

Rechtsprechung zu Teil 1.4.

Zu Folie 8:
RGZ 134, 303:

55. Aktiengesellschaft. Erteilung und Anmeldung der Prokura. 303

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

RGZ. §§ 48, 53, 238, 232 Abs. 2.

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

I. Amtsgericht Bunzlau.

II. Landgericht Siegnitz, Kammer für Handelsf. sachen.

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 Prokuraerteilung dies ausdrücklich ausspricht, von zwei Prokuristen vertreten. Sie erteilte am 1. April 1930 durch ein stellvertretendes Vorstandsmitglied und einen Prokuristen eine weitere Prokura 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 befahzte 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 Prokura 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.¹⁾ 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 = RZA. Bd. 2 S. 141, ferner BayObLG. in RZA. 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 — namentlich die Gerichtskosten in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht reichsrechtlich geregelt sind — anerkannt in dem in Grundbuchsachen erlassenen Beschlüssen des V. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 9. Dezember 1905 und 3. Juli 1909 (RGZ. Bd. 62 S. 140 = RZA. 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

¹⁾ Gleicher Ansicht Kammergericht in RZA. Bd. 17 S. 77; DLG. Hamburg in RDLG. Bd. 27 S. 352 = DMotBz. 1914 S. 740; BayObLG. in LZ. 1914 Sp. 1398 Nr. 2. D. E.

für beide Akte zu prüfen, ob die Mitwirkung des Procuristen 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 R.G.Z. Ab. 127 S. 153). Die Befugnis ist jedoch hier für beide Akte zu bejahen.

1. Über die Bestellung des Procuristen 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 Procuristen wirksam bestellen kann. Entsprechend schreibt das Handelsgesetzbuch im § 116 Abs. 3 für die offene Handelsgesellschaft vor, daß es zur Bestellung eines Procuristen 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 Procuristen 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 Procuristen 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 Procurist 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 Procuristen, 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 Procuristen 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 Procuristen 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 Procuristen 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 (RGZ. Bd. 102 S. 328 [331]).

Daß es für die Eintragung ins Handelsregister nur auf das Vorliegen einer nach außen wirksamen Procura ankommt, ist die herrschende Meinung. Dies nimmt jetzt auch das Kammergericht im Gegensatz zu seiner früheren Meinung (RGZ. 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 Procura-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 Procura 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 Procura 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 Procura. Man kann nicht annehmen, daß das Gesetz für die Anmeldung strengere An-

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

Zu Folie 12:

BGH, NJW 1988, 3012, 3013

LS: Die Rechtsfolgen des Missbrauchs einer Vertretungsmacht, deren Inhalt rechtsgeschäftlich bestimmt ist, können auch dann eintreten, wenn der Vertreter seinerseits nicht vorsätzlich gehandelt hat.

Aus den Gründen:

Bei dieser Sachlage war näher zu prüfen, ob S bei der Ausgestaltung der Provisionsbedingungen der Vereinbarung vom 4. 6. 1983 mit dem Zedenten die ihm eingeräumte Vertretungsmacht mißbraucht hat. Ist dies der Fall, dann spricht nach dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens nichts dagegen, daß dem Zedenten, der - wohl als Kaufmann - Maklergeschäfte betrieb und alle maßgeblichen Umstände kannte, bewußt war, daß S seine Vollmacht mißbrauchte, oder sich ihm diese Erkenntnis jedenfalls geradezu aufdrängen mußte. Dies würde bedeuten, daß S den Bekl. durch die Provisionsabreden in der Vereinbarung vom 4. 6. 1983 nicht wirksam binden konnte (vgl. dazu BGH, WM 1976, 632 (633); 1980, 953 (954); NJW 1985, 2409 (2410); Senat, NJW-RR 1987, 307, jeweils m. w. Nachw.). Darauf, daß der Bekl. nicht substantiiert vorgetragen und unter Beweis gestellt hat, daß S und der Zedent vorsätzlich zum Nachteil des Bekl. zusammengewirkt haben, kommt es danach nicht an (vgl. dazu Senat, BB 1984, 564 (565) m. w. Nachw.). Die Rechtsfolgen des Mißbrauchs einer Vertretungsmacht, deren Inhalt rechtsgeschäftlich bestimmt ist, können weiterhin auch dann eintreten, wenn der Vertreter seinerseits nicht vorsätzlich gehandelt hat. Ein Geschäftsgegner, der den Mißbrauch der Vertretungsmacht

