



universität
wien

DISSERTATION

Die falsa procuratio im Wandel –
Haftung des Scheinvertreters nach dem Entfall des
Art 8 Nr. 11 EVHGB und
Auswirkungen auf verwandte Rechtsgebiete

Mag. iur. Kerstin Pflieger

angestrebter akademischer Grad
doctor iuris (Dr. iur.)

Wien, im Jänner 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften
Betreuer: ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Reidinger
o. Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner

<u>1</u>	<u>EINLEITUNG</u>	1
<u>2</u>	<u>UNTERSCHIEDLICHE HAFTUNGSREGELUNGEN</u>	4
2.1	HAFTUNG NACH BÜRGERLICHEM RECHT	4
2.2	HAFTUNG NACH ART 8 NR. 11 DER 4. EVHGB	4
2.2.1	VORBILD IN § 179 DBGB	5
2.2.2	VORGÄNGERREGELUNG IM AHGB	7
2.2.3	ERFORDERNIS EINER EIGENEN UNTERNEHMENSRECHTLICHEN REGELUNG	7
<u>3</u>	<u>AUFHEBUNG DER REGELUNG DES ART 8 NR. 11</u>	11
3.1	WEITERBESTAND DES ART 8 NR. 11 EVHGB?	12
<u>4</u>	<u>DER NEUE § 1019</u>	19
<u>5</u>	<u>ANWENDUNGSBEREICH DER UNTERSCHIEDLICHEN HAFTUNGSSYSTEME</u>	20
5.1	ERFASSTE VERTRETUNGSMACHT NACH DER ALTEN RECHTSLAGE	20
5.1.1	GEWILLKÜRTE VERTRETUNG	20
5.1.2	GESETZLICHE VERTRETUNG	21
5.1.3	ORGANSCHAFTLICHE VERTRETUNG	21
5.2	BISHERIGER ANWENDUNGSBEREICH DER HAFTUNG NACH CIC	22
5.2.1	BEGRÜNDUNG EINES VORVERTRAGLICHEN SCHULDVERHÄLTNISSSES	22
5.3	BISHERIGER ANWENDUNGSBEREICH DER HAFTUNG NACH ART 8 NR. 11 EVHGB	24
5.4	SONDERFALL DES NICHTEXISTENTEN VERTRETENEN	26
5.5	RECHTFERTIGUNG DER AUSWEITUNG DES ANWENDUNGSBEREICHS	27
5.6	ANWENDUNGSBEREICH DER HAFTUNG NACH § 1019	28
<u>6</u>	<u>DIE HAFTUNG DES SCHEINVERTRETERS</u>	30
6.1	DIE HAFTUNG DES SCHEINVERTRETERS IM ZIVILRECHT	30
6.1.1	TYPISCHERWEISE ZU ERSETZENDE SCHÄDEN	32
6.2	SCHEINVERTRETERHAFTUNG NACH ART 8 NR. 11	34
6.2.1	ERFÜLLUNGSHAFTUNG NACH ART 8 NR. 11 ABS 1 EVHGB	34
6.2.1.1	Anspruch auf Erfüllung	35
6.2.1.2	Anspruch auf den Nichterfüllungsschaden	36
6.2.1.3	Wahlrecht des geschädigten Dritten	37
6.2.1.4	Schadenersatz aus cic neben dem Erfüllungsanspruch nach Abs 1	39
6.2.2	HAFTUNG AUF DEN VERTRAUENSCHADEN NACH ART 8 NR. 11 ABS 2 EVHGB	41
6.2.2.1	Schadenersatz aus cic neben der Haftung nach Abs 2	42
6.3	SCHEINVERTRETERHAFTUNG NACH § 1019	43
6.4	BEGRÜNDUNG DES ERFÜLLUNGSINTERESSES IM ZIVILRECHT	45
6.4.1	DIE ANSICHT STANZLS	45
6.4.2	ÜBERLEGUNGEN NACH KERSCHNER	45
6.4.3	SONDERFALL DES BESONDEREN GARANTIEVERSPRECHENS	46
6.5	BEGRENZUNG DES VERTRAUENSCHADENS DURCH DAS HYPOTHETISCHE ERFÜLLUNGSINTERESSE	48
6.5.1	DAS GÜNSTIGERE ERSATZGESCHÄFT	48
6.5.2	UNVERHÄLTNISSMÄßIGE AUFWENDUNGEN	48

6.5.3	BEGRENZUNG IM BÜRGERLICHEN RECHT	49
6.5.3.1	Keine Begrenzung des Vertrauensschadens im bürgerlichen Recht	50
6.5.4	BEGRENZUNG NACH ART 8 NR. 11 ABS 2 EVHGB	52
6.5.5	NORMIERTE BEGRENZUNG IN § 1019	52
6.6	ERSATZ DES ENTGANGENEN GEWINNS	54
6.6.1	ERSATZ DES ENTGANGENEN GEWINNS NACH § 1323	54
6.6.2	ERSATZ DES ENTGANGENEN GEWINNS NACH ART 8 NR. 2 EVHGB	54
6.6.2.1	Kritik an der Regelung des Art 8 Nr. 2 EVHGB	55
6.6.2.2	Eigenes Ergebnis	58
6.6.3	ERSATZ DES ENTGANGENEN GEWINNS NACH § 1019	60
7	<u>HAFTUNGSENTFALL ODER MINDERUNG DES HAFTUNGSANSPRUCHES DURCH VORWERFBARES VERHALTEN BEIM DRITTEN</u>	63
7.1	MITVERSCHULDEN NACH § 1304 BEI HAFTUNG NACH CIC	63
7.1.1	MITVERSCHULDEN NACH § 878	64
7.1.2	ANALOGE ANWENDUNG DES § 878	66
7.2	HAFTUNGSENTFALL NACH ART 8 NR. 11 ABS 3 EVHGB	68
7.2.1	ERFORDERLICHE PFLICHTEN DES DRITTEN	70
7.2.2	WAS IST VERKEHRSSITTE?	72
7.2.3	REDUZIERTER AUSLEGUNG DES ART 8 NR. 11 ABS 3 EVHGB IM UNMITTELBAREN ANWENDUNGSBEREICH	74
7.3	MITVERSCHULDEN NACH § 1019	77
7.4	SONDERFALL: ERSATZ VON LUXUSAUFWENDUNGEN	79
8	<u>HAFTUNGSENTFALL AUS SONSTIGEN GRÜNDEN</u>	83
8.1	BEDEUTUNG NACHTRÄGLICH AUFTRETENDER LEISTUNGSSTÖRUNGEN	84
8.2	FÄLLE DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT BEIM UNWIRKSAM VERTRETENEN	84
8.3	EIGENES ERGEBNIS	87
9	<u>SONSTIGE VERHALTENS PFLICHTEN DES VERTRETERS</u>	89
9.1	HAFTUNG DES SCHEINVERTRETERS AUS DELIKT	89
9.1.1	UNTERSCHIEDE BEI DELIKTS- UND VERTRAGSHAFTUNG	90
9.2	ZUSÄTZLICHE HAFTUNG DES SCHEINVERTRETERS NACH CIC	91
10	<u>HAFTUNG DES UNWIRKSAM VERTRETENEN</u>	94
10.1	HAFTUNGSANSPRUCH GEGEN DEN UNWIRKSAM VERTRETENEN NACH DER ALTEN RECHTSLAGE	94
10.2	HAFTUNGSANSPRUCH GEGEN DEN UNWIRKSAM VERTRETENEN NACH DER NEUEN RECHTSLAGE	97
11	<u>VERJÄHRUNG</u>	99
11.1	VERJÄHRUNG DER ANSPRÜCHE NACH BÜRGERLICHEM RECHT	99
11.2	VERJÄHRUNG DER ANSPRÜCHE NACH ART 8 NR. 11 DER 4. EVHGB	99

12	<u>BEWEISLASTVERTEILUNG</u>	101
12.1	BEWEISLASTVERTEILUNG IM BÜRGERLICHEN RECHT	101
12.2	BEWEISLASTVERTEILUNG NACH ART 8 NR. 11 DER 4. EVHGB	102
13	<u>SACHENRECHTLICHE BEURTEILUNG</u>	104
13.1	BESITZERWERB DURCH STELLVERTRETER	104
13.2	EIGENTUMSÜBERGANG BEIM SCHEINVERTRETERHANDELN	108
13.2.1	GUTGLÄUBIGER EIGENTUMSERWERB BEI ZIVILRECHTLICHEN SACHVERHALTEN	108
13.2.2	GUTGLÄUBIGER EIGENTUMSERWERB BEI FRÜHEREN HANDELSRECHTLICHEN SACHVERHALTEN	109
14	<u>BEREICHERUNGSRECHTLICHE PROBLEMATIK</u>	115
14.1	DER DRITTE LEISTET AN DEN UNWIRKSAM VERTRETENEN	115
14.2	DER DRITTE LEISTET AN DEN FALSUS	116
14.2.1	FALSUS ZUR EMPFANGNAHME AUTORISIERT	116
14.2.2	FALSUS ZUR EMPFANGNAHME NICHT AUTORISIERT	118
14.2.3	DER FALSUS LEISTET AN DEN DRITTEN	120
15	<u>HAFTUNG BEI GESAMTVERTRETUNG</u>	122
15.1	VORTÄUSCHEN EINER EINZELVERTRETUNGSBEFUGNIS	122
15.2	OFFENLEGUNG DER GESAMTVERTRETUNG	123
15.2.1	SETZUNG ALLER ERFORDERLICHEN VERTRETUNGSAKTE	123
15.2.2	ERFORDERLICHE VERTRETUNGSAKTE WURDEN NICHT ALLE GESETZT	125
15.3	HAFTUNG DES UNWIRKSAM VERTRETENEN	126
16	<u>HAFTUNG NICHT VOLL GESCHÄFTSFÄHIGER VERTRETER</u>	127
16.1	HAFTUNG DES BESCHRÄNKT GESCHÄFTSFÄHIGEN BEI HANDELN IM EIGENEN NAMEN	127
16.1.1	DOGMATISCHE BEGRÜNDUNG EINES HAFTUNGSANSPRUCHES BEI DER TÄUSCHUNG ÜBER DIE EIGENE GESCHÄFTSFÄHIGKEIT	128
16.1.2	RECHTSLAGE VOR DEM KINDRÄG 2001	129
16.1.3	RECHTSLAGE NACH DEM KINDRÄG 2001	132
16.2	HAFTUNG DES BESCHRÄNKT GESCHÄFTSFÄHIGEN ALS FALSUS PROCURATOR	137
16.3	HAFTUNG DES GESCHÄFTSUNFÄHIGEN FALSUS	139
16.4	HAFTUNG DES VOLLMACHTGEBERS	141
16.5	HAFTUNG DES BESCHRÄNKT GESCHÄFTSFÄHIGEN AUS DELIKT	143
17	<u>SCHEINVERTRETUNG IM WECHSEL- UND SCHECKRECHT</u>	144
17.1	GRUNDSÄTZLICHES	144
17.2	KOLLISIONSPROBLEMATIK MIT ART 8 NR. 11	148
17.3	ABGRENZUNG ZU § 1019	148
18	<u>VERTRETUNGSHANDELN BEI KAPITALGESELLSCHAFTEN</u>	150
18.1	GRUNDLEGENDES	150

18.1.1	ZWECK DER HANDELNDENHAFTUNG	152
18.2	EXKURS: RECHTSNATUR DER VORGESELLSCHAFT	153
18.3	HANDELN IM NAMEN DER GESELLSCHAFT	154
18.4	DER HANDELNDENBEGRIFF	157
18.5	INHALTLICHE AUSGESTALTUNG DER HANDELNDENHAFTUNG	158
18.6	VERTRETUNGSHANDLUNGEN BEI DER UNECHTEN VORGESELLSCHAFT	159
18.7	VERTRETUNGSHANDLUNGEN BEI DER VORGRÜNDUNGSGESELLSCHAFT	161
18.8	UNTERSCHIEDE ZUR SCHEINVERTRETERHAFTUNG	162
<u>19</u>	<u>VERTRETUNGSHANDELN BEI VEREINEN</u>	<u>166</u>
19.1	VOLLMACHTSLOSE VERTRETUNG VON VEREINEN	166
19.2	1. EXKURS: RECHTSPERSÖNLICHKEIT DES VEREINS	167
19.3	2. EXKURS: VORVEREIN	170
19.3.1	UNECHTER VORVEREIN	172
19.3.2	VORGRÜNDUNGSVEREIN	173
19.4	HANDELNDENHAFTUNG IM VEREINSRECHT	173
19.4.1	KRITIK AN DER HANDELNDENHAFTUNG	175
19.5	AUSKUNFTSERTEILUNG DER VEREINSBEHÖRDE	179
<u>20</u>	<u>SONSTIGE HAFTUNGSBESTIMMUNGEN</u>	<u>181</u>
20.1	HANDELNDENHAFTUNG IM GENG	181
20.2	HANDELNDENHAFTUNG IM PSG	183
20.2.1	HERRSCHENDE LEHRE	183
20.2.2	MINDERMEINUNG	185
20.2.3	VORGRÜNDUNGSSTIFTUNG	186
<u>21</u>	<u>SCHLUSSBEMERKUNGEN</u>	<u>188</u>

§§ ohne nähere Angaben sind solche des ABGB.

Vorwort

Ziel der vorliegenden Arbeit war es, sie aus aktuellem Anlass in kurzem zeitlichem Abstand zum Inkrafttreten des UGB am 01.01.2007 bzw zum Wirksamwerden der behandelten Gesetzesänderung einzureichen. Dieses Vorhaben ist mir leider nicht ganz gelungen. Ich hoffe aber dennoch, es handelt sich um eine sinnvolle und umfassende Darstellung der Scheinvertreterhaftung für interessierte Leser.

Die Arbeit wäre jedenfalls ohne tatkräftige Unterstützung von zahlreichen Seiten nicht zustande gekommen.

Mein größter Dank gilt ohne Zweifel Klaus, ohne dessen liebevolle Geduld und Verständnis ich nicht die nötige Ausdauer aufgebracht hätte. Ohne ihn hätte ich die Arbeit sicherlich nicht geschrieben. Auch seine Erfahrung im Verfassen wissenschaftlicher Arbeiten war mir unentbehrlich.

Mein besonderer Dank gilt meinem Erstbetreuer ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Reidinger, welcher ohne Zögern die Betreuung dieser Arbeit übernommen hat und mir durch zahlreiche Vorschläge und intensive Diskussionsmöglichkeiten wertvolle und hilfreiche Anregungen zur Verbesserung und Fertigstellung der Arbeit gegeben hat. Besonders seine weiterführenden Literaturhinweise habe ich als außerordentlich bereichernd empfunden. Auch meinem Zweitbetreuer o. Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner möchte ich ganz herzlich für die gebotene Hilfestellung und die teils humorvollen Anregungen danken.

Letztlich möchte ich aber auch meinen Lektorinnen Karin und Sara Dank sagen. Ohne ihre mühevollen und sorgfältigen Unterstützung wären wohl einige Rechtschreibfehler und Fehler in der Beistrichsetzung unentdeckt geblieben. Auch in vielen anderen Bereichen haben sie mich auf Ungereimtheiten aufmerksam gemacht. Diese Wünsche und Anregungen habe ich gerne entgegengenommen.

Danke!

Wien, im Jänner 2009

Mag. Kerstin Pflieger

1 Einleitung

Wurde ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Vertretungsmacht von einem Stellvertreter im fremden Namen abgeschlossen, so konnte dieser nach der bisherigen Rechtslage sowohl nach handelsrechtlichen als auch bürgerlich-rechtlichen Regeln als falsus procurator handeln. Ein derartiges Handeln des vollmachtlosen Vertreters bindet den Geschäftsherrn nicht, kann aber nach Erfüllung einiger Voraussetzungen, die hier Hauptgegenstand der Arbeit werden sollen, zur Haftung des Vertreters führen. Die unterschiedlichen Haftungen im zivilrechtlichen Bereich und in der EVHGB folgten bis 2007 völlig gegensätzlichen Ansätzen und führten letztlich zu stark unterschiedlichen Rechtsfolgen. In einer Vielzahl von Bereichen, beispielhaft seien hier nur Kausalität, Verschulden oder ein berücksichtigungswürdiges Mitverschulden seines Gegenübers genannt, nahm Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB eine Sonderstellung ein, die schwer mit der allgemeinen zivilrechtlichen Lage zu vereinbaren war.

Im Zivilrecht orientierte man sich bei der Lösung an den nicht ausdrücklich normierten Regeln der culpa in contrahendo (cic) und bildete sich schnell eine entsprechende Fallgruppe für den vollmachtlos handelnden Vertreter. Im unternehmensrechtlichen Anwendungsbereich ging man von der Sonderregelung des Art 8 Nr. 11 aus, die eine ungleich schärfere Haftung zum Teil sogar ohne Erfüllung von Verschuldenserfordernissen vorsah. Die handelsrechtliche Haftung war auch umfänglich sehr viel weiter als die Haftung im zivilen Bereich und war die handelsrechtliche Haftungsregelung Zeit ihres Bestehens ein Fremdkörper in der österreichischen Rechtsordnung.

In dieser Arbeit soll zunächst als Grundlage eine systematische Gegenüberstellung der bisherigen zweigleisigen Haftungsregelungen gegeben und so entstandene Problematiken herausgearbeitet werden. Probleme sollen aufgezeigt und die bereinigende Wirkung durch Einführung der neuen Scheinvertreterhaftung dargelegt werden. Hauptaugenmerk soll dann vor allem auf den nunmehr mit Wirkung ab 01.01.2007 geltenden § 1019 liegen, der eine einheitliche Haftung in beiden Bereichen vorsieht, die vorwiegend den bisherigen zivilrechtlichen Regelungen folgt. Die Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB ist ab diesem Zeitpunkt im nunmehr unternehmensrechtlichen Bereich ersatzlos aufgehoben worden.

Die Einführung des § 1019 kann wohl aufgrund zahlreicher Schwierigkeiten, mit der man sich bei der Anwendung der Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB konfrontiert sah, freudig begrüßt werden. Denn letztlich gestaltete sich Art 8 Nr. 11 EVHGB als eine an allen Ecken und Enden unzureichende und inhomogene Regelung, welche nicht in die österreichische Rechtsordnung passen wollte.

Nach Klärung dieser Frage kann ein Vergleich mit einer noch bestehenden Scheinvertreterhaftung, nämlich der im Wechsel- und Scheckrecht, gezogen werden. Handelt es sich bei Art 8 WG und Art 11 ScheckG um nach wie vor erforderliche *leges speciales*, welche den Anforderungen des Wechsels und des Schecks genügen müssen, oder hat die Aufhebung des Art 8 Nr. 11 auch in anderen Bereichen für Neuerungen gesorgt.

Eng verwandt mit der Scheinvertreterproblematik ist die Handelndenhaftung, welche im Recht der Kapitalgesellschaften und auch im Vereinsrecht sowie bei einigen anderen juristischen Personen normiert ist. Die Handelndenhaftung greift dann, wenn der Bevollmächtigte über eine ausreichende Vollmacht verfügt. Trotzdem besteht das Bedürfnis, einen weiteren Haftungsträger durch den Handelnden zu schaffen, da der eigentliche Vertragspartner – eine noch nicht vollständig gegründete juristische Person – als alleinige haftbare Person zu unsicher scheint. Bei dieser Untersuchung wird auch die jeweilige juristische Person als Vertretene näher beleuchtet.

Die Handelndenhaftung normiert trotz ihrer Gegensätzlichkeit eine Ersatzpflicht, welche mit der des Art 8 Nr. 11 EVHGB zumindest teilweise ident war, dies obwohl völlig unterschiedliche Voraussetzungen bestanden.

Hauptgegenstand soll die Abgrenzung der Handelndenhaftung von der Scheinvertreterhaftung bilden. Gibt es Stimmen in der neueren Lehre, die auch hier eine Abkehr vom Garantiedanken und somit auch vom Ersatz des Erfüllungsinteresses fordern oder ist die Handelndenhaftung getrennt von der massiven Änderung im Stellvertretungsrecht zu betrachten. Während im Gesellschaftsrecht diese Frage nach der derzeitigen Rechtslage nicht abschließend beantwortet werden kann, so tun sich im Vereinsrecht neue Fragen auf, nicht zuletzt durch das im Jahre 2002 eingeführte Vereinsgesetz, in dem eine Rechtspersönlichkeit des Vorvereins schlichtweg abgelehnt wird. Im Vereinsgesetz scheint daher eine Abkehr von der Handelndenhaftung hin zur Scheinvertreterhaftung nach § 1019 unbedingt geboten.

Die vorliegende Arbeit soll daher als Momentaufnahme gesehen werden. Es scheint gut möglich, dass im Stellvertretungsrecht noch nicht das letzte Wort gesprochen ist und die Aufhebung des Art 8 Nr. 11 erst den Anfang darstellte. Wenn auch diese Änderungen nicht in der unmittelbaren nahen Zukunft zu erwarten sind, so werden die Probleme, welche sich durch die Aufhebung der umstrittenen Regelung des Art 8 Nr. 11 ergeben haben, doch schon bald zu überdenken sein. Die hier gemachten Ausführungen sollen einen weiteren Anstoß darstellen.

2 Unterschiedliche Haftungsregelungen

Wie bereits erwähnt, bestand bisher eine Doppelgleisigkeit der Haftungsbestimmungen für den Vertreter, der ohne Vollmacht handelte. Abgesehen von unterschiedlichen Voraussetzungen, die zur Haftungsbegründung führten, enthielten diese Regelungen auch völlig unterschiedliche Rechtsfolgen. Die handelsrechtliche Regelung in Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB galt als Sonderregel und verdrängte die bürgerlich-rechtliche Haftung als *lex specialis*.¹

2.1 Haftung nach bürgerlichem Recht

Für vollmachtloses Handeln gab es im ABGB vor dem nunmehr eingeführten § 1019 keine ausdrücklich normierte Regelung. Die Haftung des Scheinvertreters gegenüber dem Dritten im Zivilrecht stützte sich auf die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen der §§ 1293 ff und ist ein Anwendungsfall der *cic*. Der Scheinvertreter hätte den Dritten über die Grenzen seiner Vertretungsmacht bzw deren Nichtvorliegen ausreichend aufklären müssen. Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der Haftung kann auf das allgemeine Schadenersatzrecht bzw auf die untenstehenden Ausführungen bezüglich Haftungsvoraussetzungen und Umfang der Haftung (unter Punkt 6.1 und 6.3) verwiesen werden.²

2.2 Haftung nach Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB

Im handelsrechtlichen Anwendungsbereich wurde die Haftung bisher nach Art 8 Nr. 11 EVHGB geregelt, der dem deutschen § 179 dBGB nachgebildet war und zum Teil, nämlich in Form des Abs 1, als verschuldensunabhängige Garantie- und Erklärungshaftung³ gesehen wurde. Diese Übernahme einer Scheinvertreterhaftung stellte aber nicht die erste Haftung des vollmachtlos Handelnden im österreichischen Recht dar (siehe unter Punkt 2.2.2).

¹ Schauer, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 64

² Zur Abgrenzung von Anscheinsvollmacht und dem Vorliegen eines *falsus procurator* siehe Fellner, Zum Verhältnis von Anscheinsvollmacht und *falsus-procurator*-Haftung, JBl 2003, 621. Die Thematik der Anscheinsvollmacht wird in der gegenständlichen Arbeit nicht behandelt.

³ Welser, Die Haftung des handelsrechtlichen Scheinvertreters in Art 8 Nr. 11 EVHGB, GesRZ 1975, 2; Kerschner in Jabornegg (Hrsg), Kommentar zum HGB (1997) Art 8 Nr. 11 Rz 2; Holzhammer, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht⁸ (1998) 188; P. Bydliński in Harrer/Mader, Die HGB Reform in Österreich (2005) 63; So auch die Materialien zum Handelsrechts-Änderungsgesetz 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

Art 8 Nr. 11 stand seit seinem Inkrafttreten im Mittelpunkt häufiger Kritik⁴, die hier in den jeweiligen Kapiteln entsprechend dargestellt und kommentiert werden soll. Ansatzpunkt der Kritik war meist der merkliche Widerspruch des Art 8 Nr. 11 zu den schadenersatzrechtlichen Grundsätzen der Verschuldenshaftung.

2.2.1 Vorbild in § 179 dBGB

Um die Systematik des Art 8 Nr. 11 EVHGB und seine Stellung im österreichischen Recht zu verstehen, ist ein Blick nach Deutschland notwendig. Die Vorbildregelung ist § 179 dBGB, der seinen Ursprung im Zivilrecht hat, aber sowohl als zivilrechtliche als auch handelsrechtliche Regel verstanden wird. Art 8 Nr. 11 EVHGB entsprach mit Ausnahme des Abs 3 Satz 2 vollständig dem § 179 dBGB. Das deutsche Recht kennt allerdings keine eigene Haftung für den unternehmerisch handelnden falsus procurator.

§ 179 dBGB Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

(1) Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

(2) Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

(3) Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

§ 179 dBGB wird als gesetzliche Garantiehaftung gesehen, die in Abs 1 und 2 eine Erklärungs haftung normiert.⁵ Ein Vertreter, der den Vollmangelsmangel kennt, aber gegenteilige Erklärungen abgibt, sollte einfach eine derartige fiktive Garantie übernehmen müssen. In der deutschen Lehre ist § 179 dBGB kein Fall der *cic*, sondern beruht vielmehr in engem Zusammenhang zu anderen Regelungen nur auf dem Gedanken der Erklärungs haftung, also einem Einstehen für das gegebene Wort.

⁴ *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 188; *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz (2002) 38; *Schauer*, Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – Kastners Vorschläge und die heutige Perspektive, GesRZ 2003, 8; *Schauer*, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB?, in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer*, Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2003) 137; *Dehn/Krejci*, Das neue UGB (2005) 18; *P. Bydlinski* in *Harrer/Mader*, HGB-Reform in Österreich 63; *Torggler*, Abschied vom Handelsrecht? (2005) 60

⁵ *Thiele in Säcker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (1978) § 179 Rz 1

Dies zeigt ganz deutlich Abs 2 des § 179 dBGB, der entsprechend der in Deutschland geltenden Erklärungs haftung nach § 122 dBGB ausgestaltet ist. Um die dem österreichischen Recht völlig fremde Grundlage ersichtlich zu machen, auf welcher letztlich auch der österreichische Art 8 Nr. 11 EVHGB beruhte, soll auch ein kurzer Blick hierauf geworfen werden:

§ 122 dBGB Schadensersatzpflicht des Anfechtenden

(1) Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.

(2) Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).

§ 122 dBGB normiert eine Garantief Haftung für die Fälle, in denen eine Willenserklärung abgegeben wird und der Geschädigte auf diese vertraut. Es ist sohin der Vertrauensschaden zu ersetzen, den „der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat“.⁶

Eine Regelung entsprechend diesem Vertrauensschutzgedanken findet sich im österreichischen Recht nicht, in diesem Bereich ist vielmehr § 863 anwendbar. Dieser bestimmt die volle rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit für derartig abgegebene Anscheinserklärungen.⁷ Dieser Ansatz verwirklicht in der österreichischen Rechtsordnung aus Sicht des geschädigten Dritten einen stärkeren Vertrauensschutz als im dBGB.

Im Gegensatz zu seiner deutschen Vorbildregelung war Art 8 Nr. 11 in seinem Anwendungsbereich auf (einseitige) Handelsgeschäfte⁸ eingeschränkt und fand im bürgerlichen Recht keine Anwendung. Er sollte rein für den kaufmännisch handelnden falsus gelten bzw den falsus, der vorgab einen Kaufmann zu vertreten. Im österreichischen Recht wurde daher auf bestimmte Erfordernisse des Wirtschaftsverkehrs abgestellt. Die Tatsache, dass Art 8 Nr. 11 EVHGB in seinem Anwendungsbereich beschränkt war, stellt einen erheblichen Unterschied

⁶ F. Bydlinski, Privatautonomie 141 weist darauf hin, dass der Nachweis des Vertrauensschadens, welcher durch die deutsche Irrtumsregelung gewährt werde, ungleich schwerer nachweisbar ist und ermittelt werden kann.

⁷ Ostheim, Zur Haftung für cic bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 577

⁸ Siehe unter Punkt 5.3.

zu seinem deutschen Pendant dar, der ja vorrangig für den privatrechtlichen Rechtsverkehr gedacht war.⁹

2.2.2 Vorgängerregelung im AHGB

In der österreichischen Rechtsordnung kann ein direkter Vorgänger des aufgrund deutschen Rechts übernommenen Art 8 Nr. 11 gefunden werden. Art 55 iVm Art 298 Abs 2 AHGB sah bereits zuvor im österreichischen Handelsrecht eine verschuldensunabhängige Haftung gerichtet auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse und einen weit reichenden Haftungsentfall bei Verschulden des Dritten vor.¹⁰ Die Regelungen des AHGB wurden im bürgerlichen Recht allerdings niemals analog angewandt, sondern blieben nur auf den handelsrechtlichen Anwendungsbereich beschränkt.

Kerschner sieht daher in seiner Begründung, dass ein Weiterbestand der handelsrechtlichen Sonderregelung durchaus wünschenswert wäre (siehe unter Punkt 3.1), ein Argument in der Fortsetzung der strengeren Haftung für den handelsrechtlichen Bereich.¹¹

Hingegen kann nach Ansicht *Krejci*s mit der Regelung des Art 55 iVm Art 298 AHGB im Sinne einer Kontinuität nicht argumentiert werden, da durch die nach 1939 in Österreich bestehende (Un)Rechtslage keine Kontinuität mehr mit dem zuvor geltenden AHGB gegeben ist.¹²

2.2.3 Erfordernis einer eigenen unternehmensrechtlichen Regelung

Generelle Überlegungen zur Begründung einer Haftung aus *cic* wegen rechtswidrigen vorvertraglichen Verhaltens gibt es viele. Allgemeine zivilrechtliche Erklärungsversuche sollen außer Acht bleiben und das Augenmerk allein auf spezifisch handels- und unternehmensrechtliche Beweggründe gelegt werden. Mit diesen Überlegungen sollten auch die wesentlich strengeren Sorgfaltsmaßstäbe, welche nicht nur dem Scheinvertreter sondern beispielsweise auch dem Dritten auferlegt wurden, und die strengeren Haftungsfolgen des Art 8 Nr. 11 EVHGB für den Scheinvertreter gerechtfertigt und erklärt werden.

⁹ *Krejci*, Abschied von der *falsus-procurator*-Haftung nach Art 8 Nr. 11 EVHGB, in: *Fischer-Czermak ua* (Hrsg) Festschrift Welser (2004) 559 (561)

¹⁰ *Pisko*, Lehrbuch des Handelsrechts (1923) 122

¹¹ *Kerschner*, Gedanken zur Haftung des *falsus procurator* nach Handelsrecht – *de lege lata* und *de lege ferenda*, JBI 2003, 902

¹² *Krejci* in FS Welser 559 (570)

Welser verneint das Erfordernis einer derartigen Regelung, unter anderem mit dem Verweis darauf, dass keine typisch handelsrechtlichen Gesichtspunkte erkennbar wären, die eine verschärfte Haftung erforderlich machen sollten.¹³ Ein handelsspezifischer Gedanke, weshalb der handelsrechtliche Scheinvertreter anders behandelt werden solle, könne nicht ausgemacht werden.¹⁴

Auch *Krejci* widmet sich der Frage, ob die strenge Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB, welche ja nicht nur den wissentlich handelnden falsus procurator sondern auch den Dritten in Form eine Kulpakompensation¹⁵ mit voller Schärfe trifft, zumindest im handelsrechtlichen Anwendungsbereich gerechtfertigt ist.¹⁶ Auch die im Wirtschaftsverkehr bestehenden Verkehrs- und Vertrauensschutzprobleme können nach Ansicht *Krejcis* die Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB nicht rechtfertigen und auch einen allfälligen Weiterbestand nicht begründen. *Krejci* schließt sich daher der Ansicht *Welsers* an und weist darauf hin, dass die Leitgedanken des deutschen Gesetzgebers für die Regelung des § 179 dBGB, einer Norm des deutschen Zivilrechts galten, die beinahe ident als Art 8 Nr. 11 EVHGB in die österreichische Rechtsordnung übernommen wurde.¹⁷ Dieser nun einen besonderen unternehmensspezifischen Gehalt zu unterstellen, dürfte schwierig sein.

Anderen sogleich unten angeführten Meinungen zufolge können, hinsichtlich der Einführung der „sonderprivatrechtlichen“ Regelung für Kaufleute, spezifische Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs ausgearbeitet werden, die eine verschärfte Haftung sachlich rechtfertigen sollten.

Von *Kerschner* und *Kalls/Schauer* wird die handelsrechtliche Regelung insoweit als erforderlich angesehen, als diese die Verkehrs- und Funktionsfähigkeit im unternehmerischen Rechtsverkehr absichern soll.¹⁸ Dies wurde bei Handelsgeschäften mit dem Vertrauensschutzgedanken begründet. Das Vertrauen des getäuschten Dritten auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrages soll geschützt werden. Um dies zu gewährleisten, sind beide Parteien im

¹³ *Welser*, Drei Fragen des Stellvertretungsrechts, JBl 1972, 337; *derselbe*, GesRZ 1975, 2

¹⁴ *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (1987) Art 8 Nr. 11 Rz 3

¹⁵ Siehe unter Punkt 7.2.

¹⁶ *Krejci* in FS *Welser* 559 (562)

¹⁷ *Krejci* in FS *Welser* 559 (562); Auch die Materialien zum Handelsrechts-Änderungsgesetz (1058 BlgNr. 22.GP, S. 82) sehen in allfälligen Bedürfnisses des unternehmerischen Verkehrs keine hinreichende Rechtfertigung.

¹⁸ *Kerschner* in *Jabornegg* (Hrsg), Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 1; *Kalls/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht (2002) 77, die auch auf die Präventionswirkung der gegenständlichen Regelung abstellen. Auch *Welser* weist darauf hin, dass die Funktionsfähigkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs generell gesichert werden soll (*Welser*, Die cic im Österreichischen Recht, LJZ 1984, 101 f).

rechtsgeschäftlichen Kontakt zu erhöhter Vorsicht verpflichtet und zur Einhaltung entsprechender Verhaltensregeln angehalten. Soweit kann also keine andere Interessenslage als im zivilrechtlichen Bereich ausgemacht werden. Der Vertrauensschutzgedanke im unternehmerischen Bereich wird verstärkt durch die Tatsache, dass im unternehmerischen Rechtsverkehr eine erhöhte Beziehung von Hilfspersonen erfolgt und so ein gesteigertes Schutzbedürfnis in Zusammenhang mit einer rechtsgültig eingeräumten Vertretungsmacht und dem Vertrauen darauf besteht.¹⁹

Von *Kerschner* wird ein anderer, prominenter, weil alleiniger, Ansatzpunkt vertreten.²⁰ Sorgfaltspflichten im Wirtschaftsverkehr sollen so *Kerschner* aus Präventionsüberlegungen heraus erhöht werden. Durch eine zu strenge Kausalitätsprüfung - die etwa bei einer Einstandspflicht nach allgemeinem zivilrechtlichen Schadenersatzrecht durchzuführen sei - werde eine zweckmäßige Präventivwirkung zerstört, welche aber notwendig sei. Daher sollte bei Art 8 Nr. 11 Abs 1, der den Ersatz eines ungleich höheren Schadens nämlich den Anspruch des geschädigten Dritten auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse vorsah, auf eine strenge Kausalitätsprüfung, wie sie aber im allgemeinen zivilrechtlichen Bereich durchgeführt wird, verzichtet werden. Die Anwendung der verschärften Regelungen für Scheinvertreter im Handelsrecht sei daher laut *Kerschner* notwendig.²¹

Dem hält *Krejci* richtigerweise entgegen, dass der Präventionsgedanke keineswegs nur handelsrechtlicher Natur sein kann.²² Sollte dem Verhalten des Scheinvertreters eine abschreckende Wirkung zukommen, sollte diese allgemein sein und nicht nur auf den unternehmerischen Bereich bezogen. *Krejci* nimmt folgerichtig an, dass alle Argumente, welche für die Haftung nach Art 8 Nr. 11 EVHGB vorgebracht werden, auch auf die zivilrechtliche Bestimmung zutreffen.²³

In diesen Überlegungen schwingt aber auch ein Strafelement mit, welches in einer verschärften Scheinvertreterhaftung wie in Art 8 Nr. 11 EVHGB zu erblicken war. Durch die erhöhten Anforderungen im unternehmerischen Rechtsverkehr und den Ersatz des höheren Schadens in Abs 1, aber auch der verschuldensunabhängigen²⁴ Haftung in Abs 2, fand im Schadenersatz-

¹⁹ So auch OGH 1 Ob 617/78 = JBl 1979, 368

²⁰ *Kerschner*, JBl 2003, 902

²¹ *Kerschner*, JBl 2003, 902

²² *Krejci* in FS Welser 559 (566)

²³ *Krejci* in FS Welser 559 (566)

²⁴ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

recht ein pönaler Charakter Eingang, der als Fremdkörper im Zivilrecht verstanden werden kann und der österreichischen Rechtsordnung weitgehend fremd ist. So müsse, wer vorsätzlich seine Vertretungsmacht überschreite, sich gefallen lassen, beim Wort genommen zu werden.²⁵ Dieser Sanktionsgedanke, der in aller Regel auch den nicht unternehmerisch versierten Scheinvertreter traf, wird in den Materialien zum Handelsrechts-Änderungsgesetz kritisiert und als „unbillig hart“ angesehen.²⁶

Vermehrt wurde in letzter Zeit die Abschaffung der Regelung des Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB gefordert.²⁷

Ein weiteres Argument für die Einführung einer einheitlichen Regelung ist die Tatsache, dass die *lex specialis* der EVHGB in der Wirtschaftspraxis und in der Öffentlichkeit weitgehend nicht verankert ist.²⁸ Nur wenige Fälle sind bekannt, in denen im Rahmen eines Handelsgeschäftes auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse geklagt wurde.²⁹

²⁵ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82; Überdies haftet auch der arglistig Irreführende nicht auf das Erfüllungsinteresse, sondern hat nur in Höhe des Vertrauensschadens einzustehen.

²⁶ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

²⁷ *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz 38; *Schauer*, GesRZ 2003, 8; *P. Bydlinski* in *Harzer/Mader*, HGB-Reform in Österreich 63; So auch *Torggler*, Abschied vom Handelsrecht? 60, der zwar spezifische handelsrechtliche Gesichtspunkte entdecken kann, diese aber nicht für schwerwiegend genug hält, als das sie die „Merkwürdigkeiten des Art 8 Nr. 11 EVHGB aufwiegen könnten“. Dieser Meinung auch zuletzt *Zib/Verweijen*, Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006) 346.

²⁸ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

²⁹ Vgl etwa OGH 24.02.1971, 5 Ob 11/71; OGH 02.06.1976, 1 Ob 600/76; OGH 14.09.1977, 1 Ob 678/77; OGH 23.03.1983, OGH 3 Ob 595/82 = GesRZ 1983,161

3 Aufhebung der Regelung des Art 8 Nr. 11

Eingangs bleibt festzuhalten, dass das in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts in Deutschland geltende HGB vom damaligen Gesetzgeber als Sondergesetz für den Handelsverkehr zum dBGB geschaffen wurde. Nach der Aufhebung des österreichischen AHGB wurde dies im Jahre 1938 übernommen (Inkrafttredatum am 01.03.1939) und waren die übernommenen gesetzlichen Regelungen daher bereits zu Beginn nicht passend für die österreichische Rechtslage insbesondere in Bezug auf das österreichische ABGB. Zum Zwecke der Anpassung wurde die 4. Einführungsverordnung zum HGB (EVHGB) geschaffen, die eine entsprechende Verbindung zum bürgerlichen Recht und dessen Grundlagen darstellen sollte und selbst eine Vielzahl bürgerlich-rechtlicher Regelungen enthielt.³⁰

Auch in Deutschland wurden die handelsrechtlichen Regelungen als unzureichend empfunden, weshalb 1998 ein Handelsrechtsreformgesetz verabschiedet wurde.³¹ Es wurde gefordert, diese Reform als Orientierungshilfe für das österreichische Modell zu verwenden.³² Im Mittelpunkt der Kritik in Österreich stand seit jeher das 4. Buch des HGB, dessen zahlreiche bürgerlich-rechtliche Einzelbestimmungen entgegen einer einheitlichen Systematik nicht im Zivilrecht zu finden waren.³³ Eine der wichtigen Zielsetzungen der Reformbestrebungen war eine Verlagerung dieser Regelungen ins ABGB.³⁴ Eine Änderung des Rechts der Handelsgeschäfte im 4. Buch des HGB erfolgte aber seit seiner Einführung weitgehend nicht.

Mit der Umbenennung des HGB ins UGB kam es zu einer Streichung der Regelung des Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB und damit verbunden zu einer weit reichenden Änderung der Scheinvertreterhaftung. Als Bestimmung, die weitgehend einen zivilrechtlichen Regelungsbereich hat, wird die Scheinvertreterhaftung ausschließlich ins ABGB verlagert. Die Aufhebung der

³⁰ Kritisch *Wilhelm*, Müllabfuhr Unternehmensgesetzbuch, *ecolex* 2004, 1

³¹ *dBGBI* I 1988, 1474; *P. Bydlinski*, Die Reform des deutschen Handelsgesetzbuches: Vorbild für Österreich?, *JBl* 1998, 405; *Schauer*, Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – Kastners Vorschläge und heutige Perspektive, *GesRZ* 2003, 3 f; *Krejci*, Das Unternehmensgesetzbuch (UGB), *VR* 2006, 17 f

³² *P. Bydlinski*, *JBl* 1998, 405; *Winkler*, Kaufmann quo vadis? (1999) 175; *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz 38; *Schauer*, *ÖJZ* 2006, 64 weist aber darauf hin, dass es zur deutschen Rechtslage gewichtige Unterschiede gebe, welche eine Anlehnung an die deutsche Handelsrechtsreform nicht zuließen. So habe der deutsche Gesetzgeber das kaufmännische Sondervertragsrecht von der Reform weitgehend unberührt gelassen. Dazu beruhe die deutsche handelsrechtliche Gesetzgebung auf dem deutschen BGB. Ein derartiger Unterbau bestehe in Österreich nicht.

³³ Zur Reformbedürftigkeit des geltenden Handelsrechts *Schauer* in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer*, ABGB 137; *Dehn/Krejci* (Hrsg.), Das neue UGB 18

³⁴ *Welser*, *GesRZ* 1975, 2; *P. Bydlinski*, *JBl* 1998, 405 (411); *Winkler*, Kaufmann quo vadis? 200 f; *Schauer*, *GesRZ* 2003, 3 (7); *Roth*, Eckdaten einer österreichischen HGB-Reform, *JBl* 2004, 409

4. EVHGB und die Ansiedlung der Normen in andere Rechtsbereiche sind mit der Ansicht der überwiegenden Lehre konform.³⁵ Das UGB soll nunmehr allein Regelungen bezogen auf die spezifisch unternehmensrechtlichen Problembereiche enthalten.³⁶ Auch die Materialien³⁷ zum vorliegenden Gesetzesentwurf sah die handelsrechtliche Sonderregelung als „Fremdkörper im österreichischen Recht“ an. Ebenso verneinten die Materialien³⁸ zum Handelsrechts-Änderungsgesetz besondere Bedürfnisse des unternehmerischen Rechtsverkehrs, die eine verschärfte Haftung eines handelsrechtlichen Scheinvertreters rechtfertigen würden.

3.1 Weiterbestand des Art 8 Nr. 11 EVHGB?

Direkt an die Ausführungen zur Aufhebung des Art. 8 Nr. 11 EVHGB anschließend soll die Ansicht *Kerschners* dargestellt werden, der eine Beibehaltung zumindest eines Teils der dieser Haftungsregelung befürwortet.

Kerschner bringt entgegen der herrschenden Lehre³⁹, die eine Aufhebung der als Fremdkörper empfundenen Sonderhaftung befürwortet und dies schon in zahlreichen Schriften gefordert hatte, Argumente für den Beibehalt der Regelung vor.⁴⁰ Dies allerdings nur in Ausgestaltung des Art 8 Nr. 11 Abs 2 mit diversen Anpassungen, welche nun genauer untersucht werden sollen. Art 8 Nr. 11 Abs 2 normiert die verschuldensunabhängige Haftung des über die Vollmacht irrenden Scheinvertreters auf den Vertrauensschaden. Darüber hinaus fordert *Kerschner* sogar, in diesem Zusammenhang auch eine Ausweitung der Anwendung auf den bürgerlich-rechtlichen Bereich zu überdenken.

Kerschner fordert, dass die häufig kritisierte verschuldensunabhängige Schadenersatzregelung nach Abs 2 mit Blick auf Abs 1 des Art 8 Nr. 11 EVHGB betrachtet werden müsse, der eine Art „gesetzlicher Garantiehaftung“⁴¹ vorsieht. Wird der Scheinvertreter auf Erfüllung oder Leistung des Erfüllungsinteresses in Anspruch genommen, käme es zu einem Vertragseintritt des Scheinvertreters. Dieser könne sich aber von der strengeren Haftung in Abs 1 dahingehend entlasten, dass er auf einen geringeren Schaden haftet, wenn der Scheinvertreter schuld-

³⁵ *Dehn/Krejci* (Hrsg.), Das neue UGB 18; *Zib/Verweijen*, Das neue UGB 44; *Torggler*, Abschied vom Handelsrecht? 60; *Schauer*, ÖJZ 2006, 67

³⁶ *Schauer*, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 25

³⁷ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

³⁸ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

³⁹ *Schauer*, GesRZ 2003, 3 (8), *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmergebiet 38; *P. Bydlinski* in *Harzer/Mader*, HGB-Reform in Österreich 63; *Torggler*, Abschied vom Handelsrecht? 60

⁴⁰ *Kerschner*, JBl 2003, 902; Ebenso erfolgte eine ausführliche Darstellung desselben auch in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 3.

⁴¹ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

los oder fahrlässig über das Vorliegen der Vertretungsmacht irrt. Dahingehend besteht in Abs 2 eine Haftungserleichterung des Scheinvertreters, die ihm „sachlich gerechtfertigt“ - so *Kerschner* - zugemutet werden kann.

Kerschner fordert, da er von einer immanenten Ähnlichkeit des Scheinvertretungshandelns mit irrtumsrechtlichen Anwendungsfällen ausgeht, eine Angleichung des Abs 2 an irrtumsrechtliche Wertungen in Österreich. Art 8 Nr. 11 Abs 2 EVHGB, der auf der Vertrauensschadenersatzhaftung des § 122 dBGB und somit auf völlig unterschiedlichen Vorgaben beruht (siehe unter Punkt 2.2.1), müsse dahingehend adaptiert werden. Im österreichischen Irrtumsrecht ist ein derartiger verschuldensunabhängiger Vertrauensschadenersatzanspruch wie in § 122 dBGB unbekannt.

Für die Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums ist es bekanntlich erforderlich, dass eine der folgenden drei Voraussetzungen alternativ erfüllt ist.

Nach allgemeinen irrtumsrechtlichen Regelungen soll eine Schutzwürdigkeit des Vertragspartners dann verneint werden, wenn ihm der Irrtum des Erklärenden erkennbar war oder er diesen verursacht hat.⁴² So soll umgelegt auf den falsus procurator nach *Kerschner* eine Haftung – entsprechend § 871 – dann entfallen, wenn der Dritte den Irrtum des Scheinvertreters veranlasst oder erheblich dazu beigetragen hat. Der geschädigte Dritte ist dann entsprechend einer Sphärenzurechnung näher dran, den entstandenen Schaden zu ersetzen und das Irrtumsrisiko zu tragen. Dies soll vor allem in den Fällen denkbar sein, wenn der Scheinvertreter nur ein laienhaftes Verständnis von seiner Vertretungsmacht hat und der juristisch und fachlich ausgebildete Dritte diesen hinsichtlich der Vollmacht falsch berät.⁴³ Ein Verschulden des Dritten ist nicht erforderlich, es genügt allein eine adäquate Verursachung.⁴⁴

Kerschner vertritt weiters die Redintegrationslehre. Diese steht im Widerspruch zur res-integra-Lehre, wonach die Anfechtung eines Vertrages nur bei erfolgter rechtzeitiger Aufklärung möglich ist. Eine rechtzeitige Aufklärung eines Irrtums liegt nur dann vor, wenn durch die Anfechtung kein Vertrauensschaden entstehen würde, da hier noch keine wirtschaftlichen Dispositionen getätigt wurden und es somit am Schadenseintritt fehlt. Nach *Kerschner* ist

⁴² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 156 f

⁴³ Beispiel nach *Kerschner*, JBl 2003, 902

⁴⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 156 f mit weiteren Verweisen

aber eine Vertragsauflösung auch immer dann zulässig, wenn der Gegner und Anfechtende dem Geschädigten den Vertrauensschaden ersetzt.⁴⁵

Hat der Erklärungsgegner den Irrtum fahrlässig nicht entdeckt oder wusste er um den Vollmachtsmangel Bescheid, so ist dies nach *Kerschner* als Ausgestaltung des Abs 3 des Art 8 Nr. 11 (Kulpakompensation) zu sehen. So behält auch diese Konstruktion ihre Gültigkeit, da es - wenn dem Dritten der Mangel offenbar hätte auffallen müssen - zu einem entsprechenden Haftungsentfall auch nach Irrtumsrecht kommt.

Kerschner geht abschließend davon aus, dass bei unrichtigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen ein - wenn auch schuldlos - veranlassenes Vertrauen durch den Ersatz des Vertrauensschadens auszugleichen ist. Seine Ansicht bestärkend bringt er noch ein anderes Argument vor, so sei der Scheinvertreter aufgrund seiner eigenen Situation oder seiner Kontakte gerade in der Lage dem Geschädigten gegenüber die Erfüllung des zugesicherten Leistungsversprechens einzuhalten.⁴⁶

Entgegen den Ausführungen *Kerschners*, der offensichtlich auch einer Erfüllungshaftung, wie in Abs 1 des Art 8 Nr. 11 EVHGB normiert, nicht abgeneigt gegenübersteht, kann mE gerade keine sachliche Rechtfertigung für eine Haftungsverschärfung durch den Ersatz des Erfüllungsinteresses angenommen werden. Hierzu kann nur auf die Untersuchungen unter Punkt 6.1 verwiesen werden, welche klar zum Ergebnis kommen, dass eine solche Haftung allein aufgrund von Kausalitätsbedenken nicht kritiklos angenommen werden kann.

Kerschner vertritt weiter die Ansicht, dass zumindest der verschuldensunabhängige Art 8 Nr. 11 Abs 2 mit dem darin vorgesehenen Ersatz des Vertrauensschadens weiter bestehen soll – angereichert mit irrtumsrechtlichen Vorgaben. Dieser Ansatzpunkt kann kritisiert werden.

Besonders die Anwendung der Redintegrationslehre ist strittig und muss auch im konkreten Fall abgelehnt werden.⁴⁷ Die Anfechtung des Vertrages soll nur dann zulässig sein, wenn der Vertragspartner noch keine finanziellen Verfügungen im Hinblick auf die Gültigkeit des Ver-

⁴⁵ *Kerschner*, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft (1984) 128 ff; *derselbe*, JBl 2003, 902 (905)

⁴⁶ *Kerschner*, JBl 2003, 902 (906)

⁴⁷ *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 181 ff vertritt eine Mittellösung und anerkennt die Redintegration in Fällen einer groben Inäquivalenz. Durch rein geringfügige Dispositionen soll nicht über die Wirksamkeit eines Millionengeschäftes entschieden werden. Ansonsten sei aber die res-integra-Lehre anzuwenden.

trages getroffen hat und somit noch kein Vertrauensschaden entstanden ist. Außer Betracht bleiben können lediglich geringfügige Dispositionen wie Porto usw.⁴⁸ Werden diese geringfügigen Aufwendungen ersetzt, so ist auch in diesen Fällen eine Vertragsanfechtung möglich. Wichtig ist einzig, dass eine Rückabwicklung leicht möglich ist.

Der Vertrag ist bei Annahme einer uneingeschränkten Redintegration wie *Kerschner* sie vorsieht einer dauernden Auflösbarkeit ausgesetzt.⁴⁹ *Kerschner* hält diesem Argument entgegen, dass mit zeitlichem Abstand zum Vertragsschluss die Höhe des angefallenen Vertrauensschadens weiter zunehmen wird.⁵⁰ Dies würde freilich als Risiko des Anfechtenden ausfallen, eine Vertragsanfechtung wäre dann immer schwerer möglich. Eine weitere Einschränkung der Geltendmachung des Anfechtungsanspruches würde - so *Kerschner* - durch die Verjährungsfrist nach § 1487 bestehen. Nach einer Dauer von drei Jahren sei eine Auflösbarkeit des Vertrages nicht mehr möglich.

In diese Überlegungen muss auch die beachtliche Interessenslage des Vertragspartners miteinbezogen werden. Auch bei vollem Ersatz des Vertrauensschadens dürfte eine ständige Anfechtbarkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, auch wenn diese durch die oben genannte 3-Jahresfrist begrenzt sein sollte, nicht vom Vertragspartner gewollt sein. Der Anfechtungsgegner würde somit durch einen Ersatz des entstandenen Schadens, auch gegen seinen Willen, gezwungen werden, das Rechtsverhältnis rückgängig zu machen.⁵¹ Er könnte daher Aufwendungen zugunsten der geleisteten Sache niemals mit einer endgültigen Sicherheit tätigen. Dem Anfechtungsgegner muss weiter die Möglichkeit offen bleiben, auf die Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zu bestehen.⁵²

Die Tatsache, dass Art 8 Nr. 11 Abs 2 kein Verschulden erfordert, kann als krasser Widerspruch zum Konzept des österreichischen Schadenersatzrechtes gesehen werden. Eine Haftung in dieser Ausformung würde wohl mit einer generellen schlechten Vereinbarkeit mit anderen Bestimmungen der Wurzelmängel zu kämpfen haben.⁵³ Denn auch bei einer listigen

⁴⁸ *Thunhart*, Die Beachtlichkeit des Irrtums als Interessensabwägung - § 871 ABGB, ÖJZ 2000, 447 (450)

⁴⁹ *Thunhart*, ÖJZ 2000, 447 (450)

⁵⁰ *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 128 ff

⁵¹ *Thunhart*, ÖJZ 2000, 447 (450)

⁵² *Thunhart*, ÖJZ 2000, 447 (450), welcher hier von der Annahme eines beweglichen Systems ausgeht. Hier gebe es keine fixe Grenze, bis zu der eine rechtzeitige Aufklärung erfolgen sollte. Es müsse auf das Fehlverhalten der Vertragspartner abgestellt werden. Kann dem Anfechtungsgegner ein erhebliches Fehlverhalten vorgeworfen werden, so muss er höhere Vertrauensschäden in Kauf nehmen.

⁵³ *Schauer in Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007) § 1019 Rz 3

Irreführung haftet der Irreführende bei Vertragsanfechtung oder bei der schlichten anfänglichen Unmöglichkeit nur nach der Regelung der *cic* auf den Vertrauensschaden. Diese setzt jedenfalls ein Verschuldenserfordernis voraus. Eine verschuldensunabhängige Haftung wie *Kerschner* sie fordert, ist der österreichischen Rechtsordnung völlig unbekannt. Insbesondere soll nochmals darauf hingewiesen werden, dass Art 8 Nr. 11 EVHGB und seine entsprechende deutsche Regelung in § 179 dBGB auf der Grundlage des § 122 dBGB basiert. § 122 dBGB normiert – wie nachstehend unter Punkt 2.2.1 in Grundzügen dargestellt – eine Vertrauenshaftung, welche im österreichischen Recht nicht besteht.

Auch *Krejci* hält der Ansicht *Kerschners* entgegen, dass eine verschuldensunabhängige Haftung „für enttäushtes Vertrauen“ in der österreichischen Rechtsordnung nicht besteht.⁵⁴ Eine Redintegration durch Ersatz des Vertrauensschadens sei nur eingeschränkt möglich.⁵⁵

Weiter sei auch im Irrtumsrecht – so *Krejci* – kein gänzlich verschuldensunabhängiger Ersatz für Vertrauensschäden, die durch eine Vertragsanfechtung entstehen, vorgesehen.⁵⁶ In allen Fällen der irrtumsrechtlichen Anfechtung, im Bereich der *cic* und vor allem in jenen Fällen nach § 874 wegen List und Drohung ist die Vertragsauflösung vom Vorliegen eines Verschuldenselements abhängig. Eine solcherart gestaltete Haftung, wie *Kerschner* sie fordert, sei wieder ein Fremdkörper im österreichischen Schadenersatzrecht.⁵⁷

Auch *Schauer* hält nicht viel von einem (teilweisen) Weiterbestand der handelsrechtlichen Sonderregelung.⁵⁸ Dies hätte einen Widerspruch mit dem sonstigen Konzept des Vertragsrechts in Bezug auf Wurzelmängel oder einer Vertragsanfechtung wegen Willensmängel zufolge.⁵⁹ Hier bestehe nur ein Anspruch auf Vertrauensschaden, nicht aber auf das Erfüllungsinteresse. Außerdem ließe sich die verschärfte Bestimmung nicht durch einen besonderen auf den unternehmerischen Rechtsverkehr beschränkten Rechtfertigungsgrund beibehalten.

Letztlich wird gerade ein Analogieschluss der Scheinvertreterhaftung in der EVHGB auf das bürgerliche Recht, der auch von *Kerschner*⁶⁰ in Form der Übernahme der verschuldensunab-

⁵⁴ *Krejci* in FS Welser 559 (577)

⁵⁵ *Krejci* in FS Welser 559 (577); So auch OGH 1 Ob 551/94 = SZ 67/136

⁵⁶ *Krejci* in FS Welser 559 (577)

⁵⁷ *Krejci* in FS Welser 559 (577)

⁵⁸ *Schauer*, ÖJZ 2006, 64 (72)

⁵⁹ *Schauer*, ÖJZ 2006, 64 (72)

⁶⁰ *Kerschner*, JBl 2003, 902 (907)

hängigen Haftung des Abs 2 angedacht wird, vehement abgelehnt.⁶¹ So sei bereits eine Lücke im bürgerlichen Recht abzulehnen, die durch die Regelung des Art 8 Nr. 11 egal in welcher Form zu schließen wäre. Das ABGB biete auch vor Einführung des § 1019 eine ausreichende und befriedigende Haftungslösung durch die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitete *cic*.⁶² Die ausgewogenere Haftung der *cic* wurde der strikten Regelung des Art 8 Nr. 11 also immer entschieden vorgezogen. Diese Ansicht wurde auch durch den Beschluss des Handelsrechts-Änderungsgesetzes vom Gesetzgeber eindeutig bestätigt. Einem Weiterbestand der handelsrechtlichen Haftung egal in welcher Ausformung wurde vom Gesetzgeber eine eindeutige Absage erteilt.⁶³

Auch *Krejci* beschäftigt sich mit der Frage, ob die handelsrechtliche Regelung im Zivilrecht aufgrund rechtsdogmatischer Überlegung angewendet werden kann oder eine analoge Anwendung sogar erforderlich scheint.⁶⁴ Bei der Untersuchung dieser Fragen kommt *Krejci*, insbesondere bei Berücksichtigung der Sonderanliegen im Bereich der Organisation und des Geschäftsverkehrs im unternehmerischen Bereich, zu dem Ergebnis, dass aufgrund ausstehender unternehmensrechtlicher Erfordernisse eine Übernahme der Sonderregelung nicht wünschenswert scheint.⁶⁵

In diesem Sinne war auch stets eine analoge Anwendung der handelsrechtlichen Regelung im Zivilrecht abzulehnen. ME war die Verankerung einer allgemeinen Vertrauenshaftung des *falsus* nach ausdrücklichen Verschuldenserfordernissen lange überfällig.⁶⁶

Insbesondere die Ansicht *Kerschners*, dass der Vertreter aufgrund seiner Situation dem Geschädigten oft die geschuldete Leistung verschaffen kann, überzeugt nicht, da dies mA nach keine Begründung für einen Haftungsanspruch sein kann.⁶⁷ Dass der Vertreter in der Lage ist in natura zu leisten, mag erfreulich sein, dem Willen des Geschädigten wird es aber auch entsprechen, den reinen Geldersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses zu erhalten. Zudem kann die Aussage *Kerschners*⁶⁸ als Widerspruch gesehen werden, da er ja im selben Artikel ohnehin vorschlägt, den Erfüllungsanspruch gegen den Scheinvertreter nach Abs 1 nicht weiter

⁶¹ Siehe etwa nur bereits generell zur Frage einer analogen Ausdehnungen der Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB im zivilrechtlichen Bereich *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 156 ff

⁶² *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 158

⁶³ Gegen eine „Verehrung“ der *falsus*-procurator-Haftung auch *Wilhelm*, *ecolex* 2004, 1

⁶⁴ *Krejci* in FS *Welser* 559 (570 ff)

⁶⁵ *Krejci* in FS *Welser* 559 (577 f)

⁶⁶ *Wilhelm*, *ecolex* 2004, 1

⁶⁷ So aber auch *Krejci*, *Handelsrecht*³ (2005) 228

⁶⁸ *Kerschner*, *JB1* 2003, 902

anzuwenden und seine Änderungsvorschläge sich rein auf die Anwendung des Vertrauensschadenersatzanspruches nach Abs 2 beziehen.

*Krejci*⁶⁹ hingegen geht überhaupt davon aus, dass in vielen Fällen der falsus procurator nicht in der Lage sein wird, den für den unwirksam Vertretenen geltenden Vertrag zu erfüllen. Dem Dritten ein diesbezügliches Gestaltungsrecht einzuräumen, würde laut *Krejci* wenig bringen.

⁶⁹ *Krejci* in FS Welser 559 (575)

4 Der neue § 1019

Das Handelsrechts-Änderungsgesetz sieht nunmehr eine neue Regelung vor, die als § 1019 ins ABGB übernommen wurde. Hier wird nun der bürgerlich-rechtlichen Lösungsmöglichkeit der Vorzug gegeben und die Haftung des Scheinvertreters im Sinne der bisherigen cic-Haftung ausgestaltet.⁷⁰ Anders formuliert könnte man auch behaupten, der Abs 2 des Art 8 Nr. 11 der EVHGB wurde ins ABGB übernommen, allerdings nicht wie in seiner bisher verschuldensunabhängigen Ausgestaltung sondern mit klaren Verschuldensfordernissen.

„§ 1019. Ist der Gewalthaber zu dem von ihm geschlossenen Geschäft nicht oder nicht ausreichend bevollmächtigt, so ist er, wenn der Gewaltgeber weder das Geschäft genehmigt noch sich den aus dem Geschäft entstandenen Vorteil zuwendet (§ 1016), dem anderen Teil zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser im Vertrauen auf die Vertretungsmacht erleidet. Der Gewalthaber haftet jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat.“

Nunmehr wird also erstmals eine Haftung des Scheinvertreters im ABGB ausdrücklich gesetzlich normiert. Dies auch in Harmonie mit dem österreichischen Schadenersatzrecht.

Bemerkenswert ist auch die ausdrückliche Begrenzung der Haftung durch das hypothetische Erfüllungsinteresse.

Diese Regelung ist auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die nach dem 31.12.2006 abgeschlossen wurden. Auf davor abgeschlossene Geschäfte waren die bisherigen Regelungen anzuwenden (Art XXXXI des Handelsrechts-Änderungsgesetzes – HaRÄG). § 1019 ist nun sowohl im Zivilrecht als auch im Unternehmensrecht für die Haftung des Scheinvertreters ausschlaggebend.⁷¹

⁷⁰ Schauer in Krejci (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019; Perners, Die Haftung des Scheinvertreters nach dem UGB (§1019 ABGB), RdW 2007/15, 14

⁷¹ Perners, RdW 2007/15, 14

5 Anwendungsbereich der unterschiedlichen Haftungssysteme

5.1 Erfasste Vertretungsmacht nach der alten Rechtslage

Generelle Voraussetzung für das Vorliegen der Scheinvertretung und ein hiermit verbundenes Einstehen-Müssen ist, dass der Vertreter im fremden Namen allerdings ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Um welche Art der Vertretungsmacht es sich handelt, ist für die Annahme der Haftung irrelevant.⁷² Diese Vorschriften finden – sofern die unten dargestellten Voraussetzungen erfüllt sind – sowohl auf eine rechtsgeschäftlich oder organschaftlich eingeräumte Vertretungsmacht Anwendung und sind auch bei gesetzlichen Vertretern zu berücksichtigen.

Erfasst sind hier nicht nur Fälle, in denen keine Vertretungsmacht vorliegt, sondern auch wenn eine solche zwar erteilt wurde, dem Umfang nach aber überschritten wird⁷³ oder eine bereits erteilte Bevollmächtigung erloschen ist.⁷⁴ Entscheidend ist der Mangel der Vertretungsmacht in all den genannten Fällen zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses.

5.1.1 Gewillkürte Vertretung

Die Scheinvertreterregelungen sind bei (nicht erfolgter) rechtsgeschäftlicher Erteilung einer Vertretungsmacht anzuwenden. So sind Personen, die ohne entsprechende Vollmacht im Namen anderer im Rechtsverkehr auftreten, als Scheinvertreter zu sehen. Die genaue Abgrenzung der zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Haftung wird noch zu klären sein. Vorweggenommen werden kann allerdings, dass für Prokuristen oder Handelsbevollmächtigte die Voraussetzungen der Anwendung der bisherigen handelsrechtlichen Norm automatisch erfüllt waren.⁷⁵ Diese wurden bei Beurteilung nach der alten Rechtslage immer im Rahmen eines Handelsgewerbes tätig und gestaltete sich das abzuschließende Rechtsgeschäft daher zumindest als einseitiges Handelsgeschäft.

Andere Rechtsgeschäfte, also solche, die nicht als Handelsgeschäfte qualifiziert werden konnten, fielen früher allein unter den bürgerlich-rechtlichen Anwendungsbereich.

