

Aufsatz ZR

Lukas Beck*

Zur Funktionsweise der Prokura als handelsrechtliche Vollmacht

DOI 10.1515/jura-2016-0200

Der Beitrag befasst sich ausführlich mit der Prokura (§§ 48ff. HGB) als einem der Schwerpunkte in der handelsrechtlichen Ausbildung. Ein Gesamtverständnis des Systems erschließt sich – wie so oft – nur bei tiefgehender Durchdringung. Deshalb wird in einem ersten Teil des Beitrags das Institut der Prokura hinsichtlich seines Wesens, seiner Bedeutung und der Prüfung in Klausur und Praxis in den Blick genommen. Außerdem wird das Erteilen der Prokura unter Berücksichtigung typischer Problemfelder dargestellt. Der zweite Teil des Beitrags setzt die Darstellung mit der Erörterung der Erlöschensgründe fort und befasst sich mit dem Umfang der Prokura – also mit der Frage, wie weit die Vertretungsmacht reicht. Sodann schließt der zweite Teil mit der Zusammenfassung der besonders problematischen Rechtsfragen. Objekt der Erörterung ist dabei die Einzelprokura. Der Bereich der Gesamtprokura bleibt unbehandelt. Ebenso werden die Spezialfälle der Filialprokura und der »Scheinprokura« hier nicht näher erörtert.

A. Hintergründe: Zur Bedeutung der Prokura

Die »Prokura« ist ein Ausschnitt des handelsrechtlichen Stellvertretungsrechts.¹ Sie ist in den §§ 48 bis 53 HGB geregelt und darüber hinaus für das Verständnis der Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) von Bedeutung. Die Prokura ist die (nahezu) vollumfassende Vertretungsberechtigung für einen Kaufmann. Im Wirtschaftsleben nimmt der Prokurist eine ganz herausragende Stellung im Unternehmen ein. Er

genießt in der Regel ganz besonderes Vertrauen des Inhabers: dieser legt nämlich beinahe das gesamte Geschäft (auch) in die Hände des Prokuristen. Damit rückt der Prokurist in eine Position, in der er das weitere Schicksal des Unternehmens ganz maßgeblich (mit)zu verantworten hat. Der Prokurist ist nicht nur die rechte Hand des Kaufmanns; er ist – von der gesetzlichen Konzeption her – die nächsthöchste Instanz nach dem Inhaber bzw. dem Geschäftsführer.

Rechtlich entfaltet diese Position ihre Bedeutung bei der Vertretungsmacht, die der Prokurist erlangt. Denn während die einfach-zivilrechtliche Vollmacht (§ 167 BGB) in ihrem Umfang frei durch den Erteilenden bestimmt werden kann, ist das bei der Prokura nicht der Fall. Hier ist gesetzlich vorgegeben, für welche Geschäfte der Prokurist Vertretungsmacht hat. Die Prokura ist damit eine typisierte Vollmacht. Dadurch wird der Rechtsverkehr geschützt:² er muss sich im Einzelfall weitgehend nicht damit auseinandersetzen, ob ein Geschäft von der Vertretungsmacht des Handelnden erfasst ist. Es kommen vielmehr alle Geschäfte wirksam zustande, die vom gesetzlichen Umfang der Prokura erfasst sind – und das sind nahezu alle (s. unten C.III.). Das ist unabhängig davon, ob der Kaufmann dem Prokuristen Einschränkungen auferlegt hat (s. wiederum unten C.III.4.b)).

Hinweis: Die Prokura ist damit in der gebräuchlichen Terminologie keine *gesetzliche* Vertretungsmacht, sondern *rechtsgeschäftliche* Vertretungsmacht. Denn bei dieser Kategorisierung geht es nicht um den Umfang, sondern den Entstehensgrund der Vollmacht. Prokura wird – wie die einfach-zivilrechtliche Vollmacht (§ 168 BGB) durch Rechtsgeschäft erteilt und entsteht nicht kraft Gesetzes.

¹ S. zur Einführung auch *Petersen, JURA* 2012, 196.

***Kontaktperson:** Lukas Beck, der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Christoph Teichmann) sowie Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg.

² *Canaris, HandelsR*, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 1; *Petersen, JURA* 2012, 196, 196.

B. Didaktische Vorbemerkung: Prüfung der Stellvertretung durch einen Prokuristen

I. Anwendung der Stellvertretungsregeln des BGB

Da das Handelsrecht keine eigenen Stellvertretungsregelungen kennt, die denen der §§ 164 ff. BGB entsprechen, sind in jedem Fall der handelsrechtlichen Stellvertretung auch die Regelungen des BGB anzuwenden.³ Zu prüfen ist deshalb nach dem bekannten Dreischritt, wenn ein Sachverhalt erkennen lässt, dass jemand nicht für sich, sondern für einen anderen handelt:

1. Eigene Willenserklärung des Handelnden
2. In fremdem Namen
3. Mit Vertretungsmacht

Dieses Schema ergibt sich aus der Struktur der §§ 164 ff. BGB. Während die ersten beiden Prüfungspunkte keinen wirklichen handelsrechtlichen Einschlag haben (s. aber gleich noch unten B.II.), ist erst bei der Frage, ob 3. Vertretungsmacht vorliegt, der Sprung ins Handelsrecht zu vollziehen. Es ist dann zu fragen, ob ein Geschäft von der Vertretungsmacht gedeckt ist, die durch die Prokura erlangt worden ist. Auch im einfachen Zivilrecht ist in diesem Prüfungspunkt an sich zusätzlich zu fragen, ob die Vertretungsmacht überhaupt wirksam erteilt worden ist und im Zeitpunkt des Geschäfts bestand.⁴ Da im Zusammenhang mit der Prokura an verschiedenen Stellen Probleme auftauchen können, empfiehlt sich hier eine genauere Aufschlüsselung wie folgt, deren Gliederung auch der weitere Beitrag folgt (s. unten C.):

1. Wirksame Erteilung der Prokura
2. Kein Erlöschen der Prokura
3. Geschäft dem Umfang nach von der Vertretungsmacht gedeckt

II. Handeln in fremdem Namen

1. Vorgaben einfach-zivilrechtlicher Stellvertretung

Für die wirksame einfach-zivilrechtliche Stellvertretung ist erforderlich, dass der Vertreter die Erklärung »im Namen

des Vertretenen« abgibt (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Das gilt deshalb auch beim Handeln unter Nutzung der Prokura. Weit verbreitete Praxis ist, dass ein Prokurist Dokumente mit dem Zusatz »ppa« unterzeichnet. Mit diesem Zusatz will er kenntlich machen, dass er im Rahmen seiner Prokura handelt. Wenn mit einem solchen – im Geschäftsverkehr allgemein verstandenen Zusatz – gezeichnet wird, muss der andere Vertragsteil auch erkennen, dass der Handelnde nicht für sich selbst rechtsgeschäftlich tätig wird, sondern für einen anderen handelt – nämlich denjenigen, der ihm Prokura erteilt hat.⁵

2. Vorgaben zur Zeichnung des Prokuristen gem. § 51 HGB

In die Irre führen lassen darf man sich bei der Frage der Offenkundigkeit nicht von den Vorgaben der Vorschrift des § 51 HGB. Diese hat auf die Einhaltung der Offenkundigkeit keine eigenständige Wirkung. Dort wird verlangt, dass der Prokurist der »Firma [des Kaufmanns, den er vertritt] seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt«. Die Vorschrift ist aber nach dem herrschenden Verständnis, das hier zugrunde gelegt wird, nur eine Ordnungsvorschrift; auf die Wirksamkeit der Abgabe einer Willenserklärung hat sie keinen Einfluss.⁶ Sie ist also keine Formvorschrift, deren Nichteinhaltung gem. § 125 BGB zur Unwirksamkeit eines Geschäfts führen würde. Die Folgen sind deshalb allein nach dem Stellvertretungsrecht des BGB zu finden.⁷ Offenkundigkeit ist dort aber nach h.M. schon immer dann gewahrt, wenn überhaupt erkennbar wird, dass für einen anderen gehandelt wird, da dann der Verkehr ausreichend geschützt ist.⁸ Wer der Vertretene ist, muss dafür

⁵ OLG Rostock, NJW 2003, 1676, 1676.

⁶ RGZ 50, 51, 60; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 51 Rn. 1; *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 51 Rn. 2; *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 51 Rn. 2; *Wagner*, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 51 Rn. 2; *Weber*, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 51 Rn. 8; vgl. BGH, NJW 1966, 1077, 1077.

⁷ *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 51 Rn. 2; *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 51 Rn. 2; *Weber*, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 51 Rn. 8.

⁸ BGH, JZ 1957, 441; RGZ 140, 335, 338; *Schramm*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 164 Rn. 18 m.w.N.; *Habermann*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2014, Vor §§ 164 ff. Rn. 35; m.w.N.; *Valenthin*, in: BeckOK BGB, Ed. 34 2013, § 164 Rn. 22; *Köhler*, BGB AT, 37. Aufl. 2013, § 11 Rn. 18; vgl. auch BGH, NJW 1989, 164, 166: »Der Vertretene braucht bei der Vornahme des Vertretergeschäfts noch nicht bestimmt zu sein«, was nahelegt, dass auch dessen Name im vorliegenden Fall noch nicht genannt wurde. Anders liest sich allerdings BGH, NJW 2000, 2984, 2985: »Auch in diesen Fällen muss der Vertrags-

³ S. dazu nur *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, § 5 Rn. 76 ff.

⁴ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, § 5 Rn. 93 ff.

überhaupt nicht kenntlich gemacht werden. Deshalb genügt auch die bloße Zeichnung des Prokuristen mit dem Zusatz »ppa« ohne Angabe der Firma.

Beispiele: Der Prokurist P des Kaufmanns K bestellt beim Großhändler G per Brief auf dem Briefpapier des K 10 t Bio-Malz; dabei vergisst er den Zusatz »ppa«. Danach bestellt der P auf einem Bestellschein des Versandhändlers H zehn Bierzeltgarnituren und unterzeichnet mit seinem eigenen Namen und dem Zusatz »ppa«. Anschließend ruft der P beim Interessenten I an und erklärt ihm, dass er im Namen der Firma K diesem gerne ein Angebot unterbreiten werde.

In allen Fällen ist die Offenkundigkeit gewahrt, da für den anderen Teil erkennbar ist, dass der P nicht für sich selbst handeln möchte. Der P hat hier deshalb stets die Erklärung für den K abgegeben (§ 164 BGB).