erkannte oder dem sich aufdrängen mußte, daß der Vertreter die ihm eingeräumte Vertretungsmacht mißbrauchte, ist in seinem Vertrauen auf den Bestand der Vertretungsmacht nicht schutzwürdig, unabhängig davon, ob der Vertreter selbst vorsätzlich handelte oder nicht (vgl. dazu insb. Medicus, BGB AT, 2. Aufl., Rdnr. 968; Hübner, BGB AT, § 47 C Rdnr. 673; Larenz, BGB AT, 6. Aufl., § 30 II; Thiele, in: MünchKomm, § 164 Rdnr. 103; Ott, in: AK-BGB, § 164 Rdnr. 36; a. A. Steffen, in: RGRK, 12. Aufl., § 164 Rdnr. 2; Soergel-Leptien, BGB, 12. Aufl., § 177 Rdnr. 17; R. Fischer, in: Festschr. f. Schilling, 1973, S. 17; zu den Fällen einer Dritten gegenüber unbeschränkbarer Vertretungsmacht vgl. insb. BGHZ 50, 112 (114) = NJW 1968, 1379; BGH, WM 1976, 658 (659); NJW 1984, 1461 = Betr 1984, 661 (662)).

Zu Folie 14

BGH NZG 2018, 221

LS

Eine unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht anzunehmende Unwirksamkeit eines von einem einzelvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführers vorgenommenen Insihgeschäfts gem. § 181 BGB, das zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der GmbH, jedoch unter Verstoß gegen im Innenverhältnis zur GmbH bestehende Beschränkungen erfolgt, setzt voraus, dass das Insihgeschäft für die vertretene GmbH nachteilig ist.

BGH NJW 1968, 1379 = BGHZ 50, 112

LS

- a) Auf die Unbeschränkbarkeit des Umfangs der Prokura kann sich der Dritte nicht berufen, wenn der Prokurist bewußt zum Nachteil des Geschäftsinhabers gehandelt hat und der Dritte dies bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte.
- b) Der Dritte kann gegenüber dem Einwand des Mißbrauchs der Vertretungsmacht geltend machen, der Vertretene habe den Mißbrauch dadurch ermöglicht, daß er die ihm zuzumutenden Kontrollmaßnahmen gegenüber dem Vertreter unterlassen hat.
- c) Die nachteiligen Folgen des Geschäfts sind in einem solchen Fall auf den Vertretenen und den Dritten nach Maßgabe des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens zu verteilen.

Aus den Gründen:

Die gefestigte Rechtsprechung des RG und des BGH zum Missbrauch der Vertretungsmacht hat der VII. Zivilsenat in seinem Urt. v. 28. 2. 1966 - VII ZR 125/65 (NJW 66, 1911 = WM 66, 941) dahin zusammengefasst: Der Vertretene ist gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragsgegner dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragsgegner begründete Zweifel entstehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Bei der Prokura (ebenso wie beim Gesellschafter der OHG und beim Vorstandsmitglied der AG) ist allerdings bestimmt, dass eine Beschränkung der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam ist (§§ 50 Abs. 1, 126 Abs. 2 HGB; § 82 AktG). Auf diese Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht kann sich der Dritte aber nicht berufen, wenn der Vertreter bewusst zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat und dies dem Dritten schuldhafterweise nicht bekannt geworden ist (vgl. BGH, WM 60, 612; Hueck, Das Recht der OHG, 3. Aufl., S. 214 ff.; Schlegelberger-Gessler, HGB § 126 A. 22; Fischer, GroßKomm. HGB, § 126 Anm. 20; Würdinger, GroßKomm. HGB, § 50 Anm. 1). Mit dieser Einschränkung ist der vom VI. Zivilsenat geäußerten Rechtsauffassung zu folgen.

