

# Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz



BERNHARD BURTSCHER / MARTIN SPITZER

*Abstract*

Der vorliegende Beitrag beleuchtet das Rechtsinstitut der Stellvertretung in rechtsvergleichender und historischer Perspektive und wendet sich dann der Vertretung juristischer Personen zu. Dort zeigt sich in besonderer Weise, wie das Recht der Stellvertretung zwischen der Autonomie des Geschäftsherrn und dem Schutz des

Rechtsverkehrs oszilliert. Vor diesem Hintergrund arbeitet der Beitrag unter intensiver Einbeziehung der Rechtsprechung die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Vertretungskonzepte von juristischen Personen des Privatrechts einerseits und solchen des öffentliche Rechts andererseits heraus.

*Schlagworte*

Vertretung; Fiktionstheorie; Theorie der realen Verbandspersönlichkeit; juristische Person; Rechtsfähigkeit; Handlungsfähigkeit; organschaftliche Vertretungsmacht; ultra-vires-Lehre; Formalvollmacht; Prokura; Handlungsvollmacht; Außenvollmacht; falsa procuratio; Missbrauch der Vertretungsmacht; Anscheinsvollmacht; Verkehrsschutz; Vertrauensschutz; Rechtsschein; Kollusion; nachträgliche Genehmigung; Gemeinde; Gemeinderat; Kollegialorgan; Abstraktionsprinzip.

*Rechtsquellen*

§ 26 ABGB; § 867 ABGB; § 879 ABGB; §§ 1002 ff ABGB; § 1016 ABGB; § 1017 ABGB; § 1026 ABGB; § 1029 ABGB; § 6 VerG 2002; § 48 UGB; § 49 UGB; § 50 UGB; § 54 UGB; § 55 UGB; § 126 UGB; § 161 UGB; § 71 AktG; § 74 AktG; § 20 GmbHG; § 19 GenG.

**Inhaltsübersicht**

I.	Ausgangspunkt .....	203
	A. Einleitung .....	203
	B. Vertretungskonzepte in vertikal und horizontal vergleichender Perspektive .....	203
II.	Die Vertretung juristischer Personen .....	205
III.	Die Vertretung juristischer Personen des Privatrechts .....	207
	A. Unbeschränkte Rechtsfähigkeit .....	207
	B. Vertretung .....	207
	C. Formalvollmachten .....	207
	1. Organe .....	208
	2. Prokura .....	208
	3. Handlungsvollmacht? .....	208
	D. Das Auseinanderfallen von Innen- und Außenverhältnis .....	208
	1. Formalvollmachten .....	209
	2. Handlungsvollmacht .....	210
	3. »Einfache Außenvollmachten« .....	210
	E. Anscheinsvollmacht .....	210
	F. Fazit: Weitgehender Schutz des Verkehrs .....	211

IV.	Die Vertretung juristischer Personen des öffentlichen Rechts am Beispiel von Gemeinden .....	211
A.	Keine Formalvollmachten .....	211
B.	Gleichlauf von Außen- und Innenverhältnis .....	212
C.	Eingeschränkter Vertrauensschutz durch Anscheinsvollmachten .....	212
D.	Nachträgliche Sanierung .....	213
E.	Fazit: Gesetzgeberische Strukturentscheidung zur Vertretung von Gemeinden .....	214
V.	Schluss .....	214

## I. Ausgangspunkt

### A. Einleitung

Vertretung ist rechtsgeschäftliches Handeln im Namen eines Geschäftsherrn. Durch die Vertretungsakte soll eine direkte Berechtigung und Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber einem Dritten durch die Person des Stellvertreters erfolgen. So unbestreitbar jede arbeitsteilig organisierte Gesellschaft eines Modells bedarf, das es ermöglicht, durch Hilfspersonen rechtsgeschäftlich zu agieren, so unbestreitbar ist auch, dass diesen Herausforderungen zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Rechtsordnungen verschieden Rechnung getragen wurde.<sup>1</sup>

### B. Vertretungskonzepte in vertikal und horizontal vergleichender Perspektive

Wirksame Stellvertretung setzt nach modernem Verständnis – das in den Art II-6:101ff auch im Common Frame of Reference Niederschlag gefunden hat – die Befugnis voraus, für den Geschäftsherrn handeln zu können: Vertretungsmacht. Sie verlangt weiters die Offenlegung des Handelns für den Vertretenen.<sup>2</sup> Für den modernen – jedenfalls kontinentaleuropäischen Juristen – ist all das eine alltägliche Selbstverständlichkeit. Tatsächlich ist direkte Stellvertretung aber – wie *Ernst Rabel* treffend bemerkt hat – geradezu ein »juristisches Wunder«,<sup>3</sup> das die längste Zeit denkunmöglich war.<sup>4</sup>

Statt direkter Stellvertretung war man etwa im römischen Recht – das in diesem Punkt lange prägend blieb – auf mittelbare Stellvertretung durch eine Vertragskette beschränkt, eine Konstruktion, die im französischen Recht prägnant als *représentation imparfaite* bezeichnet wird. Der Grund für die antike Zurückhaltung ist nur schwer auszumachen. Das moderne Recht ist »so sehr von dem Gedanken der Natürlichkeit und Selbstverständlichkeit der direkten Stellvertretung umfungen, dass es uns schwer wird, uns in ein Rechtssystem hineinzufinden, welchem dieser Gedanke etwas fremdes und heterogenes ist.«<sup>5</sup>

Vielleicht resultieren die erheblich divergierenden Erklärungsversuche für das Fehlen von direkter Stellvertretung gerade aus dieser Unsicherheit.<sup>6</sup> Für man-

che stand die Höchstpersönlichkeit des Schuldverhältnisses im Vordergrund (*alteri stipulari nemo potest; ein Gedanke, aus dem etwa auch die Unzulässigkeit der Zession und des Vertrages zugunsten Dritter abgeleitet wurde*<sup>7</sup>). Andere betonten die Souveränität des Willens eines römischen Bürgers, der sich nicht »zur Durchgangsstation für fremde Interessen herabwürdigen ließe«, und damit die Abgrenzung von freiem Bürger und Sklaven. Schließlich werden plausible Zweifel angemeldet, ob nicht der römische Formalismus – wie er etwa in der *mancipatio* zum Ausdruck kommt – für die Ausbildung eines Stellvertretungsinstituts hinderlich war.<sup>8</sup> Jedenfalls war direkte Stellvertretung den Römern fremd. Bei diesem Befund ist freilich zu bedenken, dass auch das römische Recht nicht mit indirekter Vertretung das Auslangen finden und gänzlich ohne Vertretungsäquivalent auskommen musste. Das nötige Äquivalent war jedoch nicht rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, sondern der rechtsgeschäftliche Gebrauch der antiken Sozialordnung, in der gewaltunterworfenen Familienangehörige und natürlich Sklaven vermögensrechtlich dem *pater familias* zugerechnet wurden.<sup>9</sup>

Erst die Naturrechtslehrer der Neuzeit begannen die Stellvertretung als Ausfluss der Privatautonomie zu begreifen, so insbesondere *Hugo Grotius*, der die Zulässigkeit von Versprechen in fremdem Namen betonte,<sup>10</sup> wodurch derjenige Eigentum erwerbe, in dessen Namen das Geschäft getätigt werde.<sup>11</sup> Es entspricht ganz ihrer naturrechtlichen Prägung, dass die ältesten Kodifikationen, nämlich der französische Code civil aus 1804 (Art 1984 ff) und das österreichische ABGB aus 1811 (§§ 1002 ff), dieses Konzept aufnahmen und verwirklichten.<sup>12</sup> Sie konnten dabei allerdings nicht die für das moderne Stellvertretungsrecht typische Unterscheidung von Innenverhältnis (Geschäftsherr-Vertreter) und Außenverhältnis (Geschäftsherr-Dritter) vorsehen, da diese erst von *Rudolf von Jhering*<sup>13</sup> und *Paul Laband*<sup>14</sup> entwickelt

1 Vgl. Müller-Freienfels, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt (1982).

2 Ausführlich dazu jüngst Moser, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung (2010). In Österreich ist außerdem zumindest beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters erforderlich, Pernner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> (2012) 115.

3 Rabel, Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom (1934) 235 ff.

4 Siehe sogleich.

5 Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts (1885) 9.

6 Zum folgenden Mitteis, Stellvertretung nach römischem Recht 10 ff und die dortigen Nw.

7 Vgl. die scharfsinnige Trennung bei Grotius, De iure belli ac pacis (1625) Lib II XI § 18: Solent et controversiae incidere de acceptatione pro altero facta: in quibus distinguendum est inter promissionem mihi factam de re danda alteri, et inter promissionem in ipsius nomen collatam cui res danda est.

8 Kaser, Das Römische Privatrecht I<sup>2</sup> (Handbuch der Altertumswissenschaft, 1971) 260.

9 Kaser, Das Römische Privatrecht I<sup>2</sup> 261.

10 Zu seinem Einfluss Zimmermann, The Law of Obligations (1996) 46.

11 Grotius, De iure belli ac pacis Lib II XI § 18.

12 Vgl. zum Konzept des ABGB jüngst Lukas, Von geheimen und offenen Vollmachten, in FS Torggler (2013) 815 (817 ff).

13 Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd 1 (1857) 273 und Bd 2 (1858) 67.