C. Prokura und Vertretungsmacht

I. Erteilen der Prokura

Damit der Prokurist ein Geschäft mit Wirkung für und gegen den Kaufmann abschließen kann, muss dieses Geschäft von der Vertretungsmacht gedeckt sein. Dazu muss dem Prokuristen zunächst wirksam Prokura erteilt worden sein.

1. Person des Vollmachtgebers

a) Kaufleute

Zur Erteilung der Prokura findet sich eine Regelung in § 48 HGB. Nach Abs. 1 kann die Prokura nur von dem »Inhaber des Handelsgeschäfts« (oder »seinem gesetzlichen Vertreter«) erteilt werden. Inhaber von Handelsgeschäften sind Kaufleute. Das ergibt sich aus § 1 Abs. 1 HGB, auch wenn dort vom Handelsgewerbe, nicht vom Handelsgeschäft gesprochen wird. Prokura können aber nicht nur die sog. Ist-Kaufleute des § 1 HGB erteilen. Auch allen anderen Kaufleuten steht die Möglichkeit zu; das sind der Kleingewerbetreibende, der sich in das Handelsregister hat eintra-

partner, das Unternehmen, für den Geschäftspartner von vornherein eindeutig erkennbar sein«. Das legt ein engeres Verständnis nahe. Letztlich ist die Frage danach zu beantworten, ob § 164 BGB nach seinem Schutzzweck darauf abzielt, dass der Vertragspartner wissen soll, mit wem er den Vertrag schließt oder allein darauf, dass der Vertragspartner wissen soll, dass er nicht mit dem Handelnden kontrahiert. S. eingehend in diesem Zusammenhang *Petersen*, *JURA* 2010, 187, 187 f.

gen lassen (§ 2 HGB)⁹ und die Handelsgesellschaften (§ 6 HGB; vgl. § 13 Abs. 3 GmbHG, § 3 Abs. 1 AktG).¹⁰ Denn ein Grund dafür, diese Personen auszunehmen, ist nicht erkennbar. Vom Zweck des Instituts der Prokura wird auch getragen, dass diese Personen, die tatsächlichen Kaufleuten gleichstehen, im Geschäftsverkehr eine umfassende Vollmacht erteilen können. Hier ist also zu prüfen, ob einer der Kaufmanns-Tatbestände des HGB in der Person des Vollmachtgebers verwirklicht ist.

b) Problemfälle: Scheinkaufleute und Kaufleute kraft Eintragung

(1) Scheinkaufmann

Dem sog. »Scheinkaufmann«, also demjenigen, der nur vorgibt, Kaufmann zu sein, tatsächlich aber keinen Tatbestand der §§ 1 ff. HGB verwirklicht, wird die Möglichkeit der Prokuraerteilung nicht zugestanden.¹¹ Das wird damit begründet, dass ein Rechtsschein nie zu Gunsten, sondern nur zu Lasten desjenigen wirken könne, der ihn setzt.¹²

(2) Kaufmann kraft Eintragung

Problematisch kann die Prokuraerteilung allerdings bei demjenigen Vollmachtgeber sein, der »Kaufmann kraft Eintragung« ist, also nach § 5 HGB in das Handelsregister eingetragen ist. In der Wissenschaft wird dieser Person regelmäßig – ohne tiefergehende Auseinandersetzung – das Recht zugestanden, Prokura zu erteilen.¹³ Dafür spricht nur vordergründig der – durchaus reizvolle – Gedanke einer einheitlichen Betrachtung. Tatsächlich wird dieser Gedanke alleine nicht das Ergebnis tragen können.

Denn zu bedenken ist, dass die Vorschrift des § 5 HGB nach der wohl einhelligen Auffassung von Rechtsprechung und Wissenschaft allein Rechtssicherheit schaffen soll.¹⁴ Man muss sich dabei aber fragen, in wessen Interes-

⁹ KG, NJW 1959, 1086, 1087; *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 5.

¹⁰ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 48 Rn. 1.

¹¹ *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 5 m. w. N.; in Betracht kommt dann aber das Vorliegen einer »Scheinprokura«.

¹² S. nur *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 5.

¹³ So *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 5 m. w. N. auch zur Gegenansicht; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 48 Rn. 1; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 48 Rn. 8 m. w. N.;

¹⁴ S. nur BGH, NJW 1982, 45, 45; BGH, NJW 1960, 1664, 1665 f.; *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 3 Rn. 48 f.; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 5 Rn. 1; *Röhrich*, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 13; *Oetker*, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 5 Rn. 1.

se Rechtssicherheit geschaffen werden soll. Hier wird der naheliegende Gedanke vertreten, dass die Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr bestehen muss, nicht aber für den Kaufmann.¹⁵ Ein schutzwürdiges Interesse des Eingetragenen an Rechtssicherheit lässt sich auch nicht so leicht ausmachen. Denn dieser kann für sich Rechtssicherheit dadurch herbeiführen, dass er seine Eintragung löschen lässt (sofern er von ihr weiß). Allerdings muss man sich vor Augen führen, dass der Eingetragene ja auch ein Interesse daran haben kann, weiter Kaufmann zu sein. Das ist ihm auch wegen § 2 HGB erlaubt. Wenn er sich dafür aber erneut eintragen lassen müsste, sieht das doch nach Förmerei aus. Auch muss man sich fragen, ob das vor dem Hintergrund tragfähig ist, dass aus dem Handelsregister der Grund einer Eintragung ja gar nicht erkennbar ist, sondern eben nur das Ergebnis verlautbar ist. Das legt es doch eher nahe anzunehmen, dass die Vorschrift des § 5 HGB auch zu Gunsten des Eingetragenen wirkt.¹⁶

An dieser Frage ist letztlich zu entscheiden, ob der »Kaufmann kraft Eintragung« (§ 5 HGB) Prokura erteilen kann oder nicht (§ 48 Abs. 1 HGB). Denn wenn durch § 5 HGB nur der Verkehr geschützt werden soll, kann sich der Eingetragene selbst nicht auf seine Kaufmannseigenschaft berufen. In der Folge müsste er also auch aus dem Anwendungsbereich der §§ 48 ff. HGB ausgeschlossen sein. Denn wenn er nur zu Gunsten des Verkehrs als Kaufmann behandelt wird, erscheint es inkonsequent, ihm Vorteile dadurch einzuräumen, dass er einen Prokuristen einsetzen kann.

Folgt man den hier angestellten Überlegungen, dass § 5 HGB auch dem Eingetragenen selbst dienen kann, muss man dem Eingetragenen das Recht zugestehen, Prokura zu erteilen. Denn wenn er vollumfassend einem Kaufmann des § 1 HGB gleichgestellt wird, ist hier kein teleologischer Grund erkennbar, ihm die Erteilung einer Prokura zu versagen.

c) Problemfall: Vorgesellschaften

Hinsichtlich der Frage, ob eine Vorgesellschaft Prokura erteilen kann, besteht Streit. Zum Teil wird das verneint unter Hinweis darauf, dass die Prokura in das Handels-

register eingetragen werden muss (s. unten C.I.4.c.), was aber nicht möglich ist, wenn nicht einmal die Vorgesellschaft eingetragen ist.¹⁷ Die wohl h. M. nimmt hingegen an, dass auch die Vorgesellschaft Prokura erteilen kann, wenn sie Kaufmann ist.¹⁸ Der erstgenannten Ansicht wird man dabei entgegen können, dass es für das Entstehen der Prokura gar nicht erforderlich ist, dass diese in das Handelsregister eingetragen wird. Die Eintragung wirkt nämlich nur deklaratorisch (s. unten C.I.4.c)(1)). Das Fehlen einer Eintragungsmöglichkeit betrifft deshalb nicht die Frage, ob die Prokura erteilt werden kann.

d) Stellvertretung bei der Erteilung nur in engem Maße möglich

Die Prokura kann gem. § 48 Abs. 1 HGB auch vom »gesetzlichen Vertreter« des Kaufmanns erteilt werden.¹⁹ Das ist gerade bei Gesellschaften wie der GmbH und der AG notwendig. Diese müssen sich wegen der eigenen Handlungsunfähigkeit nämlich stets vertreten lassen. Die GmbH wird durch ihren Geschäftsführer gesetzlich vertreten (§ 35 GmbHG), die AG durch ihren Vorstand (§ 76 AktG). Der enge Wortlaut des § 48 HGB deutet dann darauf hin, dass eine anderweitige Stellvertretung bei der Erteilung ausgeschlossen ist. Der Kaufmann kann also nicht durch einen gewillkürten Stellvertreter (§ 164 BGB) und insb. nicht durch einen bereits vorhandenen Prokuristen einer anderen Person Prokura erteilen.

2. Person des Prokuristen

a) Nur natürliche Personen?

Prokuristen können nach der nahezu einhelligen Auffassung in der Lehre und Rechtsprechung nur natürliche Personen sein.²⁰ Die Gegenauffassung stützt sich darauf, dass aus den §§ 48 ff. HGB nicht erkennbar sei, dass eine Beschränkung auf natürliche Personen erfolge.²¹ Dem ist zu-

¹⁵ Recht deutlich *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 2; *Kindler*, Grundkurs HGR, 7. Aufl. 2014, § 2 Rn. 85; vgl. auch *Jung*, HandelsR, 10. Aufl. 2014, § 6 Rn. 26; wobei die Vertreter dieser Auffassung z. T. wiederum annehmen, dass der Eingetragene sich (dennoch) auch selbst auf § 5 HGB berufen könne (s. unten Fn. 15).

¹⁶ Wie hier i.E. *Kindler*, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn. 30; *Körber*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 18; *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 5 Rn. 8 m. w. N.; *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 31; zum Streitstand; *Brox/Henssler*, HandelsR, 21. Aufl. 2011, § 4 Rn. 61.

¹⁷ S. nur *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 7 m. w. N.; *Wagner*, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 48 Rn. 5.

¹⁸ S. hier nur auswahlartig *Weber*, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 48 Rn. 6 m. w. N.; *Joost*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2008, § 48 Rn. 10.

¹⁹ Zum hier nicht näher behandelten minderjährigen Kaufmann und seinen Vertretern siehe *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 48 Rn. 1 und RGZ 106, 185, 186 a. E.

²⁰ KG, NZG 2002, 48, 48; *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 26 m. w. N.; *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 4; *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 6; *Kindler*, Grundkurs HGR, 7. Aufl. 2014, § 6 Rn. 11; *Petersen*, JURA 2012, 196, 196.

