das Verbot der Übertragung organschaftlicher Befugnisse nicht berührt werde¹⁷¹. Die Unwirksamkeit der Generalvollmacht lasse sich weder mit dem Gesellschafterschutz noch mit dem Verkehrsschutz oder den öffentlichen Interessen begründen.

Einige Autoren argumentieren, die Übertragung organschaftlicher Vertretungsbefugnisse an Dritte, also an Nichtorgane, sei von vornherein unmöglich¹⁷². Der Geschäftsführer könne durch die Bestellung eines Generalbevollmächtigten eine Übertragung seiner gesamten Aufgaben auf diesen in keinem Fall bewerkstelligen¹⁷³. Falls eine derartig umfassende Generalvollmacht freilich vom Vollmachtgeber beabsichtigt worden sei, sei sie jedenfalls unwirksam. Üblicherweise solle durch eine Generalvollmacht aber nur rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis übertragen werden, die die Befugnisse der organschaftlichen Vertreter unberührt lasse.

(2) Gesellschafter- und Verkehrsschutz

Im Weiteren wird vertreten, ein Schutz der Gesellschafter sei grundsätzlich dann nicht erforderlich, wenn überhaupt ein Geschäftsführer bestellt worden sei, der den Gesellschaftern nach § 43 GmbHG hafte und diese Verantwortung auch nicht auf einen anderen abwälzen dürfe¹⁷⁴. Eines Schutzes der Gesellschafter vor sich selbst bedürfe es vor allem auch dann nicht ein, wenn die Gesellschafter der Bestellung zum Generalbevollmächtigten einstimmig zugestimmt hätten. Die Argumentation des BGH¹⁷⁵, der einen Schutz der Alleinge-

¹⁷¹ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 153; *Geitzhaus*, GmbHHR 1989, 229, 230; *Joussen*, WM 1994, 273, 277; *Scholz-Schneider*, GmbHG, § 35 Rn 18.

¹⁷² *Joussen*, WM 1994, 273, 277; *Scholz-Schneider*, GmbHG, § 35 Rn 14; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 5; *Hübner*, ZHR 142, (1979), 1, 15; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 153; ebenso *Brüggemann*, JA 1979, 500, 501.

¹⁷³ So *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 14, nach dessen Ansicht man allenfalls bei einer unwider-rufflichen Generalvollmacht ein "Aus-der-Hand-Geben" der Geschäftsführung annehmen könne.

¹⁷⁴ *Geitzhaus*, GmbHHR 1989, 229, 231.

¹⁷⁵ BGH NJW 1977, 199.

sellschafterin, die der Ernennung zum Generalbevollmächtigten zugestimmt hatte, für erforderlich halte, sei daher nicht stichhaltig¹⁷⁶.

Der Verkehrsschutz wird nicht nur gegen, sondern auch als Argument für die Zulässigkeit der Generalvollmacht verwendet. Dem Rechtsverkehr sei grundsätzlich am meisten mit einer möglichst umfassenden Vollmacht gedient¹⁷⁷. Der Sicherheit des Rechtsverkehrs werde im Übrigen dadurch Rechnung getragen, dass im Handelsregister und auf Geschäftsbriefen i.S.d. § 35 a GmbHG die Personen der Geschäftsführer anzugeben seien¹⁷⁸. Damit stehe für jeden Dritten, der Zweifel an der Vertretungsmacht eines Generalbevollmächtigten habe, fest, wer in jedem Falle zur Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen befugt sei. Darüber hinaus sei es ohnehin gleichgültig, ob der oder die Geschäftsführer tatsächlich die Geschäfte führten und im Einzelfall nach außen aufträten. Entscheidend sei, dass die Geschäftsführer die entsprechende Organstellung inne hätten¹⁷⁹. Dem Verkehrsschutz sei auch dadurch Genüge getan, dass eine Generalvollmacht in eine Vollmacht nach § 164 ff. BGB oder eine Generalhandlungsvollmacht umgedeutet werden könne; zudem griffen die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung¹⁸⁰.

(3) Öffentliche Pflichten

Es besteht bei den meisten Autoren Einigkeit, dass bestimmte öffentliche Pflichten ausschließlich den Geschäftsführern als Organ der GmbH zugewiesen seien¹⁸¹. Zu den öffentlichen Pflichten werden insbesondere die Aufstellung des Jahresabschlusses¹⁸², Anmeldungen zum Handelsregister sowie die Stellung des Insolvenzantrags¹⁸³ gezählt, des Weiteren alle strafrechtlich sanktio-

¹⁷⁶ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 231.

¹⁷⁷ Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 5.

¹⁷⁸ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 231.

¹⁷⁹ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 231.

¹⁸⁰ Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 19 f.

¹⁸¹ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 231 f.; Jousen, WM 1994, 273, 278; Baumann, Freundesgabe Weichler, S. 1, 7; a. A. Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 4.

¹⁸² § 264 HGB.

¹⁸³ § 64 Abs. 1 GmbHG, früher Konkurs- und Vergleichsantrag nach §§ 63, 64 GmbHG a.F. Hier gibt es unterschiedliche Auffassungen darüber, ob der Generalbevollmächtigte neben dem Geschäftsführer einen solchen Antrag stellen kann, s. hierzu näher beim Umfang, § 3 D. II. 3. c) bb) (1).

nierten Pflichten der Geschäftsführer¹⁸⁴, sowie die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung¹⁸⁵.

Hübner vertritt die Auffassung, dass auch der Generalbevollmächtigte neben dem Geschäftsführer öffentliche Pflichten ausüben könne, wie z.B. den Insolvenzantrag stellen, da er eine dem Organ vergleichbare Vertretungsmacht inne habe und es sich nicht um höchstpersönliche Pflichten handle¹⁸⁶. Der Organvertreter bleibe zwar für die Erfüllung öffentlicher Pflichten zivilrechtlich und strafrechtlich verantwortlich, es sei aber vorteilhaft, wenn diese auch durch den Generalbevollmächtigten wahrgenommen werden könnten¹⁸⁷.

Die überwiegende Auffassung geht davon aus, dass der Generalbevollmächtigte keinen Zugang zu dem Kernbereich der öffentlichen Pflichten habe, der Geschäftsführer mithin stets verantwortlich bleibe¹⁸⁸. Anderenfalls könnte es zu einer Konstellation kommen, dass ein Generalbevollmächtigter aufgrund seiner sich aus dem Anstellungsvertrag und Direktionsrecht ergebenden Weisungsabhängigkeit im Bereich der öffentlichen Pflichten entgegen dem Geschäftsführer handeln könnte¹⁸⁹. Der Generalbevollmächtigte bleibe anders als der Geschäftsführer auch in diesem Bereich von den Weisungen der Gesellschafter abhängig. Insofern komme auch eine ergänzende Generalbevollmächtigung nicht in Betracht.

Unabhängig davon bestehe aber die Möglichkeit einer Einzelbevollmächtigung im organschaftlichen Bereich, etwa bei einer Bevollmächtigung zur Handelsregistereintragung, was jedoch mit der rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht nichts zu tun habe¹⁹⁰. Eine den Bereich der öffentlichen Pflichten umfassende Bevollmächtigung sei zwar ausgeschlossen; sie wäre als organvertretende Generalbevollmächtigung unzulässig. Deshalb könne jedoch nicht die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht, bei der die öffentlichen

¹⁸⁴ §§ 79, 82, 84 GmbHG.

¹⁸⁵ § 49 GmbHG.

¹⁸⁶ So *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 21 f., näheres hierzu auch beim Vollmachtsumfang, 3 C. II 3 c).

¹⁸⁷ *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 22.

¹⁸⁸ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 231; *Joussen*, WM 1994, 273, 278; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 7.

¹⁸⁹ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 232.

¹⁹⁰ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 233. Zur Möglichkeit einer Einzelbevollmächtigung bei organschaftlichen Pflichten s. § 3 D II 3 c) cc).

Pflichten ausschließlich den Geschäftsführern vorbehalten bleiben, verneint werden¹⁹¹.

(4) Umdeutung

Nach Ansicht mancher Autoren kann die Generalvollmacht ausnahmsweise unzulässig bzw. nichtig sein, wenn mit ihr das Verbot der Übertragung von Organbefugnissen umgangen werden soll, wenn also die Parteien wirklich die Übertragung der organschaftlichen Vertretungsmacht gewollt hätten¹⁹². In diesem Fall wird eine Umdeutung auch von denjenigen Autoren, die grundsätzlich von einer wirksamen Generalvollmacht ausgehen, allgemein bejaht¹⁹³. Dabei geht man überwiegend davon aus, dass die Parteien grundsätzlich eine wirksame Bevollmächtigung gewollt haben, was regelmäßig zur Annahme einer Generalhandlungsvollmacht führt.

Geitzhaus hält indessen die Umdeutung einer organvertretenden Generalvollmacht für schlechthin ausgeschlossen; eine ausnahmsweise unzulässige rechtsgeschäftliche Generalvollmacht könne dagegen sowohl in eine Generalhandlungsvollmacht als auch in eine Prokura umgedeutet werden¹⁹⁴. Die vom BGH vorgenommene Umdeutung einer unwirksamen Generalvollmacht in eine Generalhandlungsvollmacht sei von den Parteien nicht gewollt, da diese die Übertragung einer umfangreicheren Vertretungsmacht beabsichtigten. Die Parteien wollten vielmehr (§ 140 BGB), dass der Generalbevollmächtigte nicht nur nach außen erkennbar über Generalhandlungsbevollmächtigten und Prokuristen stehen, sondern auch eine entsprechend weite Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis haben solle, die Prokuristen aufgrund ihrer Vertreterstellung nicht zukomme¹⁹⁵. Zunächst hätte der BGH eine Umdeutung der organvertretenden in eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht erwägen müssen. Dies schließe in aller Regel den Umfang der in § 49 Abs. 1 HGB bezeichneten Vertretungsmacht ein. Sofern man die rechtsgeschäftliche Generalvollmacht für unwirksam halte, komme eine Umdeutung in die handelsrechtlichen Vollmach-

¹⁹¹ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 231.

¹⁹² Vgl. *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 14 f.; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 4.

¹⁹³ *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 19; *Flume*, Allgemeiner Teil, § 10 II. c); *Röhricht/v. Westphalen-Wagner*, HGB, § 49 Rn 23.

¹⁹⁴ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 234.

¹⁹⁵ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 234.

ten in Betracht, wobei dann an eine Umdeutung in eine Prokura und nicht nur in eine Handlungsvollmacht zu denken sei. Unschädlich sei es dabei, wenn der "Generalbevollmächtigte" nicht als Prokurist im Handelsregister eingetragen sei, da die Eintragung nach § 53 HGB nur deklaratorisch und nicht konstitutiv wirke¹⁹⁶. *Geitzhaus* hält eine Umdeutung der organvertretenden Generalvollmacht allerdings deswegen für ausgeschlossen, weil die Rechtsordnung nicht nur das Mittel, sondern den Erfolg missbillige. Nicht die Vertretungsform werde missbilligt, sondern die Anmaßung von Organfunktion und die Verdrängung der Geschäftsführer. Die Umdeutung einer rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht komme hingegen nicht in Betracht, da sie grundsätzlich zulässig sei¹⁹⁷. Soweit die rechtsgeschäftliche Generalvollmacht ausnahmsweise unzulässig sei, komme die Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht oder Prokura in Betracht. Überschreite der Bevollmächtigte dann den Rahmen der jeweiligen standardisierten handelsrechtlichen Vollmacht, sei er im Außenverhältnis Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) und im Innenverhältnis Geschäftsführer ohne Auftrag. Faktisch beständen hierzu aber nicht viele Möglichkeiten, da der Umfang von Prokura oder Generalhandlungsvollmacht bereits außerordentlich weit sei¹⁹⁸.

2. Generalvollmacht bei Personengesellschaften und sonstigen Gesellschaftsformen

a) Rechtsprechung

Der BGH hatte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1962 festgestellt, dass die Erteilung einer über die Prokura hinausgehenden Generalvollmacht bei Personengesellschaften zulässig sei¹⁹⁹. Es finden sich einzelne Entscheidungen anderer Gerichte, die eine Generalvollmacht ebenfalls für zulässig halten²⁰⁰. Daneben gibt es gerichtliche Entscheidungen, die Sachverhalte bei Personen-

¹⁹⁶ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 234

¹⁹⁷ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 234.

¹⁹⁸ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 278, 283.

¹⁹⁹ BGHZ 36, 292.

²⁰⁰ KGJ 32, A 187; RG HRR 1929, 23; OLG Hamm MDR 1979, 848.

gesellschaften betreffen, sich aber gleichwohl an der Argumentation des BGH zur Unzulässigkeit bei Generalvollmacht bei der GmbH²⁰¹ orientieren²⁰².

aa) Zulässige Generalvollmacht

In einer kurz vor dem GmbH-Urteil ergangenen Entscheidung führte der BGH aus, dass in einer Personenhandelsgesellschaft die Möglichkeit bestehe, einen Dritten mit einer umfassenden Vollmacht, einer Generalvollmacht, auszustatten, die über den gesetzlich festgelegten Umfang einer Prokura hinausgehe²⁰³. Der BGH wandte sich zunächst gegen die im Schrifttum vertretene Auffassung²⁰⁴, dass eine echte Übertragung der gesellschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis auf einen Dritten möglich sei. Bei der Geschäftsführungsbefugnis handele es sich nämlich um ein echtes gesellschaftliches Verwaltungsrecht, welches nicht von dem Gesellschaftsanteil abgespalten und nicht ohne diesen auf einen Dritten übertragen werden könne (§ 717 Satz 1 BGB). Ein Dritter könne von einem geschäftsführenden Gesellschafter aufgrund einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Bestimmung in einem sehr umfassenden Sinne mit Geschäftsführungsaufgaben betraut werden, er erhalte dadurch aber nicht die eigentliche Geschäftsführung i.S.d. § 114 HGB. Das Rechtsverhältnis des Dritten werde nicht durch gesellschaftsrechtliche Grundsätze, insbesondere nicht durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bestimmt; § 117 HGB sei nicht anwendbar. Die Geschäftsführung stehe ihm nicht als eigenständiges Recht zu, und die geschäftsführenden Gesellschafter könnten ihm Weisungen erteilen und ihn auch abberufen. Er unterliege bei der Durchsetzung seines Vergütungsanspruchs auch nicht den Beschränkungen wie ein geschäftsführender Gesellschafter, da er Drittgläubiger sei und auch die einzelnen Gesellschafter nach § 128 HGB in Anspruch nehmen könne. Bei dieser Rechtslage sei es nicht richtig, von einer "Übertragung" der Geschäftsführung auf einen Dritten zu sprechen, selbst wenn der Dritte in einem sehr umfassenden Umfang mit Geschäftsführungsaufgaben in der Gesellschaft beauftragt worden sei. Diese rechtliche Beurteilung schließe nicht die Möglichkeit aus, dass der Gesell-

²⁰¹ BGH NJW 1977, 199; BGH WM 1978, 1047.

²⁰² OLG Hamm MDR 1978, 224; LG München MittBayNot 1997, 246; OLG München NJW-RR 991, 893.

²⁰³ BGHZ 36, 292.

²⁰⁴ Schlegelberger-Martens, HGB, § 114 Rn. 6.

schaftsvertrag einem geschäftsführenden Gesellschafter, etwa mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse das Recht einräume, einen Dritten im weiten Umfang mit Geschäftsführungsaufgaben zu betrauen²⁰⁵.

Der BGH führte sodann aus, es sei zwar an dem Grundsatz festzuhalten, dass die organschaftliche Vertretungsbefugnis eines vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht auf einen Dritten, einen Nicht-Gesellschafter, übertragen werden und ein Dritter also nicht organschaftlicher Vertreter einer Personenhandelsgesellschaft sein könne. Dieser Grundsatz schließe jedoch nicht aus, dass ein Dritter mit Generalvollmacht, die auch noch über den gesetzlich festgelegten Umfang einer Prokura hinausgeht, ausgestattet werden könne. Die Erteilung einer solchen Vollmacht sei der Personenhandelsgesellschaft ebenso wenig verwehrt wie einer natürlichen Person oder einer juristischen Person. Eine Umgehung des Verbots einer Übertragung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis könne darin nicht erblickt werden. Der Generalbevollmächtigte erhalte durch eine solche Vollmacht nicht etwa die Stellung eines gesetzlichen bzw. organschaftlichen Vertreters, diese Stellung verbleibe vielmehr bei dem zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafter. Von einer Übertragung dieser Befugnis könne daher bei einer solchen Gestaltung der Verhältnisse nicht gesprochen werden²⁰⁶.

Auch andere Gerichte grenzen die zulässige Übertragung von Vertretungsmacht von der unzulässigen Übertragung organschaftlicher Befugnisse bei den verschiedensten Gesellschaftsformen ab.

Das Kammergericht vertrat bereits früh die Auffassung, bei einer juristischen Person könne eine unzulässige Generalvollmacht nur dann vorliegen, wenn der Vorstand der juristischen Person seine gesamten organschaftlichen Befugnisse auf den Bevollmächtigten übertrage und dann als Vertretungsorgan vollständig ausscheide²⁰⁷. Das Gericht führt in seiner Entscheidung aus, dass es für die

²⁰⁵ Im vorliegenden Fall sei ein solches Recht durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages wirksam begründet worden, BGHZ 36, 292, 294. Aus der Entscheidung sind weitere Einzelheiten zum Sachverhalt nicht zu entnehmen.

²⁰⁶ BGHZ 36, 292, 295.

²⁰⁷ Bei der Entscheidung KGJ 32, A 187 aus dem Jahre 1906 ging es darum, dass ein aus zwölf Mitgliedern bestehender Vorstand eines Krankenhauses Generalvollmacht an drei seiner Mit-

Zulässigkeit einer Bevollmächtigung keinen Unterschied mache, ob die Vollmacht einen engen oder weiteren Umfang habe. Zwar bestehe nach dem geltenden Recht hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen kein Unterschied mehr zwischen einer Vollmacht zu einzelnen Angelegenheiten und einer Generalvollmacht, es sei jedoch zu beachten, dass für eine juristische Person ebenso wie für eine natürliche Person ein Generalbevollmächtigter nur in der Weise bestellt werden dürfe, dass er von der Willensbildung der durch den Vorstand vertretenen juristischen Person abhängig bleibe. Die Bestellung eines Generalbevollmächtigten enthalte allerdings üblicherweise nicht die Übertragung der gesamten Vorstandsrechte, da der Vorstand nach wie vor Vertretungsorgan bleibe. Für das Kammergericht war dabei ein wichtiger Aspekt, dass die Vollmacht im entschiedenen Fall jederzeit widerruflich war.

Das Reichsgericht hatte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1928 keine Bedenken gegen die Erteilung einer Generalvollmacht an ein gesamtvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied, welches dadurch zum alleinvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied wurde²⁰⁸. Da das Einverständnis aller Organe der Aktiengesellschaft zur Vollmachterteilung vorlag, werde der Gesellschaft nicht unter Umgehung der angeordneten Gesamtvertretung ein anderer Vertreter aufgedrängt²⁰⁹. Die Stellung eines gesetzlichen Vertreters könne durch eine Bevollmächtigung nicht geschaffen werden.

Das OLG Hamm sah bei einer Kommanditgesellschaft eine Generalvollmacht als wirksam an, die eine persönlich haftende Gesellschafterin, eine schon hochbetagte Dame, ihrer Tochter erteilt hatte, welche zugleich auch als ihre Gebrechlichkeitspflegerin eingesetzt war²¹⁰. Der andere persönlich haftende Gesellschafter sei verpflichtet, es zu dulden, dass die Tochter anstelle der Gesellschafterin die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse wahrnehme. Nach dem Gesellschaftsvertrag oblag die Geschäftsführung und Vertretung den persönlich haftenden Gesellschaftern, wobei jeder einzelvertretungs- und geschäftsführungsbefugt war und vereinbart war, dass die Komplementäre ihre

glieder erteilt hatte. Dem Krankenhaus waren die Rechte einer juristischen Personen durch Allerh. Erlass vom 17.01.1887 verliehen worden.

²⁰⁸ RG HRR 1929, 23.

²⁰⁹ Das RG hielt damit ausdrücklich die in RG JW 1912, 526 und RGZ 86, 265 vorgetragene Bedenken für nicht beachtlich, RG HRR 1929, 23 f.

²¹⁰ OLG Hamm MDR 1979, 848.

volle Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellen müssen. Die Gesellschafterin war wegen ihres hohen Alters und fehlender Geschäftskennntnisse zu der ihr nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Geschäftsführung und Vertretung nicht in der Lage. Das Gericht stützte sich auf die Argumentation des BGH zur Generalvollmacht bei Personenhandelsgesellschaften²¹¹ und führte aus, im entschiedenen Fall liege eine Übertragung der organschaftlichen Befugnisse nicht vor. Unabhängig von der Bevollmächtigung bejahte es zudem eine Vertretungsbefugnis aufgrund der Bestellung als Pflegerin²¹².

bb) Umdeutung bei Unzulässigkeit

Das Reichsgericht begründete in einer Entscheidung aus dem Jahre 1912 die Unwirksamkeit einer Generalvollmacht bei einer Aktiengesellschaft damit, dass durch sie die gesamten Vorstandsrechte übertragen worden seien²¹³. Ein Vorstandsmitglied hatte dem einzigen anderen Vorstandsmitglied Vollmacht erteilt, ihn in allen Angelegenheiten der Gesellschaft zu vertreten. Das Reichsgericht argumentierte, hierdurch werde vertraglich vorgesehene Gesamtvertretung ausgeschaltet, weswegen der Vorstand nicht mehr so handeln könne, wie es satzungsmäßig vorgesehen gewesen sei.

Eine unzulässige Übertragung von Vorstandsbefugnissen im Zusammenhang mit satzungsmäßig vorgesehener Gesamtvertretung bei einem Verein bejahte das OLG Hamm²¹⁴. Zu beurteilen war der Fall, dass der Geschäftsführer eines Vereins einem Dritten Generalvollmacht erteilt hatte, wobei in der Satzung Gesamtvertretung durch zwei Vorstandsmitglieder vorgesehen war. Das OLG führte aus, dass der Bevollmächtigte für den Verein als unechter Gesamtvertreter auftreten sollte, und zwar unabhängig von der Willensbildung des Vollmachtgebers für das konkrete Geschäft. Zwar sei eine rechtsgeschäftliche Vollmachterteilung durch den Verein sowohl für einzelne Angelegenheiten als auch in Form der Generalvollmacht zulässig, sie müsse aber durch den Vorstand als Vertretungsorgan des Vereins erfolgen und der Bevollmächtigte müs-

²¹¹ BGHZ 36, 292.

²¹² OLG Hamm MDR 1979, 848, 849.

²¹³ RG JW 1912, 526.

²¹⁴ OLG Hamm MDR 1978, 224.

se immer von der Entschließung der durch den Vorstand vertretenen juristischen Person als der Vollmachtgeberin abhängig bleiben. Eine Bevollmächtigung Dritter dürfe nicht die Mitwirkung dieses Dritten bei einem Organhandeln des Vereins zum Ergebnis haben, da dies gegen das Prinzip der organschaftlichen Vertretung des Vereins verstoße²¹⁵.

Das LG München beurteilte eine Generalvollmacht als unzulässig, die ein alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft einem Dritten erteilt hatte²¹⁶. Der Gesellschafter bevollmächtigte den Dritten, ihn in allen persönlichen und Vermögensangelegenheiten zu vertreten, bei denen eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist. Der Bevollmächtigte wurde bei einer Hypothekenbestellung für die KG tätig. Das Gericht führte aus, ein Dritter könne zwar grundsätzlich von einem Geschäftsführer in sehr umfassenden Sinne mit Geschäftsführungsaufgaben betraut werden, dies dürfe jedoch nicht dazu führen, dass der Bevollmächtigte, ohne zum Geschäftsführer bestellt zu sein, alle Funktionen eines solchen wahrnehmen und damit anstelle eines Geschäftsführers wie ein Vertretungsorgan tätig sein könne. Eine solche unwirksame Generalvollmacht könne aber umgedeutet werden in eine Generalhandlungsvollmacht entsprechend § 54 HGB oder in eine solche, die sich auf sämtliche Geschäfte beziehe, die im Geschäftsbetrieb üblich seien und die nicht auf unmittelbare Vertretung der Gesellschaft, sondern des Geschäftsführers gerichtet sei. Im konkreten Fall verneinte das Gericht allerdings eine Umdeutungsmöglichkeit, da eine Generalhandlungsvollmacht nach § 54 Abs. 2 HGB nicht zu einer Vertretung des Vollmachtgebers bei der Bestellung einer Hypothek berechtige²¹⁷.

Das OLG München legte in einem Urteil dar, eine von Vorstandsmitgliedern einem anderen Vorstandsmitglied erteilte Generalvollmacht könne die satzungsmäßig vorgesehene Gesamtvertretung nicht in eine Alleinvertretungsbefugnis ändern²¹⁸. Der Vorstandsvorsitzenden eines Vereins, dem zwei Vorstandsmitglieder Generalvollmacht erteilt hatten, veräußerte Wertpapiere des Vereins an sich selbst. Das Gericht führte aus, das gesamtvertretungsberechtig-

²¹⁵ OLG Hamm MDR 1978, 224.

²¹⁶ LG München MittBayNot 1997, 246.

²¹⁷ LG München MittBayNot 1997, 246.

²¹⁸ OLG München NJW-RR 1991, 893.

te Mitglied handele stets als Gesellschaftsorgan und nicht als Bevollmächtigter, etwa aufgrund einer ihm durch andere Gesamtvertreter erteilte Handlungsvollmacht. Niemand könne nämlich in demselben Bereich gleichzeitig gesetzliche und gewillkürte Vertretungsmacht innehaben; die gesetzliche Vertretungsmacht und die daraus fließende Verantwortung und die Haftung des Vereins für organschaftliches Handeln seien unteilbar. Die Satzungsregel der Gesamtvertretungsbefugnis diene dem Schutz des Vereins vor den Vorstandsmitgliedern und könne, wenn die Satzung keine anderslautende Ermächtigung enthalte, nicht von den Vorstandsmitgliedern selbst geändert werden. Die Generalvollmacht enthalte keine wirksame Ermächtigung zur Alleinvertretung und selbst eine solche hätte nicht ausgereicht, um die erforderliche Vertretungsmacht herbeizuführen, da eine generelle Gestattung des Selbstkontrahierens einer Satzungsänderung bedurft hätte²¹⁹.

b) Literatur

In der Literatur wird ganz überwiegend nicht zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften differenziert, nur vereinzelt wird eine Generalvollmacht bei Personengesellschaften im Anschluss an das diesbezügliche BGH-Urteil anders als bei der GmbH als unproblematisch angesehen²²⁰. Die meisten Autoren halten diese Differenzierung jedoch nicht für sachgerecht, sei es, dass sie die Generalvollmacht bei allen Gesellschaftsformen als zulässig erachten²²¹ oder sie einheitlich im handelsrechtlichen Bereich ablehnen²²². Eine neuere Auffassung hält bei in das Unternehmen eingegliederten Personen nur die handelsrechtlichen Vollmachten für zulässig und ordnet die Generalvollmacht dementsprechend als eine qualifizierte Generalhandlungsvollmacht ein²²³.

²¹⁹ OLG München NJW-RR 1991, 893.

²²⁰ *Carlé*, KÖSDI 1988, 7465, 7469.

²²¹ So ausdrücklich GroßKomm(HGB)-*Joost*, § 48 Rn 48; *Ensthaler-Nickel*, HGB, vor §§ 48-58 Rn 29.

²²² Wie z. B. *Brüggemann*, JA 1977, 500, 502.

²²³ MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 79 ff., *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 639, 651 ff.

Sowohl bei Personen- als auch bei Kapitalgesellschaften können Generalvollmachten eine Rolle spielen, die im Rahmen von Betriebsführungsverträgen erteilt werden²²⁴. Dabei wird regelmäßig weder bei OHG oder KG ein Verstoß gegen das Prinzip der Selbstorganschaft noch bei AG oder GmbH eine Übertragung organschaftlicher Vertretungsbefugnisse angenommen²²⁵.