14 Die Stellvertretung beim Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB, ZHR 10 (1866) 183. In diesem Beitrag widmete sich Laband gerade dem Phänomen der Formalvollmachten und kam zur Erkenntnis, dass Auftrag und Vollmacht »keineswegs als die innere und äußere Seite desselben Verhältnisses aufzufassen sind« (204).

wurde. Moderne Kodifikationen wie das deutsche BGB aus 1900 waren sich dieser Unterscheidung hingegen bereits bewusst. Sie sind von Anfang an auf dem heute noch aktuellen Stand einer Trennung von Innen- und Außenverhältnis. In Ländern mit älteren Kodifikationen wie Frankreich und Österreich war dieses Ergebnis nur durch mühevoll Auslegung – teilweise *praeter*, teilweise *contra legem*<sup>15</sup> – möglich.<sup>16</sup>

So charakteristisch die Kriterien von Vertretungsmacht und Offenlegung sowie die Trennung von Innen- und Außenverhältnis für das kontinentaleuropäische Vertretungsrecht heute sind,<sup>17</sup> so verschieden ist die Konzeption der englischen *agency*, bei der die Trennung von Innen- und Außenverhältnis gerade nicht vollzogen wurde<sup>18</sup> und wo die Selbstverständlichkeit der Wahrung der Abschlussfreiheit des dritten Vertragspartners durch den stellvertretungsrechtlichen Offenlegungsgrundsatz als »einigermaßen ungewohnt, und erst recht nicht [einleuchtend]« empfunden wird.<sup>19</sup> So kommt in diesem Rechtskreis das Institut der *agency*<sup>20</sup> auch gut ohne Offenlegung aus. Für Oliver Wendell Holmes ist »the rule that an undisclosed principal may sue or be sued on a contract made by an agent on his behalf« zwar eine »anomaly introduced by agency into the sphere of contract«<sup>21</sup>, sie wird aber dennoch universell akzeptiert.<sup>22</sup> Diesem Modell folgt auch die Convention on Agency in the International Sale of Goods, die – kontinental-

europäischem Verständnis zuwiderlaufend – in Art 1 normiert, »it applies irrespective of whether the agent acts in his own name or in that of the principal«.<sup>23</sup>

Das *agency-Modell* ist zwar das eindrucksvollste Beispiel hierfür, es gibt freilich auch im kontinentaleuropäischen Recht Gestaltungsvarianten, die es mit der Offenlegung nicht so genau nehmen. Es ist sogar mit den Prinzipien des deutschen Rechtskreises keineswegs unvereinbar, bei der mittelbaren Stellvertretung den Geschäftsherrn im Verhältnis zu außenstehenden Personen – wie insbesondere den Gläubigern des mittelbaren Stellvertreters – zu schützen.<sup>24</sup> Zu denken ist in dem Zusammenhang an Art 401 des Schweizerischen OR, nach dem der Geschäftsherr im Konkurs des Beauftragten Forderungen und Sachen, die der Beauftragte auf Rechnung des Auftraggebers erworben hat, aussondern kann, wenn er alle Verbindlichkeiten aus dem Auftragsvertrag erfüllt hat. Damit soll »aus Billigkeitsgründen [...] von einer strengen Durchführung des Rechts der indirekten Stellvertretung [abgewichen] und eine Annäherung an die direkte Stellvertretung« verwirklicht werden.<sup>25</sup> Nichts anderes haben die deutsche und österreichische Rechtsordnung für das Kommissionsgeschäft vorgesehen (§ 392 dHGB/öUGB).

Diesem Trend folgt schließlich auch der Common Frame of Reference, der in Art III-5:401 eine »Principal's option to take over rights in case of agent's insolvency« vorsieht.<sup>26</sup> Der Grund dafür sei, dass »those rights, although held by the agent, are regarded as being earmarked for the principal from the beginning. It is almost as if they are held in trust for the principal«.<sup>27</sup> Damit zeigt sich freilich, dass das, was die Doktrin der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mühevoll auseinanderdividiert hat, nunmehr wieder angenähert wird. Das stellvertretungsrechtliche Konzept entpuppt sich als Vorwertung für die daran anknüpfenden Folgefragen des Eigentumserwerbs und letztlich für die Verteilung von Insolvenzrisiken. Damit zeigt sich auch, dass es stets gilt, einen Ausgleich zwischen jenen Interessen zu finden, zwischen denen das Vertretungsrecht oszilliert: auf den ersten Blick sind das die Interessen des Geschäftsherrn und des dritten potentiellen Vertragspartners. Bei näherer Betrachtung zeigt sich freilich, dass mit Blick auf die Insolvenz der gesamte Rechtsverkehr mit-

15 Vgl zur Rezeption Lukas in FS Torggler 826 f.

16 Vgl Swoboda, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem (1932) 7 ff. Kritik an diesem Ergebnis bei Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906) 79 ff, der ein Vertrauensschutzkonzept gegenüber einer abstrakten Vollmacht bevorzugt hätte.

17 Vgl aber jüngst Lukas in FS Torggler 815.

18 Vgl aber den zutr Hinweis bei Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996) 432.

19 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung<sup>3</sup> 429 f; vgl auch Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II<sup>4</sup> (1992) 763.

20 Zu den Grundlagen Holmes, Agency I und II, Harvard Law Review 4 (1891) 345 ff und HLR 5 (1891) 1 ff.

21 Holmes, HLR 5, 1 f; siehe auch Ames, Yale LR 18 (1909) 443. Gegen die Anomalie these Barnett, California LR 75 (1987) 1969 ff. Die Wurzel der Regeln über die *undisclosed agency* liegen im Fall Scrimshire v. Alderton, 2 Strange, 1182.

22 Vgl auch Müller-Freienfels, Modern LR 16 (1953) 299 ff; ders, Modern LR 18 (1955) 33 ff. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, dass auch im englischen Recht die Ordnungsprobleme, die im kontinentaleuropäischen Vertretungsrecht auftreten, nicht völlig anders gelöst werden (können), vgl den instruktiven Überblick bei Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung<sup>3</sup> 435 f. Dies gilt jedenfalls für den Schutz des Dritten vor Inanspruchnahme durch den principal, anders ist dies bei der spiegelverkehrten Frage der Inanspruchnahme des principal durch den Dritten (vgl auch Art 13 Abs 2 lit c Convention on Agency in the International Sale of Goods: »where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party, the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the agent, subject to any defences which the agent may set up against the third party and which the principal may set up against the agent«).

23 Vgl Bonell, The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods, The American Journal of Comparative Law 32 (1984) 717.

24 Vgl Hager, Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980) 239 (248).

25 Weber in Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar zum Obligationenrecht<sup>4</sup> (2007) Art 401 OR Rz 1.

26 Vgl den noch weiter gehenden Art. 3:302 der Principles of European Contract Law.

27 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) 1129.

betroffen ist, wie Art 401 OR und § 392 dHGB/öUGB illustrieren.<sup>28</sup>

## II. Die Vertretung juristischer Personen

Juristische Personen bedürfen zum Abschluss von Rechtsgeschäften, also zur Wahrnehmung ihrer Privatautonomie, der Stellvertretung durch ihre Organe. Denn sie sind gem § 26 ABGB zwar wie natürliche Personen rechtsfähig; ihnen fehlt es aber an der Handlungsfähigkeit. Diese heute unbestrittene Erkenntnis<sup>29</sup> war lange Gegenstand eines heftigen Theorienstreits<sup>30</sup> um die Rechtsnatur der juristischen Person.<sup>31</sup>

*Savigny* gilt dabei als Begründer der sogenannten Fiktionstheorie. Er ging davon aus, dass nur der Mensch rechtsfähig sei, wobei für ihn Anknüpfungspunkt für die Rechtsfähigkeit die Willensfähigkeit einer Person war.<sup>32</sup> Die auf den Menschen bezogene Rechtsfähigkeit könne dann auf »irgendetwas außer dem einzelnen Menschen übertragen, also eine juristische Person künstlich gebildet werden«.<sup>33</sup> Die Rechtsfähigkeit, die natürlichen Personen per se zukommt, werde somit auf künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte ausgedehnt.<sup>34</sup> *Savigny* begriff die juristische Person daher

als nicht willens- und handlungsfähig.<sup>35</sup> Lediglich ihre Rechtsfähigkeit werde von der Rechtsordnung fingiert. Nach *Savigny* beruht das reale Dasein der juristischen Person »auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiktion, als ihr eigener Wille angerechnet wird«.<sup>36</sup> Er zieht dabei die Parallele zur Vertretung Unmündiger und Wahnsinniger.<sup>37</sup>

Die bloße Fiktion schien alsbald freilich nicht mehr ausreichend. Das Bedürfnis, den Blick von der Konstruktion auf die Wirkungseinheit zu lenken, wie *Flume* das einmal genannt hat, nahm zu.<sup>38</sup> Einen unbefangenen Zugang zu diesem Problem zeigt ein vergleichender Blick in das amerikanische Recht, wo es ganz selbstverständlich heißt: »*If the invisible, intangible essence or air – ein Gruß an die pandektistische Fiktionstheorie – which we term a corporation can level mountains, fill up valleys, lay down iron tracks, and run railroad cars on them, it can intend to do it, and can act therein as well viciously as virtuously.*» Auch dort wird der Verband daher als reale Einheit begriffen, somit als sozialer Organismus, dessen Teile Menschen sind.<sup>39</sup>

Diesen Aspekt der juristischen Person betont im deutschen Rechtskreis die von *Otto von Gierke* begründete Theorie der realen Verbandspersönlichkeit. Für *Gierke* ist die juristische Person »kein todes Begriffsding, [...] sondern ein lebendiges Wesen, das als solches will und handelt.« Mit der Anerkennung ihrer Persönlichkeit durch das Recht empfinde sie nur das, was ihrer wirklichen Beschaffenheit entspreche.<sup>40</sup> Die Verbandsperson sei eine leiblich-geistige Lebenseinheit, die einen Willen bilden und das Gewollte in die Tat umsetzen könne.<sup>41</sup> »Freilich vermag sie sich in ihrer unsinnlichen Einheit nur durch Organe zu bethätigen.«<sup>42</sup> Folglich entwickelt *Gierke* ein »realistisches« Konzept der juristischen Person, bei dem er – dogmatisch problematisch – in einem romantisch-naturalistischen Bild die juristische Person als Organismus mit dem Menschen als Organismus gleichsetzt.<sup>43</sup> Die Organe des Verbands seien wie die

28 Auf die Diskussion zur (gesamt)vollstreckungsrechtlichen Behandlung der Treuhand, die im deutschen Rechtskreis insbesondere im Vergleich zum angloamerikanischen *trust* stark vom Wunsch nach – freilich unerreichbarer – Systemkonformität geprägt ist, sei an dieser Stelle nur verwiesen.

