

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: **141427**

letzte Aktualisierung: **16. August 2016**

HGB § 54; BGB §§ 164 ff.; UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1; BNotO § 21 Abs. 3

Generalhandlungsvollmacht zum Handeln für GmbH (und KG); unzulässige organersetzende Vollmacht; Umdeutung in Vollmacht zulässigen Umfangs; Fortbestand der Vollmacht des übertragenden Rechtsträgers nach Verschmelzung; Vollmachtsbescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO

I. Sachverhalt

Der Geschäftsführer zahlreicher Konzern-GmbHs und KGs hat einer Vertrauensperson folgende jeweils gleichlautende Vollmachten erteilt:

„Jede Gesellschaft bevollmächtigt die Vertrauensperson, den jeweiligen Vollmachtgeber in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten umfassend zu vertreten, soweit eine Stellvertretung zulässig ist. Der Bevollmächtigte ist von § 181 BGB befreit und kann für einzelne Geschäfte oder Arten von Geschäften Unterfullmacht erteilen.“

Ferner enthält die Vollmacht folgenden Passus:

„Die Vollmacht umfasst insbesondere die Befugnis (ohne dass mit diesem Beispielskatalog eine Einschränkung verbunden wäre):

- Kauf und Verkauf von Grundstücken [weiter ausformuliert, erfassend auch übliche Nebenerklärungen, z. B. Bestellung von Grundpfandrechten etc.]
- Kauf und Verkauf von Gesellschaftsanteilen
- Abschluss von Darlehensverträgen und Bestellung von Sicherheiten aller Art
- Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung
- Vornahme von Handelsregisteranmeldungen aller Art und beliebigen Inhalts.“

Schließlich heißt es in der Vollmacht:

„Eine Übertragung zur Ausübung organschaftlicher Befugnisse ist mit dieser Vollmacht nicht verbunden. Sollte diese Vollmacht in

einem Punkt unwirksam sein, so soll sie in dem größtmöglichen rechtlich zulässigen Umfang fortbestehen.“

II. Fragen

1. Liegt eine „unzulässige Übertragung von Organbefugnissen“ vor, auch wenn die Übertragung zur Ausübung organschaftlicher Befugnisse ausdrücklich ausgenommen ist?
2. Falls nein: Kommt eine Umdeutung gem. BGH DNotZ 2003, 147 auch in der Weise in Betracht, dass neben der Aufrechterhaltung als Generalhandlungsvollmacht die in der Vollmacht aufgeführten besonderen Befugnisse gem. § 54 Abs. 2 HGB (Grundstücksveräußerungen, Darlehen), die ja in einer Generalhandlungsvollmacht nur bei ausdrücklicher Erwähnung enthalten sind, erhalten bleiben? Mit anderen Worten: Geht die „Standard-Umdeutung“ in eine Generalhandlungsvollmacht auf den Umfang nach § 54 Abs. 1 HGB zurück oder kommt (gerade bei ausdrücklicher Erwähnung) eine Umdeutung unter Einbeziehung des § 54 Abs. 2 HGB in Betracht?
3. Bestehen infolge der Verschmelzungen Zweifel am Fortbestand der Vollmacht, wenn sowohl aufnehmende als auch übertragende Gesellschaften Vollmacht erteilt haben?
4. Kann der Notar eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO erstellen, wenn eine Gesellschaft (nach Verschmelzung als aufnehmender Rechtsträger) nicht mehr so heißt wie im Vollmachtstext beschrieben (sondern unter einer anderen Firma auf einem anderen Registerblatt steht), oder muss er zusätzlich noch Bescheinigungen gem. § 21 Abs. 1 BNotO ergänzen?

III. Zur Rechtslage

Die gestellten Fragen betreffen im Kern die Auslegung konkret erteilter Vollmachten. Auslegungsfragen kann das DNotI im Rahmen eines Gutachtens aber nicht abschließend beantworten. Wir bitten dies bei den folgenden Ausführungen zu berücksichtigen.

