



universität
wien

Dissertation

Titel der Dissertation

„Missbrauch von Formalvollmachten“

Verfasserin

Mag^a. iur. Nicole Hofmann

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Drⁱⁿ. iur.)

Wien, Dezember 2008

Studienkennzahl A 083 101

Dissertationsgebiet Unternehmensrecht

Betreuer o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	1
2	Historische Entwicklung	5
2.1	Das römische ius civile.....	6
2.2	Entwicklung des modernen Stellvertretungsrechts, insbesondere der Formalvollmachten	8
2.2.1	Die Theorieentwicklung.....	8
2.2.1.1	Die Fiktionstheorie.....	9
2.2.1.2	Die Zessionstheorie.....	10
2.2.1.3	Die Geschäftsherrntheorie von <i>Savigny</i>	11
2.2.1.4	Jhering und Goldschmidt	13
2.2.1.5	<i>Labands</i> „Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften“	14
2.2.1.6	Die Theorieentwicklung nach <i>Laband</i>	20
2.2.2	Die direkte Stellvertretung allgemein in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts	23
2.2.2.1	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756	24
2.2.2.2	Allgemeines Preußisches Landrecht von 1794	25
2.2.2.3	ABGB	28
2.2.3	Entwicklung der gesetzlichen Bestimmungen über die Formalvollmachten am Beispiel der Prokura	31
2.2.3.1	Bedürfnis der Praxis.....	32
2.2.3.2	Entwicklungsgeschichte der Bestimmung	33
2.2.3.2.1	Der Preußische Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches	33
2.2.3.2.2	Beratungen eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches – Nürnberger Sitzung.....	33
2.2.3.2.3	Die Einwendungen <i>Goldschmidts</i> und <i>Schliemanns</i>	34
2.2.3.2.4	Art 43 I ADHGB.....	36
3	Formalvollmachten	38
3.1	Begriff	38
3.1.1	Gesetzlich definierter Umfang.....	39
3.1.2	Unbeschränkbarkeit	40
3.2	Fälle.....	41

3.2.1	Die Vertretungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft.....	42
3.2.1.1	Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands	42
3.2.1.1.1	Außenwirksame Grenzen der Vertretungsmacht	43
3.2.1.1.2	Interne Beschränkungen.....	48
3.2.1.2	Art der Vertretung bei einem mehrgliedrigen Vorstand	49
3.2.2	Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers der GmbH.....	52
3.2.2.1	Umfang der Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers	53
3.2.2.1.1	Außenwirksame Grenzen der Vertretungsmacht	53
3.2.2.1.2	Interne Beschränkungen.....	56
3.2.2.2	Art der Vertretung bei mehreren Geschäftsführern	57
3.2.3	Der vertretungsbefugte Gesellschafter der Personengesellschaften	58
3.2.3.1	Umfang der Vertretungsmacht.....	58
3.2.3.1.1	Außenwirksame Grenzen der Vertretungsmacht	60
3.2.3.1.2	Gesetzliche Grenzen	60
3.2.3.1.3	Insichgeschäfte.....	62
3.2.3.1.4	Geschäftsführungsschranken im Innenverhältnis	64
3.2.3.2	Art der Vertretung.....	65
3.2.3.3	Besonderheiten der Kommanditgesellschaft.....	66
3.2.4	Die Vertretungsmacht des Prokuristen	67
3.2.4.1	Umfang der Vertretungsmacht.....	67
3.2.4.2	Beschränkungen im Innenverhältnis.....	69
3.2.4.3	Art der Vertretung.....	69
4	Zum Missbrauch der Formalvollmachten.....	72
4.1	Terminologie und Problem	72
4.2	Mögliche Rechtsfolgen	74
4.3	Mögliche Voraussetzungen.....	75
4.4	Entwicklung der Judikatur	76
4.4.1	Zusammenfassung Judikatur.....	100
4.5	Lösungen in der Lehre	102
4.5.1	Der Kollusionsansatz	102
4.5.2	Abstufungen.....	115
4.5.3	Wissenmüssen von der objektiven Pflichtwidrigkeit.....	129
4.6	Europarechtliche Aspekte	130
4.6.1	Die Publizitätsrichtlinie	130

4.6.1.1	Art 9 der Publizitätsrichtlinie	131
4.6.1.2	Die „Rabobank-Entscheidung“	135
4.6.1.3	Richtlinienkonforme Interpretation der §§ 74 AktG und 20 GmbHG.....	139
4.7	Wichtige Aspekte zur Beurteilung des Problems – Eigene Meinung.....	141
4.7.1	Dogmatische Einordnung.....	141
4.7.1.1	Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB.....	141
4.7.1.2	Rechtsmissbrauch nach § 1295 Abs 2 ABGB	143
4.7.1.3	Lösungen innerhalb des Vertretungsrechts.....	145
4.7.2	Historisch-teleologische Interpretation anhand der Bestimmungen zur Prokura.....	149
4.7.2.1	Die Beschränkbarkeit von Formalvollmachten	152
4.7.2.1.1	Verkehrsschutz vs Vertrauensschutz	153
4.7.3	Interessensabwägungen.....	161
5	Zusammenfassung.....	163
6	Fazit.....	167
6.1	De lege lata	167
6.2	De lege ferenda	168
7	Literaturverzeichnis	169
8	Geschäftszahlenliste zum Missbrauch der Vertretungsmacht	177

1 Einleitung

Das österreichische Stellvertretungsrecht folgt dem Konzept der abstrakten Vollmacht. Spricht das ABGB noch vom Bevollmächtigungsvertrag, so ist es heute anerkannt, dass bei der direkten Stellvertretung ein vom Innenverhältnis (Auftrag, Ermächtigung, Dienstverhältnis) unabhängiges Außenverhältnis besteht. Für die Gültigkeit der Erklärung des Gewalthabers – und damit des Rechtsgeschäfts zwischen Gewaltgeber und Drittem – ist das Außenverhältnis Ausschlag gebend. Ein Geschäft, das der Vertreter im Namen des Vertretenen schließt, ist dann gültig, wenn es von der Vollmacht (Außenverhältnis) gedeckt ist. Dies grundsätzlich auch in Fällen, in denen die Vertretungshandlung dem internen Auftrag widerspricht, das Innenverhältnis also überschritten wurde.

Die Vollmacht als zweistufiges Rechtsinstitut, das in Innenverhältnis und Außenverhältnis zerfällt, ist eine relativ junge Entwicklung der Rechtsgeschichte. Lange Zeit war die Idee, dass der Wille einer Person durch eine andere gebildet werden kann, recht abwegig.

Bei rechtsgeschäftlichen Vollmachten des bürgerlichen Rechts ist die Außenvollmacht grundsätzlich frei gestaltbar. Der Machtgeber kann sich also aussuchen, in welchem Umfang oder für welche Geschäfte er einer bestimmten Person Vollmacht einräumt. Der Umfang von Formalvollmachten ist hingegen gesetzlich umschrieben. Sie sind von Gesetzes wegen dem Dritten gegenüber unbeschränkbar. Diese Unbeschränkbarkeit geht aus den einschlägigen Normen klar hervor. Selbst bei Geschäften, für die das Gesetz eine Zustimmungspflicht normiert, gehen Literatur und Judikatur davon aus, dass eine mangelnde Zustimmung nicht das Geschäft als solches verhindert, sondern den Gewalthaber gegebenenfalls schadenersatzpflichtig macht. So listet etwa § 95 AktG Geschäfte auf, zu deren Abschluss der Vorstand die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen hat. Auf der einen Seite hat also der Vorstand eine unbeschränkte (und unbeschränkbare) organschaftliche Vertretungsbefugnis, auf der anderen Seite zählt das Gesetz zustimmungspflichtige Geschäfte auf. Die Genehmigung ist im Innenverhältnis notwendig, das Fehlen der Genehmigung im Außenverhältnis aber nicht vollmachtsbeschränkend.

Trotz dieser klaren gesetzlichen Anordnung sind die Rechtsfolgen verschiedener Konstellationen in der Praxis oftmals unklar. Die Lösung der Frage, was passieren soll, wenn ein Vertreter den ihn bindenden Auftrag überschreitet, sich aber innerhalb der gesetzlich definierten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht bewegt, ist in Lehre und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Einigkeit besteht darüber, dass die Beschränkung im Innenverhältnis die Vertretungshandlung „grundsätzlich“ nicht hindert. Einigkeit besteht außerdem darüber, dass dies nicht ausnahmslos gilt. Unter Umständen führen Beschränkungen im Innenverhältnis zur Unwirksamkeit des Geschäfts. Unbestritten ist diese Rechtsfolge für die Fälle des arglistigen Zusammenwirkens von Vertreter und Drittem, in der Absicht, den Vertretenen zu schädigen. Andere Fälle sind hingegen umstritten. Es wurde mehrfach versucht, die Unwirksamkeit des Vertreterhandelns trotz unbeschränkbarer Vollmacht auf weitere Fallgruppen zu erstrecken. Als dogmatische Grundlage hierfür – wie auch für die Kollusion selbst – werden Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB, Rechtsmissbrauch nach § 1295 Abs 2 ABGB oder Lösungen, die das Abstraktionsprinzip in Frage stellen, angeführt. Will man auch andere Fallgruppen bilden, so werden für die Unwirksamkeit in der **Lehre** unterschiedliche Voraussetzungen verlangt:

Auf Seiten des **Vertreters** wird einerseits Schädigungsabsicht verlangt, andererseits nur objektive Überschreitung des Innenverhältnisses.

Auf Seiten des **Dritten** gibt es mehrere Variationen: Zuweilen wird Kenntnis von der Schädigungsabsicht des Vertreters mit oder ohne eigener Schädigungsabsicht, zuweilen Evidenz (grob fahrlässige Unkenntnis) der Schädigungsabsicht des Vertreters (dies wieder teilweise mit und teilweise ohne eigene Schädigungsabsicht) verlangt. Für Teile der Lehre ist Wissen um die Überschreitung des Innenverhältnisses, teilweise sogar Wissen-Müssen darum ausreichend.

Der **OGH** hält in seinen Entscheidungen an der Voraussetzung der Schädigungsabsicht beim Vertreter fest. Teilweise ist aber keine Schädigungsabsicht des Dritten notwendig – das Wissen von der Schädigungsabsicht des Vertreters ist bereits ausreichend. In manchen Entscheidungen muss kein Wissen des Dritten vorliegen – es reicht, wenn sich dem Dritten geradezu aufdrängen muss, dass der Vertreter bei Geschäftsabschluss mit Schädigungsvorsatz zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat.

Das Problem, das im Fokus der folgenden Untersuchung steht ist nicht neu. Auch in jüngerer Zeit wurden Ansichten zu diesem Themenkreis veröffentlicht. Trotzdem fehlt für Österreich eine umfassende Aufarbeitung der Problematik, die Lehre und Rechtsprechung übersichtlich darstellt und dogmatische Lösungsansätze erarbeitet – dies soll mit dieser Abhandlung versucht werden. Dabei liegt der Schlüssel für die Lösung in der dogmatischen Grundlage einer eventuellen Unwirksamkeit eines Vertretergeschäfts. Zu beachten ist dabei, dass die Lösung – soll sie über eine Analogie oder eine teleologische Reduktion führen – dann an der Lex lata-Grenze des § 6 ABGB scheitert, wenn der historische Gesetzgeber die so gefundene Lösung zweifelsfrei nicht wollte.

Aus dieser Überlegung ergibt sich auch der Aufbau der Untersuchung.

Ein Schwerpunkt liegt in der Aufarbeitung der Geschichte der einschlägigen Bestimmungen. Eingebettet ist dies in eine allgemeine Darstellung der historischen Entwicklung des modernen Stellvertretungsrechts.

Da sich diese Abhandlung mit Formalvollmachten beschäftigt, folgen Definition und Darstellung des Wesens und Umfangs der wichtigsten Fälle, in denen der österreichische Gesetzgeber Vertretungsmacht als Formalvollmacht ausgestaltet hat.

Im Anschluss werden das Problem des „Missbrauchs“ von Formalvollmachten und die von Lehre und Rechtsprechung angebotenen Lösungen dargestellt. Auch die Konformität dieser angebotenen Interpretationen mit Art 9 der Publizitätsrichtlinie wird überprüft.

Zuletzt soll die Lösung des Problems versucht werden, wann Vertretungshandlungen die entgegen interer Beschränkungen vorgenommen werden unwirksam sind. Dies geschieht durch Überprüfung möglicher dogmatischer Grundlagen, wobei im Wege einer historisch-teleologischen Interpretation überprüft wird, ob eine Analogie oder eine teleologische Interpretation am Willen des historischen Gesetzgebers scheitert. Im Zuge dessen soll der Telos der Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten einer genaueren Prüfung unterzogen werden, wobei insbesondere auf mögliche Unterschiede zwischen

Vertrauensschutz und Verkehrsschutz eingegangen wird. Im Anschluss wird überprüft, ob Interessensabwägungen zu einer Lösung beitragen können.

Den Abschluss bilden eine Zusammenfassung der Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit sowie Lösungsvorschläge.

Paul Laband stellte 1866 seiner Bahn brechenden Abhandlung über die Formalvollmachten folgende – erstaunlich aktuellen – Zeilen voran, die ich heute, beinahe 150 Jahre später, auch meiner Arbeit einleitend vorausschicken möchte.

„Die Lehre von der Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften ist in der neueren Zeit so oft der Gegenstand eingehender Untersuchungen geworden, daß eine neue Erörterung dieser Materie einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Die beste Rechtfertigung einer Abhandlung wird freilich immer darin liegen, daß sie zu einem brauchbaren und begründeten Resultat gelangt; und insofern müssen wir dem Urtheil der Leser es anheim stellen, ob unsere Abhandlung diese Rechtfertigung durch sich selbst erbringt.“¹

¹ *Paul Laband*, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR 1866, 183.

2 Historische Entwicklung

„Heute in der Zeit, wo der Staat einen unsinnig dicken Bauch hat, giebt es in allen Feldern und Fächern, außer den eigentlichen Arbeitern, noch „Vertreter“ (...) schwätzende, prahlerische Tunichtgute (...). Unser modernes Leben ist äußerst kostspielig durch die Menge Zwischenpersonen; (...) in einer antiken Stadt dagegen und im Nachklang daran noch in mancher Stadt Spaniens und Italiens trat man selber auf und hätte Nichts auf einen solchen modernen Vertreter (...) gegeben – es sei denn einen Tritt!“²

Das Rechtsinstitut der Stellvertretung ist allgemein eine sehr junge Erscheinung der Rechtsgeschichte. Während die restliche Rechtsgeschäftslehre ihren Ursprung im römischen Recht findet, fußt die Stellvertretung auf gewissermaßen schwierigen gedanklichen Prämissen. Diese noch im 19. Jahrhundert als kontraintuitiv empfundenen Gedanken sind insbesondere die Möglichkeit, den Willen für jemand anderen zu bilden und diesen anderen durch rechtsgeschäftliches Handeln zu binden, ohne selbst gebunden zu werden.³ Damit einher geht eine „Vervielfältigung der Person,“⁴ die für die Praxis speziell im 18. und 19. Jahrhundert immer wichtiger wird, ideengeschichtlich aber bis weit in das 19. Jahrhundert als mit dem freien Willen des Individuums schwer zu vereinbaren gilt. Die Diskussion über die rechtsdogmatische Einordnung und Entwicklung des Rechtsinstituts der Stellvertretung zieht sich daher bis weit nach dem Entstehen der ersten diesbezüglichen rechtlichen Normen hin.

In der Form, in der die Stellvertretung uns heute geläufig ist – als auf einer abstrakten Vertretungsbefugnis basierendes Handeln im fremden Namen bei unmittelbarer Bindung des Geschäftsherrn – , ist dieses Rechtsinstitut noch keine 150 Jahre alt.

² Friedrich Nietzsche, Der Wille zur Macht. Aphorismen Nr. 74-76 in Nietzsche Werke XV, nachgelassene Werke (1912) 197f.

³ Vgl etwa Thöl, der eine Stellvertretung, bei der der Vertreter einen Willen für den Vertretenen bildet, für logisch unmöglich erklärt: „Wenn der Stellvertreter nicht als bloßes Instrument, als Bote zum Zustandekommen des Vertrages mitwirkt, sondern selbst contrahiert, so kann auch nur er das Subjekt der contrahierten Obligation sein; es kann nicht der ursprünglich eigene Contract ein ursprünglich fremder, der ursprünglich fremde ein eigener sein.“ Heinrich Thöl, Das Handelsrecht I (1862) § 25.

⁴ Ulrich Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (1969)14f.

2.1 Das römische ius civile

Das römische Zivilrecht kennt das allgemeine Prinzip der direkten Vertretung nicht.⁵ Zwar kommt es auch im römischen Zivilrecht zu einer teilweisen Erweiterung des Aktionsradius der Person – etwa durch die Einschaltung von Sklaven und Hausangehörigen –, doch sind es hier nicht freie Personen denen durch Vollmacht die Befugnis und Möglichkeit erteilt wird, durch eigenes Handeln den Prinzipal zu binden.⁶ Das römische Recht geht von dem Prinzip aus, dass die Rechtshandlungen nur in der Person wirken, die sie vornimmt.⁷ Bezüglich der direkten Stellvertretung gilt der programmatische Satz „alteri stipulari nemo potest.“⁸ Zwar gibt es Stimmen in der Lehre, die die allgemeine Gültigkeit dieses Prinzips im römischen Recht bestreiten,⁹ doch ist es herrschende Meinung, dass diesen nicht gefolgt werden soll,¹⁰ sodass der heutige Stand der Literatur über die Stellvertretung von der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung im römischen Recht ausgeht.¹¹ Man lässt in Rom zwar einen Rechtserwerb durch die eigenen Hauskinder und Sklaven zu,¹² nicht aber durch Gewaltfreie und Hausfremde.¹³ Beim Rechtserwerb durch Sklaven und Hausangehörige kommt es allerdings weder auf Handeln im fremden Namen noch auf Wissen und Wollen des Geschäftsherrn an. Der mit einem Sklaven geschlossene Vertrag gilt für dessen wahren Eigentümer. Da aber oftmals nicht allen Beteiligten klar war, wer nun der wahre Eigentümer des Sklaven ist, war man bestrebt, die dadurch entstehenden Missverständnisse zu beseitigen. So verordnete Justinian, dass bei schriftlich mit einem

⁵ Anders im römischen öffentlichen Recht: Hier ist das Handeln durch Menschen als selbständige Werkzeuge, deren Tun unmittelbar bei denen wirkt, für die sie auftreten, vertraut. Der *populus Romanus* handelt durch seine Magistrate, die Gemeinden und Vereine durch ihre Organe (auch die Vereine gehören, obwohl sie durch freiwilligen Zusammenschluss Privater gegründet werden, nach römischer Anschauung in die öffentliche Sphäre und stehen außerhalb des Privatrechts) – und nicht zuletzt handelt Gott durch die Priester.

⁶ Franz Wieacker, *Vom römischen Recht*² (1961) 33, 124ff.

⁷ Max Kaser, *Das römische Privatrecht*², Erster Abschnitt (1971) § 62.

⁸ *Ulpian* in D. 45.1.38.17.

⁹ So will etwa *Savigny* in seinem System § 113 die Gültigkeit des Prinzips von der Unzulässigkeit der Stellvertretung auf das ältere formelle Recht der *stipulatio* beschränken und bejaht für die spätere Zeit die Stellvertretung im römischen Recht mit dem Argument, es gäbe zwischen Boten und Stellvertreter keinen Unterschied. Das erklärt sich aus der von *Savigny* vertretenen Geschäftsherrntheorie, die von einer weitgehenden Identifizierung von Botenschaft und Stellvertretung ausgeht; Vgl dazu unten 2.2.1.3.

¹⁰ *Ludwig Mitteis*, *Die Lehre von der Stellvertretung* (1885) 26ff, 308ff; *Thöl*, *Handelsrecht I* § 25 Anm 2; *Kaser*, *Römisches Privatrecht*, Erster Abschnitt § 62.

¹¹ *Wolfram Müller-Freienfels*, *Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert*, in *Coing/Wilhelm* (Hg), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert II* (1977) 146.

¹² Mit Ausnahme der *iure cessio*; vgl *Kaser*, *Römisches Privatrecht*, Erster Abschnitt § 67.

¹³ *Ulpian* in D. 13.7.11.6; *Kaser*, *Römisches Privatrecht*, Erster Abschnitt § 62.

Sklaven abgeschlossenen Verträgen die Forderung für denjenigen erworben werde, der in der Urkunde als Herr des Sklaven angegeben war, unabhängig davon, ob er der wahre Eigentümer des Sklaven sei oder nicht.¹⁴ Man konnte sich also auch im Justitianischen Rom eines Stellvertreters bedienen, nur durfte man ihn nicht als Stellvertreter, sondern musste ihn als seinen Sklaven bezeichnen.¹⁵ Die Regel, dass der Rechtserwerb durch Gewaltfreie ausgeschlossen ist, deckt sich – weil zwischen Handeln im eigenen oder fremden Namen nicht zu unterscheiden ist – mit dem Prinzip, dass es keine Verträge zu Gunsten Dritter gibt.¹⁶ Dies fußt ideengeschichtlich auf der Annahme, dass der Wille der vermögensrechtlich selbständigen Person im Privatrecht souverän ist. Die freie Person kann sich nicht zur bloßen Durchgangsstation fremden Willens, fremder Rechte degradieren. Der Wille des Einen kann nicht für den Willen des Anderen gelten, denn der eigene Wille ist gerade das innerste Wesen, die unverletzliche Prärogative der freien Person.¹⁷ In manchen Bereichen wurde das Prinzip, dass das *ius civile* keine direkten Stellvertretungen zulässt, gelockert – insbesondere durch prätorische Rechtsschöpfung – ,¹⁸ jedoch nie nennenswert in Frage gestellt. Die Struktur des römischen Wirtschaftssystems, die Funktionen der adjektizischen Klagen¹⁹ sowie die Zulassung von Umgehungskonstruktionen und Ausnahmen hatten zur Folge, dass das römische Wirtschaftsleben auch ohne die Figur der direkten Stellvertretung ausgekommen sein dürfte.²⁰

¹⁴ Justitian L 14 § 1 Cod. de contr. stipul. VIII, 38.

¹⁵ Hermann Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852) 119; Laband, ZHR 1866, 200.

¹⁶ Kaser, Römisches Privatrecht, Erster Abschnitt §62, § 115; Müller, Direkten Stellvertretung 14ff.

¹⁷ Vgl Laband, ZHR 1866, 186.

¹⁸ So haftet der Geschäftsherr in manchen Sachverhalten für Rechtshandlungen des Schiffsführers (*magister navis*) auch dann, wenn dazu ein Gewaltfreier bestellt worden ist. Die Haftung tritt aber nicht an die Stelle der Haftung des Schiffsführers, sondern nur hinzu; Kaser, Römisches Privatrecht, Erster Abschnitt § 62.

¹⁹ Dem Dritten wurde generell keine *actio* gegen den Versprechenden, andererseits dem Versprechenden keine *actio* gegen den Dritten zugestanden; Kaser, Römisches Privatrecht, Erster Abschnitt § 33.

²⁰ Vgl Müller, Direkte Stellvertretung 19f.

2.2 Entwicklung des modernen Stellvertretungsrechts, insbesondere der Formalvollmachten

2.2.1 Die Theorieentwicklung

Das Stellvertretungsrecht ist einer jener Rechtsbereiche, bei denen sich die Theorie erst mühsam den Erfordernissen der Praxis angepasst hat. Für die Bedürfnisse der Praxis nach einem eigenen Stellvertretungsrecht, beginnend im 17. und – wohl am zugespitztesten – im 19. Jahrhundert, gibt es eine Reihe von Gründen. Das Wachstum der Märkte, insbesondere durch die schrittweise Aufhebung von Zöllen, die zunehmende Intensität des weltwirtschaftlichen Wettbewerbs und die erweiterten (transport-)technischen Möglichkeiten²¹ verlangen nach Möglichkeiten der wirksamen Stellvertretung. All diese ökonomischen Faktoren erweitern den potentiellen Radius von wirtschaftlichen Aktivitäten über den Umfang hinaus, den eine einzelne natürliche Person abdecken kann.²² Insbesondere die raschen Fortschritte handelsrechtlicher Organisationen tragen dazu bei, dass wirksame und verlässliche Stellvertretungsregelungen immer essentieller werden.²³ Die Rechtswissenschaft hingegen vermag in dieser Zeit bei der Bewältigung dieses Problems nicht die Hilfestellung zu geben wie sonst in zivilrechtlichen Grundfragen.²⁴ Dies findet seine Grundlage in dem Umstand, dass die Wissenschaft vom römischen Recht für die Lösung des Problems der „Vervielfältigung der Person“²⁵ wenig Unterstützung bot. Im Gegenteil: Je mehr die aktuelle Rechtswissenschaft bestrebt war, die Rechtslehre mit den römisch-rechtlichen Wurzeln in Einklang zu bringen, umso mehr hat sich diese Rechtslehre als Hemmschuh für die Entwicklung der von der Praxis benötigten Sicherheit bezüglich der Wirkung von Vertretungshandlungen herausgestellt.²⁶

²¹ Vgl. *Roman Sandgruber*, Ökonomie und Politik. Österreichische Wirtschaftsgeschichte vom Mittelalter bis zur Gegenwart (1995) 482ff.

²² *Sandgruber*, Wirtschaftsgeschichte 490.

²³ *Werner Sombart*, Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus III, 1 (1955) 430.

²⁴ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 146.

²⁵ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 146.

²⁶ *Müller*, Direkte Stellvertretung 29.

Ludwig Mitteis, selbst Privatdozent für Römisches Recht an der Universität Wien, formuliert 1885 retrospektiv: „Das Rechtsinstitut und der Gedanke der Stellvertretung gehören nicht zu der großen römischen Erbschaft, die auf uns gekommen ist; Sache und Begriff sind vielmehr eine Errungenschaft, die das moderne Rechtsleben und die neuere Jurisprudenz mühsam genug sich selbst geschaffen haben.“²⁷

2.2.1.1 Die Fiktionstheorie

Die Wissenschaftler der Vernunftrechtslehre näherten sich dem Problem der Stellvertretung durchaus pragmatisch. Sie haben die Privatrechtswissenschaft – nicht nur in dieser Frage – von der prinzipiellen Bindung an die römischen Quellen und die älteren Autoritäten befreit und so die Grundlage für eine neue Sicht auf die Stellvertretung geschaffen.²⁸ Das Naturrecht ist die Zeit der Abwendung vom Prinzip „*alteri stipulari nemo potest*.“²⁹ Ausgangspunkt für die Lösung der Stellvertretungsproblematik war für die Vernunftrechtslehrer der Neuzeit die Privatautonomie. Der Einzelne sollte sich kraft seines freien und vernünftigen Willens auch entscheiden können, Dritte zum Abschluss von Rechtsgeschäften zu Hilfe zu nehmen. Es würde seiner Freiheit als selbstverantwortliche Person widersprechen, könnte er nicht jemand anderen zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts nutzen. Dieser Gedanke gemeinsam mit dem sinkenden Einfluss römisch-rechtlicher Autorität³⁰ führte dazu, dass die Verpflichtung eines anderen ab dem 17. Jahrhundert entgegen Ulpian's „*alteri stipulari nemo potest*“ grundsätzlich für zulässig erachtet wurde.³¹ Wie soll nun aber eine solche „Nutzung eines Dritten zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts“ dogmatisch funktionieren? Die Antwort findet sich bei *Hugo Grotius*,³² der das mittelalterliche Vertragsbild durch eine neue, auf das Individuum abgestellte Lehre vom Vertrag ersetzt.³³ Er lässt grundsätzlich den Vertragsschluss im Namen dessen, „(...) der die Sache erhalten soll (...),“ zu. In diesem Fall sei „(...) nicht weiter zu unterscheiden,

²⁷ *Mitteis*, Stellvertretung 1.

²⁸ *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967) § 15 V 2 c, 275.

²⁹ *Müller*, Direkte Stellvertretung 123.

³⁰ „Das römische Recht als *ratio scripta* war von einer unwiderleglichen Fiktion zu einer widerlegbaren Vermutung geworden“ *Gerhard Wesenberg/Gunter Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung (1985) 129.

³¹ *Buchka*, Lehre von der Stellvertretung 161.

³² *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, dt. hg. v. Walter Schätzel (1950) (lat. Orig. 1625).

³³ *Müller*, Direkte Stellvertretung 125.

ob der Annehmende selbständig ist oder nicht, wie das römische Recht will (...). Denn es wird angesehen, als ob ich gewollt, was ich in dessen (des Vertreters) Willen gestellt habe, sobald Jener auch gewollt hat.“³⁴ Fingiert wird also die Gleichsetzung von Vertreter und Vertretenem. Wie sich aus dieser Beschreibung von *Grotius* erkennen lässt, sieht die Fiktionstheorie sowohl Auftrag als auch Handeln im fremden Namen bereits als Voraussetzungen für eine wirksame Verpflichtung des Geschäftsherrn an, die Abgrenzung zwischen Mandat und Bevollmächtigung fehlt jedoch noch.³⁵ Es gibt noch keine vom konkreten Auftrag unabhängige Vollmacht. Trotzdem bietet die Fiktionstheorie – und ihre weit gehende Anerkennung in der Rechtswissenschaft – nicht nur die Grundlage für die Anerkennung im Gewohnheitsrecht des 17. Jahrhunderts, sondern auch für die Regelung der Stellvertretung in den großen Kodifikationen um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert. Die Fiktionstheorie bei gleichzeitig fehlender Trennung zwischen Vollmacht und Auftrag bestimmt bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts den rechtswissenschaftlichen Diskurs.³⁶

2.2.1.2 Die Zessionstheorie

Im Zuge des Erstarkens der historischen Schule³⁷ kommt es in der Rechtswissenschaft zu einer Rückbesinnung auf das römische Recht. Dies führt dazu, dass eine ganze Reihe von Rechtswissenschaftlern die direkte Verpflichtung des Machtgebers durch Handeln des Machthabers als nicht möglich betrachten.³⁸ Aus diesem Gedanken und der gleichzeitigen Frage, wie die in der Wirklichkeit ja vorkommenden Vertretungshandlungen den Machtgeber doch zu binden vermögen, entwickelt *Christian Friedrich Mühlenbruch*³⁹ 1836 die Zessionstheorie.⁴⁰ Diese Theorie besagt bezogen auf die Stellvertretung, dass die Wirkungen des vom Vertreter geschlossenen Geschäfts immer erst ihn selbst treffen und nur über seine Person zum Vertretenen gelangen

³⁴ *Grotius*, De iure belli ac pacis, cap 11, §§ 17ff.

³⁵ *Müller*, Direkte Stellvertretung 132.

³⁶ Vgl. noch 1876 *Josef Unger*, System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts II⁵ (1892) § 90 B II, 137: (die Fiktionstheorie stellt) „allein die befriedigende und ausreichende Construction der Verhältnisse, welche die Stellvertretung erzeugt“ (dar).

³⁷ Zur historischen Schule s. ausführlich *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte 348ff mwN.

³⁸ Vgl. *Müller*, Direkte Stellvertretung 155.

³⁹ Obwohl selbst nicht Teil der engeren historischen Schule.

⁴⁰ *Christian Friedrich Mühlenbruch*, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte: nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt (1836).

können.⁴¹ Dies unabhängig davon, ob der Vertreter im eigenen oder im fremden Namen handelt.⁴² *Mühlenbruch* kann sich die direkte Entstehung von Rechtswirkungen zwischen Vertretenen und Dritten konstruktiv nicht erklären und lehnte sie daher als logisch unmöglich ab.⁴³ Allerdings geht *Mühlenbruch* von einer Unübertragbarkeit der beim Vertreter entstandenen Obligation auf den Vertretenen aus. Wie soll nun also der Vertretene zu einem Anspruch gegen den Dritten kommen, wenn auch eine Übertragung der Forderung vom Handelnden auf den Vertretenen unzulässig ist? *Mühlenbach* löst dieses Problem dadurch, dass er es dem Vertreter freistellt, die „Ausübung der Forderung“ dem Vertretenen zu überlassen. Der Vertretene erhält vom Vertreter also eine Art Prozessvollmacht.⁴⁴ Gleichzeitig bleibt der einzige Vertragspartner – und damit auch Schuldner des Dritten – der Handelnde.⁴⁵ Dieser Zessionstheorie schlossen sich eine Reihe von Wissenschaftlern an.⁴⁶

Gerade zu einer Zeit also, in der das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach unmittelbarer Wirkung von Vertretungshandlungen immer mehr wuchs, machte die Rechtswissenschaft einen beachtlichen Rückschritt.

2.2.1.3 Die Geschäftsherrntheorie von Savigny

Eine entscheidende Rolle bei der Herausbildung der Stellvertretung als eigenes Rechtsinstitut kommt *Savigny* zu. Er behandelt die Stellvertretung als solche im 3. Band seines „Systems“.⁴⁷ *Savigny* stellt fest, dass es nach gemeinem römischem Recht anders als im klassischen römischen Recht allgemein möglich sei, für einen anderen Rechte zu erwerben und Verträge abzuschließen.⁴⁸ *Savigny* erkennt also die unmittelbare Wirkung des Handelns des Vertreters für den Vertretenen ausdrücklich an, obwohl ihm ein Bruch mit dem römischen Recht fern liegt. Vielmehr ist es seine Interpretation der Quellen,

⁴¹ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 152.

⁴² *Müller*, Direkte Stellvertretung 155.

⁴³ *Mühlenbruch*, Cession §§ 12, 14, 37, 116.

⁴⁴ „Actio utilis.“

⁴⁵ *Mühlenbruch*, Cession § 6.

⁴⁶ Ua Puchta, Kuntze, Vangerow, Wenig-Ingenheim, Bähr; vgl. *Müller-Freienfels*, Abstraktion FN 46-50.

⁴⁷ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III (1840) § 113, 90.

⁴⁸ Vgl. *Hans Martin Pawlowski*, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, 125.

wonach sich der Satz „*alteri stipulari nemo potest*“ tatsächlich nur auf die Stipulation und nicht auch auf andere Verträge beziehe.⁴⁹

Sein Ausgangspunkt für die Wirksamkeit des Vertreterhandelns ist der Willensentschluss des Vertretenen wie er in der Bevollmächtigung zum Ausdruck kommt.⁵⁰ Dabei misst er der Willensbildung des Vertreters keine eigenständige Bedeutung bei. Im Gegensatz zur Zessionstheorie, die nur den Vertreter als Kontrahenten sieht, geht *Savigny* nur vom Prinzipal als Vertragspartner aus.⁵¹

Der Gedanke allerdings, dass der Geschäftsführer tatsächlich den Willen für den Geschäftsherrn bildet, wie es im modernen Stellvertretungsrecht selbstverständlich ist, findet sich bei *Savigny* noch nicht. Der Vertreter überbringe bzw trage nur den fremden Willen, er sei das bloße „Organ des wahren Kontrahenten“. ⁵² Zwischen der Stellvertretung und der Botenschaft bestehe kein Unterschied.⁵³ Der Vertreter habe zwar eine Wahlmöglichkeit, wie er den Willen des Geschäftsherrn konkretisiere, doch sei dies keine eigenständige Willensbildung, denn „(...) mein auf manichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer mein Wille und der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesen Fällen, der anderen Partei gegenüber, als der bloße Träger meines Willens.“⁵⁴ Trotzdem führt dieser Gedanke der direkten Verpflichtung des Geschäftsherrn zu großem Widerspruch.⁵⁵ So etwa zu dem nachdrücklichen Hinweis darauf, dass es unmöglich sei „(...) in einer anderen Person zu kontrahieren.“⁵⁶

⁴⁹ Müller, Direkte Stellvertretung 156.

⁵⁰ Müller-Freienfels, Abstraktion 154.

⁵¹ Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht II (1853) § 56, 48ff.

⁵² Savigny, Obligationenrecht II § 53, 19; Savigny, System III § 113, 90.

⁵³ Vgl Müller, Direkte Stellvertretung 155.

⁵⁴ Savigny, Obligationenrecht II § 57, 59.

⁵⁵ Pawlowski, JZ 1996, 126.

⁵⁶ Thöl, Handelsrecht I § 70, 234.

Savigny entwickelt so in seinem System die Stellvertretung noch als eine Art Botenschaft, in der der Stellvertreter dem Geschäftspartner einen Willen des Geschäftsherrn überbringt, der zwar vom Vertreter konkret ausgestaltet wird, seinen Ursprung aber im Umfang der Bevollmächtigung hat. Die Anerkennung der Bindungswirkung der Vertretungshandlung für den Vertretenen ist jedenfalls ein bleibendes Verdienst von *Savigny*.

2.2.1.4 Jhering und Goldschmidt

1857 unternimmt *Rudolf von Jhering* den Versuch, den Unterschied zwischen Mandatar und Stellvertreter herauszuarbeiten, wobei er insbesondere auch größere terminologische Genauigkeit fordert. Er bezeichnet „(...)“ als eine Hauptquelle des Irrtums die Ungenauigkeit im Gebrauch der Ausdrücke Mandatar und Stellvertreter.“ *Jhering* geht davon aus, dass „(...)“ selbst da, wo beide Begriffe im einzelnen Fall zusammentreffen, sie zwei völlig verschiedene Seiten des Verhältnisses ausmachen.“ Dabei „(...)“ bezeichnet Mandatar und Mandant das relative Verhältnis zwischen diesen beiden Personen, die innere Seite (...) Stellvertreter und Prinzipal hingegen ihre Qualität dritten Personen gegenüber ihren absoluten Charakter, die äußere Seite.“⁵⁷ Auch *Levin Goldschmidt* beklagt im gleichen Jahr die „(...)“ durchgehende Verwechslung des Mandats und der Stellvertretung.“⁵⁸ Wenn also in späteren Abhandlungen einseitig immer *Laband* als derjenige bezeichnet wird, dem die gedankliche Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zugeschrieben wird,⁵⁹ so werden die Erkenntnisse von *Jhering* und *Goldschmidt* übersehen. In der Literatur findet sich für diesen Umstand die Begründung, dass die vor dem Erscheinen von *Labands* Abhandlung liegende Zeit für einen durchschlagenden Erfolg der Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht offenbar noch nicht ganz reif war, während die Abhandlung *Labands* den Nerv der Zeit genau traf.⁶⁰

⁵⁷ *Rudolf von Jhering*, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jb 1 (1857) 313 und 2 (1858) 84ff.

⁵⁸ Zitiert nach *Müller-Freienfels*, Abstraktion 160.

⁵⁹ Etwa *Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) § 135 FN 154.

⁶⁰ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 163.

2.2.1.5 Labands „Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften“

Kurz nach der gesetzlichen Festlegung des absoluten Umfangs der Vertretungsmacht des Prokuristen im ADHGB und der ihr nachgebildeten Regelungen veröffentlicht *Paul Laband*, ein damals 28-jähriger königsberger Professor für Deutsches Recht, 1866 seine Abhandlung über „Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch.“⁶¹ *Laband* erregt mit dieser Schrift Aufmerksamkeit bis über die Grenzen Deutschlands hinaus.⁶² Es gilt als sein historisches Verdienst, den „Bevollmächtigungsvertrag“ oder „Vollmachtsauftrag“ klar entwirrt und den Auftrag scharf von der Vollmacht getrennt zu haben.⁶³ Die „juristische Entdeckung“⁶⁴, dass die Bevollmächtigung dem Vertragspartner gegenüber auch dann wirksam sein kann, wenn die zwischen Geschäftsherrn und Vertreter getroffene Abmachung unwirksam ist, wird ihm zugeschrieben.⁶⁵ Ohne diese Trennung, die bis heute in der Stellvertretungsdogmatik weitgehend unbestrittene ist, gäbe es das Thema „Missbrauch der Vertretungsmacht“ nicht. Erst durch diese Trennung ist der Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht, nämlich das Handeln innerhalb einer bestehenden Vollmacht, aber entgegen dem Auftrag (oder Ermächtigung), denkbar.⁶⁶

Entsprechend der für seine Zeit charakteristischen Auffassung, dass die Hauptaufgabe der Wissenschaft in dem formalen Klarstellen der Rechtsverhältnisse durch Rechtsbegriffe und Rechtssystem liege,⁶⁷ führt *Laband* im Vorwort zu seinem 1888 erschienenen Staatsrecht des Deutschen Reiches aus: „Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts liegt in der Construction der

⁶¹ ZHR 1866, 183ff.

⁶² Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil⁹ § 135 FN 154 „Die gedankliche Unterscheidung der Vertretungsmacht von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis stammt von Laband.“; *Ernst Wahlin*, Vertragsklauseln im Handelsverkehr (1974) 14: „Grundlegend für die gesamte Rechtsentwicklung waren die Untersuchungen Paul Labands (...). Er erkannte, dass man unterscheiden müsse zwischen der Befugnis der Geschäftsführer und Vorstände im Außenverkehr und ihrer Beziehung im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern (...). Dieses Denkschema (...) diese eminent bedeutende Unterscheidung ist derjenige Rechtsfortschritt im vorigen Jahrhundert, der in der ganzen Welt Schule gemacht hat.“

⁶³ Vgl. *Götz Landwehr*, Der Vertrauensschutz des Dritten bei der gewillkürten Stellvertretung in der Gesetzgebung in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert, in Reinhard Zimmermann, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik (1999) 220.

⁶⁴ *Hans Dölle*, Juristische Entdeckungen in Verhandlungen des 42. Dt Juristentag II (1959) B1, 4ff.

⁶⁵ *Laband*, ZHR 1866, 183ff, 203ff.

⁶⁶ Vgl. *Götz Landwehr*, Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, in Karsten Schmidt (Hg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik (1990) 175ff, 207ff.

⁶⁷ Vgl. *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert² (2003) 9f.

Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtsätze auf allgemeine Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen (...). Zur Lösung dieser Aufgabe giebt es kein anderes Mittel als die Logik; dieselbe lässt sich für diesen Zweck durch nichts ersetzen; alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen – so werthvoll sie an und für sich sein mögen – sind für die Dogmatik eines concreten Rechtsstoffes ohne Belang und dienen nur häufig dazu, den Mangel an constructiver Arbeit zu verhüllen.“ Dieser später als Begriffsjurisprudenz bezeichnete Methode bedient sich *Laband* bereits in seiner Anhandlung über die Stellvertretung.

Grundlage seiner Untersuchung ist die noch recht junge gesetzliche Regelung über die Prokura. Art 43 I ADHGB bestimmt: „Eine Einschränkung des Umfangs der Prokura hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung.“ Von dieser Bestimmung aus zielt *Laband* auf eine allgemeine Theorie der Stellvertretung im Privatrecht ab – ausgehend von der mittlerweile vorherrschenden Auffassung, dass das Handelsrecht als Pionier der Rechtsentwicklung nur der Entstehungsort neuer Rechtssätze sei, welche sodann in das bürgerliche Recht übernommen werden (was bis heute die Stellvertretung betreffend bekanntlich jedoch nicht passiert ist).⁶⁸

Zunächst kritisiert *Laband* in seiner viel beachteten Abhandlung die Zessionstheorie, und erklärt „(...) dass eine solche Stellvertretung [Anm.: Handeln im Namen des und mit Wirkung für den Vertretenen] im heutigen positiven Recht zulässig ist, wird bekanntlich von der überwiegenden Masse der Juristen anerkannt.“⁶⁹ Eine solche Vertretung müsse logisch möglich sein, ohne dass die Rechte zunächst beim Vertreter entstehen und sodann auf den Vertretenen – durch welche Konstruktion auch immer – übertragen werden müssen.

Dies erklärt sich für *Laband* schon durch einen Blick in das Staats- und Völkerrecht: „Rechte und Pflichten, die ihrer Natur nach nur Staaten erwerben und auf sich nehmen können, werden durch Verträge von Beamten begründet und es ist in diesen Fällen doch wohl noch weniger mit der Logik verträglich, anzunehmen, dass diese Rechte und

⁶⁸ Vgl. *Müller-Freienfels*, Abstraktion 175.

⁶⁹ *Laband*, ZHR 1866, 183f.

Pflichten in der Person der Minister, Gesandten und anderen Beamten entstehen und von diesen erst auf die Staaten hinsichtlich ihrer materiellen Wirkung übergehen.“⁷⁰

Laband erklärt weiters, dass der Gegensatz zwischen dem Römischen Recht und dem heutigen überhaupt nicht mit logischer Abstraktion zu beseitigen sei, sondern auf der Ethik beruhe. Die direkte Stellvertretung sei „(...) nicht eine Folge des Obligations-Begriffs, sondern der ethischen Würdigung der freien Persönlichkeit und ihres Willens.“⁷¹ Insofern sieht *Laband* also die Stellvertretung als einen Ausfluss der Privatautonomie. Die Vertretungshandlung erzeugt direkte Rechtswirkungen zwischen Vertretenen und Dritten, während es zwischen Vertreter und Dritten zu keinen Rechtsfolgen kommt. Dies ist auch in Art 52 Abs 3 des Deutschen Handelsgesetzbuches für den Prokuristen oder Bevollmächtigten ausdrücklich so geregelt: „Zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das im Namen des Principals abgeschlossene Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.“ *Laband* sieht darin eine ausdrückliche Absage des Gesetzgebers an die Vertreter der Zessionstheorie.⁷²

Nach einer Abgrenzung des Instituts der Stellvertretung von anderen ähnlichen Rechtsinstituten widmet sich *Laband* dem eigentlichen Thema und seinem bleibenden Verdienst,⁷³ nämlich der Abgrenzung von Stellvertretung und Mandat. „Nichts ist für den wahren Begriff der Stellvertretung und die juristische Durchbildung dieses Instituts nachtheiliger gewesen als die Zusammenwerfung der Stellvertretung mit dem Mandat, zu welcher das Römische Recht den Anlaß gab.“⁷⁴ *Laband* widmet sich nun ausführlich der begrifflichen Trennung zwischen Auftrag und Vollmacht: „Allein man muß sich darüber klar werden, daß Auftrag und Vollmacht nur zufällig, nicht nothwendig zusammentreffen; daß sie keineswegs als die innere und äußere Seite desselben Verhältnisses aufzufassen sind, sondern daß sie zwei an sich verschiedene Verhältnisse sind, die nur thatsächlich in vielen Fällen sich decken.“⁷⁵

⁷⁰ *Laband*, ZHR 1866, 185.

⁷¹ *Laband*, ZHR 1866, 186.

⁷² *Laband*, ZHR 1866, 188

⁷³ *Müller*, Direkte Stellvertretung 157.

⁷⁴ *Laband*, ZHR 1866, 203.

⁷⁵ *Laband*, ZHR 1866, 204.

Als Beispiele für Mandate ohne Vollmacht wird der Kommissionär oder der Strohmann (interposita persona) genannt. Bei diesen Mandaten ist gerade der Mandatszweck ein Handeln im eigenen Namen, dieser würde durch eine Stellvertretung gerade verfehlt.⁷⁶ Es kann aber auch nicht die Stellvertretung als eine Qualifikation des Mandats angesehen werden, vielmehr gäbe es auch Vollmachten ohne Mandate. Dies etwa dann, wenn ein Prokurist ohne Auftrag oder gegen einen anders lautenden Auftrag Geschäfte Namens des Prinzipals schließt.⁷⁷

Laband erklärt also die Vollmacht ohne Auftrag schon aus den Fällen des „Missbrauchs der Vertretungsmacht“, wobei er es angesichts der neueren gesetzgeberischen Akte für klar erwiesen hält, dass ein solches Rechtsgeschäft den Prinzipal bindet: „Aber wenn auch der Principal ihm Aufträge erteilt, so sind dieselben nur Instructionen, deren Nichtbefolgung der Bevollmächtigte dem Principal gegenüber zu verantworten hat, die aber dem Dritten nicht entgegengehalten werden können.“⁷⁸ Es wird diese Bindung aber nicht aus der Unabhängigkeit der Vollmacht vom Auftrag erklärt, sondern umgekehrt die Unabhängigkeit der Vollmacht vom Auftrag durch die Bindung des Vertretenen durch auftragswidriges Handeln des Prokuristen (oder aktienrechtlichen Vorstands etc). Dies zeigt, dass der Vater des Gedankens hier das Bedürfnis des Handelsverkehrs nach einer solchen Bindung war und nicht die Theorie eine solche Bindung erst geschaffen hat.⁷⁹

Laband prägt hier den programmatischen Satz: „Die Vollmacht gewährt die Möglichkeit, durch die eigenen im fremden Namen abgeschlossenen Verträge einen Anderen zu berechtigen und zu verpflichten, gleichviel ob dieser Andere den Abschluß dieses bestimmten Vertrags angeordnet, ob er dem Ermessen des Bevollmächtigten freien Spielraum gewährt oder ob er endlich den Abschluß dieses Vertrages geradezu untersagt hat; der Auftrag ist also für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant.“⁸⁰

Im weiteren Verlauf erteilt *Laband* nun auch der Fiktionstheorie eine Absage: Nicht der Mandant sei als eigentlicher Kontrahent anzusehen; insbesondere sei der Vertrag

⁷⁶ *Laband*, ZHR 1866, 204.

⁷⁷ *Laband*, ZHR 1866, 205f.

⁷⁸ *Laband*, ZHR 1866, 207.

⁷⁹ Vgl *Müller-Freienfels*, Abstraktion 186.

⁸⁰ *Laband*, ZHR 1866, 206.

hinsichtlich seiner Entstehung und Wirkung nicht nach der Person des Prinzipals zu beurteilen.⁸¹ Diese Beurteilung ist insofern entscheidend, als sie für die Beantwortung der Frage, welche Rechtswirkungen „(...) ein Irrthum in der Person des Vollmachtgebers, resp. des Bevollmächtigten, ferner Zwang, Betrug, Nichternstlichkeit des Willens, Mängel in der äußeren Form der Willenserklärung, in der Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten und dgl. haben (...)“⁸² entscheidend ist. Für *Laband* als überzeugten Anhänger der Repräsentationstheorie ist klar, dass der Vertreter und nur dieser das Rechtsgeschäft schließt. Für ihn ist es der Bevollmächtigte, der bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts handelt, während die Vollmachtserteilung davon ganz zu abstrahieren ist – sie ganz unabhängig vom selbständigen Vertretungsgeschäft besteht.⁸³ „Der Contractwille erzeugt sich in der Person des Vertreters, allein dieser Wille gilt rechtlich als der Wille des Vertretenen.“⁸⁴ Als Konsequenz ergibt sich daraus, dass allein das Wissen und der Wille des Vertreters als maßgeblich zu erachten sind: „Der Wille und dessen Erklärung sind nach der Person des Stellvertreters, die aus der Willenserklärung hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen; folglich ist die Willensfähigkeit, die Freiheit und Ernstlichkeit des Willens in der Person des Stellvertreters, dagegen die relative Vertragsfähigkeit in der Person des Vertretenen zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlich.“⁸⁵ Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts sollten also kraft gesetzlicher Anordnung beim Geschäftsherrn eintreten, während die Voraussetzungen sich in der Person des Vertreters bestimmen.⁸⁶ Dieser Auffassung entspricht auch die heute geltende Voraussetzung der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters: Er ist als solcher zwar (uU) nicht fähig, sich selbst zu verpflichten, aber sehr wohl grundsätzlich willensfähig.

Aus der Repräsentationstheorie folgt noch eine weitere Wirkung: Es kann so „(...) überhaupt nicht dazu kommen, dem Auftrag des Prinzipals noch Bedeutung für die Vertretungsfolge beizulegen. Wenn schon der Wille des Prinzipals als Vollmachtsgeber beim Rechtsgeschäft in Vertretung keine konstitutive Rolle spielt, wie sollte dann der

⁸¹ *Laband*, ZHR 1866, 225.

⁸² *Laband*, ZHR 1866, 225.

⁸³ Vgl. *Müller-Freienfels*, Abstraktion 181.

⁸⁴ *Laband*, ZHR 1866, 187.

⁸⁵ *Laband*, ZHR 1866, 226; *Laband* zitiert hier als weitere Vertreter dieser Auffassung *Wächter* und *Windscheid*: *Laband*, ZHR 1866, FN 62.

⁸⁶ Vgl. *Müller*, Direkte Stellvertretung 156.

Prinzipal als Auftraggeber bestimmend mitwirken?“⁸⁷ *Laband* führt den Begriff des „Könnens“ kraft Vollmacht ein. Handelt der Vertreter innerhalb dieses Könnens, so ist der Vertreter an das Geschäft gebunden. Dies gilt laut *Laband* unabhängig von der Art der Stellvertretung – also unabhängig davon, ob es sich um eine Vollmacht mit gesetzlich definiertem Umfang oder um eine Spezialvollmacht für ein konkretes Geschäft handelt: „Wenn der A dem B Vollmacht erteilt, in seinem Namen ein Pferd abzukaufen, ihn aber zugleich beauftragt, nicht mehr als 100 Rthlr. zu bewilligen und nur einen Schimmel zu kaufen, so handelt der B als befugter Stellvertreter, wenn er auch dem C einen Rapen für 200 Rthlr. abkauft; d.h. das Geschäft ist zwischen dem A und dem C rechtsverbindlich; C hat die actio venditi gegen A; A aber kann mit der actio mandati von B Schadenersatz verlangen.“⁸⁸ Da der Inhalt des Mandats keinerlei Rechtsfolgen für das Vertretungsgeschäft haben kann, bestehen die Rechtswirkungen auch gegenüber dem von der Beschränkung wissenden Dritten. Für eine Interessenabwägung ist bei *Laband* schon aus dogmatischen Gründen kein Platz. Sein Konzept der Vollmacht hat keinen Raum für Einengungen durch einzelne subjektive Tatbestandserfordernisse beim Dritten oder für Begrenzungen durch Missbrauchsregelungen im Verhältnis zwischen Drittem und Bevollmächtigtem. Das Missbrauchsrisiko trägt der Prinzipal, der sich eines Stellvertreters bedient.⁸⁹ Der Blick liegt beim „Können“, das „Dürfen“ interessiert nur im Verhältnis zwischen Prinzipal und Stellvertreter. Die Loslösung der Vollmacht vom Mandat ermögliche die selbständige Verkehrslegitimation. Dieser Ansatz finde sich auch im Wertpapier- und Grundbuchsrecht. „An die Stelle der Berechtigung tritt die Legitimation.“⁹⁰ Um den Verkehr zu erleichtern, müsse die Prüfung materieller Befugnisse durch formelle Kriterien ersetzt werden.⁹¹

Wie oben gezeigt, ist es nicht die Theorie *Labands*, die – wie Bahn brechend sie auch sein mag – die Gesetzgebung in Richtung Abstraktion der Vollmacht beeinflusst hat, sondern es war die Gesetzgebung, die – ohne die passende Theorie noch verfügbar zu haben – den Bedürfnissen des Verkehrsschutzes gerecht zu werden versuchte.⁹² Hinter

⁸⁷ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 183.

⁸⁸ *Laband*, ZHR 1866, 230.

⁸⁹ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 190.

⁹⁰ *Laband*, ZHR 1866, 241.

⁹¹ *Martin Auer*, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 141.

⁹² Nicht zuletzt sind die entsprechenden Regelungen im AHGB auf die Interventionen der Hansestädte mit ihrem in bisher ungeahntem Ausmaß florierenden Handelsverkehr zurück zu führen.

Labands „rein dogmatischer“ Argumentation steht, den Vermögensverkehr vor allem anderen zu schützen und zu fördern.⁹³ Dies im damals herrschenden Bewusstsein, den wachsenden, vorwärts dringenden Verkehr auch durch Opfer des Einzelnen zu fördern. Nicht zuletzt ist es jene Zeit, in der der absolute Schutz des Eigentümers durch die Enteignungsmöglichkeiten im Zuge des Eisenbahnbaus bisher nicht geahnte Einschränkungen – zu Gunsten des Verkehrs (diesmal im ursprünglichen Sinn des Wortes) – erfährt.⁹⁴

2.2.1.6 Die Theorieentwicklung nach *Laband*

Hier sei nur ein Überblick über die Entwicklung der Lehre nach 1866 gegeben, da insbesondere die Frage der Lösung der Problematik des „Missbrauchs der Vertretungsmacht“ in neuerer Zeit ausführlich Gegenstand des Kapitels 4 sein wird.

Nach der Abhandlung *Labands* wird die Stellvertretung zu einem Lieblingsthema der deutschen Rechtswissenschaft. Dabei wird fast durchgängig *Labands* Repräsentationstheorie gefolgt, bzw. versucht diese weiterzuentwickeln.⁹⁵ Interessanterweise ist die Bezeichnung der Vollmacht als *abstrakt* nicht unmittelbar auf *Laband* zurück zu führen, sondern auf dessen Rezeption durch die Rechtswissenschaft seiner Zeit. Die Gegenüberstellung des „kausalen“ Auftragsverhältnisses und der „abstrakten“ Vollmachtserteilung bürgert sich rasch ein.⁹⁶ Der Aufstieg der Thesen *Labands* zeigt sich beispielsweise dadurch, dass *Windscheid*, der in der 1. Auflage seiner Pandekten im Jahre 1862 Vollmacht und Auftrag einheitlich behandelt hatte⁹⁷, sich bereits in der 2. Auflage 1867 – also ein Jahr nach *Labands* Abhandlung – der Auffassung *Labands* anschließt und ihn mehrfach zitiert.⁹⁸

⁹³ Vgl. *Müller-Freienfels*, Abstraktion 187.

⁹⁴ Vgl. *Friedrich Georg Jünger*, Die Perfektion der Technik⁵ (1968) 261ff, programmatisch: „Das Eigentum kontrolliert nicht mehr den Verkehr; der Verkehr kontrolliert das Eigentum“ 306.

⁹⁵ Vgl. *Müller-Freienfels*, Abstraktion 191.

⁹⁶ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 192.

⁹⁷ *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I (1862) § 74.