²¹ Nachweise bei KG, NZG 2002, 48, 48 und bei *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 26 dort Fn. 1.

mindest zuzugeben, dass auch die §§ 164 ff. BGB keine solche Beschränkung kennen. Die h. M. sieht ihre Auffassung aber im Wesen der Prokura begründet: § 52 Abs. 2 HGB schließt die Übertragung der Prokura an eine andere Person aus. Daraus wird eine enge persönliche Bindung von Vollmachtgeber und Prokurist erkennbar. Die Vorschrift würde unterlaufen, wenn man die Erteilung an juristische Personen zuließe.²² Denn letztlich handelt für die juristische Person ja deren organschaftlicher Vertreter – bei der GmbH der Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Dieser ist aber austauschbar, sodass durch ein gesellschaftsinternes Geschäft am Ende faktisch eine andere Person die Befugnisse des Prokuristen wahrnimmt, als diejenige, die bei der Erteilung der Gesellschaft vorstand.²³

b) Ausschlaggebend: Übertragbarkeit der Prokura

Dieser h. M. muss nicht zwingend gefolgt werden. Sicher muss man auf der anderen Seite nicht bei einer starren formalistischen Betrachtung stehen bleiben, sodass man ohne weiteres sagen könnte, dass eine »Übertragung« beim Geschäftsführerwechsel nicht erfolgt, da der »Rechtsträger« der Vollmacht derselbe bleibt – nämlich die Gesellschaft. Weitere Erhellung kann hier ein Blick auf den Normzweck des § 52 Abs. 2 HGB bringen. Dazu ist aber zunächst zu klären, worin dieser besteht. Das ist umstritten. Angenommen wird teilweise, dass der Rechtsverkehr geschützt werden soll; er soll Sicherheit über den Bestand der Prokura haben.²⁴ Wenn man hingegen die besondere Vertrauensstellung betont und als maßgeblich dafür ansieht, dass die Prokura nicht übertragen werden kann,²⁵ erscheint es schwieriger, eine Erteilung der Prokura an juristische Personen zu versagen. Denn wenn die Vorschrift des § 52 Abs. 2 HGB nur dem Schutz des Kaufmanns dient, könnte darüber nachgedacht werden, sie teleologisch zu reduzieren, wenn der Kaufmann mit einer »Weiterverteilung« innerhalb der juristischen Person einverstanden ist. Für die Erteilung an juristische Personen würde diese Zustimmung des Kaufmanns bereits in dem Zeitpunkt erfolgen, in dem er der juristischen Person die Prokura erteilt. Er kann sich an dieser Stelle frei entscheiden, ob er das Risiko eingeht, dass derjenige, der die Prokura ausübt, am Ende eine andere Person ist als derjenige, dem er sie erteilt hat.

²² *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 26 m. w. N.

²³ S. auch *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 6.

²⁴ *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 21 m. w. N.

²⁵ So *Wagner*, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 52 Rn. 2; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 29.

Allerdings ist hier der Hinweis von *Krebs* zu beachten, dass nach der Vorgängerregelung des Art. 53 ADHGB die Übertragung der Prokura erlaubt war, aber gerade ein Zustimmungsvorbehalt enthalten war.²⁶ Die Regelung besagte »Der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Einwilligung des Prinzipals seine Prokura oder Handlungsvollmacht auf einen Anderen nicht übertragen«. Wenn der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 52 Abs. 2 HGB nun aber allgemein davon spricht, dass die Prokura nicht übertragbar ist und ein Vorbehalt des Kaufmanns keinen Platz mehr im Gesetzestext gefunden hat, ist anzunehmen, dass § 52 Abs. 2 HGB eine absolute Regelung aufstellt, über die der Kaufmann nicht disponieren kann.

c) Ergebnis

Auf diesem Weg wird man zu dem Ergebnis gelangen, dass die Prokura tatsächlich nicht an juristische Personen erteilt werden kann. Der Kaufmann kann nicht über § 52 Abs. 2 HGB disponieren und kann deshalb auch die faktische Ausübung der Prokura nicht einer »ungewissen« Person überlassen.

3. Geschäftsfähigkeit des Prokuristen

a) Geschäftsunfähige

Überwiegend wird derzeit davon ausgegangen, dass Prokurist nicht werden kann, wer geschäftsunfähig (§ 104 BGB) ist. Das verbiete sich aus § 105 BGB oder aus § 165 BGB heraus.²⁷ Beherzigt man, dass die Vollmachtserteilung (nicht das Grundgeschäft) ein einseitiges Geschäft ist, das keiner Annahme bedarf,²⁸ kann man dem aus rechtstechnischen Gründen nicht folgen. Denn wenn der Geschäftsunfähige überhaupt keine rechtsgeschäftliche Handlung vornehmen muss, um Prokura zu erhalten, schadet es auch nicht, dass von ihm abgegebene Willenserklärungen nichtig sind (§ 105 Abs. 1 BGB). Er kann also Prokurist werden. Allerdings ist dadurch nicht wirklich etwas gewonnen. Denn wirksame Geschäfte kann er dann immer noch nicht abschließen. Alle Willenserklärungen,

²⁶ *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 21.

²⁷ *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 28; *Joost*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2008, § 48 Rn. 22; m. w. N.; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 48 Rn. 23; *Weber*, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 48 Rn. 15; *Wagner*, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 48 Rn. 21; a. A. *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 5.

²⁸ BGH, NJW-RR 2007, 1202, 1203; *Schramm*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 167 Rn. 4.

die er als Prokurist abgibt, sind nämlich wegen § 105 Abs. 1 BGB nichtig.

b) Beschränkt Geschäftsfähige

Im Einklang mit der überwiegenden Auffassung ist anzunehmen, dass die Prokura auch einem beschränkt Geschäftsfähigen erteilt werden kann.²⁹ Das zeigt sich aus der Wertung des § 165 BGB. Denn die mittels der Prokura vorgenommenen Geschäfte wirken für und gegen den Kaufmann, nicht den Prokuristen und sind deshalb für diesen rechtlich neutral. Dem kann auch nicht die ganz treffliche Überlegung entgegengehalten werden, dass im Innenverhältnis zwischen minderjährigem Prokuristen und Kaufmann Haftungsansprüche entstehen können.³⁰ Das lässt das Geschäft der Prokuraerteilung nicht rechtlich nachteilig werden. Das Grundgeschäft und die Vollmachterteilung sind voneinander zu trennen.³¹ Die Frage nach Haftung wegen fehlerhaften Verhaltens des Prokuristen (§ 280 Abs. 1 BGB) ist aber eine Frage des Grundverhältnisses, das die Prokuraerteilung begleitet. Deshalb hat diese mögliche Nachteiligkeit keine Auswirkung auf die Erteilung der Vertretungsmacht.

4. Form der Erteilung

a) Formfreie Erteilung

Ein Formerfordernis i. S. d. §§ 125 ff. BGB besteht für die Prokura nicht. Nach dem Wortlaut des § 48 Abs. 1 HGB kann die Prokura zwar »nur mittels ausdrücklicher Erklärung« erteilt werden. Damit wird aber nur die konkludente Erteilung ausgeschieden.³² Nicht verlangt wird, dass die Prokura als solche bezeichnet wird.³³

b) Erteilung ggü. dem Prokuristen oder nach außen

In Anwendung des § 167 Abs. 1 BGB kann die Prokura nach der h. M. nicht nur dem künftigen Prokuristen ggü. erteilt werden (Innenprokura), sondern auch durch Bekanntgabe

(Außenprokura) ggü. einem Dritten³⁴ oder der Allgemeinheit.³⁵ Letzteres kommt ganz klassisch dort in Betracht, wo die Prokura in das Handelsregister eingetragen wird, ohne dass sie zuvor dem Prokuristen ggü. erteilt worden ist.³⁶ Dem steht auch nicht entgegen, dass die Prokura als Vollmachterteilung eine einseitige *empfangsbedürftige* Erklärung ist. Denn hier ist die Eigenheit des Handelsregisters zu berücksichtigen, dass gerade keine konkrete Kenntnis von den dort eingetragenen Tatsachen erforderlich ist (vgl. § 15 HGB). Diese Wertung kann hierher übertragen werden.

Uneinigkeit besteht dann allerdings darüber, ob bereits der Eintragungsantrag genügt oder ob die Vollmacht erst im Zeitpunkt der Bekanntmachung erteilt ist.³⁷ Dafür, auf die Bekanntmachung abzustellen, spricht jedenfalls, dass erst in diesem Zeitpunkt die Öffentlichkeit tatsächlich (abstrakte) Kenntnis erlangt. Solange die Information noch beim Registergericht intern verweilt, kann die Öffentlichkeit noch nichts davon wissen; auch besteht die Möglichkeit, dass der Eintragungsantrag noch zurückgewiesen wird.

c) Eintragung der Prokura

(1) Lediglich deklaratorische Eintragung

Die (bereits dem Prokuristen ggü. erteilte) Prokura ist zur Eintragung zum Handelsregister anzumelden (§ 53 Abs. 1 S. 1 HGB). Die Eintragung erfolgt in einer eigens dafür vorgesehenen Spalte im Handelsregister; dort sind etwaige Erweiterungen und Beschränkungen³⁸ sowie notwendige Personenangaben zu verzeichnen (vgl. § 40 Nr. 4 HRV). Diese Eintragung ist rein deklaratorisch. Sie entfaltet also keine eigene Wirkung.³⁹ Das zeigt sich schon am Wortlaut. Denn wenn dieser von der »Erteilung« spricht, wird ein abgeschlossener Vorgang gemeint.

Bedeutung entfaltet die Eintragung aber dort, wo die Prokura später wieder entzogen wird, ohne dass die hierzu wiederum erforderliche deklaratorische Eintragung (s. un-

²⁹ Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 28 m. w. N.; Roth, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 5; Schubert, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 48 Rn. 23; Weimar, MDR 1981, 898, 898; a. A. Weber, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 48 Rn. 15.

³⁰ So Weber, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 48 Rn. 15.

³¹ Eingehend Lieder, JuS 2014, 393, 394.

³² Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 48 Rn. 3; Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 167 Rn. 6; Petersen, JURA 2012, 196, 196.

³³ S. nur Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 48 Rn. 3; Wagner, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 48 Rn. 31.

³⁴ Dagegen, dass eine Erteilung an einen einzelnen Dritten ggü. jedermann gilt Schubert, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 48 Rn. 34.

³⁵ RGZ 133, 229, 231, 233; Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 5 m. w. N. zum Streitstand; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 48 Rn. 3; Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 45; Wagner, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 48 Rn. 35 f.

³⁶ Schulfall: RGZ 133, 229.

³⁷ Zum Streitstand Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 48 Rn. 45.

³⁸ S. Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 53 Rn. 3.