3. Stellungnahme

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Wirksamkeit einer Generalvollmacht im gesellschaftsrechtlichen Bereich kommt es entscheidend darauf, ob man eine umfassende Übertragung organschaftlicher Vertretungsmacht durch eine Generalvollmacht überhaupt für möglich hält. Dies lässt sich jedoch - entgegen den Ausführungen des BGH in seinem GmbH-Urteil²²⁶ - nicht überzeugend begründen. Weder der Schutz der Gesellschafter noch die Belange des Rechtsverkehrs, noch die öffentlichen Pflichten der organschaftlichen Vertreter führen dazu, dass eine Generalvollmacht wegen des Verbots der Übertragung organschaftlicher Befugnisse als generell unzulässig anzusehen ist.

a) Übertragung organschaftlicher Befugnisse

Ein Verstoß gegen das Verbot der Übertragung von Organbefugnissen setzt voraus, dass es überhaupt möglich ist, durch eine Generalvollmacht ein Gesellschaftsorgan in seiner Vertretungsfunktion zu ersetzen. Dem steht jedoch entgegen, dass organschaftliche Befugnisse gar nicht durch rechtsgeschäftliche Vollmacht übertragen werden können.

Als organschaftliche Vertretung wird allgemein die Vertretung von Körperschaften und auch von Personengesellschaften bezeichnet²²⁷. Die juristische

²²⁴ Vgl. BGH WM 1982, 394 (Holiday Inn-Fall); hierzu *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 ff.; allgemein zur Zulässigkeit von Betriebsführungsverträgen und damit verbundener Generalvollmacht *Loos*, BB 1963, 615 ff.

²²⁵ *Loos*, BB 1963, 615, 616 ff.; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 24 f., der allerdings eine unwiderriefliche Generalvollmacht als nichtig ansieht.

²²⁶ BGH NJW 1977, 199, 200.

²²⁷ Vgl. *Beuthien*, NJW 1999, 1142, der den Begriff der organschaftlichen Vertretung kritisiert. Da der Begriff aber bisher allgemein gebräuchlich ist, wird er - unabhängig von der Berechtigung der Kritik - hier beibehalten.

Person wird durch ihre Organe selbst Handlungs- und Willenträger²²⁸. Der organschaftlichen Vertretung kommt eine besondere rechtliche Qualität zu, da die Gesellschaft erst durch sie zum Leben erweckt wird²²⁹. Die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft ist bei juristischen Personen ebenso wie bei Personengesellschaften ausschließlich den gesetzlich vorgesehenen Vertretungsorganen der Gesellschaft vorbehalten²³⁰. Sie ist streng von einer rechtsgeschäftlichen Vertretung durch Bevollmächtigte zu trennen.

Es überzeugt daher nicht, dass der BGH nicht ausdrücklich zwischen organeretzender und rechtsgeschäftlicher Generalvollmacht differenziert. Aus seinen Ausführungen geht nicht hervor, dass er sich überhaupt damit befasst hat, ob und inwieweit eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht zulässig sein könnte. Obwohl das Gericht nicht explizit etwas gegen die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht vorbringt, legt seine Argumentation nahe, dass es die Erteilung einer Generalvollmacht bei der GmbH generell als Verstoß gegen das Verbot der Übertragung organschaftlicher Vertretungsmacht ansieht. Zum einen führt es nicht aus, wie und wodurch genau bei der Generalvollmacht organschaftliche Befugnisse übertragen wurden. Zum anderen wird auch keine Aufrechterhaltung bzw. Umdeutung in eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht in Betracht gezogen, also in eine Vollmacht, die zwar umfassend ist, aber eben nicht zu organschaftlichen Handlungen ermächtigt. Die Rechtsprechung des BGH kann daher nur so verstanden werden, dass er eine Generalvollmacht bei der GmbH grundsätzlich für unwirksam erachtet. Den Autoren, die davon ausgehen, dass sich der BGH zur Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht nicht geäußert habe, und diese Frage daher noch offen sei²³¹, kann deshalb nicht zugestimmt werden.

Die organschaftliche Vertretung ist bei den einzelnen Gesellschaftsformen gesetzlich ausgestaltet. Bei der GmbH geschieht die Bestellung der Geschäftsfüh-

²²⁸ Zu der Bedeutung der von *von Gierke* entwickelten Organtheorie, die sich gegenüber der von *von Savigny* geprägten Vertretertheorie durchgesetzt hat, für die Zulässigkeit der Generalvollmacht vgl. *Joussen*, WM 1994, 273, 276 f.; *Leiner*, Generalvollmacht, S. 67 f.; allgemein *Beuthien*, FS Zöllner, S. 87, 91 ff., *K Schmidt*, Handelsrecht, S. 454.

²²⁹ *Leiner*, Generalvollmacht, S. 67; *Joussen*, WM 1994, 273, 277.

²³⁰ Zur Unterscheidung zwischen mitgliedschaftlichen Befugnissen bei Personengesellschaften und organschaftlichen Befugnissen bei juristischen Personen s. *Beuthien*, NJW 1999, 1142, 1144.

²³¹ *Geitzhaus*, GmbH 1989, 229, 234; *Joussen*, WM 1994, 273, 277.

rer durch den Gesellschaftsvertrag oder die Gesellschafter (§§ 6 Abs. 3 Satz 2, 46 Nr. 5 GmbHG). Den Geschäftsführern obliegt allein die organschaftliche Vertretung. Es trifft sie auch die Haftung, der sie sich nicht entziehen können (§§ 35 Abs. 1, 43 GmbHG). Da Geschäftsführer nur sein kann, wer ordnungsgemäß dazu bestellt wurde, ist die Übertragung der organschaftlichen Vertretung durch rechtsgeschäftliche Vollmacht bereits von vornherein kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die Übertragung organschaftlicher Befugnisse durch ein Rechtsgeschäft auf Dritte ist somit rechtlich gar nicht möglich²³².

Es liegt in der Natur jeder Generalvollmacht, dass sie nach dem Wortlaut der bevollmächtigenden Erklärung zunächst auch Fälle umfasst, die kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen sind²³³. Dies wird im allgemeinen zivilrechtlichen Bereich besonders deutlich. Falls jemand einen Dritten ermächtigt, ihn in allen Angelegenheiten zu vertreten, so umfasst dies nach dem Wortlaut auch höchstpersönliche Geschäfte, wie etwa die Testamentserrichtung. Dies ist gesetzlich nicht möglich (vgl. § 2064 BGB). Eine "gewöhnliche" Generalvollmacht erfasst daher von vornherein keine höchstpersönlichen und auch keine völlig außergewöhnlichen Rechtsgeschäfte. Falls eine Generalvollmacht nach dem Willen des Vollmachtgebers ausnahmsweise doch zu einer Vertretung bei höchstpersönlichen Geschäften ermächtigen soll, ist sie in dieser konkreten Gestalt unwirksam, kann aber mit entsprechend reduziertem Umfang aufrechterhalten werden, sofern nicht gerade der unzulässige Teil von entscheidender Bedeutung sein soll²³⁴. Lediglich das höchstpersönliche Rechtsgeschäft ist dann nicht vom Umfang der Vollmacht gedeckt. Es wird also eine geltungserhaltende Reduktion vorgenommen²³⁵. Entscheidend ist, dass die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Generalvollmacht nicht grundsätzlich dadurch berührt wird, dass bestimmte Geschäfte kraft Gesetzes ausgenommen sind.

Auch bei der Generalvollmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht ist keine andere Behandlung geboten. Wegen des Verbots der Übertragung organschaftlicher Befugnisse ist keineswegs generell jede Generalvollmacht unwirksam.

²³² So bereits die Argumentation des KG in JFG 3, 272, 277, ebenso Scholz-Schneider, GmbHG, § 35 Rn 14. Vgl. auch Brüggemann, JA 1977, 500, 501 f; Baumann, Freundesgabe Weichler, S. 1, 3.

²³³ Baumann, Freundesgabe Weichler, S. 1, 5.

²³⁴ Und auch keine sonstigen Unwirksamkeitsgründe vorliegen.

²³⁵ Vgl. Baumann, Festgabe Weichler, S. 1, 5.

Wurde im Einzelfall vom Vollmachtgeber die Übertragung von organschaftlichen Befugnissen beabsichtigt, um das "Gebot" der organschaftlichen Vertretung bewusst zu umgehen, ist die Generalvollmacht ausnahmsweise unwirksam. Diese atypische Fallgestaltung kann jedoch argumentativ nicht dazu genutzt werden, die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Generalvollmacht im Allgemeinen zu verneinen. In einem solchen Fall stellt sich dann die Frage, ob eine Umdeutung in Betracht kommt. Nach § 140 BGB ist hierfür Voraussetzung, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht und anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Bei einer unwirksamen Generalvollmacht stellt sich also die Frage, ob die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit eine andere zulässige Bevollmächtigung gewollt hätten.

Eine Umdeutung soll allerdings ausgeschlossen sein, wenn die Rechtsordnung nicht das Mittel, sondern den Erfolg missbilligt²³⁶. Nimmt man an, dass der Erfolg missbilligt wird, also die Ausübung organschaftlicher Befugnisse durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter, kommt eine Umdeutung nicht in Betracht²³⁷. Stellt man darauf ab, dass nur das Mittel missbilligt wird, also die Ermächtigung durch Generalvollmacht anstelle der Bestellung zum Geschäftsführer oder der Erteilung einer handelsrechtlichen Vollmacht, ist eine Umdeutung möglich. Letzteres ist überzeugend. Der Vollmachtgeber wird regelmäßig eine Vollmacht in zulässigem Umfang erteilen wollen. Eine Umdeutung ist daher grundsätzlich möglich. Eine unwirksame organersetzende Generalvollmacht kann mithin als Vollmacht mit geringerem Umfang, regelmäßig als Generalhandlungsvollmacht, aufrechterhalten werden.

b) Gesellschafterschutz

Da ein Geschäftsführer seine organschaftlichen Befugnisse nicht übertragen kann, steht nicht zu befürchten, dass sämtliche Geschäftsführungsbefugnisse durch Personen ausgeübt werden, die nicht das Vertrauen der Gesellschafter genießen. Es liegt auch kein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Zustim-

²³⁶ BGH ZIP 1986, 1056, 1058.

²³⁷ So *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 234.

mungserfordernisse vor, wenn ein Geschäftsführer einen Generalbevollmächtigten bestellt, ohne dass die Gesellschafter zugestimmt haben²³⁸.

Die Geschäftsführer einer GmbH können nur im Gesellschaftsvertrag oder von den Gesellschaftern bestellt werden (§§ 6 Abs. 3 Satz 2, 46 Nr. 5 GmbHG). Dagegen können die rechtsgeschäftlichen Vertreter durch die Geschäftsführer bevollmächtigt werden (§ 35 Abs. 1 GmbHG)²³⁹. Bei Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb ist hierzu die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich (§ 46 Nr. 7 GmbHG). Die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter ist auch bei der OHG oder KG für die Bestellung eines Prokuristen erforderlich (§ 116 Abs. 3 Satz 1 HGB).

Diese Zustimmungserfordernisse sind jedoch nach allgemeiner Auffassung keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vollmacht²⁴⁰. Sie berühren lediglich das Innenverhältnis und schränken die Vertretungsmacht gegenüber Dritten nicht ein (§§ 126 Abs. 2 HGB, 37 Abs. 2 GmbHG). Die betreffende Vollmacht ist außer in Missbrauchsfällen auch bei fehlender Zustimmung der Gesellschafter gegenüber Dritten rechtlich wirksam. Dies würde ebenso bei der Generalvollmacht gelten, wenn man auch dort eine Zustimmung der Gesellschafter, analog § 46 Nr. 7 GmbHG, § 116 Abs. 3 HGB, für erforderlich hält²⁴¹.

Es kann also geschehen, dass die Geschäftsführer rechtsgeschäftliche Vollmachten an Personen erteilen, die nicht die Zustimmung der Gesellschafter finden, ohne dass die Gesellschafter etwas gegen die Wirksamkeit dieser Vollmachten unternehmen könnten. Ein diesbezüglicher Schutz der Gesellschafter ist gesetzlich nicht vorgesehen. Der BGH hat dem Argument des Gesellschafterschutzes in seinem grundlegenden Urteil zur Zulässigkeit der Gene-

²³⁸ A. A. Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 35 Rn 9; ähnlich früher bereits Kuttner, DR 1942, 1488, der eine Umgehung des Rechts der Gesellschafter zur Wahl der Geschäftsführer annahm; und Ripfel, GmbHR 1953, 181, der aus § 46 Nr. 7 GmbHG den Umkehrschluss zieht, dass Generalbevollmächtigte sogar mit Zustimmung der Gesellschafter nicht ernannt werden können.

²³⁹ Anders jedoch van Veenroy, GmbHR 1999, S. 800, 806, nach dessen Auffassung die Gesellschafter einer GmbH und nicht deren Geschäftsführer befugt sind, Prokuren und Generalhandlungsvollmacht zu erteilen.

²⁴⁰ BGHZ 62, 166, 169; Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, § 46 Rn 30; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 46 Rn 19; Roth/Almeppen, GmbHG, § 46 Rn 43; a. A. van Veenroy, GmbHR 1999, S. 800, 806.

²⁴¹ S. u. § 3 C. 5.

ralvollmacht bei der GmbH ebenfalls keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen²⁴².

Die Gesellschafterinteressen sind jedoch betroffen, wenn tatsächlich die Übertragung der gesamten organschaftlichen Befugnisse durch den oder die Geschäftsführer gewollt ist und der Bevollmächtigte dann allein die Vertretungsbefugnisse ausüben soll. Dies ist z.B. der Fall, wenn bei satzungsmäßig vorgesehener Gesamtvertretung ein Gesamtvertreter dem anderen durch Generalvollmacht die Befugnis übertragen will, als Alleinvertreter zu handeln. Hier wird der durch die Gesamtvertretung bezweckte Schutz der Gesellschafter unterlaufen, da der Gesamtvertreter mehr Handlungsmacht übertragen will, als ihm selber zusteht. Eine Generalvollmacht von einem Gesamtvertreter an ein anderes gesamtvertretungsberechtigtes Organmitglied, welches dadurch Alleinvertretungsbefugnis erhält, ist daher stets unwirksam²⁴³.

c) Verkehrsschutzinteressen

Mit Verkehrsschutzinteressen kann die allgemeine Unzulässigkeit der Generalvollmacht nicht überzeugend begründet werden. Eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht steht nicht im Konflikt mit dem Verkehrsschutz. Dem Rechtsverkehr wäre - abstrakt betrachtet - mit einer möglichst weiten wirksamen Generalvollmacht wohl am besten gedient, da sich dann Dritte und mögliche Geschäftspartner darauf verlassen können, dass der Generalbevollmächtigte im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelt. Unabhängig davon ist der Rechtsverkehr aber zunächst bereits dadurch geschützt, dass beispielsweise bei der GmbH die Geschäftsführer als Vertretungsorgan mit unbeschränkbarer Vertretungsmacht aus dem Handelsregister ersichtlich sind. Informationen über die vertretungsberechtigten Personen sind daneben den gesetzlich vorgeschriebenen Angaben auf Geschäftsbriefen (§§ 37 a, 125 HGB, 35 a GmbHG, 80 AktG) zu entnehmen.

²⁴² Vor allem aber wohl auch deshalb, weil in dem zu Grunde liegenden Fall die Alleingesellschafterin sogar der Bevollmächtigung zugestimmt hatte, BGH NJW 1977, 199, 200.

²⁴³ Zur besonderen Problematik bei Gesamtvertretung s. BGHZ 34, 27, 30; RG JW 1912, 526, KGJ 48, A 130; OLG München NJW-RR 1991, 893; *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 15; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 145.

Aber auch bei einer Generalvollmacht muss ein Dritter keine Nachforschungen über die Interna der Gesellschaft anstellen. Die Zustimmung der Gesellschafter ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Generalvollmacht, da es sich nicht um die Bestellung eines Geschäftsführers, sondern um eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung handelt. Ein Dritter muss daher nicht überprüfen, ob die interne Zustimmung vorliegt.

Es kann nicht von internen Vorgängen wie der Zustimmung der Gesellschafter abhängen, ob eine Generalvollmacht im Einzelfall gültig ist²⁴⁴. Die Schlussfolgerung des BGH, dass eine Generalvollmacht deshalb unwirksam sein müsse, überzeugt allerdings nicht. Es ist vielmehr so, dass es gerade nicht darauf ankommt, ob die Zustimmung der Gesellschafter vorliegt, da regelmäßig keine organschaftlichen Befugnisse übertragen werden sollen.

Selbst wenn ausnahmsweise eine unzulässige organersetzende Vollmacht vorliegt, ist der Geschäftspartner noch insofern geschützt, als dann eine Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht in Betracht kommt, deren Umfang die konkrete Handlung zumeist deckt.

Die handels- und gesellschaftsrechtlichen Vertretungsregelungen sollen die Geschäftsbeziehungen im Rechtsverkehr erleichtern. Es stellt jedoch keine Erleichterung dar, wenn im kaufmännischen Verkehr etwas untersagt sein soll, was im allgemeinen zivilrechtlichen Bereich jedem gestattet ist. Dem einzelnen Geschäftspartner entsteht durch die Verwendung einer Generalvollmacht kein Nachteil.

d) Öffentliche Pflichten

Gegen die Zulässigkeit spricht auch nicht, dass dem organschaftlichen Vertreter bestimmte öffentliche Pflichten obliegen. Diese können nach allgemeiner Auffassung nicht durch Generalvollmacht auf einen Dritten übertragen werden²⁴⁵. Als solche werden z.B. die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags (§

²⁴⁴ So auch BGH NJW 1977, 199, 200.

²⁴⁵ Vgl. *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 231 f.; *Joussen*, WM 1994, 273, 278; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 7; *Leiner*, Generalvollmacht, S. 93 ff.; a. A. *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 4.

64 GmbHG), die Buchführung und Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 41 GmbHG, § 264 HGB), Anmeldungen zum Handelsregister (§§ 78, 79 GmbHG, 14 HGB) sowie sonstige strafrechtlich sanktionierten Pflichten (§§ 79, 82, 84 GmbHG) genannt²⁴⁶. Dabei besteht keine Einigkeit darüber, welche Pflichten im Einzelnen zu denjenigen zu zählen sind, die nicht auf den Generalbevollmächtigten übertragen werden dürfen. Einheitlich als öffentliche Pflicht genannt werden die Pflichten, Insolvenzantrag zu stellen und den Jahresabschluss aufzustellen, im Übrigen sehen die einzelnen Autoren unterschiedliche Pflichten als unübertragbar an²⁴⁷. Zudem besteht auch keine einheitliche Terminologie²⁴⁸. Als Pflichten im öffentlichen Interesse werden allgemein solche Organpflichten bezeichnet, die nicht nur das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft, sondern auch das Außenverhältnis berühren²⁴⁹. Nach einer anderen Auffassung sind die organschaftlichen Rechte und Pflichten des Geschäftsführers solche, die nach Zweck und Bedeutung über das Individualinteresse der Gesellschafter hinausgehen²⁵⁰. Es handelt sich um Pflichten, die im Interesse der Allgemeinheit, bzw. der Gläubiger zu erfüllen sind²⁵¹. Von diesen Pflichten im öffentlichen Interesse werden die öffentlich-rechtlichen Pflichten unterschieden, die dem Geschäftsführer aufgrund verschiedener öffentlich-rechtlicher Vorschriften obliegen, z.B. steuerliche, umweltrechtliche und wirtschaftsrechtliche Pflichten, da er als Geschäftsführungsorgan unter anderem dafür sorgen muss, dass sich die Gesellschaft nach außen rechtmäßig verhält²⁵².

Entscheidend ist, dass es sich bei den öffentlichen Pflichten um organschaftliche Pflichten handelt. Solche können, wie bereits oben ausgeführt²⁵³, gar nicht derart auf einen rechtsgeschäftlichen Vertreter übertragen werden, dass der Geschäftsführer hierfür nicht mehr verantwortlich ist. Er bleibt stets selbst verantwortlich. Eine andere Frage ist, ob der Geschäftsführer einzelne dieser

²⁴⁶ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 232; Joussem, WM 1994, 273, 278; zur Insolvenzantragspflicht vgl. BGH NJW 1977, 1999, 200; BGHZ 29, 100, 105. S. hierzu auch u. § 3 D. 3. c).

²⁴⁷ Vgl. nur Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 232 einerseits und Joussem, WM 1994, 273, 278 andererseits.

²⁴⁸ Vgl. Leiner, Generalvollmacht, S. 93.

²⁴⁹ Ehrlicke, ZGR 2000, 351, 375.

²⁵⁰ Fleck, ZHR 149 (1995), 387, 393,

²⁵¹ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 231.

²⁵² Scholz-Schneider, GmbHG, § 43 Rn 255; Ehrlicke, ZGR 2000, 351, 375 Fn. 99; vgl. auch Leiner, Generalvollmacht, S. 95, der diese Pflichten als GmbH-externe öffentliche Pflichten im Gegensatz zu den GmbH-internen öffentlichen Pflichten bezeichnet.

²⁵³ S. die Stellungnahme unter aa) in diesem Abschnitt.

Pflichten delegieren kann. Dies spielt eine Rolle beim Umfang der Vollmacht, also der Frage, was ein Generalbevollmächtigter im Einzelnen darf, jedoch nicht für die Frage der Zulässigkeit²⁵⁴. Die öffentlichen Pflichten sprechen daher nicht gegen eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht, bei der von vornherein keine organschaftlichen Befugnisse übertragen werden²⁵⁵.

Der Generalbevollmächtigte kann aufgrund seiner Bevollmächtigung nicht Pflichten wahrnehmen, die ausschließlich dem organschaftlichen Vertreter obliegen. Wird der Generalbevollmächtigte trotzdem tatsächlich in diesem Bereich tätig oder geriert sich auf sonstige Art und Weise als Geschäftsführer, so kommt gegebenenfalls auch eine Haftung als faktischer Geschäftsführer in Betracht²⁵⁶. Einfluss auf die Zulässigkeit der Generalvollmacht hat dies nicht.

C. Entstehungsvoraussetzungen

In der Literatur gibt es unterschiedliche Ansichten darüber, ob es sich bei der zulässigen Generalvollmacht um eine rein zivilrechtliche Vollmacht oder eine handelsrechtliche Vollmacht handelt. Die überwiegende Auffassung ordnet die Generalvollmacht als rein zivilrechtliche Vollmacht ein²⁵⁷, während einige Autoren die Nähe zur Prokura bzw. die Stellung zwischen Prokuristen und organschaftlichen Vertretern herausstellen²⁵⁸. Nach anderer Auffassung handelt es sich um eine BGB-Vollmacht, wenn die Generalvollmacht an eine selbstständige unternehmensfremde Person, und um eine qualifizierte Art der Generalhandlungsvollmacht, wenn sie an eine hierarchisch eingegliederte Person

²⁵⁴ S. zum Umfang u. § 3 D. II.

²⁵⁵ Im Ergebnis ebenso *Leiner*, Generalvollmacht, S. 97, 102, der allerdings noch untersucht, ob durch eine Generalvollmacht, die alle übertragbaren öffentlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Pflichten auf einen Generalbevollmächtigten überträgt, andere schützenswerte Belange beeinträchtigt werden.

²⁵⁶ *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 7; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43 Rn 1. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit s. BGH NJW 2000, 2285, 2286; dort wurde ein Generalbevollmächtigter als faktischer Geschäftsführer und Täter i.S.d § 82 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GmbHG angesehen.

²⁵⁷ So insbesondere *Joussen*, WM 1994, 273; ihm folgend *Baumbach/Hopt*, HGB, Überbl v § 48 Rn 2; *Ensthaler-Nickel*, HGB, vor §§ 48-58 Rn 29; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, GmbHG, vor § 48 Rn 7 und § 54 Rn 16, *Röhrich/v.Westphalen-Wagner*, HGB, § 54 Rn 19; *Pauge*, Handelsvertreter und Makler, S. 125; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 9.

²⁵⁸ *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 3f., 7f.; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 141 ff.; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 233.

erteilt wird²⁵⁹. Diejenigen Autoren, die die Generalvollmacht als unzulässig oder unwirksam ansehen, klassifizieren sie als Generalhandlungsvollmacht²⁶⁰.

Die unterschiedlichen Auffassungen über den Inhalt der Generalvollmacht können Auswirkungen auf die einzelnen Voraussetzungen haben, die bei einer wirksamen Generalvollmacht vorliegen müssen. Die zivilrechtliche Einordnung hat zur Folge, dass ausschließlich die Vorschriften des BGB Anwendung finden und handels- oder gesellschaftsrechtlichen Vorschriften keine Rolle spielen. Nach der Auffassung, die die Nähe der Generalvollmacht zur Prokura betont, sollen einzelne Vorschriften des HGB und des GmbHG, z.B. zur Prokuraerteilung (§ 48 Abs. 1 HGB) sowie die gesellschaftsrechtlichen Zustimmungserfordernisse (§§ 116 Abs. 3, 164 Satz 2 HGB; § 46 Nr. 7 GmbHG), Anwendung finden. Die unterschiedlichen Auffassungen führen mithin zu unterschiedlichen Ergebnissen, insbesondere bei den Fragen, wie und wem die Generalvollmacht erteilt werden kann.

I. Möglicher Vollmachtgeber

Generalvollmacht erteilen können nach allen Auffassungen der Inhaber eines Handelsgeschäfts²⁶¹ und sein gesetzlicher Vertreter, sowie Personen, die ein Handelsgeschäft aufgrund eines Verwaltungsrechts leiten. Erteilungsberechtigt als Inhaber sind bei der Einzelfirma der Eigentümer, bei Personengesellschaften die vertretungsberechtigten Gesellschafter und bei juristischen Personen des Handelsrechts die Geschäftsführer bzw. der Vorstand. Als gesetzliche Vertreter kommen Eltern, Vormund oder Pfleger in Betracht, wenn der Geschäftsinhaber geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Bei der Frage, ob ein Prokurist Generalvollmacht erteilen kann, ergeben sich aus den verschiedenen Auffassungen unterschiedliche Ergebnisse.

²⁵⁹ *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 648, 651; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 72.

²⁶⁰ *Ripfel*, GmbHR 1953, 181, 183; *Eder*, GmbHR 1962, 225, *Brüggemann*, JA 1977, 500, 503; *Rowedder-Koppensteiner*, GmbHG, § 35 Rn 9; *Deuchler*, WuB I C. § 35 1.92.

²⁶¹ Kaufmann i.S.d. § 1 HGB, Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung nach §§ 2, 3 HGB oder kraft Gesetzes gemäß § 6 HGB, wie OHG und KG, GmbH (§ 13 Abs. 3 GmbHG), AG (§ 3 AktG), die eingetragene Genossenschaft (§ 17 Abs. 2 GenG), bei der an die Stelle der Eintragung in das Handelsregister die Eintragung in das Genossenschaftsregister tritt und der VVaG (§ 16 VAG, Ausnahme: kleiner Verein i.S.d. § 53 VAG).

1. Erteilung durch organschaftlichen Vertreter

Hat eine OHG oder KG mehrere vertretungsberechtigte Gesellschafter oder eine GmbH mehrere Geschäftsführer, so kann grundsätzlich jeder gemäß den gesetzlichen oder vereinbarten Vertretungsregelungen namens der Gesellschaft Generalvollmacht erteilen (§§ 125 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB). Ist bei Kapital- oder Personengesellschaften Gesamtvertretung vorgesehen (§ 125 Abs. 2 Satz 1 HGB, § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, § 78 Abs. 2 Satz 1 AktG) muss die Generalvollmacht gemeinschaftlich erteilt werden, ansonsten kann jeder alleinvertretungsberechtigte Gesellschafter, Geschäftsführer bzw. jedes Vorstandsmitglied eine wirksame Generalvollmacht erteilen.

Bei Personengesellschaften ist die Erteilung der Generalvollmacht ebenso von der Vertretungsmacht umfasst wie die Erteilung der Prokura, die ausdrücklich in § 126 Abs. 1 HGB erwähnt ist. Es handelt sich nicht um ein so genanntes Grundlagengeschäft, wozu Geschäfte gehören, die das innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander verändern, wie z.B. die Auflösung der Gesellschaft oder die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters²⁶². Durch die Erteilung einer Generalvollmacht werden die Grundlagen der Gesellschaft nicht berührt, da es sich um eine rechtsgeschäftliche Vollmacht handelt, durch die keine organschaftlichen Befugnisse übertragen werden²⁶³.

Die Frage, ob die geschäftsführenden Gesellschafter, die Gesellschafterversammlung oder der Aufsichtsrat der Erteilung der Generalvollmacht zustimmen müssen, betrifft nur das Innenverhältnis, hat also außer in Missbrauchsfällen keine Auswirkungen auf die Frage, wer wirksam die Vollmacht erteilen kann²⁶⁴.