⁹⁸ *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I² (1867) § 74.

In den Kommentaren zum ADHGB werden die Bestimmungen über die Formalvollmacht im Sinne *Labands* als abstrakte vom Grundverhältnis unabhängige Vollmachten beschrieben.⁹⁹

Doch auch die Kritik an *Laband* bleibt nicht aus. Sie setzt aber erst nach der Jahrhundertwende so richtig ein. Davor sind es *Mitteis*¹⁰⁰ und *Schlossmann*¹⁰¹, die nicht in den Kanon der scharfen Abgrenzungen einstimmen.¹⁰² *Mitteis* kritisiert die scharfe Trennung bereits im Hinblick auf die späteren Fälle der Kollusion, also auf das dolose Zusammenwirken von Vertreter und Dritten, in der Absicht, den Vertretenen zu schädigen. Im 20. Jahrhundert ist es dann vor allem *Wellspacher*, der nach Erlass des BGB, welches von der Repräsentationstheorie stark beeinflusst war, die herrschende Lehre angreift.¹⁰³ Er kritisiert die Abstraktion der Vollmacht, weil sie weit über das Ziel hinausschieße, indem sie auch den Schlechtgläubigen schütze. Auch *Wellspachers* Ansatz ist also der Missbrauch der Vertretungsmacht bei Wissen des Dritten. Er plädiert für ein System des Vertrauensschutzes an Stelle einer abstrakten Gestaltung der Vollmacht.¹⁰⁴ Es sollten daher Interessensabwägungen der beteiligten Personen vorgenommen werden und danach entschieden werden, wer das Missbrauchsrisiko des Vertreters im konkreten Fall zu tragen habe. *Wellspachers* These – bei weitem nicht nur für die Vollmachtslehre – lautet: „Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes (...) bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteil gereicht.“¹⁰⁵ Er sieht nicht die Vollmacht als vom Innenverhältnis abstraktes Rechtsgeschäft, sondern will die Fälle des sog. „Missbrauchs der Vertretungsmacht“ wie die Fälle der Anscheinsvollmacht verstanden wissen. Denn nach heutigem Verständnis ist es die Anscheinsvollmacht, bei der der Vertretene einen äußeren Anschein setzt, auf den der Dritte vertraut. Sieht man hingegen die Vollmacht als abstrakt an, so ist es bei den Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht ein

⁹⁹ Vgl. *Friedrich von Hahn*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch³ (1877) 374.

¹⁰⁰ *Mitteis*, Stellvertretung 78ff.

¹⁰¹ *Siegmund Schlossmann*, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen I-II (1900/1902).

¹⁰² *Müller-Freienfels*, Abstraktion 202.

¹⁰³ *Moriz Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906).

¹⁰⁴ *Wellspacher*, Äußere Tatbestände 80.

¹⁰⁵ *Wellspacher*, Äußere Tatbestände 115.

Anschein, auf den vertraut werden kann oder auch nicht, sondern die Vollmacht existiert tatsächlich – es benötigt insofern keines Anscheins. *Wellspacher* erkennt dies und lehnt folgerichtig die Abstraktion der Vollmachtserteilung als solche ab. In der heutigen Lehre ist es hingegen selten, dass das Dogma von der Abstraktion der Vollmacht ernsthaft in Zweifel gezogen wird.¹⁰⁶ Trotzdem sollen Interessensabwägungen im Sinne eines Vertrauensschutzes vorgenommen werden. Es hat sich bis heute noch nicht die Erkenntnis durchgesetzt, dass es widersprüchlich sein könnte, einerseits an der Abstraktheit der Vollmacht festzuhalten und andererseits beim Missbrauch dieser Vollmacht dieselben Voraussetzungen einer Gültigkeit des Rechtsgeschäfts zu verlangen, als hätte es wie bei der Anscheinsvollmacht gar keine Vollmacht gegeben. *Wellspachers* Werk wird einerseits als „früh Bahn brechendes Werk“ mit einer „revolutionären Vollmachtslehre“ gepriesen,¹⁰⁷ andererseits wird die „in vielem dogmatisch allzu großzügige und interessensjuristisch einseitige Anlage der *Wellspacherschen* Arbeit“¹⁰⁸ kritisiert. Allerdings kehrt auch *Frotz* über die Problematik der Scheinvollmacht wieder zu einer Abhängigkeit der Vollmacht vom Grundgeschäft zurück.¹⁰⁹ Die Darlegungen *Wellspachers* haben vor allem im Gebiet der Anscheinsvollmacht einer weit verbreiteten Lehre als Grundlage gedient und sind bis heute aktuell.¹¹⁰ Die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht wurden aber für die Lösung der Probleme des Missbrauchs der Vertretungsmacht insofern bemüht, als bei einem solchen Missbrauch eben keine „echte“ Bevollmächtigung durch den Prinzipal vorläge.¹¹¹

Alles in allem aber ist der von *Laband* entwickelten Repräsentationstheorie und der damit zusammenhängenden – aber erst später so benannten – Abstraktion der Vollmacht¹¹² vom Grundverhältnis ein radikaler Erfolg beschieden. Die heute ganz herrschende Lehre lautet: „Auf der Vollmacht beruht das Können, auf dem Auftrage das Sollen, auf der Ermächtigung das Dürfen des Vertreters. Auftrag und Ermächtigung

¹⁰⁶ So aber *Georg Wilhelm*, Der Vollmachtsmissbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 453ff; im Ergebnis auch *Peter Bydlinski*, Der sogenannte „Missbrauch“ unbeschränkbarer Vertretungsmacht, in FS Franz Bydlinski, Im Dienste der Gerechtigkeit (2000) 44.

¹⁰⁷ *Heinrich Demelius*, M. Wellspachers Vollmachtslehre, AcP 1954, 10.

¹⁰⁸ *Gerhard Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972) 291.

¹⁰⁹ *Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 243ff.

¹¹⁰ *Helmut Koziol/Rudolf Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 205ff.

¹¹¹ *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II⁴ (1992) § 49, 4; vgl. *Müller-Freienfels*, Abstraktion 207.

¹¹² Vgl. dazu ausführlich *Horst-Eberhard Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses (1989).

beziehen sich auf das Innenverhältnis, d. i. auf das Verhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen die Vollmacht allein auf das Außenverhältnis, d. h. auf das Verhältnis beider zum Dritten.“¹¹³ Diese verkehrsschutzfreundliche Lösung führt zu „(...) einem Gegenstoß der Rechtsprechung,“¹¹⁴ in jenen konkreten Fällen, in denen der Schutz des Verkehrs (Dritten) zu Lasten des Prinzipals als unbefriedigend empfunden wurde. Die Fälle, in denen die Judikatur von keiner Bindung des Prinzipals ausgeht sind einerseits von ihren Voraussetzungen (kollusives Zusammenwirken von Vertreter und Dritten zum Schaden des Prinzipals, über Beispiele vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhalten des Vertreters bis hin zu leicht fahrlässigen Verstößen des Dritten gegen die Interessen des Geschäftsherrn), andererseits auch regional höchst unterschiedlich gelöst. Die Lehre in Deutschland hat sich unter dem Eindruck der mit der den Wirtschaftsverkehr begünstigenden Linie verbundenen Härte für den Vertretenen Schritt für Schritt von dieser Linie abgesetzt.¹¹⁵ Während die deutsche Rechtsprechung, aber auch der größte Teil der österreichischen Lehre und Rechtsprechung mit außerhalb der Stellvertretung liegenden Grundsätzen argumentiert (Einrede der Arglist, Sittenwidrigkeit, Rechtsmissbrauch), weist ein Teil der deutschen Lehre darauf hin, dass die Vertretungsmacht eben doch nur so weit reiche, wie es das pflichtgemäße Handeln des Vertreters bestimmt.¹¹⁶

Bis heute ist es nicht gelungen, auf diesem Gebiet zu einigermaßen gefestigten Grundsätzen zu gelangen, sodass das Thema „Missbrauch der Vertretungsmacht“ nach wie vor aktuell ist.

2.2.2 Die direkte Stellvertretung allgemein in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts

Die auslaufende Epoche des Naturrechts mündete in das Zeitalter der Kodifikationen ein, in denen die direkte Stellvertretung allgemein Anerkennung fand.¹¹⁷ Die in der Zeit vom Ende des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts geschaffenen Gesetzbücher, wie

¹¹³ Armin Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² (1951) § 110, 271.

¹¹⁴ Müller-Freienfels, Abstraktion 209.

¹¹⁵ Flume, Bürgerliches Recht § 45 II, 3

¹¹⁶ Flume, Bürgerliches Recht § 45 II, 3; Wellspacher, Äußere Tatbestände 80; in Österreich Wilhelm, JBl 1985, 454; Heinz Krejci, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer (I) GesRZ 1984, 150; im Ergebnis auch P. P. Bydlinki in FS Bydlinki 42.

¹¹⁷ Vgl. Müller, Direkte Stellvertretung 152.

der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, das Allgemeine Preußische Landrecht (ALR) und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB), definieren die direkte Stellvertretung als Handeln im fremden Namen auf Grund eines Auftrags. Falls ein Auftrag fehlt, kann der Geschäftsherr das Geschäft im Nachhinein genehmigen. Liegen diese Voraussetzungen vor, so treten in der Person des Vertretenen die Rechtswirkungen unmittelbar ein (Cod. Max. Bav. Civ. IV 9 § 7, ALR § 85 I 13, § 1017 ABGB). Diese Bestimmungen unterschieden allerdings noch nicht (klar) zwischen Innen- und Außenverhältnis, zwischen Auftrag und Vollmacht (Cod. Max. Bav. Civ. IV 9 § 7 Nr 2, ALR § 5 I 13, § 1002 ABGB). Der Gutgläubensschutz spielt bereits zweifach eine Rolle: einerseits wird bei der Lösung der Frage des nachträglichen Erlöschens einer die einmal erklärte Vollmacht (in der jeweiligen Diktion), andererseits bei dem Problemkreis der „geheimen Instruktionen“ („geheime Vollmacht“ in der Diktion des ABGB. Hier stellt sich die Frage, ob und wann sich der Dritte solche geheimen Instruktionen des Geschäftsherrn entgegen halten lassen muss.

2.2.2.1 Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756

Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (Chur-bayrisches Landrecht) erkennt als erstes Gesetz das Prinzip der direkten Stellvertretung an, wobei es natürlich noch nicht zwischen Vollmacht und Auftrag unterscheidet.¹¹⁸ Der Codex bestimmt in IV 9 § 7 Nr. 1: „Was Mandatarius nicht für sich oder in eigner Sach, sondern von Commissionswegen mit einem Dritten handelt und schiesset, ist eben soviel, als hätte solches der Principal selbst gethan, und erwachset mithin hieraus seines Orts Actio & Obligatio in Ansehen des Dritten, ohne daß man zu dem Ende von Mandatario einer vorläuffiger Cession heut zu Tag mehr bedarf, und hat auch auf Seiten des Mandantis, wenn er von dem Dritten belangt wird, die Exception, daß das Geschäft nicht ex Mandato, sondern nur ex Locato ausgerichtet worden, niemal Platz“¹¹⁹ Die Vertretungsmacht des Stellvertreters wird durch das als Vollmacht bezeichnete Mandat begründetem das auch stillschweigend geschlossen werden kann.¹²⁰

¹¹⁸ Vgl dazu *Wigulaeus Xaverius Aloysius von Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianicum Bavaricum civilem IV (1765).

¹¹⁹ Vgl dazu allgemein *Buchka*, Lehre von der Stellvertretung 221ff; *Landwehr*, Vertrauensschutz 221f.

¹²⁰ Cod. Max. Bav. Civ. IV 9 §§ 1, 2.

Überschreitet der Vertreter die Vollmacht, kommt kein Rechtsgeschäft zwischen dem Prinzipal und dem Dritten zu Stande, der Vertreter muss jedoch dem Dritten Schadenersatz leisten.¹²¹ Diese Rechtsfolge entspricht der heute immer noch aktuellen Lösung der falsus procurator-Problematik.¹²² Davon wird aber eine bemerkenswerte Ausnahme gemacht: „(...) wenn Mandatarius nebst der öffentlichen Vollmacht auch eine geheime Instruction hat und nur diese letzte allein überschreitet, welchenfalls zwar der Principal von dem Anwald schadlos gehalten werden muß, das von ihm ausgerichtete Geschäft aber laßt sich deswegen nicht für ungültig ansehen, es könnte dann bewiesen werden, daß gedachte Instruction dem Dritten, mit welchem der Handel geschehen ist, wol bekannt gewest seye.“¹²³ Die offene Vollmacht und nicht die geheim gehaltene Instruktion war für das Außenverhältnis wichtig. Der unwissende Dritte musste sich die geheime Instruktion nicht entgegen halten lassen. Diese Rechtsfolge wurde damit gerechtfertigt, dass „(...) sich niemand mehr mit einem Mandatario sicher einlassen könne, weil man nicht wissen kann, was er heimlicher weil im Sack hat.“¹²⁴ Diese Rechtsfolge ist also ein Ausdruck des Schutzes des gutgläubigen Verkehrs.¹²⁵

2.2.2.2 Allgemeines Preußisches Landrecht von 1794

Anschließend an die grundsätzliche Anerkennung der Möglichkeit der Stellvertretung im Wege der Fiktionstheorie durch die Naturrechtswissenschaft anerkannte das Allgemeine Preußische Landrecht (ALR) in I 13 die Vertretung als grundsätzlich zulässig, wo es heißt: „Sachen und Rechte können auch durch Handlungen eines Dritten erworben werden.“ Konkret bestimmt § 85: „Was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrags mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre.“ Es bedarf also keines zusätzlichen Übertragungsvorgangs der Rechte und Pflichten vom Vertreter auf den Machtgeber. Die Verbindlichkeiten und Berechtigungen entstehen direkt zwischen Vertretenem und Dritten. Das Wort „Stellvertretung“ findet sich im ALR allerdings noch nicht. Die Überschrift lautet „Vollmachtsauftrag“ und drückt – wie später der

¹²¹ Cod. Max. Bav. Civ. IV 9 § 8.

¹²² Koziol/Welser, Grundriss I¹³ 212.

¹²³ Cod. Max. Bav. Civ. IV 9 § 9 Nr 4.

¹²⁴ Kreittmayr, Anmerkungen IV 9 § 13.

¹²⁵ Landwehr, Vertrauensschutz 222.

„Bevollmächtigungsvertrag“ des ABGB – das grundsätzliche Verständnis der Verbindung von Mandat und Vollmacht aus.

Eine Besonderheit des Zivilrechts im ALR ist der weit reichende Formzwang für Rechtsgeschäfte.¹²⁶ Für alle Verträge, deren Gegenstand sich über mehr als 50 Taler in Silber beläuft,¹²⁷ ist Schriftlichkeit vorgeschrieben. Diese Bestimmungen gelten beim Vollmachtsauftrag mit der Besonderheit, dass auch, wenn der Gegenstand des Vollmachtsauftrages 50 Taler unterschreitet –, Schriftlichkeit also nicht geboten ist – die schriftliche Abfassung der Vollmachtserklärung trotzdem andere Rechtsfolgen auslöst, als der bloß mündlich abgeschlossene Vertrag: In diesem Fall (Geschäftsgegenstand unter 50 Taler) wird der Machtgeber durch die vom Bevollmächtigten mit Dritten geschlossenen Geschäfte berechtigt und kann gegen die Geschäftspartner gerichtlich vorgehen.¹²⁸ Der Dritte allerdings kann gegen den Machtgeber nur dann klagen, wenn sich der Bevollmächtigte ihm gegenüber durch eine schriftliche Vollmacht legitimiert hat.¹²⁹ Diese schriftliche Vollmacht kann durch eine schriftliche Erklärung eines Dritten, in der es heißt, der Geschäftsherr habe Vollmacht erteilt, ersetzt werden. Besteht allerdings kein Vollmachtsauftrag zwischen Geschäftsherrn und Vertretenen, so kommt es trotz Erklärung des Dritten zu keinem Vertrag, ohne dass der Geschäftsherr das Geschäft nachträglich genehmigt.¹³⁰ Das heißt die schriftliche Erklärung ersetzt nicht den Vollmachtsauftrag, sondern nur die Legitimationsfunktion der schriftlichen Vollmachtsurkunde.¹³¹

Handelt der Vertreter ohne Vollmachtsauftrag oder überschreitet er diesen, ist ohne nachträgliche Genehmigung das Geschäft nicht gültig.¹³² Doch auch beim Allgemeinen Preußischen Landrecht begegnet uns in § 93 die Figur des geheimen Vorbehalts.¹³³ Hat der Bevollmächtigte eine geheim gehaltene Instruktion überschritten, die in der Vollmacht nicht erwähnt war bzw nur in eine andere geheime Vollmacht aufgenommen wurde, so gilt allein der Inhalt der offenen Vollmacht. Offensichtlich war dafür aber

¹²⁶ ALR I 5 §§ 109 – 187; vgl dazu ausführlich *Landwehr*, Vertrauensschutz 222.

¹²⁷ Soweit nicht weitergehende Formen verlangt werden.

¹²⁸ ALR I 13 § 10.

¹²⁹ ALR I 13 § 8.

¹³⁰ ALR I 13 § 147.

¹³¹ Vgl *Landwehr*, Vertrauensschutz 223.

¹³² ALR I 13 §§ 91, 92, 142-146.

¹³³ Entsprechend der Lehre vom *mandatum apertum* und *mandatum arcanum*; entwickelt von *Grotius*, *De iure belli ac pacis* III.

auch Gutgläubigkeit des Dritten erforderlich, da davon ausgegangen wurde, dass der Dritte sich die Vollmacht hat vorlesen lassen.¹³⁴

Diese Beispiele der Vollmacht als Legitimationsurkunde und der Unterscheidung zwischen geheimer und offener Vollmacht zeigen, dass auch zu dieser Zeit Vollmacht und Auftrag nicht notwendigerweise als identisch betrachtet wurden, obwohl – wie erwähnt – das Wort *Vollmachtsauftrag* die damals mit Selbstverständlichkeit angenommene Verbindung der beiden Geschäfte deutlich illustriert.¹³⁵

Das ALR kannte in den §§ 497ff und 633ff bereits zahlreiche Fälle gesetzlich umschriebener Vertretungsmacht, insbesondere des „Disponenten“ und des Gesellschafters einer OHG. Anders als später im AHGB war der beschriebene Umfang eine gesetzliche Vermutung und nicht unbeschränkbarer Inhalt. Der Umfang der Vertretungsmacht war also durchaus beschränkbar, dem Dritten gegenüber konnte eine solche Beschränkung aber nur geltend gemacht werden, wenn er die Beschränkung kannte, was vom Prinzipal zu beweisen war (§ 506).

Der Gutglaubensschutz spielt also bereits im ALR eine – wenn auch uneinheitlich ausgestaltete – Rolle. Dies zeigt sich auch bei der Lösung der Frage, was passieren soll, wenn ein Dritter auf einen eigentlich nicht mehr bestehenden Vollmachtsauftrag vertraut: Der Vollmachtsauftrag erlischt durch Widerruf,¹³⁶ Aufkündigung,¹³⁷ Tod,¹³⁸ Verlust der Geschäftsfähigkeit¹³⁹ und beim Konkurs des Bevollmächtigten.¹⁴⁰ Im Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuches von 1787 war in diesem Fall vorgesehen, dass „(...) ein Geschäft, das mit einem Dritten abgeschlossen worden (...) ist, (...) ehe derselbe von dem Widerruf der Vollmacht, von dem Tode oder von der eingetretenen Unfähigkeit des Machtgebers Nachricht erhalten hat (...),“ gültig bleiben soll, „(...) wenn auch der Bevollmächtigte selbst von einem solchen Zwischenfall unterrichtet

¹³⁴ ALR I 13 §§ 91, 92, 96; vgl *Landwehr*, Vertrauensschutz 124; *Müller-Freienfels*, Abstraktion 150.

¹³⁵ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 149f.

¹³⁶ ALR I 13 § 159.

¹³⁷ ALR I 13 § 159.

¹³⁸ ALR I 13 § 186.

¹³⁹ ALR I 13 § 196.

¹⁴⁰ ALR I 13 § 197; beim Konkurs des Prinzipals endet der Vollmachtsauftrag nicht automatisch: ALR I 13 § 199.

gewesen wäre.“¹⁴¹ Diese Bestimmung fand als zu weit gehend keinen Eingang in das ALR. ALR I 13 § 200 schützt als entsprechende Bestimmung den Dritten nur, wenn der Vollmachtsauftrag wegen Tod oder Geschäftsunfähigkeit erloschen ist und nicht mehr für den Fall des Widerrufs.

Widerruft der Machtgeber den Vollmachtsauftrag, so geschieht dies grundsätzlich gegenüber dem Bevollmächtigten.¹⁴² Wenn aber der Machtgeber „(...) dem Bevollmächtigten die Verhandlung des Geschäfts mit einer gewissen bestimmten Person aufgetragen (...)“ hat oder wenn ihm sonst bekannt war, „(...) mit wem der Bevollmächtigte sich in Unterhandlungen darüber eingelassen habe, (...)“ so muss er diesen Dritten von dem Widerruf benachrichtigen.¹⁴³ Ansonsten muss er den Abschluss gegen sich gelten lassen. Hat der Vollmachtsgeber allerdings nicht gewusst, mit wem sich der Bevollmächtigte eingelassen hat und hat er diese Unterhandlung auch nicht aufgetragen, so entfaltet der Widerruf dem Dritten gegenüber Geltung und zwar auch dann, wenn dieser von dem Widerruf keine Kenntnis hat. Es gibt in diesem Fall – also anders als in den oben genannten Fällen des § 167 (Tod und Verlust der Geschäftsfähigkeit) – keinen durchgehaltenen Gutglaubensschutz. Der Schutz des Dritten knüpft hier nicht an dessen Kenntnis oder Unkenntnis, sondern an der Kenntnis *des Machtgebers* von der Person des Dritten an.

2.2.2.3 ABGB

Wie erwähnt regelt auch das ABGB die Vertretung – immer noch – unter der Überschrift „Bevollmächtigungsvertrag“. Die Terminologie entspricht insofern jener des ALR. In § 1017 wird deutlich ausgesprochen, dass die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem vom Stellvertreter getätigten Geschäften nur „(...) dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber (...)“ zukommen. Trotz der Wortwahl „Bevollmächtigungsvertrag“ gibt es im ABGB Ansätze einer Scheidung des Außen- vom Innenverhältniss.¹⁴⁴ So differenziert § 1017 zwischen der „offenen“ und der „geheimen“ Vollmacht, indem er bestimmt: „Insofern der Gewalthaber (der

¹⁴¹ Entwurf II 2: Tit 10 § 126 zitiert nach *Landwehr*, Vertrauensschutz 124.

¹⁴² ALR I 13 § 160.

¹⁴³ ALR I 13 § 167.

¹⁴⁴ So *Müller-Freienfels*, Abstraktion 150; *Ernst Joseph Cohn*, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht (1931) 265/6.

Bevollmächtigte) nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auferlegen. Hat er also innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag abgeschlossen, so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu.“ Dieser vielfach bespöttelte Begriff der „geheimen Vollmacht“¹⁴⁵ lässt die Frage offen, ob es sich dabei um „die geheimen Instruktionen“ des Codex Maximilianeus Civilis oder des ALR handelt bzw ob damit der Auftrag als solcher gemeint war. Das ABGB verwendet den Begriff in Abgrenzung zum Auftrag. Zeiller schreibt dazu in seinem Commentar: „Wie man in Rechtsgeschäften überhaupt nur nach seinen Äußerungen, nicht nach seinem geheimen Vorbehalte beurtheilet wird, so muß auch der Machtgeber nach dem Inhalte seiner öffentlichen Vollmacht haften, obschon der Machthaber die ihm in der geheimen Vollmacht gesetzten Grenzen überschritten hätte. Er muß z.B., wenn er dem Machthaber eine unbeschränkte Vollmacht, ein Gut zu kaufen, ertheilet hat, den von demselben zugesagten Kaufpreis von 100 000 fl. bezahlen, und kann, wenn er dem Machthaber in dem geheimen Auftrage auf 80 000 fl. beschränkte, nur von diesem die Schadloshaltung verlangen.“¹⁴⁶ Daraus ergibt sich nicht, dass hier schon die Gültigkeit des Geschäfts bei Überschreiten des Auftrags innerhalb der Vollmacht angelegt ist.¹⁴⁷ Dies würde bereits eine klare Trennung zwischen nach außen wirksamer Vollmacht und nach innen geltendem Auftrag voraussetzen, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht an der Tagesordnung stand (vgl oben 2.2.1). Vielmehr differenziert § 1017 innerhalb des Vollmachtsauftrags in geheime und offene Vollmachten.¹⁴⁸ In diese Unterscheidung kann nicht ohne weiteres unsere heutige Sicht der Unabhängigkeit von Auftrag und Vollmacht hineininterpretiert werden. Die Unterscheidung muss in der Tradition der Lehre von *mandatum apertum* und *mandatum arcanum* nach dem Vorbild des Codex Theresianus gesehen werden.¹⁴⁹ Es bleibt aber zu beantworten, ob diese Feststellung der Wirksamkeit der innerhalb der „offenen Vollmacht“ getätigten Geschäfte absolut wirkt, also auch dann, wenn der Vertreter den Dritten auf die „geheime Vollmacht“

¹⁴⁵ Ernst Swoboda in Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II/2 (1934) § 1017, 831.

¹⁴⁶ Franz von Zeiller, Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch; für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (1811-1813) Anm 4 zu § 1017.

¹⁴⁷ So auch Müller, Direkte Stellvertretung 142; aA Müller-Freienfels, Abstraktion 150.

¹⁴⁸ Landwehr, Vertrauensschutz 288.

¹⁴⁹ Wellspacher, Äußere Tatbestände FN 14, 227ff, wo auch die Vorgeschichte und die Vorentwürfe von § 1017 ausführlich beschrieben sind.

hingewiesen hat, oder ob ein solcher Hinweis die „geheime Vollmacht“ zu einer „offenen Vollmacht“ werden lässt. Diese Frage wurde im 19. Jahrhundert durchaus kontrovers beurteilt,¹⁵⁰ hat sich aber durch die Interpretation der Bestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag unter dem Eindruck der *Labandschen* Abstraktionslehre erübrigt, als nur noch der Vollmacht und nicht mehr dem Auftrag Außenwirkung zuerkannt wurde. Nach Aufkommen der Lehre von der abstrakten Vollmacht wurde die Differenzierung des § 1017 in diesem Sinne verstanden. *Ehrenzweig* stellt etwa in seinem „System des österreichischen Privatrechts“ unter Mitteilung der gegenteiligen Ansicht *Wellspachers*¹⁵¹ fest, dass die geheime Vollmacht gar keine Vollmacht sei. Diese würde auch nicht zur offenen Vollmacht, wenn sie dem Dritten mitgeteilt würde.¹⁵² „Überschreitet der Vertreter die Grenzen der mitgeteilten geheimen Vollmacht, so darf der andere Teil annehmen, daß dies auf Grund besonderer, nicht mitgeteilter Weisungen geschehen sei, oder daß der Vertreter aus anderen Gründen in der Lage sei, die Überschreitung gegenüber seinem Auftraggeber zu rechtfertigen.“¹⁵³ Als Grund dafür führt *Ehrenzweig* an, dass dergleichen Instruktionen im Verkehr als unverbindlich und unverlässlich gelten, da sie oft nur vorgetäuscht würden, um den anderen Teil hinzuhalten. Daher sei ein solches Geschäft auch grundsätzlich gültig, es sei denn „(...) im Falle des listigen Einverständnisses.“¹⁵⁴

Das ABGB geht beim Vertrauensschutz einen bedeutenden Schritt weiter als das ALR. Die §§ 1025 und 1026 bestimmen, dass für den Fall, dass eine einmal erteilte Vollmacht erlischt, ohne dass der Dritte davon Kenntnis erlangt, die durch den (früheren) Vertreter getätigten Geschäfte für den Vertretenen verbindlich bleiben. Dies soll nicht nur – wie noch im ALR – für die Fälle des Todes oder des Verlustes der Geschäftsfähigkeit gelten, sondern auch für den Fall des Widerrufs durch den Gewalthaber. Damit entscheiden sich die Gesetzesverfasser unter der Meinungsführung von *Franz von Zeiller*¹⁵⁵ durch die Erstreckung auch auf den Widerruf für einen weit gehenden Schutz des Dritten zu Lasten des Vollmachtgebers für den Fall, dass eine einmal bestandene

¹⁵⁰ Für die Gültigkeit auch bei Hinweis etwa: *Joseph Ellinger*, Handbuch des österreichischen allgemeinen Civil-Rechts³ (1850) zu § 1017, 444; dagegen *Moritz von Stubenrauch*, Commentar zum allgemeinen österreichischen Gesetzbuche III³ (1876) §§ 1017, 1018 Bem 5, 176f.

¹⁵¹ *Wellspacher*, Äußere Tatbestände 227.

¹⁵² *Ehrenzweig*, System § 110, 273.

¹⁵³ *Ehrenzweig*, System § 110, 273.

¹⁵⁴ *Ehrenzweig*, System § 110, 273.

¹⁵⁵ Zu den Ergebnissen der Beratung von § 1026 ABGB während des Gesetzgebungsverfahrens s. *Wellspacher*, Äußere Tatbestände FN 14, 232f.

Vollmacht erlischt.¹⁵⁶ Das heißt der Vollmachtsgeber (oder gegebenenfalls sein Erbe) muss mit allen Mitteln versuchen, möglichen Kontrahenten gegenüber kundzumachen, dass eine früher erteilte Vollmacht inzwischen erloschen ist. Außerdem muss er ein weiteres Tätigwerden des (früheren) Machthabers verhindern.¹⁵⁷ Der im ABGB für die Zeit stark ausgeprägte Vertrauensschutz soll auch durch die Regelungen der heute „Laden-“ oder „Verwaltervollmacht“ genannten Anscheinsvollmachten in den §§ 1027-1029 verwirklicht werden. Es kommt demnach zu einer „stillschweigenden Bevollmächtigung“ von Dienstpersonen (Faktoren, Schiffer, Ladendiener, Verwalter). Der Umfang der Vollmacht richtet sich dabei nach dem Inhalt der Bestellungsurkunde bzw „(...) nach dem Gegenstand und aus der Natur (...)“ des ihnen übertragenen Geschäfts. Nach heutiger Anschauung ist es nicht die Vollmacht, die hier in einem gesetzlich vermuteten Umfang vorliegt, sondern ein äußerer Anschein, welcher durch den Auftraggeber gesetzt wird, der im Dritten die Vermutung hervorruft, der Vertretene habe Vollmacht zu einem früheren Zeitpunkt erteilt.¹⁵⁸ Somit wird hier keine Aussage über den Umfang der Vertretungsmacht getroffen, sondern eine Regelung des Gutglaubensschutzes im Sinne von *Wellspachers* „Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht“ verwirklicht. Der Dritte wird geschützt, wenn er auf einen äußeren Tatbestand vertraut, der vom potentiellen Vertragspartner gesetzt wurde, und das Vorliegen einer Voraussetzung – in diesem Fall einer Vollmacht – nahelegt, ohne dass eine solche Vollmacht tatsächlich vorliegt.¹⁵⁹

Interessanterweise dürfte es auch *Zeiller* gewesen sein, der im Jahre 1812 das erste Mal das Wort „Stellvertreter“ verwendet hat.¹⁶⁰

2.2.3 Entwicklung der gesetzlichen Bestimmungen über die Formalvollmachten am Beispiel der Prokura

Die Entwicklung der gesetzlichen Bestimmungen über die Formalvollmachten lässt wertvolle Rückschlüsse darauf zu, worin der historische Gesetzgeber den Telos der Unbeschränkbarkeit der Formalvollmachten erkennt. Erst wenn dieser Telos verstanden

¹⁵⁶ Vgl *Landwehr*, Vertrauensschutz 229.

¹⁵⁷ Vgl *Landwehr*, Vertrauensschutz 229.

¹⁵⁸ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 205.

¹⁵⁹ *Wellspacher*, Äußere Tatbestände 80.

¹⁶⁰ *Franz von Zeiller*, Das natürliche Privatrecht (1819) § 136; vgl *Müller*, Direkte Stellvertretung 141.

wird, der dem historischen Gesetzeswerdungsprozess zu Grunde liegt, kann darüber entschieden werden, ob dieser Telos heute noch eine Berechtigung hat oder nicht. Es ist daher auch für die heutige Diskussion über die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen von großer Wichtigkeit, sich seriös mit den Absichten des historischen Gesetzgebers auseinander zu setzen.

Da die Entwicklungsgeschichte der Prokura die am besten dokumentierteste ist, soll sie beispielhaft genauer untersucht werden.

2.2.3.1 Bedürfnis der Praxis

Als erste eigentliche Formalvollmacht im heutigen Sinn – also mit gesetzlich beschriebenem Umfang und gleichzeitig als unbeschränkbar ausgestaltet – findet sich im deutschen Rechtsraum die Bestimmung über die Prokura. Das Bedürfnis der Praxis nach einer modernen gesetzlichen Regelung der privatrechtlichen Vertretung ist in der Mitte des 19. Jahrhunderts auf einem Höhepunkt angelangt. Die Ausweitung der Märkte, die Industrialisierung und der daraus resultierende wachsende Handelsverkehr machen insbesondere handelsrechtliche Vertretungsformen notwendig, die sich nach außen hin klar darstellen.¹⁶¹ Die Gründe sind die durch die zunehmende Unübersichtlichkeit des Handelsverkehrs entstandenen Verkehrsbedürfnisse nach einem möglichst weit reichenden Schutz der auf Abschlüsse mit Vertretern angewiesenen Personen. Ein Geschäft mit einem Vertreter, welcher als „alter ego“¹⁶² des Prinzipals auftritt, sollte nicht mit dem Risiko behaftet sein, dass diese Verhandlungen dadurch frustriert würden, dass Unklarheiten bezüglich des Umfangs und möglicher Einschränkungen der Vertretungsmacht auftauchen. Da einfache Vollmachten in ihrem Umfang nicht gesetzlich beschrieben und außerdem vom Geschäftsherrn beliebig beschränkbar sind, stieg das Bedürfnis nach eigenen, in ihrem Umfang absolut festgelegten, weit reichenden handelsrechtlichen Vollmachten, um damit dem Drittkontrahenten und dem Rechtsverkehr als Solches ein großes Maß an Gewissheit und Sicherheit den Umfang der Vertretungsmacht betreffend zu gewährleisten.

¹⁶¹ Müller-Freienfels, Abstraktion 164.

¹⁶² Halle in der Nürnberger Sitzung der Beratungen eines allgemeinen deutschen HGB, J. Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen HGB, I. Theil (1858) 74.

2.2.3.2 Entwicklungsgeschichte der Bestimmung

2.2.3.2.1 Der Preußische Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches

Noch der Preußische Entwurf eines ADHGB sieht in Art 43 weitestgehende Beschränkungsmöglichkeiten der Prokura vor, die gem Art 44 mangels Eintragung in das Handelsregister nur dann beachtlich sein sollten, wenn sie der Dritte bei Abschluss des Geschäfts nachweislich kannte.¹⁶³ Verwirklicht ist in diesem Entwurf also ein Gutgläubensschutz des Dritten. Der Umfang der Prokura kann durch den Geschäftsherrn zwar beschränkt werden, dieser muss aber dafür Sorge tragen, dass der Dritte von diesen Beschränkungen auch tatsächlich Kenntnis erlangt. Kann der Vertretene eine solche Kenntnis des Dritten von der Beschränkung nicht beweisen, so hat er die Vertretungshandlung dann gegen sich gelten zu lassen, wenn sie innerhalb des gesetzlich definierten Umfangs der Vertretungsmacht liegt.

2.2.3.2.2 Beratungen eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches – Nürnberger Sitzung

In der Nürnberger Sitzung vom 4.2.1857 formuliert der ehemalige Präsident des Handelsgerichts in Hamburg, *Halle*, erstmals ausdrücklich den Antrag, eine von Gesetzes wegen in ihrem Umfang festgelegte und absolut unbeschränkbare Vollmacht im Handelsrecht einzuführen. Diese Vollmacht sollte in einem Artikel beschrieben werden, der ausdrücklich festlegt: „Die Prokura leidet keine Beschränkung weder hinsichtlich des Gegenstandes, des Ortes noch der Bedingung.“¹⁶⁴ In den Protokollen findet sich weiters eine Begründung für die Einführung dieser „(...) ein für alle Mal illimitierten Vollmacht, Verbindlichkeiten für den Prinzipal zu übernehmen (...),“¹⁶⁵ welche vor allem die „Erleichterung und Sicherheit des Rechtsverkehrs (...)“ sind. Diese wünschenswerte Folge würde der unerwünschten Folge einer umfangmäßig beschränkbaren Prokura gegenüber gestellt: Dabei wäre der Rechtsverkehr

¹⁶³ J. Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, II. Theil (1858) 8f.

¹⁶⁴ Art. 2 der Anlage B in Lutz, Protokolle I. Theil 81.

¹⁶⁵ Lutz, Protokolle I. Theil 73.

„erheblichsten Verwirrungen“ ausgesetzt.¹⁶⁶ Dieser Vorschlag des Hamburger Juristen erlebt ein derart positives Echo, dass sogar in der 11. Sitzung am nächsten Tag ein auf Festlegung einer absolut unbeschränkbaren Prokura gerichteter Antrag einstimmig angenommen wurde. Eine klare Formulierung einer Norm wird zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgenommen. Hingegen wird bezüglich der Frage, wen das Handeln des Prokuristen verpflichten soll, bereits Art 49 Entwurf des ADHGB formuliert: „Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist auf Grund seines Auftrages schließt, wird der Prinzipal dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet.“ Damit wird die Zessionstheorie eindeutig abgelehnt.

2.2.3.2.3 Die Einwendungen *Goldschmidts*¹⁶⁷ und *Schliemanns*¹⁶⁸

Bei den weiteren Beratungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches vor der 3. Lesung werden Bedenken von den Regierungen Mecklenburgs und Badens erhoben. Angeregt wurde dies durch den Mecklenburger Rechtswissenschaftler *Schliemann* und den Badener Rechtswissenschaftler *Goldschmidt*. Beide plädieren dafür, die weisungswidrige Vertretungshandlung des Prokuristen nur dann als den Geschäftsherrn bindend anzusehen, wenn dieser Dritte gutgläubig sei. *Goldschmidt* betont in seinem Gutachten: „(...) der Art 42 gefährdet durch seine viel zu formelle Fassung Treu und Glauben (...). Man könnte zu dem Glauben verleitet werden, dass es dieser absoluten Vorschrift gegenüber auf das Wissen des dritten Kontrahenten um die Beschränkung gar nicht ankommen solle – ein exorbitanter Satz, welcher der bona fides geradezu entgegen träte. Man darf nicht sagen: Wer eine beschränkte Vollmacht will, hätte keine Prokura erteilen sollen, den Schaden mag er sich selbst zuschreiben. Diese Argumentation würde, ganz entgegen den Grundsätzen des neueren gemeinen Rechts die exceptio doli allen Formalgeschäften gegenüber, zB auch gegen Wechselforderungen, schlechthin ausschließen.“¹⁶⁹ Eine Beschränkung der Prokura soll also nach *Goldschmidt* Dritten gegenüber dann ausnahmsweise doch durchschlagen, wenn der Dritte von dieser Beschränkung wusste. Gefordert wird also nicht die

¹⁶⁶ Lutz, Protokolle I. Theil 73.

¹⁶⁷ Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1875 (1973) Teil B, § 14c, 104ff; Levin Goldschmidt, Gutachten über den Entwurf eines deutschen HGB nach den Beschlüssen zweiter Lesung, Beilagenheft der ZHR 3 (1860).

¹⁶⁸ Adolf Karl Wilhelm Schliemann, Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (nach den Beschlüssen der II. Lesung) (1858) 35f.

¹⁶⁹ Goldschmidt, Gutachten 37f.

Unbeschränkbarkeit der Vollmacht im eigentlichen Sinn, sondern ein Gutglaubensschutz des Dritten bei gleichzeitiger grundsätzlicher Beschränkbarkeit der Prokura. Der gesetzliche Umfang der Vertretungsmacht sollte sich also zu einer reinen gesetzlichen Vermutung – ähnlich der Bestimmung über die Handlungsvollmacht – reduzieren. In eine ähnliche Richtung argumentiert *Schliemann*, welcher in der Erinnerung Nr. 62 folgende an die Erklärung der grundsätzlichen Unbeschränkbarkeit anschließende Formulierung vorschlägt: „(...) es sei denn, dass der Prinzipal beweisen könne, dass die fragliche Beschränkung dem Dritten bekannt gewesen.“¹⁷⁰

Die Kommission kennt diese Einwände, als sie trotzdem an der bisherigen Konzeption fest hält und alle Kompromissvorschläge ablehnt. Die Unbeschränkbarkeit der Vollmacht ohne Ausnahme für wissende Dritte setzt sich in der dritten Lesung durch. Was die Einrede des Dolus betrifft, so findet sich bei den Beratungen zur Prokura kein weiterer Hinweis. Allerdings wird bei den Beratungen über die Vertretungsmacht des OHG-Gesellschafters¹⁷¹ erwähnt, dass es die Einrede des Dolus nicht ausschließe, wenn Beschränkungen des Auftrags dem Dritten gegenüber keine Wirkung zeigen sollen, denn es sei nicht Absicht der Bestimmung, „(...) auch alle betrügerischen Handlungen des Socius und des an dem Dolus des Letzteren participierenden Dritten zu legalisieren.“¹⁷² Mit diesem Hinweis wird ein Antrag auf Änderung der entsprechenden Formulierung abgelehnt.¹⁷³ Auch *Laband* zitiert die entsprechenden Protokolle und interpretiert sie so: „(...) ist ein Beweis eines beschränkteren Umfangs der Vollmacht ganz ausgeschlossen, da der Umfang unbeschränkbar ist. Selbst wenn der Dritte wußte, daß der Vertreter gegen die ihm ertheilten Instructionen oder Aufträge handelte, ist der Vertrag für den Vertretenen verbindlich; es sei denn, daß der Dritte sich eines wirklichen Betruges schuldig machte und mit einem pflichtwidrigen Procuristen, Handelsgesellschafter, Actiengesellschafts-Vorstände absichtlich zur Beschädigung des Principals, der Gesellschaft, des Actienvereins Geschäfte schloß.“¹⁷⁴ Die Kriterien sind also – zumindest nach der Interpretation *Labands* – jene der Kollusion.

¹⁷⁰ Zusammenstellung der Erinnerungen 13f in *J. Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches IX. Theil (1861).

¹⁷¹ Vgl dazu *Auer*, GesRZ 2000, 143.

¹⁷² *Lutz*, Protokolle I. Theil FN 45, 4665.

¹⁷³ *Lutz*, Protokolle I. Theil FN 45, 4669f.

¹⁷⁴ *Laband*, ZHR 1866, 223f.

2.2.3.2.4 Art 43 I ADHGB

Der Art 43 I ADHGB in der im Jahre 1857 verabschiedeten Schlussfassung lautet demgemäß auch: „Eine Einschränkung des Umfangs der Prokura hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung.“¹⁷⁵ Da diese Formulierung nicht zufällig gewählt wurde, sondern in klarer Ablehnung der Vorgängernorm und der Vorschläge *Goldschmidts* und *Schliemanns*, kann davon ausgegangen werden, dass die Kommission diese Bestimmung nicht im Sinne eines Gutglaubensschutzes des Dritten verstanden wissen wollte, sondern im Sinne einer Abstraktheit des Außenverhältnisses, das bewirken soll, dass Überschreitungen interner Weisungen (vom Kollusionsfall abgesehen) nur im Innenverhältnis zu Ersatzansprüchen führen können, nicht aber die Wirksamkeit der Vertretungshandlung hindern können. Im Zusammenhang mit der Vertretungsmacht des OHG-Gesellschafters wird auch darauf hingewiesen, dass schon für die Prokura angenommen worden sei, dass die Handlungen des Prokuristen den Vertreter auch binden, wenn sie instruktionswidrig sind, egal „(...) ob dies der Dritte wisse, oder nicht, solange nur keine dolosen Kollusionen vorlägen.“¹⁷⁶ Es stimmt also nicht, dass die Materialien darüber schweigen, ob auch geschützt werden soll, wer die Beschränkung positiv kannte.¹⁷⁷ Auch die Möglichkeit der Eintragung von Beschränkungen der Prokura in das Handelsregister wird diskutiert und abgelehnt: Die Erklärungen an Dritte und die Einträge in die Handelsregister über Beschränkungen werden „für unstatthaft erklärt.“¹⁷⁸ Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich eindeutig, dass das Geschäft grundsätzlich auch dann gültig sein soll, wenn der Vertragspartner die interne Beschränkung des Prokuristen durch seinen Geschäftsherrn kannte.¹⁷⁹ Dies wird auch durch die darauf folgende Rechtsprechung zur Wirkung der Prokura bei Wissen des Dritten von der Beschränkung bestätigt. Bei Gelegenheit dieser Verfahren stellt das Reichs-Oberhandelsgericht wiederholt fest, dass die Frage eines guten oder bösen Glaubens des Dritten gar nicht gestellt werden könne, da sie unerheblich bleiben müsse.

¹⁷⁵ *Lutz*, Protokolle, III. Theil 952.

¹⁷⁶ *Lutz*, Protokolle III. Theil 1004; vgl dazu auch *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32.

¹⁷⁷ So aber *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

¹⁷⁸ *Lutz*, Protokolle I. Theil 86; In diesem Punkt geht die Regelung über den allgemeinen vollmachtsrechtlichen Vertrauensschutz jedenfalls weit hinaus. Vgl *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

¹⁷⁹ Vgl dazu auch *Laband*, ZHR 1866, 223f.

Dem Dritten könne kein Vorwurf gemacht werden, wenn er nicht direkt Kollusion begangen hätte.¹⁸⁰

In der Denkschrift zum Entwurf des HGB¹⁸¹ ist schließlich zu lesen, dass die bei Beratung des ADHGB-Entwurfs geäußerten Bedenken gegen die unbeschränkbare Prokura als durch die Erfahrung widerlegt gelten können.¹⁸²

¹⁸⁰ ROHG 5 Nr. 64, 294; 6 Nr. 27, 132; 7 Nr. 104, 403; 9 Nr. 117, 429; 19 Nr. 98, 334.

¹⁸¹ Denkschrift zum 1. Entwurf eines HGB, Amtliche Ausgabe (1896) 49.

¹⁸² Aufschlussreich ist auch der Vorgang beim aktienrechtlichen Vorstand im HGB: In zweiter Lesung zu § 231 des Entwurfs des HGB (der später als § 235 beschlossen wurde) wurde ein Antrag gestellt, den Einwand zuzulassen, der Dritte habe von der Überschreitung der internen Ermächtigung des Vorstands gewusst. Dieser Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass „(...) liege ein widerrechtliches Zusammenwirken von Vorstand und dem Dritten zum Nachtheil der A.-G. vor, so sei dese zur Anfechtung solchen Vertrages berechtigt. Im Uebrigen sei das Prinzip, daß eine solche Vollmacht nicht eingeschränkt und nicht bestritten werden dürfe, im Interesse der Verkehrssicherheit, der Vermeidung von falschen Eiden bei Prokuristen, bei offenen Handelsgesellschaften, bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung für den Geschäftsführer acceptirt, und es sei nicht wünschenswerth, hier eine Ausnahme zu machen.“ aus *Carl Hahn/Benno Mugdan*, Die gesamten Materialien zu dem Reichs-Justizgesetzen VI: Materialien zum Handelsgesetzbuch (1897) 594.

3 Formalvollmachten

Dieses Kapitel soll einen Überblick über den Begriff der Formalvollmacht sowie die wichtigsten Fälle geben, in denen im österreichischen Recht Vertretungsmacht als Formalvollmacht ausgestaltet wurde. Behandelt werden die Vertretungsmachten des aktienrechtlichen Vorstands, der GmbH-Geschäftsführer, der vertretungsbefugten Gesellschafter einer Personengesellschaft und des Prokuristen. Da der Stand von Lehre und Rechtsprechung zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht Gegenstand des III. Kapitels ist, soll hier auf die ausführliche Behandlung dieser Problematik verzichtet.

3.1 Begriff

An dieser Stelle soll zunächst die Begrifflichkeit geklärt werden. Die Befugnis zur Stellvertretung lässt sich auf vielfältige Weise einteilen. Am gängigsten ist die Einteilung nach dem Entstehungsgrund in gesetzliche Vertretung, organschaftliche Vertretung und rechtsgeschäftliche Vertretung.¹⁸³

*Laband*¹⁸⁴ versuchte als Erster eine Einteilung (allerdings nur bezüglich der Vertretungsarten nach dem AHGB) nach dem Aspekt des gesetzlich determinierten Umfangs der Vertretungsmacht.¹⁸⁵ Er unterscheidet demnach zwei Hauptklassen, wobei jede wieder in zwei Unterabteilungen zerfällt. Die Klasse A bilden jene Vollmachten, deren Umfang gesetzlich bestimmt ist. Diese Klasse zerfällt in die Untergruppe I, in der der Umfang Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann, und in die Untergruppe II, in der eine solche Beschränkung möglich ist. Die Klasse B bilden jene Vollmachten, deren Umfang nicht gesetzlich vorgezeichnet ist. Die Untergruppe I der Klasse B bilden dann jene Vollmachten, bei denen es eine gesetzliche Vermutung über den Umfang der Vertretungsmacht gibt und die Untergruppe II jene, bei denen es eine solche Vermutung nicht gibt. In die Klasse A Untergruppe I fällt etwa die Vertretungsmacht des aktienrechtlichen Vorstands, in die Untergruppe II der Klasse A fällt etwa die

¹⁸³ Vgl. statt vieler *Koziol/Welser Grundriss* I¹³ 202ff.

¹⁸⁴ *Laband*, ZHR 1866, 183.

¹⁸⁵ *Laband*, ZHR 1866, 218f.

Vertretungsmacht des Schiffers, weiters in die Untergruppe I der Klasse B etwa die Vertretungsmacht des Handlungsbevollmächtigtes und in die Untergruppe II der Klasse B etwa die rechtsgeschäftliche Erweiterung des gesetzlichen Umfangs der Vertretungsmacht des Prokuristen.¹⁸⁶

Nach der Einteilung *Labands* beschäftigt sich diese Arbeit mit der Untergruppe I der Klasse A. Die zwei wesentlichen Kriterien für den Begriff der Formalvollmacht, wie er hier verwendet werden soll, sind also der *gesetzlich definierte Umfang* und die *gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit von Beschränkungen* dieses Umfangs gegenüber dritten Geschäftspartnern.¹⁸⁷

3.1.1 Gesetzlich definierter Umfang

Viele gesetzlich normierte Vollmachten haben einen definierten Umfang. Ziel dieser gesetzlichen Vorformulierung einer an sich rechtsgeschäftlich oder organschaftlich zu erteilenden Vollmacht ist es, dass mit der entsprechenden Bezeichnung des Stellvertreters als „Prokurist“, „Geschäftsführer“, „Vorstand“ etc eine Vorstellung über die damit verbundenen Befugnisse erreicht wird.¹⁸⁸ Die Bezeichnung der Vertreterart soll also bereits ein Synonym für den Umfang der damit verbundenen Vertretungsbefugnis sein. Es geht um die Sicherheit und die damit verbundene Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch institutionelle Bestimmung des Umfangs der Vertretungsmacht.¹⁸⁹ Dieser definierte Umfang kann aus dem Gesetz wie beim Prokuristen sehr leicht zu ersehen sein, in manchen Fällen erfordert die Ermittlung des gesetzlich definierten Umfangs jedoch etwas mehr Aufwand und das Zusammenlesen mehrerer einschlägiger Normen wie etwa beim aktienrechtlichen Vorstand (vgl dazu unten 03.2.1.1.1.1).

¹⁸⁶ *Laband*, ZHR 1866, 223; vgl allgemein zur Einteilung der Vollmachten nach dem AHGB *Landwehr*, Vertrauensschutz 243f.

¹⁸⁷ Vgl auch *Pawlowski*, JZ 1996, 130.

¹⁸⁸ Vgl *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

¹⁸⁹ *Peter Jabornegg*, Kommentar zum HGB (1997) § 126 Rz 2.

3.1.2 Unbeschränkbarkeit

Der gesetzlich definierte Umfang der Vertretungsmacht alleine macht noch keine Formalvollmacht aus. Die Umfangsdefinition kann nämlich zweierlei Zweck haben: den einer absolut gültigen Beschreibung oder den einer gesetzlichen Vermutung, die im Ergebnis zu einer Beweislastumkehr über den Umfang der Vertretungsmacht führt. So definiert etwa § 54 UGB für den Handlungsbevollmächtigten, dass sich der Umfang seiner Vertretungsmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Unternehmens oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, erstreckt. In § 55 UGB wird sodann klar gestellt, dass Beschränkungen dieses Umfangs zwar möglich sind, der Dritte aber geschützt ist, wenn er die Beschränkungen weder kannte noch kennen musste.

Das heißt, dass für Vertretungshandlungen eines Handlungsbevollmächtigten innerhalb der gesetzlich definierten Grenzen des § 54 UGB nicht der Dritte das Vorliegen der Vertretungsmacht beweisen muss, wenn er die Gültigkeit des Geschäfts erreichen will, sondern umgekehrt der Vertretene – wenn er die Unwirksamkeit erreichen will – beweisen muss, dass das Geschäft vom konkreten Umfang der Vertretungsmacht nicht gedeckt war und dass der Dritte diese Beschränkung kannte oder kennen hätte müssen.¹⁹⁰

Das zeigt, dass hier nicht der Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich unveränderbar festgelegt, sondern der gutgläubige Dritte im Vertrauen auf den gesetzlich beschriebenen Umfang geschützt werden soll. Dem Dritten sollen Nachforschungen über den konkreten Umfang der Vollmacht der Vertretungsmacht erspart bleiben. Er soll aber dann nicht geschützt werden, wenn er die Abweichung des tatsächlichen Umfangs der Vertretungsmacht vom gesetzlich beschriebenen kannte oder fahrlässig nicht kannte (kennen hätte müssen). Formalvollmachten hingegen sind dem Umfang nach gesetzlich determiniert.¹⁹¹ Durch diesen gesetzlich definierten Umfang der Vertretungsmacht und die damit verbundene Unbeschränkbarkeit Dritten gegenüber

¹⁹⁰ Peter Jabornegg in Jabornegg, HGB § 55 Rz 1.

¹⁹¹ Rudolf Strasser in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ (2001) §§ 71-74 Rz 7; vgl zur Bedeutung dieser Abgrenzung von anderen rechtsgeschäftlichen Vollmachten auch Pawlowski, JZ 1996, 130.

wurde die Formalvollmacht zu einer der „wohl wertvollsten Errungenschaften handelsrechtlichen Vertretungsrechts.“¹⁹²

Die Unbeschränkbarkeit bezieht sich auf den Umfang und nicht auf die Art der Ausübung der Vertretungsmacht. So kann der Geschäftsherr auch bei der unbeschränkbaren Vertretungsmacht über die Ausgestaltung als Einzelvertretungsbefugnis oder (gemischter) Gesamtvertretungsbefugnis entscheiden (s unten 03.2.2.2).

3.2 Fälle

Die wichtigsten Fälle der Ausgestaltung als Formalvollmacht sind im österreichischen Recht die Vertretungsbefugnis

- des aktienrechtlichen Vorstands;
- der Geschäftsführer der GmbH;
- der vertretungsbefugten Gesellschafter einer Personengesellschaft und – als einzige rechtsgeschäftlich und nicht organschaftlich erteilte Vollmacht –
- des Prokuristen.

Die Vertretungsmacht dieser Personen soll hier näher betrachtet werden.

¹⁹² Heinz Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005) 151.

3.2.1 Die Vertretungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft

§ 74 AktG lautet:

- (1) Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung oder der Aufsichtsrat für den Umfang seiner Vertretungsbefugnis festgesetzt hat oder die sich aus einem Beschluss der Hauptversammlung nach § 103 ergeben.
- (2) Dritten gegenüber ist eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstands unwirksam.

Dem Vorstand obliegt die Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung, er ist insbesondere zur Geschäftsführung und Vertretung berufen, sofern das AktG nicht anderen Organen Zuständigkeiten einräumt,¹⁹³ und stellt somit das oberste Leitungsorgan der Aktiengesellschaft dar.¹⁹⁴

3.2.1.1 Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands

Die Vertretungsmacht des aktienrechtlichen Vorstands ist vom Grundsatz des Vertretungsmonopols getragen und erstreckt sich auf gerichtliche und außergerichtliche sowie gewöhnliche und ungewöhnliche Handlungen (§ 71 Abs 1 AktG).¹⁹⁵ Das heißt von allen Organen der Aktiengesellschaft ist einzig der Vorstand mit einer allumfassenden Vertretungsbefugnis ausgestattet. Da in Österreich die Ultra-Vires-

¹⁹³ Vgl umfassend *Rolf Watter*, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe (1985) 229ff; *Holger Fleischer*, Reichweite und Grenzen der unbeschränkten Organvertretungsmacht im Kapitalgesellschaftsrecht, NZG 2005, 529ff.

¹⁹⁴ *Christian Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz (2003) § 70 Rz 2; *Susanne Kalss* in MünchKomm AktG II³ (2008) § 76 Rz 115ff; *Rudolf Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 477.

¹⁹⁵ *Walther Kastner/Peter Doralt/Cristian Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 231; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 3; *Kalss* in MünchKomm AktG II³ § 78 Rz 137; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 1; *Gerald Spindler* in MünchKomm AktG³ § 78 Rz 26; *Uwe Hüffer*, Kommentar des Aktiengesetzes⁸ (2008) § 78 Rz 3f; *Götz Hueck/Christine Windbichler*, Gesellschaftsrecht; Ein Studienbuch²¹ (2008) § 27 Rz 18.