BGH BeckRS 2011, 23917 = NZG 2011, 1225

LS

1. Ein Bevollmächtigter kann aus § 826 BGB haften, wenn er bei Errichtung einer Gesellschaft die ihm erteilte Generalvollmacht missbraucht. (amtlicher Leitsatz)

2. Eine fehlerhafte Gesellschaft setzt auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gerichtete Willenserklärungen zwischen den Beteiligten voraus. Diese liegen grundsätzlich nicht vor, wenn ein Mitgesellschafter die ihm erteilte Vollmacht überschreitet. (amtlicher Leitsatz)

Tatbestand:

[1] Die Klägerin, eine Tochter des Beklagten, begehrt Schadensersatz und Feststellung, dass der Beklagte für Eingriffe in die Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen schadensersatzpflichtig ist.

[2] Die Klägerin verfügte unter anderem über Grundbesitz und ein erhebliches Geldvermögen. Ihr Vermögen und das ihrer Schwester wurde aufgrund einer Generalvollmacht vom Beklagten verwaltet. Meinungsverschiedenheiten im August 2003 führten zur Erklärung beider Töchter, dass sie von dem Beklagten in Zukunft informiert werden wollten, bevor er die ihm erteilten Generalvollmachten nutze. Nach dem Vortrag der Klägerin haben ihre Schwester und sie zudem am 5. September 2003 einen Brief an den Beklagten geschrieben, durch den ihm der künftige Gebrauch der Vollmacht nur unter der Maßgabe einer vorherigen internen Abstimmung mit den Töchtern gestattet werde.

[3] In der Folge schloss der Beklagte unter Nutzung der Generalvollmachten einen Gesellschaftsvertrag mit sich selbst ab, der die Gründung der K. & S. G. GbR 2 zum Gegenstand hatte. In diese Gesellschaft brachte er das gesamte Vermögen seiner Töchter ein. Zugleich traf er die Regelung, dass allein er zur Geschäftsführung dieser Gesellschaft berechtigt sei und alle Verfügungen der Töchter bezüglich der Gesellschaft bis zum 18. Dezember 2022 ausgeschlossen seien. Diesen Gesellschaftsvertrag modifizierte der Beklagte anschließend, indem er anstelle einer die Vermögenswerte beider Töchter haltenden Gesellschaft zwei Gesellschaften bürgerlichen Rechts gründete, in die er als wesentlichen Vermögenswert jeweils das Vermögen einer Tochter einbrachte, während die jeweils andere Schwester und er nur zu einem Bruchteil von je 0,5 % am Gesellschaftsvermögen beteiligt waren.

[4] Die Umschreibung der auf die Klägerin laufenden Konten veranlasste der Beklagte unter Bezugnahme auf den Gesellschaftsvertrag. Die Bank nahm die Umschreibung ohne Rücksprache mit der Klägerin vor mit der Folge, dass dieser die Verfügungsmöglichkeit über ihr Geldvermögen komplett entzogen wurde. In der Folge wurde im Auftrag des Beklagten als "Geschäftsführer" der K. & S. G. GbR 2 die Übertragung sämtlicher, hohe Guthabenbeträge aufweisenden Konten auf die Hausverwaltungsgesellschaft G. & Partner GmbH vorgenommen, deren alleiniger Gesellschafter der Beklagte ist.

[5] Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie auf die Berufung des Beklagten abgewiesen. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche wegen des von ihr behaupteten, auf die Vorgehensweise des Beklagten zurückzuführenden Schadens weiter.

Entscheidungsgründe: I.

[6] Nach Auffassung des Berufungsgerichts besteht eine grundsätzliche Haftung des Beklagten aus § 826 BGB, weil sich bereits aus der Gründung der K. & S. G. GbR 2 bzw. dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags der GbR ein sittenwidriger Missbrauch der erteilten Vollmacht ergebe. Der aufgrund der Generalvollmacht im Wege des Insihgeschäfts geschlossene Gesellschaftsvertrag nehme der Klägerin über einen Zeitraum von 19 Jahren hinweg jede Möglichkeit, über ihr von dem Beklagten in die GbR eingebrachtes Vermögen zu verfügen. Der Beklagte habe sich ganz offensichtlich zielgerichtet eine von der erteilten Vollmacht losgelöste, von der Klägerin bis 2022 faktisch nicht beschränkbare, alleinige Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Klägerin geschaffen. Ein derartiger Missbrauch der Generalvollmacht stelle sich gemäß § 138 Abs. 1 BGB als sittenwidrig dar.