2. Erteilung durch andere Personen

Ob darüber hinaus noch andere Personen eine Generalvollmacht erteilen können, wird im Schrifttum nicht weiter thematisiert. Geht man von einer rein zi-

²⁶² *Baumbach/Hopt* § 126 Rn 3 m. w. Nachw.

²⁶³ Wie hier *Joussen*, WM 1994, 273, 280; nunmehr ebenso *Spitzbarth/Preuß*, Vollmachten, S. 114 f., anders noch in der Vorauf., *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 146.

²⁶⁴ S. hierzu u. § 3 C. II. 5.

vilrechtlichen Vollmacht oder einer Generalhandlungsvollmacht aus, könnten auch Nichtkaufleute, z.B. Unternehmen, die kein Handelsgewerbe betreiben, oder rechtsgeschäftliche Vertreter wie der Prokurist Generalvollmacht erteilen. Bei der hier untersuchten Problematik geht es darum, ob die Generalvollmacht neben Prokura und Handlungsvollmacht erteilt werden kann, also von Kaufleuten i. S. d. §§ 1 ff. HGB. Die Frage, ob sonstige nicht kaufmännische Unternehmen Generalvollmacht erteilen können, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Bei der Handlungsvollmacht wird diese Möglichkeit diskutiert, von der h. M. jedoch abgelehnt²⁶⁵. Bei der Vollmachtserteilung durch sonstige Unternehmen ist ausschließlich der Anwendungsbereich des BGB betroffen. Es handelt sich dann um eine rein zivilrechtliche Generalvollmacht.

a) Prokurist

Der Prokurist kommt nur dann als möglicher Vollmachtgeber in Betracht, wenn man sich der Auffassung anschließt, die Generalvollmacht sei eine Generalhandlungsvollmacht, und dementsprechend alle für deren Erteilung geltenden Regelungen für anwendbar hält²⁶⁶. Alle sonstigen Auffassungen gehen dagegen davon aus, dass die Generalvollmacht zumindest keinen geringeren Umfang als die Prokura hat²⁶⁷. Danach könnte als Vollmachtgeber nur in Betracht kommen, wer auch Prokura erteilen kann. Zwar wird diese Frage nicht ausdrücklich in der Literatur erörtert, die Schlussfolgerung ergibt sich aber aus der grundsätzlichen Einordnung der Generalvollmacht. Dies schließt den Prokuristen als Vollmachtgeber aus, da nach § 48 Abs. 1 HGB nur der Inhaber selbst, aber nicht der Prokurist Prokura erteilen kann.

Die zuletzt dargelegte Auffassung ist überzeugend. Sie steht im Einklang mit den neueren gesetzlichen Regelungen, in denen der Generalbevollmächtigte als Vertreter angesehen wird, der weiter reichende Befugnisse als ein General-

²⁶⁵ Vgl. *K Schmidt, Handelsrecht*, S. 482 f. *Schmidt* vertritt die Auffassung, dass alle Unternehmensträger Handlungsvollmacht erteilen können und § 54 HGB analog auch auf diejenigen Unternehmen anzuwenden ist, die kein Handelsgewerbe betreiben; ebenso *MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs*, § 54 Rn 8.

²⁶⁶ So z. B. *MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 91, § 54 Rn 47, allerdings nur für hierarchisch in das Unternehmen eingegliederte Personen.

²⁶⁷ S. u. § 3 D. II. 2.

handlungsbevollmächtigter und ein Prokurist hat²⁶⁸. Die Generalvollmacht als Generalhandlungsvollmacht einzuordnen, überzeugt dagegen nicht. Abgesehen davon, dass es keinen *numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten gibt, steht die Generalvollmacht von ihren Befugnissen her über der Prokura. Die Generalvollmacht kann somit anders als die Handlungsvollmacht nicht von einem Prokuristen erteilt werden, da dieser als rechtsgeschäftlicher Vertreter nicht die entsprechende Vertretungsmacht besitzt.

b) Personen mit besonderen Funktionen

Die Frage, ob andere Personen, die ein Handelsgeschäft aufgrund eines Verwaltungsrechts leiten, wie z.B. der Insolvenzverwalter oder der Testamentvollstrecker, Generalvollmacht erteilen können, ist unproblematisch zu bejahen. Anders als bei der Prokuraerteilung, wo dies zum Teil strittig diskutiert und mit dem höchstpersönlichen Verhältnis zwischen Inhaber und Prokurist argumentiert wird, spielt diese Argumentation bei der Generalvollmacht keine Rolle²⁶⁹. Sowohl der Insolvenzverwalter (§§ 56 Abs. 1, 80 InsO) als auch der Testamentvollstrecker (§ 2197 Abs. 1, 2205 BGB), der Nachlassverwalter (§ 1975 BGB) und Nachlasspfleger (§ 1960 Abs. 1 BGB) können Generalvollmacht erteilen.

II. Erfordernisse der bevollmächtigenden Erklärung

Der Grundsatz der Formfreiheit bei der Vollmachtserteilung (§ 167 Abs. 2 BGB) gilt auch im Handels- und Gesellschaftsrecht, sofern nicht eine bestimmte Form gesetzlich vorgeschrieben oder rechtsgeschäftlich vereinbart worden ist. Bei der Generalvollmacht ist insbesondere zu klären, ob sie auch konkludent erteilt werden kann oder eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist.

²⁶⁸ S. oben § 2.

²⁶⁹ Vgl. zur Prokura z.B. den Überblick bei *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 75 ff. Vgl. auch *Schmidt/Uhlenbruck*, S. 438, die nun nach dem Inkrafttreten der InsO die bislang h. M., dass der Insolvenzverwalter keine Prokura erteilen könne, in Frage stellen.

1. Ausdrückliche oder konkludente Erklärung

Anders als bei der Prokura, die nach § 48 Abs. 1 HGB nur ausdrücklich erteilt werden kann, ist bei einer zivilrechtlichen Vollmacht ebenso wie bei der Generalhandlungsvollmacht nicht erforderlich, dass die Erteilung ausdrücklich erklärt wird. Die Erteilung der Handlungsvollmacht ist im HGB nicht geregelt. Da eine § 48 Abs. 1 HGB entsprechende Vorschrift hier fehlt, ist § 167 BGB heranzuziehen²⁷⁰. Generalhandlungsvollmacht und zivilrechtliche Vollmacht können also auch stillschweigend, bzw. durch schlüssiges Verhalten erteilt werden²⁷¹.

Die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung kann gegenüber dem künftigen Bevollmächtigten (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB) als Innenvollmacht oder gegenüber Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung (§ 167 Abs. 1 Alt. 2, 171 Abs. 1 BGB) als Außenvollmacht erfolgen²⁷². Anders als bei der Prokura bestehen bei der Handlungsvollmacht von keiner Seite Bedenken gegen die Erklärung gegenüber Dritten, also gegen die Erteilung einer Außenvollmacht²⁷³. In Betracht kommt anders als bei der Prokura auch eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht²⁷⁴.

Die meisten Autoren gehen - entsprechend ihrer dogmatischen Einordnung der Generalvollmacht als zivilrechtliche Vollmacht oder als Generalhandlungsvollmacht - davon aus, dass diese nicht ausdrücklich erteilt werden muss, sondern auch konkludent erteilt werden kann²⁷⁵. Dabei wird von einigen Befürwortern einer zivilrechtlichen Einordnung der Generalvollmacht der Widerspruch gesehen, dass die Prokura teilweise strengeren Anforderungen unter-

²⁷⁰ Vgl. Art. 2 Abs. 1 EGHGB.

²⁷¹ Zur Handlungsvollmacht s. RGZ 1, 8, 9; 90, 299, 300; GroßKomm(HGB)-Joost § 54 Rn 23 f. mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

²⁷² Zur Prokuraerteilung s. GroßKomm(HGB)-Joost § 48 Rn 63; Hofmann, Prokurist, S. 43; a. A. Honsell, JA 1984, 17, 18 m. w. Nachw., der vertritt, dass die Prokuraerteilung nicht nach § 167 Abs. 1 Alt. 2 BGB durch Erklärung an einzelne Geschäftspartner erklärt werden kann; ebenso Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer § 48 Rn 16.

²⁷³ Vgl. Honsell, JA 1984, 17, 21; K Schmidt, Handelsrecht, S. 483.

²⁷⁴ Zur Handlungsvollmacht vgl. K Schmidt, Handelsrecht, S. 483, 486; Honsell, JA 1984, 17, 21; GroßKomm(HGB)-Joost § 54 Rn 26.

²⁷⁵ Spitzbarth, Vollmachten, S. 145; Joussen, WM 1994, 273, 274; Hammen in Pfeiffer, Handbuch, § 3 Rn 65; Leiner, Generalvollmacht, S. 147; Bohnstedt, MittRhNotK 1974, 579, 581; ebenso MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs, vor § 48 Rn 74 (für Unternehmensfremde, da zivilrechtliche Generalvollmacht) und Rn. 91 (für hierarchisch Eingearbeitete, Generalhandlungsvollmacht).

liegt als die Generalvollmacht, obwohl diese doch in ihrer Bedeutung und in den durch sie vermittelten Befugnissen über die Prokura hinausgehe. *Hübner* spricht sich aus diesem Grund für die analoge Anwendung des § 48 Abs. 1 HGB aus, weshalb die Generalvollmacht nur ausdrücklich erteilt werden könne²⁷⁶. Dies soll vor allem in den Fällen gelten, in denen der Generalbevollmächtigte nicht auch zugleich Prokurist ist. Von anderer Seite wird darauf verwiesen, dass die Generalvollmacht zwar den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln folge, in der Praxis aber bei kaufmännischen Unternehmen eine konkludente Erteilung einer Generalvollmacht nur sehr selten vorkomme²⁷⁷. Einige Autoren empfehlen die gleichzeitige Erteilung bzw. Eintragung einer Prokura²⁷⁸.

Die Generalvollmacht ist eine Vollmacht, die zwar ihren Ursprung im bürgerlichen Recht hat, aber eben häufig im Handels- und Gesellschaftsrecht, d.h. in einem kaufmännischen Unternehmen und neben den handelsrechtlichen Vollmachten, verwendet wird. Dieser Kontext ist zu berücksichtigen, wenn es darum geht, welche Voraussetzungen die Erteilung einer Generalvollmacht hat. Nach hier vertretener Auffassung hat der Gesetzgeber die Generalvollmacht als eigenständige Vertretungsform neben Prokura und Handlungsvollmacht anerkannt²⁷⁹. Es erscheint daher nicht erforderlich, ausschließlich auf die zivilrechtlichen Regelungen abzustellen, sondern es können auch handelsrechtliche Vorschriften Anwendung finden.

Der Gesetzgeber nahm entsprechend der allgemeinen Verkehrsanschauung an, dass ein Generalbevollmächtigter weiter reichende Befugnisse als ein Prokurist hat. Hiervon geht auch der überwiegende Teil der Literatur aus, unabhängig davon, wie die Autoren im Einzelnen den Umfang bestimmen²⁸⁰. Dann besteht jedoch ein Missverhältnis, wenn man an die Erteilung einer umfassenden Generalvollmacht niedrigere Anforderungen stellt als an die Erteilung einer Prokura. Darüber gehen diejenigen Autoren, die allein wegen der zivilrechtlichen

²⁷⁶ *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 8.

²⁷⁷ *Joussen*, WM 1994, 273, 279.

²⁷⁸ *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 8; *SpitzbarthPreuß*, Vollmachten, S. 112; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 233; *Joussen*, WM 1994, 273, 283; *Scholz-Schneider*, GmbHG, § 35 Rn 20.

²⁷⁹ S.o. § 2 B.

²⁸⁰ S. hierzu unter § 3 D.

Herkunft der Generalvollmacht eine konkludente Erteilung für möglich halten, hinweg.

Um Diskrepanzen zu vermeiden, die aufgrund der tatsächlichen Stellung von Generalbevollmächtigten und Prokuristen nicht gerechtfertigt sind, sollte das für die Prokura geltende Erfordernis der ausdrücklichen Erklärung auch für die Generalvollmacht berücksichtigt werden. Unabhängig davon, dass eine konkludente Erteilung in der Praxis nur selten vorkommen dürfte, ist eine einheitliche rechtliche Behandlung vorzuziehen, da dies dem Inhalt und der Verwendung der beiden Vollmachten am besten entspricht. Solange es keine gesetzliche Regelung der Generalvollmacht gibt, ist daher § 48 Abs. 1 HGB analog anzuwenden. Die Generalvollmacht ist ausdrücklich zu erteilen.

Die gleichzeitige Erteilung der Prokura ist zwar sinnvoll, da über die Eintragung in das Handelsregister ein zusätzlicher Verkehrsschutz erfolgt, aber nicht zwingend erforderlich. Die Generalvollmacht ist eine eigenständige Vollmacht, die nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung hat, dass sie nur an jemanden erteilt werden kann, der bereits Prokurist ist. Eine vorherige Prokuraerteilung wird regelmäßig vorliegen, insbesondere wenn der zu Bevollmächtigende im Unternehmen aufgestiegen ist. Anders ist dies jedoch, wenn ein Dritter von außen in ein Unternehmen eintritt. Die Generalvollmacht kann dann auch ohne Prokura erteilt werden, da die Generalvollmacht eine eigene Rechtsnatur hat und nicht nur eine erweiterte Prokura ist. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass sie nicht als Generalvollmacht in das Handelsregister eingetragen werden kann²⁸¹.

2. Schriftform und öffentliche Beglaubigung

Eine mündliche Erteilung reicht aufgrund der Formfreiheit nur ausnahmsweise nicht aus, und zwar wenn dies gesetzlich vorgeschrieben oder rechtsgeschäftlich vereinbart worden ist. Gleichwohl wird bei der Generalvollmacht grundsätzlich die Schriftform und teilweise auch die öffentliche Beglaubigung empfohlen²⁸². Dem ist zuzustimmen, da die schriftliche Niederlegung klarstellende

²⁸¹ S. u. § 3 F.

²⁸² *Spitzbarth/Preuß*, Vollmachten, S. 112; *Joussen*, WM 1994, 273, 279; *Hammen* in Pfeiffer, Handbuch, § 3 Rn 65.

Funktion hat und dies bei den bestehenden Unsicherheiten über Inhalt und Umfang der Generalvollmacht angebracht ist. Dies dient der Sicherheit aller Beteiligten.

Ein für die Praxis wichtiger Tätigkeitsbereich, bei dem eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, sind die Registeranmeldungen. Bei Vollmachten zur Anmeldung zum Handelsregister ist nach § 12 Abs. 2 HGB eine öffentliche Beglaubigung erforderlich. Eine notarielle Beurkundung oder Beglaubigung der Vollmacht ist nach § 2 Abs. 2 GmbHG erforderlich, wenn der Bevollmächtigte einen GmbH-Gesellschaftsvertrag unterzeichnen will. In anderen Fällen ist die Schriftform zwar kein Wirksamkeitserfordernis, dient aber dem Nachweis der Vollmachterteilung, z.B. in § 29 Abs. 1 GBO.

Für eine unwiderrufliche Vollmacht zur Veräußerung oder zum Erwerb von Grundstücken ist ausnahmsweise notarielle Beurkundung erforderlich²⁸³. Das gleiche gilt, wenn die Vollmacht zwar rechtlich widerrufen werden kann, tatsächlich aber mit der Bevollmächtigung schon die gleiche Bindungswirkung eintreten sollte wie durch den Abschluss des formbedürftigen Hauptvertrages²⁸⁴. In der Literatur wird zum Teil entgegen § 167 Abs. 2 BGB eine Formbedürftigkeit der Vollmacht auch dort verlangt, wo für das angestrebte Rechtsgeschäft Formvorschriften bestehen, die eine über die Beweisfunktion hinausgehende Warnfunktion erfüllen, z.B. bei §§ 566 Satz 1, 313 Satz 1, 518 Abs. 1 Satz 1, 766 Satz 1 BGB²⁸⁵.

Rechtsgeschäftliche Klauseln, die eine bestimmte Form vorschreiben, können mit dem Bevollmächtigten oder dem Geschäftspartner vereinbart werden und sich insbesondere aus Gesellschaftsverträgen oder Satzungen ergeben²⁸⁶.

3. Belehrungspflichten bei notarieller Beurkundung

Bei der notariellen Beurkundung hat der Notar zu beachten, dass die Rechtsprechung die Generalvollmacht bei der GmbH sowie bei sonstigen Gesell-

²⁸³ BGH WM 1966, 761; WM 1979, 579, 580.

²⁸⁴ BGH WM 1979, 580 m.w.Nachw.

²⁸⁵ Staudinger-Schilken, BGB, § 167 Rn. 20

²⁸⁶ Vgl. *Joussen*, WM 1994, 273, 279.

schaftsformen, bei denen es eine organschaftliche Vertretung gibt, bisher noch für unwirksam hält. Auf diese besonderen Risiken muss der Notar hinweisen, falls eine Generalvollmacht beurkundet werden soll. Der Notar hat aufgrund der in § 17 BeurkG statuierten Beratungspflichten den Vollmachtgeber über den Umfang jeder beurkundeten Erklärung zu belehren. Dabei gehört es zu den Standardbelehrungspflichten, den Vollmachtgeber einer Generalvollmacht darauf hinzuweisen, mit welchen Risiken eine solche verbunden ist²⁸⁷. Der Notar muss, will er sich nicht schadensersatzpflichtig machen, stets den sichersten Weg wählen, er wird daher eine Generalvollmacht bei der GmbH regelmäßig nicht beurkunden²⁸⁸. Auch gegenüber den künftigen Geschäftspartnern besteht die entsprechende Amtspflicht des Notars, so dass selbst ein ausdrücklicher Beurkundungswunsch nicht ausreicht²⁸⁹.

Erfolgt gleichwohl eine schriftliche Bevollmächtigung, bietet auch die einschränkende Formulierung der Generalvollmacht, 'soweit eine Vertretung zulässig ist', keine Gewähr dafür, der Unwirksamkeit zu entgehen. Allerdings wird eine solche Fassung von der Rechtsprechung als Argument für die Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht verwendet, da die Vollmacht nach dem Willen der Parteien jedenfalls wirksam sein sollte²⁹⁰.

III. Bevollmächtigter

Die Generalvollmacht kann an natürliche und nach überwiegender Auffassung auch an juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen erteilt werden. Eine neuere Literaturlauffassung differenziert danach, wie der Bevollmächtigte in das Unternehmen eingegliedert ist²⁹¹. Einzelne Autoren lehnen die Handlungsvollmacht und dementsprechend auch die Generalvollmacht für juristische Personen ab²⁹². Allgemeine Einschränkungen hinsichtlich der Person ergeben sich aus zivilrechtlichen und aus handels- und

²⁸⁷ Vgl. *Baumann*, MittRhNotK 1998, 1, 5.

²⁸⁸ *Kirchner*, MittBayNot 1996, 423 f. Der Autor hat eine so genannte 'Prokuravollmacht' vorgeschlagen, die auch eine Person ohne Kaufmannseigenschaft erteilen können soll. Diese hat sich jedoch nicht durchgesetzt.

²⁸⁹ *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 8.

²⁹⁰ Vgl. BGH NJW 1989, 164; SchlHOLG OLG Report 1997, 388.

²⁹¹ *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 648, 651; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 72.

²⁹² So vor allem *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 648, 651; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 72.

ergeben sich aus zivilrechtlichen und aus handels- und gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.

1. Natürliche Personen

Es können eine oder mehrere natürliche Personen bevollmächtigen werden. Bei einer Einzelvollmacht kann jeder einzelne Bevollmächtigte für sich handeln, während bei einer Gesamtvollmacht alle nur gemeinsam handeln können. Der Bevollmächtigte muss zumindest beschränkt geschäftsfähig sein (§ 165 BGB).

Aus dem Grundprinzip der Stellvertretung, nach welchem ein Handeln für einen anderen vorliegt, folgt, dass der Geschäftsinhaber nicht sich selbst bevollmächtigen, und sich damit auch nicht zum Generalbevollmächtigten bestellen kann²⁹³. Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter. Besitzt die Person bereits eine organschaftliche Handlungsbefugnis, ist für eine umfassende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht kein Raum mehr²⁹⁴. Dies trifft sowohl für die Prokura wie für die Generalvollmacht zu. Die Gesellschafter einer GmbH sind nicht selbst Inhaber des von der Kapitalgesellschaft betriebenen Handelsgewerbes und können daher zu Generalbevollmächtigten bestellt werden, sofern sie nicht organschaftliche Vertretungsbefugnis haben. Die Organe einer juristischen Person, wie etwa die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, können nicht Generalbevollmächtigte sein. Nach § 105 Abs. 1 AktG können Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Vorstandsmitglied, Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigte sein. Da die Generalvollmacht zumindest den Umfang einer Generalhandlungsvollmacht hat, gilt die Inkompatibilität auch für den Generalbevollmächtigten²⁹⁵. Ein zur Alleinvertretung berechtigter Gesellschafter einer OHG kann nicht Generalbevollmächtigter sein; dies gilt auch für einen durch Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter²⁹⁶. Kommanditisten sind von der organschaftlichen Vertretung nach § 170 HGB ausgeschlossen

²⁹³ Vgl. MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, § 48 Rn 37 für die Prokura.

²⁹⁴ BGHZ 64, 72, 75; GroßKomm(HGB)-*Joost* § 48 Rn 30; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, § 48 Rn 37; *Scholz-Schneider*, GmbHG § 35 Rn 16.

²⁹⁵ S. auch *Spitzbarth/Preuß*, Vollmachten, S. 128 f.m.w.Nachw.

²⁹⁶ Für die Bestellung als Prokurist: *Hofmann*, Prokurist, S. 21; GroßKomm(HGB)-*Joost* § 48 Rn 43; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 79.

und können folglich sowohl Prokuristen als auch Generalbevollmächtigte sein²⁹⁷.

2. Juristische Personen

Generalvollmacht kann nach überwiegender Auffassung auch juristischen Personen erteilt werden²⁹⁸. Anderer Auffassung sind diejenigen Autoren, die die Generalvollmacht als Handlungsvollmacht nach § 54 HGB ansehen und auch bei letzterer eine Bevollmächtigung juristischer Personen für unzulässig halten²⁹⁹.

Eine besondere Konstellation stellt die Erteilung einer Generalvollmacht an eine juristische Person beim Abschluss von so genannten Betriebsführungsverträgen und ähnlichen Managementverträgen dar. Die Rechtsprechung hat in diesem Bereich eine unwiderrufliche Generalvollmacht als zulässig angesehen³⁰⁰. Ein Teil der Literatur sieht die in einem Betriebsführungsvertrag liegende Vollmacht als Generalhandlungsvollmacht an³⁰¹.

a) Differenzierung nach Art der hierarchischen Eingliederung

Krebs differenziert bei der Frage, wem Generalvollmacht erteilt werden kann, danach, ob die Vollmacht an leitende Angestellte oder an außerhalb des Unternehmens stehende Personen erteilt wird³⁰². Allein die Generalvollmacht an hierarchisch nicht eingegliederte, wirtschaftlich selbstständige unternehmensfremde Personen sei eine BGB-Vollmacht und könne entsprechend den zivilrechtlichen Regelungen auch an juristische Personen erteilt werden. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit sei hierbei geringer. Die Generalvollmacht an

²⁹⁷ Für Prokuristen: BHGZ 17, 392, 394; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 79; GroßKomm(HGB)-*Joost* § 48 Rn 43; *Hofmann*, Prokurist, S. 20 f.

²⁹⁸ So ausdrücklich *Joussen*, WM 1994, 273, 274; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 157, vgl. auch *Frey*, Gesamtrechtsnachfolge, S. 49.

²⁹⁹ Z. B. MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, § 54 Rn 11.

³⁰⁰ In BGH NJW 1982, 1817 (Holiday-Inn Fall), war die Vollmacht zeitlich befristet und unwiderruflich erteilt worden und wurde so ausgelegt, dass sie nicht unbeschränkt ist, sondern durch die Aufgaben der laufenden Betriebsführung begrenzt wird; zustimmend MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 77, a. A. *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 23, der die unwiderrufliche Generalvollmacht für nichtig hält.

³⁰¹ So *Huber*, ZHR 152 (1988), 123, 145 f, vgl. auch seine Ausführungen zu den Rechtsfolgen für die Generalvollmacht bei einem Beherrschungsvertrag.

³⁰² *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 648, 651; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 72.

hierarchisch eingegliederte Personen sei dagegen keine bürgerlichrechtliche Vollmacht, sondern eine qualifizierte Art der Generalhandlungsvollmacht. Für die Erteilung fänden alle für die Generalhandlungsvollmacht geltenden Regelungen Anwendung; bei dieser sei eine Bevollmächtigung juristischer Personen nicht möglich. Bei der juristischen Person könnten deren Vertretungsorgane wechseln, so dass eine personelle Konstanz nicht gewährleistet sei, der Vollmachtgeber also auf die handelnden Personen keinen Einfluss habe. Soweit es sich nicht um eine wirtschaftlich selbstständige Person handle, könne Vollmacht nur an eine natürliche Person erteilt werden, da nur diese, wie es erforderlich sei, organisatorisch eingegliedert aus dem Unternehmen heraus handeln könne³⁰³.

Krebs begründet diese Differenzierung mit einem ungeschriebenen Prinzip handelsrechtlicher Stellvertretung, aus dem sich auch der *numerus clausus* der Vollmachten Prokura und Handlungsvollmacht und die Beschränkung der §§ 48 ff. HGB auf organisatorisch eingegliederte Vertreter ergebe. Dieses Prinzip besage, dass die Erteilung einer Vertretungsmacht an eine wirtschaftlich und organisatorisch selbstständige Person nicht von den §§ 48 ff. HGB, sondern allein von den §§ 164 ff. BGB erfasst sei³⁰⁴.

b) Stellungnahme

Generalvollmacht kann nicht nur an natürliche, sondern auch an juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften erteilt werden, und zwar unabhängig davon, ob sie in das Unternehmen hierarchisch eingegliedert sind. Die Gründe, die gegen die Erteilung an eine juristische Person vorgebracht werden, überzeugen nicht.

Eine Differenzierung danach, ob die Generalvollmacht an eine in das Unternehmen hierarchisch eingegliederte oder an eine selbstständige Person erteilt wird, ist nicht erforderlich und auch nicht zweckmäßig. Im Stellvertretungsrecht gibt es keinen Ansatzpunkt, der es rechtfertigt, auf die Person des Be-

³⁰³ MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 91, § 54 Rn 11.

³⁰⁴ Zur weiteren Argumentation von *Krebs* zum *numerus clausus* siehe bereits oben § 3 B. I. 1. b) aa).

vollmächtigten abzustellen. Es widerspricht vielmehr dem Prinzip der Trennung zwischen dem Innenverhältnis, also dem Grundverhältnis, und dem Außenverhältnis, der Vollmacht³⁰⁵. Die Vollmachtserteilung ist gegenüber dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ein von diesem zu trennendes selbstständiges Rechtsgeschäft, so dass die Vertretungsmacht ausschließlich auf dem selbstständigen Rechtsgeschäft beruht³⁰⁶. Die Stellung des Bevollmächtigten zum Kaufmann bzw. Unternehmen bestimmt sich nach dem Innenverhältnis, also regelmäßig dem Arbeitsverhältnis. Die anwendbaren Normen für Inhalt und Umfang der Vertretungsmacht bestimmen sich nach dem Außenverhältnis und damit nach der jeweiligen Vollmachtsart. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, die Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB einerseits oder des § 54 HGB andererseits davon abhängig zu machen, in welchem Verhältnis der Bevollmächtigte zu dem Kaufmann bzw. Unternehmen steht. Ein entscheidender Aspekt ist auch, dass der Rechtsverkehr dieses Verhältnis gar nicht beurteilen kann.