Lehre, welche die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft beschränkt, nicht anerkannt ist,¹⁹⁶ ist die Vertretungsbefugnis auch nicht mit dem Unternehmensgegenstand begrenzt. Eine Durchbrechung dieses Vertretungsmonopols ist nur durch das Gesetz und nicht etwa durch Beschlüsse innerhalb der Gesellschaft möglich.¹⁹⁷

Nach dem per 1.1. 2006 in Kraft getretenen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz¹⁹⁸ wird das Handeln des Vorstands auch bezüglich des gerichtlichen Strafrechts der Gesellschaft zugerechnet. Unter bestimmten Voraussetzungen wird so die Strafbarkeit der Gesellschaft begründet.¹⁹⁹

3.2.1.1.1 Außenwirksame Grenzen der Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht des Vorstands ist nicht unbeschränkt. Neben den oben genannten Durchbrechungen des Vertretungsmonopols normieren das AktG und andere Gesetze (InvFG, PKG, WGG etc) an etlichen Stellen für bestimmte Geschäfte der Aktiengesellschaft zusätzliche Voraussetzungen, wie etwa die Mitwirkung oder alleinige Handlungsbefugnis anderer Organe der Gesellschaft. Hier muss jeweils ermittelt werden, ob es sich dabei um nach außen hin wirksame Schranken der Vertretungsbefugnis handeln soll oder ob eine derartige Vorschrift nur das Innenverhältnis betrifft. Bei den nach außen wirksamen Beschränkungen handelt es sich um tatsächliche Grenzen der Vertretungsmacht, sie bestimmen den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands der Aktiengesellschaft. Handelt der Vorstand diesen Beschränkungen zuwider, so kommt das Geschäft – auch mit einem gutgläubigen Dritten – nicht zu Stande. Bei „Beschränkungen“, die nur im Innenverhältnis Wirkung haben, handelt es sich hingegen in Wahrheit um Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands.²⁰⁰ Überschreitet der Vorstand diese internen Beschränkungen, so ist grundsätzlich das Geschäft mit dem Dritten wirksam, während

¹⁹⁶ *Peter Jabornegg*, Die Aktiengesellschaft als juristische Person (II), *GesRZ* 1989, 14 nwN; *Spindler* in *MünchKomm AktG*³ § 78 Rz 26; *Hüffer*, *AktG*⁸ § 82 Rz 1; *Mathias Habersack* in *Großkommentar zum Aktiengesetz*⁴ (2003) § 82 Rz 1; *Hans Joachim Mertens* in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz II*² (1996) § 82 Rz 2.

¹⁹⁷ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁴ §§ 71-74 Rz 1.

¹⁹⁸ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten, BGBl I 2005/151.

¹⁹⁹ Vgl. *Reinhard Moos*, Die Strafbarkeit juristischer Personen und der Schuldgrundsatz, *RZ* 2004, 98; *Richard Soyer*, Neues Unternehmensstrafrecht und Präventionsberatung, *AnwBl* 2005, 11; *Hueck/Windbichler*, *Gesellschaftsrecht*²¹ § 27 Rz 21.

²⁰⁰ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG* § 74 Rz 2.

sich der Vorstand gegebenenfalls der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig macht.²⁰¹

3.2.1.1.1 Gesetzliche Grenzen

Fälle in denen von diesem Vertretungsmonopol auf Grund gesetzlicher Anordnung abgegangen wird, sind die Zwangsverwaltung (§ 331 Abs 1 EO), das Ausgleichsverfahren (§§ 3 Abs 2, 8 Abs 2 und 3 AO) und die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft (§§ 1 Abs 1 und 2, 83 KO).²⁰² Bei einer Zwangsverwaltung wird der Verwalter zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines solchen Unternehmens gewöhnlich mit sich bringt.²⁰³ Wurde ein Ausgleichsverfahren eingeleitet, so wird der Ausgleichsverwalter oder der vorläufige Verwalter legitimiert, alle zur Erfüllung seiner Amtspflichten erforderlichen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen. Zusätzlich übernimmt er die Vertretung der Aktiengesellschaft, insoweit es den Organen an der notwendigen Vertretungsmacht wegen gesetzlicher oder richterlicher Beschränkungen fehlt.²⁰⁴ Bei Konkurseröffnung übernimmt der Masseverwalter die Vertretung des Gesellschaftsvermögens. Tritt ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft als Dritter gegenüber, so wird die Aktiengesellschaft wahlweise vom Vorstand oder vom Aufsichtsrat vertreten (§ 75 Abs 1 AktG).²⁰⁵ Beim Abschluss oder der Beendigung des Anstellungsvertrags mit einem Vorstandsmitglied hat gem § 75 Abs 1 letzter Satz AktG der Aufsichtsrat das Vertretungsmonopol. Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats ist gesetzlich zwingend vorgesehen. Die Verschiebung der Zuständigkeit zu einem anderen Organ ist nicht zulässig.²⁰⁶

Gesetzliche Grenzen der Vertretungsmacht des Vorstands ergeben sich weiters aus §§ 126, 221 Abs 1, 237 AktG.²⁰⁷ Nach § 126 AktG ist zur Gewinnverteilung ausschließlich die Hauptversammlung zuständig, der Beschluss des Vorstands darüber

²⁰¹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 71-74 Rz 6; Susanne Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rz 77ff mwN.

²⁰² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 2.

²⁰³ § 343 EO

²⁰⁴ § 30 Abs 5 EO.

²⁰⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 8.

²⁰⁶ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 75 Rz 6; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 71-74 Rz 9; Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht²¹ § 27 Rz 12.

²⁰⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 71-74 Rz 6.

wäre nichtig.²⁰⁸ Die Feststellung des Jahresabschlusses kann vom Vorstand gemeinsam mit dem Aufsichtsrat oder durch die Hauptversammlung erfolgen. Ein Beschluss des Vorstands allein wäre auch in diesem Fall nichtig.²⁰⁹

Gem § 45 Abs 1 AktG bedürfen Verträge über bestimmte Geschäfte der Gesellschaft mit einem Gründer, die innerhalb von zwei Jahren ab Eintragung der Gesellschaft vorgenommen werden („Nachgründungen“), zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung und der Eintragung im Firmenbuch. Nach § 221 AktG ist ein Verschmelzungsbeschluss nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam. Ein alleiniges Handeln des Vorstands hätte keine Außenwirkung.²¹⁰ § 237 AktG bestimmt, dass zur Übertragung des gesamten Vermögens der Aktiengesellschaft ein Hauptversammlungsbeschluss benötigt wird. Damit wird – anders als bei der GmbH und bei den Personengesellschaften, wo dieser Fall umstritten ist (zu einer allfälligen Analogiefähigkeit der Bestimmung s unten 03.2.2.1.1.1) – für die Aktiengesellschaft klargestellt, dass der Vorstand ohne Hauptversammlungsbeschluss ein Geschäft, das auf die Übertragung des gesamten Vermögens gerichtet ist, nicht abschließen kann. Da es sich um eine gesetzliche Grenze der Vertretungsbefugnis handelt, kommt es auch auf Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten dabei nicht an.²¹¹

Die Vertretungsbefugnis eines Sondervertreters gem § 122 Abs 2 AktG verdrängt das Vertretungsrecht des Vorstands bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder.²¹² Gesetzliche Grenzen finden sich darüber hinaus auch in § 4 InvFG, § 14 PKG und in § 9a WGG.

§ 1008 2. Satz ABGB, wonach ein Vertreter zur Vereinbarung einer Schiedsklausel eine „auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht“ braucht, schränkt die

²⁰⁸ Elisabeth Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 126 Rz 4.

²⁰⁹ Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 126 Rz 4.

²¹⁰ Christoph Szep in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 221 Rz 7.

²¹¹ Vgl für § 179a dAktG Walther Hadding, Einschränkung des Umfangs organschaftlicher Vertretungsmacht bei OHG und KG entsprechend § 179a AktG, in FS Lutter, 851ff; aA Hans Georg Koppensteiner in Manfred Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften in zwei Bänden I³ (2003) § 126 Rz 6; demnach auch für die Aktiengesellschaft zu prüfen wäre, ob die Vertretungsmacht des Vorstands ausnahmsweise ausreicht, auch die Veräußerung des Unternehmens zu decken, wenn der Käufer den Sachverhalt nicht kannte oder kennen musste.

²¹² Kalss in MünchKomm AktG³ § 78 Rz 137.

Vertretungsmacht des Vorstands nicht ein. § 1008 ist auf Formalvollmachten nicht anwendbar.²¹³

1994 qualifiziert der OGH²¹⁴ eine Klausel des Kollektivvertrags für Angestellte der Versicherungsunternehmen, Innendienst²¹⁵ als rechtsunwirksam, welche die Kündigung definitiver Angestellter an die Zustimmung des Betriebsrats bindet. Der OGH argumentierte, dass in dieser Bestimmung eine gem § 74 Abs 2 AktG „(...) unzulässige Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes im Außenverhältnis gegenüber den Angestellten“ normiert sei.²¹⁶

3.2.1.1.1.2 Insichgeschäfte

Ob Insichgeschäfte von der Vertretungsmacht gedeckt sind oder ob bei diesen von vollmachtslosem Handeln auszugehen ist, ist strittig. Ein Insichgeschäft liegt aber jedenfalls nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft als Dritter gegenüber tritt, selbst aber nicht an der Vertretungshandlung der Gesellschaft teilnimmt, etwa weil ein anderes Vorstandsmitglied das Geschäft alleinvertretungsbefugt für die Gesellschaft abschließt oder andere Vorstandsmitglieder in Gruppen gesamtvertretungsbefugt handeln.²¹⁷ Handelt jenes Vorstandsmitglied, das der Gesellschaft als Dritter gegenüber tritt, gleichzeitig als Vertreter (als Alleinvertreter oder im Rahmen einer Gesamtvertretung) so handelt es sich um ein Insichgeschäft.²¹⁸ Ein Teil der Lehre hält Insichgeschäfte auf Grund der damit verbundenen Interessenskollision grundsätzlich für unzulässig,²¹⁹ obwohl ein gesetzliches Verbot oder nur eine aktienrechtliche Regelung nicht besteht.²²⁰ In Judikatur und Literatur finden sich jedoch Stimmen, wonach es in diesem Fall (vor oder nach Abschluss des

²¹³ Überzeugend *Thomas Bachner*, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, *ecolex* 2005, 282; in Ablehnung der Ansicht *Georg Wilhelms*, Der schmale Grad zum Schiedsgericht, *ecolex* 2005, 89.

²¹⁴ OGH 15.9.1994, 8 Ob A 278/94 RdW 1995, 101 (*Schima*).

²¹⁵ § 19 Abs 2 KVI.

²¹⁶ *Georg Schima*, Zustimmungsrecht des Betriebsrates nach dem „KVI“ rechtsunwirksam, RdW 1995, 101.

²¹⁷ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 71-74 Rz 9.

²¹⁸ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 71-74 Rz 10.

²¹⁹ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 215; *Rudolf Strasser* in *Rummel*, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000) § 1009 Rz 21 mwN; *Peter Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB (2005) § 1009 Rz 5.

²²⁰ Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 71-74 Rz 10.

Geschäfts) der Genehmigung durch den Aufsichtsrat oder durch die Hauptversammlung bedarf,²²¹ sofern nicht seiner Natur nach ein *ungefährliches Geschäft* vorliegt (zB Entgelt nach Markt- oder Börsepreis; ausschließlich Vorteilsgewährung zu Gunsten des Vertretenen; Zustimmung des Vertretenen).²²² Geht man von dieser Prämisse aus, kann es sich nur um eine Durchbrechung des Vertretungsmonopols des Vorstands und nicht um eine Beschränkung im Innenverhältnis handeln. Eine nachträgliche Genehmigung ersetzt – wie bei allen Fällen der *falsa procuratio* – die fehlende Vollmacht.²²³ Teilweise wird davon ausgegangen, dass das Insichgeschäft grundsätzlich von der Vertretungsmacht des Vorstands gedeckt ist, es aber trotzdem einer nachträglichen Genehmigung der Hauptversammlung bedarf.²²⁴ Dafür spricht – zumindest für die GmbH – § 25 Abs 4 GmbHG, wodurch für den Geschäftsführer der Gesellschaft die Haftung für Schäden aus Insichgeschäften angeordnet wird.²²⁵ Der OGH geht teilweise davon aus, dass auch bei der GmbH das Geschäft ohne Zustimmung des Aufsichtsrats bzw der übrigen Geschäftsführer nicht grundsätzlich wirksam ist,²²⁶ teilweise löst er die Problematik aber durch die Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht.²²⁷ Die Anordnung des § 25 Abs 4 GmbHG könnte mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit allenfalls insofern in Einklang gebracht werden, als einerseits von einer grundsätzlichen Einschränkung der Vertretungsbefugnisse bei Insichgeschäften ausgegangen wird, eine Genehmigung im Vorhinein als zusätzliche Vollmacht, eine Genehmigung im Nachhinein als nachträgliche Genehmigung von vollmachtslosem Handeln im Sinne des § 1016 ABGB verstanden wird und eine Haftung des Handelnden für Schäden für die Fälle angenommen wird, in denen Insichgeschäfte ausnahmsweise von der Vertretungsmacht gedeckt sind. Ein vom Vorstand geschlossenes Insichgeschäft außerhalb der Ausnahmen kann nach dieser Ansicht ohne die entsprechenden Genehmigungen rechtlich nicht zu Stande kommen.²²⁸ Folgt man dieser Ansicht nicht, so handelt es sich bei Insichgeschäften um Geschäfte, die gegebenenfalls intern

²²¹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 97 Rz 12.

²²² Krejci, Gesellschaftsrecht I 153ff.

²²³ Zur nachträglichen Genehmigung s Koziol/Welser, Grundriss I¹³ 212f.

²²⁴ Vgl etwa zum GmbH-Geschäftsführer SZ 44/141 und zum vertretungsbefugten Gesellschafter der OG Jabornegg in Jabornegg, HGB § 126 Rz 6.

²²⁵ § 25 (4) GmbHG: „Ein Geschäftsführer haftet der Gesellschaft auch für den ihr aus einem Rechtsgeschäfte erwachsenen Schaden, das er mit ihr im eigenen oder fremden Namen abgeschlossen hat, ohne vorher die Zustimmung des Aufsichtsrates oder, wenn kein Aufsichtsrat besteht, sämtlicher übriger Geschäftsführer erwirkt zu haben.“

²²⁶ SZ 54/57.

²²⁷ SZ 58/123.

²²⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 10.

unzulässig sind und deren Gültigkeit sich nach den Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht bestimmt.²²⁹

3.2.1.1.2 Interne Beschränkungen

Bestimmungen ohne direkte Außenwirkung und daher keine Grenzen der Vertretungsmacht des Vorstands sind dagegen die internen Zustimmungsvorbehalte anderer Organe der Aktiengesellschaft.

Wichtigste Bestimmung ist hier § 95 Abs 5 AktG, der die Zustimmung des Aufsichtsrats zu bestimmten Geschäften des Vorstands vorsieht.²³⁰ Diese Bestimmung spricht davon, dass bestimmte Geschäfte mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden „sollen“. Trotz der Verwendung des Modalverbs „sollen“ darf ein entsprechendes Geschäft nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden.²³¹ Die Zustimmungspflicht wirkt nur im Innenverhältnis, das heißt die alleinige Vertretungsmacht des Vorstands wird durch die Genehmigungspflicht des Aufsichtsrats nicht berührt. Ein Geschäft, das ohne oder gegen eine Genehmigung des Aufsichtsrats durchgeführt wird, ist dennoch wirksam, die Gesellschaft ist daran gebunden.²³² Einen besonderen Fall im Katalog des § 95 Abs 5 AktG bildet Z 12. Hier wird für Einzelverträge der Gesellschaft mit einem Aufsichtsratsmitglied die Zustimmung des gesamten Aufsichtsrats verlangt. Anders als bei den anderen Geschäften die im Katalog des § 95 Abs 5 AktG aufgezählt sind, handelt es sich bei dem Geschäftspartner nicht um einen Dritten im eigentlichen Sinn, sondern um ein Mitglied eines Organs der Gesellschaft. Die Regelung dieser Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrats folgt einem ähnlichen Telos wie die Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrats bzw der Hauptversammlung bei Insichgeschäften des Vorstands. Auch hier soll verhindert werden, dass einem Mitglied eines Organs auf Grund dieser Organstellung Sondervorteile eingeräumt werden. Die Regelung in der die Geschäftsführungsbefugnisse des Vorstands einschränkenden Norm des § 95 Abs 5

²²⁹ So etwa OGH 16.9.1971, 1 Ob 243/71 EvBl 1972/88 = SZ 44/141.

²³⁰ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rz 77ff.

²³¹ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rz 89; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 95-97 Rz 39; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵ 261; *Hans Georg Koppensteiner/Friedrich Rüffler*, Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007) § 30j Rz 18.

²³² *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rz 90; *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 95-97 Rz 41; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30j Rz 18.

AktG scheint daher unglücklich. Es sollte sich dabei, wie es beim Insichgeschäft teilweise vertreten wird, um eine Einschränkung des Vertretungsmonopols des Vorstands – und damit um eine absolute Grenze der Vertretungsbefugnis des Vorstands – handeln. Damit wäre auch gewährleistet, dass das Geschäft mit dem Aufsichtsratsmitglied ohne die Zustimmung des gesamten Aufsichtsrats nicht zu Stande kommen kann, was wünschenswert wäre, da es sich beim Aufsichtsratsmitglied wie beim Vorstandsmitglied beim Insichgeschäft eben nicht um einen „Dritten“ im eigentlichen Sinn handelt.²³³ Dazu wäre allerdings die Regelung an anderer Stelle sinnvoll. Der § 95 Abs 5 AktG ist als Geschäftsführungsbestimmung dafür nicht geeignet.²³⁴ Sieht man die Bestimmung als die Vertretungsmacht nicht einschränkend an, wird vertreten, dass die Unbeschränkbarkeitsbestimmung im Außenverhältnis insofern zu reduzieren ist, als dass dem Organmitglied bei Drittgeschäften jeder Verstoß gegen das Innenverhältnis entgegen gehalten werden kann, den er kannte oder hätte kennen können.²³⁵ Sinnvoller wäre bei Geschäften mit Organmitgliedern (oder Gesellschaftern bei Personengesellschaften) die Vertretungsmacht selbst – wie beim Insichgeschäft diskutiert – als mit der Geschäftsführung ident zu definieren.

3.2.1.2 Art der Vertretung beim mehrgliedrigen Vorstand

Anders als bei internen Beschränkungen der Vertretungsmacht führt ein Abweichen von der in Gesetz oder Firmenbuch vorgesehenen Art der Vertretung zum Scheitern der Vertretungshandlung und damit zu keiner Verpflichtung und Berechtigung der Aktiengesellschaft. Die Regelungen über die Art der Vertretung haben also Außenwirkung und stellen somit – da sie von der Satzung bestimmt werden können – eine Möglichkeit dar, das Missbrauchsrisiko durch den Vollmachtsmissbrauch des Vorstands zu minimieren.

Die passive Vertretungsbefugnis kommt gem § 71 Abs 2 S 3 AktG dem einzelnen Vorstandsmitglied zu. Für die Wirksamkeit von Erklärungen gegenüber dem Vorstand

²³³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Abs 3 mwN.

²³⁴ Vgl *Katherina Oberhofer*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats (2008) 175f.

²³⁵ So für die OG *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 14 mwN.

reicht also, wenn sie einem Vorstandsmitglied zugehen.²³⁶ Die Regelungen über die passive Vertretungsbefugnis sind auch für die Zurechnung von rechtserheblichem Wissen oder das Vorliegen eines guten Glaubens Ausschlag gebend.²³⁷ Das heißt, dass sich auch bei Einzelvertretungsbefugnis der gesamte Vorstand das Wissen (oder den schlechten Glauben) eines einzelnen Vorstandsmitglieds zurechnen lassen muss.²³⁸ Wenn also beispielsweise der technische Vorstand eine für den Finanzvorstand relevante Information besitzt, muss sich der Finanzvorstand diese Information zurechnen lassen, obwohl er sie möglicherweise selbst nicht hat und er in seinem Bereich alleinvertretungsbefugt ist.²³⁹ Die Regelungen für die passive Vertretungsbefugnis sind einer Änderung durch Satzung oder Aufsichtsrat nicht zugänglich.²⁴⁰

§ 71 Abs 2 S 1 AktG normiert bezüglich der aktiven Vertretungsbefugnis bei einem mehrgliedrigen Vorstand den Grundsatz der Gesamtvertretung. Das heißt, dass die Vorstandsmitglieder grundsätzlich die Gesellschaft nach außen nur gemeinsam vertreten können und der Vorstand auch nur durch alle Vorstandsmitglieder zeichnungsberechtigt ist.²⁴¹ Zur Herbeiführung rechtlicher Wirkungen durch das Vertreterhandeln des Vorstands – das heißt zur unmittelbaren Berechtigung und Verpflichtung der Aktiengesellschaft – sind inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen aller in die Gesamtvertretung eingebundenen Vorstandsmitglieder notwendig.²⁴² Allerdings müssen die Willenserklärungen nicht alle gegenüber dem Dritten abgegeben werden, auch eine nachträgliche Genehmigung durch die anderen Vorstandsmitglieder ist möglich. Ob bei bestehenden Formvorschriften die Einhaltung durch ein Vorstandsmitglied reicht, ist umstritten.²⁴³ Handelt ein Vorstandsmitglied trotz Vorliegens einer Kollektivvertretung alleine, ohne die anderen Vorstandsmitglieder einzubinden, so handelt er als falsus

²³⁶ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 12; Kalss in MünchKomm AktG³ § 78 Rz 138; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 25; Spindler in MünchKomm AktG³ § 78 Rz 27; Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht²¹ § 237 Rz 19.

²³⁷ Kalss in MünchKomm AktG³ § 78 Rz 138; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 25.

²³⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 25.

²³⁹ Georg Graf, Stille Refinanzierung, Wissenszurechnung und Aufklärungspflicht, ÖBA 1997, 428 (432f) mwN; Gert Iro, Banken und Wissenszurechnung. Eine Untersuchung zur Wissenszurechnung unter Berücksichtigung bankenspezifischer Probleme, ÖBA 2001, 3 und 112.

²⁴⁰ Kalss in MünchKomm AktG³ § 78 Rz 138; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 73-74 Rz 26.

²⁴¹ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 13; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 27; Spindler in MünchKomm AktG³ § 78 Rz 26; Hüffer, AktG⁸ § 78 Rz 1; Habersack in GroßKomm AktG⁴ § 78 Rz 28; Mertens in KölnKomm AktG § 78 Rz 27.

²⁴² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 27.

²⁴³ Für eine differenzierende Lösung Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 27.

procurator mit allen damit einhergehenden Rechtsfolgen, insbesondere sind die so geschlossenen Geschäfte für die Aktiengesellschaft nicht verbindlich.²⁴⁴

§ 71 Abs 2 S 2 und § 71 Abs 3 S 1 AktG bestimmen, dass die Satzung und damit die Hauptversammlung von der gesetzlich vorgesehenen Lösung der Gesamtvertretung abgehen oder sie dazu den Aufsichtsrat ermächtigen darf.²⁴⁵ Möglich sind zahlreiche Varianten. Zunächst kann jedes Vorstandsmitglied mit Einzelvertretungsbefugnis ausgestattet werden.²⁴⁶ Daneben können aber auch komplexere Vertretungsmodelle vorgesehen werden: Ein einzelnes Vorstandsmitglied kann mit Einzelvertretungsbefugnis ausgestattet werden, wobei ansonsten Gesamtvertretungsbefugnis gilt, an der das einzelvertretungsbefugte Mitglied teilnimmt („halbseitige Gesamtvertretung“).²⁴⁷ Außerdem kann einem einzelnen Vorstandsmitglied – bei gleichzeitigem Weiterbestehen der Gesamtvertretungsbefugnis des Vorstands – eine unechte (oder gemischte) Gesamtvertretungsbefugnis eingeräumt werden, wobei dieses Mitglied zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten kann (§ 71 Abs 3 S 1).²⁴⁸ Die Bestellung eines Pinzipalprokuristen, der nur gemeinsam mit Vorstandsmitgliedern die Gesellschaft vertreten kann, dem aber sonst keine Prokura zukommt, ist zulässig.²⁴⁹ Bei der gemischten Gesamtvertretung wird die Vertretungsbefugnis des Prokuristen auf das Niveau des Vorstands erweitert; die Begrenzungen gem § 49 UGB gelten nicht.²⁵⁰

²⁴⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 28.

²⁴⁵ Kastner/Doralt/Nowotny, GesR⁵ 232; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 30ff; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 15; Hüffer, AktG⁸ § 78 Rz 14; Habersack in GroßKomm AktG⁴ § 78 Rz 39; Mertens in KölnKomm AktG § 78 Rz 31.

²⁴⁶ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 19; Hüffer, AktG⁸ § 78 Rz 15; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 32; soweit Sondergesetze zwingend das Vier-Augen-Prinzip vorsehen, kann keine Einzelvertretungsbefugnis gestaltet werden, etwa im BWG, VAG, PensionskassenG, BörseG, InvFG, ImmoInvFG oder BMVG.

²⁴⁷ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 20; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 32; Hüffer, AktG⁸ § 78 Rz 18; Mertens in KölnKomm AktG § 78 Rz 31.

²⁴⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 32.

²⁴⁹ Grundlegend für die GmbH OGH 11.10.1990, 6 Ob 15/90 GesRZ 1991, 49, 50; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 15; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 39 mwN.

²⁵⁰ OGH 14.1.1975, 4 Ob 622, 623/74 GesRZ 1975, 132; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 25; Hüffer, AktG⁸ § 78 Rz 17.

Bei jeder Form der gemischten Gesamtvertretung muss es die Möglichkeit geben, dass der Vorstand auch ohne Mitwirken des Prokuristen die Gesellschaft vertreten kann.²⁵¹ Daneben sind auch Gruppengesamtvertretungen möglich, wobei zwei oder mehreren Vorstandsmitgliedern gemeinsam Vertretungsbefugnis zukommt.²⁵² Die Gruppengesamtvertretungsbefugnis kann personenbezogen (das heißt mit namentlicher Nennung) oder zahlenmäßig ausgestaltet sein. Die Gestaltung der Vertretungsmodelle darf aber nicht soweit führen, dass einem einzelnen Vorstandsmitglied jede Mindestvertretungsbefugnis – zumindest in Form einer (Rest-)Gesamtvertretung – genommen wird.²⁵³

An Bedingungen kann die Vertretungsmacht keinesfalls geknüpft werden, da das zu einer inhaltlichen Beschränkung der Vertretungsbefugnis mit Außenwirkung führen würde, die gem § 74 Abs 2 nicht zulässig ist.²⁵⁴

3.2.2 Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers der GmbH

§ 20 GmbHG lautet:

- (1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrage, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

²⁵¹ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 21; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 32; Hüffer, AktG⁸ § 78 Rz 16; Habersack in GroßKomm AktG⁴ § 78 Rz 45; Mertens in KölnKomm AktG § 78 Rz 38.

²⁵² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 32.

²⁵³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 32.

²⁵⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 35.

- (2) Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis jedoch keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder dass die Zustimmung der Gesellschafter, des Aufsichtsrates oder eines anderen Organes der Gesellschaft für einzelne Geschäfte gefordert wird.

3.2.2.1 Umfang der Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers

Wie der Vorstand für die Aktiengesellschaft hat der Geschäftsführer für die GmbH das Vertretungsmonopol. Seine Vertretungsmacht bezieht sich grundsätzlich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen (§ 18 Abs 1 GmbHG).²⁵⁵ Eine Anordnung des Gesellschaftsvertrags, die das Vertretungsmonopol des Geschäftsführers beschränken soll – sei es durch die Ermächtigung anderer Organe zur Vertretung oder durch die Normierung von außenwirksamen Zustimmungsvorbehalten, etwa der Generalversammlung – ist unwirksam und nicht eintragungsfähig.²⁵⁶ Ebenso ist der Ausschluss eines Geschäftsführers von der Vertretung unzulässig. Satzungsmäßige Bestimmungen über den Unternehmensgegenstand oder Zustimmungsvorbehalte anderer Organe wirken grundsätzlich nur im Innenverhältnis.

3.2.2.1.1 Außenwirksame Grenzen der Vertretungsmacht

Auch beim GmbH-Geschäftsführer gibt es Grenzen der Vertretungsmacht. Handelt ein Geschäftsführer unter Verletzung dieser Grenzen, so muss sich die GmbH dieses Geschäft nicht zurechnen lassen. Es handelt sich daher um außenwirksame Schranken. Daraus folgt: auch die Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers ist nicht unbeschränkt.

Diese Beschränkungen betreffen die Änderungen des Gesellschaftsvertrags, gewisse Bestimmungen im Umgründungsrecht und möglicherweise Insichgeschäfte.

²⁵⁵ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 20.

²⁵⁶ AC 3104, OLG Wien NZ 1973, 150; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 20.

3.2.2.1.1.1 Gesetzliche Grenzen

Der Geschäftsführer kann die Gesellschaft nicht zu Änderungen des Gesellschaftsvertrags verpflichten, wenn der entsprechende Gesellschafterbeschluss fehlt oder unwirksam ist (vgl § 49 GmbHG).²⁵⁷ Auch der Abschluss eines Beherrschungsvertrags oder eines Gewinnabführungsvertrags sind materiell Änderungen des Gesellschaftsvertrags, weil dadurch das Weisungsrecht der Generalversammlung bzw der Gewinnanspruch nach § 82 Abs 1 GmbHG ausgeschaltet werden.²⁵⁸ Der Geschäftsführer kann also weder die Gesellschaft der Leitung eines anderen Unternehmen unterstellen noch die Gesellschaft dazu verpflichten, ihren Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen.²⁵⁹ Ob allerdings alle Geschäfte, die mit Dritten geschlossen werden, faktisch aber die Grundlagen der Gesellschaft verändern, aus der Vertretungsmacht herausfallen, ist unklar.²⁶⁰ Umgründungen der Gesellschaft bedürfen im Zusammenhang mit Übertragungsbeschränkungen häufig der Zustimmung einzelner oder aller Gesellschafter.²⁶¹ Wird die Spaltung oder Verschmelzung allerdings trotz unwirksamen Beschlusses ins Firmenbuch eingetragen, ist sie endgültig wirksam (§ 96 Abs 2 GmbHG iVm § 230 AktG). Zur Frage, ob § 1008 ABGB eine gesetzliche Grenze darstellt, s oben bei der AG 3.2.1.1.1.1.

3.2.2.1.1.2 Insichgeschäfte

Zur Frage, wann ein Insichgeschäft vorliegt und bezüglich der Problematik des Selbstkontrahierens, gilt das zur Aktiengesellschaft (s oben 3.2.1.1.1.2) Gesagte. Wird grundsätzlich die Unwirksamkeit von Insichgeschäften angenommen, so werden

²⁵⁷ Johannes Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997) Rz 2/197.

²⁵⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 21; vgl zur Personengesellschaft Detlef Kleindiek, Strukturvielfalt im Personengesellschafts-Konzern (1991) 77ff sowie Heinz Krejci, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen?, Verhandlungen des 10. Österreichischen Juristentages, Gutachten (1988) 10. ÖJT/1, 298ff.

²⁵⁹ Hans Georg Koppensteiner, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 175f; Christian Nowotny, Umgründungen (Fusion/Spaltung) auf den Alleingesellschafter, RdW 1998, 591; Reich-Rohrwig, GmbHR I² 571.

²⁶⁰ Zunächst in diesem Sinne HS 1301, JBl 1963, 320 danach auf Kenntnis des Dritten abstellend – also von der Frage Missbrauch der Vertretungsmacht ausgehend: HS 10.378 = GesRZ 1980, 88; eine Grenze der Vertretungsmacht ablehnend: Jabornegg in Jabornegg, HGB § 126 Rz 9; von einer solchen Grenze ausgehend Koppensteiner in Straube, HGB³ § 126 Rz 6.

²⁶¹ Vgl zB § 99 Abs 1-4 GmbHG.

diesbezügliche Ausnahmen auch bei der GmbH anerkannt, wenn die Vertretung der Gesellschaft ausschließliche rechtliche Vorteile bringt und keine Schädigungsgefahr besteht.²⁶² Ansonsten ist der Vertrag nach dieser Rechtsansicht nur gültig, wenn der Vertretene zustimmt, wobei die Zustimmung vor oder nach Vertragsabschluss erteilt werden kann.²⁶³ Die Zustimmung des Vertretenen – also der Gesellschaft – erfolgt gemäß § 25 Abs 4 GmbHG bei Bestehen eines Aufsichtsrats durch diesen, besteht kein Aufsichtsrat, durch die Zustimmung aller übrigen Geschäftsführer. Der Aufsichtsrat muss über solche, von ihm genehmigten Geschäfte der nächsten Generalversammlung berichten (§ 32 GmbHG). Gibt es keinen Aufsichtsrat und nur einen einzigen Geschäftsführer, so kann die Genehmigung durch die Gesellschafter erfolgen, da auch in anderen Fällen die Zustimmung des Aufsichtsrats durch die der Gesellschafter ersetzt werden kann.²⁶⁴ Die Zustimmung zu Insichgeschäften kann bereits im Gesellschaftsvertrag erteilt werden. Eine Eintragung der Selbstkontrahierungsbefugnis in das Firmenbuch ist hingegen nicht möglich.²⁶⁵ Zur Frage, ob es sich beim Verbot des Insichgeschäfts ohne Zustimmung um eine Beschränkung der Vertretungsmacht handelt und ob § 25 Abs 4 GmbHG dem nicht entgegen steht s oben bei der Aktiengesellschaft 3.2.1.1.1.2.²⁶⁶ Insichgeschäfte, die ohne die erforderlichen Zustimmungen geschlossen worden sind – wenn man von einer außenwirksamen Grenze der Vertretungsbefugnis ausgeht – unwirksam, ansonsten ist die Wirksamkeit nach den Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht zu beurteilen.

Sonderbestimmungen für die Zulässigkeit von Insichgeschäften gelten für die Einpersonen-GmbH. Der einzige Gesellschafter kann in seiner Funktion als Geschäftsführer Rechtsgeschäfte abschließen, wobei er gleichzeitig im eigenen Namen und im Namen der Gesellschaft handelt.²⁶⁷ Dies gilt auch bei nicht zum gewöhnlichen

²⁶² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23, *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/229ff; OGH 23.2.1998, 3 Ob 2106/96v RdW 1998, 548.

²⁶³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23, *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/229ff; OGH 23.2.1998, 3 Ob 2106/96v RdW 1998, 548. Die Zustimmung zu Insichgeschäften kann bereits im Gesellschaftsvertrag erteilt werden. Eine Eintragung der Selbstkontrahierungsbefugnis in das Firmenbuch ist hingegen nicht möglich. *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/234; OGH 11.6.1992, 6 Ob 10/92 SZ 65/86 = wbl 1992, 402.

²⁶⁴ Vgl OGH 4.3.1953, 1 Ob 112/53, HS 2191.

²⁶⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/234; OGH 11.6.1992, 6 Ob 10/92 SZ 65/86 = wbl 1992, 402.

²⁶⁵ Vgl OGH 4.3.1953, 1 Ob 112/53 HS 2191.

²⁶⁶ Vgl aber OGH 7 Ob 137/71 EvBl 1972/88 = SZ 44/141.

²⁶⁷ Vor dem EU-GesRÄG 1996 war Selbstkontrahieren bei der Einmann-GmbH durch den einzigen Geschäftsführer, der zugleich einziger Gesellschafter ist, nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich

Geschäftsbetrieb gehörenden Geschäften, sofern sie zu geschäftsüblichen Bedingungen abgeschlossen werden (§ 18 Abs 6 GmbHG) und der Geschäftsführer unverzüglich eine Urkunde errichtet, um nachträgliche Änderungen zu verhindern (§ 18 Abs 5 GmbHG).²⁶⁸

3.2.2.1.2 Interne Beschränkungen

Da – anders als bei der Aktiengesellschaft – die Geschäftsführungsbefugnisse des GmbH-Geschäftsführers beliebig einschränkbar sind,²⁶⁹ sind interne Schranken unbegrenzt möglich.²⁷⁰ Sie können sich aus dem Gesellschaftsvertrag, aus Weisungen der Generalversammlung oder aus den gesetzlichen Zustimmungskompetenzen anderer Organe ergeben. Für Gesellschaften, die einen Aufsichtsrat haben oder haben müssen, gilt wie bei der Aktiengesellschaft ein Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen nach § 30j Abs 5 GmbHG.

Auch für Gesellschaften ohne Aufsichtsrat knüpft § 35 Abs 1 GmbHG eine Reihe von Geschäften an die Beschlussfassung der Gesellschafter. Darüber hinaus ist die Geschäftsführungskompetenz der Geschäftsführer durch den Unternehmensgegenstand (§ 4 Abs 1 Z 2 GmbHG) beschränkt.

Satzung- oder weisungswidrige Vertretungshandlungen des Geschäftsführers binden die GmbH. Das gilt auch, wenn sich das Vertretungshandeln auf einen Weisungsbeschluss der Generalversammlung stützt, der sich als nichtig herausstellt.²⁷¹

nur über die Bestellung eines Kollisionskurators zulässig. Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 18 Rz 23b, *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/236.

²⁶⁸ Vgl auch OGH 24.5.2006, 6 Ob 298/05z RdW 2006/695, 761.

²⁶⁹ Ausgenommen davon sind nur folgende gesetzlich zwingend den Geschäftsführern zugeteilten Geschäftsführungspflichten: Buchführung und Bilanzierung (§ 22f GmbHG), Erstellung der Berichte nach §§ 28a, 30j GmbHG, Einberufung der Generalversammlung (§§ 36ff GmbHG), Mitteilung von Beschlüssen (§ 40 Abs 2 GmbHG), Anmeldungen zum Firmenbuch und der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 3.

²⁷⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 4 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/255ff.

²⁷¹ OGH GesRZ 1978, 78.

3.2.2.2 Art der Vertretung bei mehreren Geschäftsführern

Passive Vertretungsmacht hat zwingend jeder Geschäftsführer allein.²⁷²

Bezüglich der aktiven Vertretungsmacht geht auch das GmbHG vom Grundsatz der Gesamtvertretung aus. Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes regelt, sind nur alle Geschäftsführer gemeinsam zur Vertretung ermächtigt. Die Geschäftsführer müssen jedoch nicht gleichzeitig handeln.²⁷³ Wenn mehrere Geschäftsführer bestehen, werden sie auch bei Gefahr im Verzug nicht einzelvertretungsbefugt.²⁷⁴

Für die Erteilung der Prokura gilt mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag Gesamtvertretung, für den Entzug Einzelvertretung (§ 28 Abs 2 GmbHG).

Gem § 18 Abs 2 GmbHG kann der Gesellschaftsvertrag von der gesetzlichen Regelung der Vertretungsmacht abweichen. Umstritten ist hingegen, ob der Gesellschaftsvertrag ein anderes Organ hierzu ermächtigen kann.²⁷⁵ Möglich sind Regelungen, die Vertretung durch je zwei Geschäftsführer oder einen Geschäftsführer gemeinschaftlich mit einem Kollektivprokuristen vorsehen (gemischte Gesamtvertretung). Eine unterschiedliche Vertretungsregelung für verschiedene Arten von Geschäften ist nicht zulässig.²⁷⁶ Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, dass die Generalversammlung über die Regelung der Vertretungsbefugnis entscheidet.²⁷⁷ In jedem Fall muss die Gesellschaft auch ohne Mitwirkung eines Prokuristen vertreten werden können.²⁷⁸ Die Bestellung eines einzigen gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführers neben einem zur Alleinvertretung berechtigten Geschäftsführer ist zulässig.²⁷⁹

²⁷² Horst Wünsch, Kommentar zum GmbHG, 3. Lieferung (1993) § 18 Rz 73; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 18 Rz 19; Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/195.

²⁷³ Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/210; OGH 25.4.1995, 1 Ob 538/95 RdW 1995, 384.

²⁷⁴ Vgl OGH 28.8.1991, 9 Ob A 145/91 Arb 10.966.

²⁷⁵ Ablehnend Wünsch, GmbHG § 18 Rz 64.

²⁷⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 18 Rz 21; Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/207.

²⁷⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 18 Rz 21; Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/205.

²⁷⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 18 Rz 22; Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/207; OGH 11.10.1990, 6 Ob 15/90 SZ 63/174 = wbl 1991, 205.

²⁷⁹ Gemischte halbseitige Prokura, vgl dazu OGH 11.10.1990, 6 Ob 15/90 SZ 63/174 = wbl 1991, 205.

Sondervorschriften gehen abweichenden Regelungen durch Gesellschaftsvertrag vor. Einzelvertretung ist nicht zulässig, wenn durch andere Gesetze zwingend ein Vier-Augen-Prinzip festgelegt wird, wie etwa in § 5 Abs 1 Z 12 BWG oder in § 20 Abs 1 Z 5 WAG. Sämtliche Geschäftsführer haben die Anmeldung zur Eintragung ins Firmenbuch zu unterzeichnen (§ 9 Abs 1 GmbHG) und jede Abänderung des Gesellschaftsvertrags zum Firmenbuch anzumelden (§ 51 Abs 1 GmbHG).

3.2.3 Der vertretungsbefugte Gesellschafter der Personengesellschaften

§ 126 UGB lautet:

- (1) Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura.
- (2) Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam; dies gilt insbesondere von der Beschränkung, dass sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.
- (3) In betreff der Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 50 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

3.2.3.1 Umfang der Vertretungsmacht

In die Vertretungsmacht des vertretungsbefugten Gesellschafters einer Offenen Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft fallen alle gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen. § 126 Abs 1 UGB stellt mit Blick auf die Einschränkungen des Umfangs der Prokura in den §§ 48f UGB klar, dass auch die

Belastung und Veräußerung von Grundstücken sowie die Erteilung von Prokura zur Vertretungsmacht des Gesellschafters gehören.²⁸⁰

Es ist nicht Ausschlag gebend, ob das Rechtsgeschäft zum gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Geschäftsbetrieb der OG gehört.²⁸¹ Die Vertretungshandlung muss auch nicht durch den Zweck der Gesellschaft gedeckt sein.²⁸² Da OG und KG kein Handelsgewerbe (und auch kein Unternehmen) mehr betreiben müssen (§ 105 S 3 UGB), muss nicht mehr betont werden, dass die Vertretungsmacht auch Handlungen umfasst, die gar nicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehören.²⁸³

Der vertretungsbefugte Gesellschafter kann somit etwa Schenkung aus dem Gesellschaftsvermögen,²⁸⁴ die Dereliktion von Eigentum²⁸⁵ oder Weisungen an die Dienstnehmer der Personengesellschaft²⁸⁶ wirksam vornehmen. Wenn die Personengesellschaft Mitglied einer anderen Gesellschaft ist, so schließt die Vertretungsmacht auch die Ausübung der Rechte aus dieser Mitgliedschaft ein.²⁸⁷

Wie bei der Prokura ist gem § 126 Abs 3 UGB die Beschränkung der Vertretungsmacht auf eine Niederlassung (Hauptniederlassung oder Zweigniederlassung) möglich. Wie bei der Prokura muss diese Niederlassung unter einer anderen Firma betrieben werden.²⁸⁸

²⁸⁰ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 3.

²⁸¹ OGH 5 Ob 515/80 GesRZ 1980, 88; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 5; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 3; *Mathias Habersack* in Großkommentar zum Handelsgesetzbuch 17.Lfg (1997)⁴ § 125 Rz 5; *Karsten Schmidt* in Münchner Kommentar zum HGB II² (2006) § 126 Rz 6.

²⁸² *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 125 Rz 4, 5; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 6.

²⁸³ Bisher *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 3; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 5; OGH 5 Ob 515/80 GesRZ 1980, 88.

²⁸⁴ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 3; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 5; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 6.

²⁸⁵ OGH 3 Ob 783/53 EvBl 1954/97; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 3; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 6.

²⁸⁶ SZ 38/154; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 3.

²⁸⁷ Näher *Habersack* in Großkommentar zum Handelsgesetzbuch⁴ (1997) § 125 Rz 9; ebenso *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 3; *Klaus J. Hopt* in Adolf Baumbach/Klaus J. Hopt, Handelsgesetzbuch³³ (2007) § 126 Rz 3.

²⁸⁸ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 7.

3.2.3.1.1 Außenwirksame Grenzen der Vertretungsmacht

Auch der Vertretungsmacht des vertretungsbefugten Gesellschafters der Personengesellschaft sind durch das Gesetz außenwirksame Grenzen gesetzt. Handlungen außerhalb dieser Grenzen sind unwirksam, auch wenn der Dritte diese Grenzen nicht kannte. Außerdem ergeben sich nach einem Teil der Lehre außenwirksame Grenzen durch die Grundsätze zum Insihgeschäft (vgl. schon oben beim Vorstand und beim Geschäftsführer 3.2.2.1.1.2).

3.2.3.1.2 Gesetzliche Grenzen

Gesetzliche Grenzen sind der Vertretungsmacht des vertretungsbefugten Gesellschafters im Bereich der Grundlagengeschäfte gesetzt.²⁸⁹ Gemeint sind alle Rechtsgeschäfte, die die Beziehungen der Gesellschafter zueinander betreffen.²⁹⁰ Es geht also um Rechtsgeschäfte, die den Gesellschaftsvertrag unmittelbar oder mittelbar ändern.²⁹¹ Zu den Grundlagengeschäften zählen beispielsweise die Änderung des Zwecks der Gesellschaft²⁹² und des Unternehmensgegenstands,²⁹³ die Änderung der Firma,²⁹⁴ die Aufnahme eines neuen Gesellschafters,²⁹⁵ die Einräumung oder Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis²⁹⁶ und die Auflösung der Gesellschaft.²⁹⁷ Auch mittelbare Grundlagengeschäfte, also Geschäfte, die zur Vornahme eine Änderung der Grundlagen der Gesellschaft verpflichten – etwa die Verpflichtung zur Aufnahme eines neuen

²⁸⁹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵ 104, vgl. auch OGH 26.2.1980, 5 Ob 151/88 GesRZ 1980, 88 = GesRZ 1980, 99 (Ostheim).

²⁹⁰ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 9; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 10; OGH 7 Ob 131/57 EvBl 1957/253; 8 Ob 153/74 GesRZ 1975, 60; 5 Ob 515/80 GesRZ 1980, 88.

²⁹¹ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 9; vgl. auch *Herbert Wiedemann*, Das Recht der Personengesellschaften (2004) 724; *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 12, 14; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 10.

²⁹² *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 14.

²⁹³ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5; *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 14.

²⁹⁴ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5; *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 14; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 14.

²⁹⁵ OGH 8 Ob 153/74 GesRZ 1975, 60; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 10; *Wiedemann*, Personengesellschaften 724; *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 14; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 10.

²⁹⁶ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5; *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 14; vgl. auch *Hopt* in Baumbach/Hopt³³ § 126 Rz 3; *Dieter Duursma/Henriette Duursma-Kepplinger/Marianne Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 644.

²⁹⁷ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5.

Gesellschafter²⁹⁸ oder zur Änderung der Firma²⁹⁹–, sind nach überwiegender Ansicht von § 126 UGB ausgenommen.³⁰⁰

Nach wie vor nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob die Veräußerung des gesamten Unternehmens bzw Gesellschaftsvermögens von der Vertretungsbefugnis des § 126 UGB umfasst ist oder ob es sich dabei um ein Grundlagengeschäft handelt.³⁰¹ Soll mit dem Unternehmen auch die Firma übertragen werden, so liegt ein mittelbares Grundgeschäft vor, das von der Vertretungsmacht der Gesellschafter nicht erfasst ist.³⁰² Auch in den restlichen Fällen geht die ältere Rechtsprechung von einer Grenze der Vertretungsbefugnis aus,³⁰³ weil dies einer Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses gleichkommen würde und die Auflösung nur in den Fällen und in der Form möglich sei, in der sie vom Gesetz vorgesehen ist.³⁰⁴ In einer späteren Entscheidung verlangt der OGH zusätzlich zur Änderung des Gesellschaftsverhältnisses, dass der Dritte nicht wusste oder hätte wissen müssen, dass mit dem Geschäft eine solche Änderung der Gesellschaftsgrundlagen einhergeht.³⁰⁵ Diese Entscheidung kann nur so verstanden werden, dass der OGH von der grundsätzlichen Vertretungsbefugnis des Gesellschafters ausgeht,³⁰⁶ die Bindung der Gesellschaft daran aber verneint, wenn der Dritte nicht schützenswert scheint. – Der OGH geht also von einem Missbrauch der Vertretungsmacht aus. Das zeigt sich daran, dass das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Vertretungsmacht nicht vom guten oder schlechten Glauben des Dritten abhängig gemacht werden kann³⁰⁷ und dass das für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht notwendige Zurechnungsverhalten der Gesellschaft nicht Gegenstand der Diskussion war. Allerdings werden entgegen dem Großteil der Rechtsprechung zum Missbrauch der Vertretungsmacht (vgl unten 04.4.1) dem Dritten in diesem Fall

²⁹⁸ *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 13; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 14.

²⁹⁹ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 5.

³⁰⁰ *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 13; *Hopt* in Baumbach/Hopt³³ § 126 Rz 3.

³⁰¹ Vgl dazu *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 9 mwN; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 6 mwN.

³⁰² *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 16 (mit zutreffender Einschränkung auf das Verpflichtungsgeschäft); *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 13; *Hopt* in Baumbach/Hopt³³ § 126 Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 644 FN 959; vgl auch *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 6a.

³⁰³ EvBl 1957/253; JBl 1963, 320.

³⁰⁴ Vgl *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 9.

³⁰⁵ GesRZ 1980, 88.

³⁰⁶ Vgl auch *Rolf Ostheim*, Kritisches zum Beschluß des OGH vom 26.2.1980, 5 Ob 515/80, GesRZ 1980, 99.

³⁰⁷ *Ostheim*, GesRZ 1980, 100, 102.

Nachforschungsobliegenheiten zugemutet, da das Geschäft schon bei Wissen-Müssen des Dritten scheitert. Diese Entscheidung wurde in ihrem Ergebnis von der Literatur weit gehend begrüßt, da der Schutzgedanke des § 126 Abs 2 UGB für den gutgläubigen Dritten auch in diesen Fällen gelten soll.³⁰⁸

Meines Erachtens sollte von einer Schranke der Vertretungsmacht ausgegangen werden, bei der wie bei anderen Schranken auch der gute oder schlechte Glaube des Dritten allenfalls für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht Ausschlag gebend ist, ansonsten aber zu keiner Vertretungshandlung führt. Überzeugend erscheint, § 237 AktG als Analogiebasis auch für die Personengesellschaften heranzuziehen. Dies wird in der deutschen Lehre für § 361 dAktG aF (§ 179a dAktG nF; entspricht § 237 öAktG) vertreten.³⁰⁹ Nach dieser Bestimmung ist die Übertragung des gesamten Vermögens einer Aktiengesellschaft nur auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung möglich. Deren Zustimmung ist im Außenverhältnis eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrags (vgl für die AG oben 3.2.1.1.1.1). Zieht man die Analogie, so ist die Vertretungsmacht der Gesellschafter zur Übertragung des Unternehmens auch der OG beschränkt, sodass die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung der Gesellschafter abhängig ist. Da bei der OG das Einstimmigkeitsprinzip gilt, bedarf es allerdings nicht einer Mehrheit von drei Viertel des vertretenen Grundkapitals (§ 237 AktG) sondern des Beschlusses sämtlicher Gesellschafter.³¹⁰

3.2.3.1.3 Insichgeschäfte

Für eine Rechtshandlung zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter kann die Gesellschaft von jedem anderen vertretungsbefugten Gesellschafter vertreten werden.³¹¹ Es liegt darin kein Insichgeschäft (vgl dazu zu Insichgeschäften bei der AG oben 3.2.1.1.1.2 und bei der GmbH oben 3.2.2.1.1.2). Insichgeschäfte bedürfen grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschaft (in Person eines anderen vertretungsbefugten

³⁰⁸ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 10; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 126 Rz 6;

³⁰⁹ *Stein* in *MünchKomm AktG*² § 179a Rz 4ff; *Wiedemann*, Personengesellschaften 725; aA *Hadding* in *FS Lutter*, 851ff.

³¹⁰ Vgl auch *Habersack* in *GroßKomm HGB*⁴ § 126 Rz 16.

³¹¹ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 18; vgl auch *Horst Wunsch*, Zur Lehre vom Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, *FS Hämmerle* (1972) 457f; *Christian Nowotny*, Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, *RdW* 1987, 35.

Gesellschafter;³¹² alternativ genügt auch ein Beschluss der Gesellschafter³¹³). Nach dem Teil der Lehre, der von der grundsätzlichen Unwirksamkeit von Insichgeschäften ausgeht,³¹⁴ sind ausnahmsweise jene Geschäfte von der Vertretungsbefugnis umfasst, die den Vertretenen ausschließlich begünstigen, oder wenn sonst keine Gefahr einer Schädigung besteht, insbesondere bei einer Transaktion zum Markt- oder Börsenpreis.

Keine Insichgeschäfte – aber grundsätzlich auch keine Grundlagengeschäfte – stellen Rechtshandlungen dar, bei denen ein Gesellschafter der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüber steht.³¹⁵ Hier wird vertreten, dass sich der Gesellschafter als Dritter die Schranken im Innenverhältnis (Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis) entgegen halten lassen muss, da er sich als Gesellschafter nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vollmacht berufen können soll.³¹⁶ Dies soll aber nur gelten, wenn der mit der Gesellschaft kontrahierende Gesellschafter die entsprechenden Geschäftsführungsregeln kannte oder schuldhaft nicht kannte.³¹⁷ Die Problematik, dieses Ergebnis dogmatisch zu begründen, ist die gleiche wie bei der Frage der Veräußerung des gesamten Vermögens der Gesellschaft. Denn entweder man geht von einer Schranke der Vertretungsbefugnis aus, oder man bejaht die Vertretungsbefugnis in diesem Fall und lässt das Geschäft nur unter den Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht zu Stande kommen. Im ersten Fall dürfte das Geschäft auch bei Gutgläubigkeit des Gesellschafters, welcher mit der Gesellschaft kontrahiert, nicht zu Stande kommen.³¹⁸ Im zweiten Fall würde ganz im Gegensatz zur restlichen Judikatur und dem Großteil der Lehre auch fahrlässige Unkenntnis des Dritten von der Überschreitung einer internen Schranke einen Missbrauch der Vertretungsmacht indizieren (vgl dazu oben bei der Aktiengesellschaft 3.2.1.1.1.1).

³¹² Vgl OGH 7 Ob 538/8 SZ 54/57 = GesRZ 1981, 174 (KG).

³¹³ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 650; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 17; vgl auch *Peter Doralt* in Walter Kastner/Gerold Stoll, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht² (1977) 290; *Nowotny*, RdW 1987, 35; OGH 7 Ob 538/81 SZ 54/57 = GesRZ 1981, 174 (KG); vgl auch 1 Ob 589, 590/79 HS 10.372.

³¹⁴ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 215; *Strasser* in Rummel³ § 1009 Rz 21; OGH 7 Ob 538/81 SZ 54/57 = GesRZ 1981, 174; 3 Ob 51/85 RdW 1986, 39; OGH 4 Ob 7/92 GesRZ 1993, 168.

³¹⁵ *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 10; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB² § 126 Rz 6.

³¹⁶ *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 14; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 13; OGH ÖBA 1955, 62; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵, 103

³¹⁷ *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 125 Rz 14; *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵, 103.

³¹⁸ In diesem Sinn *Ostheim*, GesRZ 1980, 102, der anmerkt, die Gutgläubigkeit eines Dritten könne nicht über den Umfang der Vertretungsbefugnis entscheiden.

3.2.3.1.4 Geschäftsführungsschranken im Innenverhältnis

Für die Wirksamkeit des Vertreterhandelns spielt es keine Rolle, ob der handelnde Gesellschafter zu der betreffenden Rechtshandlung auf Grund seiner Geschäftsführungsbefugnis alleine, nur gemeinsam oder gar nicht berechtigt war.³¹⁹ Geschäftsführungsschranken wirken nur im Innenverhältnis. Solche Grenzen der Geschäftsführungsrechte können sich aus dem Gesetz oder aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben. § 116 UGB legt für die OG den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis fest.

§ 116 Abs 2 UGB ordnet an, dass für alle Geschäfte, die nicht zum gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens gehören, der Beschluss sämtlicher Mitgesellschafter erforderlich ist. Gem § 116 Abs 3 UGB ist zur Bestellung eines Prokuristen die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter nötig, während der Entzug der Prokura jedem einzelnen an der Bestellung beteiligten Gesellschafter zusteht.

Bei § 116 UGB handelt es sich um eine die Geschäftsführung betreffende Norm und damit um eine interne Schranke, die die Vertretungsbefugnis unberührt lässt.³²⁰ Erteilt ein einzelvertretungsbefugter Gesellschafter also Prokura, ohne die Zustimmung der anderen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter eingeholt zu haben, so ist die Prokuraerteilung grundsätzlich gültig.

Neben diesen gesetzlichen Schranken der Geschäftsführungsbefugnis kann der einzelne Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag in seiner Geschäftsführungsbefugnis beliebig eingeschränkt oder von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden.³²¹ Handelt ein vertretungsbefugter Gesellschafter entgegen der Geschäftsführungsregeln, so kommt das Geschäft trotzdem zu Stande.³²² So ist etwa die geschäftsführungswidrige Weisung eines Gesellschafters an einen Arbeitnehmer der Personengesellschaft zu befolgen.³²³

³¹⁹ Vgl nur *Habersack* in GroßKomm HGB⁴ § 126 Rz 3, 20; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 126 Rz 4; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 2; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 646; *Hopt* in Baumbach/Hopt³³ § 126 Rz 5.