29 Vgl die Bestimmung über den Anwendungsbereich der Regeln über die Stellvertretung in Principles, Definitions and Model Rules DCFR 438, die die Vertretung juristischer Personen natürlich umfassen: »*the authority of representatives of a company in dealings with the outside world is intended to be covered and it is important that it should be covered because this is one of the most important practical applications of the rules on the authority of representatives. Companies can engage in juridical acts only through representatives.*«

30 Vgl den Überblick bei *Wieacker*, Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, in FS Huber (1973), 339. In Tschechien ist diese Diskussion durch die Einführung des ZGB 2014 wieder aufgeflammt (§§ 151-167).

31 Neben zwei Haupttheorien gab es noch den Ansatz von *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten I<sup>o</sup> (1873) 205f. Er verweist in seiner Theorie des subjektlosen Zweckvermögens auf das allgemeine Vertretungsrecht. Das »Dürfen und Können« sei zwar nur in einer willensfähigen Person denkbar. Allerdings gebe es ja auch sonst Vertreter, die für den Vertretenen »nicht bloß die Ausübung des Rechts, sondern das Recht selbst« hätten. Den Vertretern des subjektlosen Zweckvermögens, als das *Brinz* die juristische Person begreift, sollen die Befugnisse des Zweckvermögens zustehen, freilich »nur für den Zweck, fiduciarisch, selbst«.

32 System des heutigen römischen Rechts I (1840) 7: Das subjektive Recht als »Willensmacht«; dazu *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967) 8.

33 System II (1840) 2.

34 System II 236.

35 System II 282.

36 System II 312.

37 System II 282; s dazu die Kritik von *Gierke*, Das Wesen der menschlichen Verbände (1902) 5, 7, 29; dazu auch *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2 (1983) 15 mwN..

38 Ein Bedürfnis, das vor allem im Zusammenhang mit schadenersatzrechtlicher Zurechnung bestand; zum Theorienstreit *Flume*, AT I/2 15 ff.

39 Vgl *Gierke*, Das Wesen 12.

40 Das Wesen 9f.

41 Das Wesen 12.

42 *Gierke*, Deutsches Privatrecht I (1895) 472.

43 Nachwehen dieser Theorie sind rechtsvergleichend auch heute noch breit festzustellen. Weil die juristische Person durch ihre Organe handelt, soll sie auch für ihre Organe haften: die Geburt der Theorie der Organhaftung, die einen unwahrscheinlichen Siegeszug angetreten hat. Ein Blick in die Runde europäischer Rechtsordnungen zeigt ihren Niederschlag im deutschen BGB, dem Schweizerischen ZGB, dem Liechtenstei-

leiblichen Organe eines Menschen, ihre Handlungen also von den Handlungen der juristischen Person nicht zu trennen. *Gierke* grenzt seinen Ansatz deutlich vom Konzept der Stellvertretung ab: Der Rechtsbegriff des Organs dürfe nicht mit dem individualrechtlichen Begriff des Stellvertreters vermischt werden.<sup>44</sup> Es handle sich nicht um Vertretung einer in sich geschlossenen Person durch eine andere in sich geschlossene Person. Vielmehr sei das Organhandeln den Bewegungen eines menschlichen Organs vergleichbar.<sup>45</sup>

Weil der Mensch Organe habe und durch diese handle, gilt das nach *Gierke* also auch für die juristische Person, sie trete durch ihre Organe unmittelbar in Erscheinung wie die Einzelperson in der Rede des Mundes oder der Bewegung der Hand.<sup>46</sup> Die suggestive Kraft der Metapher resultiert daher aus einem sprachlichen Trick, der die eigentlichen Probleme verdeckt.<sup>47</sup> Wenn das Handeln der Organe als Eigenhandeln der juristischen Person qualifiziert wird, wird der notwendig dahinter stehende Vorgang unkenntlich gemacht. Eine juristische Person kann nun einmal nicht selbst handeln, sie braucht dafür immer einen Menschen. Die Frage ist nur, ob und wie ihr dieser Mensch zugerechnet wird. Die Ablösung des organschaftlichen Eigenhandelns durch die Zurechnung ist dabei keine begriffliche Abwandlung desselben Themas. Erst wenn man das Problem als Zurechnungsproblem erkennt, kann man sich auch vom Bild des Organs lösen und die Frage nach der Wertungsgrundlage stellen. Das hat schon *Ehrenzweig* erkannt, der den Schluss zieht, dass Organschaft »das Wesen, nicht der Gegensatz der unmittelbaren Stellvertretung« sei.<sup>48</sup> Von einer »kategoriale[n] Verschiedenheit von Vertretung und Organschaft« kann also keine Rede sein.<sup>49</sup> Die Handlungen bestimmter

Einzelmenschen sind nie Handlungen des realen Verbands, sie können nur durch Zurechnung wie solche behandelt werden.<sup>50</sup>

Auch *Flume* hat sich gegen die Lehre *Gierkes* gewendet, weil sie die Wirklichkeit der juristischen Person in die Fiktion einer handlungs- und willensfähigen Persönlichkeit verwandle und daher eher den Namen »Fiktionstheorie« verdiene als der Ansatz *Savignys*.<sup>51</sup> *Flume* denkt die Thesen von *Savigny* fort und sieht die juristische Person als eine Wirkungseinheit, »die auf Grund der Rechtsordnung mit Rechtsfähigkeit begabt ist«. <sup>52</sup> Die Organe der juristischen Person sieht er im Anschluss an *Savigny* als Personen, welche nach der Verfassung der juristischen Person die Handlungsfähigkeit für die juristische Person begründen.<sup>53</sup> Das Handeln der Organe werde der juristischen Person »angerechnet«. <sup>54</sup>

Damit zeigt sich freilich ein Brückenschlag zwischen der Ansicht von *Gierke* und jener von *Savigny*, der ja nicht die Existenz von Interesseneinheiten geleugnet, sondern lediglich den Fiktionscharakter ihrer Rechtspersönlichkeit betont hat.<sup>55</sup> *Savigny* ging es nicht um das Wesen der juristischen Person, sondern um deren Vermögensfähigkeit (Rechtsfähigkeit).<sup>56</sup> Die Fiktionstheorie und die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit stehen daher *secunda facie* wohl gar nicht in einem unversöhnlichen Widerspruch zueinander. Sie betrachten die juristische Person nur aus verschiedenen Blickwinkeln, wie schon *K. Schmidt* betont hat.<sup>57</sup>

Zusammenfassend lässt sich die juristische Person daher heute als eine Interesseneinheit beschreiben,<sup>58</sup> also eine »zur Verselbständigung geeignete Organisation«<sup>59</sup>, der die Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit verliehen hat,<sup>60</sup> um die von den Parteien gewünschte

nischen PGR, dem polnischen und tschechischen Recht, dem spanischen *Codigo civil* und sogar der neuesten zivilrechtlichen Kodifikation, dem niederländischen NBW. Das ist beeindruckend genug, aber die Überzeugungskraft der Theorie ist so groß, dass ihr sogar die Länder folgen, in denen eine viel strengere Gehilfenzurechnung als in Österreich die Frage der Organzurechnung obsolet macht. An prominentester Stelle sind dabei der Französische *Code civil* und der italienische *Codice civile* zu nennen. Man kann bei der Organhaftung fast von Europäischem Gemeingut sprechen; dazu *F. Bydlinski*, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen: Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie? in FS Koppenssteiner (2001) 569.

44 Das Wesen 28.

45 Das Wesen 29. *Gierke* erkennt aber selbst, dass ein Rechtsverhältnis zwischen einem Menschen und seinen Organen undenkbar ist, während ein solches zwischen der juristischen Person und ihren Organen sehr wohl besteht, Das Wesen 30.

46 *Gierke*, Deutsches Privatrecht I 472.

47 Vgl auch die Kritik bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> (Nachdruck 2000) 181 f.

48 *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1<sup>1</sup> (1925) 189.

49 So schon *F. Bydlinski* in FS Koppenssteiner 573.

50 *F. Bydlinski* in FS Koppenssteiner 573 f weist noch darauf hin, dass bei der Annahme von Eigenhandeln nicht einmal eine Handhabe gegen vorsätzliche gemeinsame Schädigung der juristischen Person durch den Dritten und den Organwalter zur Verfügung stünde. Auch § 1016 ABGB über die nachträgliche Genehmigung bliebe unanwendbar.

51 *Flume*, AT I/2 18, 378 f; zust *K. Schmidt*, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht (1987) 17.

52 *Flume*, AT I/2 29.

53 *Flume*, AT I/2 377 unter Berufung auf *Savigny*, System II 283, 312.

54 *Flume*, AT I/2 377.

55 *Flume*, AT I/2 3 ff; so auch *F. Bydlinski*, Die »Person« im Recht, in FS Doralt (2004) 77 (87).

56 *Flume*, AT I/2 11 unter Verweis auf *Savigny*, System II 239 f.

57 Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) 188 ff; zust *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (Nachdruck 2013) FN 141; s auch *Flume*, AT I/2 26.

58 *Ostheim*, Rechtsfähigkeit 11 ff; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> (2011) § 1 Rz 19; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> 21.

59 *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 143.

60 *Reuter* in MüKo, BGB I<sup>6</sup> (2012) Vor § 21 Rz 2, 5 mwN und unter Ablehnung rechtsethischer und rechtssoziologischer Ansätze.

Verselbständigung eines Sondervermögens samt Haftungsbeschränkung<sup>61</sup> zu bewerkstelligen.<sup>62</sup>

Inwieweit dieser durchaus technische Zugang rechtsethische oder rechtssoziologische Aspekt zwingend ausschließt, muss hier nicht weiter erörtert werden.<sup>63</sup> Mit der natürlichen Person verbindet die juristische Person jedenfalls die gemeinsame Klammer der Rechtsfähigkeit, die in § 26 ABGB ihren positivierten Ausdruck gefunden hat. Die Rechtsfähigkeit resultiert aus Zweckmäßigkeitserwägungen, die auf die Teilnahme der juristischen Person am Rechtsverkehr gerichtet sind.<sup>64</sup> Handlungsfähigkeit erlangt sie durch ihre Organe, wobei die strukturelle Gleichartigkeit von rechtsgeschäftlicher und organschaftlicher Vertretungsmacht heute anerkannt ist.