⁷² OGH 8 Ob 514/90 = WBI 1991, 142 = RdW 1991,231 = ecollex 1991, 317; OGH 4 Ob 6/02i = SZ 2002/145

⁷³ OGH 5 Ob 11/71 = JBI 1972, 364; OGH 1 Ob 297/75 = JBI 1978, 32

⁷⁴ Die §§ 1009 und 1016 erwähnen nur den Fall, dass die Vollmacht überschritten wurde. Diese Regelungen sind aber auf alle Fälle anzuwenden *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² (1992) S. 778, 37 D I II 1.

⁷⁵ *Welser*, GesRZ 1975, 2 (4)

5.1.2 Gesetzliche Vertretung

Die hier dargestellten Tatbestände galten auch für gesetzliche Vertreter, die keine ausreichende Vertretungsmacht besitzen.⁷⁶ So bedarf es bei der rechtswirksamen Vertretung Minderjähriger einer zusätzlichen gerichtlichen Genehmigung, wenn das abzuschließende Rechtsgeschäft außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs im Sinne des § 154 Abs 3 liegt.

5.1.3 Organschaftliche Vertretung

Art 8 Nr. 11 EVHGB galt ebenso für Vertretungshandlungen von (Schein)Organen einer juristischen Person, sofern die Voraussetzungen für dessen Anwendung gegeben waren.⁷⁷

Organe öffentlich-rechtlicher Institutionen

Die Vertretungsmacht und ihr genauer Umfang werden hier zumeist durch das Gesetz bestimmt. Insbesondere ist bei der Vertretung der Gemeinde auf die Gemeindeordnungen zu achten. Diese bestimmen oft den Bürgermeister zum Vertretungsorgan nach außen.⁷⁸

Organe privatrechtlicher Institutionen

Auch auf die (fehlende) Vertretungsmacht von Organen bei Handelsgesellschaften sind die stellvertretungsrechtlichen Normen bzw Sondernormen anzuwenden.

Alle nicht ordnungsgemäß zur Vertretung befugten Organe von Handelsgesellschaften (Personal- und Kapitalgesellschaften) hafteten automatisch, da sie stets im Namen eines Kaufmanns auftraten, nach Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB.⁷⁹ Der Umfang der Bevollmächtigung wird zumeist durch spezielle gesellschaftsrechtliche Normen bestimmt, die in den jeweiligen Statuten näher ausgestaltet werden.

⁷⁶ OGH 4 Ob 6/02i = SZ 2002/145

⁷⁷ OGH 4 Ob 6/02i = SZ 2002/145; *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 10; Vgl hierzu die Ausführungen zur organschaftlichen Vertretung unter Punkt 18. Zur Vertretung beim Verein siehe die Ausführungen unter Punkt 19.

⁷⁸ § 25 Burgenländische Gemeindeordnung LGBl. Nr. 55/2003; § 14 Kärntner Gemeindeordnung (K-AGO) LGBl. Nr. 66/1998; § 37 Niederösterreichische Gemeindeordnung LGBl. Nr. 1000 (NÖ GO 1973); § 58 Oberösterreichische Gemeindeordnung LGBl. Nr. 91/1990 (OÖ GemO 1990); § 39/3 Salzburger Gemeindeordnung LGBl. Nr. 107/1994 (GdO 1994); § 45 Steiermärkische Gemeindeordnung LGBl. Nr. 49/2004 (GemO 1967); § 55 Tiroler Gemeindeordnung LGBl. Nr. 36/2001 (TGO 2001); § 90/3 Wiener Stadtverfassung LGBl. Nr. 22/2003 (WStV); Siehe auch zur Problematik der Vertretung *Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht (1981).

⁷⁹ Die Kaufmannseigenschaft des unwirksam Vertretenen genügte bereits nur Annahme eines einseitigen Handelsgeschäftes.

Praktisch häufig ist eine derartige Haftung vor allem bei Vertretungshandlungen für Gesellschaften im Gründungsstadium (siehe unter Punkt 18).

5.2 *Bisheriger Anwendungsbereich der Haftung nach cic*

Die zivilrechtliche Haftung nach *cic* kam bisher zur Anwendung, wenn kein zumindest einseitiges Handelsgeschäft vorlag, somit also in jenen Fällen, in denen der frühere Art 8 Nr. 11 iVm § 345 HGB nicht angewendet werden konnte.⁸⁰ Dies betraf allerdings nur die Parteien des vermeintlichen „Grundgeschäftes“. Sowohl der geschädigte Geschäftspartner als auch der unwirksam Vertretene durften daher keine Kaufmannseigenschaft im Sinne des früheren HGB haben.

5.2.1 Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses

Im bürgerlich-rechtlichen Anwendungsbereich hat vor allem diese Frage eine ausführlichere Abhandlung erfahren. Es ist zu untersuchen, ab welchem Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen von einer Haftungsbegründung ausgegangen werden kann.

Für die rechtswidrige Verletzung der Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten ist der Zeitpunkt der Vorverhandlungen ausschlaggebend. Der Scheinvertreter haftet, sobald er zum geschädigten Geschäftspartner Vertragsverhandlungen aufgenommen oder einen rechtsgeschäftlichen Kontakt eröffnet hat.⁸¹ Welcher Art dieser zu sein hat, ist an dieser Stelle näher zu erörtern.

Nach anerkannten Regeln ist es für die Bejahung einer Schadenersatzpflicht keineswegs eine Notwendigkeit, dass der geschlossene Vertrag volle Gültigkeit erlangt. Eine besondere Art eines gesetzlichen Schuldverhältnisses wird durch die reine tatsächliche Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet. Ab diesem Zeitpunkt gelten für beide Parteien Aufklärungspflichten schuldrechtlicher Natur, die an einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab zu messen sind.⁸²

Problematisch sind in diesem Zusammenhang vor allem Konstellationen, in denen Handlungen gesetzt wurden als noch keine bestimmte Geschäftsbeziehung bestanden hat und die später zu einem schädigenden Erfolg führen. Der Anknüpfungspunkt an eine tatsächliche Kontaktaufnahme kann hier zu ungenau sein. Nach *Welser* kann hier folgendes Beispiel gebracht

⁸⁰ *Krejci* in FS *Welser* 559 (564)

⁸¹ Erstmals OGH 1 Ob 191/75 = SZ 48/102 = JBl 1976, 205 = NZ 1977,108; Vgl auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil² II (1984) 72 f

⁸² OGH 1 Ob 617/78 = SZ 51/79 = JBl 1979, 368

werden: Der Vertreter sendet – um potentielle Vertragspartner zu einem Vertragsabschluss zu bewegen – Geräte zur Ansicht an Personen, von denen er denkt, sie wären an einem Rechtsgeschäft interessiert. Diese sind fehlerhaft und verursachen nach ihrer Lieferung einen Schaden beim Empfänger.⁸³

Welser fordert, dass die Bedeutung des vorvertraglichen Kontakts zur Pflichtenentstehung gemindert werden muss. Es kann nicht gefordert werden, dass ein Kontaktverhältnis mit einer bestimmten Person bereits besteht. Es gibt also kein vorvertragliches Schuldverhältnis im engeren Sinn. Es existieren nach *Welser* gewisse vorvertragliche Pflichten gegenüber jedermann, der potentieller Vertragspartner sein könnte, dh die Identität des konkreten Vertragspartners muss zum Handlungszeitpunkt noch nicht unbedingt feststehen. Es ist daher auf jede Handlung Bedacht zu nehmen, die für den geschäftlichen Kontakt bestimmt ist.⁸⁴

Auch *Koziol* vertritt diesen Standpunkt: Vorvertragliche Pflichten sollen bereits dann bestehen, wenn es zu einer Vertragsanbahnung mit einem, wenn auch nur potentiellen Kunden kommt.⁸⁵

Welser geht aber auch von einer gewissen Einschränkung in diesem Stadium des rechtsgeschäftlichen Kontaktes aus. So soll nicht jede Verletzung vorvertraglicher Pflichten zu einer Schadenersatzpflicht führen.⁸⁶ Auskünfte oder Mitteilungen (beispielsweise auch im Bereich werbender Tätigkeiten) müssen weiter möglich sein, andernfalls würde es zu einer unzumutbaren Einschränkung des Wirtschaftsverkehrs kommen. Zu einem Zeitpunkt, an dem noch kein konkreter Kontakt besteht, können diese Mitteilungen auch nur geringen Einfluss auf die Sphäre und das Vermögen des Gegenübers haben. Wie bereits aus dem oben genannten Beispiel ersichtlich ist, ist ein Schutz vor allem dann erforderlich, wenn es sich um die Bewahrung der körperlichen Unversehrtheit handelt. *Koziol* weist richtig darauf hin, dass ein Schutz des bloßen Vermögens eines Dritten im vorvertraglichen Bereich wohl überzogen ist und ein solcher nicht gewährt werden darf.⁸⁷

Die Mehrzahl der vorvertraglichen Schuldverhältnisse wird praktisch wohl mit tatsächlicher Eröffnung des geschäftlichen Kontaktes entstehen.

⁸³ *Welser*, Vertretung 81 ff; *derselbe*, Das Verschulden beim Vertragsabschluss, ÖJZ 1973, 286;

⁸⁴ *Welser*, ÖJZ 1973, 286

⁸⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 72 ff

⁸⁶ *Welser*, Vertretung 96 ff; *derselbe*, ÖJZ 1973, 286; Dieser Einschränkung zustimmend *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 72 ff

⁸⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 72 ff

Die Problematik der Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses ist auch oder gerade eben bei Handeln eines Scheinvertreters denkbar. In die Überlegungen muss miteinbezogen werden, dass der Vertreter hier keine Vertragsanbahnung im eigenen Interesse herbeiführt, sondern für einen (vermeintlichen) Geschäftsherrn tätig werden will. Dass dies Auswirkungen auf die oben stehenden Ausführungen haben soll, verneint *Welser*, der diese Tatsache als nicht relevant sieht.⁸⁸ Durch sein Auftreten als Stellvertreter werde das Risiko im Geschäftsverkehr nämlich gesteigert, dies umso mehr für den Fall, wenn das Verhalten des Vertreters wegen mangelnder Vollmacht dem Geschäftsherrn nicht zugerechnet werden kann. Aus dieser Tatsache ergibt sich, dass eine Verpflichtung des Vertreters besteht, das Vorliegen seiner Vollmacht und deren Umfang auch vor Vertragsabschluß immer genau zu prüfen. Bei Verletzung dieser Sorgfaltspflicht haftet er.⁸⁹

5.3 Bisheriger Anwendungsbereich der Haftung nach Art 8 Nr. 11 EVHGB

Grundsätzlich genügt für die Anwendung der wesentlich strengeren handelsrechtlichen Regelung des Art 8 Nr. 11, dass eine der beteiligten Parteien des hypothetischen Grundgeschäfts die Kaufmannseigenschaft erfüllte und dass das geschlossene Geschäft bei hinzugedachter Gültigkeit und Vorhandensein der behaupteten Vertretungsbefugnis ein Handelsgeschäft geworden wäre.⁹⁰ Wichtig bei der Anwendung der bisherigen handelsrechtlichen Haftungsnorm war der frühere § 345 HGB, der im Regelfall die Anwendung der handelsrechtlichen Sondernormen auch auf den nichtkaufmännischen Teil vorsah, auch wenn nur ein einseitiges Handelsgeschäft vorlag.⁹¹

⁸⁸ *Welser*, Vertretung 96 ff

⁸⁹ Bei sonstigen Pflichtwidrigkeiten des Scheinvertreters kann nicht so einfach von einer Haftung ausgegangen werden. Vgl hierzu die Ausführungen unter Punkt 9.

⁹⁰ Die hier dargestellte Interpretation entspricht der von *Welser* vorgeschlagenen möglichst wortnahen Auslegung in *Welser*, Vertretung 167 ff. Man solle vom Vollmachtsmangel absehen und fragen, ob das *wirksame Geschäft* ein *Handelsgeschäft* gewesen wäre. Die Person des Vertreters ist in dieser Konstellation unwichtig. *Welser* legt auch noch andere Auslegungsmöglichkeiten dar, von denen an dieser Stelle die wichtigsten ausgeführt werden sollen. Will man auf die subjektiven Eigenschaften des Vertreters abstellen, so könnte man eine handelsrechtliche Haftung nur bejahen, wenn der Vertreter beispielsweise Kaufmann ist (2). (3) Oder es solle ein Vertreter nach Art 8 Nr. 11 nur haften, wenn das vorliegende Rechtsgeschäft ein Handelsgeschäft gewesen wäre, wenn er es im eigenen Namen abgeschlossen hätte. Der Vertreter könnte aber auch dann nach Art 8 Nr. 11 haften, wenn er den Vertretungsakt im Rahmen des Betriebes seines Handelsgewerbes gesetzt hat (4). Diese Möglichkeit deckt sich weitgehend mit (3). Die handelsrechtliche Haftung könne aber auch nur dann eintreten, wenn (5) der Scheinvertreter und der Dritte ein Handelsgeschäft abschließen wollte. Dies unabhängig von der tatsächlichen Sachlage oder Eigenschaften der Beteiligten. (6) Schließlich könne auch der Scheinvertreter nur danach haften, wenn er vorgebracht hat, der unwirksam Vertretene wäre Kaufmann.

⁹¹ OGH 1 Ob 502/80 = GesRZ 1980, 144; *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 188; Andere Interpretationsmöglichkeiten siehe *Welser*, Vertretung 168, der die hier zugrunde gelegte wortgetreue Auslegung begründet hat.

War aus diesen Gründen die Scheinvertreterhaftung des Art 8 Nr. 11 anwendbar, haftete der Scheinvertreter strenger wegen missbrauchtem Vertrauen im Handelsverkehr. Hierbei kam es nicht darauf an, ob der Scheinvertreter als Kaufmann qualifiziert werden konnte. Und auch wenn diesem Kaufmannseigenschaft zugebilligt werden konnte, so hätte er doch für keinen anderen ein Handelsgeschäft abschließen können.⁹² Die Haftung hing nur von den Eigenschaften des Dritten und des unwirksam Vertretenen ab und ob das ohnehin nicht zustande gekommene Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes einer der beiden hypothetischen Vertragspartner gehörte.⁹³

Der Scheinvertreter erweckte beim Dritten das Vertrauen auf den gültigen Abschluss eines Handelsgeschäftes. Er haftete daher auch handelsrechtlich, wenn sich nur zufällig herausstellte, dass derjenige, den er als Geschäftsherrn angegeben hatte, ein Kaufmann war.

Der OGH⁹⁴ begründete die Tatsache, dass er bei seiner E die kaufmännischen Eigenschaften des unwirksam Vertretenen als ausschlaggebend ansah, damit, dass der Erfüllungsanspruch, der dem Dritten nach Abs 1 des Art 8 Nr. 11 zustand, ebenso von den persönlichen Eigenschaften des Vertretenen abhing und auch seinem Inhalt nach dem ungültigen Geschäft nachempfunden war. So waren auch die Eigenschaften des unwirksam Vertretenen für die Beurteilung einer Haftung des falsus entscheidend. Die Frage des Anwendungsbereichs des Art 8 Nr. 11 EVHGB war daher so zu beurteilen, als wäre das Rechtsgeschäft durch den Vertretenen selbst abgeschlossen worden. Somit traf die strengere Regelung oft unbillig hart den Scheinvertreter, selbst wenn er keine handelsrechtliche Erfahrung hatte.⁹⁵ Diese Struktur des Art 8 Nr. 11 EVHGB ist schwer einzusehen.

Da ein einseitiges Handelsgeschäft bereits genügte, war Art 8 Nr. 11 EVHGB zwischen einem kaufmännisch versierten Dritten und einem nichtkaufmännischen Scheinvertreter anwendbar. Art 8 Nr. 11 EVHGB war aber auch ausschlaggebend, wenn beide, sowohl der geschädigte Dritte und als auch der falsus, nach der alten Rechtslage Nichtkaufleute waren, sohin also wenn beide faktisch am Rechtsgeschäft Beteiligte Nichtkaufleute und im Handelsverkehr nicht versiert waren. Für die Anwendung des Art 8 Nr. 11 EVHGB war einzig ausreichend, wenn der falsus als Nichtkaufmann gegenüber dem Dritten vorgab, eine Vollmacht für einen

⁹² *Krejci* in FS Welser 559 (565)

⁹³ OGH 06.11.1974 = JBl 1975, 597

⁹⁴ OGH 5 Ob 11/71 = SZ 44/21 = JBl 1972, 364; Siehe auch bei *Welser*, JBl 1972, 337

⁹⁵ *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 3; *Zib/Verweijen*, Das neue UGB 346

Kaufmann zu besitzen und für diesen tätig zu werden. Bedenkt man dies genauer, so erscheint dies sogar als Hauptanwendungsfall der alten handelsrechtlichen Haftungsnorm.

Die Anwendung des Art 8 Nr. 11 EVHGB im Rechtsverhältnis zwischen zwei Nichtkaufleuten wurde kritisiert.⁹⁶ Auch in den Materialien der Regierungsvorlage wird dieser Umstand als Grund für die Aufhebung der handelsrechtlichen Haftung angeführt.⁹⁷

Vor allem in den Fällen, in denen das Geschäft einzig zum Geschäftsbetrieb des unwirksam Vertretenen gehörte, schien ein nach handelsrechtlichen Vorgaben erweiterter Verkehrsschutz, welcher aber nur zwischen Nichtkaufleuten angewendet wurde, überzogen.⁹⁸ Es genügte, wenn ein Nichtkaufmann einem anderen Nichtkaufmann vorgab, einen Kaufmann zu vertreten, schon haftete der nichtkaufmännische Scheinvertreter nach einer erheblich strengeren Haftung und wurde ein kaufmännischer Sorgfaltsmaßstab angelegt.⁹⁹ Hingegen konnte die handelsrechtliche Sondernorm nicht angewandt werden, wenn nur der falsus Kaufmann war, der Dritte und der angeblich Vertretene aber nicht.¹⁰⁰ Diese Umstände zeigen die Problematik der inhomogenen Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB deutlich auf.

5.4 Sonderfall des nichtexistenten Vertretenen

Die Haftungsvorschriften für den Scheinvertreter sind auch dann anzuwenden, wenn der vermeintlich Vertretene nicht existiert und seine Existenz nur vorgetäuscht wird.¹⁰¹ Die Behauptung einer bestehenden Vollmacht schließt nach der Rechtsprechung auch immer die Behauptung mit ein, dass ein Machtgeber existiert.¹⁰²

Dies gilt für den zivilrechtlichen Anwendungsbereich genauso wie für den unternehmensrechtlichen. Freilich ist die Untersuchung für den früheren handelsrechtlichen Bereich ungleich interessanter, da hier der Scheinvertreter nach der alten Rechtslage aufgrund der kaufmännischen Eigenschaft des nicht einmal existenten vermeintlichen Geschäftsherrn wesentlich strenger haftete.

⁹⁶ *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz 38; *Krejci* in FS Welser 559

⁹⁷ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

⁹⁸ *Krejci* in FS Welser 559 (565)

⁹⁹ *Krejci* in FS Welser 559 (565)

¹⁰⁰ Dies findet auch *Krejci* in FS Welser 559 (565) bedenklich: Denn hier handelte der falsus als Kaufmann, doch sind die handelsrechtlichen Regelungen nicht auf ihn anwendbar.

¹⁰¹ OGH 9 ObA 45/87 = GesRZ 1988, 226; *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 6

¹⁰² OGH 9 ObA 45/87 = GesRZ 1988, 226; *Welser*, Vertretung 98 und 186

Die handelsrechtliche Haftung griff in einem solchen Fall dann, wenn der Vertreter Umstände vorgetragen hatte, aus denen bei objektiver Betrachtung zu entnehmen war, dass der angeblich Vertretene Kaufmann war.¹⁰³ Hier war darauf abzustellen, ob dem Verhalten des Scheinvertreters und seinen Erklärungen entnommen werden konnte, dass der Vertretene Kaufmann war.¹⁰⁴ Sonst haftete der falsus auch bisher nach zivilrechtlichen Grundsätzen.

5.5 Rechtfertigung der Ausweitung des Anwendungsbereichs

Die überwiegende¹⁰⁵ Meinung ging davon aus, dass der ins Treffen geführte besondere Vertrauensschutz in vielen Fällen nicht gerechtfertigt war.¹⁰⁶

Einzig *Kerschner*¹⁰⁷ verteidigt in der neueren Lehre eine derartig weite Anwendung des Art 8 Nr. 11 EVHGB. Wenn bei Vorliegen eines Handelsgeschäfts auch nach der alten Rechtslage immer selbst bei leichter Fahrlässigkeit der entgangenen Gewinn zu ersetzen war (Art 8 Nr. 2 war nach § 345 HGB auch auf einseitige Handelsgeschäfte anwendbar), warum sollte nicht auch die Benachteiligung in der anderen Richtung erfolgen und somit eine erhöhte bzw erweiterte Ersatzpflicht des nichtkaufmännischen Scheinvertreters bejaht werden?

Hinsichtlich der erheblichen Kritik am weiten Anwendungsbereich einiger handelsrechtlicher Normen, welche durch die Zweifelsregel des § 345 HGB auch zu Ungunsten von Nichtkaufmännern angewendet wurden, darf auf die Ausführungen unter Punkt 6.6.2 und der dort erfolgten ausführlichen Untersuchung verwiesen werden. Festgehalten werden kann daher auch hier, dass die frühere Handhabung des § 345 HGB nicht kritiklos gesehen werden kann.¹⁰⁸ Im Ergebnis wird die Anwendung des Art 8 Nr. 11 EVHGB und dessen erhöhter Ersatzpflicht zwischen zwei Nichtkaufleuten daher aufgrund gewichtiger Bedenken abzulehnen sein. Insbesondere kann eine verschärfte Haftung des unternehmerisch nicht versierten Scheinvertreters allein aufgrund seiner Aussage, er handle für einen Unternehmer, nicht gerechtfertigt werden. Auch entsteht dem Dritten durch eine solche Aussage des falsus mE kein höherer Schaden oder begründet diese beim Dritte eine besondere Vertrauenslage. Stets muss beim

¹⁰³ OGH 9 ObA 45/87 = GesRZ 1988, 226; *Welser*, Vertretung 172

¹⁰⁴ OGH 9 ObA 45/87 = SZ 60/192; OGH 28.07.1988 7 Ob 604/88; OGH 15.06.1989 8 Ob 27/89

¹⁰⁵ *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz 38; *Krejci* in FS *Welser* 559; *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 3; *Zib/Verweijen*, Das neue UGB 346

¹⁰⁶ Dies beispielsweise in den eben geschilderten Fällen, in denen sowohl der geschädigte Dritte als auch der Scheinvertreter Nichtkaufmänner waren. Auch hier kamen die handelsrechtlichen Haftungsnormen zur Anwendung, wenn nur der unwirksame Vertretene die Kaufmannseigenschaft erfüllte.

¹⁰⁷ *Kerschner*, JBl 2003, 905

¹⁰⁸ Kritik üben *E. Bydlinski*, Interesseersatz im Handelsrecht, JBl 1989, 409; *Schauer* in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer*, ABGB 137 (143).

Rechtsgeschäft mit einem Vertreter eine höhere Sorgfalt beim Vertragspartner gelten, eine Haftung auf das gesamte Erfüllungsinteresse anzunehmen, ist allerdings überzogen. Denn letztlich verursacht der falsus in beiden Fällen – egal ob er im zivilrechtlichen oder handelsrechtlichen Bereich aufgetreten ist – denselben Schaden und hat auch nur diesen zu ersetzen.

Der Ansicht *Kerschners* wurde vom Gesetzgeber ohnehin durch die Verlagerung der Norm ins ABGB eine Absage erteilt. Da es zu einer erheblichen Ausweitung des personellen Anwendungsbereichs der Regelungen des vierten Buchs der EVHGB kam und auch eine Anwendung ausschließlich kaufmännischer Regelungen auf den nichtkaufmännischen Teil durchaus die Regel war, wurde angesichts der Reform des Handelsgesetzbuchs über eine Neuerung nachgedacht. In weiterer Folge entschied sich der Gesetzgeber Bestimmungen des vierten Buchs mit einem deutlichen zivilrechtlichen Regelungsgehalt (so auch Art 8 Nr. 11) in das ABGB zu verlagern.

Die Haftung des Scheinvertreters wurde nunmehr als generelle Regelung konzipiert, fern von wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten.

5.6 Anwendungsbereich der Haftung nach § 1019

Bereits mehrmals erwähnt wurde die Verlagerung der Scheinvertreterhaftung ins ABGB in Form des § 1019 und die ersatzlose Aufhebung des Art 8 Nr. 11 EVHGB im unternehmensrechtlichen Bereich.

§ 1019 regelt in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich die Haftung für Vertretung ohne rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht. Es ist aber davon auszugehen, dass § 1019 auch bei fehlender Vertretungsmacht bei organschaftlicher oder gesetzlicher Vertretung analog angewendet werden kann.¹⁰⁹ Es kann mE nicht davon ausgegangen werden, dass § 1019 einen anderen Anwendungsbereich umfasst, als die frühere Haftung nach *cic*, welche ebenfalls alle Fälle von vollmachtloser Vertretung umfasste. Ebenso ist nicht einzusehen, nur den Vertreter ohne rechtsgeschäftlich eingeräumte Vollmacht zu belangen, sondern wird auch eine Haftung bei gesetzlichen Vertretern, die ohne die erforderliche Vertretungsmacht auftreten und gerade bei organschaftlichen Vertretern erforderlich sein. All diese Fälle sind nunmehr nach Maßgabe des § 1019 zu beurteilen.

¹⁰⁹ *Perner*, RdW 2007/15, 14

Weiter ist der neu geschaffene § 1019 nun anzuwenden unabhängig davon, welche Personen an dem Rechtsverhältnis beteiligt sind und mit welcher Eigenschaft diese Personen auftreten. § 1019 ist auf alle Personen einheitlich anzuwenden, ohne von diesen die Einhaltung eines erhöhten Sorgfaltsmaßstabes abzuverlangen. Sie ist sowohl auf rein zivilrechtlich handelnde Vertreter als auch auf Scheinvertreter anzuwenden, welche nunmehr im wirtschaftlichen Rechtsverkehr als Vertreter von Unternehmern iSd neuen UGB auftreten. Auch spielt nach der Einführung des § 1019 die Person des unwirksam Vertretenen für den Haftungsanspruch des falsus keine Rolle, dies ist nur konsequent, da kein Erfüllungsanspruch gegen den falsus begründet werden konnte.

Auch ist die Frage nach der Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses durch den kodifizierten § 1019 gegenstandslos geworden.

6 Die Haftung des Scheinvertreters

Im Einzelnen soll die Struktur der unterschiedlichen Haftungsnormen und deren System untersucht werden. Hauptaugenmerk wird dabei auf den Umfang der Haftung gelegt, der bei der Haftung nach *cic* und bei der handelsrechtlichen Sondernorm des Art 8 Nr. 11 EVHGB stark unterschiedlich war. Letztlich sollen die Ergebnisse dieser Untersuchung der Norm des neuen § 1019 gegenübergestellt werden.

6.1 Die Haftung des Scheinvertreters im Zivilrecht

Im Anwendungsbereich des ABGB gelten die allgemeinen Regeln über die Stellvertretung (§ 1002 ff). Im handelsrechtlichen Anwendungsbereich¹¹⁰ galt die dort normierte Sonderregel und verdrängte die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze als *lex specialis*.

Für vollmachtloses Handeln gab es im ABGB bisher keine besondere Regelung und war die Haftung des *falsus* im ABGB daher nicht ausdrücklich kodifiziert. Die Haftung bei Scheinvertreterhandeln im Zivilrecht stützte sich auf die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen der §§ 1293 ff und war allgemein eine Fallmöglichkeit der *cic*. Es liegt ein Wurzelmangel vor, da das Fehlen der Vertretungsmacht schon bei Vertragsabschluss bestand.

Die Schadenersatzpflicht gründet auf einer schuldhaften Verletzung allgemeiner Sorgfalts-, Mitteilungs-, und Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Verhältnis.¹¹¹ Dem *falsus* ist das Nichtausreichen seiner Vollmacht für das konkrete Rechtsgeschäft erkennbar und es ist ihm durch seine Nichtaufklärung ein diesbezügliches Verschulden vorzuwerfen.¹¹² Der Vertreter hätte hier aufgrund des vorvertraglichen Schuldverhältnisses über Vorliegen, Umfang oder eben den Mangel seiner Vertretungsmacht im Rahmen eines vorvertraglichen Verhältnisses aufklären müssen, da diese rechtliche Hindernisse darstellen, die einem Vertragsabschluss entgegenstehen. Andernfalls haftet er hier für den verursachten Schaden, der nicht eingetreten wäre, wenn der Schädiger sich pflichtgemäß verhalten hätte. Wie die Judikatur betont, besteht zwar keine allgemeine Redepflicht, den Partner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine

¹¹⁰ Siehe unter Punkt 5.3.

¹¹¹ OGH 1 Ob 191/75 = SZ 48/102; OGH 1 Ob 617/79 = SZ 52/90 = JBl 1980, 33 = GesRZ 1979, 175; OGH 1 Ob 791/79 = SZ 53/13; *Welser*, Vertretung 56 ff; *Welser*, ÖJZ 1973, 281; Zur Darstellung der früheren Rechtsprechung und Anspruchsgrundlagen wie die § 1009, 1035 oder 1311 ABGB siehe *Welser*, Vertretung, 23 ff; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV³ (2006) § 878 Rz 10

¹¹² *P. Bydlinski* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB² (2007) § 1019 Rz 2; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 10

Entscheidung Einfluss haben könnten, eine Aufklärungspflicht kann dann bejaht werden, wenn der andere Vertragsteil eine Aufklärung nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs erwarten durfte.¹¹³ Dies wird regelmäßig anzunehmen sein.

Im Gegensatz zu Art 8 Nr. 11 EVHGB unterschied die zivilrechtliche Haftung nicht zwischen den Fällen, in denen der Scheinvertreter den Vertretungsmangel kannte und den Fällen, in denen ihm die Nichtkenntnis des Vollmachtsmangels nicht vorgeworfen werden konnte.¹¹⁴ Verschulden des falsus ist jedenfalls, anders als bei einer Haftung nach Art 8 Nr. 11 EVHGB, Voraussetzung für eine Haftung nach §§ 1293 ff. Für eine Haftung nach cic genügt schon das Vorliegen leichter Fahrlässigkeit; Je nach Verschuldensgrad ist hier auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.¹¹⁵

Der schuldhaft handelnde Scheinvertreter hat nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln den Vertrauensschaden (= negatives Interesse) zu ersetzen.¹¹⁶

Der Ersatz des Vertrauensschadens bedeutet, dass der Dritte so zu stellen ist, als hätte er nicht auf das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts und den Abschluss des Vertrages vertraut. Fraglich ist entsprechend einer Prüfung nach der *conditio sine qua non*, was passiert wäre, wenn der falsus über den Vollmachtsmangel aufgeklärt hätte.

Pflichtgemäßes Verhalten wäre hier eine Aufklärung über die wirklichen Umstände nämlich den Vollmachtsmangel gewesen, der einem gültigen Vertrag entgegensteht. Wäre der falsus dieser Pflicht entsprechend nachgekommen, dann wäre kein gültiges Rechtsgeschäft entstanden und der Schutzpflichtige hätte bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung keine nutzlosen Aufwendungen gehabt. Auch hätte der Dritte keine anderen Abschlussmöglichkeiten versäumt. Der Scheinvertreter hat allerdings keine Pflicht zur Erfüllung oder eine Pflicht zum Vertragsabschluss verletzt, sein Zuwiderhandeln stellt allein eine Verletzung der Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis dar.¹¹⁷

¹¹³ OGH 5 Ob 524/79 = SZ 52/22 = JBl 1980, 424; OGH 1 Ob 778/81 = SZ 55/51; OGH 7 Ob 680/85 = SZ 59/15

¹¹⁴ *Kreji* in FS Welser 559 (564)

¹¹⁵ Siehe unter Punkt 6.6.1 und 6.6.3.

¹¹⁶ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 11

¹¹⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/93; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 11

Der geschädigte Dritte ist hier über die Gültigkeit des Vertrages getäuscht und in seinem berechtigten Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages verletzt worden.¹¹⁸ Dies ist auch die herrschende Meinung¹¹⁹, die hinsichtlich der Regelung der EVHGB stets die nicht nachvollziehbare Kausalität des Handelns des Scheinvertreters kritisierte, da Art 8 Nr. 11 EVHGB den Ersatz des weitaus höheren Erfüllungsinteresses vorsah. Nur der Ersatz des Vertrauensinteresses, welches durch ein Handeln des Scheinvertreters verursacht wurde, ist hier plausibel.¹²⁰

In aller Regel bleibt der Vertrauensschaden dem Betrag nach hinter dem Erfüllungsschaden zurück, in Einzelfällen kann der Vertrauensschaden der Höhe nach mit dem Erfüllungsschaden gleich sein.¹²¹ Dies – soviel kann vorweggenommen werden – ist beispielsweise der Fall, wenn der getäuschte Dritte durch das irreführende Verhalten des Vertreters eine Abschlussmöglichkeit verabsäumt hat und ihm dieses Rechtsgeschäft dieselben Vorteile gebracht hätte wie der ursprüngliche Vertrag.¹²² Ebenso ist denkbar, dass die Höhe des Vertrauensschadens exakt in der Höhe des denkbaren Erfüllungsinteresses besteht, wenn der Schaden gerade darin besteht, dass kein Direktabschluss mit den unwirksam Vertretenen zustande gekommen ist.

6.1.1 Typischerweise zu ersetzende Schäden

Die in diesem Rahmen zu ersetzenden Schäden sind alle Aufwendungen, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages entstanden sind.¹²³ Zu ersetzen sind daher die Kosten für die Vertragserrichtung, Gebühren, Versandkosten und Kosten frustrierter Zustellversuche (irrelevant, ob beim unwirksamen Vertretenen selbst oder auch beim Scheinvertreter). Ebenso denkbar ist auch der Ersatz von Anwaltskosten, welche im Vorfeld der Verhandlungen getätigt wurden oder die im Zuge der Vertragserrichtung entstanden sind. Auch Reisekosten, die im Hinblick auf die Besichtigung oder Empfangnahme des Vertragsgegenstandes getätigt wurden sind unter diesem Gesichtspunkt ersatzfähig. Die Miet- oder Lagerkosten, die für die Empfangnahme der Leistung aufgewendet wurden, können ebenso als Vertrauensschaden gewertet werden. All diese Aufwendungen sind durch das Ausbleiben der Leistung sinnlos geworden, im Hinblick auf diese aber getätigt worden.¹²⁴

¹¹⁸ *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil² (1991) 9; *Gschnitzer in Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968) 175; *P. Bydlinski in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1019 Rz 2

¹¹⁹ *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz 38; *Krejci*, Handelsrecht³ 228; *Perner*, RdW 2007/15, 14

¹²⁰ *P. Bydlinski in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1019 Rz 2

¹²¹ *Welser*, GesRZ 1975, 2 (3)

¹²² *Welser*, ÖJZ 1973, 287

¹²³ *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 44

¹²⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/99 ff

Ebenso können hierunter auch Schäden verstanden werden, die dem Dritten entstanden sind, weil er die Ware entsprechend „bestimmungsgemäß“ verwenden möchte.¹²⁵ So beispielsweise, wenn er Räume angemietet hat, bereits andere Vorbereitungen (wie bauliche Maßnahmen, Installationsarbeiten) getroffen hat oder Ausgaben tätigte, um die Ware des Vertragspartners ordnungsgemäß in Empfang nehmen zu können. Auch Vorbereitungshandlungen für die eigene Leistung können unter dem Begriff des Vertrauensschadens zusammengefasst werden.¹²⁶

Wie vielschichtig der Begriff sein kann, zeigen folgende weiterführende Darstellungen. Der Vertrauensschaden umfasst zudem die angefallenen Aufwendungen für einen „Anschlussvertrag“ zwischen dem Dritten und einer vierten Person. Dieser kann nun nicht mehr abgewickelt werden, weil der Vertrag mit dem Scheinvertreter nicht erfüllt wurde.¹²⁷ Hätte der Geschädigte nicht auf die Aussagen des Scheinvertreters vertraut, so hätte er auch den „Anschlussvertrag“ nicht abgeschlossen und die damit verbundenen Aufwendungen nicht getätigt.

Auch ein so genanntes „Haftungsinteresse“ des Dritten ist in diesem Zusammenhang ersatzfähig, wenn sich der Dritte nämlich im Vertrauen auf den gültigen Vertrag selbst verpflichtet hat und nun dadurch selbst schadenersatzpflichtig wurde.¹²⁸

Ebenso sind die Kosten für die Geltendmachung des vermeintlich bestehenden Anspruches gegen den unwirksam Vertretenen (z.B. Verfahrenskosten allenfalls durch Zurücknahme der Klage) im Rahmen des Vertrauensschadens zu ersetzen.¹²⁹

F. Bydlinski führt weiter aus, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen und Vorbereitungen der Vertragspartner oft auch weitere Zeit und Mühe (z.B. eine persönliche Arbeitsleistung sowie die Einsetzung von Arbeitskräften) investiert hat. Dieser Arbeitsaufwand bleibe unvergolten, wurde aber auch vom Schädiger verursacht.¹³⁰ In Einzelfällen solle es daher sachlich gerechtfertigt sein, über den Ersatz des Vertrauensschadens hinauszugehen und dem Dritten einen Ersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses zuzusprechen. Dies - gibt *F. Bydlinski* zu be-

¹²⁵ *Welser*, GesRZ 1975, 2 (6)

¹²⁶ *Welser*, LJZ 1984, 101 (106)

¹²⁷ *Welser*, Vertretung 129

¹²⁸ *Welser*, Vertretung 129 für den Fall, dass der Dritte von seinem Geschäftspartner wegen ursprünglicher Unmöglichkeit haftbar gemacht wird; *derselbe*, GesRZ 1975, 2 (6)

¹²⁹ OGH 1 Ob 297/75 = JBl 1978, 32: Diese E spricht neben einem Erfüllungsinteresse die Ersatzfähigkeit des Vertrauensschadens zu. Näheres zu diesem Verhältnis siehe unter Punkt 6.2.1.4; OGH 3 Ob 509/89 = JBl 1989, 789; OGH 8 Ob 514/90 = EvBl 1991/101, 446 = *ecolex* 1991, 317 = WBl 1991, 142; OGH 8 Ob 622/90 = SZ 64/104; OGH 13.11.2002 7 Ob 251/02s; OGH 11.09.2003 6 Ob 139/03i;

¹³⁰ *F. Bydlinski*, Privatautonomie 143 f bezeichnet dies treffend als „ideellen“ Vertrauensschaden.

denken - könnten auch die Beweggründe sein, welche eine Ersatzpflicht des Scheinvertreters in Gestalt des § 179 dBGB und des früheren Art 8 Nr. 11 EVHGB auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse annehmen ließen.¹³¹

6.2 Scheinvertreterhaftung nach Art 8 Nr. 11

6.2.1 Erfüllungshaftung nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 EVHGB

Wie bereits gesagt, verdrängte Art 8 Nr. 11 EVHGB in seinem Anwendungsbereich die Scheinvertreterhaftung nach *cic*. Wußte der Scheinvertreter von seinem Vollmachtmangel, haftete er nach Abs 1 auf das Erfüllungsinteresse oder bestand gegen ihn ein Anspruch auf Erfüllung. Dies ergab sich in Zusammenhang mit Abs 2, der eine begrenzte Ersatzpflicht für den Vertreter festlegte, der dem Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat.

Die Regelung wurde in Anlehnung an die deutsche Lehre als gesetzliche Garantiehafung qualifiziert.¹³² Dem Scheinvertreter wurde durch sein Auftreten ein fiktives gesetzliches Garantieverprechen unterstellt und hatte er durch seine Vertretungshandlungen die Haftung auf sich genommen.

Bei der Haftung des *falsus* nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 wurde dahingehend ein Verschulden des Scheinvertreters gefordert, als Kenntnis vom Vollmachtmangel vorliegen musste.¹³³

Nichtsdestotrotz widersprach diese Regelung auch bei Vorliegen des Wissens um das Fehlen der Vertretungsmacht schadenersatzrechtlichen Grundsätzen, dies aufgrund von Kausalitätsüberlegungen.¹³⁴

¹³¹ F. Bydlinski, Privatautonomie 144 FN 278

¹³² P. Bydlinski in *Harrer/Mader*, HGB-Reform in Österreich 62; So auch die Materialien zum Handelsrechtsänderungsgesetz 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82; Siehe zur deutschen Regelung auch unter Punkt 2.2.1.

¹³³ *Krejci*, Handelsrecht³ 228; Von einer verschuldensabhängigen Haftung in Abs 1 aber geht *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 18 aus.

¹³⁴ Siehe unter Punkt 6.1. Denn letztlich ist es doch so: denkt man sich das pflichtwidrige Verhalten des *falsus* weg, so wäre ein Vertrag nicht zustande gekommen. Ein Erfüllungsanspruch aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung wurde vom *falsus* aber durch sein Handeln im fremden Namen nicht begründet. Dem Dritten bleibt daher nur der Ersatz der frustrierten Aufwendungen (des Vertrauensschadens), nicht aber ein Naturalanspruch oder ein Anspruch auf Geldersatz in Höhe des Erfüllungsanspruches. Die Selbstverpflichtung des *falsus* anzunehmen ist entsprechend bedenklich.

6.2.1.1 Anspruch auf Erfüllung

Hier entstand ein echtes synallagmatisches Schuldverhältnis zwischen dem Scheinvertreter und dem geschädigten Dritten. Der Vertreter schuldete nunmehr, was der Vertretene geschuldet hätte. Beide Parteien erhielten somit Positionen, die weitgehend der Stellung der ursprünglichen Vertragspartner gleich waren.¹³⁵

Problematisch war dies vor allem deshalb, weil der Scheinvertreter während der Vertragsverhandlungen nie angab, selbst Vertragspartner werden zu wollen oder einen entsprechenden Bindungswillen kundtat.¹³⁶ Seine Erklärung gegenüber dem Dritten bezog sich vielmehr ja gerade eben darauf, dass er jemand anderen verpflichten möchte. Der *falsus* handelte auch für den Vertragspartner ersichtlich im fremden Namen. Die Fiktion hier ein Eigengeschäft anzunehmen, war bedenklich. Der Erfüllungsanspruch müsse eigentlich auf einem gültigen Vertrag beruhen.¹³⁷ Eine entsprechende Selbstverpflichtung konnte hier allenfalls aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis abgeleitet werden.¹³⁸ Dadurch schuldete der Scheinvertreter wie der unwirksam Vertretene bzw trat an Stelle der Rechtsposition des unwirksam Vertretenen mit allen vertraglichen Ansprüchen.¹³⁹ Vor allem hatte der Scheinvertreter nicht mehr zu leisten, als der Vertretene hätte leisten müssen, wenn das Rechtsgeschäft ordnungsgemäß zustande gekommen wäre.

Obwohl dieses Schuldverhältnis auf Gesetz beruhte, hatten Vertreter und der Dritte die Positionen der Vertragsparteien des unwirksamen Grundgeschäftes. Dieses Schuldverhältnis orientierte sich auch weitgehend an den persönlichen Eigenschaften des unwirksam Vertretenen und auch inhaltlich waren die Pflichten der vertraglichen Ausgestaltung gleich.¹⁴⁰ Den geschädigten Dritten traf kein Schadensnachweis nach Abs 1, er muss nur seiner Gegenleistungspflicht nachkommen.¹⁴¹ Jedenfalls wäre es nicht möglich, dem Dritten einen Anspruch auf Erfüllung zuzugestehen, wenn keine entsprechende Gegenleistungspflicht, wenn auch dem *falsus* gegenüber, bei ihm bestehen würde.¹⁴²

¹³⁵ OGH 1 Ob 502/80 = GesRZ 1980, 146

¹³⁶ *Krejci*, Handelsrecht³ 228

¹³⁷ *Krejci* in FS Welser 559 (574)

¹³⁸ *Krejci*, Handelsrecht³ 228

¹³⁹ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 29

¹⁴⁰ OGH 3 Ob 595/82 = GesRZ 1983, 161

¹⁴¹ *Welser*, Vertretung 175

¹⁴² *Krejci* in FS Welser 559 (574)

Formal wurde der Vertreter aber nicht Vertragspartner, er rückte nur faktisch weitgehend in die Vertragsposition ein (gesetzlicher Vertragseintritt). Der falsus schuldet nun die Leistung anstelle des Vertretenen. War er zur eigenen Leistung bereit, so konnte er auch auf Gegenleistung klagen.¹⁴³ Auf das nunmehr bestehende Verhältnis waren die Regelungen über das Leistungsverweigerungsrecht und auch die Gewährleistungsvorschriften anwendbar.¹⁴⁴

Kerschner sieht den hier normierten Erfüllungsanspruch gegen den Scheinvertreter als gerechtfertigt, weil er davon ausgeht, dass der falsus entsprechende Geschäftsverbindungen besitzt und dem geschädigten Dritten die zugesicherte Leistung ermöglichen kann.¹⁴⁵ Dem widerspricht richtigerweise *Krejci*.¹⁴⁶ Der Scheinvertreter wird nämlich in vielen Fällen gerade nicht in der Lage sein, die Vertragsleistung, welche vom angeblich Vertretenen erwartet wird, selbst zu leisten und somit den Vertrag in eigener Person zu erfüllen. *Krejci* billigt daher diesem Gestaltungsrecht wenig Bedeutung zu.¹⁴⁷

6.2.1.2 Anspruch auf den Nichterfüllungsschaden

Aus einem Gegenschluss des in Abs 2 zugesprochenen Vertrauensschadens ergab sich, dass nach Abs 1 als Alternativanspruch das Erfüllungsinteresse (= positives Vertragsinteresse) zu ersetzen war. Der Dritte ist durch den Ersatz des Erfüllungsinteresses so zu stellen, als wäre der Vertrag ordnungsgemäß zustande gekommen und erfüllt worden. Das Erfüllungsinteresse ist entsprechend der herrschenden Ansicht zu ersetzen, wenn eine Pflicht zur Erfüllung verletzt worden ist.¹⁴⁸ So wird ein Erfüllungsschaden normalerweise nur in den Fällen ersetzt, wenn eine Leistungspflicht besteht, der aber pflichtwidrig nicht nachgekommen wird.¹⁴⁹ Der Geschädigte muss dann in die Vermögenslage gesetzt werden, in der er sich befände, wenn das pflichtwidrige Verhalten nicht gesetzt und der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

In diesen Fällen wurde auf das Kausalitätserfordernis verzichtet. Ein derartiger Leistungsanspruch ist beim Scheinvertreterhandeln eben nicht entstanden.¹⁵⁰ Nach Kausalitätsüberlegungen hat der falsus eine Nichterfüllung des Rechtsgeschäftes durch sein Handeln nicht verur-

¹⁴³ *Welser*, Vertretung 174

¹⁴⁴ *Welser*, Vertretung 175

¹⁴⁵ *Kerschner*, JBl 2003, 906

¹⁴⁶ *Krejci* in FS *Welser* 559 (574)

¹⁴⁷ *Krejci* in FS *Welser* 559 (574)

¹⁴⁸ *Gschnitzer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil² 9; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 58 ff

¹⁴⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/82

¹⁵⁰ *Welser*, Vertretung 130

sacht.¹⁵¹ Auch wenn man sich ein den Sorgfaltsmaßstäben entsprechendes Verhalten des Scheinvertreters gedanklich vorstellt, er die ihn treffenden Aufklärungspflichten erfüllt hätte und somit der Vertragsabschluss unterlassen worden wäre, gebe es keinen Anspruch auf Erfüllung. Der Verhandlungspartner hat nur einen Anspruch auf Unterlassung irreführender Angaben. Wenn kein gültiger Vertrag zugrunde liegt, wird man nicht zur Begründung eines Erfüllungsinteresses gelangen können. Auch wenn der Vertrag mit dem Dritten und dem vermeintlichen Geschäftsherrn zustande gekommen wäre, so würde der Vertreter selbst niemals für eine Erfüllung dieses Vertrages haften.¹⁵² Er würde keinesfalls für Nicht- oder Schlechterfüllung oder im Rahmen gewährleistungsrechtlicher Probleme haften.

Der Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses berechnet sich nach der Differenzmethode aus dem Wert, den die Leistung des angeblich Vertretenen gehabt hätte, abzüglich des Werts der eigenen Gegenleistung. Der Dritte ist hier freilich nicht zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet.

6.2.1.3 Wahlrecht des geschädigten Dritten

Bezüglich des in Abs 1 vorgesehenen Ersatzes des Erfüllungsinteresses oder des alternativen Anspruchs auf Erfüllung bestand ein Wahlrecht des geschädigten Dritten. Dieses Wahlrecht musste in einer angemessenen Zeit ausgeübt werden.¹⁵³

Ratio dieses Wahlrechts konnte darin gesehen werden, dass der Dritte, der bereits über das Vorliegen entscheidender Umstände getäuscht worden war, nicht in ein Vertragsverhältnis mit einem unzuverlässigen Verhandlungspartner gezwungen werden sollte.¹⁵⁴

Die Erfüllung des Vertrages in natura musste dem Scheinvertreter möglich sein. Sonst konnte nur auf den Schadenersatzanspruch ausgewichen werden. Das Wahlrecht des Dritten war insoweit beschränkt.¹⁵⁵ *Welser*¹⁵⁶ stellt hier auf das subjektive Können des Scheinvertreters ab: ist er zur Erfüllung nicht in der Lage, ist er von seiner Verpflichtung zur Erfüllung befreit. An dieser Stelle können persönliche Eigenschaften des Vertretenen entscheidend sein (so bei-

¹⁵¹ Siehe unter Punkt 6.1 zum Ersatz des kausal entstandenen Vertrauensschadens.

¹⁵² *Krejci* in FS *Welser* 559 (574)

¹⁵³ *Welser*, Vertretung 173

¹⁵⁴ *Welser*, GesRZ 1975, 2 (5)

¹⁵⁵ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 33

¹⁵⁶ *Welser*, Vertretung 175

spielsweise denkbar bei höchstpersönlichen Leistungen wie bei einem Arbeitsvertrag).¹⁵⁷ Wurde eine höchstpersönliche Leistung des unwirksam Vertretenen Vertragsinhalt, so konnte eine Erfüllung vom Scheinvertreter nicht ohne weiteres verlangt werden.

Der alternative Geldersatz in Abs 2 konnte auch in den Fällen verlangt werden, in denen der Leistungsaustausch wegen Unzumutbarkeit nicht durchführbar war. Auch hier war der alternative Anspruch des Geschädigten beschränkt. Der geschädigte Dritte konnte auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn eine Durchführung objektiv untunlich scheint. Die Frage der Unwirtschaftlichkeit der Leistung durch den Vertretenen war in diesem Zusammenhang strittig und ist m.A. nach eingeschränkt zu beurteilen.¹⁵⁸ *Welser* geht davon aus, dass der Scheinvertreter mit wirtschaftlich vernünftigem Aufwand an die Sache herankommen muss (unter anderem vielleicht auch vom unwirksam Vertretenen, wenn eine Speziesschuld geschuldet wird, die sich im Eigentum des vermeintlichen Geschäftsherrn befindet). Ich denke bei der Begriffsbestimmung eines „wirtschaftlich untunlichen“ Gegenstandes ist jedenfalls von einem weiten Verständnis auszugehen. Höhere Kosten bei der Beschaffung des Vertragsgegenstandes werden wohl meiner Ansicht nach eher dem Scheinvertreter zuzurechnen sein, da dieser den eingetretenen Schaden zwar nicht im Ausmaß des Erfüllungsinteresses dem Grunde nach aber doch, verursacht hat. Er ist näher dran, diese Kosten zu ersetzen, zumal wenn diese nur einen leichten Anstieg gegenüber dem eigentlichen Marktwert darstellen. Von einer etwaigen Ausnahme sollen nur Härtefälle betroffen sein, bei denen ein erheblicher Wertunterschied festgestellt werden kann. Dies wird wahrscheinlich nur im Einzelfall beurteilt werden.

Kerschner hingegen will bei der Frage der Möglichkeit oder Zumutbarkeit der Leistung für den Scheinvertreter weitgehend die Regelungen der nachträglichen Unmöglichkeit nach § 920 f anwenden, um in vielen Fällen die Aufrechterhaltung des Wahlrechts des Gläubigers zu gewährleisten. Dem Scheinvertreter soll es durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs nicht zu leicht gemacht werden.¹⁵⁹ Bei der nachträglichen, vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit, welche in den Fällen des Abs 1 regelmäßig gegeben sein wird¹⁶⁰, liegt es im Ermessen des Dritten entweder den Austauschanspruch zu verlangen (unter Erbringung seiner eigenen Leistung) oder den Differenzanspruch vom Scheinvertreter nach Rücktritt vom Vertrag zu fordern.

¹⁵⁷ *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 14

¹⁵⁸ *Welser*, Vertretung 175 f geht von einem weiten Verständnis der Unmöglichkeit aus. Einschränkend eher *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 29.

¹⁵⁹ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 33

¹⁶⁰ Für diesen Haftungsanspruch nach Abs 1 ist immer ein Verschuldenserfordernis notwendig.

Nach seiner Entscheidung wird der Dritte seine Wahl ohne Zustimmung des Scheinvertreters nicht mehr ändern können, da dieser bereits Dispositionen zur Befriedigung des Haftungsanspruches getroffen haben wird.¹⁶¹

6.2.1.4 Schadenersatz aus vic neben dem Erfüllungsanspruch nach Abs 1

Diskutiert werden konnte die Frage, ob neben einem Anspruch auf Erfüllung nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 auch andere Schäden zu ersetzen wären.¹⁶² Dies war denkbar bei später eingetretenen Schäden wie etwa nachfolgenden erfolglosen Erfüllungsversuchen oder Eintreibungsversuchen beim unwirksam Vertretenen. Hier konnte es sich nur um Kosten handeln, die im Vertrauen auf die Vollmachtsbehauptung getätigt worden sind. Denkbar waren Aufwendungen für erfolglose Zustellversuche, Prozesskosten aus der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den vermeintlichen Geschäftsherrn und Inkassokosten für die Eintreibung der Leistung. Selbstredend kann ein solcher Haftungsanspruch in Form dieser „Verspätungsschäden“ jedenfalls nur bei schuldhaftem Verhalten des Schädigers und rechtswidriger Verursachung angenommen werden. Dies ergibt sich allein aus der Natur des Schadenersatzanspruches.

Der Wortlaut des Art 8 Nr. 11 Abs 1 war sehr eindeutig (Erfüllungsanspruch „oder“ Schadenersatz). Entscheidend war, dass der Haftungsgläubiger die Leistung nicht doppelt liquidierte. Er durfte daher keinen zusätzlichen Ersatz fordern, „soweit der Wert der Leistung selbst in Betracht kommt.“¹⁶³

Welser geht davon aus, dass der Dritte auch von zusätzlichen Nachteilen freizustellen ist.¹⁶⁴ Es soll möglichst jener Zustand hergestellt werden, wie er bei einem wirksamen Vertragsabschluss bestünde. Die Ersatzfähigkeit solcher Schäden sei also ohne weiteres anzunehmen.¹⁶⁵ Auch diese Schäden resultieren aus der Nichtaufklärung über die fehlende Vollmacht.

Kerschner geht davon aus, dass bei einer Haftung nach Abs 1 auf Erfüllung bei Vorliegen von weiteren Schäden, die schuldhaft vom Scheinvertreter verursacht worden sind, auch gelindere Folgen zusätzlich geltend gemacht werden können.¹⁶⁶

¹⁶¹ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 24

¹⁶² *Welser*, Vertretung 176; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB Art 8 Nr. 11 Rz 16

¹⁶³ *Welser*, Vertretung 176 f

¹⁶⁴ *Welser*, Vertretung 176 f

¹⁶⁵ *Welser*, Vertretung 176 f

¹⁶⁶ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 36

Dass für die Ersatzfähigkeit dieser Schäden ein Verschulden des Scheinvertreters vorliegen muss, versteht sich angesichts der Haftungsvoraussetzungen aus sich von selbst.

Welser weist schließlich richtig darauf hin, dass ein im Hinblick auf die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages getätigter Aufwand, der nun sinnlos geworden ist, unter diesem Gesichtspunkt nicht zusätzlich ersatzfähig ist.¹⁶⁷ Hier handelt es sich um den klassischen Vertrauensschaden, der auf der freien Disposition des Vertragspartners beruht. Ein genereller Vertrauensschaden könne aber nicht zusätzlich neben dem Erfüllungsinteresse verlangt werden. Dieser Ansicht folgt auch *Koziol*.¹⁶⁸ Denn diese frustrierten Aufwendungen hätte der Dritte auch bei Erfüllung des Vertrages getätigt und sind sie nicht durch die Nichterfüllung verursacht. Andernfalls würde dies zu einer Überwälzung des Risikos eines schlechten Geschäfts führen. Vertrauensschäden, die auch bei Vertragsabwicklung anfallen würden, können auch nach *Kerschner* nicht neben einem Ersatzanspruch nach Abs 1 geltend gemacht werden.¹⁶⁹

Judikatur findet sich zu dieser Fragestellung wenig. In einer E¹⁷⁰ spricht der OGH fälschlich neben dem Nichterfüllungsschaden auch noch frustrierte Aufwendungen zu. Damit erlangt der Dritte sein Erfüllungsinteresse und auch die jedenfalls angelaufenen Kosten.¹⁷¹ Diese Kosten hätte der Dritte aber jedenfalls auch bei ordnungsgemäßer Abwicklung tragen müssen, weshalb gerade diese Aufwendungen nach den eben gemachten Ausführungen nicht ersatzfähig sind.

Richtigerweise spricht der OGH neben einer Erfüllungshaftung nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 EVHGB die Kosten, welche durch eine Prozessführung gegen den vermeintlichen Geschäftsherrn und einer eventuellen Klagsrücknahme entstanden sind, zu.¹⁷² Er führt hierzu aus, dass durch die Leistung des Schadenersatzes wieder jener Zustand hergestellt werden sollte, welcher bei einem wirksamen Vertragsschluss bestünde. Demnach seien auch diese Kosten ersatzfähig. Eine Rücknahme der Klage stünde einem solchen Ersatzanspruch nicht entgegen, dies obliegt ja gerade einer Schadensminderungspflicht, die den Geschädigten treffen würde,

¹⁶⁷ OGH 6 Ob 97/68 = JBl 1969, 213; OGH 1 Ob 605/84 = SZ 41/45 = EvBl 1969/4 S 15 = JBl 1985, 625; *Welser*, Vertretung 181

¹⁶⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/85; *derselbe*, Ersatz der getätigten Aufwendungen statt des Nichterfüllungsschadens?, RdW 1993, 354

¹⁶⁹ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 42

¹⁷⁰ OGH 1 Ob 694/84 = SZ 58/8

¹⁷¹ Kritisch *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/85 FN 255

¹⁷² OGH 1 Ob 297/75 = JBl 1978, 32

wenn sich der Sachverhalt entsprechend aufklärte und er erkennen sollte, dass er nunmehr seinen Anspruch gegen den vermeintlichen Geschäftsherrn nicht durchsetzen können.¹⁷³

Auch eine E aus dem Jahr 1991¹⁷⁴ beschäftigte sich kurz mit der Frage, ob es möglich wäre, dass – sollte das Verhalten dem Scheinvertreter schuldhaft vorwerfbar sein – zusätzlich zum Erfüllungsanspruch eine Haftung nach cic zugesprochen wird.¹⁷⁵ Der OGH führt dies jedoch nicht näher aus sondern hält nur salopp fest, dass auch die cic-Haftung auf den Vertrauensschaden beschränkt sei und deshalb mangels eingetretenen Nachteils diese Frage nicht untersucht werden müsse. Eine generelle Absage an eine doppelgleisige Haftung besteht aber nicht.

6.2.2 Haftung auf den Vertrauensschaden nach Art 8 Nr. 11 Abs 2 EVHGB

War dem Scheinvertreter der Vollmachtmangel nicht bekannt, haftete er immer noch auf die Höhe des verursachten Vertrauensschadens und hatte dem Dritten jenen Schaden zu ersetzen, den dieser in Vertrauen auf das Bestehen des Vertrages erlitten hatte.¹⁷⁶ Der Scheinvertreter war fälschlich der Meinung zur Vertretung befugt zu sein. Dies sollte vor allem bei schwer verständlichen Vertretungsregelungen mit komplexem Hintergrund der Fall sein.¹⁷⁷

Im Gegensatz zur Regelung des Abs 1 handelte es sich um eine verschuldensunabhängige Erklärhaftung.¹⁷⁸ Das Erfüllungsinteresse bildete hier eine gesetzlich normierte Obergrenze des Ersatzanspruches gegen den falsus.¹⁷⁹

Diese Haftung war unabhängig davon, ob dem Vertreter hinsichtlich des Nichtwissens Fahrlässigkeit angelastet werden konnte oder ob er schuldlos gehandelt hatte. Sie folgte – wie oft gefordert – hinsichtlich des Umfangs des zu ersetzenden Schadens aber den Prinzipien der Verursachungslehre im österreichischen Recht. In Zusammenhang mit dem im österreichischen Schadenersatzrecht geltenden Verschuldensprinzip stellte diese Regelung aber ebenso einen wesentlichen Fremdkörper dar.¹⁸⁰

¹⁷³ OGH 1 Ob 297/75 = JBI 1978, 32

¹⁷⁴ OGH 8 Ob 514/90 = RdW 1991, 231 = WBI 1991, 142

¹⁷⁵ OGH 8 Ob 514/90 = RdW 1991, 231 = WBI 1991, 142

¹⁷⁶ OGH 8 Ob 514/90 = ecolex 1991, 317

¹⁷⁷ Kerschner, JBI 2003, 903

¹⁷⁸ Holzhammer, Handelsrecht⁸ 188; So auch die Materialien zum Handelsrechts-Änderungsgesetz 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

¹⁷⁹ OGH 8 Ob 514/90 = ecolex 1991, 317; Krejci, Handelsrecht³ 228

¹⁸⁰ Holzhammer, Handelsrecht⁸ 188

6.2.2.1 Schadenersatz aus cic neben der Haftung nach Abs 2

Die Haftung nach Abs 2 bezog sich – wie oben dargestellt – auf den entstandenen Vertrauensschaden. Dieser ist seinem Umfang nach deckungsgleich mit dem Schadenersatzanspruch nach bürgerlichem Recht.

Musste der Scheinvertreter nach Abs 2 (verschuldensunabhängig) alle entstandenen Vertrauensschäden ersetzen, so waren auch die allenfalls angefallenen verspäteten Kosten von diesem Anspruch erfasst. Diese Haftung war umfänglich zwar ident mit der zivilrechtlichen Haftungsregelung, durch die Verschuldensunabhängigkeit kam ihr allerdings ein wesentlich breiterer Anwendungsbereich zu.

6.3 Scheinvertreterhaftung nach § 1019

Die Regelung des neuen § 1019 folgt der zivilrechtlichen Haftung und entspricht auch weitgehend dem bisherigen Art 8 Nr. 11 Abs 2, wenn auch mit einer wesentlicher Änderung. Sie stellt nun die erste normierte Haftungsregelung des Scheinvertreters im ABGB dar. Der vollmachtlos handelnde Vertreter haftet, sollte keine Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den Geschäftsherrn erfolgen, auf den Vertrauensschaden, welcher der Dritte im Vertrauen auf das Bestehen der Vollmacht erleidet.¹⁸¹

Eine Ableitung aus allgemeinen Grundsätzen der vic, welche selbst nicht ausdrücklich geregelt ist, ist für eine Begründung des Schadenersatzes bei vollmachtlosem Handeln nun nicht mehr notwendig.

Der Unterschied zur Regelung des Art 8 Nr. 11 Abs 2 besteht darin, dass in § 1019 eine Verschuldenshaftung normiert wird. Von einer reinen Vertrauenshaftung kann nach allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts nicht mehr ausgegangen werden. Jedenfalls ist für die Begründung des Haftungsanspruches die schuldhaft Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Scheinvertreter erforderlich.¹⁸² Der Scheinvertreter haftet sohin, wenn ihm angelastet werden kann, dass er trotz Erkennbarkeit des Vollmangels schuldhaft die Aufklärung über die dem Vertragsabschluss entgegenstehenden Gründe unterlassen hat.¹⁸³ Leichte Fahrlässigkeit des Vertreters genügt zur Begründung des Haftungsanspruches.

Da die handelsrechtliche Sonderregelung aufgehoben wurde, erfolgte eine gesamte Verlagerung der Scheinvertretungsproblematik in das Zivilrecht. Die Regelung des § 1019 stellt eine einheitliche Haftung dar, welche unterschiedslos auch auf bisherige handelsrechtliche Sachverhalte anzuwenden ist.

Nicht nur dass diese Unterscheidung in Zukunft nicht mehr getroffen werden muss, es wird für die Beurteilung nach § 1019 auch nicht von Bedeutung sein, ob der falsus seinen Vollmangels aktiv gekannt hat oder ihm nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Völlige Schuldlosigkeit des falsus führt – wie bereits erwähnt – zu keinem Haftungsanspruch.

¹⁸¹ *Krejci* in FS Welser 559 (569); *Perner*, RdW 2007/15, 14

¹⁸² *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 4; *Perner*, RdW 2007/15, 14

¹⁸³ *Perner*, RdW 2007/15, 14

Vom Vertreter ist nach § 1019 entsprechend dem Kausalitätserfordernis nur der Vertrauensschaden zu ersetzen, da kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist.¹⁸⁴ Dieser Schaden wäre nicht eingetreten, wenn der falsus sich seinen vorvertraglichen Aufklärungspflichten entsprechend verhalten hätte.