1. Grenzen der Generalhandlungsvollmacht und etwaige Umdeutung

- a) Der Geschäftsführer der GmbH (ggf. auch als „mittelbarer“ Vertreter der KG) kann einem Dritten eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zum Handeln im Namen der GmbH erteilen (BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Kuhn, Stand: 1.6.2016, § 35 Rn. 8; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 18). Eine solche Vollmacht unterliegt jedoch gewissen Grenzen: Unzulässig ist die sog. organersetzende (oder auch lediglich organvertretende, vgl. Schippers, DNotZ 2009, 353, 365) Vollmacht. Die Befugnisse des Geschäftsführers zur organschaftlichen Willensbildung und -erklärung und die damit verbundene Verantwortung sind nämlich im Grundsatz unübertragbar. Zulässig bleibt jedoch eine rechtsgeschäftliche Generalhandlungsvollmacht, die dem Bevollmächtigten in den handelsrechtlichen Grenzen Vertretungsmacht in allen Angelegenheiten einräumt, die ein organschaftliches Handeln nicht erfordern. Eine unzulässige Generalvollmacht kann in eine zulässige Generalhandlungsvollmacht (§ 54 HGB) umgedeutet werden (dazu näher lit. b). Von der Generalhandlungsvollmacht, die sich auf sämtliche im Geschäftsbetrieb üblichen Geschäfte bezieht, dürfte noch einmal die sog. „rechtsgeschäftliche Generalvollmacht“ zu unterscheiden sein. Diese geht darüber hinaus und nimmt nur zwingend organschaftliches Handeln aus. Ihre Zulässigkeit hat der BGH offengelassen (NJW 2009, 293, 294)

Tz. 8, für die vom Komplementär einer KG erteilte Vollmacht; s. dazu auch Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, § 35 Rn. 19).

Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht fände ihre Grenze also jedenfalls in den zwingend organschaftlichen Zuständigkeiten, womöglich aber bereits in den Grenzen der Prokura (vgl. § 49 Abs. 2 HGB), da diese nach einer Ansicht das Maximum handelsrechtlicher Vertretungsmacht markieren (vgl. MünchKommHGB/Krebs, 4. Aufl. 2016, Vor § 48 Rn. 91). Die Frage ist aber noch nicht abschließend geklärt. Die **zwingend dem Geschäftsführer als Organ vorbehaltenen Zuständigkeiten** sind nicht sehr zahlreich. Insbesondere fallen darunter: Buchführungspflicht, § 41 GmbHG (vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 41 Rn. 2; GroßkommGmbHG/Paefgen, 3. Aufl. 2016, § 37 Rn. 25), Insolvenzantragspflicht, § 15 InsO (Schippers, DNotZ 2009, 353, 371; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 35 Rn. 3), öffentlich-rechtliche Pflichten, etwa zur Abführung von Steuern (§ 34 Abs. 1 AO) und Sozialabgaben (GroßkommGmbHG/Paefgen, § 37 Rn. 25), aber auch Einreichungs- und Bekanntmachungspflichten, § 325 HGB (Schippers, DNotZ 2009, 353, 371), die Einberufung der Gesellschafterversammlung gem. § 49 Abs. 1 GmbHG (str., vgl. MünchKommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl. 2016, § 49 Rn. 33 f.).

Die **vorliegend** namens der GmbH erteilte Vollmacht setzt sich über die Grenzen der übertragbaren Befugnisse nicht ausdrücklich hinweg; zwingend organschaftliche Befugnisse werden im Gegenteil sogar ausdrücklich ausgenommen. Die regelbeispielhaft aufgeführten Befugnisse sind im Rahmen einer Generalhandlungsvollmacht grundsätzlich übertragbar (vgl. § 54 Abs. 2 HGB). Insbesondere sind Grundstücksgeschäfte keine zwingenden Organgeschäfte (soweit man die Trabrennbahn-Entscheidung des BGH, NJW 2009, 289, auf das Gesellschaftsrecht überträgt, sollte sie bei einer Vollmacht des alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers keine Rolle spielen). Entsprechendes gilt für die enthaltene Registervollmacht, die allerdings über eine Prokura hinausgeht (s. etwa OLG Karlsruhe NZG 2014, 1346). Grundsätzlich spricht aber nichts dagegen, wenn der Geschäftsführer einen Dritten zu Handelsregisteranmeldungen ausdrücklich bevollmächtigt (vgl. MünchKommGmbHG/Herrler, 2. Aufl. 2016, § 78 Rn. 26 f.; zur Frage „höchstpersönlicher“ Anmeldungen vgl. Seebach, RNotZ 2015, 68, 71 f.; s. auch BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Stand: 1.6.2016, § 78 Rn. 7; höchstpersönliche Versicherung und Anmeldung i. Ü. dürften sich allerdings i. d. R. voneinander trennen lassen). Zu berücksichtigen ist indes, dass das OLG Frankfurt (GmbHR 2012, 751, 753 rechte Sp.) die Handelsregisteranmeldung in die Nähe der zwingenden (?) Organbefugnisse rückt (vgl. a. a. O.: „*Demnach handelt es sich inhaltlich um eine umfassende Bevollmächtigung, die ... dem Bevollmächtigten neben dem Geschäftsführer in unzulässiger genereller Weise auch umfassende organvertretende Befugnisse einräumt und damit – zum mindest soweit es diese Organbefugnisse betrifft, zu denen z.B. auch die Handelsregisteranmeldungen gehören – unwirksam ist.*“). Bedenklich mag die Handelsregistervollmacht auch insoweit sein, als sie den Umfang der Generalhandlungsvollmacht über die Grenzen der Prokura hinaus ausdehnt (vgl. bereits oben).