³²⁰ *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 1.

³²¹ Grundsatz der Gestaltungsfreiheit (§ 109 UGB).

³²² ÖBA 1954, 276; ÖBA 1955, 62; SZ 42/170; GesRZ 1978, 131.

³²³ SZ 38/154; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 126 Rz 8.

3.2.3.2 Art der Vertretung

Das UGB sieht für die OG in § 125 Abs 1 UGB im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften Einzelvertretung jedes Gesellschafters als Grundfall vor. Somit ist jeder Gesellschafter allein in der Lage, die Gesellschaft zu vertreten. Bei verschiedenen Erklärungen unterschiedlicher Gesellschafter³²⁴ ist deren Wirksamkeit nach allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre zu beurteilen. Schließen die Erklärungen einander aus, so entscheidet der Zeitpunkt des Zugangs (§ 862a ABGB).³²⁵ Wird die Erklärung, die ein Gesellschafter abgegeben hat, von einem anderen Gesellschafter widerrufen, so ist der Widerruf jedenfalls dann wirksam, wenn er wenigstens zugleich mit der Erklärung dem Empfänger zugeht.³²⁶

Vom Prinzip der Einzelvertretung kann im Gesellschaftsvertrag in der Weise abgegangen werden, dass entweder Gesamtvertretung vereinbart wird (§ 125 Abs 2 bis 4 UGB) oder einzelne Gesellschafter von der Vertretung gänzlich ausgeschlossen werden (§ 125 Abs 1 UGB).

Wird Gesamtvertretung vereinbart, so ist der Vertretungsakt wirksam, wenn die Vertreter in der erforderlichen Zahl daran mitgewirkt haben. Davon kann auch bei Gefahr im Verzug nicht abgegangen werden.³²⁷ Besteht eine Formvorschrift, so muss sie von jedem Gesamtvertreter eingehalten werden.³²⁸ Die Vertreter müssen nicht gleichzeitig handeln.³²⁹ Handelt trotz vereinbarter Gesamtvertretung nur ein Gesellschafter alleine, so handelt er – ohne die mögliche Sanierung durch Genehmigung oder Vorteilszuwendung gem § 1016 ABGB³³⁰ – als falsus procurator³³¹ mit den

³²⁴ Vgl Koppensteiner in Straube, HGB³ § 125 Rz 9; K. Schmidt in MünchKomm HGB² § 125 Rz 25.

³²⁵ Vgl OGH 4 Ob 66/82 RdA 1984/20, 460 (Schauer).

³²⁶ Vgl Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Gesellschaftsrecht Rz 623.

³²⁷ OGH 8 Ob 557/77 SZ 51/16 = GesRZ 1978, 78; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Gesellschaftsrecht Rz 626.

³²⁸ Jabornegg in Jabornegg, HGB § 125 Rz 37; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Gesellschaftsrecht Rz 625; Habersack in GroßKomm HGB⁴ § 125 Rz 41; K. Schmidt in MünchKomm HGB² § 126 Rz 28.

³²⁹ Koppensteiner in Straube, HGB³ § 125 Rz 20; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Gesellschaftsrecht Rz 626; K. Schmidt in MünchKomm HGB² § 126 Rz 28; Karl Hannak, Alleinvertretung durch ein gesamtvertretungsbefugtes Organmitglied, GesRZ 1982, 107; OGH 21.3.1972 GesRZ 1973, 83 (R. Jahn) (GmbH); 4 Ob 164/85 SZ 58/199 (Genossenschaft); allgemein auch Koziol/Welser, Grundriss I¹³ 212.

³³⁰ K. Schmidt in MünchKomm HGB² § 125 Rz 28; vgl auch Koppensteiner in Straube, HGB³ § 125 Rz 20; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 125 Rz 35, Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Gesellschaftsrecht Rz 628.

entsprechenden Rechtsfolgen: Das Geschäft kommt nicht zu Stande und der schuldhaft Handelnde haftet dem Dritten auf den Vertrauensschaden.³³²

Auch bei Gesamtvertretung bleibt jeder Gesellschafter gem § 125 Abs 2 S 3 UGB zwingend passiv einzelvertretungsbefugt.³³³

Auch bei der Personengesellschaft sind die Varianten der halbseitigen und der gemischten (unechten) Gesamtvertretung zulässig.³³⁴ Zu den Begriffen und den entsprechenden Schranken (insbesondere, dass die Gesellschaft auch ohne Mitwirkung eines Prokuristen handlungsfähig bleiben muss³³⁵) vgl das zur Aktiengesellschaft (oben 3.2.1.2) und zur GmbH (oben 3.2.2.2) Ausgeführte.

3.2.3.3 Besonderheiten der Kommanditgesellschaft

Bezüglich der Vertretungsbesonderheiten der KG regelt § 170 UGB: „Der Kommanditist ist als solcher nicht befugt die Gesellschaft zu vertreten.“ Die Worte „als solcher“ sind durch das HaRÄG in die Bestimmung eingegangen und sollen noch deutlicher als bisher zum Ausdruck bringen, dass Kommanditisten zwar von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen sind, diese Bestimmung aber der Einräumung einer Prokura³³⁶ oder Handlungsvollmacht nicht entgegen steht.³³⁷

Nach hA handelt es sich bei § 170 UGB um eine *zwingende* Bestimmung.³³⁸ Anders als § 164 UGB, der den Ausschluss des Kommanditisten von der Geschäftsführung

³³¹ Vgl nur *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 125 Rz 38; *Habersack* in *GroßKomm HGB*⁴ § 125 Rz 42; OGH 6 Ob 356/61 HS 514/61.

³³² *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 212.

³³³ *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 125 Rz 23; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 125 Rz 30.

³³⁴ *Michael Krassnigg*, Halbseitige Gesamtvertretungsverhältnisse und der auf die gemischte Gesamtvertretung beschränkte Prokurist, *GesRZ* 1983, 70 (73f); *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 125 Rz 14; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 125 Rz 29; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 625.

³³⁵ *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 125 Rz 15; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 125 Rz 47; vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 632.

³³⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny*, *GesR*⁵, 148; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 170 Rz 2; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 170 Rz 3;

³³⁷ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 170 Rz 2; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *GesR*⁵, 148; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 170 Rz 5;

³³⁸ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 170 Rz 1; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *GesR*⁵, 148; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 170 Rz 1; kritisch *Grunewald* in *MünchKomm HGB*² § 170 Rz 13.

normiert, kann die Regelung des § 170 UGB auch durch den Gesellschaftsvertrag nicht geändert werden.

3.2.4 Die Vertretungsmacht des Prokuristen

§ 50 UGB lautet:

- (1) Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.
- (2) Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, dass die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll.
- (3) Eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift wird auch dadurch begründet, dass für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

3.2.4.1 Umfang der Vertretungsmacht

Der Umfang der Prokura ist in § 49 UGB geregelt. Demnach ist der Prokurist zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt.³³⁹ Gem § 49 Abs 2 UGB sind davon nur die Veräußerung und Belastung von Grundstücken ausgenommen.

Wurde wirksam Prokura erteilt, braucht der Prokurist für Handlungen innerhalb des Umfangs des § 49 UGB auch dann keine weiteren Voraussetzungen zu bringen, wenn der Vertretene selbst diese hätte erbringen müssen. Selbst wenn der Machthaber für ein Geschäft also etwa die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen hätte

³³⁹ Vgl. *Heinz Krejci*, Unternehmensrecht⁴ (2007) 239.

müssen, kann der Prokurist diese Rechtshandlung ohne eine solche Genehmigung vornehmen.³⁴⁰

Der Prokurist ist mit Ausnahme der Veräußerung von Liegenschaften zu allen Geschäften berechtigt, die der Betrieb irgendeines Unternehmens mit sich bringt. Ob das Geschäft gewöhnlich oder außergewöhnlich ist, spielt keine Rolle.³⁴¹ Der Prokurist kann also etwa Darlehen aufnehmen, Schenkungen machen, Prozesse führen, den Unternehmensgegenstand ändern und Niederlassungen auflösen.³⁴² Er kann einen Arbeitnehmer wirksam erlassen³⁴³ und ein Markenrecht leer übertragen und zwar auch dann, wenn es für den Betrieb des Unternehmens unentbehrlich ist.³⁴⁴

Nicht zum Betrieb eines Unternehmens gehören etwa die Einstellung und Veräußerung desselben, die Löschung oder Änderung der Firma sowie der Antrag auf Einleitung eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens.³⁴⁵ Auch ein Eingriff in die rechtliche Organisation des Unternehmens gehört nicht zum Betrieb; so kann etwa ein Prokurist keine Generalversammlung einberufen.³⁴⁶

Der Prokurist kann – ohne eine entsprechende Erweiterung seiner Befugnisse – keine Veräußerungen oder Belastungen von Liegenschaften vornehmen. Er kann auch nicht über unbewegliche Rechte (Servituten an Liegenschaften, Baurechte) verfügen.³⁴⁷ Die Veräußerung von beweglichen Sachen, die in ihrer Eigenschaft als Zugehör zu einer Liegenschaft als unbeweglich gelten, ist von Abs 2 nicht gedeckt – der Prokurist kann sie also vornehmen.³⁴⁸ Als Belastung einer Liegenschaft iSd Abs 2 gilt jede Einräumung dinglicher Rechte, nicht aber die Vermietung und Verpachtung.³⁴⁹

³⁴⁰ *Peter Schinko* in Straube, HGB³ § 49 Rz 2; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 49 Rz 10.

³⁴¹ OGH 30.5.1979 JBl 1980, 33; *Schinko* in Straube, HGB³ § 49 Rz 3; *Hämmerle/Wünsch* Handelsrecht I⁴ 332.

³⁴² *Schinko* in Straube, HGB³ § 49 Rz 3.

³⁴³ 9 Ob A 227/92.

³⁴⁴ JBl 1986, 119; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 239.

³⁴⁵ *Schinko* in Straube, HGB³ § 49 Rz 3; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 335.

³⁴⁶ *Schinko* in Straube, HGB³ § 49 Rz 3; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 239.

³⁴⁷ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 334.

³⁴⁸ *Ernst Kretz* in Staub's Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch³ – Ausgabe für Österreich, herausgegeben von Oskar Pisko, I/1 (1935) 321.

³⁴⁹ *Schinko* in Straube, HGB³ § 49 Rz 4; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 239.

Weitere gesetzliche Schranken der Prokura sind die Unterzeichnung des Jahresabschlusses (§ 194 UGB), die Einräumung von Prokura (§ 48 Abs 1 UGB), die Weiterübertragung der Prokura (§ 52 Abs 2 UGB) sowie Anmeldungen zum Firmenbuch (§ 12 UGB).

3.2.4.2 Beschränkungen im Innenverhältnis

Der Prokurist ist grundsätzlich – wie jeder rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte – verpflichtet, Weisungen des Geschäftsherrn zu befolgen. Diese Weisungen können in Form von expliziten internen Beschränkungen oder in Form von Anordnungen erteilt werden.³⁵⁰ Außerdem muss der Prokurist die Natur des ihm aufgetragenen Geschäfts und die erklärte Absicht des Geschäftsherrn bei Ausübung der Prokura beachten.³⁵¹ Darüber hinaus trifft den Prokuristen wie jeden Bevollmächtigten eine umfassende Treuepflicht. Da der Prokura eine vertragliche Beziehung zwischen Geschäftsherrn und Prokuristen – meist ein Arbeitsverhältnis – zu Grunde liegt, ergeben sich auch daraus vielfältige Verpflichtungen des Prokuristen gegenüber dem Geschäftsherrn.³⁵²

Verletzt der Prokurist bei seinen Vertretungshandlungen diese internen Pflichten, so stehen dem Geschäftsherrn bei Verschulden des Prokuristen Schadenersatzansprüche sowie das Recht zur vorzeitigen Auflösung des zu Grunde liegenden Dauerschuldverhältnisses zur Verfügung.³⁵³

Die gegen die internen Beschränkungen verstoßende Vertretungshandlung selbst bleibt aber grundsätzlich wirksam.³⁵⁴ Zum Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht s unten 04.

3.2.4.3 Art der Vertretung

Grundsätzlich kann der Prokurist allein alle im Umfang des § 49 UGB beschriebenen Rechtshandlungen mit Wirkung für das Unternehmen vornehmen. Die Prokura kann

³⁵⁰ *Strasser* in Rummel³ § 1009 Rz 17-19; *Schinko* in Straube, HGB³ § 50 Rz 1; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 240.

³⁵¹ *Strasser* in Rummel³ § 1009 Rz 15.

³⁵² *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 332.

³⁵³ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 17.

³⁵⁴ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 17; *Schinko* in Straube, HGB³ § 50 Rz 2.

aber gem § 50 Abs 3 UGB auf Filialprokura oder gem § 48 Abs 2 UGB auf Gesamtprokura eingeschränkt werden.³⁵⁵ Zur Gesamtprokura, zur gemischten Gesamtprokura, zur halbseitigen und zur halbseitigen gemischten Gesamtprokura gilt das oben (3.2.2.2) Ausgeführte entsprechend.³⁵⁶ Zu beachten ist, dass der Umfang der gemischten Gesamtvertretungsbefugnis des Prokuristen auf das Niveau des organschaftlichen Vertreters angehoben wird.³⁵⁷

Wird dem Prokuristen Filialprokura eingeräumt, so wird die Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen beschränkt. Die Firma der Zweigniederlassung muss dafür zumindest einen Filialzusatz haben. Die Prokura kann entweder auf die Hauptniederlassung oder auf eine oder mehrere Zweigniederlassungen beschränkt werden.³⁵⁸ Die Einräumung von Filialprokura muss zur Wirksamkeit in das Firmenbuch der Hauptniederlassung eingetragen werden.³⁵⁹

Der Filialprokurist kann also alle Rechtshandlungen für den Gewaltgeber tätigen, die der Betrieb irgendeines Unternehmens mit sich bringt, kann dies aber nur für die entsprechende Filiale tun. Diese Abgrenzung ist problematisch, weil der Gewaltgeber und damit der Verpflichtete von Haupt- und Nebenniederlassung derselbe ist und eine inhaltliche Beschränkung der Prokura mit der Einschränkung als Filialprokura nicht verbunden ist.³⁶⁰ Die Abgrenzung kann daher nicht inhaltlich vorgenommen werden, etwa in der Art, dass die Prokura nur für Geschäfte gilt, die mit dem Wesen des Betriebs der Zweigniederlassung vereinbar sind. Der Prokurist muss allerdings mit der Firma der Niederlassung zeichnen, für die er bestellt ist³⁶¹ und das Geschäft muss sich in irgendeiner Weise auf den Betrieb der Niederlassung beziehen.³⁶² Das geschieht etwa dadurch, dass der Dritte an die betreffende Filiale leisten oder von dieser Erfüllung

³⁵⁵ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 241.

³⁵⁶ Vgl ausführlich *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 241ff sowie *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 336ff.

³⁵⁷ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 340; dies ist letztlich eine Frage der Interpretation der erteilten Vollmacht; vgl *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 242.

³⁵⁸ *Schinko* in Straube, HGB³ § 50 Rz 3.

³⁵⁹ *Schinko* in Straube, HGB³ § 50 Rz 3; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 20; für eine Eintragungspflicht auch im Firmenbuch der Zweigniederlassung *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 342.

³⁶⁰ Vgl *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 21; *Schinko* in Straube, HGB³ § 50 Rz 4.

³⁶¹ *Schinko* in Straube, HGB³ § 50 Rz 4; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 21.

³⁶² *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 342; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 21.

verlangen muss.³⁶³ Der Geschäftsherr muss gegebenenfalls beweisen, dass es sich um ein Geschäft handelt, das sich nicht auf den Bereich der Filiale bezieht.³⁶⁴

³⁶³ *Schinko* in Straube, HGB³ § 50 Rz 4.

³⁶⁴ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 21.

4 Zum Missbrauch der Formalvollmachten

In diesem Kapitel soll zunächst die Problemstellung kurz umrissen und die – teilweise verwirrende – Terminologie geklärt werden. Ausgehend von möglichen Voraussetzungen und möglichen Rechtsfolgen werden die Lösungswege des OGH und der österreichischen Lehre systematisch dargestellt. Nach einer Untersuchung dieser Lösungen im Lichte des Art 9 der Publizitätsrichtlinie sollen für die Lösung wichtigen Aspekte des Problems, das sind die dogmatische Einordnung und die historisch-teleologische Interpretation der Bestimmungen über die Formalvollmachten dargestellt sowie Interessensabwägungen vorgenommen werden. Anhand dessen wird auch die eigene Problemlösung versucht.

4.1 Terminologie und Problem

Der Gesetzgeber hat Formalvollmachten dort angeordnet, wo er ein besonderes Bedürfnis des Geschäftsverkehrs nach Klarheit und Transparenz der Vertretungsverhältnisse erkannt hat. Wer jemandem eine Formalvollmacht einräumt, profitiert damit auch vom Vertrauen, das der Rechtsverkehr diesen Instituten – nicht zuletzt wegen deren Unbeschränkbarkeit – entgegen bringt. Trotzdem will ein Geschäftsherr in den seltensten Fällen, dass der Vertreter eigenmächtig vom vollen Umfang seiner Vertretungsmacht Gebrauch macht.³⁶⁵ Der Prokurist ist in der Regel Arbeitnehmer und in dieser Rolle weisungsgebunden und auch die organschaftlichen Formalvollmachten unterliegen in ihrer Ausübung verschiedenen internen Beschränkungen (vgl dazu oben 3.2.4.2).

Der Wortlaut der Bestimmungen über die Formalvollmachten sagt klar aus, dass Beschränkungen des Umfangs der Formalvollmachten Dritten gegenüber unwirksam sind. Aber soll dies auch gelten, wenn der Vertreter den Vertretenen durch das Geschäft schädigen will und der Dritte mit dem Vertreter gemeinsame Sache macht? Und was soll passieren, wenn der Dritte zwar selbst nicht in Schädigungsabsicht handelt, aber von der Schädigungsabsicht weiß? Soll das Geschäft vielleicht schon dann nicht mehr gelten, wenn der Dritte von der Schädigungsabsicht des Vertreters wissen hätte müssen?

³⁶⁵ Vgl grundlegend *Günter Reiner*, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995) 131ff.

Und was ist, wenn der Dritte zwar von der Überschreitung interner Schranken, nicht aber von der Schädigungsabsicht des Vertreters weiß bzw wissen muss?³⁶⁶ Soll sich ein Dritter auf den Umfang der Formalvollmacht berufen können, wenn der Vertreter die Innenbefugnisse überschritten hat, aber ohne Schädigungsabsicht gehandelt hat und der Dritte davon Kenntnis hatte oder (grob) fahrlässig keine Kenntnis hat?

Das Problem spielt nicht nur bei internen Beschränkungen, sondern auch bei gesetzlichen Verboten eine entscheidende Rolle: Was soll beispielsweise passieren, wenn für eine Verbindlichkeit eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft diese dem Gläubiger des Gesellschafters eine Sicherheit leistet, wenn diese Sicherheitsleistung unter das Verbot der Einlagenrückgewähr fällt? Es ist klar, dass Adressat der Kapitalerhaltungsvorschriften nur der Gesellschafter und nicht dessen Gläubiger ist,³⁶⁷ und dass daher das Geschäft der Sicherheitenbestellung selbst nicht wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ungültig ist. Wann ist allerdings die Vertretungshandlung, die ja offenbar gesetzlichen Verpflichtungen zuwiderläuft, wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht ungültig?³⁶⁸

Wie diese Fragen zu beantworten sind hängt von der Beurteilung des historischen Telos der Unbeschränkbarkeit und der dogmatischen Einordnung einer allfälligen Ungültigkeit des Geschäfts ab.

Die Verwirrungen und Ungenauigkeiten bei der Terminologie zeugen von der Vielfalt der Ansätze. So kritisiert etwa *P. Bydlinski*³⁶⁹ den Begriff „Missbrauch der Vertretungsmacht“ bzw „Vollmachtsmissbrauch“, weil er für die Ungültigkeit des Geschäfts auf Seiten des Vertreters allein objektive Kriterien – nämlich den Verstoß gegen interne Schranken – für relevant hält und subjektive Voraussetzungen nur auf Seiten des Dritten verlangt. Da der Vertreter also mangels subjektiver Voraussetzungen nichts *missbraucht* und der Dritte die Vertretungsmacht die er missbrauchen könnte, ja gar nicht hat, ist für *P. Bydlinskis* Ansatz der Begriff *Missbrauch der Vertretungsmacht* tatsächlich nicht sachgerecht. *Strasser* differenziert: Hält sich der Vertreter nicht an die

³⁶⁶ Vgl auch zu einem allfälligen Mitverschulden des Vertretenen *Dieter Heckelmann*, Mitverschulden des Vertretenen bei Missbrauch der Vertretungsmacht, JZ 1970, 62ff.

³⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 7.

³⁶⁸ Vgl dazu ausführlich *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (II), GesRZ 1999, 144.

³⁶⁹ *P. Bydlinski* in FS *Bydlinski* 28f.

Innenbeschränkung, so liegt „ermächtigungswidriger Gebrauch der Vertretungsmacht“ oder „Ermächtigungsüberschreitung“ vor. Ein Unterfall davon ist der „Vollmachtsmissbrauch.“³⁷⁰ Er liege dann vor, wenn die Ermächtigungsüberschreitung mit Vorsatz geschieht und den Vertretenen materiell oder immateriell schädigt.³⁷¹ Nichtig ist das Geschäft gem Strasser aber nur, wenn der Dritte an dem „Vollmachtsmissbrauch“ besonders qualifiziert teilnimmt.³⁷²

In dieser Arbeit soll – im Bewusstsein der Problematik – trotzdem weiter der Begriff „Missbrauch der Vertretungsmacht“ verwendet werden, wenn das Gesamtproblem angesprochen werden soll. Im konkreten Einzelfall werden aber jeweils subjektive und objektive Voraussetzungen bei Vertretern und Dritten genau beschrieben. Die verwendete Terminologie ist hier auf Seiten des Vertreters *objektive Pflichtwidrigkeit* für ein reines Überschreiten der Innenbeschränkungen und *Schädigungsabsicht* für wissentliches Handeln zum Nachteil des Vertretenen. Auf Seiten des Vertreters wird von *Wissen* oder *Kenntnis* gesprochen, wobei jeweils ausgewiesen wird, ob sich dieses Wissen bzw diese Kenntnis auf die objektive Pflichtwidrigkeit oder die Schädigungsabsicht des Vertreters bezieht. *Wissen-Müssen* und *fahrlässiges Nichtwissen* wird synonym verwendet.

4.2 Mögliche Rechtsfolgen

Da sich die Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht je nach dem unterscheiden, welche Rechtsfolge angestrebt wird, behandle ich die möglichen Rechtsfolgen vor den möglichen Voraussetzungen. Dies ist insofern symptomatisch, als auch die Diskussion zum „Missbrauch der Vertretungsmacht“ sehr von Seiten der erwünschten Rechtsfolgen aus geführt wird.³⁷³

³⁷⁰ Auch Jabornegg in Jabornegg, HGB § 126 Rz 11 stimmt den Ausführungen Strassers zu, dass der Begriff „Vollmachtsmissbrauch“ nicht auf jedes pflichtwidrige Verhalten des Vertreters passt.

³⁷¹ Strasser in Jabornegg, HGB § 50 Rz 15.

³⁷² Strasser in Jabornegg, HGB § 50 Rz 16.

³⁷³ So auch Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 72.

Als mögliche Rechtsfolgen kommen in Betracht:

- Gültigkeit des Geschäfts bei gegebenenfalls (Verschulden, Schaden) Schadenersatzpflicht des Vertreters;
- Gültigkeit des Geschäfts bei gegebenenfalls (Verschulden, Schaden) Schadenersatzpflicht von Vertreter und Drittem (nach den Regeln des Eingriffs in fremde Forderungsrechte);
- Ungültigkeit des Geschäfts.

4.3 Mögliche Voraussetzungen

Nach den Rechtsfolgen ist zu unterscheiden, ob die Voraussetzungen für die Ungültigkeit des Geschäfts oder ob die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch des Vertretenen wegen Gültigkeit des Geschäfts – gegen den eigenen Vertreter oder gegen den Dritten – vorliegen.

Mögliche Voraussetzungen für die Ungültigkeit des Geschäfts werden auf Seiten des Vertreters und auf Seiten des Dritten verlangt.³⁷⁴

Auf Seiten des Vertreters kommt in Betracht:

- Objektive Pflichtwidrigkeit, dh das Überschreiten interner Schranken ohne subjektives Tatbestandselement, insbesondere ohne Schädigungsabsicht;
- Objektive Pflichtwidrigkeit, dh das Überschreiten interner Schranken bei Wissen des Vertreters von der objektiven Pflichtwidrigkeit, jedoch ohne Schädigungsabsicht;
- Objektive Pflichtwidrigkeit und Schädigungsabsicht (dolus eventualis genügt).

³⁷⁴ Vgl dazu auch die – etwas abweichende – Auflistung möglicher Unwirksamkeitskriterien bei P. Bydlinski in FS Bydlinski 29f.

Auf Seiten des Dritten sind mehrere Varianten denkbar:

- Fahrlässige Unkenntnis bezüglich der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters nicht aber bezüglich dessen eventuellen Schädigungsvorsatzes
- „Evidenz“ bezüglich der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters, nicht aber bezüglich dessen eventuellen Schädigungsvorsatzes;
- Kenntnis bezüglich der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters, nicht aber bezüglich dessen eventuellen Schädigungsvorsatzes;
- Fahrlässige Unkenntnis bezüglich der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters, und bezüglich dessen Schädigungsvorsatzes;
- „Evidenz“ bezüglich der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters und bezüglich dessen Schädigungsvorsatzes;
- Kenntnis bezüglich der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters und bezüglich dessen Schädigungsvorsatzes.

4.4 Entwicklung der Judikatur

Die Judikatur zum Missbrauch der Vertretungsmacht seit dem zweiten Weltkrieg ist relativ umfangreich, wobei die Entscheidungen, die sich tatsächlich mit dem Missbrauch von Formalvollmachten beschäftigen, überschaubar sind. In diesem Teil soll versucht werden, die Linie des OGH zum Missbrauch der Vertretungsmacht nachzuzeichnen. Dabei werden neben wichtigen allgemeinen Entscheidungen zum Vollmachtsmissbrauch jene Entscheidungen, die den Missbrauch von *Formalvollmachten* zum Gegenstand haben, weit gehend vollständig dargestellt.³⁷⁵ Um die Entwicklung der Rechtsprechung nachzuvollziehen, wurde eine chronologische Bearbeitung gewählt.

³⁷⁵ Ein Verzeichnis der Geschäftszahlen dieser Judikaturübersicht befindet sich im Anhang dieser Arbeit.

Am **17.12.1947** urteilte der OGH das erste Mal in der Nachkriegszeit zum Missbrauch der Vertretungsmacht.³⁷⁶ Der Sohn eines Landwirts hatte eine betriebswichtige landwirtschaftliche Maschine im Namen seines Vaters an einen Dritten verkauft. Diesen Dritten bat der Sohn, seinem Vater von dem Verkauf nichts zu sagen. Der OGH stellt zunächst fest, dass der Sohn zur Betriebsführung bevollmächtigt gewesen sei, da der Landwirt erklärt habe, „bezüglich der Wirtschaftsführung alles dem Hansl zu überlassen.“ Der OGH stellt aber fest, dass der Verkauf der Landwirtschaftsmaschine nicht von dieser Wirtschaftsführungsvollmacht gedeckt gewesen ist.³⁷⁷ Da es sich also augenscheinlich gar nicht um einen Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht gehandelt hat – im konkreten Fall war gar keine Vertretungsmacht vorhanden –, hätte eine weitere Erörterung unterbleiben können. Trotzdem erklärt der OGH, dass bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht die mit einem gutgläubigen Dritten abgeschlossenen Geschäfte als gültig zu behandeln sind, wobei für den Vertretenen nur die Ersatzpflicht des Vertreters in Betracht komme. Kannte allerdings der Dritte die böse Absicht des Vertreters oder musste er sie kennen, so wäre das Geschäft nach § 879 ABGB ungültig.³⁷⁸

In dieser Entscheidung wird also obiter dictum die Nichtigkeit bei „böser Absicht“ des Vertreters und Kenntnis oder Kennen-Müssen des Dritten bezüglich dieser bösen Absicht festgestellt. Als dogmatische Grundlage wird § 879 ABGB herangezogen.

Es folgten 1956 eine Reihe von Entscheidungen, die Fälle zum Gegenstand hatten, die auf Grund der geänderten politischen Verhältnisse durch den österreichischen Staatsvertrag entstanden sind. Es sind dies die arbeitsrechtlichen Entscheidungen vom **24.4.1956**³⁷⁹, vom **8.5.1956**³⁸⁰ und vom **3.7.1956**³⁸¹.

Die erste diesbezügliche Entscheidung³⁸² befasst sich mit arbeitsrechtlichen Handlungen des von der russischen Besatzungsmacht eingesetzten Generaldirektors einer Aktiengesellschaft, die der Vorstand nach der Übernahme der Verwaltung nicht

³⁷⁶ OGB 17.12.1947, 1 Ob 846/47 JBl 1948, 423.

³⁷⁷ JBl 1948, 424.

³⁷⁸ JBl 1948, 424.

³⁷⁹ OGH, 4 Ob 45/56 JBl 1956, 370.

³⁸⁰ OGH, 4 Ob 24/56 JBl 1956, 347.

³⁸¹ OGH, 4 Ob 49/56 JBl 1956, 475.

³⁸² OGH, 4 Ob 45/56 JBl 1956, 370.

anerkennen wollte. Konkret wurden einem Abteilungsleiter vom Generaldirektor großzügige Vordienstzeiten anerkannt, an die sich die neue Verwaltung nicht gebunden fühlen wollte.

Der OGH stellt fest, dass der Umstand, der Anstellung des Klägers durch den von der Besatzungsmacht bestellten Generaldirektor und nicht durch den Vorstand der Aktiengesellschaft, diesen nicht dazu berechtigt, die Rechtswirksamkeit des Dienstvertrags zu bestreiten.³⁸³ Rechtshandlungen, die von den von der Besatzungsmacht bestellten Bevollmächtigten vorgenommen worden sind, gelten „(...) es wäre denn, daß sie gegen die inländische Rechtsordnung verstoßen oder in der dem Vertragspartner erkennbaren Absicht gesetzt wurden, das Unternehmen zu schädigen.“³⁸⁴, was hier nicht der Fall sei.

Der OGH verlangt hier also für die Ungültigkeit der Vertretungshandlung Schädigungsabsicht des Vertreters und Erkennbarkeit dieser Schädigungsabsicht auf Seiten des Dritten.

In der zweiten „Staatsvertragsentscheidung“ vom **8.5.1956**³⁸⁵ geht es um eine im Juli 1955 mit dem Generaldirektor eines USIA-Betriebs³⁸⁶ vereinbarte Arbeitsordnungs-Bestimmung, der zufolge Kündigungen nur mit Zustimmung des Betriebsrats erfolgen dürfen. Der OGH bestritt zwar überhaupt die Vertretungsmacht des Generaldirektors bezüglich dieser Arbeitsordnung, stellte aber darüber hinaus fest, dass der Abschluss dieser Arbeitsordnung³⁸⁷ jedenfalls einen Missbrauch einer eventuell vorhandenen Vertretungsmacht darstelle.³⁸⁸ Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, dass zum Zeitpunkt der Einführung der Arbeitsordnung³⁸⁹ der Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich vom 15.5.1955 schon längst unterzeichnet gewesen wäre und dadurch schon allgemein bekannt gewesen sei, dass die Sowjetunion in kurzer Frist das Unternehmen an Österreich

³⁸³ JBl 1956, 370.

³⁸⁴ JBl 1956, 371.

³⁸⁵ OGH, 4 Ob 24/56 JBl 19956, 347.

³⁸⁶ *Uprawlenije Sowjetskim Imuschtschestwom w Awstriji* = Verwaltung des sowjetischen Eigentums in Österreich.

³⁸⁷ Heute: Betriebsvereinbarung.

³⁸⁸ JBl 1956, 348.

³⁸⁹ In Kraft getreten am 25.7.1955.

übertragen werde.³⁹⁰ Da es sich bei dem bedingungslosen Vetorecht des Betriebsrats betreffend Kündigungen um eine sehr weit gehende und ungewöhnliche Bestimmung handelt, die ohne sachliche Gründe „sozusagen im letzten Augenblick“³⁹¹ beschlossen wurde, plus dem Umstand, dass diese Absicht der Schädigung den Betriebsratsmitgliedern ohne weiteres erkennbar gewesen wäre, mache diese Vorgehensweise zu einem Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht.³⁹²

In dieser Entscheidung wird also vom OGH erstmalig eine Vertretungshandlung wegen Vollmachtsmissbrauch für nichtig erklärt. Voraussetzung dafür ist die schädigende Handlung des Vertreters (arg.: nachteilige und ungewöhnliche Bestimmung) sowie die Erkennbarkeit dessen für den Dritten (den Betriebsrat). Als dogmatische Grundlage wird § 879 ABGB herangezogen.

In der dritten „Staatsvertragsentscheidung“ vom **3.7.1955**³⁹³ ist ebenfalls die Vertretungshandlung eines von der sowjetischen Besatzungsmacht eingesetzten Generaldirektors eines USIA-Betriebes zu beurteilen. Der Generaldirektor hatte ohne sachliche Grundlage und entgegen dem Willen des kommerziellen Leiters ein Anstellungsverhältnis mit einem ehemaligen Ministerialrat geschlossen, obwohl in der entsprechenden Abteilung „so gut wie nichts zu tun war“,“³⁹⁴ da diese Abteilung aufgelöst werden sollte, sobald das Werk auf Grund des Staatsvertrags rückgestellt werden würde. Der OGH stellt fest, dass diese Vertretungshandlung ausschließlich den Zweck gehabt habe, „den Kläger zum Schaden der Republik Österreich zu begünstigen“ und „zu versorgen“. ³⁹⁵ Dies stelle einen Missbrauch der Vertretungsmacht dar, der dem Dritten, „dem ja dadurch geholfen werden sollte“³⁹⁶ ohne weiteres erkennbar gewesen wäre. Der Anstellungsvertrag sei daher wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

Auch hier verlangt der OGH für die Nichtigkeit Schädigungsabsicht des Vertreters und Erkennbarkeit bezüglich dieser Schädigungsabsicht durch den Dritten. Dogmatische Grundlage ist abermals § 879 ABGB.

³⁹⁰ JBl 1956, 348.

³⁹¹ JBl 1956, 348.

³⁹² JBl 1956, 348.

³⁹³ OGH 4 Ob 49/56 Jbl 1956, 475.

³⁹⁴ JBl 1956, 476.

³⁹⁵ JBl 1956, 476.

³⁹⁶ JBl 1956, 476.

Am **4.6.1958** entscheidet der OGH – abgesehen von den „Staatsvertragsentscheidungen“ – erstmals über den Missbrauch einer Formalvollmacht, nämlich jener des GmbH-Geschäftsführers.³⁹⁷ Diese Entscheidung ist insofern bemerkenswert, als erstmals ausführlich auf den Sondercharakter von Formalvollmachten eingegangen wird.

Ausgangssituation ist, dass ein Dritter mit einem Geschäftsführer, dem die Geschäftsführungsbefugnis bereits entzogen ist, ein Geschäft abschließt. Der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis war im Firmenbuch noch nicht eingetragen und der Dritte hatte davon keine Kenntnis. Kenntnis hatte er jedoch von der „Beschränkung der Vertretungsbefugnis durch zeitlichen Entzug der Vertretungsmacht.“³⁹⁸ Der OGH führt aus, dass der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis mangels Eintragung und mangels Kenntnis des Dritten unwirksam ist (§ 15 HGB). Bezüglich der Kenntnis des Dritten von einer Einschränkung der Vertretungsmacht erklärt der OGH, dass diese Kenntnis an sich keine rechtliche Wirkung äußert, da dies der Sonderbestimmung des § 20 Abs 2 GmbHG widerspräche. In dieser Norm werde die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Geschäftsführers Dritten gegenüber ausdrücklich angeordnet. Daher würden auch dem Dritten bekannte Beschränkungen an sich noch zu keiner unzulässigen Rechtsausübung führen. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Dritte keinesfalls gehalten sei, in jedem Fall eines mit ihm abzuschließenden Rechtsgeschäfts über den Aufreichtbestand etwaiger ihm bekannter Vollmachtsbeschränkungen Erkundigungen einzuziehen.³⁹⁹

Der OGH geht in dieser Entscheidung davon aus, dass der historische Gesetzgeber die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Geschäftsführers (nach außen hin), ohne Rücksicht auf eine etwaige Kenntnis des Dritten von solchen Beschränkungen angeordnet hat und dass eine Abwehr der Rechtswirkungen eines mit dem Geschäftsführer abgeschlossenen Vertrags nur in den Fällen einer absichtlichen Schadenszufügung seitens des Dritten durch arglistiges Zusammenwirken mit dem

³⁹⁷ OGH 6 Ob 127/58 EvBl 1958/276 (GmbH).

³⁹⁸ EvBl 1958/276.

³⁹⁹ EvBl 1956/276.

Geschäftsführer zum Nachteil der Gesellschaft möglich ist.⁴⁰⁰ Im konkreten Fall verweist der OGH den Fall an die erste Instanz zurück, da nicht erhoben worden ist, ob ein solches arglistiges Zusammenwirken vorgelegen hat.

Der OGH ist in dieser Entscheidung strenger als in den wohl auch politisch motivierten „Staatsvertragsentscheidungen“ und macht mehrere wichtige Aussagen. Zunächst stellt er fest, dass er davon ausgeht, der historische Gesetzgeber hätte die Rechtswirksamkeit von Vertreterhandlungen beim GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich auch für den Fall angeordnet, in dem der Dritte von der Beschränkung positive Kenntnis hat. Dies wird damit begründet, dass dem Dritten weder Nachforschungsobliegenheiten bezüglich der Beschränkung, noch bezüglich des Aufrechterbestands einmal bekannter Beschränkungen auferlegt werden sollen. Der OGH erklärt weiters, dass eine Nichtigkeit nur anzunehmen ist, wenn der Geschäftsführer in Schädigungsabsicht gehandelt hat und der Dritte in eigener Schädigungsabsicht mit dem Geschäftsführer arglistig zusammenarbeitet. Als dogmatische Grundlage wird hier nicht Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB, sondern missbräuchliche Rechtsausübung nach § 1295 Abs 2 ABGB angenommen.

Auch der folgende Fall des OGH beschäftigt sich mit dem Missbrauch der Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer GmbH. In der Entscheidung vom **19.9.1971**⁴⁰¹ stellt der OGH die grundsätzliche Zulässigkeit des Selbstkontrahierens durch den Geschäftsführer einer GmbH fest. Nach dieser Entscheidung stellt also auch das „gefährliche Insichgeschäft“ (vgl oben 3.2.1.1.2) ohne Zustimmung der anderen Geschäftsführer oder der Generalversammlung keine absolute Grenze der Vertretungsmacht dar.⁴⁰² Vielmehr handele es sich beim unzulässigen Insichgeschäft um eine reine Beschränkung im Innenverhältnis. Dadurch muss das Insichgeschäft unter den Gesichtspunkten des Missbrauchs der Vertretungsmacht beurteilt werden. Es stellt sich in diesem Fall die Frage, ob der Dritte sich auf die Gültigkeit des Geschäfts berufen kann, obwohl der handelnde Geschäftsführer die Interessen der Gesellschaft nicht gewahrt und erkennbar ein Insichgeschäft getätigt hat. Konkret verrechnet in diesem Fall der Geschäftsführer einer GmbH eine Forderung der GmbH gegenüber einem

⁴⁰⁰ EvBl 1958/276.

⁴⁰¹ OGH 16.9.1971, 1 Ob 243/71 EvBl 1972/88 = SZ 44/141(GmbH).

⁴⁰² Vgl dazu allerdings die spätere Entscheidung SZ 54/57.

Dritten mit einer Schuld, die er als Privatperson aus einem Hauskauf bei eben diesem Dritten eingegangen ist.⁴⁰³

Wie in der zuletzt geschilderten Entscheidung⁴⁰⁴ stellt der OGH zu dieser Frage fest, dass selbst die Kenntnis des Dritten von Umständen, aus denen auf eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers geschlossen werden kann, ohne rechtliche Wirkung bleibt. Zu einer Nichtigkeit könne es nur kommen, wenn der Dritte mit dem Geschäftsführer zum Nachteil der Gesellschaft auf arglistige Weise zusammenwirkt.⁴⁰⁵ Im konkreten Fall entschied der OGH, dass der Dritte darauf vertrauen durfte, dass die von dem Geschäftsführer gesetzte Vertretungshandlung zulässig war. „Er war nicht verpflichtet, Nachforschungen darüber anzustellen, ob die Vertretungshandlung (...) auch im Innenverhältnis durch eine Ermächtigung gedeckt war.“ Und weiter: „Wenn diese (Anm: die GmbH) dem Geschäftsführer so großes Vertrauen entgegenbrachte, er es aber missbrauchte, dann können die nachteiligen Folgen dieses Verhaltens nur der Kl (Anm: die GmbH), nicht aber einem Dritten zur Last fallen. Es wäre unvertretbar, dem Bekl (Anm: dem Dritten) unter den gegebenen Umständen mit für ihn nachteiligen Rechtsfolgen vorzuwerfen, er hätte bei der Vereinbarung mit dem Geschäftsführer die Verletzung der Interessen der Kl (Anm: der GmbH) beachten müssen, die Kl hingegen, welche sich durch eine Beschränkung der Alleinvertretungsmacht des Geschäftsführers leicht hätte schützen können, von jedem Nachteil zu befreien.“⁴⁰⁶

Der OGH entscheidet in diesem Fall also, dass selbst evidente Schädigungsabsicht (der Geschäftsführer rechnet mit einer Privatverbindlichkeit auf) nicht zu einer Nichtigkeit führt. Er folgt hier – wie in der letzten Entscheidung⁴⁰⁷ – dem strengen Kollusionsansatz, wonach auch der Dritte in Schädigungsabsicht handeln muss, um das Geschäft scheitern zu lassen. Bemerkenswerterweise argumentiert hier der OGH erstmals mit Interessensabwägungen zwischen Geschäftsherr und Dritten – mit klarer Last beim Geschäftsherrn: Wer jemandem eine Vertretung anvertraut, muss auch das

⁴⁰³ SZ 44/141.

⁴⁰⁴ OGH 16.9.1971, 1 Ob 243/71 EvBl 1972/88 = SZ 44/141.

⁴⁰⁵ EvBl 1972/88.

⁴⁰⁶ EvBl 1972/88.

⁴⁰⁷ OGH 16.9.1971, 1 Ob 243/71 EvBl 1972/88 = SZ 44/141.

Missbrauchsrisiko tragen. Dogmatische Grundlage für eine allfällige Nichtigkeit wird in dieser Entscheidung keine genannt.

Die nächste Entscheidung des OGH, die sich mit der Problematik des Missbrauchs der Vertretungsmacht beschäftigt, stammt vom **19.4.1978**⁴⁰⁸ und befasst sich mit der Vertretungsmacht des vertretungsbefugten Gesellschafters einer Personengesellschaft. Konkret vertrat der alleinige Geschäftsführer der A-GmbH die GmbH & Co KG, an der die A-GmbH als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt war, bei einem Kreditgeschäft mit einer Hypothekenbank, wobei eine Verbindlichkeit der A-GmbH gegenüber der Hypothekenbank in eine Verbindlichkeit der KG gegenüber der Hypothekenbank umgewandelt wurde. Im Gesellschaftsvertrag der KG findet sich eine Bestimmung, wonach zu solchen Geschäften die Zustimmung des Kommanditisten und des Beirats der KG notwendig ist. Von Seiten der KG wird nun Sittenwidrigkeit behauptet, wobei auf die subjektive Kenntnis der Dritten (Hypothekenbank) nicht eingegangen wird.

Der OGH führt in seiner Urteilsbegründung aus, dass die §§ 126 Abs 1 und 161 Abs 2 HGB die organschaftliche Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters der KG als eine unbeschränkte und § 126 Abs 2 HGB diese als eine unbeschränkbare ausgestaltet haben, wodurch interne Abmachungen nur die Geschäftsführungsbefugnis einschränken.⁴⁰⁹ Der OGH stellt weiters fest, dass es dem Dritten nicht schade, wenn er etwa hätte erkennen können, dass der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Schranken einer Geschäftsführungsbefugnis überschritten, etwa die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Zustimmung nicht eingeholt hat. Selbst positive Kenntnis könne ihm nicht entgegen gehalten werden.⁴¹⁰ „Das Begehren auf Erfüllung aus einem vom geschäftsführenden Gesellschafter abgeschlossenen Vertrag kann die Gesellschaft mit Erfolg wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 879 Abs 1 ABGB nur abwehren, wenn der geschäftsführende Gesellschafter und der Dritte absichtlich zum Schaden des Vertretenen zusammengewirkt haben oder wenn der vertretungsbefugte Gesellschafter bewußt zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt hat

⁴⁰⁸ OGH 8 Ob 505/78 GesRZ 1978, 131.

⁴⁰⁹ GesRZ 1978, 131f.

⁴¹⁰ GesRZ 1978, 132.

und der Dritte davon gewußt hat.“⁴¹¹ Allenfalls könne Schädigungsabsicht auf Seiten des Vertreters und grob fahrlässiges Nichtwissen auf Seiten des Dritten genügen, wobei die Sorgfaltspflichten des Dritten keineswegs überspannt werden dürfen. In der Sache entschied der OGH, dass nicht einmal klar ist, ob die Umschuldung an sich ein schädigendes Verhalten des Geschäftsführers der A-GmbH gegenüber der GmbH & Co KG darstellt. Des weiteren wurde Kenntnis oder auch nur Kennen-Müssen auf Seiten der Hypothekenbank im Prozess nicht einmal behauptet.⁴¹² Der OGH betrachtet das Geschäft daher als rechtsverbindlich.⁴¹³

Der OGH weicht hier also ein wenig von dem ganz strengen Kollusionsansatz der letzten Entscheidungen ab. Nicht mehr nur absichtliches schädigendes Zusammenwirken von Vertreter und Dritten soll zur Ungültigkeit des Geschäfts führen. Auch wenn der Vertreter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt und der Dritte davon gewusst hat, soll das Geschäft scheitern. Die Ansicht, dass bei bewusster Schädigung durch den Vertreter auch grob fahrlässiges Nichtwissen des Dritten ausreicht, wird eher als Lehrmeinung referiert denn vertreten. In diesem Fall solle jedenfalls die Sorgfaltspflicht des Dritten nicht überspannt werden. Dogmatische Grundlage ist wieder Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB.

Die Entscheidung des OGH vom **30.5.1979**⁴¹⁴ wird in der Lehre häufig als die Leitentscheidung zum Missbrauch der Vertretungsmacht zitiert. Gegenstand ist die Vertretungsbefugnis des Prokuristen.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Prokurist einer Bank sagt einem Dritten einen Kredit zu. Es kommt aber zu keiner Auszahlung seitens der Bank, da die Genehmigung des Vorstands verweigert wird. Dem Kreditnehmer ist bekannt, dass Kredite über einen so hohen Betrag der Zustimmung des Vorstands bedürfen. Der Prokurist bezeichnet bei den Gesprächen mit dem Kreditnehmer die Zustimmung des Vorstands als reine Formalität. Der Kreditnehmer erleidet durch die Nichtauszahlung

⁴¹¹ GesRZ 1978, 132.

⁴¹² GesRZ 1978, 132.

⁴¹³ GesRZ 1978, 133.

⁴¹⁴ OGH 1 Ob 617/79 SZ 52/90 = JBl 1980, 33.

einen Schaden, da er einen geschlossenen Kaufvertrag nicht einhalten kann und dadurch seinerseits schadenersatzpflichtig wird. Er begehrt von der Bank Schadenersatz.⁴¹⁵

Der OGH entscheidet, dass es sich bei der „Zusage“ des Prokuristen noch nicht um einen Vertragsabschluss gehandelt hat, sondern um das In-Aussicht-Stellen eines solchen, wenn eben die – als höchst wahrscheinlich dargestellte – Zustimmung des Vorstands erfolgen würde. Die Haftung der Bank kann also gegebenenfalls nur eine aus culpa in contrahendo sein.⁴¹⁶ Trotzdem stellt der OGH grundsätzliche Überlegungen zum Missbrauch der Vertretungsmacht des Prokuristen an. Zunächst wird festgestellt, dass der Dritte grundsätzlich davon ausgehen darf, dass der Prokurist Vertretungsmacht in dem sich aus § 49 HGB ergebenden Umfang hat. Dieser „Vertrauensschutz des Dritten“⁴¹⁷ greift allerdings dann nicht ein, wenn der Dritte nicht schutzwürdig ist. Diese Schutzwürdigkeit werde aber – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – dem Dritten nicht schon dadurch genommen, dass es ihm auffallen hätte müssen, dass ein Prokurist ein weit tragendes Geschäft aus eigener Machtvollkommenheit nicht schließen dürfe. „Ob ein Geschäft gewöhnlicher oder ungewöhnlicher Art ist, ob solche Geschäfte regelmäßig oder nur ausnahmsweise getätigt werden, spielt vielmehr für den Dritten keine Rolle.“⁴¹⁸ Grundsätzlich werde dem Dritten die Schutzwürdigkeit nur aberkannt, wenn er mit dem seine Vertretungsmacht vertrags- oder weisungswidrig ausübenden Prokuristen arglistig zum Nachteil des Inhabers des Handelsgewerbes zusammenwirkt, also ein so genannter Kollusionsfall vorläge.⁴¹⁹ Die Rechtsmeinung, wonach dem Dritten auch positive Kenntnis von der bestehenden Beschränkung der Vertretungsmacht des Prokuristen nicht schade, wird zitiert, aber offen gelassen.⁴²⁰ Eine Nachprüfungspflicht des Dritten könne jedenfalls nur dann angenommen werden, wenn der Dritte nach den Umständen darauf schließen musste, dass der Prokurist die ihm zustehende Vertretungsmacht treuwidrig zum Nachteil des Inhabers des Handelsgewerbes missbrauche.

⁴¹⁵ SZ 52/90.

⁴¹⁶ JBl 1980, 36.

⁴¹⁷ JBl 1980, 35.

⁴¹⁸ JBl 1980, 35.

⁴¹⁹ SZ 52/90.

⁴²⁰ „Es wird sogar gelehrt, dass (...)“, JBl 1980, 35.

Der OGH weicht in dieser Entscheidung ein weiteres Stück vom strengen Kollusionsansatz ab. Hat er in der letzten Entscheidung⁴²¹ neben dem absichtlichen schädigenden Zusammenwirken auch Kenntnis von der Schädigungsabsicht durch den Dritten als ausreichend erachtet, um das Geschäft scheitern zu lassen, so spricht sich der OGH in dieser Entscheidung – obiter dictum – dafür aus, für die Ungültigkeit auch fahrlässige Unkenntnis der Schädigungsabsicht des Vertreters beim Dritten genügen zu lassen. Von der Voraussetzung der Schädigungsabsicht beim Vertreter selbst geht der OGH aber jedenfalls nicht ab. Objektive Pflichtwidrigkeit des Vertreters reicht also nicht.

Der Beschluss des OGH vom **26.2.1980**⁴²² hat die Vertretungsmacht des OHG-Gesellschafters zum Gegenstand und wurde von *Ostheim*⁴²³ kritisiert. Dieser Beschluss beschäftigt sich mit dem Umfang der Vertretungsmacht des offenen Gesellschafters. Da er aber immer wieder im Zusammenhang mit der Problematik des Missbrauchs der Vertretungsmacht zitiert wird, soll er hier trotzdem kurz dargestellt werden.

Zwei einzelvertretungsbefugte Gesellschafterinnen einer OHG mit vier Gesellschafterinnen hatten beschlossen, „(...) das Kino aufzugeben und die vorhandenen Räumlichkeiten zu vermieten, (...)“ da die Bilanz für 1976 ergeben hatte, dass der Filmtheaterbetrieb der OHG passiv war.⁴²⁴ Im Beisein des Ehemanns der vierten Gesellschafterin unterfertigten die anderen drei Gesellschafterinnen einen Mietvertrag mit einem Dritten. Als dieser die Übergabe des Mietobjekts verlangt, erklärt die Gesellschaft, ein Mietvertrag wäre mangels der Zustimmung der vierten Gesellschafterin nicht gültig zu Stande gekommen.⁴²⁵ Die Gesellschaft argumentiert damit, dass der Abschluss des Mietvertrags über die Geschäftsräumlichkeiten einer „Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses gleichkomme“ und damit ein Grundlagengeschäft darstelle.

Der OGH führt dazu aus: „Die Frage, ob der Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäfts von der im § 126 dem Umfang nach umschriebenen Vertretungsmacht

⁴²¹ OGH 8 Ob 505/78 GesRZ 1978, 131.

⁴²² OGH 5 Ob 515/80 GesRZ 1980, 88.

⁴²³ GesRZ 1980, 99.

⁴²⁴ GesRZ 1980, 88.

⁴²⁵ GesRZ 1980, 99.

des offenen Gesellschafters gedeckt ist, ist danach zu beantworten, ob durch dieses Rechtsgeschäft nach den Umständen des Einzelfalles, wie sie dem Dritten bekannt waren oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bekannt sein mußten, das Gesellschaftsverhältnis, insbesondere den Gesellschaftsvertrag, mit einem derartigen Rechtsgeschäft in abstracto notwendigerweise verbunden ist oder nicht (...)⁴²⁶ Mangels erhobenen Tatsachen, ob im konkreten Fall eine solche De-facto-Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses vorgelegen hat und ob dies dem Dritten hätte bekannt sein müssen (oder bekannt war), wurde das Verfahren durch Beschluss zurückverwiesen.

Bei dieser Entscheidung handelt es sich also nicht um eine Entscheidung bezüglich des Missbrauchs der Vertretungsmacht des OHG-Gesellschafters, sondern um eine Entscheidung bezüglich des Umfangs von dessen Vertretungsmacht. Liegt ein Grundlagengeschäft vor, ist es von der Vertretungsmacht nicht gedeckt. Umso mehr verwundert, dass der OGH das Geschäft trotz Vollmachtsüberschreitung – also bei Handeln *ohne* Vertretungsmacht – zu Stande kommen lassen will, wenn der Dritte gutgläubig war. Eine Abwägung der widerstreitenden Interessen des mit einer OHG kontrahierenden Dritten und der Gesellschaft wie sie dem OGH vorschwebt, muss eigentlich dort, wo es um objektive Grenzen der Vertretungsbefugnis geht, ausgeschlossen sein.⁴²⁷ Guter Glaube kann einen Vertretungsmangel in der Regel eben nicht heilen, sonst wäre die Regelung der falsus procurator-Haftung überflüssig.⁴²⁸

In der Entscheidung vom **15.6.1982**⁴²⁹ befasst sich der OGH mit einem Fall, der einen Missbrauch der Vertretungsmacht nahe legt, ohne jedoch auf diese Problematik einzugehen. Der Sachverhalt des zu Grunde liegenden Falles lautet wie folgt: Zwei einzelvertretungsbefugte Gesellschafter einer OHG sprechen nacheinander einem Angestellten (der der Sohn der zweiten handelnden Gesellschafterin ist) gegenüber die Entlassung und den Widerruf der Entlassung aus.

Der OGH geht davon aus, dass beide Erklärungen grundsätzlich wirksam sind, wobei die zweite Erklärung nicht als Widerruf der Entlassung zu verstehen sei, da eine zweite

⁴²⁶ GesRZ 1980, 100.

⁴²⁷ So auch *Ostheim*, GesRZ 1980, 100.

⁴²⁸ *Ostheim*, GesRZ 1980, 101.

⁴²⁹ OGH 4 Ob 66/82 DRdA 1984, 460 (*Schauer*).

Erklärung die erste nicht aufheben, sondern nur eine neue Rechtslage schaffen kann.⁴³⁰ Die zweite Erklärung ist in dem Sinne zu verstehen, dass ein neues Dienstverhältnis begründet wird, das so geschlossen werden soll, als wäre die Entlassung nie ausgesprochen worden.⁴³¹ Obwohl der Revisionsgegner vorbrachte, dass der angestellte Sohn von der internen Aufteilung der Geschäftsführung in Kenntnis war und daher auch wusste, dass die Entlassung von der Mehrheit der Gesellschafter gewollt war, sieht der OGH hierin keine „sittenwidrige Rechtsausübung“ des Revisionswerbers.⁴³² Ob eine Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis vorlag wird vom OGH nicht thematisiert, da er sich die Frage des Missbrauchs der Vertretungsmacht in der gegenständlichen Entscheidung gar nicht stellte. Die Vertretungshandlung der Gesellschafterin, die das Angestelltenverhältnis mit ihrem Sohn (wohl entgegen dem Willen der Gesellschaft) wieder aufnimmt, ist also wirksam, obwohl der Sohn weiß, dass das nicht dem Willen der Gesellschaft entspricht. Das Wort „Kollusion“ kommt in der Urteilsbegründung nicht vor.⁴³³

Bemerkenswert und viel zitiert ist die Entscheidung des OGH vom **19.7.1985**⁴³⁴ zum Missbrauch der Vertretungsmacht eines OHG-Gesellschafters. Der zu Grunde liegende Sachverhalt lautet vereinfacht: A und B sind alleinvertretungsbefugte Gesellschafter einer OHG. Nach einem privaten Hausbau kommt A in finanzielle Schwierigkeiten, er nimmt daher einen Kredit bei der C-Bank auf. Zur Absicherung der Kreditverbindlichkeit verlangt die C-Bank von A eine Bürgschaftserklärung der OHG. Intern braucht A zu einem solchen Geschäft die Zustimmung von B. A unterschreibt die Bürgschaftserklärung im Namen der OHG und informiert B nicht darüber. Nachdem A seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann, verlangt die C-Bank von der OHG die Einlösung der Bürgschaft.⁴³⁵

Nachdem das Erstgericht die Bürgschaftserklärung als sittenwidrig qualifiziert hat, erklärt das Berufungsgericht, dass ein Geschäft nur dann wegen Missbrauch der

⁴³⁰ DRdA 1984, 460f.