Es erscheint auch nicht sachgerecht, die bei der Prokura geltende Auslegung zu übernehmen. Abgesehen davon erscheint aber auch eine Beschränkung der Prokura auf natürliche Personen nicht zwingend³⁰⁷. Anders als im allgemeinen bürgerlichen Recht, wo anerkannt ist, dass juristische Personen und Personengesellschaften bevollmächtigt werden können³⁰⁸, ist dies bei Handlungsvollmacht und Prokura umstritten. Während nur wenige Autoren die Möglichkeit einer Erteilung von Handlungsvollmacht an eine juristische Person - mit ähnlicher Begründung wie bei der Prokura - ablehnen, wird die Möglichkeit der Prokuraerteilung ganz überwiegend verneint³⁰⁹. Die gesetzlichen Vorschriften der Prokura seien auf natürliche Personen zugeschnitten, woraus das ungeschriebene Gebot folge, nur solchen Rechtssubjekten Prokura zu ertei-

³⁰⁵ Erstmals herausgearbeitet von *Laband*, ZHR 10 (1866), 183 ff., vgl. auch GroßKomm(HGB)-*Joost*, vor § 48 Rn 35, *Müller-Freienfels*, Stellvertretungsregelungen, S. 12 f., 95 f.

³⁰⁶ GroßKomm(HGB)-*Joost*, vor § 48 Rn 35.

³⁰⁷ Vgl. *Frey*, Gesamtrechtsnachfolge, 58 ff; *Komp*, Die juristische Person, S. 145 f.

³⁰⁸ *Frey*, Gesamtrechtsnachfolge, S. 52.

³⁰⁹ MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, § 48 Rn 26, § 54 Rn 11; v. *Westphalen*, DStR 1993, 1562; *Hofmann*, Prokurist, S. 19; GroßKomm(HGB)-*Joost* § 48 Rn 28; *Röhrich/v. Westphalen-Wagner*, HGB, § 54 Rn 19; *Baumbach/Hopt* § 48 Rn 2; a. A. *Schlegelberger-Schröder* HGB, § 48 Rn 1; *Komp*, Die juristische Person, S. 146 f.; *Frey*, Gesamtrechtsnachfolge, S. 58 f.

len³¹⁰. Dies basiere auf dem zugrunde liegenden besonderen persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Kaufmann und Prokurist³¹¹.

Eine solche persönliche Bindung oder ein Vertrauensverhältnis spielt jedoch bei Ausübung der Handlungsvollmacht und auch der Generalvollmacht keine entscheidende Rolle. Es besteht nicht das für die Prokura charakteristische besondere persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Einzelkaufmann und Bevollmächtigtem, welches darauf aufbaut, dass der Einzelkaufmann in früheren Zeiten seinem *alter ego* sein Handelsgeschäft zur Leitung überließ, während er geschäftlich unterwegs war. Der Prokurist wurde und wird zum Teil auch heute noch als *alter ego* des Kaufmanns bezeichnet³¹². Dieser Begriff wird oft im Zusammenhang mit dem Beispiel von dem Weinhändler zitiert, der sich nach einer Reise als Bankier wiederfinden kann³¹³. Dies entspricht heute nicht mehr der tatsächlichen und auch nicht der rechtlichen Position des Prokuristen, der zwar branchenfremde Geschäfte, aber keine Grundlagengeschäfte, wie die Änderung des Unternehmensgegenstandes, vornehmen kann³¹⁴.

Auch beim Prokuristen steht das persönliche Vertrauensverhältnis heute nicht mehr zentral im Vordergrund, insbesondere, wenn es sich beim Vollmachtgeber um eine Kapitalgesellschaft handelt, bei der gegebenenfalls mehrere Prokuristen tätig sind. Die gesetzliche Ausgestaltung der Prokura, insbesondere die Unübertragbarkeit (§ 52 Abs. 2 HGB) und die Zeichnungsobliegenheit (§ 53 Abs. 2 HGB) stehen einer Erteilung an eine juristische Person nicht entgegen³¹⁵. Ein Vertrauensverhältnis kann von Seiten des Kaufmanns auch zu dem jeweiligen Organ einer juristischen Person aufgebaut werden, und bei Problemen zwischen Kaufmann und Bevollmächtigtem kann der Kaufmann die Prokura nach 52 Abs. 1 HGB jederzeit widerrufen. Die Zeichnungsobliegenheit

³¹⁰ Vgl. §§ 52 Abs. 2 (Unübertragbarkeit), 53 Abs. 2 HGB (Zeichnung der Firma).

³¹¹ GroßKomm(HGB)-Joost § 48 Rn 29; Spitzbarth, Vollmachten, S. 80.

³¹² Vgl. Thöl, Handelsrecht, S. 201; Denkschrift, S. 74; Wieland, Handelsrecht, § 30. 2.; Hofmann, Prokurist, S. 13; Pauge, Handelsvertreter und Makler, S. 119. Der Begriff *alter ego* (wörtlich: das andere Ich) wurde bereits für den Administrator verwendet, vgl. Denkschrift, S. 72, 79.

³¹³ Beispiel von Thöl, Handelsrecht, S. 202.

³¹⁴ Abgesehen von dem Verbot des § 2 a KWG, Banken in der Rechtsform des Einzelkaufmanns zu betreiben, vgl. Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 637. Nach MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs § 48 Rn 3 ist die Bezeichnung *alter ego* daher überholt.

³¹⁵ Ebenso Komp, Die juristische Person, S. 146; Frey, Gesamtrechtsnachfolge, 58 ff.

kann auch durch eine juristische Person mittels ihrer Organe erfüllt werden, die für die juristische Person mit ihrer Unterschrift zeichnen³¹⁶.

Bei Bevollmächtigung einer juristischen Person wird die Vertretungsmacht von deren jeweiligen Vertretungsorganen ausgeübt, also bei OHG und KG durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter (§§ 125, 161 Abs. 2 HGB), bei der GmbH durch die Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) und der AG durch den Vorstand (§ 78 AktG).

IV. Gesellschaftsrechtliche interne Zustimmungserfordernisse

Bei Erteilung einer Generalvollmacht stellt sich die Frage, ob auch hier die internen Zustimmungserfordernisse, die bei Personen- und Kapitalgesellschaften gelten, zu beachten sind. Dabei besteht Einigkeit darüber, dass Zustimmungsvorbehalte keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Vollmacht im Außenverhältnis haben³¹⁷. Etwas anderes kann sich jedoch in den Fällen des Vollmachtsmissbrauchs ergeben³¹⁸. Zu § 46 Nr. 7 GmbHG vertritt eine neuere Literaturmeinung einen anderen Ansatz³¹⁹. Danach sind allein die Gesellschafter einer GmbH, und nicht deren Geschäftsführer befugt, Prokuren und Generalhandlungsvollmachten zu erteilen, und zwar mit Außenwirkung. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer, der Prokuristen und der Generalhandlungsbevollmächtigten sei in der praktischen Auswirkung gleich³²⁰. Diesem Ansatz ist nicht zu folgen, da der organschaftlichen Vertretungsmacht eine andere rechtliche Qualität zukommt als der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht, was sich z.B. daran zeigt, dass nach §§ 35 Abs. 1, 36 GmbHG die Gesellschaft durch die Geschäftsführer vertreten wird und diese nach § 43 Abs. 2 GmbHG haften.

Überwiegend werden die für die Erteilung der Prokura geltenden Zustimmungserfordernisse (§§ 116 Abs. 3, 164 Satz 2 HGB, § 46 Nr. 7 GmbHG) auch

³¹⁶ *Komp*, Die juristische Person, S. 146.

³¹⁷ BGHZ 62, 166, 169; *Rowedder-Koppensteiner*, GmbHG, § 46 Rn 30; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 46 Rn 19; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 46 Rn 43; *Huber*, ZHR 152 (1988), 123, 145.

³¹⁸ Vgl. *Huber*, ZHR 152 (1988), 123, 145 m. w. Nachw.

³¹⁹ *Van Veenroy*, GmbHR 1999, 800, 806.

³²⁰ *Van Veenroy*, GmbHR 1999, 800, 805.

bei der Generalvollmacht für analog anwendbar erklärt³²¹. Dies gilt auch für die Autoren, die sich ansonsten strikt für eine BGB-Vollmacht aussprechen³²². Ein Teil der Literatur hält bei Personengesellschaften § 116 Abs. 3 HGB für nicht anwendbar, prüft aber, ob die Generalvollmacht ein gewöhnliches oder ein ungewöhnliches Geschäft darstellt, so dass dann gegebenenfalls bei einem ungewöhnlichen Geschäft ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter (§ 116 Abs. 1 oder 2 HGB), bei einer Kommanditgesellschaft einschließlich der Zustimmung der Kommanditisten (§ 164 HGB), erforderlich sei³²³. Ein Autor differenziert bei der GmbH & Co. KG danach, ob der Generalbevollmächtigte eher als Prokurist mit nach § 49 Abs. 2 HGB erweiterter Vertretungsmacht für die KG fungiere, wobei er dann durch die geschäftsführenden Gesellschafter zu bestellen sei (§ 116 Abs. 3, 164 HGB), oder ob sich die Generalvollmacht als ein qualitativ ungewöhnliches Geschäft darstelle, das der Zustimmung der Kommanditisten nach § 164 Satz 1 HGB bedürfe³²⁴. Letzteres sei der Fall, wenn die Generalbevollmächtigung sich nach ihrem Umfang als Maßnahme erweise, die den hergebrachten betrieblichen Rahmen zu sprengen geeignet sei und sich in ihren erheblichen Auswirkungen der Kontrolle und Einflussnahme auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage praktisch entziehe³²⁵.

Es ist angemessen, die für die Prokuraerteilung geltenden Zustimmungserfordernisse bei der Generalvollmacht analog anzuwenden. Bei den Zustimmungserfordernissen handelt es sich um Schutzvorschriften zugunsten der Gesellschaft, die sich daraus ergeben, dass es sich bei der Prokura und der in § 46 Nr. 7 GmbHG genannten Handlungsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb um Vollmachten handelt, die weitreichende Befugnisse vermitteln. Dies trifft auch für die Generalvollmacht zu, deren Umfang dem der Prokura und der Generalhandlungsvollmacht vergleichbar ist. Da es keinen gesetzlich festgelegten Umfang gibt, kann der genaue Umfang nur anhand des Einzelfalls bestimmt werden, er umfasst aber regelmäßig den Umfang einer Prokura³²⁶. Ob darüber hin-

³²¹ Spitzbarth, Vollmachten, S. 146; Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 233; Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 7 f.

³²² Jousen, WM 1994, 273, 280.

³²³ Baumbach/Hopt § 116 Rn 8.

³²⁴ Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 233.

³²⁵ Dies sei z.B. bereits bei der Berechtigung zur Errichtung oder Aufhebung von Filialen der Fall, vgl. Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 233.

³²⁶ S. im Einzelnen u. § 3 D. II. 3. b) bb).

aus ein ungewöhnliches Geschäft vorliegt, kann dagegen nur anhand des Einzelfalls festgestellt werden. Eine Auffassung, die bei strikter zivilrechtlicher Einordnung der Generalvollmacht insoweit folgerichtig dazu käme, die bei der Prokuraerteilung bestehenden Zustimmungserfordernisse nicht anzuwenden - was allerdings so nicht vertreten wird - würde nicht ausreichend berücksichtigen, dass die Generalvollmacht im gesellschaftsrechtlichen Kontext, also neben den handelsrechtlichen Vollmachten, verwendet wird.

Bei der OHG ist daher nach § 116 Abs. 3 Satz 1 HGB analog die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten erforderlich. Das gleiche gilt für die KG und die GmbH & Co. KG (§ 164 Satz 2 HGB), dabei sind die nicht geschäftsführungsbefugten Kommanditisten nicht eingeschlossen. Die §§ 116, 164 HGB sind dispositiv, so dass anderweitige vertragliche Vereinbarungen vorgehen. Nach §§ 46 Nr. 7, 47 GmbHG analog ist bei der Bestellung eines Generalbevollmächtigten bei der GmbH ein Gesellschafterbeschluss erforderlich.

D. Umfang

I. Umfang der Generalvollmacht im allgemeinen bürgerlichen Recht

Ebenso wenig wie der Begriff der Generalvollmacht gesetzlich bestimmt ist, kann auch ihr Umfang nicht aus den §§ 164 ff. BGB allgemeingültig bestimmt werden. Die Bezeichnung der Generalvollmacht als unbeschränkte Vollmacht, aufgrund derer der Bevollmächtigte für den Vollmachtgeber grundsätzlich alle Rechtshandlungen vornehmen kann, soweit Vertretung zulässig ist, beinhaltet zunächst eine äußerst weitreichende Vertretungsmacht. Eine Generalvollmacht ist daher grundsätzlich eine Vollmacht mit größtmöglichem Umfang.

Ausgenommen sind jedoch stets die höchstpersönlichen Geschäfte des Familien- und Erbrechts, wie etwa die Eheschließung (§ 1311 Satz 1 BGB) oder die Testamenterrichtung (§ 2064 BGB). In diesen Fällen ist eine Vertretung nicht zulässig. Eine andere Einschränkung ergibt sich daraus, dass der Umfang der Generalvollmacht nicht weiterreichen kann als die Rechtsmacht und die Befugnisse des Vollmachtgebers. Besteht z. B. gegen den Vollmachtgeber ein

Verfügungsverbot, kann auch der Bevollmächtigte nicht über den entsprechenden Gegenstand verfügen³²⁷.

Der Umfang einer erteilten Generalvollmacht ist im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB aus dem Inhalt der bevollmächtigenden Erklärung zu bestimmen³²⁸. Dabei sind der Wortlaut, der Sinn und Zweck, der Wille des Vollmachtgebers und die Begleitumstände, wie etwa das der Vollmacht zugrundeliegende Rechtsverhältnis, zu berücksichtigen.³²⁹ Die Auslegung kann ergeben, dass der Umfang der Generalvollmacht im konkreten Fall eingeschränkt ist. So kann z.B. der dem Geschäftspartner bekannte oder erkennbare entgegenstehende Wille des Vollmachtgebers den Vollmachtsumfang beschränken, auch wenn dem Wortlaut nach eine Generalvollmacht vorliegt³³⁰. Die Auslegung kann ferner ergeben, dass Geschäfte, die für die Verhältnisse des Vollmachtgebers außergewöhnlich sind, nicht von der Generalvollmacht gedeckt sind. Dies wurde z.B. vom OLG Zweibrücken in einem Fall bejaht, wo der Sohn der 91jährigen Vollmachtgeberin für diese eine GmbH gegründet hatte³³¹. In einigen Fällen soll eine Generalvollmacht von vornherein nicht sämtliche zulässigen Rechtsgeschäfte umfassen, sondern nur einen bestimmten Kreis von Vermögensangelegenheiten, z.B. solche, die mit einem Immobilienbesitz in einem bestimmten Land zusammenhängen³³². Auch bei so genannten Vorsorgevollmachten kann der Umfang eingeschränkt sein³³³.

Einschränkungen können sich ferner aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen wie z.B. aus § 138 BGB ergeben, wonach ein Rechtsgeschäft, welches gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Eine Generalvollmacht darf daher keine Selbstentrechtung zum Inhalt haben. Gegebenenfalls kommt eine teleologische Reduktion in Betracht.

³²⁷ Vgl. *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 26 f. m. Nachw.

³²⁸ Vgl. LG Frankfurt a. M. BB 1972, 512; OLG Zweibrücken, GmbHR 1990, 400, 401.

³²⁹ *Staudinger-Schilken* § 167 Rn 84 ff.

³³⁰ Zum Missbrauch der Vertretungsmacht vgl. MünchKomm(BGB)-*Schramm* § 167 Rn 98 ff.

³³¹ OLG Zweibrücken GmbHR 1990, 400, 401.

³³² Vgl. RGZ 67, 22.

³³³ S. hierzu *Baumann*, MittRhNotK 1998, 1, 6; er führt aus, dass Generalvollmachten die umfassendsten Vorsorgevollmachten sind.

II. Umfang der Generalvollmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht

Die unterschiedlichen in Rechtsprechung und Literatur vorhandenen Auffassungen darüber, wie der Umfang einer Generalvollmacht zu bestimmen ist, resultieren daraus, dass die Generalvollmacht unterschiedlich dogmatisch eingeordnet wird. Es hat Einfluss auf die Bestimmung des Umfangs, ob man die Generalvollmacht als Generalhandlungsvollmacht, als prokuraähnliche Vollmacht oder als rein zivilrechtliche Vollmacht ansieht.

1. Rechtsprechung

Detaillierte Ausführungen zur Bestimmung des Umfangs finden sich in den einschlägigen Entscheidungen zumeist nicht. Der BGH - und ihm folgend die ganz überwiegende sonstige Rechtsprechung - halten die Generalvollmacht bei der GmbH und sonstigen Kapitalgesellschaften für unzulässig und legen sie regelmäßig als Generalhandlungsvollmacht aus bzw. deuten sie in eine solche um³³⁴. Dahinter steht die Auffassung, dass eine Generalvollmacht an sich vom Umfang her so umfassend sei, dass sie auch organschaftliche Befugnisse beinhalte. Selbst wenn eine Generalvollmacht ausdrücklich nach ihrem Wortlaut auf diejenigen Geschäfte beschränkt ist, bei denen eine Vertretung zulässig ist, wird gleichwohl eine Generalhandlungsvollmacht angenommen³³⁵. Die Bestimmung des Umfangs der Generalhandlungsvollmacht nach § 54 Abs. 1 HGB wird nicht als problematisch angesehen. Die Gerichte gehen regelmäßig davon aus, dass das konkrete Vertreterhandeln vom Umfang der Generalhandlungsvollmacht gedeckt sei³³⁶.

Bereits das RG und das KG sahen in der Generalvollmacht, die sie grundsätzlich als zulässig erachteten, regelmäßig eine Vollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb gemäß § 46 Nr. 7 GmbH und damit eine Handlungsvollmacht nach § 54 HGB³³⁷. Die Generalvollmacht wurde nur in einer älteren Entscheidung ausdrücklich mit der Generalhandlungsvollmacht gleichgesetzt, dann allerdings so ausgelegt, dass sie auch die Eingehung von Wechselverbindlich-

³³⁴ S. o. § 3 B. II. 1. a) bb), cc).

³³⁵ So z. B. SchlHOLG in OLG Report 1997, 388.

³³⁶ LG München, MittBayNot 1997, 247, s.o. § 3 II 2. a) bb).

³³⁷ RG JW 1923, 121; KG JFG 3, 272.

keiten umfasste³³⁸. Dagegen wurde vereinzelt auch ausdrücklich festgestellt, dass die Generalvollmacht ebenso Rechtsgeschäfte umfassen könne, die nicht zu den mit dem Betrieb eines Handelsgewerbes gewöhnlich verbundenen gehören, so dass sie insoweit über eine Generalhandlungsvollmacht hinausgehe³³⁹.

Das OLG Naumburg bestimmte den genauen Umfang einer Generalvollmacht derart, dass es im Wege der Auslegung neben dem Wortlaut der Vollmacht auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände berücksichtigte³⁴⁰. Im konkreten Fall war der Wortlaut der Vollmacht sehr weit reichend. Es wurde bevollmächtigt, „alle im Rahmen der Tätigkeit eines alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers einer GmbH liegenden Geschäfte für die GmbH zu führen“. Die äußeren Umstände lagen darin, dass die GmbH den Bevollmächtigten ausdrücklich mit der Abwicklung von Forderungen und Verbindlichkeiten beauftragt hatte. Dementsprechend legte das Gericht den Umfang der zulässigen Generalvollmacht aus.

Bei Personengesellschaften hatte der BGH die Generalvollmacht zunächst für zulässig angesehen, und dabei ausgeführt, eine solche Generalvollmacht könne einen Umfang haben, der noch über den gesetzlich festgelegten Umfang der Prokura hinausgehe³⁴¹. Diese Entscheidung erging allerdings vor dem GmbH-Urteil³⁴²; sie wurde in neuerer Zeit nicht mehr höchstrichterlich bestätigt. In der neueren Rechtsprechung wird jedoch teilweise auch zu einer Generalvollmacht bei der KG die gleiche Argumentation verwendet wie bei der GmbH³⁴³.

Insgesamt betrachtet wird die Generalvollmacht daher von der überwiegenden Rechtsprechung grundsätzlich bei allen Gesellschaftsformen, bei denen es eine organschaftliche Vertretung gibt, als Generalhandlungsvollmacht angesehen.

³³⁸ RGZ 76, 20.

³³⁹ RG HRR 1929, 23.

³⁴⁰ OLG Naumburg DZWir 1994, 473, s. o. § 3 B II 1 a) cc) (2).

³⁴¹ BGHZ 36, 292. Nähere Ausführungen werden nicht gemacht.

³⁴² BGH NJW 1977, 199.

³⁴³ LG München, MittBayNot 1997, 247.

2. Literaturauffassungen

Unter den Autoren, die die Generalvollmacht grundsätzlich für zulässig erachten, gibt es graduelle Meinungsunterschiede, was ihren Umfang angeht. Einigkeit besteht, dass die Generalvollmacht zumindest Generalhandlungsbefugnisse vermittelt, nach überwiegender Auffassung handelt es sich um über die Generalhandlungsvollmacht hinausgehende Vollmachtsbefugnisse³⁴⁴. Nach der weitestgehenden Auffassung vermittelt die Generalvollmacht organähnliche Befugnisse, ohne dass jedoch der Generalbevollmächtigte an die Stelle des Organs treten könne³⁴⁵.

a) Organähnliche Befugnisse

aa) Nahezu gleiche Befugnisse

Spitzbarth ging zunächst davon aus, dass der Bevollmächtigte organgleiche Befugnisse habe und die Generalvollmacht grundsätzlich alle Geschäfte umfasse, zu denen auch das Organ berechtigt sei³⁴⁶. Er begründete dies mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes. Der kaufmännische Verkehr verstehe unter Generalvollmacht eine Vollmacht mit allen rechtlich zulässigen Befugnissen. Jeder Dritte könne deshalb darauf vertrauen, dass ein Generalbevollmächtigter zum Abschluss sämtlicher Rechtsgeschäfte ebenso wie der gesetzliche Vertreter befugt sei. Fasse man die Generalvollmacht so auf, dass sie in ihrem Umfang zwischen der Prokura und der gesetzlichen Vertretungsbefugnis stehe, so sei der Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet³⁴⁷. Der kaufmännische Verkehr bedürfe in besonderem Maße übersichtlicher, vereinfachender Normen, auch auf die Gefahr einer Schematisierung hin, so dass es nicht vertretbar sei, in jedem Einzelfall erst prüfen zu müssen, wie weit die Generalvollmacht reiche.

³⁴⁴ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 232; *Joussen*, WM 1994, 273; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 9; *Baumbach/Hopt*, HGB, Überbl v § 48 Rn 2; *Ensthaler-Nickel*, HGB, vor §§ 48-58 Rn 29; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, GmbHG, vor § 48 Rn 7 und § 54 Rn 16.

³⁴⁵ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 147; *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 4.

³⁴⁶ *Spitzbarth*, BB 1962, 851, 854; *Vollmachten* (2. Aufl.), S. 112, 115.

³⁴⁷ *Spitzbarth*, *Vollmachten* (2. Aufl.), S. 116.

Spitzbarth hat seine Auffassung mittlerweile geändert und nimmt nunmehr an, dass die Generalvollmacht möglichst weitgehende Befugnisse umfasse, die an die des Organs heranreichen³⁴⁸. Der Generalbevollmächtigte soll also nicht mehr organgleiche, sondern lediglich fast gleiche Befugnisse haben. Auszugehen sei von dem Grundsatz, dass durch die Generalvollmacht alle nur denkbaren Befugnisse eingeräumt werden³⁴⁹. Für *Spitzbarth* steht die Generalvollmacht in ihrem Umfang zwischen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis und der Prokura. Eine klare Abgrenzung sei jedoch nicht möglich, so dass sich eine gewisse Rechtsunsicherheit nicht vermeiden lasse. Es komme vor allem auf den Wortlaut der bevollmächtigenden Erklärung an, gleichwohl bestünden immer Zweifel über den Umfang. Im Innenverhältnis seien Beschränkungen möglich, die aber nicht so weit gehen dürften, dass damit der Charakter der Generalvollmacht praktisch aufgehoben werde³⁵⁰.

Unsicherheiten über den Umfang könnten dadurch verhindert werden, dass die Generalvollmacht mit einer eingetragenen Prokura verbunden werde. Bei weiteren Zweifeln an der Vertretungsbefugnis müsse sich der Geschäftspartner die Vollmachtsurkunde vorlegen lassen³⁵¹. Aus der dreiteiligen Stufenleiter des HGB, bestehend aus Organ, Prokurist und Handlungsbevollmächtigtem, sei durch die Einschaltung des Generalbevollmächtigten eine vierteilige geworden. Ein Schönheitsfehler dieser Stufenleiter bestehe allerdings darin, dass Organ und Generalbevollmächtigter fast die gleichen Befugnisse haben könnten, während die Vertretungsmacht der anderen Gruppen besser abgestuft sei. Mit dieser Konsequenz müsse man sich aber abfinden, da die immer größer werdende Verbreitung der Generalvollmacht von einem entsprechenden Bedürfnis in der Wirtschaft zeuge³⁵².

Nach Auffassung von *Spitzbarth* kann die Generalvollmacht beim Einzelkaufmann grundsätzlich auch den privaten Bereich umfassen³⁵³. Bei Personengesellschaften sei nur eine Generalvollmacht, die den Bevollmächtigten zum Drittorgan mache, unzulässig. Bei Kapitalgesellschaften könne die rechtsge-

³⁴⁸ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 147.

³⁴⁹ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 142.

³⁵⁰ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 147 f.

³⁵¹ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 148.

³⁵² *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 148.

³⁵³ *Spitzbarth/Preuß*, Vollmachten, S. 113.

schäftliche Generalvollmacht der Vertretungsmacht des Geschäftsführers nahekommen, ein Generalbevollmächtigter könne aber niemals an die Stelle eines Geschäftsführers oder an die Stelle des Vorstands treten³⁵⁴.

bb) Parallele Befugnisse

Hübner versteht unter einer Generalvollmacht die Ermächtigung, jemanden in allen Rechtsgeschäften zu vertreten, soweit die Vertretung nicht wegen des höchstpersönlichen Charakters des Rechtsgeschäfts oder aus sonstigen Gründen ausgeschlossen sei³⁵⁵. Der Generalbevollmächtigte einer Gesellschaft sei dementsprechend vom Umfang der Vertretungsmacht her zum rechtsgeschäftlichen Handeln in allen Gesellschaftsangelegenheiten ermächtigt. Die Generalvollmacht gehe weiter als eine Generalhandlungsvollmacht, selbst wenn diese unter Befreiung von den Beschränkungen des § 54 Abs. 2 HGB erteilt werde, und müsse daher deutlich von dieser unterschieden werden. Die Generalvollmacht unterscheide sich bezüglich des Umfangs der Vertretungsmacht auch von der Prokura. Der Generalbevollmächtigte besitze schon auf Grund der Generalvollmacht die Befugnis, öffentliche Rechte und Pflichten der Organvertreter wahrzunehmen, z. B. Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen (§ 12 HGB) oder Antrag auf Konkurs- und Vergleichseröffnung zu stellen (§ 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG)³⁵⁶, soweit die erforderliche Form gewahrt sei.

Die Unterschiede zwischen einem Prokuristen, der zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ermächtigt ist, und einem Generalbevollmächtigten seien zwar nicht allzu groß. Es bestehe aber in der Praxis ein Bedürfnis für die Bestellung eines Generalbevollmächtigten. Dies biete für den Rechtsverkehr den Vorteil, dass er sich, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorlägen, auf die allumfassende Vertretungsmacht verlassen könne, selbst bei Beschränkungen im Innenverhältnis. Für den Rechtsverkehr sei eine unbeschränkte Generalvollmacht am sichersten³⁵⁷. Dieser Gesichtspunkt der Rechtssicherheit habe schon bei der Schaffung und Ausgestaltung der Prokura

³⁵⁴ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 153 ff.

³⁵⁵ *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 3. Anlass seines Aufsatzes war die Entscheidung BGH NJW 1977, 199.

³⁵⁶ Nach jetziger Rechtslage Insolvenzverfahren.

³⁵⁷ *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 4 f.

eine ausschlaggebende Rolle gespielt. Nach Auffassung von *Hübner* steht der Generalbevollmächtigte in seiner Vertretungsmacht neben dem Geschäftsführer. Die Generalvollmacht beinhaltet eine dem Exekutivorgan gleiche Vertretungsmacht.

b) Umfassende nicht organschaftliche Befugnisse

Nach der rein zivilrechtlichen Auffassung, die als herrschend bezeichnet werden kann, soll die rechtsgeschäftliche Generalvollmacht grundsätzlich zu allen Rechtsgeschäften ermächtigen, bei denen eine Vertretung zulässig ist³⁵⁸. Über die gesetzlichen Schranken des allgemeinen Zivilrecht hinaus bestehe die zusätzliche Beschränkung, dass keine organschaftlichen Befugnisse übertragen werden dürften.