[7] Die Klägerin habe jedoch die geltend gemachten Schäden bzw. die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Schadenseintritts nicht schlüssig dargelegt. Sie gehe davon aus, Verfügungen des Beklagten über das in die GbR eingebrachte Vermögen begründeten einen eigenen unmittelbaren Schaden der Klägerin. Dabei verkenne sie, dass die in Vollzug gesetzte GbR 2 nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft bis zu ihrer Kündigung als wirksam zu behandeln sei. Eine schlüssige Schadensdarlegung müsste daher aufzeigen, dass sich die Verfügungen des Beklagten schädigend auf das Auseinandersetzungsguthaben der Klägerin auswirkten bzw. im Hinblick auf den Feststellungsantrag auswirken könnten. Die Klägerin habe aber auch nach einem Hinweisbeschluss nicht dargelegt, inwiefern sich die Verfügungen des Beklagten schädigend auf das Auseinandersetzungsguthaben ausgewirkt haben.

II.

[8] Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Mit Recht macht die Revision geltend, die Klägerin müsse zur Begründung eines Schadens nicht darlegen, inwiefern sich die Verfügungen des Beklagten schädigend auf ihr Auseinandersetzungsguthaben ausgewirkt haben, weil die GbR 2 nicht nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zu behandeln sei.

[9] 1. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, der Gesellschaftsvertrag sei gemäß § 138 BGB nichtig und der Beklagte hafte grundsätzlich nach § 826 BGB, weil er bei Errichtung der Gesellschaft die ihm erteilte Generalvollmacht missbraucht habe. Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen liegt bereits aufgrund der Vertragsgestaltung ein Missbrauch der Generalvollmacht vor, weil der - faktisch unwiderrufliche - Entzug der Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen über einen Zeitraum von 19 Jahren hinweg eine Verletzung der vermögenswerten Interessen der Klägerin darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, WM 2002, 756 f.; siehe auch Urteil vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, NJW 2011, 66 Rn. 16). Dass die Klägerin an der GbR zu 99 % beteiligt sein und ihr das in die GbR eingebrachte Vermögen wirtschaftlich weiterhin gehören sollte, ist insoweit unerheblich. Maßgeblich ist, dass ihr die Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen für einen langen Zeitraum entzogen und sie dadurch in ihrer Vertragsfreiheit zu stark eingeschränkt wurde. Zudem umging der Beklagte damit zugleich den für eine Generalvollmacht anerkannten Grundsatz der Befugnis des Vollmachtgebers zum jederzeitigen Widerruf (vgl. BGH, Urteile vom 26. Februar 1988 - V ZR 231/86, WM 1988, 714, 715; vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, aaO mwN). Aufgrund dieses Vollmachtsmissbrauchs war die im Namen der Klägerin abgegebene Willenserklärung des Beklagten zur Errichtung der GbR unwirksam und zugleich der Gesellschaftsvertrag nach § 138 BGB nichtig, weil es sich bei der Gesellschaftsgründung um ein Insihgeschäft des Beklagten handelte und der Missbrauch der Vertretungsmacht ihm - und damit allen Beteiligten - bekannt war. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Vereinbarungen, die Angestellte, Bevollmächtigte oder sonstige Vertreter einer

Partei im Einverständnis mit dem Vertragsgegner hinter dem Rücken des Geschäftsherrn und zu dessen Nachteil treffen, gegen die guten Sitten verstoßen und nichtig sind (vgl. BGH, Senatsurteil vom 17. Mai 1988 - VI ZR 233/87, WM 1988, 1380, 1381; BGH, Urteile vom 14. Juni 2000 - VIII ZR 218/99, VersR 2000, 1551, 1552; vom 25. Februar 2002 - II ZR 374/00, aaO; vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, aaO, Rn. 13, 18). Im Hinblick darauf kommt es auf die in der Revisionsverhandlung erhobene Gegenrüge des Beklagten nicht an.