⁴³¹ DRdA 1984, 461.

⁴³² DRdA 1984, 461.

⁴³³ *Schauer* merkt an, dass die Frage des Missbrauchs der Vertretungsmacht im Raum stand, dass aber der OGH sie zu Recht nicht behandelt hat, da es der Revisionsgegner unterlassen hat, sich auf einen solchen Missbrauch zu berufen; *Schauer*, GesRZ 1984, 464.

⁴³⁴ OGH 1 Ob 576/85 SZ 58/123 = JBl 1986, 377 = GesRZ 1985, 198.

⁴³⁵ Vgl. GesRZ 1985, 198.

Vertretungsmacht sittenwidrig ist, wenn der Vertreter absichtlich zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat und diese Tatsache dem Dritten positiv bekannt ist.⁴³⁶ Der OGH stimmt dem Berufungsgericht insofern zu, als er feststellte, dass schon die Schädigungsabsicht des A nicht bewiesen sei. Dies sei nur dann anzunehmen, wenn er etwa mangels ausreichendem Einkommen gar nicht damit gerechnet habe, seinen Verbindlichkeiten als Hauptschuldner pünktlich nachkommen zu können, sodass der Bürge in Anspruch genommen würde. Dieser Nachweis sei im Verfahren nicht erbracht worden. Der OGH geht aber in den rechtlichen Ausführungen bezüglich des Umfangs des Tatbestands des Missbrauchs der Vertretungsmacht über die Ansicht des Berufungsgerichts hinaus, ohne dass dies im konkreten Fall entscheidungsrelevant ist. Einen Missbrauch der Vertretungsmacht erblickt der OGH nicht nur dann, wenn neben der absichtlichen Schädigung des Vertreters der Dritte bewusst mit dem Vertreter zusammengewirkt hat oder zumindest von der Schädigungsabsicht des Vertreters positive Kenntnis hatte, sondern auch dann, wenn der treuwidrige Missbrauch der Vertretungsmacht für jeden Einsichtigen evident ist, „(...) dem Dritten es sich also geradezu aufdrängen muß, daß der Vertreter bei Geschäftsabschluß mit Schädigungsvorsatz zum Nachteil des Vertretenen handelte.“⁴³⁷ Zur Schädigungsabsicht des Vertreters führt der OGH aus, allein die Tatsache, dass eine OHG für einen Privatkredit eines ihrer alleinvertretungsbefugten Gesellschafter durch diesen die Haftung als Bürge und Zahler übernimmt, zwingt keineswegs zu der Annahme, dass hier vorsätzlich pflichtwidrig gehandelt worden wäre.

Der OGH lässt also in dieser Entscheidung beim Dritten – obiter dictum – schon grob fahrlässige Nichtkenntnis („Evidenz“) der Schädigungsabsicht des Vertreters genügen. Er spricht sich aber klar dagegen aus, bloße Pflichtwidrigkeit auf Seiten des Vertreters genügen zu lassen, was auch entscheidungsrelevant war, da eine Prüfung der subjektiven Voraussetzungen des Dritten (der C-Bank) als unnötig erachtet wurde – ohne Schädigungsabsicht des Vertreters scheide die Unwirksamkeit jedenfalls aus.⁴³⁸

⁴³⁶ SZ 58/123.

⁴³⁷ JBl 1986, 378.

⁴³⁸ SZ 58/123.

Der nächste relevante Fall lag dem OGH 1987 vor und wurde von diesem am **13.1.1988** entschieden.⁴³⁹ Der zu Grunde liegende Sachverhalt lautet: Eine Bank gewährt einer GmbH einen Kontokorrentkredit. Für diesen Kredit verpflichtet sich der frühere Geschäftsführer und immer noch Gesellschafter der GmbH, Josef R., als Bürge und Zahler und unterfertigt einen Blankowechsel.⁴⁴⁰ Die Gesellschafter der GmbH beschließen auf Betreiben von Josef R. und im Beisein des Sachbearbeiters der Bank, dass eine Inanspruchnahme des Kredits nicht durch den jetzigen Geschäftsführer der GmbH allein, sondern nur mit Zustimmung des Josef R. erfolgen soll. Die Bank legt der GmbH ein Unterschriftenprobeblatt vor, welches sowohl vom Geschäftsführer als auch von Josef R. unterzeichnet wird. Weiters wird ein Gesellschafterbeschluss gefasst, wonach der Geschäftsführer nicht berechtigt ist, die Kollektivzeichnungsvollmacht des Josef R. bei den Konten der Bank aufzuheben. Dies wird auch der Bank zur Kenntnis gebracht.

Da in der Folge Josef R. wiederholt gegen Überweisungsaufträge des Geschäftsführers Einwände erhebt, fasst der Geschäftsführer einen Gesellschafterbeschluss zur Aufhebung der Kollektivzeichnungsvollmacht des Josef R., der von einigen Gesellschaftern unterschrieben wird. Josef R. – selbst Gesellschafter – wird davon nicht informiert. Nach Rücksprache mit dem Sachbearbeiter der Bank sendet der Geschäftsführer ein Schreiben an die Bank, dass die Vollmacht des Josef R. aufgehoben sei. In der Folge wird durch alleinige Verfügungen des Geschäftsführers der Kredit weiter ausgeweitet.⁴⁴¹ Die GmbH macht nun in der Revision geltend, die Mithaftung der GmbH erstrecke sich nicht auf die in Verletzung der Mitzeichnungsberechtigung gewährten Kreditausweitungen.⁴⁴²

Der OGH stellt zunächst fest: Kontoinhaberin ist allein die GmbH, ein Gemeinschaftskonto liegt nicht vor. Josef R ist nicht vertretungsbefugtes Organ der GmbH. Es ist nicht möglich, nur durch Einräumung einer Zeichnungsberechtigung eine über die Verfügungsmacht des Kontoinhabers hinausgehende zusätzliche

⁴³⁹ OGH 3 Ob 565, 566/87 WBl 1988, 309 = ÖBA 1988, 931.

⁴⁴⁰ Vgl zu einer ähnlichen Problematik *Apostolos M. Chelidonis*, Haftungsgrundlagen bei hinweiswidrig ausgefüllten Blankobürgschaften (1998).

⁴⁴¹ WBl 1988, 309f.

⁴⁴² ÖBA 1988, 932.

Vertretungsmacht zu schaffen.⁴⁴³ Ein Widerruf der Zeichnungsberechtigung durch die Gesellschaft bleibt möglich. Eine Kontosperrung durch den Ausschluss der Verfügungsberechtigung des Kontoinhabers oder zumindest deren alleiniger Ausübung wurde weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart, da alle darauf hindeutenden Vorgänge von der Bank auch im Sinne einer zulässigen, „aber nach außen hin nicht wirksamen“⁴⁴⁴ Beschränkung der Vertretungsbefugnis iSd § 20 Abs 2 GmbHG gedeutet werden konnten. Selbst ohne die Mitteilung des Schreibens des Geschäftsführers über die Aufhebung der „Kollektiv-Vertretungsvollmacht“ von Josef R. hatte daher die GmbH (und damit ihr allein vertretungsbefugter Geschäftsführer) immer die Verfügungsmacht über die strittigen Konten. Damit sind die Kreditausweitungen grundsätzlich von der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers umfasst und es bleibt zu prüfen, ob diese Vertretungshandlungen wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam sind. Die GmbH machte im Verfahren daher auch geltend, dass dies der Fall sei und dass die Bank daran arglistig mitgewirkt habe. Dabei stellte sich dem OGH zunächst das Problem, dass in diesem Fall nicht die Schädigung des Vertretenen (der GmbH), sondern die des Josef R. durch die Vertretungshandlungen des Geschäftsführers behauptet wurde. Dazu stellt der OGH fest, dass die Schädigungsabsicht auch darin liegen könne, bewusst zum Nachteil eines Dritten zu handeln, auf dessen Interessen der Vertretene durch die Bindung seines Vertreters offenkundig Bedacht nehmen wollte.⁴⁴⁵ Im konkreten Fall erkannte der OGH, zu wenig Informationen darüber zu haben, ob der Sachbearbeiter – dessen Arglist der Bank zuzurechnen wäre – im konkreten Fall tatsächlich arglistig gehandelt habe.

Für die Unwirksamkeit einer Vertretungshandlung eines GmbH-Geschäftsführers verlangt der OGH hier auf Seiten des Geschäftsführers Schädigungsabsicht – wobei sich diese auch auf einen Dritten, zu dessen Gunsten die GmbH interne Beschränkungen erlassen hat, beziehen kann – und auf Seiten des Dritten (der Bank) arglistiges Zusammenwirken. Bloße Kenntnis (geschweige denn fahrlässige Unkenntnis) von der Schädigungsabsicht des Vertreters reicht offenbar nicht aus. Damit entscheidet der OGH sich hier wieder für den strengen Kollusionsansatz, den er in den letzten

⁴⁴³ ÖBA 1988, 933.

⁴⁴⁴ ÖBA 1988, 933.

⁴⁴⁵ ÖBA 1988, 934.

Entscheidungen etwas aufgeweicht hatte. Als mögliche dogmatische Grundlagen nennt der OGH die §§ 879 und 1295 Abs 2 ABGB.⁴⁴⁶

Mit der Vollmacht eines Hausverwalters hatte es der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1989, entschieden am **21.12.1989**, zu tun.⁴⁴⁷ Laut Sachverhalt sind zwei Frauen Miteigentümerinnen einer Liegenschaft. Mit der Verwaltung ist eine Hausverwaltung beauftragt. Dieser wird mitgeteilt, dass zwischen den Miteigentümerinnen vereinbart ist, dass Mietverträge nur mit Zustimmung beider Miteigentümerinnen geschlossen werden dürfen. Trotzdem schließt die Hausverwalterin mit dem Ehemann einer Miteigentümerin einen günstigen Mietvertrag ab. Der Ehemann weiß von der Vereinbarung zwischen den beiden Miteigentümerinnen. Die andere Miteigentümerin verlangt die Räumung der Wohnung.

Der OGH gibt der Räumungsklage statt und führt dazu aus, dass Kenntnis vom „Vollmachtsmissbrauch“ das Geschäft ungültig werden lässt. Allerdings scheint Schädigung Ausschlag gebend, da der besonders günstige Mietvertrag betont wird.

Daher verlangt der OGH auch hier nicht nur Kenntnis von der Befugnisüberschreitung, sondern auch Schädigung(sabsicht) durch den Vertreter. Dogmatische Grundlage wird keine genannt.

Am **25.9.1990** entscheidet der OGH wieder über einen Vertretungsfall eines GmbH-Geschäftsführers.⁴⁴⁸ Konkret hat der Geschäftsführer zwar gesellschaftsschädigend gehandelt, dies aber mit Wissen und Willen aller Gesellschafter, die an einer Verlustzuweisung interessiert waren.

Der OGH entscheidet, dass darin, dass die Geschäftsführer das vollziehen, was die Gesellschafter wollen, kein Missbrauch der Vertretungsmacht liegen kann. Obiter dictum erklärt der OGH in dieser Entscheidung, dass nicht der Dritte, der erkennt, dass der Vertreter zum Nachteil des von ihm Vertretenen und damit pflichtwidrig handelt, den Schutz der institutionell gesicherten Vertretungsmacht, sondern dass der Vertretene

⁴⁴⁶ ÖBA 1988, 933.

⁴⁴⁷ OGH 21.12.1989, 6 Ob 693/89.

⁴⁴⁸ OGH 25.9.1990, 4 Ob 544/90 RdW 1991, 76.

diesen Schutz verdiene.⁴⁴⁹ Das Geschäft ist in einem solchen Fall (also schädigende Handlung des Vertreters und Wissen davon beim Dritten) ungültig.

Interessant sind dabei die Ausführungen über die dogmatischen Grundlagen. *Larenz* zitierend⁴⁵⁰ erklärt der OGH: „Unter diesen Voraussetzungen entfällt die Vertretungsmacht, ist also der Vertretungsakt unwirksam.“ Und als ob sich der OGH seiner Sache doch nicht so sicher wäre führt er weiter aus: „Kollusion macht das Geschäft überdies wegen Sittenwidrigkeit ungültig, auch wenn der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt hat.“⁴⁵¹ Wann aber Kenntnis des Dritten von der Schädigungsabsicht des Vertreters das Geschäft mangels Vollmacht scheitern lässt und wann der Vertreter doch innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt hat – das Geschäft aber wegen Kollusion sittenwidrig ist –, bleibt unklar.

Die Entscheidung des OGH vom **12.2.1991**⁴⁵² beschäftigt sich mit der Vollmacht einer Hausverwalterin und damit nicht mit einer Formalvollmacht. Der zu Grunde liegende Sachverhalt lautet: Eine Hausverwalterin mit „Generalvollmacht“ vermietet eine Wohnung nachdem der Eigentümer und Geschäftsherr (ihr Sohn) bereits gestorben ist, an dessen Geliebte. Die Erben des Eigentümers (ua seine Ehefrau) verlangen die Räumung.

Der OGH führt dazu aus, dass ab dem Tod des Gewaltgebers der Bevollmächtigte die Geschäfte für den Nachlass wahrnimmt. Der Vertreterin (Mutter) muss bewusst gewesen sein, dass sie gegen die Interessen der Erben (va der Ehefrau) handelt, wenn sie die Wohnung an die Geliebte des Erblassers vermietet. Der Dritten (der Geliebten) musste dies offenbar auffallen. Der Schaden besteht darin, dass das Haus nicht mehr privat genutzt werden kann. Der OGH verlangt also für die Unwirksamkeit hier bewusste Schädigung durch den Vertreter und Evidenz dieser Schädigungsabsicht beim Dritten.

In zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1995 befasst sich der OGH mit den subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Vertreters. Obwohl es sich nicht um Entscheidungen zu

⁴⁴⁹ RdW 1991, 77.

⁴⁵⁰ *Larenz*, Allgemeiner Teil⁷ 599.

⁴⁵¹ RdW 1991, 77.

⁴⁵² OGH 3 Ob 508/91.

Formalvollmachten handelt, können die Erkenntnisse des OGH in diesen beiden Entscheidungen verallgemeinert werden, da sie nur die bisherige Rechtsprechung zu diesem Punkt explizit machen.

In einem am **12.1.1995**⁴⁵³ entschiedenen Fall verkaufte ein Vertreter mit Spezialvollmacht die von dieser Spezialvollmacht gedeckte Sache, obwohl sich der Eigentümer und Geschäftsherr im konkreten Fall dagegen ausgesprochen hatte.

Der OGH sah darin schon mangels Schädigungsabsicht des Vertreters keinen Fall von Missbrauch der Vertretungsmacht. Das (auch bewusste) Handeln des Vertreters gegen den Willen des Vertretenen reiche dafür noch nicht aus.

In dem der Entscheidung vom **10.5.1995**⁴⁵⁴ zu Grunde liegenden Fall handelt ein Vertreter im Rahmen seiner Vollmacht und glaubte irrtümlich, sich im Rahmen des Auftrags zu bewegen. Auch hier entschied der OGH, dass mangels Schädigungsabsicht des Vertreters ein Missbrauch der Vertretungsmacht nicht in Frage komme.

Gegenstand der OGH-Entscheidung vom **8.2.1996**⁴⁵⁵ ist die Vertretungsmacht des OHG-Gesellschafters: Ein alleinvertretungsbefugter OHG-Gesellschafter schließt einen Leasingvertrag über einen Lastwagen ab, was der internen Beschränkung widerspricht, wonach alle drei Gesellschafter bei einem solchen Geschäft zustimmen müssen.

Der OGH führt aus, dass einem geschäftsführenden Gesellschafter einer OHG auferlegte Vertretungsbeschränkungen Dritten gegenüber unwirksam sind. Daher schade es dem Dritten nicht, wenn er hätte erkennen können, dass der vertretungsbefugte Gesellschafter die Schranken seiner Geschäftsführungsbefugnis überschritten hat, etwa indem er die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht eingeholt hat. Der Dritte kann sich nur dann nicht auf die Vertretungsmacht des Gesellschafters berufen, wenn er bewusst mit diesem zum Nachteil der Gesellschaft zusammenwirkt (Kollusion), wenn er den Missbrauch des Vertreters kannte oder der Missbrauch für jeden Einsichtigen evident ist bzw sich dem Dritten geradezu aufdrängen musste, dass der Vertreter bei Geschäftsabschluss mit

⁴⁵³ OGH 2 Ob 598/94 ecolex 1995, 258 = RdW 1995, 178.

⁴⁵⁴ OGH 3 Ob 1043/95.

⁴⁵⁵ OGH 8.2.1996, 6 Ob 1731/95 WBl 1996, 288.

Schädigungsvorsatz zum Nachteil der OHG handelte. An die Sorgfaltspflicht des Dritten sind keine überspannten Anforderungen zu stellen, eine Prüfungspflicht ist nur gegeben, wenn besondere Umstände ihm den Verdacht eines bewussten Missbrauchs der Vertretungsmacht nahe legen.⁴⁵⁶

Unwirksam ist das Geschäft nach dieser Entscheidung also, wenn Schädigungsabsicht beim Vertreter und Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Dritten von dieser Schädigungsabsicht vorliegen. Kenntnis oder Kennen-Müssen des Dritten bezüglich der reinen Pflichtwidrigkeit schadet auch dann nicht, wenn der Vertreter mit Schädigungsabsicht gehandelt hat. Mit der dogmatischen Grundlage einer eventuellen Unwirksamkeit beschäftigt sich der OGH in dieser Entscheidung nicht.

Die Entscheidung des OGH vom **25.6.1996**⁴⁵⁷ beschäftigt sich mit einem Sonderfall des Missbrauchs der Vertretungsmacht, nämlich mit der Frage, was geschehen soll, wenn ein Gesellschafterdarlehen durch die Gesellschaft besichert werden soll und diese Besicherung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt.

Der OGH führt zunächst aus, dass eine solche Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft für das Darlehen eines Gesellschafters unter das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) fallen kann, wenn die Sicherheitenbestellung einem Drittvergleich nicht standhält und anzunehmen war, dass die Gesellschaft nicht in der Lage sein werde, die Kreditrückzahlungen zu verdienen. Geschäfte, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, sind grundsätzlich nichtig. Dies gilt aber nicht, wenn bei dem gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden Geschäft Dritte beteiligt sind. Wann kann aber nun ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dem – hier Kredit gebenden – Dritten entgegen gehalten werden? Der OGH erklärt, Adressat des Einlagenrückgewährverbots sei nicht der Dritte, sondern nur der Gesellschafter und die Gesellschaft.⁴⁵⁸ Die Regeln über den Vollmachtsmissbrauch können laut OGH allerdings auch auf den Fall des Verstoßes gegen § 82 GmbHG angewandt werden. Nimmt der Dritte daher an dem Verstoß teil, so ist das Geschäft auch ihm gegenüber nichtig. In Fällen der Kollusion – also des

⁴⁵⁶ WBl 1996, 288.

⁴⁵⁷ 4 Ob 2078/96h SZ 69/149 = JBl 1997, 108.

⁴⁵⁸ SZ 96/149.

absichtlichen verbotswidrigen Zusammenwirkens – ist auch das Sicherungsgeschäft unwirksam. Entsprechend früheren Entscheidungen des OGH soll auch bei Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis des Dritten davon, dass das Geschäft gegen das Einlagenrückgewährverbot verstößt, die Gesellschaft ein Rückforderungsrecht haben.⁴⁵⁹

Der Entscheidung des OGH vom **15.10.1996**⁴⁶⁰ lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Vertretene stellt dem Vertreter die Vollmacht aus, in seinem Namen bei einem österreichischen Kreditinstitut ein Konto zu eröffnen. Dafür unterzeichnet der Vertretene ein Blankett. Der Vertreter gibt die Vollmacht an seinen Bruder weiter, der das Konto als Gemeinschaftskonto vom Vertretenen und vom Vertreter eröffnen lässt, wobei beide Kontoinhaber einzelzeichnungsberechtigt sind. In der Folge hebt der Vertreter Geld zu Privatzwecken ab.

In diesem Fall stellt der OGH zunächst fest, dass bei offener Ausfüllung eines Blanketts Vollmachtsrecht anzuwenden ist.⁴⁶¹ Ist der Inhalt der nachträglichen Einfüllungen von der Vollmacht umfasst, so kann das Geschäft allenfalls wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht ungültig sein, was nur dann anzunehmen sei, wenn Vertreter und Dritter absichtlich zusammengewirkt haben, um den Vertretenen zu schädigen.⁴⁶²

Der OGH geht hier also zum strengen Kollusionsansatz zurück, wonach nicht nur der Vertreter, sondern auch der Dritte mit Schädigungsabsicht handeln muss, um das Rechtsgeschäft scheitern zu lassen.

In einer Entscheidung über die Vollmacht eines Hausverwalters vom **23.7.1997**⁴⁶³ stellte der OGH fest, dass der Vertretungsakt auch ohne arglistiges Zusammenwirken ungültig ist, wenn der Dritte den bewussten Missbrauch, also das pflichtwidrige Handeln des Vertreters zum Nachteil des Vertretenen kannte oder ihm der Missbrauch nur aus grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ JBl 1997, 111.

⁴⁶⁰ OGH 4 Ob 2298/96m ÖBA 1997, 377 (*Iro*).

⁴⁶¹ ÖBA 1997, 378.

⁴⁶² ÖBA 1997, 378.

⁴⁶³ OGH 7 Ob 108/97a RdW 1997, 655.

⁴⁶⁴ RdW 1997, 656.

In der Entscheidung vom **16.5.2000**⁴⁶⁵ beschäftigte sich der OGH mit der Frage, ob auch andere Rechtshandlungen als Rechtsgeschäfte wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam sein können.

Konkret war folgender Sachverhalt zu lösen: Eine Bauträgergesellschaft kauft eine Liegenschaft, um darauf Reihenhäuser zu errichten. Für den dafür notwendigen Kredit werden der Bank durch den beiderseitigen Treuhänder B Höchstbetragshypotheken eingeräumt. Um ein Wohnbauförderungsdarlehen des Landes Niederösterreich im ersten Rang sicherzustellen, erklärt sich die Bank mit einer vorläufigen Löschung der Hypotheken bereit, wobei B beauftragt wird, die Hypotheken gleich im Rang danach wieder einzuverleiben. Daraufhin wird zu Gunsten eines Käufers gem § 24a WEG die Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts bücherlich angemerkt, ohne dass die Hypotheken vorrangig eingetragen sind. Durchgeführt wird dies durch B, der nun auch Vertreter des Käufers ist. Zwischen der Bank und der Bauträgergesellschaft wird in Folge eine neue Pfandurkunde errichtet, die auf der Liegenschaft einverleibt werden soll. Da aber die Anmerkung gem § 24a WEG im Rang davor steht, wird die Höchstbetragshypothek im Rang danach eingetragen. Zwischen dem Käufer und der Bauträgergesellschaft ist vertraglich vereinbart, dass die Kaufpreiskraten nach Baufortschritt fällig werden sollen. Der Bank und dem Treuhänder B ist bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt, dass der Käufer auf Grund von nicht behobenen Mängeln an dem erworbenen Reihnhaus einen Teil des Kaufpreises einbehält. Die Bank will aber eine Sachhaftung des noch nicht verbücherten (sondern nur angemerkten) Käufers zumindest in der Höhe dieses noch aushaftenden Betrags erreichen. Dafür wird nun folgendermaßen vorgegangen: B verleibt das Eigentumsrecht des Käufers nicht in dem Rang der Anmerkung – also im Rang vor den Hypotheken der Bank – ein, sondern nimmt eine Löschung der § 24a WEG-Anmerkung vor, um im Rang nach der Bank das Wohnungseigentum einzuverleiben. In der Folge erfüllt die Bauträgergesellschaft weder ihre Verpflichtungen dem Käufer gegenüber, noch ihre Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag mit der Bank. Die Bauträgergesellschaft geht in Konkurs. Die Bank begehrt den Restkaufpreis vom Käufer mit der Pfandrechtsklage.

Der OGH führt dazu aus, dass sich der Käufer jedenfalls nicht mit den in § 24a Abs 3 WEG iVm § 57 Abs 1 GBG normierten Möglichkeiten gegen die Inanspruchnahme der

⁴⁶⁵ OGH 5 Ob 164/99z ÖBA 2001, 242 (Bollenberger).

Sachhaftung zur Wehr setzen kann, weil sein Eigentumsrecht nicht im Rang der Anmerkung, sondern erst im Rang nach dem bürgerlichen Pfandrecht einverleibt wurde. Allerdings sei die Verschiebung der Ränge durch B unter Missbrauch seiner Vertretungsmacht geschehen und ein Mitwirken daran von Seiten der Bank hinreichend indiziert.⁴⁶⁶ Die Bank hatte Kenntnis davon, dass sich die Sachhaftung des Käufers nur unter Verletzung seiner bürgerlichen Rechte verwirklichen lassen werde und hat B gegenüber die Durchführung dieser Sachhaftung dennoch angeordnet. Damit liegt auf Seiten der Bank zumindest grobe Fahrlässigkeit vor.

Zur Problematik, dass es sich bei Grundbuchshandlungen nicht um Rechtsgeschäfte handelt, erläutert der OGH: „Wenn auch die Begründung eines vorrangigen Pfandrechts unter missbräuchlicher Verwendung von Vollmachten kein infolge Kollusion unwirksames Rechtsgeschäft ist, kommen doch die zum Nachteil der Beklagten in ihrem Namen unter Missbrauch der Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtshandlungen in ihren Auswirkungen (...) einem solchen gleich. Es ist daher sachgerecht, auch Rechtshandlungen, im besonderen Grundbuchshandlungen, ihre Wirksamkeit zumindest inter partes abzusprechen, wenn der Vertreter in Missbrauch von Vertretungsmacht handelt und dem Dritten grobe Fahrlässigkeit anzulasten ist.“⁴⁶⁷

Die Entscheidung des OGH vom **27.9.2001**⁴⁶⁸ beschäftigt sich nur am Rande mit dem Problem des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Ausgangslage ist folgender Sachverhalt: Zwei Vorstandsmitglieder einer Bank AG bitten eine andere Bank, ihnen bei der Umgehung der Bestimmungen des KWG über Großveranlagungen behilflich zu sein. Der OGH führt aus, dass das Geschäft jedenfalls nicht wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht nichtig ist, weil die Vorstandsmitglieder der Bank nicht in Schädigungsabsicht, sondern nur in Kontroll-umgehungsabsicht gehandelt haben. Grundsätzlich erklärt der OGH, dass nur bei Schädigungsabsicht des Vertreters die subjektive Seite des Dritten beachtlich ist.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ ÖBA 2001, 243.

⁴⁶⁷ ÖBA 2001, 243; zur grundsätzlichen Problematik einer „zumindest inter partes“ unwirksamen Eintragung im Grundbuch für den Fall, dass Dritte auf diese Eintragung vertrauen, vgl die Anmerkung von *Bollenberger*, ÖBA 2001, 243.

⁴⁶⁸ OGH 6 Ob 287/00z SZ 74/167.

⁴⁶⁹ SZ 74/167.

Am **28.5.2003** entschied der OGH,⁴⁷⁰ dass eine außerordentliche Revision in folgendem Fall nicht zulässig ist: Zur Besicherung einer Kreditforderung gegen den Sohn einer Liegenschaftsbesitzerin bestellt dieser Sohn unter Verwendung einer Generalvollmacht Pfandrechte an der Liegenschaft seiner Mutter. Der Sohn setzt den Angestellten der Bank davon in Kenntnis, dass er zwar eine Vollmacht besitze, die Mutter jedoch nichts von der Verpfändung erfahren dürfe. Der Bankangestellte stimmt zu und nimmt die Begehung der Liegenschaft unter Abwesenheit der Mutter vor. Die Mutter wird von der Bank über die Verpfändung nicht informiert.

Das Erstgericht weist die Hypothekarklage gegen die Mutter ab, das Berufungsgericht bestätigt die Entscheidung. Der OGH erklärt, die Rechtsprechung zum Missbrauch der Vertretungsmacht sei ausreichend klar. Kollusion liege dann vor, wenn der Vertreter und der Dritte absichtlich zusammengewirkt hätten, um den Vertretenen zu schädigen. Diesem Sachverhalt sei gleich zu halten, wenn der Vertreter mit Wissen des Dritten bewusst zum Nachteil des Vertretenen gehandelt habe oder der Missbrauch sich dem Dritten geradezu habe aufdrängen müssen. Bei besonderen Umständen, die den Verdacht eines Missbrauchs der Vertretungsmacht nahe legten, habe der Dritte eine Erkundigungspflicht. Für die Unwirksamkeit des Geschäfts mit dem Dritten genüge demnach dessen grob fahrlässige Unkenntnis vom Missbrauch der Vertretungsmacht.⁴⁷¹ Die Schädigungsabsicht liege schon in der Sicherheitenbestellung ohne Gegenleistung selbst.

Hier ist der OGH mit dem Begriff der Schädigungsabsicht deutlich großzügiger als beispielsweise in der Entscheidung 1 Ob 576/85.⁴⁷² In dieser Entscheidung erklärt der OGH, dass Schädigungsabsicht bei Sicherheitenbestellung für fremde Verbindlichkeiten nur dann anzunehmen sei, wenn etwa mangels ausreichendem Einkommen des Schuldners gar nicht damit gerechnet würde, dass die Verbindlichkeiten vom Hauptschuldner pünktlich getilgt werden.

⁴⁷⁰ 3 Ob 117/03g NZ 2003, 84.

⁴⁷¹ NZ 2003, 84.

⁴⁷² SZ 58/123 = JBl 1986, 377 = GesRZ 1985, 198.

Wieder mit dem Thema der Einlagenrückgewähr hat es der OGH in der Entscheidung vom **1.12.2005** zu tun.⁴⁷³ Wieder geht es um die Bestellung gesellschaftlicher Sicherheiten für das Darlehen eines Gesellschafters. Der OGH verneint im konkreten Fall das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 82 GmbHG. Obiter dictum bekräftigt er aber, dass eine Erkundigungspflicht der Bank nur dann angenommen werden darf, wenn sich der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr aus den Umständen geradezu aufdrängt.⁴⁷⁴

4.4.1 Zusammenfassung der Judikatur

Der OGH hat die Problematik des Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht einheitlich gelöst. Da er auf die Sonderrolle von Formalvollmachten nur ausnahmsweise eingeht,⁴⁷⁵ sind auch die Entscheidungen über ABGB-Vollmachten einschlägig.

Auf Seiten des *Dritten* reichen die Lösungen des OGH vom strengen Kollusionsansatz, wonach ein vom Vertreter geschlossenes Geschäft nur bei arglistigem Zusammenwirken zwischen Vertreter und Dritten ungültig ist,⁴⁷⁶ über die Ungültigkeit bei Schädigungsabsicht des Vertreters und Wissen darüber beim Dritten⁴⁷⁷ bis hin zur so genannten Evidenz der Schädigungsabsicht beim Dritten (oder des grob fahrlässigen Nichtwissens).⁴⁷⁸ Evidenz wird dabei häufig damit umschrieben, dass den Dritten dann eine Prüfpflicht treffe, wenn besondere Umstände ihm den Verdacht eines bewussten Missbrauchs der Vertretungsmacht nahe legen.⁴⁷⁹ In manchen Entscheidungen wird nur Wissen-Müssen um die Schädigungsabsicht des Vertreters verlangt, ohne darauf einzugehen, ob es sich dabei um grobe Fahrlässigkeit handelt oder nicht.⁴⁸⁰ Die Tendenz geht eher in die Richtung, dass bereits fahrlässiges Nichtwissen des Dritten von der Schädigungsabsicht das Geschäft nichtig machen soll, wobei auch in jüngerer

⁴⁷³ 6 Ob 271/05d SZ 2005/178.

⁴⁷⁴ SZ 2005/178.

⁴⁷⁵ So etwa in OGH 6 Ob 127 EvBl 1958/276.

⁴⁷⁶ So in 6 Ob 127/58; 1 Ob 243/71; 6 Ob 693/86; 4 Ob 2298/96m; 3 Ob 565, 566/87.

⁴⁷⁷ So in 8 Ob 505/78; 6 Ob 693/89.

⁴⁷⁸ So in 1 Ob 617/79; 1 Ob 576/85; 3 Ob 508/91; 6 Ob 1731/95; / 7 Ob 108/97a; 3 Ob 117/03g.

⁴⁷⁹ So etwa in 6 Ob 173/95.

⁴⁸⁰ So etwa in 1 Ob 846/47; 4 Ob 45/56; 4 Ob 24/56; 4 Ob 49/56; 1 Ob 617/79; 5 Ob 164/99z.

Zeit Entscheidungen vorkommen, die zu dem strengen Kollusionsansatz der frühen Jahre⁴⁸¹ zurückkehren.⁴⁸²

Auf Seiten des *Vertreters* ist der OGH allerdings durchgängig streng. Es gibt keine einzige Entscheidung zu diesem Thema, in der von der Voraussetzung der Schädigungsabsicht⁴⁸³ auf Seiten des Vertreters für die Nichtigkeit des Geschäfts abgesehen worden wäre. Allerdings werden an das Vorliegen der Schädigungsabsicht unterschiedlich strenge Maßstäbe gelegt.⁴⁸⁴ Bloße Pflichtwidrigkeit auf Seiten des Vertreters – ob wissentlich oder unwissentlich – reicht aber keinesfalls, was der OGH auch mehrfach explizit feststellt.⁴⁸⁵

Der Absicht, den Vertretenen zu schädigen, ist es gleich zu halten, wenn der Vertreter beabsichtigt, jemanden zu schädigen, auf dessen Interessen der Vertretene durch die Bindung seines Vertreters offenbar Bedacht nehmen wollte.⁴⁸⁶ Liegt auf Seiten des Vertreters keine Schädigungsabsicht vor, so sind subjektive Voraussetzungen auf Seiten des Dritten nicht mehr zu prüfen. Es schadet also nicht, wenn der Dritte von der Überschreitung der Innenbefugnisse positiv Kenntnis hatte.⁴⁸⁷

Eine Sonderstellung nehmen die OGH-Entscheidungen zum Missbrauch der Vertretungsmacht bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ein.⁴⁸⁸ In diesen Fällen braucht es auf Seiten des Vertreters nur das verbotswidrige Handeln und auf Seiten des Dritten nur Kenntnis oder zumindest grob fahrlässige Unkenntnis bezüglich des Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.

⁴⁸¹ Wenn man von den politisch motivierten „Staatsvertragsentscheidungen“ der 50er Jahre absieht (vgl. oben 4.4)

⁴⁸² Vgl. etwa 4 Ob 2298/96m.

⁴⁸³ Der OGH nennt es oft: wissentliches Handeln zum Nachteil des Vertretenen; vgl. etwa 6 Ob 1731/95.

⁴⁸⁴ Vgl. 1 Ob 576/85 vs 3 Ob 117/03g.

⁴⁸⁵ So etwa in 6 Ob 127/58; 1 Ob 243/71; 8 Ob 505/78; 1 Ob 576/85; 6 Ob 693/89; 2 Ob 598/94; 3 Ob 1043/956; Ob 1731/95; 6 Ob 287/00z.

⁴⁸⁶ 3 Ob 565, 566/87.

⁴⁸⁷ 6 Ob 127/58; 1 Ob 243/71; 8 Ob 505/78; 1 Ob 576/85; 2 Ob 598/94; 6 Ob 287/00z.

⁴⁸⁸ 4 Ob 2078/96h; 6 Ob 271/05d.

Auch andere rechtliche Handlungen als Rechtsgeschäfte – etwa die Vornahme von Grundbucheintragungen – können laut OGH wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht ungültig sein.⁴⁸⁹

Als dogmatische Grundlage für die Ungültigkeit von Rechtsgeschäften wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht wird in der absoluten Mehrzahl der Fälle Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB genannt,⁴⁹⁰ in zwei Entscheidungen auch § 1295 Abs 2 ABGB⁴⁹¹ und in einer Entscheidung eine vertretungsrechtliche Lösung erwogen.⁴⁹²

4.5 Lösungen in der Lehre⁴⁹³

Die möglichen von der Lehre für dieses Problem entwickelten Lösungen reichen vom Kollusionsansatz über Mischformen bis zur Ungültigkeit des Geschäfts bei objektiver Pflichtwidrigkeit des Vertreters und Wissen-Müssen des Dritten.

4.5.1 Der Kollusionsansatz

Unter diesem Ansatz sollen hier jene Meinungen zusammengefasst werden, nach denen für die Ungültigkeit des Geschäfts jedenfalls

auf Seiten des Vertreters

- objektive Pflichtwidrigkeit **und**
- Schädigungsabsicht,

auf Seiten des Dritten entweder

- „qualifizierte Teilnahme“ an der Schädigung des Vertretenen **oder**
- Wissen von der objektiven Pflichtwidrigkeit und der Schädigungsabsicht des Vertreters **oder**

⁴⁸⁹ 5 Ob 164/99z.

⁴⁹⁰ 1 Ob 846/47; 4 Ob 24/56; 4 Ob 49/56; 8 Ob 505/78; 3 Ob 565, 566/87 (wobei in dieser Entscheidung § 1295 Abs 2 ABGB auch als mögliche Grundlage genannt wird).

⁴⁹¹ 6 Ob 127/58; 3 Ob 565, 566/87.

⁴⁹² 4 Ob 544/90.

⁴⁹³ Soweit Lehrmeinungen aus der Zeit vor 2007 wiedergegeben werden, wird die Bezeichnung HGB beibehalten. Die zitierten Paragraphen entsprechen jenen des UGB.

- Wissen von der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters und Wissen-Müssen von der Schädigungsabsicht des Vertreters vorliegen müssen.

Pisko: *Pisko* äußert sich in seinem Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts⁴⁹⁴ zu der Frage, wann ein Geschäft eines Prokuristen ausnahmsweise ungültig sein soll, obwohl er im Rahmen seiner gesetzlichen Vollmacht gehandelt hat. Nach *Pisko* gelten Beschränkungen der Prokura dem Dritten gegenüber – anders als nach vielen ausländischen Gesetzen – selbst dann nicht, wenn er sie gekannt hat.⁴⁹⁵ Nur dann, wenn der Prokurist ein Verbot des Prinzipals, in der Absicht, diesen zu schädigen, übertreten hat, soll sich der Prinzipal gegen den Dritten, dem diese Absicht bekannt war, wenden können.⁴⁹⁶ Als dogmatische Grundlage nennt *Pisko* § 1295 Abs 2 ABGB, auf den sich der Prinzipal gegen den Dritten, der Erfüllung verlangt, berufen könne.⁴⁹⁷

Pisko verlangt also neben der objektiven Überschreitung der internen Beschränkung und dem Wissen des Dritten von dieser Überschreitung die Schädigungsabsicht des Vertreters und das Wissen des Dritten um diese Schädigungsabsicht.

Kretz: *Kretz* äußert sich in seiner Kommentierung zu Art 43 ADHGB⁴⁹⁸ – also jener Bestimmung über die Unbeschränkbarkeit der Prokura, die dem heutigen § 50 Abs 1 und Abs 2 UGB entspricht – zur Problematik des Missbrauchs der Vertretungsmacht. *Kretz* betont, dass die Unbeschränkbarkeit der Prokura als Prinzip ausgestaltet ist⁴⁹⁹ und dass dieses Prinzip „keine Ausnahmen leidet“.⁵⁰⁰ In § 1 stellt *Kretz* klar, die Vollmacht sei abstrakt, indem er darauf hinweist, dass über das innere Verhältnis zwischen Prinzipal und Prokuristen der Auftrag allein entscheidend ist, dass eine Überschreitung der Befugnisse aus dem Auftrag den Prokuristen seinem Chef gegenüber verantwortlich macht und dass das Geschäft trotz Überschreitung gültig bleibt. Weder der Geschäftsherr noch der Dritte können sich auf die Überschreitung berufen.⁵⁰¹ Auch die Kenntnis des Dritten von der vorhandenen Beschränkung macht diese Beschränkung

⁴⁹⁴ Oskar Pisko, Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechtes (1923).

⁴⁹⁵ *Pisko*, Handelsrecht 114.

⁴⁹⁶ *Pisko*, Handelsrecht 114.

⁴⁹⁷ *Pisko*, Handelsrecht 114.

⁴⁹⁸ *Kretz* in Staub, ADHGB³ 322ff.

⁴⁹⁹ *Kretz* in Staub, ADHGB³ Art 43 § 1.

⁵⁰⁰ *Kretz* in Staub, ADHGB³ Art 43 § 3.

⁵⁰¹ *Kretz* in Staub, ADHGB³ Art 43 § 1.

laut *Kretz* nicht wirksam, es sei denn, es läge Kollusion vor.⁵⁰² Diese Kollusion liegt aber nicht schon darin, dass der Dritte trotz Kenntnis der Beschränkungsüberschreitung kontrahiert, sondern sei erst dann vorhanden, wenn der Prokurist seine nach außen unbeschränkte Legitimation missbraucht, um „(...) absichtlich zum Nachteile des Prinzipals zu handeln, und der Dritte bei der Verwirklichung dieser Absicht wissentlich mitwirkt.“⁵⁰³ Als dogmatische Grundlage für die mögliche Unwirksamkeit nennt *Kretz* § 1295 Abs 2 ABGB.⁵⁰⁴

Kretz verlangt also auf Seiten des Vertreters Überschreiten der Beschränkung und Schädigungsabsicht und auf Seiten des Dritten Wissen vom Überschreiten der Beschränkung und von der Schädigungsabsicht.

Ehrenzweig: *Ehrenzweig* äußert sich in seinem „System“⁵⁰⁵ schon zur Frage, ob die Mitteilung der „geheimen Vollmacht“ des § 1017 ABGB dazu führt, dass sich der Dritte nicht mehr auf den Umfang der „offenen Vollmacht“ berufen könne, in dem Sinn, dass dem Dritten nur „listiges Einverständnis“ schade. Nur „(...) wer den Vertreter zu treulosem Mißbrauche der Vertretungsmacht verleitet hat, darf sich auf die offene Vollmacht nicht berufen.“⁵⁰⁶

Ehrenzweig verlangt also – nicht nur bei den Formalvollmachten – auf Seiten des Vertreters Überschreitung der Innenbefugnisse und Schädigungsabsicht (arg: „listiges Einverständnis“) und auf Seiten des Dritten eine qualifizierte Beteiligung daran in Form einer Verleitung zum Missbrauch.

Stanzl: *Stanzl* führt im Klang-Kommentar⁵⁰⁷ ganz allgemein⁵⁰⁸ zum Missbrauch der Vertretungsmacht aus, dass es sich dabei um die Frage handelt, wann – bei Schädigungsabsicht des Vertreters⁵⁰⁹ – das Verhalten des Dritten den guten Sitten nicht

⁵⁰² *Kretz* in Staub, ADHGB³ Art 43 § 2.

⁵⁰³ *Kretz* in Staub, ADHGB³ Art 43 § 2.

⁵⁰⁴ *Kretz* in Staub, ADHGB³ Art 43 § 2.

⁵⁰⁵ *Ehrenzweig*, System des österreichischen Privatrechts² (1951).

⁵⁰⁶ *Ehrenzweig*, System² § 110 273.

⁵⁰⁷ *Heinrich Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Band, 1. Halbband §§ 859-1044 (1968) § 1017.

⁵⁰⁸ Ohne die Bezugnahme speziell auf Formalvollmachten.

⁵⁰⁹ *Gustav Stanzl* in Klang IV/I, § 1016, 857.

mehr entspricht, was durch eine Interessensabwägung zu ermitteln sei.⁵¹⁰ Abzuwägen seien einerseits das Interesse des Vertretenen, nicht durch einen ungetreuen Vertreter Schaden zu erleiden, und andererseits das Interesse des Dritten, nicht durch die Ungültigkeit des Geschäfts Schaden zu erleiden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass dem Vertretenen, da er sich den Machthaber ja aussuchen konnte, weitgehend die aus der Vertretung fließende Gefahr angelastet werden müsse.⁵¹¹ Außerdem könne es nicht Sache des Geschäftspartners sein, in die Verhältnisse zwischen Vertreter und Vertretenem einzudringen, und zwar weder was die „Richtigkeit“ der Handlung des Vertreters, noch was die Interessen des Vertretenen betrifft.⁵¹² Darüber hinaus sprechen laut *Stanzl* wichtige Gründe der Verkehrssicherheit überhaupt dagegen, das Geschäft wegen Unstimmigkeiten zwischen Vertreter und Vertretenem in Zweifel zu ziehen. Der Autor resümiert: „Alles in allem sind die Gewichte deutlich zu Ungunsten des Vertretenen verteilt. Nur in krassen Fällen wird sittenwidriger das Ausführungsgeschäft ungültig machender Mißbrauch der Vertretungsmacht anzunehmen sein. Selbst dann, wenn der Dritte weiß, daß die Ermächtigung des Vertreters beschränkt ist, wird er im gewöhnlichen Geschäftsverkehr deswegen allein noch keinen Grund zur Annahme haben, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbrauche, sondern sich dabei beruhigen können, daß sich der Vertreter aus anderen Gründen, etwa solchen der geschäftlichen Zweckmäßigkeit, die der Dritte nicht zu untersuchen braucht, über die Beschränkung im Innenverhältnis hinwegsetze.“⁵¹³

Im Ergebnis verlangt *Stanzl* also auf Seiten des Vertreters nicht nur ermächtigungsüberschreitendes Handeln, sondern solches zum Nachteil des Geschäftsherrn, und auf Seiten des Dritten Kenntnis der Überschreitung und der Schädigungsabsicht (oder zumindest des Handelns zum Nachteil des Geschäftsherrn).

Hämmerle/Wünsch: *Hämmerle* und *Wünsch* schreiben in Band I ihres Lehrbuchs Handelsrecht⁵¹⁴ über die Unbeschränkbarkeit der Prokura. Die Prokura ist für sie eine streng abgegrenzte abstrakte Vollmacht, bei der die Unabhängigkeit vom

⁵¹⁰ *Stanzl* in Klang IV/1, § 1016, 858.

⁵¹¹ *Stanzl* in Klang IV/1, § 1916, 858.

⁵¹² *Stanzl* in Klang IV/1, § 1916, 858.

⁵¹³ *Stanzl* in Klang IV/1, § 1916, 858.

⁵¹⁴ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ (1990).

Grundverhältnis ihre schärfste Ausprägung erfahren hat.⁵¹⁵ Der Prokurist habe sich selbstverständlich an Weisungen des Geschäftsherrn zu halten und mache sich bei Zuwiderhandeln schadenersatzpflichtig.⁵¹⁶ Auch die vom Prokuristen unter Überschreitung seiner Befugnisse abgeschlossenen Geschäfte sind laut *Hämmerle/Wünsch* dem Dritten gegenüber rechtswirksam, selbst wenn Letzterer Kenntnis von der Beschränkung hatte.⁵¹⁷ Erst in einem unerlaubten Zusammenwirken des Prokuristen mit dem Geschäftsgegner zum Nachteil des Geschäftsinhabers liege die bedeutsame Ausnahme der Kollusion. Eine solche Kollusion sei aber nicht schon bei Kenntnis des Dritten von der Beschränkung anzunehmen, sondern erst dann, wenn der Prokurist seine nach außen unbeschränkbare Vertretungsmacht absichtlich zur Schädigung des Geschäftsinhabers missbraucht habe und der Dritte dabei wissentlich mitgewirkt hat.⁵¹⁸ *Hämmerle/Wünsch* verwenden hier eine gleichlautende Formulierung wie *Kretz* in Stauds Kommentar des ADHGB. Die Autoren gehen in einem weiteren Absatz auf jene Lehrmeinung ein, nach welcher es für die Ungültigkeit des Geschäfts ausreichen soll, wenn der Dritte von der Überschreitung und der Schädigungsabsicht des Prokuristen fahrlässig keine Kenntnis hatte.⁵¹⁹ Diese Ansicht wird von den Autoren mit dem Hinweis nicht geteilt, dass § 50 HGB der Sicherheit des Verkehrs diene, den Vertragsgegner schützen und ihn jeder Nachforschungsnotwendigkeit über die internen Beschränkungen oder Motive des Prokuristen entheben solle. Das Missbrauchsrisiko müsse der Geschäftsherr allein tragen.⁵²⁰ Es scheine daher nicht zulässig, den Einwand der Arglist auch auf den Fall auszudehnen, dass der Dritte in Folge Fahrlässigkeit das arglistige Verhalten nicht erkannt habe, denn der hier den Dritten treffende Vorwurf sei nicht jener der Arglist, sondern jener der Fahrlässigkeit.⁵²¹ Der Fall allerdings, in dem sich der Dritte in arglistiger Weise der Kenntnisnahme der Schädigungsabsicht des Prokuristen entzogen habe, könne dem Fall der Kollusion gleichgehalten werden. Da den Dritten keine Nachforschungspflichten treffen, komme auch eine Haftung aus culpa in contrahendo nicht in Frage.⁵²²

⁵¹⁵ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 325.

⁵¹⁶ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 332f.

⁵¹⁷ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 333.

⁵¹⁸ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 333.

⁵¹⁹ Sie zitieren hier *Frotz*, Verkehrsschutz und Vertretungsrecht 602ff.

⁵²⁰ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 333.

⁵²¹ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 333.

⁵²² *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 333.

Hämmerle/Wünsch grenzen sich also davon ab, dass Wissen-Müssen des Dritten von Überschreitung und Schädigungsabsicht beim Vertreter ausreicht, um das Geschäft scheitern zu lassen. Die Lehrmeinung, wonach beim Vertreter selbst keine Schädigungsabsicht vorliegen muss, sondern objektive Pflichtwidrigkeit genügt, behandeln die Autoren nicht. Und zwar weder den Fall, dass der Dritte von dieser objektiven Pflichtwidrigkeit weiß, noch dass er davon wissen hätte müssen.

Da die Autoren den Einwand der Arglist nennen, ist davon auszugehen, dass sie als dogmatische Grundlage, auf welche die Ungültigkeit des kollusiven Geschäfts gestützt werden soll, jene der Sittenwidrigkeit, also § 879 Abs 1 ABGB, ansehen.

Anders wird die Frage des Missbrauchs der Vertretungsmacht von denselben Autoren in Band II ihres Handelsrechts⁵²³ zum Gesellschafter der OHG gelöst. Hier wird für die Ungültigkeit des Vertretungsgeschäfts auf Seiten des Vertreters zwar auch Schädigungsabsicht verlangt,⁵²⁴ dem Dritten soll aber schon fahrlässige Unkenntnis dieser Schädigungsabsicht schaden, wobei die Anforderungen an die Sorgfalt des Dritten nicht überspannt werden dürfen.⁵²⁵ Eine Prüfpflicht in Richtung Schädigungsabsicht des Vertreters soll den Dritten nur dann treffen, wenn besondere Umstände den bewussten Missbrauch der Vertretungsmacht nahe legen.⁵²⁶ Die Kenntnis von der reinen Überschreitung der Innenbefugnisse schadet dem Dritten nach den Autoren also keinesfalls.

Holzhammer: Holzhammer verlangt in der achten Auflage seines Lehrbuchs⁵²⁷ arglistiges Zusammenwirken zum Nachteil des Geschäftsherrn des Dritten mit dem Vertreter. Er lässt also nur Kollusion gelten, wenn er ausführt, dass die dem Prokuristen vertraglich auferlegten Beschränkungen oder erteilten Weisungen nur im Innenverhältnis zwischen Prokuristen und Geschäftsinhaber wirksam sind, was selbst dann gelten soll, wenn der Dritte die Beschränkungen oder Weisungen kennt.⁵²⁸

⁵²³ *Heinrich Hämmerle/Horst Wünsch*, Handelsrecht II⁴ Personengesellschaften (1993).

⁵²⁴ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 199.

⁵²⁵ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 199.

⁵²⁶ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 199.

⁵²⁷ *Richard Holzhammer*, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht⁸ (1998).

⁵²⁸ *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 74.

Kastner/Doralt/Nowotny: Im Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵²⁹ vertreten die Autoren die Ansicht, dass ein von der Vollmacht umfasstes Geschäft nur dann nicht gelten soll, wenn der Vertreter bewusst zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat und dem Dritten diese Tatsache bewusst oder die *Benachteiligung* für den Dritten offenkundig war.⁵³⁰ Unzureichend sei es jedoch, „(...) daß der Dritte bloß Kenntnis von der Nichtbeachtung innergesellschaftlicher Beschränkungen hatte.“⁵³¹

Jabornegg: In seiner Kommentierung des § 126 HGB äußert sich *Jabornegg* auch zur Frage des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Zunächst stimmt *Jabornegg* den Ausführungen Strassers zu, dass der Begriff „Vollmachtsmissbrauch“ nicht auf jedes pflichtwidrige Verhalten des Vertreters passt (vgl zu *Strassers* Ausführungen über die Terminologie unten 4.1).⁵³² Dann stellt *Jabornegg* fest, dass nach Sinn und Zweck des § 126 Abs 2 HGB selbst die volle Kenntnis des Dritten von einer schlichten Überschreitung interner Bindungen durch den oder die Vertretungsbefugten die Gültigkeit des Vertretungsakts in keiner Weise berührt.⁵³³ Vollmachtsmissbrauch sei erst gegeben, wenn der Vertreter durch Missachtung interner Bindungen der Gesellschaft vorsätzlich einen Nachteil zufügt.⁵³⁴ Darüber hinaus müssen gewisse Zurechnungsgesichtspunkte beim Dritten vorliegen, um das Geschäft ausnahmsweise ungültig werden zu lassen.⁵³⁵

Zur Lösung der Frage, welche Zurechnungsgesichtspunkte dies sein könnten, greift *Jabornegg* auf die möglichen dogmatischen Grundlagen der Ungültigkeit zurück. Da der Vertretungsmissbrauch als solcher überhaupt nichts an der Vertretungsmacht selbst ändere, könne dogmatisch allein darauf abgestellt werden, ob das durch Vollmachtsmissbrauch zu Stande gekommene Geschäft sittenwidrig ist.⁵³⁶ Vom Maßstab der Sittenwidrigkeit aus gesehen, könne man sich aber mit bloßem Wissen-Müssen vom Vollmachtsmissbrauch – also von Überschreitung der Innenpflichten und

⁵²⁹ Kastner/Doralt/Nowotny, GesR⁵.

⁵³⁰ Kastner/Doralt/Nowotny, GesR⁵ 103.

⁵³¹ Kastner/Doralt/Nowotny, GesR⁵ 103.

⁵³² *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 11.

⁵³³ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 11.

⁵³⁴ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 11.

⁵³⁵ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 12.

⁵³⁶ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 13.

Schädigungsabsicht – nicht begnügen, auch nicht mit besonderer Evidenz.⁵³⁷ Für *Jabornegg* verliert die Bestimmung durch diese Interpretation auch nicht ihren Sinn, da der Zweck der Bestimmung nicht nur die Verhinderung von Nachforschungsobliegenheiten des Dritten bezüglich interner Beschränkungen des Vertreters sei, sondern auch darin liege, dass es dem Dritten möglich sein soll, sich aus den Interna der Gesellschaft „herauszuhalten“.

Jabornegg verlangt also über die Kenntnis des Vollmachtsmissbrauchs hinaus eine „regelrechte Teilnahme“ des Dritten an diesem.⁵³⁸ Für die Ungültigkeit des Geschäfts braucht es laut *Jabornegg* objektive Pflichtwidrigkeit und Schädigungsabsicht beim Vertreter (= „Vollmachtsmissbrauch“), Wissen darum (um den „Vollmachtsmissbrauch“) und „regelrechte Teilnahme“ daran durch den Dritten.

Strasser: *Strasser* hat sich an drei Stellen zum Vollmachtsmissbrauch geäußert, nämlich in seiner Kommentierung der §§ 71-74 des AktG⁵³⁹ in seiner Kommentierung des § 50 HGB⁵⁴⁰ und in seiner Kommentierung der §§ 1016, 1017 ABGB.⁵⁴¹

In seiner Kommentierung der §§ 71-74 AktG geht *Strasser* davon aus, dass sich Beschränkungen gem § 74 Abs 1 AktG – also Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands – per definitionem nur an diesen richten, weshalb sich die Rechtsfolge des § 74 Abs 2 (Unwirksamkeit gegenüber Dritten) von selbst verstehe.⁵⁴² Auch wenn durch Vertretungshandlungen des Vorstands interne Beschränkungen vorsätzlich verletzt werden, erzeugen diese Rechtshandlungen bei der Aktiengesellschaft grundsätzlich Rechtswirkungen.⁵⁴³ Dies müsse auch für den Fall gelten, dass der Dritte die Beschränkungen kannte oder kennen musste, es sei denn, es liege auf Seite des Vertreters vorsätzliche Verletzung der Beschränkung vor und das Wissen oder Wissen-Müssen des Dritten erstrecke sich auch darauf.⁵⁴⁴

⁵³⁷ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 13.

⁵³⁸ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 13.

⁵³⁹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 71-74.

⁵⁴⁰ *Strasser* in *Jabornegg*, HGB § 50.

⁵⁴¹ *Strasser* in *Rummel*³, §§ 1016, 1017.

⁵⁴² *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 70.

⁵⁴³ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 71-74 Rz 71.

⁵⁴⁴ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 71-74 Rz 72.

Strasser verlangt also auf Seiten des Vertreters vorsätzliche Verletzung der Beschränkung und Kennen oder Kennen-Müssen des Dritten bezogen auf Überschreitung der internen Schranken und vorsätzliche Verletzung derselben durch den Vertreter.