Nach Auffassung von *Joussen* ist die Generalvollmacht anders als die handelsrechtlichen Vollmachten nicht auf die Vertretung im Rahmen eines Handelsgeschäfts beschränkt. Aufgrund der fehlenden Geschäftsbezogenheit könne der Generalbevollmächtigte, im Gegensatz zum Prokuristen, auch Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen oder einen Konkursantrag stellen³⁵⁹.

Beim Einzelkaufmann erstreckte sich die Generalvollmacht neben dem geschäftlichen grundsätzlich auch auf den privaten Bereich. Entscheidend sei die Auslegung der bevollmächtigenden Willenserklärung. Anders als bei der Procura seien völlig außergewöhnliche Rechtsgeschäfte oder solche, die eindeutig und erkennbar den Vertretenen schädigten, nicht mehr von der Generalvollmacht gedeckt. Neben den gesetzlichen Schranken, z.B. bei höchstpersönlichen Geschäften, ergäben sich keine speziellen handelsrechtlichen Einschränkungen³⁶⁰.

Bei Kapital- und Personengesellschaften könne ein Generalbevollmächtigter all das nicht, was den Leitungsorganen aus der Natur der Sache heraus vorbehal-

³⁵⁸ So vor allem *Joussen*, WM 1994, 273; ebenso *Baumbach/Hopt*, HGB, Überbl v § 48 Rn 2; *Ensthaler-Nickel*, HGB, vor §§ 48-58 Rn 29; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, GmbHG, vor § 48 Rn 7 und § 54 Rn 16, *Röhrich/v.Westphalen-Wagner*, HGB, § 54 Rn 19; *Pauge*, Handelsvertreter und Makler, S. 125; *Baumann*, Freundesgabe Weichler, S. 1, 9.

³⁵⁹ *Joussen*, WM 1994, 273, 274, 277; nunmehr Insolvenzantrag.

³⁶⁰ *Joussen*, WM 1994, 273, 276.

ten sein müsse, bzw. was zu den elementaren organschaftlichen Mitgliedschaftsrechten und -pflichten gehöre. Dieser Ausschließlichkeits-katalog sei allerdings sehr gering. So könne der Generalbevollmächtigte nicht aus eigenem Antrieb die Auflösung der Gesellschaft betreiben. Er könne nicht die durch Gesellschaftsvertrag speziell den Gesellschaftsorganen zugewiesenen Kompetenzen, sowie einen gewissen Kernbestand aus dem Aufgabenkatalog des § 46 GmbHG wahrnehmen. Er sei z. B. von der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer ausgeschlossen und könne auch nicht den Jahresabschluss unterzeichnen (§ 245 HGB)³⁶¹.

c) Erweiterte Prokurabefugnisse

Geitzhaus sieht den Generalbevollmächtigten als Zwischenstufe zwischen dem Organ und dem handelsrechtlichen Vertreter an³⁶². Den Generalbevollmächtigten als Generalhandlungsbevollmächtigten anzusehen, sei ausgeschlossen, da der Generalbevollmächtigte regelmäßig in der Unternehmenshierarchie noch über dem Prokuristen stehe. Die Generalvollmacht sei als ein Mehr gegenüber Prokura und Handlungsvollmacht, aber als ein "minderes" *Aliud* gegenüber der Funktion des Organs Geschäftsführer zu verstehen.

Generalbevollmächtigte könnten in dem Kernbereich der öffentlichen Pflichten nicht neben dem Geschäftsführer als dem organschaftlichen Vertreter tätig werden. Zu diesem eigenverantwortlichen Bereich innerhalb organschaftlicher Vertretung und Geschäftsführung gehörten insbesondere die Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 264 HGB), Anmeldungen zum Handelsregister sowie die Stellung des Insolvenzantrags (§ 64 GmbHG)³⁶³. Ebenso gehörten dazu alle strafrechtlich sanktionierten Pflichten der Geschäftsführer (insbes. §§ 82, 84 GmbHG), sowie die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 GmbHG.

Die Grenzen des Umfangs der Generalvollmacht seien in dem Zwischenbereich zwischen Geschäftspolitik und ungewöhnlichen Maßnahmen einerseits,

³⁶¹ *Joussen*, WM 1994, 273, 278.

³⁶² *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 232.

³⁶³ Früher Konkurs- bzw. Vergleichsantrag nach §§ 63, 64 GmbHG a.F.

und den Handlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs. 1 HGB), andererseits anzusiedeln³⁶⁴.

d) Generalhandlungsbefugnisse

Nach Auffassung von *Krebs* darf sich die Generalvollmacht sowohl bei Unternehmensangehörigen als auch bei außerhalb stehenden Personen nicht auf organschaftliche und höchstpersönliche Vertretungsakte erstrecken³⁶⁵. Generalbevollmächtigte könnten daher keine Prokura erteilen, keinen Insolvenzantrag stellen und in Grundlagenangelegenheiten keine Anmeldungen zum Handelsregister tätigen.

Der zulässige Umfang der einem Unternehmensangehörigen erteilten Generalvollmacht werde durch die Einordnung als spezielle Generalhandlungsvollmacht näher bestimmt. Ohne abweichende Vereinbarung habe die Generalhandlungsvollmacht den in § 54 Abs. 1 HGB festgelegten Umfang, erfasse also keine besonders gefährlichen (§ 54 Abs. 2 HGB), keine ungewöhnlichen und keine Geschäfte aus anderen Branchen. Von diesen Beschränkungen könne der Vertreter befreit werden (§ 54 Abs. 2 HGB), was bei der Generalvollmacht durch die Bezeichnung als solche geschehe³⁶⁶.

Die Generalhandlungsvollmacht könne auch mit einer umfassenderen, dem Umfang einer erweiterten Prokura (§ 49 Abs. 2 HGB) entsprechenden Vertretungsmacht ausgestattet werden. Eine darüber hinausgehende Vertretungsmacht könne jedoch nicht erteilt werden. § 48 Abs. 2 HGB beschreibe ein Maximum an handelsrechtlicher Vertretungsmacht. Umfangsregeln, die zwar für die Prokura, nicht aber für die Generalhandlungsvollmacht eine Obergrenze beinhalteten, widersprächen dem Stufenverhältnis von Prokura und der Handlungsvollmacht als "kleiner Prokura". Vorbehaltlich von Einschränkungen habe daher die einem Unternehmensangehörigen erteilte Generalvollmacht den höchstzulässigen Umfang der Vertretungsmacht einer Generalhandlungsvollmacht. Die von einem Einzelkaufmann erteilte Generalvollmacht umfasse kei-

³⁶⁴ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 235.

³⁶⁵ MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 75, 87.

³⁶⁶ *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 653; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 88.

ne Privatangelegenheiten. Im Übrigen könne die Generalvollmacht mit beliebigen Einschränkungen erteilt werden³⁶⁷.

3. Stellungnahme und eigener Ansatz

a) Allgemeiner Umfang und Einschränkungen

aa) Ausgangslage

Ebenso wie bei der Erteilung ist auch bei der Bestimmung des Umfangs zu berücksichtigen, dass die Generalvollmacht ihren Ursprung im allgemeinen bürgerlichen Recht hat, aber seit mehr als hundert Jahren auch von Kaufleuten und Unternehmen eingesetzt wird. Da es keinen gesetzlich festgelegten Umfang gibt, ist die Erklärung, mit der die Vollmacht erteilt wird, für die Bestimmung des Umfangs maßgeblich. Bei der Auslegung der Willenserklärung ist auf Wortlaut, Sinn und Zweck dieser Erklärung, auf den Willen des Vollmachtgebers sowie die Umstände der Vollmachterteilung abzustellen (§§ 133, 157 BGB). Den äußeren Rahmen für die Bestimmung des Umfangs gibt der Grundsatz vor, dass eine Generalvollmacht zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, bei denen Vertretung möglich ist.

Da die Bestimmung des Umfangs der rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht maßgeblich dem Vollmachtgeber obliegt, kann sie faktisch den gleichen Tätigkeitsbereich eröffnen wie eine erweiterte Prokura oder auch eine erweiterte Generalhandlungsvollmacht. Ohne nähere Bestimmung reicht sie jedoch weiter als eine Prokura³⁶⁸. Für den Vollmachtgeber besteht Spielraum, die Vollmacht auch auf einen bestimmten Bereich zu beschränken, z. B. bei einem Betriebsführungsvertrag, der die gesamte unternehmerische Tätigkeit umfassen, sich aber auch auf Teilbetriebe oder einzelne Sparten des Eigentümerunternehmens beschränken kann³⁶⁹.

³⁶⁷ MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs, vor § 48 Rn 88 ff.

³⁶⁸ Ebenso Stüsser, Anfechtung der Vollmacht, S. 234.

³⁶⁹ Huber, ZHR 152 (1988), 1, 2 f.; in BGH NJW 1982, 1817 bezog sich der Vertrag auf die Führung eines Hotels, Eigentümerunternehmer war die Holiday-Inn-Kette.

bb) Einschränkungen aus dem allgemeinen Zivilrecht

Bei der Bestimmung des Umfangs bestehen für die Generalvollmacht zunächst grundsätzlich die Einschränkungen, die für jede zivilrechtliche Vollmacht im allgemeinen Zivilrecht gelten. So darf die Generalvollmacht nicht zu höchstpersönlichen Geschäften des Familien- und Erbrechts ermächtigen. Dies kann allerdings nur dann relevant werden, wenn Einzelkaufleute Generalvollmacht erteilen und diese auch den persönlichen Bereich umfassen soll³⁷⁰.

cc) Gesellschaftsrechtliche Einschränkungen

Darüber hinaus ergibt sich die "gesellschaftsrechtliche" Einschränkung, dass mit einer Generalvollmacht keine organschaftlichen Befugnisse übertragen werden dürfen. Die Vertretung der Gesellschaft obliegt den gesetzlich vorgesehenen Vertretungsorganen, d. h. bei den Personenhandelsgesellschaften den persönlich haftenden Gesellschaftern (§§ 125, 161 Abs. 2, 170 HGB), bei der GmbH den Geschäftsführern (§ 35 GmbHG) und bei der AG dem Vorstand (§ 78 AktG). Bei juristischen Personen ist ebenso wie bei den Gesamthandsgesellschaften die organschaftliche Vertretung durch die gesetzlichen Vertretungsorgane streng von einer rechtsgeschäftlichen Vertretung durch Bevollmächtigte zu trennen³⁷¹. Diese organschaftliche Vertretung der Gesellschaft ist ausschließlich den organschaftlichen Vertretern der Kapital- oder Personengesellschaft vorbehalten und kann nicht durch Rechtsgeschäft auf Dritte übertragen werden. Ein Generalbevollmächtigter kann daher keine organschaftlichen, sondern nur rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnisse wahrnehmen.

Eine ohne weitere Einschränkung erteilte Generalvollmacht erfasst deshalb von vornherein keine organschaftlichen Befugnisse. Insofern liegen die Dinge ähnlich wie bei der Generalvollmacht im allgemeinen Zivilrecht, die auch keine höchstpersönlichen Geschäfte umfasst. Rechtlich gesehen ist die Übertragung organschaftlicher Befugnisse auf einen Dritten bzw. ein Nichtorgan gar nicht möglich. Wegen einer Übertragung organschaftlicher Befugnisse auf die generelle Unzulässigkeit der Generalvollmacht zu schließen, wie dies der BGH und

³⁷⁰ S. dazu auch im Folgenden unter b) bb).

³⁷¹ S. bereits oben § 3 B. II. 3. a).

die ihm folgende Rechtsprechung und ein Teil der Literatur tun, überzeugt daher nicht³⁷². Wenn im Einzelfall die Übertragung organschaftlicher Befugnisse auf einen Generalbevollmächtigten tatsächlich gewollt ist, so ist die Generalvollmacht unwirksam. Dann kommt die Umdeutung (§ 140 BGB) in eine Generalhandlungsvollmacht in Betracht. Für die Umdeutung in eine Prokura dürfte es zumeist an einer ausdrücklichen Erklärung, die nach § 48 Abs.1 HGB Voraussetzung für die Erteilung der Prokura ist, fehlen. Für die Bestimmung des Umfangs einer zulässigen rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht ist entscheidend, welche konkreten Tätigkeiten den organschaftlichen Vertretern vorbehalten sind, da diese der Generalbevollmächtigte nicht ausführen darf.

b) Abgrenzung zu Generalhandlungsvollmacht und Prokura

aa) Keine Beschränkung auf Umfang der Generalhandlungsvollmacht

Der Umfang einer Generalvollmacht geht über den einer Generalhandlungsvollmacht hinaus. Eine Beschränkung des Generalbevollmächtigten auf die Befugnisse des Generalhandlungsbevollmächtigten³⁷³, lässt sich weder rechtlich überzeugend begründen, noch entspricht es der tatsächlichen Position, die der Generalbevollmächtigte in einem Unternehmen innehat. Ebenso wenig überzeugt es, nach Art der hierarchischen Eingliederung zu unterscheiden und einem unternehmensangehörigen Generalbevollmächtigten anders als einem selbstständigen unternehmensfremden Generalbevollmächtigten nur Generalhandlungsvollmachtbefugnisse einräumen zu wollen³⁷⁴.

Die Generalhandlungsvollmacht ist nach der gesetzlichen Ausgestaltung und auch nach der tatsächlichen Verwendung in den Unternehmen eine Vollmacht mit geringerem Umfang als die Prokura. Sie wird vereinzelt auch als 'kleine Schwester' der Prokura bezeichnet³⁷⁵. Dabei richtet sich der Umfang einer Handlungsvollmacht allein nach der bevollmächtigenden Erklärung, da § 54

³⁷² S.o. § 3 B. II. 1, 3.

³⁷³ Dies vertreten die überwiegende Rechtsprechung und ein Teil der Literatur, s.o. § 3 B. II. 1. a) bb), b) aa).

³⁷⁴ So *Krebs*, ZHR 159 (1995), 635, 648, 651; MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, vor § 48 Rn 72.

³⁷⁵ So *K Schmidt*, *Handelsrecht*, S. 482; ebenso *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 233; dagegen *Canaris*, *Handelsrecht*, § 15 Rn 1.

Abs. 1 HGB anders als bei der Prokura in § 50 Abs. 1 HGB den Umfang der Vertretungsmacht nicht verbindlich beschreibt, sondern den rechtsgeschäftlichen Tatbestand der Vollmachtserteilung um einen Gutglaubenstatbestand hinsichtlich des Umfangs der Handlungsvollmacht ergänzt³⁷⁶. Dies ergibt sich aus § 54 Abs. 3 HGB, der Beschränkungen des nach § 54 Abs. 1 und 2 HGB vermuteten Umfangs zulässt.

Ein Generalhandlungsbevollmächtigter im Sinne des § 54 Abs. 1 Alt. 1 HGB kann alle Geschäfte tätigen, die der Betrieb des Handelsgewerbes üblicherweise mit sich bringt. Die Generalhandlungsvollmacht ist die umfassendste der in § 54 Abs. 1 HGB genannten Handlungsvollmachten. Der Vorschlag von *Spitzbarth*, statt Generalhandlungsvollmacht die Bezeichnung "allgemeine Handlungsvollmacht" zu verwenden, um eine Verwechslung mit der Generalvollmacht zu vermeiden, hat sich nicht durchgesetzt³⁷⁷. Anders als der Prokurist kann der Generalhandlungsbevollmächtigte aber keine außergewöhnlichen Rechtshandlungen irgendeines beliebigen Handelsgewerbes vornehmen. Für die Beurteilung der Üblichkeit von Geschäften und Rechtshandlungen wird vorwiegend auf die Branchenüblichkeit abgestellt, daneben gibt es jedoch diverse weitere Kriterien, wie z. B. die Art und Größe des Unternehmens oder die wirtschaftliche und finanzielle Tragweite des Geschäfts³⁷⁸.

Der Vermutungstatbestand in § 54 Abs. 1 HGB wird durch § 54 Abs. 2 HGB eingeschränkt, wonach für die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozessführung eine besonders erteilte Befugnis erforderlich ist. Die Vornahme dieser Geschäfte ist, unabhängig von einer etwaigen Branchenüblichkeit, nicht ohne besondere Ermächtigung vom Umfang gedeckt. Insoweit kann ein Dritter, der mit einem Handlungsbevollmächtigten einen Vertrag abschließt, sich nicht auf seine Gutgläubigkeit berufen. Die Aufzählung in § 54 Abs. 2 HGB ist abschließend, eine an sich zweckmäßige Erweiterung auf andere gefährliche Geschäfte durch analoge Anwendung der Vorschrift wird wegen

³⁷⁶ *Hammen* in Pfeiffer, Handbuch, § 3 Rn 37. Überblick zum Meinungsstand bei *Bork*, JA 1990, 249 ff.

³⁷⁷ *Spitzbarth*, BB 1962, 851; *Spitzbarth/Preuß*, Vollmachten, S. 44.

³⁷⁸ Vgl. MünchKomm(HGB)-*Lieb/Krebs*, § 54 Rn 26, 28, 48, 52 ff. m. Bspl. aus der Rspr.; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 51; v. *Westphalen*, DStR 1993, 1562; *K Schmidt*, Handelsrecht, S. 484; *Canaris*, Handelsrecht, § 15 Rn 20 ff.

des Ausnahmecharakters der Vorschrift abgelehnt³⁷⁹. Der Prokurist muss dagegen lediglich zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nach § 49 Abs. 2 HGB besonders ermächtigt werden. Ansonsten ist die Prokura Dritten gegenüber unbeschränkbar (§ 50 Abs. 1 HGB).

Eine Generalhandlungsvollmacht kann in der Praxis so ausgestaltet sein, dass vom Umfang her kaum Unterschiede zwischen ihr und der Prokura bestehen. Für den Vollmachtgeber besteht die Möglichkeit, den Umfang der Generalhandlungsvollmacht so zu bestimmen, dass davon auch ungewöhnliche oder branchenfremde Geschäfte erfasst werden, da § 54 Abs. 1 HGB nur den gesetzlich vermuteten Umfang der Handlungsvollmacht beschreibt. Ist eine Generalhandlungsvollmacht dann noch nach § 54 Abs. 2 HGB erweitert, kann sie im Einzelfall größere Vertretungsbefugnisse als eine nicht nach § 49 Abs. 2 HGB erweiterte Prokura verleihen³⁸⁰.

Auch wenn die Generalhandlungsvollmacht also tatsächlich einen sehr weitgehenden Umfang haben kann, kommt doch eine diesbezügliche grundsätzliche Beschränkung der Befugnisse des Generalbevollmächtigten nicht in Betracht. Ein *numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten existiert nicht³⁸¹ und gegen die Differenzierung zwischen unternehmensangehörigen und selbstständigen Personen spricht das Prinzip der Trennung zwischen dem Innenverhältnis und dem Außenverhältnis der Vollmacht, wobei zudem das jeweilige Anstellungsverhältnis für den Rechtsverkehr nur schwer erkennbar wäre³⁸².

bb) Größerer Umfang als Prokura

Die Generalvollmacht ist auch nicht auf den Vertretungsbereich einer Prokura beschränkt, da es sich ansonsten nicht um eine eigenständige Vollmacht, sondern zwingend um eine Prokura handeln würde. Neben dieser wäre im Anwendungsbereich des HGB für eine gleichartige zivilrechtliche Vollmacht kein Platz mehr, da gemäß Art. 2 Abs. 1 EGHGB in Handelssachen die Vorschriften des BGB nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im HGB etwas ande-

³⁷⁹ MünchKomm(HGB)-Lieb/Krebs, § 54 Rn 34; GroßKomm(HGB)-Joost, § 54 Rn 56.

³⁸⁰ S. Komp, Die juristische Person, S. 146.

³⁸¹ Wie sich bereits oben bei der Zulässigkeit gezeigt hat, s. § 3 B. I. 1. c).

³⁸² S.o. § 3 C. II. 4. b) bb).

res bestimmt ist. In verschiedenen neuen Gesetzesregelungen, insbesondere den §§ 29 Abs. 1 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 3 OWiG und § 75 Nr. 3 StGB, ist jedoch anerkannt worden, dass der Generalbevollmächtigte grundsätzlich umfangreichere Befugnisse als ein Prokurist und als ein Generalhandlungsbevollmächtigter hat. Dies entspricht der tatsächlichen Stellung des Generalbevollmächtigten, die dieser in der Unternehmenshierarchie üblicherweise inne hat. Er steht als rechtsgeschäftlicher Vertreter zwischen den Prokuristen und den Organmitgliedern.

Der Generalbevollmächtigte kann zunächst all das, was auch ein Prokurist mit nach § 49 Abs. 2 HGB erweiterten Befugnissen kann, also einschließlich der Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Der Generalbevollmächtigte kann beispielsweise Ein- und Verkäufe tätigen, Import- und Exportgeschäfte, Geschäfte des Bankverkehrs und Wechsel- und Scheckklärungen abgeben. Er kann organisatorische Maßnahmen vornehmen, wie etwa eine Produktumstellung oder die Einführung neuer Fertigungsmaßnahmen, und arbeitsrechtliche Maßnahmen, wie Kündigungen oder den Abschluss von Betriebsvereinbarungen. Er kann Handlungsvollmachten nach § 54 HGB erteilen sowie sonstige Einzelvollmachten. Der Generalbevollmächtigte kann auch ohne besondere Ermächtigung sämtliche Grundstücksgeschäfte tätigen.

Darüber hinaus besteht bei der Generalvollmacht grundsätzlich keine Beschränkung hinsichtlich der so genannten Grundlagengeschäfte, die den Betrieb eines Handelsgewerbes als solchen betreffen³⁸³. Eine diesbezügliche allgemeine Einschränkung des Umfangs, der sich aufgrund des zivilrechtlichen Ursprungs zunächst grundsätzlich auf alle Handlungen erstreckt, ist nicht erforderlich. Die Generalvollmacht erfasst allerdings nur solche Grundlagengeschäfte, die nicht aufgrund des Gesellschaftsvertrags, der Vollmachterteilungserklärung oder aus sonstigen Gründen den Gesellschaftsorganen vorbehalten sind.

Die Vertretungsmacht des Generalbevollmächtigten geht jedoch nicht soweit, dass er auch persönliche Geschäfte für einen Kaufmann tätigen kann. Beim Einzelkaufmann erstreckt sich die Generalvollmacht also nicht auch auf den

³⁸³ Ebenso *Joussen*, WM 1994, 273, 274, *Leiner*, Generalvollmacht, S. 34.

persönlichen Bereich. Der rein zivilrechtliche Ansatz, wonach grundsätzlich auch der persönliche Bereich umfasst ist³⁸⁴, berücksichtigt die Verwendung der Generalvollmacht im handelsrechtlichen Bereich nicht ausreichend. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich bei der Generalvollmacht, die von einem Kaufmann bzw. einem kaufmännischen Unternehmen erteilt wird, um eine eigenständige handelsrechtliche Vollmacht. Ihr Umfang ergibt sich aus der Auslegung (§ 133 BGB) der jeweiligen Erklärung der Vollmachtserteilung. Eine handelsrechtliche Vollmacht bezieht sich auf Geschäfte eines Handelsgewerbes und erfasst, sofern sich nicht ausnahmsweise aus der Vollmachtserteilung etwas anderes ergibt, keine privaten Geschäfte. Eine automatische Einbeziehung privater Geschäfte wäre für den Einzelkaufmann absolut überraschend. Ein Verzicht auf die Beschränkung, dass es sich um Geschäfte des Handelsgewerbes handeln muss, ist daher nicht angebracht. Dem Einzelkaufmann bleibt es allerdings unbenommen, eine Generalvollmacht so zu erteilen, dass sie sich auch auf den persönlichen Bereich erstrecken soll. Dies muss sich dann aus der Vollmachtserteilung ergeben.

Der Generalbevollmächtigte kann auch keine ausdrücklich dem Kaufmann oder seinen gesetzlichen Vertretern vorbehaltenen Geschäfte, die auch als Prinzipalgeschäfte bezeichnet werden, tätigen. Dementsprechend kann er keine Prokura erteilen (48 Abs. 1 HGB). Der Generalbevollmächtigte kann auch nicht selbst Generalvollmacht erteilen, da wegen des weitreichenden Umfangs möglicher Vollmachtgeber ebenso wie bei der Prokura nur der Geschäftsinhaber oder sein gesetzlicher Vertreter sein kann³⁸⁵.

c) Ausschluss organschaftlicher Befugnisse

Der Generalbevollmächtigte kann nicht, ohne Organ zu sein, die gleichen Befugnisse wie ein organschaftlicher Vertreter ausüben. Es bestehen jedoch unterschiedliche Auffassungen darüber, welche Befugnisse nun ausschließlich von den Organvertretern und deshalb nicht von einem Generalbevollmächtigten wahrgenommen werden dürfen. Dabei sieht ein Autor als maßgeblich an,

³⁸⁴ So *Joussen*, WM 1994, 273, 275, s. auch *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 149.

³⁸⁵ S. o. § 3 C. I.

was den Organen "aus der Natur der Sache heraus" vorbehalten sein muss³⁸⁶. Für andere ist entscheidend, ob es sich um öffentliche Pflichten handelt, für deren Erfüllung der Geschäftsführer beispielsweise strafrechtlich verantwortlich ist³⁸⁷. Beide Ansätze können zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. So ist insbesondere umstritten, ob der Generalbevollmächtigte einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen kann.

aa) Übertragung von öffentlichen Pflichten

Um beurteilen zu können, ob eine Pflicht auch von einem Generalbevollmächtigten wahrgenommen werden kann, ist zunächst zu klären, welche Pflichten den Organvertretern überhaupt obliegen und in welchen Fällen diese übertragbar sind. Dabei handelt es sich nicht um eine Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB, es geht darum, welche Pflichten der Generalbevollmächtigte im Rahmen seiner Bevollmächtigung ausüben kann, ohne dass man von einer unzulässigen Generalvollmacht ausgehen müsste.

Organpflichten werden durch Gesetz statuiert³⁸⁸. Sie erwachsen aus der Übernahme der Position des betreffenden Organs und sind daher gesetzliche Pflichten. Durch vertragliche Absprachen können sie ausgestaltet und modifiziert, aber nicht begründet werden³⁸⁹. Im Zusammenhang mit einer möglichen Übertragbarkeit auf den Generalbevollmächtigten geht es vor allem um die Organpflichten, die nicht nur das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft, sondern auch das Außenverhältnis berühren. Diese werden allgemein als Pflichten im öffentlichen Interesse bezeichnet³⁹⁰. Es existieren jedoch auch unübertragbare organschaftliche Pflichten, die nur das Innenverhältnis berühren. Da es vielfältige, gesetzlich den Organvertretern zugewiesene Aufgaben und Pflichten gibt, ist eine allgemeine Beurteilung, inwieweit diese übertragen werden können, nicht möglich. Es ist vielmehr bei jeder Pflicht gesondert zu untersuchen, ob diese auch von einem Generalbevollmächtigten wahrgenom-

³⁸⁶ *Joussen*, WM 1994, 273, 278.

³⁸⁷ *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 231 f.

³⁸⁸ *Ehricke*, ZGR 2000, 351, 374.

³⁸⁹ Dies ist in der Literatur umstritten, zum Streitstand s. *Ehricke*, ZGR 2000, 351, 372 ff. m. w. Hinw.