### III. Die Vertretung juristischer Personen des Privatrechts

Bisher wurde noch recht undifferenziert von juristischen Personen im Allgemeinen gesprochen. Unter diesen Überbegriff fallen aber so verschiedene Einheiten wie große Aktiengesellschaften, kleine Dorfvereine oder Gebietskörperschaften. Eine differenzierte Regelung der Vertretung ist daher naheliegend. Von grundlegender Bedeutung ist dabei die Unterscheidung in juristische Personen des Privatrechts und juristische Personen des öffentlichen Rechts. Juristische Personen des Privatrechts lassen sich meist daran erkennen, dass sie durch einen privatrechtlichen Vertrag gegründet werden.<sup>65</sup> Jene des öffentlichen Rechts beruhen im Regelfall auf einem staatlichen Hoheitsakt (insbesondere Gesetz oder Bescheid).<sup>66</sup> Hier wird zunächst die Vertretung juristischer Personen des Privatrechts behandelt.

#### A. Unbeschränkte Rechtsfähigkeit

Allgemein anerkannt ist die Ablehnung der ultra vires-Lehre, derzufolge einer juristischen Person nur beschränkte Rechtsfähigkeit im Rahmen ihres Zwecks zukomme. Rechtsgeschäfte, die über den statuten- oder satzungsmäßigen Zweck bzw den Unternehmensgegen-

stand hinausgehen, wären nach dieser Lehre ungültig. Diese Theorie wurde in der älteren Lehre befürwortet.<sup>67</sup> Heute wird sie von Lehre und Rsp einhellig abgelehnt, da sie den Geschäftsverkehr in unvertretbarer Weise belasten würde.<sup>68</sup> Es ist dem Rechtsverkehr schlicht nicht zuzumuten, vor jedem Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einer juristischen Person deren satzungsmäßigen Zweck zu überprüfen.

#### B. Vertretung

Als per definitionem nicht handlungsfähiges Gebilde wird die juristische Person durch ihre Organe vertreten. Grundsätzlich gelten hier dieselben Regeln wie für natürliche Personen, also die allgemeinen Lehren zum Vollmachtsmissbrauch, zur falsa procuratio und zur Anscheinsvollmacht, wenn auch teilweise in modifizierter Form. Es bestehen aber auch gewisse Besonderheiten, auf die im Folgenden eingegangen wird.

#### C. Formalvollmachten

Der schon in der Ablehnung der ultra vires Lehre zum Ausdruck kommende Verkehrsschutzgedanke lässt sich noch an anderer Stelle identifizieren. Denn es ist gerade die Abwägung zwischen Autonomie und Verkehrsschutz, die der Einführung eines zentralen Rechtsinstituts des Vertretungsrechts juristischer Personen des Privatrechts zugrunde lag, der Formalvollmacht. Solche Vollmachten sind dadurch gekennzeichnet, dass sie einen gesetzlich definierten Vollmachtsumfang haben und dass Beschränkungen der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam sind. Hier liegt der Ausgangspunkt für Labands Trennung von Innen- und Außenverhältnis.<sup>69</sup>

Dass die hinter dem Konzept von Formalvollmachten stehende Idee der Schutz des Rechtsverkehrs ist, zeigen die Gesetzesmaterialien zur ersten positivierten Formalvollmacht, der Prokura. Art 43 Abs 1 ADHGB bestimmte: »Eine Einschränkung des Umfangs der Prokura hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung«. Diese Norm wurde als Abkehr von einem bloßen Vertrauensschutzmodell<sup>70</sup> zur »Erleichterung und Sicherheit des Rechtsverkehrs« positiviert;<sup>71</sup> ein Konzept, das vom ADHGB ausgehend

61 Wieacker in FS Huber 358f.

62 Vgl die Hinweise zu neueren Theorien bei Weick in Staudinger, BGB, Einl zu §§ 21 BGB (Neubearbeitung 2005) Rz 5.

63 Vgl dazu Reuter in MüKo, BGB I<sup>9</sup> Vor § 21 Rz 3ff.

64 F. Bydlinski in FS Doralt 92.

65 Von einem schöpferischen Gesamtakt sprach Gierke, Das Wesen 31.

66 Im Einzelnen ist die Abgrenzung komplizierter: s Funk, Wassergenossenschaften und Wasserverbände als Träger öffentlicher Aufgaben zugleich ein Beitrag zur Lehre von der juristischen Person des öffentlichen Rechts, ZfV 1983, 581; Holoubek, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33.

67 Ehrenzweig, System I/1<sup>1</sup> 192f; s auch Ostheim, Rechtsfähigkeit 111.

68 Aicher in Rummel<sup>3</sup> § 26 Rz 24 mwN auf Ostheim in Korinek, Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmen durch den Rechnungshof (1987) 67f; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup> (1968) 856; Bydlinski, JBl 1968, 48 (49); Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972) 143ff; Straube, Die Bedeutung der »Ultra-vires-Lehre« im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 343; 4 Ob 341/86; 6 Ob 188/01t EvBl 2002/74. Vgl schon FN 14.

69 Vgl noch Art 43 Preußischer Entwurf eines HGB.

70 Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen HGB I (1858) 73f.

das gesamte Gesellschaftsrecht durchdrungen hat (vgl. § 20 Abs 2 GmbHG, § 74 Abs 2 AktG, § 6 Abs 3 VerG, § 19 GenG, § 126 Abs 1 UGB, § 161 Abs 2 UGB). Der Rechtsverkehr soll, wenn er mit einer »wichtigen« Person der Gesellschaft spricht, Sicherheit darüber haben, dass Wort gehalten wird und ihm keine undurchsichtigen Beschränkungen des Innenverhältnisses entgegen gehalten werden können. Ausgehend von diesem Grundgedanken, sind die verschiedenen Formalvollmachten im Detail unterschiedlich ausgestaltet.

### 1. Organe

Umfassende Formalvollmachten haben die gesetzlich vorgesehenen Leitungsorgane juristischer Personen. So normieren § 71 Abs 1 AktG, § 18 Abs 1 GmbHG, § 43 Abs 1 SE-G, § 17 Abs 1 GenG, § 17 Abs 1 PSG und § 6 Abs 3 VerG eine unbeschränkte Vertretungsmacht des Vorstands, Geschäftsführers bzw Verwaltungsrats. Diese bezieht sich auf die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der jeweiligen juristischen Person.<sup>72</sup>

Dem Grundsatz der Formalvollmacht entsprechend, sind inhaltliche Beschränkungen der organschaftlichen Vertretungsmacht unwirksam. Eine gewisse Beschränkung liegt aber in der vom Gesetz vorgesehenen Gesamtvertretung durch alle Mitglieder des Leitungsorgans.<sup>73</sup> Erklärungen eines einzelnen Mitglieds dieses Organs sind schwebend unwirksam, es liegt *falsa procuratio* vor.<sup>74</sup> Die gesetzliche Vertretungsregel ist aber dispositiv. Modifikationen können jedenfalls im Gesellschaftsvertrag, den Statuten, der Satzung bzw der Stiftungserklärung erfolgen. Mitunter reicht auch ein Beschluss des Leitungsorgans aus.<sup>75</sup> Dabei stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. So kann etwa Einzelvertretung vorgesehen werden; auch gemischte Gesamtvertretung, bestehend aus Mitgliedern des Leitungsorgans und einem Prokuristen, ist zulässig. Die Vertretungsmacht des Leitungsorgans darf aber nicht soweit eingeschränkt werden, dass die Gesellschaft nur mit Mitwirkung des

Prokuristen vertreten werden kann.<sup>76</sup> Überdies ist bei der Passivvertretung die Einzelvertretungsbefugnis aller Mitglieder des Leitungsorgans zwingend.

### 2. Prokura

Gem § 48 Abs 1 UGB kann ein ins Firmenbuch eingetragener Unternehmer oder sein gesetzlicher Vertreter Prokura erteilen, die ebenfalls ins Firmenbuch eingetragen wird. Auch eine Prokura kann inhaltlich nicht beschränkt werden, während Gesamtvertretung auch hier zulässig ist. Ebenso zulässig ist gem § 50 Abs 3 UGB die Beschränkung auf eine unter eigener Firma geführte Niederlassung. Schließlich bleibt der gesetzlich definierte Umfang der Prokura hinter dem der organschaftlichen Vertretungsmacht zurück. Die Prokura ermächtigt zwar zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb irgendeines (nicht bloß des vertretenen) Unternehmens mit sich bringt. Explizit ausgenommen sind aber etwa die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften und die Erteilung von Prokura.<sup>77</sup>

### 3. Handlungsvollmacht?

Keine Formalvollmacht ist die Handlungsvollmacht nach § 54 UGB, da ihr Umfang beliebig ausgestaltet werden kann.<sup>78</sup> Sie kann als General-, Art- oder Einzelhandlungsvollmacht bestehen und berechtigt zur Vornahme aller Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb des konkreten Unternehmens bzw die Vornahme solcher Geschäfte (bei Art- oder Einzelvollmacht) gewöhnlich mit sich bringt. Eine Eintragung ins Firmenbuch erfolgt nicht und eine Erteilung durch Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte ist zulässig.<sup>79</sup>

### D. Das Auseinanderfallen von Innen- und Außenverhältnis

Auch hinsichtlich juristischer Personen ist der Umfang der Vertretungsmacht nicht von der Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem abhängig. Die juristische Person wird also durch den Vertreter, der sich an die Grenzen der Vollmacht hält, aber gegen Beschränkungen im Innenverhältnis verstößt, grundsätzlich wirksam vertreten. Ihr stehen lediglich Schadenersatzansprüche gegen den Vertreter

72 Lediglich Geschäfte, die nach dem Organisationsrecht der juristischen Person nicht in die Zuständigkeit des Vorstands fallen, sind unwirksam. *Völkl*, Die Vertretung der monistisch geführten SE durch ihre "Organe", *ecolex* 2004, 763 (765); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> §§ 71 bis 74 Rz 6; so schon *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887) 685 ff.

73 Vgl. § 71 Abs 2 AktG, § 18 Abs 2 GmbHG, § 6 Abs 2 VerG, § 43 Abs 2 SE-G, § 17 Abs 2 GenG, § 17 Abs 3 PSG.

74 *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> §§ 71 bis 74 Rz 27; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG (2013) § 18 Rz 19.

