

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: **160688**

letzte Aktualisierung: **10. April 2018**

HGB § 48

Erteilung einer Prokura bei Vor-GmbH; Erteilung durch den Geschäftsführer; Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei Vor-Gesellschaft

I. Sachverhalt

Es ist eine GmbH durch notarielle Gründungsurkunde gegründet worden. Unmittelbar nach Gründung, also insbesondere vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister, soll eine Prokura erteilt werden.

II. Frage

Richtet sich die Prokuraerteilung vor Eintragung der GmbH im Handelsregister nach dem „normalen“ Verfahren bei einer GmbH, also (i) Gesellschafterbeschluss darüber, dass die Prokura durch die Geschäftsführung erteilt werden soll und (ii) anschließende Erteilung der Prokura durch die Geschäftsführung gegenüber dem Prokuristen oder gibt es hier Abweichungen, weil die GmbH noch nicht im Handelsregister eingetragen ist? Wenn es Abweichungen gibt, wie erfolgt dann die Prokuraerteilung?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit der Prokuraerteilung bei Vor-GmbH

Im Ausgangspunkt ist umstritten, ob eine **Vorgesellschaft Prokura** erteilen kann (dafür etwa Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 11 Rn. 13; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Auflage 2017, § 11 Rn. 77; BeckOK-HGB/Meyer, Stand: 15.10.2017, § 48 Rn. 6; Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 2; Weber, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 48 Rn. 6; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 11 Rn. 77; dagegen etwa MünchKommHGB/Krebs, 4. Aufl. 2016, § 48 Rn. 7). Da die Vorgesellschaft nicht ohne Weiteres als Handelsgesellschaft anzusehen ist (§ 13 Abs. 3 GmbH gilt erst ab Eintragung), setzt die Prokuraerteilung zumindest voraus, dass die **Vor-GmbH ein Handelsgewerbe** i. S. d. § 1 HGB betreibt (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 11 Rn. 13; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 Rn. 77; Weber, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, § 48 Rn. 6; BeckOK-HGB/Meyer, § 48 Rn. 6). Mangels Angaben im mitgeteilten Sachverhalt zur Tätigkeit der Vorgesellschaft können wir hierzu nicht abschließend Stellung nehmen. Zudem kann die Prokura nicht im Handelsregister ein-

getragen werden, da auch die Vorgesellschaft nicht eingetragen ist (vgl. Kafka/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 360).

2. Zuständigkeit für die Prokuraerteilung

- a) Sofern man mit der wohl h. M. von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Prokuraerteilung ausgeht, stellt sich die Frage, welches Gesellschaftsorgan hierfür zuständig ist. Insoweit gilt es zu berücksichtigen, dass die **Vertretungsmacht der Geschäftsführer** vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister nach (noch) h. M. im Außenverhältnis beschränkt ist (vgl. nur BGH NJW 1981, 1373, 1375; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Auflage 2017, § 11 Rn. 85; MünchKommGmbH/Merk, 2. Aufl. 2015, § 11 Rn. 60-62, mit umfangreichen Nachweisen auch zur Gegenansicht). Die Vertretungsmacht orientiert sich grundsätzlich an der Geschäftsführungsbefugnis (und damit mittelbar am Gesellschaftszweck) und ist folglich i. d. R. auf die Herbeiführung der Eintragung beschränkt (daher keine Aufnahme der werbenden Tätigkeit, vgl. BGH NJW 1981, 1373, 1375). Die Nichtanwendung des § 37 Abs. 2 GmbHG wird v. a. damit begründet, „dass die Annahme einer unbeschränkten Vertretungsmacht zu einer erheblichen Ausdehnung des Haftungsrisikos der Gründer führen würde, die ja persönlich für die durch die eingegangenen Verbindlichkeiten entstehenden Verluste der Vorgesellschaft einzustehen haben“ (MünchKommGmbH/Merk, § 11 Rn. 60 m. w. N.; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 11 Rn. 19; GroßKommGmbH/Ulmer/Habersack, 2. Aufl. 2013, § 11 Rn. 68; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 11 Rn. 47).

Der Umfang der Vertretungsmacht lässt sich demnach nur für die einzelne Vorgesellschaft bestimmen (Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 Rn. 86; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 11 Rn. 20). Während die Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei einer Begründung häufig nicht über die typischen Gründungsmaßnahmen wie die Entgegennahme der Einzahlungen und die Vorbereitung der Registeranmeldung hinausgehen wird, erstreckt sie sich bei der Sachgründung i. d. R. auf alle für die Wert-erhaltung der eingebrachten Gegenstände erforderlichen Geschäfte, einschließlich der Verwaltung und Erhaltung eines eingebrachten Unternehmens (Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 Rn. 86; Hessler/Strohn/Schäfer, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 11 GmbHG Rn. 21, mit Verweis u.a. auf BGH NJW 1981, 1373; ähnlich Baumbach/Hueck/Fastrich, § 11 Rn. 20).

- b) Nach der h. M. können die Gründer die Vertretungsmacht des Geschäftsführers jedoch durch einen **einstimmigen Beschluss** auf die vorzeitige Aufnahme des Geschäftsbetriebs und damit zusammenhängende Geschäfte erweitern (vgl. nur Baumbach/Hueck/Fastrich, § 11 Rn. 20; MünchKommGmbH/Merk, § 11 Rn. 63; Roth, in: Roth/Altmeppen, § 11 Rn. 47; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 Rn. 87; Hessler/Strohn/Schäfer, § 11 GmbHG Rn. 20; A. Meyer, GmbHR 2002, 1176, 1181). Soweit hierzu Stellung genommen wird, sind nach überzeugender Auffassung der Literatur – wie auch bei der Prokuraerteilung nach Eintragung der Gesellschaft – der Geschäftsführer berufen, der allerdings seinerseits über eine entsprechende Vertretungsmacht verfügen muss (MünchKommGmbH/Merk, § 11 Rn. 67).

Dies dürfte der Fall sein, wenn der Geschäftsführer zur Aufnahme der werbenden Tätigkeit ermächtigt wurde und die Gesellschaft nach Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist oder wenn im Rahmen einer Sachgründung ein bestehendes Unternehmen in die Gesellschaft ein-

gebracht wird, das ein Handelsgewerbe betreibt. Vorsorglich könnte sich zusätzlich ein ausdrücklicher Gesellschafterbeschluss zur Ermächtigung der Geschäftsführung zur Prokuraerteilung empfehlen. Nach § 46 Nr.7 GmbHG ist im Innenverhältnis ohnehin ein Gesellschafterbeschluss erforderlich.