Auch wenn *Strasser* es nicht ausdrücklich schreibt, so ergibt sich doch aus den von ihm gewählten Beispielen, dass er nicht nur vorsätzliche Überschreitung der Beschränkungen beim Vertreter und Wissen (Wissen-Müssen) darum beim Dritten, sondern auch Schädigungsabsicht beim Vertreter und Wissen (Wissen-Müssen) darum beim Dritten voraussetzt. In *Strassers* Beispiel nämlich, dass ein Vorstand die Innenbeschränkungen wegen Gefahr in Verzug im Interesse der Gesellschaft übertritt (das wäre vorsätzliches Überschreiten der Innenbeschränkung) und der Dritte von diesem Motiv ausgeht, soll offensichtlich keine Unwirksamkeitsrechtsfolge ausgelöst werden.⁵⁴⁵ So merkt *Strasser* am Ende der Randziffer an, Unwirksamkeit könne also nur dann angenommen werden, wenn der Dritte die Beschränkung kannte und er an dem vorsätzlichen Zuwiderhandeln gegen die Innenbeschränkung zum Schaden der AG in sittenwidriger Weise teilnimmt.⁵⁴⁶

Strasser begründet seine Rechtsansicht damit, dass der Dritte gar nicht Adressat der Beschränkungen sei und dass der Dritte selbst bei Wissen um die Überschreitung des Innenverhältnisses von laueren Motiven des Vorstands ausgehen dürfe, da es ebenso wenig seine Sache ist, die Motive des pflichtwidrigen Handelns des Vorstands, wie das Vorliegen interner Beschränkungen, überhaupt zu ergründen. *Strasser* führt außerdem aus, dass es der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung bei Zugrundelegen der Rechtsansicht, Wissen des Dritten von der Überschreitung führe zur Unwirksamkeit des Geschäfts, in der Hand hätte, durch schlichte Mitteilung der Innenbeschränkung an in Betracht kommende Dritte die Vertretungsmacht des Vorstands, die kraft Gesetzes unbeschränkbar ist, faktisch äußerst wirkungsvoll zu beschränken.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Vgl. *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 71-74 Rz 72: „Der Dritte ist weder der Aufseher des Vorstandes noch Vollzugsorgan des AR oder der HV bei der Kontrolle der Vertretungstätigkeit des Vorstandes. Möglicherweise hat der Vorstand die Innenbeschränkung im wohlverstandenen Interesse der AG wegen Gefahr im Verzug vernachlässigt. Der Dritte kann und muss die Motive des Vorstandes für sein, die Verpflichtung gem § 74 Abs 1 verletzendes Verhalten nicht kennen.“

⁵⁴⁶ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 71-74 Rz 72.

⁵⁴⁷ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 71-74 Rz 72.

Dogmatisch sieht *Strasser* in der Unwirksamkeit des kollusiven Geschäfts einen Fall des § 879 Abs 1 ABGB. Die Beschränkung selbst entfaltet auch in diesem Fall keine Außenwirkung, das Vertreterhandeln bleibt aber wegen des qualifiziert dolosen Verhaltens beider Akteure ohne Rechtswirkungen.⁵⁴⁸

In der Kommentierung des § 50 HGB bekräftigt *Strasser* seine Rechtsansicht, die Gültigkeit des auf Grund der gegebenen Prokura geschlossenen Geschäfts werde durch interne Beschränkungen der Prokura grundsätzlich nicht berührt. Das soll auch dann gelten, wenn die Beschränkungen dem Dritten bekannt sind.⁵⁴⁹ Er verlangt für die Ungültigkeit den „Vollmachtsmissbrauch des Vertreters“⁵⁵⁰ und die „qualifizierte Teilnahme“ daran durch den Dritten.⁵⁵¹

Seine Verwendung des Begriffs „Vollmachtsmissbrauch“ weicht doppelt von der herrschenden Terminologie ab. Einerseits bezieht *Strasser* ihn nicht auf das gesamte Geschäft zwischen Vertreter und Dritten das unter den Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht ungültig sei, sondern nur auf das Handeln des Vertreters, da nur diesen Pflichten treffen, die er „missbrauchen“ könne. Das Handeln des Dritten ist für das Vorliegen eines Vollmachtsmissbrauchs nicht maßgeblich.⁵⁵² Andererseits begreift *Strasser* nicht schon das Überschreiten interner Beschränkungen alleine als „Vollmachtsmissbrauch“⁵⁵³, sondern erst das zusätzliche Vorliegen besonderer Umstände. Diese besonderen Umstände, welche eine Ermächtigungsüberschreitung zum Vollmachtsmissbrauch machen, sind materielle oder immaterielle Nachteile für den Geschäftsherrn (also Schadenszufügung) und Vorsatz des Vertreters bezüglich dieser Schadenszufügung. Liegt ein solcher Vollmachtsmissbrauch auf Seiten des Vertreters vor, so ist das Geschäft nach *Strasser* grundsätzlich gültig, es sei denn, der Dritte nimmt am Vollmachtsmissbrauch im obigen

⁵⁴⁸ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 71-74 Rz 72.

⁵⁴⁹ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 16.

⁵⁵⁰ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 15.

⁵⁵¹ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 16.

⁵⁵² *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 15.

⁵⁵³ *Strasser* bezeichnet dieses Handeln als „Ermächtigungsüberschreitung“; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 15.

Sinn teil.⁵⁵⁴ Dazu müssen Vertreter und Dritter vorsätzlich zwecks Schädigung des Geschäftsherrn beim Geschäftsabschluss zusammen wirken.⁵⁵⁵

Als dogmatische Grundlage für die Ungültigkeit des Geschäfts in diesem Fall kommt laut *Strasser* nur § 879 Abs 1 ABGB in Frage, da weder die Berufung auf Rechtsmissbrauch noch die Gewährung der exceptio doli des Geschäftsherrn gegen den auf Erfüllung beharrenden Dritten noch eine schlichte Interessensabwägung die entsprechenden dogmatischen Grundlagen liefern könne. Die Verwendung des Begriffs der Schutzwürdigkeit des Dritten sei eine Formel, die die Klärung der dogmatischen Grundlagen mehr verdunkelt als erhellt.⁵⁵⁶

Ungültigkeit ist aber nicht die einzige Rechtsfolge, die *Strasser* nennt. Wenn das Verhalten des Dritten als Anstiftung zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte zu qualifizieren sei, komme auch eine Haftung des Dritten aus der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte in Betracht. Wann es allerdings zu einer Ungültigkeit des Geschäfts und wann zu einer Haftung des Dritten – die bei Ungültigkeit ja mangels Schaden ausfällt – kommt, lässt *Strasser* offen. Denn wenn das Geschäft schon wegen qualifizierter Teilnahme des Dritten am Vollmachtsmissbrauch ungültig ist, ist für die weitere Prüfung, ob es sich bei der Teilnahme um eine Anstiftung gehandelt hat – und daher eine Haftung wegen Eingriffs in fremde Forderungsrechte entsteht – kaum noch Platz. Allenfalls kommt eine Haftung für darüber hinaus gehende Schäden in Betracht.

Auch in seiner Kommentierung der §§ 1016, 1017 ABGB beschäftigt sich *Strasser* mit dem Problem des Missbrauchs der Vertretungsmacht.⁵⁵⁷ Hier kommt *Strasser* für jene Vollmachten, die nicht Formalvollmachten sind, zu dem Schluss, dass von der dem Dritten bekannten Beschränkung durch Auslegung auch auf eine Beschränkung der Vertretungsmacht selbst geschlossen werden kann, was die „Vertretungshandlung“ naturgemäß ungültig werden lasse, da es sich dabei um vollmachtloses Verhalten handle.⁵⁵⁸ Kommt die Auslegung im Einzelfall nicht zu diesem Schluss – oder handelt es sich um eine Formalvollmacht –, so stellt die reine Kenntnis der Überschreitung des

⁵⁵⁴ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 16.

⁵⁵⁵ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 16.

⁵⁵⁶ *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 16.

⁵⁵⁷ *Strasser* in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23b.

⁵⁵⁸ *Strasser* in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23b.

Innenverhältnisses eine Teilnahme des Dritten an einer Ermächtigungsüberschreitung dar, die für sich noch keine Rechtsungültigkeit des Geschäfts rechtfertigt.⁵⁵⁹ *Strasser* verlangt auch in dieser Kommentierung das Vorliegen eines Vollmachtsmissbrauchs in dem von ihm definierten Sinne, dh objektive Überschreitung der Innenbefugnisse und Schädigungsabsicht. Zusätzlich verlangt *Strasser* hier auch noch das tatsächliche Vorliegen eines materiellen oder immateriellen Schadens beim Geschäftsherrn.⁵⁶⁰ Auf Seiten des Dritten müsse ein besonders qualifiziertes Teilnahmeverhalten vorliegen.⁵⁶¹ Auch hier nennt *Strasser* als mögliche dogmatische Grundlage § 879 Abs 1 ABGB und erteilt möglichen anderen dogmatischen Grundlagen eine Absage.⁵⁶²

Zusammengefasst verlangt *Strasser* auf Seiten des Vertreters jedenfalls Überschreitung der Beschränkung und Schädigungsabsicht und auf Seiten des Dritten Wissen von der Überschreitung und von der Schädigungsabsicht, wobei er in seiner Kommentierung des § 74 AktG offenbar auch Wissen-Müssen des Dritten von Überschreiten und Schädigungsabsicht ausreichen lässt,⁵⁶³ um an anderer Stelle wieder zu verlangen, dass der Dritte am „Vollmachtsmissbrauch“ des Vertreters in sittenwidriger Weise teilnimmt⁵⁶⁴ und diese Teilnahme sogar besonders qualifiziert sein muss.⁵⁶⁵

Krejci: *Krejci* beschäftigt sich mit dem Vollmachtsmissbrauch an mehreren Stellen. Es sind dies seine Kommentierung des § 879 ABGB in Rummel³, Gesellschaftsrecht I, Unternehmensrecht⁴ und GesRZ 1984, 146.

In der Kommentierung des § 879 ABGB geht *Krejci* von einer Ungültigkeit des Geschäfts dann aus, wenn Kollusion vorliegt. Diese ist laut *Krejci* dann gegeben, wenn ein Vertreter mit dem Vertragspartner des Vertretenen absichtlich zusammen wirkt, um den Vertretenen zu schädigen.⁵⁶⁶ Zur Ungültigkeit des Geschäfts soll es aber genügen, dass dem Dritten die Schädigungsabsicht des Vertreters erkennbar war, insbesondere wenn der Vertrag den Vertretenen ungewöhnlich belastet und ohne sachliche

⁵⁵⁹ *Strasser* in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23.

⁵⁶⁰ *Strasser* in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23.

⁵⁶¹ *Strasser* in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23.

⁵⁶² *Strasser* in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23.

⁵⁶³ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 72.

⁵⁶⁴ *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 72; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 16.

⁵⁶⁵ *Strasser* in Rummel³ §§ 1016, 1017 Rz 23.

⁵⁶⁶ *Krejci* in Rummel³, § 879 Rz 129.

Bedürfnisse geschlossen wurde.⁵⁶⁷ Das heißt, ein Geschäft ist auch dann wegen Sittenwidrigkeit ungültig, wenn der Vertreter absichtlich zum Schaden der Gesellschaft handelt und der Vertragspartner davon wusste.⁵⁶⁸ In der reinen Ermächtigungsüberschreitung liege jedenfalls keine Kollusion, unabhängig von Voraussetzungen beim Dritten.⁵⁶⁹

In seinem Unternehmensrecht⁵⁷⁰ schreibt *Krejci* für die Prokura, dass bei Wissen des Dritten von der Beschränkung der Prokura dies auf die Gültigkeit des diese Innenbindung missachtenden Geschäfts grundsätzlich keinen Einfluss habe. Dies sei nur in Fällen der Kollusion anders, diese setze aber die Absicht des Vertreters zur Schädigung des Vertretenen voraus.⁵⁷¹ Ob auf Seiten des Dritten Wissen oder Wissen-Müssen von der Schädigungsabsicht des Vertreters notwendig ist, lässt diese Stelle offen.

In Gesellschaftsrecht I⁵⁷² behandelt *Krejci* nur den Fall der Kollusion.⁵⁷³ Diese liege dann vor, wenn sowohl der Vertreter als auch der Dritte weiß, dass das geschlossene Geschäft dem Vertretenen Schaden zufügt, wobei *dolus eventualis* genügen soll.⁵⁷⁴ Beim Dritten referiert *Krejci* die „herrschende Meinung“, nach welcher bereits grob fahrlässiges Nichtwissen der Schädigungsabsicht beim Dritten genügen soll.⁵⁷⁵ Als dogmatische Grundlage nennt *Krejci* hier § 879 ABGB.

In all diesen Werken geht *Krejci* also davon aus, dass beim Vertreter für die Ungültigkeit jedenfalls neben der objektiven Überschreitung der Innenbeschränkung auch Schädigungsabsicht vorliegen muss. Das Wissen des Dritte allein von der Ermächtigungsüberschreitung, reicht jedenfalls nicht. Ob er bezüglich der Schädigungsabsicht des Vertreters Kenntnis haben muss oder ob fahrlässige Unkenntnis reicht, lässt er offen.

⁵⁶⁷ *Krejci* in Rummel³, § 879 Rz 129.

⁵⁶⁸ *Krejci* in Rummel³, § 879 Rz 130.

⁵⁶⁹ *Krejci* in Rummel³, § 879 Rz 130.

⁵⁷⁰ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴.

⁵⁷¹ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 240.

⁵⁷² *Krejci*, Gesellschaftsrecht I.

⁵⁷³ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 152f.

⁵⁷⁴ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 152.

⁵⁷⁵ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 153.

Ganz anders löst *Krejci* dieses Problem in seinem Artikel „Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer (I)“ in GesRZ 1984, 146. *Krejci* stellt hier fest, dass sich der Dritte nicht auf eine formal bestehende Vertretungsbefugnis seines Verhandlungspartners berufen könne, wenn ihm angesichts der konkreten Umstände des Falls die Diskrepanz zwischen Vollmacht und Auftrag bekannt oder evident sei.⁵⁷⁶ Die formale Vertretungsbefugnis solle in all jenen Fällen auf das Maß ihrer auftragsgemäßen Rechtfertigung reduziert werden, in denen dieses Maß dem Dritten bekannt ist oder so offensichtlich zu Tage tritt, dass es dem Dritten ohne Mühe erkennbar sei.⁵⁷⁷ In dieser Abhandlung befindet sich *Krejci* am anderen Ende des Spektrums der möglichen Lösungsansätze. Anders als in seinen drei anderen (historisch späteren) oben referierten Werken, verlangt er hier für die Ungültigkeit auf Seiten des Vertreters die reine objektive Überschreitung des Auftrags, ohne auf subjektive Tatbestandselemente abzustellen, insbesondere ohne Schädigungsabsicht zu verlangen. Auf Seiten des Dritten verlangt er Wissen von der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters oder grob fahrlässiges Nichtwissen davon.

4.5.2 Abstufungen

P. Bydlinski: *P. Bydlinski* widmet sich in seiner Abhandlung „Der sogenannte „Missbrauch“ unbeschränkbarer Vertretungsmacht“⁵⁷⁸ ausführlich dem Problem des Vollmachtsmissbrauchs bei Formalvollmachten. Auch er kritisiert den Begriff Vollmachtsmissbrauch⁵⁷⁹, aber anders als *Strasser*⁵⁸⁰ sieht er die Lösung nicht darin, diesen Begriff nur so zu verstehen, dass auf Seiten des Vertreters neben dem objektiv pflichtwidrigen Verhalten auch Schädigungsabsicht vorliegen muss, sondern bezeichnet diesen Begriff überhaupt als irreführend, da es nicht auf subjektive Elemente des Vertreters, sondern einzig und allein auf solche des Dritten ankommen könne.⁵⁸¹ Aus

⁵⁷⁶ *Krejci*, GesRZ 1984, 150.

⁵⁷⁷ *Krejci*, GesRZ 1984, 150.

⁵⁷⁸ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 19.

⁵⁷⁹ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 28f.

⁵⁸⁰ Vgl. *Strasser* in Rummel³ §§ 1016, 1017 Rz 23; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 15.

⁵⁸¹ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 27, 39f.

diesem Grund möchte *P. Bydlinski* auf den Begriff Vollmachtsmissbrauch überhaupt verzichten.⁵⁸²

P. Bydlinski nähert sich der Lösung über eine Auslegung der Bestimmung des § 50 HGB also über die Regelung der Prokura,⁵⁸³ und legt das Schwergewicht der Untersuchung auf die historisch-teleologische Interpretation. Durch Auswertung der Materialien kommt er zu dem Schluss, dass die Verfasser der Norm sehr wohl gewollt haben, dass die Unbeschränkbarkeit der Prokura auch in dem Fall gelten soll, in dem der Dritte vom instruktionswidrigen Verhalten des Vertreters positive Kenntnis hatte,⁵⁸⁴ um danach allerdings festzustellen „(...) eine wirkliche Begründung, warum auch derjenige geschützt werden soll, der die internen Schranken nachweislich kennt, enthalten die Gesetzesmaterialien nicht.“⁵⁸⁵

Gleichzeitig zitiert *P. Bydlinski* die Materialien, in denen Begründungen geboten werden. Es sind dies die Vermeidung von falschen Eiden bei Prokuristen,⁵⁸⁶ die Vermeidung von misslichen Beweisführungen sowie der Schutz des Rechtsverkehrs durch die Vermeidung von Verwirrungen bezüglich des Umfangs der Prokura.⁵⁸⁷ Er resümiert, dass der Zweck des § 50 Abs 2 HGB nur der Schutz des dritten Geschäftspartners sein kann.⁵⁸⁸ Bezüglich der zweifellos gewünschten Rechtsfolgen, die sich aus den historischen Materialien ergeben,⁵⁸⁹ stellt *P. Bydlinski* fest, dass „Einzelne Diskussionsäußerungen, die vor über 140 Jahren in Kommissionssitzungen zur Beratung des ADHGB gefallen sind, (...) nicht als präziser Wille des historischen Gesetzgebers angesehen werden“ sollen.⁵⁹⁰ *P. Bydlinski* kommt zu dem Schluss, dass

⁵⁸² *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 28f, der sich dabei interessanterweise auf *Strasser* beruft, der aber nicht auf den Begriff verzichten will, sondern im Ergebnis konträr zu *P. Bydlinski* diesen Begriff sehr eng verstanden wissen will. Vgl die von *Bydlinski* zitierte Stellen *Strasser* in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23; *Strasser* in Jabornegg, HGB § 50 Rz 15.

⁵⁸³ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 31ff.

⁵⁸⁴ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32f. Dies kann auch kaum geleugnet werden, wenn man bedenkt, dass die Formulierung als eine Änderung der Vorläufernorm beschlossen wurde, welche eine Ungültigkeit der Vertretungshandlung bei Kenntnis des Dritten vorsah. Vgl dazu oben 2.2.3.2.

⁵⁸⁵ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32.

⁵⁸⁶ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 33.

⁵⁸⁷ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32.

⁵⁸⁸ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32.

⁵⁸⁹ Die Ungültigkeit von Vertretungsakten trotz Kenntnis des Dritten von der objektiven Pflichtwidrigkeit.

⁵⁹⁰ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32.

der von ihm ermittelte Telos der Bestimmung die Wortwahl und den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht rechtfertigt.⁵⁹¹ Dieser Telos lautet gemäß *P. Bydlinski*:

1. Schutzgegenstand des § 50 Abs 2 HGB (und der verwandten Bestimmungen, vgl oben 3) kann nur der Dritte Geschäftspartner sein.
2. Dieser Schutz ist ein Vertrauensschutz.
3. Der Dritte benötigt aber keinen Vertrauensschutz wenn er gar nicht auf den Umfang der Vertretungsmacht vertraut, da er den wahren Umfang positiv kennt.⁵⁹²

Auf Seiten des Vertreters setzt *P. Bydlinski* nur objektive Pflichtwidrigkeit voraus, besondere Verwerflichkeit des Vertreterhandelns verlangt er nicht,⁵⁹³ weil die anzustellende Abwägung (und deren Ergebnis) bloß die Positionen von Vertretenen und Dritten beträfe.⁵⁹⁴

Im Anschluss nimmt *P. Bydlinski* eine systematische Auslegung des § 50 HGB vor. Seiner Ansicht nach ist die Bestimmung des § 54 Abs 3 HGB über den Vertrauensschutz bei der Handlungsvollmacht kein Argument, e contrario die dort angeordnete Rechtsunwirksamkeit bei Wissen oder Wissen-Müssen des Dritten nicht auf die Prokura anzuwenden, da der historische Gesetzgeber die Bestimmung der Handlungsvollmacht als Reaktion auf das enge Verständnis der Praxis bezüglich der Unbeschränkbarkeit der Prokura erlassen habe.⁵⁹⁵ Weiters sieht *P. Bydlinski* in der Möglichkeit der Normierung einer Gesamtprokura sowie in der gesetzlichen Beschränkung der Prokura in § 49 Abs 2 HGB Argumente für die Möglichkeit einer außenwirksamen Beschränkung der Prokura.⁵⁹⁶ Denn wenn bei Liegenschaftsveräußerungen schon der fahrlässige Dritte nicht geschützt sein soll, „(...) warum sollte (...)“ dann „(...) dem gegenüber derjenige günstiger behandelt werden, der

⁵⁹¹ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 33.

⁵⁹² *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 35.

⁵⁹³ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 39f.

⁵⁹⁴ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 27.

⁵⁹⁵ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32, 36f. Warum der historische Gesetzgeber auf das zu enge Verständnis der Unbeschränkbarkeit der Prokura nicht mit einer Klarstellung im Wege einer Legaldefinition des § 50 Abs 2 UGB reagiert hat, lässt *P. Bydlinski* allerdings offen.

⁵⁹⁶ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 37.

nachgewiesenermaßen Kenntnis von der Beschränkung, also einer Art „Teilentzug“ (für konkrete Geschäftsfälle), hatte?“⁵⁹⁷

Da *P. Bydlinski* erkennt, dass der von ihm ermittelte Telos weder mit dem Wortlaut noch mit der erklärten Absicht des historischen Gesetzgebers in Einklang steht, stellt er sich die Frage nach der Zulässigkeit der teleologischen Reduktion.⁵⁹⁸ Er bejaht die Zulässigkeit indem er feststellt, dass eine solche teleologische Reduktion nicht an der Grenze des § 6 ABGB scheitert, weil einerseits der vom historischen Gesetzgeber verfolgte „Verkehrsschutz“⁵⁹⁹ die von ihm getroffene Regelung „nicht trage“⁶⁰⁰, und andererseits durch die Regelung ganz wesentliche Prinzipien des Privatrechts verletzt würden. Die Rechtsordnung könne nicht tolerieren, dass der Dritte wissentlich die Interessen des Partners verletzt.⁶⁰¹ Als Beweis dafür führt *P. Bydlinski* an, dass die Rechtsordnung Derartiges auch in anderen Bereichen, wo es um abstrakte Rechtspositionen geht, nicht toleriert. Er nennt hier als Beispiel Art 17 WG, demnach die Abstraktheit des Wechsels dann durchbrochen wird, wenn der Wechselwerber „bewusst zum Nachteil des Schuldners“ gehandelt hat.⁶⁰² Dazu ist mE anzumerken, dass ein Dritter, der von der internen Beschränkung des Vertreters Kenntnis hat, nicht notwendigerweise „bewusst zum Nachteil“ des Vertreters handelt. Dies ist – Schädigungsabsicht auch des Vertreters unterstellt – hingegen nur in den ohnehin unumstrittenen Kollisionsfällen so.⁶⁰³ *P. Bydlinski* kommt zu dem Schluss, dass „(...) der Gesetzgeber diese zentralen Prinzipien – und damit wesentliche Gerechtigkeitsaspekte – bei der Formulierung der hier interessierenden Normen nicht

⁵⁹⁷ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 37; Dass im Fall der Liegenschaftsveräußerung keine Vertretungsmacht vorliegt und im Fall des Handelns innerhalb der Schranken des § 49 UGB eben schon sowie die Tatsache, dass der historische Gesetzgeber eben einen solchen „Teilentzug“ der Prokura verhindern wollte (vgl die ausdrückliche Regelung des § 50 Abs 3 UGB), stört *P. Bydlinski* hier nicht.

⁵⁹⁸ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 38.

⁵⁹⁹ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 38. Er verwendet hier den Begriff „Verkehrsschutz“, wie er auch in den historischen Dokumenten vorkommt, hat hingegen seine ganze Argumentation auf dem Begriff „Vertrauensschutz“ aufgebaut. *P. Bydlinski* geht also offensichtlich davon aus, dass der Begriff „Verkehrsschutz“ und der Begriff „Vertrauensschutz“ synonym sind.

⁶⁰⁰ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 38.

⁶⁰¹ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 38.

⁶⁰² *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 39.

⁶⁰³ Darüber hinaus erwähnt *P. Bydlinski* nicht, dass die Rechtsordnung sehr wohl Fälle kennt, in denen „abstraktes“ Können ohne „Dürfen“ zu – im Einzelfall unter Umständen nicht wünschenswerten – Rechtsfolgen führt, die aber nicht durch die Durchbrechung der Abstraktion, sondern gegebenenfalls über das Schadenersatzrecht gelöst werden. So erwirbt etwa ein Zweitkäufer, der ganz genau weiß, dass er gegen die Interessen eines Erstkäufers handelt, trotzdem Eigentum vom dinglich Berechtigten (vgl dazu unten 4.7.2.1.1).

beachtet hat.“⁶⁰⁴ und hält daher die teleologische Reduktion der entsprechenden Bestimmungen für nicht nur zulässig, sondern geboten.⁶⁰⁵

Im Ergebnis verlangt *P. Bydlinski* für die Ungültigkeit auf Seiten des Vertreters objektive Pflichtwidrigkeit (er muss nicht einmal etwas von der Überschreitung der Innenbeschränkungen wissen) und auf Seiten des Dritten Kenntnis von der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters.⁶⁰⁶ Durch die teleologische Reduktion kommt er auch auf eine rein vollmachtsrechtliche dogmatische Grundlage für die Ungültigkeit.⁶⁰⁷ In dem Bereich nämlich, in dem der Dritte Kenntnis von der internen Beschränkung hat, wird diese interne Beschränkung zu einer zulässigen Beschränkung der Vertretungsmacht. Es handelt sich daher dann um vollmachtsloses Handeln, dass zu keinem Vertragsabschluss führen kann.⁶⁰⁸

Wilhelm:⁶⁰⁹ Von der ABGB-Vollmacht ausgehend bestreitet *Wilhelm* die grundsätzliche Abstraktheit der Vollmacht.⁶¹⁰ Vollmacht und Auftrag seien zwei Seiten desselben Rechtsgeschäfts, wobei sich die Vollmacht zum Auftrag im Verhältnis der Akzessorietät verhält.⁶¹¹ Fällt der zu Grunde liegende Auftrag weg, so gilt das auch für die Vollmacht.⁶¹² Soweit der Geschäftsherr aber einen äußeren Tatbestand gesetzt hat, der den Dritten zum Vertrauen auf das Vorliegen einer Vollmacht veranlasst hat, gilt das für die Anscheinsvollmacht Entwickelte.⁶¹³ Der Dritte darf auf das Vorliegen oder den Umfang der entsprechenden Vollmacht vertrauen, sofern ihm nichts Gegenteiliges auffallen musste.⁶¹⁴ Dieser vom Geschäftsherrn gesetzte äußere Tatbestand kann auch im Erteilen einer Außenvollmacht liegen. Insofern ist auch die rechtsgeschäftlich dem Dritten gegenüber erklärte Außenvollmacht im das Innenverhältnis überschreitenden Umfang nicht wirkliche Vollmacht sondern nur Anscheinsvollmacht.⁶¹⁵ Gleichzeitig

⁶⁰⁴ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 39.

⁶⁰⁵ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 39.

⁶⁰⁶ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 44.

⁶⁰⁷ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 41f.

⁶⁰⁸ Wobei eine nachträgliche Genehmigung möglich bleibt; *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 42.

⁶⁰⁹ *Georg Wilhelm*, Der Vollmachtsmißbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449.

⁶¹⁰ *Wilhelm*, JBl 1985, 453.

⁶¹¹ *Wilhelm*, JBl 1985, 454.

⁶¹² *Wilhelm*, JBl 1985, 454.

⁶¹³ Vgl. *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 205ff.

⁶¹⁴ *Wilhelm*, JBl 1985, 455ff.

⁶¹⁵ *Wilhelm*, JBl 1985, 455.

könne dieser äußere Tatbestand dem Dritten gegenüber in den Fällen des § 871 ABGB angefochten werden.⁶¹⁶

Damit kann im Ergebnis der Geschäftsherr unter den Voraussetzungen des § 871 ABGB jede unerwünschte Handlung des Vertreters wegen Irrtums anfechten, auch wenn der Vertreter, als derjenige der den Willen bildet, sich gar nicht geirrt hat. Zu beachten ist hier aber die Ansicht, dass in dem Fall, in dem sich der Geschäftsherr, nicht aber der Vertreter im Irrtum befindet, das Geschäft grundsätzlich nicht wegen Irrtums anfechtbar ist.⁶¹⁷

Auch wenn der Vollmachtsgeber sich bei Erteilung der Außenvollmacht nicht im Irrtum befunden habe,⁶¹⁸ sei über eine Analogie des § 1026 ABGB⁶¹⁹ in den Fällen der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis des Dritten eine Zurechnung abzulehnen. Da die Fälle des Irrtums bei Setzung des Außentatbestands mit jenen Fällen gleich zu setzen seien, in denen der Geschäftsherr keinem Irrtum unterliegt,⁶²⁰ gelte auch dann, dass selbst ohne Kenntnis oder Kennen-Müssen des Dritten dem Geschäftsherrn immer die Möglichkeit einer rechtzeitigen Aufklärung bleibe.⁶²¹

Diese Analogie zur Irrtumsanfechtung will *Wilhelm* bei der Behandlung der Formalvollmachten – so weit zu sehen ist – nicht anwenden.⁶²² Bezüglich der Prokura

⁶¹⁶ Im Fall des § 871 Fall 2 ABGB Unterfall Kenntnis ist nach *Wilhelm* nicht einmal eine solche Anfechtung nötig; *Wilhelm*, JBl 1985, 458f.

⁶¹⁷ Der Grund liegt darin, dass ansonsten der Vertretene bei der Irrtumsanfechtung besser gestellt wäre als der selbst Handelnde: Während der selbst Handelnde sich nur auf den eigenen Irrtum berufen kann, kann sich der Vertretene zweifellos auf den Irrtum des Vertreters berufen, da dieser ja den Geschäftswillen bildet. Ließe man nun zu, dass sich der Vertretene zusätzlich auf den eigenen Irrtum berufen kann, so kann sich der Vertretene auf zwei Irrtümer berufen. Zugespitzt könnte nun der Vertretene eine lange Vertreterkette bilden: irgendwer wird schon geirrt haben, wenn sich das Geschäft im Nachhinein als ungünstig erweist oder die Gegenforderung uneinbringlich wird und daher ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Geschäftspartners angestrebt wird; differenzierend *Eva Baumgartner*, Die Wissenszurechnung im österreichischen Zivilrecht (2009) 175; vgl auch *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil⁹ § 46 Rz 89ff; vgl auch *Franz Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 155ff.

⁶¹⁸ *Wilhelm* nennt hier das Beispiel, dass eine interne Preisbeschränkung in der Vollmachtsurkunde absichtlich nicht ausgewiesen wird, um die Verhandlungsposition seines Vertreters bei den Preisverhandlungen nicht zu schwächen; *Wilhelm*, JBl 1985, 457.

⁶¹⁹ Diese Norm betrifft den Fall, dass eine externe Vollmacht nur gegenüber dem Vertreter, aber nicht gegenüber dem Dritten widerrufen wurde und normiert dafür, dass der Widerruf dem Dritten nur dann entgegen gehalten werden kann, wenn dieser davon wusste oder wissen musste.

⁶²⁰ Vgl *Wilhelm*, JBl 1985, 458.

⁶²¹ Vgl dazu auch *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 215.

⁶²² *Wilhelm* wird allerdings manchmal so zitiert; vgl zB *Bollenberger/Csoklich*, ÖBA 2001, FN 71.

und der organschaftlichen Vertretungsmachten kommt *Wilhelm* zu dem Schluss, dass für die Annahme, die Formalvollmachten sollen durch „(...) kompromißlose Starrheit des Vollmachtsumfangs garantierten Verkehrsschutz einrichten (...)“⁶²³, nur der Wortlaut⁶²⁴ spräche aber teleologische und historische Argumente dagegen streiten.⁶²⁵ Teleologische Argumente deshalb, weil bei der „Verkehrsschutz-Normallösung“⁶²⁶ bei Vorliegen eines äußeren Tatbestands die Zurechnung nur dann erfolge, wenn der Dritte auf diesen äußeren Tatbestand vertraut hätte und darauf vertrauen durfte.⁶²⁷ Dabei geht *Wilhelm* wie selbstverständlich davon aus, dass auch die Formalvollmachten keineswegs abstrakte Vollmachten sind, sondern sich die Vollmachten immer am Umfang der Innenbefugnis messen.⁶²⁸ Von diesem Standpunkt aus ist es auch folgerichtig, die Rechtsfolgen der Überschreitung der Innenbeschränkung – welche gemäß *Wilhelm* ja eine Beschränkung der Vollmacht selbst darstellt – an jene anzupassen, die an das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht anknüpfen. In beiden Fällen handelt es sich dann um eigentlich vollmachtsloses Handeln.

Wilhelm stellt fest, dass die Bestimmung des § 50 Abs 1 HGB insofern über den allgemeinen vollmachtsrechtlichen Schutz hinausgeht, als Beschränkungen der Prokura nicht eintragungsfähig sind.⁶²⁹ Dies soll aber nicht daran hindern, dass „(...) wenn ihm (Anm: dem Dritten) eine Beschränkung der Prokura anderweitig (Anm: also nicht aus dem Register) bekannt geworden ist, (...)“⁶³⁰ es zu keiner Zurechnung des Vertreterhandelns kommt.⁶³¹

Den Ausdruck der „objektiven Teleologie des Gesetzes“⁶³² sieht *Wilhelm* in der registerrechtlichen Norm des § 15 Abs 1 HGB.⁶³³ Darin ist geregelt, dass bei nicht in das

⁶²³ *Wilhelm*, JBl 1985, 462.

⁶²⁴ Laut *Wilhelm* aber eigentlich nicht einmal dieser, wie er in der Folge zeigen will; *Wilhelm*, JBl 1985, 462.

⁶²⁵ *Wilhelm*, JBl 1985, 462.

⁶²⁶ *Wilhelm*, JBl 1985, 462.

⁶²⁷ In Anwendung der Analogie zu § 871 ABGB erfolgt nach *Wilhelm* zusätzlich eine Zurechnung auch dann nicht, wenn der Dritte zwar vertraut hat und vertrauen durfte, der Vertretene aber über das Nichtvorliegen der Vollmacht rechtzeitig aufgeklärt hat; *Wilhelm*, JBl 1985, 462.

⁶²⁸ „Für uns, die wir die Gleichstellung von Vollmacht und Vertretungsbefugnis erkannt haben...“; *Wilhelm*, JBl 1985, 457.

⁶²⁹ *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

⁶³⁰ *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

⁶³¹ *Wilhelm*, JBl 1985, 464.

⁶³² *Wilhelm*, JBl 1985, 466.

⁶³³ *Wilhelm*, JBl 1985, 463f.

Firmenbuch eingetragenen Erlöschen der Prokura ein Dritter sich dieses Erlöschen nur entgegen halten lassen muss, wenn er davon weiß. *Wilhelms* Analogie lautet nun etwas verkürzt: Wenn sich der Dritte bei Kenntnis sogar das Nichtbestehen der Prokura entgegenhalten lassen müsse, dann erst recht die Beschränkung derselben.⁶³⁴ Dabei geht *Wilhelm* allerdings nicht auf die Tatsache ein, dass der Gesetzgeber das Erlöschen der Prokura im Gegensatz zur deren Beschränkung als eintragungsfähig ausgestaltet hat.

Bezüglich dieser Analogie geht *Wilhelm* davon aus, dass es die grundsätzliche Möglichkeit der Beschränkung der Prokura gibt, dass die Prokura also keine abstrakte vom Innenverhältnis unabhängige Vollmacht darstellt. Vielmehr beschränkt jede Weisung im Innenverhältnis grundsätzlich auch den Umfang der Prokura wodurch weisungswidriges Handeln zu vollmachtslosem Handeln wird und der gesetzlich formulierte Umfang in § 49 HGB nur die Funktion einer gesetzlichen Vermutung hat. Diese der Rezeption der Bestimmung⁶³⁵ widersprechende Grundannahme selbst leitet *Wilhelm* aber aus den Materialien⁶³⁶ nicht her.

Bereits mit dem Wortlaut des § 50 Abs 1 HGB sei es vereinbar, die Zurechnung bei Kenntnis des Dritten von der Pflichtwidrigkeit des Prokuristen zu verneinen. Dazu müsse diese Norm nicht einmal teleologisch reduziert werden.⁶³⁷ Es müsse die Bestimmung nur „(...) peinlich seinem Wortsinn nach so verstanden werden, daß Handlungen des VN,⁶³⁸ die unmittelbar auf Reduzierung des Umfangs der Prokura gerichtet sind, diese Wirkung versagt ist. Aber Handlungen, die D⁶³⁹ von der Vertretungsbeschränkung in Kenntnis setzen wollen, reduzieren die Prokura auf dem Umweg über diese Kenntnis.“⁶⁴⁰

⁶³⁴ *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

⁶³⁵ Vgl oben die Ausführungen zu *Laband* 2.2.1.5.

⁶³⁶ Jedenfalls nicht aus jenen zu den Formalvollmachten.

⁶³⁷ *Wilhelm*, JBl 1985, 464.

⁶³⁸ Vertretenen.

⁶³⁹ Den Dritten.

⁶⁴⁰ *Wilhelm*, JBl 1985, 464. Diese Interpretation führt nicht nur den Wortlaut der Bestimmung ad absurdum, sondern widerspricht auch dem erklärten Willen des historischen Gesetzgebers, wenn auch *Wilhelm* bezüglich der historischen Interpretation von einer anderen Prämisse ausgeht.

Die historischen Argumente, welche gegen die Auslegung der Prokura als abstrakt streiten sieht *Wilhelm* darin, dass man bei ihrer Normierung nicht die Formulierung „Beschränkungen der Prokura sind unzulässig.“, sondern die Formulierung „Eine Beschränkung der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.“ gewählt habe.⁶⁴¹ Damit sei der Gesetzgeber offensichtlich von der grundsätzlichen Beschränkbarkeit ausgegangen.⁶⁴²

Wilhelm konstatiert, dass die Materialien zu der Frage, ob der Dritte auch dann geschützt sein soll, wenn er die Beschränkung positiv kannte, nichts aussagen.⁶⁴³ Dieses Ergebnis ist mE nicht haltbar, da sich nicht nur die Redaktoren des ADHGB beim OHG-Gesellschafter⁶⁴⁴ und die Materialien zum AktG beim Vorstand⁶⁴⁵, sondern auch alle frühen Kommentare zum ADHGB⁶⁴⁶ für die Zurechnung des Vertreterhandelns trotz Kenntnis aussprechen. Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 43 ADHGB (der Vorläufernorm des § 50 UGB) und hier insbesondere aus der eindeutigen Abkehr (s oben 2.2.3.2.4) von der entsprechenden Formulierung der Entwurfsnorm⁶⁴⁷ ergibt sich klar, dass Unwirksamkeit bei Kenntnis von der Beschränkung nicht gewollt war (vgl dazu oben 2.2.3.2 und unten 04.7.2).

⁶⁴¹ „obwohl man es leicht hätte normieren können.“ *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

⁶⁴² Das beantwortet freilich noch nicht die Frage, warum der Gesetzgeber dann die Formulierung „Eine Beschränkungen der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.“ und nicht „Beschränkungen der Prokura sind Dritten gegenüber nur dann wirksam, wenn dieser sie kannte“ oder noch besser „Beschränkungen sind Dritten gegenüber unwirksam, außer der Geschäftsherr beschränkt die Prokura dem Dritten gegenüber.“ lautet.

⁶⁴³ *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

⁶⁴⁴ Vgl *Lutz*, Protokolle III. Theil 1004.

⁶⁴⁵ In zweiter Lesung zu § 231 des Entwurfs des HGB (der später als § 235 beschlossen wurde) wurde ein Antrag gestellt, den Einwand zuzulassen, der Dritte habe von der Überschreitung der internen Ermächtigung des Vorstands gewusst. Dieser Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass „(...) liege ein widerrechtliches Zusammenwirken von Vorstand und dem Dritten zum Nachtheil der A.-G. vor, so sei diese zur Anfechtung solchen Vertrages berechtigt. Im Uebrigen sei das Prinzip, daß eine solche Vollmacht nicht eingeschränkt und nicht bestritten werden dürfe, im Interesse der Verkehrssicherheit, der Vermeidung von falschen Eiden bei Prokuristen, bei offenen Handelsgesellschaften, bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung für den Geschäftsführer acceptirt, und es sei nicht wünschenswerth, hier eine Ausnahme zu machen.“ Vgl *Hahn/Mugdan*, Materialien zum Handelsgesetzbuch 594.

⁶⁴⁶ Vgl etwa *Hahn*, Commentar³ 374; vgl auch die Rezeption der Bestimmung in den einschlägigen Lehrbüchern, etwa in *Antoni Gorski*, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft (1888) 114.

⁶⁴⁷ Art 43 des Preußischen Entwurfs eines ADHGB. Nach diesem Entwurf waren vielfältige Beschränkungsmöglichkeiten der Prokura vorgesehen, die dem Dritten gegenüber aber nur geltend gemacht werden konnten, wenn dieser die Beschränkungen nachweislich kannte. Vgl *Lutz*, Protokolle II. Teil 8f.

Wilhelm stellt fest, dass man sich „(...) allerdings über die zurückhaltende Meinung der Redaktoren hinwegsetzen, (dürfe) da sich aus der objektiven Teleologie des Gesetzes (...) ergibt, dass Kenntnis der Pflichtwidrigkeit die Zurechnung ausschließen muß.“⁶⁴⁸

Im Ergebnis will *Wilhelm* also die Zurechnung bei Formalvollmachten immer dann scheitern lassen, wenn der Vertreter objektiv pflichtwidrig gehandelt hat und dem Dritten diese Tatsache bekannt war. Ob *Wilhelm* auch für die Formalvollmacht will, dass das Geschäft ohne Kenntnis des Dritten von der Überschreitung durch den Geschäftsherrn rückgängig gemacht werden kann, wenn dem Dritten dadurch kein Vertrauensschaden entsteht,⁶⁴⁹ kommt nicht ganz klar heraus.⁶⁵⁰

Auer: Auch *Auer* nähert sich dem Problem des Missbrauchs der Vertretungsmacht in seiner Abhandlung „Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht“⁶⁵¹ zunächst über die historische Interpretation.⁶⁵² Dabei erkennt er, dass in den Materialien zwar die Unbeschränkbarkeit der Formalvollmachten gewollt ist, dass aber an verschiedener Stelle und in unterschiedlicher Betonung die „Einrede des Dolus“ die Zurechnung verhindern können soll.⁶⁵³ *Auer* kann allerdings keine Stelle in den Materialien finden, die darauf schließen ließe, dass bei Kenntnis des Dritten von der Überschreitung der internen Befugnisse keine Zurechnung erfolgen solle. Vielmehr zitiert auch er die Vorläuferbestimmung des § 43 ADHGB im Preußischen Entwurf (in der eine Beschränkungsmöglichkeit vorgesehen war) und berichtet von der einstimmigen Ablehnung dieser Bestimmung in der ersten Lesung.⁶⁵⁴ Auch die Protokolle zum Gesellschafter der OHG, wonach die Handlungen des Gesellschafters den Prinzipal verpflichten, gleichviel sie den ihm erteilten Instruktionen gemäß seien oder nicht, ob dies der Dritte wisse oder nicht, wenn nur keine dolose Kollusionen vorlägen, führt *Auer* an.⁶⁵⁵ Trotzdem schließt er aus den Materialien, dass die exceptio

⁶⁴⁸ *Wilhelm*, JBl 1985, 467.

⁶⁴⁹ Wenn also der Geschäftsherr den Dritten iSd § 871 ABGB rechtzeitig darüber aufklärt, dass er sich an dieses Geschäft nicht gebunden fühlen will.

⁶⁵⁰ Bejahend gelesen zB von *Bollenberger/Csoklich*, ÖBA 2001, 435 FN 71; vgl. dazu auch *Kozio/Welser*, Grundriss I¹³ 215.

⁶⁵¹ *Martin Auer*, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138.

⁶⁵² *Auer*, GesRZ 2000, 140.

⁶⁵³ *Auer*, GesRZ 2000, 142ff.

⁶⁵⁴ *Auer*, GesRZ 2000, FN 55.

⁶⁵⁵ *Auer*, GesRZ 2000, 143 zitiert *Lutz*, FN 45, 1004f.

doli nicht der Kollusion gleichgesetzt werden kann,⁶⁵⁶ obwohl er einräumt, dass weitere Klärungen des Begriffs Dolus sich dem Gesetz nicht entnehmen lassen.⁶⁵⁷

Auer kommt zu dem Ergebnis, dass der Missbrauch der Vertretungsmacht neben dem unstreitigen Fall der Kollusion auch dann angenommen werden soll, wenn auf Seiten des Vertreters eine zumindest objektiv pflichtwidrige Handlung vorliegt, die der Dritte positiv kennt bzw – aus Beweisgründen – darüber nicht in Unkenntnis sein konnte (objektivierte Evidenz).⁶⁵⁸ Dieses Ergebnis sei in Einklang mit Art 9 Abs 1 S 2 der Publizitätsrichtlinie.⁶⁵⁹ Auch aus den Materialien könne nichts Gegenteiliges entnommen werden.⁶⁶⁰ Gelangt der Dritte in Kenntnis einer zumindest objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters oder müsste sich eine solche nach den Umständen geradezu aufdrängen, so liege der Sachverhalt außerhalb des beabsichtigten Schutzes und stelle einen Anwendungsfall der nach den Materialien zulässigen *exceptio doli* dar.⁶⁶¹ Dieser These kann bei sorgfältiger Auswertung der Materialien und der folgenden unwidersprochenen Rezeption der Bestimmung nicht gefolgt werden (vgl dazu oben 2.2.3.2 und unten 04.7.2).

Erklärungen was über diese beiden Negativabgrenzungen (weder Transparenzrichtlinie noch historische Interpretation stehen entgegen) hinaus zu dem Ergebnis geführt hat, bleibt *Auer* leider schuldig.

Thiery: Thiery beschäftigt sich in seinem Aufsatz „Privatausgaben zu Lasten der GmbH“⁶⁶² mit der Entscheidung des OGH⁶⁶³, die den Missbrauch der Vertretungsmacht zum Gegenstand hat. Im Zuge der Besprechung dieser Entscheidung erklärt *Thiery*, dass es für die Ungültigkeit des Geschäfts auf Seiten des Dritten ausreicht, wenn sich der Missbrauch des Vertreters geradezu aufdrängen musste.⁶⁶⁴ Da der Vertreter in der

⁶⁵⁶ *Auer*, GesRZ 2000, 144.

⁶⁵⁷ *Auer*, GesRZ 2000, 144.

⁶⁵⁸ *Auer*, GesRZ 2000, 150.

⁶⁵⁹ Vgl dazu unten 4.6.1.1.

⁶⁶⁰ *Auer*, GesRZ 2000, 150.

⁶⁶¹ *Auer*, GesRZ 2000, 149.

⁶⁶² *Gottfried Thiery*, Privatausgaben zu Lasten der GmbH, *ecolex* 1992, 631.

⁶⁶³ 8 Ob 527/91; *ecolex* 1992, 634.

⁶⁶⁴ *Thiery*, *ecolex* 1992, 633.

besprochenen Entscheidung zweifellos in Schädigungsabsicht gehandelt hat,⁶⁶⁵ bleibt offen, ob *Thiery* eine solche Schädigungsabsicht des Dritten für erforderlich hält, damit das Geschäft wegen „Missbrauchs der Vertretungsmacht“ ungültig wird, oder ob objektive Pflichtwidrigkeit genügen lässt.⁶⁶⁶ *Thiery* möchte im Sinne einer BGH-Entscheidung⁶⁶⁷ das Geschäft nicht gelten lassen, weil der Vertreter von seiner Vollmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, sodass zumindest Zweifel beim Dritten vorliegen müssen, ob der Vertreter hier nicht seine Treuepflicht gegenüber der GmbH verletzt.⁶⁶⁸ Ob die Treuepflichtverletzung schon in der objektiven Pflichtwidrigkeit oder erst in der Schädigungsabsicht des Vertreters liegt, lässt *Thiery* offen.

Schinko: In seiner Kommentierung des § 50 HGB⁶⁶⁹ geht *Schinko* in der Ausdehnung der Anwendung des „Missbrauchs der Vertretungsmacht“ so weit, dass er auf Seiten des Vertreters nur objektiv pflichtwidriges Handeln verlangt.⁶⁷⁰ „Der Dritte wird dann nicht geschützt, wenn er die Unrechtmäßigkeit des Vertreterhandelns gekannt hat oder diese offensichtlich war oder wenn die Rechtmäßigkeit zweifelhaft war.“⁶⁷¹ Hingegen komme es nicht auf Kenntnis oder Kennen-Müssen der objektiven Weisungswidrigkeit an, sondern auf das Vorliegen „nicht übersehbarer Anhaltspunkte für eine Unrechtmäßigkeit des Vertreterhandelns“. *Schinko* begründet diese Rechtsansicht mit der fehlenden Schutzwürdigkeit des Dritten in diesen Konstellationen.⁶⁷² Eine dogmatische Einordnung nimmt *Schinko* nicht vor.

⁶⁶⁵ Der Geschäftsführer hat den Bauunternehmer, der im Garten seiner Privatvilla ein Schwimmbad betonierte, aufgefordert, die Rechnung mit gefälschtem Inhalt an die GmbH zu stellen.

⁶⁶⁶ Wohl eher für letzteres, vgl. die zustimmende Wiedergabe der entsprechenden deutschen Lehrmeinungen: *Thiery*, *ecolex* 1992, 633.

⁶⁶⁷ BGH WM 1976, 632.

⁶⁶⁸ *Thiery*, *ecolex* 1992, 633.

⁶⁶⁹ *Manfred Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften in zwei Bänden I³ (2003).

⁶⁷⁰ *Schinko* in *Straube*, HGB³ § 50 Rz 2.

⁶⁷¹ *Schinko* in *Straube*, HGB³ § 50 Rz 2.

⁶⁷² *Schinko* in *Straube*, HGB³ § 50 Rz 2.

Im Ergebnis verlangt *Schinko* also auf Seiten des Vertreters objektive Pflichtwidrigkeit – der Vertreter selbst kann also auch im Glauben sein, er bewege sich innerhalb der Weisungen. Auf Seiten des Dritten verlangt *Schinko* Kenntnis oder Kennen-Müssen der „Treulosigkeit“ des Vertreters. Dies liegt nicht schon in Kenntnis oder Kennen-Müssen der objektiven Pflichtwidrigkeit. Offen bleibt, wie eine solche Konstellation aussehen könnte, in der der Vertreter glaubt weisungsgemäß zu handeln, sich dem Dritten aber eine über Weisungswidrigkeit hinausgehende „Treulosigkeit“ „(...) geradezu aufdrängen muss.“

Koppensteiner/Rüffler: *Koppensteiner* und *Rüffler* schließen sich im Ergebnis der Ansicht an, dass die Unbeschränkbarkeit der Formalvollmachten dem Zweck dient, Informationsdefizite des Dritten auszugleichen.⁶⁷³ Schon bei objektiver Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnisse – ohne dass es auf Schädigungsabsicht des Vertreters ankommen soll – und bei Kenntnis des Dritten von dieser Überschreitung soll das Geschäft ungültig sein.⁶⁷⁴

Liegt die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis in zwingenden gesetzlichen Anordnungen, soll sogar fahrlässige Nichtkenntnis des Dritten von der Überschreitung ausreichen. Dies leiten *Koppensteiner* und *Rüffler*⁶⁷⁵ aus den Fällen her, in denen die Gesellschaft einem Dritten eine Sicherstellung für die Verbindlichkeit eines Gesellschafters gewährt. Hier verstößt der handelnde Geschäftsführer regelmäßig gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. § 82 GmbHG verbietet jede Leistung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenüber steht und die wirtschaftlich das Vermögen der Gesellschaft vermindert.⁶⁷⁶ Mit der Sicherheitenbestellung erbringt die Gesellschaft dem Gesellschafter eine unmittelbare vermögenswerte Zuwendung. Ist diese Zuwendung für die Gesellschaft vermögensvermindernd, was nur in Ausnahmefällen nicht der Fall sei,⁶⁷⁷ so verstößt die Sicherheitenbestellung gegen zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften. Der

⁶⁷³ *Koppensteiner* in Straube, HGB³ 126 Rz 9

⁶⁷⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 26; *Koppensteiner* in Straube, HGB § 126 Rz 9.

⁶⁷⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (II), GesRZ 1999, 144.

⁶⁷⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 150f.

⁶⁷⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 148.

Gesellschafter selbst kann also keine Ansprüche geltend machen bzw ist zur Rückerstattung nach § 83 GmbHG verpflichtet.⁶⁷⁸ Ob der Sicherheitenbestellungsvertrag mit dem dritten Sicherheitsnehmer gültig ist oder nicht bestimmt sich daraus, ob ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt.⁶⁷⁹ Der handelnde Geschäftsführer verstößt hier gegen die Geschäftsführungsschranke des § 82 GmbHG.⁶⁸⁰ Dem Dritten soll aber, anders als in den „klassischen Missbrauchsfällen“⁶⁸¹, schon fahrlässige Unkenntnis des Verstoßes gegen § 82 GmbHG schaden, da Sicherheitenbestellungen zu Gunsten eines Gesellschafters wegen zwingender gesetzlicher Anordnung im Regelfall unzulässig seien, und der Dritte daher einem höheren Sorgfaltsmaßstab genügen müsse.⁶⁸² Da eine Sicherheitenbestellung also für jeden Einsichtigen evident auf einen Verstoß gegen § 82 GmbHG hindeuten würde, sei es nur folgerichtig, dem Dritten auch Nachforschungspflichten aufzuerlegen.⁶⁸³

Im Ergebnis verlangen *Koppensteiner* und *Rüffler* also auf Seiten des Vertreters objektive Pflichtwidrigkeit und auf Seiten des Dritten Wissen davon bzw – wenn sich die interne Beschränkung aus dem Gesetz ergibt – Wissen-Müssen davon.

Zur dogmatischen Einordnung ihrer Lösung merken *Koppensteiner* und *Rüffler* nur an, dass es im Ergebnis gleichgültig bleibe, „(...) ob man Nichtigkeit infolge Sittenwidrigkeit oder Unwirksamkeit des Geschäftes mangels Vertretungsmacht annimmt.“⁶⁸⁴

Bollenberger/Csoklich: *Bollenberger* und *Csoklich*⁶⁸⁵ schließen sich der Rechtsmeinung an, dass für die Unwirksamkeit der Vertretungshandlung auf Seiten des Vertreters objektive Pflichtwidrigkeit und auf Seiten des Dritten Kenntnis oder Offenkundigkeit von der Pflichtwidrigkeit zu verlangen ist.⁶⁸⁶ Auf Seiten des Vertreters wird keine Kenntnis der eigenen Pflichtwidrigkeit verlangt. Ob sich die Kenntnis des

⁶⁷⁸ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 150.

⁶⁷⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 146f.

⁶⁸⁰ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 148.

⁶⁸¹ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 148.

⁶⁸² Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 148.

⁶⁸³ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 149.

⁶⁸⁴ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 149.

⁶⁸⁵ *Bollenberger/Csoklich*, ÖBA 2001, 435 für den Stiftungsvorstand, nachdem sie für diesen nachgewiesen haben, dass seine Vertretungsmacht unbeschränkt ist.

⁶⁸⁶ *Bollenberger/Csoklich*, ÖBA 2001, 445.

Dritten nun auf die reine Weisungswidrigkeit bezieht oder ob irgendeine Schädigungsgeneigtheit der Handlung erkannt wird, bleibt insofern offen. Die Autoren bezeichnen diese Konstellation in der Zusammenfassung als „Kollusion“.⁶⁸⁷

4.5.3 Wissen-Müssen von der objektiven Pflichtwidrigkeit

Koziol/Welser: Im Grundriss des bürgerlichen Rechts verlangen die Autoren für die Ungültigkeit des Geschäfts auf Seiten des Vertreters objektive Pflichtwidrigkeit ohne weitere subjektive Anforderungen und auf Seiten des Dritten Kenntnis oder Offenkundigkeit bezüglich der Pflichtwidrigkeit. Zum Beleg nennen die Autoren ua *P. Bydlinski* und *Stanzl*,⁶⁸⁸ jedoch ohne darauf hinzuweisen, dass sie dabei insofern weiter gehen als *P. Bydlinski* als sie beim Dritten auch Offenkundigkeit der Pflichtwidrigkeit ausreichen lassen und insofern weiter gehen als *Stanzl* als sie auf Seiten des Vertreters keine Schädigungsabsicht und auf Seiten des Dritten keine positive Kenntnis verlangen. Der Grundriss des bürgerlichen Rechts löst das Problem anders als der Rest der österreichischen Lehre und als die gesamte Rechtsprechung, da er auf Seiten des Vertreters nicht einmal Kenntnis der Überschreitung der Innenbefugnis verlangt und auf Seiten des Dritten Offenkundigkeit eben jener Überschreitung des Innenverhältnisses – also fahrlässige Unkenntnis von der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters – genügen lässt. In Analogie zu § 871 ABGB soll *Wilhelm* folgend⁶⁸⁹ außerhalb dieser Fälle das Geschäft dann ungültig sein, wenn der Dritte von der Überschreitung des Innenverhältnisses rechtzeitig aufgeklärt wurde. Ob diese Lösung bei Formalvollmachten auch gelten soll, lässt sich aus dem Text nicht entnehmen.