¹⁸⁴ *Schauer in Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 4

6.4 Begründung des Erfüllungsinteresses im Zivilrecht

Nachdem nunmehr die Grundlagen der Haftungssysteme geklärt wurden, sollen im Folgenden Versuche dargestellt werden, die auch im bürgerlichen Recht zu einem Ersatz des Erfüllungsinteresses gelangten. Die Darstellung soll hier bewusst kurz gehalten werden, da alle diese Ansichten verworfen wurden bzw ihre Bedeutung durch die zukünftige Rechtslage eingebüßt haben.

6.4.1 Die Ansicht Stanzls

Auch *Stanzl* geht 1951 vom Ersatz des Erfüllungsschadens aus, weil seiner Ansicht nach die Nichterfüllung des Vertrages als typische Folge beim Ausbleiben des Geschäftsabschlusses durch vollmachtloses Handeln gesehen werden kann.¹⁸⁵ Eine Unterbrechung der Kausalkette in einem anderen, vorher gelegenen Stadium hält *Stanzl* für unzulässig.

In den bisherigen Fällen des Abs 2 und somit bei Vorliegen einer unverschuldeten Unkenntnis über den Vollmangelmangel und der damit normierten Ersatzfähigkeit des Vertrauensschadens, geht *Stanzl* davon aus, dass die Ursächlichkeitskette ausdrücklich kraft Gesetz für nicht schuldhaftes Verhalten unterbrochen wird. Die Ersatzfähigkeit des Vertrauensschadens sei analog im bürgerlichen Recht anzuwenden, da hier keine striktere Haftung für Scheinvertreterhandeln erfolgen darf. Grundsätzlich besteht *Stanzls* Ansicht folgend ein Anspruch des vollständigen Ersatzes des verursachten Erfüllungsschadens sowohl im Unternehmensrecht als auch im bürgerlichen Recht.¹⁸⁶

Die Begründung anhand der Kausalitätstheorie kann als dogmatisch verfehlt bezeichnet werden. Die Ansicht *Stanzls* ist veraltet und wird hier nur aus Gründen der Vollständigkeit dargestellt.¹⁸⁷

6.4.2 Überlegungen nach Kerschner

In neuerer Zeit nimmt lediglich *Kerschner* an, dass es bei Scheinvertreterhandeln die Möglichkeit gibt, eine Kausalitätskette bis zum Erfüllungsschaden nachzuvollziehen.¹⁸⁸ Seine Ar-

¹⁸⁵ *Stanzl* in *Klang*, Kommentar zum ABGB IV/2² (1951) 854

¹⁸⁶ *Stanzl* in *Klang*, Kommentar zum ABGB IV/2² 854

¹⁸⁷ Erhebliche Kritik erfährt die Ansicht von *Stanzl* bei *Welser*, Vertretung 136 ff.

¹⁸⁸ *Kerschner*, JBl 2003, 903

gumentation erfolgt dahingehend: Der falsus muss bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln jedenfalls mit der Möglichkeit der Nichtgenehmigung des Rechtsgeschäfts durch den vermeintlichen Geschäftsherrn rechnen. Dies bedeutet, dass der falsus mit zumindest bedingtem Vorsatz auf Schädigung und Eingriff in die Vermögenssphäre des Dritten rechnet, wenn dieser in Kenntnis des Vollmangels, also in Fällen des Abs 1, handelt. *Kerschner* geht davon aus, dass hierdurch die „Überwälzung des Erfüllungsrisikos sachlich voll gerechtfertigt ist.“¹⁸⁹

6.4.3 Sonderfall des besonderen Garantieverprechens

Der einzige Weg, um zu einer Ersatzfähigkeit des Erfüllungsinteresses im bürgerlichen Recht zu gelangen, besteht dann, wenn eine besondere Zusicherung der Leistung (in Form eines Garantieverprechens) durch den Vertreter angenommen werden kann. Diese Haftung beruhend auf einer Garantienzusage ist verschuldens- und kausalitätsunabhängig.¹⁹⁰ Könnte also von einem solchen Garantieverprechen ausgegangen werden, so würde das Erfüllungsinteresse ohne Erfüllung weiterer Voraussetzungen in voller Höhe bestehen.¹⁹¹

Reischauer geht von der Möglichkeit des Bestehens einer gesetzlichen Garantie - wenngleich für § 878 - aus.¹⁹² Auch hier kommt es nur dann zu einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse, wenn der Erklärende seine Leistung garantiert hat, sonst haftet dieser nur für den Vertrauensschaden. Die Sachlage ist mit jener in den Fällen der falsus-procurator-Haftung vergleichbar. Eine bloße, wenn auch ausdrückliche, Zusicherung von Eigenschaften reiche nach *Reischauer* nicht zur Annahme einer Garantiezusage aus. Vielmehr muss der Erklärende für eingetretene Schäden einstehen wollen. Mit einer derartigen („abgeschwächten“) Garantiehaftung müsse eine Entlastungsmöglichkeit des Schuldners nach § 1298 korrespondieren, so *Reischauer*.¹⁹³ Der Schuldner haftet in den Fällen, in denen er sich nicht dadurch entlasten kann, dass er die anfängliche Unmöglichkeit nicht kannte bzw nicht kennen musste, wenn er sich also nicht von einer Sorgfaltsverletzung entlasten kann. Diese Regelung ist ähnlich der Struktur des Art

¹⁸⁹ *Kerschner*, JBl 2003, 903; *derselbe* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 2

¹⁹⁰ *Reidinger*, Garantieabrede 30 f

¹⁹¹ OGH 1 Ob 50/73 = SZ 46/39 = EvBl 1973/216, 461; OGH 1 Ob 215/73 = JBl 1974, 477; OGH 5 Ob 731/82 = SZ 55/160 = NZ 1984, 48; OGH 25.06.1988 6 Ob 138/98g; Anderer Ansicht OGH 1 Ob 41/03s = SZ 2003/31: Hier wird eine bloße Eigenschaftszusage angenommen, aber keine Garantieerklärung; Ein Garantieverprechen untersucht auch *Lukas* ausgehend vom anfänglich unbehebbar Mangel im Gewährleistungsrecht, der seiner Ansicht nach aber auch einen Unterfall der schlichten anfänglichen Unmöglichkeit darstellt. Von diesem Gedanken einer gesetzlichen Garantie ohne Erfordernis einer Verursachung könne – so *Lukas* weiter – auch bei Art 8 Nr.11 EVHGB ausgegangen werden: *Lukas*, Zur Haftung beim anfänglichen unbehebbar Mangel, JBl 1992, 11 (13).

¹⁹² *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB 1³ (2000) § 920 Rz 18

¹⁹³ *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar ABGB I, § 920 Rz 18

8 Nr. 11, der ebenfalls eine abgeschwächte Garantiehaftung des falsus procurator (durch die Haftungsmöglichkeit des Abs 2) vorsieht.

Ein Garantieverprechen soll aber nicht nur dadurch entstehen, dass der falsus procurator wesentlich seine Vollmacht überschreitet. Grundsätzlich soll bei einer auch ausdrücklichen Zusage von geschäftswesentlichen Eigenschaften eher davon ausgegangen werden, dass eine solche Garantieerklärung nicht abgegeben werden sollte.¹⁹⁴ Von einer Haftungsübernahme durch eine Garantieerklärung ist in den seltensten Fällen auszugehen, da der falsus ja gerade nicht dem Dritten versprechen will, für die Erfüllung durch den angeblich Vertretenen einzustehen zu wollen.¹⁹⁵ Eine derartige Annahme wäre nichts anderes als Fiktion.

So kann wohl umso weniger im Falle einer konkludenten Willenserklärung davon ausgegangen werden, dass sich der Scheinvertreter bereit erklärt, für die Erfüllung einzustehen zu wollen. Denn schließlich muss dieser Erklärung ein eindeutiger Erklärungswert nach § 863 zuerkannt werden. Daher muss es jedenfalls vom Horizont des Erklärungsempfängers her ersichtlich sein, dass eine zusätzliche Haftung (also eine Haftung über bereits bestehende gewährleistungsrechtliche und schadenersatzrechtliche Ansprüche hinausgehend) übernommen werden soll.¹⁹⁶ Ebenso muss klar sein, dass der Scheinvertreter bereit ist, im Falle eines Mangels für die nachteiligen Folgen einzustehen.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass in den meisten Fällen des Scheinvertreterhandelns wohl die Annahme eines Garantieverprechens nicht angebracht ist. Zumeist wird es nämlich so sein, dass der Scheinvertreter keine ausdrückliche Garantiezusage leisten wird, welche den strengen Erfordernissen des § 863 entspricht. Eine verschuldensunabhängige Haftung des Scheinvertreters auf das Erfüllungsinteresse aufgrund ausdrücklicher vertraglicher Garantiezusage gegenüber seinem Verhandlungspartner wird wohl in den seltensten Fällen vorliegen.

¹⁹⁴ OGH 1 Ob 41/03s = JBl 2003, 853; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 12

¹⁹⁵ *Krejci* in FS Welser 559 (566)

¹⁹⁶ OGH 7 Ob 506/91 = RdW 1991, 142 = JBl 1991, 385; OGH 1 Ob 41/03s = JBl 2003, 853 zum Fall der anfänglichen Unmöglichkeit; OGH 21.04.2004 7 Ob 32/04p; OGH 27.09.2005 1 Ob 138/05h; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 12

6.5 Begrenzung des Vertrauensschadens durch das hypothetische Erfüllungsinteresse

Es ist auch durchaus denkbar, dass der Vertrauensschaden den Betrag des Erfüllungsschadens aus dem nicht gültig zustande gekommenen Rechtsgeschäft übersteigt. Denkbar sind nachfolgende Fallkonstellationen (Beispiele nach Welser¹⁹⁷):

6.5.1 Das günstigere Ersatzgeschäft

Die vertragsgegenständliche Sache hat einen Wert von 110, der Kaufvertrag wurde mit dem Scheinvertreter aber über 100 geschlossen und der Dritte verabsäumt ein Ersatzgeschäft, in dem ihm von einem Unbeteiligten dieselbe Sache um 90 angeboten wurde. Der Dritte hat den zweiten Vertragsabschluss ausgeschlagen im Vertrauen darauf, dass der Scheinvertreter zur Vertretung ausreichend bevollmächtigt und der Vertrag gültig zustande gekommen sei. Der falsus haftet daher nach zivilrechtlichen Überlegungen auf den entstandenen Vertrauensschaden. Der Vertrauensschaden, der dem Dritten entsteht, indem er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat, beträgt 20 (Wert der Sache oder zugesagten Leistung – Wert der Gegenleistung an den Unbeteiligten, also $110 - 90 = 20$). Der Erfüllungsschaden wäre aber entsprechend weniger, nämlich $110 - 100 = 10$.

Hier liegt ein Ersatzgeschäft vor, das für den Dritten günstiger gewesen wäre. Es soll aber nur der Vertrauensschaden bis zur Höhe des positiven Vertragsinteresses ersatzfähig sein.¹⁹⁸

In derselben Variante ist auch denkbar, dass der zweite Geschäftspartner dem irreführten Teil die Sache sogar geschenkt hat.¹⁹⁹ Hier wäre der Vertrauensschaden sogar 110, weil der irreführte Teil keine Gegenleistung hätte erbringen müssen.

6.5.2 Unverhältnismäßige Aufwendungen

Es ist vom selben Sachverhalt wie oben auszugehen. Der Dritte tätigt ungeschickte, weil höhere Aufwendungen, als die Leistung wert ist. Er hat z.B. bereits 15 im Vorfeld des Vertrages ausgegeben. Der Vertrauensschaden für die getätigten nutzlosen Aufwendungen beträgt somit

¹⁹⁷ Welser, Vertretung 138 ff; derselbe, ÖJZ 1973, 286 f; derselbe, GesRZ 1975, 2 (6)

¹⁹⁸ Welser, GesRZ 1975, 2 (6)

¹⁹⁹ Welser, ÖJZ 1973, 286 f

15. Der Dritte hätte somit durch das Rechtsgeschäft mit dem falsus ein Verlustgeschäft gemacht. Die Sache war 110 wert, er hat aber insgesamt an Ausgaben 115 getätigt. Der Erfüllungsschaden beträgt weiterhin 10 (Wert der Sache – Wert der Gegenleistung, also 110 - 100).

6.5.3 Begrenzung im bürgerlichen Recht

Eine ausdrückliche Begrenzung des ersatzfähigen Vertrauensschadens gab es bis zur Regelung des § 1019 im bürgerlichen Recht nicht. *Gschnitzer* geht noch davon aus, dass keine grundsätzliche Umfangsbeschränkung beim Ersatz des Vertrauensschadens besteht.²⁰⁰ Bei Täuschung des Gegners im Zuge der Vertragsverhandlungen oder beim Vertreter mit Vollmachtmangel, soll nach *Gschnitzer* der ganze verursachte Schaden unabhängig von einer Höchstgrenze ersetzt werden. Eine Abstufung des zivilrechtlichen Schadenersatzes sollte hier freilich nach dem konkret vorliegenden Verschuldensgrad gemäß § 1323 erfolgen.

Der Ersatz des Vertrauensinteresses ist im bürgerlichen Recht nach heutiger Ansicht²⁰¹ stets durch die Höhe des hypothetischen Erfüllungsinteresses begrenzt.

Wie die eben dargestellten Beispiele aufzeigen, ist die Einschränkung durch das gedachte also hypothetische Erfüllungsinteresse aus dem nicht gültigen Rechtsgeschäft mit dem Scheinvertreter durchaus sinnvoll.

Jeder Vertragspartner muss nämlich das Risiko seiner geschäftlichen Dispositionen und Fehlspekulationen selbst tragen. Um die Vorteile aus einem besseren Geschäftsabschluss zu erlangen, muss der Geschädigte eben selbst einen anderen Partner suchen, mit dem er zu besseren Konditionen kontrahieren kann.²⁰²

Der falsus soll nicht für Fehlkalkulationen und Ungeschicklichkeit des Dritten die Verantwortung tragen, nur weil das Geschäft ungültig ist. Diese Kosten seiner geschäftlichen Dispositionen hätte der Dritte ohnehin tragen müssen. Der Dritte soll aber nicht aus der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts Gewinn ziehen können.

²⁰⁰ *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB IV/1, 175

²⁰¹ *Welser*, Vertretung 138 ff; *derselbe*, ÖJZ 1973, 286 f; *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 47; *Krejci* in FS *Welser* 559 (569)

²⁰² *Welser*, GesRZ 1975, 2 (6)

Die Begrenzung ergibt sich zusammenfassend aus dem Schutzzweck der Scheinvertreternormen, nämlich der Aufklärung des Vertragspartners. Die geschäftliche Entschlussfähigkeit des Gegners soll nicht durch falsche oder fehlerhafte Angaben des *falsus* beeinträchtigt werden.²⁰³ Der Vertragspartner erscheint aber über den Erfüllungsschaden hinaus nicht schutzwürdig.

Eine interessante Bestärkung dieser Annahme kommt ebenfalls von *Welser*. Nach ihm soll auch § 1016 diese Beschränkung unterstützen. Mit der Genehmigungsmöglichkeit des unwirksam Vertretenen muss sich der Dritte, wenn eine solche erfolgt, ebenso mit den hier bestehenden Vorteilen zufrieden geben und bleibt auf seinen geschäftlichen Fehlinvestitionen „sitzen“.

Eine gesetzliche Grundlage für eine derartige Begrenzung bestand bisher im bürgerlichen Recht nicht. Die oben dargestellten Lehrmeinungen können als ziemlich gefestigt gesehen werden. Die Judikatur geht hingegen davon aus, dass für das österreichische Recht die Problematik der Begrenzung des negativen Interesses nach der bisherigen bürgerlich-rechtlichen Haftung noch ungeklärt war.²⁰⁴

6.5.3.1 Keine Begrenzung des Vertrauensschadens im bürgerlichen Recht

Die dargestellte Begrenzung des Vertrauensschadens ist aber nur dann sinnvoll, wenn es um Schäden geht, die innerhalb des eben angesprochenen Schutzzwecks liegen. Geht es aber um Schäden, die aus anderen Pflichtverletzungen als der nicht nachgekommenen Aufklärungspflicht resultieren, so sind diese Schäden betragsmäßig in vollem Umfang und unbegrenzt zu ersetzen. Dies ist - so *Welser*²⁰⁵ - bei folgenden Fallgruppen gegeben:

- Wenn Schäden an deliktisch geschützten Gütern des Dritten eintreten und sind diese durch ein Handeln des *falsus* verursacht, dann ist der volle Ersatz des Integritätsinteresses zu leisten. Hier geht es nicht um freie geschäftliche Dispositionen und auch die Pflichtverletzung ist eine andere.²⁰⁶ Diese Schäden sind daher vom Schutzzweck der Scheinvertreternormen nicht erfasst.

²⁰³ *Welser*, ÖJZ 1973, 286 (288)

²⁰⁴ OGH 1 Ob 269/72 = SZ 46/22 = RZ 1973/110 S 84; OGH 11.02.1999 8 Ob 174/98s

²⁰⁵ *Welser*, Vertretung 144 ff; *derselbe* ÖJZ 1973, 286 (288)

²⁰⁶ Ähnlich auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 74

- Durch ein pflichtwidriges Verhalten des Vertreters, die Leistung falsch zu beschreiben, hat der Dritte irregeführt über die Beschaffenheit der zu erwartenden Leistung nun Verfügungen getroffen. Diese aber nicht frei, sondern aufgrund des Verhaltens des Scheinvertreters. Auch hier wird eine andere als die Pflicht zur Aufklärung über die Gültigkeit der Vollmacht verletzt, der falsus hat diese Schäden jedenfalls zu ersetzen.

- Auch bei listiger Irreführung über andere (günstigere) Abschlussmöglichkeiten (der Scheinvertreter macht z.B. andere Waren schlecht) und einem dadurch verabsäumten Geschäft ist der volle Ersatz des entstandenen Schadens zu leisten.²⁰⁷
Denkbar ist in diesem Zusammenhang beispielsweise, dass der Scheinvertreter behauptet, ein anderer Unternehmer produziere zwar billigere Waren, diese seien aber von schlechterer Qualität. Daraufhin wird das Geschäft zwischen dem Irreführten und dem Scheinvertreter geschlossen. Ist dieses Rechtsgeschäft nichtig, hat der Vertreter den vollen entstandenen Schaden aus der entgangenen Abschlussmöglichkeit zu ersetzen.

Andererseits soll eine rein fahrlässige Irreführung über die Qualität anderer Waren nicht zu einer Ersatzpflicht in voller Höhe führen, da es dem Geschäftspartner durchaus zugestanden werden soll, auch die eigenen wirtschaftlichen Geschäftsinteressen zu verfolgen.²⁰⁸ Es muss demnach eine arglistige Täuschung durch den falsus vorliegen, die dazu geführt hat, dass der Dritte einen anderen Abschluss nicht wahrnahm. Kann aber dem Irreführenden nur leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, so ist der erweiterte Schadenersatzanspruch zu versagen, da die Verantwortung zum Auffinden günstigerer Abschlussmöglichkeiten immer noch beim (irreführten) Vertragspartner liegt.

- Ebenso sind Schäden aus der Geltendmachung des vermeintlichen Vertragsanspruches gegen den unwirksam Vertretenen nach *Welser* nicht mit einer Beschränkung des Ersatzanspruches belegt. Sie haben zwar genau in der Pflichtverletzung, über das Fehlen

²⁰⁷ *Welser*, ÖJZ 1973, 286 (288); Diese Wertung entspricht auch den Überlegungen des § 874, dessen Ersatzanspruch dem Überlisteten alternativ zusteht. Auch hier kann keine Begrenzung des Ersatzes herausgelesen werden.

²⁰⁸ *Welser*, ÖJZ 1973, 286 (288)

der Vollmacht nicht aufzuklären, ihren Ursprung, beruhen jedoch nicht auf freier Disposition des Dritten und sind daher immer im vollen Umfang zu ersetzen.²⁰⁹

Auch *Krejci* weist darauf hin, dass dies Schäden sind, die bei Wirksamkeit des Vertrages zu ersetzen wären. Dies auch neben einer allfälligen Leistung.²¹⁰ Er schließt sich daher der Ansicht *Welsers* an und bejaht eine volle Ersatzfähigkeit.

6.5.4 Begrenzung nach Art 8 Nr. 11 Abs 2 EVHGB

Die Vorbildregelung des § 179 dBGB im deutschen Recht hat eine betragsmäßige Beschränkung des Vertrauensschadens durch das hypothetische Erfüllungsinteresse in Abs 2 bereits festgehalten. Ebenso wurde in Abs 2 des Art 8 Nr. 11 diese Haftungsbeschränkung ausdrücklich übernommen und war daher im handelsrechtlichen Bereich ausdrücklich kodifiziert.

6.5.5 Normierte Begrenzung in § 1019

Die Begrenzung des Ersatzes des Vertrauensschadens durch das hypothetische Erfüllungsinteresse wurde im neu geschaffenen § 1019 ausdrücklich übernommen.²¹¹

Nach § 1019 Satz 2 haftet der Inanspruchgenommene daher grundsätzlich nicht über den Betrag jenes Interesses hinaus, das der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat.

Es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Verankerung dieses Prinzips zu Änderungen führt, da – wie bereits unter Punkt 6.5.3 dargestellt – dieser Grundsatz auch bisher angewendet wurde. Dieses Prinzip ergab sich bereits aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Überlegungen, welche insbesondere von *Welser* zur Haftung des *falsus aus cic* angestellt wurden.²¹² Ergebnis dieser Untersuchung war, dass eine derartige Begrenzung des Vertrauensschadens sinnvoll scheint, da der Dritte über das hypothetische Erfüllungsinteresse hinaus

²⁰⁹ So auch *Perner*, RdW 2007/15, 14

²¹⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/98

²¹¹ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

²¹² *Welser*, Vertretung 138 ff; *derselbe*, ÖJZ 1973, 286 f; *derselbe*, GesRZ 1975, 2 (6); In der neueren Lehre auch *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 4; *Perner*, RdW 2007/15, 15; Siehe insbesondere unter Punkt 6.5.3 mit einer genauen Darstellung der Meinung *Welsers*.

dem Schutzzweck der Norm entsprechend nicht schutzwürdig ist.²¹³ Die positivrechtliche Verankerung dieses Prinzips, nunmehr auch im bürgerlichen Recht, ist daher zu begrüßen.²¹⁴

Auch die Materialien²¹⁵ zum Handelsrechts-Änderungsgesetz gehen ausdrücklich nach der Ansicht *Welsers* davon aus, dass der Vertragspartner über diesen hypothetischen Betrag hinaus nicht geschützt werden soll. Sie bieten keine ergänzenden Ausführungen des Gesetzgebers.

Interessant ist weiter, ob die Kodifizierung der Begrenzung des Vertrauensschadens durch das hypothetische Erfüllungsinteresse Auswirkungen auf die unter Punkt 6.5.3 dargestellten Fallgruppen hat, in denen eine derartige Begrenzung nicht sinnvoll scheint.

MA nach muss in diesen Fällen die Regelung des § 1019 teleologisch reduziert werden.²¹⁶ Geht man von den Überlegungen *Welsers* aus, so gilt auch hier: In den herausgearbeiteten Fallgruppen liegen die eingetretenen Schäden auch außerhalb des Schutzzwecks der neu eingeführten *falsus-procurator*-Norm. Diese Schäden, wie etwa die Schädigung deliktisch geschützter Güter, sind jedenfalls auch abseits einer allenfalls bestehenden vertraglichen Verpflichtung oder eben eines Schadenersatzanspruches auf den Vertrauensschaden zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht dieser Schäden kann in vollem Umfang und ohne Rücksicht auf die Begrenzung in § 1019 Satz 2 angenommen werden. Diese Schäden gründen auf anderen Pflichtverletzungen und sind somit auch von der Norm des neuen § 1019, welcher das schuldhafte Auftreten als Scheinvertreter und somit die Verletzung der Aufklärungspflichten über den Vollmangelmangel ahnden will, schlichtweg nicht erfasst.²¹⁷

²¹³ *Krejci* in FS *Welser* 559 (569); *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 4

²¹⁴ *Zib/Verweijen*, Das neue UGB 347

²¹⁵ 1058 B1gNr. 22.GP, S. 82

²¹⁶ *Perner*, RdW 2007/15, 15

²¹⁷ Siehe unter Punkt 6.5.3.1.

6.6 Ersatz des entgangenen Gewinns

Bei der genauen Feststellung der Schadenersatzpflicht ist zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn zu unterscheiden. Entgangener Gewinn bedeutet „die Vernichtung oder Beeinträchtigung von Erwerbs- oder Gewinnchancen“.²¹⁸ Ein bestehendes Vermögensgut wird nicht beeinträchtigt, wohl aber ein selbständiger Vermögenswert.²¹⁹ Um einen Vermögenswert als entgangenen Gewinn zu bezeichnen, ist es notwendig, dass dieser Gewinn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre oder eine rechtlich gesicherte Position bestand, Gewinn zu erzielen.

Allgemeiner beschreibt *Welser* den Begriff des entgangenen Gewinns als Vermögenseinbuße, die durch die Verhinderung der zu erwartenden günstigeren Weiterentwicklung entstanden ist.²²⁰ Der geschädigte Dritte unterlässt es beispielsweise ein (für ihn günstigeres) anderes Rechtsgeschäft (= das verabsäumte Ersatzgeschäft) mit einem unbeteiligten Vierten wahrzunehmen, weil er auf das Zustandekommen des Vertrages mit dem unwirksam Vertretenen vertraut. Fraglich ist inwiefern eine versäumte Abschlussmöglichkeit ersatzfähig ist. Eine genauere Untersuchung soll in den nachstehenden Kapiteln erfolgen.

6.6.1 Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 1323

Im Anwendungsbereich des ABGB gilt § 1323. Der hier verankerte gegliederte Schadensbegriff besagt Folgendes: Bei leichter Fahrlässigkeit erstreckt sich die Ersatzpflicht auf die sogenannte „eigentliche Schadloshaltung“. Somit ist bloß der positive Schaden zu ersetzen, wohingegen nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz der entgangene Gewinn im Rahmen der „vollen Genugtuung“ zu ersetzen ist.

6.6.2 Ersatz des entgangenen Gewinns nach Art 8 Nr. 2 EVHGB

Der Schaden im Handelsrecht sollte grundsätzlich den Ersatz des entgangenen Gewinns unabhängig vom Vorliegen eines bestimmten Verschuldensgrades des Scheinvertreters umfassen, dies nicht nur bei vormals zweiseitigen, sondern auch einseitigen Handelsgeschäften. Ziel des früheren Art 8 Nr. 2 EVHGB war es, dem Kaufmann den entgangenen Gewinn zu ver-

²¹⁸ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 2 Rz 12

²¹⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/37 ff; *Kramer* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuchband 1³ (2003) Art 8 Nr. 2 Rz 3; *Krejci*, Handelsrecht³ 218

²²⁰ *Welser*, Vertretung 132

schaffen, da dieser den regelmäßigen Erwerb im Handel darstellte.²²¹ So wäre der Kaufmann auf den Ersatz des erweiterten Schadens (in Form des entgangenen Gewinns) angewiesen, da seine Tätigkeit primär auf Gewinnerzielung gerichtet ist.²²² Da Kaufleute auf diesen Erwerb angewiesen wären, wäre auch der entgangene Gewinn in jedem Fall zu ersetzen – in einem weiteren Umfang als dies im bürgerlichen Recht angenommen werden konnte. Dieser Anspruch bestand zunächst grundsätzlich unabhängig davon, ob der Vertragspartner nach der alten Rechtslage ein Nichtkaufmann war.²²³ Als weitere Ratio der verschärften Sonderregel konnte angenommen werden, dass der Sorgfaltsmaßstab beim professionellen Handelsverkehr zu steigern ist, da dieser eben mit einer erhöhten Sorgfalt verbunden ist. Diese grundsätzliche Handhabung des Art 8 Nr. 2 war strittig.²²⁴

Art 8 Nr. 2 bezog sich auf Schadenersatzansprüche aus (einseitigen) Handelsgeschäften. Dieser war nach einhelliger Ansicht auch auf Verletzung der vorvertraglichen Pflichten (cic) anzuwenden.²²⁵

6.6.2.1 Kritik an der Regelung des Art 8 Nr. 2 EVHGB

Wie bereits ausgeführt, bestimmte Art 8 Nr. 2, dass stets - dh bei Vorliegen von bloß leichter Fahrlässigkeit - auch der entgangene Gewinn vom Haftpflichtigen zu ersetzen war. Für eine Anwendung war einzig entscheidend, dass ein einseitiges Handelsgeschäft vorlag. Es entsprach der herrschenden Lehre²²⁶ und der Rechtsprechung²²⁷, dass entsprechend der früheren Bestimmung des § 345 HGB der Art 8 Nr. 2 EVHGB auch auf Nichtkaufleute anzuwenden war, und auch diese immer den entgangenen Gewinn zu ersetzen hatten. Die herrschende Ansicht ging bei dieser Interpretation vom Wortlaut des § 345 HGB aus. Die handelsrechtlichen Vorschriften waren auch auf einseitige Handelsgeschäfte insbesondere auch gegen Nichtkaufleute anwendbar, bis ausdrücklich (durch den Gesetzeswortlaut) etwas anderes bestimmt wur-

²²¹ *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 2 Rz 2; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/83

²²² *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 2 Rz 2; *Kerschner* führt auch aus, dass selbst die Regelungen des KScheckG diese Wertungen nicht beseitigen; Ebenso *Kramer in Straube*, Kommentar HGB 1³, Art 8 Nr. 2 Rz 2

²²³ *Ostheim* in FS Schönherr 367 (371 f); *Kramer in Straube*, Kommentar HGB 1³, Art 8 Nr. 2 Rz 2; *Schauer*, ÖJZ 2006, 73

²²⁴ Siehe nachfolgend unter Punkt 6.6.2.1.

²²⁵ *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 2 Rz 5; *Kramer in Straube*, Kommentar HGB 1³ Art 8 Nr. 2 Rz 2

²²⁶ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht 3³ (1979) 52; *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 2 Rz 9; *Kramer in Straube*, Kommentar HGB 1³ Art 8 Nr. 2 Rz 1

²²⁷ Von der Geltung bei einem einseitigen Handelsgeschäft ausgehend etwa OGH 04.04.1973 1 Ob 50/73; OGH 23.11.1976 5 Ob 655/76; OGH 09.09.1983 8 Ob 565/82; OGH 20.12.1983 5 Ob 679/82; OGH 4 Ob 516/93 = ÖBA 1993, 987 = ecolex 1993, 669

de.²²⁸ Dieser Ansicht entsprach auch, dass ausdrücklich bestimmte §§ aus diesem Anwendungsbereich genommen wurden und nur auf den zweiseitigen Anwendungsbereich anwendbar waren.²²⁹

Dies führte mitunter zu rechtspolitisch bedenklichen Lösungen, die zu kritischen Bemerkungen an der herrschenden Handhabung dieser Regelung führten.²³⁰ Bereits *Welser* hat sich ausführlich mit dem Anwendungsbereich, wenn auch des Art 8 Nr. 11 EVHGB auseinandergesetzt.²³¹ *Welser* kommt aber zum Ergebnis, dass der Anwendungsbereich des Art 8 Nr. 11 EVHGB nach der Qualifikation des hypothetischen Rechtsgeschäfts zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten zu bestimmen war. Die Parteien würde die Anwendung der strengeren Regelung nicht unvorbereitet treffen, sondern könnten sie sich bereits im Vorfeld Klarheit darüber verschaffen.²³² Dies würde eine allfällige Begünstigung des Dritten und eine Benachteiligung des *falsus*, der in den Bereich des unternehmerischen Verkehrs erhöhte Risiken hineinträgt, rechtfertigen.

Auch Art 8 Nr. 2 war daher jedenfalls anzuwenden, wenn allein der Dritte die Kaufmannseigenschaft erfüllte. Die Anwendungsvoraussetzungen waren aber auch erfüllt, wenn alleine der unwirksam Vertretene die entsprechenden kaufmännischen Eigenschaften aufwies und weder der Dritte noch der *falsus procurator* im unternehmerischen Verkehr versiert waren, so etwa weil der *falsus* als Angestellter des unwirksam Vertretenen handelte. Nochmals kann aber betont werden, dass die Eigenschaften des *falsus* für den Ersatz des höheren Schadens keine Bedeutung hatten.

Der OGH weist ausdrücklich auf rechtspolitische Bedenken bei der Anwendung der Regelung des Art 8 Nr. 2 auf Nichtkaufleute hin, sieht diese aber nicht für ausschlaggebend an.²³³ Noch deutlicher wird der OGH in einer nachfolgenden E²³⁴. Art 8 Nr. 2 sollte insbesondere auch für den Anspruch, der gegen einen Nichtkaufmann gerichtet ist, gelten.

²²⁸ *Ostheim* in FS Schönherr 367 (368); *E. Bydlinski* räumt selbst ein, dass es auch dem Willen des damaligen Gesetzgebers (Art 8 Nr. 2 EVHGB hat denselben Inhalt wie der frühere Art 283 AHGB) entsprach, dass von einem eher strengen Verständnis des Wortlauts ausgegangen wird: *E. Bydlinski*, JBI 1989, 409 (413); Auch *Koziol* weist darauf hin, dass es zu Art 283 AHGB herrschende Meinung war, dass das gesamte Interesse zu ersetzen sei: *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/83 FN 242.

²²⁹ So etwa die §§ 352, 353 und 377 HGB. Auch die §§ 347 bis 351a galten ausdrücklich nur für den am Geschäft beteiligten Kaufmann.

²³⁰ *E. Bydlinski*, JBI 1989, 409

²³¹ *Welser*, Vertretung 163 f

²³² *Welser*, Vertretung 170 f

²³³ OGH 13.06.1985 6 Ob 570/85

²³⁴ OGH 1 Ob 538/93 = ÖBA 1994, 236 = ÖZW 1995, 55

E. Bydlinski unterzieht die früheren Regelung des Art 8 Nr. 2 EVHGB und des § 345 HGB einer eingehenden Überprüfung ihres bisherigen Anwendungsbereiches. § 345 HGB - dies war als Vorfrage zu klären - bestimmte, dass auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden ein Handelsgeschäft war, die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung kamen, soweit sich nicht aus diesen Vorschriften anderes ergab. Dies wurde so verstanden, dass ausdrücklich durch gesetzliche Vorschriften im Wortlaut eine anders lautende Anwendung bestimmt werden muss.

E. Bydlinski versteht nun die frühere Zweifelsregelung des § 345 HGB anders, nämlich dahingehend, dass diese Regelung erst dann zur Anwendung kommt, wenn sämtliche Auslegungsarten der betroffenen Norm (in diesem Fall des Art 8 Nr. 2) zu keinem anderen Ergebnis führen und der Anwendungsbereich sich nicht eindeutig ermitteln lässt.²³⁵

Eine Vielzahl der handelsrechtlichen Regelungen - so auch der frühere § 345 HGB - seien durch die dort normierte erhöhte Pflicht nur auf Kaufleute zugeschnitten.²³⁶ Hilfreich für eine Interpretation seien jedenfalls auch die Regelungen des KSchG. Auch das KSchG gehe auf den Interessenskonflikt zwischen einem Unternehmer und dem Konsumenten ein.²³⁷ Einseitige Handelsgeschäfte im Sinn des früheren HGB seien somit den Verbrauchergeschäften des KSchG weitgehend gleichzusetzen. Da von einer gleichen Interessenslage auszugehen ist, und der moderne Gesetzgeber die Schutzwürdigkeit und besonderen Bedürfnisse des nicht kaufmännisch versierten Vertragspartner anerkannt hat, wäre § 345 dahingehend auszulegen, dass es zu einem Gleichklang der verschiedenen gesetzlichen Normen kommen soll.

Auch die teleologische Interpretation ergibt - so *E. Bydlinski* -, dass der Zweck des Art 8 Nr. 2 dessen Anwendung auf Nichtkaufleute nach der alten Rechtslage nicht rechtfertigte. Eine solcherart erhöhte Ersatzpflicht des Nichtkaufmanns gegenüber dem bürgerlichen Recht konnte nicht begründet werden.²³⁸ *E. Bydlinski* kommt zum Schluss, dass Art 8 Nr. 2 nur zu Lasten von Kaufleuten, gleichgültig ob hier ein zwei- oder einseitiges Handelsgeschäft vorlag, angewendet werden sollte. Die Zweifelsregelung des früheren § 345 HGB komme bei Art 8 Nr. 2

²³⁵ *E. Bydlinski*, JBl 1989, 409 f

²³⁶ *E. Bydlinski*, JBl 1989, 409 (413)

²³⁷ *E. Bydlinski*, JBl 1989, 409 (414); Dieser Ansicht zustimmend auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/83: Auch er geht davon aus, dass die „verbraucherfreundlichen“ Regelungen des modernen Gesetzgebers bei der Auslegung der handelsrechtlichen Normen zu berücksichtigen seien.

²³⁸ *E. Bydlinski*, JBl 1989, 409 (417)

EVHGB nicht zur Anwendung, da eine eindeutige Auslegung nach dem Zweck der Norm gefunden werden kann.²³⁹

Auch andere Stimmen in der Lehre haben die Anwendung der handelsrechtlichen Sondernormen auf einseitige Handelsgeschäfte kritisiert, folgende wären hier zu nennen:

Krejci weist kritisch drauf hin, dass eine Miteinbeziehung der Nichtkaufmänner in den Geltungsbereich der Regelung des Art 8 Nr. 2 dogmatisch nicht zu rechtfertigen ist.²⁴⁰ Offensichtlich wollte er - ähnlich wie *E. Bydlinski* - Art 8 Nr. 2 nicht zu Lasten des Nichtkaufmanns anwenden. Diese Regelung sollte daher allein auf den Teil, für den das Geschäft ein Handelsgeschäft war, somit also auf den früheren Kaufmann, angewendet werden.²⁴¹

Koziol aber geht davon aus, dass es unzulässig sei, Art 8 Nr. 2 bei einem einseitigen Handelsgeschäft nur zu Ungunsten des Kaufmanns anzuwenden.²⁴² Dadurch werde die vom Gesetzgeber bezweckte Privilegierung des Kaufmanns in eine Benachteiligung des Kaufmanns gegenüber Nichtkaufleuten umgewandelt. *Koziol* wollte den Anwendungsbereich der Regelung des Art 8 Nr. 2 daher auf zweiseitige Handelsgeschäfte einschränken.²⁴³

6.6.2.2 Eigenes Ergebnis

Das Ergebnis der herrschenden Lehre bei der Anwendung des Art 8 Nr. 2, wonach dieser den Ersatz des entgangenen Gewinns auch bei einseitigen Handelsgeschäften ohne Unterschied auf den Vertragspartner anordnete, war nicht befriedigend. Warum sollte ein unternehmerisch nicht Versierter einem Unternehmer mehr ersetzen als in privaten Rechtsverhältnissen? Tatsächlich war die Kritik an der Regelung des Art 8 Nr. 2 EVHGB gerechtfertigt. Die Miteinbeziehung von Nichtkaufmännern in den Geltungsbereich dieser Regel warf viele Probleme auf.

Gerade in den Fällen des Scheinvertretungshandels entstand ein Brennpunkt bei einer derart verstandenen Auslegung des Art 8 Nr. 2 EVHGB.

²³⁹ *E. Bydlinski*, JBl 1989, 409 (419)

²⁴⁰ *Krejci*, Handelsrecht³ 218

²⁴¹ *Krejci*, Handelsrecht³ 218; So auch *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht³ 52.

²⁴² *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/83

²⁴³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 2/83; Für eine Anwendung des Art 8 Nr. 2 nur auf Kaufleute untereinander: *Ostheim* in FS Schönherr 367 (374).

Erfüllte der Dritte nach der alten Rechtslage die Kaufmannseigenschaft, war ein Ersatz des entgangenen Gewinns durch den falsus noch einzusehen. Der Dritte war als Kaufmann wahrscheinlich tatsächlich auf den Gewinn im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit und als Einnahmequelle angewiesen.

Man gelangte aber auch nach der alten Rechtslage zu folgender bizarren Situation: Der Nichtkaufmann (z.B. ein Angestellter) als fahrlässig handelnder Scheinvertreter, welcher für eine GmbH auftrat, hatte dem Dritten, wenn auch kaufmännisch nicht versiert, immer den entgangenen Gewinn zu ersetzen, dies allein aufgrund einer allfälligen Kaufmannseigenschaft der unwirksam Vertretenen. Hier stimmte wohl das Ergebnis nicht mit dem Zweck der Regelung überein. Es scheint bereits die Zielsetzung des Art 8 Nr. 2 EVHGB bei der Anwendung auf Nichtkaufleute verfehlt. Dem geschäftlich unerfahrenen Scheinvertreter konnte nicht der strenge Sorgfaltsmaßstab des professionellen Geschäftsverkehrs angelegt werden, ebenso wenig war anzunehmen, dass der Dritte - in dieser Konstellation ebenfalls Nichtkaufmann! - auf den Ersatz des entgangenen Gewinns als Einkommens- und Erwerbsgrundlage angewiesen war. Der bedenklichen Lösung konnte auch nicht entgegengehalten werden, dass der Scheinvertreter fälschlicherweise bekannt gab, für einen Kaufmann einzuschreiten und Vertretungshandlungen in dessen Namen setzte. Dem Scheinvertreter konnte hierdurch kein erhöhter Sorgfaltsmaßstab und die damit verbundene erhöhte Schadenersatzpflicht aufgebürdet werden.

War aber nur der falsus Kaufmann, so war dies ohne jeglichen Einfluss auf das Rechtsverhältnis zum Dritten, der falsus haftete alleine nach den zivilrechtlichen Bestimmungen und nur nach § 1323.

Soll in diesem Bereich der Ersatz des entgangenen Gewinns bei einseitigen Unternehmerge-schäften gelten, allerdings nur auf den Unternehmer beschränkt? Ist der Ersatz des entgan- genen Gewinns nur auf den Anwendungsbereich der beidseitigen Unternehmerge-schäfte zu be- schränken?

Ebenso wenig kann es in unseren Fällen angeraten werden, der eben dargestellten Ansicht *E. Bydlinskis* zu folgen. Sie wollte die Regelung des Art 8 Nr. 2 bei Handelsgeschäften jeder Art einzig auf die Ersatzpflicht des Kaufmanns anwenden. Aber beim Scheinvertretungshandeln

tritt ja gerade der falsus im Namen des unternehmerischen Teils auf und würde eine erweiterte Ersatzpflicht daher immer den falsus, welcher im fremden Namen auftritt, treffen.

Man wird aufgrund dieser Tatsachen auch nach der Ansicht *Koziols* nicht zu einem anderen Ergebnis kommen. Auch wenn Art 8 Nr. 2 nur bei beidseitigen Unternehmergeschäften angewendet werden sollte, so ist doch nie die Eigenschaft des falsus als Kaufmann für die Begründung seiner erhöhten Ersatzpflicht ausschlaggebend, sondern wird diese immer nur auf der Eigenschaft seines vermeintlichen Geschäftsherrn beruhen. Die Regelung war somit für Fälle des Scheinvertretungshandelns keinesfalls geeignet. Letztlich ist keine der dargestellten Ansichten auf unseren Fall anzuwenden.

Letztlich kann auch noch auf eine andere Besonderheit der alten Rechtslage hingewiesen werden. Während der falsus procurator, wenn er auch nur vorgibt für einen Kaufmann zu handeln, bei jedem Verschulden auf den Ersatz des entgangenen Gewinns haftete, bestand ein allfälliger Haftungsanspruch gegen den tatsächlichen Kaufmann (!) aus eigenem Verschulden aus dem Haftungsgrund der *cic*. Während der falsus als Nichtkaufmann also einer erheblich strengeren und umfangreicheren Haftung unterlag, haftete der kaufmännische Geschäftsherr auf den Vertrauensschaden und hatte nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz den entgangenen Gewinn des Dritten zu ersetzen! Auf ihn war die gerade zu diesem Zweck konzipierte handelsrechtliche Regelung gar nicht anwendbar.

6.6.3 Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 1019

Auch Art 8 Nr. 2 der 4. EVHGB und der darin vorgesehene erweiterte Ersatz des entgangenen Gewinns auch bei nur einseitigen Handelsgeschäften wurde in Folge der Handelsrechtsreform geändert.²⁴⁴ Ein Ersatz findet sich nun in § 349 UGB, welcher bestimmt, dass nur der unter Unternehmern zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst. Anzuwenden ist die erweiterte Schadenersatzpflicht daher ausschließlich auf Rechtsgeschäfte, bei welchen auf beiden Seiten Unternehmer stehen. In den Materialien²⁴⁵ zum Handelsrechts-Änderungsgesetz wird angeführt, dass Art 8 Nr. 2 als Sondervorschrift für das Handelsrecht keine besondere rechtspolitische Überzeugungskraft mehr besitze. Zielsetzung der Änderung war, die systematische Einheit zwischen bürgerlichem Recht und dem Unternehmensrecht zu

²⁴⁴ *Khachik*, Die wichtigsten Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts durch das Handelsrecht, JAP 2005/2006, 32, S. 189 (191)

²⁴⁵ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 54

erhöhen. Der Gesetzgeber hat sich aber bewusst dagegen entschieden, den Ersatz des gesamten Interesses auch im bürgerlichen Recht vorzusehen, dies allerdings mit dem Verweis, dass derzeit ohnehin an einer Gesamtreform des Schadenersatzrechtes in Österreich gearbeitet wird und man den Ergebnissen dieses Projekts nicht vorgreifen wollte.²⁴⁶ Abgesehen von in naher Zukunft anstehenden Neuerungen können daher für den hier interessierenden Scheinvertreter folgende Ausführungen getroffen werden:

§ 1019 und somit die alleinige Haftungsnorm für den falsus wurde ins Zivilrecht verlagert. § 349 UGB ist bei beidseitigen Unternehmergeäften allerdings als *lex specialis* gegenüber bürgerlich-rechtlichen Regelungen über den Ersatz des Schadens anzuwenden. War es bisher nach der Regelung des Art 8 Nr. 11 so, dass das hypothetische Vertragsverhältnis zwischen dem unwirksam Vertretenen und dem Dritten als ausschlaggebend erachtet wurde, dies weil in Abs 1 ein Anspruch auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse gegeben war, so haben sich durch den Entfall dieser Regelung mE die Grundwerte geändert.

§ 1019 sieht einen Haftungsanspruch des Dritten gegen den falsus vor, welcher nicht mehr am Verhältnis zum unwirksam Vertretenen auszurichten ist. Dies ist hoch erfreulich, da nunmehr einzig die Eigenschaften des Dritten und des falsus selbst entscheidend dafür sind, ob der volle Interessesersatz zu leisten ist. Die Eigenschaften des unwirksam Vertretenen haben in diesem Verhältnis nichts mehr zu suchen.

Hier kann nochmals auf *Welser*²⁴⁷ verwiesen werden, der sich um verschiedene Auslegungsmöglichkeiten der Scheinvertreternorm insbesondere im vormals handelsrechtlichen Bereich bemüht hat. *Welser* begründete auch die Theorie, dass man den Anwendungsbereich danach bestimmen müsse, ob das wirksame Geschäft zwischen zwei Kaufleuten abgeschlossen worden wäre. Nach der neuen Rechtslage muss wohl auf eine andere Auslegungsmöglichkeit zurückgegriffen werden. *Welser* bietet an, dass man auf subjektive Eigenschaften des Vertreters selbst abstellen könne, und dann entscheidend sein würde, ob der Vertreter nach der alten handelsrechtlichen Regelung Kaufmann war.²⁴⁸

Es können in weiterer Folge nachstehende Fallgruppen unterschieden werden:

²⁴⁶ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 54

²⁴⁷ *Welser*, Vertretung 167 ff. Siehe auch unter Punkt 5.3.

²⁴⁸ *Welser*, Vertretung 167 ff

Handelt nur der Dritte oder der falsus als Unternehmer, so kommt § 349 UGB nicht zur Anwendung und es bleibt beim Ersatz des positiven Schadens bei bloß leichter Fahrlässigkeit des falsus. Kann dem falsus grobe Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz vorgeworfen werden, so ist von diesem nach Maßgabe des § 1323 auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.

Kann aber sowohl dem Dritten als auch dem falsus Unternehmereigenschaft zugebilligt werden, so liegt ein beidseitiges Unternehmensgeschäft vor und der strenge Sorgfaltsmaßstab kann dem falsus – aufgrund seiner eigenen Voraussetzungen! – aufgebürdet werden. Der falsus ist also bereits bei leichter Fahrlässigkeit zum Ersatz des entgangenen Gewinns verpflichtet. Auch der Dritte, welcher ja ebenfalls als Unternehmer tätig wird, ist auf den Ersatz des entgangenen Schadens als Einnahmequelle angewiesen.

Nochmals soll betont werden, dass der falsus nach der neuen Rechtslage aufgrund eigener Unternehmereigenschaft haftbar zu machen ist, dies auch obwohl er im fremden Namen handelt. Irrelevant ist daher, ob der falsus für einen Unternehmer einschreitet oder nicht.

Für den oben dargelegten Fall des Angestellten, welcher für seinen (unternehmerischen) Arbeitgeber fälschlicherweise ohne Vollmacht tätig wird, bedeutet dies, dass der Angestellte lediglich als falsus procurator nach § 1019 iVm § 1323 haftet und daher bei leichter Fahrlässigkeit nur den positiven Schaden zu ersetzen hat. Eine Ersatzpflicht des vollen Interesses kann nur mehr bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz angenommen werden. Dieses Ergebnis kann begrüßt werden und ist die bedenkliche Handhabung des Art 8 Nr. 2 EVHGB nunmehr Geschichte.

7 Haftungsentfall oder Minderung des Haftungsanspruches durch vorwerfbares Verhalten beim Dritten

Fraglich ist was gilt, wenn dem geschädigten Vertragspartner selbst ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann, beispielsweise weil er vom Vollmachtmangel des falsus wissen musste oder weil er tatsächlich Kenntnis davon hatte. Insoweit darf das Schutzbedürfnis des Getäuschten angezweifelt werden und wird der falsus hierdurch ganz oder teilweise von seiner Haftung befreit.

7.1 Mitverschulden nach § 1304 bei Haftung nach *cic*

Eine Berücksichtigung des Mitverschuldens erfolgte im Zivilrecht nach Maßgabe des § 1304. Ein Verschulden des Geschädigten ist verhältnismäßig zu berücksichtigen.²⁴⁹ Je nach der Intensität des vorwerfbaren Verhaltens des Geschädigten, ist der Haftungsanspruch gegen den Scheinvertreter zu mildern. Kann dem Geschädigten nur leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, handelt der falsus aber grob fahrlässig, so hat der Geschädigte den bei ihm verursachten Schaden nur geringfügig mitverschuldet. Sein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens wird daher entsprechend der Regelung des § 1304 nur geringfügig gemindert. Der Dritte hat aber jedenfalls einen, wenn auch prozentuell kleinen, Teil des eingetretenen Schadens verhältnismäßig selbst zu tragen. ME kann das Mitverschulden eines leicht fahrlässigen Scheinvertreters gegen den vorsätzlich handelnden falsus nicht ins Gewicht fallen. Der Haftungsanspruch des vorsätzlich handelnden falsus wird also nicht gemindert.²⁵⁰

Je nach Art und Intensität der Fahrlässigkeit des Dritten wird sein Ersatzanspruch weiter gekürzt. Ist dem Dritten daher ein grober Sorgfaltsverstoß und somit grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen und handelt auch der falsus grob fahrlässig, so kommt es zu einer Schadensteilung.²⁵¹ Wenn dem falsus jedoch Vorsatz im Hinblick auf sein vollmachtloses Handeln vor-

²⁴⁹ Schauer in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 2; P. Bydlinski in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar ABGB² § 1019 Rz 2

²⁵⁰ So auch die Ausführungen unter Punkt 7.2 zum (teleologisch eingeschränkten) handelsrechtlichen Anwendungsbereich: Ein geringfügiges Mitverschulden des Dritten fällt gegenüber dem vorsätzlich handelnden falsus nicht ins Gewicht. Ein Ersatzanspruch des Dritten besteht zur Gänze.

²⁵¹ *Krejci*, Handelsrecht³ 226 f; Diese Ansicht ist aber strittig, aA etwa *Holzhammer*, der davon ausgeht, dass die Haftung bei fahrlässigem Verhalten des Dritten jedweder Art nur gemindert werde: *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 189.

geworfen werden kann, so wird das grob fahrlässige Handeln des Dritten nur verhältnismäßig zu berücksichtigen sein.

Das Wissen des Dritten vom Vollmachtmangel des Scheinvertreters war immer die Grenze des Vertrauensschutzes.²⁵² Sollte der Vertragspartner aktiv Kenntnis vom Vollmachtmangel haben, kommt es jedenfalls zu einem vollständigen Haftungsentfall, egal welches Verschulden dem falsus vorgeworfen werden kann. So wird mE auch davon auszugehen sein, dass, sollte vorsätzliches Handeln auf beiden Seiten vorgelegen sein, ein Haftungsentfall des falsus anzunehmen ist, da schlichtweg kein Schutzbedürfnis des Geschädigten besteht.

Weiters kommt es zu einer gleichen Schadensteilung, wenn den Parteien gleiches Verschulden vorgeworfen werden kann (z.B. Dritter und falsus handeln beide leicht fahrlässig), dies obwohl der Schaden vom falsus verursacht wurde und er eigentlich näher dran wäre, den Schaden zu ersetzen.

7.1.1 Mitverschulden nach § 878

Diese ausgewogene auf den Einzelfall abstellende Regelung des § 1304 steht in krassem Widerspruch gegenüber Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB. Die handelsrechtliche Sondernorm sah nach dem ausdrücklichen Wortlaut bei jedem Mitverschulden des Dritten einen vollständigen Haftungsentfall (= Kulpakompensation) vor.²⁵³

Auch dem österreichischen Zivilrecht ist die Kulpakompensation an sich kein unbekanntes Institut. In den Fällen des § 878 also bei einem Irrtum über die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung, kommt es bei bloß leichter Fahrlässigkeit des Dritten zu einem Entfall des gesamten Anspruchs (auf den erlittenen Vertrauensschaden) gegen den Vertragspartner, der die Leistungsfähigkeit zugesichert hatte.

Die hier verankerte Kulpakompensation wurde einschränkend ausgelegt und ihrer Aussage nach relativiert. So gingen *Apathy/Riedler* davon aus, dass der vollständige Haftungsentfall nur in den Fällen zum Tragen komme, wenn ein „gleichgradiges“ Verschulden beider Teile

²⁵² OGH 05.05.1999 9 ObA 99/99 geht davon aus, dass ein Anspruch nach cic besteht, wenn ein rein fahrlässiges Handeln des Geschädigten vorliegt. Er verliere die Ansprüche lediglich dann, wenn er selbst vorsätzlich handelt. Vgl auch *Welser*, Vertretung 205; *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 189; *Kalls/Schauer*, Handelsrecht 76; *P. Bydlinski* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1019 Rz 2

²⁵³ Siehe unter Punkt 7.2.

die Ersatzpflicht in voller Höhe ausschließt und hierdurch eine Kulpakompensation eintritt.²⁵⁴ Dies entspricht auch der Ansicht der Judikatur²⁵⁵. Sollte ein Verschulden nicht gleichgradig sein, so sollte wieder § 1304 zur Anwendung kommen. Bei der Verletzung weitergehender vertraglicher Pflichten (z.B. Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber deliktisch geschützten Gütern) sei jedenfalls die Anwendung des § 878 abzulehnen.²⁵⁶ § 878 Satz 3 bezieht sich nur auf die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten über die Vertragsgültigkeit.²⁵⁷

Vom gleichen Ansatzpunkt geht auch *Rummel* aus.²⁵⁸ Er sieht den praktischen Anwendungsbereich der Kulpakompensation als äußerst gering an, da nur gleichteiliges Verschulden (so der Wortlaut des Gesetzes „wenn von diesem nicht dasselbe gilt“) zur Kulpakompensation führt.²⁵⁹ Sollten z.B. Vorsatz und fahrlässige Unkenntnis einander gegenüberstehen, müsse eine Schadensteilung nach § 1304 angewendet werden, was weitgehend zum vollen Anspruch des fahrlässig Handelnden gegen den vorsätzlichen Scheinvertreter führen sollte.

Einzig *Kerschner* geht hier allgemein zur Thematik der Kulpakompensation von einer gänzlich anderen Ansicht aus.²⁶⁰ Er führt ein historisches Argument an, weshalb § 878 generell keine Kulpakompensation begründen sollte. Zu seiner ursprünglichen Fassung wurde der strittige Satzteil „falls für den anderen Teil nicht dasselbe gilt“ erst mit der 3. Teilnovelle eingeführt. Davor wurde die Regelung des § 1304 für alle Fälle des § 878 und der ursprünglichen Unmöglichkeit angewendet. Der damalige Gesetzgeber wollte aber durch die Einfügung keine inhaltliche Änderung des § 878 herbeiführen, sondern lediglich eine Haftung nach *cic* näher formulieren. Demnach sei laut *Kerschner* bei der Anwendung des § 878 - der Absicht der Verfasser entsprechend - § 1304 und die darin verankerte Schadensteilung anzuwenden. Die Einführung des Rechtsinstituts der Kulpakompensation für die ursprüngliche Unmöglichkeit war, wenn auch bei bloß gleichteiligem Verschulden, vom Gesetzgeber nie gewollt und ist von dieser Ansicht abzugehen.²⁶¹ Im Ergebnis kommt *Kerschner* daher zur Schlussfolgerung,

²⁵⁴ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 13 für die anfängliche Unmöglichkeit.

²⁵⁵ OGH 4 Ob 95/77 = SZ 50/132; OGH 4 Ob 127/97y = SZ 70/108

²⁵⁶ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 13; Diese Ansicht wurde auch durch OGH 5 Ob 555/78 = SZ 51/55 bestätigt: Hier geht der OGH ebenfalls von der Nichtanwendbarkeit der Kulpakompensation aus. Auch diese Sorgfaltspflichten treffen den *falsus* und ist ihm bei Nichtbeachtung ein Vorwurf zu machen, siehe die Ausführungen unter Punkt 9.1.

²⁵⁷ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 13; So auch *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 878 Rz 6: Bei einer reinen Verletzung der Nebenleistungspflichten soll eine Kulpakompensation ausscheiden zB wenn eine Gefahr für die Gesundheit des Partners bestehen sollte.

²⁵⁸ *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 878 Rz 6

²⁵⁹ *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 878 Rz 6

²⁶⁰ *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 118 f

²⁶¹ *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 118 f; dieser Ansicht zustimmend *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 13

dass auch bei gleichzeitigem Verschulden sowie bei jeglicher Form des Mitverschuldens des Vertragspartners kein Kulpakompensation eintritt, sondern auch bei der ursprünglichen Unmöglichkeit eine bloße Schadensteilung nach § 1304 vorzunehmen ist.

7.1.2 Analoge Anwendung des § 878

Sowohl über die Anwendung als auch über die Auslegung des § 878 Satz 3 bestehen erhebliche Streitfragen. An dieser Stelle soll untersucht werden, ob § 878 Satz 3 und die darin normierte Kulpakompensation ganz allgemein im bürgerlichen Recht analog angewendet werden sollen – insbesondere wird auch eine analoge Anwendung der Kulpakompensation in den Fällen des Scheinvertreterhandelns untersucht. Geht man von einer Scheinvertretung nach zivilrechtlichen Normen aus, so wäre grundsätzlich § 1304 anzuwenden.

Eine analoge Anwendung des § 878 Satz 3 bei anderen Irrtumsfällen wird von *Kerschner* anerkannt.²⁶² Seiner Ansicht nach entspricht es der herrschenden Lehre²⁶³, dass bei gleichschwerem Verschulden beider Teile eine Kulpakompensation eintreten soll. Geht man von einer derartigen Kulpakompensation aus, so sei auch von einer analogen Anwendung in diesem sehr eingeschränkten Bereich auszugehen.²⁶⁴ Hingewiesen werden soll nochmals, dass *Kerschner* schon diese Auslegung des § 878 im Kernanwendungsbereich der Regelung verneint, und dafür historische Argumente ins Treffen führt. § 878 soll gar keine Kulpakompensationsregelung enthalten. Die Ansichten *Kerschners* sind dahingehend widersprüchlich.

Auch *Rummel* geht von einer Analogiefähigkeit der „sachgerechten“ Regelung des § 878 Satz 3 aus. Diese sei auf andere Fälle der Vertragsungültigkeit anwendbar, soweit beide Vertragspartner das gleiche Risiko an der Vertragsgültigkeit haben.²⁶⁵ Auch nach diesem Teil der Lehre ist daher von einer analogen Anwendung nur im Falle eines gleichen Verschuldensgrades beider Beteiligten auszugehen.

Auch die Judikatur geht von der Möglichkeit einer analogen Anwendung der Kulpakompensation in den Fällen der *cic* aus, wenn das Verschulden beider Teile gleich wiegt. In einigen

²⁶² *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 118 f

²⁶³ OGH 4 Ob 95/77 = SZ 50/132; OGH 4 Ob 127/97y = SZ 70/108; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 878 Rz 6; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV § 878 Rz 13

²⁶⁴ *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 118 f; Dieser Ansicht auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/20, *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar ABGB I § 918 ff Rz 16, der § 878 Satz 3 bei irrtumsrechtlich relevanten Fällen anwenden will.

²⁶⁵ *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 878 Rz 6

E wird die analoge Anwendung des § 878 Satz 3 auf verbotene Verträge behandelt.²⁶⁶ So wird für die Verletzung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten zur Bewertung eines Mitverschuldens nicht § 1304, sondern der Grundsatz des § 878 Satz 3 herangezogen.

Auch *Binder* geht – in Zusammenhang mit der Haftung beschränkt Geschäftsfähiger²⁶⁷ – von einer analogen Anwendbarkeit des Satz 3 des § 878 aus. So „überlagere“ diese Norm in den Fällen der vorvertraglichen Verletzung von Aufklärungspflichten die Regelung des § 1304 und sei bei einer schuldhaften Verletzung und bei gleichzeitigem Verschulden beider Teile analog heranzuziehen.

Eine analoge Anwendung der dem Satz 3 des § 878 entnommenen Kulpakompensation auf den gesamten bürgerlich-rechtlichen Bereich wird hingegen von *Welser* abgelehnt.²⁶⁸ Der Anwendungsbereich dieser ohnehin zweifelhaften Regelung dürfe nicht ausgeweitet werden.²⁶⁹ Vielmehr solle gerade § 1304 in dem Bereich der Verantwortlichkeit des Scheinvertreters - auf die von § 878 nicht erfassten Fälle - angewendet werden.²⁷⁰

*Rummel*²⁷¹ stellt klar, dass die Fallmöglichkeiten der *cic* nicht per se eine Anwendung des § 878 und der darin in Satz 3 enthaltenen Kulpakompensation rechtfertigen. Nach *Rummel* soll hier eine Unterscheidung erfolgen. Beide Vertragspartner sollen, wenn die Pflichtverletzung „bloß“ in der Verletzung von Aufklärungspflichten besteht, das Risiko der Gültigkeit ihrer Erklärung in gleichem Ausmaß tragen. Bei „gleichem Wissensstand“ beider Partei soll kein Schadenersatzanspruch bestehen. In den Fällen der Scheinvertretung kann aber wohl gerade nicht von einer gleichen Verschuldenstragung ausgegangen werden. Der falsus täuscht über das Vorliegen seiner Vertretungsmacht, diesbezüglich trifft ihn eine Aufklärungspflicht. Den Verhandlungspartner trifft aber kein ähnlich geartetes Verschulden. Eine Anwendung der

²⁶⁶ Für den Fall verbotener Verträge nach dem AuslBG: OGH 4 Ob 70/76 = DRdA 1978, 241 (krit *Apathy*); OGH 4 Ob 95/77 = SZ 50/132 = DRdA 1978, 346 (krit *Holzer/Posch*), wonach bei ungleichem Verschulden (Vorsatz beim Schädiger und nur Fahrlässigkeit beim Geschädigten) wiederum eine Schadensteilung nach § 1304 eintritt. Kritisch hierzu die Anmerkungen von *Holzer* und *Posch*, die die Regelung des § 878 Satz 3 als verfehlt bezeichnen und bei der Beurteilung der Frage eines allfälligen Mitverschuldens bei unerlaubten Verträgen die Anwendung des § 1304 fordern. OGH 4 Ob 103/78 = DRdA 1979, 390 (*Rummel*); OGH 4 Ob 127/97y = SZ 70/108

²⁶⁷ Beachte hierzu auch die Ausführungen unter Punkt 16.1; *Binder*, Der Minderjährigenschutz auf dem Prüfstand – Am Beispiel der geplanten Aufhebung des § 866 ABGB, in *Ebert* (Hrsg), Pro iustitia et scientia Festschrift für Karl Kohlegger (2001) 43 (58)

²⁶⁸ *Welser*, ÖJZ 1973, 287, *derselbe* in LJZ 1974, 107

²⁶⁹ *Welser*, ÖJZ 1973, 287, *derselbe* in LJZ 1974, 107

²⁷⁰ *Welser*, Vertretung 153

²⁷¹ OGH 4 Ob 103/78 = DRdA 1979, 390 (*Rummel*)

Kulpakompensation scheidet in diesen Fällen daher aus. Auch nach der Ansicht *Rummels* ist bei Scheinvertreterfällen wohl § 1304 anwendbar.²⁷²

ME kann von einer analogen Anwendung der Kulpakompensationsregelung in Satz 3 des § 878 in den Fällen der Scheinvertretung nicht ausgegangen werden. Im Ergebnis wird *Welser* beizupflichten sein, wenn er meint, dass der Anwendungsbereich einer derartig problembehafteten Regelung wie der des § 878 Satz 3 nicht ausgeweitet werden soll. Vielmehr ist entsprechend den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen von einer aliquoten Schadensteilung nach § 1304 auszugehen.²⁷³ § 878 Satz 3 ist entgegen der Ansicht von *Rummel* keine sachgerechte Norm, sondern vielmehr eine starre Regel nach dem „Alles oder Nichts“-Prinzip, welche den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs in den seltensten Fällen genügen wird.