³⁹ Wagner, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 53 Rn. 2; Jung, HandelsR, 10. Aufl. 2014, § 25 Rn. 8.

ten C.II.6.) erfolgt. Dann ist die Prokura nach wie vor im Handelsregister eingetragen, aber materiell nicht mehr existent. Auf das Erlöschen der Prokura kann sich der Kaufmann dann nicht berufen (§ 15 Abs. 1 HGB). Denn dafür hätte er das Erlöschen eintragen lassen müssen.

(2) Keine Anmeldung durch den Prokuristen

Als interessantes Detail zur Eintragung zu vermerken ist noch, dass das OLG Frankfurt in einer höchst lesenswerten Entscheidung davon ausgeht – und die Auffassung in der Wissenschaft bestätigt – dass der bereits wirksam bestellte Prokurist seine eigene Eintragung nicht vornehmen kann.⁴⁰ Echte Bedeutung entfaltet das bei der hier nicht behandelten Gesamtprokura.⁴¹ Jedenfalls für die hier interessierende Einzelprokura ergibt sich die Unmöglichkeit der »Selbstanmeldung« aber ohnehin schon daraus, dass der Prokurist nur anmelden kann, was er auch materiell vornehmen kann.⁴² Andernfalls könnte er nach außen einen für den Kaufmann bindenden Rechtsschein (§ 15 HGB) in einer Angelegenheit erzeugen, in der er nicht zur Mitwirkung berechtigt ist. Prokura kann er aber selbst nicht erteilen; diese Befugnis steht nur dem Kaufmann und seinem gesetzlichen Vertreter zu (s. oben C.I.1.)

5. Keine Erteilung durch Übertragung der Prokura

Prokura kann nicht dadurch erteilt werden, dass sie übertragen wird (§ 52 Abs. 2 HGB). Die Regelung hat allerdings nur klarstellenden Charakter, wenn man sich vor Augen führt, dass auch einfach-zivilrechtliche Vertretungsmacht (§ 167 BGB) nicht »übertragen« werden kann.⁴³ Sie ist kein dingliches Recht, über das verfügt werden könnte. Eine Übertragung einer Vollmacht ist vielmehr die Erteilung einer Untervollmacht im gleichen Umfang.⁴⁴ Die Erteilung einer Prokura durch einen Prokuristen ist aber nicht möglich, da § 48 HGB die Prokuraerteilung nur dem Kaufmann und seinem gesetzlichen Vertreter gestattet (s. oben C.I.1.).

⁴⁰ OLG Frankfurt, NZG 2005, 765, 765 m. w. N.

⁴¹ S. zuvor auch schon BayObLG, NJW 1973, 2068.

⁴² BGH, NJW 1992, 975, 977; OLG Karlsruhe, GmbHR 2014, 1046, 1047; Preuß, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 39.

⁴³ Joost, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2008, § 52 Rn. 59.

⁴⁴ Treffend Schramm, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 167 Rn. 93.

II. Kein Erlöschen der Prokura

Der Prokurist kann nur wirksam Geschäfte abschließen, wenn die Prokura nach ihrer wirksamen Erteilung (s. oben C.I.) nicht wieder erloschen ist. Diese Konstellationen sind (in der Klausur) interessant, weil in der Folge eine Eigenhaftung des handelnden »Prokuristen« (§§ 177, 179 BGB) oder eine Haftung des Kaufmanns in Betracht kommen, weil das Erlöschen der Prokura nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist (§ 15 HGB).

Für das Erlöschen kommen verschiedene Erlöschensgründe in Betracht. Das Gesetz sieht einerseits den Widerruf der Prokura vor (dazu C.II.1.). Auch muss – auswahlartig – überlegt werden, was geschieht, wenn der Prokurist verstirbt (dazu C.II.2.). Für den Tod des Kaufmanns geht das Gesetz jedenfalls aber davon aus, dass die Prokura bestehen bleibt (dazu C.II.3.). Zuletzt sollte überlegt werden, was passiert, wenn der Kaufmann seine Kaufmannseigenschaft verliert (dazu C.II.4.) und wenn der Prokurist das Handelsgewerbe übernimmt (dazu C.II.5.). Zweckerreichung und Zeitablauf spielen hingegen nur eine untergeordnete Rolle.

1. Widerruf der Prokura

a) Grundsätzlich freie Widerrufbarkeit

Die Vorschrift des § 52 Abs. 1 HGB regelt, dass die Prokura ohne Rücksicht auf das der Erteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis jederzeit frei widerruflich ist. Als »Widerruf« ist hier die freie gewillkürte Entscheidung des Kaufmanns zu verstehen. So, wie dieser Prokura erteilen kann (§ 48 HGB, s. oben C.I.), steht es ihm frei, die Prokura auch wieder zu entziehen. Das erscheint nachvollziehbar. Denn der Prokurist erhält ja umfassende Befugnisse, den Kaufmann rechtlich zu binden (s. dazu C.II.). Wenn der Kaufmann aber bemerkt, dass sich das Handeln des Prokuristen anders darstellt, als er das erwartet hat, sollte er dem auch wieder ein Ende setzen können.

b) Bedingungsfeindlichkeit des Widerrufs

Der Widerruf der Prokura ist nach der einhelligen Auffassung in der Wissenschaft bedingungs- und befristungsfeindlich (vgl. § 158 BGB).⁴⁵ Eine Begründung lässt sich

⁴⁵ Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 15 und zur methodischen Kritik § 50 Rn. 7; Roth, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 2; Schubert, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 9; Weber, in: E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 52 Rn. 9; Joost, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2008, § 52 Rn. 15.

entweder darin finden, dass § 50 Abs. 1, 2 HGB vorschreiben, dass die Prokura nicht beschränkt werden kann und das Ergebnis hier letztlich das Gleiche wäre. Außerdem käme in Betracht, sich darauf zu stützen, dass der Widerruf als Gestaltungsrecht im Allgemeinen bedingungsfeindlich sein soll – was wiederum auf den Schutz des Rechtsverkehrs zurückgeht. Der Verkehr kann nach dem BGH nicht im Unklaren über die Rechtslage gelassen werden.⁴⁶

In der Folge wird ganz überwiegend angenommen, dass der (unwirksam) bedingte Widerruf als unbedingter Widerruf zu verstehen ist.⁴⁷ Folgt man dem, wäre der Widerruf mit seiner Ausübung wirksam. Argumentiert wird dazu wie folgt: Von der allgemeinen Annahme, dass eine unwirksame Bedingung das gesamte Geschäft unwirksam werden lasse,⁴⁸ sei wegen der Unbeschränkbarkeit der Prokura gem. § 50 Abs. 1 und 2 HGB (dazu ausf. C.III.4.a)) abzusehen. Aus dieser Vorschrift, die die Beschränkung der Prokura versagt, wird nämlich – insoweit ist dem zuzustimmen – herausgelesen, dass der Verkehr ein schutzwürdiges Vertrauen darauf hat, dass die Prokura nicht beschränkt sein kann.⁴⁹ Hilfreich ist hierbei die recht offene Formulierung des § 50 Abs. 2 HGB, nach der insbesondere solche Beschränkungen unzulässig sind, die die Ausübung der Prokura »unter gewissen Umständen« untersagen.

Dagegen ließe sich allerdings anbringen, dass die unwirksam bedingte Erklärung des Widerrufs durch den Kaufmann auszulegen ist.⁵⁰ Es müsste dann gefragt werden, ob der Erklärende tatsächlich den unbedingten Eintritt bewirken wollte oder vielleicht doch eher gar keine Wirkung herbeiführen wollte. Die oben dargestellte Ansicht wird dem aber entgegenhalten wollen, dass der Kaufmann nicht über den Verkehrsschutz disponieren darf.

c) Eingeschränkte Abhängigkeit vom Grundverhältnis

Die Regelung des § 52 Abs. 1 HGB zum Widerruf der Prokura unterscheidet sich von der des § 168 BGB zum Widerruf der einfach-zivilrechtlichen Vollmacht. In Letzterer wird in S. 1 erklärt, dass sich das Erlöschen an sich nach dem der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis

richtet. Deshalb steht und fällt eine Vollmacht soweit mit dem zugrunde liegenden Verhältnis, also etwa einem Auftrag (§ 662 BGB).

Nach § 168 S. 2 BGB kann die Vollmacht aber auch grundsätzlich vom Grundverhältnis unabhängig widerrufen werden, wenn sich nicht aus dem Grundverhältnis etwas anderes ergibt. Essenz der § 168 S. 1 und S. 2 BGB ist also, dass das Grundverhältnis den Entzug der Vollmacht sperren kann.⁵¹ Eine Sperrwirkung, wie sie in § 168 S. 2 BGB vorgesehen ist, existiert aber bei der Prokura nicht. Zusammengenommen zeigt das, dass Prokura und Grundverhältnis – anders als im einfachen Zivilrecht – nicht voneinander abhängig sind.⁵² Das Grundverhältnis kann dem Kaufmann also den Widerruf der Prokura nicht versagen. Deshalb leuchtet es auch ein, dass die h.M. annimmt, dass zwischen dem Kaufmann und dem Prokuristen von dieser Vorschrift auch keine Ausnahme vereinbart werden kann.⁵³

d) Form des Widerrufs

Der Widerruf der Prokura erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Wie bei der Erteilung (s. oben C.I.4.a)) wird auch hier angenommen, dass eine konkludente Erklärung aus Gründen der Rechtssicherheit ausgeschlossen ist.⁵⁴ In Ermangelung eigenständiger Regelungen im HGB sind auf den Widerruf der Prokura außerdem § 168 S. 3 und § 167 Abs. 1 BGB anzuwenden. Danach kann der Widerruf ggü. dem Prokuristen oder ggü. einem Dritten erklärt werden. Außerdem wird angenommen, dass der Widerruf auch – ebenso wie die Erteilung (s. oben) – ggü. jedermann erfolgen kann, indem der Widerruf in das Handelsregister eingetragen wird.⁵⁵ Hält man sich an das Verständnis des Widerrufs im BGB, ist es ohne Bedeutung, wem ggü. die Prokura zunächst erteilt worden ist. Sie kann auf jede der möglichen Arten wirksam widerrufen werden.⁵⁶ Deshalb kann eine nach außen er-

⁴⁶ BGH, NJW-RR 2004, 952, 953; BGH, NJW 1986, 2245, 2246.

⁴⁷ S. etwa *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 15; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 9 m. w. N.; *Weber*, in: E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 52 Rn. 9.

⁴⁸ S. dazu *H. P. Westermann*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 158 Rn. 37.