Krejci: So weit wie *Koziol* und *Welser* – und explizit zu Formalvollmachten – geht in der österreichischen Literatur nur noch ein Aufsatz von *Krejci* aus dem Jahr 1984,⁶⁹⁰ dessen Aussage aber von späteren Werken des Autors offenbar nicht mehr geteilt wird.⁶⁹¹ In dieser Abhandlung geht *Krejci* davon aus, dass sich der Dritte dann nicht auf die bestehende Vertretungsmacht des Vertreters berufen darf, wenn angesichts der konkreten Umstände des Falles die Diskrepanz zwischen Vollmacht und Auftrag

⁶⁸⁷ Bollenberger/Csoklich, ÖBA 2001, 447.

⁶⁸⁸ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ FN 87.

⁶⁸⁹ *Wilhelm*, JBl 1985, 455ff.

⁶⁹⁰ *Krejci*, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer (I), GesRZ 1984, 146.

⁶⁹¹ Siehe oben 4.5.2.

bekannt oder evident ist.⁶⁹² Eine Schädigungsabsicht des Vertreters oder auch nur eine Schädigung des Vertretenen ist dafür nicht Voraussetzung, da die formale Vertretungsbefugnis „(...) in all jenen Fällen auf das Maß ihrer auftragsgemäßen Rechtfertigung reduziert werden (...)“ soll „(...) in denen dieses Maß dem Dritten bekannt ist oder so offensichtlich zutage tritt, daß es der Dritte ohne Mühe erkennen mußte (...).“⁶⁹³

Als dogmatische Grundlage nennt *Krejci* hier einerseits die Harmonisierung der Formalvollmachten mit den Duldens- und Anscheinsvollmachten des ABGB und die Analogie zum Recht der Irrtumsanfechtung.⁶⁹⁴

4.6 Europarechtliche Aspekte

Für die Interpretation der Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten sind auch die europäischen Rechtsquellen heran zu ziehen. Es ist zu prüfen, ob nach europäischem Gemeinschaftsrecht eine bestimmte Interpretation vorzunehmen ist oder zumindest bestimmte Interpretationen als nicht richtlinienkonform abzulehnen sind.

4.6.1 Die Publizitätsrichtlinie

Im europäischen Gesellschaftsrecht ist für das Problemfeld des Missbrauchs der Vertretungsmacht die erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie⁶⁹⁵ relevant. Diese sogenannte Publizitätsrichtlinie wurde 1968 verabschiedet und bildet schon rein historisch den Ausgangspunkt für die folgende Rechtsvereinheitlichung im europäischen Gesellschaftsrecht.⁶⁹⁶ Die Richtlinie gilt allein für Kapitalgesellschaften und ist dezidiert auf das Außenverhältnis, das Verhältnis zu Dritten, bezogen.⁶⁹⁷ Es sollen jene Fälle, in denen das Handeln von Organen die Gesellschaft nicht bindet,

⁶⁹² *Krejci*, GesRZ 1984, 150.

⁶⁹³ *Krejci*, GesRZ 1984, 150.

⁶⁹⁴ *Krejci*, GesRZ 1984, 150; *Krejci* zitiert hier *Wilhelm*, jedoch ohne darauf einzugehen, dass *Wilhelm* selbst diese Analogie zum Recht der Irrtumsanfechtung für die Formalvollmachten nicht angewendet wissen will; s dazu oben 4.5.2.

⁶⁹⁵ RL 68/151/EWG.

⁶⁹⁶ *Stefan Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2004) Rz 191.

⁶⁹⁷ *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 193.

durch diese Richtlinie zurückgedrängt und so das Vertrauen in Organhandeln ausländischer Kapitalgesellschaften gestärkt werden.⁶⁹⁸ Hier ist auch der Ansatzpunkt für die Problematik des Missbrauchs der Vertretungsmacht bei Formalvollmachten (wegen des Anwendungsbereichs der Richtlinie nur von Vorstand und Geschäftsführer) zu finden.

Abschnitt 2 der Publizitätsrichtlinie beschäftigt sich mit der Gültigkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen. Hier findet sich auch der für den Themenbereich dieser Arbeit einschlägige Artikel 9.

4.6.1.1 Artikel 9 der Publizitätsrichtlinie

Artikel 9 der Publizitätsrichtlinie lautet⁶⁹⁹

- (1) Die Gesellschaft wird Dritten gegenüber durch Handlungen ihrer Organe verpflichtet, selbst wenn die Handlungen nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören, es sei denn, daß diese Handlungen die Befugnisse überschreiten, die nach dem Gesetz diesen Organen zugewiesen sind oder zugewiesen werden können.

Für Handlungen, die den Rahmen des Gegenstands des Unternehmens überschreiten, können die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, daß die Gesellschaft nicht verpflichtet wird, wenn sie beweist, daß dem Dritten bekannt war, daß die Handlung den Unternehmensgegenstand überschritt, oder daß er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte; allein die Bekanntmachung der Satzung reicht zu diesem Beweis nicht aus.

- (2) Satzungsmäßige oder auf einem Beschluß der zuständigen Organe beruhende Beschränkungen der Befugnisse der Organe der Gesellschaft können Dritten nie entgegengesetzt werden, auch dann nicht, wenn sie bekanntgemacht worden sind.

⁶⁹⁸ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 193, Rz 197.

⁶⁹⁹ Der Wortlaut der Richtlinie ist kommentiert nachzulesen bei Marcus Lutter, Europäisches Unternehmensrecht (1996) 104.

- (3) Kann nach einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft abweichend von der gesetzlichen Regel auf diesem Gebiet durch die Satzung einer Person allein oder mehreren Personen gemeinschaftlich übertragen werden, so können diese Rechtsvorschriften vorsehen, daß die Satzungsbestimmung, sofern sie die Vertretungsbefugnis generell betrifft, Dritten entgegengesetzt werden kann; nach Artikel 3 bestimmt sich, ob eine solche Satzungsbestimmung Dritten entgegengesetzt werden kann.

Für das Verständnis dieser Bestimmung ist wichtig, dass es sich um einen Kompromiss zwischen der rechtlichen Konzeption des romanischen Prinzips der *spécialité statutaire* bzw der englischen *ultra vires-Lehre* auf der einen und der rechtlichen Konzeption des deutschen (und österreichischen) Rechts auf der anderen Seite handelt.⁷⁰⁰ Nach den Konzeptionen der *spécialité statutaire* bzw der *ultra vires-Lehre* sind Handlungen von Organen, die über den Unternehmensgegenstand hinausgehen, grundsätzlich – weil nicht von der Rechtsfähigkeit der juristischen Person umfasst⁷⁰¹ – unwirksam, während das deutsche und das österreichische Recht bekanntlich von einer grundsätzlich unbeschränkten Rechtsfähigkeit der juristischen Person ausgehen.⁷⁰² Es handelt sich hierbei nicht um ein Problem der Vertretungsbefugnis im eigentlichen Sinn, sondern um ein Problem der Rechtsfähigkeit. Dies zeigt sich auch daran, dass nach der *ultra-vires-Lehre* ein außerhalb des Unternehmensgegenstands vorgenommenes Geschäft nicht einmal genehmigungsfähig ist.⁷⁰³

Trotzdem das deutsche Modell allein stand und alle anderen Rechtsordnungen in der Gemeinschaft dem Konzept der *spécialité statutaire* bzw der *ultra-vires-Lehre*⁷⁰⁴ folgten,⁷⁰⁵ wurde für die Richtlinie – je nach Sichtweise – das deutsche Modell übernommen⁷⁰⁶ bzw ein Kompromiss zwischen den zwei Konzepten gefunden.⁷⁰⁷

⁷⁰⁰ Lutter, Europäisches Unternehmensrecht 55f; Vanessa Edwards, EC Company Law (1999) 36; Frank Woolridge, Company Law in the United Kingdom and the European Community (1991) 19; Christoph Schmid, Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung der Tatbestände des Mißbrauchs der Vertretungsmacht und des Insichgeschäfts, AG 1998, 129.

⁷⁰¹ „capacity“.

⁷⁰² Vgl zum österreichischen Recht Peter Jabornegg, GesRZ 1989, 13.

⁷⁰³ Vgl Jabornegg, GesRZ 1989, 13.

⁷⁰⁴ Das englische Recht war 1968 allerdings noch nicht einbezogen.

⁷⁰⁵ Edwards, European Company Law 36.

⁷⁰⁶ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 213: „Dabei wurde das Modell übernommen, das den Integrationsbedürfnissen am besten entgegen kam, (...) – das deutsche Modell der grundsätzlich unbeschränkten organschaftlichen Vertretungsmacht.“

Art 9 Abs 1 sollte die Brücke zwischen den beiden Konzeptionen schlagen, indem grundsätzlich dem deutschen Modell der unbeschränkten Rechtsfähigkeit und der grundsätzlich nur gesetzlich beschränkbaren Vertretungsmacht gefolgt wird, aber eine Ausnahme für Handlungen *ultra vires* statuiert wird.⁷⁰⁸ Nach Art 9 Abs 1 S 1 wird die Gesellschaft durch Handeln ihrer Organe verpflichtet, außer wenn diese die Vertretungsmacht überschreiten, die ihnen gesetzlich zugewiesen ist oder zugewiesen sein kann. Dies gilt innerhalb und außerhalb des Unternehmensgegenstands. Für Handlungen außerhalb des Unternehmensgegenstands – also für Handlungen *ultra vires* – soll aber besonderes gelten: Den Mitgliedsstaaten ist es freigestellt, diese Handlungen gesetzlich als nicht bindend zu definieren. Auch in diesem Fall soll die Gesellschaft an die Handlungen der Organe gebunden sein, außer die Gesellschaft kann beweisen, dass der Dritte wusste oder nach den Umständen darüber nicht im Unklaren sein konnte, dass diese Handlungen vom Unternehmensgegenstand nicht umfasst sind.

Art 9 Abs 2 normiert, dass satzungs- oder beschlussmäßige Beschränkungen (in Abgrenzung zu den gesetzlichen bzw unternehmensgegenständlichen Beschränkungen des Abs 1) der Befugnisse der Organe nie zur Unwirksamkeit führen – und zwar auch dann nicht wenn sie „bekanntgemacht“ wurden.

Diese Regelung zeigt, dass hier die deutsche Konzeption der abstrakten Vollmacht Pate gestanden hat.⁷⁰⁹ Abs 2 geht deutlich von einer Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens aus, da er sonst neben Art 9 Abs 1 S 1 keinen selbständigen Regelungsinhalt hätte. Anders ist die Lage bei Art 9 Abs 1 S 2: Bei Handlungen, die wirksam sein sollen, obwohl der Unternehmensgegenstand überschritten wurde und die jeweilige nationale Rechtsordnung eine solche Überschreitung für unverbindlich erklärt hat, kann es sich nicht um von der Vertretungsmacht gedeckte Handlungen handeln, da nach den nationalen Rechtsordnungen solche Handlungen nicht einmal von der Rechtsfähigkeit der

⁷⁰⁷ Edwards, *European Company Law* 33: „This part of Article 9 represents something of a compromise between two incompatible theories of corporate acts.“

⁷⁰⁸ Edwards, *European Company Law* 36.

⁷⁰⁹ Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht*³ (2006), Rz 100; Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht* Rn 213f.

Gesellschaft gedeckt sind.⁷¹⁰ Hier handelt es sich vielmehr um eine Regelung, die eine Handlung trotz fehlender Vollmacht wegen des guten Glaubens des Dritten ausnahmsweise gelten lässt. Diese Regelung funktioniert also wie die Anscheinsvollmacht. Dadurch wird auch die unterschiedliche Behandlung der beiden Situationen, wonach bei Überschreitungen des Unternehmensgegenstands (bei entsprechender national-gesetzlicher Regelung) Wissen oder Wissen-Müssen schadet, während das Überschreiten beschluss- oder satzungsmäßiger Beschränkungen dem Dritten „nie“ entgegengehalten werden können, gerechtfertigt.⁷¹¹

Art 9 der Richtlinie geht von einer umfassenden Vertretungsmacht der Organe aus.⁷¹² Gesetzliche Einschränkungen sind allerdings möglich, wobei es nicht reicht, dass der Gesetzgeber satzungsmäßige Beschränkungen der Vertretungsmacht für zulässig erklärt. Vielmehr ist eine solche Beschränkung nur dann beachtlich, wenn das nationale Recht die Organkompetenz als solche verneint.⁷¹³ Hat der Gesetzgeber auf diese Weise den Umfang der Organvollmacht beschränkt, kommt es nicht mehr auf eventuell vorhandenen guten Glauben des Dritten an. Eine Handlung, die außerhalb des gesetzlich vorgesehenen Umfangs der Vollmacht liegt, ist immer unwirksam – Wissen oder Wissen-Müssen des Dritten spielt dabei keine Rolle.⁷¹⁴ Der Dritte muss also überprüfen, ob das mit ihm verhandelnde Organ die entsprechende Vollmacht nach dem nationalen Recht überhaupt haben kann.

Art 9 Abs 3 regelt die Zulässigkeit von Gesamtvertretungen. Sieht die Satzung Gesamtvertretungsmacht generell nicht nur für Einzelfälle vor, so kann dies Dritten nach den Regeln des Art 9 Abs 3 (Eintragung und Bekanntmachung) entgegen gehalten werden, wobei Gutgläubigkeit unerheblich ist.⁷¹⁵

⁷¹⁰ Nicht differenzierend hingegen Schmid, AG 1998, 130.

⁷¹¹ Teilweise wird allerdings argumentiert, dass die Differenzierung den Grund hat, dass dem Dritten die Überschreitung des Unternehmensgegenstands leichter erkennbar sei als die Überschreitung satzungsmäßiger Beschränkungen; vgl etwa Schmid, AG 1998, 130 – wobei es gerade deshalb ja diese Unterscheidung nicht bräuchte, da dann eben in beiden Fällen Wissen-Müssen normiert hätte werden können – wobei dieses Wissen-Müssen eben in den Fällen der Überschreitung des Unternehmensgegenstandes schneller anzunehmen wäre, weil es leichter erkennbar wäre.

⁷¹² Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 215.

⁷¹³ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 216.

⁷¹⁴ Edwards, European Company Law 39; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 216.

⁷¹⁵ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Rz 220.

Zusammenfassend normiert Art 9 der Publizitätsrichtlinie vier Fälle:

1. Eine Handlung außerhalb der gesetzlich vorgesehenen möglichen Vertretungsmacht des Organs ist niemals gültig, außer es handelt sich um eine gesetzliche Beschränkung, die Handlungen außerhalb des Unternehmensgegenstands für ungültig erklärt.
2. Eine Handlung außerhalb des Unternehmensgegenstands ist grundsätzlich gültig, außer der nationale Gesetzgeber hat sie für ungültig erklärt UND der Dritte wusste, dass diese Handlung außerhalb des Unternehmensgegenstands liegt oder hätte dies wissen müssen.
3. Eine Handlung, die nach dem Recht des jeweiligen Nationalstaates grundsätzlich von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt sein kann, aber gegen die Satzung oder einen Beschluss der Gesellschaft verstößt, ist immer gültig.
4. Handlungen, die entgegen der bekannt gemachten Art der Vertretung vorgenommen werden (also etwa alleiniges Handeln bei vorgesehener Gesamtvertretung), sind niemals gültig.

4.6.1.2 Die „Rabobank-Entscheidung“

Die Vereinbarkeit von Art 256 des zweiten Buches des niederländischen ZGB mit der Richtlinie war Gegenstand eines Vorlagebeschlusses des niederländischen Hoge Raad⁷¹⁶ vor den EuGH, über den derselbe im Urteil vom 16.12.1997⁷¹⁷ entschieden hat. Dieses Urteil wurde unter dem Begriff „Rabobank-Entscheidung“ viel diskutiert.

⁷¹⁶ Hoge Raad, Beschluss vom 22.3.1996

⁷¹⁷ EuGH-Urteil vom 16.12.1997 – Rs. C-104/96, Cooperatieve Rabobank gegen Erik Aarnoud Minderhoud, EuGHE I 1997 S 7211 = DB 1998, 67.

Grundlage war folgender Fall:

Mehrere Unternehmen, die jeweils in der Rechtsform der *vomanditaire vennootschap op aandelen* organisiert waren, was mit der österreichischen GmbH vergleichbar ist,⁷¹⁸ wurden von einer Holdinggesellschaft geleitet. Die Konzernunternehmen hatten alle denselben Geschäftsführer. Alle Konzerngesellschaften führten Kontokorrentkonten bei der Rabobank. Zwischen dem Geschäftsführer der Konzerngesellschaften und der Rabobank wurde hinsichtlich dieser Konten vereinbart, dass eine zinsmäßige Verrechnung von Guthaben und Soll-Salden zwischen den Konten der verschiedenen Gesellschaften stattfinden sollte. Damit sollte der Zinsaufwand innerhalb der Gruppe möglichst gering gehalten werden. Außerdem wurde vereinbart, dass die Rabobank berechtigt sein sollte, Guthaben und Soll-Salden aller Konten jederzeit zu verrechnen.⁷¹⁹

In weiterer Folge fielen sämtliche Unternehmen in Konkurs. Der Konkursverwalter eines der Unternehmen klagte bei der Rabobank ein Guthaben ein, da dieses Unternehmen – isoliert betrachtet – über ein solches verfügte, während die Rabobank selbst die Verrechnung mit Soll-Salden der Konten der anderen konzernverbunden Gesellschaften geltend machte. Dagegen wendete der Konkursverwalter ein, dass die Vereinbarung mit der Rabobank – die von Seiten der Gesellschaften alle von derselben Person, nämlich dem Geschäftsführer unterzeichnet wurden – wegen des Interessenskonflikts dieses Geschäftsführers ungültig sei. Der Konkursverwalter berief sich dabei auf Art 256 des zweiten Buches des Niederländischen Zivilgesetzbuches, in dem es heißt: „Sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, wird die Gesellschaft in

⁷¹⁸ *Schmid*, AG 1998, 128.

⁷¹⁹ Sowohl *Schmid* (AG 1998, 128) als auch *Wienand Meilicke* (Selbstkontrahieren nach europäischem Gemeinschaftsrecht RIW 1996, 713; Vertrauensschutz in Vertretungsmacht nach europäischem Gemeinschaftsrecht, DB 1999, 785) weisen darauf hin, dass es sich bei dieser Konstruktion um eine alltägliche Vereinbarung handelt, die bei der Konzernfinanzierung eine wesentliche Bedeutung hat. Die finanzierende Bank hat ein berechtigtes Interesse an einer Verrechnung positiver und negativer Salden von Konten eines Konzerns, weil sie von außen die Bonität des einzelnen Konzernunternehmens kaum beurteilen und weil sich diese Bonität durch Maßnahmen innerhalb des Konzerns auch abrupt ändern kann. Von der Bank wird der Konzern häufig als einheitliches Kreditrisiko angesehen. Nach dem Banken-Aufsichtsrecht besteht sogar die Verpflichtung, Kredite an mehrere Konzernunternehmen hinsichtlich der Beurteilung des Bonitätsrisikos zusammenzurechnen. Daher liegt es nahe, dass die den Konzern finanzierende Bank sich das Recht einräumen lässt, Guthaben und Soll-Salden der Gruppe miteinander zu verrechnen. Die Vereinbarung über die zinsmäßige Verrechnung von Guthaben und Soll-Salden im Konzern liegt aber auch im Interesse der Konzernunternehmen, die dadurch vermeiden, auf einem Konto nur die niedrigen Habenzinsen zu erhalten und gleichzeitig auf dem anderen Konto die regelmäßig höheren Soll-Zinsen zahlen zu müssen. Nach dem Aufsichtsrecht der Banken ist eine solche Zinsverrechnung jedoch nur dann möglich, wenn die Bank berechtigt ist, die Salden auch haftungsmäßig zu verrechnen, da sie sonst für die Guthaben-Salden Mindestreserven vorhalten müsste.

allen Fällen, bei welchen ein Interessengegensatz mit einem oder mehreren Geschäftsführern besteht, durch die Kommissare vertreten. Die Hauptversammlung kann jederzeit eine oder mehrere andere Personen zu diesem Zweck bestimmen.“⁷²⁰ Die beiden Untergerichte sind der Auffassung des Konkursverwalters gefolgt. Auch der Hoge Raad wollte dieser Auffassung folgen, legte aber dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung die Frage vor, ob es mit der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vereinbar sei, wenn die Gesellschaft, deren Guthaben verrechnet wurde, der Rabobank den Interessenskonflikt des handelnden Geschäftsführers als Einschränkung der Vertretungsbefugnis entgegen halten kann.

Die Kommission vertrat vor dem EuGH die Auffassung, dass die Berufung auf einen Interessenskonflikt (um eine Vertretungshandlung als nicht bindend zu betrachten) mit Art 9 Abs 1 der Richtlinie nicht vereinbar sei.⁷²¹ Als Gegenargument wurde insbesondere von Schweden und Finnland vorgebracht, Art 9 regle die angesprochene Problematik gar nicht, da es dem nationalen Gesetzgeber gestattet sei, die Vertretungsmacht für den Fall einer Interessenskollision zu verneinen.⁷²² Der Generalanwalt⁷²³ hielt Art 9 ebenfalls für nicht anwendbar, da es sich bei den in diesem Artikel genannten Beschränkungen nicht um die subjektiven Umstände bei der Willensbildung handle. Der Interessenskonflikt führe zu einem Mangel der Willensbildung, der die Vertretungsmacht ohne Gutgläubensschutz entfallen lassen könne. Dieser Fall werde in Art 9 der Richtlinie ebenso wenig geregelt wie andere Fälle der Beeinträchtigung der Willensfreiheit, etwa durch Irrtum oder mangelnde Geschäftsfähigkeit.⁷²⁴

Der EuGH folgte der Rechtsansicht seines Generalanwalts und erklärte, dass der Fall einer Ungültigkeit wegen eines Interessenskonflikts des Vertreters von Art 9 der Publizitätsrichtlinie nicht umfasst sei.

Diese Entscheidung wurde insbesondere in Deutschland sehr kritisch aufgenommen und ist angesichts des Wortlauts von Art 9 überraschend. Nach Art 9 der 1. Richtlinie wird

⁷²⁰ Übersetzung aus *Meilicke*, RIW 1996, 713 FN 3.

⁷²¹ Sitzungsbericht Rdn 38ff.

⁷²² Sitzungsbericht Rdn 24 und 25.

⁷²³ La Pergola.

⁷²⁴ *Meilicke*, DB 1999, 785f.

die Gesellschaft Dritten gegenüber durch Handlungen ihrer Organe nur dann nicht verpflichtet, wenn diese Handlungen die Befugnisse überschreiten, die nach dem Gesetz diesen Organen zugewiesen werden können. Angesichts der Niederländischen Regelung von Art 256 des zweiten Buches des Niederländischen Zivilgesetzbuches stellen sich hier zwei Probleme:

1. Es ist ganz allgemein zu fragen, ob die grundsätzlich unzweifelhafte Zulässigkeit gesetzlicher Beschränkungen der Vertretungsmacht von Organen der Kapitalgesellschaften auch erlauben, dass Handlungen, die ihrer Art nach für einen Dritten objektiv nicht bestimmbar sind⁷²⁵ – wie eben Interessensgegensätze – die Vertretungsmacht ausschließen. Die deutschen Kommentatoren halten eine solche gesetzliche Regelung selbst für mit Art 9 der Publizitätsrichtlinie nicht vereinbar, da eine gesetzliche Beschränkung wegen der leichten Zugänglichkeit zulässig ist, was aber gerade bei Interessensgegensätzen nicht zutrifft. Der Dritte kann diese oft nur sehr schwer erkennen.⁷²⁶ Interessensgegensätze müssten als interne Beschränkungen ausgestaltet sein, die wiederum gem Art 9 Abs 2 dem Dritten nie entgegen gehalten werden können.⁷²⁷
2. Selbst wenn man die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht auf Fälle in denen keine Interessensgegensätze vorliegen, als richtlinienkonform erachtet, bleibt zu bedenken, dass die gegenständliche niederländische Gesetzesregelung die Vertretungsmacht in diesen Fällen nicht zwingend ausschließt. Art 256 lautet: „*Sofern die Statuten nichts anderes bestimmen*, wird die Gesellschaft in allen Fällen, bei welchen ein Interessensgegensatz mit einem oder mehreren Geschäftsführern besteht, durch die Kommissare vertreten. *Die Hauptversammlung kann jederzeit eine oder mehrere andere Personen zu diesem Zweck bestimmen.*“⁷²⁸ Diese Bestimmung normiert also, dass auch dem vom Interessensgegensatz betroffenen Organ die Vertretungsmacht „zugewiesen werden kann“, nämlich entweder durch die Satzung (arg: „Sofern die Statuten

⁷²⁵ Objektiv bestimmbar wären etwa Satzungsänderungen, Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge, Umwandlungen oder Veräußerung des ganzen Unternehmens.

⁷²⁶ Vgl Meilicke, DB 1999, 787.

⁷²⁷ Meilicke, DB 1999, 786.

⁷²⁸ Hervorhebungen von der Autorin.

nichts anderes bestimmen“) oder durch die Zuweisung der Vertretungsbefugnis durch die Hauptversammlung. Art 9 Abs 1 schließt die Bindung aber nur in jenen Fällen aus, in denen die gesetzliche Regelung bestimmt, dass das Organ nicht zuständig gemacht werden kann.

4.6.1.3 Richtlinienkonforme Interpretation der §§ 74 AktG und 20 GmbHG

Für die Frage des Missbrauchs der Vertretungsmacht bei den Formalvollmachten des Vorstands der Aktiengesellschaft und des Geschäftsführers der GmbH nach österreichischem Recht ist Art 9 Abs 2 der Publizitätsrichtlinie einschlägig. Zu fragen ist, ob es im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 74 AktG und 20 GmbHG zulässig sein kann, die Vertretung bei Kenntnis des Dritten von der Überschreitung der satzungsmäßigen oder auf einem Beschluss der zuständigen Organe beruhenden Beschränkungen der Befugnisse der Organe⁷²⁹ oder sogar bei fahrlässiger Unkenntnis des Dritten scheitern zu lassen.

In der österreichischen Literatur findet sich zu dieser Frage nur ein Aufsatz von *Auer*⁷³⁰, aber auch in Deutschland ist die Diskussion darüber überschaubar, was angesichts der langen Existenz der Richtlinie verwundert. Grundsätzlich ist jedenfalls davon auszugehen, dass Art 9 Abs 1 S 1, der die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht der Organe erlaubt, in Zusammenschau mit Art 9 Abs 2 nur so gelesen werden kann, dass eine gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht auf Fälle, in denen keine satzungsmäßigen Beschränkungen verletzt werden nicht von Art 1 Abs 1 S 1 umfasst sein kann.⁷³¹ Es ist also keine „gesetzliche Beschränkung“ iSd Art 9 Abs 1 S 1, wenn der Gesetzgeber satzungswidriges Handeln der Organe für ungültig erklärt. Vielmehr muss die konkrete Beschränkung im Gesetz selbst zu finden sein, also die Organkompetenz als solche vom Gesetzgeber entzogen sein. So hat etwa *Schmid*⁷³² darauf hingewiesen, dass Art 269 des portugiesischen Zivilgesetzbuchs, wonach bei beschluss- bzw satzungswidrigem Vertreterhandeln und Kenntnis des Dritten davon ein Fall des Handelns ohne Vertretungsmacht angenommen wird, der ratio des Art 9 Abs 2 widerspricht. Zum komplizierteren Fall des Art 256 des niederländischen ZGB, wonach

⁷²⁹ Vgl Art 9 Abs 2 (68/151/EWG).

⁷³⁰ *Auer*, GesRZ 2000, 138.

⁷³¹ *Schmid*, AG 1998, 130.

⁷³² *Schmid*, AG 1998, 130.

im Fall von Interessenskonflikten die Vertretungsmacht entfällt, vgl die Ausführungen zur Entscheidung Rabobank oben 4.6.1.2. Die klassischen Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht fallen also unter Art 9 Abs 2, der besagt, dass Beschränkungen der Vertretungsmacht, die aus der Satzung oder aus einem Beschluss resultieren, dem Dritten nie entgegengehalten werden können und zwar auch dann nicht, wenn diese Beschränkungen bekannt gemacht worden sind.

Nach einer reinen Wortinterpretation wären also auch die Fälle der Kollusion von der Bindungsanordnung erfasst. Dagegen spricht die historische Interpretation der Bestimmung. In den Beratungen wurde der Fall des Missbrauchs diskutiert. Es wurde festgehalten, dass es sehr wohl die Intention der Richtlinie sei, Missbrauch auszuschließen, die genaue Ausgestaltung aber den einzelnen Mitgliedsstaaten zu überlassen sei.⁷³³ Ein solcher Missbrauch⁷³⁴ wird aber jedenfalls nicht schon bei der objektiven Pflichtwidrigkeit anzusetzen sein, sondern zusätzliche subjektive Elemente beim Vertretenen voraussetzen. Denn ließe man die objektive Pflichtwidrigkeit und beim Dritten Kenntnis davon ausreichen, so würde der Anwendungsbereich des Art 9 Abs 2 auf den Fall schrumpfen, dass die satzungsmäßige Beschränkung zwar möglicherweise bekannt gemacht wurde, aber nicht bekannt war.⁷³⁵ Lässt man auf Seiten des Dritten für die Ungültigkeit fahrlässige Unkenntnis der Beschränkung ausreichen, schrumpft der Anwendungsbereich der zitierten Bestimmung noch weiter, nämlich auf jenen – wohl eher unwahrscheinlichen – Fall, dass die Beschränkung zwar möglicherweise bekannt gemacht war, aber dem Dritten ohne jede Fahrlässigkeit nicht bekannt war.

Die Entscheidung des EuGH im Fall Rabobank kann für die Lösung des Problems des Missbrauchs der Vertretungsmacht meiner Ansicht nach nicht herangezogen werden. Der EuGH stellte fest, dass der nationale Gesetzgeber bei Vorliegen von Interessenskonflikten die Bindung versagen kann. Für das österreichische Recht folgt daraus, dass die Unzulässigkeit von Insichgeschäften nicht richtlinienwidrig ist. Daraus

⁷³³ *Edwards*, European Company Law 40: „The Council of Ministers (...) made it clear in a declaration incorporated in the minutes of the relevant session that Article 9(2) was intended to exclude fraud. The intention was presumably to reflect the position in Germany, where (...) mere knowledge by a third party of limits on the representative's powers will not operate against him, but awareness of abuse or participation in fraud by the representative will defeat his claim.“

⁷³⁴ „fraud“ vgl *Edwards*, European Company Law 40.

⁷³⁵ Vgl *Schmid*, AG 1998, 130; *Auer*, GesRZ 2000, 148.

zu schließen, dass der nationale Gesetzgeber (oder wie in Deutschland und Österreich auch nur die nationale Lehre und Rechtsprechung) freie Hand habe, interne Beschränkungen als für die Vertretungsmacht grundsätzlich beachtlich auszugestalten, würde Art 9 Abs 2 der Richtlinie jeden Anwendungsbereich nehmen.⁷³⁶ Grundlage des Falles Rabobank war eben keine interne (satzungs- oder beschlussmäßige) Beschränkung der Vertretungsmacht.

Zusammengefasst ist meines Erachtens, dass eine Interpretation der Normen über die Vertretungsmacht von Vorstand und Geschäftsführer, die eine objektive Pflichtwidrigkeit des Vertreters für die Ungültigkeit genügen lässt, der Publizitätsrichtlinie widersprechend, während der Kollusionsansatz, welcher Schädigungsabsicht beim Vertreter und Wissen oder Wissen-Müssen beim Dritten verlangt, von der Richtlinie gedeckt ist.

4.7 Wichtige Aspekte zur Beurteilung des Problems – Eigene Meinung

4.7.1 Dogmatische Einordnung

Die Unsicherheiten darüber, ab wann von einer Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht auszugehen ist, wurzeln nicht zuletzt in der unterschiedlichen dogmatischen Einordnung dieser allfälligen Unwirksamkeit. Wie oben dargestellt, stützt sich der OGH fast ausschließlich auf Sittenwidrigkeit, während in der Lehre – je nach angestrebter Rechtsfolge – auch Rechtsmissbrauch und vertretungsrechtliche Lösungen angeboten werden.

4.7.1.1 Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB

Fast die gesamte oberstgerichtliche Rechtsprechung (vgl dazu oben 4.4.1) und der überwiegende Teil der Lehre⁷³⁷ sehen in der Sittenwidrigkeit des Geschäfts die

⁷³⁶ Schmid, AG 1998, 130; aA Auer, GesRZ 2000, 148.

⁷³⁷ Krejci in Rummel³, § 879 Rz 129ff; Strasser in Rummel³, §§ 1016, 1017 Rz 23b; Peter Apathy/Andreas Riedler in Schwimann Praxiskommentar zum ABGB IV³ (2005) § 879 Rz 11; Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht I⁴ 33 schreiben vom Einwand der Arglist; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 126 Rz 13.

dogmatische Grundlage für eine allfällige Unwirksamkeit eines Geschäfts, das unter Missbrauch der Vertretungsmacht geschlossen wurde.

Sittenwidrig ist ein Geschäft dann, wenn es – ohne gegen ein Gesetz zu verstoßen – offenbar rechtswidrig ist, insbesondere wenn es gegen oberste und allgemeine Rechtsgrundsätze verstößt.⁷³⁸ Grundsätzlich ist also ein Geschäft, wenn es nicht verboten ist, erlaubt. Diese Freiheit findet bei den Guten Sitten seine Grenze,⁷³⁹ wenn diese in Schädigungsabsicht überschritten wurden.⁷⁴⁰ Ein Geschäft ist also nur dann sittenwidrig, wenn es von anstößigen Motiven getragen ist. Darüber hinaus darf man nicht durch die Berufung auf die guten Sitten bewusste gesetzliche Entscheidungen durchkreuzen.⁷⁴¹

Die Wahl von § 879 ABGB als Grundlage führt in der Folge dazu, dass reine Pflichtwidrigkeit des Vertreters für eine Unwirksamkeit nicht ausreichen kann. Nur die Überschreitung des Innenverhältnisses allein macht das Geschäft noch nicht inhaltlich anstößig. Es kann viele Gründe dafür geben, dass der Vertreter sich außerhalb seines Innenverhältnisses begibt: Er kann sich in dem Irrtum befinden, das Geschäft sei vom Innenverhältnis gedeckt. Er kann wissen, dass das Geschäft nicht vom Innenverhältnis gedeckt ist, aber der Meinung sein, im Interesse des Geschäftsherrn zu handeln, etwa weil dessen Zustimmung zu einem günstigen Geschäft nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden kann. In beiden Varianten kann sich das Geschäft als nachteilig herausstellen, was aber das Geschäft selbst nicht sittenwidrig macht. Auch das Wissen des Dritten von der Überschreitung der Innenbefugnisse macht das Geschäft nicht inhaltlich anstößig. Der Dritte kann davon ausgehen, dass selbst der Vertreter, der das Innenverhältnis überschreitet, dies nicht aus unlauteren Motiven macht.⁷⁴² Das heißt, dass auch der Vertragspartner einer AG, der weiß, dass die – im Innenverhältnis notwendige –

⁷³⁸ Apathy/Riedler, Schwimann³, § 879 Rz 8.

⁷³⁹ Reischauer in Rummel³, § 1295 Rz 54.

⁷⁴⁰ Reischauer in Rummel³, § 1295 Rz 56.

⁷⁴¹ Franz Bydlinski, Über das Verständnis der „guten Sitten“ im österreichischen Recht, in FS Gernhuber (1993) 124.

⁷⁴² So auch Stanzl in Klang IV/1, § 1916, 858, wenn er ausführt, dass es nicht Sache des Geschäftspartners sein könne, in die Verhältnisse zwischen Vertreter und Vertretenem einzudringen, und zwar weder was die Richtigkeit der Handlung des Vertreters noch was die Interessen des Vertretenen betrifft; sowie Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 72, der ausführt, dass der Dritte selbst bei Wissen über die Überschreitung des Innenverhältnisses von lauterer Motiven ausgehen darf, da es ebenso wenig seine Sache sei, die Motive des pflichtwidrigen Handelns des Vorstands, wie das Vorliegen interner Beschränkungen, überhaupt zu ergründen.

Zustimmung des Aufsichtsrats nicht eingeholt wurde, davon ausgehen darf, der Vorstand werde dafür seine Gründe haben, denen der Vertragspartner nicht auf den Grund gehen muss. Es braucht auf Seiten des Vertreters also Schädigungsabsicht und auf Seiten des Dritten zumindest Wissen von der Schädigungsabsicht des Vertreters. Vom Maßstab der Sittenwidrigkeit aus gesehen, kann man sich weder mit bloßer Pflichtwidrigkeit auf Seiten des Vertreters noch mit bloßem Wissen von der objektiven Pflichtwidrigkeit oder Wissen-Müssen von der Schädigungsabsicht auf Seiten des Dritten begnügen.⁷⁴³

4.7.1.2 Rechtsmissbrauch nach § 1295 Abs 2 ABGB

Teilweise wird in Lehre und Rechtsprechung auch die Ausübung des Rechts (die Geltendmachung der Forderung gegen den Geschäftsherrn) des Dritten als rechtsmissbräuchlich bezeichnet.⁷⁴⁴ Hier handelt es sich nicht um Sittenwidrigkeit bei der Rechtsentstehung, sondern um Sittenwidrigkeit bei der Rechtsausübung. Zu dieser Lösung kann man daher nur kommen, wenn man das Geschäft selbst nicht als ein wegen Sittenwidrigkeit nichtiges einschätzt. Wenn ein Recht durch sittenwidriges Verhalten erst begründet werden soll, verhindert dies idR das Entstehen des Rechts, sodass in Wahrheit das Problem der sittenwidrigen Rechtsausübung gar nicht entsteht.⁷⁴⁵ Im Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht wird aber gegebenenfalls gerade in der Rechtsbegründung (dem Vertragsschluss) sittenwidrig gehandelt – und nicht erst im Zeitpunkt der Rechtsausübung (bei Einfordern der Verbindlichkeit durch den Dritten).

Sinn macht es allerdings, sich auf § 1295 Abs 2 ABGB zu stützen, wenn man nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit, sondern jene des Schadenersatzes des Dritten dem Vertretenen gegenüber anstrebt. Grundsätzlich hat nur der Vertreter dem Vertretenen gegenüber Treuepflichten, da nur dieser mit dem Vertretenen in einer vertraglichen Beziehung steht. Erleidet der Vertretene durch das Handeln des Vertreters einen Vermögensschaden, so ist der Vertreter dem Vertretenen gegenüber schadenersatzpflichtig.

⁷⁴³ So auch *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 13.

⁷⁴⁴ OGH 6 Ob 127/58; *Pisko*, Handelsrecht 114; *Kretz* in *Staub*, ADHGB Art 43 § 2; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1295 Rz 156.

⁷⁴⁵ Vgl *Reischauer* in *Rummel*³ § 1295 Rz 59.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist der Dritte dem Vertretenen gegenüber bezüglich Vermögensschäden nicht ersatzpflichtig, da Vermögensschäden nur in vertraglichen Beziehungen oder bei Verletzung von Schutzgesetzen ersetzt werden.⁷⁴⁶ Allerdings könnte der Dritte dann schadenersatzpflichtig werden, wenn er in die Interessen des Geschädigten vorsätzlich sittenwidrig eingegriffen hätte. Dies bestünde in den Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht darin, dass der Dritte vorsätzlich und sittenwidrig in das Forderungsrecht des Vertretenen gegen den Vertreter (mit dem Inhalt das Innenverhältnis nicht zu überschreiten), etwa durch Verleitung zum Vertragsbruch, eingreift.⁷⁴⁷

Die Schadenersatzpflicht des Dritten könnte dann eine Rolle spielen, wenn der Vertreter selbst nicht sittenwidrig handelt (zB weil er sich irrtümlich im Rahmen seines Auftrags wähnt), der Dritte aber, der von der Überschreitung Kenntnis hat, selbst in der Absicht handelt, den Geschäftsherrn zu schädigen.⁷⁴⁸

Zu beachten ist bei Rechtsmissbrauch als dogmatischer Grundlage zweierlei:

Zunächst ist festzuhalten, dass nur bei einer vorsätzlichen sittenwidrigen Handlung des Dritten eine Ersatzpflicht entstehen kann. Das heißt, die Fälle der – auch groben – Fahrlässigkeit scheiden bei dieser dogmatischen Grundlage aus, subjektive Voraussetzungen auf Seiten des Vertreters müssen hingegen nicht vorliegen.

Weiters ist die Rechtsfolge nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern die Schadenersatzpflicht des Dritten. Das Geschäft ist also gültig und die Forderung des Dritten besteht zu Recht. Der Dritte muss dem Vertretenen aber die durch das Geschäft entstandenen Schäden ersetzen, wobei natürlich eine etwaige Schadenersatzpflicht des Vertreters gegenüber dem Vertretenen aus dem Vertragsbruch selbst unangetastet bleibt.

⁷⁴⁶ *Helmut Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) 4/36.

⁷⁴⁷ *Helmut Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 95ff; diese Konstruktion geht auf die Habilitationsschrift *Helmut Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) zurück.

⁷⁴⁸ Darüber hinaus kann sich der Geschäftsherr auch bei Schadenersatzpflicht des Vertreters an den – möglicherweise wirtschaftlich potenteren – Dritten halten.

4.7.1.3 Lösungen innerhalb des Vertretungsrechts

In der österreichischen Lehre⁷⁴⁹ findet sich in neuerer Zeit auch der Ansatz, die dogmatische Grundlage für eine allfällige Unwirksamkeit des Geschäfts im Vertretungsrecht selbst zu sehen und dafür entweder die Bestimmungen über die Formalvollmachten teleologisch zu reduzieren oder aber in anderen Vorschriften die Basis für Analogien zu finden.

Gemeinsam ist diesen Ansätzen, dass sie die Abstraktheit der Vollmacht als solche in Frage stellen. Der Umfang der Vollmacht soll eben nicht in jedem Fall unabhängig vom Innenverhältnis sein, sondern letzteres soll gegenüber dem Schlechtgläubigen durchschlagen.⁷⁵⁰ Setzt man hingegen das Abstraktionsprinzip voraus, sind Berufungen auf die Gutgläubigkeit des Dritten deshalb inkonsistent, weil die absolute Unbeschränkbarkeit der Prokura gegenüber Gut- wie Schlechtgläubigen ihrem Wortlaut nach gilt und das Abstraktionsprinzip sich gerade durch seine Wirkung gegenüber dem Wissenden vom Gutglaubensprinzip unterscheidet.⁷⁵¹ Vater des Gedankens ist bei diesen Ansätzen wieder die gewünschte Rechtsfolge. Da der Ansatz der Sittenwidrigkeit jedenfalls auf Seiten des Vertreters und der Ansatz des Rechtsmissbrauchs jedenfalls auf Seiten des Dritten Schädigungsabsicht verlangt (wobei letzterer darüber hinaus nur zu einer Schadenersatzpflicht führt), ist der Ansatz über das Stellvertretungsrecht selbst die einzige Möglichkeit, wenn man das Geschäft unwirksam werden lassen und dabei auf die Schädigungsabsicht des Vertreters verzichten will. Es überrascht daher wenig, dass die Vertreter dieses Ansatzes in Österreich insbesondere *Wilhelm* und *P. Bydlinski* sind.

Den Weg der Analogie geht *Wilhelm*: Er bestreitet grundsätzlich die Abstraktheit der Vollmacht.⁷⁵² Eine Wirkung der Vollmacht über den Auftrag hinaus könne nur darin liegen, dass der Vertreter einen äußeren Tatbestand gesetzt habe, der den Dritten zur

⁷⁴⁹ In der deutschen Lehre ist dieser Ansatz deutlich weiter verbreitet, vgl den Überblick bei *Christoph Tietz*, Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura (1990) 281ff; grundlegend auch *Clausdieter Schott* Der Missbrauch der Vertretungsmacht AcP 171 (1971) 385.

⁷⁵⁰ So etwa ausdrücklich *Wilhelm*, JBl 1985, 453f.

⁷⁵¹ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 166.

⁷⁵² *Wilhelm*, JBl 1985, 494.

Annahme der Vollmacht berechtige.⁷⁵³ Den Wortlaut der Bestimmungen über die Formalvollmachten hält *Wilhelm* für überschießen, da die „Verkehrsschutz-Normallösung“ dahin gehe, dass die Zurechnung bei Vorliegen eines äußeren Tatbestands nur dann erfolge, wenn der Dritte auf diesen äußeren Tatbestand vertraut habe und darauf vertrauen durfte.⁷⁵⁴ *Wilhelms* Ausgangspunkt, dass eine intern beschränkte Formalvollmacht auch eine tatsächlich beschränkte Vollmacht ist, führt in der Folge zur Anpassung der Rechtsfolgen des auftragswidrigen Handelns an jene der Anscheinsvollmacht. *Wilhelm* sieht nun in der Norm des § 15 Abs 1 HGB die Grundlage für die objektive Teleologie des Gesetzes. Daher will er auch diese Norm analog auf die Paragraphen der Formalvollmachten angewandt wissen.⁷⁵⁵ § 15 des heutigen UGB bestimmt, dass eine Prokura, die ins Firmenbuch eingetragen ist, auch dann Wirkung entfaltet, wenn sie bereits erloschen ist, dieses Erlöschen aber nicht ins Firmenbuch eingetragen ist und der Dritte vom Erlöschen keine Kenntnis hat. *Wilhelms* Argument für die analoge Anwendung dieser Norm ist: Wenn sich der Dritte bei Kenntnis sogar das Nichtbestehen der Prokura entgegen halten lassen muss, dann erst recht die Beschränkung derselben.⁷⁵⁶

Dazu ist anzumerken, dass der historische Gesetzgeber das Erlöschen und die Beschränkung der Prokura grundsätzlich unterschiedlich gelöst hat: Das Erlöschen der Prokura kann ins Firmenbuch eingetragen werden, während das für die Beschränkung nicht zulässig ist. Es soll nur entweder Prokura erteilt sein oder nicht – genau die Fälle von beschränkter Prokura, also „Halbprokura“, wollte der Gesetzgeber nicht zulassen. Die Ausgestaltung des Erlöschens als eintragbar und der Beschränkung als nicht eintragbar spricht dafür, dass der Gesetzgeber – anders als *Wilhelm* annimmt – die Beschränkung der Prokura als grundsätzlich unzulässig ausgestalten wollte und dem § 49 des heutigen UGB nicht nur den Inhalt einer gesetzlichen Vermutung geben wollte.

Die Analogie von § 871 ABGB auf das Recht der Stellvertretung schlägt *Wilhelm* für die Formalvollmachten nicht vor (vgl oben 4.5.2), auch wenn er teilweise so wiedergegeben wird.⁷⁵⁷

⁷⁵³ *Wilhelm*, JBl 1985, 455ff.

⁷⁵⁴ *Wilhelm*, JBl 1985, 462.

⁷⁵⁵ *Wilhelm*, JBl 1985, 463f.

⁷⁵⁶ *Wilhelm*, JBl 1985, 463.

⁷⁵⁷ So etwa *Bollenberger/Csoklich*, ÖBA 2001, 446 FN 71.

Den Weg der teleologischen Reduktion geht *P. Bydlinski*. Er kommt zu dem Schluss, dass die Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten den von ihm ermittelten Telos nicht tragen (vgl dazu oben 4.5.2) und erklärt, dass „(...) der Gesetzgeber (...) zentrale Prinzipien – und damit wesentliche Gerechtigkeitsaspekte – bei der Formulierung der hier interessierenden Normen nicht beachtet hat.“⁷⁵⁸ Er hält daher die teleologische Reduktion für notwendig und geboten.⁷⁵⁹ Der von *P. Bydlinski* ermittelte Telos der Unbeschränkbarkeit ist der Schutz des Vertrauens des Dritten auf den gesetzlich definierten Umfang. Wenn der Dritte im Einzelfall weiß, dass interne Beschränkungen überschritten werden, so bedarf er dieses Schutzes nicht. Die Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit sind also dahingehend zu reduzieren, dass Beschränkungen Dritten gegenüber unwirksam sein sollen, es sei denn der Dritte hätte von der Beschränkung Kenntnis. In diesem Fall liege vollmachtsloses Handeln des Vertreters vor.⁷⁶⁰ *P. Bydlinski* selbst räumt ein, dass die Anwendung einer teleologischen Reduktion nicht über jeden Zweifel erhaben ist, da diese möglicherweise an der Grenze des § 6 ABGB⁷⁶¹ scheitert. Allerdings geht er davon aus, dass die teleologische Reduktion zulässig ist, weil die Rechtsordnung Fälle, in denen ein Rechtsunterworfener durch eine abstrakte Rechtsposition geschützt wird, obwohl er dieses Schutzes gar nicht bedarf, nicht toleriere, was *P. Bydlinski* anhand des Art 17 WG illustriert.⁷⁶²

Dazu ist anzumerken, dass das österreichische Recht eine Vielzahl von Fällen kennt, bei denen Rechtsfolgen angeordnet werden, die allgemein einen bestimmten Schutzgedanken verwirklichen sollen, deren Gültigkeit aber nicht in jedem Einzelfall daraufhin überprüft werden, ob der – abstrakt zu Grunde gelegte – Schutzgedanke der Rechtsfolgenanordnung auch konkret verwirklicht worden ist. So erhält bekanntlich ein Verbraucher den Schutz der Bestimmungen des KSchG, auch wenn er im konkreten Fall der ökonomisch Stärkere und mit Informationsvorsprung ausgestattete Vertragspartner ist. Es wird nicht im Einzelfall teleologisch reduziert, bis der Schutzgedanke in diesem Vertrag konkret verwirklicht ist. Ein anderes Beispiel ist die

⁷⁵⁸ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 39.

⁷⁵⁹ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 39.

⁷⁶⁰ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 42.

⁷⁶¹ Der so genannten Lex lata-Grenze.

⁷⁶² *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 39; § 17 WG sieht vor, dass die Abstraktheit des Wechsels durchbrochen wird, wenn der Wechselwerber bewusst zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat.

Bestimmung des Schriftlichkeitsgebots für Bürgschaftserklärungen, das bekanntlich dem Übereilungsschutz des Bürgen dient. Nun wird aber nicht im Einzelfall geprüft, ob sich der – mündlich erklärende – Bürge tatsächlich genug Zeit zum Überlegen genommen hat und daher im konkreten Fall des Übereilungsschutzes nicht bedurft hätte. Auch hier wird das Schriftlichkeitsgebot nicht dahingehend teleologisch reduziert, dass es nur gelten soll, wenn sich der Bürge nicht ausreichend Überlegungszeit genommen hat.

Diese Beispiele sollen als Illustration dafür dienen, dass der Rechtsordnung nicht unbekannt ist, dass sich abstrakt zu Grunde gelegte Schutzzwecke im Einzelfall nicht verwirklichen wobei die Rechtsfolge trotzdem eintritt. Es kann daher meines Erachtens keine Rede davon sein, dass ohne teleologische Reduktion „(...) ganz wesentliche Prinzipien des Privatrechts negiert (...)“⁷⁶³ würden.

Die einzigen Ansätze, welche die Unwirksamkeit von nur objektiv pflichtwidrigem Handeln des Vertreters mit Formalvollmacht und Kenntnis davon des Dritten dogmatisch ermöglichen, sind jene der teleologischen Reduktion und der Analogie (§ 15 UGB). Von Seiten der Methodenlehre ist zu überprüfen, ob eine Analogie oder eine teleologische Reduktion im Fall der Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit der Formalvollmachten dogmatisch zulässig ist.

Analogie und teleologische Reduktion der Bestimmungen sind dann **unzulässig**, wenn mit Deutlichkeit feststeht, dass der historische Gesetzgeber die angeordneten Rechtsfolgen positiv gewollt hat.⁷⁶⁴ Oder anders herum: Sowohl Analogie als auch teleologische Reduktion sind dann unzulässig, wenn der historische Gesetzgeber die so gewonnene Lösung nachweislich nicht wollte. Durch diese Instrumente der Rechtsanwendung sollen Planwidrigkeiten des historischen Gesetzgebers beseitigt werden – eine Rechtssetzung der Rechtsanwender hingegen ist unzulässig.⁷⁶⁵

Eine Analogie des § 15 UGB auf die Bestimmungen über die Prokura und andere Formalvollmachten ist daher dann unzulässig, wenn mit Deutlichkeit feststeht, dass der

⁷⁶³ P. Bydlinski in FS Bydlinski 38.

⁷⁶⁴ Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 567.

⁷⁶⁵ Franz Bydlinski in Koller/Hager/Junker/Singer/Neuner, Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken (1988) 46ff.

historische Gesetzgeber sich positiv für die Zurechnung jener Geschäfte, deren Pflichtwidrigkeit der Dritte kannte, ausgesprochen hat. Dasselbe muss für eine teleologische Reduktion im Sinne *P. Bydlinskis* gelten. Daher fragt sich in einem weiteren Schritt, ob die Materialien ausreichen, um einen solchen Willen des Gesetzgebers nachzuweisen oder nicht. Erst dann kann – *de lege lata* – eine Aussage darüber getroffen werden, ob die Lösung, nach welcher die Beschränkung dem Dritten dann entgegen gehalten werden kann, wenn er sie kannte, überhaupt dogmatisch zulässig ist.

4.7.2 Historisch-teleologische Interpretation anhand der Bestimmungen zur Prokura

Kaum ein Autor, der sich eingehender mit dem Problem des Missbrauchs von Formalvollmachten beschäftigt, kommt an der historischen Interpretation, insbesondere der Bestimmung des § 50 UGB, vorbei.⁷⁶⁶ Wie das vorangegangene Kapitel über die möglichen dogmatischen Grundlagen für eine allfällige Unwirksamkeit von Vertretungshandlungen bei Formalvollmachten gezeigt hat, ist die historische Interpretation der Schlüssel für die weitere Betrachtung möglicher Lösungen. Eine Unwirksamkeit der Vertretungshandlung bei bloßer Pflichtwidrigkeit des Vertreters und/oder bloßem Wissen (Wissen-Müssen) von dieser Pflichtwidrigkeit auf Seiten des Dritten ist – wie beschrieben – nur im Wege der Analogie oder der teleologischen Reduktion möglich (vgl. oben 4.7.1.3). Eine solche Lückenfüllung ist dem Rechtsanwender aber nur dann gestattet, wenn die historische Interpretation zeigt, dass im Gesetzwerdungsprozess eine Planwidrigkeit erkannt werden kann.

Die historische Analyse bietet mehrere Hinweise dafür, dass bei der Entwicklung der Norm des heutigen § 50 UGB die Möglichkeit, dass der Prokurist pflichtwidrig handelt und dass der Dritte davon gewusst hat, in Betracht gezogen wurde, und dass in diesem Fall das Geschäft trotzdem gültig sein sollte.

⁷⁶⁶ Vgl. *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 31ff; *Wilhelm*, JBl 1985, 426ff; *Auer*, GesRZ 2000, 140ff.

Die Hinweise sind im Einzelnen:

- Der Preußische Entwurf eines ADHGB sah Beschränkungsmöglichkeiten der Prokura in Art 43 vor, die nur dann beachtlich sein sollten, wenn sie der Dritte bei Abschluss des Geschäfts nachweislich kannte⁷⁶⁷ (vgl oben 2.2.3.2.1). In der Nürnberger Sitzung wurde dagegen die Unbeschränkbarkeit der Prokura beschlossen.⁷⁶⁸
- Den Einwendungen *Goldschmidts* und *Schiemanns*⁷⁶⁹, wonach der Dritte nur dann geschützt werden sollte wenn er gutgläubig ist (vgl oben 2.2.3.2.3) wurde nicht gefolgt. Die Unbeschränkbarkeit der Vollmacht ohne Ausnahme für wissende Dritte setzte sich in der dritten Lesung durch⁷⁷⁰ (vgl oben 2.2.3.2.4).

Nun ist es aber genau die Lösung des bewusst abgelehnten Art 43 des Preußischen Entwurfs, die einige Autoren jetzt mit Hilfe der Analogie und der teleologischen Reduktion verwirklichen wollen.

- Auch im Zusammenhang mit der Vertretungsmacht des OHG-Gesellschafters kann man nicht von einer Planwidrigkeit ausgehen. Hier wurde darauf hingewiesen, dass schon für die Prokura angenommen worden sei, dass die Handlungen des Prokuristen den Vertretenen auch dann binden, wenn sie instruktionswidrig sind, egal „(...) ob dies der Dritte wisse, oder nicht, solange nur keine dolosen Kollusionen vorlägen.“⁷⁷¹
- Im ADHGB war vorgesehen, dass eine Eintragung von Beschränkungen im Handelsregister „für unstatthaft erklärt“⁷⁷² wird. Das weist darauf hin, dass der reine Gutgläubensschutz keinesfalls verwirklicht werden sollte. Denn ein Blick in das Handelsregister sollte dem Dritten ja nicht erspart werden, wenn er sich

⁷⁶⁷ Lutz, Protokolle II. Theil 8f.

⁷⁶⁸ Lutz, Protokolle I. Theil 81.

⁷⁶⁹ *Goldschmidt*, Beilagenheft der ZHR 3 (1869); *Schliemann*, Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines ADHGB (1858).

⁷⁷⁰ Lutz, Protokolle III. Theil 952.

⁷⁷¹ Lutz, Protokolle III. Theil 1004.