[10] 2. Rechtsfehlerhaft ist allerdings die Begründung, mit der das Berufungsgericht die schlüssige Darlegung des Schadens bzw. des künftigen Schadenseintritts verneint hat. Die Klägerin muss entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zur schlüssigen Schadensdarlegung nicht vortragen, dass sich die Verfügungen des Beklagten schädigend auf ihr Auseinandersetzungs-guthaben (vgl. §§ 730 ff. BGB) ausgewirkt haben. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft stehen der von der Klägerin insbesondere in der Klageschrift und in dem Schriftsatz vom 12. Mai 2009 substantiiert dargelegten Schadensberechnung nicht entgegen. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass eine fehlerhafte Gesellschaft nicht zustande gekommen ist, und deshalb falsche Anforderungen an die Substantiierungslast der Klägerin gestellt.

[11] a) Im Streitfall handelt es sich nicht um eine fehlerhafte Gesellschaft, sondern um eine sogenannte Scheingesellschaft, auf die die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft und somit auch die Grundsätze der Abwicklung nicht anwendbar sind (ebenso BGH, Urteil vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, aaO, Rn. 21 in einem dieselbe GbR betreffenden Urteil).

[12] Eine fehlerhafte Gesellschaft setzt wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraus. Es genügt zwar bei ihr das Vorliegen eines mangelhaften Vertrags. Dieser muss aber von dem tatsächlichen, wenn auch rechtlich fehlerhaften Willen der Vertragschließenden getragen sein. Grundlegende Voraussetzung für die Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft ist mithin das Vorliegen von - wenn auch fehlerhaften - auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gerichteten Willenserklärungen zwischen den Beteiligten (vgl. BGH, Urteile vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, NJW 1992, 1501, 1502 mwN; vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, aaO, Rn. 20). Ein rechtsgeschäftliches Handeln der Gesellschafter fehlt, wenn ein Mitgesellschafter die ihm erteilte Vollmacht überschreitet (vgl. BGH, Urteile vom 18. Oktober 1962 - II ZR 12/61, WM 1962, 1353, 1354; vom 12. Oktober 1987 - II ZR 251/86, WM 1988, 414, 416 f.; vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, aaO; vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, aaO). Etwas anderes gilt nur, wenn die übrigen Gesellschafter die Erklärung für wirksam gehalten haben, weil sie etwa davon ausgingen, der Mitgesellschafter sei wirksam vertreten worden und seine Zustimmung liege vor (vgl. BGH, Urteile vom 12. Oktober 1987 - II ZR 251/86, aaO, 417; vom 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, aaO; vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, aaO), oder wenn der Vertreter zwar ohne Vollmacht gehandelt hat, der Abschluss des Gesellschaftsvertrags aber vom Auftrag des Gesellschafter umfasst war und damit auf seinen Willen zurückzuführen ist (vgl. BGH, Urteile vom 16. Dezember 2002 - II ZR 109/01, BGHZ 153, 214, 221 f.; vom 21. März 2005 - II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1786; vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, aaO). Im Streitfall liegen diese Ausnahmen beim rechtsmissbräuchlichen Abschluss des Gesellschaftsvertrags nicht vor, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Beklagte eigenmächtig und in einem Insichgeschäft gehandelt hat. Aus denselben Gründen fehlt ein vom Willen aller Gesellschafter getragener Vollzug des Gesellschaftsvertrags.

Zu Folie 16

BGH BeckRS 2016, 12899

Aus den Gründen:

Rn. 20 2. Die Revision beanstandet des Weiteren mit Erfolg, dass das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner - fehlerhaften - tatbestandlichen Feststellungen angenommen hat, der zwischen den Parteien geschlossene Darlehensvertrag sei wegen eines von der Treuhänderin begangenen Missbrauchs der Vertretungsmacht gemäß § 177 BGB analog unwirksam. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegen die Voraussetzungen eines offensichtlichen Vollmachtsmissbrauchs nicht vor.

Rn. 21 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat grundsätzlich der Vertretene das Risiko eines - hier unterstellten - Missbrauchs der Vertretungsmacht zu tragen (...). Den Vertragspartner trifft keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen (...).

Rn. 22 Etwas anderes gilt allerdings zum einen nur in dem - hier nicht gegebenen - Fall, dass der Vertreter kollusiv mit dem Vertragsgegner zum Nachteil des Vertretenen ein Geschäft abschließt. Ein solches Geschäft verstößt gegen die guten Sitten und ist nichtig (§138 BGB; ...). Zum anderen ist der Vertretene gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragspartner dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel bestehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs (...). Die objektive Evidenz ist insbesondere dann gegeben, wenn sich nach den gegebenen Umständen die Notwendigkeit einer Rückfrage des Geschäftsgenegers bei dem Vertretenen geradezu aufdrängt (...).