⁴⁹ S. nur *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 15.

⁵⁰ Dafür *H. P. Westermann*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 158 Rn. 37 m. w. N.

⁵¹ S. vertiefend *Schramm*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn. 20.

⁵² BAG, NJW 1987, 862, 862.

⁵³ *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 2 m. w. N.; *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 1; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 1; *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 9.

⁵⁴ *Joost*, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2008, § 52 Rn. 13; *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 13; *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 2.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 107, 107; *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 2.

⁵⁶ Vgl. *Schramm*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn. 19 m. w. N.

teilte Prokura dem Prokuristen ggü. widerrufen werden und umgekehrt.

Ob allerdings der Widerruf ggü. einem einzelnen Dritten so erfolgen kann, dass er ggü. jedermann wirkt, ist umstritten.⁵⁷ Jedenfalls liegt es nahe, dass alle anderen Personen als der Dritte, dem ggü. widerrufen wird, durch einen weiterhin bestehenden Rechtschein oder eine Eintragung der Prokura im Handelsregister geschützt werden, wenn sie nicht über den Widerruf in Kenntnis gesetzt werden.

2. Tod des Prokuristen

a) Grundlegender Meinungsstand

Im Fall des Todes des Auftragtragers ist der Fortbestand der einfach-zivilrechtlichen Vollmacht vom Schicksal des Grundverhältnisses abhängig (§ 168 S. 1 BGB). Wenn das Grundverhältnis ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist, erlischt es im Zweifel mit dem Tod des Verpflichteten (§ 673 S. 1, § 675 BGB). Lediglich, wenn das Grundverhältnis bestimmt, dass es durch den Tod nicht des Verpflichteten berührt werden soll, bleibt folglich auch die Vollmacht bestehen.⁵⁸

Für die Prokura wird angenommen, dass sie stets mit dem Tod des Prokuristen erlischt.⁵⁹ Das soll auch dann der Fall sein, wenn der Auftrag oder der Geschäftsbesorgungsvertrag als Grundverhältnis bestehen bleibt. Das wird damit begründet, dass die Prokura Ausdruck des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Kaufmann und dem Prokuristen ist, sodass nicht aus dem Grundverhältnis eine andere Regelung abgeleitet werden könne.⁶⁰ Das Wesen der Prokura – mithin der Normzweck der §§ 48 ff. HGB – soll also die Anwendung des § 673 S. 1 BGB sperren.

b) Kritik an der Erlöschensfolge bei der Prokura

(1) Kein Anhaltspunkt im Gesetz

Dafür, dass diese Wirkung *ipso iure* eintreten muss, ergeben sich aber im Gesetz keine Anhaltspunkte. Wenn man darüber nachdenkt, was eigentlich der Ausgangs-

punkt der Fragestellung ist, erkennt man, dass es hier darum geht, dass der Kaufmann davor geschützt werden soll, eine andere Person als Prokuristen zu erhalten, als diejenige, die er sich ursprünglich ausgesucht hatte. In dieser Freiheit der Wahl seiner Prokuristen soll er ja geschützt werden (§ 52 Abs. 1 HGB; s. eben oben 1.c)).

(2) Abstraktion von Grundverhältnis und Prokura nicht maßgeblich

Richtig ist dabei zwar, dass Grundverhältnis und Prokura – anders als im einfachen Zivilrecht – stärker voneinander getrennt sind. Das hat im Gesetz (§ 52 Abs. 1 HGB) aber nur dahingehend Ausdruck gefunden, dass der Kaufmann nicht in seiner Freiheit eingeschränkt werden kann, wem er wann Prokura zukommen lassen will. Wenn man nun aber darüber nachdenkt, ob die Prokura auch für einen Erben des Prokuristen gelten kann, steht hier gar nicht *per se* eine Beschränkung der Befugnisse des Kaufmanns im Raum. Es ist im Vorfeld anzusetzen: Gefragt werden muss zunächst, in welchem Umfang der Kaufmann seine Freiheit ausgeübt hat, indem er mit dem verstorbenen Prokuristen das Grundverhältnis geschlossen hat. Damit ist hier eine Auslegung des ursprünglichen Grundverhältnisses vorzunehmen, das zwischen Kaufmann und verstorbenem Prokuristen entstanden ist.

(3) Auslegung als Weg zur Ergebnisfindung im Einzelfall

Warum diese Auslegungsfrage entgegen der Vorschrift des § 673 S. 1 BGB abgeschnitten werden soll, erschließt sich nicht. Denn bei der Auslegung der Frage, ob das Grundverhältnis fortbestehen soll, wird gerade untersucht, ob ein Vertrauen des Vollmachtgebers bei Vertragsschluss auch in den Erben bestand.⁶¹ Diese Frage ist aber keine, die die §§ 48 ff. HGB präjudizieren. Ein typisierter Vertrauensverlust ist dort gerade nicht vorgesehen. Auch ergibt sich aus § 52 Abs. 1 HGB nichts anderes. Dort zeigt sich zwar, dass der Kaufmann über sein Vertrauen selbst entscheiden kann. Das gilt dort nur in negativer Weise: er kann das Vertrauen entziehen. In positiver Weise – also der Frage der Erteilung – ist er genauso schützenswert wie jeder andere Vollmachtgeber (§ 164 BGB). § 673 S. 1 BGB betrifft letztlich eine Frage der negativen Entscheidung. Denn es ist dort zu fragen, ob das Grundverhältnis abweichend von der Wertung des § 1922 BGB entfallen sollte, sodass in der Folge die Vollmacht »entzogen« wird (§ 168 S. 1 BGB).

⁵⁷ Dafür etwa Joost, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2008, § 52 Rn. 14; dagegen etwa Schubert, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 10.

⁵⁸ Vgl. Schramm, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn. 6.

⁵⁹ Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 8; K. Schmidt, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 16 Rn. 82; Schubert, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 26.

⁶⁰ Joost, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2008, § 52 Rn. 39; Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 38; Weber, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 52 Rn. 22.

⁶¹ Vgl. Schulze, in: Schulze, BGB, 8. Aufl. 2014, § 673 Rn. 1.

Allerdings schreibt § 52 Abs. 1 HGB dem Kaufmann nicht vor, dass sein Vertrauen (Prokura) in Abhängigkeit des Grundverhältnisses entfällt. Im Gegenteil wird ihm gewährt, selbst entscheiden zu können. Nimmt man die Wertungen des § 168 S. 1 BGB mit denen des § 673 S. 1 BGB zusammen, erhält man nachgerade dieses Ergebnis: die Prokura fällt fort, wenn das dem Willen des Kaufmanns entsprach. § 673 S. 1 BGB ist deshalb auch in dem Fall anzuwenden, in dem die erteilte Vollmacht eine Prokura ist.

Auch der Umstand, dass die Auslegung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Grundverhältnisses blickt, ändert nichts. Durch seine dort abgegebene Intention wird der Kaufmann nicht in seiner Freiheit aus § 52 Abs. 1 HGB beschränkt. Es liegt in der rechtstechnischen Natur jeder Willenserklärung, dass der Zeitpunkt der Auslegung fest zu bestimmen ist. Der Kaufmann bleibt deshalb daran gebunden; er kann aber jederzeit nach § 52 Abs. 1 HGB gegenüber dem neuen Prokuristen die Prokura zurücknehmen.

(4) Ergebnissicherung: Praktische Verwertbarkeit

Eine sach-orientierte Betrachtung zeigt schließlich, dass dieses Ergebnis zudem den Interessen des Kaufmanns besser gerecht wird, als ihm pauschal den Prokuristen zu nehmen. Je nach dem Einzelfall kann es nämlich auch in seinem Interesse sein, den Erben des Prokuristen als Prokuristen zu behalten, anstatt ohne Prokuristen dazustehen.

3. Tod des Kaufmanns

a) Kein Erlöschen der Prokura durch den Tod des Kaufmanns

Für den Fall des Todes des Inhabers des Handelsgeschäfts (d. h. des Kaufmanns) regelt § 52 Abs. 3 HGB, dass die Prokura nicht erlischt. Das zeigt schon, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Kaufmann und Prokurist keine starre Größe ist, die in unabwägbarer Weise zu berücksichtigen wäre. Denn nach dem Vertrauen des neuen Inhabers des Handelsgeschäfts in den Prokuristen wird überhaupt nicht gefragt, wenn er bereits vorhandene Prokuristen zunächst einfach akzeptieren muss. Das mag nicht stören, wenn man hier den Schutz des Rechtsverkehrs als vorrangig vor den Interessen des Kaufmanns und seines Erbens sieht.⁶² Am eindeutigen Wortlaut des § 52 Abs. 3 HGB führt aber in

jedem Fall kein Weg vorbei; die Vorschrift ist zwingendes Recht.

b) Kein Erlöschen der Prokura durch Verfügung von Todes wegen

In der (älteren) Wissenschaft wird vereinzelt angenommen, dass aber der Kaufmann durch Verfügung von Todes wegen den Widerruf und damit das Erlöschen der Prokura anordnen kann.⁶³ Die überwiegende Auffassung geht hingegen davon aus, dass § 52 Abs. 3 HGB einer dementsprechenden Regelung in einer Verfügung von Todes wegen entgegensteht.⁶⁴ Der erstgenannten Ansicht ist aber jedenfalls zuzugeben, dass es nicht ohne weiteres einleuchtet, warum ein Widerruf auf den Todesfall nicht einem freien Widerruf unter Lebenden gleichzustellen sein sollte. Ziel führend erscheint hier eine Rückbesinnung auf die Idee, die der Widerrufsberechtigung zugrunde liegt: Der Kaufmann soll jederzeit die Möglichkeit haben, sich von einem Prokuristen zu trennen, wenn er das möchte. Eines besonderen Grundes, wie etwa eines Vertrauensverlustes, bedarf es dafür nicht (s. oben C.II.1.a)).

Außerdem muss die Rechtsnatur der Verfügung von Todes wegen einbezogen werden. Verfügungen von Todes wegen können neben den erbrechtlichen Geschäften auch solche Rechtsgeschäfte enthalten, die an sich unter Lebenden vorzunehmen wären.⁶⁵ Deshalb könnte der Entzug der Prokura hier grundsätzlich vorgesehen werden. Allerdings müssen die Geschäfte die Voraussetzungen einhalten, die sie auch bei herkömmlicher Vornahme erfüllen müssen.⁶⁶ Das Erbrecht besorgt hier keine Privilegierung. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass durch die Verfügung von Todes wegen eine neue Rechtslage geschaffen wird, nicht eine alte umgestaltet wird.⁶⁷ Denn diese Besonderheit betrifft nur die speziellen erbrechtlichen Folgen, nicht aber die einfach-zivilrechtlichen.