Auch der analogen Anwendung des teleologisch eingeschränkten § 878 Satz 3, wonach es nur zu einem kompletten Entfall der Ersatzpflicht kommt, sollte den Vertragspartnern gleichzeitiges Verschulden angelastet werden können, kann eine Absage erteilt werden. Bei Vorliegen von gleichem Verschulden auf beiden Seiten kommt es nach § 1304 zur Schadensteilung, der Dritte erhält immer noch die Hälfte seines Schadens ersetzt, wohingegen der Geschädigte bei der Kulpakompensation nichts erhält. Auch hier ist der § 1304 die ausgewogenere Lösung.

7.2 Haftungsentfall nach Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB

Im handelsrechtlichen Anwendungsbereich war Abs 3 des Art 8 Nr. 11 der 4 EVHGB die auf ein Mitverschulden des Geschädigten anzuwendende Regelung. Hier kam es zu einem gänzlichen Entfall der Haftung, wenn dem geschädigten Vertragspartner ein Verschulden (irrelevant ob Fahrlässigkeit oder Vorsatz) vorzuwerfen war. Hatte dieser den Mangel der Vertretungsmacht gekannt oder musste er ihn kennen, so kam es grundsätzlich zu einem gänzlichen Haftungsentfall ungeachtet anderer Voraussetzungen.²⁷⁴

Auch Art 55 Abs 2 AHGB, die Vorgängerregelung, beinhaltete eine derartige Kulpakompensation und schränkte die Verantwortlichkeit des Scheinvertreters ein, dies allerdings nur bei

²⁷² OGH 4 Ob 103/78 = DRdA 1979, 390 (*Rummel*); In den Anmerkungen zu OGH 7 Ob 23/84 = JBl 1986, 177 geht *Wilhelm* davon aus, dass es Fälle von vorvertraglichen Aufklärungspflichten geben kann, in denen einem Teil eindeutig ein Verschulden zugerechnet werden kann, da diesem die Sachlage klarer bzw. eindeutiger ist. Trotzdem erweckt er in seinem Vertragspartner ein Vertrauen auf die Richtigkeit seiner Erklärung.

²⁷³ Von einer Anwendung des § 1304 bei der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten auch ausgehend OGH 7 Ob 23/84 = JBl 1986, 177 (*Wilhelm*); *P. Bydlinski* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1019 Rz 2 verneint ebenso eine analoge Anwendung des § 878 Satz 3.

²⁷⁴ OGH 5 Ob 527/90 = ÖBA 1991, 290; *Krejci* in FS *Welser* 559 (563)

positiver Kenntnis des Getäuschten vom Vollmachtmangel. Art 55 Abs 2 AHGB sollte wieder der Funktionsfähigkeit des Handelsverkehrs dienen.²⁷⁵ Die Regelung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB kann in diesem Sinne als Fortsetzung der haftungsrechtlichen Regelung des Art 55 Abs 2 AHGB gesehen werden. Der Haftungsentfall kann als Gegengewicht zur strengen Haftung des falsus in Abs 1 und Abs 2 des Art 8 Nr. 11 EVHGB gesehen werden.²⁷⁶ Auch an das Verhalten des Dritten muss ein strengerer Sorgfaltsmaßstab gelegt werden. Begeht er einen Sorgfaltsverstoß, wird auch er strenger behandelt.

Folgte man dem Wortlaut des Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB, gelangte man zu dem befremdenden Ergebnis, dass der Vertreter auch dann von jeder Haftung frei wurde, wenn er in voller Kenntnis des Vollmachtmangels gehandelt hatte, der geschädigte Vertragspartner aber bloß fahrlässig gehandelt hatte.²⁷⁷ Diese Regelung war also insbesondere dahingehend bedenklich, da der Haftungsentfall unabhängig davon war, ob die andere Seite - also der Vertreter - vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hatte.²⁷⁸

Die Kenntnis des Dritten vom Vollmachtmangel ließ einen Haftungsanspruch jedenfalls aber auch im unternehmensrechtlichen Bereich entfallen.²⁷⁹ „Das Wissen des Dritten um den Vollmachtmangel bildet die natürliche Grenze des durch die Haftung bezweckten Vertrauensschutzes...“ schreibt *Welser*.²⁸⁰ Denn sollte der Vertragspartner den Vollmachtmangel aktiv kennen, bestand keinerlei Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes.

Nach Ansicht der Lehre gab es prima facie keinerlei Anwendung des § 1304 im vormals handelsrechtlichen Bereich.²⁸¹ Insbesondere konnte bei einem Haftungsausschluss nach Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB keine Haftung des Scheinvertreters, auch wenn ihm ein Verschulden angelastet werden konnte, nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen begründet werden.²⁸²

²⁷⁵ *Kalls/Schauer*, Handelsrecht 76

²⁷⁶ *Welser*, Vertretung 206

²⁷⁷ Kritisch hierzu *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmergebiet 38; *Krejci* in FS *Welser* 559 (564)

²⁷⁸ *Krejci* in FS *Welser* 559 (564)

²⁷⁹ *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I 9/69; *derselbe* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1019 Rz 2

²⁸⁰ *Welser*, Vertretung 205 f

²⁸¹ *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 21

²⁸² *Welser*, Vertretung 209

7.2.1 Erforderliche Pflichten des Dritten

Nachfolgend sollen Faktoren besprochen werden, die im unternehmensrechtlichen Bereich von Judikatur und Lehre herangezogen wurden, um einen allfälligen Haftungsentfall nach Art 8 Nr. 3 der 4. EVHGB zu rechtfertigen.

Der Vertragspartner durfte die für den Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht verletzen, ansonsten handelte er fahrlässig. Generell konnte der Dritte aber den Angaben des Scheinvertreters vertrauen und war hinsichtlich dieser Aussagen auch schutzwürdig.

Nach schon bisher herrschender Judikatur²⁸³ bedeutete die Regelung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 nicht, dass den Geschädigten umfassende Nachforschungs- oder Erkundigungspflichten treffen. Es durfte der Sorgfaltsmaßstab nicht zu hoch angelegt werden. Nicht immer und überall musste der Dritte, um seine Ansprüche zu sichern, die Angaben des Scheinvertreters auf ihre Wahrheit prüfen.²⁸⁴ Eine Erkundigungspflicht war erst dann anzunehmen, wenn sich im Einzelfall Zweifel ergaben.²⁸⁵

Dies war nur in Fällen anzunehmen, wenn es tatsächliche Anhaltspunkte im Einzelfall gab und daraus Zweifel an der Vertretungsmacht resultierten. Erteilte der Scheinvertreter ungewöhnliche Zusagen, die objektiv Zweifel am Vorliegen der Vertretungsmacht erweckten und wurden daraufhin Nachforschungen unterlassen, so konnte von einer fehlenden Schutzwürdigkeit des Dritten ausgegangen werden.²⁸⁶

Entscheidend konnte die Gewöhnlichkeit der Zusagen für das konkrete Rechtsgeschäft sein.²⁸⁷ *Kerschner* beispielsweise geht davon aus, dass nach Art und Bedeutung des abgeschlossenen Geschäftes unterschieden werden muss.²⁸⁸ Handelte es sich hier um ein geringfügiges Geschäft, so sollte eine „einleuchtende Begründung“ des Scheinvertreters ausreichen.²⁸⁹

²⁸³ OGH 29.09.1987 2 Ob 721/86; OGH 10.09.1992 8 Ob 1586/92; OGH 11.09.2003 6 Ob 139/03i

²⁸⁴ OGH am 12.11.1980 3 Ob 598/80; *Welser*, Vertretung 206

²⁸⁵ *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 189

²⁸⁶ OGH 3 Ob 598/80 = HS 10.061, OGH 15.12.1981 5 Ob 567/81, OGH 29.09.1987 2 Ob 721/86, OGH 8 Ob 1586/92= RdW 1993, 39, OGH 11.09.2003 6 Ob 139/03i; *Strasser* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³, §§ 1016, 1017 Rz 18

²⁸⁷ *Welser*, Vertretung 206; *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 54

²⁸⁸ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 54; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht 3, 78

²⁸⁹ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 51

Wurden die entsprechenden Erkundigungen vom Dritten nicht eingeholt, musste die Haftung wegen mangelnder Schutzwürdigkeit des Vertragspartners entsprechend der strengen Regelung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB entfallen. Ob dies auch in den Fällen des arglistig handelnden Scheinvertreters geschehen sollte, war unklar.²⁹⁰ Es war nach der alten Rechtslage wohl davon auszugehen, dass ein Haftungsentfall des arglistig handelnden Scheinvertreters durch fahrlässiges Verhalten des Dritten, auch wenn dieser schuldhaft die Einholung von Erkundigungen unterlassen hat, nicht begründet werden konnte.

Der Vertragspartner konnte sich absichern, wenn er sich über die Vollmachtslage beim Scheinvertreter Klärung verschaffet. Einleuchtende Darstellungen des Vertreters über den Bestand der Vollmacht sollten hier ausreichen.²⁹¹

Fraglich war, was geschehen sollte, wenn nach Klärung etwaiger Bedenken immer noch Zweifel am Vorliegen einer Vollmacht bestanden. Dann musste der Dritte wahrscheinlich weitere Nachforschungen anstellen oder den Vorwurf der Vernachlässigung von Sorgfaltspflichten gegen sich gelten lassen.²⁹²

Ebenso kontrahiert ein Dritter, der von der Erforderlichkeit einer internen Genehmigung, die erst beschafft werden muss, weiß, auf eigenes Risiko und ist dahingehend schlechtgläubig.²⁹³

Kann allerdings von einem rechtsgeschäftlichen Garantieverprechen des Scheinvertreters ausgegangen werden, der, obwohl der Dritte Bedenken äußert, durch eine Willenserklärung das Vorliegen einer entsprechenden Vertretungsmacht garantiert, so ist der Dritte seinen Nachforschungspflichten entbunden und er kann auf die abgegebene Erklärung vertrauen.²⁹⁴

Die Nachforschungspflichten des Dritten können hier vollständig entfallen. Hier handelt es sich um eine Willenserklärung des Scheinvertreters, die ein Entstehen im Falle eines Schadensfalls beim Dritten garantiert. Diese kann als besondere zusätzliche Vereinbarung zwischen dem Scheinvertreter und dem Dritten gesehen werden, die das rechtsgeschäftliche Ver-

²⁹⁰ OGH 8 Ob 1586/92 = RdW 1993, 39 sieht keine eindeutigen Anhaltspunkte, um die Frage des Haftungsentfalls bei Arglist endgültig zu beurteilen. Siehe hierzu die Ausführungen unter Punkt 7.2.3, wonach es einige Ansätze in der Lehre gab, welche von einer eingeschränkten Anwendung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB in den Fällen der Arglist ausgehen.

²⁹¹ *Welser*, Vertretung 207

²⁹² *Welser*, Vertretung 207

²⁹³ *Welser*, GesRZ 1975, 3; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht³, 75

²⁹⁴ Diese Willenserklärung des Scheinvertreters muss aber strengen Erfordernissen genügen, siehe unter Punkt 6.4.3.

hältnis umgestaltet.²⁹⁵ Eine Haftung besteht aufgrund dieser rechtsgeschäftlichen Garantie in Höhe des Erfüllungsinteresses.²⁹⁶

Entscheidend ist der Stand des Wissens bei Vornahme des Rechtsgeschäftes mit dem Vertreter. Ein zu berücksichtigendes Verschulden des Dritten ist anzunehmen, wenn dieser Zweifel an der Vertretungsmacht bis zum vermeintlichen Abschluss des Rechtsgeschäftes mit dem falsus hegt. Nachträgliche Kenntnis oder Verdachtsmomente schließen den bis dahin entstandenen Schaden nicht aus. Ein weiterer Schaden, etwa wenn im Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes weitere Aufwendungen getätigt wurden, obwohl es Verdachtsmomente gab, ist aber nicht zu ersetzen.

7.2.2 Was ist Verkehrssitte?

Der Sorgfaltsmaßstab wurde im wirtschaftlichen Rechtsverkehr vor allem auch durch den Begriff der Verkehrssitte geprägt. Die Prüfpflicht ist zuallererst von der Art des abzuschließenden Geschäftes abhängig.²⁹⁷

Auch Firmenbucheintragungen spielen an dieser Stelle eine entscheidende Rolle. Diese sind geeignet, den guten Glauben zu bestätigen oder in Frage zu stellen. Bei einigen Vollmachten kann das Vorliegen oder ein etwaiges Fehlen direkt aus dem Register gesehen werden. Hier ist allerdings zu differenzieren.²⁹⁸ So hat die Eintragung einer Prokura beispielsweise nur deklaratorischen Charakter. Sie kann auch ohne registerlichen Vermerk bestehen. Das Firmenbuch wird entsprechend wenig Aussagekraft über ihr Vorliegen geben können. Demgegenüber gibt es allerdings auch Eintragungen, die konstitutiv wirken und deren Eintragung unbedingt zur Entstehung der Vormacht erforderlich ist.²⁹⁹

In den unternehmensrechtlichen Fällen ist die in § 15 Abs 2 UGB normierte Publizität der Registereintragung von Bedeutung und hilft bei der Klärung der Frage, ob der Dritte sich auf eine Vollmachtsbehauptung verlassen kann oder diesen Nachforschungspflichten treffen. § 15 Abs 2 UGB bestimmt, dass ein Dritter eine im Firmenbuch eingetragene und bekannt gemachte Tatsache, gegen sich gelten lassen muss. Dies gelte nicht für Rechtshandlungen, die

²⁹⁵ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht³ 78

²⁹⁶ Nähere Details siehe unter Punkt 6.4.3.

²⁹⁷ *Welser*, GesRZ 1975, 8

²⁹⁸ *Krejci*, Handelsrecht³ 56

²⁹⁹ Hier beispielsweise alle Außenvertretungen der AG und GmbH (§ 34 AktG und § 2 GmbHG).

innerhalb von 15 Tagen nach der Bekanntmachung vorgenommen werden, sofern der Dritte beweist, dass er die Tatsache nicht kannte oder kennen musste. § 15 Abs 2 UGB für sich allein betrachtet, legt deshalb sehr umfassende Nachforschungspflichten des Vertragspartners fest.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht ohne weiteres zugestimmt werden. Nachforschungen bezüglich Registereintragungen bestätigen zwar den guten Glauben, der Einblick Dritter in Registerauszüge wird nicht unbedingt gefordert. Eintragungen im Firmenbuch und deren Publizitätswirkung wird ein eher einschränkender Geltungsbereich zuzuerkennen sein.³⁰⁰

Festzuhalten bleibt, dass es nicht zwangsläufig einen Sorgfaltsverstoß des Dritten bedeutet, wenn dieser allein durch Einsicht in das Register Kenntnis über das Vorliegen einer Vollmacht hätte erlangen können.³⁰¹ Vielmehr wird mA nach auf die Aussagen des Scheinvertreters abgestellt werden können. Der äußere Tatbestand kann das Vertrauen auf den Bestand einer Vertretungsmacht beeinflussen.³⁰² Ebenso können bisherige geschäftstypische oder faktisch verkehrübliche Umstände den Vertrauensschutz des Dritten beeinflussen.

Eine Schutzwürdigkeit des geschädigten Dritten ist jedenfalls zu beachten, noch dazu weil Erkundigungspflichten vor allem im unternehmerischen Rechtsverkehr schwer zu verlangen sind. Nachforschungspflichten würden eine erhebliche Verlangsamung und eine Erschwernis des wirtschaftlichen Rechtsverkehrs bedeuten.

Die hier dargestellte Ansicht über die einschränkende Wirkung des Firmenbuchs wird zudem verstärkt, da jedem Vertreter abseits einer organschaftlichen Bevollmächtigung immer eine ergänzende, allenfalls für die Vertretungshandlung ausreichende Vertretungsmacht eingeräumt werden kann, unabhängig von einer bestehenden Eintragung.

Zusammenfassend kann schließlich gesagt werden, dass ein Blick ins Firmenbuch wohl nicht immer erforderlich sein wird, der Dritte sich hierdurch aber absichern kann. Bestätigt das Firmenbuch die Ansicht des Dritten auf Bestehen der Vollmacht des Vertreters, so wird dessen Vertrauenslage gestärkt, auch wenn sich später herausstellen sollte, dass die Eintragung

³⁰⁰ *Krejci*, Handelsrecht³ 56; So auch insgesamt *F. Bydlinski*, JBl 1983, 627 speziell für die Gesamtvertretung, der hier aufgrund einer Vielzahl von bestellten Vertretern ein ungleich höheres Gefahrenpotential zugebilligt werden kann.

³⁰¹ *Welser*, GesRZ 1975, 8

³⁰² So etwa bei den Rechtsinstituten der Anscheins- und Duldungsvollmacht

nicht richtig war. Finden sich aber abweichende Eintragungen im Firmenbuch, so wird das Firmenbuch allein wohl keine ausreichende Nachforschung darstellen. Ebenso werden Zweifel des Dritten, welche durch das Verhalten des falsus oder dessen Zusagen oder auch nur über Aussagen Dritter aufkommen, weitere Nachforschungen bis hin zur persönlichen Kontaktaufnahme mit den am Rechtsgeschäft Beteiligten erforderlich machen.

Letztlich wird wohl auf den Einzelfall abzustellen sein. Es darf jedoch die Pflicht des Dritten nicht überspannt werden. Handelt es sich nämlich um ein Geschäft von geringerer Bedeutung oder gab es äußere Anhaltspunkte, welche das Vertrauen des Dritten plausibel erscheinen ließen, so wird dieser im Regelfall nicht einmal zur Einsichtnahme ins Firmenbuch verpflichtet sein.

7.2.3 Reduzierte Auslegung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB im unmittelbaren Anwendungsbereich

In Österreich gab es mehrere Versuche³⁰³, die strenge Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB einzuschränken. Denn auch Abs 3 des Art 8 Nr. 11 EVHGB passte nicht in das österreichische Haftungssystem. Die nachfolgend dargestellten Ansichten wurden aber niemals herrschende Meinung.

So ging etwa ein Teil der Lehre³⁰⁴ davon aus, dass bei fahrlässiger Unkenntnis des Vertragspartners vom Vollmachtmangel des Scheinvertreters § 1304 im unmittelbaren Anwendungsbereich des Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB anzuwenden sei und eine Abwägung beider Verschuldensgrade erfolgen sollte. Bei einem geringen Verschulden des Geschädigten sollte daher sein Ersatzanspruch nur gekürzt werden, nicht aber gänzlich entfallen. Die Regelung des § 1304 sollte in diesen Fällen analog auch im handelsrechtlichen Bereich angewendet werden.

Von *Kerschner* wird vorgeschlagen, dass die Regelung der Kulpakompensation auf Fälle des fehlenden Verschuldens beim Scheinvertreter zu beschränken ist d.h. allein auf Fälle des Abs 2.³⁰⁵ *Kerschner* möchte eine Ausrichtung der Haftung des falsus procurator an irrtumsrechtli-

³⁰³ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I (2000) 9/69; *Kerschner*, JBl 2003, 906

³⁰⁴ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I 9/69; *Krejci* in FS Welser 559 (564)

³⁰⁵ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 52, *derselbe*, JBl 2003, 906

che Vorgaben.³⁰⁶ Ein Haftungsausschluss, wenn der Scheinvertreter wissentlich gehandelt hat, sollte nicht möglich sein.

Würde die Regelung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 streng ausgelegt werden, so bedeutete dies auch den vollständigen Haftungsentfall, selbst wenn der Vertreter arglistig gehandelt haben sollte! Schon bald wurde angesichts der rechtspolitisch nicht unbedenklichen Ergebnisse, welche aus einem derartig rigoros gehandelten Haftungsentfall resultieren würden, vertreten³⁰⁷, dass, sollte der Scheinvertreter arglistig das Vorliegen der Vertretungsmacht zusichern, Art 8 Nr. 11 Abs 3 entsprechend teleologisch reduziert werden müsse. Täuschte der Vertreter arglistig über das Bestehen der Vollmacht, so haftete er trotzdem zur Gänze, auch wenn der Verhandlungspartner den Mangel der Vollmacht leicht hätte erkennen können. Die aktive Kenntnis des Geschädigten wird wohl auch in dieser Konstellation als Grenze zu werten sein, da ein Vertrauensstatbestand bei aktiver Kenntnis vom Vollmachtsmangel schlichtweg nicht begründet werden kann. Ist dem Dritten ein Mitverschulden gegen den vorsätzlichen *falsus* vorzuwerfen, so ist auch eine Anwendung des § 1304 ausgeschlossen.³⁰⁸ Denn hat der Schädiger vorsätzlich gehandelt, so führt auch der Umstand, dass der Geschädigte fahrlässig gehandelt hat, nicht zu einer Schadensteilung.³⁰⁹ Der Vorsatz des Schädigers schließt einen Mitverschuldenseinwand aus.³¹⁰ Dem Geschädigten steht daher trotz eigenem leicht fahrlässigem Verhalten ein Haftungsanspruch in voller Höhe zu.

Ein arglistiges Verhalten liegt aber nicht bereits dann vor, wenn der Vertreter es bloß schuldhaft unterlassen hat, seinen Vertragspartner über die Mangelhaftigkeit aufzuklären.³¹¹ Allein das bloße Wissen oder schuldhafte Nichtwissen um den Mangel der Vertretungsmacht kann hier nicht als Arglist - also Handeln mit Schädigungsvorsatz - ausgelegt werden.³¹²

Dies ergab sich auch aus dem Anwendungsbereich des Abs 1, da sonst in allen Fällen des Abs 1, welche ein aktives Wissen des Scheinvertreters voraussetzen, keine Anwendung des Abs 3 gegeben sein würde.³¹³ Der *falsus* muss zur Begründung seines Schädigungsvorsatzes wissen,

³⁰⁶ Siehe unter Punkt 3.1.

³⁰⁷ *Welser*, Vertretung 205 f; *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 56; *derselbe*, JBl 2003, 906

³⁰⁸ Siehe auch die Ausführungen zum zivilrechtlichen Anwendungsbereich.

³⁰⁹ OGH 4 Ob 35/81 = Arb 10028; OGH 27.10.1981 5 Ob 560/81; OGH 9 Os 15/86 uam

³¹⁰ OGH 20.6.2006 4 Ob 77/06 m

³¹¹ OGH 5 Ob 527/90 = ÖBA 1991, 290 = WBl 1991, 34 = RdW 1991, 142; *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 56;

³¹² OGH 5 Ob 527/90 = WBl 1991,34 = RdW 1991,141 = ÖBA 1991,290; *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 56

³¹³ *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 56

dass der Vertrag mit dem Vertretenen nicht genehmigt wird und das Rechtsgeschäft nicht zustande kommt.³¹⁴

³¹⁴ *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 56

7.3 Mitverschulden nach § 1019

Die Regelung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 EVHGB, wonach der Dritte seine Schadenersatzansprüche gegen den Scheinvertreter bei jedwedem Mitverschulden verlieren sollte, wurde aufgehoben. Fraglich ist nun, welche Regelung - § 1304 mit dem Prinzip der Schadensteilung oder die Kulpakompensation des § 878 Satz 3 - auf den Haftungsanspruch nach § 1019 zur Anwendung kommt.

Nach herrschender Ansicht³¹⁵ ist auf den Haftungsanspruch gemäß § 1019 die ausgewogenere bürgerlich-rechtliche Regelung in Gestalt des § 1304 anwendbar. Eine besondere gesetzliche Erwähnung des Mitverschuldens des Dritten erfolgte in § 1019 aber nicht. Diese Verankerung war - so *Schauer* - auch nicht notwendig, da § 1304 nun ohnehin unmittelbar auf die Haftungsfälle des Scheinvertreters angewendet werden konnte.³¹⁶

Dieser flexibleren Lösung ist sicherlich auch der Vorzug zu geben. Trifft den Dritten ein bloß fahrlässiges Mitverschulden am Abschluss des ungültigen Rechtsgeschäfts, so bleibt ein Haftungsanspruch gegen den *falsus* bestehen und ist der Schaden nach Maßgabe des § 1304 und nach Abwägung des Verschuldens zu teilen.³¹⁷ Der Schadenersatzanspruch wird daher entsprechend gemindert, wenn dem Dritten vorgeworfen werden kann, dass ihm der Mangel an der Vertretungsmacht auffallen musste. Grobe Fahrlässigkeit wird zu einer stärkeren Minderung des Ersatzanspruches führen. Das Verschulden des Dritten ist jedenfalls immer im Verhältnis zum Verschulden des *falsus* zu sehen. Kann dem *falsus* ein schwerwiegenderes Verschulden als dem Dritten vorgeworfen werden, so trifft ihn das härter.

Kenntnis des Dritten vom Vollmachtmangel ist jedenfalls als Grenze der Ersatzpflicht zu sehen.³¹⁸ Die aktive Kenntnis des Dritten von der fehlenden Vertretungsmacht hindert den Schadenersatzanspruch gegen den *falsus*.

³¹⁵ *Khachik*, JAP 2005/2006, 32, S. 189 (192); *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 2; *derselbe* in FS Welser 559 (577)

³¹⁶ *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 1019 Rz 4; Für eine unstrittige unmittelbare Anwendung des § 1304 offenbar auch *Khachik*, JAP 2005/2006, 32, S. 189 (192)

³¹⁷ *Khachik*, JAP 2005/2006, 32, S. 189 (192); *Krejci* in FS Welser 559 (569); *Perner*, RdW 2007/15, 14

³¹⁸ *Khachik*, JAP 2005/2006, 32, S. 189 (192); *Perner*, RdW 2007/15, 14

Gerade in den Fällen der Scheinvertretung ist die Anwendung des § 878 Satz 3 mE äußerst unsachgemäß. Letztlich handelt es sich hier immer um Haftungsfälle, welche ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten beinhalten. Was bleibt dem Dritten denn anderes übrig, als auf die Erklärung des falsus als einzigen Ansprechpartner zu vertrauen? Dem Dritten stehen also die für ihn erforderlichen Informationen nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß zur Verfügung. Anforderungen an den Dritten, wonach dieser in jedem Fall Erkundigungen über die Vertretungsrolle des Erklärenden beispielsweise beim Geschäftsherrn direkt einzuholen habe, sind nicht nur unrealistisch sondern faktisch oftmals nicht möglich.

Nunmehr sind auch die unternehmensrechtlichen falsus procurator-Fälle allein nach § 1019 zu beurteilen. Man kann daher behaupten, dass es zumindest dem Willen des Gesetzgebers entsprach, dass bei unternehmerischen Rechtsgeschäften mit einem falsus eine Kulpakompensation bei Mitverschulden des Dritten eintreten sollte. An dieser Stelle kann wiederum auf die Ausführungen unter Punkt 7.2 zur äußerst strittigen Handhabung der Kulpakompensation in Abs 3 und den Versuchen der Lehre, dieser Anwendung entgegenzuwirken, hingewiesen werden. Da nunmehr auch dem Scheinvertreter kein strengerer Sorgfaltsmaßstab mehr auferlegt wird, würde auch eine strengere Behandlung des Dritten nicht mehr gerechtfertigt sein. Dies würde nur zu einer noch größeren Ungleichbehandlung der Beteiligten führen.

Im Ergebnis ist die Entscheidung des Gesetzgebers, die Kulpakompensation im Haftungssystem des § 1019 nicht zu kodifizieren, zu befürworten. Einem weiten Haftungsentfall, etwa durch eine allfällig analoge Anwendung der Kulpakompensation, kann nach der neuen Regelung des § 1019 eine Absage erteilt werden. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, eine derartige Regelung zu verankern, nicht wahrgenommen und die Scheinvertreterhaftung in den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 1304 verlagert.

7.4 Sonderfall: Ersatz von Luxusaufwendungen

Ganz allgemein ist fraglich, ob eine Ersatzpflicht in Bezug auf Luxusaufwendungen, die der geschädigte Dritte tätigt, zu beschränken ist. Auf § 1304 kann im unmittelbaren zivilrechtlichen Anwendungsbereich auch eine Schadensminderungspflicht des Dritten gestützt werden, die bei der Verletzung vertraglicher und somit auch vorvertraglicher Pflichten gilt. Den Geschädigten trifft die Verbindlichkeit, einer Vergrößerung des Schadens entgegenzuwirken.³¹⁹

Es handelt sich hierbei nur um eine Obliegenheit des Geschädigten. Kommt er dieser nicht nach, so führt dies zu einer Einschränkung seines Schadenersatzanspruches gegen den falsus. Dabei setzt ein derartiges Mitverschulden nach § 1304 nach ständiger Judikatur³²⁰ kein Verschulden im technischen Sinn voraus. Es genügt vielmehr eine Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern. Bei der Beurteilung eines Mitverschuldens kommt es auf die Grundsätze des redlichen Verkehrs und auf die Interessenslage beider Teile an, eine Beurteilung hat je nach Einzelfall zu erfolgen.³²¹

In der Rechtsprechung gab es einige Versuche, den Schädiger von einer Haftung freizustellen, wenn Aufwendungen vom geschädigten Dritten im Vertrauen auf den Vertrag rein aus Luxus getätigt wurden.³²² Den Dritten trifft die Obliegenheit, alle Handlungen zu veranlassen, die geeignet sind, den Schaden zu verringern, wenn diese auch von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären. Ein Fehlverhalten sei dem Dritten dann vorzuwerfen, wenn er dieses erkennen hätte müssen und nach dieser Einsicht hätte handeln können. Die Rechtsprechung stellt darauf ab, ob die getätigten Aufwendungen wirtschaftlich sind.³²³ Werden unwirtschaftliche Aufwendungen vom geschädigten Dritten getätigt, obwohl ihm die unwirtschaftlichen Aufwendungen bewusst sind oder er diese Unwirtschaftlichkeit schuldhaft nicht erkannte, so hat er die Kosten, welche den gemeinen Wert der Sache übersteigen, selbst

³¹⁹ OGH SZ 36/37 = ZVR 1963/237 = EvBl 1963/265 = JBl 1964, 150; OGH SZ 39/170 = MietSlg 18.245; OGH SZ 45/137 = EvBl 1973/144 = JBl 1973, 476 = RZ 1973/70 = ZVR 1974/114; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 329; *Harrer in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ (2006) § 1304

³²⁰ OGH 25.06.1981 7 Ob 626/81; OGH 26.11.1981 7 Ob 757/81; OGH 1 Ob 784/83 = ZVR 1984/122 S 116; OGH 1 Ob 38/90 = SZ 64/126 = EvBl 1992/14 S 56 = JBl 1992, 327; OGH 1 Ob 33/91 = ZVR 1992/57 S 119 uvm.

³²¹ Ausdrücklich in jüngster Zeit OGH 26.02.2002 1 Ob 24/02i; OGH 25.01.2005 1 Ob 234/04z; *Reischauer in Rummel*, Kommentar ABGB II § 1304 Rz 38

³²² So zuletzt OGH 25.01.2005 1 Ob 234/04z; OGH 23.06.2005 6 Ob 77/05z; OGH 04.05.2006 9 Ob 3/06s

³²³ OGH 04.11.1980 2 Ob 131/80; OGH 10.03.1981 2 Ob 38/81

zu tragen und kommt es je nach Verschulden zu einer Schadensaufteilung.³²⁴ *Welser* sieht keinen Grund die Haftung des ursprünglichen Schadensverursachers zu verneinen.³²⁵

Auch *Koziol*³²⁶ hat sich mit der Frage der Schadensvergrößerung durch Luxusaufwendungen beschäftigt und gelangt zu nachstehendem Ergebnis: Einerseits ist es denkbar, dass der Dritte genötigt ist, diese Luxusaufwendungen aus bestimmten repräsentativen oder beruflichen Gründen in Anspruch zu nehmen. Da aus § 1323 deutlich hervorgeht, dass der geschädigte Dritte mittels Naturalrestitution so zu stellen sei, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde, wird eine Ersatzpflicht dieser aufgewendeten Mittel anzunehmen sein. So sei es stets das Risiko des Schädigers, wenn eine besonders teure Sache beschädigt werde.³²⁷

Koziol unterscheidet weiter für Fälle, in denen es zu Luxusaufwendungen kommt, welche nicht der bisherigen Lebenssituation des Dritten entsprechen. Diesfalls seien die Kosten zwar nach der Regel der *conditio sine qua non* vom Schädiger verursacht, *Koziol* geht aber davon aus, dass der Schädiger hier nicht die ganzen, sondern nur die Kosten bei normaler Lebensführung zu ersetzen hat. Er begründet dies damit, dass der Schädiger diese Schadensfolgen nicht mehr zu vertreten hat, da sie auf einem selbständigen, nicht durch den haftungsbegründenden Vorgang herausgeforderten, Entschluss des Verletzten beruhen.

Nach Ansicht *Koziols* muss immer nach dem Verschuldensgrad des Schädigers differenziert werden. Hat der Schädiger bloß fahrlässig gehandelt, so soll ihn der Kostenersatz weniger hart treffen. Der Geschädigte solle nur Anspruch auf den positiven Schaden nach der objektiven Berechnung haben. Hat der Schädiger aber grob fahrlässig oder auch vorsätzlich gehandelt, so hat der Geschädigte Anspruch auf einen Kostenersatz, der auch seinen Verhältnissen entsprechen sollte. Bei einer subjektiven Schadensberechnung ist allenfalls auch ein subjektiver Wert der geschädigten Sache zu berücksichtigen, welche einen höheren Wertersatz, über den gemeinen Wert hinausgehend, gerechtfertigt erscheinen lassen sollen.³²⁸

Reischauer meint hingegen, der Schädiger hätte den Ersatz von Luxusaufwendungen nicht „unmittelbar“ schuldhaft verursacht.³²⁹ So soll der Geschädigte den in einem weiteren Um-

³²⁴ *Koziol*, Die Schadensminderungspflicht, JBl 1972, 225 (231)

³²⁵ *Welser*, Vertretung 148

³²⁶ *Koziol*, JBl 1972, 225 (231)

³²⁷ *Koziol*, JBl 1972, 225 (231)

³²⁸ *Koziol*, JBl 1972, 225 (231)

³²⁹ *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar ABGB II § 1304 Rz 37

fang eingetretenen Schaden nach dem „Alles oder Nichts“-Prinzip allein tragen. Eine Schadensteilung werde nach den eigentlichen Grundsätzen des § 1304 nicht mehr vorgenommen. *Reischauer* geht von der Annahme der Kulpakompensation auf den gesamten Schaden aus, sollte der Geschädigte seiner Schadensminderungspflicht nicht entsprechend nachkommen.³³⁰ Dies entspricht nicht der gängigen Meinung³³¹, die richtigerweise von einer aliquoten Teilung des eingetretenen Schadens entsprechend den Grundsätzen des § 1304 ausgeht.

Es spricht mE nichts gegen die Annahme einer Ersatzpflicht auch in den Scheinvertretungsfällen, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für einen Schadenersatz entsprechend erfüllt sind und auch die Kausalität insbesondere gewahrt wird. Der Scheinvertreter hat diese Aufwendungen, welcher Art auch immer, nun mal durch sein Auftreten adäquat verursacht und ihm ist auch der Schaden vorzuwerfen. Eine Ersatzpflicht für Luxusaufwendungen kann daher auch für den Scheinvertreter angenommen werden.

In der handelsrechtlichen Haftungsregelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB gab es keine Sonderregelung zum Ersatz von Luxusaufwendungen, welche vom geschädigten Dritten getätigt wurden. Da es sich bei den Regelungen des HGB (und auch der EVHGB) um ein Sonderprivatrecht für Kaufleute handelte, welches ergänzend zu den bürgerlich-rechtlichen Regelungen als Grundlage gesehen werden muss, war bei fehlenden kaufmännischen Regelungen das allgemeine Zivilrecht anwendbar. Auch im Anwendungsbereich des Art 8 Nr. 11 gelangten daher stets die Norm des § 1304 und die hierzu entwickelten Grundsätze zur Schadensminderungspflicht zur Anwendung.³³²

Auch dies zeigt das Ungleichgewicht des Art 8 Nr. 11 EVHGB, da konsequenterweise auch das Mitverschulden des Dritten in der Form, dass er einer Erweiterung des Schadens, welcher durch das Scheinvertreterhandeln bei ihm eingetreten ist, nicht entgegenwirkt, mit einer Kulpakompensation und somit mit dem sofortigen Entfall des gesamten Schadens zu ahnden sein würde. Diese Meinung wurde allerdings nicht vertreten. Einmal mehr soll daher erwähnt werden, dass die Einführung des § 1019 unbedingt erforderlich war, um diese Ungereimtheiten ein für alle Mal auszuräumen. Im Gegensatz zu Art 8 Nr. 11 EVHGB erfolgt im Anwendungsbereich des § 1019 stets eine Anwendung des § 1304 und eine entsprechende Schadens-

³³⁰ *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar ABGB II § 1304 Rz 37

³³¹ *Welser*, Vertretung 148; *Koziol*, JBl 1972, 225 (231)

³³² Handelte es sich beim geschädigten Dritten um einen Kaufmann und war das Rechtsgeschäft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft, so hatte dieser für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen. Diesen erhöhten Sorgfaltsmaßstab bestimmte § 347 HGB.

teilung. Ein Mitverschulden des Dritten wird daher bei § 1019 immer homogen berücksichtigt.

8 Haftungsentfall aus sonstigen Gründen

Eine Besonderheit der falsus-procurator-Haftung kann auch in dem Umstand gesehen werden, dass der Scheinvertreter nicht haftet, wenn dem Rechtsgeschäft, Gültigkeit vorausgesetzt, andere Mängel entgegenstehen würden.³³³ Denkbar sind hier etwa Fälle wie das Vorliegen von Wurzelmängeln z.B. der ursprünglichen Unmöglichkeit des Rechtsgeschäfts oder der Unerlaubtheit des Vertragsinhalts nach § 879.

Wie bereits unter Punkt 8 ausgeführt, entfällt die Haftung des Vertreters, wenn der Dritte vom unwirksam Vertretenen auch bei aufrechter Vollmacht wegen Verjährung seines Anspruchs nichts mehr erhalten würde.³³⁴ Der Haftungsanspruch gegen den Scheinvertreter nach § 1019 verjährt gemäß § 1489 binnen drei Jahren nach Kenntnis von Schaden und Schädiger. Der Erfüllungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen bei Vorliegen eines aufrechten Vertragsverhältnisses hingegen verjährt nach 30 Jahren. Da der Anspruch gegen den unwirksam Vertretenen nach der längeren Frist verjährt, hat der Dritte ausreichend Zeit um seinen Haftungsanspruch gegen den falsus geltend zu machen. Ist diese Frist allerdings abgelaufen und erfährt der Dritte dann erst vom Schaden oder der Person des Schädigers, so kann er seinen Haftungsanspruch nicht mehr gegen den falsus geltend machen.

Wäre das Geschäft auch aus anderen Gründen unwirksam, selbst wenn eine rechtsgültige Vollmacht vorliegen sollte, entfällt nach Ansicht des OGH³³⁵ eine Haftung des Scheinvertreters. Eine Schadenersatzpflicht erstreckt sich nur auf den Mangel der Vertretungsmacht, da Haftungsregelungen des Scheinvertreters nur den Fehler der Vertretungsmacht, nicht aber den Mangel anderer Wirksamkeitsvoraussetzungen sanktionieren wollen. Der falsus hat also nicht für alle Geschäftsvoraussetzungen einzustehen.³³⁶ Durch die gesetzlichen Regelungen und die Einsetzung des Vertreters soll der Dritte keine schlechtere Stellung erhalten, diese soll aber in Hinblick auf den hypothetischen Vertrag mit dem vermeintlichen Geschäftsherrn auch nicht verbessert werden. Nur durch die Tatsache, dass hier ein Scheinvertreter handelte, soll der Dritte nicht begünstigt werden. Wäre daher das gegenständliche Rechtsgeschäft wirksam abgeschlossen worden, etwa wenn der unwirksam Vertretene selbst oder durch einen wirksam bevollmächtigten Vertreter gehandelt hätte, und wäre dieser Vertrag aufgrund von Wurzel-

³³³ *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 13

³³⁴ *Welser*, Vertretung 191 f und 274 ff

³³⁵ OGH 5 Ob 11/71 = SZ 44/21 = JBl 1972, 364

³³⁶ *Welser*, Vertretung 187

mängeln oder anderen Hindernissen, die einer Abwicklung entgegenstehen, nicht erfüllt worden, so hätte der Dritte seine vertraglichen Ansprüche gegen den Vertretenen auch nicht durchsetzen können.³³⁷

Für die genaue Bestimmung des Schadenersatzanspruches muss daher auch eine Orientierung an den persönlichen Verhältnissen des unwirksam Vertretenen erfolgen. Dies entspricht auch der Ansicht der Rechtsprechung.³³⁸

Beachtet werden muss auch, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht bezüglich derartiger Hindernisse durchaus dem Scheinvertreter wieder angelastet werden kann. So etwa, wenn diesen gerade die Pflicht zur Aufklärung über die sonstigen Nichtigkeitsgründe persönlich trifft. Sogar kommt wieder eine Haftung durch *cic* in Betracht.³³⁹ Auf nähere Ausführungen kann an dieser Stelle auf Punkt 9.2 verwiesen werden.

8.1 Bedeutung nachträglich auftretender Leistungsstörungen

Würden bei der hypothetischen Abwicklung des ungültigen Vertrages mit dem unwirksam Vertretenen Leistungsstörungen auftauchen, bleibt es mehr als fraglich, ob der Scheinvertreter nunmehr diese Hindernisse dem Dritten entgegenhalten kann.³⁴⁰ Hier handelt es sich um Mängel, welche im Gegensatz zu den oben behandelten Fällen nicht bereits das gültige Zustandekommen des Vertrages betreffen, sondern bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses auftreten. Einerseits wird es oftmals bereits an der Nachweisbarkeit von Leistungsstörungen, bezogen auf das Vertragsverhältnis mit dem vermeintlichen Geschäftsherrn scheitern. Es darf vor allem nicht zu einer Verdoppelung der Leistungsrisiken kommen. Einerseits könnte sich der Scheinvertreter auf Hindernisse bei der Abwicklung des Rechtsgeschäfts berufen, welche in seiner eigenen Person begründet sind, andererseits kann er sich auch auf das Risiko des Dritten gegenüber dem unwirksam Vertretenen berufen.

8.2 Fälle der Zahlungsunfähigkeit beim unwirksam Vertretenen

Denkbar ist auch das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit beim unwirksam Vertretenen. Hier kann der Fall des Konkurses beim unwirksam Vertretenen gesondert untersucht werden.

³³⁷ *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB Art 8 Nr. 11 Rz 15

³³⁸ OGH 5 Ob 11/71 = SZ 44/21 = JBl 1972, 364

³³⁹ *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB Art 8 Nr. 11 Rz 10; *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 28

³⁴⁰ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 35

Beruft sich der Scheinvertreter bei seiner Inanspruchnahme darauf, dass ein Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen von diesem aufgrund eines nunmehr eingetretenen Konkurses nicht mehr befriedigt werden könne, so können hier mE unterschiedliche Konstellationen unterschieden werden.

Wäre die gegenständliche Forderung, legt man das hypothetische Rechtsgeschäft zwischen dem geschädigten Dritten und dem unwirksam Vertretenen zugrunde, vor dem Tag der Konkursöffnung begründet worden, so handelt es sich nach § 51 Abs 1 KO um eine Konkursforderung, welche nach § 124 ff KO quotenmäßig zu befriedigen ist. Der geschädigte Dritte kann vom Scheinvertreter nur einen Schadenersatzanspruch in Höhe der durchsetzbaren Quote der Konkursforderung verlangen.

Anders verhält es sich, wenn bei den Vertragsverhandlungen mit dem falsus bereits der Konkurs eröffnet war. Mit dem auf die Veröffentlichung des Konkursedikts nachfolgenden Tag verliert der Gemeinschuldner nach § 1 Abs 1 KO seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse. Er bleibt zwar Eigentümer der Masse, diese wird aber zu einem Sondervermögen, welches nunmehr der alleinigen Dispositionsfähigkeit des Masseverwalters unterliegt. Selbst wenn das „Grundgeschäft“ zwischen dem Dritten und dem nunmehr in Konkurs befindlichen Geschäftsherrn zu diesem Zeitpunkt rechtswirksam abgeschlossen worden wäre, so wären alle Rechtshandlungen, welche nach der Konkursöffnung vom Gemeinschuldner gesetzt werden, nach § 3 Abs 1 KO unwirksam. Der unwirksam Vertretene hätte sich somit nicht rechtswirksam verpflichten können, und auch der geschädigte Dritte kann seine Forderung gegen den Scheinvertreter nicht durchsetzen.³⁴¹ Auf den ersten Blick mag dies nicht dem Gedanken des Art 8 Nr. 11 Abs 1 EVHGB entsprechen, welcher dem Dritten den falsus als weiteren Vertragspartner verschaffen möchte, der selbst in personam auf Erfüllung bzw auf das Erfüllungsinteresse haftet. Doch auch hier muss beachtet werden, dass dieses nunmehr gesetzlich begründete Schuldverhältnis zwischen dem falsus und dem Dritten immer auch am hypothetischen Vertragsverhältnis gemessen werden muss.³⁴² Es orientiert sich an den persönlichen Eigenschaften des unwirksam Vertretenen und auch inhaltlich sind

³⁴¹ Ein Sonderfall besteht dann, wenn im konkreten Fall dem Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen die Eigenverwaltung des Massevermögens überlassen wird. Hier ist der Schuldner über die Massegegenstände weiter Verfügungsberechtigt. Zur Setzung rechtswirksamer Handlungen bedarf es weiter aber nach § 187 Abs 1 Z 3 der Zustimmung des Konkursgerichts. Ein Haftungsanspruch gegen den Scheinvertreter ist also auch in diesen Fällen nicht durchsetzbar.

³⁴² Vgl hierzu die Ausführungen unter Punkt 6.2.1.

die Pflichten der vertraglichen Ausgestaltung gleich. Diese Vermengung stellt eine der großen Schwächen der handelsrechtlichen Scheinvertreterhaftung dar.

Im Schuldenregulierungsverfahren ist mE eine Bestimmung der durchsetzbaren Quote nach der konkreten Ausgestaltung des Einzelfalles (Zwangsausgleich, Zahlungsplan oder Abschöpfungsverfahren) zu bestimmen. Auch hier sollte mA nach gelten: Lag der vermeintliche Vertragsabschluss vor der Eröffnung des Verfahrens, so verbleibt beim Dritten eine gegen den Scheinvertreter durchsetzbare Forderung in Höhe der Quote. Auch wird im Schuldenregulierungsverfahren auf eine Bestellung des Masseverwalters verzichtet, in aller Regel bleibt hier eine Eigenverwaltung des Schuldners bestehen. Dies bestimmt sich inhaltlich nach der Regelung des § 187 KO. Rechtsgeschäfte, welche der Gemeinschuldner über Gegenstände des Massevermögens trifft, sind nur wirksam, wenn das Konkursgericht zustimmt. Auch hier kann der Dritte seinen Haftungsanspruch gegen den falsus nicht durchsetzen, da dieser einwenden kann, dass auch ein Rechtsgeschäft mit dem vermeintlichen Geschäftsherrn zu diesem Zeitpunkt nicht rechtsgültig zustande gekommen wäre.

Anders verhält es sich, wenn gegen den unwirksam Vertretenen ein Ausgleichsverfahren eingeleitet wurde. Dies resultiert aus der unterschiedlichen Zielsetzung des Ausgleichsverfahrens. Im Mittelpunkt steht eine Sanierung des zahlungsunfähigen Schuldners, nicht die Liquidation seiner Vermögensmittel. Einerseits verfügt der Ausgleichsschuldner über eine weitere Verfügungsbefugnis, er unterliegt aber der Überwachung des Ausgleichsverwalters.³⁴³ Der Ausgleichsschuldner bleibt daher handlungsfähig und verwaltet sein Vermögen selbst. Der unwirksam Vertretene könnte auch bei einem über sein Vermögen eröffneten Ausgleichsverfahren weiter Rechtsgeschäfte abschließen.

Lediglich der Abschluss von Rechtsgeschäften, welche unter die taxative Aufzählung des § 8 Abs 2 und 3 AO (diese bedürfen der Zustimmung des Ausgleichsverwalters) fallen, wäre bei Vorliegen eines Ausgleichs vollkommen unwirksam.³⁴⁴ § 8 Abs 3 AO bestimmt allerdings

³⁴³ § 8 AO sieht Zustimmungsrechte des Ausgleichsgerichts bzw des Ausgleichsverwalters für bestimmte Rechtshandlungen des Schuldners vor. Zusätzliche Beschränkungen der Verfügungsbefugnis können vom Gericht im Einzelfall nach § 3 Abs 2 angeordnet werden. So kann der Schuldner bestimmte Rechtshandlungen entweder nicht oder nur mit Zustimmung des Ausgleichsverwalters vornehmen.

³⁴⁴ So kann der Ausgleichsschuldner beispielsweise bereits vom Tage der Einbringung seines Antrags bis zur Eröffnung des Verfahrens keine Liegenschaften veräußern oder belasten oder Absonderungsrechte egal welcher Art begründen. Nach der Eröffnung des Verfahrens und während des laufenden Ausgleichsverfahrens bedarf es zur Schließung oder Wiedereröffnung seines Unternehmens jedenfalls der Zustimmung des Ausgleichsgerichts.

nur eine relative Unwirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn der Geschäftspartner schlecht gläubig war, er wusste oder wissen musste, dass diese Rechtsgeschäfte vom Ausgleich erfasst wären.

Freilich ist die Beurteilung dieser Frage in den Fällen des Scheinvertreterhandelns nicht möglich. Dem geschädigten Dritten, der zwar Kenntnis von seinem vermeintlichen Vertragspartner hat, werden in der Regel – mangels eines direkten Kontaktes mit dem eigentlichen Geschäftsherrn – nur sehr spärliche Möglichkeiten offen stehen, diese Kenntnis zu erlangen. Die Anwendung der Regelung des § 8 Abs 3 scheint entbehrlich. Es ist vielmehr bei allen Rechtsgeschäften, welche ein Scheinvertreter unter der Angabe eines vermeintlichen Geschäftsherrn schließt, der bei Vertragsabschluss bereits im Ausgleich war, davon auszugehen, dass diese – auch bei Annahme des nur hypothetischen Vertragsabschlusses – rechtsgültig zustande gekommen wären. Der geschädigte Dritte hat sohin einen Schadenersatzanspruch gegen den falsus, welcher auch in voller Höhe durchsetzbar ist. Der falsus kann ihm keine diesbezüglichen Einwendungen entgegenhalten.

Bezüglich so genannter Ausgleichsforderungen, welche bereits vor der Ausgleichseröffnung begründet wurden, bleibt zu sagen, dass auch diese mE vom Scheinvertreter nur in dem Ausmaß zu befriedigen sind, wie dies im Ausgleich festgestellt wurde.

8.3 Eigenes Ergebnis

Um die vorliegenden Haftungsausschlüsse genau zu untersuchen, musste nach der alten Rechtslage zwischen den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen unterschieden werden.

Da der Scheinvertreter seine Vollmacht vorgetäuscht hat, erleidet der Dritte im Vertrauen auf diese Zusicherung einen Schaden. Hätte der Scheinvertreter nicht über das Vorliegen seiner Vollmacht oder deren Umfang getäuscht, so wäre nicht nur dieser Schaden nicht eingetreten, der Vertrag mit dem unwirksam Vertretenen wäre auch nicht zustande gekommen. Den Haftungsanspruch gegen den falsus am Verhältnis des Dritten zum unwirksam Vertretenen auszurichten, ist daher nicht unbedenklich und kann aus Kausalitätsüberlegungen heraus ein Haf-

Auch bei Rechtsgeschäften, welche nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, bedarf es zu einer rechtsgültigen Verfügung der Zustimmung des Ausgleichsverwalters. Entsprechendes gilt auch für die in Abs 1 bezeichneten Handlungen, auch für den Fall, sollten sie zum gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehören.

tungsentfall bei Vorliegen sonstiger Hindernisse gegen den Vertragsabschluss oder die Abwicklung nicht erfolgen.

In diesen Fällen kann man sich auf einen fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang berufen. Es entspricht nicht dem Schutzzweck der Norm, sonstige Mängel des Vertragabschlusses oder der Vertragsabwicklung zu sanktionieren, da die zivilrechtliche Haftungsregelung nur Schäden verhindern will, welche eingetreten sind, weil sich eben jene Gefahr realisiert hat, welcher durch die Norm entgegen gewirkt werden soll. Der Scheinvertreter soll nicht für andere Schäden haften.

MA nach muss bereits auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des falsus abgestellt werden. Treffen den Scheinvertreter bereits keine Aufklärungspflichten, so kann sein Verhalten – Nichtaufklärung über sonstige Vertragshindernisse – nicht als rechtswidrig bezeichnet werden. Weitergehende Aufklärungspflichten des Scheinvertreters sind anzunehmen, wenn dieser ein eigenwirtschaftliches Interesse am Abschluss des Rechtsgeschäfts mit dem Dritten hat. Dies wird in den seltensten Fällen anzunehmen sein.

Allenfalls unter dem Gesichtspunkt eines schwach ausgebildeten Sanktionsgedankens kann die hier dargestellte Judikatur nicht kritiklos hingenommen werden. Entfällt eine Haftung des Schadenersatzpflichtigen nur aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, sondern aufgrund von Tatsachen, die nicht in seiner Einflussphäre gelegen sind, scheint ein Haftungsentfall nicht gerechtfertigt. Unter diesen Überlegungen wird ein Präventionsgedanke vernachlässigt. Die Annahme eines Sanktionsgedankens im österreichischen Zivilrecht entspricht allerdings nicht mehr einer zeitgemäßen Betrachtung.

Bei den Ersatzansprüchen nach Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB gestaltete sich eine Beurteilung nach den Verhältnissen des Dritten eindeutig. Hier konnten andere Wertungen des Gesetzgebers beobachtet werden. Art 8 Nr. 11 Abs 1 normierte einen Anspruch auf Erfüllung in natura oder einen Schadenersatzanspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses. Wie unter Punkt 6.2.1 ausführlich dargestellt, entstand hier ein gesetzliches Rechtsverhältnis zwischen dem falsus und dem geschädigten Dritten, welches den Beteiligten zwar formal keine Vertragspositionen einräumte, durchaus aber tatsächlich im Verhältnis zum unwirksam Vertretenen zu beurteilen war.³⁴⁵ Nach Ansicht des OGH³⁴⁶ waren aus diesem Grund auch im früheren handelsrechtlichen Anwendungsbereich die persönlichen Eigenschaften desjenigen, für den der Vertreter

³⁴⁵ OGH 5 Ob 11/71 = SZ 44/21 = JBl 1972, 364

³⁴⁶ OGH 5 Ob 11/71 = SZ 44/21 = JBl 1972, 364

einschritt, zur Beurteilung von Belang. Da aber die Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB und somit auch ein Haftungsanspruch auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse ersatzlos aufgehoben wurde, kann hieraus nichts mehr gewonnen werden. Es gelten daher ausschließlich die oben gemachten Ausführungen zur zivilrechtlichen Rechtslage, in der sich die Problematik wesentlich schwieriger gestaltet und weitergehende Aufklärungspflichten des falsus nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden können.

9 Sonstige Verhaltenspflichten des Vertreters

Die Untersuchung einer Haftung des falsus wegen Verletzung sonstiger vertraglicher Pflichten, also einer Pflichtverletzung abseits des Vortäuschens seiner Vertretungsmacht, soll Gegenstand dieses Kapitels sein.

9.1 Haftung des Scheinvertreters aus Delikt

Abseits einer Schadenszufügung durch Verletzung von Pflichten im Rahmen eines vor(vertraglichen) Schuldverhältnisses, kann auch eine Schädigung des Dritten durch deliktisches Verhalten des Scheinvertreters erfolgen.

Hier ist zu prüfen, ob auch für einen Scheinvertreter Schutzpflichten gegenüber Leben, Gesundheit und Eigentum des Verhandlungspartners bestehen.³⁴⁷ In jedem (sich anbahnenden) Vertragsverhältnis bestehen Schutzpflichten gegenüber den absolut geschützten Rechtsgütern des Anderen. Eine Verletzung dieser Pflichten wird positive Forderungsverletzung genannt. Bereits in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis kann man durch das schon bestehende Naheverhältnis leichter in die Sphäre des Partners einwirken und ist eine erhöhte Einflussmöglichkeit gegeben.³⁴⁸

Auch der Scheinvertreter haftet daher deliktisch bei Verletzung dieser Verhaltenspflichten, die gegenüber jedermann bestehen – wie etwa bei Körperverletzung und Sachbeschädigung. Wurde daher vom falsus ein derart schuldhaftes Verhalten gesetzt, so haftete er direkt dem Dritten gegenüber.

³⁴⁷ Welser, Vertretung 98 ff

³⁴⁸ Koziol, Haftpflichtrecht II² 79 ff; derselbe, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich JBl 1994, 209 (211)

Die Beeinträchtigung des Erhaltungs- oder Integritätsinteresses erfolgt durch die Verletzung anderer Schutz- und Sorgfaltspflichten, die von einer Aufklärungspflicht (oder auch Erfüllungsverpflichtung) des falsus getrennt zu sehen sind.³⁴⁹ Der Verhandlungspartner ist auch verpflichtet, im geschäftlichen Umgang so sorgsam umzugehen, dass die bestehenden Vermögensgüter des Partners unversehrt bleiben und auch dessen körperliche Unversehrtheit garantiert ist.

9.1.1 Unterschiede bei Delikts- und Vertragshaftung

Denkbar ist angesichts der oben stehenden Ausführungen, dass die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht auch ein deliktisches Verhalten des falsus darstellt, da er ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt hat. Zwischen einer deliktischen Haftung des falsus oder einem Haftungsanspruch aus Vertragsverletzung bestehen erhebliche Unterschiede.

Bei einer Vertragshaftung ist die Beweislastumkehr des § 1298 anzuwenden, wonach der Schädiger sich von der Haftung freizubeweisen hat. Gelingt ihm dies nicht und ist daher ein Verschulden des Schädigers anzunehmen, so besteht ein Haftungsanspruch gegen ihn. Dies bedeutet aber nicht, dass auch im deliktischen Bereich ein Schadenersatzanspruch bejaht werden kann. Hier hat der Geschädigte das Verschulden des Schädigers diesfalls des falsus nach der allgemeinen Regelung des § 1296 zu beweisen.

Im Rahmen einer deliktischen Haftung ist jedenfalls auch zu beachten, dass die Haftungsnorm des § 1313 a für jegliches Verschulden von Erfüllungsgehilfen nicht anwendbar ist. Dies betrifft den Anspruch des Dritten gegen den unwirksam Vertretenen wegen Einsetzung des falsus im Vorfeld der Vertragsverhandlungen.³⁵⁰ Der unwirksam vertretene Geschäftsherr haftet dem Dritten gegenüber lediglich im wesentlich eingeschränkteren Bereich nach § 1315 einzig für untüchtige oder gefährliche Personen, die er als Verhandlungs- und Erfüllungsgehilfe im Vorbereitungsstadium einsetzt. Eine vertragliche Haftung ist daher für den Dritten auch im Verhältnis zum unwirksam Vertretenen, soweit diesem ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen ist, wesentlich günstiger.

³⁴⁹ Koziol, JBl 1994, 209 (211); derselbe, Haftpflichtrecht I³ 2/94

³⁵⁰ Siehe unter Punkt 10.

9.2 *Zusätzliche Haftung des Scheinvertreters nach cic*

Ebenso sind auch Aufklärungspflichten des Scheinvertreters abseits des Mangels der Vertretungsmacht zu untersuchen. Ist der falsus verpflichtet, über andere Umstände aufzuklären, welche eine Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach sich ziehen würden? Entfällt ein Haftungsanspruch gegen den falsus, wenn das Rechtsgeschäft auch bei Vorliegen einer aufrechten Vertretungsmacht unwirksam gewesen wäre?

Immerhin möchte der Scheinvertreter den Vertrag nicht im eigenen Namen, sondern für den unwirksam Vertretenen abschließen. Soll vielleicht daher nur der vermeintliche Geschäftsherr Vertragspartei des gegenständlichen Geschäfts werden und trifft deshalb die Erfüllung sämtlicher vorvertraglichen Sorgfaltspflichten nur diesen selbst? Soll der Scheinvertreter nur dann in Anspruch genommen werden, wenn sich auch die spezifische Gefahr, die eben aufgrund des Auftretens als Stellvertreter besteht, verwirklicht hat?

Welser geht davon aus, dass der Scheinvertreter „zur Wahrnehmung sämtlicher allgemein in contrahendo bestehender Sorgfaltspflichten“³⁵¹ verpflichtet ist.

Der BGH³⁵² in Deutschland hat zu dieser Problematik Stellung genommen. Auch der OGH hat sich in zahlreichen E der Judikatur des BGH und den Grundsätzen der Eigenhaftung von Vertretern in Deutschland angeschlossen³⁵³: Hat der Vertreter ein erhebliches und unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen eines Vertrages oder nahm er bei Vertragsverhandlungen in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch und hatte der Vertreter dadurch die Vertragsverhandlungen beeinflusst, so haftet er für ein dabei unterlaufenes Verschulden dem Vertragspartner seines Geschäftsherrn direkt. Eine derartige Haftung ist aber einschränkend zu handhaben, denn die Eigenhaftung des Vertreters auf Grund dieses Vertrauenstatbestandes müsse die seltene Ausnahme bilden. Das Vertrauen, welches jeder Vertragspartner in seinen Vertrags- und Verhandlungspartner setzt, reiche sicherlich

³⁵¹ *Welser*, Vertretung 100

³⁵² Zuletzt etwa BGH 9.4.2002 X R 228/00; BGH 27.5.2003 IX ZR 283/99; BGH 8.12.2005 VII ZR 372/03; BGH 11.1.2007 III ZR 193/05

³⁵³ OGH 7.6.1978 = SZ 51/79; OGH 1 Ob 722/83 = RdW 1984, 40 = SZ 56/135 = NZ 1984, 60 = JBl 1984, 669; OGH 1 Ob 688/83 = SZ 57/37 = RdW 1984, 275 = JBl 1986, 49 (zust *Wilhelm*, JBl 1986, 10) = EvBl 1984/111 S 435; OGH 3 Ob 519/89 = SZ 69/240 = JBl 1990, 322 (*P. Bydlinski*) = ecolex 1990, 289 = ÖBA 1990, 554 (*Apathy*) = RdW 1990, 251; OGH 1 Ob 525/94 = RdW 1994, 278 = WBl 1994, 378 = ecolex 1994, 618; OGH 5 Ob 506/96 = JBl 1997, 38; OGH 15.12.1997 1 Ob 377/97s, OGH 05.05.1998 7 Ob 79/98p, OGH 27.01.1999 3 Ob 301/97d; Diesen Weg befürwortet auch die herrschende Ansicht so etwa *Welser*, Vertretung 98 ff und 102; *Hinsell*, GesRZ 1984, 142; *Karollus*, ÖBA 1988, 171; *Gelbmann*, Weitere haftungsrechtliche Probleme des Vereinsgesetzes 2002, JAP 2002/2003, 198 (200 f) für den Verein.

nicht aus.³⁵⁴ Es müssen besondere Umstände vorliegen, beispielsweise eine außergewöhnliche Sachkunde beim Vertreter für den Vertragsgegenstand, eine persönliche Zuverlässigkeit des Vertreters oder seine direkte Einflussmöglichkeit auf die Vertragsabwicklung.³⁵⁵ Vor allem kann dieser Vertrauenstatbestand in einem persönlichen Zahlungsverprechen des falsus bestehen.³⁵⁶ Das Bestehen eines eigenwirtschaftlichen Interesses in außergewöhnlichem Maße beim falsus ist jedenfalls im Verhältnis zum geschädigten Dritten zu beurteilen.³⁵⁷

Ein bloß „mittelbares“ eigenwirtschaftliches Interesse wird für die Begründung eigener, weiterer Aufklärungspflichten des Vertreters nicht ausreichen.³⁵⁸ Dies kann etwa bei einem Arbeitnehmer angenommen werden, der für seinen Arbeitgeber einschreitet und ist wohl jeder Arbeitnehmer am wirtschaftlichen Wohl seines Dienstgebers interessiert. Bloße Entgeltansprüche aus dem Innenverhältnis zum Vertretenen z.B. aus einem Arbeitsvertrag reichen daher zur Annahme eines erheblichen eigenwirtschaftlichen Interesses nicht aus. Auch die Interessen von Handelsvertretern oder Prokuristen können als Bedienstete des Vertretenen als mittelbar bezeichnet werden.³⁵⁹

Die hier dargestellten, von der Rechtsprechung entwickelten, Grundsätze wurden für den Vertreter gemacht, welcher ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis vorweisen kann. ME sind diese Grundsätze, freilich nach dem oben geschilderten strengen Maßstab, auch auf den Scheinvertreter anzuwenden, wenn ein erhebliches und unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse bei ihm geortet werden kann. Eine plausible Erklärung für diese Annahme bietet *Frotz*,³⁶⁰ der den Ansatzpunkt des BGH³⁶¹ als richtig ansieht und hierzu weiter ausführt: Niemand soll sich durch fremdbezogenes anstatt eigenem Handeln der Verantwortung der vorvertraglichen Schutzpflichten entziehen können. *Frotz* weist darauf hin, dass der Tatbestand der „Inan-

³⁵⁴ OGH 1 Ob 525/94 = RdW 1994, 278 = WBl 1994, 378 = ecolex 1994, 618

³⁵⁵ OGH 3 Ob 519/89 = SZ 69/240 = JBl 1990, 322 (*P. Bydlinski*) = ecolex 1990, 289 = ÖBA 1990, 554 (*Apathy*) = RdW 1990, 251; OGH 1 Ob 525/94 = RdW 1994, 278 = WBl 1994, 378 = ecolex 1994, 618; OGH 15.12.1997 1 Ob 377/97s; *Gelbmann*, JAP 2002/2003, 198 (200 f)

³⁵⁶ Insbesondere werde - so der OGH in seiner E 3 Ob 519/89 - durch eine persönliche Zahlungszusage unabhängig von der Beurteilung der Frage, ob hier ein Schuldbeitritt erfolgt sei, beim Dritten ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen. Abseits einer allenfalls anzunehmenden Garantierklärung sei es daher gerechtfertigt, eine persönliche Haftung des Vertreters aufgrund dieser besonderen Vertrauenslage anzunehmen.