Unseres Erachtens erscheint die Aufnahme der aufgeführten Befugnisse im Kontext einer umfassenden Generalhandlungsvollmacht aber grundsätzlich möglich. Dass die Vollmacht zu einem Großteil der Handlungen berechtigt, die genuin in die Zuständigkeit des Geschäftsführers fallen, dürfte noch keinen organersetzenden oder -vertretenden Charakter der Vollmacht begründen. Zwingende Organbefugnisse sind ja gerade ausgenommen. Eine „rechtsgeschäftliche Generalvollmacht“ ist genau betrachtet nicht gegeben, denn die Vollmacht beschränkt sich auf vermögensrechtliche Angelegenheiten.

- b) Eine unzulässige Generalvollmacht kann in eine zulässige Generalhandlungsvollmacht gem. § 54 HGB **umgedeutet** werden (BGH NJW-RR 2002, 1325, 1326 = DNotZ 2003, 147), so jedenfalls auch eine „rechtsgeschäftliche Generalvollmacht“, die sich auf sämtliche Geschäfte mit Ausnahme der organschaftlichen erstreckt (BGH NJW 2009, 293, 294). Hinsichtlich der Art der Umdeutung ist die Rechtsprechung u. E. womöglich nicht ganz schlüssig. Zielvollmacht soll eine allgemeine Handlungsvollmacht sein, die nicht auf eine „unmittelbare Vertretung der GmbH“, sondern lediglich auf ein Handeln in (Unter-)Vollmacht des Geschäftsführers gerichtet ist. Dahinter steht offenbar die Vorstellung, dass von einer Organverdrängung nicht mehr die Rede sein könne, wenn Vollmachtgeber nunmehr der Geschäftsführer als natürliche Person sei (vgl. auch BGH, Beschl. v. 29.9.2011 – V ZB 3/11, Tz. 10 [juris]; NJW-RR 2002, 1325, 1326). Näherliegend erscheint aber evtl., an den Vollmachtsumfang anzuknüpfen und diesen entsprechend zu reduzieren (dass auch die GmbH selbst durch einen Generalhandlungsbevollmächtigten vertreten werden kann, dürfte nicht zweifelhaft sein, vgl. BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Kuhn, § 35 Rn. 8; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, § 35 Rn. 18). Andernfalls ist zu fragen, welchen inhaltlichen Grenzen wiederum die „Untervollmacht“ des Geschäftsführers unterliegt.

