

**55. Kann eine sog. unechte Gesamtvertretung der Aktiengesellschaft eine Procura erteilen und anmelden?**

§§ 48, 53, 238, 232 Abs. 2.

II. Zivilsenat. Beschl. v. 22. Dezember 1931 in einer Handelsregistersache. II B 30/31.

I. Amtsgericht Bunzlau.

II. Landgericht Siegnitz, Kammer für Handelsfachen.

Der Sachverhalt und die Entscheidung ergeben sich aus den Gründen:

I. 1. Die Beschwerdeführerin, eine Aktiengesellschaft, hat mehrere ordentliche und stellvertretende Vorstandsmitglieder und wird für diesen Fall nach § 11 ihrer Satzung, soweit nicht einzelnen Vorstandsmitgliedern die Alleinvertretung anvertraut ist, entweder von zwei Vorstandsmitgliedern oder von einem Vorstandsmitglied und einem Prokuristen oder, falls die betreffende Procuraerteilung dies ausdrücklich ausspricht, von zwei Prokuristen vertreten. Sie erteilte am 1. April 1930 durch ein stellvertretendes Vorstandsmitglied und einen Prokuristen eine weitere Procura und meldete dies zum Handelsregister an. Der auf Grund von Art. VI § 2 des Entlastungsgesetzes vom 11. März 1921 (RGBl. S. 229) mit der Anmeldung befaßte Rechtspfleger des Amtsgerichts wies den Eintragungsantrag mit Kostenfolge zurück, weil nach § 238 HGB. ein Prokurist nicht dabei mitwirken könne. Hierfür wurde auch eine Gebühr angefordert. Darauf erhob die Antragstellerin unter gleichzeitiger Einreichung einer von zwei Vorstandsmitgliedern gezeichneten Wiederholung der Prokuristen-Bestellung und -Anmeldung der Kosten halber „Beschwerde“ gegen den zurückweisenden Beschluß und beantragte Niederschlagung der Kosten. Die Beschwerde vertritt die Anschauung, daß die Mitwirkung des Prokuristen gesetzlich statthaft gewesen sei. Die Procura wurde auf Grund der weiteren Anmeldung eingetragen. Die Beschwerde wurde als Einwendung gegen die Entscheidung des Rechtspflegers nach § 3 Abs. 2 des Art. VI des Entlastungsgesetzes zurückgewiesen. Beschwerde hiergegen beim Landgericht war ohne Erfolg. Auf die weitere Beschwerde mit dem Antrag, den landgerichtlichen Beschluß aufzuheben und die Kosten

niederzuschlagen, will das Kammergericht die Mitwirkung des Procuristen als statthaft und wirksam anerkennen und danach der Beschwerde stattgeben. Es sieht sich jedoch hieran gehindert durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Jena vom 5. August 1908 (RGZ. Bd. 37A S. 320), wonach die Vertretung der Aktiengesellschaft bei Bestellung und Anmeldung eines Procuristen dem Vorstand vorbehalten ist.<sup>1)</sup> Daher hat das Kammergericht die Sache nach § 28 Abs. 2 ZGO. dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Es nimmt an, daß trotz Erledigung der Hauptsache die Beschwerde und die weitere Beschwerde wegen Beeinträchtigung der Antragstellerin durch die Kosten der Zurückweisung des ersten Antrags zulässig seien (vgl. RGZ. Bd. 52A S. 1; so auch schon RGZ. Bd. 22A S. 3 = RZM. Bd. 2 S. 141, ferner BayObLG. in RZM. Bd. 17 S. 194).

2. Die Zulässigkeit einer solchen wegen der Kosten nach Erledigung der Hauptsache erhobenen Beschwerde und die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 2 ZGO. in dem nach diesem Gesetz (nicht nach der Zivilprozessordnung) vor sich gehenden Beschwerdeverfahren ist — wiewohl die Gerichtskosten in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht reichsrechtlich geregelt sind — anerkannt in den in Grundbuchsachen erlassenen Beschlüssen des V. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 9. Dezember 1905 und 3. Juli 1909 (RGZ. Bd. 62 S. 140 = RZM. Bd. 6 S. 268; Bd. 71 S. 312). Der erkennende Senat tritt dieser Auffassung bei. Danach sind auch hier die Voraussetzungen dafür gegeben, daß das Reichsgericht über die weitere Beschwerde entscheidet.