³⁹⁰ Vgl. *Ehricke*, ZGR 2000, 351, 375; *Fleck*, ZHR 149, (1995), 387, 393; *Leiner*, Generalvollmacht, S. 93. Im einzelnen ist die Terminologie uneinheitlich, s.o. § 3 B. II. 3. d).

men werden kann. Dabei ist die Bedeutung der jeweiligen Pflicht durch Auslegung zu ermitteln. Zu berücksichtigen ist auch, ob es sich um eine persönliche Pflicht handelt oder nicht.

bb) Einzelpflichten

(1) Stellung eines Insolvenzantrags

Zu den öffentlichen Pflichten zählt die Pflicht zum rechtzeitigen Antrag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 64 Abs. 1 GmbHG, § 130 a Abs. 1 HGB, § 92 Abs. 2 AktG). Diese Pflicht obliegt ausschließlich den Geschäftsführern. Betreffend den Generalbevollmächtigte geht es jedoch nicht um die Pflicht selbst, sondern darum, ob dieser - neben den Geschäftsführern - ebenfalls ein Antragsrecht hat. Die ganz überwiegende Auffassung verneint eine solche Berechtigung³⁹¹. Sie argumentiert, dass es sich um eine höchstpersönliche unübertragbare Pflicht zum Schutz der Allgemeinheit und der Gläubiger handele, die darauf abziele, den Geschäftsbetrieb einzustellen, und für die der Geschäftsführer zivilrechtlich (§ 64 Abs. 2 GmbHG) und strafrechtlich (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 HGB) verantwortlich sei. Die Gegenauffassung macht geltend, dass die Generalvollmacht nicht auf die Vornahme betriebsbezogener Handlungen beschränkt sei und es sich nicht um eine höchstpersönliche Pflicht handele³⁹². Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Generalvollmacht zwar nicht geschäftsbezogen ist, es sich allerdings bei der Stellung des Insolvenzantrags um eine bedeutende Tätigkeit handelt, die für das gesamte Unternehmen weitreichende Konsequenzen nach sich zieht. Könnte der Generalbevollmächtigte hier neben den Geschäftsführern allein auf Grund seiner Generalvollmacht tätig werden, bestünde kein Unterschied mehr zu einem organschaftlichen Handeln. Insofern scheidet eine Übertragung durch eine generelle rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung aus. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die organschaftlichen Vertreter stets persönlich tätig werden müssen³⁹³.

³⁹¹ BGH NJW 1977, 199; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 229, 232; *Leiner*, Generalvollmacht, S. 117; a. A. *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 4; *Joussen*, WM 1994, 273, 277.

³⁹² *Joussen*, WM 1994, 273, 274, 277; *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 4.

³⁹³ Es besteht die Möglichkeit einer Bevollmächtigung im Einzelfall.

2) Anmeldungen zum Handelsregister

Bei den Anmeldungen zum Handelsregister (§ 12 HGB) bestehen ebenfalls unterschiedliche Auffassungen. Auch hier soll nach einer Auffassung die entsprechende Ermächtigung bereits in der Generalbevollmächtigung enthalten bzw. eine Anmeldung durch den Generalbevollmächtigten zumindest möglich sein³⁹⁴. Das LG Frankfurt führte in einer Entscheidung aus, dass durch Auslegung vom Registergericht festzustellen sei, ob die Generalvollmacht auch Anmeldungen zum Handelsregister umfasse oder eine spezielle Vollmacht verlangt werden müsse³⁹⁵. Nach anderer Auffassung ist grundsätzlich eine spezielle Ermächtigung zur Vornahme von Handelsregistereinträgen erforderlich, wobei danach differenziert wird, ob sich die Vollmacht auf das anzumeldende Geschäft bezieht³⁹⁶.

Ob die Generalvollmacht zu einer bestimmten Anmeldung berechtigt, kann nicht allgemein für alle in Betracht zu ziehenden Fälle bestimmt werden. Es kommt zum einen auf den konkreten Umfang der Generalvollmacht und zum anderen auf die jeweilige Anmeldepflicht an. Der BGH hat in einer Entscheidung, in der es um die Anmeldung durch einen Prokuristen ging, ausgeführt, dass bei der anzumeldenden Tatsache die Grundlagen des besagten Handelsgeschäfts nicht betroffen sein dürfen³⁹⁷. Das Gericht führte aus, dass der Prokurist in Vertretung seines Unternehmens in dessen Eigenschaft als Gesellschafter einer anderen Gesellschaft Anmeldungen vornehmen kann, z. B. den Beteiligungserwerb an anderen Unternehmen anmelden. Daraus lässt sich ableiten, dass der Prokurist grundsätzlich Anmeldungen vornehmen kann, soweit seine Vertretungsmacht das der Anmeldung zu Grunde liegende Geschäft umfasst³⁹⁸.

Der Generalbevollmächtigte hat grundsätzlich umfangreichere Befugnisse als ein Prokurist. Anders als bei diesem gibt es keine diesbezügliche Beschränkung hinsichtlich der so genannten Grundlagengeschäfte, soweit diese nicht

³⁹⁴ Für eine ausreichend Ermächtigung durch die Generalvollmacht *Joussen*, WM 1994, 273, 277; *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 4; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 12 Rn 3; offen *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, § 78 Rn 20.

³⁹⁵ LG Frankfurt, BB 1972, 512. Im konkreten Fall hielt es die Generalvollmacht für ausreichend.

³⁹⁶ Vgl. *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, § 78 Rn 20 m.w.Nachw.

³⁹⁷ BGHZ 116, 190, 194.

³⁹⁸ Ebenso *Leiner*, Generalvollmacht, S. 112 f.

ausdrücklich den organschaftlichen Vertretern vorbehalten sind. Die Generalvollmacht umfasst daher auf Grund ihres weiten Umfangs regelmäßig die Befugnis, Anmeldungen vorzunehmen. Dabei ist die erforderliche Form der öffentlichen Beglaubigung gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB zu beachten.

Ausnahmsweise kann sich aus der konkreten Anmeldepflicht etwas anderes ergeben. So kann der Generalbevollmächtigte nicht gemäß § 53 HGB die Erteilung oder das Erlöschen der Prokura anmelden, da seine Vertretungsmacht nicht das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, die Prokuraerteilung, umfasst. Darüber hinaus ist z.B. bei den organschaftlichen Anmeldepflichten der GmbH-Geschäftsführer, die auf eine konstitutiv eine Rechtsänderung bewirkende Eintragung gerichtet sind, rechtsgeschäftliche Vertretung ausgeschlossen³⁹⁹. Hierzu zählen die Fälle der §§ 7 Abs. 1, 57 Abs. 1, 58 Abs. 1 GmbHG, in denen gem. § 78 HS. 2 GmbHG sämtliche Geschäftsführer anzumelden haben⁴⁰⁰. Die in § 78 HS. 2 GmbHG genannten Anmeldungen sind allesamt von grundlegender Bedeutung und damit einer Generalvollmacht nicht zugänglich⁴⁰¹. Entsprechendes gilt auch bei Aktiengesellschaften für die Anmeldepflichten, die von derart großer Bedeutung für die Gesellschaft sind, dass sie von den organschaftlichen Vertretern wahrgenommen werden müssen, z.B. die Anmeldung der Gesellschaft in das Handelsregister, § 36 Abs. 1 AktG, oder die Anmeldung des Beschlusses und der Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals, §§ 184, 188 AktG .

(3) Sonstige nicht übertragbare Pflichten

Zu den organschaftliche Pflichten, die unstreitig nicht durch den Generalbevollmächtigten wahrgenommen werden können, gehören die Pflicht zur Buchführung und Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 41 GmbHG, §§ 264, 242 HGB). Daneben gibt es auch organschaftliche Pflichten, die sich nur auf das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft beziehen und die ebenso unübertragbar sind, so z.B. die Einberufung der Gesellschafterver-

³⁹⁹ Vgl. Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 78 Rn 10 ff; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 78 Rn 2.

⁴⁰⁰ Offengelassen von BGHZ 116, 190.

⁴⁰¹ Vgl. auch Leiner, Generalvollmacht, S. 115.

sammlung nach § 49 GmbHG⁴⁰². Der Generalbevollmächtigte kann auch keinen Jahresabschluss unterzeichnen (§ 254 HGB).

E. Erlöschen

I. Widerruf

Die Generalvollmacht kann weder im allgemeinen Zivilrecht noch im Handelsrecht unwiderruflich erteilt werden. Während sich bei der Prokura die freie Widerruflichkeit ohne Rücksicht auf das der Erteilung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis aus § 52 Abs. 1 HGB ergibt, kann eine zivilrechtliche Vollmacht nach § 168 Satz 2 BGB widerrufen werden, sofern sich nicht aus dem Rechtsverhältnis etwas anderes ergibt.

Die Erteilung einer unwiderruflichen zivilrechtlichen Generalvollmacht wird jedoch von der herrschenden Auffassung grundsätzlich - also ohne die Möglichkeit, dass sich aus dem Grundverhältnis etwas anderes ergeben könnte - abgelehnt, da dies gegen das Prinzip der Privatautonomie verstoße⁴⁰³.

Auch bei der Verwendung der Generalvollmacht im handelsrechtlichen Bereich sprechen sich die meisten Autoren für eine freie Widerruflichkeit aus⁴⁰⁴, lediglich *Joussen* befürwortet die Möglichkeit, auch eine unwiderrufliche Generalvollmacht zu erteilen⁴⁰⁵. Er verneint einen Verstoß gegen das Prinzip der Privatautonomie, da über § 138 BGB sittenwidrige Fälle ausgeschieden werden könnten und dem Vollmachtgeber stets das aus § 242 BGB folgende Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund verbleibe⁴⁰⁶. Der BGH hat im Rahmen eines Betriebsführungsvertrages eine unwiderrufliche Generalvollmacht für zulässig erachtet⁴⁰⁷.

⁴⁰² Vgl. hierzu auch die abweichende Auffassung von *van Venrooy*, GmbHR 2000, 166, 174, der eine grundsätzliche Delegationsmöglichkeit bejaht.

⁴⁰³ *Flume*, Allgemeiner Teil, § 53 3.

⁴⁰⁴ *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 8; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 158; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 18; a.A. *Joussen*, WM 1994, 273, 281 f.

⁴⁰⁵ *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 8; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 158; a.A. *Joussen*, WM 1994, 273, 281 f.

⁴⁰⁶ *Joussen*, WM 1994, 273, 282.

⁴⁰⁷ BGH NJW 1982, 1827 (Holiday Inn-Fall), dagegen *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 18.

Die Zulassung der unwiderruflichen Generalvollmacht überzeugt nicht, da die Generalvollmacht über die Prokura hinausgeht, und ein Schutzbedürfnis des Kaufmanns, dem die freie Widerruflichkeit nach § 52 Abs. 1 HGB dient, hier gleichermaßen gegeben ist. § 52 Abs. 1 HGB ist daher analog anzuwenden⁴⁰⁸. Das gleiche Ergebnis erreicht man auch, wenn man - rein zivilrechtlich - auf § 168 Satz 2 BGB abstellt und diesen einschränkend dahin auslegt, dass nur eine Spezial-, nicht aber eine Generalvollmacht unwiderruflich erteilt werden kann⁴⁰⁹. Da bereits bei der Erteilung durch ausdrückliche Erklärung die analoge Anwendung des § 48 Abs. 1 HGB befürwortet wurde, erscheint es folgerichtiger, auch hier eine Analogie zum HGB zu bevorzugen.

Der Widerruf muss in der gleichen Weise erfolgen wie die Bevollmächtigung, er kann also gegenüber dem Bevollmächtigten (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB) oder gegenüber Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung (§ 167 Abs. 1 Alt. 2, 171 Abs. 1 BGB) erfolgen. Nach der Auffassung, die bereits bei der Prokuraerteilung eine Erklärung gegenüber Dritten nicht für zulässig hält, scheidet auch ein Widerruf gegenüber Dritten aus⁴¹⁰.

II. Sonstige Erlöschensgründe

1. Befristung, Beendigung des Grundverhältnisses

Zunächst kann sich bereits aus der Vollmachtserteilung selbst ein Grund für das Erlöschen ergeben, etwa wenn diese für einen begrenzten Zeitraum erteilt wurde (§§ 163, 158 BGB).

Die Generalvollmacht erlischt gemäß § 168 Satz 1 BGB mit der Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, also im Regelfall mit Ende des Dienstverhältnisses. Wird das Arbeitsverhältnis, das regelmäßig zugrunde liegt,

⁴⁰⁸ Ebenso *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 158; nach *Hübner*, ZHR 142 (1979), 1, 8 folgt die jederzeitige Widerruflichkeit schon aus allgemeinen Grundsätzen, lässt sich aber auch § 52 Abs. 1 HGB herleiten.

⁴⁰⁹ So *Flume*, Allgemeiner Teil, § 53 3; im folgend *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 18.

⁴¹⁰ So *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer* § 52 Rn 10; a. A. *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 115; *GroßKomm(HGB)-Joost* § 52 Rn 14.

beendet, z.B. durch Kündigung, Aufhebungsvertrag oder Zeitablauf, ist ein selbstständiger Widerruf nicht mehr erforderlich⁴¹¹.

2. Insolvenz, Betriebseinstellung, Tod

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vollmachtgebers erlischt die Generalvollmacht ebenso wie alle sonstigen vom Schuldner erteilten Vollmachten (§ 117 Abs. 1 InsO, § 168 Satz 1 BGB). Die Generalvollmacht erlischt auch bei der endgültigen Einstellung des Geschäftsbetriebs, da hiermit Unternehmen und Firma erlöschen (§ 31 Abs. 2 Satz 1 HGB)⁴¹².

Die Generalvollmacht erlischt mit dem Tod des Bevollmächtigten, sofern der Bevollmächtigte eine natürliche Person ist, und bei einer Personen- oder Kapitalgesellschaft mit deren Beendigung. Der Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts beeinflusst die Geltung der Generalvollmacht dagegen regelmäßig nicht (§§ 168 Satz 1, 672 Satz 1, 675 BGB). Eine Analogie zu § 52 Abs. 3 HGB, der zwingend das Fortbestehen der Prokura beim Tod des Inhabers annimmt, ist hier nicht erforderlich, da sich diese Schlussfolgerung bereits aus den allgemeinen Vorschriften ergibt und keine Lücke besteht. Es verbleibt insofern bei den Regelungen des BGB, wonach in Zweifel von einem Fortbestehen auszugehen ist. Ebenso wie bei der Prokura (§ 52 Abs. 3 HGB) und regelmäßig auch bei der Handlungsvollmacht bleibt die Generalvollmacht daher bestehen⁴¹³. Die Vertretungsmacht wirkt dann für und gegen die Erben. Eine anderweitige vertragliche Vereinbarung dahingehend, dass die Vollmacht im Todesfall erlöschen soll, ist jedoch möglich.

3. Wechsel des Inhabers

Ein Wechsel des Inhabers, z.B. durch Veräußerung, Übernahme oder Umwandlung des Unternehmens führt ebenfalls zu einer Beendigung der General-

⁴¹¹ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 116; GroßKomm(HGB)-*Joost* § 52 Rn 29.

⁴¹² Im Ergebnis ebenso *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 159, 116; *Hammen* in Pfeiffer, Handbuch, § 3 Rn 72.

⁴¹³ Zum Fortbestehen von Prokura und Handlungsvollmacht beim Tod des Vollmachtgebers vgl. auch *Hopt*, ZHR 133 (1970), 303, 309 ff.

vollmacht⁴¹⁴. Insofern ist eine gleiche Behandlung wie bei Prokura und Handlungsvollmacht geboten⁴¹⁵. Gegen die herrschende Auffassung, die von einem Erlöschen der handelsrechtlichen Vollmachten bei Betriebsübergang ausgeht, wird vorgebracht, dass selbst der Tod des Einzelkaufmanns nach § 52 Abs. 3 HGB nicht zum Erlöschen der Prokura führe⁴¹⁶. Damit liege ein Widerspruch zu dem Prinzip der Rechtsnachfolge und auch dem Gedanken des § 613 a BGB vor, wonach bei einem Inhaberwechsel der Inhaber in die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen eintrete⁴¹⁷. Dies überzeugt jedoch nicht, da die Interessenlage bei einer Veräußerung bzw. Übernahme nicht mit der beim Tod des Inhabers vergleichbar ist. Beim Tod des Inhabers besteht das Unternehmen als solches weiter, wobei jedoch die Erben gegebenenfalls nicht sofort eindeutig feststehen oder nicht handlungsfähig sein können. Dies ist bei einer Unternehmensveräußerung, bei der entweder das Unternehmen fortgeführt wird oder auch z.B. durch Verschmelzung ein neues Unternehmen entstehen kann, nicht der Fall, da hier der neue Inhaber sofort zur Übernahme der Geschäftstätigkeit in der Lage ist. § 613 a BGB greift insofern nicht, als zum Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses nicht die Beibehaltung der Vertretungsmacht gehört und diese kein Recht aus dem Arbeitsverhältnis ist, sondern unabhängig davon durch ein gesondertes Rechtsgeschäft (§ 167 Abs. 1 BGB) verliehen wird⁴¹⁸.

Unabhängig davon ist bei einer Unternehmensübernahme aber eine "Übernahme" der Vollmacht durch den Nachfolger möglich⁴¹⁹. Die bloße Fortführung des Unternehmens ohne Änderung der Vertretungsverhältnisse reicht jedoch - anders als bei der Handlungsvollmacht - für eine konkludente Erneuerung nicht

⁴¹⁴ Ebenso *Joussen*, WM 1994, 273, 281; a. A. *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 159, 117.

⁴¹⁵ Zu Prokura und Handlungsvollmacht vgl. *Köhler*, BB 1979, 912, 915.

⁴¹⁶ So *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 117; w. Nachw. bei *Köhler*, BB 1979, 912, 913 Fn 6.

⁴¹⁷ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 118. Nach seiner Auffassung ist entscheidend, ob die Firma fortgeführt wird oder nicht. Dies sei bei einer Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz der Fall, nicht aber bei einer Verschmelzung. Der Autor verkennt, dass eine Verschmelzung gemäß § 1 Abs. 1 UmwG eine Umwandlung darstellt.

⁴¹⁸ Vgl. *Köhler*, BB 1979, 912, 913.

⁴¹⁹ Zu Prokura und Handlungsvollmacht vgl. *Frey*, Gesamtrechtsnachfolge, S. 145 ff.

aus, da ebenso wie bei der Prokura eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist⁴²⁰.

Wird der Generalbevollmächtigte Inhaber des Handelsgeschäfts, so endet die Generalvollmacht, da niemand als sein eigener Vertreter handeln kann. Das gleiche gilt, wenn der Generalbevollmächtigte zum Vertretungsorgan der Gesellschaft "aufsteigt", also z.B. vertretungsberechtigter Gesellschafter einer OHG oder KG oder Geschäftsführer einer GmbH wird, da niemand zugleich organschaftlicher und rechtsgeschäftlicher Vertreter sein kann. Dies gilt nicht, wenn der Generalbevollmächtigte Kommanditist wird, da er als solcher von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen (§§ 164 Satz 1, 161 HGB) und insofern kein organschaftlicher Vertreter ist. Das gleiche gilt, wenn der Generalbevollmächtigte Gesellschafter einer GmbH wird, die mehrere Gesellschafter hat, da er durch die Gesellschafterstellung nicht Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) und folglich kein organschaftlicher Vertreter wird⁴²¹.

Verliert der Inhaber oder das Unternehmen seine Kaufmannseigenschaft, so endet auch die Generalvollmacht, da es sich nach hier vertretener Auffassung um eine handelsrechtliche und nicht um eine rein zivilrechtliche Vollmacht handelt.

Ein weiterer Erlöschensgrund besteht schließlich darin, dass der Generalbevollmächtigte einseitig verzichten kann. Dieses Recht entspricht als Gegenstück der freien Widerruflichkeit der Generalvollmacht (§ 52 Abs. 1 HGB entsprechend) und gibt dem Bevollmächtigten die Möglichkeit, die Konsequenzen zu ziehen, falls er die Verantwortung für sein eigenes Handeln aufgrund von Anweisungen der Geschäftsleitung nicht mehr tragen kann⁴²².

F. Eintragung in das Handelsregister

Anders als bei der Prokura ist bei der Generalvollmacht eine Eintragung in das Handelsregister gesetzlich nicht vorgesehen. In der Literatur werden unter-

⁴²⁰ S. o. § 3 C. II. 2.; vgl. zur Prokura *Köhler*, BB 1979, 912, 914; *Frey*, Gesamtrechtsnachfolge, S. 150.

⁴²¹ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 118.

⁴²² Vgl. *Joussen*, WM 1994, 273, 281; *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 159, 120.

schiedliche Meinungen dazu vertreten, ob und wie die Generalvollmacht in das Handelsregister eingetragen werden kann bzw. muss. Überwiegend wird vertreten, dass die Generalvollmacht nicht eintragungsfähig ist und daher nicht als solche eingetragen werden kann⁴²³. Für die Autoren, die die Generalvollmacht als Generalhandlungsvollmacht ansehen, ergibt sich die Nichteintragbarkeit bereits aus dieser Einordnung, da die Handlungsvollmacht i.S.d. § 54 HGB weder eintragungsfähig noch eintragungspflichtig ist⁴²⁴. Einige Autoren befürworten die Eintragung einer Prokura, da die Generalvollmacht die Vertretungsmacht eines Prokuristen einschließt und diese Eintragung im Publizitätsinteresse liege⁴²⁵. Darüber hinaus schlägt *Hübner* eine gesetzliche Anerkennung der Generalvollmacht mit einer Eintragungspflicht *de lege ferenda* vor⁴²⁶. *Canaris* hält in Analogie zu § 53 Abs. 1 HGB eine Eintragung als Generalvollmacht für notwendig⁴²⁷. *Leiner* bejaht ebenfalls eine ungeschriebene Eintragungspflicht durch Rechtsfortbildung, erachtet eine solche Analogie aber nicht für erforderlich⁴²⁸.

I. Eintragungsfähigkeit und Eintragungspflicht

Bei der Behandlung der Frage, ob und wie die Generalvollmacht eingetragen werden kann, sind die Grundstrukturen der handelsregisterlichen Eintragung zu berücksichtigen. Dazu gehören insbesondere die Voraussetzungen, unter denen eine Eintragung erfolgen kann, sowie die Folgen, die mit einer Eintragung verknüpft sind. Von besonderem Interesse ist dabei, wie die sonstigen rechtsgeschäftlichen Vollmachten behandelt werden, d. h. ob und wie sie eingetragen werden.

⁴²³ Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, GmbHG, § 54 Rn 16; Spitzbarth, Vollmachten, S. 146.

⁴²⁴ MünchKomm(HBG)-Lieb/Krebs, § 54 Rn 49.

⁴²⁵ Hübner, ZHR 43 (1979), 1, 8; ebenso Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 233; Jousen, WM 1994, 273, 283; Spitzbarth, Vollmachten, S. 145.

⁴²⁶ Hübner, ZHR 43 (1979), 1, 8.

⁴²⁷ Canaris, Handelsrecht, § 4 Rn 11, § 14 Rn 12.

⁴²⁸ Leiner, Generalvollmacht, S. 57.

1. Funktionen und Wirkungen einer Eintragung

Das Handelsregister ist ein öffentliches Verzeichnis bestimmter im Handelsverkehr bedeutsamer Tatsachen und Rechtsverhältnisse. Es hat seinen Ursprung unter anderen in den Innungsmatrikeln, in denen bereits seit dem 13. Jahrhundert die Registrierung von Vollmachten, welche allgemein als Prokura bezeichnet wurden, erfolgte⁴²⁹. Die Registrierung im Handelsregister erfüllt verschiedene Funktionen. Primäre Aufgabe des Handelsregisters ist zunächst die Dokumentation bestimmter Tatsachen und Sachverhalte zur Informationsgewinnung. Jeder kann das Register einsehen, ohne dass er ein besonderes Interesse nachweisen müsste (§§ 9, 10 HGB). Der BGH hat hierzu ausgeführt, dass die dem Handelsregister zukommende Publizitätsfunktion der Öffentlichkeit, wie Arbeitnehmern, künftigen oder gegenwärtigen Gläubigern, den Gesellschaftern und potentiellen Anteilserwerbern die Möglichkeit gewährleisten soll, sich über die Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Gesellschaften zu informieren⁴³⁰. Eine Kontrollfunktion besteht dadurch, dass das Registergericht im Zusammenhang mit eintragungspflichtigen Vorgängen auch die sachliche Richtigkeit einer Eintragung prüft, wenn insoweit Zweifel bestehen (§ 12 FGG)⁴³¹. Das Eintragungsverfahren beruht im Regelfall auf der Anmeldung, die in öffentlich beglaubigter Form vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 HGB). Ausnahmsweise erfolgt die Anmeldung auch von Amts wegen, z.B. bei Auflösung einer GmbH durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens⁴³². Bei einer Pflicht zur Anmeldung kann diese durch Festsetzung von Zwangsgeld erzwungen werden (§ 14 HGB).

Die Publikation eintragungspflichtiger Tatsachen führt zu einer Schutzfunktion. Das Handelsregister hat nicht die Funktion, über sämtliche rechtserheblichen oder interessanten Umstände Auskunft zu geben⁴³³. Dem Informationsinteresse und der Sicherheit und Schnelligkeit im Handelsverkehr steht das ebenfalls schutzwürdige Interesse des Kaufmanns gegenüber, dass nicht alle Ein-

⁴²⁹ Vgl. *Kramm*, Handelsregisterrecht, S. 31.

⁴³⁰ BGHZ 105, 324, 244.

⁴³¹ Teilweise wird das materielle Prüfungsrecht aus § 12 FGG abgeleitet, teilweise auch als allgemeiner Grundsatz angenommen, vgl. *GroßKomm(HGB)-Hüffer* § 8 Rn 54.

⁴³² § 31 InsO, §§ 144 a, b FGG.

⁴³³ *Canaris*, Handelsrecht, § 4 Rn 8.

zelheiten seines Unternehmens der Öffentlichkeit bekannt werden⁴³⁴. Die eintragungspflichtigen Unternehmen können und müssen nur bestimmte Rechtsverhältnisse und Tatsachen publizieren.

In der Regel wird die Eintragungsfähigkeit einer Tatsache durch das Gesetz bestimmt. Man unterscheidet eintragungspflichtige und bloß eintragungsfähige Tatsachen. Das Gesetz ordnet die Eintragung zum Teil ausdrücklich an, wie bei § 31 Abs. 2 Satz 2 HGB, wonach das Gericht beim Erlöschen der Firma von Amts wegen tätig zu werden hat. Regelmäßig ist jedoch nur die Pflicht des Betroffenen statuiert, die Tatsache anzumelden. So bestimmt z. B. § 53 Abs. 1 und 3 HGB, dass die Erteilung und das Erlöschen der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister einzutragen ist. Weitere Fälle sind z.B. in §§ 106, 125 Abs. 4 HGB (Gründung einer OHG, besondere Regelungen der Vertretungsmacht) oder in §§ 7 ff., 39, 65, 67 GmbHG (Anmeldung der GmbH und Geschäftsführer, der Auflösung und Liquidatoren) geregelt.

Bei bloß eintragungsfähigen Tatsachen erlaubt das Gesetz die Eintragung, begründet aber keine Pflicht. Die Eintragungsfähigkeit ist dem HGB vereinzelt mittelbar zu entnehmen. So ordnen die §§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 2 HGB an, dass abweichende Vereinbarungen Dritten gegenüber nur gelten, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder dem Dritten mitgeteilt sind. Daraus folgt, dass derartige Abreden in das Handelsregister eingetragen werden können⁴³⁵. Die Eintragungsfähigkeit war früher ausdrücklich in §§ 3 Abs. 2, 36 HGB a. F. vorgesehen.

Es wurde bereits früh von der Rechtsprechung für zulässig erachtet, dass auch Tatsachen eingetragen werden können, wenn dies vom Gesetz weder ausdrücklich vorgeschrieben noch zumindest zugelassen ist⁴³⁶. Eine bloße Eintragungsfähigkeit kraft ungeschriebenen Rechts hätte freilich keinerlei Konsequenzen, da namentlich § 15 HGB nur für eintragungspflichtige Tatsachen gilt⁴³⁷. Voraussetzung für eine ungeschriebene Eintragungspflicht ist, dass für die Eintra-

⁴³⁴ HK(HGB)-*Ruß*, § 8 Rn 9.

⁴³⁵ S. auch *Hager*, Jura 1992, 57, 58.

⁴³⁶ RG DNotZ 1944, 195, 196 bejahte die Eintragung eines Hinweises auf die Rechtsnachfolge bei Übergang eines Kommanditanteils durch Gesamtrechtsnachfolge.

⁴³⁷ *Hager*, Jura 1992, 57, 58.

gung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht⁴³⁸. Der BGH hat ausgeführt, dass bei der Bejahung gesetzlich nicht geregelter Eintragungen mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts Zurückhaltung geboten ist⁴³⁹. Insbesondere darf dadurch das Handelsregister nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass bieten⁴⁴⁰. Der gebotenen Zurückhaltung wird nach Auffassung des BGH dadurch Rechnung getragen, dass derartige Eintragungen auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung beschränkt werden⁴⁴¹. Aus der Zulässigkeit der Eintragung solcher Tatsachen, die in engem Zusammenhang mit kraft Gesetzes einzutragenden Tatsachen stehen müssen, folge zugleich die gesetzliche Notwendigkeit einer Eintragung⁴⁴².