75 § 71 Abs 2 S2 AktG; § 17 Abs 2 GenG; § 17 Abs 3 PSG; § 43 Abs 2 SE-G; nach GmbHG muss der Beschluss jedenfalls auf den Gesellschaftsvertrag rückführbar sein; ob eine Delegation an die GF zulässig ist, ist strittig; dafür *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 18 Rz 27 mwN; dagegen ua *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG<sup>7</sup> (2012) § 35 Rz 42.

76 § 71 Abs 3 S1 AktG; die Mitwirkung des Prokuristen an der Vertretung ist daher fakultativ: 4 Ob 145/83; *Ris-Justiz* RS0049345.

77 § 49 Abs 2 UGB und § 48 Abs 1 UGB e contrario.

78 *Schopper/Trenker* in *Torggler*, UGB (2013) § 54 Rz 1, 7.

79 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>5</sup> (2013) 296.



zu. Die Rechtfertigung dafür liegt im Vertrauensschutz des Dritten.<sup>80</sup>

Etwas anderes gilt – in Übereinstimmung mit allgemeinen Regeln – bei Kollusion. Diese setzt einen Missbrauch der Vertretungsmacht voraus, wobei schon Uneinigkeit darüber herrscht, welche objektiven und subjektiven Elemente Voraussetzung für den Missbrauchstatbestand sind.<sup>81</sup> Klar ist, dass bei gemeinsamem absichtlichen Zusammenwirken des Vertreters und des Dritten in Schädigungsabsicht kein Vertrag mit dem Geschäftsherrn zustande kommt.<sup>82</sup> Ein solches Geschäft ist vielmehr gem § 879 ABGB sittenwidrig.<sup>83</sup> Darüber hinausgehend fragt sich insbesondere, ob der Vertrag zustande kommt, wenn dem Dritten das pflichtwidrige Verhalten des Vertreters bekannt war oder bekannt sein musste. Hier zeigen sich Unterschiede je nach Ausgestaltung der Vollmacht.

### 1. Formalvollmachten

Am stärksten ausgeprägt ist der Schutz des Dritten bei den unternehmensrechtlichen Formalvollmachten wie der organschaftlichen Vertretungsbefugnis und der Prokura. § 50 Abs 1 UGB bestimmt ja, dass eine Beschränkung der Prokura Dritten gegenüber unwirksam ist. Diese Anordnung findet sich auch für die organschaftliche Vertretungsmacht der jeweiligen Leitungsorgane. Von diesem Wortlaut ausgehend, wird in der Lehre<sup>84</sup> und in der Rsp<sup>85</sup> teilweise die Gültigkeit des Vertrags auch bei positiver Kenntnis des Dritten von der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreterverhaltens angenom-

men. Diese Ansicht hat neben dem Wortlaut historische Argumente für sich, da die noch in Art 43 des Preußischen Entwurfs eines ADHGB vorgesehenen Beschränkungen für die Prokura in der endgültigen Fassung des ADHGB bewusst aufgegeben wurden.<sup>86</sup>

Andererseits ist kein eindeutiger historischer gesetzgeberischer Wille auszumachen, der für die Gültigkeit des Geschäfts bei Kenntnis des Dritten von der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns spricht.<sup>87</sup> Die Materialien streben eine »*Erleichterung und Sicherheit des Rechtsverkehrs*« an.<sup>88</sup> Der Zweck der unternehmensrechtlichen Formalvollmachten kann aber nur im Schutz des redlichen Verkehrs bestehen. Verkehrsteilnehmer, die Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns haben, sind demgegenüber nicht schützenswert.<sup>89</sup> Ausgehend vom Spannungsfeld, in dem sich das Stellvertretungsrecht bewegt, muss also in den Fällen der Kenntnis des Dritten sein Schutz zurücktreten und die Abwägung zugunsten der Autonomie des Geschäftsherrn ausfallen. Dieser kann daher vom objektiv pflichtwidrig handelnden Vertreter nicht gebunden werden, wenn dem Dritten diese Pflichtwidrigkeit bekannt war. Weitere Voraussetzungen sind beim Vertreter nicht zu verlangen. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der mittlerweile hA,<sup>90</sup> wobei die methodische Begründung variiert. Teilweise wird vertreten, der Wortlaut des § 50 Abs 1 UGB und der gleichlautenden gesellschaftsrechtlichen Normen beziehe sich nur auf Handlungen, die unmittelbar auf Reduzierung des Umfangs der Prokura gerichtet seien.<sup>91</sup> Teilweise wird eine teleologische Reduktion dieser Bestimmungen in den hier diskutierten Fällen für notwendig erachtet.<sup>92</sup> IdZ ist ein Blick nach

80 Vgl nur *P. Bydliński*, Der sogenannte »Mißbrauch« unbeschränkter Vertretungsmacht, in FS Bydliński (2002) 19 (38 ff); *Apathy* in *Schwimmann*, Praxiskommentar ABGB<sup>3</sup> (2005) § 1017 Rz 13; *Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht (1981) 100.

81 *Strasser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1017 Rz 23; enges Verständnis; vgl auch die umfassende Untersuchung bei *P. Bydliński* in FS Bydliński 29; *Wilhelm*, Vertretung 101 ff; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 (2012) § 1017 Rz 11 mwN.

82 1 Ob 617/79; 4 Ob 2298/96m = ÖBA 1997, 377 (*Iro*); 7 Ob 2350/96f = RdW 1997, 594 (*Tichy*).

83 *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> 125.

84 Vgl u.a. *Pisko*, Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechtes (1923) 114; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>5</sup> 288 ff; *Strasser* in *Rummel*<sup>3</sup> §§ 1016, 1017 Rz 23 b; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> §§ 71 bis 74 Rz 72; *Strasser/Jabornegg* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> (2010) § 50 Rz 16; anders aber *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 126 Rz 12; *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 252; *Eckert* in *Torggler*, UGB § 126 Rz 6; *Hofmann*, »Missbrauch von Formalvollmachten« (Diss, Uni Wien 2008) insb 149 ff; unklar *Stanzl* in *Klang IV/1*<sup>2</sup> 858 ff; offen lassend *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1997) Rz 2/243; diff *Schopper/Trenker* in *Torggler*, UGB, § 50 Rz 5.

85 6 Ob 127/58; 8 Ob 505/78; 1 Ob 576/85; 6 Ob 622/85; 3 Ob 565,566/87; 6 Ob 1731/95; 8 Ob A 72/99t; offen lassend 1 Ob 617/79; 5 Ob 164/99z; anders etwa 4 Ob 2078/96h zu § 82 GmbHG.

86 *Eckert* in *Torggler*, UGB § 126 Rz 6; weiterführend dazu *P. Bydliński* in FS Bydliński 31 ff.

87 Vgl die ausführliche Analyse bei *Auer*, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138; *P. Bydliński* in FS Bydliński 31 ff; *Wilhelm*, Vollmachtsmißbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449 (462).

88 Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen HGB I (1858) 73 f.

89 *Wilhelm*, JBl 1985, 463; *P. Bydliński* in FS Bydliński 35; zust *Perner* in ABGB-ON 1.01 § 1007 Rz 4; aA *Hofmann*, »Missbrauch von Formalvollmachten« 153 ff: Verkehrsschutz; so auch *Eckert* in *Torggler*, UGB § 126 Rz 6.

90 Vgl nur *Apathy* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 1017 Rz 13; *P. Bydliński* in FS Bydliński 39 ff; *ders* in KBB<sup>3</sup> § 1016 Rz 5; *Auer*, GesRZ 2000, 150; *Bollenberger* in KBB<sup>3</sup> § 879 Rz 12; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>3</sup> (2006) 215; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 126 Rz 12; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/435; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 126 Rz 9 f; *Schinko* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 50 Rz 2; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG (2013) § 20 Rz 57; weitere Nachweise bei *Schauer*, Anm zu OLG Wien 26.1.2006, 12 R 11/06 k, wobl 2006/30; zur Treuhand *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 197 ff.

91 *Wilhelm*, JBl 1985, 464.

92 *P. Bydliński* in FS Bydliński 38 ff; eine Analogie zu § 15 Abs 1 UGB befürworten *Wilhelm*, JBl 1985, 463 ff und *P. Bydliński* in FS Bydliński 37.

Deutschland interessant. Auch dort zeigt sich große Uneinigkeit im Schrifttum, ob bei Kenntnis der internen Pflichtwidrigkeit ein Vertrag zustande kommt.<sup>93</sup> Selbst *Krebs*, der eine teleologische Reduktion der Formallvollmacht mit historischen Argumenten ablehnt, kommt dabei aber zum Schluss, dass die gegenteilige Ansicht für Österreich »*durchaus konsequent*« sei, weil hier dem Abstraktionsgedanken weniger Gewicht beigemessen werde als in Deutschland.<sup>94</sup>

Es ist überdies erwägenswert, den Vertrag auch dann nicht zustande kommen zu lassen, wenn für den Dritten die objektive Pflichtwidrigkeit evident war, ihm die Kenntnis derselben aber fehlte.<sup>95</sup> Dies erleichtert die Beweisführung, darf aber keinesfalls dazu führen, dass dem Dritten Nachforschungspflichten aufgebürdet werden, da ansonsten das Institut der Formallvollmacht entwertet würde. Auch grob fahrlässige Unkenntnis der Pflichtwidrigkeit führt nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags, sodass auch der sorglose Dritte Schutz genießt.<sup>96</sup>

## 2. Handlungsvollmacht

Für die Handlungsvollmacht besteht die Sonderregelung des § 55 UGB. Demnach muss der Dritte Beschränkungen des (dispositiven) gesetzlichen Umfangs der Handlungsvollmacht nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte oder kennen musste. Diesen Beweis hat der Vertretene zu erbringen.<sup>97</sup> Ob leichte oder grobe Fahrlässigkeit schadet, ist strittig.<sup>98</sup> Der Dritte wird hier also vom Gesetz jedenfalls weniger geschützt als bei Vorliegen einer Formallvollmacht. Eine dem § 55 UGB vergleichbare Regelung findet sich in § 10 KSchG. Demnach wirken Beschränkungen gegenüber dem Verbraucher nur, wenn er diese kannte. Bei grob fahrlässiger Unkenntnis besteht ein Rücktrittsrecht des Unternehmers. Die Besonderheit der Handlungsvollmacht und der Vollmacht nach § 10 KSchG gegenüber »einfachen Außenvollmachten« liegt in der widerleglichen Voll-

machtsvermutung zugunsten des gesetzlich umschriebenen, dispositiven Vollmachtsumfangs.<sup>99</sup>