Allgemein zu beachten ist, dass die obergerichtliche Rechtsprechung die Möglichkeit der Umdeutung mitunter restriktiv handhabt. So scheidet nach Ansicht des OLG Brandenburg (Beschl. v. 18.1.2010 – 5 W 56/09 [juris]) die Umdeutung einer notariell beurkundeten Generalvollmacht aus, wenn aus Sicht des objektiven Empfängers eine umfassende Übertragung der organschaftlichen Vertretung und keine Generalhandlungsvollmacht gewollt war. So sollen die Bezeichnung „Generalvollmacht für die GmbH“ und die Umschreibung der Vertretungsmacht mit „Vertretung *als* Geschäftsführer“ schädlich sein (Tz. 17). Dieses Verständnis ist u. E. zu eng und verkennt zumindest teilweise das Wesen einer Umdeutung. Das OLG Frankfurt (GmbHR 2012, 751, 753 rechte Sp.) hat die Umdeutung bzgl. der Befugnis zur Handelsregisteranmeldung abgelehnt: Sie komme nicht in Betracht, da diese Befugnis gerade nicht von den Vollmachten erfasst sei, in die man umdeuten könne. Dies berührt die gestellte Frage nach dem Umfang der umgedeuteten Vollmacht. Unseres Erachtens erfolgt diese Umdeutung nicht typisiert, sondern gem. § 140 BGB streng orientiert am hypothetischen Parteiwillen im Zeitpunkt der Vollmachterteilung (vgl. allg. auch MünchKommBGB/Busche, 7. Aufl. 2015, § 140 Rn. 19 ff.). Dass die Befugnisse nach § 54 Abs. 2 HGB ausdrücklich in die Vollmacht aufgenommen werden, spricht daher eher dafür, dass sie – soweit zulässig – auch von einer Vollmacht nach Umdeutung umfasst sein sollten. Aus der Entscheidung des OLG Frankfurt folgt nicht unbedingt etwas anderes, denn hier konnte das OLG mangels konkreter Hinweise (die Vollmacht war pauschal umfassend formuliert: „*Erklärungen jeglicher Art*“ – „*Erklärungen ... wofür auch immer*“) die Zielvollmacht nur auf den typisierten Umfang der Generalhandlungsvollmacht stützen.

2. Vollmacht und Verschmelzung

Jedenfalls hinsichtlich der Prokura und der Generalhandlungsvollmacht ist noch nicht abschließend geklärt, ob sie nach einer Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger fortbestehen. Nach herkömmlicher Ansicht erlischt die Generalhandlungsvollmacht ebenso wie die Prokura (Stratz, in: Schmitt/Hörnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 7. Aufl. 2016, § 20 UmwG Rn. 10; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 20 Rn. 24; a. A. etwa KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 20 Rn. 4; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20 Rn. 17). Bis zur endgültigen Klärung der Frage sollte die Praxis daher vorsorglich von

einem Erlöschen ausgehen. Davon abgesehen erscheint ein Fortbestand nicht undenkbar. Insbesondere liegt kein Fall der „Konfusion“ vor, in dem Vollmachtgeber und Bevollmächtigter in eins fallen (zu Letzterem OLG Hamm DNotZ 2013, 689).

Unberührt bleiben in aller Regel die Vollmachten des übernehmenden Rechtsträgers.

3. Vollmachtsbescheinigung nach Verschmelzung/Firmenänderung

§ 21 Abs. 3 BNotO ermöglicht als bloße Zuständigkeitsnorm (vgl. Gutachten DNotI-Report 2013, 185, 186; DNotI-Report 2014, 81, 82) die notarielle Bescheinigung über eine rechtsgeschäftlich begründete Vertretungsmacht (die beweisrechtliche Anerkennung ergibt sich dagegen aus anderen Rechtsvorschriften, derzeit aus § 34 GBO und § 12 Abs. 1 S. 3 HGB für den Grundbuch- und Handelsregisterverkehr). Der Notar darf die Bescheinigung gem. § 21 Abs. 3 S. 2 BNotO nur ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsicht in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht *vergewissert* hat (vgl. dazu auch OLG Bremen NJW-RR 2014, 1362). Umstände, die nicht durch die Urkunde belegt sind, kann der Notar zur Vergewisserung nicht heranziehen; hängt die Vollmacht etwa von weiteren Voraussetzungen ab, so genügt die eigene Wahrnehmung des Notars nicht (BeckOK-GBO/Otto, Stand: 1.6.2016, § 34 Rn. 7; Gutachten DNotI-Report 2013, 185, 186). Ergänzende Urkunden in der Form des § 29 GBO sowie offenkundige Tatsachen darf der Notar berücksichtigen (BeckOK-GBO/Otto, a. a. O.). Vorliegend ergibt sich aus der Vollmacht nicht, dass Vollmachtgeber die nunmehr anders firmierende Gesellschaft ist. Die Kenntnis des Notars gleicht diesen „Mangel“ nicht aus. Der Notar wird daher eine zusätzliche Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO ausstellen müssen.