II. In der Sache selbst billigt der Senat die nunmehrige Ansicht des Kammergerichts. Grundsätzlich ist zwischen der Bestellung und der Anmeldung des Procuristen zu unterscheiden. Die Bestellung kann gesetzlich richtig erfolgt sein, die Anmeldung aber von einem Unberufenen ausgehen, und umgekehrt, wobei allerdings in der Anmeldung durch den Berechtigten regelmäßig auch die richtige Bestellung zu finden sein wird. Im vorliegenden Fall ist, wie die Urkunde über die erste Anmeldung ergibt, sowohl die Bestellung als auch die Anmeldung von einem stellvertretenden Vorstandsmitglied im Zusammenwirken mit einem Procuristen ausgegangen, und es ist daher

<sup>1)</sup> Gleicher Ansicht Kammergericht in RZM. Bd. 17 S. 77; DLG. Hamburg in RDLG. Bd. 27 S. 352 = MotWZ. 1914 S. 740; BayObLG. in LZ. 1914 Sp. 1398 Nr. 2. D. C.

für beide Akte zu prüfen, ob die Mitwirkung des Prokuristen statthaft war. Die Eintragung wäre auch dann zu versagen gewesen, wenn die Befugnis zur Mitwirkung bei der Anmeldung zu bejahen, diejenige zur Mitwirkung bei der Bestellung aber zu verneinen gewesen wäre (vgl. den Fall RÜG. Bd. 127 S. 153). Die Befugnis ist jedoch hier für beide Akte zu bejahen.

1. Über die Bestellung des Prokuristen einer Aktiengesellschaft enthält das Handelsgesetzbuch nur die Vorschrift des § 238. Sie bindet im Satz 1 den Vorstand nach innen an die Zustimmung des Aufsichtsrats, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag oder ein Generalversammlungs-Beschluß ein anderes bestimmt. Hiermit bringt das Gesetz die Wichtigkeit zum Ausdruck, die es diesem Akt beilegt. Daneben verordnet es aber im Satz 2, daß diese Beschränkung Dritten gegenüber keine Wirkung hat, daß also nach außen der Vorstand allein einen Prokuristen wirksam bestellen kann. Entsprechend schreibt das Handelsgesetzbuch im § 116 Abs. 3 für die offene Handelsgesellschaft vor, daß es zur Bestellung eines Prokuristen der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter bedarf, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist; dagegen bestimmt § 126 Abs. 1 und 2 das., daß sich die Vertretungsmacht der Gesellschafter auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich . . . der Erteilung einer Procura erstreckt und daß eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam ist. (Für die Kommanditgesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien vgl. die Verweisungen in § 161 Abs. 2 und § 320 Abs. 2, 3 HGB.) Im übrigen besteht die allgemeine Vorschrift des § 48 HGB., daß die Procura nur vom Inhaber des Handelsgeschäfts oder von seinem gesetzlichen Vertreter — der gegebenenfalls nach § 1822 Nr. 11 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf — und nur durch ausdrückliche Erklärung erteilt werden kann. Durch § 48 wird die Berechtigung eines Prokuristen zur Erteilung der Procura an einen anderen ausgeschlossen, wie ihm auch durch § 52 Abs. 2 HGB. die Übertragung seiner Procura auf einen anderen entzogen ist. Diese die Macht des Prokuristen für sich allein begrenzenden Vorschriften treffen jedoch nicht den vorliegenden Fall, daß gemäß gesetzlicher Zulassung (§ 232 Abs. 2 HGB.), sei es kraft einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, sei es kraft der dem Aufsichtsrat im Vertrag übertragenen Ermächtigung, ein Prokurist gemeinsam mit einem Vor-

standsmitglied zur Vertretung der Aktiengesellschaft befugt ist. Diese sog. unechte Gesamtvertretung, die bei der offenen Handelsgesellschaft im § 125 Abs. 3 HGB. ihr Gegenstück hat, ist ihrem Wesen nach keine beschränkte Vertretung. Der Umfang dieser Vertretungsbefugnis richtet sich nicht nach der Macht des Prokuristen, sondern nach der Macht des Vorstandsmitglieds oder Gesellschafters. Die gegenteilige Meinung, die in der Denkschrift zur Reichstagsvorlage des Handelsgesetzbuchs von 1897 S. 99 bei der offenen Handelsgesellschaft ausgesprochen war, ist gegenüber der angeführten Gesetzesvorschrift über die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Gesellschafters unhaltbar, wie seinerzeit Staub sofort bemerkt hat. Dieser Unbeschränkbarkeit gegenüber wurde die Macht des Prokuristen gesetzlich auch sonst als erweiterungsfähig behandelt (§ 49 Abs. 2 HGB.). Der § 125 Abs. 3 steht unmittelbar vor dem § 126. Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Gesellschafters ist also auch für den zugelassenen Fall seiner Gesamtvertretung im Zusammenwirken mit einem Prokuristen aufgestellt. Das Gesetz deutet durch nichts an, daß die nach § 125 Abs. 3, § 232 Abs. 2 geschaffenen, verschiedenartig zusammengesetzten Gesamtvertretungen im Umfang der Vertretungsmacht einander nicht gleichstehen sollen. Es kann im Gegenteil darauf hingewiesen werden, daß die Gesamtvertreter nach § 125 Abs. 3 Satz 2, § 232 Abs. 2 Satz 3 HGB. für die Zulässigkeit der Ermächtigung zur alleinigen Vornahme bestimmter Geschäfte und für die sog. passive Vertretung (§ 125 Abs. 2, § 232 Abs. 1, je Satz 2, 3) sämtlich einander gleichgestellt sind. Aus der Gesamtheit der Vorschriften des Gesetzes läßt sich kein bestimmter Anhalt dafür gewinnen, daß die Bestellung von Prokuristen wegen der Beteiligung eines solchen aus dem Machtbereich solcher unechter Gesamtvertretungen ausgeschlossen sei. Wie die Denkschrift (S. 99, 150) ergibt, wurde diese Art von Vertretung, welche zahlreichen damals schon vorhandenen Vertrags- und Satzungsbestimmungen gleichen Inhalts Rechnung trug, um des Verkehrsbedürfnisses der Gesellschaften willen eingeführt. Es lassen sich nicht wenige Fälle denken, wo bei zeitweiligem oder dauerndem Wegfall allein- oder gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter oder Vorstandsmitglieder das Bedürfnis eintritt, für die Schaffung einer Aushilfe durch eine weitere Procura auf eine solche unechte Gesamtvertretung zurückzugreifen. Der Gesetzgeber sieht selbst im inneren Verhältnis der Gesellschafter der