Für den Rechtsverkehr bedeutet die Eintragung in das Handelsregister, dass er in den Schutzbereich des § 15 HGB einbezogen wird. Nach § 15 Abs. 1 HGB darf einem gutgläubigen Dritten eine eintragungspflichtige Tatsache erst dann entgegengehalten werden, wenn sie ordnungsgemäß eingetragen und bekannt gemacht wurde. Diese so genannte negative Publizität dient demjenigen Partner, der von der Änderung der bisherigen Rechtslage nichts erfahren hat. Wird z.B. das Erlöschen der Prokura nicht eingetragen, so kann es einem Dritten nicht entgegen gehalten werden, dem das Erlöschen nicht anderweitig bekannt geworden ist. Der Rechtsverkehr darf sich nicht auf den Inhalt des Registers verlassen, sondern nur auf dessen Schweigen. Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 HGB muss sich ein Dritter eine ordnungsgemäß eingetragene und bekannt gemachte Tatsache entgegen halten lassen. Diese Bestimmung schließt den Vertrauensschutz des Dritten zugunsten der Rechtssicherheit des Eintragungspflichtigen grundsätzlich aus⁴⁴³. Ein Geschäftspartner kann sich z.B. nicht darauf berufen, dass er vom Entzug der Prokura nichts gewusst hat, wenn der Geschäftsinhaber die im Handelsregister eingetragene Prokura entzogen und dies ordnungsge-

⁴³⁸ So seit kurzem BGH DB 1998, 301. In BGH BB 1992, 662, 663 und RG DNotZ 195, 196 wurde auf ein sachliches sich aus der Rechtslage ergebendes Bedürfnis abgestellt. Das KG stellte in DR 1943, 981, 982 auf Sinn und Zweck des Handelsregisters ab.

⁴³⁹ BGH DB 1998, 301; BB 1992, 662, 663.

⁴⁴⁰ BGH DB 1998, 301.

⁴⁴¹ BGH BB 1992, 662, 663; RG DNotZ 195, 196; GroßKomm(HGB)-Hüffer, § 8 Rn 31, 46; Heymann-Sonnenschein, § 8 Rn 14.

⁴⁴² BGH BB 1992, 662, 663; RG DNotZ 195, 196; GroßKomm(HGB)-Hüffer, § 8 Rn 31, 46; Heymann-Sonnenschein, § 8 Rn 14.

⁴⁴³ Kramm, Handelsregisterrecht, S. 88.

mäß eintragen und bekannt machen ließ⁴⁴⁴. Der Geschäftsinhaber kann sich jedoch nicht auf eine Tatsache berufen, die nicht der Wahrheit entspricht, etwa auf eine eingetragene Prokura, die aber nicht wirksam erteilt wurde. Die positive Publizität nach § 15 Abs. 3 HGB beinhaltet, dass sich ein gutgläubiger Dritter bei einer einzutragenden und unrichtig bekannt gemachten Tatsache gegenüber demjenigen, in dessen Angelegenheit die Tatsache einzutragen war, auf die bekannt gemachte Tatsache berufen kann. Falls z.B. durch ein Versehen des Registergerichts eine andere Person anstelle des gewünschten Prokuristen eingetragen wird, so haftet das Unternehmen grundsätzlich für die Geschäfte, die der vermeintliche Prokurist eingeht⁴⁴⁵. Die Eintragung in das Handelsregister überwindet also zugunsten des Rechtsverkehrs Mängel bei der Erteilung der Vollmacht, schützt aber nicht bei nachträglich auftretenden Fehlern⁴⁴⁶.

Mit dem Handelsregister soll traditionell die Zugehörigkeit von Gewerbetreibenden zum Handelsstand dokumentiert werden⁴⁴⁷. Es ist nunmehr nach § 2 HGB auch für Kleingewerbetreibende möglich, sich als Kaufmann in das Handelsregister eintragen zu lassen. Die Eintragung ist konstitutiv, die Kaufmannseigenschaft entsteht erst mit der Eintragung⁴⁴⁸. Dadurch wurde ein neuer Bereich konstitutiver Eintragungen eröffnet⁴⁴⁹. Durch diese Eintragungsmöglichkeit hat sich der Kreis derjenigen, die handelsrechtliche Vollmachten, insbesondere Prokura, erteilen können, erheblich vergrößert. Darüber hinaus können nunmehr auch Sparkassen Prokuristen bestellen⁴⁵⁰.

2. Eintragung bei Stellvertretung

Wichtigstes Beispiel für eine eintragungspflichtige rechtsgeschäftliche Vollmacht ist die Prokura. In § 53 Abs. 1 und 3 HGB ist ausdrücklich bestimmt,

⁴⁴⁴ Sofern die Rechtshandlung innerhalb von 15 Tagen nach der Bekanntmachung der Tatsache erfolgt, besteht jedoch für den Dritten die Möglichkeit, seine unverschuldete Unkenntnis zu beweisen, § 15 Abs. 2 Satz 2 HGB.

⁴⁴⁵ Vgl. das Beispiel bei *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 82.

⁴⁴⁶ *Kramm*, Handelsregisterrecht, S. 98, 116.

⁴⁴⁷ *Stumpf*, BB 1998, 2380 m. w. Nachw.; s. auch *Pahl*, Haftungsrechtliche Fragen, S. 116 ff.

⁴⁴⁸ HK(HGB)-*Ruß*, § 2 Rn 3.

⁴⁴⁹ Gleichzeitig ist die für die früheren Kann- und Sollkaufleute konstitutive Eintragung weggefallen, und die Eintragung hat nunmehr nur noch deklaratorische Bedeutung, vgl. *Stumpf*, BB 1998, 2380, 2382. Vgl. auch die Kritik von *Schmidt*, ZHR 163 (1999), 87, 88 an der Gegenüberstellung von deklaratorischen und konstitutiven Eintragungen.

⁴⁵⁰ Nach Streichung des § 36 HGB a. F., vgl. *Weber*, Sparkasse 1999, 140, 143.

dass die Erteilung und das Erlöschen der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind. Eine Eintragungspflicht besteht auch dann, wenn die Prokura als Gesamtprokura erteilt wurde (§ 53 Abs. 1 Satz 2 HGB). Die Befugnis des Prokuristen zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nach § 49 Abs. 2 HGB ist ebenfalls eintragungspflichtig⁴⁵¹. Begründet wird dies damit, dass diese Befugnis Inhalt der Prokura ist und nicht eine neben der Prokura erteilte besondere Vollmacht⁴⁵². Die Eintragungsfähigkeit und -pflicht wird bejaht, da es um die nähere Ausgestaltung einer ohnehin eintragungsfähigen Rechtstatsache geht. Nicht eintragungsfähig ist der Umfang der Prokura, soweit er gesetzlich nicht bestimmt ist. Interne Beschränkungen der Vertretungsmacht wie die, dass die Prokura nur gemeinsam mit dem Inhaber oder alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter ausgeübt werden kann, sind also nicht eintragbar⁴⁵³. Ebenfalls nicht eingetragen werden kann die interne Vertretungsregelung, dass der Prokurist den Inhaber zusammen mit einem Handlungsbevollmächtigten vertreten kann⁴⁵⁴.

Die Eintragung der Prokura wirkt rein deklaratorisch, d.h. sie verlautbart etwas, was auch ohne Eintragung der Fall ist, so dass die Wirksamkeit der Prokura nicht an die Eintragung in das Handelsregister geknüpft ist⁴⁵⁵. Die Prokura entsteht bereits im Augenblick der Vollmachtserteilung und ihre Wirksamkeit hängt ausschließlich von der Erklärung des Geschäftsinhabers ab. Die Eintragung dient nicht der Kontrolle der Prokuraerteilung. Im Rahmen der Anmeldung kommt es zu keiner inhaltlichen Kontrolle durch das Gericht⁴⁵⁶. Soweit die Anmeldung nicht unklar, erkennbar unvollständig oder in Teilen unrichtig ist, hat das Gericht keine Möglichkeit, gegen die Anmeldung Einwendungen zu erheben. Die Kontrollfunktion des Handelsregisters spielt folglich bei der handelsrechtlichen Vollmacht keine Rolle⁴⁵⁷. Die Anmeldung dient ausschließlich

⁴⁵¹ BayObLG NJW 1971, 810.

⁴⁵² BayObLG NJW 1971, 810 stellt darauf ab, dass die Eintragung einer Vollmacht, die keine Prokura ist, unzulässig sei.

⁴⁵³ HK(HGB)-Ruß § 8 Rn 9, s. auch *Pabst*, DNotZ 1957, 393, 395.

⁴⁵⁴ KG DR 1940, 291.

⁴⁵⁵ Allgemeine Auffassung, vgl. *Canaris*, Handelsrecht § 14 Rn 12; *Kramm*, Handelsregisterrecht, S. 87, 214.

⁴⁵⁶ *Kramm*, Handelsregisterrecht, S. 214.

⁴⁵⁷ Die Kontrollfunktion besteht insbesondere bei der Gründung von Kapitalgesellschaften, wobei durch die Handelsrechtsreform und die neuen §§ 9 c Abs. 2 GmbHG, 38 Abs. 3 AktG,

der Information, da sie im Rechtsverkehr hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse Klarheit verschaffen soll.

Wurde die Prokuraerteilung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, so kann sich der Geschäftsinhaber gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 HGB nicht auf die Eintragung berufen, wenn die Prokura nicht wirksam erteilt wurde. Durch die Eintragung werden keine Mängel geheilt, so dass bei unwirksam erteilter Prokura allein durch Eintragung und Bekanntmachung eine Vertretungsmacht des vermeintlichen Prokuristen nicht vorliegt. In dem Fall, dass der Geschäftsinhaber die im Handelsregister eingetragene Prokura entzieht und dies ordnungsgemäß eintragen und bekannt machen lässt, kann sich ein Geschäftspartner nicht darauf berufen, vom Entzug der Prokura nichts gewusst zu haben⁴⁵⁸. Versäumt es der Inhaber dagegen, das Erlöschen der widerrufenen Prokura anzumelden, so kann er diesen Umstand einem gutgläubigen Dritten nicht entgegenhalten (§ 15 Abs. 1 HGB). Die positive Publizität nach § 15 Abs. 3 HGB bewirkt einen weitgehenden Schutz des betroffenen Dritten bei einer einzutragenden und unrichtig bekannt gemachten Tatsache. Die versehentliche Eintragung einer anderen Person anstelle des gewünschten Prokuristen ist in der Praxis selten⁴⁵⁹. Von größerer Bedeutung ist der Fall der nachträglichen Anfechtung einer Prokura. Täuscht der Bevollmächtigte bei Erteilung der Prokura den Vollmachtgeber und ficht dieser die Vollmacht nachträglich an, so entfällt die Vertretungsmacht rückwirkend (§ 142 Abs. 2 BGB). Dritte, die zwischenzeitlich mit dem Bevollmächtigten Geschäfte getätigt haben, können sich auf § 15 Abs. 3 HGB berufen, da die Bekanntmachung als von Anfang an unrichtig gilt.

Eine Handlungsvollmacht kann nicht eingetragen werden, da keine Anmeldepflicht besteht⁴⁶⁰.

11 a Abs. 3 GenG die Kontrollanforderungen im Interesse der Wirtschaft an zügigem Vollzug zurückgenommen wurden, vgl. *Stumpf*, BB 1998, 2380 f.

⁴⁵⁸ Sofern die Rechtshandlung innerhalb von 15 Tagen nach der Bekanntmachung der Tatsache erfolgt, besteht jedoch für den Dritten die Möglichkeit, seine unverschuldete Unkenntnis zu beweisen, § 15 Abs. 2 Satz 2 HGB.

⁴⁵⁹ *Kramm*, Handelsregisterrecht, S. 215.

⁴⁶⁰ Allg. Auff., vgl. KG RJA 9, 159, 162; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 8 Rn 5; GroßKomm(HGB)-*Hüffer*, § 8 Rn 9; *Heymann-Sonnenschein*, § 8 Rn 16.

Es besteht auch für einige sonstige Bevollmächtigte eine Eintragungspflicht. So ist für die Niederlassung eines ausländischen Versicherungsunternehmens in der Bundesrepublik Deutschland ein Hauptbevollmächtigter zu bestellen und nach § 106 Abs. 3 Satz 4 VAG in das Handelsregister einzutragen. Bis zu dieser gesetzlichen Regelung der Eintragungspflicht war umstritten, ob der Hauptbevollmächtigte als rechtsgeschäftlicher Vertreter in das Handelsregister eingetragen werden kann⁴⁶¹. Eine entsprechende Regelung besteht für die Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute, die gemäß § 53 Abs. 2 Nr. 2 KWG mindestens zwei natürliche Personen als Geschäftsleiter bestellen und zur Eintragung in das Handelsregister anmelden müssen. Eine ausdrückliche gesetzliche Eintragungspflicht besteht auch für Zweigniederlassungen von ausländischen Kapitalgesellschaften. Diese haben nach § 13 e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB ihre ständigen Vertreter zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sowie jede Änderung dieser Personen oder ihrer Vertretungsbefugnis, § 13 e Abs. 3 HGB.

II. Eintragungspflicht bei der Generalvollmacht

1. Eintragung als Prokura

Die Frage, ob bei einer Generalvollmacht eine Prokura eingetragen werden soll, stellt sich vor allem dann, wenn ein Generalbevollmächtigter von außen für die entsprechende Position in das Unternehmen geholt wird. Die Eintragung einer Prokura wird regelmäßig bereits erfolgt sein, wenn der Generalbevollmächtigte innerhalb des Unternehmens aufgestiegen ist und ihm bereits Prokura erteilt wurde. Es kommt jedoch auch vor, dass eine Person Generalvollmacht erhält, ohne dass gleichzeitig Prokura erteilt und angemeldet wird.

Einige Autoren befürworten eine solche Eintragung der Prokura⁴⁶². Sie verweisen darauf, dass die Generalvollmacht umfassender sei als eine Prokura sowie auf Verkehrsschutzgesichtspunkte⁴⁶³.

⁴⁶¹ Vgl. Koch, VersR 1986, 401, 402.

⁴⁶² Hübner, ZHR 43 (1979), 1, 8; Geitzhaus, GmbHR 1989, 229, 233; Joussen, WM 1994, 273, 283; Spitzbarth, Vollmachten, S. 145.

⁴⁶³ So insbesondere Spitzbarth, Vollmachten, S. 145.

Diese Argumente sind überzeugend und sprechen für eine fakultative gleichzeitige Erteilung und Eintragung einer Prokura. Eine Pflicht zur Eintragung als Prokura besteht jedoch nur dann, wenn ausdrücklich gleichzeitig Prokura erteilt wird. Sofern ausschließlich Generalvollmacht erteilt wird, besteht keine Eintragungspflicht nach § 53 Abs. 1 HGB. In der Erteilung einer Generalvollmacht liegt nicht automatisch zugleich die Erteilung einer Prokura. Die Generalvollmacht ist eine eigenständige handelsrechtliche Vollmacht. Prokura kann z. B. gar nicht erteilt und eingetragen werden, wenn einer juristischen Person Generalvollmacht erteilt wird, da nach herrschender Ansicht juristische Personen keine Prokura erhalten können⁴⁶⁴.

Aus Verkehrsschutzgesichtspunkten ist es jedoch zweckmäßig, gleichzeitig mit der Generalvollmacht Prokura zu erteilen und diese eintragen zu lassen. Dadurch können sich insbesondere dritte Geschäftspartner auf eine bereits sehr weitgehende, gesetzlich festgelegte Vertretungsmacht verlassen. Bei Erteilung einer Generalvollmacht eine Prokura eintragen zu lassen, ist also empfehlenswert, aber nicht verpflichtend.

2. Eintragung als Generalvollmacht *de lege lata*

Unabhängig davon, ob eine Eintragung als Prokura erfolgt, stellt sich die Frage, ob die Generalvollmacht auch als solche in das Handelsregister eingetragen werden kann. Da eine gesetzliche Anmeldepflicht nicht besteht, kommt nur eine Eintragung ohne ausdrückliche Anordnung in Betracht. Eine gesetzlich nicht vorgesehene Eintragung wird nur in besonderen Ausnahmefällen anerkannt. Dabei handelt es sich um Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung oder der richterlichen Rechtsfortbildung⁴⁶⁵.

Canaris ist der Auffassung, dass die Erteilung und das Erlöschen einer Generalvollmacht durch einen Kaufmann in Analogie zu § 53 HGB als anmeldepflichtig und damit auch als eintragungsfähig anzusehen sei. Dies soll zur Ver-

⁴⁶⁴ S.o. § 3 C. II. 4. b).

⁴⁶⁵ BGH BB 1992, 662, 663.

hinderung von Gesetzesumgehungen erfolgen⁴⁶⁶. Nach *Leiner* muss die Generalvollmacht als die umfassendste aller Vollmachten erst recht eingetragen werden, nachdem der Gesetzgeber die Eintragung von Erteilung und Widerruf der Prokura aus Gründen des Vertrauensschutzes für notwendig erachtete. *Leiner* bejaht eine Eintragungspflicht durch richterliche Rechtsfortbildung⁴⁶⁷.

Nach Auffassung von *Canaris* kann sich eine ungeschriebene Eintragungspflicht nur aus einer Einzelanalogie zu einer bestimmten Norm ergeben⁴⁶⁸. Dies ergebe sich aus dem Enumerationsprinzip der Eintragungspflichten, welches nicht durch eine generalklauselartige Entwicklung ungeschriebener Eintragungspflichten, insbesondere im Wege richterlicher Rechtsfortbildung, erweitert werden dürfe. Das Gebot der Rechtssicherheit fordere eine gesetzliche Basis für die Eintragungspflicht. Gegen diese Auffassung spricht, dass durchaus bedeutsame Tatsachen denkbar sind, für die eine analogiefähige Norm nicht zur Verfügung steht. Größtmögliche Rechtssicherheit durch eine vorsichtige Erweiterung kann grundsätzlich auch durch eine behutsame richterliche Rechtsfortbildung erreicht werden⁴⁶⁹. Eine Beschränkung auf Fälle der Einzelanalogie ist daher nicht erforderlich.

Voraussetzung für eine Analogiebildung ist zunächst das Bestehen einer Lücke im Gesetz. Eine solche ist für die Generalvollmacht im Handelsrecht zu bejahen. Bei der Schaffung des HGB wurden zwar sehr vereinzelt bereits Generalvollmachten im handels- und gesellschaftsrechtlichen Bereich verwendet, allerdings herrschte noch kein Bewusstsein, inwieweit diese Verwendung der Generalvollmacht neben Prokura und Handlungsvollmacht problematisch bzw. regelungsbedürftig sein könnte. Für den Gesetzgeber des HGB stellte sich also noch nicht die Frage einer Regelung. Durch die gestiegene Verwendung der Generalvollmacht in der kaufmännischen Praxis und ihre Anerkennung, insbesondere in den straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorschriften im Jahre 1994, ist nachträglich eine planwidrige Lücke entstanden, da hierdurch die Generalvollmacht als Vollmacht mit weiter reichendem Umfang als die

⁴⁶⁶ *Canaris*, Handelsrecht, § 4 I 2.b). Er zitiert dabei *Hübner*, was insofern nicht korrekt ist, als dieser nicht von einer ungeschriebenen Eintragungspflicht analog zur Prokura ausgeht, sondern eine gesetzliche Neuregelung vorschlägt.

⁴⁶⁷ *Leiner*, Generalvollmacht, S. 55 ff.

⁴⁶⁸ *Canaris*, Handelsrecht, § 4 I 2.b).

⁴⁶⁹ BGH BB 1992, 662, 663; *Leiner*, Generalvollmacht, S. 57.

Prokura anerkannt wurde, ihre Voraussetzungen und der Umfang aber nicht in den §§ 48 ff. HGB oder sonstigen Rechtsvorschriften geregelt wurden. Daneben liegen grundsätzlich auch die Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung insofern vor, als sich im Laufe der letzten Jahrzehnte die Generalvollmacht als eine eigenständige Vollmachtart bei kaufmännischen Unternehmen herausgebildet hat. Sowohl eine Analogie als auch richterliche Rechtsfortbildung sind daher als Grundlage für eine ungeschriebene Pflicht zur Eintragung der Generalvollmacht denkbar. Entscheidend ist jedoch, ob auch die weiteren Voraussetzungen bejaht werden können, bei der Analogie eine vergleichbare Interessenlage und bei der richterlichen Rechtsfortbildung eine sachgerechte Lückenfüllung durch Weiterentwicklung des bestehenden Rechts.

Für die Anerkennung einer gesetzlich nicht vorgeschriebenen Eintragungspflicht kommt es nach der Rechtsprechung des BGH entscheidend darauf an, ob die Eintragung durch ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs gerechtfertigt werden kann⁴⁷⁰. Die Generalvollmacht geht zwar vom Umfang her über eine Prokura hinaus, die Gefahr einer Gesetzesumgehung besteht jedoch nicht. Eine Umgehung käme in Betracht, wenn Kaufmann oder Unternehmen einen Generalbevollmächtigten bestellen, um dadurch dessen Eintragung als Prokurist zu vermeiden. Dies trifft auf den Generalbevollmächtigten, der im Unternehmen aufgestiegen und demzufolge bereits als Prokurist eingetragen ist, nicht zu. Auch bei dem von außen kommenden Generalbevollmächtigten dürfte eine solche Motivation nicht sehr wahrscheinlich sein.

Die Eintragung als organschaftlicher Vertreter kann durch die Erteilung einer Generalvollmacht ebenso wenig umgangen werden. Die organschaftlichen Vertreter, also z.B. bei der GmbH die Geschäftsführer, sind in jedem Fall in das Handelsregister einzutragen (§§ 8, 39 GmbHG). Soll ein Generalbevollmächtigter organschaftliche Befugnisse wahrnehmen, so ist er auch als organschaftlicher Vertreter zu bestellen und einzutragen. Zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen ist eine Eintragungspflicht also nicht erforderlich.

Die rechtliche und tatsächliche Situation bei Erteilung einer Generalvollmacht ist auch nicht von derart erheblicher Bedeutung, dass sie zwingend eine analo-

⁴⁷⁰ BGH DB 1998, 301.

ge Eintragung zur Folge haben müsste. Der BGH hat in Analogie zu § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Eintragungspflicht eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zwischen zwei Gesellschaften bejaht⁴⁷¹. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass einem solchen Vertrag die gleiche Bedeutung zukomme wie anderen eintragungspflichtigen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, etwa die Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Es bestehe die Notwendigkeit zur Unterrichtung der Öffentlichkeit, da unter anderem die Unterwerfung unter fremde Leitungsmacht nicht nur rechtlich einen tiefgreifenden Einschnitt in den Status des abhängigen Unternehmens mit sich bringe, sondern auch personell und wirtschaftlich zu erheblichen Veränderungen führe⁴⁷².

Diese Argumentation greift bei der Generalvollmacht nicht. Durch eine Generalbevollmächtigung kommt zwar ein Vertreter mit umfangreichen Befugnissen, die über die eines Prokuristen regelmäßig hinausgehen, in das Unternehmen. Dies stellt jedoch weder innerhalb des Unternehmens noch gegenüber künftigen Geschäftspartnern oder Gläubigern eine gravierende Veränderung zur vorherigen Sachlage dar. Bei der Generalvollmacht handelt es sich um eine weitere rechtsgeschäftliche Vollmacht neben Prokura und Generalhandlungsvollmacht. Eine Generalhandlungsvollmacht kann faktisch ähnlich weitreichende Befugnisse beinhalten wie eine Prokura, ist aber ebenfalls nicht eintragungsfähig. Die Generalvollmacht ist nicht nur eine "aufgestockte" Prokura, sondern eine eigenständige handelsrechtliche Vollmacht. Entscheidend ist, dass die Generalvollmacht die organschaftliche Vertretung unberührt lässt.

Mit den umfangreichen Befugnissen eines Generalbevollmächtigten lässt sich eine ungeschriebene Eintragungspflicht nicht begründen. Den Auffassungen, die eine Analogie zu § 53 HGB bzw. eine entsprechende richterliche Rechtsfortbildung befürworten, ist daher nicht zu folgen. Das Handelsregister hat nicht die Funktion, über sämtliche Vertretungsverhältnisse bei einer Gesellschaft Auskunft zu geben. Es ist auch nicht dazu bestimmt, Beschränkungen in der Vertretungsmacht, die ausschließlich im Innenverhältnis wirken, nach au-

⁴⁷¹ BGHZ 105, 324, 342; BB 1992, 662. Dabei war der Zustimmungsbeschluss mit dem Unternehmensvertrag bei der Anmeldung zum Handelsregister einzureichen.

⁴⁷² BGHZ 105, 324, 344 f.

ßen zu verlautbaren⁴⁷³. Für die Publizitätsfunktion des Handelsregisters kommt es nur auf die Außenbefugnisse eines Vertreters und nicht auf betriebsinterne Hierarchien an. In einem jüngeren Urteil hat der BGH den Stellvertreterzusatz für den Geschäftsführer einer GmbH als nicht eintragungsfähig angesehen⁴⁷⁴. Er hat dies damit begründet, dass es für die Publizitätsfunktion des Handelsregisters nur auf die Außenbefugnisse des Geschäftsführers ankomme, und der stellvertretende Geschäftsführer im Außenverhältnis dieselbe Stellung wie ein ordentlicher Geschäftsführer habe. Betriebsinterne Hierarchien zu verlautbaren, sei nicht Zweck des Handelsregisters⁴⁷⁵.

Die Außenbefugnisse allein sind aber auch nicht das entscheidende Kriterium dafür, ob eine Vollmacht in das Handelsregister einzutragen ist. Eine Generalhandlungsvollmacht kann einen sehr weitgehenden, der Prokura ähnlichen Umfang haben und ist doch nicht eintragungsfähig. Entscheidend ist, dass der Umfang bei der Prokura und auch bei der organschaftlichen Vertretungsmacht jeweils gesetzlich festgelegt ist. Dies ist bei der Generalvollmacht und ebenso bei der Generalhandlungsvollmacht, deren Umfang in § 54 HGB dispositiv geregelt wurde, nicht der Fall. Es steht daher einer ungeschriebenen Eintragungspflicht entgegen, dass der Umfang einer Generalvollmacht nicht eindeutig bestimmbar ist.

Mit einer ungeschriebenen Anmeldepflicht wäre auch weitere Rechtsunsicherheit verbunden. Da die Generalvollmacht in der Praxis weit mehr verbreitet ist als etwa ein Gewinnabführungsvertrag, ist absehbar, dass es zu einer Vielzahl von Streitigkeiten käme, wenn die Generalvollmacht im Handelsregister eingetragen werden soll, obwohl es an einer gesetzlichen Eintragungspflicht fehlt und auch keine entsprechende höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt.

Da weder eine gesetzliche noch eine ungeschriebene Eintragungspflicht besteht, letztere insbesondere nicht mit einer Analogie zu § 53 HGB begründet werden kann, kommt nur die Begründung einer Eintragungspflicht durch eine gesetzliche Neuregelung in Betracht.

⁴⁷³ BayObLG DB 1997, 818, 819.

⁴⁷⁴ BGH DB 1998, 301.

⁴⁷⁵ BGH DB 1998, 301.

§ 4 Gesetzliche Regelung *de lege ferenda*

A. Notwendigkeit

Für eine gesetzliche Regelung der Generalvollmacht spricht die hierarchische Stellung des Generalbevollmächtigten über den Prokuristen, seine Bedeutung in einem Unternehmen und seine umfassenden Vertretungsbefugnisse.

Wesentliches Argument für die ausdrückliche Anerkennung der Generalvollmacht und die Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister ist die Rechtsklarheit⁴⁷⁶. Rechtsklarheit ist dabei jedoch kein Selbstzweck, sondern findet seine Grenze in der Schutzwürdigkeit des Partners im Rechtsverkehr⁴⁷⁷. Dies spricht jedoch hier gerade für eine gesetzliche Regelung. Durch eine gesetzliche Regelung im HGB könnten Inhalt und Umfang der Generalvollmacht eindeutig festgelegt werden. Insbesondere durch die Eintragungspflicht würden Diskrepanzen zur Prokura beseitigt und die Generalvollmacht als weitere handelsrechtliche Vollmacht ausdrücklich anerkannt. Die hierarchisch höhere Stellung des Generalbevollmächtigten gegenüber den Prokuristen käme dadurch angemessen zum Ausdruck.