³⁵⁷ OGH 1 Ob 722/83 = RdW 1984, 40 = SZ 56/135 = NZ 1984, 60 = JBl 1984, 669; Ebenso *Welser*, Vertretung 102.

³⁵⁸ *Dellinger*, Vorstand- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall, Band 25 (1991) 156

³⁵⁹ *Dellinger*, Vorstand- und Geschäftsführerhaftung 158 ff

³⁶⁰ *Frotz*, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für *cic*, in *Faistenberger/Mayrhofer* (Hrsg), Gedenkschrift Franz Gschnitzer (1969) 179

³⁶¹ Zuletzt etwa BGH 9.4.2002 X R 228/00; BGH 27.5.2003 IX ZR 283/99; BGH 8.12.2005 VII ZR 372/03; BGH 11.1.2007 III ZR 193/05

spruchnahme von besonderem persönlichen Vertrauen“ in zu prüfenden Einzelfällen auch auf eine vertragliche Risikoübernahme durch den Scheinvertreter hinweisen kann.³⁶²

Und so soll mE auch der Scheinvertreter allein durch sein Handeln im fremden Namen keine Einschränkung der ihn treffenden Sorgfaltspflichten erreichen können. Bedacht werden muss aber, dass eine Selbstverpflichtung des Scheinvertreters nicht ohne weiteres anzunehmen ist. Dieser legt ja ausdrücklich offen, dass er für eine andere Person einschreitet. Daher treffen auch prinzipiell nur den Geschäftsherrn die vorvertraglichen Pflichten. Schließlich wird die Zurechnung bei Vorliegen eines erheblichen und unmittelbaren eigenwirtschaftlichen Interesses zur Person des Scheinvertreters aber stark genug sein, sodass auch von ihm die Einhaltung sämtlicher Sorgfaltspflichten, welche auch bei Auftreten im eigenen Namen bestehen würden, gefordert werden kann. Der falsus wird nämlich in diesen Fällen nicht weit davon entfernt sein, in eigener Person und aufgrund eigener Interessen zu kontrahieren. Nur unter diesen Umständen treffen ihn daher selbst auch sämtliche in contrahendo bestehende Aufklärungspflichten in eigener Person. Derartige Aufklärungspflichten des Vertreters können nicht verneint werden, wenn dieser zwar scheinbar als Vertreter eines anderen auftritt, in Wirklichkeit aber seine eigenen Interessen verfolgt und zu seinem eigenen Nutzen tätig wird.³⁶³

Ein weiterer Weg, um zu einer Aufklärungspflicht des Scheinvertreters in sonstigen Belangen zu kommen, kann in einem vertraglichen Garantieverprechen gesehen werden.³⁶⁴ Sollte er ein solches gegenüber dem Dritten abgegeben haben, begründet dieser Umstand erweiterte Aufklärungspflichten.

³⁶² Findet sich hier ein Ansatzpunkt, so ist wiederum das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Zusage des Vertreters zu prüfen.

³⁶³ *Dellinger*, Vorstand- und Geschäftsführerhaftung 156

³⁶⁴ Vgl Punkt 6.43.

10 Haftung des unwirksam Vertretenen

10.1 Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen nach der alten Rechtslage

Grundsätzlich führt das Handeln des Scheinvertreters zu keiner Haftung des Geschäftsherrn. Dieser kann durch ein Handeln des Scheinvertreters weder verpflichtet noch berechtigt werden und hat auch in aller Regel selbst keine vorvertragliche Pflicht verletzt, welche einen Haftungsanspruch gegen ihn begründen würde.

Anders verhält es sich aber, wenn dem Geschäftsherrn eine Verletzung von vorvertraglichen Pflichten zuzurechnen ist.³⁶⁵ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn dieser Hilfspersonen bei Beginn von Vertragsverhandlungen oder zur Abwicklung des Geschäftes einsetzt, die später als Scheinvertreter ohne hinreichende Vollmacht auftreten³⁶⁶. Dem Geschäftsherrn sind Personen zuzurechnen, wenn diese Vorbereitungen für dessen Geschäftsabschluss treffen. In den genannten Fällen kann der Scheinvertreter als Verhandlungs- bzw. Erfüllungsgehilfe, dem sich der Geschäftsherr zur Anbahnung oder Abwicklung bedient, diesem in contrahendo zugerechnet werden. Der unwirksam Vertretene haftet sodann nach § 1313 a solidarisch mit dem falsus.³⁶⁷ Der Geschäftsherr muss in solchen Fällen das Risiko des Verhaltens seines Gehilfen mittragen, es besteht eine alternative Anspruchskonkurrenz.³⁶⁸ Durch die Erfüllung des Haftungsanspruches gegen den Scheinvertreter erlischt gleichzeitig der Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen, da dieser auf das gleiche wirtschaftliche Ziel gerichtet ist.

Handelt der Scheinvertreter aber ohne jegliches Wissen des vermeintlich Vertretenen, so kann er diesem auch als Gehilfe nicht zugerechnet werden. Eine Haftung des unwirksam Vertretenen ist diesfalls ausgeschlossen.

Die Haftung des unwirksam Vertretenen folgt immer zivilrechtlichen Maßstäben. Dies macht eine Differenzierung von der Anwendung der bisherigen handelsrechtlichen Haftung erforderlich:

³⁶⁵ Strasser in Rummel, Kommentar ABGB I §§ 1016, 1017 Rz 3

³⁶⁶ OGH 23.03.1983 3 Ob 595/82; Strasser in Rummel, Kommentar ABGB I §§ 1016, 1017 Rz 21; P. Bydlinski in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar ABGB² § 1019 Rz 4

³⁶⁷ Welser, LJZ 1984, 105

³⁶⁸ Welser, Vertretung 106

Handelte es sich um einen zivilrechtlichen Anwendungsfall, lag also kein zumindest einseitiges Handelsgeschäft vor, so hafteten – sofern eine Zurechnung nach § 1313 a als Gehilfe im vorvertraglichen Verhältnis stattfinden konnte – der falsus und der unwirksam Vertretene solidarisch auf den eingetretenen Vertrauensschaden nach *cic*. Da der unwirksam Vertretene nach den Grundsätzen der *cic* haftet, besteht dieser Anspruch gegen ihn immer in Höhe des erlittenen Vertrauensschadens.³⁶⁹

Anders verhielt es sich, wenn der falsus nach der bisherigen handelsrechtlichen Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB haftete. In diesen Fällen haftete der falsus auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse. Der Geschäftsherr allerdings haftete aus den Gründen der *cic*. Dies bedeutete ein Ersatzanspruch gegen den unwirksam Vertretenen lediglich auf das Vertrauensinteresse. Es besteht gegen den unwirksam Vertretenen nie ein Anspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses.

Der unterschiedliche Haftungsumfang stellte eine erhebliche Streitfrage dar und zeigt einmal mehr den Systembruch des Art 8 Nr. 11 EVHGB. Einzig der Scheinvertreter konnte nach der falsus-procurator-Haftung in Anspruch genommen werden. Für den Geschäftsherrn blieb auch nach der alten Rechtslage der Haftungsanspruch nach *cic* als generelle Regelung, welche bei ihm ungeachtet einer kaufmännischen Eigenschaft anzuwenden war. Letztlich hatte dies zur Konsequenz, dass der falsus, welcher den Haftungsanspruch zur Gänze erfüllte, nur einen Regressanspruch gegen den Geschäftsherrn als Mitschuldner in diesem reduzierten Ausmaß hatte.

Der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gegen den unwirksam Vertretenen war auch nach der alten Rechtslage durch das hypothetische Erfüllungsinteresse beschränkt. Dies musste nämlich umso mehr für das Verhältnis zum unwirksam Vertretenen gelten. Letztlich hätte der Dritte vom Geschäftsherrn bei einem aufrechten Vertragsverhältnis seine unwirtschaftlichen Dispositionen nicht erhalten. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb der Geschäftsherr allein aufgrund der Ungültigkeit dieses Rechtsgeschäfts zu einem höheren Ersatz zu verpflichten ist.³⁷⁰

³⁶⁹ P. Bydlinski in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar ABGB² § 1019 Rz 2; Dies gilt auch für den direkten Anwendungsbereich des Art 8 Nr. 11 EVHGB.

³⁷⁰ Siehe die Ausführungen zur Begrenzung aus zivilrechtlichen Überlegungen unter Punkt 6.5.3.

Eine E des OGH aus dem Jahre 1982³⁷¹ ist in diesem Zusammenhang erwähnenswert: Der OGH stellt klar, dass der Dritte nicht zugleich den vollmachtlos handelnden Vertreter und den unwirksam Vertretenen in Anspruch nehmen kann. Dieser könne vom unwirksam Vertretenen nur den Ersatz des Vertrauensschadens insoweit begehren, als er vom vollmachtlosen Vertreter die Erfüllung nicht verlangen kann.³⁷² Die Schadenshaftung des Vertretenen solle nur auf den Ausfall begrenzt sein. Sie soll erst dann zur Anwendung kommen, wenn der Dritte den Scheinvertreter gerichtlich nicht belangen kann, weil dieser sich der Rechtsverfolgung entzieht. Erst wenn der Dritte von dem zur Erfüllung verpflichteten Vertreter nichts erhält, kann er vom unwirksam Vertretenen den Ersatz des Vertrauensschadens verlangen. Solange der Dritte vom vollmachtlosen Vertreter Vertragserfüllung verlangt, kann er nicht zugleich einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn auf Vertrauensschaden geltend machen.³⁷³

ME kann diese Ansicht nicht gerechtfertigt werden. Eine „Ausfallhaftung“ des unwirksam Vertretenen ist durch keine Überlegung begründbar. Dieser haftet solidarisch mit dem falsus, da er den Scheinvertreter als Verhandlungsgehilfen eingesetzt hat. Die Ansicht des OGH in der vorliegenden E scheint dadurch bedenklich, da die Höhe des dem Dritten zustehenden Ersatzes rein von der faktischen Möglichkeit der Inanspruchnahme abhängt. So bekommt er einen höheren Schadenersatz, sollte er den Scheinvertreter belangen (können), erfährt aber eine betragsmäßige Begrenzung seines Haftungsanspruches auf das Vertrauensinteresse wenn ihm dies nicht gelingt. Im Ergebnis steht dem Dritten ein Haftungsanspruch sowohl gegen den falsus nach der anzuwendenden Haftungsnorm als auch gegen den unwirksam Vertretenen nach § 1313 a zu. Diese kann er auch gleichzeitig geltend machen. Allerdings erlischt sein Anspruch gegen den vermeintlichen Geschäftsherrn, wenn dieser in voller Höhe durch den falsus befriedigt wurde.

Interessant ist abschließend auch die Ansicht *Welsers*, nach der, sollte es nach der alten Rechtslage gegenüber dem Scheinvertreter zu einem Ausfall der Haftung nach Art 8 Nr. 11 Abs 3 kommen, auch der unwirksam Vertretene bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Vollmangels beim Dritten nicht haftet.³⁷⁴ Hier wird die Frage aufgeworfen, inwiefern ein zu berücksichtigendes Verhalten des Dritten auch gegenüber dem unwirksam Vertretenen ins

³⁷¹ OGH 3 Ob 595/82 = GesRZ 1983, 161

³⁷² OGH 3 Ob 595/82 = GesRZ 1983, 161

³⁷³ OGH 3 Ob 595/82 = GesRZ 1983, 161

³⁷⁴ *Welser*, Vertretung 107

Gewicht fällt und nach welchen Normen ein solches zu beurteilen ist. Abermals musste unterschieden werden:

War der Sachverhalt nach zivilrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen und konnte dem Dritten ein schuldhaftes Nichtwissen um den Vollmachtmangel bzw eine aktive Kenntnis vorgeworfen werden, so ist dies auch im Verhältnis zum unwirksam Vertretenen berücksichtigungswürdig, da ein entsprechender Vertrauensstatbestand beim Geschädigten nicht mehr gegeben ist. Eine Schadensteilung nach § 1304 hatte daher auch beim Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen nach *cic* zu erfolgen.

Die von *Welser* angebotene Lösung ist nicht unbedenklich. Ein Haftungsanspruch gegen den unwirksam vertretenen Geschäftsherrn besteht nach *cic* auf das Vertrauensinteresse und ist auch einzig nach dieser Regelung zu beurteilen. Dies wurde bereits mehrfach klar gestellt. Die in Art 8 Nr. 11 Abs 3 verankerte Kulpakompensation war nicht heranzuziehen. Da diese einen erheblich strengen Sorgfaltsmaßstab an das Verhalten des Dritten legte und bereits wesentlich früher zu einem Haftungsentfall gelangte als die bürgerliche Ansicht, stand man vor dem Problem, dass ein Haftungsentfall gegenüber dem *falsus* vorlag, eine Haftung des Geschäftsherrn aber immer noch im Raum stand. Diese ist wohl problematisch zu sehen. Ein Haftungsentfall wird gleichzuschalten sein. Letztlich wurde in dieser Arbeit bereits mehrfach eine analoge Anwendung des Art 8 Nr. 11 Abs 3 im bürgerlichen Bereich verworfen und ist die Übernahme dieser Regelung aufgrund ihrer eklatanten Widersprüche nicht anzuraten.

10.2 Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen nach der neuen Rechtslage

Durch die erfolgte Vereinheitlichung nach Einführung des § 1019 können nunmehr alle Ansprüche gleich beurteilt werden. Dies stellt eine erhebliche Verbesserung dar. Eine Unterscheidung wie oben dargestellt kann unterbleiben.

Der unwirksam Vertretene haftet ebenso wie der *falsus*, wenn er diesen im Vorfeld der vertraglichen Anbahnung und Abwicklung als Hilfsperson und Verhandlungs- und Erfüllungsgelhilfe eingesetzt hat und ihm der *falsus* nach § 1313 a zugerechnet werden kann. Diese Haftung gegen den unwirksam Vertretenen besteht auf das Vertrauensinteresse.³⁷⁵ Sowohl beim

³⁷⁵ *Perner*, RdW 2007/15, 14 für die neue Rechtslage nach § 1019.

Haftungsanspruch gegen den falsus als auch gegen den Geschäftsherrn bestehen diese auf die gleiche betragsmäßige Höhe und sind auch die Haftungsvoraussetzungen beider Ansprüche gleich.

Eine Haftung des unwirksam Vertretenen besteht in Höhe des Vertrauensschadens immer solidarisch mit dem falsus. Dem Dritten steht es daher auch frei, welchen Schädiger er in Anspruch nimmt. Allenfalls kann der Inanspruchgenommene die Hälfte des Schadens über den Regressweg vom anderen Schädiger zurückverlangen.

Hat der vermeintlich Vertretene den Scheinvertreter nicht eingesetzt, besteht auch gegen ihn kein Anspruch nach der neuen Rechtslage, da ihm dessen Verhalten nicht zugerechnet werden kann.

Der Haftungsanspruch ist nach Einführung des § 1019 ausdrücklich auf die Höhe des hypothetischen Erfüllungsinteresses beschränkt. Dies kann auch im Verhältnis zum unwirksam Vertretenen angenommen werden.³⁷⁶ Diese Annahme kann damit begründet werden, dass der Geschädigte nicht besser gestellt werden soll, wenn er sich an den unwirksam Vertretenen hält, als sein Schadenersatzanspruch gegen den falsus bestünde. Letztlich kann auch hier die Beschränkung mit dem Schutzzweck der Norm begründet werden.³⁷⁷

Auch ein allfälliges zu berücksichtigendes Verschulden des Dritten ist einheitlich nach § 1304, welcher nunmehr unmittelbar anzuwenden ist, zu behandeln. Ein schuldhaftes Verhalten des Dritten ist jedenfalls auch im Verhältnis zum unwirksam Vertretenen zu berücksichtigen. Der Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen gemäß § 1019 ist bei einem Mitverschulden des Dritten entsprechend zu kürzen und kann unter Umständen – bei aktiver Kenntnis des Dritten vom Vollmachtmangel des falsus – auch entfallen. Dieser Haftungsentfall ist auch im Verhältnis des Dritten zum Scheinvertreter gleich geschaltet.

³⁷⁶ Perner, RdW 2007/15, 15, wonach dieser Grundsatz nicht allein auf das Verhältnis Dritter und Scheinvertreter beschränkt sei.

³⁷⁷ Siehe Ausführungen unter Punkt 6.5.3.

11 Verjährung

Bei der Verjährung der Ansprüche gegen den Scheinvertreter ist einerseits zwischen der allgemeinen Verjährung des Schadenersatzanspruches auf Vertrauensschaden nach cic bzw nach der Regelung des § 1019 und der Verjährung der Ansprüche nach Art 8 Nr.11 der 4. EVHGB andererseits zu unterscheiden.

11.1 Verjährung der Ansprüche nach bürgerlichem Recht

Bei der Scheinvertreterhaftung nach bürgerlich-rechtlichen Regelungen bestehen keine besonderen verjährungsrechtlichen Folgen.

Für den Schadenersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse gilt Folgendes: Diese Schadenersatzansprüche verjähren nach allgemeinen Grundsätzen nach einer Dauer von drei Jahren nach § 1489³⁷⁸. Die Frist beginnt ab Kenntnis des Geschädigten von Schaden und der Person des Schädigers, läuft aber jedenfalls nicht vor Verweigerung der Genehmigung durch den unwirksam Vertretenen.³⁷⁹ Die Verjährungsfrist beginnt daher mit Kenntnis des Dritten vom Eintritt des Schadens, ebenso wie mit Kenntnis, dass ein Vollmachtmangel beim Scheinvertreter vorgelegen hatte und dieser zum Abschluss des Geschäfts nicht autorisiert war.³⁸⁰ Andernfalls würde der Dritte ja nicht wissen, dass ihm ein Schaden in Höhe der getätigten Aufwendungen, welche er im Vertrauen auf die Gültigkeit des getätigten Geschäfts unternommen hat, zugefügt worden ist. In Sonderfällen kann die Verjährungsfrist nach § 1489 Satz 2 auch 30 Jahre betragen.³⁸¹

Auch die Verjährung der Haftung nach § 1019 richtet sich nach § 1489.³⁸²

11.2 Verjährung der Ansprüche nach Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB

Die Ansprüche aus der früheren Scheinvertreterhaftung auf den hypothetischen Erfüllungsanspruch nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 1. Fall verjähren wie im Verhältnis zum Vertretenen und wa-

³⁷⁸ OGH 1 Ob 560/83 = SZ 56/39

³⁷⁹ Perner, RdW 2007/15, 14

³⁸⁰ Welser, Vertretung 274 ff

³⁸¹ Insbesondere bei strafrechtlich relevanten Fällen des Betruges.

³⁸² Perner, RdW 2007/15, 15

ren weitgehend nach dem unwirksamen Vertrag zu bestimmen. Es galt die lange Frist der Vertragsverjährung nach § 1478.

Entsprechend den Ausführungen unter Punkt 6.2.1 war auch hier wieder eine Ausrichtung am hypothetischen Vertrag zwischen dem Dritten und dem unwirksam Vertretenen erforderlich. Der Dritte hatte einen Anspruch auf Leistung nach Erfüllung der eigenen Leistungspflicht. *Welser* weist darauf hin, dass die Haftung des Vertreters konsequenterweise dann entfallen müsse, wenn der Dritte auch bei aufrechter Vollmacht wegen der Verjährung seines Anspruches nichts erhalten würde.³⁸³

§ 1478 bestimmt inhaltlich, dass die Verjährung dann beginnt, wenn das Recht nach § 1478 „hätte ausgeübt werden können“. Voraussetzung ist, dass die Vertragsforderung, zu beurteilen nach dem unwirksamen bloß hypothetischen Vertretungsgeschäft, fällig ist. In aller Regel wird die Verjährung unmittelbar mit dem vermeintlichen Vertragsabschluss beginnen.³⁸⁴

Dieser Ansicht *Welsers* ist zu folgen. Die kurze Verjährungsfrist nach § 1489 soll nicht zur Anwendung kommen. Der Anspruch nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 1. Fall war nicht als Schadenersatzanspruch zu sehen.

Die Ansprüche nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 2. Fall gingen auf das Erfüllungsinteresse und nach Abs 2 auf den Vertrauensschaden. Hier galten die allgemeinen Verjährungsregelungen für Schadenersatzansprüche nach § 1489, da es sich bei beiden Punkten um Schadenersatzansprüche handelte. An dieser Stelle kann auf die Ausführungen zur bürgerlich-rechtlichen Rechtslage verwiesen werden. Die Frist für die Verjährung dieser Ansprüche begann mit der Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger. Eine Verjährung begann – im Gegensatz zu den oben stehenden Ausführungen – bei den Ansprüchen nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 2. Fall und nach Abs 2 nicht mit dem Vertragsabschluss!

³⁸³ *Welser*, Vertretung 191 f und 274 ff: *Welser* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die deutsche Lehre zu § 179 BGB uneins über die anzuwendenden Verjährungsregelungen war.

³⁸⁴ *Welser*, Vertretung 276

12 Beweislastverteilung

Auch bei der Beweislastverteilung ist eine Unterscheidung zwischen den beiden unterschiedlichen Haftungsnormen zu treffen.

12.1 Beweislastverteilung im bürgerlichen Recht

Besondere Regelungen zur Beweislastverteilung finden sich im ABGB nicht. Bei einer Haftung aufgrund der scheinvertretungsrechtlichen Regelung (entweder aus dem Haftungsgrund der *cic* oder aufgrund des neuen § 1019) stellt sich die Beweislastverteilung wie folgt dar³⁸⁵:

Der Dritte muss das Auftreten des Gegenübers als Vertreter im fremden Namen und dessen pflichtwidriges Verhalten beweisen. Ihm obliegt der Nachweis der eingetretenen Schäden, also welche Aufwendungen er getätigt hat und gegebenenfalls welche anderen Abschlussmöglichkeiten er im Vertrauen auf den Vertragsabschluss verabsäumt hat. Weiter obliegt dem Dritten der Nachweis der erforderlichen Kausalität.

Hinsichtlich des Beweises des Vorliegens eines Verschuldens beim Scheinvertreter träfe dies den Dritten ungebührlich hart. Diesbezüglich ist eine Erleichterung in Form einer Beweislastumkehr nach § 1298 zu beachten. *Welser* weist darauf hin, dass dem Geschädigten Informationen über die Vollmachterteilung und die Verhältnisse des unwirksam Vertretenen als Schuldner sowie seines vermeintlichen Vertreters in aller Regel nicht zugänglich sein werden.³⁸⁶

Mittlerweile ist anerkannt, dass bei Bestehen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung, so bei den Haftungsansprüchen nach *cic* und nunmehr dem neuen § 1019, die Beweislastumkehr nach § 1298 zu beachten ist.³⁸⁷ Der Schädiger hat zu beweisen, dass ihn kein Verschulden am

³⁸⁵ *Welser*, Vertretung 260 ff

³⁸⁶ *Welser*, Vertretung 264

³⁸⁷ OGH 1 Ob 545/76 = SZ 49/37, OGH 5 Ob 184/75 = SZ 48/100; Diese Judikaturlinie letztlich bestätigend OGH 1 Ob 664/90 = JBl 1991, 453, der eine Anwendbarkeit der Beweislastumkehr nach § 1298 bei der Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten ausdrücklich bestätigt.

Der ansonsten einhelligen Judikatur widerspricht der OGH in einer E aus dem Jahre 1989: In dieser unglücklichen E wird ausgeführt, dass die Beweislastumkehr des § 1298 nur auf Erfolgsverbindlichkeiten, nicht aber auf Sorgfaltsverbindlichkeiten anzuwenden sei. Die Nichterfüllung bestehe nämlich im Falle von Sorgfaltsverbindlichkeiten gerade in der Sorgfaltsverletzung. Diese sei als Ursache des Schadenseintritts vom Geschädigten zu beweisen (OGH 8 Ob 700/89 = AnwBl 1990, 457 = JBl 1990, 723 = *ecolex* 1991,307). Dieser Meinung auch folgend *Dullinger* in den Anmerkungen zu OGH 1 Ob 35/92 = JBl 1993, 389.

Schadenseintritt trifft. § 1298 ist nicht nur bei vertraglichen, sondern auch bei vertragsähnlichen oder vorvertraglichen Beziehungen wie hier in den Fällen der cic anzuwenden.³⁸⁸

Der Scheinvertreter muss bei Geltendmachung eines Haftungsanspruchs nach zivilrechtlichen Grundsätzen nachweisen, dass ihn kein Verschulden trifft und dass er mit objektiv gebotener Sorgfalt gehandelt hat. Somit muss der falsus die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens beweisen.³⁸⁹ Ebenso trifft ihn der Nachweis des Vorliegens einer ausreichenden Vertretungsmacht.³⁹⁰ Dies sieht *Koziol* auch als äußerst zielführend an, da dies Umstände sind, die in vielen Fällen in der Sphäre des Schuldners liegen und somit für den Gläubiger nicht einsehbar sind. Eine Umkehr der Beweislast ist daher wünschenswert.³⁹¹

Wird das Vorliegen eines Mitverschuldens beim Geschädigten behauptet, so muss dies der falsus beweisen. Den Vertreter trifft zusätzlich der Nachweis sonstiger Haftungsbeschränkungen. So kann er nachweisen, dass er etwa wegen fehlender Handlungsfähigkeit nicht haftet oder dass das Rechtsgeschäft aufgrund sonstiger Mängel nichtig gewesen wäre. Ebenso kann sich der falsus auf die Begrenzung des negativen Interesses durch das hypothetische Erfüllungsinteresse berufen.

12.2 Beweislastverteilung nach Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB

Welser weist gleich eingangs darauf hin, dass die Regelungen der Beweislast, welche im Zivilrecht angewendet werden, nicht durch Analogie gänzlich auf die Haftungsregelung des Art 8 Nr. 11 umgelegt werden durften.³⁹² Wie bereits vielerorts dargestellt, bezog sich Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB auf gänzlich andere Überlegungen des (deutschen) Gesetzgebers. Die Beweislastverteilung der alten scheinvertretungsrechtlichen Regelung im Handelsrecht gestaltete sich wie folgt:

Im Falle einer Anwendung des Art 8 Nr. 11 musste der Dritte ebenso nachweisen, dass der Scheinvertreter mit ihm im fremden Namen kontrahiert hatte. Ebenso musste der Dritte Tatsa-

³⁸⁸ Dies entspricht nunmehr auch der einhelligen Lehre: *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 332; *Wilhelm*, Verwirrung um die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, *ecolex* 1993, 733; *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 65; *Reidinger/Ofner/Rudolf/Meissel*, Bürgerliches Recht Teil II⁷ (2003) 242; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 321

³⁸⁹ OGH 1 Ob 35/92 = JBl 1993, 389 (*Dullinger*)

³⁹⁰ *Welser*, Vertretung 269

³⁹¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 334

³⁹² *Welser*, Vertretung 260 ff und 272 f

chen vorbringen, nach denen das vorliegende Geschäft ein Handelsgeschäft gewesen wäre. Auch hier galt, dass der Dritte den Nachweis des Schadens in den Fällen des Art 8 Nr.11 Abs 1 in Höhe des Erfüllungsinteresses, in den Fällen des Abs 2 nur in Form des Vertrauensschadens führen musste. Wurde der Anspruch auf Erfüllung in natura nach Art 8 Nr.11 Abs 1 geltend gemacht, so musste der geschädigte Verhandlungspartner allein seine Leistung erbringen, ein Schadensnachweis konnte entfallen.

Der Scheinvertreter hatte das allfällige Vorliegen der Vollmacht und in den Fällen eines Mitverschuldens des Dritten nach Art 8 Nr. 11 Abs 3 dies nachzuweisen (der Dritte hatte den Mangel der Vertretungsmacht aktiv gekannt oder hätte dies erkennen können).³⁹³

Sofern der Scheinvertreter eine Haftungserleichterung nach Art 8 Nr. 11 Abs 2 erreichen wollte, musste er seine Unkenntnis über den Vollmangelmangel glaubhaft machen.³⁹⁴ Der falsus trug also das Risiko der Unaufklärbarkeit mangelnder Kenntnis. Hier gelang eine Entlastung vor allem in den Fällen, in denen eine zweifelhafte umfängliche Festlegung der Vertretungsmacht bestand. Maßgeblich war, inwieweit dem falsus die Kenntnis der tatsächlichen Rechtslage zugemutet werden konnte.³⁹⁵ Irrte er schuldlos über das Vorliegen einer Vertretungsbefugnis, haftete der falsus „nur“ auf den Vertrauensschaden, gelang ein solcher Nachweis nicht, so haftete der falsus nach Abs 1. Gegebenenfalls konnte sich der Scheinvertreter auf die normierte Beschränkung des Vertrauensschadens durch das Erfüllungsinteresse berufen.

Auch hier oblag es dem Scheinvertreter andere, allenfalls bestehende Haftungsbeschränkungen nachzuweisen oder sich auf andere Gründe zu berufen, weshalb das Geschäft auch ohne den Mangel der Vertretungsmacht unwirksam gewesen wäre z.B. bei Vermögenslosigkeit des Vertretenen oder Verjährung der Forderung gegen ihn.³⁹⁶

Wollte sich der geschädigte Dritte auf ein arglistiges Verhalten des Scheinvertreters berufen, welches einen Haftungsentfall nach Abs 3 relativieren würde (beachte hierzu die Ausführungen unter Punkt 7.2), so hatte der Dritte dies ebenfalls zu beweisen.

³⁹³ OGH 5 Ob 745/78 = MietSlg 31.526; OGH 1 Ob 560/83 = SZ 56/39; OGH 11.03.1999 2 Ob 47/99x; OGH 11.09.2003 6 Ob 139/93i; *Welser*, Vertretung 272 ff

³⁹⁴ OGH 1 Ob 560/83 = SZ 56/39; OGH 11.03.1999 2 O b47/99x

³⁹⁵ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 21

³⁹⁶ *Welser*, Vertretung 272 ff

13 Sachenrechtliche Beurteilung

Eine eher spärliche Bearbeitung hat das Gebiet der Scheinvertretung bezüglich ihrer sachenrechtlichen Konsequenzen erfahren. Im folgenden Kapitel soll daher eine Behandlung der sachenrechtlichen Auswirkungen des falsus procurator-Handelns erfolgen.

13.1 Besitzerwerb durch Stellvertreter

Die Einsetzung von Hilfspersonen beim Besitzerwerb ist ein weites und strittiges Feld. Für diese Arbeit interessiert die Frage, ob der durch einen (Schein-)Vertreter Repräsentierte mit der Besitzergreifung durch den Vertreter Besitz erwerben soll.³⁹⁷ Anerkannt ist, dass sowohl bei der Bildung der erforderlichen Gewahrsame als auch beim Besitzwillen Hilfspersonen eingesetzt werden können.³⁹⁸ Ein (direkter) Stellvertreter kann demnach grundsätzlich für den Vertretenen Besitz erwerben.

Ein Besitzerwerb ist unter der Annahme verschiedenster Bedingungen möglich. Einerseits ist nach § 309 Satz 1 die Gewahrsame über die gegenständliche Sache für die Annahme eines Besitzerwerbs erforderlich. Liegt ein Fall der Stellvertretung vor, so muss der unmittelbare Inhaber die Sachherrschaft über die Sache für einen anderen (mittelbaren) Inhaber ausüben wollen.³⁹⁹ Der Scheinvertreter wird demnach zuerst selbst (unmittelbarer) Inhaber.

Nach *Iro*⁴⁰⁰ können zur genauen Definition des Besitzerwerbes durch Gehilfen weiter drei Kriterien zu Hilfe genommen werden:

Als erste Voraussetzung zum Besitzerwerb durch Repräsentanten muss eine Offenlegung erfolgen, um bestimmen zu können, ob der Repräsentierte oder der Repräsentant Besitzer ist. Der Übernehmer der Sache muss erkennbar darlegen, dass die Rechtswirkungen des Besitzes bei einer anderen Person eintreten sollen.⁴⁰¹ Hier ist anzunehmen, dass, wer bei dem Titelge-

³⁹⁷ Auf die Problematik, ob der Besitz im Falle einer Genehmigung eines auftragslos durchgeführten Besitzerwerbs rückwirkend angenommen werden soll und somit die Wirkungen des Besitzes auf den Zeitpunkt der Gewahrsamerlangung durch den Vertreter rückbezogen werden kann, wird hier nicht näher eingegangen. Hierzu kann auf die Darstellung von *Iro*, *Besitzerwerb durch Gehilfen* (1982) 70 verwiesen werden. Das Rechtsinstitut der Genehmigung ist grundsätzlich bei dieser Arbeit ausgenommen.

³⁹⁸ *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht I*¹³ 257, 271

³⁹⁹ *Gschnitzer*, *Österreichisches Sachenrecht* (1985) 16; *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht I*¹³ 271

⁴⁰⁰ *Iro*, *Besitzerwerb* 33 ff

⁴⁰¹ *Iro*, *Besitzerwerb* 67 ff

schäft als Übernehmer gesehen werden kann, auch als Zurechnungsperson der Übergabe gilt. Der Scheinvertreter gibt bei Vertragsschluss an, dass er das Titelgeschäft für jemand anderen abschließen will. Es erfolgt daher eine Offenlegung durch den falsus.

In den Fällen des Rechtsgeschäfts, für den, den es angeht, legt der Veräußerer keinen Wert auf die Kenntnis, wer der Erwerber ist, demnach ist nur der Wille des Vertreters entscheidend, ob er den Besitz für sich selbst oder den Vertretenen erwerben will.

Weiter ist die Bildung des Besitzwillens beim Inhaber für den Vertretenen entscheidend.⁴⁰² Der Stellvertreter bildet den Besitzwillen nach § 309 zweiter Satz an Stelle des Erwerbers und will den Besitz auch für diesen erwerben. Im Regelfall wird der falsus das Titelgeschäft abschließen und gleich im Anschluss die Sache übernehmen.⁴⁰³ Es darf daher auf den ersten Blick davon ausgegangen werden, dass auch die Erklärung des Besitzwillens im Namen des Geschäftsherrn abgegeben wird und für diesen vom Vertreter entsprechend gebildet wurde. Meistens kann auch aus dem Kausalverhältnis auf den Besitzwillen geschlossen werden.⁴⁰⁴ Das Titelverhältnis muss nicht notwendigerweise gültig sein.⁴⁰⁵

Der Erklärungsempfänger kann auf die ihm gegenüber abgegebene Erklärung vertrauen.⁴⁰⁶ Die Erklärung ist entsprechend dem objektiven Erklärungswert zu verstehen und gilt in der Form wie sie gegenüber dem Partner in Erscheinung getreten ist. Der wahre Wille des Scheinvertreters kann aber seine Wirkung nur entfalten, wenn dieser auch gegenüber dem Dritten geäußert wird. Eine Mentalreservation des Erklärenden ist daher unbeachtlich.⁴⁰⁷ Allein der innere Wille des Scheinvertreters kann aber nicht als Bildung eines ausreichenden Besitzwillens gesehen werden, sondern ist entscheidend, wie er äußerlich in Erscheinung tritt.⁴⁰⁸ Eine Zurechnung des kundgegebenen Besitzwillens zum falsus darf aber nicht ohne weiteres angenommen werden, da dieser ja gerade äußert, dass er die Sache ausschließlich für den Vertretenen erwerben möchte und auch den Besitzwillen an dessen Stelle bildet.

Für die Annahme eines Besitzwillens genügt es auch, wenn der Inhaber die Sache zwar nicht behalten möchte, mit dieser aber verfährt, als wäre sie seine eigene. Auf diese Art wird auch

⁴⁰² *Gschnitzer*, Sachenrecht 16

⁴⁰³ Andere Ausgestaltungen siehe *Iro*, Besitzerwerb 55 ff. Ist der Stellvertreter allerdings zum Abschluss des Titelgeschäfts autorisiert und übernimmt die Sache gleich vor Ort, weil dies beispielsweise üblich ist, darf der Dritte annehmen, dass eine Ermächtigung des Vertreters zum Abschluss des Geschäftes auch regelmäßig die Übernahme mit einschließt. Vgl etwa die Regelung des § 1029, wonach vermutet wird, dass ein Vertreter auch zu allen Handlungen befugt ist, welche ein Geschäft gewöhnlich mit sich bringt.

⁴⁰⁴ *Spielbüchler in Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 309 Rz 3

⁴⁰⁵ *Iro*, Besitzerwerb 52

⁴⁰⁶ *Iro*, Besitzerwerb 45 und 55

⁴⁰⁷ *Spielbüchler in Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 309 Rz 3

⁴⁰⁸ OGH 14.6.1989 1 Ob 597/89

bei einem Scheinvertreter anzunehmen sein, dass dieser die vom Dritten geleistete Sache sofort veräußern möchte oder aber auch fest mit einer Genehmigung des vermeintlichen Geschäftsherrn rechnet. Der Scheinvertreter ist daher selbst als Besitzer zu sehen.⁴⁰⁹

Ein allfälliger Besitzerwerb des unwirksam Vertretenen scheidet gänzlich an der nächsten Voraussetzung, da letztlich für die Zurechnung fremder Besitzerwerbshandlungen eine Bevollmächtigung zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn vorliegen muss, welche den Vertreter gegenüber dem Dritten auch zum Besitzerwerb legitimiert.⁴¹⁰ Ohne eine derartige Befugnis können verständlicherweise keinerlei Rechtshandlungen mit Wirkung für eine andere Person getätigt werden. Eine Vollmacht auf Besitzebene, welche nur ein rein faktisches Verhältnis darstellt, ist unabhängig von einer rechtsgeschäftlich eingeräumten Vollmacht bezüglich des Abschlusses des zugrunde liegenden Titelgeschäfts und allfällig an dieser rechtsgeschäftlich eingeräumten Vollmacht haftenden Rechtsmängel und somit deren Bestehen. Da beim Scheinvertreterhandeln allerdings zu keiner Zeit, auch nicht beim Vertragsabschluss, eine Autorisation zur Bildung des Besitzwillens und eine Befugnis zur Übernahme seitens des vermeintlichen Geschäftsherrn vorliegen, scheidet die Zurechnung des Besitzerwerbes zum unwirksam Vertretenen an diesem Erfordernis.

Anders verhält es sich aber, wenn die Bevollmächtigung im Innenverhältnis aus einem anderen Grunde unwirksam ist, beispielsweise wenn der falsus den Umfang einer erteilten Bevollmächtigung überschreitet. Sollte eine Bevollmächtigung auf diese Art und Weise fehlerhaft sein, so kann in der Bevollmächtigung selbst aber weiter die Autorisation zur Bildung eines Besitzwillens gesehen werden.⁴¹¹ Auch ist an einer Besitzaufgabe bzw einem Besitzübertragungswillen nicht zu zweifeln, wenn sich das Rechtsgeschäft aufgrund eines anderen

⁴⁰⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 257 ff

⁴¹⁰ So auch der OGH in einer E aus dem Jahre 1960: Der bei der Besitzausübung durch Vertreter allein maßgebend ansieht, ob die Besitzhandlung des Vertreters nach dem tatsächlichen Vorgang, dem Kausalverhältnis als zum Bereich des Vertretenen zugehörig zu erkennen ist (OGH 9.11.1960, 6 Ob 405/60).

Dazu näher auch *Iro*, Besitzerwerb 58 ff: *Iro* führt hierzu näher aus, dass – sollte es dem tatsächlichen Willen des Vollmachtgebers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und im Erwerbszeitpunkt entsprochen haben, durch eine Mittelsperson Besitz zu erwerben, sich aber nachträglich Mängel dieser Vertretungsmacht herausstellen, welche eine Beseitigung ex tunc rechtfertigen, diese den Besitzerwerb durch den nunmehrigen Scheinvertreter unberührt lassen. Dies etwa wenn die Vollmacht widerrufen wird, oder wegen Willensmangels angefochten wird, aber auch wenn der Mangel bereits zum Vertragsabschluss wegen fehlender Geschäftsfähigkeit bestanden haben mag. Insofern besteht eine Befähigung zum Erwerb von Besitz im fremden Namen unabhängig von einer (allenfalls fehlerhaften) rechtsgeschäftlich eingeräumten Vertretungsmacht und deren rechtlicher Mängel.

Von dieser Sachlage kann aber in den hier zu beurteilenden Fällen nicht ausgegangen werden, da der Scheinvertreter ja eben zu keinem Zeitpunkt eine Autorisation des Geschäftsherrn empfangen hatte und eine solche widerrufen oder angefochten wurde.

⁴¹¹ *Iro*, Besitzerwerb 61

Wurzelmangels als ungültig erweist. Dies auch, wenn eine der Verhandlungsparteien nichts von dieser Unwirksamkeit weiß.⁴¹²

Nach den oben stehenden Ausführungen ist demnach davon auszugehen, dass die Wirkungen des Besitzes nicht beim unwirksam Vertretenen, sondern vielmehr beim Scheinvertreter selbst eintreten, der sowohl corpus, als auch animus zum Besitzerwerb der fremden Sache hat. Der falsus erwirbt den Besitz daher für sich selbst.⁴¹³

Der vermeintliche Erwerber selbst erwirbt jedoch, sollte ein Vertreter ohne wirksame Vollmacht und ohne ausreichende Bevollmächtigung zum Besitzerwerb das Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, keinen Besitz.⁴¹⁴

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass es nach der bisherigen Regelung des Art 5 der 4. EVHGB und dem darin normierten Begriff des Besitzes im Sinne des HGB nicht erforderlich war, dass ein entsprechender Besitzwille vorliegt. So genügt allein die Innehabung der Sache um einen Besitz anzunehmen.⁴¹⁵ Der Besitz stand somit einer bloßen Innehabung der Sache gleich. Jeder Inhaber einer körperlichen Sache war demnach Besitzer, wobei aber weiter zwischen Eigen- und Fremdbesitzer zu unterscheiden ist.⁴¹⁶ Der Regelung des Art 5 wuchs allerdings nie Bedeutung zu, da für die Anwendung im zivilrechtlichen Bereich immer die Regelung des ABGB und die zivilrechtliche Auslegung des Besitzes anzunehmen war.

⁴¹² *Iro*, Besitzerwerb 48 f; Zur Frage, wenn der Vertreter zwar eine Vollmacht zum Vertragsabschluss besitzt und das Titelgeschäft somit gültig ist, aber keine Ermächtigung zum Erwerb der gegenständlichen Sache erteilt wurde siehe *Iro*, Besitzerwerb 65.

⁴¹³ *Gschnitzer*, Sachenrecht 16: Allenfalls wirkt der Besitz für den Geschäftsherrn, sollte dieser eine Genehmigung des Rechtsgeschäftes aussprechen.

⁴¹⁴ *Iro*, Besitzerwerb 66

⁴¹⁵ *Iro*, Besitzerwerb 7 ff

⁴¹⁶ *Spielbüchler in Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 309 Rz 6

13.2 Eigentumsübergang beim Scheinvertreterhandeln

Vorraussetzungen für einen Eigentumsübergang sind nach § 380 entsprechend dem Prinzip der kausalen Tradition das Vorliegen eines gültigen Titels und die Durchführung einer faktischen Übergabe (Modus) bzw muss für einen derivativen Eigentumsübergang der Vormann Eigentümer sein oder zumindest die Verfügungsbefugnis über die Sache besitzen.

Um einen gutgläubigen Eigentumserwerb zu erreichen, kann weder die Voraussetzung des Titels noch die des Modus substituiert werden.⁴¹⁷ Liegen diese Voraussetzungen allerdings vor, so kann die Eigentümerstellung des sachenrechtlichen Vormannes bzw die Verfügungsbefugnis des veräußernden Stellvertreters bei einem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten unter Einhaltung strenger Voraussetzungen außer Acht gelassen werden. Der gutgläubige Eigentumserwerb wurde im Zivilrecht und im früheren Handelsrecht unterschiedlich behandelt.

Ein derivativer Eigentumserwerb des Dritten vom Eigentümer scheidet beim Scheinvertreterhandeln daher bereits mangels Vorliegen eines objektiv gültigen Titels aus.⁴¹⁸

13.2.1 Gutgläubiger Eigentumserwerb bei zivilrechtlichen Sachverhalten

Wird eine bewegliche Sache im fremden Namen veräußert, gilt das Vollmachtsrecht einschließlich der Regelungen über vollmachtloses Handeln.⁴¹⁹ Der falsus tritt im fremden Namen für einen vermeintlichen Geschäftsherrn als Stellvertreter auf.

Ein originärer Eigentumserwerb des gutgläubigen Erwerbers nach § 367 scheidet aufgrund des fehlerhaften Titelgeschäfts ebenso aus. Wie bereits nach der bisherigen Regelung ist auch nach § 367 nF auf einen gültigen Titel abzustellen.⁴²⁰ Ohne diesen kann der Erwerber am Vertragsgegenstand nicht gutgläubig Eigentum begründen. Der neue § 367 Abs 1 stellt schließlich ausdrücklich auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes, somit beruhend auf einem gültigen

⁴¹⁷ *Eccher in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 367 Rz 1

⁴¹⁸ OGH = SZ 53/163 = JBl 1981, 536 = EvBl 1981/196 S.574; OGH 27.9.1988 4 Ob 1517/88; OGH 13.1.1998, OGH 17.12.2003 9 Ob 77/03v

⁴¹⁹ *Eccher in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 367 Rz 2

⁴²⁰ *Schauer in Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den Neuerungen im UGB und im ABGB § 367, 368 Rz 2

Titel, ab, um dieses Erfordernis deutlicher zum Ausdruck zu bringen.⁴²¹ Das Eigentum an der vom Scheinvertreter veräußerten Sache liegt demnach immer noch beim vermeintlichen Geschäftsherrn. Die Lage gestaltet sich im zivilrechtlichen Bereich daher eindeutig.

Wurde vom Dritten an den unwirksam Vertretenen geleistet und befindet sich der Vertragsgegenstand in seinem Verfügungsbereich, ist dieser allenfalls bei einem Anspruch des Dritten nach § 366 passiv legitimiert. Erfolgte eine Leistung des Vertragsgegenstandes an den falsus, muss der Dritte und somit der Eigentümer die rei vindicatio gegen diesen als unmittelbaren Inhaber der Sache anstrengen, da weder ein aufrechtes Bevollmächtigungsverhältnis mit dem unwirksam Vertretenen vorliegt, noch eine vertragliche Verpflichtung zwischen dem Dritten und dem unwirksam Vertretenen begründet werden konnte.⁴²²

13.2.2 Gutgläubiger Eigentumserwerb bei früheren handelsrechtlichen Sachverhalten

Handelte der Veräußerer im fremden Namen ohne ausreichende Vertretungsmacht, so kam auch im unternehmensrechtlichen Bereich auf den ersten Blick mangels wirksamen Titels kein Erwerb zustande. Dieser Mangel konnte allenfalls in Betracht auf die Einhaltung stellvertretungsrechtlicher Grundsätze oder über das Bestehen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht gelöst und der Vollmachtmangel geheilt werden.⁴²³

Einige Stimmen⁴²⁴ in der Lehre haben sich eingehend mit der Frage beschäftigt, ob ein erweiterter Gutgläubenserwerb im unternehmensrechtlichen Bereich anzunehmen und daher auch der gute Glauben an die Vertretungsmacht geschützt ist. Fraglich war weiter, ob auf diese Weise der Mangel an der Vertretungsmacht geheilt werden kann.

⁴²¹ Für einen Verzicht der Beifügung „rechtmäßig und redlich“ spricht sich aber *P. Bydlinski in Harrer/Mader, HGB-Reform in Österreich* 69 aus.

⁴²² Es gibt allerdings Judikatur, siehe etwa OGH SZ 62/7, wonach der Eigentümer mit der rei vindicatio nicht durchdringt, wenn der Inhaber die Sache zwar titellos aber mit Willen eines Vertragspartners des Eigentümers benutzt. Bei den falsus-Fällen besteht aber weder ein aufrechtes Vertragsverhältnis des Dritten mit dem unwirksam Vertretenen, noch wird der falsus die Sache mit dessen Willen benutzen, meist wird der vermeintlich Vertretene nichts von seinem „Glück“ wissen und schon gar nicht die Nutzung der Sache durch den Scheinvertreter befürworten.

⁴²³ OGH SZ 53/163 = JBl 1981, 536 = EvBl 1981/196, 574; *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 22; *Schuhmacher in Straube*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 9

⁴²⁴ *Welser*, Vertretung 215 f; *Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 7 und 22; *Kalls/Schauer*, Handelsrecht 9/60; *Schuhmacher in Straube*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 9

Auch hier entspricht es der einhelligen Ansicht von Judikatur⁴²⁵ und Lehre⁴²⁶, dass der frühere § 366 HGB nicht das Vertrauen des Erwerbers auf eine ausreichende Vertretungsmacht schützt. Die Regelung des § 366 bezog sich vorrangig auf den Fall, in dem ein Kommissionär im eigenen Namen ein Verpflichtungsgeschäft abschloß und dann über die fremde Sache im eigenen Namen verfügte.⁴²⁷ Nur die sachenrechtliche Verfügungsbefugnis oder eine dingliche Berechtigung des Vormannes, nicht aber eine Bevollmächtigung zum Abschluss des Titelgeschäfts wurde daher von der Bestimmung umfasst. Auch hier sollte durch die Regelung des gutgläubigen Eigentumserwerbs nicht ein fehlendes Titelgeschäft substituiert werden.⁴²⁸ Da das Rechtsgeschäft bereits von vornherein nichtig ist, ging das Eigentum nach dem Prinzip der kausalen Tradition auch im unternehmensrechtlichen Bereich nicht über.

Wurde vom Gläubiger die Vertragserfüllung nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 der 4. EVHGB gefordert, vertritt *Kerschner* eine abweichende Meinung.⁴²⁹ Nach *Kerschner* war beim Erfüllungsanspruch von einer gesetzlich typisierten Anscheinsvollmacht auszugehen, wenn die Voraussetzungen des § 366 erfüllt waren. Diese Fiktion konnte den (gesetzlichen) Titel für den Übergang darstellen. *Kerschner* kritisiert die herrschende Ansicht⁴³⁰ als wertungsmäßig unbefriedigend.⁴³¹ Bei einem Handeln des Veräußerers im eigenen Namen würde der Rechtserwerb oft eintreten. *Kerschner* geht davon aus, dass in den Fällen, in denen ein Veräußerer die Eigentumsverhältnisse einer Sache offen legt und es sich daher für alle Beteiligten erkenntlich um einen fremden Veräußerungsgegenstand handelt, welcher im Eigentum eines Dritten steht, eine Pflicht des Dritten angenommen werden kann, bei dem eigentlichen Eigentümer nachzufragen.⁴³²

⁴²⁵ OGH SZ 14/49 noch zur Rechtslage nach dem AHGB; OGH SZ 53/163 = JBl 1981, 536 = EvBl 1981/96 = HS 10.761; OGH 17.12.2003 9 Ob 77/03v

⁴²⁶ *Welser*, Vertretung 215 f; *Kalls/Schauer*, Handelsrecht 9/60; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 9; In Deutschland hingegen ist diese Frage eine heftig umstrittene. Man vertrat in Deutschland die Meinung, dass § 366 HGB auch das Vertrauen des Erwerbers bezüglich der Vollmacht zum Verfügungsgeschäft schützt, wenn der Veräußerer im fremden Namen auftritt. Die Lehre in Deutschland beruht auf dem Abstraktionsprinzip, wonach ein mangelfreies Verpflichtungsgeschäft und die Gültigkeit des Titels für den Eigentumserwerb nicht entscheidend sind. Weitere Hinweise zur deutschen Lehre finden sich bei *Welser*, Vertretung 216 und 218; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch § 366 Rz 9. Die österreichische Rechtslage verlangt nach der kausalen Tradition jedenfalls immer auch ein wirksames Verpflichtungsgeschäft und ist die Frage nach einem Gutgläubensschutz der Vertretungsmacht zu verneinen.

⁴²⁷ *Welser*, Vertretung 215 f

⁴²⁸ OGH SZ 53/163 = JBl 1981, 536 = EvBl 1981/196, 574; OGH 17.12.2003 9 Ob 77/03v; *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 7; *Kalls/Schauer*, Handelsrecht 9/60; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 9

⁴²⁹ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 367 Rz 22

⁴³⁰ OGH SZ 53/163 = JBl 1981, 536 = EvBl 1981/196, 574; 17.12.2003 9 Ob 77/03v; *Welser*, Vertretung 215 f; *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 7 und 22; *Kalls/Schauer*, Handelsrecht 9/60; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 9

⁴³¹ *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 367 Rz 22

⁴³² *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 22

Diese Fiktion nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 sei ein Titel für die Übertragung des Eigentums, gesetzt dem Fall, dass alle anderen Voraussetzungen des § 366 HGB erfüllt waren.⁴³³ *Kerschner* stützt sich anscheinend auf die Ansicht *Welsers*, der anführt, dass bei Auftreten im eigenen Namen und Abschluss eines Kaufvertrages über eine vom Eigentümer übergebene Sache, ohne ein Wort über die wahren Eigentumsverhältnisse zu verlieren, ein Eigentumserwerb des Dritten Kraft guten Glaubens stattfindet. Wird aber bei der Veräußerung vom Verkäufer offen gelegt, dass er im fremden Namen handle, so geht das Eigentum nicht über, wenn eine entsprechende Bevollmächtigung fehlen sollte.⁴³⁴ Augenscheinlich stellt *Welser* aber allein auf den Kommissionär ab, nicht aber auf den falsus.

Auch *Holzhammer* geht davon aus, dass im unternehmensrechtlichen Bereich der gute Glaube des Erwerbers in scheinbaren Verfügungs- und Vollmachtsfällen geschützt sei.⁴³⁵ *Holzhammer* begründet dies damit, dass im Handelsverkehr Kaufleute wiederholt Waren zum „kommissionellen“ Verkauf übergeben werden.

Ganz allgemein könne dieser erweiterte Gutgläubensschutz darauf zurückgeführt werden, dass im Wirtschaftsverkehr eine Befugnis, über eine fremde Sache zu verfügen, sehr häufig ist und diese typischerweise aufgrund der Berufsausübung gegeben ist. Jede andersgeartete Beschränkung würde wohl die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigen.⁴³⁶

Andererseits muss die Sachlage mE auch aus der Sicht des unwirksam Vertretenen gesehen werden. Würde der Mangel am obligatorischen Rechtsgeschäft heilen, so würde der unwirksam Vertretene sein Eigentum verlieren, obwohl er vielleicht gar keine Kenntnis von der Sachlage hatte.⁴³⁷ Unter Umständen würde sich der unwirksam Vertretene sogar mit Ansprüchen des gutgläubigen Erwerbers bei Schlechterfüllung aber auch mit Ansprüchen gewährleistungsrechtlicher Art oder wegen positiver Vertragsverletzung konfrontiert sehen.⁴³⁸ Auch legt der unwirksam Vertretene umgekehrt keinen Wert darauf, aus dem Rechtsgeschäft mit dem Dritten berechtigt zu werden und von diesem eine Leistung zu erhalten.

⁴³³ *Rummel/Bumberger*, Musterfall Diplomprüfung Privatrecht I, JAP 2000/2001, 224 f

⁴³⁴ *Welser*, Vertretung 216 FN 11

⁴³⁵ *Holzhammer*, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht⁸ 190

⁴³⁶ *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB § 366 Rz 1; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und HGB-Reform, RdW 2004, 137; Wobei hier hauptsächlich der Kommissionär gemeint ist, welcher im eigenen Namen fremde Waren verkauft. *Schuhmacher* merkt an, dass bei vielen Kaufleuten eine Verfügungsbefugnis in einem geringeren Maße bestehen wird als eine solche bei einer Kommission vorliegen wird. So kann beispielsweise bei anderen Kaufleuten wie Lagerhaltern, Frachtführern oder Spediteuren nicht von der typischen Annahme einer derartigen Verfügungsbefugnis ausgegangen werden.

⁴³⁷ *Welser*, Vertretung 217

⁴³⁸ *Welser*, Vertretung 217 FN 17

Schließlich bleibt die Frage, was der unwirksam Vertretene dafür kann. In wenigen Fällen wird dieser einen äußeren Tatbestand gesetzt haben, welcher eine Zurechnung des Handelns des Scheinvertreters in seine Rechtsphäre gerechtfertigt scheinen lässt. Es besteht also me keinerlei Anlass, eine Heilung des Vollmachtsverhältnisses und des nichtigen Grundgeschäftes anzunehmen.⁴³⁹ Allenfalls können derartig starke Zurechnungsgründe dann angenommen werden, wenn der Scheinvertreter zwar nicht zum Abschluss des Rechtsgeschäftes, aber doch zur Empfangnahme der Leistung bevollmächtigt war oder im Vorfeld der Vertragsverhandlungen als Mittelsmann eingesetzt wurde. Waren die Umstände und das Verhalten des Vollmachtgebers im Einzelfall geeignet, im Dritten den begründeten Glauben zu erwecken, dass der Vertreter zu Vornahme des Rechtsgeschäftes befugt gewesen ist, mag ein derartig schutzwürdiges Vertrauen des Dritten bestehen. Nur in diesen Einzelfällen wird von einer Anscheinsvollmacht auszugehen sein, welche auch einen geeigneten Titel für den Eigentumsübergang darstellen kann. Sollten diese Umstände vorliegen und kann daher eine Anscheinsvollmacht angenommen werden, so ist dies unabhängig vom Vorliegen eines Erfüllungsanspruches gegen den falsus zu sehen.

Bevor man das Vertrauen des Erwerbers und Dritten auf ein Vorliegen der Vertretungs- und Verfügungsbefugnis schützen möchte, ist immer auch streng zu unterscheiden, ob eine Veräußerung im eigenen Namen erfolgt, oder aber ob es sich um Scheinvertreterfälle handelt. Bei diesen gibt der Veräußerer niemals an, über die Sache im eigenen Namen verfügen zu wollen. Es ist nicht zielführend Überlegungen, welche ursprünglich für den Kommissionär angestellt wurden, auf die völlig unterschiedlichen Fälle des Scheinvertreterhandelns anzuwenden.

Geht man weiter von der Meinung aus, wonach zwischen dem Scheinvertreter und dem Dritten ein Titel vorliegt, gestaltet sich auch die nächste Voraussetzung - die Übergabe des Vertragsgegenstandes - problematisch. Der gegenständliche Eigentumserwerb könnte auch an einem gültigen Modus scheitern. Ein Leistungsaustausch findet im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages immerhin zwischen dem Dritten und dem unwirksam Vertretenen statt, der Dritte geht aber nicht davon aus, eine Verpflichtung mit dem falsus selbst begründet zu haben und leistet auch nicht an diesen.⁴⁴⁰

Hatte man aber all diese Hindernisse auf dem Weg zu einem Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten an einer Sache des unwirksam Vertretenen überwunden, so gestaltete sich letztlich

⁴³⁹ *Welser*, Vertretung 217; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum HGB § 366 Rz 9

⁴⁴⁰ *Rummel/Bumberger*, JAP 2000/2001, 224 f

auch die faktische Leistung der Sache durch den falsus als sehr schwierig. Dieser veräußerte schließlich einen Gegenstand des unwirksam Vertretenen. Die vertragsgegenständliche Sache befand sich aber weiter beim Vertretenen, da dieser von einem Handeln in seinem Namen keine Kenntnis hatte und stellte sich die Frage, wie der Scheinvertreter den Gegenstand erlangen und liefern konnte. Kein Problem hatte man, wenn der falsus eine Genusschuld leisten sollte, so musste der falsus lediglich einen anderen Gegenstand aus dieser Gattung ankaufen. Handelte es sich aber nach dem Willen der Beteiligten um eine individuell bestimmte Sache und war der falsus daher nach Abs 1 des Art 8 Nr 11 EVHGB verpflichtet eine Speziesschuld in natura zu erfüllen, so konnte die Übergabe nach der alten Rechtslage daran scheitern, dass der falsus die Sache nicht erlangen konnte.

Diese Frage ist eng mit dem Wahlrecht des Dritten nach Abs 1 des Art 8 Nr 11 EVHGB verknüpft und kann daher auf die Ausführungen unter Punkt 6.2.1.3 hingewiesen werden. Fraglich ist, bis zu welchem Maß es dem Scheinvertreter zumutbar war, den Gegenstand vom Vertretenen anzukaufen. Den Ankauf des Leistungsgegenstandes musste der Scheinvertreter sicherlich nicht um jeden Preis unternehmen und hatte man sich am Marktpreis zu orientieren.⁴⁴¹ Wurde dieser erheblich überschritten, so bestand auch keine Verpflichtung des falsus die Speziessache anzukaufen.

Hingegen war es bei einem Eigentumserwerb im vormals handelsrechtlichen Bereich nicht wichtig, ob es sich beim Scheinvertreter um einen Vertrauensmann handelte. Es erfolgte nämlich stets eine Veräußerung durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes, wenn der falsus für eine Person einschritt, welche die frühere Kaufmannseigenschaft erfüllte. Auch hier hatte nämlich eine Ausrichtung an der Person des unwirksam Vertretenen zu erfolgen.

Kommt man zum Schluss, dass sowohl das Titelgeschäft saniert werden konnte, als auch der Modus keine Probleme darstellte, würde einem Eigentumserwerb daher nichts mehr im Wege stehen. Klar gestellt werden soll aber nochmals, dass ein gutgläubiger Eigentumserwerb auch im vormals handelsrechtlichen Anwendungsbereich nach der hier vertretenen Meinung bereits am Titelgeschäft scheiterte.

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass nach der alten Rechtslage gegen den kaufmännischen Scheinvertreter nur Ansprüche aus der Haftung nach Art 8 Nr. 11 EVHGB gel-

⁴⁴¹ Auch hierzu kann auf die Ausführungen und die nähere Bestimmung des „wirtschaftlich untunlichen“ Aufwands des falsus unter Punkt 6.2.1.3 hingewiesen werden.

tend gemacht werden konnten, aber keinerlei Eigentumswirkungen zwischen dem unwirksam Vertretenen und dem Dritten durch das Handeln des Scheinvertreters ausgelöst wurden. Ein originärer Eigentumserwerb des Dritten vom falsus war daher nicht möglich.

14 Bereicherungsrechtliche Problematik

Im Folgenden soll der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung im dreipersonalen Verhältnis - unwirksam Vertretene, falsus procurator, Dritte - besonderes Augenmerk geschenkt werden. Hier können einige Besonderheiten beobachtet werden, wenn ein Vertreter ohne Vollmacht handelt.⁴⁴² Nachstehende Konstellationen sind denkbar:

14.1 Der Dritte leistet an den unwirksam Vertretenen

Hat der Dritte seine Leistung im Hinblick auf das Vertretergeschäft unmittelbar an den unwirksam Vertretenen erbracht, so steht ihm gegen den Vertretenen ein Kondiktionsanspruch nach § 1431 zu, da das Rechtsgeschäft, auf welches der leistende Dritte vertraut hatte, in Wahrheit nicht bestanden hat und die Leistung rechtsgrundlos erfolgte.⁴⁴³

Der Dritte kann auch die Eigentumsherausgabeklage nach § 366 gegen den unwirksam Vertretenen anstrengen, bei welchem sich die Sache befindet.

Ein Kondiktionsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen besteht nur dann nicht, wenn der Vertretene seinerseits einen Vertrag mit demjenigen geschlossen hat, welcher später als sein Vertreter ohne Vollmacht gegenüber dem Dritten aufgetreten ist und der Vertretene kraft dieses Vertrages auf das vom Dritten Geleistete Anspruch gegenüber dem vollmachtlos Handelnden hatte und auch gegenüber dem Vertreter zu Gegenleistung verpflichtet ist.⁴⁴⁴ Der unwirksam Vertretene ist nämlich dann nicht auf Kosten des Dritten bereichert und es berührt ihn nicht, welche Rechtsbeziehung zwischen dem falsus als Vertragspartner und dem Dritten besteht. Aus Sicht des unwirksam Vertretenen, der mit dem falsus einen Vertrag abgeschlos-

⁴⁴² OGH 1 Ob 747/76 = SZ 49/133; OGH 10.04.1980 8 Ob 529/79; OGH 7 Ob 732/86 = SZ 60/20; OGH 2 Ob 5/00z = ecolx 2000, 498

⁴⁴³ OGH 1 Ob 747/76 = SZ 49/133; *Welser*, Vertretung 242 ff

⁴⁴⁴ OGH 1 Ob 747/76 = SZ 49/133. In der E handelt es sich um folgenden Sachverhalt: Der Beklagte als unwirksam Vertretenen beauftragte den später als falsus handelnden Nebenintervenienten damit, Installationsarbeiten durchzuführen. Aufgrund des Leistungsverzuges durch den Nebenintervenienten sei der Beklagte vom Vertrag zurückgetreten. Der Nebenintervenient bestellte beim späteren Kläger als geschädigten Dritten Waren im Namen und auf Rechnung des Beklagten, welcher den falsus aber nie zur Vornahme dieser rechtsgeschäftlichen Handlungen bevollmächtigt hatte. Der Kläger hatte daher die Waren an den Beklagten in der Meinung geliefert, einen durch den Nebenintervenienten namens des Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen. Dieser Leistungszweck wurde aber nicht erreicht, da die Forderung gegenüber dem Beklagten nicht bestand und ein rechtfertigender Grund für die Leistung zwischen Kläger und Beklagten fehlte.

sen hat, welcher den falsus zur Leistung verpflichtete, erscheint die Leistung des Dritten zum Zwecke der Erfüllung dieses Vertrages.⁴⁴⁵

Der Dritte kann daher allenfalls den Scheinvertreter mit Verwendungsanspruch nach §1041 in Anspruch nehmen.