In diesem Zusammenhang ist nun zu berücksichtigen, dass der Widerruf der Prokura als Geschäft unter Lebenden als bedingungsfeindlich angesehen wird (s. oben C.II.1.b)). Deshalb kann er auch nicht in der Verfügung von Todes

⁶² Vgl. *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 30.

⁶³ *Sonnenschein/Weitemeyer*, in: Heymann, HGB, 2. Aufl. 1995, § 52 Rn. 9; ähnlich *Schröder*, in: Schlegelberger, HGB, 5. Aufl. 1973, § 52 Rn. 8.

⁶⁴ KG, JW 1927, 2433; *Krebs*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 23; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 30.

⁶⁵ *Leipold*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2013, § 1937 Rn. 40.

⁶⁶ *Leipold*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2013, § 1937 Rn. 40; *Müller-Christmann*, in: BeckOK BGB, Ed. 35 2014, § 1937 Rn. 10; *Otte*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2008, Vor §§ 1937 ff. Rn. 17; eingehend *S. Kappler/T. Kappler*, in: Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 2301 Rn. 1.

⁶⁷ *Leipold*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2013, § 1937 Rn. 5.

wegen unter eine Bedingung gestellt werden. Nun mag es so sein, dass die Verfügung von Todes wegen nicht unbedingt rechtstechnisch ein Geschäft ist, das unter der aufschiebenden Bedingung »Tod des Verfügenden« steht. Hinsichtlich des Einwirkens auf bereits bestehende Rechtspositionen kommt die Verfügung von Todes wegen solchen Geschäften aber gleich.⁶⁸ Ließe man nun zu, dass die Prokura durch eine solche Verfügung widerrufen werden könnte, würde eine Gestaltungsmöglichkeit geschaffen werden, die es praktisch ermöglicht, eine Beendigung und damit eine Beschränkung der Prokura vorzunehmen, was dem Zweck des § 50 HGB zuwiderläuft, (.s dazu unten C.III.4.a)).

Deshalb ist davon auszugehen, dass der Widerruf der Prokura in einer Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen ist. Das ist aber nicht der direkten Anwendung des § 50 HGB geschuldet, sondern dem Umstand, dass die Bedingungsfeindlichkeit des Widerrufs nicht durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden darf.

4. Verlust der Kaufmannseigenschaft

Da die Prokura nur von einem Kaufmann erteilt werden kann (§ 48 Abs. 1 HGB), liegt es nahe, dass sie auch nur für einen solchen bestehen kann. Auch bezieht sie sich dem Umfang nach auf das Gewerbe des Kaufmanns (vgl. § 49 HGB). Folglich erscheint es konsequent, anzunehmen, dass die Prokura fortfällt, wenn der Vollmachtgeber seine Kaufmannseigenschaft verliert.⁶⁹ Neben den nachfolgend dargestellten Möglichkeiten, den Kaufmann dennoch wegen § 5 oder § 15 HGB für Geschäfte seines »Prokuristen« in die Verantwortung zu nehmen, kommt dann aber in Betracht, die einmal wirksam erteilte Prokura als einfache Vollmacht i. S. d. § 164 BGB zu behandeln.⁷⁰

a) Herabsinken des Handelsgewerbes auf ein Kleingewerbe

Sinkt das vom Kaufmann betriebene Gewerbe nach Art und Umfang soweit herab, dass es sich nicht mehr um ein Handelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 HGB) handelt, sondern nur

noch um ein Kleingewerbe, kann für dieses keine Prokura mehr bestehen. Denn der Inhaber ist dann nicht mehr Kaufmann. Wird das Kleingewerbe aber weiter betrieben und ist der Kaufmann nach wie vor im Handelsregister als solcher eingetragen, kann er sich wegen des § 5 HGB nicht darauf berufen, dass er kein Kaufmann mehr sei und in der Folge die Prokura erloschen sei.⁷¹

b) Endgültige Einstellung des Gewerbes

Der Fall des endgültigen Einstellens des Gewerbes wird von § 5 HGB nicht erfasst. Denn dort muss das Kleingewerbe noch weiter »betrieben« werden. Fehlt es am Betreiben des Gewerbes, sind Kaufmann und Prokura aber noch eingetragen, muss sich der Kaufmann aber nach § 15 Abs. 1 HGB daran festhalten lassen, dass das tatsächliche Erlöschen der Prokura nicht eingetragen ist.⁷²

c) Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Wird über das Vermögen des Kaufmanns das Insolvenzverfahren eröffnet, erlöschen gem. § 117 Abs. 1 InsO grundsätzlich alle Vollmachten, die der Kaufmann erteilt hat. Dazu gehört auch die Prokura.⁷³ Das ist dem Umstand geschuldet, dass mit Insolvenzeröffnung der Kaufmann nicht mehr über sein Vermögen verfügen darf; an seine Stelle tritt im Regelinsolvenzverfahren der Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO). Bestünden Vollmachten noch fort, könnte dann nicht gesichert werden, dass keine Vermögenswerte aus dem Unternehmen abfließen.

Vertiefung: Anzumerken ist, dass auch im Fall der Eigenverwaltung (§§ 270, 271 InsO) – der im Pflichtfachstudium wohl kaum eine Rolle spielen wird – die Vollmachten erlöschen, obwohl hier kein Insolvenzverwalter eingesetzt wird und der insolvente Schuldner selbst die Insolvenz reguliert. Das erscheint trotzdem stimmig, wenn man sich deutlich macht, dass der Schuldner nicht alleine, sondern gemeinsam mit dem dann eingesetzten Sachwalter zu handeln hat.⁷⁴

In Abgrenzung zur Einstellung des Gewerbes (s. eben oben C.II.4.b)) muss man hier erkennen, dass die Durch-

⁶⁸ Vgl. *Leipold*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, § 1937 Rn. 5.

⁶⁹ *Brox/Henssler*, HandelsR, 21. Aufl. 2011, § 10 Rn. 209; *K. Schmidt*, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 16 Rn. 85; *Jung*, HandelsR, 10. Aufl. 2014, § 25 Rn. 18; *Joost*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2008, § 52 Rn. 31; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 19; *Weber*, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 52 Rn. 16.

⁷⁰ S. dazu ausf. *K. Schmidt*, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 16 Rn. 85; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 19.

⁷¹ *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 9; *Weber*, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 52 Rn. 16; ähnlich *Schubert*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 19 (»§ 2 S. 1 bzw. § 5«).

⁷² *Roth*, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 9; s. ferner RGZ 12, 9, 11f. zum Festhalten des ursprünglichen Inhabers an einer Handlungsvollmacht nach Übergang des Gewerbes an einen Dritten.

⁷³ LG Leipzig, ZIP 2007, 1381; LG Halle, NZG 2005, 442; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 53 Rn. 4; *Schubert*, in: Oetker, HGB, 4. Aufl. 2015, § 53 Rn. 13.

⁷⁴ Ausf. *Ott/Vuia*, in: MünchKommInsO, 3. Aufl. 2011, § 117 Rn. 14.

führung des Insolvenzverfahrens nicht zwingend dazu führt, dass der Gewerbebetrieb eingestellt wird. Der Verkehr kann sich aber auch in den Fällen, in denen das geschieht, nicht darauf berufen, dass die Prokura noch eingetragen ist, ihr Erlöschen nicht eingetragen ist und sie deshalb als wirksam angenommen werden kann (§ 15 Abs. 1 HGB). Dieser Weg verbietet sich, durch die Sperrwirkung der Eintragung der Insolvenzeröffnung (s. unten C.II.6.).

d) Kein Erlöschen durch Eintritt in Liquidation

Ist der Kaufmann eine Gesellschaft und tritt in Liquidation ein, erlischt dadurch die Prokura nach heute h. M. nicht.⁷⁵ Anders als für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (s. oben C.II.4.c)) findet sich keine dahingehende Anordnung im Gesetz. Auch existiert keine Zweckvorgabe des Liquidationsverfahrens, die das Handeln anderer Personen als der Liquidatoren für die Gesellschaft *per se* ausschließen würde. Kritisch angebracht werden könnte allerdings, dass Prokura nach der gesetzlichen Konzeption an sich für werbende Unternehmen gedacht ist.⁷⁶

Das zwingt aber nicht zu einer völligen Versagung der Anwendung des Instituts, wenn diesem Bedenken auch auf andere Weise abgeholfen werden kann. Das ist der Fall, wenn man mit wegen der Zweckbindung der Liquidation annimmt, dass die Prokura dem Umfang nach auf Geschäfte zur Verfolgung des Liquidationszwecks beschränkt ist.⁷⁷

5. Übernahme des Handelsgewerbes durch den Prokuristen

Die ganz h. M. geht davon aus, dass die Prokura erlischt, wenn der Prokurist selbst Inhaber des Handelsgewerbes wird, für das er zuvor Prokura hatte.⁷⁸ Dafür wird sich

maßgeblich auf eine Entscheidung des BGH gestützt, in der dieser den Fall zu entscheiden hatte, in dem der Prokurist Teil einer Erbengemeinschaft (§ 2038 BGB) war, die das Handelsgewerbe erbt, für das der Prokurist als solcher bestellt war.⁷⁹ Der BGH führte zur Begründung die »Eigenart der Erbengemeinschaft« an.⁸⁰ Er erklärt, dass die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft nicht in der Lage sei, einem der Miterben Prokura zu erteilen, da sie selbst nicht »Inhaberin des Handelsgeschäfts« sei und deshalb nicht nach dem Wortlaut des § 48 Abs. 1 HGB Prokura erteilen könne.⁸¹ Auch die übrigen Erben seien alleine nicht Inhaber.⁸² Ganz richtig ist, dass die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann; ihr fehlt die Rechtsfähigkeit.

Was beim BGH allerdings zu kurz kommt, ist der Umstand, dass es hier gar nicht um eine Neuerteilung der Prokura an einen Miterben geht. Vielmehr steht die Frage des Erlöschens einer vorhandenen Prokura im Raum. Dafür kann der Wortlaut des § 48 Abs. 1 HGB nicht sonderlich gewinnbringend herangezogen werden. Denn unabhängig davon, wer nunmehr der »Inhaber« ist, bleiben zuvor begründete Rechtsbeziehungen auch im Erbfall bestehen. Eine Ausnahme für Vollmachten gibt es grundsätzlich nicht.