Rn. 23 b) An einer solchen objektiven Evidenz fehlt es hier. (wird ausgeführt)

Zu Folie 19

BGH NJW 2002, 1194

LS

Eine namens einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts von einem alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter abgegebene einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung kann von dem Empfänger gem. § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen werden, wenn ihr weder eine Vollmacht der anderen Gesellschafter, noch der Gesellschaftsvertrag oder eine Erklärung der anderen Gesellschafter beigelegt ist, aus der sich die Befugnis des handelnden Gesellschafters zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft ergibt.

Aus den Gründen:

Wird ein einseitiges Rechtsgeschäft durch einen Vertreter vorgenommen, gewährt § 174 BGB dem von dem Geschäft Betroffenen vor der mit der Behauptung der Bevollmächtigung verbundenen Unsicherheit der Wirksamkeit des Handelns des Vertreters dadurch Schutz, dass dem Betroffenen das Recht eingeräumt ist, die Erklärung des Vertreters zurückzuweisen, es sei denn, der Vertreter weist die von ihm in Anspruch genommene Vertretungsmacht durch die Vorlage einer Vollmacht nach (§ 174 S. 1 BGB), oder die Bevollmächtigung ist dem Erklärungsempfänger vom Vollmachtgeber zuvor bekannt gegeben worden (§ 174 S. 2 BGB).

Beruhet die Vertretungsmacht nicht auf der Erteilung einer Vollmacht durch den Vertretenen, sondern auf gesetzlicher Grundlage, scheidet eine Zurückweisung aus (RGZ 74, 263 [265]; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 470; Schramm, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 174 Rdnr. 10;

Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 174 Rdnr. 8; *Staudinger/Schilken*, BGB, 1995, § 174 Rdnr. 6). Die gesetzliche Vertretungsmacht beruht nicht auf einer Willensentscheidung des Vertretenen. Sie kann nicht durch eine Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden. § 174 BGB mutet die mit der Inanspruchnahme gesetzlicher Vertretung verbundene Unsicherheit über die Wirksamkeit des Bestehens der behaupteten Vertretungsmacht dem Erklärungsempfänger zu.

Das Recht zur Zurückweisung besteht auch im Falle der organschaftlichen Vertretung grundsätzlich nicht (*Schramm*, in: MünchKomm, § 174 Rdnr. 10; *Soergel/Leptien*, § 174 Rdnr. 8; *Staudinger/Schilken*, § 174 Rdnr. 6). Die organschaftliche Vertretungsmacht beruht auf der Bestellung des Vertreters zum Organ einer juristischen Person, die nur durch ihre Organe am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Der Unsicherheit über die in Anspruch genommene organschaftliche Vertretungsmacht wirkt die grundsätzlich vorgeschriebene Eintragung des Vertreters als Organ in ein öffentliches Register entgegen. Aus diesem ergeben sich die Person des Organs und der Umfang seiner Vertretungsmacht (vgl. § 67 BGB, § 125 IV HGB, § 81 I AktG, § 39 I GmbHG, § 28 I GenG). So verhält es sich bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht. Soweit ihre (Teil-)rechtsfähigkeit anzuerkennen ist (*BGHZ* 146, 341 = *NJW* 2001, 1056 = *NZG* 2001, 311 = *LM H.* 5/2001 § 50 *ZPO* Nr. 52), beruht diese nicht auf einer Eintragung. Die Vertretungsverhältnisse können keinem öffentlichen Register entnommen werden. Sie folgen aus dem zwischen den Gesellschaftern - möglicherweise formlos - geschlossenen Gesellschaftsvertrag. Soweit die Gesellschaft nicht durch alle Gesellschafter handelt, liegt damit auch bei der Teilnahme einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts am Rechtsverkehr eine Situation vor, die der von § 174 BGB entspricht. Der Empfänger einer für die Gesellschaft abgegebenen Erklärung hat vielfach weder Kenntnis von der Existenz der Gesellschaft noch von deren Vertretungsverhältnissen. Ein Register steht nicht zur Verfügung. Handelt der Geschäftsführer der Gesellschaft allein, ist es ihm demgegenüber ohne weiteres möglich, entweder eine Vollmacht der übrigen Gesellschafter vorzulegen oder die von ihm aus dem Gesellschaftsvertrag in Anspruch genommene Vertretungsmacht durch dessen Vorlage oder die Vorlage einer Erklärung aller oder der übrigen Gesellschafter über eine von §§ 709, 714 BGB abweichende Regelung der Vertretung der Gesellschaft zu belegen. Unterbleibt ein solcher Nachweis, kann eine Erklärung, die nicht von allen Gesellschaftern abgegeben wird, nach § 174 BGB zurückgewiesen werden. Dem entspricht es, dass ein Recht zur Zurückweisung nicht nur besteht, wenn eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht nicht vorgelegt wird, sondern auch dann, wenn die Rechtsmacht des Vertreters auf einer Ermächtigung beruht, die von einer eingetragenen organschaftlichen Vertretungsmacht abweicht (*BAG*, *LM BGB* § 174 Nr. 4 m. Anm. *Hueck*).