Dem Dritten als Eigentümer der geleisteten Sache steht auch die Eigentumsherausgabeklage nach § 366 gegen den die Sache innehabenden Vertretenen zu.

14.2 Der Dritte leistet an den falsus

Die Leistung des Dritten an den Scheinvertreter erfordert eine Differenzierung:

14.2.1 Falsus zur Empfangnahme autorisiert

War der falsus wenigstens zum Empfang der Leistung für den Vertretenen autorisiert, so kann gemäß § 1431 gegen den unwirksam Vertretenen vorgegangen werden.⁴⁴⁶ Denn dann liegt eine Zuwendung des Dritten an den Vertretenen vor, bei dem auch eine Bereicherung tatsächlich eingetreten ist.

Welser weist richtigerweise darauf hin, dass der Vertretene verschiedene Personen mit der Abwicklung des Rechtsgeschäfts betrauen kann.⁴⁴⁷ Eine Vollmacht zum Vertragsabschluss wird womöglich an strengere Voraussetzungen geknüpft sein, als eine bloße Autorisierung zur Empfangnahme der Leistung. In aller Regel wird aber in den Fällen der autorisierten Empfangnahme eine Genehmigung des vollmachtlos geschlossenen Grundgeschäfts durch

⁴⁴⁵ OGH 1 Ob 747/76 = SZ 49/133

⁴⁴⁶ OGH 7 Ob 732/86 =SZ 60/20; OGH 14.12.1988 1 Ob 694/88; OGH 25.01.1995 3 Ob 505/95; OGH 16.05.2001 6 Ob 110/01x; OGH 20.01.2000 2 Ob 5/00z = JBl 2000, 446 (zust *Rummel*) = eolex 2000, 498; OGH 30.08.2007 8 Ob 57/07a; *Mader* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ Vor §§ 1431 ff Rz 28; *Koziol* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar ABGB² Vorb § 1431 - 1437 Rz 13; *Koziol/Welser* II¹³ 285. Missverständlich daher MietSlg 5086/19 und MietSlg 5087, wonach die Person Bereicherungsschuldner ist, welcher der Betrag wirtschaftlich zugekommen ist. Vollmachtgeber und Bevollmächtigter sollen beide solidarisch haften. *Kerschner* weist darauf hin, dass diese Annahme nur insoweit bestehen kann, als der Vertreter einen Teil der Leistung als Provision erhielt und er diesbezüglich also im eigenen Namen handelte (*Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB II/3³ Vor § 1431 Rz 18).

Hinzuweisen bleibt in diesem Zusammenhang noch auf die Sonderregelung des § 27 Abs 3 MRG, welche eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorsieht. Diese Regelung bestimmt zur Passivlegitimation bei Konditionensansprüchen, dass bei verbotenen Ablösen im Mietrecht grundsätzlich derjenige passiv legitimiert sei, dem diese Leistungen tatsächlich zugekommen sind bzw zukommen sollten.

⁴⁴⁷ *Welser*, Vertretung 242 ff

den Geschäftsherrn vorliegen, sodass sich derartige bereicherungsrechtliche Fragen nicht stellen werden.⁴⁴⁸

Sollte der Scheinvertreter die Sache in diesem Fall nicht an den Geschäftsherrn weitergeben, könne gegen den falsus mit Eigentumsherausgabeklage nach § 366 oder Verwendungsanspruch nach § 1041 vorgegangen werden.⁴⁴⁹

Probleme wirft auch das Nebeneinander von bereicherungsrechtlichen und schadenersatzrechtlichen Ansprüchen auf. Allenfalls bestehende Schadenersatzansprüche gegen den Scheinvertreter haben mE keinen Einfluss auf den Bereicherungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen. Beide Ansprüche beruhen auf unterschiedlichen Ausgangspunkten und stehen zueinander nicht im Verhältnis der Spezialität.⁴⁵⁰ Der geschädigte Dritte kann daher frei zwischen ihnen wählen und beide Ansprüche unabhängig voneinander geltend machen.⁴⁵¹ Ein Schadenersatzanspruch des Dritten entfällt mangels Schaden jedenfalls nicht, wenn gleichzeitig ein Kondiktionsanspruch angenommen werden kann.⁴⁵²

Ein Teil der Rechtsprechung⁴⁵³ geht aber davon aus, dass kein Schadenersatzanspruch bestehen soll, wenn kein Schaden eingetreten ist. Dies soll dann der Fall sein, wenn dem Geschädigten noch ein Bereicherungsanspruch zusteht. Praktisch läuft dies zu einer Subsidiarität des Schadenersatzanspruches hinaus. Dem kann mA nach aber nicht beigespflichtet werden. Insbesondere in dreipersonalen Verhältnissen kann der Bereicherungsanspruch gegen eine andere Person (unwirksam Vertretener) bestehen als gegen den Schädiger (falsus procurator). Bei einem Bereicherungsanspruch ist auch die Gefahr der Insolvenz beim Inanspruchgenommenen vom Geschädigten zu tragen. Für den Geschädigten ist es daher günstiger, zwei unterschiedliche Anspruchsgegner und Haftungsträger zu haben. Deshalb ist im Ergebnis der herr-

⁴⁴⁸ Welser, Vertretung 242 ff

⁴⁴⁹ Rummel in Rummel, Kommentar ABGB II/3³ Vor § 1431 Rz 18; Mader in Schwimann, ABGB Praxiskommentar VI³ §§ 1431 ff Rz 28

⁴⁵⁰ OGH 5 Ob 64/88 = wobl 1989/19; OGH 2 Ob 5/00z = JBl 2000, 446 (Rummel) = ecolex 2000, 498 (Thaler); OGH 4 Ob 15/05t = SZ 2005/50 uvm; Koziol, Haftpflichtrecht I³ 17/29; Mader in Schwimann, ABGB Praxiskommentar VI³ Vor §§ 1431 ff Rz 16; Koziol/Welser II¹³ 273 f

⁴⁵¹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ 17/30

⁴⁵² Rummel in Rummel, Kommentar ABGB II/3³ § 1431 Rz 25

⁴⁵³ So etwa OGH 1 Ob 722/83 = RdW 1984, 40 = SZ 56/135 = NZ 1984, 60 = JBl 1984, 669; OGH 3 Ob 612/83 = JBl 1985, 677 = SZ 57/108; AA OGH 6 Ob 333/68 = SZ 42/16 und OGH 1 Ob 533/92 = SZ 65/41 = JBl 1992, 720, wonach der Schaden entfallen soll, wenn der Bereicherungsschuldner zur Leistung fähig und bereits sei. Im Ergebnis können diese E aber auch als verfehlt angesehen werden.

schenden Lehre⁴⁵⁴ zuzustimmen und bestehen sowohl der Bereicherungsanspruch als auch der Schadenersatzanspruch unabhängig voneinander.

Fraglich sind noch die unterschiedlichen Verjährungsfristen beider Ansprüche. Bereicherungsansprüche verjähren gemäß § 1478 nach 30 Jahren, § 1489 hingegen sieht eine kurze Verjährung schadenersatzrechtlicher Ansprüche vor.

Wenn richtigerweise davon ausgegangen wird, dass beide Ansprüche nebeneinander bestehen, so weist *Koziol* richtig darauf hin, dass die verschiedenen Verjährungsfristen auch nebeneinander bestehen können.⁴⁵⁵ Es kann daher ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auch dann geltend gemacht werden, wenn ein Schadenersatzanspruch wegen Verjährung nicht mehr bestehen sollte.

Anders verhält es sich, wenn man der oben dargestellten Mindermeinung in der Rechtsprechung folgt, welche eine Subsidiarität des Schadenersatzanspruches annimmt. Der Schaden soll erst dann eintreten, wenn dem Geschädigten kein Bereicherungsanspruch mehr zusteht. Eine Verjährung des Schadenersatzanspruches setzt daher erst dann ein, wenn der Bereicherungsanspruch nicht mehr ergriffen werden kann, allenfalls daher nach Ablauf der langen Verjährungsfrist. Dies wird wohl allein aus Beweisgründen wenig praktikabel sein und kann daher der Nachweis des Bestehens eines Schadenersatzanspruches nach dem Verstreichen eines derart langen Zeitraums nicht mehr geführt werden.

14.2.2 Falsus zur Empfangnahme nicht autorisiert

Hat der Dritte an einen völlig unautorisierten Scheinvertreter geleistet, so kann er seinen Rückforderungsanspruch gegen den Scheinvertreter selbst geltend machen.⁴⁵⁶ Fraglich ist, in welcher Form dies zu geschehen hat. Hier fällt die Zweckbestimmung der Leistung als Zuwendung an den unwirksam Vertretenen und die tatsächliche Leistung an den falsus auseinander.

⁴⁵⁴ *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB II/3³ § 1431 Rz 25; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 17/29 f; *Mader* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ Vor §§ 1431 ff Rz 16; *Koziol/Welser* II¹³ 273 f

⁴⁵⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 17/31

⁴⁵⁶ OGH 10.04.1980 8 Ob 529/79

War der Scheinvertreter nicht einmal zur Empfangnahme berechtigt, so kann nach Teil einer Lehrmeinung⁴⁵⁷ gegen den Scheinvertreter als realen Empfänger der Leistung mit Kondiktionsanspruch nach § 1431 vorgegangen werden. Vor allem *F. Bydlinski*⁴⁵⁸ hat sich intensiv mit dieser Frage auseinandergesetzt. Der Leistende würde sich zwar auf seine Schuld gegenüber dem Vertretenen als Rechtsgrund beziehen, auch wolle er die vermeintliche Schuld gegenüber dem Vertretenen tilgen, ein Bereicherungsanspruch würde sich aber in Form einer Leistungskondiktion gegen den falsus selbst als tatsächlichen Vorteilsempfänger richten. Der leistende Dritte möchte zwar den unwirksam Vertretenen als Leistungsempfänger fixieren. Die Zweckbestimmung, welche vom Dritten vorgenommen wurde, sei aber wirkungslos und könne eine unwirksame Zweckbestimmung auch die Leistungsbeziehung bzw den Leistungsempfänger nicht fixieren.⁴⁵⁹ Letztlich würden im Verhältnis zum falsus die bewusste Zuwendung und die irrtümliche Verfehlung des dabei angegebenen (drittbezogenen) Rechtsgrundes ausreichen.⁴⁶⁰

Nach anderer Lehrmeinung⁴⁶¹ kann gegen den nicht autorisierten Scheinvertreter nur mit Verwendungsanspruch nach § 1041 vorgegangen werden. Diese Ansicht geht richtigerweise von dem Gedanken aus, dass der Dritte eine Leistung an den falsus in Zweckerreichung auf das Verhältnis zum unwirksam Vertretenen hin geleistet hat. So kann eine Leistungskondiktion nur zwischen dem Dritten und dem unwirksam Vertretenen bestehen, da auch nur in diesem Verhältnis eine Leistung erfolgte und die Leistung vom falsus im Namen des Vertretenen in Empfang genommen wurde.⁴⁶² Der Dritte wollte nur dem unwirksam Vertretenen einen Vorteil bewusst zuwenden und wurde die Person des unwirksam Vertretenen ausdrücklich als Leistungsempfänger zwischen den beteiligten Parteien vereinbart. Zwischen dem Dritten und dem Scheinvertreter hingegen fand nur die tatsächliche Zuwendung statt. Letztlich könnte daher gegen den Scheinvertreter nur mit Verwendungsanspruch vorgegangen werden, jedoch nicht mit Leistungskondiktion.⁴⁶³

⁴⁵⁷ *Welser*, Vertretung 244; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 254; *Koziol/Welser* II¹³ 285

⁴⁵⁸ *F. Bydlinski*, System 254

⁴⁵⁹ *F. Bydlinski*, System 255

⁴⁶⁰ *F. Bydlinski*, System 254

⁴⁶¹ *Koziol* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar ABGB² Vorb § 1431 - 1437 Rz 13; *Mader* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ Vor §§ 1431 ff Rz 28

⁴⁶² *Koziol* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar ABGB² Vorb § 1431 - 1437 Rz 13

⁴⁶³ *Koziol* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar ABGB² Vorb § 1431 - 1437 Rz 13; *Mader* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ Vor §§ 1431 ff Rz 28

Diesem Weg ist mA nach der Vorzug zu geben. Der Leistungsempfänger ist nach einer objektiven Betrachtungsweise vom Empfängerhorizont aus zu beurteilen. Als Leistungsempfänger wurde vom Dritten der unwirksam Vertretene bestimmt. Daher kann eine Leistung auch nur im Verhältnis Dritter zum unwirksam Vertretenen bestehen und kommen die Regeln der Leistungskonditionen auch nur in diesem Verhältnis zur Anwendung. Dem Dritten kann daher im Verhältnis zum Scheinvertreter nur ein Verwendungsanspruch aufgrund „sonstiger Bereicherung“ nach § 1041 zustehen.

Leistet der Dritte eine Sache an den unautorisierten falsus, so kann der Dritte auch hier wieder mit der Eigentumsherausgabeklage gegen den falsus vorgehen.

14.2.3 Der falsus leistet an den Dritten

Nach den gleichen Grundsätzen ist auch der umgekehrte Fall zu beurteilen: Hat der Vertreter für den unwirksam Vertretenen an den Dritten geleistet, so ist zu fragen, ob der Vertreter zur Leistung, wenn auch nicht zum Abschluss des obligatorischen Grundgeschäfts vom Geschäftsherrn autorisiert gewesen ist.⁴⁶⁴ War der Vertreter tatsächlich zur Leistung im Namen des Vertretenen befugt, so wird die Vermögenszuwendung wieder dem Vertretenen zugerechnet und ist dieser als Leistender anzusehen sei.⁴⁶⁵ Der unwirksam Vertretene kann daher gegen den Dritten, dem die Zuwendung zugute gekommen ist, kondizieren. Allenfalls ist zu prüfen, ob der Vertretene mit seiner Autorisierung zur Leistung nicht auch das fehlerhafte Grundgeschäft, welches durch den Vertreter geschlossen wurde, genehmigt hat. Insofern wäre ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten ohne Belang.

Hat aber der Scheinvertreter ohne Autorisierung an den Dritten geleistet, so steht dem falsus in eigener Person – nach *Welser* – ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten zu.⁴⁶⁶ Auch hierbei wird es sich wieder um eine Kondiktion nach § 1341 handeln. *Welser* geht davon aus, dass es sich hierbei um einen Kondiktionsanspruch des Vertreters handeln sollte, da es dabei bleiben müsse, dass der falsus selbst in eigener Person geleistet habe.

Folgt man aber der neueren Ansicht⁴⁶⁷, so wird auch umgekehrt davon auszugehen sein, dass dem falsus selbst nur ein Verwendungsanspruch gegen den Dritten nach § 1041 zusteht. Denn

⁴⁶⁴ *Welser*, Vertretung 242 ff

⁴⁶⁵ *Welser*, Vertretung 242 ff

⁴⁶⁶ *Welser*, Vertretung 242 f

⁴⁶⁷ *Koziol* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² Vorb § 1431 - 1437 Rz 13; *Mader* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar VI³ Vor §§ 1431 ff Rz 28

auch hier leistet der falsus nicht in eigener Person, sondern im Hinblick auf ein (wenn auch ungültiges) Rechtsgeschäft, welches er namens eines anderen abgeschlossen hat. Allenfalls kann der falsus auch auf die Genehmigung des Rechtsgeschäftes durch den unwirksam Vertretenen hoffen und lässt sich auch hier eine Leistung nur im Verhältnis unwirksam Vertreter und Dritter feststellen.

Gegen einen gegen ihn bestehenden bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch kann der geschädigte Dritte Ersatzansprüche aus der Scheinvertreterhaftung aufrechnen. Im Verhältnis zum falsus ist dies unproblematisch. Eine Aufrechnung ist im Verhältnis zum Vertretenen dann möglich, wenn diesem das Handeln des zur Leistung autorisierten Vertreters zugerechnet werden kann. Sind zwischen den Beteiligten bereits beidseitig Leistungen ausgetauscht worden, so kann auch eine Kompensation mit einem beim Dritten bestehenden Bereicherungsanspruch erfolgen. Dieser kann entweder direkt gegenüber dem Vertreter, in den Fällen des autorisierten falsus auch gegenüber dem unwirksam vertretenen Geschäftsherrn bestehen.

Bereicherungsrechtliche Fragen können auch hier mit der Eigentumsherausgabeklage korrelieren. So steht diese dem unwirksam Vertretenen zu, wenn eine Sache in seinem Eigentum veräußert wird. Auch kann der falsus, sollte er Eigentümer der geleisteten Sache sein, die Herausgabe von Dritten nach § 366 verlangen.

15 Haftung bei Gesamtvertretung

Besondere Probleme können auftreten, wenn ein Gesamtvertreter als Alleinvertretungsbefugter auftritt, der Vertretene aber nur berechtigt oder verpflichtet werden kann, wenn mehrere Gesamt- oder Kollektivvertreter Vertretungsakte setzen. Dies ist etwa denkbar, wenn ein oder mehrere Geschäftsführer nur zusammen mit den Prokuristen eines Unternehmens vertretungsbefugt sind.

Die Möglichkeit der Gesamtvertretung ist an vielen Stellen im österreichischen Recht vorhanden und dient dem Zweck, die Interessen des Vertretenen durch die Einsetzung mehrerer Vertreter, welche nur gemeinschaftlich handeln können, bestmöglich zu bewahren. Die Einrichtung einer Kollektivvertretung wird vor allem im unternehmensrechtlichen Bereich relevant sein.

Die gesetzlichen Bestimmungen reichen von § 1011 für eine rechtsgeschäftlich eingeräumte Gesamtvertretung, über eine mögliche Gesamtvertretung der gesetzlichen Vertreter Minderjähriger in § 154 Abs 2 und 3, bis hin zu organschaftlichen Bestimmungen im unternehmensrechtlichen Bereich.⁴⁶⁸

Nach *Welser*⁴⁶⁹ können folgende Fallgruppen gebildet werden:

15.1 Vortäuschen einer Einzelvertretungsbefugnis

Sollte sich der Gesamtvertreter als alleinvertretungsbefugt ausgeben, konnte problemlos nach der bisherigen Rechtslage eine entsprechende Haftung nach Art 8 Nr. 11 EVHGB angenommen werden.⁴⁷⁰ Es liegt ein „gewöhnlicher Fall der Vertretung ohne Vollmacht vor“⁴⁷¹. Waren alle Anwendungsvoraussetzungen für den handelsrechtlichen Bereich erfüllt⁴⁷², so haftete der Gesamtvertreter nach dieser Regelung. Je nachdem bestand ein Anspruch auf Erfüllung oder wahlweise das Erfüllungsinteresse nach Abs 1 bzw auf den Vertrauensschaden, sofern Abs 2 anwendbar ist.

⁴⁶⁸ Siehe etwa § 18 Abs 2 und 3 GmbHG und § 71 Abs 2 und 3 AktG.

⁴⁶⁹ *Welser*, Vertretung 230 ff

⁴⁷⁰ OGH 30.01.1979 4 Ob 594/78; OGH 16.06.1982 3 Ob 544/82; OGH 01.12.2005 6 Ob 127/04b; So auch *F. Bydlinski*, JBl 1983, 627

⁴⁷¹ *Welser*, Vertretung 231

⁴⁷² Vgl unter Punkt 5.3.

Im bürgerlich-rechtlichen Bereich blieb freilich die Haftung des allein handelnden Scheinvertreters nach wie vor bestehen. Er haftet auf das zugefügte Vertrauensinteresse – ein Verschulden des Vertreters vorausgesetzt.

Nach der neuen Rechtslage haftet der allein handelnde Gesamtvertreter nach Maßgabe des § 1019. So muss eine allfällige Unternehmereigenschaft der Beteiligten nicht mehr geprüft werden. Gibt sich ein Gesamtvertreter nach dem Stichtag des 01.01.2007 als alleinvertretungsbefugt aus und täuscht somit eine Einzelvertretungsbefugnis vor, haftet er alleine bei vorwerfbarrem Verhalten in Höhe des Vertrauensinteresses auf den beim Dritten eingetretenen Schaden.

15.2 Offenlegung der Gesamtvertretung

Gesondert zu behandeln sind solche Fälle, in denen die Gesamtvertretung offen gelegt wird. Der oder die Vertreter geben an, dass ein verpflichtendes Rechtsgeschäft für den Geschäftsherrn nur gemeinsam begründet werden kann. Hier können abermals verschiedene Fallgruppen unterschieden werden.

15.2.1 Setzung aller erforderlichen Vertretungsakte

Alle Bevollmächtigten haben bei Vertragsabschluss die erforderlichen Vertretungsakte gesetzt. Äußerlich und rein formal ist das Rechtsgeschäft somit abgeschlossen. Stellt sich nun später heraus, dass ein Vertreter keine Vertretungsmacht hatte, so haftet dieser als *falsus procurator*.⁴⁷³ Je nachdem haftete er nach der bisherigen Regelung des Art 8 Nr. 11 in dessen Anwendungsbereich oder nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen bzw nun allein nach Anwendung des § 1019. In diesem Bereich kam die bisherige handelsrechtliche Haftungsnorm wesentlich häufiger zur Anwendung, da der unwirksam Vertretene in aller Regel die kaufmännischen Voraussetzungen erfüllte.

Wären aber auch die Bevollmächtigungen der anderen Vertreter fehlerhaft gewesen oder hätten sie durch den Abschluss des konkreten Rechtsgeschäfts ihre Vertretungsbefugnis überschritten, so kann sich der haftbar gemachte *falsus* nicht darauf berufen, dass das Geschäft mit dem Dritten auch ohne Vorliegen seines konkreten Vollmangels unwirksam gewesen wäre.⁴⁷⁴ Dies habe den Grund darin, dass das Verhalten jedes Kollektivvertreters für den gesamten oder zumindest einen Teil des Schadens kausal war. Hätte bloß einer der Vertreter

⁴⁷³ Welser, Vertretung 233 ff, *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 4

⁴⁷⁴ Welser, Vertretung 233 insb FN 7.

über den vorliegenden Vollmangelmangel aufgeklärt, so hätte der Dritte jeglichen Aufwand im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages unterlassen. Dies entspricht auch Kausalitätsüberlegungen, denn stellt man sich ein sorgfältiges Verhalten auch nur eines Vertreters im Vorfeld der Vertragsverhandlungen vor, wäre kein Vertragsabschluss mit dem Dritten zustande gekommen und hätte der Dritte keine Aufwendungen unternommen.

Untersucht man die Kausalität im vormals handelsrechtlichen Bereich, insbesondere im Hinblick auf die Erfüllungshaftung des Abs 1, so kommt man abermals zu dem Ergebnis, dass diese nicht gegeben ist. Auch im Fall der Gesamtvertretung war das Verhalten auch nur eines Gesamtvertreters nicht ursächlich für den Ersatz des Vertrauensschadens, weil eben der Dritte bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag nicht geschlossen hätte und ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages daher zu keinem Zeitpunkt bestand.

Denkbar ist auch, dass der Mangel in der Bevollmächtigung eines Mitvertreters gelegen ist, die Vollmacht des in Anspruch genommenen Vertreters selbst aber keinen Mangel aufweist. Fraglich ist hier, inwiefern dem Kollektivvertreter eine Sorgfaltsverpflichtung trifft, den Verantwortungsbereich bzw die Vollmachtserteilung eines Mitvertreters zu überwachen.

Welser weist darauf hin, dass eine derartige Pflicht zwar ihrem Grunde nach bestehe, diese aber nur in einem stark abgeschwächten Ausmaß angenommen werden kann, zumal jeder Kollektivvertreter bezüglich seines eigenen Verantwortungsbereiches weitgehend autonom gestellt sein wird. Diese abgeschwächten Sorgfaltspflichten, welche den Mitvertreter treffen, resultieren in einem erhöhten Verschuldenserfordernis. Eine zivilrechtliche Haftung wegen Mangels in der Bevollmächtigung des Mitvertreters kann nur in den Fällen des arglistigen Vorgehens angenommen werden, nicht aber weil er sich auf die Gesamtvertretungsbefugnis des anderen verlässt.

Wird der zuletzt genannte Fall unter dem Gesichtspunkt der früheren handelsrechtlichen Haftungsnorm betrachtet, so ergibt sich folgendes Bild: Handelte der Kollektivvertreter, obwohl er Kenntnis vom Vollmangelmangel des Mitvertreters hatte und teilte er dies dem Verhandlungspartner nicht mit, so war dieser als Garant nach Art 8 Nr.11 verantwortlich.⁴⁷⁵ Er haftete daher wahlweise auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse nach Abs 1, gleich dem Gesamtvertreter, welcher in Kenntnis seiner eigenen fehlerhaften Vollmacht handelte. Abermals kön-

⁴⁷⁵ *Welser*, Vertretung 235

nen in dieser Konstellation erhebliche Wertungswidersprüche (auch im Verhältnis zu den anderen Gesamtvertretern) beobachtet werden.

Eine verschuldensunabhängige Haftung „des unvollständigen Gesamtvertreters“ nach Abs 2 des Art 8 Nr. 11 EVHGB war abzulehnen, da diese auf die handelnde Person beschränkt blieb.⁴⁷⁶ Sollte in diesem Fall die Vertretungsmacht eines anderen Kollektivvertreters unwirksam sein, kam allenfalls eine Haftung nach *cic* wegen mangelnder Aufklärung über die fehlende Vollmacht eines anderen Mitvertreters in Betracht.⁴⁷⁷

15.2.2 Erforderliche Vertretungsakte wurden nicht alle gesetzt

Denkbar ist auch, dass ein Kollektivvertreter zwar seinen Vertretungsakt setzt, die anderen Vertreter aber (da sich vielleicht die Mangelhaftigkeit zu einem späteren Zeitpunkt herausgestellt hat) keine derartigen Akte setzen.⁴⁷⁸ Es kommt also nicht einmal zu einem scheinbar korrekten Geschäftsabschluss. Kann der Vertreter, der nun rechtsgeschäftlich tätig geworden ist, als Scheinvertreter belangt werden? Da nicht alle erforderlichen Vertretungsakte gesetzt wurden, anders als im obigen Fall, haftet der handelnde Kollektivvertreter, soweit der Mangel seine eigene Vertretungsmacht betrifft, unter Annahme eines schuldhaft pflichtwidrigen Verhaltens wie ein Verhandlungsführer. Durch sein Verhalten habe er das Vertrauen des Dritten auf den erhofften Vertragsabschluss gestärkt und damit einen Vertrauensschaden verursacht.

Stellt sich hingegen heraus, dass der Mangel bei einem anderen Gesamtvertreter vorliegt, die Bevollmächtigung des handelnden Mitvertreters aber fehlerfrei ist, so kann auf die Ausführungen in der vorangegangenen Variante verwiesen werden und eine Haftung als Verhandlungsführer nur bei arglistiger Irreführung über die Bevollmächtigung der anderen Gesamtvertreter angenommen werden.

Sollte der Sachverhalt in diesem Fall früherer handelsrechtlicher Natur sein, so war auch dieser nach den Ausführungen zur bürgerlich-rechtlichen Rechtslage zu beurteilen. Eine Haftung nach Art 8 Nr. 11 setzte voraus, dass ein Handelsgeschäft bereits abgeschlossen wurde. Davon konnte allerdings nicht ausgegangen werden, wenn nicht alle erforderlichen Vertretungs-

⁴⁷⁶ *Welser*, Vertretung 235 wonach diese Risikozurechnung auf die Voraussetzungen in der Person des handelnden Vertreters zu beschränken sei; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB, Art 8 Nr. 11 Rz 4

⁴⁷⁷ Beispiel nach *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB Art 8 Nr. 11 Rz 12

⁴⁷⁸ *Welser*, Vertretung 236

akte gesetzt wurden. Auch der frühere handelsrechtliche Vertreter war unter Maßgabe des eben Gesagten daher „lediglich“ als Verhandlungsführer haftbar.⁴⁷⁹

15.3 Haftung des unwirksam Vertretenen

Besonderes Augenmerk soll in diesem Zusammenhang auch auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des unwirksam Vertretenen gelegt werden.

Die Haftung des unwirksam Vertretenen ist zu bejahen, wenn dem falsus-Gesamtvertreter zumindest Fahrlässigkeit bei seinem Handeln vorgeworfen werden kann. Da dieser nämlich als Gesamtvertreter vom unwirksam Vertretenen eingesetzt ist, ist in den meisten Fällen davon auszugehen, dass er zumindest für die Anbahnung von Vertragsverhandlungen ausreichend legitimiert war. Dies erfüllt die Voraussetzung, um ein schuldhaftes Verhalten des Erfüllungsgehilfen nach § 1313 a demjenigen zuzurechnen, der sich dem Gehilfen bei der Verhandlungsführung bedient hat.⁴⁸⁰

Nach der neuen Rechtslage und nach Einführung des § 1019 haftet nunmehr auch der falsus auf den Vertrauensschaden. Bisher war es so, dass der falsus, sofern die Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB zur Anwendung kam, wesentlich strenger auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse haftete, wohingegen der Geschäftsherr nur nach den zivilrechtlichen Regelungen auf den Ersatz des geringeren Vertrauensschadens in Anspruch genommen werden konnte. Dies stellte nach der alten Rechtslage eine erhebliche Ungleichbehandlung dar. Nach Einführung des § 1019 wurde daher auch die Haftung des Gesamtvertreters und des unwirksam Vertretenen harmonisiert und haften beide solidarisch auf den Ersatz des Schadens in derselben Höhe.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ *Welser*, Vertretung 236

⁴⁸⁰ *F. Bydlinski*, JBl 1983, 627 (644)

⁴⁸¹ Siehe auch unter Punkt 10.2.

16 Haftung nicht voll geschäftsfähiger Vertreter

Bezüglich dieses Regelungsbereiches gab es keine handelsrechtliche Sonderregelung, aus diesem Grund sind – und waren bereits früher – nur allgemeine zivilrechtliche Normen anwendbar. In Österreich gelten die allgemeinen Regelungen des ABGB.

Auffällig ist, dass Art 8 Nr. 11 EVHGB die Regelung des § 179 Abs 3 Satz 2 nicht übernommen hat, wonach eine Haftung des Vertreters immer dann entfällt, wenn dieser nur beschränkt geschäftsfähig ist und ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handelt. Eine Haftung kann nach deutscher Rechtslage nur angenommen werden, wenn der beschränkt Geschäftsfähige falsus mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. Diese Regelung bezieht sich einzig auf den Fall eines Vertretungshandelns im fremden Namen. Nach der deutschen Rechtslage kommt es zu einer sehr weiten Haftungsfreistellung des beschränkt Geschäftsfähigen. Mit der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wird dieser zum Vertragspartner.

Welser führt die Entscheidung des damaligen Gesetzgebers, die deutsche Regelung des Abs 3 nicht zu übernehmen, darauf zurück, dass auch die Vorgängerregelung des Art 8 Nr. 11 Art 55 AHGB keinen derartigen Hinweis enthielt bzw die Konsequenzen eines solchen Eingriffs in das Institut der Stellvertretung nicht abzusehen waren.⁴⁸²

16.1 Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen bei Handeln im eigenen Namen

Getrennt zu sehen sind die Fälle, in denen ein beschränkt Geschäftsfähiger ein Rechtsgeschäft, welches außerhalb seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit liegt, ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abschließt und den Dritten über das Vorhandensein seiner eigenen Geschäftsfähigkeit täuscht, sohin im eigenen Namen handelt. Der allgemeine Haftungsanspruch gegen den beschränkt Geschäftsfähigen, der über seine eigene Geschäftsfähigkeit täuscht, ist zum besseren Verständnis vorweg zu klären. Ebenso wird zu klären sein, inwiefern der beschränkt Geschäftsfähige in Anspruch genommen werden kann oder ob bei ihm ein Schutzbedürfnis besteht. Erst dann kann man sich der Frage widmen, wie der beschränkt Ge-

⁴⁸² *Welser*, Vertretung 214

schäftsfähige in den speziellen Fällen des Handelns im fremden Namen ohne aufrechte Vollmacht, sohin als falsus, zu beurteilen sein wird.

Ein solches Rechtsgeschäft ist zunächst schwebend unwirksam. Der Vertragspartner des beschränkt Geschäftsfähigen ist vorläufig gebunden bis zu einer Erklärung des gesetzlichen Vertreters.⁴⁸³ Mit nachträglicher Zustimmung des Machtgebers wird das Rechtsgeschäft schließlich auch rückwirkend voll wirksam. Erfolgt eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam, rückbezogen auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses.⁴⁸⁴

Auch hier sind wieder die Heilungsmöglichkeiten wie Konversion und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts möglich. Bei einem beschränkt Geschäftsfähigen kann das Rechtsgeschäft umgedeutet werden in ein Geschäft, das der beim Handelnden vorhandenen Geschäftsfähigkeit entspricht.⁴⁸⁵ Ebenso ist wieder die Konstruktion einer Botenschaft möglich.

16.1.1 Dogmatische Begründung eines Haftungsanspruches bei der Täuschung über die eigene Geschäftsfähigkeit

Vor allem *Frotz* setzt sich intensiv mit der dogmatischen Begründung einer allgemeinen cic-Haftung beim beschränkt Geschäftsfähigen auseinander.⁴⁸⁶ Zum allgemeinen Verständnis soll hier kurz der Ausgangspunkt der Studien von *Frotz* dargestellt werden. Er begründete die Lehre von der Kehrseite der Privatautonomie. Werden dem Einzelnen Möglichkeiten zur eigenen Rechtsgestaltung eingeräumt, so ist diese Handlungsmöglichkeit auch mit einer sozialen Verantwortlichkeit verbunden.⁴⁸⁷ Zur Anbahnung rechtsgeschäftlicher Beziehungen begibt sich der Dritte nämlich in einen fremden Einflussbereich, konkret den des beschränkt Geschäftsfähigen, in dem der Dritte freilich einem größeren Schadensrisiko ausgesetzt ist. Ohne vertragliche Schutzpflichten in contrahendo und einer rein deliktischen Verantwortlichkeit des rücksichtslos handelnden Geschäftspartners würde der Rechtsverkehr durch gesteigerte Vorsicht und Misstrauen behindert werden. Aus diesen Überlegungen heraus und um eine Funktionsfähigkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs zu sichern, sind Schutzpflichten anzuerkennen, die wohl regelmäßig auch den beschränkt Geschäftsfähigen treffen müssen.

⁴⁸³ *Steininger*, Vertragsabschlüsse in Unkenntnis der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Partners, in: *Martinek ua* (Hrsg) Arbeit, Recht und Gesellschaft Festschrift für Walter Schwarz (1991) 543 ff

⁴⁸⁴ *Steininger* in FS Schwarz (543) 546

⁴⁸⁵ *Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982) 90

⁴⁸⁶ *Frotz* in GedS Franz Gschnitzer 163

⁴⁸⁷ *Frotz* in GedS Franz Gschnitzer 163 (173)

Dazu führt *Frotz* aus: Da seiner Auslegung nach derartige Pflichten im vorvertraglichen Bereich als Korrelat der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten zu sehen sind, treffen derartige Verpflichtungen auch den beschränkt geschäftsfähig Handelnden.

Ganz grundsätzlich lässt sich eine Einschränkung des Prinzips des Minderjährigenschutzes zugunsten des Verkehrsschutzes festhalten.⁴⁸⁸ Dem beschränkt Geschäftsfähigen sind die Gefahren eines Geschäftsabschlusses zwar schwerer erkennbar.⁴⁸⁹ Das Interesse des Geschäftspartners, eine haftbare Person bezüglich der Irreführung über die Geschäftsfähigkeit zu haben, tritt gegenüber diesem Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen aber in den Vordergrund. Eine Haftung des Minderjährigen ist in diesen Fällen also dem Grunde nach dringend erforderlich, fraglich ist die Ausformung der Haftung und inwiefern dem Minderjährigen aufgrund seines Alters doch eine Haftungserleichterung zukommen sollte.

16.1.2 Rechtslage vor dem KindRÄG 2001

Zur Klärung der Rechtsfrage, ob den beschränkt Geschäftsfähigen eine Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten in eigenen Angelegenheiten trifft, ist eingangs Folgendes anzumerken. Die Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen gründet auf der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten. Diese treffen grundsätzlich auch den nicht voll Geschäftsfähigen.⁴⁹⁰ Wie bereits bei der dogmatischen Begründung des Haftungsanspruches dargestellt, war man bemüht, den Verkehrsschutz den Bedürfnissen des beschränkt Geschäftsfähigen hintanzustellen.

An dieser Stelle konnte nach der alten Rechtslage § 866 weiteren Aufschluss geben. Entgegen der allgemeinen Regelung für die Deliktsfähigkeit Minderjähriger⁴⁹¹ fand sich früher in § 866 eine stark einschränkende Sonderregelung für die Einstandspflicht des beschränkt Geschäftsfähigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Es konnte nach § 866 ein Minderjähriger, der das 18. Lebensjahr vollendet hatte, belangt werden, wenn er listigerweise vorgegeben hatte, zum Abschluss des Vertrages berechtigt zu sein. Die volle Geschäftsfähigkeit für den Abschluss von Rechtsgeschäften trat erst mit Vollendung des 19. Lebensjahres, und nicht wie im allgemeinen deliktischen Bereich mit dem 14. Lebensjahr, ein. § 866 verpflichtete den Handelnden

⁴⁸⁸ *Kurzweily*, Die Haftung Minderjähriger bei Täuschung über die Geschäftsfähigkeit im deutschen, österreichischen, schweizerischen, französischen und englischen Recht (1977) 155

⁴⁸⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/10

⁴⁹⁰ *Welser*, Vertretung

⁴⁹¹ § 153 ABGB mit einer Altergrenze von 14 Jahren Eintritt der vollen Verschuldensfähigkeit.

zum Ersatz des Vertrauensschadens. Der minderjährige Schädiger hat den vergebens auf die Gültigkeit einer abgegebenen Erklärung oder auf das Zustandekommen eines Vertrages Vertrauenden so zu stellen, wie er stünde, wenn er mit der Gültigkeit der Verpflichtung nicht gerechnet hätte.⁴⁹²

§ 866 stellte einen Anwendungsfall der *cic* dar und bildete nach der alten Rechtslage eine Beurteilungsgrundlage für den Schadenersatzanspruch gegen den Minderjährigen beim Handeln im eigenen Namen.⁴⁹³

Eine Haftung konnte nur nach Vollendung des 18. Lebensjahres des Täuschenden angenommen werden.⁴⁹⁴ Die Haftungsregelungen waren nicht unmittelbar auf Minderjährige anzuwenden, die trotz Täuschung über ihre Geschäftsfähigkeit das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten. Praktisch bedeutsam war die Haftung der 18-Jährigen und der Personen, deren Minderjährigkeit den gesetzlichen Regelungen entsprechend ausgedehnt war. Der Gesetzgeber schien davon ausgegangen zu sein, dass die Gefahr über die Täuschung der Geschäftsfähigkeit bei unter 18-Jährigen wohl nicht evident sein würde.

Welser geht davon aus, dass trotz der Notwendigkeit des Verkehrsschutzes eine Schutzwürdigkeit des beschränkt Geschäftsfähigen aufgrund seines Alters und seiner Unerfahrenheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr besteht.⁴⁹⁵ Diese Schutzwürdigkeit sollte im Rahmen des Verschuldens entsprechend dem § 866 berücksichtigt werden, da der beschränkt Geschäftsfähige nicht in der Lage wäre, die Gefahren des Rechtsverkehrs einzusehen und die Tragweite rechtsgeschäftlichen Handelns entsprechend zu erkennen. Der beschränkt Geschäftsfähige sollte auf den Vertrauensschaden haften, wenn er listig vorgegeben hat, Verträge schließen zu können und somit über seine Geschäftsfähigkeit getäuscht hat.⁴⁹⁶ Diese Irreführung konnte ausdrücklich erfolgen oder durch andere Umstände mitgeteilt werden, die den Vertragspartner auf das Bestehen einer entsprechenden Geschäftsfähigkeit schließen ließen.⁴⁹⁷ Es wurde - so die Ansicht *Welsers*⁴⁹⁸ - ausschließlich auf eine bewusste und somit wissentliche und vorsätz-

⁴⁹² OGH 5 Ob 3/75 = EvBl 1976/2 S 13 = SZ 48/8; OGH 5 Ob 626/76 = SZ 49/94

⁴⁹³ *Welser*, Vertretung 120 ff; *Kurzweilly*, Haftung Minderjähriger 85; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/16

⁴⁹⁴ Zur genaueren Darstellung siehe *Kurzweilly*, Haftung Minderjähriger 78 ff; Die damalige Volljährigkeitsgrenze war - wie bereits erwähnt - bei 19 Jahren.

⁴⁹⁵ *Welser*, Vertretung 120 f

⁴⁹⁶ *Welser*, Vertretung 121

⁴⁹⁷ *Kurzweilly*, Haftung Minderjähriger 81

⁴⁹⁸ *Welser*, Vertretung 120 f

liche Irreführung durch den Minderjährigen abgestellt.⁴⁹⁹ Rein fahrlässige Irreführung war somit nicht haftbar.

Dieser Begriff der listigen Irreführung durch den beschränkt geschäftsfähigen Handelnden war sehr ungenau. Bezweifelt wurde in der Lehre, ob das bloße Verschweigen oder eine rein konkludente Behauptung der Vollmacht beispielsweise durch das einfache Auftreten des Minderjährigen als Geschäftspartner eine Haftung nach § 866 gegen den beschränkt Geschäftsfähigen ermöglichen sollte.⁵⁰⁰

Die Rechtsprechung⁵⁰¹ hingegen ging in einem sehr weiten Verständnis davon aus, dass ein haftungsbegründender Sachverhalt im Sinne des § 866 anzunehmen sei, wenn das Auftreten und Verhalten einer bewusst ihre tatsächlich gegebene Beschränkung der Handlungsfähigkeit verschweigenden Person geeignet ist, dem Kontrahenten den persönlichen Eindruck zu vermitteln, dass das angestrebte Rechtsgeschäft mit einem Handlungsfähigen eingegangen wurde. Als gefordertes listiges Verhalten war nur eine bewusste Irreführung zu sehen. Auch das bloße Verschweigen der beschränkten Geschäftsfähigkeit konnte nach Ansicht der Rechtsprechung eine Inanspruchnahme nach § 866 begründen.⁵⁰² Abzustellen war – so der OGH⁵⁰³ – insbesondere auf das Aussehen und das Auftreten des beschränkt Geschäftsfähigen, demnach auch auf ein konkludentes Verhalten des Handelnden.⁵⁰⁴

Von der übrigen Lehre wurde dieser weite Standpunkt nicht vertreten. *Gschnitzer* etwa ging davon aus, dass die Irreführung zwar nicht schuldhaft erfolgen müsse, den Minderjährigen trotzdem aber – um eine Einstandspflicht bejahen zu können – ein schwerer Verschuldensvorwurf treffen müsse.⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ *Welser*, Vertretung 68

⁵⁰⁰ *Kurzwelly*, Haftung Minderjähriger 82 und 176: Kritisiert wird, dass bei derartigen Annahmen einer Schadenersatzpflicht „der Minderjährigenschutz weitgehend ausgehöhlt“ wird. *Kurzwelly* spricht sich für eine rein ausnahmsweise Anwendung der Haftung der Minderjährigen wegen Verschweigens oder konkludenten Handelns je nach Lage des Falls aus; Krit auch *Welser*, Vertretung 121;

⁵⁰¹ OGH 5 Ob 3/75 = EvBl 1976/2, 13 = SZ 48/8

⁵⁰² OGH 5 Ob 3/75 = EvBl 1976/2, 13 = SZ 48/8

⁵⁰³ OGH 5 Ob 3/75 = EvBl 1976/2, 13 = SZ 48/8

⁵⁰⁴ Es gibt aber eine Vielzahl von Fallkonstellationen, in denen es dem Geschäftspartner keinesfalls leicht fallen dürfte, die Minderjährigkeit seines Gegenübers zu erkennen: *Strasser*, Rechtsprobleme des Spargeschäftes der Kreditinstitute mit Minderjährigen (1974) 33. Wie ein allfälliges Mitverschulden des Vertragspartners zu beurteilen ist siehe gleich unten.

⁵⁰⁵ *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB IV/1, 91

*Koziol*⁵⁰⁶ sieht die Regelung des § 866 als „generelle Begrenzung“ der Aufklärungspflichten des beschränkt Geschäftsfähigen über das Fehlen seiner Geschäftsfähigkeit. Daher wäre schon - anders als bei *Welser* - die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Minderjährigen und nicht erst dessen Verschuldensfähigkeit zu verneinen. Den beschränkt Geschäftsfähigen sollten Aufklärungspflichten nur dann treffen, wenn wegen seines Alters eine erhöhte Gefahr bestand, dass er für geschäftsfähig gehalten wurde, der Partner keine Information hatte und es dem Minderjährigen vorgeworfen werden konnte, dass er sich nicht anders verhalten hat.⁵⁰⁷ Anzunehmen war eine Aufklärungspflicht des Minderjährigen dann, wenn der Partner auf diese Information besonderen Wert legt und auf diese angewiesen ist. § 866 betrifft nach *Koziol* daher keine Sonderregelung wegen Verschuldensfähigkeit, sondern regelt generell bereits die Pflichten des Minderjährigen.⁵⁰⁸

Bei einem Haftungsanspruch gegen den beschränkt Geschäftsfähigen war letztlich auch die Schutzwürdigkeit des Geschäftspartners beachtlich. So kam es trotz listigen Verhaltens des Minderjährigen zu einem vollständigen Haftungsentfall, wenn der Vertragspartner leicht Erkundigungen über das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit einholen hätte können.⁵⁰⁹ Es war also von einer vollständigen Kulpakompensation auszugehen. Eine Ersatzpflicht sollte entfallen, wenn der andere Teil vor Abschluss des Geschäfts trotz Zweifel nicht erst Erkundigungen über die Wahrheit des Vorgebens des beschränkt Geschäftsfähigen einholte. Erkundigungen über das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit konnten als verzichtbar angesehen werden, wenn es für den Geschäftspartner keine konkreten Zweifel gab.⁵¹⁰ Hinsichtlich dieser Regelung kam es zu einem starken Widerspruch des früheren § 866 mit der allgemeinen zivilrechtlichen Regelung des § 1304 und der hier vorgesehenen Schadensteilung.⁵¹¹

16.1.3 Rechtslage nach dem KindRÄG 2001

§ 866 wurde schließlich durch das KindRÄG 2001 im Zuge der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters aufgehoben. Der Gesetzgeber hatte die Haftung für Minderjährige über achtzehn Jahre wegen listigem Vortäuschen der Geschäftsfähigkeit nach der Absenkung der Volljäh-

⁵⁰⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/11

⁵⁰⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/14

⁵⁰⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/11 ff

⁵⁰⁹ *Welser*, Vertretung 121; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/13; Ein schweres Verschulden des Minderjährigen wird daher durch bloß leichte Fahrlässigkeit des Vertragspartners aufgehoben.

⁵¹⁰ GIUNF. 3620; GIUNF. 1627; GIU. 14171; OGH 5 Ob 3/75= EvBl 1976/2, 13 = SZ 48/8

⁵¹¹ Siehe unter Punkt 7.1 und Punkt 7.3.

rigkeitsgrenze auf 18 Jahre für nicht mehr notwendig gehalten.⁵¹² Ob dadurch die Schutzfunktion des § 866 beseitigt wurde, bleibt zu klären.⁵¹³

Hat der Minderjährige nun für Irreführungen, auch fahrlässiger Art, über seine Geschäftsfähigkeit nach allgemeiner deliktischen Regelung ab dem vollendeten 14. Lebensjahr zu haften?

Die Haftung mündiger Minderjähriger für die Irreführung des Geschäftspartners über die eigene Geschäftsfähigkeit wäre so nach § 153 zu beurteilen. Dieser normiert eine Ersatzpflicht des Schädigers mit Erreichen der Mündigkeit, soweit ihm unter Verweis auf die Regelung des § 1310 nicht bereits früher ein Verschulden zu Last gelegt werden kann. Im Ergebnis würde dies zu einer vollen Ersatzpflicht des mündigen Minderjährigen und somit beschränkt Geschäftsfähigen in der Höhe des Vertrauensschadens führen.

Folgt man dieser Ansicht, handelt es sich durch den Wegfall des § 866 um eine wesentliche Haftungsverschärfung, die mit dem Schutzzweck der Regeln über die Geschäftsfähigkeit nicht vereinbar ist.⁵¹⁴ Denn durch die Regelungen über die Geschäftsfähigkeit ist einem mündigen Minderjährigen zwar der Abschluss eines wirksamen Rechtsgeschäfts egal welcher Art untersagt, er könnte aber aus dem (vorvertraglichen) Rechtsverhältnis ersatzpflichtig werden.

Da diese Haftung im Ergebnis unerwünscht ist, gehen viele Stimmen davon aus, dass weiter von einer eingeschränkten Ersatzpflicht des nicht voll Geschäftsfähigen auszugehen ist.

Nach einem Teil der Lehre⁵¹⁵ soll angenommen werden, dass den Minderjährigen aufgrund fehlender Einsichtsfähigkeit im geschäftlichen Bereich kein Verschulden trifft, wenn er über das Vorliegen seiner Geschäftsfähigkeit irreführt.⁵¹⁶ Eine Haftung sei im Rahmen des § 1310 zu beurteilen. Strittig ist bei dieser Ansicht, wie *Koziol* hinweist, warum nur bei Vorliegen

⁵¹² 296 BlgNr. 21.GP 82; *Weitzenböck*, Die Handlungsfähigkeit nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari* (Hrsg) Reform des Kindschaftsrechtes (2001) 4; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 866 Rz 1

⁵¹³ *Weitzenböck* in *Ferrari*, Reform des Kindschaftsrechtes 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 64

⁵¹⁴ Vgl etwa die Schutzvorschrift für beschränkt geschäftsfähige Personen in § 21 ABGB; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 866 Rz 1; *Fischer-Czermak* weist auch darauf hin, dass von einem solchen Willen des Gesetzgebers nicht so einfach ausgegangen werden kann. Hätte dieser nämlich tatsächlich eine Verschärfung zur bisherigen Haftung gewollt, so wäre dies in den Erläuterungen eindeutig zum Ausdruck gekommen; *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 3002.

⁵¹⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 64

⁵¹⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 64

von List ein Verschulden des beschränkt Geschäftsfähigen bei Verletzung diesbezüglicher Aufklärungspflichten angenommen werden kann.⁵¹⁷

Dieser Meinung ist nicht zuzustimmen. Bereits zur alten Rechtslage wurde von einer fehlenden Rechtswidrigkeit des Verhaltens des beschränkt Geschäftsfähigen ausgegangen. In Fortsetzung der bereits zur Regelung des § 866 bestehenden Ansicht ist daher den unten stehenden Ausführungen der Vorzug zu geben.

Bedacht werden muss, dass bereits die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen in eigenen Angelegenheiten fehlt, sodass dieser das vorvertragliche Verhältnis schon gar nicht wirksam begründen kann.⁵¹⁸ Andernfalls würde man zum Ergebnis kommen, dass der Minderjährige zwar kein Vertragsverhältnis außerhalb des Radius seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit schließen kann, ein vorvertragliches Schuldverhältnis aber sehr wohl. Ein anderer Teil der neueren Lehre geht daher im Anschluss an die Lehre *Koziols*⁵¹⁹ davon aus, dass den beschränkt Geschäftsfähigen keine vertraglichen Aufklärungspflichten über die fehlende Geschäftsfähigkeit treffen. Soin sei bereits die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu verneinen.⁵²⁰

Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber bei der Streichung des § 866 durch die Senkung der Altersgrenze tatsächlich nur die Gruppe der 18-Jährigen im Blick hatte, für die eine Regelung mit Schutzwirkung nicht mehr notwendig gewesen wäre, dann liegt es auch nahe, davon auszugehen, dass er bei den 14- bis 17-Jährigen keine Änderung der Gesetzeslage wollte.⁵²¹ Im Ergebnis kann daher keine Ausweitung der „Strafbarkeit“ der 14- bis 17-Jährigen gegenüber der bisherigen alten Rechtslage angenommen werden.

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Der beschränkt Geschäftsfähige handelt im eigenen Namen und täuscht über das Vorliegen der eigenen Geschäftsfähigkeit. Das Rechtsgeschäft kommt nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters zustande. Aufgrund mangelnder Rechtswidrigkeit seines Verhaltens besteht kein Haftungsanspruch gegen den beschränkt Geschäftsfähigen aus *cic*. Denn in Anlehnung an die Lehre *Koziols* treffen den beschränkt Geschäftsfähigen grundsätzlich keine Aufklärungspflichten.

⁵¹⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/12

⁵¹⁸ *Beclin*, Die wichtigsten Neuerungen durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz, JAP 2001/2002, 121 (122)

⁵¹⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/11 ff

⁵²⁰ *Beclin*, JAP 2001/2002, 121 f.; *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002, 301

⁵²¹ *Beclin*, JAP 2001/2002, 121 (122)

Beim Vertragspartner ist aber dessen Gutgläubigkeit in Bezug auf das Vorliegen der vollen Geschäftsfähigkeit schützenswert. Auch hier kann mE eine Anlehnung an die Lehre *Koziols* erfolgen. Gab es besondere Umstände, wegen denen der Geschäftspartner auf das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit beim Gegenüber schließen durfte, ist seine Schutzwürdigkeit beachtlich. Diesbezüglich bestehen Aufklärungspflichten des Minderjährigen gegenüber dem Geschäftspartner und haftet der beschränkt Geschäftsfähige bei Zuwiderhandeln auf den Vertrauensschaden, welcher dadurch eingetreten ist, dass der Partner auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut hat. Eine Verpflichtung zur Aufklärung kann mE auch dann angenommen werden, wenn dem beschränkt Geschäftsfähigen ein besonderer Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er nicht über seine Geschäftsunfähigkeit aufgeklärt hat oder wenn der Partner ausdrücklich den beschränkt Geschäftsfähigen darauf anspricht und dieser seine Geschäftsunfähigkeit verneint.

Im Falle einer Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen muss auch ein allfälliges Mitverschulden des Vertragspartners in die Beurteilung einfließen, fraglich ist nur wie dies erfolgen soll.

Weitzenböck meint, dass die erfassten Sachverhalte nunmehr bei Vorliegen eines Mitverschuldens nach Maßgabe des § 1304 zu beurteilen seien.⁵²² Es soll daher eine Abwägung je nach Vorliegen der Verschuldensgrade beim Vertragspartner und beim Minderjährigen erfolgen. Je nachdem ist ein Ersatzanspruch des Vertragspartners zu kürzen, bis es schließlich zu einer gleichteiligen Schadensteilung kommt.⁵²³

Nach *Binder* soll nunmehr eine Kulpakompensation gemäß § 878 Satz 3 analog zur Anwendung kommen.⁵²⁴ Gerade bei der schuldhaften Verletzung vorvertraglicher Pflichten „überlagere“ diese Regelung die Schadensteilung des § 1304. Der Minderjährige habe daher nur für die Verletzung seiner Aufklärungspflichten einzustehen, solange dem Vertragspartner nicht ein gleichgeartetes Verschulden vorgeworfen werden kann. Ein Haftungsanspruch würde dann bestehen, wenn der Minderjährige arglistig, sein Vertragspartner aber nur fahrlässig gehandelt habe. Ebenso wäre es, wenn dem beschränkt Geschäftsfähigen grobe, seinem Gegen-

⁵²² *Weitzenböck* in *Ferrari*, Reform des Kindschaftsrechtes 4 FN 16; *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 530 FN 112

⁵²³ Siehe unter Punkt 7.1.

⁵²⁴ *Binder* in FS Kohlegger 43 (58); Zur Auslegung des § 878 Satz 3 siehe unter Punkt 7.1.1 und 7.1.2 insbesondere zur Ersatzpflicht bei gleichzeitigem Verschulden.

über aber nur leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.⁵²⁵ Bei einem Aufeinandertreffen von gleichen Verschuldensgraden käme es zu einem vollständigen Haftungsentfall. Im Ergebnis sei dies – so *Binder* – eine mildere Haftung für den beschränkt Geschäftsfähigen. Die Regelung der Kulpakompensation könne einen sinnvollen Maßstab bei der Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen wegen Vortäuschens der eigenen Geschäftsfähigkeit bieten.⁵²⁶

Im Einklang mit der alten Rechtslage und im Sinne einer Rechtskontinuität ist meines mE (ausnahmsweise) in den hier interessierenden Fällen von einer Kulpakompensation nach dem Vorbild des § 878 Satz 3 auszugehen.

Die Regelung der Kulpakompensation verdient zwar eine generelle Absage, da es sich um eine deutlich zu starre Regelung handelt, welche es nicht gestattet, die Bedürfnisse und Interessenslagen der Beteiligten ausreichend zu berücksichtigen. Im Ergebnis scheint der Anwendungsbereich der Kulpakompensation aber derart eingeschränkt, dass ein Haftungsentfall ja nur bei „gleichzeitigem“ Verschulden des Minderjährigen und seines Vertragspartners angenommen werden kann.⁵²⁷ In allen anderen Fällen kommt es ohnehin zu einer Schadensteilung, welche den Vorgaben des § 1304 entspricht. Die Annahme einer Kulpakompensation erleichtert einmal mehr die Stellung des Minderjährigen durch den teilweisen Entfall der Haftung. Dies betont nochmals die schutzwürdige Position des beschränkt Geschäftsfähigen, welcher am Rechtsverkehr teilnimmt.

Eine Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen kann nach strafrechtlichen Gesichtspunkten anders beurteilt werden. Jugendliche sind ab dem 14. Lebensjahr voll haftbar. Eine Haftung des Minderjährigen wegen Betruges könne unter den §§ 1311 iVm 146 StGB oder nach § 1295 wegen Verstoßes gegen ein strafrechtliches Schutzgesetz berücksichtigt werden.⁵²⁸ Ein mündiger Minderjähriger haftet daher, wenn er über seine Geschäftsfähigkeit täuscht, um einem anderen absichtlich Schaden zuzufügen und hierbei mit Bereicherungsvorsatz handelt. Auch auf diesem Weg haftet der Minderjährige nicht wegen entstandener „gewöhnlicher“ Vertrauensschäden beim Dritten, soweit er diese fahrlässig verursacht hat. Alle „schlichten Irreführungen über die mangelnde Geschäftsfähigkeit“ würden daher straffrei bleiben.⁵²⁹ Der

⁵²⁵ *Binder* in FS Kohlegger 43 (59)

⁵²⁶ *Binder* in FS Kohlegger 43 (58)

⁵²⁷ Vgl. auch die generellen Ausführungen unter Punkt 7.1.1.

⁵²⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/15; *Beclin*, JAP 2001/2002, 121 (122) FN 10; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 866 Rz 2

⁵²⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/15; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 866 Rz 2

beschränkt Geschäftsfähige haftet nur bei Vorliegen eines Bereicherungsvorsatzes⁵³⁰ und bei Eintritt eines Vermögensschadens beim Geschädigten. Von dieser Regelung sind daher ausschließlich Härtefälle erfasst.⁵³¹

16.2 Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen als falsus procurator

Nach § 1018 kann eine Person mit beschränkter Geschäftsfähigkeit bereits als Vertreter rechtsgeschäftlich bestellt werden.⁵³² Der Vertretene soll selbst prüfen, wen er als Vertreter einsetzt und ob die von ihm gewählte Person mit der Verantwortung der Vornahme eines Rechtsgeschäfts für jemand anderen betraut werden kann.⁵³³

§ 866 regelte - wie eben ausführlich dargestellt - nur den speziellen Fall der *cic*, sollte der Minderjährige seine eigene Volljährigkeit arglistig vortäuschen. § 866 soll aber nicht nur die Haftung bei Irreführung über die eigene Geschäftsfähigkeit betreffen sondern auch anwendbar sein, wenn sich der Minderjährige als Vertreter für eine andere Person ausgibt, aber keine Vertretungsmacht besitzt. Der beschränkt Geschäftsfähige handelt in solchen Fällen im fremden Namen.

Welser bejahte eine analoge Anwendung des § 866 auf diese Fälle bei Handeln des beschränkt Geschäftsfähigen als falsus procurator.⁵³⁴ *Welser* sieht in diesen Fällen Pflichten betroffen, die verhindern sollen, dass der Geschäftspartner über das Vorliegen der Vertretungsmacht und die Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts getäuscht wird. Der beschränkt Geschäftsfähige ist auch hier den Gefahren des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nicht gewachsen. Im Ergebnis haftete daher der beschränkt geschäftsfähige Vertreter, der sich fälschlicherweise als Bevollmächtigter ausgibt, nach der alten Rechtslage gemäß § 866 und konnte ihm nur listiges Verhalten gegenüber dem Dritten angelastet werden kann.

Auch *Koziol* bejaht eine analoge Anwendung auf andere Fälle der *cic*, da der Minderjährige durch die Schutzbestimmung des § 866 ganz allgemein vor den besonderen Gefahren des Rechtsverkehrs, nicht nur bezüglich der Irreführung über das Vorliegen der eigenen Geschäftsfähigkeit, geschützt werden solle.⁵³⁵ *Koziol* führt zur inhaltlichen Ausgestaltung dieser

⁵³⁰ Dieser liegt nur in den seltensten Fällen vor so *Binder* in FS Kohlegger 43 (57).

⁵³¹ *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 866 Rz 2; *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002, 302

⁵³² *Strasser* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 1018 Rz 1; *P. Bydlinski* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1018 Rz 1

⁵³³ *P. Bydlinski* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1018 Rz 1

⁵³⁴ *Welser*, Vertretung 120

⁵³⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/16

Haftung - in Anlehnung an die Ansicht *Welsers* - näher aus, dass eine analoge Anwendung nur so weit gehen könne, als der Minderjährige den Geschäftspartner über die Gültigkeit des Geschäfts täuscht. Nicht hingegen sollen hier Verletzungen anderer Schutzpflichten Gegenstand eines Haftungsanspruches sein, denkbar auch hier die Gefährdung deliktisch geschützter Güter des Dritten.⁵³⁶

Ebenso geht *Binder* davon aus, dass eine Parallelität zwischen dem Vortäuschen über die eigene Geschäftsfähigkeit und dem Handeln des beschränkt Geschäftsfähigen als *falsus procurator* gegeben ist. Der beschränkt Geschäftsfähige wird bei der Feststellung des Vorliegens einer gültigen Vollmacht nämlich ähnliche Schwierigkeiten wie bei der Beurteilung einer Eigenberechtigung haben.⁵³⁷

Die ältere Lehre ging daher zusammenfassend von einer analogen Anwendung der Regelung des § 866 bei Handeln im fremden Namen aus.⁵³⁸ Mit Aufhebung des § 866 durch das KindRÄG ist auch die Analogiebasis für andere *cic*-Fälle gefallen.⁵³⁹

Fraglich bleibt wie nunmehr bei Auftreten als *falsus* die Schutzwürdigkeit des noch nicht volljährigen Stellvertreters berücksichtigt werden soll. Die Wertungen des § 866 sind auf den ersten Blick ersatzlos mit dessen Aufhebung weggefallen. Dennoch scheint es ungebührlich hart, den beschränkt Geschäftsfähigen bei Auftreten als Stellvertreter im fremden Namen für jedwedes Verschulden bei Verletzung der ihn treffenden Aufklärungspflichten haften zu lassen. Auch ein Haftungsanspruch auf das Vertrauensinteresse kann weit reichenden Umfang haben. Möchte man in diesen Fällen eine Haftung in vollem Umfang annehmen, so steht dies auch in Widerspruch zu einer Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen im eigenen Namen.⁵⁴⁰

Es ist daher mE der Lehre zuzustimmen, dass der nicht Volljährige den Gefahren des Rechtsverkehrs nicht schutzlos ausgeliefert sein darf. Letztlich besteht auch beim Handeln im fremden Namen als *falsus* dieselbe Ausgangslage. Eine Schutzwürdigkeit des beschränkt Geschäftsfähigen wird mA nach nicht nur bei Abschluss im eigenen Namen bestehen, sondern wird sich ein Fehlen der entsprechenden Einsichtsfähigkeit des beschränkt Geschäftsfähigen

⁵³⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/16; Diesfalls sei schon damals die Haftung nach § 153 ABGB heranzuziehen gewesen.

⁵³⁷ *Binder* in FS Kohlegger 43 (52)

⁵³⁸ *Welser*, Vertretung 120; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 5/16; *Binder* in FS Kohlegger 43 (52)

⁵³⁹ *Rummel* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 866 Rz 4

⁵⁴⁰ Siehe oben unter Punkt 16.1.

wohl auch auf ein Handeln im fremden Namen erstrecken. Andernfalls würde sich eine gehörige Schräglage ergeben, wenn eine Ersatzpflicht des Minderjährigen bei Abschluss eines eigenen Rechtsgeschäfts verneint wird, eine volle Einstandspflicht aber bei einem Auftreten als Bevollmächtigter im fremden Namen angenommen wird.

Da der beschränkt Geschäftsfähige nach der Regelung des § 1018 aber als Bevollmächtigter jederzeit von seinem Geschäftsherrn eingesetzt werden kann und der Vertreter den Geschäftsherrn auch bei Vorliegen aufrechter Vollmacht rechtswirksam verpflichten kann, ist mE davon auszugehen, dass umgekehrt Aufklärungspflichten betreffend das Vorliegen einer ausreichenden Vertretungsbefugnis auch den beschränkt Geschäftsfähigen in vollem Umfang treffen. Die Schutzwürdigkeit des Minderjährigen kann daher mE nicht auf der Ebene der Rechtswidrigkeit des von ihm gesetzten Verhaltens Berücksichtigung finden.