## 3. »Einfache Außenvollmachten«

Bei einfachen Außenvollmachten muss der Schutz des Dritten jedenfalls schwächer ausgeprägt sein als bei Formallvollmachten, da der Dritte nicht auf einen gesetzlich festgeschriebenen Umfang der Vollmacht vertrauen kann. Es besteht darüber hinaus aber auch – anders als bei der Handlungsvollmacht – keine gesetzliche Vermutung zugunsten eines bestimmten Vollmachtsumfangs. Vertraut der Dritte sorglos auf die Zulässigkeit des Geschäfts, ist er nicht mehr schützenswert, sodass den Interessen des Geschäftsherrn der Vorzug zu geben ist.<sup>100</sup> Sehr uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob bereits leichte oder erst grobe Fahrlässigkeit des Dritten schadet. *Lukas* vertritt hierzu in einer neueren Untersuchung eine Analogie zu § 1026 ABGB, wonach der Dritte nur dann schützenswert sei, wenn ihm die internen Schranken ohne Verschulden unbekannt sind (die Abstraktheit der Vollmacht hält er für einen Mythos).<sup>101</sup> Verbreitet wird das Problem analog zu § 871 ABGB gelöst, also darauf abgestellt, ob dem Dritten die Pflichtwidrigkeit offenbar hätte auffallen müssen oder der Geschäftsherr den Dritten rechtzeitig aufgeklärt hat.<sup>102</sup>

## E. Anscheinsvollmacht

Die aus §§ 1026 ff ABGB abgeleitete Anscheinsvollmacht findet auch auf juristische Personen des Privatrechts Anwendung. Die dogmatische Rechtfertigung für diese Figur wurzelt in der Tatsache, dass eine Vollmacht auch intern erteilt werden kann. Das Vertrauen des Dritten auf äußere Umstände ist daher schützenswert, weil ihm der interne Erklärungssachverhalt nicht zugänglich ist.<sup>103</sup> Die Wirkung der Anscheinsvollmacht besteht darin, dass der Geschäftsherr trotz Nichtbestehens einer Vollmacht von seinem vermeintlichen Vertreter gebunden wird. Voraussetzung dafür ist neben der Gutgläubigkeit des Dritten das Vorliegen eines Rechtsscheins, der seine Grundlage im Verhalten des Vertretenen ha-

93 Vgl statt aller die umfassenden Nachweise bei *Krebs* in MüKo, HGB II (2010) Vorb zu § 48 Rz 69.

94 *Krebs* in MüKo, HGB II (2010) Vorb zu § 48 Rz 71; *Lukas* in FS Torggler 825 ff spricht vom »Mythos von der abstrakten Vollmacht«, weist aber darauf hin, dass die Formallvollmachten des Unternehmensrechts sehr wohl abstrakt seien und erachtet für diese einen »spezifischen Zugang« für notwendig.

95 Dazu *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 43; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>3</sup> 215; *Perner* in ABGB-ON 1.01 § 1007 Rz 4; s auch *Flume*, AT II/2<sup>4</sup> 790 f; kritisch zu letzterem *Wilhelm*, JBl 1985, 453.

96 *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 43; aA *Apathy* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 1017 Rz 13.

97 Ris-Justiz RS0039947; JBl 1980, 92; *Schinko* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> (2009) § 55 Rz 2.

98 *Schopper/Trenker* in *Torggler*, UGB § 55 Rz 1 mwN, wobei nach wohl hA schon leichte Fahrlässigkeit schadet; für grobe F hingegen *U. Torggler*, Die Verbandsgründung – de lege lata betrachtet (2009) 520 f.

99 *Perner* in ABGB-ON 1.01 § 1007 Rz 5, der auch auf §§ 43 ff VersVG hinweist.

100 AA *Strasser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1017 Rz 23 b.

101 In FS Torggler 823 ff; 831.

102 *Wilhelm*, Vertretung 104 ff; *ders*, JBl 1985, 453 ff; *Frotz*, Verkehrsschutz 615 ff; *Krejci*, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer, GesRZ 1984, 146 (150); s auch *Perner* in ABGB-ON 1.01 § 1017 Rz 8; *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>3</sup> § 1017 Rz 2 und § 1016 Rz 5 mit Verweis auf die uneinheitliche Rsp, die teilweise erst bei Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit das Geschäft nicht zustande kommen lässt.

103 *Welser*, Äußerer Tatbestand, Duldung und Anschein im Vollmichtsrecht, JBl 1979, 1 (2).

ben muss. Dafür reicht jedes Verhalten des Geschäftsherrn, das geeignet ist, beim Dritten ein Vertrauen auf den Rechtsschein der Berechtigung des Vertreters zum Abschluss des Geschäftes herbeizuführen.<sup>104</sup> In einem solchen Fall ist der Geschäftsherr nicht schutzwürdig. Der Schutz seiner Privatautonomie, also sein Interesse, nicht gegen seinen Willen rechtsgeschäftlich gebunden zu werden, tritt hier hinter den Schutz des Dritten zurück. Ein weitergehender Schutz des Geschäftsherrn zu Lasten des Dritten würde nämlich dem – von *F. Bydlin-ski* herausgearbeiteten, dem gesamten Privatrecht zugrunde liegenden – Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung zuwiderlaufen.<sup>105</sup>

Eine juristische Person setzt dann einen Rechtsschein, wenn ihr ein diesbezügliches Verhalten eines Menschen zurechenbar ist. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn das zuständige Organ der juristischen Person den Anschein erweckt hat, der Handelnde könne diese (allenfalls aufgrund schon früher erteilter Vollmacht) wirksam vertreten.<sup>106</sup> Bei kollektivvertretungsbefugten Organen ist dabei das Verhalten aller Kollektivvertreter notwendig.<sup>107</sup> Zurechenbar ist darüber hinaus aber auch das Verhalten einer Person, die für die juristische Person ganz allgemein zur Erteilung von Vollmacht berechtigt ist. Setzt diese einen Anschein, wird die juristische Person – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – verpflichtet. Keinesfalls reicht es hingegen aus, wenn der äußere Tatbestand vom Vertreter selbst gesetzt wurde.<sup>108</sup> Der Rechtsschein ist stets mit Bezug auf das konkrete in Aussicht genommene Geschäft zu prüfen, wobei die Beurteilung eine Frage des Einzelfalles ist.<sup>109</sup> Der Schutz des Dritten ist dabei schwach ausgeprägt, bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.<sup>110</sup>

#### F. Fazit: Weitergehender Schutz des Verkehrs

Die vorstehenden Überlegungen haben zunächst gezeigt, dass die Vertretung juristischer Personen des Privatrechts auf den allgemeinen Regeln des Vollmachtenrechts aufbaut. Sie haben aber auch gezeigt, dass gerade durch das Institut der Formalvollmacht die Interessen des Dritten häufig der Autonomie des Geschäftsherrn vorgezogen werden. Man kann also im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht mit *F. Bydlin-ski* von einem Prin-

zip des verstärkten Vertrauens- und Verkehrsschutzes sprechen, welches auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs an rascher und unkomplizierter Abwicklung des Geschäftsbetriebs zurückzuführen ist.<sup>111</sup> Die Anforderungen an die Rechtssicherheit sind hier verschärft, da sonst aufgrund der Vielzahl betroffener Transaktionen die Gefahr massenhafter Enttäuschungen der Erwartungen des Rechtsverkehrs bestünde.<sup>112</sup>

### IV. Die Vertretung juristischer Personen des öffentlichen Rechts am Beispiel von Gemeinden<sup>113</sup>

Die öffentliche Hand schließt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung privatrechtliche Verträge ab. Besonderheiten gelten dabei für die Vertretung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, denn nach § 867 ABGB ist, »was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer [...] Gemeinde [...] erfordert werde, aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen.« Die Norm stellt ausdrücklich nur auf Gemeinden ab, findet aber auf alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts Anwendung (sowie auch auf Kirchen und Religionsgemeinschaften).<sup>114</sup> Hinsichtlich der Vertretung von Gemeinden verweist § 867 mit den »politischen Gesetzen« insbesondere auf die Gemeindeordnungen und Stadtrechte der Länder. Da die Erlassung solcher Regelungen in die Kompetenz der Landtage fällt, präsentiert sich hier im Detail ein zersplittertes Bild.<sup>115</sup> Übergreifende Besonderheiten lassen sich aber feststellen.

#### A. Keine Formalvollmachten

Auf den ersten Blick fällt auf, dass das Konzept von Formalvollmachten der Vertretung von Gemeinden fremd ist. Denn § 867 ABGB sieht als zivilrechtliche *sedes materiae* eben durch den Verweis auf die Verfassung der Gemeinde und die politischen Gesetze keine Formalvollmacht des Bürgermeisters vor. Dass nicht schon das ABGB selbst eine Formalvollmacht statuiert, kann freilich kaum verwundern. Einerseits wäre das Sache des Organisationsrechts, andererseits gehört § 867 ABGB zum Urbestand des ABGB und damit zu einer Rechtsschicht, die aus einer Zeit datiert, in der man weder die Prinzipien der Stellvertretung im Sinne ihrer heute gültigen Trennung von Außen- und Innenverhältnis er-

104 Perner in ABGB-ON 1.01 § 1029 Rz 7.

105 Hiezu *F. Bydlin-ski*, System und Prinzipien 92 ff. Das Spannungsfeld wird auch in §§ 170-172 BGB deutlich, vgl RGZ 65, 292.

106 Strasser in *Rummel*<sup>b</sup> § 1002 Rz 49.

107 Strasser in *Rummel*<sup>b</sup> § 1002 Rz 49; JBl 1988, 733; SZ 62/121; wbl 1996, 247 = *ecolex* 1995, 645 = RdW 1995, 384.