⁷⁷² Lutz, Protokolle I. Theil 86.

vergewissert, dass sein Verhandlungspartner tatsächlich Prokurist und ob er alleinvertretungsbefugt ist. Mit einem solchen Blick könnte er sich auch über allfällige Beschränkungen informieren, wenn die Eintragung solcher Beschränkungen als zulässig normiert worden wäre – dies ist aber nicht passiert. Der Dritte sollte nicht in seinem guten Glauben geschützt werden, sondern die Prokura sollte tatsächlich nach außen hin nicht beschränkbar sein.

Der Gesetzgeber hat hier also dieser „Lückenfüllung“ durch die klare Diskussion der Rechtsfolgen und durch die Abkehr von der Gutgläubenslösung eine klare Absage erteilt. Was der historische Gesetzgeber aber nicht ausschließen wollte, ist die Unwirksamkeit der Vertretungshandlung bei Kollusion. Das zeigt sich an zwei Stellen der Materialien:

- Die bereits zitierte Stelle betreffend die Vertretungsmacht des OHG-Gesellschafters stellt fest, dass Wissen von der Beschränkung dem Dritten nicht schadet, „solange nur keine dolosen Kollusionen vorlägen.“⁷⁷³
- In einer weiteren Stelle wird festgestellt, dass die Unwirksamkeit der Beschränkungen Dritten gegenüber die Einrede des Dolus nicht ausschließe, denn es sei nicht Absicht der Bestimmung, „auch alle betrügerischen Handlungen des Socius und des an dem Dolus des Letzteren participierenden Dritten zu legalisieren.“⁷⁷⁴

Aus dieser Zusammenschau der Materialien ergibt sich mE zweifelsfrei, dass der historische Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen hat, dass pflichtwidrige Geschäfte des Vertreters auch bei Wissen des Dritten wirksam sein sollen. Kollusion allerdings soll das Geschäft unwirksam machen.

⁷⁷³ Lutz, Protokolle III. Theil, 1004.

⁷⁷⁴ Lutz, Protokolle I. Theil FN 45, 4665.

4.7.2.1 Die Beschränkbarkeit von Formalvollmachten

Es kann keinen ernsthaften Zweifel darüber geben, dass der historische Gesetzgeber mit der Formulierung „*Eine Beschränkung des Umfangs der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam*“⁷⁷⁵ verhindern wollte, dass der Geschäftsherr durch schlichte Mitteilung an den Geschäftspartner ein darüber hinausgehendes Geschäft scheitern lassen kann.

Der Wortlaut müsste sonst etwa lauten: „*Eine Beschränkung des Umfangs der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam, außer der Umfang der Prokura wird dem Dritten gegenüber beschränkt.*“

Noch weniger kann es gewollt gewesen sein, dass der Geschäftsherr durch allgemeine informative Vorkehrungen eine Situation schafft, die die Beschränkung der Formalvollmacht so weit bekannt macht, dass die Nichtkenntnis fahrlässig wäre. Vollzieht man die Diskussionen in den Materialien nach, so zeigt sich, dass eben gerade verhindert werden sollte, dass der Geschäftsherr etwa auf Visitenkarten, Geschäftsbriefen, Signaturen etc auf eine allfällige Beschränkung hinweisen kann und ihn dieser Hinweis vor pflichtwidrigem Handeln seines Vertreters schützt. Da der Gesetzgeber nicht einmal die Eintragung im Firmenbuch zulassen will, kann ihm nicht die Absicht unterstellt werden, ein Hinweis auf Geschäftsbriefen solle möglich und wirksam sein.

Genau das wäre der Effekt der genannten Lösungen. Lässt man durch Wissen-Müssen und eingeschränkt auch durch Wissen des Dritten (von der objektiven Pflichtwidrigkeit des Vertreters) das Geschäft scheitern, kommt man im Ergebnis zu einer Beschränkbarkeit der Formalvollmachten.⁷⁷⁶ Diese Beschränkbarkeit hat der historische Gesetzgeber nicht gewollt, was sich aus dem klaren Wortlauts der Bestimmung, aus der Überschrift zum heutigen § 50 UGB⁷⁷⁷ und aus den in den Materialien zu findenden Wertungen (vgl oben 2.2.3.2) ergibt.

⁷⁷⁵ § 50 Abs 1 UGB.

⁷⁷⁶ So auch Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ §§ 71-74 Rz 72.

⁷⁷⁷ „Unbeschränkbarkeit der Prokura“.

4.7.2.1.1 Verkehrsschutz vs Vertrauensschutz

Nachdem klar geworden ist, dass der historische Gesetzgeber keineswegs wollte, dass ein Geschäft scheitert, wenn der mit Formalvollmacht ausgestattete Vertreter das Innenverhältnis überschreitet und der Dritte davon weiß, könnte man sich mit folgendem Ergebnis zufrieden geben: Eine Analogie oder eine teleologische Reduktion mit diesem Ergebnis ist unzulässig und daher – *de lege lata* – eine Unwirksamkeit jedenfalls ohne Schädigungsabsicht des Vertreters nicht möglich.

An dieser Stelle soll jedoch nicht an jenem Punkt stehen geblieben werden. Es stellt sich die Frage nach dem mit dieser Regelung verfolgten Telos. Es reicht nicht aus, festzustellen, *was* der historische Gesetzgeber wollte, sondern es interessiert auch, *warum* er es wollte.

Bei Diskussionen betreffend des Telos der Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten, kommen zwei Begriffe immer wieder vor. Es sind dies der „Verkehrsschutz“ und der „Vertrauensschutz“, teilweise auch als „Gutglaubensschutz“ bezeichnet.

Vertrauensschutz

P. Bydlinski beschreibt den Zweck der Formalvollmachten sinngemäß so: Um den Geschäftsverkehr zu beschleunigen und zu vereinfachen, ist es notwendig, dass sich der Dritte auf den gesetzlich umschriebenen Umfang der Vollmacht verlassen kann. Er soll wissen, dass ein Geschäft mit einem Geschäftsführer einer GmbH oder einem Prokuristen dann für den Prinzipal gültig ist, wenn es sich im gesetzlich umschriebenen Umfang bewegt. Gegebenenfalls muss auf Gesamtvertretungsregelungen Rücksicht genommen werden, nicht jedoch auf mögliche inhaltliche Beschränkungen. Daher sind Nachforschungsobliegenheiten abzulehnen. Der Zweck der Unbeschränkbarkeit liegt im Vertrauensschutz der der Dritte darf auf den Umfang der Vertretungsmacht vertrauen. Von diesem Telos ausgehend ist daher die Einschränkung der Unbeschränkbarkeit auf jene Fälle schlüssig, in denen der Dritte die interne Beschränkung nicht positiv kannte. Denn in diesem Fall würde der Dritte ja nicht auf den Umfang der Vertretungsmacht vertrauen.

Das Argument für die teleologische Reduktion lautet also kurzgefasst: Zweck ist der Vertrauensschutz; weiß der Dritte von der Überschreitung, vertraut er nicht. Daher: Wer nicht vertraut, braucht keinen Vertrauensschutz.

Der Vertrauensschutz, wie er hier verwendet wird, stellt also eine Art Gutglaubensschutz dar. *P. Bydlinski* geht – wie einige andere Autoren – also davon aus, dass der Telos der Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit der Formalvollmachten der Schutz des Vertrauens des Dritten auf den Umfang der Vertretungsmacht ist: „Wer genau weiß, was sein präsumptiver Vertragspartner (nicht) will, vertraut nicht auf das Gegenteil und verdient daher auch keinen „(Vertrauens-)Schutz.“⁷⁷⁸

Zunächst ist aber zu untersuchen, ob die von *P. Bydlinski*⁷⁷⁹ entwickelte Lösung den Telos des Vertrauensschutzes überhaupt optimal verwirklicht. Denkbar ist zunächst die Variante, dass ein Vertreter im wohlverstandenen Interesse die internen Beschränkungen überschreitet und der Dritte davon weiß, aber davon ausgehen darf, dass diese internen Beschränkungen nicht durchschlagen. Insbesondere muss sich der Dritte darauf verlassen können, dass das ex ante aus guten Gründen als günstig für den Vertretenen eingeschätzte Geschäft, das sich ex post als für diesen ungünstig herausstellt, vom Geschäftsherrn nicht mit dem Hinweis vernichtet werden kann, dass das Geschäft nicht vom Innenverhältnis gedeckt war und dass dem Dritten dieser Umstand bekannt gewesen sei.

Mit dem Vertretenen in ständigem Kontakt stehende Dritte haben oft Einblick in die internen Aufgabenverteilungen, ohne dass ihnen deshalb in jedem Fall zugemutet werden kann, auf die Einhaltung derselben zu bestehen, weil sie in einer gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Vertretenen stehen und sich nicht in interne Angelegenheiten der Geschäftsführung einmischen wollen und können. Sie handeln dabei aber keineswegs in irgendeiner Form *dolos*. Anschaulich wird das etwa bei Weisungen an Arbeitnehmer durch einen intern unzuständigen Vertreter. Da die Erteilung einer Weisung an einen Arbeitnehmer ein Akt der Stellvertretung ist, wird zu

⁷⁷⁸ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 33.

⁷⁷⁹ Keine Wirksamkeit der Vertretungshandlung bei objektiver Pflichtwidrigkeit des Vertreters und Wissen des Dritten darum.

Recht die Ansicht vertreten, dass der Arbeitnehmer der Gesellschaft eine vom vertretungsbefugten Gesellschafter, Geschäftsführer, Prokuristen oder Vorstandsmitglied erteilte Weisung befolgen muss, auch wenn dieser nach der Verteilung der Geschäftsführung hierfür nicht zuständig ist.⁷⁸⁰ Da Arbeitnehmer oft von der internen Aufgabenteilung Kenntnis haben, kämen sie – die Rechtsansicht *P. Bydlinskis* et al zu Grunde gelegt – in die Verlegenheit, diese Weisung nicht auszuführen, weil sie ungültig ist.

Schon *Ehrenzweig* erkannte dies bezogen auf die geheime Vollmacht: „Überschreitet der Vertreter die Grenzen der mitgeteilten geheimen Vollmacht, so darf der andere Teil annehmen, daß dies auf Grund besonderer, nicht mitgeteilter Weisungen geschehen sei, oder daß der Vertreter aus anderen Gründen in der Lage sei, die Überschreitung gegenüber seinem Auftraggeber zu rechtfertigen. Mitteilungen über dergleichen Instruktionen gelten im Verkehre als unverbindlich und unverlässlich, oft werden sie nur vorgeschützt, um den anderen Teil hinzuhalten.“⁷⁸¹

Der Begriff Vertrauensschutz wird im Stellvertretungsrecht ansonsten im Zusammenhang mit der Anscheinsvollmacht (Rechtsscheinvollmacht, Duldensvollmacht etc) verwendet.⁷⁸² Das ist auch systemkonform, denn ein Vertrauensschutz des Dritten wird dann benötigt, wenn der Dritte auf das Vorliegen von Voraussetzungen für einen bestimmten rechtlichen Erfolg vertraut, obwohl diese Voraussetzungen in Wahrheit gar nicht vorliegen. So vertraut der Dritte bei der Anscheinsvollmacht auf das Vorliegen einer Vollmacht, obwohl in Wahrheit gar keine Vollmacht besteht. Dieser Anschein ersetzt gemeinsam mit dem Vertrauen des Dritten auf diesen Anschein (Guter Glaube) und der Herbeiführung des Anscheins durch den scheinbar Vertretenen ersetzt die tatsächlich nicht vorliegende Vollmacht.⁷⁸³

An die Lösung der Anscheinsvollmacht knüpft auch *Wilhelm*⁷⁸⁴ an. Er hält die Lösung der Geltung des Geschäfts trotz Wissens des Dritten von der Überschreitung als mit der Privatautonomie des Geschäftsherrn nur schwer vereinbar. *Wilhelm* meint (folgend

⁷⁸⁰ Vgl OGH 4 Ob 85/65, SZ 38/154; zustimmend *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ § 126 Rz 4; vgl auch *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 126 Rz 8.

⁷⁸¹ *Ehrenzweig*, System² 273.

⁷⁸² Vgl *Landwehr* in *Zimmermann*, 219ff.

⁷⁸³ *Koziol/Welser* Grundriss I¹³ 205ff.

⁷⁸⁴ *Wilhelm*, JBl 1985, 462.

Wellspacher⁷⁸⁵), dass die Verkehrsschutznormallösung das Vertrauen des Dritten auf einen äußeren vom Geschäftsherrn gesetzten Tatbestand wäre.⁷⁸⁶ Natürlich könne das Gesetz weiter gehen und trotz privatautonomer Begründung der Vollmacht ihren Umfang stets heteronom bestimmen, ohne dass es auf ein Vertrauen des Dritten und einen Vertrauensschutztatbestand ankäme. Dies wäre jedoch eine so bedeutsame Abweichung von allgemeinen Grundsätzen, die nur angenommen werden könne, wenn erwiesen sei, dass der historische Gesetzgeber den Umfang der Prokura ausnahmslos zwingend festlegen wollte.⁷⁸⁷

Abgesehen davon, dass dieser Nachweis des Willens des historischen Gesetzgebers mE durchaus erbracht werden kann (vgl oben 4.7.2) ist festzustellen, dass es mit der Privatautonomie des Vertretenen sehr wohl vereinbar scheint, wenn er im Wissen um die Unbeschränkbarkeit Prokura erteilt.⁷⁸⁸ Er nimmt damit das Missbrauchsrisiko durch seinen Prokuristen bewusst in Kauf, um die Vorteile der Prokura zu nutzen, die nicht zuletzt im großen Vertrauen liegen, das dieses Rechtsinstitut wegen seiner Unbeschränkbarkeit im Verkehr genießt. Er kann diese Prokura jederzeit entziehen.⁷⁸⁹

Weiters kennt das geltende Recht eine Reihe von Bestimmungen, wonach bestimmte Rechtsfolgen an das Vorliegen formeller Kriterien geknüpft werden, ohne dass im Einzelfall überprüft wird, ob die Schutzwürdigkeit, zu deren Gunsten diese formellen Kriterien verlangt werden, konkret gegeben sind. Niemand fände es beispielsweise mit der Privatautonomie nicht vereinbar, wenn eine nicht erfüllte Schenkung ohne Notariatsakt unwirksam ist, obwohl beide Parteien die Schenkung gewollt haben und der Schenker im konkreten Fall gar keines Übereilungsschutzes bedurft hätte. Ähnliches gilt beim Doppelverkauf (vgl unten 4.7.2.1.1). Die Rechtsordnung kennt also sehr wohl Kriterien, die abstrakt bestimmte Interessen schützen, ohne einer konkreten Interessensabwägung im Einzelfall zugänglich zu sein. So eine „bedeutsame Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen“ stellt diese Lösung also gar nicht dar.

⁷⁸⁵ Wellspacher, Äußere Tatbestände, 80.

⁷⁸⁶ Wilhelm, JBl 1985, 462.

⁷⁸⁷ Wilhelm, JBl 1985, 462.

⁷⁸⁸ Auch wenn Wilhelm diesen Einwand eine *petitio principii* nennt; Wilhelm, JBl 1985, FN 64.

⁷⁸⁹ So auch Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil⁹ § 46 Rz 13.

Da nachgewiesener Maßen vom historischen Gesetzgeber die Lösung nicht gewollt ist, die den „Vertrauensschutz“ am ehesten verwirklichen würde, stellt sich die Frage, ob mit dem in den Materialien genannten „Verkehrsschutz“ ein anderer Zweck verfolgt werden soll als dies der Vertrauensschutz darstellt.

Bezüglich der zweifellos gewünschten Rechtsfolgen, die sich aus den historischen Materialien ergeben stellt *P. Bydlinski* fest, dass „Einzelne Diskussionsäußerungen, die vor über 140 Jahren in Kommissionssitzungen zur Beratung des ADHGB gefallen sind, (...) nicht als präziser Wille des historischen Gesetzgebers angesehen werden“ sollen.⁷⁹⁰ Doch könnten diese Äußerungen gemeinsam mit der deutlichen Wortwahl und der erklärten Rechtsfolgenabsicht des historischen Gesetzgebers möglicherweise zur Ermittlung des Telos der Bestimmung beitragen. Denn will man dem historischen Gesetzgeber nicht Irrationalität unterstellen, so fragt sich, warum hat er im vollen Bewusstsein um die Rechtsfolgen eben diese Formulierungen gewählt? War es vielleicht nicht (nur) der Telos des Vertrauensschutzes des Dritten, der der Formulierung Pate gestanden hat?

Verkehrsschutz

In den Materialien wird oftmals auf die Maxime des „Verkehrsschutzes“ rekurriert. Dieser bilde die Legitimation der Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten (vgl. oben 2.2.3). In der Rezeption hat diese Wortwahl die Deutung erfahren, dass damit (sinnvollerweise) nur der Vertrauensschutz des Dritten gemeint sein könne.⁷⁹¹ Es stellt sich aber die Frage, ob der den Bestimmungen historisch zu Grunde gelegte Telos des Verkehrsschutzes überhaupt (nur) der Vertrauensschutz des Dritten ist.

Auch folgender Gedankengang ist bei der Interpretation möglich: Es handelt sich bei der Abstraktheit der Formalvollmachten eben nicht um den konkreten Schutz des Dritten, sondern – wie bei Formvorschriften oder im Sachenrecht – um klare Wirksamkeitsvoraussetzungen, die vorhersehbare Rechtsfolgen haben. Der gesamte Rechtsverkehr soll davon profitieren, weil dadurch die Rechtssicherheit erhöht wird.

⁷⁹⁰ *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 32.

⁷⁹¹ Vgl. *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 41: „(...) im Grundsatz unbestrittenen ratio der hier erörterten Vorschriften (...)“.

Wie beschrieben (s oben 2.2.3.2.3) ist dem historischen Gesetzgeber der Einwand, dass durch diese Bestimmung möglicherweise nicht schutzwürdige Dritte geschützt werden könnten, sehr wohl bekannt gewesen, wobei er sich trotzdem für die sehr klare Formulierung entschieden hat. Die These ist hier, dass der Verkehrsschutz auch andere, am Grundgeschäft nicht Beteiligte und damit den Geschäftsverkehr als Ganzes schützen soll, während der Vertrauensschutz – im Sinne eines Gutglaubensschutzes – nur die Interessen des Gewaltgebers und des Dritten gegeneinander abwägt.

Ideengeschichtliche Argumente stützen diese These. Das 19. Jahrhundert ist vom allgemeinen Bewusstsein des in bisher ungeahntem Maße vordringenden Verkehrs, der für sich Schutz und vom Einzelnen Opfer fordert, geprägt. Dieser Verkehrsschutz wahrt nicht die Interessen des Einzelnen, er geht insbesondere zu Lasten des individuellen Eigentums.⁷⁹² Der moderne Verkehrsschutz findet gerade in der Abstraktion, dh in der Trennung von Dürfen und Können, seinen Ausdruck. Der Ausschluss von Interessensabwägungen war ein Produkt dieser Zeit – der Verkehr war die oberste schützenswerte Maxime.⁷⁹³ Es galt: „*Den redlichen Verkehr schützt man wirksam nur, indem man den Verkehr schlechthin schützt.*“⁷⁹⁴

Was unterscheidet aber nun den Verkehrsschutz vom Vertrauensschutz des Dritten? Zunächst Gegenstand des Verkehrsschutzes, Diskussionen über Rechtsfolgen bestimmter Handlungen gar nicht aufkommen zu lassen. Denn zweifellos wird allein dadurch, dass Gerichte bemüht werden könnten, die subjektive Kenntnis des Dritten zu beurteilen, eine Verzögerungsmöglichkeit eröffnet, die den Verkehr weniger flüssig werden lässt. Der Streit darüber, ob der Inhalt der internen Beschränkung nun im Einzelfall dem Dritten bekannt war oder bekannt sein musste, belastet den Geschäftsverkehr erheblich. Gerade diese Komplikationen sollen bei unternehmensrechtlichen Formalvollmachten zwecks Förderung eines möglichst reibungslosen Geschäftsverkehrs vermieden werden.⁷⁹⁵ Diese „Komplikationen“ mögen im Fall der Kollusion gerechtfertigt sein, da hier ja der Vertreter jedenfalls in

⁷⁹² Jünger, Perfektion der Technik⁵ 261ff: „Das Eigentum kontrolliert nicht mehr den Verkehr; der Verkehr kontrolliert das Eigentum“ 304.

⁷⁹³ Müller-Freienfels, Abstraktion 187ff

⁷⁹⁴ Martin Wolff, Das Internationale Privatrecht Deutschlands (1933) § 17 III 62.

⁷⁹⁵ So auch Krejci, Unternehmensrecht⁴ 240.

Schädigungsabsicht gehandelt hat. Wenn aber dem Geschäftsherrn die Möglichkeit eingeräumt wird, ein ex ante nicht schadensgeneigtes, aber die internen Beschränkungen überschreitendes Geschäft, das sich ex post als ungünstig erweist, zumindest zu verzögern, indem das Wissen des Dritten von der Überschreitung behauptet wird, so ist diese Lösung im Ergebnis sehr wohl eine den Verkehr hemmende.

Geschützt vom Verkehrsschutz ist der Geschäftsverkehr als solcher und nicht nur der jeweilige Geschäftspartner. Auch andere am Geschäftsverkehr Beteiligte vertrauen auf die Gültigkeit von Geschäften, die durch Vertreter geschlossen werden. Nicht nur der Dritte soll hier geschützt werden, sondern auch etwa ein auf das Geschäft zwischen Geschäftsherr und Dritten vertrauender Kreditgeber des Dritten. Verkehrsschutz beinhaltet mehr als Vertrauensschutz, da er auch Personen einschließt, die am Grundgeschäft nicht beteiligt sind.

Abgrenzung vom Gutgläubensschutz am Beispiel des Eigentumserwerbs

Immer wieder wird der Missbrauch der Vertretungsmacht mit dem gutgläubigen Erwerb des Nichtberechtigten im Sachenrecht in Beziehung gesetzt. Das Argument für die Unwirksamkeit von das Innenverhältnis überschreitenden Rechtshandlungen des Vertreters wenn der Dritte davon wusste lautet dann etwa: Wenn der Nichteigentümer dem Dritten Eigentum an einer Sache nur bei dessen gutem Glauben wirksam verschaffen kann, so soll im Stellvertretungsrecht gelten, dass der pflichtwidrige Vertreter einen Vertrag auch nur mit einem gutgläubigen Dritten schließen kann.⁷⁹⁶

Das Abstraktionsprinzip als gültig unterstellt ist es aber nicht systemwidrig, beim Gutgläubenserwerb vom Nichtberechtigten die Gutgläubigkeit des Erwerbers zu verlangen, beim Missbrauch der Vertretungsmacht hingegen von diesem guten Glauben abzusehen: Denn während beim Gutgläubenserwerb etwas *ausnahmsweise* zugelassen werden soll, was an sich der Privatrechtsdogmatik widerspricht, nämlich der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten, so würde – sollte man beim Missbrauch der Vertretungsmacht den Guten Glauben verlangen – hier etwas *ausnahmsweise nicht* zugelassen, was dogmatisch aber die Regel und nicht die Ausnahme ist, nämlich die

⁷⁹⁶ Vgl etwa Müller-Freienfels, Abstraktion 190.

Stellvertretung bei Vorliegen der Voraussetzungen *Vollmacht, Handeln im fremden Namen* und *zumindest beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters*.

Es handelt sich also um eine Ausnahme-Regel-Umkehr: Der Gute Glaube ermöglicht ausnahmsweise den Erwerb. Verlangt man den Guten Glauben auch beim Dritten im Falle des Missbrauchs der Vertretungsmacht, so verlangt man diesen nicht, um eine Ausnahme, sondern um eine Regel zu rechtfertigen.

Vergleichbar ist die Frage (Kenntnis des Dritten vom Überschreiten des Innenverhältnisses) also nicht mit dem gutgläubigen Eigentumserwerb, sondern mit dem Erwerb nach einem Doppelverkauf. Auch beim Doppelverkauf erwirbt der Zweitkäufer, dem tatsächlich übergeben wird, nach den Regeln des Rechts. Er erwirbt mit *Titel* und *Modus* vom *dinglich Berechtigten*. Dass dieser dinglich Berechtigte – sein Verkäufer – durch Verpflichtungen seinem Erstkäufer gebunden ist, kann der Zweitkäufer wissen oder auch nicht. Niemand geht in diesem Fall davon aus, vom Zweitkäufer für den Eigentumserwerb den Guten Glauben zu verlangen. Vielmehr versucht man in einem solchen Fall, den Zweitkäufer dem Erstkäufer gegenüber (aus einem Eingriff in fremde Forderungsrechte) schadenersatzpflichtig zu machen (vgl. oben 4.7.1.2). Ließe man den Erwerb des Zweitkäufers gar nicht zu, sofern dieser von der Verpflichtung des Verkäufers dem Erstkäufer gegenüber Kenntnis hat, so würde sich auch jeder Gedanke über Schadenersatzverpflichtungen des Zweitkäufers dem Erstkäufer gegenüber erübrigen: Wo kein Erwerb des Zweitkäufers, da kein Schaden des Erstkäufers. Nachdem also auch beim derivativen Eigentumserwerb nicht plötzlich neben die Voraussetzungen *Titel, Modus* und *Erwerb vom Berechtigten* die Zusatzvoraussetzung *Guter Glaube* tritt, kann auch bei der Stellvertretung nicht zu den Voraussetzungen *Vollmacht, Handeln im fremden Namen* und *zumindest beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters* noch die Zusatzvoraussetzung *Guter Glaube des Dritten* als erforderlich erachtet werden.

Auch wenn ein Dritter mit Hilfe eines Vertreters einen Vertrag mit einem Vertretenen schließt, obwohl er weiß, dass der Vertreter den internen Auftrag überschreitet, nutzt er das rechtliche Können des Vertreters aus und verhindert, dass dieser die Verpflichtung gegenüber seinem Prinzipal erfüllt. Diese Verpflichtung des Vertreters gegenüber dem Vertretenen – etwa der Auftrag oder das Dienstverhältnis – ist nichts anderes als ein

Forderungsrecht des Vertretenen gegenüber dem Vertreter. Wird dieses Forderungsrecht schuldhaft verletzt, so stehen dem Vertretenen jedenfalls gegenüber seinem Vertreter Schadenersatzansprüche zu. Aber auch der Dritte greift möglicherweise schuldhaft in dieses Forderungsrecht ein. Es wäre also denkbar, die von *Koziol* erarbeiteten Bestimmungen über den Ersatz von Schäden beim Eingriff in fremde Forderungsrecht nicht nur beim Doppelverkauf, sondern auch beim Missbrauch der Vertretungsmacht anzuwenden, denn der Dritte greift – wenn er von der internen Beschränkung weiß – schuldhaft in das Forderungsrecht des Vertretenen gegen seinen Vertreter ein.⁷⁹⁷ Wenn dadurch ein Schaden entsteht, so könnte der Dritte dem Vertretenen auch wegen Eingriffs in fremde Forderungsrechte haften.

4.7.3 Interessensabwägungen

Obwohl der historische Gesetzgeber – abgesehen vom Kollusionsfall – die Lösung der Fälle von weisungswidrigen Vertretungshandlungen nicht von Interessensabwägungen abhängig machen wollte,⁷⁹⁸ werden heute in Lehre und Rechtsprechung fast durchgängig solche Interessensabwägungen zur Lösung des Problems angestellt. Dabei ist folgende Argumentation die gängigste: Der Vertretene soll das Missbrauchsrisiko seines Vertreters tragen und den Dritten sollen keine Nachforschungsobliegenheiten treffen. Das Missbrauchsrisiko soll sich aber dann zum Dritten verschieben, wenn er nicht mehr schützenswert erscheint, was je nach Ausrichtung bei Wissen oder Wissen-Müssen vorliegt.⁷⁹⁹

Sollen Interessensabwägungen angestellt werden, so ist auch zu beachten, dass sich bei der oben dargestellten Lösung⁸⁰⁰ nicht nur das Missbrauchsrisiko vom Vertretenen zum Dritten verschiebt, sondern auch das Risiko, schadenersatzpflichtig zu werden, vom Vertreter zum Dritten, obwohl es der Vertreter und nicht der Dritte ist, der dem Vertretenen gegenüber Pflichten hat. Das wurde auch schon vom historischen Gesetzgeber erkannt, wenn er bei Einführung der unbeschränkbaren Vertretungsmacht

⁷⁹⁷ So auch *Strasser* in *Rummel*³ §§ 1016, 1017, Rz 23b.

⁷⁹⁸ *Müller-Freienfels*, Abstraktion 189f.

⁷⁹⁹ Vgl statt vieler *P. Bydlinski* in *FS Bydlinski* 38f.

⁸⁰⁰ Unwirksamkeit bei bloßer Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns.

des Vorstands im HGB vor falschen Eiden gewarnt hat.⁸⁰¹ Durch einen solchen falschen Eid – wenn also der Vertreter beschwört, er habe den Dritten von seiner Pflichtwidrigkeit in Kenntnis gesetzt – kann er sich selbst uU von jeder Schadenersatzpflicht befreien. Denn wenn das Geschäft nicht wirksam ist, ergibt sich trotz pflichtwidrigem Handeln des Vertreters kein (oder nur geringerer) Schaden beim Vertretenen. Der Vertreter handelt im Ergebnis pflichtwidrig, ohne schadenersatzpflichtig zu werden. Der Dritte handelt selbst nicht pflichtwidrig, sondern weiß vom pflichtwidrigen Handeln des Vertreters und hat allein deshalb den Schaden insofern zu tragen, als sein Geschäft nicht wirksam ist.

Nicht zuletzt ergibt sich bei dieser Lösung grundsätzlich die Gefahr, dass der Vertretene die Möglichkeit, das Wissen des Dritten von der Beschränkung zu behaupten, verwendet, um Geschäfte, die sich ex post als ungünstig erweisen, wieder rückgängig zu machen, ohne dass diese Möglichkeit dem Dritten wie bei der aufschiebenden Bedingung bewusst war.

⁸⁰¹ Zweite Lesung zu § 231 HGB des Entwurfs, der schließlich als § 235 beschlossen wurde, gegen den abgelehnten Antrag, den Einwand des Wissens von der Überschreitung des Vorstandes zuzulassen, aus *Hahn/Mugdan* VI: Materialien 594.

5 Zusammenfassung

1. Die direkte Stellvertretung ist ein verhältnismäßig junges Rechtsinstitut, das seinen Ursprung – im Gegensatz zur restlichen Rechtsgeschäftslehre – nicht im Römischen Recht findet.
2. Die Idee der abstrakten, vom Grundverhältnis unabhängigen Vollmacht datiert auf die Mitte des 19. Jahrhunderts und stellte eine Reaktion auf die Normierung von Formalvollmachten im ADHGB dar.
3. Bei der abstrakten Vollmacht hinkte die Theorieentwicklung der Gesetzgebung hinterher, die wiederum auf die Bedürfnisse der Praxis im rasant wachsenden Handelsverkehr des 19. Jahrhunderts reagierte. Die Rechtstheorie hat sich mühsam und über viele Umwege zur abstrakten Vollmacht durchgerungen, da der Fokus auf das Römische Recht für diese Entwicklung hinderlich war. Die heute noch gültige Repräsentationstheorie und die vom Grundverhältnis unabhängige Vollmacht setzte sich nach einer Abhandlung *Paul Labands* 1866 allgemein durch.
4. Das ADHGB regelte schon 1862 die Vertretungsmachten des Prokuristen, des vertretungsbefugten Gesellschafters der Personengesellschaft und des aktienrechtlichen Vorstands als nach außen hin unbeschränkbare Vollmachten mit gesetzlich definiertem Umfang. Wobei die Entwicklungsgeschichte der Prokura den Willen des Gesetzgebers zeigt, dass Geschäfte auch gültig sein sollen, wenn der Vertreter pflichtwidrig handelt und der Dritte davon weiß. Es handelt sich dabei um Formalvollmachten.
5. Formalvollmachten sind Vollmachten, die in ihrem Umfang gesetzlich definiert sind und nach außen hin nicht beschränkt werden können.

6. Die wichtigsten Fälle der Ausgestaltung als Formalvollmacht sind die Vertretungsbefugnisse des aktienrechtlichen Vorstands, des Geschäftsführers der GmbH, des vertretungsbefugten Gesellschafters der Personengesellschaft und des Prokuristen.
7. Bei Formalvollmachten müssen zunächst die gesetzlichen Grenzen der Vertretungsmacht ermittelt und die internen Beschränkungsmöglichkeiten untersucht werden. Ob es sich bei verbotenen Insichgeschäften um gesetzliche Grenzen oder um interne Beschränkungen handelt, ist strittig.
8. Verstößt der Vertreter gegen gesetzliche Grenzen, ist das Geschäft nichtig, verstößt der Vertreter gegen interne Beschränkungen, ist das Geschäft grundsätzlich gültig, außer es handelt sich um einen Fall eines rechtserheblichen Missbrauchs der Vertretungsmacht.
9. Es ist nicht abschließend geklärt, wann ein Geschäft trotz Formalvollmacht ausnahmsweise unwirksam ist, wenn der Vertreter gegen interne Beschränkungen verstoßen hat. Ähnliches gilt bei Verstößen gegen gesetzliche Normen (etwa § 82 GmbHG).
10. Mögliche Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit sind auf Seiten des Vertreters objektive Pflichtwidrigkeit (also bloße Ermächtigungsüberschreitung) sowie Schädigungsabsicht und auf Seiten des Dritten Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von der objektiven Pflichtwidrigkeit und/oder der Schädigungsabsicht des Vertreters sowie eigene Schädigungsabsicht.
11. Die oberstgerichtliche Judikatur zu diesem Thema ist uneinheitlich. Auf Seiten des Dritten wird entweder eigene Schädigungsabsicht oder Kenntnis bzw (grob) fahrlässige Unkenntnis des Vertreters verlangt. Auf Seiten des Vertreters reicht aber objektive Pflichtwidrigkeit keinesfalls, Schädigungsabsicht wird hier jedenfalls vorausgesetzt.

12. Die Ansätze der Lehre in Österreich reichen von der Kollusion, bei der Schädigungsabsicht auf Seiten des Vertreters jedenfalls vorausgesetzt wird, über Abstufungen bis hin zu Lösungen, bei denen Wissen-Müssen von der objektiven Pflichtwidrigkeit genügt. Dabei ist eine Tendenz zu immer geringeren Anforderungen für die Unwirksamkeit zu bemerken.
13. Für die Lösung der Problematik im Bereich der Kapitalgesellschaften ist Art 9 der Publizitätsrichtlinie zu beachten. Für § 20 GmbHG und § 74 AktG sind Interpretationsergebnisse also auch auf ihre Richtlinienkonformität hin zu überprüfen. Gem Art 9 Abs 2 der Richtlinie sollen interne Beschränkungen dem Dritten auch dann nicht entgegen gehalten werden können, wenn sie bekannt gemacht worden sind. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass darunter nicht die Betrugsfälle (fraud) zu subsummieren sind. Hat der Vertreter hingegen ohne Schädigungsabsicht gehandelt, soll die interne Beschränkung dem Dritten nicht („nie“) entgegen gehalten werden können. Diese Interpretation wird auch durch die Rabobank-Entscheidung nicht in Frage gestellt.
14. Die dogmatische Einordnung einer möglichen Unwirksamkeit ist für tragfähige Erkenntnisse zentrale Voraussetzung. Als Grundlagen werden Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB, Rechtsmissbrauch nach § 1295 ABGB und vertretungsrechtliche Lösungen angeboten. Sittenwidrigkeit verlangt jedenfalls Schädigungsabsicht beim Vertreter und Kenntnis davon beim Dritten. Rechtsmissbrauch führt nicht zur Unwirksamkeit, sondern zur Schadenersatzpflicht des Dritten und verlangt auf Seiten des Dritten Schädigungsabsicht. Vertretungsimmanente Lösungen verneinen die Abstraktheit der Vollmacht und erklären die Vollmacht als akzessorisch zum Auftrag. Da diese Lösungen aber mit den Normen über die Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten nicht interpretativ in Einklang gebracht werden können, müssen diese Normen im Wege einer Analogie bzw einer teleologischen Reduktion an dieses Ergebnis angepasst werden.

15. Eine Analogie bzw eine teleologische Reduktion der Normen über die Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten ist methodisch nur zulässig, wenn der historische Gesetzgeber eine planwidrige Lücke geschaffen hätte. Wollte der historische Gesetzgeber die so gefundenen Ergebnisse explizit nicht, besteht keine Lücke. Eine Lückenfüllung ist in diesem Fall unzulässig.
16. Die historische Interpretation der Normen ergibt, dass eine Unwirksamkeit des Geschäfts ohne Schädigungsabsicht keinesfalls gewollt ist. Für dieses Ergebnis spricht neben den Materialien auch, dass ansonsten Formalvollmachten dem Dritten gegenüber durch reine Mitteilung der Beschränkung höchst wirkungsvoll beschränkt werden könnten.
17. Der vom historischen Gesetzgeber anvisierte Zweck ist daher nicht der Vertrauensschutz (des Dritten), sondern der Schutz des Rechtsverkehrs als Solcher, also der Verkehrsschutz. Diese beiden Begriffe werden zu Unrecht häufig synonym verwendet.
18. Risikoabwägungen wurden bisher nur zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten vorgenommen. Es ist aber zu beachten, dass durch eine Unwirksamkeit auch das Risiko, schadenersatzpflichtig zu werden, vom Vertreter auf den Dritten verschoben wird.

6 Fazit

6.1 De lege lata

Das Ergebnis der vorliegende Untersuchung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Annahme der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, das von einem Vertreter mit Formalvollmacht im Namen des Vertretenen und einem Dritten geschlossen wird, ist dann de lege lata jedenfalls unzulässig, wenn der Vertreter ohne Schädigungsabsicht gehandelt hat.

Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmungen im Zusammenspiel mit dem klaren ermittelten Willen des historischen Gesetzgebers. Vom Wortlaut der Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten könnte man nur im Wege einer Analogie oder einer teleologischen Reduktion zu einem Ergebnis kommen, wonach die bloße Pflichtwidrigkeit des Vertreters das Geschäft uU unwirksam werden lässt. Diese methodischen Instrumente sind allerdings im vorliegenden Fall unzulässig, da der historische Gesetzgeber die so erreichte Rechtsfolge explizit nicht wollte. Die Analogie wie die teleologische Reduktion scheitert daher an der Lex lata-Grenze. Darüber hinaus konnte für die organschaftlichen Formalvollmachten des Kapitalgesellschaftsrechts gezeigt werden, dass eine solche Lösung auch nicht mit der Publizitätsrichtlinie konform und daher europarechtswidrig ist.

Als dogmatische Grundlage für die Unwirksamkeit eines Vertretergeschäfts wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht kommt – wie gezeigt – nur die Sittenwidrigkeit in Betracht. Damit ein Geschäft als sittenwidrig erachtet wird, muss es aber von anstößigen Motiven getragen werden. Dafür mag es ausreichen, dass der Vertreter in Schädigungsabsicht gehandelt hat und der Dritte von dieser Schädigungsabsicht Kenntnis hatte. Ein Kennen-Müssen der Schädigungsabsicht – sei dies „Evidenz“ genannt oder nicht – scheidet aus, da gezeigt werden konnte, dass der historische Gesetzgeber dem Dritten keinerlei Nachforschungsobliegenheiten auferlegen wollte und § 879 ABGB nach allgemeiner Ansicht nicht dazu dienen darf, klare gesetzliche Anordnungen zu unterlaufen. Das Wissen vom Überschreiten des Innenverhältnisses alleine kann auf Seiten des Dritten keinesfalls ausreichen, da den Dritten auch bezüglich

der Motive des Vertreters keine Nachforschungsobliegenheiten treffen. Er darf auch in diesem Fall davon ausgehen, dass der Vertreter nicht in Schädigungsabsicht handelt.

Im Ergebnis ist also *de lege lata* ein Vertretungsgeschäft im Bereich der Formalvollmachten dann unwirksam, wenn der Vertreter in Schädigungsabsicht die internen Beschränkungen überschritten hat und der Dritte daran in sittenwidriger Weise teilgenommen hat oder zumindest von der Schädigungsabsicht des Vertreters Kenntnis hatte und das Geschäft trotzdem geschlossen hat. In allen anderen Fällen ist das Geschäft gültig und der Vertretene muss sich gegebenenfalls im Wege des Schadenersatzrechts an seinen Vertreter halten.

6.2 De lege ferenda

De lege ferenda bleibt zu prüfen, ob der erklärte Wille des historischen Gesetzgebers dem objektiven Telos der Bestimmungen widerspricht und deshalb aus Gründen der Interessensabwägung eine gesetzliche Änderung der Regelungen über die Formalvollmachten wünschenswert ist.

Wie gezeigt wurde, sprechen Gründe des Verkehrsschutzes und auch Interessensabwägungen gegen eine Änderung der Bestimmungen. Weiters ist zu beachten, dass eine solche Änderung beim Geschäftsführer der GmbH und beim Vorstand der Aktiengesellschaft auf seine Richtlinienkonformität geprüft werden müsste.

7 Literaturverzeichnis

Auer, Martin Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138

Bachner, Thomas Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005, 282

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J. Handelsgesetzbuch³³ (2007)

Baumgartner, Eva Die Wissenszurechnung im österreichischen Zivilrecht (Diss 2009)

Bollenberger, Raimund/Csoklich, Peter Kreditaufnahme und Sicherheitenbestellung durch Privatstiftungen, ÖBA 2001, 435

Buchka, Herrmann Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852)

Bydlinski, Franz Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967)

Bydlinski, Franz in Koller/Hager/Junker/Singer/Neuner, Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken (1988) 46

Bydlinski, Franz Über das Verständnis der „guten Sitten“ im österreichischen Recht in FS Gernhuber (1993) 124

Bydlinski, Franz Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991)

Bydlinski, Peter Der sogenannte „Missbrauch“ unbeschränkbarer Vertretungsmacht in FS Franz Bydlinski, Im Dienste der Gerechtigkeit (2000) 19

Canaris, Claus-Wilhelm/Schilling Wolfgang/Ulmer, Peter (Hg) Großkommentar zum Handelsgesetzbuch⁴ 17. Lfg. (1997)

Celidonis, Apostolos M. Haftungsgrundlagen bei hinweiswidrig ausgefüllten Balkenbürgschaften (1998)

Cohn, Ernst Joseph Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen den es angeht (1931)

Demelius, Heinrich M. Wellspachers Vollmachtslehre, AcP 1954, 4

Denkschrift zum 1. Entwurf eines HGB, Amtliche Ausgabe (1896)

Doralt, Peter/Nowotny, Christian/Kalss, Susanne Kommentar zum Aktiengesetz (2003)

Dölle, Hans Juristische Entdeckungen in Verhandlungen d 42. Dt Juristentag II (1959)

- Duursma, Dieter/Duursma-Kepplinger, Henriette/Roth, Marianne* Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)
- Edwards, Vanessa* EC Company Law (1999)
- Ehrenzweig, Armin* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² (1951)
- Ellinger, Joseph* Handbuch des österreichischen allgemeinen Civil-Rechts³ (1850)
- Fleischer, Holger* Reichweite und Grenzen der unbeschränkten Organvertretungsmacht im Kapitalgesellschaftsrecht, NZG 2005, 529
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II⁴ (1992)
- Frotz, Gerhard* Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972)
- Gadow, W/Hopt, Klaus J.* Aktiengesetz Großkommentar⁴ 19. Lfg. (2003)
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias* (Hg) Münchner Kommentar zum Aktiengesetz II³ (2008)
- Goldschmidt, Levin* Gutachten über den Entwurf eines deutschen HGB nach den Beschlüssen zweiter Lesung, Beilagenheft der ZHR 3 (1860).
- Goldschmidt, Levin* Handbuch des Handelsrechts, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1875 (1973)
- Gorski, Antoni* Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft (1888)
- Graf, Georg* Stille Refinanzierung, Wissenszurechnung und Aufklärungspflicht, ÖBA 1997, 432
- Grotius, Hugo* De iure belli ac pacis libri tres, dt. hg. v. Walter Schätzel (1950)
- Grundmann, Stefan* Europäisches Gesellschaftsrecht (2004)
- Habersack, Mathias* Europäisches Gesellschaftsrecht³ (2006)
- Hadding, Walther* Einschränkung des Umfangs organschaftlicher Vertretungsmacht bei OHG und KG entsprechend § 179a AktG in FS Markus Lutter (2000) 851
- Hahn, Friedrich von* Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch³ (1877)
- Hahn, Carl/Mugdan, Benno* Die gesamten Materialien zu dem Reichs-Justizgesetzen VI: Materialien zum Handelsgesetzbuch (1897)
- Hämmerle, Hermann/Wünsch, Horst* Handelsrecht I⁴ (1990)
- Hämmerle, Heinrich/Wünsch, Horst* Handelsrecht II⁴ Personengesellschaften (1993).

Hannak, Karl Alleinvertretung durch ein gesamtvertretungsbefugtes Organmitglied, GesRZ 1982, 107

Heckelmann, Dieter Mitverschulden des Vertretenen bei Missbrauch der Vertretungsmacht, JZ 1970, 62

Henke, Horst-Eberhard Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses (1989)

Holzhammer, Richard Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht⁸ (1998).

Hueck, Götz/Windbichler, Christine Gesellschaftsrecht; Ein Studienbuch²¹ (2008)

Hüffer, Uwe Kommentar des Aktiengesetzes⁸ (2008)

Iro, Gert Banken und Wissenszurechnung. Eine Untersuchung zur Wissenszurechnung unter Berücksichtigung bankenspezifischer Probleme (I), ÖBA 2001, 3

Iro, Gert Banken und Wissenszurechnung. Eine Untersuchung zur Wissenszurechnung unter Berücksichtigung bankenspezifischer Probleme (II), ÖBA 2001, 112

Jabornegg, Peter Die Aktiengesellschaft als juristische Person (II), GesRZ 1989, 14

Jabornegg, Peter Kommentar zum HGB (1997)

Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf Kommentar zum Aktiengesetz II⁴ (2001)

Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf Kommentar zum Aktiengesetz III⁴ (2002)

Jhering, Rudolf von Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jb 1 (1857)

Jhering, Rudolf von Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jb 2 (1858)

Jünger, Friedrich Georg Die Perfektion der Technik⁵ (1968)

Kaser, Max das römische Privatrecht², Erster Abschnitt (1971)

Kastner, Walter/Stoll, Gerold Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht² (1977)

Kastner, Walter/Doralt, Peter/Nowotny, Cristian Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990)

Klang, Heinrich (Hg) Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II (1934)

Klang, Heinrich (Hg) Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, IV,1² (1968)

Kleindiek, Detlef Strukturvielfalt im Personengesellschafts-Konzern (1991)

Koppensteiner, Hans Georg Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 175

Koppensteiner, Hans Georg/Rüffler, Friedrich Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007)

Koppensteiner, Hans Georg/Rüffler, Friedrich Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter (II), GesRZ 1999, 144

Koziol, Helmut Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967)

Koziol, Helmut Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997)

Koziol, Helmut Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984)

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³ (2006)

Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund Kurzkommentar zum ABGB (2005)

Krassnigg, Michael Halbseitige Gesamtvertretungsverhältnisse und der auf die gemischte Gesamtvertretung beschränkte Prokurist, GesRZ 1983, 73

Kreittmayr, Wigulaeus Xaverius Aloysius von Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum civilem IV (1765)

Krejci, Heinz Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer (I) GesRZ 1984, 146

Krejci, Heinz Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen?, Verhandlungen des 10. Österreichischen Juristentages, Gutachten 10. ÖJT/1 (1988)

Krejci, Heinz Gesellschaftsrecht I (2005)

Krejci, Heinz Unternehmensrecht⁴ (2007)

Laband, Paul Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR 1866, 183.

Landwehr, Götz Der Vertrauensschutz des Dritten bei der gewillkürten Stellvertretung in der Gesetzgebung in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert in Reinhard Zimmermann, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik (1999) 219

Larenz, Karl/Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts⁹ (2004)

Lutter, Marcus Europäisches Unternehmensrecht (1996)

Lutz, J. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB, I. Theil (1858)

Lutz, J. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB, II. Theil (1858)

Lutz, J. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB, III. Theil (1858)

Lutz, J. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB, IX. Theil (1961)

Meilicke, Wienand Selbstkontrahieren nach europäischem Gemeinschaftsrecht RIW 1996, 713;

Meilicke, Wienand Vertrauensschutz in Vertretungsmacht nach europäischem Gemeinschaftsrecht, DB 1999, 785

Mitteis, Ludwig Die Lehre von der Stellvertretung, (1885)

Moos, Reinhard Die Strafbarkeit juristischer Personen und der Schuldgrundsatz, RZ 2004, 98

Mühlenbruch, Christian Friedrich Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte: nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt (1836)

Müller, Ulrich Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (1969)

Müller-Freienfels, Wolfram Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert, in Coing/Wilhelm (HG) Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert Bd. II (1977)

Nietzsche, Friedrich Der Wille zur Macht. Aphorismen Nr. 74 – 76 in Nietzsche Werke XV, nachgelassene Werke (1912)

Nowotny, Christian Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, RdW 1987, 35

Nowotny, Christian Umgründungen (Fusion/Spaltung) auf den Alleingesellschafter, RdW 1998, 591

Oberhofer, Katherina Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats (2008)

Ostheim, Rolf Kritisches zum Beschluß des OGH vom 26.2.1980, 5 ob 515/80, GesRZ 1980, 99

Pawlowski, Hans Martin Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, 125

Pisko, Oskar Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechtes (1923).

Pisko, Oskar (Hg) Staub's Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch³ – Ausgabe für Österreich, I/1 (1935)

- Reich-Rohrwig, Johannes* Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997)
- Reiner, Günter* Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995)
- Rummel, Peter* (Hg) Kommentar zum ABGB I³ (2000)
- Rummel, Peter* (Hg) Kommentar zum ABGB II³ Tb 2a (2007)
- Sandgruber, Roman* Ökonomie und Politik. Österreichische Wirtschaftsgeschichte vom Mittelalter bis zur Gegenwart (1995)
- Savigny, Friedrich Carl von* System des heutigen Römischen Rechts III (1840)
- Savigny, Friedrich Carl von* Das Obligationenrecht II (1853)
- Schauer, Martin* Widerruf einer Entlassung, DrdA 1984, 460
- Schliemann, Adolf Karl Wilhelm* Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (nach den Beschlüssen der II. Lesung) (1858)
- Schima, Georg* Zustimmungsrecht des Betriebsrates nach dem „KVI“ rechtsunwirksam, RdW 1995, 101
- Schima, Georg* Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (I), GesRZ 1999, 100
- Schlossmann, Siegmund* Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen I (1900)
- Schlossmann, Siegmund* Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen II (1902)
- Schmid, Christoph* Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung der Tatbestände des Mißbrauchs der Vertretungsmacht und des Insihgeschäfts, AG 1998, 127
- Schmidt, Karsten* Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch II² (2006)
- Schwimann, Michael* (Hg) Praxiskommentar zum ABGB IV³ (2005)
- Sombart, Werner* Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus III, 1, (1955)
- Schott, Clausdieter* Der Missbrauch der Vertretungsmacht AcP 171 (1971) 385
- Soyer, Richard* Neues Unternehmensstrafrecht und Präventionsberatung, AnwBl 2005, 11
- Straube, Manfred* (Hg) Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften in zwei Bänden I³ (2003)

Strasser, Rudolf Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand (I), JBl 1990, 477

Strasser, Rudolf Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand (I), JBl 1990, 552

Stubenrauch, Moritz von Commentar zum allgemeinen österreichischen Gesetzbuche III³ (1876)

Thiery, Gottfried Privatausgaben zu Lasten der GmbH, ecolex 1992, 631

Tietz, Christoph Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura (1990)

Thöl, Heinrich Das Handelsrecht I (1862)

Unger, Josef System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts II⁵ (1892)

Watter, Rolf Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe (1985)

Wahlin, Ernst Vertragsklauseln im Handelsverkehr (1974)

Wellspacher, Moriz Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906)

Wesenberg, Gerhard / Wesener, Gunter Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung (1985)

Wieacker, Franz Vom römischen Recht² (1961)

Wieacker, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967)

Wiedemann, Herbert Das Recht der Personengesellschaften (2004)

Wilhelm, Georg Der Vollmachtsmißbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449

Wilhelm, Georg Der schmale Grad zum Schiedsgericht, ecolex 2005, 89

Wilhelm, Walter Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert² (2003)

Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts I (1862)

Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts I² (1867)

Wolff, Martin Das Internationale Privatrecht Deutschlands (1933)

Wolff, Martin Theorie der Vertretung (1934)

Woolridge, Frank Company Law in the United Kingdom and the European Community (1991)

Wünsch, Horst Zur Lehre vom Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht in FS Hämmerle (1972)

Wünsch, Horst Kommentar zum GmbHG, 3. Lfg (1993)

Zeiller, Franz von Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch; für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (1811-1813)

Zeiller, Franz von Das natürliche Privatrecht (1819)

Zöllner, Wolfgang (Hg) Kölner Kommentar zum Aktiengesetz II² (1996)

8 Geschäftszahlenliste zum Missbrauch der Vertretungsmacht

OGH 17.12.1947, 1 Ob 846/47

OGH 24.4.1956, 4 Ob 45/56

OGH 8.5.1956, 4 Ob 24/56

OGH 3.7.1956, 4 Ob 49/56

OGH 4.6.1958, 6 Ob 127/58

OGH 16.9.1971, 1 Ob 243/71

OGH 19.4.1978, 8 Ob 505/78

OGH 30.5.1979, 1 Ob 617/79

OGH 26.2.1980, 5 Ob 515/80

OGH 15.6.1982, 4 Ob 66/82

OGH 10.7.1985, 1 Ob 576/85

OGH 13.1.1088, 3 Ob 565, 566/87

OGH 21.12.1989, 6 Ob 693/89

OGH 25.9.1990, 4 Ob 544/90

OGH 12.2.1991, 3 Ob 508/91

OGH 26.2.1992, 2 Ob 524/92

OGH 12.1.1995, 2 Ob 598/94

OGH 10.5.1995, 3 Ob 1043/95

OGH 8.2.1996, 6 Ob 1731/95

OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h

OGH 15.10.1996, 4 Ob 2298/96m

OGH 14.5.1997, 7 Ob 108/97a

OGH 16.5.2000, 5 Ob 164/99z

OGH 27.9.2001, 6 Ob 287/00z

OGH 28.5.2003, 3 Ob 117/03g

OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d

Abstract

Formalvollmachten haben anders als rechtsgeschäftliche Vollmachten des bürgerlichen Rechts einen gesetzlich definierten Umfang und sind als unbeschränkbar ausgestaltet. Anwendungsfälle sind die Vertretungsmacht des aktienrechtlichen Vorstands, des Geschäftsführers der GmbH, des vertretungsbefugten Gesellschafters der Personengesellschaften und des Prokuristen.

Wie weit die Unbeschränkbarkeit dieser Formalvollmachten geht ist seit jeher umstritten. Unter dem Schlagwort „Missbrauch der Vertretungsmacht“ werden in Lehre und Rechtsprechung Fälle diskutiert, in denen der Vertreter zwar wider das ihn intern bindenden Rechtsverhältnis (Auftrag, Weisung, Ermächtigung) aber innerhalb des gesetzlich definierten Umfangs der Vertretungsmacht mit einem Dritten im Namen des Vertretenen Geschäfte schließt.

In Lehre und Rechtsprechung werden für eine Unwirksamkeit des durch den Vertreter geschlossenen Geschäfts unterschiedliche Kriterien vorausgesetzt. Auf Seiten des Vertreters wird einerseits Schädigungsabsicht verlangt, andererseits nur bloßes Überschreiten des Innenverhältnisses. Auf Seiten des Dritten wird Teilnahme an der Schädigung, Kenntnis der Schädigungsabsicht, fahrlässige Unkenntnis der Schädigungsabsicht, Kenntnis der Überschreitung des Innenverhältnisses oder fahrlässige Unkenntnis der Überschreitung des Innenverhältnisses verlangt.

Ein Schwerpunkt dieser Dissertation liegt auf der historisch teleologischen Interpretation der Bestimmungen über die Unbeschränkbarkeit von Formalvollmachten. Durch die Klärung der gesetzgeberischen Motive werden die Möglichkeiten einer entsprechenden dogmatischen Basis für eine allfällige Unwirksamkeit des Vertretungsgeschäfts ausgelotet.

Von der so ermittelten dogmatischen Grundlage kann als Ergebnis abgeleitet werden, dass de lege lata eine Unwirksamkeit nur dann angenommen werden darf, wenn auf Seiten des Vertreters Schädigungsabsicht vorliegt und der Dritte von dieser Schädigungsabsicht wusste.

Lebenslauf

Persönliche Daten:

Name: Nicole Hofmann
Geburtsdatum: 18.12.1977
Staatsbürgerschaft: Österreich
Familienstand: In Partnerschaft, 2 Kinder (2000, 2008)
Adresse: Bräuhausgasse 59/33, 1050 Wien
Telefon: 0650/2159485
E-Mail: nicole.hofmann@wu-wien.ac.at

Ausbildung:

1998 Externisten-Matura in Wien
1998-2005 Diplomstudium der Rechtswissenschaften, Univ. Wien
Seit 2007 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften, Univ. Wien

Berufliche Tätigkeit:

März 1999 – Mai 2004 Studienassistentin am Institut für Österreichische und Europäische Rechtsgeschichte der Universität Wien
März 2005 - Juni 2005 Studienassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Wien
Seit Oktober 2005 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Prof. Dr. Susanne Kalss des Instituts für Bürgerliches Recht und Handelsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien
Seit Februar 2009 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am österreichischen Obersten Gerichtshof

Veröffentlichung:

Alles neu macht Basel Zwei, ecolex 2005, 607
Memo: Haftungsfreizeichnung, ecolex 2005, 835
Noch kein Sparzinsenstreit, ecolex 2006, 561f (gemeinsam mit Eva Baumgartner)