Die fehlende Geschäftsfähigkeit des beschränkt geschäftsfähigen *falsus* ist aber auf der Ebene des Verschuldens zu berücksichtigen. In Gleichschaltung mit den Normen über die Geschäftsunfähigkeit muss gelten, dass der Minderjährige aufgrund seines Alters nicht die nötige Einsichtsfähigkeit für die Teilnahme am Rechtsverkehr auch als Vertreter aufweist. Eine Ersatzpflicht des beschränkt Geschäftsfähigen ist nach Maßgabe des § 1310 zu beurteilen. Der mündige Minderjährige haftet daher nicht für jedes Verschulden beim Handeln als *falsus procurator*, sondern nur wenn er dieses subjektiv im Einzelfall zu vertreten hat.

16.3 Haftung des geschäftsunfähigen falsus

Völlig geschäftsunfähige Personen können als Stellvertreter nicht bestellt werden, von ihnen im fremden Namen geschlossene Rechtsgeschäfte sind absolut nichtig und entfalten grundsätzlich keinerlei rechtliche Wirkung zwischen dem Machtgeber und dem Dritten.⁵⁴¹ § 1018 wird so verstanden, dass als rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter nur der zumindest beschränkt Geschäftsfähige eingesetzt werden kann.⁵⁴²

Im Rahmen des Instituts der Konversion kann ein nichtiges Geschäft, sollte es den verfolgten Zweck der beiden Verhandlungspartner entsprechen und die Voraussetzungen eines anderen, wenn auch nicht beabsichtigten Rechtsgeschäfts erfüllen, umgedeutet werden. Durch eine

⁵⁴¹ Nach *Welser* kann der völlig Geschäftsunfähige allenfalls als Bote auftreten, für den dieselben Haftungsgrundsätze anzunehmen sind (Vertretung 117 und 121); *Strasser* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 1018 Rz 1

⁵⁴² *Strasser* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 1018 Rz 1; *P. Bydlinski* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1018 Rz 1 f

derartige Konversion, ist das Geschäft daher als das Rechtsgeschäft anzusehen, dessen Voraussetzungen es erfüllt. Von einer Umdeutung kann ausgegangen werden, wenn die Parteien den anderen Geschäftstyp gewählt hätten, wenn ihnen bekannt gewesen wäre, dass das von ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig ist. Eine Konversion ist in jenen Fällen nicht zulässig, wenn eine Norm, welche die Ungültigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts verfügt, auch auf das umgedeutete Geschäft anzuwenden ist. Diesfalls ist auch das andere Rechtsgeschäft nichtig.

Denkbar ist eine Konversion bei einem völlig geschäftsunfähigen Vertreter vor allem dann, wenn die erteilte Vertretungsbefugnis in eine Ermächtigung zur Vornahme von Botendiensten umgedeutet werden kann.⁵⁴³ Für einen Boten, der nur fremde Erklärungen überbringt, ist das Vorliegen eines bestimmten Maßes der Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich.⁵⁴⁴ Eine Umdeutung beim Geschäftsunfähigen ist allerdings nur in diesem engen Rahmen möglich, da bei einer völlig geschäftsunfähigen Person jedes Rechtsgeschäft scheitert, da es ihr nicht möglich ist, eine taugliche Willenserklärung abzugeben.⁵⁴⁵ Dieser Mangel erfasst in der Regel auch jedes erdenkliche Ersatzgeschäft.⁵⁴⁶

Andere Ausführungen zur Haftung des vollständig Geschäftsunfähigen können an dieser Stelle entfallen. Praktisch ist eine solche Konstellation kaum denkbar, da in aller Regel dem Geschäftspartner der Mangel an Geschäftsfähigkeit von unter 7-Jährigen sofort auffallen wird.⁵⁴⁷ Auch diesbezügliche wissenschaftliche Untersuchungen beschränken sich auf kurze Anmerkungen. Allenfalls sei ein völlig Geschäftsunfähiger, welcher als falsus auftritt, nach Maßgabe des § 1310 zu behandeln und besteht ein Haftungsanspruch gegen ihn dann, wenn ihm doch ein Verschulden im Einzelfall zu Last gelegt werden kann.⁵⁴⁸ Dies ist sicherlich sehr eingeschränkt zu handhaben.

⁵⁴³ *Binder*, Konversion 119

⁵⁴⁴ *Binder*, Konversion 119

⁵⁴⁵ Auch der Stellvertreter muss, wenn er nicht im eigenen Namen handelt, eine rechtlich relevante Willenserklärung bilden können.

⁵⁴⁶ *Binder*, Konversion 90

⁵⁴⁷ So *Ostheim*, AcP 169 (1969) 193 zum erkennbar Geschäftsunfähigen.

⁵⁴⁸ *Welser*, Vertretung 121 FN 26

16.4 Haftung des Vollmachtgebers

Zur Frage der Haftung des Minderjährigen kann außerdem noch untersucht werden, inwiefern der Vollmachtgeber für das Handeln des falsus haftet. Hierbei sind die Fälle des Handelns des völlig Geschäftsunfähigen⁵⁴⁹ und des beschränkt Geschäftsfähigen⁵⁵⁰ streng zu trennen.

Prinzipiell wird der unwirksam vertretene Machtgeber aus Vertretungsakten völlig Geschäftsunfähiger nicht verpflichtet. Von *Ostheim* wurde aber der Versuch unternommen, in solchen Fällen den unwirksam Vertretenen selbst haftbar zu machen.⁵⁵¹ *Ostheim* versuchte erstmals eine weitgehende Einstandspflicht des Vollmachtgebers für Erklärungen des völlig geschäftsunfähigen Machthabers zu begründen. Er stützt einen Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen auf die Sphärentheorie, nach der die Risikotragung durch einen derart „verkehrsgefährdenden Mangel“ wie die Einsetzung eines geschäftsunfähigen Vertreters in der Sphäre des Vollmachtgebers liegen müsse und nicht dem Dritten angelastet werden dürfe.⁵⁵² Der unwirksam Vertretene hat daher aus eigenem Verschulden einzustehen, wenn er den völlig geschäftsunfähigen falsus im Vorfeld von Vertragsverhandlungen einsetzt und dieser später als falsus agiert. Gespannt darf man sein, wer einen völlig Geschäftsunfähigen mit vertraglichen Vorbereitungshandlungen betraut und welcher Geschäftspartner sich darauf einlässt. Der Dritte wird wohl kaum mit einem erkennbar Geschäftsunfähigen als Vertreter Vorlieb nehmen oder gar mit ihm, wenn auch als Vertreter, kontrahieren.⁵⁵³ Die praktische Relevanz einer Haftung des unwirksam Vertretenen in den Fällen des Handelns durch den völlig Geschäftsunfähigen kann daher als entsprechend gering betrachtet werden.

Welser kritisierte diesen Weg der Sphärenteilung zu Lasten des Machtgebers völlig zu Recht. Dadurch, dass der Minderjährige selbst nicht das Haftungssubjekt darstellt, dürfe nicht geschlossen werden, die Risiken seines Handelns neu und zu Lasten des Machtgebers zu verteilen. § 1018 beinhalte nämlich als Schutzzweck, dass stellvertretungsrechtliches Handeln eines völlig Geschäftsunfähigen keine Wirkung entfalten sollte, weil diese Regel ebenso den

⁵⁴⁹ Siehe unter Punkt 16.3.

⁵⁵⁰ Siehe unter Punkt 16.1 und Punkt 16.2.

⁵⁵¹ *Ostheim*, AcP 169 (1969) 193 ff für das deutsche Recht.

⁵⁵² *Ostheim*, AcP 169 (1969) 193 ff

⁵⁵³ *Ostheim*, AcP 169 (1969) 193 ff verlangt, dass dem Geschäftspartner die völlige Geschäftsunfähigkeit des Vertreters nicht erkennbar war. Tritt eine völlig geschäftsunfähige Person im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf, so wird dies einem kundigen Geschäftspartner – so auch die allgemeine Lebenserfahrung – sehr wohl auffallen. Ein Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen wird aber schon am Vorliegen dieses Vertrauenstatbestandes scheitern.

Machtgeber vor willkürlichem Handeln eines völlig Geschäftsunfähigen schützen will.⁵⁵⁴ Es ist daher *Welser* zu folgen, wenn er anführt, dass die Bestimmung des § 1018 und seine Schutzwirkung auch gegenüber dem Vertrauen des Dritten auf das Bestehen einer Vollmacht eines völlig Geschäftsunfähigen vorrangig zu behandeln sei.⁵⁵⁵ Im Ergebnis ist ein Ersatzanspruch gegen den unwirksam Vertretenen wegen Einsetzung eines völlig geschäftsunfähigen *falsus* daher abzulehnen.

Völlig hiervon getrennt ist der Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen zu sehen, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger für ihn Handlungen in seinem Namen tätigt. Bereits mehrfach wurde § 1018 erwähnt, der bestimmt, dass für den Gewaltgeber, der einen solchen Gewalthaber aufgestellt hat, das innerhalb der Grenzen der Vollmacht geschlossene Geschäft verbindlich ist.⁵⁵⁶ Das vom beschränkt geschäftsfähigen Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft ist sowohl für den Dritten als auch für den Vertretenen verbindlich und treten die Rechtswirkungen bei den Vertragsparteien ein, dies allerdings nur bei aufrechter Vollmacht.⁵⁵⁷ Ein entsprechendes Eigengeschäft hätte aber der beschränkt Geschäftsfähige nicht schließen können!⁵⁵⁸

In den Fällen der Scheinvertretung konnte aber gerade eine solche wirksame Verpflichtung mangels Bevollmächtigung nicht erreicht werden. Es wird die Prüfung eines Schadenersatzanspruches gegen den Gewaltgeber vakant. Ein Haftungsanspruch gegen den unwirksam Vertretenen kann nach Ansicht *Welsers*⁵⁵⁹ nur durch eigenes Verschulden des Vertretenen begründet werden. Er hat aus dem Haftungsgrund der *cic* für den beim Dritten eingetretenen Schaden einzustehen, wenn er den beschränkt Geschäftsfähigen nachlässigerweise mit Vertretungsaufgaben, wenn auch im Vorfeld der Vertragsverhandlungen, betraut hat.⁵⁶⁰ Als Grundlage für einen Haftungsanspruch kommt daher eine Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten und zwar in eigener Person des unwirksam Vertretenen in Betracht. Eine Zurechnung des Verhaltens des *falsus* nach § 1313 a erfolgt aber nicht.

Der unwirksam Vertretene haftet daher aus eigenem Verschulden für seinen beschränkt geschäftsfähigen Verhandlungsgehilfen. Es ist auch sinnvoll, den Haftungsanspruch gegen den

⁵⁵⁴ *Welser*, Vertretung 124 ff

⁵⁵⁵ *Welser*, Vertretung 126

⁵⁵⁶ OGH 07.10.1969 8 Ob 143/69

⁵⁵⁷ *Strasser* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 1018 Rz 1

⁵⁵⁸ *P. Bydlinski* in *Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB² § 1018 Rz 1

⁵⁵⁹ *Welser*, Vertretung 127

⁵⁶⁰ *Welser*, Vertretung 127

unwirksam Vertretenen getrennt zu betrachten, da die Haftung des falsus von Überlegungen des Minderjährigenschutzes geprägt ist. Aus diesem Grund ist eine Haftung des beschränkt geschäftsfähigen falsus nur sehr eingeschränkt möglich.⁵⁶¹ Diese Überlegungen haben aber beim unwirksam Vertretenen, welcher über volle Geschäftsfähigkeit verfügt, nichts verloren.

Ein Regressanspruch des in Anspruch genommenen unwirksam Vertretenen gegen den beschränkt Geschäftsfähigen ist aber wieder nach § 1310 zu beurteilen und besteht ein solcher daher nur, wenn der beschränkt Geschäftsfähige das ihm vorwerfbare Verschulden beim Scheinvertreterhandeln im Einzelfall zu vertreten hat. Andernfalls würde dies die Überlegungen zur fehlenden Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen und zu seiner Schutzwürdigkeit im Rechtsverkehr unterlaufen.⁵⁶²

16.5 Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen aus Delikt

Von der oben stehenden Darstellung des rechtsgeschäftlichen Handelns sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen der beschränkt Geschäftsfähige im vorvertraglichen Bereich einen deliktischen Tatbestand verwirklicht. Hier wird der beschränkt Geschäftsfähige jedenfalls unter Vorgabe des § 153 schadenersatzpflichtig, da er deliktisch geschützte Güter des Gegenübers beschädigt. Eine Ersatzpflicht besteht hier gegenüber jedermann und unabhängig vom Vorliegen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses.

Der Minderjährige haftet für eingetretene Schäden sohin nach § 153 ab dem 14. Lebensjahr.

Eine Haftung kann hier auch früher eintreten, wenn einem unmündigen Minderjährigen nach § 1310 sein rechtswidriges Verhalten im konkreten Fall doch vorgeworfen werden kann.

⁵⁶¹ Siehe oben unter den Punkten 16.1 und 16.2. Dem Minderjährigen muss ein Verschulden im Einzelfall trotz seines Alters vorgeworfen werden können.

⁵⁶² Siehe unter Punkt 16.1.3.

17 Scheinvertretung im Wechsel- und Scheckrecht

17.1 Grundsätzliches

Auch Wechselverbindlichkeiten können von Vertretern eingegangen werden.⁵⁶³ Art 8 WG enthält eine *lex specialis*, wonach der Vertreter ohne Vertretungsmacht bzw bei Überschreiten der Vertretungsmacht selbst wechselfähig haftet. Trotz Entfall des Art 8 Nr. 11 EVHGB blieb diese Regelung mit unverändertem Inhalt bestehen. Abseits dieser Scheinvertretungsregelung enthält das WG keine Vorschriften über die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Stellvertretung. Diesbezüglich sind die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zur Stellvertretung anwendbar.⁵⁶⁴ Auch bei den Fragen der Form, Zuordnung und Wirkung der Vertretung sind daher die Bestimmungen des allgemeinen Privatrechts maßgebend.⁵⁶⁵

Unterfertigt ein Vertreter im Namen eines anderen ohne Vollmacht einen Wechsel, so wird der unwirksam Vertretene aus diesem Wechsel nicht verpflichtet und haftet auch nicht als Wechselschuldner. Nach Art 8 WG haftet der *falsus* wie der unwirksam Vertretene und stehen ihm im Gegenzug dazu dieselben Rechte wie dem angeblich Vertretenen zu.⁵⁶⁶ Auf die Position des unwirksam Vertretenen wird unten noch gesondert einzugehen sein. Der *falsus procurator* haftet stets auf Erfüllung, gleich ob er den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder ob er fahrlässig in Unkenntnis hierüber war.⁵⁶⁷ Ohne die Bestimmung des Art 8 WG wäre der Wechsel zwar formal gültig, es käme aber zu keiner wechselfähigen Haftung, da das Handeln des *falsus* keine Verpflichtung des Vertretenen herbeiführt und der Vertreter seinerseits nicht im eigenen Namen auftritt.⁵⁶⁸ Sollte es die Vertrauensschutzhaftung nach Art 8 WG nicht geben, hätte der Dritte nur einen Anspruch gegen den *falsus procurator* auf den Vertrauensschaden.⁵⁶⁹

⁵⁶³ OGH 8 Ob 23/72 = EvBl 1972/225 S 436; OGH 11.12.1997 8 Ob 232/97v; *Aicher/Schuhmacher*, Wertpapierrecht (2006) 27

⁵⁶⁴ *Aicher/Schuhmacher*, Wertpapierrecht 27

⁵⁶⁵ OGH 26.11.1996 1 Ob 2291/96k

⁵⁶⁶ OGH 4 Ob 582/64 = SZ 37/188 = JBl 1965, 371 = RZ 1965, 64

⁵⁶⁷ *Aicher/Schuhmacher*, Wertpapierrecht 28

⁵⁶⁸ *Hauser*, Österreichisches Wechsel- und Scheckrecht² (1999) 135

⁵⁶⁹ *Nitsche*, Stellvertretung im Wechselrecht, in: *Doralt/Nowotny* (Hrsg), Kontinuität und Wandel, FS für Walther Kastner (1992) 317 (323). Dies ist sicher richtig. Allerdings geht *Nitsche* auch von der unbedingten Erforderlichkeit dieser wechselrechtlichen Regelung aus, da „der *falsus procurator* sogar die Möglichkeit hätte, sich durch den Nachweis, dass der Vollmangelmangel von ihm nicht verschuldet war, überhaupt von der Zahlungspflicht zu befreien“. Dies ist falsch, da nicht der Vollmangelmangel vom Vertreter verschuldet sein muss, sondern diesem lediglich die Verletzung seiner Aufklärungspflichten vorgeworfen werden kann und dadurch einen Schaden beim Dritten verursacht wurde.

Eine völlig gleich lautende Vertrauensschutzregelung enthält auch Art 11 ScheckG, der bestimmt, dass wer auf einen Scheck seine Unterschrift als Vertreter eines anderen setzt, ohne hiezu ermächtigt zu sein, selbst scheckmäßig haftet. Der falsus hat, wenn er den Scheck einlöst, dieselben Rechte, die der angeblich Vertretene haben würde. Das gleiche gilt ausdrücklich für einen Vertreter, der seine Vertretungsbefugnis überschritten hat. Der unwirksam Vertretene haftet aufgrund des Schecks nicht.

Die Unterzeichnung eines Wechsels oder Schecks durch einen Vertreter kann einerseits im eigenen Namen und unter Offenlegung des Vertretungsverhältnisses („X in Vertretung für Y“) oder ausschließlich im Namen des Vertretenen erfolgen.⁵⁷⁰ Art 8 WG und Art 11 ScheckG umfassen sowohl den Fall, wenn der Vertreter entsprechend dem Offenlegungsprinzip im Namen des Vertretenen auftritt und seinen eigenen Namen mit einem das Vertretungsverhältnis andeutenden Kürzel, etwa „als Vertreter für...“, beifügt, als auch wenn eine solche Offenlegung des Vertretungsverhältnisses nicht erfolgt. Dies beispielsweise dann, wenn der Vertreter den Namen des Vertretenen ohne jeden Zusatz auf den Wechsel setzt.⁵⁷¹ Die Haftung des Scheinvertreters könne nicht davon abhängen, auf welche Weise er auf dem Wechsel unterzeichnet hat.⁵⁷²

Handelt der Vertreter auf Seiten des Ausstellers und möchte er einen anderen als Bezogenen verpflichten, so kann der Bezogene, wenn er vom Wechselinhaber in Anspruch genommen wird, Einwendungen aufgrund der Unwirksamkeit der wechselfähigen Verpflichtung erheben.⁵⁷³ Diese Zurechenbarkeits- bzw. Gültigkeitseinwendungen wirken absolut, sie können daher jedem Inhaber des Wechsels entgegengehalten werden, gleichgültig, ob der Wechsel an einen Dritten indossiert wurde, der eigentlich als neuer Wechselinhaber auf die Wechselurkunde vertrauen kann und ihm alleine aus dem Wechsel die mangelhafte Vertretung nicht ersichtlich ist.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Holzhammer, Handelsrecht⁸ 337; Hauser, Wechsel- und Scheckrecht² 34; Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 28

⁵⁷¹ Roth, Grundriss des österreichischen Wertpapierrechts (1999) 38; Hauser, Wechsel- und Scheckrecht² 35; Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 28; aA Stanzl, Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht (1957) 42, der davon ausgeht, dass der falsus von der Haftung befreit ist, wenn sich sein Name nicht aus dem unterzeichneten Wechsel ergibt. Diese Annahme würde aber dem Schutzzweck der Vorschrift des Art 8 WG widersprechen. Art 8 WG muss daher auch für den vollmachtlosen Vertreter gelten, dessen eigener Name nicht aus dem Wechsel ersichtlich ist.

⁵⁷² Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 28

⁵⁷³ Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 56

⁵⁷⁴ Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 58

Aufgrund der Regelung des Art 8 WG kann sich jeder Wechselinhaber daher direkt am vollmachtlosen Vertreter als Wechselschuldner schadlos halten. Bei Inanspruchnahme des vollmachtlosen Vertreters stehen diesem alle Rechte und Einwendungen aus dem Wertpapier zu, welche der angeblich Vertretene gehabt hätte.⁵⁷⁵ Diese Rechte können ihm allerdings nur soweit zustehen, als er sie auch im eigenen Namen hätte erwerben können.⁵⁷⁶ Der Vertreter, welcher auf Seite des Ausstellers gehandelt hat, haftet nunmehr als Hauptschuldner, gegen den direkt vorgegangen werden kann und nicht bloß als Rückgriffschuldner. Gleichzeitig stehen dem falsus alle Einwendungen zu, die auch dem angeblich Vertretenen zugestanden wären, dies unter allgemeinen wechselrechtlichen Vorgaben. Insbesondere kommen hier urkundliche Einwendungen (mangelnde Fälligkeit, Eintritt der Verjährung, erfolgte Teilzahlung) oder persönliche Einwendungen in Betracht, so etwa bei erfolgten Nebenabreden mit dem Wechselgläubiger. Die urkundlichen Einwendungen stehen dem falsus gegenüber jedermann zu, somit auch gegen den gutgläubigen Indossanten.⁵⁷⁷ Hingegen muss bei den persönlichen Einwendungen Bedacht auf Art 17 WG genommen werden, der bestimmt, dass der aus dem Wechsel Inanspruchgenommene dem Inhaber keine Einwendungen entgegensetzen kann, die sich auf seine unmittelbaren Beziehungen zu einem früheren Inhaber gründen. Es ist daher nach allgemeinen Voraussetzungen der Einwendungslehre zu prüfen, ob der neue Inhaber beim Erwerb des Wechsels bewusst zum Nachteil des Wechselschuldners gehandelt hat. Nur wenn dies der Fall ist, kann der falsus auch gegenüber dem Indossanten die mit seinem Vormann gemachte Abrede einwenden.⁵⁷⁸

Beim Scheck verhält es sich ähnlich. Art 11 ScheckG bestimmt, dass der falsus procurator selbst scheckmäßig haftet und dass er, wenn er den Scheck einlöst, dieselben Rechte hat, die der angeblich Vertretene haben würde. Der falsus procurator haftet daher direkt für die Auszahlung des Schecks.

Ein Mitverschulden des Wechselinhabers ist, da das Wechsel- und Scheckgesetz hierüber keinen Aufschluss bietet, nach allgemeinen zivilrechtlichen Überlegungen zu berücksichtigen. Eine Kulpakompensationsregelung wie in der aufgehobenen Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB findet sich nicht. Es kommt daher entsprechend dem Grundsatz der Schadensteilung

⁵⁷⁵ Holzhammer, Handelsrecht⁸ 337; Roth, Grundriss Wertpapierrecht 39; Hauser, Wechsel- und Scheckrecht² 35; Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 28

⁵⁷⁶ Roth, Grundriss Wertpapierrecht 39

⁵⁷⁷ Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 57 f

⁵⁷⁸ Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht 60

zu einer Minderung des Haftungsanspruches, wenn dem Wechselinhaber ein Mitverschulden vorgeworfen werden kann.⁵⁷⁹ Hier hat auch eine Abwägung der Verschuldensgrade des Wechselinhabers und des falsus zu erfolgen. Der Vorsatz des falsus wiegt natürlich mehr als eine allfällige (auch grobe) Fahrlässigkeit des Wechselinhabers. Eine Minderung des Haftungsanspruches kommt allerdings nur bei Fahrlässigkeit des Wechselinhabers in Betracht. Kannte der Wechselinhaber das Fehlen der Vertretungsmacht, so besteht kein Haftungsanspruch gegen den falsus.⁵⁸⁰

Unterschreibt aber ein Vertreter den Wechsel neben einem Aussteller, so haftet er nicht nach Art 8 WG, auch wenn kein aufrechtes Vollmachtsverhältnis besteht.⁵⁸¹ Zweck dieser Bestimmung ist der Schutz des Vertrauens des Wechselgläubigers in die Vertretungsbefugnis des falsus, nicht aber dem Wechselgläubiger zusätzlich zu seinem Wechselschuldner einen weiteren zu verschaffen, mit dem er bei Ausstellung des Wechsels überhaupt nicht rechnen hätte können. Art 8 WG ist in diesen Fällen daher grundsätzlich nicht anwendbar.

Allenfalls könnte eine zweite Unterschrift auf dem Wechsel als Eingehen einer Wechselbürgschaft nach Art 30 ff WG verstanden werden.⁵⁸² Bei einer Wechselbürgschaft handelt es sich aber um eine selbständige wechselrechtliche Verpflichtung und kann der Wechselbürge als Bürge und Zahler in Anspruch genommen werden. Der Vertreter als Wechselbürge haftet daher nicht subsidiär und akzessorisch, sondern kann unmittelbar direkt in Anspruch genommen werden.⁵⁸³ In aller Regel ist eine Wechselbürgschaft an strengere (formale) Voraussetzungen gebunden, so muss sie ausdrücklich am Wechsel durch eine Beifügung als solche bezeichnet sein („als Bürge“, „per Aval“ uä).⁵⁸⁴ Meist wird die Annahme einer Bürgschaftserklärung durch den falsus daher bereits an dieser Voraussetzung scheitern. Eine Ausnahme besteht allerdings nach Art 31 Abs 3 WG, wonach eine auf der Vorderseite des Wechsels geleistete Unterschrift, welche nicht die des Bezogenen ist, stets eine Wechselbürgschaft dar-

⁵⁷⁹ Siehe die Darstellung unter Punkt 7.1 und Punkt 7.3. Nach der alten Rechtslage war die Berücksichtigung eines Mitverschuldens strittig. Die in Art 8 Nr. 11 Abs 3 vorgenommene Wertung und die hier normierte Kulpa-kompensation galten auch im Wertpapierrecht. Eine Haftung des falsus entfiel daher bereits dann, wenn der Wechselinhaber das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder auch nur kennen musste. Angesichts der Gesetzesänderung und der Aufhebung des Art 8 Nr. 11 kann diese Ansicht als obsolet betrachtet werden.

⁵⁸⁰ OGH 4 Ob 594/78 = SZ 52/11 = EvBl 1979/104, 323; OGH 25.06.1987 6 Ob 615/87; OGH 7 Ob 716/87 = SZ 60/270 = JBl 1988, 384 = RdW 1988, 131 = SZ 60/270 alle zur alten Rechtslage; *Aicher/Schuhmacher*, Wertpapierrecht 28 zur Rechtslage vor Aufhebung des Art 8 Nr. 11, wonach der Maßstab für den Haftungsentfall entsprechend anderer Bestimmungen im Wechselrecht mit grober Fahrlässigkeit anzusetzen sei.

⁵⁸¹ OGH 7 Ob 716/87 = SZ 60/270 = JBl 1988, 384 = RdW 1988, 131; *Hauser*, Wechsel- und Scheckrecht² 134 f

⁵⁸² *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 354 ff; *Aicher/Schuhmacher*, Wertpapierrecht 49

⁵⁸³ *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 355; *Aicher/Schuhmacher*, Wertpapierrecht 49

⁵⁸⁴ *Holzhammer*, Handelsrecht⁸ 355; *Aicher/Schuhmacher*, Wertpapierrecht 49

stellt. Gleichbedeutend existiert im Scheckrecht die Scheckbürgschaft nach Art 25 ScheckG, welche durch eine zweite Unterschrift auf dem Scheck geleistet werden kann.

17.2 Kollisionsproblematik mit Art 8 Nr. 11

In aller Kürze soll hier ein Überblick über die Kollision des früheren Art 8 Nr. 11 EVHGB mit den oben dargestellten wechsel- und scheckrechtlichen Haftungsnormen gegeben werden.

Die Anwendungsbereiche der wechsel- und scheckrechtlichen Scheinvertreterhaftung und der früheren handelsrechtlichen Haftungsnorm deckten sich dann, wenn die Wechselzeichnung ein Handelsgeschäft darstellte.⁵⁸⁵ Beiden Haftungssystemen war gleich, dass sie verschuldensunabhängig waren. Art 8 WG und Art 11 ScheckG nehmen jedoch in keiner Weise auf eine subjektive Seite des falsus Rücksicht, während nach Art 8 Nr. 11 zu unterscheiden war. Hatte der falsus nach Art 8 Nr. 11 Abs 1 den Mangel seiner Vertretungsmacht gekannt, bestand Deckungsgleichheit und gewährten beide Haftungssysteme einen Anspruch auf Erfüllung gegen den Vertreter.

Anders verhielt es sich allerdings mit Abs 2 des Art 8 Nr. 11, da der Vertreter nur in Höhe des Vertrauensschadens haftete, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte. Nach Art 8 WG und Art 11 ScheckG ist es aber unerheblich, ob dem falsus Kenntnis des Vollmangels vorgeworfen werden kann oder nicht, er haftet stets auf das Erfüllungsinteresse.⁵⁸⁶ Der Scheinvertreter haftete also, wenn er in Vertretung einen Wechsel oder Scheck ohne die entsprechende Vollmacht unterzeichnet, immer auf das Erfüllungsinteresse, auch wenn ihm überhaupt kein Verschulden vorgeworfen werden kann.

17.3 Abgrenzung zu § 1019

Der Scheinvertreter handelt ohne die erforderliche Vollmacht. Art 8 WG und Art 11 ScheckG sowie § 1019 haben also denselben Anwendungsbereich. Die wertpapierrechtlichen Haf-

⁵⁸⁵ Nitsche in FS Kastner 317 (320)

⁵⁸⁶ Roth, Grundriss Wertpapierrecht 39 f; Die deutsche Lehre (zB Hefermehl/Baumbach, Wechselgesetz und Scheckgesetz¹³ Art 8 WG Rz 9) ging davon aus, dass eine wechselfähige Haftung nach Art 8 WG neben einer Haftung nach § 179 BGB, also der mit Art 8 Nr. 11 identen Haftungsbestimmung im deutschen Zivilrecht, bestehen sollte. § 179 BGB soll durch die wechselrechtliche Bestimmung nicht verdrängt werden. Es sollte daher stets Bedacht auf die Regelung des § 179 Abs 2 BGB genommen werden, wonach der unbefugte Vertreter nur auf das Vertrauensinteresse haftet, wenn er von seinem Vollmangelsmangel keine Kenntnis hatte. Nach Ansicht der deutschen Lehre sollte der falsus im Wertpapierrecht in den Fällen des Art 8 Nr. 11 Abs 2 EVHGB nur auf das Vertrauensinteresse haften.

tungsnormen können aber gegenüber der allgemeinen zivilrechtlichen Norm jedenfalls als spezieller gesehen werden und sind daher Art 8 WG und Art 11 ScheckG im wertpapierrechtlichen Bereich vorrangig anzuwenden.

Eine Haftung nach Art 8 WG und Art 11 ScheckG besteht immer verschuldensunabhängig. Der Ersatz des Erfüllungsinteresses kann eben nur aus einer Garantiehaftung resultieren. Nach § 1019 haftet nur, wer zumindest fahrlässig gehandelt hat. Eine Haftung besteht daher nur, wenn dem falsus die Unkenntnis über den Vollmangelmangel auch vorzuwerfen ist. Auch kann auf den sehr unterschiedlichen Haftungsumfang beider Normbereiche hingewiesen werden, da das WG und das ScheckG immer einen Schadenersatz auf das Erfüllungsinteresse vorsehen, hingegen nach bürgerlichem Recht nur ein Ersatz des Vertrauensschadens erfolgt.

Fraglich ist, inwiefern im Wechsel- und Scheckrecht ein besonderes Bedürfnis nach einer derartig verschärften Haftungsnorm besteht. An dieser Stelle wird oft die besondere Eigenheit des Wertpapiers bemüht. Schließlich soll der Wechsel umlauffähig sein, man soll sich auf das äußerliche Erscheinungsbild verlassen können. Unterzeichnet der Vertreter einen Wechsel in fremden Namen, so hat er eine Garantierklärung abgegeben und für eine Erfüllung einzustehen. Folgt man aber rein dem Prinzip der *conditio sine qua non*, so wäre ein Abschluss des Wechselgeschäfts unterblieben, wenn der Scheinvertreter über seine fehlende Vertretungsmacht aufgeklärt hätte. Kausal ist daher auch im Wechsel- und Scheckrecht alleine der Vertrauensschaden. Eine Ähnlichkeit der Regelungen des Art 8 WG und Art 11 ScheckG mit der aufgehobenen Regelungen des Art 8 Nr. 11 EVHGB ist unübersehbar.

Auch die Materialien⁵⁸⁷ zum Handelsrechts-Änderungsgesetz geben über diese Fragen keinerlei Auskunft. Sollte auf die Regelungen des Art 8 WG und des Art 11 ScheckG im Zuge der Aufhebung der umstrittenen Bestimmung in der EVHGB vergessen worden sein? Es hat ganz den Anschein. So bleibt wohl nur anzuregen, auch diese beiden Bestimmungen ersatzlos aufzuheben oder eine Begründung dafür zu bieten, weshalb der falsus nach Wechsel- und Scheckrecht aufgrund wesentlich strengerer Vorgaben im Zuge einer Garantiehaftung in Anspruch genommen werden sollte.

⁵⁸⁷ 1058 BlgNr. 22.GP, S. 82

18 Vertretungshandeln bei Kapitalgesellschaften

18.1 Grundlegendes

Kapitalgesellschaften können einzig durch ihre organschaftlichen Vertreter handeln. Die Vertretungsproblematik tritt hier verstärkt auf. Nach der bisherigen Rechtslage musste im Falle einer vollmachtlosen Vertretung einer Kapitalgesellschaft im Einklang mit der bereits erfolgten Darstellung geprüft werden, ob die bisherige verschärfte handelsrechtliche Haftungsnorm zur Anwendung kam. Dies war bei Vertretungshandeln für Kapitalgesellschaften stets der Fall, da die Kapitalgesellschaft als unwirksam Vertretene über die hierfür erforderliche Kaufmannseigenschaft verfügte. Der vollmachtlos handelnde Vertreter einer Kapitalgesellschaft haftete daher nach der alten Regelung gemäß Art 8 Nr. 11 EVHGB bei Kenntnis des Vollmangels stets auf Erfüllung in natura oder wahlweise auf das Erfüllungsinteresse. Einzig bei unverschuldeter Unkenntnis konnte der falsus nur bis zur Höhe des erlittenen Vertrauensschadens in Anspruch genommen werden. Für die zivilrechtliche Haftung nach *cic* blieb bei der alten Rechtslage kein Spielraum.

Durch die Aufhebung des Art 8 Nr. 11 besteht eine derartige Haftungsgrundlage nicht mehr. Der vollmachtlos handelnde Vertreter haftet nunmehr, auch wenn er für eine Kapitalgesellschaft eingeschritten ist, mangels einer anderen Regelung nach § 1019. Er wird daher in Höhe des erlittenen Vertrauensschadens ersatzpflichtig und ist diese Ersatzpflicht aufgrund ausdrücklicher Normierung durch das hypothetische Erfüllungsinteresse begrenzt. Kann dem Scheinvertreter kein Vorwurf gemacht werden, so haftet er aufgrund mangelnden Verschuldens nicht. Die Scheinvertreterhaftung greift bei einem Handeln für die eingetragene Gesellschaft.

Abseits der Scheinvertreterproblematik stellt sich aber bei den Kapitalgesellschaften die Frage, wer für Rechtsgeschäfte haftet, die für die Gesellschaft vor ihrer Eintragung ins Firmenbuch abgeschlossen worden sind. Es handelt sich also um ein Vertretungshandeln für die Vorgesellschaft. Hier finden sich spezielle Regelungen in den §§ 2 Abs 1 GmbHG und 34 Abs 1 AktG, die beide eine direkte Haftung des Vertreters vorsehen.⁵⁸⁸ Diese Regelungen normieren im Gesellschaftsrecht eine Handelndenhaftung, welche ein Entstehen der namens

⁵⁸⁸ Geist, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991) 110

der Gesellschaft handelnden Personen für Verbindlichkeiten vorsieht, die vor der Eintragung ins Firmenbuch eingegangen wurden.⁵⁸⁹ Eine Besonderheit der Handelndenhaftung besteht darin, dass sie verschuldensunabhängig ist.⁵⁹⁰ Es handelt sich hier um eine Art Garantief Haftung.⁵⁹¹ Diese Haftung bezieht sich ausschließlich auf das Handeln im Stadium der Vorgesellschaft, also zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung der GmbH.⁵⁹²

Die Handelndenhaftung wird als reine Organhaftung verstanden. Handelnde sind demnach ausschließlich die Organe der Vorgesellschaft.⁵⁹³ Die Handelndenhaftung trifft daher im Regelfall die in der Gründungsphase einer Gesellschaft handelnden Geschäftsführer. Unabdingbare Voraussetzung der Handelndenhaftung ist, dass der Handelnde Vertretungsmacht gehabt hat oder sein Handeln später von der Gesellschaft genehmigt wird.⁵⁹⁴ Der Vertreter handelt somit nicht als falsus procurator. Liegt eine solche Vertretungsmacht nicht vor oder überschreitet der Vertreter die ihm eingeräumte Vertretungsmacht, so kann er die Gesellschaft nicht verpflichten und handelt es sich um einen klassischen Anwendungsfall der falsus-procurator-Haftung.⁵⁹⁵ Die Handelndenhaftung hat daher einen gänzlich anderen Ausgangspunkt als die Scheinvertreterhaftung.

Von der Handelndenhaftung werden Vorbereitungshandlungen bei der Gesellschaftsgründung erfasst, so etwa die Anmeldung im Firmenbuch und die Bestellung der Geschäftsführer oder anderer Organwalter, aber auch die Anmietung von Geschäftsräumlichkeiten, die Akquirierung von Personal und Vertragsabschlüsse mit Kunden oder Lieferanten. Zudem werden alle anderen Rechtsgeschäfte erfasst, welche im Hinblick auf die vollständige Gründung der Kapitalgesellschaft von ihren Organen unternommen werden.

Die Handelndenhaftung richtet sich umfänglich nach Ansicht der Lehre⁵⁹⁶ und der Rechtsprechung⁵⁹⁷ auf das Erfüllungsinteresse. Der Handelnde hat jene Schäden verursacht, welche

⁵⁸⁹ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005) 66; *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz 1/ 1⁴(2006) § 34 Rz 12

⁵⁹⁰ *Schiemer*, Handkommentar zum Aktiengesetz (1980) § 34 Rz 3.1; *Kastner/Doral/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 209 in Grundzügen für die AG.

⁵⁹¹ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) 1/550

⁵⁹² OGH 5 Ob 570/81 = SZ 54/69 = GesRZ 1981, 178

⁵⁹³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/553; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz Kommentar (2007) § 2 Rz 40

⁵⁹⁴ *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft (1997) 67 ff und 78 ff

⁵⁹⁵ *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 121

⁵⁹⁶ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 67; *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar Aktiengesetz 1/1⁴ § 34 Rz 18; *Schiemer*, Handkommentar Aktiengesetz § 34 Rz 3.1

dadurch entstanden sind, dass der Vertragspartner auf das Entstehen der Gesellschaft vertraut hat. Der Handelnde konnte aber aufgrund der Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft und seiner aufrechten Bevollmächtigung eine Verpflichtung der Gesellschaft als Vertretene erreichen.⁵⁹⁸ Der Handelnde hat daher eine Erfüllungspflicht, wenn auch für die Gesellschaft begründet, und muss daher auch der Höhe nach auf das Erfüllungsinteresse haften.⁵⁹⁹

18.1.1 Zweck der Handelndenhaftung

Hauptzweck der §§ 2 Abs 1 GmbHG und 34 Abs 1 AktG kann in der Sicherungsfunktion gesehen werden.⁶⁰⁰ Bei einer Kapitalgesellschaft im Gründungsstadium wurde weder die Kapitalgrundlage noch der Haftungsfonds geprüft und soll daher eine Einstandspflicht der Handelnden bestehen, welche dafür zu sorgen haben, dass das Eintragungs- und Prüfungsverfahren vorangetrieben wird.⁶⁰¹ Eine ausreichend gesicherte Position der Gläubiger ist aber in diesem Stadium noch nicht gegeben.⁶⁰² *Koppensteiner/Rüffler* gehen davon aus, dass die Sicherungsfunktion weitgehend an Bedeutung verloren hat.⁶⁰³ Diese sei nur notwendig, wenn die Vorgesellschaft nicht verpflichtet wurde. Die Stellung der Gläubiger in den Fällen der Handelndenhaftung, in der eine Verpflichtung der Gesellschaft ja erreicht wurde, sei aber ausreichend gesichert.⁶⁰⁴

Weiters spielen Überlegungen eine Rolle, wonach die Gesellschaft im Zeitpunkt des Entstehens nicht mit zuvor entstandenen Verpflichtungen belastet sein soll. Folgt man der Identitätstheorie, wonach die Vorgesellschaft mit der gegründeten Kapitalgesellschaft ident ist⁶⁰⁵, haben diese Überlegungen weitgehend an Bedeutung verloren, da die Belastung, auch wenn sie im Stadium der Vorgesellschaft eingegangen wird, trotzdem die Kapitalgesellschaft selbst trifft.

⁵⁹⁷ OGH 6 Ob 535/85 = RdW 1985, 246; OGH SZ 60/221 = GesRZ 1988, 126 und 167 = RdW 1988, 43 = WBl 1988, 25

⁵⁹⁸ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 66

⁵⁹⁹ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 66

⁶⁰⁰ Ostheim, „Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeiten von Vereinen, in: Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer (1988) 177 (140); *Harrer*, Haftungsprobleme 230; § 2 Abs 1 GmbHG wird auch von der Judikatur im Sinne der Sicherungsfunktion ausgelegt: OGH 4 Ob 24/50 = SZ 23/150; OGH SZ 48/141 = 1 Ob 312/75 = SZ 48/141 = EvBl 1976/182, 357 = GesRZ 1977, 28 = GesRZ 1976, 61; OGH 4 Ob 63/77 = GesRZ 1977, 100 = NZ 1979, 28; OGH 4 Ob 10/78 = GesRZ 1978, 133 = DRdA 1979, 295

⁶⁰¹ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 66

⁶⁰² *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 66

⁶⁰³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 38

⁶⁰⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 38

⁶⁰⁵ Diese wird unter Punkt 18.2 noch näher dargestellt.

Ein anderer Zweck der Regelungen über die Handelndenhaftung kann auch in der Druckfunktion gesehen werden.⁶⁰⁶ Der Handelnde soll durch die haftungsrechtlichen Bestimmungen gezwungen werden, eine Eintragung der Gesellschaft möglichst bald herbeizuführen.

18.2 Exkurs: Rechtsnatur der Vorgesellschaft

Der Handelnde tritt im Namen der (Vor)Gesellschaft auf. § 2 Abs 1 GmbHG bestimmt, dass eine Gesellschaft bis zur Eintragung „als solche“ nicht besteht. Die Eintragung der Kapitalgesellschaft hat konstitutiven Charakter und entsteht die Gesellschaft entsprechend dem Normativsystem erst mit ihrer Eintragung ins Firmenbuch.

Bereits zuvor muss die Kapitalgesellschaft allerdings bestimmte Aktivitäten entfalten, insbesondere Organe bestellen, Kapital ansammeln oder Verträge im Hinblick auf den künftigen Geschäftsbetrieb abschließen. Zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages, somit der Errichtung der Gesellschaft, und der Eintragung ins Firmenbuch besteht die werdende Kapitalgesellschaft als Vorgesellschaft, bei welcher nur ein Mindestmaß an Tätigkeiten ausgeübt werden soll.⁶⁰⁷ Wie die Rechtsnatur der Vorgesellschaft qualifiziert werden soll, ist strittig und war die Klärung dieser Frage Gegenstand zahlreicher Untersuchungen. Fest steht, dass die Vorgesellschaft ihrem Wesen nach bereits stark an die fertige Kapitalgesellschaft erinnert.

Die ältere Lehre⁶⁰⁸ und Rechtsprechung⁶⁰⁹ sahen die Vorgesellschaft als Gesellschaftsform sui generis, der auch eine bestimmte Teilrechtsfähigkeit zuzuerkennen war. Auch sollte das Gesellschaftsrecht in einem nicht unerheblichen Umfang auf die Vorgesellschaft anwendbar sein.⁶¹⁰ Nach dieser Ansicht würde es sich bei der Vorgesellschaft um einen eigenen zusätzlichen Gesellschaftstyp handeln, welcher außerhalb des gesellschaftsrechtlichen numerus clausus stehen würde.⁶¹¹ Dieser wäre daher um die Vorgesellschaft zu erweitern. Die Vorgesellschaft würde einem Sonderrecht unterliegen, welches sich aus dem GmbHG bzw dem AktG

⁶⁰⁶ Ostheim in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (140)

⁶⁰⁷ Ostheim, Probleme der Vorgesellschaft der GmbH, JBl 1978, 337; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 58; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 4

⁶⁰⁸ *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 249; *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 42 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/521; *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 79; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 5 und Rz 19 ff

⁶⁰⁹ OGH 3 Ob 571/89 = RdW 1990, 286 = WBl 1990, 187 = ecolex 1990, 153; OGH 6 Ob 570/94 = SZ 68/129; OGH 6 Ob 570/94 = JBl 1996, 528 (Anm *Geist/Karollus*)

⁶¹⁰ *Harrer*, Haftungsprobleme 249; *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 42 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/519; *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 79; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 5; Dies entsprach auch der Ansicht des OGH: OGH 3 Ob 571/89 = RdW 1990, 286 = WBl 1990, 187 = ecolex 1990, 153; OGH 6 Ob 570/94 = SZ 68/129; OGH 6 Ob 570/94 = JBl 1996, 528 (Anm *Geist/Karollus*)

⁶¹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 5 vertritt heute noch diese Ansicht.

und den im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Gründungsvorschriften zusammensetzen würde.⁶¹²

Die neuere Lehre⁶¹³ vertritt die Identitätstheorie. Nach dieser Meinung ist die Vorgesellschaft mit der späteren Kapitalgesellschaft ident und handelt es sich bei der Vorgesellschaft um keine eigene oder neue Gesellschaftsform, sondern ist sie nur eine notwendige Vorstufe.⁶¹⁴ Es handelt sich daher um die gleiche Gesellschaft nur im Gründungsstadium und ergibt sich als Konsequenz auch die vollständige Rechtsfähigkeit bereits für die Vorgesellschaft.⁶¹⁵ Auch das GmbH- und Aktienrecht sind daher unterschiedslos bereits auf die Vorgesellschaft anwendbar. Abschließend kann auch gesagt werden, dass eine strikte Trennung der Kapitalgesellschaft von ihrer Gründungsform, der Vorgesellschaft, gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben wird.

18.3 Handeln im Namen der Gesellschaft

Wie bei allen Formen des stellvertretungsrechtlichen Handelns ist erforderlich, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen - somit im Namen der Gesellschaft - auftritt. Untersucht werden muss daher, ob das Handeln im Namen der zukünftigen, noch nicht eingetragenen, Gesellschaft oder nur das Auftreten namens der gegenwärtigen, somit der Vorgesellschaft, vom Anwendungsbereich der Handelndenhaftung erfasst ist. § 2 Abs 1 GmbH kommt nach dessen Wortlaut dann zur Anwendung, wenn „im Namen der Gesellschaft gehandelt“ wird, gleichlautend auch der Wortlaut des § 34 Abs 1 AktG.

Bereits *Harrer* geht richtigerweise davon aus, dass die Handelndenhaftung in allen Fällen des rechtsgeschäftlichen Handelns greifen soll.⁶¹⁶ In der Praxis würden Rechtsgeschäfte abgeschlossen, ohne ein Vertretungshandeln des Geschäftsführers der Vorgesellschaft genauer zu definieren. Die Vertragspartner würden im Rahmen der vertraglichen Verhandlungen nicht unterscheiden, ob im Namen der künftigen GmbH oder lediglich im Namen der Vor-GmbH abgeschlossen werde.⁶¹⁷

⁶¹² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 5

⁶¹³ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 60 f mwN

⁶¹⁴ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 60 f

⁶¹⁵ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 62

⁶¹⁶ *Harrer*, Haftungsprobleme 227 ff; *Weilinger*, GesRZ 1996, 146 f, welcher zwischen einem Handeln im Namen der Vorgesellschaft, Handeln im Namen der künftigen Gesellschaft und Handeln im Namen beider nicht differenziert.

⁶¹⁷ *Harrer*, Haftungsprobleme 229

Judikatur findet sich zu dieser Frage wenig, der OGH nimmt jedoch erstaunlich deutlich zu dieser Frage Stellung. In einer E⁶¹⁸ aus dem Jahr 1991 folgt der OGH völlig zu Recht der Meinung *Harrers*. Demnach sei für die Anwendung des § 2 Abs 1 GmbHG unerheblich, ob der Handelnde im Namen der Gesellschaft oder der Vorgesellschaft tätig wird.

Auch *Geist* hat sich eingehend mit der Haftungsstruktur der GmbH-Vorgesellschaft auseinandergesetzt.⁶¹⁹ Er unterscheidet folgende Anwendungsfälle, wonach hier nicht die Person des Vertretenen, sondern der Zeitpunkt der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts entscheidend ist. Es ist daher zu unterscheiden, ob das gegenständliche Rechtsgeschäft sofort verbindlich für die Vorgesellschaft oder unter Bedingung einer späteren Eintragung der Gesellschaft abgeschlossen wird. Kommt es zur Vereinbarung eines Bedingungseintritts, dies kann freilich auch auf schlüssigem Weg nach § 863 erfolgen, so gilt: Ist das Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen, weil die Gesellschaft schließlich nicht eingetragen wird, so sollen die „Grundsätze über die Bedingungsverweigerung anzuwenden“⁶²⁰ sein. *Geist* verneint also, obwohl eine aufrechte Vollmacht des Handelnden vorliegt, im Falle einer aufschiebenden Bedingung die Anwendbarkeit der Handelndenhaftung.

Wird ein sofort verbindliches Rechtsgeschäft geschlossen, kommt grundsätzlich die Handelndenhaftung zur Anwendung. *Geist* kennt aber noch die Variante, dass nach dem Parteiwillen ein sofort gültiges Rechtsgeschäft begründet werden soll, der Vertragspartner allerdings über die Eintragung der Gesellschaft durch den Vertreter getäuscht wurde.⁶²¹ Besteht eine entsprechende Vertretungsmacht des Handelnden, so ist dieses Rechtsgeschäft wirksam, kann aber angefochten werden. Auch in solchen Fällen besteht grundsätzlich keine Anwendung der Handelndenhaftung.

Auch *Fantur* knüpft an diese Unterscheidung an.⁶²² *Fantur* weist darauf hin, dass im Normalfall von der sofortigen Geltung des Rechtsgeschäfts auszugehen ist.⁶²³ Von einem aufschiebend bedingten Vertragsabschluss kann nicht ohne besondere Anhaltspunkte und Einzelfallprüfung ausgegangen werden, da dieser in der Regel den Interessen des Geschäftsgegners zuwider laufen würde. Von einem Geschäftsabschluss unter der Bedingung der Eintragung

⁶¹⁸ OGH 1 Ob 625/90 = SZ 64/4

⁶¹⁹ *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 120

⁶²⁰ *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 120

⁶²¹ *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 113

⁶²² *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 42 f

⁶²³ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 42 f und 52 f

der Gesellschaft kann aber ausgegangen werden, wenn die Leistungserbringung trotz sofortiger Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes erst nach der Eintragung der Gesellschaft erfolgen soll.⁶²⁴ Im Zweifel müsse dies nach dem Einzelfall und §§ 914 f beurteilt werden.⁶²⁵

Zusammenfassend kommt *Fantur* daher zum Schluss, dass die Handelndenhaftung dann anzuwenden ist, wenn sich aus dem Rechtsgeschäft ergibt, dass die vertragliche Verbindlichkeit bereits vor der Eintragung ins Firmenbuch wirksam sein soll. Andernfalls, nämlich bei Vorliegen einer aufschiebenden Bedingung, ist eine Handelndenhaftung ausgeschlossen.⁶²⁶ Dies stimmt im Ergebnis auch mit *Geist* überein.

Sowohl der Meinung *Geists* als auch der Meinung *Fanturs* ist mE eine Absage zu erteilen. Es ist hingegen *Harrer* zuzustimmen und ist die Handelndenhaftung unabhängig davon anwendbar, ob für die Vorgesellschaft oder für die fertige GmbH gehandelt werden soll.⁶²⁷ Jede andere Unterscheidung würde nur künstlich sein, da diese wohl im Wirtschaftsverkehr von den Parteien nicht getroffen wird und für sie auch ohne jede Bedeutung ist. Auch hier kann die Identitätstheorie herangezogen werden, nach der beide, also sowohl die eingetragene Kapitalgesellschaft wie auch ihr Vorstadium, ein und dieselbe Gesellschaft darstellen. Es kann daher auch unter diesem Gesichtspunkt eine Unterscheidung, in welchem Namen gehandelt wird, entfallen.

Ein Sonderfall besteht in den Fällen, in denen die Gründung einer GmbH gar nicht vorgesehen ist, da die Behauptung des Bestehens einer Vollmacht auch die Behauptung der Existenz eines Machtgebers einschließt. Wird im Namen einer nicht existierenden Gesellschaft gehandelt, so ist nach herrschender Ansicht die Scheinvertreterhaftung anwendbar.⁶²⁸

⁶²⁴ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 54

⁶²⁵ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 45 f: In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH soll hier auch auf andere, begleitende Umstände wie die Art des betreffenden Geschäfts und den wirtschaftlichen Zusammenhang abgestellt werden.

⁶²⁶ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 54

⁶²⁷ Eine völlig gegenteilige Ansicht findet sich bei *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 39. Diese sehen von der Handelndenhaftung nur ein Handeln im Namen der entstandenen Gesellschaft erfasst.

⁶²⁸ OGH 1 Ob 55/62 = EvBl 1962/372, 463; OGH 9 ObA 45/87 = GesRZ 1988, 226; OGH 02.03.1988 3 Ob 540/87; OGH 8 ObS 162/98a = SZ 71/208; *Welser*, Vertretung 98 und 186; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar HGB Art 8 Nr. 11 Rz 5

18.4 Der Handelndebegriff

Wie bereits eingangs unter Punkt 18.1 kurz dargestellt, sind ausschließlich die Organe der Vorgesellschaft als handelnde Personen zu sehen. In der neueren österreichischen Rechtsprechung⁶²⁹ und Lehre⁶³⁰ wird von einem sehr engen Handelndebegriff ausgegangen.

Bevollmächtigte Personen, wie Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte, können nicht als Handelnde gesehen werden. Sie treten nicht als Organ der Gesellschaft, sondern als bloße Hilfspersonen auf.⁶³¹ Ihr Handeln ist, aufrechte Vollmacht vorausgesetzt, den Organen der Kapitalgesellschaft zuzurechnen.⁶³² Handeln derartige Hilfspersonen aber ohne Vertretungsmacht oder überschreiten sie diese, so haften sie selbst als Scheinvertreter.⁶³³ Als handelnde Person kommt daher der Geschäftsführer in Betracht, der die Vorgesellschaft nach außen vertritt, aber auch das Vorstandsmitglied, welches nach außen auftritt, soweit dies eine aufrechte Vollmacht hat.⁶³⁴

Vertragspartner verdienen über die allgemeine scheinvertretungsrechtliche Regelung hinaus keinen Schutz, wenn sie mit der Gesellschaft über jemand anderen kontrahieren wollen als mit dem Geschäftsführer.⁶³⁵ Kann die handelnde Person nicht als Handelnder im Sinne der §§ 2 Abs 1 GmbHG und 34 Abs 1 AktG gesehen werden, haftet sie bei einem Handeln ohne Vertretungsmacht oder bei Überschreiten derselben als falsus procurator. Auch unwirksam bestellte Organe verfügen nicht über eine aufrechte Bevollmächtigung und haften daher nur nach § 1019 als Scheinvertreter.⁶³⁶

⁶²⁹ OGH 1 Ob 312/75 = SZ 48/141 = GesRZ 1976, 61 = GesRZ 1977, 28; OGH 1 Ob 625/90 = SZ 64/4 = EvBl 191, 84 = RdW 1991, 176 = ecolex 1991, 252

⁶³⁰ *Harrer*, Haftungsprobleme 226 f; *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 121 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 40

⁶³¹ OGH 1 Ob 625/90 = SZ 64/4 = EvBl 1991/84, 381 = ecolex 1991, 251 = RdW 1991, 176

⁶³² OGH 1 Ob 312/75 = SZ 48/141 = EvBl 1976/182, 357 = GesRZ 1977, 28 = GesRZ 1976, 61; *Weilinger*, GesRZ 1996, 229 (231)

⁶³³ OGH 3 Ob 534/86 = RdW 1986, 305 = GesRZ 1986, 196; OGH 1 Ob 625/90 = SZ 64/4 = EvBl 1991/84, 381 = ecolex 1991, 251 = RdW 1991, 176; *Holeschofsky*, Bemerkungen zur Haftung des für die Vor-GmbH Handelnden, GesRZ 1988, 163 (165)

⁶³⁴ OGH 1 Ob 312/75 = SZ 48/141 = GesRZ 1976, 61 = GesRZ 1977, 28; OGH 1 Ob 625/90 = SZ 64/4 = EvBl 1991/84, 381 = ecolex 1991, 251 = RdW 1991, 176

⁶³⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 40

⁶³⁶ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 67

18.5 Inhaltliche Ausgestaltung der Handelndenhaftung

Die Handelndenhaftung zielt primär auf einen Erfüllungsanspruch ab, sekundär kommt eine entsprechende Schadenersatzpflicht auf Nichterfüllung in Betracht.⁶³⁷ Der Handelnde haftet so, wie die Vorgesellschaft bzw die später eingetragene Gesellschaft haften würde.⁶³⁸

Harrer kritisiert die Ansicht, dass der Handelnde wie die Gesellschaft haften sollte. Dies insbesondere dann, wenn die eingegangene Verbindlichkeit keine Geldschuld sein sollte.⁶³⁹ Ist der Scheinvertreter verpflichtet, auch eine anders geartete Leistung, welche nicht in Geld besteht, in natura zu erbringen? Dies muss bejaht werden, wenn man davon ausgeht, dass der Vertreter genau das schuldet, was die Gesellschaft schuldet.⁶⁴⁰ *Harrer* geht davon aus, dass die Handelndenhaftung bereits dann ihren Zweck voll erfüllt, wenn der Gläubiger vom Vertreter bereits den Wert seiner Forderung erhält.⁶⁴¹ Laut *Harrer* bedarf es einer darüber hinausgehenden Verpflichtung des Handelnden bei nicht in Geld bestehenden Verbindlichkeiten nicht.⁶⁴²

Auch *Fantur* verneint die Notwendigkeit eines primären Erfüllungsanspruches der Handelndenhaftung.⁶⁴³ Der Dritte soll nicht zwangsläufig in das Vertragsverhältnis mit dem Handelnden gezwungen werden. *Fantur* geht darum beim Anspruch nach der Handelndenhaftung auf einen primären Anspruch auf das Geldinteresse aus.⁶⁴⁴

Bei näherer Betrachtung kann tatsächlich kein vernünftiger Grund für einen primären Erfüllungsanspruch bei der Handelndenhaftung gesehen werden. Immerhin entspricht es doch dem eindeutigen Parteiwillen und auch der Überzeugung des Dritten, ein Rechtsverhältnis mit der Kapitalgesellschaft einzugehen. Ein unmittelbares Vertragsverhältnis mit dem Handelnden kann daher nicht angenommen werden. Diesen bzw den Dritten aber in ein Schuldverhältnis zu zwingen, welches sich genau an den Vorgaben des vertraglichen Verhältnisses mit der Gesellschaft orientiert, kann nicht gerechtfertigt werden. Letztlich würde es auch den Interessen

⁶³⁷ OGH 6 Ob 535/85 = RdW 1985, 246; OGH = 6 Ob 659/85 = SZ 60/221 = GesRZ 1988, 126 und 167 = RdW 1988, 43 = WBI 1988, 25; *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 124; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/556; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 42

⁶³⁸ *Harrer*, Haftungsprobleme 231; *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 63; Dies entspricht auch der Ansicht des OGH in der E 6 Ob 659/85 = RdW 1988, 43 = GesRZ 1988, 167 = WBI 1988, 25

⁶³⁹ *Harrer*, Haftungsprobleme 232 f

⁶⁴⁰ *Harrer* bezeichnet dies als Erfüllungstheorie.

⁶⁴¹ Dies wird als Haftungstheorie bezeichnet.

⁶⁴² *Harrer*, Haftungsprobleme 232

⁶⁴³ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 67

⁶⁴⁴ *Harrer*, Haftungsprobleme 230 ff; *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 77

des Gläubigers entsprechen, rein den Geldwert seines Erfüllungsanspruches vom Handelnden zu erhalten.

18.6 Vertretungshandlungen bei der unechten Vorgesellschaft

Besonderheiten bestehen beim Vorliegen einer so genannten unechten Vorgesellschaft. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn den Gründern die ernsthafte Absicht fehlt, trotz Abschluss eines Gesellschaftervertrages und Errichtung der Gesellschaft, diese ins Firmenbuch eintragen zu lassen.⁶⁴⁵ Die Gründung einer Gesellschaft ist nicht beabsichtigt oder wird von den Gründergesellschaftern die Eintragung nicht ernsthaft betrieben, so etwa wenn keine vom Firmenbuch verlangten Nachweise vorgelegt oder Eintragungshindernisse nicht beseitigt werden. Eine unechte Vorgesellschaft besteht daher sowohl, wenn von Anfang an nicht die Absicht besteht, eine Eintragung der Kapitalgesellschaft herbeizuführen, ist aber auch dann anzunehmen, wenn diese Entscheidung erst im Laufe des Verfahrens vor dem Firmenbuchgericht gefasst wird oder schließlich auch wenn der Eintragungsantrag abgewiesen wird.⁶⁴⁶ Der eigentliche Zweck der Vorgesellschaft, nämlich als Vorstufe zur eingetragenen Kapitalgesellschaft zu fungieren, tritt nicht ein.⁶⁴⁷ Der unechten Vorgesellschaft fehlt es somit an einem wesentlichen Charakteristikum der Vorgesellschaft.

Die Rechtsnatur der unechten Vorgesellschaft wurde in der älteren Lehre als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als OHG gesehen.⁶⁴⁸ Wenn man die unechte Vorgesellschaft aber als Personengesellschaft qualifizierte, so war die Anwendung der Handelndenhaftung als Norm des GmbHG bzw des AktG gänzlich ausgeschlossen.

Es ist bereits schwierig, festzustellen, ab wann eine unechte Vorgesellschaft vorliegt, da dies allein vom subjektiven Willen der Gesellschafter abhängt. Des Weiteren muss man sich fragen, soll ab diesem Zeitpunkt eine rückwirkende Umdeutung der Gesellschaft in eine andere Gesellschaftsform erfolgen.

⁶⁴⁵ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 68; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 27

⁶⁴⁶ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 163; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 68; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 27

⁶⁴⁷ *Weilinger*, GesRZ 1996, 229 (235)

⁶⁴⁸ OGH 4 Ob 24/50 = SZ 23/150; OGH 1 Ob 547/52 = SZ 25/322; OGH 1 Ob 312/75 = SZ 48/141 = GesRZ 1976, 61; OGH 1 Ob 12/92 = eolex 1992, 636 = WBl 1992, 372, (Anm *Geist*); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/554

Fantur bemerkt daher ganz richtig, dass durch einen Wechsel der Gesellschaftsform „dem Rechtsverkehr nachträglich (...) Nachteile“ auferlegt werden und spricht sich für die Verzichtbarkeit der Rechtsfigur der unechten Vorgesellschaft aus.⁶⁴⁹ Ein nachträglicher Wechsel der Rechtsform würde auch mit einer Schlechterstellung der Gläubiger einhergehen.⁶⁵⁰ *Fantur* sieht die alte Lehre zur unechten Vorgesellschaft auch deshalb kritisch, da die Publizität gegenüber dem Vertragspartner im Rechtsverkehr nicht gegeben ist. Diesem ist es nicht möglich, das Vorliegen einer unechten Vorgesellschaft zu erkennen.⁶⁵¹ Letztlich wird hier auf einen rein subjektiv bei den Gesellschaftern vorliegenden, für den Dritten aber nicht erkennbaren Tatbestand abgestellt.

*Fantur*⁶⁵² geht davon aus, dass es nicht zu einer ex tunc Umwandlung der echten Vorgesellschaft in eine unechte Vorgesellschaft kommen sollte. Die Vorgesellschaft ist für den ganzen Zeitraum auch rückwirkend als echte Vor-GmbH zu sehen. Eine Änderung der rechtlichen Natur der Vorgesellschaft sei nicht einzusehen. Die unechte Vorgesellschaft ist daher zu liquidieren.

Werden dann, nach Fassung des Entschlusses, die Gesellschaft nicht eintragen zu lassen, weitere Geschäfte im Namen der Gesellschaft getätigt, so sind die Regelungen über die Scheinvertretung anzuwenden, weil die Gesellschaft nach der durchzuführenden Abwicklung nunmehr rechtlich nicht mehr existent ist oder auch die Vertretungsmacht in der Liquidation überschritten wird. Auf die Rechtsverhältnisse vor der Liquidation ist aber das GmbH-Recht in vollem Umfang weiter anzuwenden.⁶⁵³

Auch *Krejci* geht davon aus, dass eine rückwirkende Umdeutung der unechten Vorgesellschaft in eine Personengesellschaft nicht in Frage kommt.⁶⁵⁴ Es müssen daher für die unechte Vorgesellschaft jene Regeln gelten, welche auch bei der echten Vorgesellschaft zur Anwendung kommen. Ab dem Zeitpunkt, ab dem klar ist, dass es sich um eine unechte Vorgesellschaft handelt, ist diese Gesellschaft als aufgelöst zu betrachten und die Vorgesellschaft zu liquidieren.⁶⁵⁵

⁶⁴⁹ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 171

⁶⁵⁰ Zur ausführlichen Kritik dieser „ex tunc-Verschlechterung“ siehe *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 163 ff

⁶⁵¹ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 164 f: Ein Abstellen auf rein innerliche Elemente würde auch schlichtweg eine Beweisführung unmöglich machen.