108 Strasser in *Rummel*<sup>b</sup> § 1002 Rz 49.

109 Vgl Perner in ABGB-ON 1.01 § 1029 Rz 8 mit umfangreichen Nachweisen zur Rsp.

110 Stanzl in *Klang IV/1*<sup>3</sup> 785; Perner in ABGB-ON 1.01 § 1029 Rz 10; 1 Ob 649/81 = EvBl 1982/69; 7 Ob 564/94.

111 *F. Bydlin-ski*, System und Prinzipien 445 ff; vgl auch 1 Ob 694/78.

112 *F. Bydlin-ski*, System und Prinzipien 446 f.

113 Die folgenden Ausführungen basieren auf einer Stellungnahme, die zu einem praktischen Fall erstattet wurde.

114 Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>b</sup> 121.

115 Vgl die Übersicht bei *Wilhelm*, Vertretung 29 ff.

kannt<sup>116</sup> noch das Konzept von Formalvollmachten gekannt hat. Die anschließende Entwicklung der Prokura und nach deren Vorbild der organschaftlichen Vertretungsregeln des Gesellschaftsrechts haben Gemeinden nicht mitgemacht.

Im Fehlen einer Formalvollmacht des Bürgermeisters ist also der erste gewichtige Hinweis auf eine Akzentverschiebung im gesetzgeberischen Konzept im Vergleich zum sonstigen Stellvertretungsrecht zu erblicken. Da Formalvollmachten der Organe einer juristischen Person des Privatrechts dem Verkehrsschutz dienen, misst der Gesetzgeber diesem Anliegen bei Gemeinden eine geringere Bedeutung bei als der Autonomie der Willensbildung der Gemeinde. Der Verkehrsschutz rückt so etwas in den Hintergrund. Gleichzeitig tritt der »besondere öffentliche Schutz«, unter dem Gemeinden – wie andere juristische Personen des öffentlichen Rechts auch – schon nach Zeiller stehen sollen, in den Vordergrund: Wer mit einer Gemeinde einen Vertrag eingehen will, hat »(...) sich erst mit ihrer Verfassung und den darauf sich beziehenden politischen Gesetzen bekannt zu machen.«<sup>117</sup> Es erfolgt somit eine Privilegierung zu Lasten des Rechtsverkehrs.

## B. Gleichlauf von Außen- und Innenverhältnis

Dieser Befund lässt sich verbreitern und vertiefen. § 867 ABGB verweist für die Gültigkeit von Verträgen wie erwähnt auf das Organisationsrecht. Diese Verweisung interpretiert die Rechtsprechung so, dass jede Handlungsbeschränkung des zur Vertretung befugten Organs auch im Außenverhältnis wirkt, was zu einem Gleichlauf von Innen- und Außenverhältnis führt.<sup>118</sup> Was das Organ nicht darf, kann es auch nicht. Dieser Vorzug der Privatautonomie gegenüber dem Verkehrsschutz ist für das allgemeine Vertretungsrecht untypisch, wird von der Rechtsprechung aber noch weiter zugespitzt, was sich im Folgenden zeigen wird.

## C. Eingeschränkter Vertrauensschutz durch Anscheinsvollmachten

Denn der OGH betont zwar in ständiger Rechtsprechung,<sup>119</sup> dass auch bei der Vertretung von Gemeinden das Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht Bedeutung hat. Von dieser Erkenntnis bleibt aber wegen der grundsätzlichen Ausgestaltung der Anscheinsvollmacht wenig übrig. Im allgemeinen Vollmachtrecht

ist die Anknüpfung an ein Vertrauen auf den äußeren Tatbestand natürlich leicht zu handhaben und durchaus wirkmächtig. Für einen zurechenbaren Rechtschein genügt schon adäquate Verursachung, die sogar dann zu bejahen ist, wenn bloß das Risiko des Entstehens eines Rechtsscheins unnötig erhöht wurde.<sup>120</sup> Die Anforderungen an einen zurechenbaren Rechtschein sind daher nach allgemeinen Regeln nicht sehr hoch. Dieser Umstand wird dadurch stark begünstigt, dass es in Anbetracht der Formfreiheit keine besonderen Voraussetzungen für den Akt einer Bevollmächtigung gibt und damit konsequent auch nicht für den Anschein, es sei Vollmacht erteilt worden. Der Anschein der Vollmachtserteilung lässt sich also genauso leicht erzeugen wie die Vollmacht selbst.

Diese Symmetrie von Vollmacht und Rechtschein findet sich auch bei der Gemeinde, sie führt aber zu einem geradezu entgegengesetzten Ergebnis.<sup>121</sup> Verlangen Verfassung und politische Gesetze iSd § 867 ABGB einen Beschluss des Gemeinderates, zeigt sich, dass das Bekenntnis der Rechtsprechung zur Anscheinsvollmacht ein Lippenbekenntnis bleibt. Der Gemeinderat selbst müsste nämlich den Anschein einer Willensbildung gesetzt haben! Denn »nur dieses Verständnis gewährleistet, daß der Gemeinderat, der den Wählerwillen der Gemeindebürger am deutlichsten verkörpert, das ihm von der Gemeindeordnung zugeordnete Übergewicht gegenüber anderen Gemeindeorganen wahren kann.«<sup>122</sup> Dabei verschwimmen die Kriterien des Rechtsscheins und der Zurechnung des Rechtsscheins. Allerdings tritt dadurch die Wertung der Rechtsordnung besonders deutlich hervor, dass Gemeinden im Vergleich zu Privaten eben besonders geschützt werden: Eine Anscheinsvollmacht setzt den Rechtsschein einer (formpflichtigen) Willensbildung des Gemeinderates voraus. Dieser Rechtsschein muss dem Gemeinderat zugerechnet werden können.

Vereinzelte Missverständnisse dieser Grundsätze hat die Rechtsprechung alsbald korrigiert. Das zeigen die Entscheidungen zum »Neulengbacher Kultursommer«, für dessen Durchführung jeder Vertrag jeweils einer Willensbildung im Gemeinderat bedurft hätte. Der OGH entschied in einer ersten Entscheidung, dass wenn der Bürgermeister, der Finanzreferent und der Kulturreferent übereinstimmend für die Gemeinde handeln, sich die Gemeinde nicht darauf berufen könne, »in ihrer Willensbildung noch nicht endgültig abgereift zu sein.«<sup>123</sup> Diese Entscheidung ist unhaltbar, weil eben – wie Wilhelm bereits kritisiert hat – »der Vollmachtsschein nicht vom Vertreter, sondern vom Vollmachtgeber (also

116 Das ABGB regelt Vollmacht und Auftrag gemeinsam unter »Bevollmächtigungsvertrag« in §§ 1002 ff.

117 Zeiller, Kommentar III/1 (1812) 25.

118 Vgl zB 8 Ob 111/07t; 1 Ob 18/08s; 2 Ob 108/10m; 9 ObA 84/10 h; 5 Ob 52/11z; Ris-Justiz RS0014664; RS0014699; RS0014717.

119 Vgl zB 6 Ob 2328/96p; 6 Ob 316/00i; 8 Ob 111/07t.

120 F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 155 ff.

121 S schon Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup> 855.

122 Ris-Justiz RS0031238 zu § 26 TirGdO.

123 8 Ob 573/90.

vom Kollegium selbst) geschaffen werden muß«.<sup>124</sup> Dies hat auch der OGH erkannt und sich deshalb in Folgeentscheidungen zum selben Sachverhalt korrigiert. Er fand eine tragfähige Begründung für die Gültigkeit der Verträge und betonte, »daß der Gemeinderat den äußeren Anschein gesetzt hat, daß er den erforderlichen Geschäftsführungsbeschuß gefaßt habe«.<sup>125</sup> Dieser Linie folgt die Rechtsprechung konsequent bis heute. Maßgebend ist »immer der vom zuständigen Organ erweckte Anschein, nicht jedoch der Erklärungswert des Verhaltens von nicht vertretungsbefugten, tatsächlich aber nach außen auftretenden Organen«.<sup>126</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung 4 Ob 197/07k zu einem bescheidenen Grenzüberbau auf öffentliches Gut in St. Johann im Pongau von Bedeutung, da der OGH darin als das im konkreten Fall einzig zuständige Organ den »Bundesminister für Finanzen« (BMF) genannt hat. Hierin zeigt sich also wieder, wie stark der Schutz des Fiskus im Vergleich zu Privaten ausgeprägt ist. Denn wenn hier der Finanzminister selbst den Rechtsschein erwecken muss, bleibt die Möglichkeit einer Anscheinsvollmacht ein Lippenbekenntnis. Schließlich ist bei einer solchen Angelegenheit ein Rechtsschein durch den BMF nicht zu erwarten. Vertrauensschutzgesichtspunkte ordnet die Rechtsordnung somit dem Schutz des Fiskus unter.

Die anhaltende Vitalität dieser gesetzgeberischen Wertung und die Strenge des OGH bei Anscheinsvollmachten illustriert auch der im Arbeitsrecht angesiedelte Fall 9 Ob A 211/01x, in dem es um die Frage ging, ob eine regelmäßige erhöhte Urlaubsgewährung durch den Bürgermeister eine – vertragsanpassende – betriebliche Übung darstellte. Nach dem Organisationsrecht der Gemeinde wäre dafür ein Sondervertrag mit Zustimmung des Gemeinderats notwendig gewesen. Obwohl die Praxis über 10 Jahre geübt wurde, verneinte der OGH eine Vertragsänderung. Denn es stehe nicht fest, »dass die Mitglieder des Gemeinderates, auf deren Verhalten es entscheidend ankommt, Kenntnis von der Übung hatten«. Gerade in Anbetracht des heiklen Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, in dem die charakteristische Ungleichgewichtslage eine besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bewirkt, ist das eine bemerkenswerte Positionierung.