offenen Handelsgesellschaft bei Gefahr im Verzug von dem Erfordernis der Zustimmung auch nur aller geschäftsführenden Gesellschafter ab, und für die Aktiengesellschaft hat er das Erfordernis der Mitwirkung aller Vorstandsmitglieder von vornherein gar nicht aufgestellt. Im Sinne des Handelsgesetzbuchs und seines § 48 Abs. 1 ist die Gesellschaft auch durch eine unechte Gesamtvertretung gesetzlich vertreten, wenngleich im Sinne anderer Gesetze, insbesondere der Zivilprozessordnung, der mitwirkende Prokurist nicht „gesetzlicher Vertreter“ wird (RdZ. Bd. 102 S. 328 [331]).

Daß es für die Eintragung ins Handelsregister nur auf das Vorliegen einer nach außen wirksamen Prokura ankommt, ist die herrschende Meinung. Dies nimmt jetzt auch das Kammergericht im Gegensatz zu seiner früheren Meinung (RdZ. Bd. 22A S. 111) an; vgl. JW. 1925 S. 268 Nr. 4.

2. Kann aber eine unechte Gesamtvertretung der Aktiengesellschaft einen Prokuristen bestellen, so muß sie auch befugt sein, diese Prokura-Erteilung zum Handelsregister anzumelden. Nur so genügt man dem praktischen Bedürfnis. Die Eintragung hat hierbei keine rechtserzeugende Kraft, sondern dient nur zur Herbeiführung der Publizitätswirkung nach § 15 HGB. Eine Sondervorschrift über die Anmeldung der Prokura gibt das Gesetz im zweiten Buch über die Handelsgesellschaften nicht. Es gilt daher die allgemeine Vorschrift des § 53 HGB., wonach der Inhaber des Handelsgeschäfts die Erteilung der Prokura zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden hat, sowie die Bestimmung des § 48 Abs. 1, daß der gesetzliche Vertreter des Inhabers diesen vertritt. Bei der offenen Handelsgesellschaft sind Inhaber des Handelsgeschäfts alle Gesellschafter im Verein, gesetzliche Vertreter aber sind im Sinne dieser Vorschriften die vertretungsberechtigten Gesellschafter und bei der Aktiengesellschaft die Vorstandsmitglieder, die mangels einer das Handeln ihrer Gesamtheit anordnenden Vorschrift (Gegensatz die Sondervorschriften in §§ 108, 125 Abs. 4, §§ 143, 148, bei der Kommanditgesellschaft § 175, und in §§ 195, 201, 280, 284, 289, 291 HGB.) ja nur in der zur Vertretung allgemein erforderlichen Zusammensetzung zu handeln haben. Sie vertreten, wie schon gesagt, auch im Zusammenwirken mit einem Prokuristen die Gesellschaft gesetzlich im Sinne jener allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Prokura. Man kann nicht annehmen, daß das Gesetz für die Anmeldung strengere An-

forderungen als für die Erteilung der Prokura aufstellen und die hier eingeführte Erleichterung durch die Anmeldevorschriften praktisch wieder hinfällig machen wollte. Aus der allgemeinen Vorschrift des § 12 G.B. für die Form der Anmeldung ist nichts darüber abzuleiten, wer auf die dort bezeichnete Weise zu handeln hat.