BAG NZA 1992, 419

Leitsatz:

Wird die Kündigung von einem Prokuristen des Arbeitgebers ausgesprochen, dessen Prokura im Handelsregister eingetragen und vom Registergericht gem. § 10 I HGB bekannt gemacht worden ist, bedarf es für die Wirksamkeit der Kündigung nicht der Vorlage einer Vollmachtsurkunde durch den Prokuristen nach Maßgabe des § 174 S. 1 BGB. Vielmehr hat der Arbeitgeber in einem solchen Fall seine Belegschaft i. S. von § 174 S. 2 BGB über die von der Prokura umfasste Kündigungsberechtigung in Kenntnis gesetzt; der Gekündigte muss die Prokuraerteilung gem. § 15 II HGB gegen sich gelten lassen. Dies gilt auch, wenn der Prokurist entgegen § 51 HGB nicht mit einem die Prokura andeutenden Zusatz zeichnet.

OLG München NZG 2011, 1183

Leitsatz:

Die Auflösung einer Personengesellschaft führt nicht zum Erlöschen einer erteilten Prokura.
OLG München, Beschl. v. 9. 8. 2011 – 31 Wx 314/11

Zum Sachverhalt:

Auf eine Handelsregisterbeschwerde hin hat das *OLG München* eine Zwischenverfügung des *AG – RegisterGer.* – aufgehoben, welche die Eintragung der Auflösung einer KG davon abhängig machte, dass auch das Erlöschen der Prokura angemeldet wird.

Aus den Gründen:

Die Auflösung der KG führt nicht zum Erlöschen der bestehenden Prokura. Das RegisterGer. konnte schon deshalb die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft nicht davon abhängig machen, dass auch das Erlöschen der Prokura angemeldet wird.

Nach der überzeugenden einhelligen Meinung im Schrifttum bleibt bei der Auflösung einer Personengesellschaft eine bereits erteilte Prokura bestehen. Die Gesellschaft verfolgt mit der Auflösung zwar nicht mehr ihren ursprünglichen Zweck, sondern nurmehr das Ziel der Abwicklung. Das lässt aber ihre Rechtsnatur und ihren Status als Handelsgesellschaft unberührt. Zudem haben die Liquidatoren nicht nur die laufenden Geschäfte zu beenden, sondern können nach § 149 S. 1 HGB zur Beendigung schwebender Geschäfte auch neue Geschäfte eingehen (vgl. *Staub/Joost*, HGB, 5. Aufl., § 48 Rdnr. 12; *Staub/Habersack*, § 149 Rdnr. 50; *Krebs*, in: *MünchKomm-HGB*, 3. Aufl., § 48 Rdnr. 10; *Ensthaler*, HGB, § 48 Rdnr. 2; *Koller/Roth/Morck*, HGB, 7. Aufl., § 48 Rdnr. 2a; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weber*, HGB, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 19; *Krafka/Willer/Kühn*, RegisterR, 8. Aufl., Rdnr. 393, im Gegensatz zur Voraufgabe; widersprüchlich *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl., § 52 Rdnr. 4 u. § 48 Rdnr. 1, einerseits, § 150 Rdnr. 4 u. § 154 Rdnr. 4, andererseits).