#### D. Nachträgliche Sanierung

Diese Grundsätze zeigen sich auch bei der nachträglichen Sanierung eines mit Vollmangelmangel behaf-

teten Geschäftsabschlusses. Dieser ist nämlich als schwebend unwirksames Geschäft anzusehen, das durch nachträgliche Zustimmung des Geschäftsherrn (Genehmigung) wirksam werden kann.<sup>127</sup> Nach § 1016 ABGB gibt es dafür zwei Möglichkeiten: Genehmigung oder Vorteilszuwendung.<sup>128</sup>

Hier greift nun die oben gezeigte Symmetrie zwischen Vollmacht und Anscheinsvollmacht. Auch die nachträgliche Sanierung kann immer nur durch das zuständige Organ erfolgen,<sup>129</sup> da sonst die Vorschriften über die Willensbildung *ad absurdum* geführt würden. Die Willensbildung muss durch jenes Organ erfolgen, das einen solchen Willen *rite* bilden kann. Dies entspricht der einhelligen österreichischen Lehre<sup>130</sup> und Rechtsprechung für privatrechtliche juristische Personen sowohl für die Genehmigung<sup>131</sup> als auch für die Vorteilszuwendung (9 Ob 41/09h).

Für juristische Personen des öffentlichen Rechts muss das *a minori ad maius* umso mehr gelten. Während die Vertretungsordnung des in 9 Ob 41/09h betroffenen Vereins nämlich schwer zu ermitteln und zu durchschauen war, sind die Regeln über die Willensbildung von Gemeinden in offiziellen Rechtserkenntnisquellen publiziert und dem Internet zu entnehmen. Außerdem kann sich gemäß § 2 ABGB niemand damit entschuldigen, dass ihm ein gehörig kundgemachtes Gesetz nicht bekannt ist.

Auch nach deutschem Recht muss die Genehmigung durch das zuständige Organ erfolgen. Dort bedarf aber grundsätzlich wegen der Besonderheiten des deutschen Abstraktionsprinzips die nachträgliche Genehmigung (§ 182 Abs 2 BGB) ebenso wie die Vollmacht (§ 167 Abs 2 BGB) nicht jener Form, die für das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft bestimmt ist. In Österreich strahlt hingegen ein Formerfordernis für das Grundgeschäft auf die Vollmacht und die Genehmigung aus.<sup>132</sup> Vor diesem Hintergrund ist allerdings eine in Deutschland universell akzeptierte Besonderheit bei Geschäften von Gemeinden interessant: Ist für bestimmte Verpflichtungserklärungen der Gemeinde landesrechtlich Schriftform vorgesehen, muss diese Form auch bei einer Genehmigung gewahrt werden, weil es sich dabei nach Ansicht der Rechtsprechung eigentlich nicht um Formvorschriften handle, sondern um Rege-

124 Wilhelm, Theatersommer in N. oder: Wie eine Gemeinde sich [nicht] vertreten lässt, eolex 1994, 373.

125 3 Ob 551/91.

126 4 Ob 197/07k.

127 P. Bydlinski in KBB<sup>3</sup> § 1016 Rz 2; Schramm in MüKo, BGB<sup>6</sup> (2012) § 177 Rz 1, 14.

128 Strasser in Rummel<sup>3</sup> §§ 1016, 1017 Rz 12. Erfolgt keine Sanierung, sind von den Beteiligten bereits erbrachte Leistungen bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln; P. Bydlinski in KBB<sup>3</sup> § 1016 Rz 3; Schramm in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 177 Rz 15.

129 5 Ob 52/11z; Lukas, Wenn der Bindungswille des Gemeinderats fehlt, eolex 2012, 120.

130 Vgl nur P. Bydlinski in KBB<sup>3</sup> § 1016 Rz 4.

131 SZ 49/162; 9 Ob 41/09h; 6 Ob 102/11k.

132 Vgl Permer in ABGB ON 1.01 § 1005 Rz 6 f.

lungen der Vertretungsmacht der Gemeindeorgane.<sup>133</sup> Beide Rechtsordnungen teilen somit das Anliegen, die Ordnung der Willensbildung juristischer Personen des öffentlichen Rechts abzusichern.

Das restriktive Willensbildungs- und Vertretungsregime vor Vertragsabschluss und die Anforderungen an eine nachträgliche Genehmigung sind zwei Seiten derselben Medaille. Das Vertretungskonzept juristischer Personen des öffentlichen Rechts ist Ausfluss einer vom Gesetzgeber gewollten Privilegierung zur Wahrung der Interessen der Allgemeinheit und des öffentlichen Wohls.<sup>134</sup> Diese Privilegierung wäre aber »weitergehend sinnlos, wäre es anderen Organen der Gemeinde möglich, unter Umgehung des zuständigen Organs mit Wirkung für die Gemeinde tätig zu werden«.<sup>135</sup>

### E. Fazit: Gesetzgeberische Strukturentscheidung zur Vertretung von Gemeinden

Die bisherigen Überlegungen zeigen das Bild einer »verglichen mit dem allgemeinen Vertretungsrecht untypische[n] Risikoverteilung zu Lasten des Geschäftspartners«, wie Perner konstatiert.<sup>136</sup> Das von F. Bydliniski angesprochene »Zusammen- und Widerspiel«<sup>137</sup> der Autonomie der Willensbildung einerseits und des Verkehrsschutzes andererseits wird bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts erheblich modifiziert, indem die Ordnung der Willensbildung stärker und zu Lasten des Schutzes des Rechtsverkehrs akzentuiert wird. Nun könnte man daraus schließen, dass das Vertretungskonzept von Gemeinden gerade weil es die Errungenschaften moderner Stellvertretung zur Zeit seiner Entwicklung noch nicht gab, nicht mehr zeitgemäß ist oder durch die Schaffung von Formalvollmachten überholt wurde. Dass diese Akzentverschiebung aber durchaus nach wie vor aktuell ist, zeigt sich bei der lange Zeit parallelen Entwicklung im Vereinsrecht. Dort konnte die Vertretungsbefugnis des Obmanns beschränkt werden, bis das Vereinsgesetz 2002 in seinem § 6 Abs 3 mit einer Formalvollmacht des Obmanns eine »Wohltat für den Geschäftsverkehr«<sup>138</sup> positivierte. Eine solche gesetzgeberische Entscheidung gibt es im Recht der Gemeinden nicht. Damit muss es aber *de lege lata* beim »besonderen Schutz« bleiben, unter den der Gesetzgeber solche juristischen Personen stellt.

Trotz der intensiven Kritik mancher Autoren, die einer Formalvollmacht<sup>139</sup> des Bürgermeisters das Wort reden,<sup>140</sup> ist die Rechtsprechung nicht bereit, diese gesetzgeberische Vorgabe zu ignorieren. Versuche, § 867 ABGB für bedeutungslos zu erachten und in Analogie zu § 1029 S 2 ABGB eine Art objektivierte Anscheinsvollmacht des Bürgermeisters aufgrund der Kundgabe seiner Bestellung durch den Gemeinderat anzunehmen,<sup>141</sup> wirken konstruiert und sind mit der klaren gesetzlichen Anordnung – deren Rechtfertigung und Sinnhaftigkeit man *de lege ferenda* durchaus hinterfragen kann – unvereinbar. Teilweise wurde auch die Gefahr untragbarer Ergebnisse heraufbeschworen;<sup>142</sup> teilweise werden verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 867 ABGB erhoben.<sup>143</sup> Gerade aktuelle Fallgestaltungen zeigen aber die Sinnhaftigkeit der geltenden Vertretungsordnung. Etwa beim Abschluss komplexer Finanzgeschäfte mit hohen Haftungsrisiken, die die Zahlungsfähigkeit einer Gemeinde bedrohen, ist eine demokratische Legitimation durch Zustimmung des Gemeinderats durchaus wünschenswert. Ansonsten wäre vom »besonderen öffentlichen Schutz«,<sup>144</sup> unter den schon Zeiller die Gemeinden stellen wollte und der in § 27 ABGB angedeutet ist, nicht mehr viel übrig.

## V. Schluss

Die Vertretung juristischer Personen fußt auf den allgemeinen Regeln des Vertretungsrechts nach §§ 1002 ff ABGB. Im Einzelnen zeigen sich jedoch Abweichungen, so etwa bei der konkreten Handhabung der Anscheinsvollmacht. Hinsichtlich der Vertretung juristischer Personen des Privatrechts wird überdies eine stärkere Betonung des Prinzips des Vertrauensschutzes des dritten Geschäftspartners deutlich, was seine stärkste Ausprägung im Institut der Formalvollmacht findet. Im Geschäfts- und Handelsverkehr treten somit die Interessen des Geschäftsherrn hinter jene des Dritten zurück. Demgegenüber gewichtet das Gesetz bei der Vertretung juristischer Personen des öffentlichen Rechts die Interessen des Geschäftsherrn stärker. Die Ablehnung von Formalvollmachten, der Gleichlauf des Innen- und Au-

133 BGH in NJW 1984, 606; NJW 1994, 1528; BAG in NJW 1987, 1038; Schramm in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 177 Rz 38 f.

134 4 Ob 197/07k; Ris-Justiz RS0014717.

135 Ris-Justiz RS0031238.

136 Perner in ABGB ON 1.01 § 867 Rz 8.

137 F. Bydliniski, System und Prinzipien 148.

138 Krejci, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 713 (715).

139 Oder zumindest abstrahierten Vollmacht.

140 Wilhelm, Vertretung 118 ff, 122 f; Thunhart, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBl 2001, 75 ff, 80 f; Grillberger/Probst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981) 77 ff.

141 So Wilhelm, Vertretung 118 ff.

142 Thunhart, JBl 2001, 75 f; Wilhelm, Vertretung 148.

143 Perner in ABGB-ON 1.01 § 867 Rz 8; Thunhart, JBl 2001, 69 (73 ff); Wilhelm, Vertretung 156 ff; ders, ecoloex 1991, 373; ablehnend die Rsp 8 Ob 11/11t.

144 Zeiller, Commentar III/1, 25.

ßenverhältnisses und die Ausgestaltung der Anscheinvollmacht sind Zeugen dafür. Diese Akzentverschiebung unterliegt mitunter der Kritik, ist aber in vielen Fällen – wie aktuelle Gerichtsverfahren zeigen – sachlich durchaus gerechtfertigt.

**Korrespondenz:**

*Univ.-Ass. Mag. Bernhard Burtscher, LL.M (WU)*

*Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer*

*Institut für Zivil- und Unternehmensrecht*

*Wirtschaftsuniversität Wien*

*Welthandelsplatz 1/D3*

*1020 Wien*

*Email: [lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at](mailto:lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at)*