Das Argument, die Generalvollmacht habe sich in der kaufmännischen Praxis bereits durchgesetzt und ihre Rechtsnatur könne durch Rechtslehre und Rechtsprechung konkretisiert werden, so dass eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich sei⁴⁷⁸, greift demgegenüber nicht durch. Die Generalvollmacht wird zwar in den Unternehmen verwendet, es ist jedoch nicht zu erwarten, dass die in Rechtsprechung und Lehre bestehenden erheblichen Meinungsunterschiede in absehbarer Zukunft verschwinden werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Generalvollmacht künftig ohne ausdrückliche Regelung rechtsfortbildend anerkannt und konkretisiert wird.

Der Rechtsverkehr ist auch bei Nichteintragung der Generalvollmacht in gewisser Weise dadurch geschützt, dass potenzielle Geschäftspartner und Gläubiger aus dem Handelsregister erkennen können, wer in jedem Fall entweder

⁴⁷⁶ So auch *Hübner*, ZHR 143 (1979), 1, 8.

⁴⁷⁷ Vgl. *Roth*, ZSchwR 1985, 287, 293 f.

⁴⁷⁸ *Spitzbarth*, Vollmachten, S. 148.

als organschaftlicher Vertreter oder als Prokurist zum Abschluss des jeweiligen Geschäfts berechtigt ist. Auch für den Fall, dass sich eine Generalvollmacht später als unwirksam herausstellen sollte, sind die Geschäftspartner zumeist ausreichend geschützt. Die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten reicht in vielen Fällen aus, um das Unternehmen wirksam zu verpflichten, da die Rechtsprechung eine Umdeutung in eine Generalhandlungsvollmacht mit weitem Umfang vornimmt.

Erkennt man jedoch an, dass eine Generalvollmacht zulässig ist und dass sie weiter reichende Befugnisse vermittelt als eine Prokura, so entspricht es dieser Einordnung und auch einem Bedürfnis des Rechtsverkehrs, dass sie in das Handelsregister eingetragen wird. Sowohl Vollmachtgeber und Bevollmächtigter als auch mögliche Geschäftspartner können von einer Regelung der Generalvollmacht profitieren. Generell würde dadurch dem Informationsbedürfnis der Beteiligten im kaufmännischen Geschäftsverkehr angemessen Rechnung getragen. Insbesondere künftige Geschäftspartner sollten leicht erkennen können, wer das Unternehmen in umfassender Weise vertreten kann. Dem Generalbevollmächtigten kommt dies insofern zugute, als seine Vertretungsmacht dann leichter nachweisbar wäre.

Für den Rechtsverkehr bedeutet die Eintragung in das Handelsregister, dass er in den Schutzbereich des § 15 HGB einbezogen wird. Auch bei einem Widerruf der Generalvollmacht greifen die Schutzmechanismen der Handelsregister-eintragung. Die Generalvollmacht ist jederzeit frei widerruflich, so dass ein eventueller Vollmachtsmissbrauch in den Risikobereich des Geschäftsinhabers fällt⁴⁷⁹. Der Widerruf erfolgt in der Regel durch einfache Erklärung gegenüber dem Generalbevollmächtigten, kann aber auch gegenüber dem Dritten erfolgen, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (§§ 168 Satz 3, 167 Abs. 1 BGB). Durch die Eintragung und Bekanntmachung des Erlöschens erfolgt der Widerruf in Form der öffentlichen Bekanntmachung (§ 171 Abs. 1 BGB). Der Widerruf ist schon vor der Anmeldung sofort wirksam, da die Handelsregister-eintragung ebenso wie bei der Prokura nur deklaratorische Bedeutung hat⁴⁸⁰. Die mit der Eintragung einer Generalvollmacht verbundene Schutzfunktion

⁴⁷⁹ Vgl. *Kramm*, Handelsregisterrecht, S. 216.

⁴⁸⁰ *Kramm*, Handelsregisterrecht, S. 216.

besteht im Wesentlichen darin, dass der Rechtsverkehr solange in seinem guten Glauben an das Fortbestehen einer eingetragenen Generalvollmacht geschützt wird, bis das Erlöschen eingetragen und bekannt gemacht wurde (§ 15 Abs. 1 HGB). Dem Dritten kann nach § 15 Abs. 1 HGB das Erlöschen der Vollmacht erst dann entgegengehalten werden, wenn es ordnungsgemäß eingetragen wurde. Allerdings besteht die Vertretungsmacht noch fort, wenn der zuvor Bevollmächtigte noch eine Vollmachtsurkunde besitzt (§ 172 Abs. 2 BGB). Die §§ 170 ff. BGB können durch § 15 Abs. 2 HGB nicht ausgehebelt werden⁴⁸¹. Der Geschäftsinhaber muss insofern also mit einer Rechtsscheinhaftung nach §§ 170, 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 BGB rechnen.

Es gibt auch andere, neuere Vollmachten, bei denen die Eintragungspflicht erst später gesetzlich geregelt wurde. Für den Hauptbevollmächtigten der inländischen Zweigstelle eines ausländischen Versicherungsunternehmens (§ 106 VAG) und den als Geschäftsleiter geltenden Bevollmächtigten der Zweigstelle eines ausländischen Kreditinstituts (§ 53 Abs. 2 KWG) war zunächst eine Eintragung gesetzlich nicht vorgeschrieben. Bei beiden Bevollmächtigten war umstritten, ob sie in das Handelsregister eingetragen werden können und sollen⁴⁸². Die Rechtsprechung sprach sich für eine Eintragung aus⁴⁸³. Das LG Frankfurt argumentierte damals, dass, wenn vom Gesetzgeber über die in das Handelsregister einzutragenden Vertretungsformen hinaus weitere typisierte Formen umfassender Vertretungsmacht geschaffen würden, auch deren Eintragung erforderlich sei. Diese gelte vor allem dann, wenn Vertretungsformen geschaffen würden, die ihrer Art nach im Bereich zwischen einer Prokura und der umfassenden gesetzlichen Vertretung angesiedelt sind⁴⁸⁴.

Die Generalvollmacht steht vom Umfang her ebenfalls zwischen der Prokura und der gesetzlichen bzw. organschaftlichen Vertretungsbefugnis. Sie hat sich in der kaufmännischen Praxis als Vollmacht neben Prokura und Generalhandlungsvollmacht durchgesetzt und auch bereits die Billigung des Gesetzgebers

⁴⁸¹ Hager, Jura 1992, 57, 64.

⁴⁸² Zur Rechtsstellung des Hauptbevollmächtigten s. Koch, VersR 1986, 401 m. w. Nachw.

⁴⁸³ LG Frankfurt WM 1979, 957 zum Geschäftsleiter i.S.d. § 53 Abs 2 KWG a. F.

⁴⁸⁴ So das LG Frankfurt WM 1979, 957 zur damals noch nicht geregelten Eintragungsfähigkeit des Geschäftsleiters.

erfahren⁴⁸⁵. Eine gesetzliche Regelung, in der ausdrücklich normiert wird, dass ein Kaufmann Generalvollmacht erteilen kann, stellt daher folgerichtig den Abschluss dieser Entwicklung dar. Die Regelungsnotwendigkeit ergibt sich aus den bestehenden tatsächlichen und rechtlichen Unklarheiten, insbesondere über den Umfang einer Generalvollmacht, die zu Einschränkungen im kaufmännischen Rechtsverkehr führen.

B. Inhaltliche Ausgestaltung

Eine ausdrückliche Regelung der Generalvollmacht sollte die bestehenden Unsicherheiten über Zulässigkeit und Inhalt beseitigen, so dass Kaufleuten und Gesellschaften eine weitere Vollmacht für ihre Unternehmensorganisation zur Verfügung stünde, und die Generalvollmacht insbesondere auch bei der GmbH bedenkenlos eingesetzt werden könnte.

Die Generalvollmacht sollte ebenso wie die Prokura nur ausdrücklich und nur vom Unternehmensinhaber oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden können⁴⁸⁶. Der Umfang der Vollmacht sollte sämtliche Geschäfte eines Handelsgewerbes erfassen, ausgenommen diejenigen Geschäfte, die ein organschaftliches Handeln voraussetzen. Da der Begriff der organschaftlichen Vertreter bereits gesetzlich verwendet wird (§ 130 a Abs. 1 Satz 2 HGB), kann dieser dazu dienen, um den Umfang dahingehend einzugrenzen, dass diejenigen Handlungen ausgenommen sind, die von den organschaftlichen Vertretern vorgenommen werden müssen. Eine Beschränkung des Umfangs sollte Dritten gegenüber ebenso wie bei der Prokura (§ 50 HGB) nicht möglich sein. Der Gesetzesvorschlag würde insofern den Rahmen für den Umfang der Generalvollmacht vorgeben. Die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister ist ebenfalls entsprechend der Regelung bei der Prokura zu gestalten.

Eine derartige Regelung würde des Weiteren beinhalten, dass die Generalvollmacht auch an juristische Personen erteilt werden kann. Die gesellschaftsrechtlichen internen Zustimmungserfordernisse, die für die Erteilung der Prokura gelten (§§ 116 Abs. 3, 164 Satz 2 HGB, 46 Nr. 7 GmbHG), sind analog

⁴⁸⁵ S. o. § 2.

⁴⁸⁶ Ebenso *Stüsser*, Anfechtung der Vollmacht, S. 236.

bei der Erteilung einer Generalvollmacht anzuwenden. Die Generalvollmacht ist jederzeit frei widerruflich. Sie erlischt z.B. regelmäßig mit dem Ende des Dienstverhältnisses und auch durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 168 Satz 1 BGB, 117 Abs. 1 InsO).

Eine entsprechende Regelung wäre am besten im HGB, vor Prokura und Handlungsvollmacht, also vor den §§ 48 ff. HGB, anzusiedeln⁴⁸⁷. Da die Generalvollmacht zwischenzeitlich als eigenständige, von kaufmännischen Unternehmen verwendete Vollmacht gesetzlich anerkannt wurde, ist das HGB und nicht das BGB der geeignetste Standort für eine Regelung. Der Anwendungsbereich des Regelungsumfangs erfasst auch kleingewerbetreibende Unternehmen, die sich nach § 2 Abs. 1 HGB eintragen lassen und damit die Kaufmannseigenschaft erwerben. Diejenigen kleingewerbetreibenden Unternehmen, die sich nicht freiwillig nach § 2 HGB eintragen lassen, sowie Freiberufler sind von der Möglichkeit ausgenommen, handelsrechtliche Vollmachten nach §§ 48 ff. HGB, und damit auch eine handelsrechtliche Generalvollmacht, zu erteilen. Insofern ist ein entsprechendes Bedürfnis dieser Unternehmen sowie des allgemeinen Rechtsverkehrs nicht ersichtlich. Zudem bleibt es diesen Unternehmen sowie Freiberuflern unbenommen, bei Bedarf eine zivilrechtliche Generalvollmacht (§ 167 BGB) zu erteilen.

C. Vorschlag

Die neue Regelung könnte folgendermaßen lauten:

- (1) Der Inhaber des Handelsgeschäfts oder sein gesetzlicher Vertreter kann einem Dritten mittels ausdrücklicher Erklärung Generalvollmacht erteilen.
- (2) Die Generalvollmacht ermächtigt zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, die ein Handelsgewerbe mit sich bringt, soweit diese nicht den organschaftlichen Vertretern obliegen.
- (3) Die Erteilung und das Erlöschen der Generalvollmacht sind vom Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

⁴⁸⁷ Hier stände aufgrund der weggefallenen §§ 38 bis 47 b HGB Platz zur Verfügung.

§ 5 Zusammenfassung

A. Zulässigkeit der Generalvollmacht

Die Argumente, die gegen die Zulässigkeit der Generalvollmacht vorgebracht werden, haben sich als nicht überzeugend erwiesen. Ein *numerus clausus* der handelsrechtlichen Vollmachten Prokura und Handlungsvollmacht existiert nicht. Die handelsrechtlichen Stellvertretungsregelungen wollen dem Kaufmann nicht Beschränkungen auferlegen, sondern den kaufmännischen Verkehr erleichtern.

Dem in der Praxis bestehenden Bedürfnis nach einer Vollmacht mit weiter reichendem Umfang als die Prokura hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in verschiedenen neueren Gesetzen den Generalbevollmächtigten ausdrücklich neben den handelsrechtlichen Vollmachten erwähnt hat. Damit hat der Gesetzgeber die Generalvollmacht als neue und eigenständige handelsrechtliche Vollmacht anerkannt.

Soweit die Generalvollmacht bei der GmbH und sonstigen Kapitalgesellschaften als unzulässig oder unwirksam angesehen wird, lässt sich dies nicht mit der Übertragung organschaftlicher Befugnisse rechtfertigen. Eine solche Übertragung erfolgt bei der Generalvollmacht grundsätzlich nicht, da es nicht möglich ist, durch eine rechtsgeschäftliche Vollmacht organschaftliche Befugnisse zu übertragen. Nur wenn tatsächlich der Vollmachtgeber organschaftliche Befugnisse übertragen wollte, kann eine Generalvollmacht im Einzelfall unwirksam sein. Ihre allgemeine Unzulässigkeit kann auch nicht mit Gesellschafterschutz oder Verkehrsschutzinteressen begründet werden, da diese bei einer rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht ausreichend berücksichtigt werden. Bestimmte öffentliche Pflichten, die den Organvertretern obliegen, stehen der Zulässigkeit ebenfalls nicht entgegen.

B. Voraussetzungen einer zulässigen Generalvollmacht

Die Generalvollmacht als handelsrechtliche Vollmacht hat, was ihre Erteilung betrifft, ähnliche Voraussetzungen wie die Prokura. Generalvollmacht kann der Inhaber eines Handelsgeschäfts oder sein gesetzlicher Vertreter erteilen. Erfor-

derlich ist eine ausdrückliche Erklärung. § 48 Abs. 1 HGB ist insoweit analog anzuwenden, solange es noch keine gesetzliche Regelung der Generalvollmacht gibt. Die Generalvollmacht kann nicht nur natürlichen, sondern auch juristischen Personen erteilt werden.

Der Umfang der Generalvollmacht ist durch Auslegung der konkreten Erklärung unter Berücksichtigung der Umstände der Vollmachterteilung zu bestimmen. Auszugehen ist dabei von dem Grundsatz, dass die Generalvollmacht grundsätzlich zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, bei denen eine Vertretung zulässig ist. Daraus folgt, dass organschaftliche Befugnisse nicht umfasst sind. Der Generalbevollmächtigte kann keine dem Kaufmann vorbehaltenen Geschäfte tätigen, z.B. Prokura erteilen oder bestimmte öffentliche Pflichten von besonderer Bedeutung wahrnehmen, wie einen Insolvenzantrag stellen oder den Jahresabschluss unterzeichnen. Beim Einzelkaufmann erstreckt sich die Generalvollmacht nicht auf den persönlichen Bereich.

Die Generalvollmacht ist frei widerruflich. Bei den sonstigen Erlöschensgründen ergeben sich keine Besonderheiten.

Die Generalvollmacht kann ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Eine analoge Anwendung der Eintragungspflicht für die Prokura kommt nicht in Betracht, da es an einem entsprechenden Bedürfnis des Rechtsverkehrs fehlt. Die Eintragung einer Generalvollmacht als Prokura ist empfehlenswert, aber nicht verpflichtend. *De lege ferenda* ist eine Eintragungspflicht im Zusammenhang mit einer grundsätzlichen Regelung der Generalvollmacht zu befürworten.

Literaturverzeichnis

Bauer-Mengelberg, Rudolf: Generalvollmacht, in: Rechtsfragen der Praxis, Doppelband 55/56, herausgegeben von Albert Baer, Leipzig 1932.

Baumann, Peter: Die Generalvollmacht bei der GmbH, in: Beiträge zum Gesellschafts- und Notarrecht, Freundesgabe für Willi Weichler zum 70. Geburtstag, herausgegeben für die Rheinische Notarkammer von Walter Schmitz-Valckenberg, Norbert Frenz, Hanns-Jakob Pützer, Köln 1996, S. 1-11.

Baumann, Wolfgang: Generalvollmachten als Vorsorgevollmachten, MittRhNotK 1998, S. 1-8.

Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), erläutert von Klaus J. Hopt, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt bis zur 24. Auflage von Konrad Duden, 29. Aufl. München 1995.

Beuthien, Volker: Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung?, NJW 1999, S. 1142-1146.

Beuthien, Volker: Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Manfred Lieb, Ulrich Noack, Harm Peter Westermann, Bd 1, Köln 1998, S. 87-109.

Bohnstedt, Ekkehard: Prokura, Handlungsvollmacht und Generalvollmacht, MittRhNotK 1974, S. 579-602.

Bork, Reinhard: Notiz zur Dogmatik des § 54 HGB, JA 1990, S. 249-252.

Boujong, Karlheinz: Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. München 2000, zit.: *Boujong-Bearbeiter*.

Brüggemann, D.: Handelsrecht: "Generalvollmacht" ein es Kaufmanns - insbesondere einer Handelsgesellschaft - für den kaufmännischen Betrieb? Kommentar und Kritik zu BGH Urteil vom 18.10.1976, JA 1977, S. 500-503.

Bucher, Eugen: Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, herausgegeben von Max Boemle, Willi Geiger, Mario Pedrazzini, Walter Schlupe, Zürich 1971, S. 39-64.

Canaris, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, begründet von Karl-Hermann Capelle, fortgeführt von Claus-Wilhelm Canaris, 23. Aufl. München 2000.

Carlé, Dieter: Prokuristen und Generalbevollmächtigte: Rechte, Pflichten, Gefahren, Gestaltungsmöglichkeiten, KÖSDI 1988, S. 7465-7469.

Deuchler, Wolfgang: Anmerkung zu Kammergericht, Beschluß vom 11.06.1991 - 1 W 1581/91, WuB II C. § 35 GmbHG 1.92.

Eder, Karl: "Generalvollmacht" bei der GmbH?, GmbHR 1962, S. 225 -228.

Ehricke, Ulrich: Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzung von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH, ZGR 2000, S. 351-383.

Ensthaler: Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Jürgen Ensthaler, begründet von Georg W. Bandasch, 6. Aufl. Neuwied 1999, zit.: *Ensthaler-Bearbeiter*.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897, zit.: Denkschrift.

Fleck, Hans-Joachim: Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1985), S. 387-418.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. Berlin 1992.

Frey, Kaspar : Gesamtrechtsnachfolge in Vollmachtnehmer- und Vollmachtgeberstellungen, München 1997.

Geitzhaus, Georg: Die Generalbevollmächtigung - empfehlenswertes Instrument der Unternehmensführung?, GmbHR 1989, S. 229-236, 278-286.

Godin, Reinhard Freiherr von; Wilhelmi, Hans: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz), 2. Aufl. Berlin 1950.

Großkommentar zum HGB: begründet von Hermann Staub, 4. Aufl. herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling, Peter Ulmer (ab 1983), zit.: *GroßKomm(HGB)-Bearbeiter*.

Hachenburg: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar, herausgegeben von Peter Ulmer, Zweiter Band §§ 35-52, Dritter Band §§ 53-85, 8. Aufl. Berlin 1997, zit.: *Hachenburg-Bearbeiter*.

Hager, Johannes: Das Handelsregister, Jura 1992, S. 57-65

Hahn Carl: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, fortgesetzt von Benno Mugdan, Band 6, Materialien zum Handelsgesetzbuch, Allen 1983.

Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit den Rechnungslegungsvorschriften nach dem Bilanzrichtlinien-Gesetz und den Steuern der kaufmännischen Personalunternehmen, von Peter Glanegger, Georg Güroff, Stefan Kusterer, Jochen Nieder, Monika Penker, Werner Ruß, Johannes Selder, Ulrich Stuhlfelner, 5. Aufl. Heidelberg 1999, zit.: *HK(HGB)- Bearbeiter*.

Heymann: Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Norbert Horn, Band 1, Erstes Buch Einleitung, §§ 1-104, 2. Aufl. Berlin 1995, zit.: *Heymann-Bearbeiter*.

Hoffmann/Liebs: Der GmbH-Geschäftsführer, Handbuch für die Praxis des Unternehmens und Managers, von Dietrich Hoffmann und Rüdiger Liebs, 2. Aufl. München 2000.

Hofmann, Klaus: Der Prokurist, 7. Aufl. Heidelberg 1996.

Honsell, Thomas: Die Besonderheiten der handelsrechtlichen Stellvertretung, JA 1984, S. 17-22.

Hopt, Klaus: Die Auswirkungen des Tods des Vollmachtgebers auf die Vollmacht und das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, ZHR 133 (1970), S. 305-326.

Huber, Ulrich: Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen, ZHR 152 (1988), S. 1-37.

Huber, Ulrich: Betriebsführungsverträge zwischen konzernverbundenen Unternehmen, ZHR 152 (1988), S. 123-164.

Hübner, Ulrich: Zur Zulässigkeit der Generalvollmacht bei Kapitalgesellschaften, ZHR 143 (1979), S. 1-23.

Joussen, Edgar: Die Generalvollmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, WM 1994, S. 273-284.

Kirchner, Jürgen: Die 'Prokuravollmacht', MittBayNot 1996, S. 423 -424.

Koch, Peter: Zur Stellung des Hauptbevollmächtigten, VersR 1986, S. 401-404.

Köhler, Helmut: Fortbestand handelsrechtlicher Vollmachten bei Betriebsübergang?, BB 1979, S. 912- 915.

Komp, Gabriele: Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft, Diss. Frankfurt am Main, 2000.

Kramm, Beatrice: Handelsregisterrecht - Reformvorschläge unter Berücksichtigung des deutschen, französischen und englischen Systems -, Diss. Berlin 1998.

Krebs, Peter: Ungeschriebene Prinzipien der handelsrechtlichen Stellvertretung als Schranken der Rechtsfortbildung - speziell für Gesamtvertretungsmacht und Generalvollmacht, ZHR 159 (1995), S. 635-662.

Kropff, Bruno: Aktiengesetz, Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965.

Kuttner, Joachim: Generalvollmacht für eine GmbH, DR 1942, S. 1488.

Laband, Paul: Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866), S. 183-241.

Larenz, Karl; Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. München 1997.

Leiner, Ralf Martin: Die Generalvollmacht im Recht der Kapital- und Personengesellschaften, Diss. Bielefeld 1998.

Loos, Gerold: Betriebsführungsverträge und damit verbundene Generalvollmacht bei Handelsgesellschaften, BB 1963, S. 615-620.

Lutter/Hommelhoff: GmbHG Kommentar, von Marcus Lutter und Peter Hommelhoff, 15. Aufl. Köln 2000.

Müller-Freienfels, Wolfram: Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt, Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung, Frankfurt am Main 1982.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240) AGB Gesetz, herausgegeben von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, 3. Aufl. München 1993, zit.: MünchKomm(BGB)-*Bearbeiter*.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 1 Erstes Buch Handelsstand §§ 1-104, herausgegeben von Karsten Schmidt, München 1996, zit.: MünchKomm(HGB)-*Bearbeiter*.

Pabst: Unzulässige, ungenaue und überflüssige Registereinträge, DNotZ 1957, S. 393-401.

Pahl, Lothar: Haftungsrechtliche Folgen versäumter Handelsregistereintragen und Bekanntmachungen, Diss. München 1987.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl. München 2000, zit.: Palandt-*Bearbeiter*.

Patschovsky: Generalvollmacht für eine GmbH, DR 1943, S. 607.

Pauge, Burkhard W.: Handelsvertreter und Makler - Prokura und Handlungsvollmacht, 2. Aufl. Köln 1991.

Pawlowski, Hans-Martin: Anmerkung zu OLG Naumburg, Urteil vom 16.12.1993 - 2 U 15/93, DZWir 1994, S. 473-478.

Pfeiffer, Thomas: Handbuch der Handelsgeschäfte, herausgegeben von Thomas Pfeiffer, Köln 1999, zit.: *Bearbeiter* in Pfeiffer, Handbuch.

Pfizer: Der Generalbevollmächtigte im Civilprozeß, Gruchots Beiträge 27 (1883), S. 216-228.

Rintelen, Max: Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregisters, Beilageheft zur ZHR 75, Stuttgart 1914.

Ripfel: Ist Generalvollmacht an GmbH-Gesamtgeschäftsführer oder Dritten zulässig?, GmbHR 1953, S. 181-184.

Röhrich/Graf von Westphalen: Handelsgesetzbuch Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen, herausgegeben von Volker Röhrich und Friedrich Graf von Westphalen, 2. Aufl. Köln 2000, zit.: Röhrich/v. Westphalen-Bearbeiter.

Roth, Günther H.: Strenges oder billiges Recht: Zum Umfang handelsrechtlicher Stellvertretung, ZfSchwR 1985, S. 287-300.

Roth/Altmeyen: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) mit Erläuterungen von Holger Altmeyen und Günther H. Roth, 3. Aufl. München 1997.

Rowedder: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar von Heinz Rowedder, Hans Fuhrmann, Hans-Georg Koppensteiner, Henning Rasner, Fritz Rittner, Harald Wiedmann, Klaus Zimmermann, 2. Aufl. München 1990, zit.: Rowedder-Bearbeiter.

Schlegelberger: Handelsgesetzbuch, Kommentar von Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, 2. Band, 5. Aufl. München 1973, zit.: Schlegelberger-Bearbeiter.

Schmidt, Karsten: Handelsrecht, 5. Aufl. Köln 1999.

Schmidt, Karsten: ‘Deklaratorische’ und ‘konstitutive’ Registereintragungen nach §§ 1 ff. HGB, ZHR 163 (1999), S. 87-98.

Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, herausgegeben von Karsten Schmidt und Wilhelm Uhlenbruck, 2. Aufl. Köln 1999.

Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, bearbeitet von Georg Crezelius, Volker Emmerich, Hanns-Joachim Priester, Karsten Schmidt, Uwe Schneider, Klaus Tiedemann, Harm Peter Westermann, Heinz Winter, I. Band §§ 1-44 Anh. Konzernrecht, 9. Aufl. Köln 2000; II. Band §§ 45-85, 8. Aufl. 1995, zit.: Scholz-Bearbeiter.

Schwinge, Christina: Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts, Pfaffenweiler 1996.

Spitzbarth, Reimar: Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten, BB 1962, S. 851-854.

Spitzbarth, Reimar: Vollmachten im modernen Management, 2. Aufl. Berlin 1989.

Spitzbarth, Reimar: Vollmachten im Unternehmen: Handlungsvollmacht - Prokura - Generalvollmacht, 3. Aufl. Berlin 1999.

Spitzbarth, Reimar; Preuß, Nicola: Vollmachten im Unternehmen: Handlungsvollmacht - Prokura - Generalvollmacht, 4. Aufl. Berlin 2000.

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 164-240, von? 13. Aufl. 1995, zit.: *Staudinger-Bearbeiter*.

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2 §§ 91-252, bearbeitet von Reinhard Bork, Wolfgang Brehm, Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzbert, Herbert Roth, Peter Schlosser, Ekkehard Schumann, 21. Aufl. Tübingen 1994, zit.: *Stein-Jonas-Bearbeiter*.

Stumpf, Cordula: Das Handelsregister nach der HGB-Reform, BB 1998, S. 2380-2383.

Stüsser, Rolf: Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht, Diss. Berlin 1986.

Thöl, Heinrich: Das Handelsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Erster Band, 4. Aufl. Göttingen 1862.

Tietz, Christoph: Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura - Die Bedeutung der Vertretungsbefugnis für die Bestimmung der Vertretungsmacht, Diss. Frankfurt am Main 1990.

Trost, Irmgard: Die Arten der Handlungsvollmacht, Diss. Leipzig 1933.

Van Venrooy, Gerd J.: Delegation der Einberufungsbefugnis der Geschäftsführer aus § 49 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2000, S. 166-175.

Van Venrooy, Gerd J.: Die Bestellung von Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten nach § 46 Nr. 7 GmbHG und das "Innenverhältnis", GmbHR 1999, S. 800-806.

Weber, Jürgen: Die wichtigsten Neuerungen durch das Handelsrechtsreformgesetz, Sparkasse 1999, S. 140-143.

Westphalen, Friedrich Graf von: Die Handlungsvollmacht - Erteilung, Umfang, Mißbrauch und Erlöschen, DStR 1993, S. 1562-1564.

Wieland, Karl: Handelsrecht, Erster Band in: Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, begründet von Karl Binding, herausgegeben von Friedrich Oetker, München 1921.