Im Ergebnis muss man aber aus anderen Gründen davon ausgehen, dass die Prokura erlischt, wenn der Prokurist selbst Inhaber wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er Alleininhaber wird oder Mitglied einer Erbengemeinschaft ist. Den Weg leitet hier eine Besinnung auf die Grundlagen des allgemeinen Stellvertretungsrechts (§§ 164 ff. BGB). Dieser Gedanke klingt auch beim BGH kurz an, wenn er erklärt, dass der Prokurist »im Namen der übrigen Miterben und zugleich im eigenen Namen« handeln würde.⁸³ Allerdings baut der BGH darauf nicht weiter auf. Tatsächlich kann sich aber niemand selbst vertreten. Eine Stellvertretung ist ausgeschlossen, wenn der »Vertreter« für sich selbst handelt. Stellvertretung ist nur das Handeln für einen anderen. Deshalb muss die von einem anderen erteilte Vertretungsmacht erlöschen, wenn der Vertreter in dessen Rechtsposition eintritt.⁸⁴

⁷⁵ OLG München, NZG 2011, 1183, 1183 (für Personengesellschaften); Roth, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 2a; Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 29; ausf. auch K. Schmidt, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2011, § 146 Rn. 53; a. A. aber RGZ 72, 119, 123.

⁷⁶ S. den Hinweis bei Wagner, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 48 Rn. 8.

⁷⁷ Roth, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 2a; Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 29; m. w. N.; Joost, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2008, § 52 Rn. 47; Wagner, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 48 Rn. 8; s. insgesamt K. Schmidt, BB 1989, 229, 235; für eine Beschränkung nur im Innenverhältnis B. Schmidt, in: Ensthaler, GK HGB, 7. Aufl. 2007, § 52 Rn. 22.

⁷⁸ B. Schmidt, in: Ensthaler, GK HGB, 7. Aufl. 2007, § 52 Rn. 23.

⁷⁹ BGH, NJW 1959, 2114.

⁸⁰ S. BGH, NJW 1959, 2114, 2116.

⁸¹ BGH, NJW 1959, 2114, 2116.

⁸² BGH, NJW 1959, 2114, 2116.

⁸³ BGH, NJW 1959, 2114, 2116.

⁸⁴ Wie hier Schubert, in: Oetker, HGB, 4. Aufl. 2015, § 52 Rn. 25. Nachdenken könnte man allerdings darüber, ob die Prokura suspendiert wird, da sie ja formal wirksam erteilt worden ist. Dann könnte sie »wiederaufleben«, wenn der Prokurist aus der Inhaberstellung zurücktritt.

Es zeigt sich dabei auch, dass die Entscheidung des BGH zur Erbengemeinschaft nicht viel Raum für Verallgemeinerungen bietet. Ein allgemeines Prinzip des »Verlustes der Prokurafähigkeit« lässt sich hier nicht ableiten. Vielmehr wird dort nur im Rahmen einer Fallgruppe verdeutlicht, wann eine Stellvertretung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundlagen ausgeschlossen ist.

6. Eintragung des Erlöschens

Hinsichtlich des Erlöschens sieht § 53 Abs. 2 HGB vor, dass es sich dabei – wie bei der Erteilung – um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt. Auch diese Eintragung hat – wiederum wie bei der Erteilung (s. oben C.I.4.c) (1)) – nur rein deklaratorische Bedeutung. Unterlässt der Kaufmann es, das Erlöschen der Prokura anzumelden, kann er wegen § 15 HGB in Haftung genommen werden, wenn ein Geschäftspartner darauf vertraut hat, dass die noch aus dem Handelsregister ersichtliche Prokura weiter besteht.

Nachdenken muss man darüber, ob eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 53 Abs. 2 HGB nach Sinn und Zweck der Vorschrift erfahren muss. Ganz allgemein spricht die Norm davon, dass »das Erlöschen« zum Handelsregister anzumelden ist. Deshalb kommt es in Betracht, dass es auf den Grund des Erlöschens nicht ankommt. Der Wortlaut könnte alle Erlöschensgründe erfassen.

Eine Einschränkung wird aber dort vorgenommen, wo ohnehin in Zusammenhang mit dem Erlöschensgrund schon eine Eintragung erfolgt, aus der ersichtlich wird, dass die Prokura keinen Bestand mehr haben kann.⁸⁵ Das ist etwa der Fall beim Erlöschen durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 117 Abs. 1 InsO, s. oben C.II.4.c)). Diese ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen (§ 32 Abs. 1 S. 1 HGB). Der Verkehr kann in diesen Fällen nicht mehr schutzwürdig in seinem Vertrauen darauf sein, dass die Prokura weiter bestünde. Dass die Insolvenzeröffnung nicht bekanntgemacht wird und der Verkehr davon auch nichts weiß, schützt ihn nicht nach § 15 HGB, da die dortigen Regelungen (hier: Abs. 1) in diesem Fall keine Anwendung finden (§ 32 Abs. 2 S. 2 HGB).

III. Umfang der Vertretungsmacht

1. Umfassende Vertretungsmacht

Die Prokura ist als Vollmacht mit gesetzlich vorgegebenem Umfang ausgestaltet. Die Regelung dazu findet sich in § 49 Abs. 1 HGB. Danach deckt die Prokura »alle Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt«, ab. Als Merkregel wird darauf hingewiesen, dass der Passus »eines Handelsgewerbes« als »irgendeines Handelsgewerbes« zu lesen ist. Die Prokura ist also von der konkreten Branche und Tätigkeit – also auch vom Unternehmensgegenstand – des Gewerbes losgelöst. Dadurch soll der Verkehr geschützt werden (s. schon oben A.). Wäre die Prokura nur spezifisch auf das konkrete Geschäft oder dessen Branche ausgelegt, würden sich in der Praxis ständig Problemfälle ergeben: Es bestünde aufgrund der inhaltlichen Vielfalt von Rechtsgeschäften eine Rechtsunsicherheit darüber, ob das einzelne Rechtsgeschäft dem Handelsgewerbe zuzuordnen wäre oder nicht – und damit von der Vollmacht gedeckt wäre oder nicht.

Beispiel: Der P ist Prokurist bei der »Richard Brandenturm Großmetzgerei GmbH«. Deren Geschäftszweck ist die Herstellung von Fleisch- und Wurstwaren. Als der P ein günstiges Angebot über 100 Rasenmäher des Fabrikats »Turbo Cut« sieht, schlägt er sogleich zu und bestellt die Maschinen für die Metzgerei.

Die Willenserklärung des P ist wirksam mit Vertretungsmacht abgegeben worden. Zwar gehört der Kauf von Rasenmähern nicht zum Geschäft einer Metzgerei. Es gibt aber andere Handelsgewerbe, die durchaus Rasenmäher benötigen. Das sind etwa Gartenbaubetriebe oder Händler von solchen Maschinen. Damit ist das Geschäft von der Prokura gedeckt (§ 49 Abs. 1 HGB).

2. Grundstücksveräußerung und -Belastung nur bei gesonderter Erteilung

Die Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist nur von der Vertretungsmacht des Prokuristen gedeckt, wenn ihm diese Erlaubnis zusätzlich erteilt worden ist (§ 49 Abs. 2 HGB). Der (moderne) Zweck der Vorschrift besteht darin, den Kaufmann davor zu schützen, dass dem Unternehmen die Betriebsgrundstücke entzogen werden, was faktisch zu einer Stilllegung führen würde.⁸⁶

⁸⁵ S. eingehend *Schubert*, in: Oetker, HGB, 4. Aufl. 2015, § 53 Rn. 13.

⁸⁶ Anders aber der historische Gesetzgeber des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB), der davon ausging, dass die

Hinweis: § 49 Abs. 2 HGB ist hier etwas ungenau formuliert, wenn man die Terminologie des BGB zugrunde legt. Denn die Vorschrift spricht davon, dass der Prokurist »ermächtigt« ist. Die Ermächtigung nach § 185 BGB betrifft aber das Handeln in eigenem Namen. Das ist hier nicht gemeint. Die Vorschrift betrifft die Stellvertretung als Handeln für einen anderen.

Nach dem Wortlaut bezieht sich die »Veräußerung« auf den dinglichen Akt der Eigentumsübertragung (§ 873, § 925 BGB). Nach h. M. wird aber angenommen, dass darüber hinaus auch das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, also der Grundstückskaufvertrag (§ 433 BGB), erfasst wird.⁸⁷ Das ist deshalb richtig, weil andernfalls die Vorschrift umgangen werden könnte: könnte der Prokurist den Kaufvertrag wirksam abschließen, wäre der Kaufmann daraus zur Erfüllung (§ 362 BGB) durch Übereignung verpflichtet.

Die Belastung des Grundstücks ist jede Verfügung, die einem Dritten ein dingliches Recht am Grundstück einräumt.⁸⁸ Erfasst werden hier nach h. M. wiederum auch die darauf gerichteten Verpflichtungsgeschäfte.⁸⁹ Keine Belastung i. S. d. § 49 Abs. 2 HGB ist dabei etwa die Vermietung des Grundstücks (§ 535 BGB).⁹⁰ Diese kann der Prokurist also ohne gesonderte Befugnis vornehmen. Das ergibt sich zunächst daraus, dass es sich hier nicht um einen dinglichen Akt handelt. Allerdings muss man hier wie bei den Akten, die einer Veräußerung gleichkommen, darüber nachdenken, ob der Schutzzweck des § 49 Abs. 2 HGB nicht doch die Anwendung gebietet. Das wird mit der Begründung abgelehnt, dass der Eingriff nicht so tiefgehend ist wie bei einer dinglichen Verfügung.⁹¹

Der Erwerb von Grundstücken bedarf hingegen keiner gesonderten Erlaubnis.⁹² Das gilt auch für belastete Grund-

stücke. Denn vor einem solchen Erwerb muss der Kaufmann nicht geschützt werden.

3. Ausnahme von bestimmten Geschäften

a) Betriebsfremde Geschäfte

Am Wortlaut und am Sinn und Zweck des § 49 Abs. 1 HGB lässt sich festmachen, dass bestimmte Geschäfte von vornherein nicht von der Prokura gedeckt sein können. Denn die Vorschrift spricht davon, dass die Geschäfte zum »Betrieb« des Handelsgewerbes gehören müssen. Auch ist die Prokura eine spezielle handelsrechtliche Vollmacht für Kaufleute, nicht aber für privates Handeln. Deshalb sind vom Umfang solche Geschäfte nicht gedeckt, die allein den privaten Belangen des Kaufmanns zuzuordnen sind.

Beispiel: Der Kaufmann K schickt seinen Prokuristen P los, um mittags das Kind des K im Kindergarten abzuholen, da er selbst keine Zeit hat. Am Kindergarten angekommen, wird der P von der Leitung befragt, ob er nicht in Zukunft das Kind in die Ganztagesbetreuung geben möchte. Da der P weiß, dass der K häufig unter Zeitmangel leidet, sieht er das Angebot als günstige Gelegenheit und unterzeichnet im Namen des K den Vertrag.

Die von P abgegebene Willenserklärung zielt auf den Abschluss eines Vertrags in der privaten Sphäre des K ab. Von der Prokura ist dieses Geschäft nicht gedeckt, da es nicht vom Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich gebracht wird (§ 49 Abs. 1 HGB). Da der P auch keine anderweitige Vollmacht erteilt bekommen hat (§ 167 BGB), ist das Geschäft schwebend unwirksam (§ 177 BGB).

b) Grundlagengeschäfte

Ebenfalls nicht mehr zum »Betrieb« des Handelsgewerbes gehören die sog. Grundlagengeschäfte. Diese haben zwar Bezug zum Handelsgewerbe, betreffen aber nicht dessen Ausführung, sondern dessen Grundstruktur. Hierher gehören etwa die Verlegung der Niederlassung, die Veräußerung oder Einstellung des Betriebs, die Stellung eines Insolvenzantrags und die Änderung des Unternehmensgegenstandes.⁹³ Damit ist ein Kernbereich gegeben, in dem ein Handeln dem Inhaber selbst vorbehalten bleibt.⁹⁴ Dadurch wird er – ähnlich wie bei der Verhinderung der Grundstücksveräußerung und -belastung – davor ge-

Veräußerung von Grundstücken kein Handelsgeschäft sei. Unter dieser Annahme erscheint es aber zweifelhaft, warum dann der Erwerb von Grundstücken von der Prokura gedeckt sein kann (dazu sogleich im Text). S. insgesamt dazu Joost, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2008, § 49 Rn. 31; Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 49 Rn. 36.

⁸⁷ Hopt, in: Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 49 Rn. 4; Schubert, in: Oetker, HGB, 4. Aufl. 2015, § 49 Rn. 27; Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 17; Brox/Henssler, HandelsR, 21. Aufl. 2011, § 10 Rn. 200; Petersen, JURA 2012, 196, 197.

⁸⁸ Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 49 Rn. 45.

⁸⁹ Joost, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2008, § 49 Rn. 31; Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 49 Rn. 45; Weber, in: E/B/J/S, HGB, 3. Aufl. 2014, § 49 Rn. 17; Brox/Henssler, HandelsR, 21. Aufl. 2011, § 10 Rn. 200.

⁹⁰ Roth, in: K/K/R/M, HGB, 8. Aufl. 2015 § 49 Rn. 7; Schubert, in: Oetker, HGB, 4. Aufl. 2015, § 49 Rn. 29; Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 17 a. E.; Jung, HandelsR, 10. Aufl. 2014, § 25 Rn. 11.

⁹¹ Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 17 a. E.

⁹² Joost, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2008, § 49 Rn. 32 m. w. N.; vgl. Petersen, JURA 2012, 196, 197.

⁹³ S. etwa Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 13; Petersen, JURA 2012, 196, 197.

⁹⁴ Eingehend etwa Krebs, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 49 Rn. 23.

schützt, dass ein Prokurist, der sich zu sehr verselbstständigt, dem Gewerbe die Grundlagen entzieht.

Beispiel⁹⁵ (anknüpfend an C.III.1.): Nachdem der Prokurist P für die Metzgerei 100 Rasenmäher erworben hat, möchte er auch den größtmöglichen Nutzen aus der Investition ziehen. Deshalb beantragt er beim Handelsregister die Eintragung der Änderung des Unternehmensgegenstandes auf »Herstellung von Fleisch- und Wurstwaren sowie Gartenbau«

Das Handelsregister wird die Eintragung zurückweisen. Denn die Änderung des Unternehmensgegenstandes ist ein Grundlagengeschäft, zu dem der Prokurist nicht ermächtigt ist. Hinzu kommt, dass der Prokurist in den Fällen, in denen er materiell nicht zur Maßnahme berechtigt ist, auch schon ohne Vertretungsmacht handelt, wenn es um die Beantragung der Eintragung geht.⁹⁶

4. Keine gewillkürte Beschränkbarkeit nach außen

a) Gesetzliche Vorgabe

§ 50 Abs. 1 HGB schreibt vor, dass eine Beschränkung der Prokura Dritten gegenüber unwirksam ist. Damit wird die gesetzgeberische Intention abgesichert, eine Vollmacht mit fest umschriebenem Inhalt zur Verfügung zu stellen. Dem Kaufmann steht nicht die Möglichkeit offen, durch Erklärung die Prokura zu beschränken. Erfasst werden hier einerseits Vereinbarungen zwischen dem Kaufmann und dem Prokuristen, andererseits solche zwischen Kaufmann und Geschäftspartner (auch in Form von AGB).⁹⁷ Legt man ein solch umfassendes Verständnis an, handelt der Geschäftspartner, gegenüber dem der Kaufmann eine Einschränkung vorgenommen hat, nicht treuwidrig (§ 242 BGB), wenn er sich auf die Unbeschränktheit beruft. Ein Vertrag kommt dann also unter Zugrundelegung unbeschränkter Vertretungsmacht zustande.

b) Beschränkung im Innenverhältnis

Im Innenverhältnis, also im Verhältnis nicht Dritten, sondern nur dem Prokuristen gegenüber, ist eine Beschränkung der Prokura möglich. Das wird durch § 50 HGB nicht untersagt. Vereinbart oder einseitig bestimmt werden kann damit, dass der Prokurist die ihm zustehende Ver-

tretungsmacht nicht in dem vom Gesetz vorgesehenen Umfang nutzen darf. Wird eine solche Vorgabe vom Prokuristen bei der Vornahme von Geschäften nicht eingehalten, handelt er nach außen innerhalb der Grenzen seines rechtlichen Könnens, überschreitet aber nach Innen die Grenzen seines rechtlichen Dürfens. Er missbraucht seine Vertretungsmacht.⁹⁸ Damit begeht er dem Kaufmann gegenüber eine Verletzung der Pflichten, die ihn im Innenverhältnis treffen, was ihn zum Schadensersatz verpflichten kann, soweit ein Schaden eintritt (§ 280 BGB).

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend soll an das systematische Vorgehen bei der Prüfung der Prokura in einer Fallbearbeitung erinnert werden. Dazu wird auf die Ausführungen zu Beginn des ersten Teils des Beitrags verwiesen. Um darüber hinaus das Problembewusstsein zu schärfen, werden zusammenfassend die bedeutendsten Problembereiche dargestellt, in denen die vorliegende Besprechung versucht hat, bereits bestehende Diskussionen voranzubringen und/oder neue Aspekte zu beleuchten:

a) Prokura kann neben den »echten« Kaufleuten auch von der Person erteilt werden, die wegen ihrer Eintragung nach § 5 HGB als Kaufmann behandelt wird (sog. Kaufmann kraft Eintragung). Das lässt sich damit begründen, dass § 5 HGB auch zugunsten des Eingetragenen Wirkung entfalten kann und dann kein Grund erkennbar ist, warum dieser Person im Vergleich zu anderen die Möglichkeit der Prokuraerteilung genommen werden sollte.

b) Auch eine Vorgesellschaft kann Prokura erteilen. Dem steht nicht entgegen, dass die Prokura bei der Vorgesellschaft in Ermangelung deren Eintragung nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann. Denn Die Eintragung der Prokura wäre ohnehin nur deklaratorisch.

c) Die Prokura kann nur an natürliche, nicht aber an juristische Personen erteilt werden. Denn durch eine Erteilung an eine juristische Person gäbe es der Kaufmann aus der Hand, wer von dieser als Geschäftsführer tatsächlich mit der Ausübung der Prokura betraut würde. Das ist mit dem Normzweck des § 52 Abs. 2 HGB nicht vereinbar; hierüber kann der Kaufmann nicht disponieren.

⁹⁵ Illustrativ auch *Brox/Henssler*, HandelsR, 21. Aufl. 2011, § 10 Rn. 198.

⁹⁶ BGH, NJW 1992, 975, 975 f.; OLG Karlsruhe, GmbHR 2014, 1046, 1047.

⁹⁷ So *Wagner*, in: R/GvW/H, HGB, 4. Aufl. 2014, § 50 Rn. 5.

⁹⁸ In der Lehre findet der Begriff des »Missbrauchs der Vertretungsmacht« indes überwiegend dort Verwendung, wo solche Fälle diskutiert werden, in denen sich das Überschreiten im Innenverhältnis ausnahmsweise auf das Außenverhältnis auswirkt. S. dazu *Petersen*, *JURA* 2012, 196, 197 und *Drexl/Mentzel*, *JURA* 2002, 289, 292 ff.

d) Der Geschäftsunfähige kann nach der h.M. nicht Prokurist werden. Dagegen wird hier eingewendet, dass die Vollmachtserteilung nicht annahmebedürftig ist, sodass er Prokura erteilt bekommen kann. Allerdings sind alle von ihm mittels Prokura vorgenommenen Geschäfte nichtig (§ 105 BGB). Beschränkt Geschäftsfähige können Prokura ebenfalls erteilt bekommen.

e) Die h.M. steht auf dem Standpunkt, dass die Prokura mit dem Tod des Prokuristen stets erlischt. Das Grundverhältnis könne entgegen § 673 S. 1 BGB keine Berücksichtigung finden. Hier wird vom Gegenteil ausgegangen. Um dem Willen des Kaufmanns bestmöglich genügen zu können, ist eine Auslegung vorzunehmen, in deren Rahmen § 673 S. 1 BGB zu berücksichtigen ist.

f) Durch den Tod des Kaufmanns erlischt die Prokura nicht (§ 52 Abs. 3 HGB). Vereinzelt wird angenommen, dass der Kaufmann aber durch Verfügung von Todes wegen die Prokura zum Erlöschen bringen kann. Dem wird hier mit der h.M. nicht gefolgt, da dadurch faktisch eine Beschränkung entgegen der Wertung des § 50 HGB vorgenommen werden könnte.

g) Nachgedacht werden muss darüber, ob die Vorschrift des § 49 Abs. 2 HGB über ihren Wortlaut hinaus angewendet werden muss. Problematisch sind hier nämlich etwa die Fälle, in denen der Prokurist die Geschäftsgrundstücke vermitet bzw. infolge Vermietung (§ 535 BGB) einem Dritten überlässt, da sie hierdurch auch der Nutzung durch das Unternehmen entzogen werden können.