⁶⁵² *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 167 ff

⁶⁵³ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 172

⁶⁵⁴ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 68 f

⁶⁵⁵ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 69

18.7 Vertretungshandlungen bei der Vorgründungsgesellschaft

Als Vorgründungsgesellschaft wird die Vereinigung der künftigen Gesellschafter vor Abschluss eines entsprechenden förmlichen Gesellschaftsvertrages bezeichnet. Die Gesellschaft ist daher im Vorgründungsstadium noch nicht einmal errichtet. Fraglich ist, inwiefern auf die Vorgründungsgesellschaft GmbH-Recht angewendet werden kann oder ob hierfür zumindest der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages notwendig ist. Eine strikte Unterscheidung von Vorgründungsgesellschaft zu den anderen Formen der entstehenden Kapitalgesellschaft scheint auch deshalb erforderlich, da es keinerlei Rechtsübergang zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vorgesellschaft gibt.⁶⁵⁶ Die spätere Kapitalgesellschaft bzw. deren Vorgesellschaft haftet nicht für die Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft.

Bedacht werden muss auch, dass die Vorgründungsgesellschaft keine notwendige Vorstufe zur Entstehung einer Kapitalgesellschaft bildet.

In der Lehre gibt es einige Schwierigkeiten die Rechtsnatur der Vorgründungsgesellschaft zu definieren. Die Vorgründungsgesellschaft stellt eine völlig eigenständige Gesellschaft dar.⁶⁵⁷ Sie kann dabei alle erdenklichen Gesellschaftsformen annehmen und unterliegt dann auch deren Regime.

Letztlich soll aber zur Frage, ob allein die Tatsache, dass es sich um eine Vorgründungsgesellschaft einer AG oder GmbH handelt, eine Anwendung der Handelndenhaftung rechtfertigt, noch Nachstehendes ausgeführt werden:

So geht etwa *Geist* davon aus, dass der Abschluss des Gesellschaftsvertrages zur Anwendung der Handelndenhaftung unbedingt notwendig ist. Dieser biete ein greifbares Abgrenzungskriterium zur Scheinvertreterhaftung.⁶⁵⁸ Auch nach *Krejci* beginnt die Handelndenhaftung erst mit Errichtung der Gesellschaft und somit mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages.⁶⁵⁹ Auf die Vorgründungsgesellschaft einer Kapitalgesellschaft ist die Handelndenhaftung daher nicht anzuwenden.

⁶⁵⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² (1997) 1/510; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 8

⁶⁵⁷ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 69

⁶⁵⁸ *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 117; *derselbe* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar Aktiengesetz 1/1⁴ § 34 Rz 13

⁶⁵⁹ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 67

18.8 Unterschiede zur Scheinvertreterhaftung

Abschließend soll ein Vergleich der Handelndenhaftung mit der Haftung des falsus procurator nach der neuen Rechtslage erfolgen und die wichtigsten Unterschiede aufgezeigt werden. Bei den Systemen ist immerhin gleich, dass der Vertreter im rechtsgeschäftlichen Verkehr im Namen der Gesellschaft auftritt. Ein Unterschied besteht darin, dass sich die Regelungen der Handelndenhaftung ausschließlich auf ein Handeln im Namen der Vorgesellschaft beziehen, die Haftung des falsus procurator greift aber sowohl bei vollmachtlosen Vertretungshandeln für die Vorgesellschaft als auch für die eingetragene Gesellschaft.

Generell lässt sich nochmals darauf hinweisen, dass ein Haftungsanspruch nach der gesellschaftsrechtlichen Handelndenhaftung dann in Frage kommt, wenn der Vertreter aufgrund einer aufrechten Bevollmächtigung eine wirksame Verpflichtung der Vor-GmbH oder Vor-AG bzw der Gesellschaft herbeiführen konnte.⁶⁶⁰ Im Gegenzug dazu, ist die - nunmehr einheitliche - Scheinvertretungshaftung nach § 1019 dann anzuwenden, wenn eine solche Vertretungsmacht überhaupt nicht besteht.

Auch wenn der wirksam bestellte Geschäftsführer einer Vorgesellschaft seine bestehende Vollmacht überschreitet, so ist die Handelndenhaftung nicht anwendbar, obwohl auch hier ein Handeln im Namen der Vorgesellschaft stattfindet.⁶⁶¹ Der Geschäftsführer ist aber als Scheinvertreter zu behandeln, da er außerhalb seiner Vertretungsmacht keine wirksame Verpflichtung der Vorgesellschaft bzw der fertigen GmbH erreichen kann. Die Inanspruchnahme erfolgt daher als falsus procurator nach § 1019, da der Scheinvertreter quasi ohne Vertretungsmacht handelt. Erfolgt allerdings noch eine Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch die Vorgesellschaft oder die fertig gegründete Gesellschaft, so ist der Handelnde so zu behandeln, als hätte er bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine ausreichende Vollmacht gehabt.⁶⁶² Er haftet daher für im Gründungsstadium der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen nach den §§ 2 Abs 1 GmbH und 34 Abs 1 AktG.

Durch die Umbenennung des HGB in das neue UGB und die damit verbundene Aufhebung des Art 8 Nr. 11 EVHGB kam es zu keinen inhaltlichen Änderungen der Handelndenhaftung in den Regelungen des §§ 2 Abs 1 GmbHG und 34 Abs 1 AktG.

⁶⁶⁰ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 80 f; Nähere Ausführungen siehe unter Punkt 18.1.

⁶⁶¹ *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 78 ff

⁶⁶² *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft 78 ff

Zu den inhaltlichen Unterschieden kann Folgendes ausgeführt werden: Die Haftungsregelung des Scheinvertreters in § 1019 ist von einem Verschulden des Schadenersatzpflichtigen abhängig. Hier reicht ein dem Scheinvertreter vorwerfbares zumindest fahrlässiges Verschulden aus, wenn dieser seinen Aufklärungspflichten nicht nachkommt, über Umstände aufzuklären, welche einem gültigen Abschluss des Rechtsgeschäftes entgegenstehen. Die Handelndenhaftung ist als solche aber jedenfalls verschuldensunabhängig.⁶⁶³ Der Handelnde haftet somit auch dann, wenn ihm kein Verschulden vorgeworfen werden kann.

Der falsus haftet für den beim Dritten eingetretenen Schaden in Höhe des kausal verursachten Vertrauensschadens.⁶⁶⁴ Dieser kann unter Umständen auch bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses bestehen, übersteigt ein solches aber nicht. Hingegen richtet sich die Handelndenhaftung stets auf Erfüllung. Dieser Anspruch mag auf Geldinteresse gerichtet oder als Anspruch auf tatsächliche Erfüllung durch den Handelnden ausgestaltet sein.⁶⁶⁵ Der Ersatz des Vertrauensschadens nach der zivilrechtlichen Haftung bedeutet, dass der Dritte so zu stellen ist, als hätte er nicht auf das Zustandekommen und den Abschluss des Vertrages vertraut. Nach § 1019 gibt es allerdings keine Ersatzpflicht in Höhe eines Erfüllungsanspruches oder eines allfällig bestehenden Erfüllungsinteresses.

Dieser Unterschied im Haftungsumfang lässt sich leicht dadurch erklären, dass es im Falle eines vollmachtlosen Handelns ja gerade zu keinem Vertragsabschluss kommt. Der falsus verletzt keine Pflicht zum Vertragsabschluss, sondern erfolgte ein Zuwiderhandeln gegen die Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis. Daher kann auch kein Erfüllungsanspruch des Dritten gegen den Vertreter abgeleitet werden. Die Anwendung des § 2 Abs 1 GmbHG bzw seiner aktienrechtlichen Ausformung in § 34 Abs 1 AktG setzt den Abschluss eines rechtsgültigen Vertrages voraus. Der Handelnde besitzt ausreichende Vollmacht, um die Vorgesellschaft bzw die nachfolgende eingetragene Kapitalgesellschaft zu verpflichten. In weiterer Folge besteht aber auch ein Erfüllungsanspruch des Dritten, da der Handelnde eine Verpflichtung zur Vertragserfüllung begründet hat und auch in derselben Form und vor allem Höhe wie die Vorgesellschaft zu haften hat. Ein Anspruch nach den §§ 2 Abs 1 GmbHG und 34 Abs 1 AktG begründet daher als logische Konsequenz einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Hingegen kommt ein Erfüllungsanspruch bei einer bloßen Überschreitung der Vollmacht durch ein Organ der Gesellschaft nicht in Betracht. Hier ist der Ge-

⁶⁶³ Siehe unter Punkt 18.1.

⁶⁶⁴ Siehe unter Punkt 6.1 und Punkt 6.1.

⁶⁶⁵ Zur Klärung dieser Frage siehe unter Punkt 18.5.

sellschaft noch keine Verbindlichkeit entstanden.⁶⁶⁶ Dieser Fall ist wie ein falsus-procurator-Problem zu lösen.

Auch die Position des Haftenden ist in beiden Systemen unterschiedlich gestaltet. In den Fällen der *cic* wird aufgrund des Schadenersatzanspruches freilich keine Vertragsposition des Haftenden angenommen, dies da er im fremden Namen auftritt. Auch bei der Handelndenhaftung wird aus diesem Grund die Einräumung einer vertraglichen Stellung des Handelnden verneint, da er immerhin offen legt, ein Rechtsgeschäft für die Vorgesellschaft abzuschließen. Ihm kommen aber aufgrund seiner persönlichen Inanspruchnahme durch den Erfüllungsanspruch weitergehende Einwendungsmöglichkeiten zu. So kann der Handelnde dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die der Vorgesellschaft bzw der fertigen GmbH zustehen würden.⁶⁶⁷ Vertragliche Rechte aus dem Vertrag besitzt er allerdings nicht, da einzig die Kapitalgesellschaft als Vertragspartner gesehen werden kann.

Letztlich bleibt darauf hinzuweisen, dass ein Haftungsanspruch nach § 1019 nicht unbeschränkt besteht, sondern auch in einem gewissen Maße nach dem Verhältnis zum vermeintlichen Geschäftsherrn zu beurteilen ist.⁶⁶⁸ Die Scheinvertreterhaftung soll nur das Fehlen der Vollmacht ausgleichen, nicht aber andere Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäftes substituieren. Sollten einem hypothetischen Vertragsanspruch andere rechtliche oder tatsächliche Gründe entgegenstehen, so sind diese auch im Verhältnis zum Scheinvertreter zu berücksichtigen. Ein Schadenersatzanspruch gegen den falsus ist dann entsprechend zu kürzen oder entfällt unter Umständen zur Gänze. Ein Anspruch nach der Handelndenhaftung besteht allerdings immer unbeschränkt in voller Höhe.

Wie bereits an mehreren Stellen ausgeführt, ist die Verlagerung der Scheinvertreterhaftung in das ABGB und die Aufhebung des Art 8 Nr 11 EVHGB eine überaus wünschenswerte Änderung. Nunmehr sind die Haftungsverhältnisse klar dargestellt und erfolgte eine klare Abgrenzung. Der gesetzliche Haftungsanspruch in Höhe des tatsächlich vom Scheinvertreter verursachten Schadens ist deutlich von anderen Haftungsstrukturen wie etwa der Handelndenhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht getrennt.

⁶⁶⁶ AA *Harrer*, Haftungsprobleme 231, der hier fälschlich eine Erfüllungshaftung gelten lässt.

⁶⁶⁷ *Ostheim*, Gedanken zu § 2 GmbHG idF der Novelle BGBl 1980/320, GesRZ 1982, 124 (127); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/557; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 42

⁶⁶⁸ Siehe Ausführungen unter Punkt 8.

Aufgrund der jahrelangen Auseinandersetzung mit der Problematik scheinen die Fronten zwischen der Handelndenhaftung und der Scheinvertreterhaftung weitgehend geklärt. Besondere Abgrenzungsprobleme finden sich keine. Hingewiesen werden soll aber darauf, dass sich im Vereinsrecht zunehmend eine neue Meinung zur dort normierten Handelndenhaftung bildet, welche eine deutliche Abkehr zum bisherigen Verständnis darstellen würde.⁶⁶⁹ So sollte im Vereinsrecht der Haftungsanspruch nach der Handelndenhaftung nur in Höhe des Vertrauensschadens bestehen, denn die gesetzlichen Bestimmungen selbst normieren keinen Haftungsanspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses. Auswirkungen dieser Ansicht können im Kapitalgesellschaftsrecht allerdings noch nicht beobachtet werden.

⁶⁶⁹ Siehe unter Punkt 18.1.

19 Vertretungshandeln bei Vereinen

19.1 Vollmachtslose Vertretung von Vereinen

Der Verein wird als juristische, selbst nicht handelnde Person nach außen von seinen Organen vertreten.⁶⁷⁰ Wer den Verein nach außen vertritt, wird durch die Statuten bestimmt, in der Regel handelt es sich dabei um den Obmann des Vereins. Gemäß § 5 Abs 3 VerG können mit der Außenvertretung auch verschiedene Vereinsorgane betraut sein, so etwa das Präsidium und der Vorstand.⁶⁷¹ Insbesondere ist daher die Gesamtvertretung bei Vereinen von praktischer Relevanz.⁶⁷² Ersichtlich ist die Außenvertretungsbefugnis aus dem Vereinsregister, in dem eingetragen sein muss, wer die organschaftlichen Vertreter des Vereins sind. Freilich kann aber auch im Vereinsrecht - wie oben dargestellt - Einzelvertretung vereinbart werden. Ist in den Statuten nichts anderes vereinbart, ist gemäß § 6 VerG im Zweifel aber Gesamtvertretung anzunehmen.

Sollte im Namen des Vereins ohne die erforderliche Vertretungsmacht gehandelt werden, so ist auch hier eine Haftung dieser Personen erforderlich. Mangels einer eigenen Regelung greift auch im Vereinsrecht in diesen Fällen die Scheinvertreterhaftung.

Ein Verein konnte nach der alten Rechtslage Kaufmann sein, wenn er ein Handelsgewerbe betrieb.⁶⁷³ Nach der bisherigen Rechtslage zur Scheinvertreterhaftung war es daher so, dass unterschieden werden musste, ob dem Verein Kaufmannseigenschaft zukam oder nicht. Auf einen vollmachtlos handelnden Vertreter eines Vereines, welcher ein Handelsgewerbe betrieb, war Art 8 Nr. 11 anwendbar und haftete der Vertreter bei Kenntnis der fehlenden Vollmacht auf Erfüllung, sonst auf den Vertrauensschaden. Es genügte, dass der Vertretene die Kaufmannseigenschaft erfüllte und waren dessen subjektive Eigenschaften für den Anwendungsbereich des Art 8 Nr. 11 ausschlaggebend.⁶⁷⁴ Die frühere handelsrechtliche Haftungsnorm in Art 8 Nr. 11 kam aber auch zur Anwendung, wenn dem Dritten Kaufmannseigenschaft zukam. War dies der Fall und lag ein zumindest einseitiges Handelsgeschäft vor, so musste die

⁶⁷⁰ Fessler/Kölbl, Österreichisches Vereinsrecht⁵ (1984) 48

⁶⁷¹ Gelbmann, JAP 2002/2003, 198 (200)

⁶⁷² Siehe unter Punkt 15.

⁶⁷³ OGH 7 Ob 2339/96p = SZ 70/215; OGH 08.11.2001 6 Ob 188/01t; OGH 13.06.2006 11 Os 52/05i; Seine kaufmännische Tätigkeit durfte der Verein aber nicht zum Hauptzweck machen, sondern durfte eine Gewinnerzielung nur in einem Teilbereich erfolgen. Auch war eine Gewinnbeteiligung der Vereinsmitglieder untersagt. Der Verein durfte nicht als verdeckte Einnahmequelle seiner Mitglieder dienen: OGH 6 Ob 188/01t = SZ 74/183.

⁶⁷⁴ Siehe unter Punkt 5.3.

nunmehr aufgehobene Regelung der EVHGB angewendet werden. In den anderen Fällen des Scheinvertreterhandelns griff auch beim Verein die vic-Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen und haftete der Vertreter auf den Vertrauensschaden.

Nach der neuen Rechtslage haftet der Vertreter, der namens eines Vereins ohne Vollmacht handelte, nach § 1019 und muss den beim Dritten entstandenen Vertrauensschaden ersetzen.

Das neue VerG bestimmt nun in § 1 Abs 1 einen Verein als freiwilligen, auf Dauer angelegten Zusammenschluss mindestens zweier Personen zur Verfolgung eines bestimmten gemeinsamen ideellen Zwecks. Doch auch nach der neuen Rechtslage ist es möglich, dass ein derart gegründeter Idealverein, der zwar gemäß § 1 Abs 2 nicht auf Gewinn gerichtet sein darf, doch als Unternehmer tätig werden kann. Dem Verein kommt Unternehmereigenschaft zu, wenn er wirtschaftlich relevante Tätigkeiten entfaltet, doch muss diese unternehmerische Tätigkeit dem ideellen Vereinszweck untergeordnet werden.⁶⁷⁵ Der Idealverein darf daher im Rahmen des Nebenzwecksprivilegs am unternehmerischen Rechtsverkehr teilnehmen. Der Hauptzweck des Vereins muss aber stets im ideellen Zweck bestehen und darf der erwirtschaftete Gewinn auch nur diesem Zweck zugeführt werden.

Wird nach der neuen Rechtslage der, wenn auch unternehmerisch handelnde, Verein ohne Vollmacht vertreten, so haftet der Scheinvertreter unterschiedslos allein nach Maßgabe des neuen § 1019.⁶⁷⁶

19.2 1. Exkurs: Rechtspersönlichkeit des Vereins

Gleich im Anschluss sollen nun Ausführungen zur Rechtspersönlichkeit eines neu gegründeten Vereins gemacht werden. Diese ist als Vorfrage zur Handelndenhaftung im Vereinsrecht und zur eng damit verbundenen Problematik des Vorvereins zu klären.

Über die Rechtsfähigkeit des neu gegründeten Vereins gab es nach der Rechtslage des VerG 1951 zwei grundsätzlich unterschiedliche Auffassungen, die im neuen VerG 2002 eine Klärung erfahren haben. Das VerG 1951 gab aber keine Auskunft darüber, wie der Verein als Rechtsperson entstehen sollte.

⁶⁷⁵ OGH 11.12.2007 4 Ob 215/07g

⁶⁷⁶ Zu beachten ist beim Verein als Unternehmer aber die Ersatzpflicht nach § 349 UGB. Siehe auch unter Punkt 6.6.3.

Die zivilrechtliche Ansicht ging im Einklang mit der Rechtsprechung des OGH⁶⁷⁷ und des VwGH⁶⁷⁸ entsprechend dem Grundsatz der freien Vereinsbildung davon aus, dass ein Verein volle Rechtspersönlichkeit nach (1) der Einigung auf die Gründungsvereinbarung (Einigung der Gründer über die Vereinssatzung), (2) bei Erlaubtheit der Tätigkeit und (3) nach der Konstituierung des Vereins (vor allem durch die Bestellung seiner satzungsmäßigen Organe) erlangt.⁶⁷⁹ Die Erlaubtheit der Vereinstätigkeit war einzig nach Maßgabe des § 26 zu beurteilen und kann als maßgebliche Voraussetzung für das Entstehen des Vereins gesehen werden. War seine Tätigkeit erlaubt, so stand der Rechtsfähigkeit des Vereins nicht mehr viel im Wege. Es wurde auf alle formellen Erfordernisse im Hinblick auf die Vereinsbehörde, wie etwa Anmeldung und Nichtuntersagung der Aufnahme der Vereinstätigkeit, verzichtet. Die Einhaltung der vereinsrechtlichen behördlichen Anmeldung unter Ablauf der Anmeldefristen war nicht erforderlich.

Ein neu zu gründender Verein erlangte nach anderer öffentlich-rechtlicher Ansicht⁶⁸⁰ und Ansicht des VfGH⁶⁸¹ vollständige Rechtsfähigkeit durch entsprechende verfahrensrechtliche Akte. Grundvoraussetzungen sind daher auch behördliche Akte, wie die Nichtuntersagung der Vereinsgründung oder der Erlass des Nichtuntersagungsbescheids. Dies wird als modifiziertes Normativsystem⁶⁸² bezeichnet, welches sich vorrangig auf den Wortlaut des VerG stützt. Da ein konstitutiver staatlicher Gründungsakt gefordert ist, handelt es sich auch um ein Konzessionssystem.⁶⁸³ Auch hier musste sich der Verein zur Erlangung seiner Rechtsfähigkeit konstituieren.⁶⁸⁴ Zusammenfassend sind nach der öffentlich-rechtlichen Lehre zum Erreichen der Rechtssubjektivität eines Vereins (1) die Einigung der Gründer auf die Satzung, (2) die Anmeldung der beabsichtigten Vereinsgründung bei der Vereinsbehörde, (3) das Nichtuntersagen der Vereinsgründung innerhalb von sechs Wochen bzw das Vorliegen des Nichtuntersagungsbescheides sowie die (4) Konstituierung des Vereins erforderlich.

⁶⁷⁷ OGH 4 Ob 71/90 = SZ 63/156 = JBl 1991, 784; OGH 6 Ob 580/92 = JBl 1993, 236; OGH 7 Ob 15/93 = JBl 1994, 621 = WBl 1994, 57; OGH 4 Ob 128/00b = eolex 2001, 453

⁶⁷⁸ VwGH 15.12.1988, VwSlg 12.827 A = ZfVB 1990/2/797 = ÖJZ 1990, 153 A 54; VwGH Slg 12.827A = ÖJZ 1990, 153; VwGH 11.5.1993, 91/08/0120 = ZfVB 1994/1361

⁶⁷⁹ Privatrechtliche Vertreter dieser Ansicht sind *Gschntzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² (1992) 353, 355; *Brändle/Schnetzler*, Das österreichische Vereinsrecht² (2000) 68

⁶⁸⁰ Vertreter sind *Fessler/Keller*, Österreichisches Vereinsrecht⁷ (1990) 69 ff; *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform (2003) 50; *Liehr/Tolar*, Der Verein⁴ (2002) 16

⁶⁸¹ VfGH Slg 2459/52; VfGH 5654/68; VfGH 6800/72; VfGH Slg 8114/77;

⁶⁸² Es ist nicht nur ein rein behördlicher Akt erforderlich, vielmehr sind die Grundvoraussetzungen eine Verknüpfung zwischen privatautonomer Rechtsgestaltung und einem behördlichen Akt. Auch *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine² (2002) 24 bezeichnen das Normativsystem als ein modifiziertes, da es nicht auf die Eintragung ins Vereinsregister ankommt

⁶⁸³ *Brändle/Schnetzler*, Vereinsrecht² 68

⁶⁸⁴ *Liehr/Tolar*, Der Verein⁴ 16

Eine konkrete Ausgestaltung des Rechtsfähigkeitserwerbs wurde nun erstmals durch das VerG 2002⁶⁸⁵ gemacht.⁶⁸⁶ Der Verein entsteht nun nach § 2 Abs 1 VerG nach (1) Vereinbarung von Statuten (Gründungsvereinbarung), (2) Anzeige an die zuständige Vereinsbehörde und (3) mit Ablauf der vier- bzw sechswöchigen Frist im Falle einer Verlängerung ohne Untersagungsbescheid der Vereinsbehörde oder mit erfolgter Einladung zur Aufnahme von Vereinstätigkeiten nach §§ 12 und 13 VerG. § 2 Abs 1 VerG beseitigt daher die bisher bestehenden Unsicherheiten.⁶⁸⁷ Die Konstituierung des Vereins, somit also die Bestellung seiner organschaftlichen Vertreter, ist keine Voraussetzung für den Rechtsfähigkeitserwerb mehr.⁶⁸⁸ Der Gesetzgeber hat sich also zugunsten des Normativsystems entschieden, welches die Verleihung der Rechtspersönlichkeit des Vereins an eine Anzeige der Vereinserrichtung und ein positives Ergebnis der vereinsbehördlichen Prüfung, dies entweder durch Fristablauf oder mit Bescheiderlassung zwecks Aufnahme einer Vereinstätigkeit, anknüpft.⁶⁸⁹ Vorher wird dem Verein keine Rechtsfähigkeit zugebilligt.

Die Materialien⁶⁹⁰ bezeichnen das Verankern des modifizierten Normativsystems als im Einklang mit dem sonstigen Gesellschaftsrecht. Somit würden im Interesse der Rechtssicherheit sowohl die Art und Weise als auch der Zeitpunkt des Entstehens des Vereins feststehen. Allerdings wurde davon abgesehen, die Entstehung des Vereins an eine konstitutiv wirkende Eintragung ins Vereinsregister anzuknüpfen und wurde der Eintragung nur eine deklarative Wirkung zuerkannt.⁶⁹¹ Diese Voraussetzung würde ein Tätigwerden der Behörde für die Erlangung der Rechtsfähigkeit des Vereins in jedem Fall erforderlich machen. Wäre aber die Existenz des Vereins auf ein Tätigwerden der Behörde eingeschränkt, so würde dies die verfassungsmäßig gewährleistete Vereinsfreiheit beschränken.⁶⁹²

⁶⁸⁵ BGBl I 2002/66

⁶⁸⁶ Krit *Lachmair*, Der Verein 56; *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG Rz 8

⁶⁸⁷ *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG 56; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 77

⁶⁸⁸ *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine² 24; *Lachmair*, Der Verein 55; *Fessler/Keller*, VerG Kommentar um Vereinsgesetz 2002 (2004) § 2 VerG

⁶⁸⁹ *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG 56; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 77

⁶⁹⁰ 990 BlgNr. 21.GP, S. 22

⁶⁹¹ 990 BlgNr. 21.GP, S. 22; *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG 56

⁶⁹² *Fessler/Keller*, VerG 2002 § 2 VerG

19.3 2. Exkurs: Vorverein

Da nunmehr der genaue Entstehungszeitpunkt des voll rechtsfähigen Vereins bestimmt werden kann, kann auch die vorgelagerte Gründungsphase des Vereins genauer untersucht werden. Vor seinem rechtsgültigen Entstehen kann der Verein als Vorverein bezeichnet werden. Für die Vorgesellschaft gibt es, wie bereits dargestellt wurde, zahlreiche Stellungnahmen.⁶⁹³ Fraglich ist aber, inwiefern diese auch auf den Vorverein übertragbar sind.⁶⁹⁴ Wie ist die Tätigkeit von Vereinen zu qualifizieren, wenn sie vor Erlangung ihrer Rechtssubjektivität rechtsgeschäftlich tätig werden? Wie ist überhaupt deren Rechtspersönlichkeit zu sehen?

Bereits nach der alten Rechtslage waren Konstellationen denkbar, nach denen ein Vorvereinsproblem entstehen konnte, so etwa bei einem zeitlichen Auseinanderfallen von Gründungsvereinbarung und Konstituierung.⁶⁹⁵ Immer wieder wird darauf hingewiesen, dass der Vorverein im Gegensatz zur Vorgesellschaft im Kapitalgesellschaftsrecht keine notwendige Vorstufe zur Bildung eines fertigen Vereins sei.⁶⁹⁶

Die Rechtsnatur des Vorvereins war nach der alten Rechtslage strittig. Die Frage, ob der Verein rechts- und parteifähig ist, wurde äußerst unterschiedlich beurteilt. Teils wurde ihm Teilrechtsfähigkeit zugebilligt.⁶⁹⁷ Man war der Ansicht, dass man den Vorverein nicht als rechtliches „nullum“ qualifizieren könne, sondern ihm die Eigenschaft einer juristischen Person samt haftungsrechtlicher Folgen zugebilligt werden müsste.⁶⁹⁸ Teils wurde der Vorverein als GesbR gesehen.⁶⁹⁹ Von einem Teil der Lehre wird wiederum darauf hingewiesen, dass aufgrund der Körperschaftsstruktur des Vereins, der ja eine offene Mitgliederzahl aufweist, eine

⁶⁹³ Vgl etwa nur *Ostheim*, JBl 1978, 337 ff; *Schiemer*, Handkommentar Aktiengesetz § 34; *Wiünsch*, Die Haftung der Gründer einer GmbH, GesRZ 1984, 2 ff; *Holeschofsky*, GesRZ 1988, 163 ff; *Harrer*, Haftungsprobleme 249; *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 42 ff; *Koppensteiner*, , Acht Thesen zur Haftungsverfassung der Vor-GmbH, JBl 1991, 352 ff; *derselbe*, GmbHG Kommentar § 2; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² § 2; *Weilinger*, GesRZ 1996, 146 und 229; *Fantur*, GmbH-Vorgesellschaft; *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar Aktiengesetz 1/1⁴ § 34 uvm. Vgl auch unter Punkt 18.

⁶⁹⁴ *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (121)

⁶⁹⁵ *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB I³ § 26 Rz 33; *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Recht der Vereine² 27 f; Auch die Judikatur ging stets von der Möglichkeit des Bestehens eines Vorvereins aus: OGH 7 Ob 15/93 = SZ 66/101 = VersRdSch 1994, 94 = VersR 1994, 571; OGH 24.02.2000 8 ObS 49/00i

⁶⁹⁶ *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (142); *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB I³ § 26 Rz 33; Ein Vorverein entsteht nach der privatrechtlichen Lehre daher nicht, wenn die Gründungsvereinbarung und die Konstituierung zeitlich zusammenfallen. Nach der öffentlich-rechtlichen Meinung gibt es keinen Vorverein, wenn die Konstituierung des Vereins nach dem Nichtuntersagungsbescheid geschieht.

⁶⁹⁷ *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Recht der Vereine² 27; *Lachmair*, Der Verein 50

⁶⁹⁸ *Krejci*, Zum Organisationsrecht wirtschaftlich tätiger ideeller Vereine, in: *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer (1988) 67 (74); *Brändle/Schnitzer*, Vereinsrecht² 71

⁶⁹⁹ *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (159 f); *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB I³ § 26 Rz 34

Gleichstellung mit der GesbR nicht möglich ist.⁷⁰⁰ Der Vorverein solle daher eine eigene Form bilden, ein Gebilde sui generis und weder dem Recht der Personengesellschaften noch dem Kapitalgesellschaftsrecht zuordenbar sein.⁷⁰¹ Die Rechtsfähigkeit des Vorvereins gestaltete sich daher nach dem VerG 1951 als äußerst strittiges Feld.⁷⁰²

Wie bereits im vorangegangenen Kapitel dargestellt, wurde im VerG 2002 in § 2 Abs 1 iVm §§ 11 bis 13 ausdrücklich normiert, dass der Verein nach dem nunmehr verankerten Normativsystem erst dann entsteht, wenn ein Verfahren vor der Vereinsbehörde durchgeführt wurde.⁷⁰³ Der Verein entsteht nach § 13 Abs 1 VerG daher erst mit Ablauf der vier- bzw im Falle einer Verlängerung⁷⁰⁴ sechswöchigen Frist nach Einlangen der Errichtungsanzeige oder mit der früheren Erlassung eines Bescheides nach § 13 Abs 2 VerG. Erst dann ist der Verein als Rechtsperson existent. Der Gesetzgeber erteilt damit aber auch der Figur des Vorvereins eine eindeutige Absage. Im Normalfall wird es daher so sein, dass das Schweigen der Vereinsbehörde als Einladung zur Aufnahme der Vereinstätigkeit gesehen werden kann. Der Verein entsteht daher in den meisten Fällen nur durch Fristablauf.

Es ist daher jetzt davon auszugehen, dass dem Vorverein keinerlei Rechts- und Parteifähigkeit zuerkannt werden kann.⁷⁰⁵ Auch *Krejci* vertritt nunmehr nach neuerer Ansicht, dass der Vorverein keine Rechtspersönlichkeit hat.⁷⁰⁶

Als Konsequenz – hier darf bereits weiteren Ergebnissen vorgegriffen werden – kann der Verein vor seinem Entstehen keine Verträge im eigenen Namen schließen. Wenn man dem Vorverein keine Rechtsfähigkeit zubilligt, so steht man weiter vor dem Problem, dass dem Dritten nach Vertragsabschluss mit einem Vertreter des Vorvereins ein Vertragspartner fehlt.⁷⁰⁷ Die nunmehr verankerten Bestimmungen zum Rechtsfähigkeitserwerb des Vereins sind sehr kritisch zu sehen und können mE nicht befürwortet werden.

⁷⁰⁰ *Brändle/Schnitzer*, Vereinsrecht² 72; *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG Rz 76 zur neuen Rechtslage.

⁷⁰¹ *Krejci* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 67 (74)

⁷⁰² *Geist*, Geist, Vorverein – Der OGH im Kampf mit einem Phantom?, JBl 1994, 635 geht überhaupt davon aus, dass es sich beim Vorverein um ein Gebilde handelt, welches nur künstlich am Leben gehalten wird.

⁷⁰³ Ein Wunsch nach Initiative des Gesetzgebers zu dieser Frage klar Stellung zu beziehen, formuliert *Krejci* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 67 (74); *Lachmair*, Das neue Vereinsgesetz 2002, RdW 2002, 392

⁷⁰⁴ § 12 Abs 3 VerG 2002

⁷⁰⁵ *Brändle/Schnitzer*, Das österreichische Vereinsrecht³ (2002) 72

⁷⁰⁶ *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG Rz 75 f

⁷⁰⁷ *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG Rz 75

19.3.1 Unechter Vorverein

Da nunmehr festgestellt wurde, dass dem Vorverein bereits *expressiv verbis* keine Rechtsfähigkeit zukommt, können sich die Ausführungen zum unechten Vorverein - als Pendant zur unechten Vorgesellschaft⁷⁰⁸ - auf das Notwendigste beschränken. Auch beim unechten Vorverein kann nach der neuen Rechtslage kein anderes Ergebnis erwartet werden.

Haben die Vereinsgründer im Gründungsstadium subjektiv nicht die ernsthafte Absicht, den Verein zu gründen und dessen volle Rechtsfähigkeit zu begründen, so liegt ein unechter Vorverein nach dem Muster seiner Schwester im Kapitalgesellschaftsrecht vor.⁷⁰⁹ Die Gründung eines Vereins ist daher von den Gründern von vornherein nicht beabsichtigt oder wird erst im Laufe des behördlichen Anmeldeverfahrens aufgegeben. Fraglich ist daher eine Haftung von Personen, die in diesem Stadium im Namen des entstehenden Vereins auftreten und Rechtsgeschäfte abschließen.

Auch der unechte Vorverein ist stets wie ein echter zu behandeln, da der unechte Vorverein ohne Wechsel seiner Identität den Status des echten Vorvereins erlangen kann, allein durch die behördliche Anmeldung.⁷¹⁰ Eine unterschiedliche Behandlung wäre daher nicht einzusehen. Abseits anderer Bedenken bezüglich der Handelndenhaftung im Vereinsrecht⁷¹¹ gestaltet sich die derzeitige Rechtslage daher so, dass die Regelung des § 2 Abs 4 VerG und die darin normierte Handelndenhaftung generell auch auf den unechten Vorverein und Vertretungshandlungen in seinem Namen anzuwenden ist. Ob ein unechter Vorverein vorliegt, wird immer erst ex post zu beurteilen sein. Von diesem Umstand die Anwendung der Handelndenhaftung abhängig zu machen, ist nicht einzusehen und kann auch nicht begründet werden. Es soll daher nicht zu einer nachträglichen Umwandlung eines zuerst echten Vorvereins in einen unechten Vorverein kommen und hat diese Qualifikation auch keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit der Handelndenhaftung.⁷¹² Der Vorverein ist daher stets als echter Vorverein zu sehen.

⁷⁰⁸ Siehe unter Punkt 18.6.

⁷⁰⁹ *Krejci* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 67 ff; *Schmidt*, Grundlagen eines neuen Vereinsrechts in Österreich, GesRZ 1991 (6); *Brändle/Schnetzer*, Vereinsrecht³ 74

⁷¹⁰ *Brändle/Schnetzer*, Vereinsrecht³ 74

⁷¹¹ Siehe gleich unten unter Punkt 19.4.1.

⁷¹² Vgl zu dieser Frage auch die Ausführungen zur unechten Kapitalvorgesellschaft unter Punkt 18.6.

19.3.2 Vorgründungsverein

Letztlich soll im Vorfeld noch die Problematik des Vorgründungsvereins erörtert werden. Wurde zwischen den Vereinsgründern noch nicht einmal eine Einigung auf eine Gründungsvereinbarung und somit eine Satzung des Vereins erzielt, so liegt nicht einmal ein Vorverein vor. Es besteht daher noch nicht einmal ein Verein im Keim.

Bereits nach Ansicht der alten Lehre⁷¹³ war der Vorgründungsverein eindeutig als GesbR zu qualifizieren und konnte diesem mangels Errichtung des Vereins niemals Rechtsfähigkeit zugebilligt werden. Die Regelungen des Vereinsrechts waren daher auf den Vorgründungsverein auch nach der alten Rechtslage nicht anzuwenden. Dies ist auch einzusehen, da noch nicht einmal Handlungen der Gründungsmitglieder stattgefunden haben, welche auf eine Gründung eines Vereins schließen lassen könnten.

Umso mehr hat dies für die neue Rechtslage zu gelten, in der durch die Kodifizierung des Normativsystems klar eine rechtliche Relevanz des Vorgründungsvereins verneint wird.⁷¹⁴ Handelt ein organschaftlicher Vertreter daher im Namen des Vereins vor seiner Errichtung somit im Stadium des Vorgründungsvereins, so haftet er mangels wirksamer Bestellung als Scheinvertreter ohne Vertretungsmacht nach § 1019.⁷¹⁵ Die Anwendbarkeit der Handelndenhaftung in § 2 Abs 4 VerG ist aber ausgeschlossen.

19.4 Handelndenhaftung im Vereinsrecht

Letztlich wird nun der Schwerpunkt im Vereinsrecht auf die Handelndenhaftung gelegt, welche wohl als Gegenpol zum Scheinvertreterhandeln gesehen werden kann.

Im VerG 1951 fanden sich kein Vereinsprivatrecht und auch keinerlei Bestimmungen über eine Haftung des im Namen des Vereins vor dessen Entstehung Handelnden.

Konkrete Aussagen über eine vereinsrechtliche Handelndenhaftung wurden erstmals von einer interministeriellen Arbeitsgruppe im Entwurf zu einem neuen Bundesgesetz über das Ver-

⁷¹³ Geist, JBl 1994, 636; Brändle/Schnetzer, Vereinsrecht² 72; So wohl auch der Entwurf zur Reform des Vereinsrechts Fessler/Keller/Krejci/Zetter, Reform des Vereinsrechts (1997) § 6

⁷¹⁴ Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Recht der Vereine² 30

⁷¹⁵ Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, VerG 2002 § 2 VerG Rz 85

einsrecht⁷¹⁶ gemacht. In § 6 Abs 3 dieses Entwurfs wurde vorgesehen, dass, sollte vor Eintragung in das Vereinsregister im Namen des Vereins gehandelt werden, „die Handelnden persönlich zur ungeteilten Hand haften.“ Dieser Entwurf enthielt damit erstmals eine Handelndenhaftung für den Vorverein.

Die Handelndenhaftung wird nunmehr im neuen VerG 2002 in § 2 Abs 4 ausdrücklich normiert.⁷¹⁷ Die Handelnden haften dem Dritten gegenüber persönlich zur ungeteilten Hand für im Namen des Vereins vor dessen Entstehung eingegangene Verbindlichkeiten. Diese Handelndenhaftung entspricht den Regeln des § 34 Abs 1 AktG und des § 2 Abs 1 GmbHG.⁷¹⁸ Die Materialien bezeichnen dies als ein im Gesellschaftsrecht bewährtes Modell und bezieht sich daher ausdrücklich auf das gesellschaftsrechtliche Verständnis der Handelndenhaftung.

Augenscheinlich ging der Gesetzgeber von der Notwendigkeit der Handelndenhaftung für rechtsgeschäftliches Handeln des Vereins vor seiner wirksamen Entstehung aus. Ihre Zielsetzung im Vereinsrecht wäre daher ähnlich wie im Recht der Kapitalgesellschaften zu sehen. Dies würde bedeuten, dass der Handelnde auf das Erfüllungsinteresse haftet.⁷¹⁹ So zumindest wäre die Handelndenhaftung gestaltet, wenn man sie im Sinn des Kapitalgesellschaftsrechts sieht.⁷²⁰

Als Handelnde im Vereinsrecht kommen dabei hauptsächlich die Gründer in Frage oder auch andere organschaftliche Vertreter, soweit diese schon statutenmäßig bestellt wurden.⁷²¹ Da bis zur Bestellung organschaftlicher Vertreter die Gründer des Vereins dessen Leitungsorgan bilden, sind auch sie Handelnde im Sinne der Handelndenhaftung.⁷²²

Jedenfalls nicht von der vereinsrechtlichen Handelndenhaftung erfasst, sind - wie auch bei der Handelndenhaftung der Kapitalvorgesellschaft⁷²³ - die Tätigkeiten von Hilfspersonen.⁷²⁴ Die-

⁷¹⁶ Fessler/Keller/Krejci/Zetter, Reform des Vereinsrechts § 6 Abs 3

⁷¹⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 77; Positiv zur Einführung der Handelndenhaftung im Vereinsrecht Fessler/Keller, VerG 2002 § 2 VerG; Krit Lachmair, RdW 2002, 392

⁷¹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen unter Punkt 18 zur Handelndenhaftung bei Kapitalvorgesellschaften.

⁷¹⁹ Für die Handelndenhaftung im Gesellschaftsrecht einhellige Ansicht: OGH 6 Ob 535/85 = RdW 1985, 246; OGH SZ 60/221 = GesRZ 1988, 126 und 167 = RdW 1988, 43 = WBl 1988, 25; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar § 2 Rz 42; Siehe auch die ausführliche Behandlung des Haftungsanspruches bei der Handelndenhaftung insbesondere im Hinblick auf dessen Umfang unter Punkt 18.5.

⁷²⁰ Zu den massiven Problemen, welche sich aber nach der aktuellen Rechtslage ergeben, siehe gleich unten.

⁷²¹ 990 BlgNr. 21.GP, S. 22; Brändle/Schnetzler, Vereinsrecht³ (2002) 140; Liehr/Tolar, Der Verein⁴ 17; Lachmair, Der Verein 55 f

⁷²² Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, VerG 2002 § 2 VerG Rz 88

⁷²³ Siehe unter Punkt 18.4.

⁷²⁴ Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, VerG 2002 § 2 VerG Rz 88

se sind, soweit sie sich an die ihnen eingeräumten Befugnisse halten, dem Organ des Vereins und dessen Wirkungskreis zuzurechnen, dem sie unterstellt sind oder auf dessen Weisung sie tätig geworden sind. Dieses leitende Vertretungsorgan kann dann allenfalls nach den Vorgaben der Handelndenhaftung in Anspruch genommen werden. Die rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten haften jedoch nicht nach der Handelndenhaftung. Handeln diese Hilfspersonen ohne Vertretungsbefugnisse, so sind sie auch im Vereinsrecht als *falsi procuratores* zu sehen.

Auch das „Handeln im Namen des Vereins“ im Sinne des § 2 Abs 4 VerG kann – ähnlich wie bei der Kapitalvorgesellschaft⁷²⁵ – als Voraussetzung für die Anwendung der Handelndenhaftung gesehen werden. „Im Namen des Vereins“ bedeutet aber nicht nur die Berufung auf den Verein ohne weitere Begründung, sondern ist auch dann gegeben, wenn der Handelnde im Namen des Vereins in Gründung auftritt.⁷²⁶

Rechtsgeschäfte, welche im Namen des noch nicht entstandenen Vereins geschlossen wurden, sollen nach § 2 Abs 4 VerG bis zum Entstehen des Vereins schwebend unwirksam bleiben.⁷²⁷ Entsteht der Verein rechtswirksam, so werden die schon vor seiner Entstehung in seinem Namen eingegangenen Geschäfte für ihn wirksam, ohne dass es eines weiteren Genehmigungsaktes bedarf. Entsteht der Verein nicht, so bleibt es nach Willen des Gesetzgebers einzig bei der Handelndenhaftung.⁷²⁸ Der Verein ist aber nicht Vertragspartner des Dritten geworden.

19.4.1 Kritik an der Handelndenhaftung

Die oben stehenden Ausführungen zur vereinsrechtlichen Handelndenhaftung können problemlos gemacht werden. Unverständlich wird die Handelndenhaftung im Vereinsrecht dann, wenn man diese im Zusammenspiel mit der Rechtsfähigkeit des Vereins bzw Vorvereins sieht.

Wie bereits unter Punkt 19.3 dargestellt, verfügt nämlich der Vorverein über keine Rechtsfähigkeit. Der Handelnde kann daher auch keine Verpflichtung des Vereins im Gründungsstadium erreichen. Entgegen den parallelen Ausführungen zur Kapitalvorgesellschaft würde daher eine Handelndenhaftung im Vereinsrecht nicht neben der Haftung eines wirksam verpflichte-

⁷²⁵ Siehe unter Punkt 18.3.

⁷²⁶ *Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, VerG 2002 § 2 VerG Rz 87

⁷²⁷ 990 BlgNr. 21.GP, S. 22

⁷²⁸ 990 BlgNr. 21.GP, S. 23 sowohl für den Fall, dass die Gründung des Vereins von der Vereinsbehörde nicht gestattet wird, als auch für den Fall des unechten Vorvereins.

ten Vorvereins bestehen. Die Verankerung der Handelndenhaftung im Vereinsrecht bedeutet daher ein massives Abgehen des bisherigen Verständnisses dieses Haftungssystems.

Diese Tatsache hat aber auch weitergehende Folgen, welche nun vollends zur Verwirrung beitragen. Es darf wohl auf den ersten Blick angenommen werden, dass der Handelnde auch im Vereinsrecht auf das Erfüllungsinteresse haftet.⁷²⁹ Dies entspricht zumindest der herrschenden Ansicht und dem Verständnis der Handelndenhaftung im Recht der Kapitalgesellschaften.⁷³⁰ Bei den Kapitalvorgesellschaften ist diese Haftung auch einsichtig, da der Handelnde eine wirksame Vertretungsmacht vorweisen kann und es somit zu einem rechtsgültigen Vertragsabschluss zwischen dem Dritten und dem Vertretenen kommt. Der Vertreter mag zwar nicht in seinem eigenen Namen handeln, er hat aber doch eine Erfüllungspflicht begründet. Eine Haftung auf das somit begründete Erfüllungsinteresse ist daher konsequent.

Der Handelnde im Vereinsrecht würde aber nur hinsichtlich des beim Dritten entstandenen Vertrauensschadens ersatzpflichtig werden.⁷³¹ Denn sollte das namens des noch nicht entstandenen Vereins geschlossene Geschäft nicht zustande kommen, insbesondere weil der Verein nicht angemeldet oder von der Vereinsbehörde nicht gestattet wird, so ist der Dritte in seinem Vertrauen darauf enttäuscht worden, dass der Vertrag aller Erwartung nach nicht wirksam werden wird. Dieser Umstand löst aber nur den Ersatz des Vertrauensschadens aus. Ein Erfüllungsinteresse hätte der Dritte nur dann, wenn ein gültiger Vertrag vorliegen würde. Dazu ist es aber bei der Handelndenhaftung nicht gekommen.⁷³²

Man möchte daher im Vereinsrecht das Institut der Handelndenhaftung gerade auf die Fälle anwenden, in denen ein Rechtsgeschäft nicht wirksam geschlossen wird. Dieser Meinung kann mE nicht zugestimmt werden. Diese Auslegung widerspricht gänzlich der allgemeinen Auffassung der Handelndenhaftung, welche ja nur dann eingreifen soll, wenn eben eine Verpflichtung der vertretenen Person erreicht werden konnte und wenn der Vertrag aufgrund ei-

⁷²⁹ Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Das Recht der Vereine² 28

⁷³⁰ OGH 6 Ob 535/85 = RdW 1985, 246; OGH SZ 60/221 = GesRZ 1988, 126 und 167 = RdW 1988, 43 = WBI 1988, 25; Geist, Kapitalvorgesellschaft 124; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² 1/556; Harrer, Haftungsprobleme 230 ff; Fantur, GmbH-Vorgesellschaft 63 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Kommentar § 2 Rz 42 alle zur Handelndenhaftung im GmbH-Recht und Geist in Jabornegg/Strasser, Kommentar Aktiengesetz 1/1⁴ § 34 Rz 18; Schiemer, Handkommentar Aktiengesetz § 34 Rz 3.1 zur Handelndenhaftung im Aktienrecht.

⁷³¹ Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, VerG 2002 § 2 VerG Rz 89

⁷³² Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, VerG 2002 § 2 VerG Rz 89

ner aufrechten Bevollmächtigung des Vertreters rechtsgültig geschlossen wurde.⁷³³ Will man eine Haftung des Handelnden auf den Vertrauensschaden befürworten, so ergibt dies einen Bruch mit dem allgemeinen Verständnis der Handelndenhaftung. Dass die im Vereinsrecht eingeführte Handelndenhaftung so zu verstehen ist, wird auch dadurch untermauert, dass der Gesetzgeber sich darauf beruft, dass die Handelndenhaftung auch jenem Ordnungsanliegen entsprechen würde, das der Haftung des Vertreters ohne Vollmacht zu Grunde liegen würde.⁷³⁴ Letztlich stellt dies auch das gesamte Institut der Handelndenhaftung in Frage, da ja auch die Scheinvertreterhaftung als ausreichend gesehen werden kann und § 1019 ebenfalls den Ersatz des Vertrauensschadens vorsieht. Unverständlich würde daher bleiben, weshalb der Gesetzgeber es für erforderlich gehalten hat, eine explizite Handelndenhaftung in VerG 2002 zu verankern.

Letztlich würde § 1019 ohnehin zur Anwendung kommen, denn ist die handelnde Person nicht mit ausreichend Vertretungsmacht ausgestattet, haftet sie selbst als *falsus procurator*, sofern sie schuldhaft handelt.⁷³⁵ Der *falsus* haftet dann nach der neuen Regelung des § 1019 auf den Vertrauensschaden.

Auch für den Dritten stellt dies eine untragbare Situation dar. Denn ob er einen Anspruch auf Erfüllung gegen den Verein selbst bei dessen rechtsgültiger Entstehung hat oder lediglich einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gegen den Handelnden ist nicht im Zeitpunkt des Entstehens des Anspruches zu beurteilen, sondern kann erst im Nachhinein beantwortet werden. Der Anspruch des Dritten kann nämlich erst nach Ablauf der vier- bzw sechswöchigen Frist und bei behördlichem Nichttätigwerden festgestellt werden. Solange soll sich der Dritte also in einem Schwebezustand befinden? Diese Frage geht auch mit einer erheblichen Schlechterstellung des Dritten einher. Welchen Anspruch der Dritte nun besitzt, hängt auch nicht von seinem eigenen Verhalten, sondern gänzlich von nachträglichen Umständen ab, welche völlig außerhalb seines Einflussbereiches liegen. Wie sich die Rechtslage gestaltet, bleibt für den Dritten somit über einen längeren Zeitraum ungewiss. Statt die Rechtssicherheit zu verstärken, wie er sich rühmt, hat der Gesetzgeber einen Zustand der Rechtsunsicherheit herbeigerufen.

⁷³³ OGH 6 Ob 185/97 = *ecolex* 1998, 138 (Anm *Fantur*); *Ostheim*, *GesRZ* 1982, 124; *Fantur*, *GmbH-Vorgesellschaft* 67 ff und 78 ff; *Geist*, *Kapitalvorgesellschaft* 112 f; *derselbe* in *Jabornegg/Strasser*, *Kommentar zum Aktiengesetz* 1/1⁴ § 34 Rz 10 alle zur Vor-GmbH.

⁷³⁴ 990 BlgNr. 21.GP, S. 23

⁷³⁵ *Gelbmann*, *JAP* 2002/2003, 198 (199)

Im Sinne einer systemkonformen Auslegung kann man annehmen, dass auch im Vereinsrecht ein Haftungsanspruch des Dritten gegen den Handelnden in Höhe des Erfüllungsinteresses besteht.⁷³⁶ Begründet werden kann dies allenfalls mit einer Art Garantiehaftung, wonach der Gründer als Handelnder dem Dritten die rechtsgültige Entstehung des Vereins garantiert. Der Gründer wird wohl auch in Kenntnis darüber sein, ob konkrete Umstände einer behördlichen Genehmigung der Vereinstätigkeit entgegenstehen. Ein solcher Weg würde aber nur einen Rückschritt bedeuten und würde diese Ansicht die nunmehr aufgehobene Regelung des Art 8 Nr. 11 im eingeschränkten Bereich des Vereinswesens ersetzen. Gründe, weshalb in aller Regel unternehmerisch nicht versierte Vereinsgründer nach einer strengeren Haftungsregelung als im zivilrechtlichen Bereich behandelt werden sollten, werden mE schwer zu finden sein.

Neben der Druckfunktion, auf welche sich auch der Gesetzgeber beruft⁷³⁷, nach der der Handelnde angehalten werden soll, den Verein, in dessen Namen er bereits tätig geworden ist, auch tatsächlich ins Leben zu rufen, kann auch der Umstand, dass dem Dritten ein zusätzlicher Haftungsträger zur Verfügung gestellt werden soll, als Anliegen der Handelndenhaftung bezeichnet werden. Der Dritte soll nicht nur mit einem Haftenden konfrontiert sein, der womöglich über gar kein Vermögen verfügt, sondern sich auch an den Handelnden selbst halten können. Der Gesichtspunkt, dass zum Zeitpunkt der Eintragung der Körperschaft das gesetzlich vorgesehene Haftungskapital ungeschmälert erhalten sein soll, hat aber im Vereinsrecht keine Bedeutung, da beim Verein nicht die Kapitalaufbringung oder deren Erhaltung im Vordergrund steht. Der Dritte wird daher bei Vertragsverhandlungen mit einem Verein nicht auf dessen finanziellen Haftungsfonds in einer bestimmten Höhe vertrauen.

Letztlich kann die Handelndenhaftung daher sowohl in Ausgestaltung einer Haftung auf den Vertrauensschaden als auch auf das Erfüllungsinteresse als im Vereinsrecht entbehrlich gesehen werden. So bleibt letztlich nur ein Ausweg: die Aufhebung des § 2 Abs 4 VerG und der darin verankerten Handelndenhaftung, da die Anwendung der Handelndenhaftung bei einer nicht erfolgten Verpflichtung des Vertretenen ausgeschlossen ist. Der Handelnde würde daher im Vereinsrecht einzig als falsus procurator haften. Hierfür besteht eine ausreichende Haftungsgrundlage in § 1019.⁷³⁸

⁷³⁶ In den Materialien selbst findet sich über die Frage des Haftungsumfangs keine Erklärung des Gesetzgebers.

⁷³⁷ 990 BlgNr. 21.GP, S. 23

⁷³⁸ Auch in einer E aus dem Jahr 1987 geht der OGH davon aus, dass der Vertreter einer nicht existenten juristischen Person nach allgemeinen scheinvertretungsrechtlichen Regelungen hafte (OGH 9 ObA 45/87 = SZ 60/192). In dieser E war die Gründung einer GmbH, für welche im fremden Namen eingeschritten wurde, nicht einmal beabsichtigt. Bei Abschluss des Vertrages war der Vertreter somit für ein Rechtssubjekt tätig geworden,

19.5 Auskunftserteilung der Vereinsbehörde

Die Frage, inwiefern der Dritte einen Auszug aus dem Vereinsregister einholen und nähere Erkundigungen über die Vertretungsbefugnisse des Vertreters eines Vereins anstellen musste, ist wichtig für ein allfälliges Mitverschulden des Dritten und kann zu einer Kürzung seines Haftungsanspruches führen. Dieser Frage soll daher zuletzt Aufmerksamkeit geschenkt werden.

Auch oder gerade beim Verein kann es Unterschiede zwischen den behördlich registrierten und den tatsächlich bestehenden Vertretungsbefugnissen geben. So kann ein organschaftlicher Vertreter inzwischen durch einen anderen ersetzt worden sein, ebenso ist eine entsprechende Änderung der Statuten denkbar. Fraglich ist daher, inwieweit ein Dritter auf die Auskunft der Vereinsbehörde vertrauen kann.⁷³⁹

§ 16 VerG sieht die Führung eines lokalen Vereinsregisters vor. Diese obliegt den Vereinsbehörden erster Instanz. Das VerG 2002 bestimmt die Bundespolizeidirektionen und – dort, wo es keine gibt – die Bezirksverwaltungsbehörden zu Vereinsbehörden erster Instanz.

§ 17 VerG regelt die Erteilung von Auskünften. Die Vereinsbehörden erster Instanz haben jedermann auf Verlangen über im Vereinsregister angeführte Daten eines Vereins Auskunft zu erteilen. Diese Auskunft ergeht mündlich oder in Form eines Vereinsregisterauszugs.

Mit 01.01.2006 wurde vom BMI ein Zentrales Vereinsregister (ZVR) geschaffen, bei welchem ein bundesweiter Vereinsregisterauszug angefordert werden kann.⁷⁴⁰ Ein solcher Vereinsregisterauszug enthält die wichtigsten Vereinsdaten, aber auch Angaben zu organschaftlichen Vertretern, welche nach den Statuten zur Vertretung des Vereins nach außen befugt sind.

Diesem Auszug wird eine relativ weite Beweiswirkung zuerkannt: Gemäß § 17 Abs 8 VerG ist das Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Auskunft soweit geschützt, als nicht jemand die Unrichtigkeit kennt oder kennen musste. Das Risiko geänderter Vertretungsverhältnisse trägt der vertretene Verein. Liegt die Ursache einer unrichtigen Auskunft auf Seite des Vereins, so haftet dieser bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für den entstandenen Vertrauens-

dass rechtlich nicht existierte. Der Vertreter haftete als falsus procurator nach allgemeinen Regelungen der Scheinvertreterhaftung.

⁷³⁹ *Krejci in Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer* 67 (96)

⁷⁴⁰ <http://zvr.bmi.gv.at>

schaden. Kontrahiert daher der Dritte mit einer Person, welche zwar im Vereinsregister als Vertreter des Vereins ausgewiesen ist, dies aber nicht mehr der Richtigkeit entspricht und ließ der Verein nachlässigerweise diese Eintragung nicht vornehmen, so kann dem Verein auch ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden. Das Rechtsgeschäft freilich wäre diesfalls nicht zustande gekommen und gebührt dem geschädigten Dritten daher allein der Ersatz des Vertrauensschadens.

Hat der Dritte eine Vereinsregisterauskunft erfragt, so kann er auf die ihm erteilte Information bzw die ihm bekannten Statuten vertrauen, soweit ihm keine entgegenstehenden Umstände bekannt werden. Änderungen sind gegenüber dem Dritten nur wirksam, wenn ihm diese bekannt gemacht wurden oder ihm die Änderungen aufgrund anderer Umstände bekannt sein mussten.⁷⁴¹ Auch kann keine uneingeschränkte Pflicht des Dritten, Erkundigungen bei der Vereinsbehörde einzuholen, gefordert werden.⁷⁴² Eine derartige Verpflichtung ist nur dann anzunehmen, wenn sich aufgrund sonstiger Umstände konkrete Zweifel für den Dritten ergeben, dass sich die Auskunft der Vereinsbehörde nicht am letzten Stand befindet und eine Verlässlichkeit nicht mehr gegeben ist. Dies wurde nunmehr ausdrücklich in § 17 Abs 8 VerG normiert.

Da aber beim Verein eine Überprüfung seiner finanziellen Grundlagen nicht vorgenommen wird, darf der Dritte im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften zu keinem Zeitpunkt darauf vertrauen, dass der Verein über irgendeinen Haftungsfonds verfügt.

⁷⁴¹ *Krejci in Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer 67 (97)*

⁷⁴² *Krejci in Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer 67 (97)*

20 Sonstige Haftungsbestimmungen

Auch im GenG und im PSG finden sich Haftungsbestimmungen für den im Gründungsstadium der juristischen Person Handelnden. Diese Bestimmungen sollen abschließend behandelt werden.

20.1 Handelndenhaftung im GenG

Auch durch § 8 GenG wird eine Handelndenhaftung für das Genossenschaftsrecht normiert. Diese entspricht inhaltlich den Bestimmungen des § 2 Abs 1 GmbHG und § 34 Abs 1 AktG. § 8 GenG bestimmt: Wird vor erfolgter Eintragung in das Firmenbuch für die noch nicht rechtsgültig bestehende Genossenschaft in deren Namen gehandelt, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.⁷⁴³

Auch die Genossenschaft entsteht als juristische Person erst vollständig mit ihrer Eintragung ins Firmenbuch. Diese Eintragung wirkt daher konstitutiv. Zwischen der Errichtung der Genossenschaft durch Abschluss des Genossenschaftsvertrages bis zur Eintragung in das Firmenbuch besteht die Vorgenossenschaft. In der alten Lehre qualifizierte *Feil* das Vorstadium der Genossenschaft als GesbR oder OHG, wenn ein vollkaufmännisches Unternehmen durch die zu gründende Genossenschaft betrieben wurde.⁷⁴⁴ Als Vertreter der neueren Lehre sieht *Dellinger* hingegen die Vorgenossenschaft als bereits teilrechtsfähiges Gebilde sui generis, auf welches das Genossenschaftsrecht in vollem Umfang anzuwenden ist.⁷⁴⁵ Die Grundsätze, welche im Kapitalgesellschaftsrecht zur Haftung nach §§ 2 Abs 1 GmbH und 34 Abs 1 AktG entwickelt worden sind, seien auch im Genossenschaftsrecht - so *Dellinger* - anwendbar.⁷⁴⁶

Auch vor Eintragung der Genossenschaft kann die Notwendigkeit bestehen, für sie zu handeln, um den Genossenschaftszweck zu betreiben. Als Handelnde kommen auch im Gesellschaftsrecht nur Personen in Frage, welche im Geschäftsverkehr zur Vertretung befugt sind.⁷⁴⁷ Die Handelndenhaftung nach § 8 GenG wird daher im Sinne des Kapitalgesellschaftsrechts verstanden. Der Haftungsanspruch gegen den Handelnden entspricht umfänglich der Forde-

⁷⁴³ *Feil*, Genossenschaftsrecht (1991) § 8 GenG

⁷⁴⁴ *Feil*, Genossenschaftsrecht § 8 GenG Rz 3

⁷⁴⁵ *Dellinger*, Genossenschaftsgesetz (2005) § 8 GenG Rz 3

⁷⁴⁶ *Dellinger*, Genossenschaftsgesetz § 8 GenG Rz 1

⁷⁴⁷ *Dellinger*, Genossenschaftsgesetz § 8 GenG Rz 5; Dies entspricht auch dem allgemeinen Verständnis der Handelndenhaftung, vgl auch die Darstellung unter Punkt 18.

rung gegen die Genossenschaft. Da die Genossenschaft aufgrund ihrer Teilrechtsfähigkeit rechtswirksam verpflichtet wurde, besteht ein Haftungsanspruch gegen den Handelnden in Höhe des Erfüllungsinteresses. Der Handelnde kann dem Dritten alle Einwendungen entgegenhalten, welche der Genossenschaft zustehen würden.⁷⁴⁸

Handelt jedoch ein Vertreter ohne Vertretungsmacht namens der Genossenschaft in deren Gründungsstadium, so haftet er als falsus procurator.⁷⁴⁹ Auch bei dieser Bestimmung gilt als Richtsatz: Wird die juristische Person wirksam durch das Handeln des Vertreters verpflichtet, ist die Handelndenhaftung anzuwenden. Gelingt dies nicht, so musste auch hier nach der bisherigen Rechtslage unterschieden werden:

Gemäß § 1 Abs 1 GenG besteht der Zweck einer Genossenschaft in der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder. Ein genossenschaftlicher Geschäftsbetrieb umfasst daher auch das Erbringen wirtschaftlicher Leistungen. Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft kann unternehmerisch tätig sein und konnte daher nach der alten Rechtslage auch den Kaufmannsbegriff erfüllen. War dies der Fall, so war Art 8 Nr. 11 EVHGB für die Haftung des falsus entscheidend. Ebenso war nach der alten Rechtslage die Eigenschaft des unwirksam Vertretenen für die Qualifikation als einseitiges Handelsgeschäft entscheidend. War ein solches aber nicht anzunehmen, konnte auf ein Vertretungshandeln des falsus für die Vor-genossenschaft einzig die zivilrechtliche Haftung angewendet werden. Nach der nunmehr bestehenden Regelung besteht ein Haftungsanspruch gegen den falsus nach § 1019.⁷⁵⁰

Eine Vorgründungsgenossenschaft, somit ein Zusammenschluss der Genossenschaftsgründer vor Abschluss eines Genossenschaftsvertrages, war nach der alten Rechtslage wie eine OHG oder GesbR zu behandeln.⁷⁵¹ Auch nach der neuen Rechtslage wird der Vorgründungsgenossenschaft als loses Band keine Rechtsfähigkeit zuzubilligen sein. Die Handelndenhaftung ist in diesem Stadium auf Vertreter der Genossenschaft nicht anwendbar.⁷⁵² Jeder Vertreter der Genossenschaft in diesem Stadium haftet, ungeachtet ob er eine aufrechte Bevollmächtigung

⁷⁴⁸ *Dellinger*, Genossenschaftsgesetz § 8 GenG Rz 5

⁷⁴⁹ Vgl hierzu die parallelen Ausführungen zur Kapitalvorgesellschaft unter Punkt 18.

⁷⁵⁰ Ob die Genossenschaft als unwirksam Vertretene nunmehr unternehmerisch handelt, ist für die Haftungsfrage gegen den falsus ohne Bedeutung. Nunmehr sind einzig die Eigenschaften des Dritten und des falsus entscheidend.

⁷⁵¹ *Dellinger*, Genossenschaftsgesetz § 8 GenG Rz 2

⁷⁵² So auch wenn man der Judikatur zur Vorgründungsgesellschaft folgt: OGH 2 Ob 2254/96 a; SZ 71/69; eolex 1998, 636 = RdW 1998, 403 = EvBl 1998/168.

besitzen sollte oder nicht, als Scheinvertreter.⁷⁵³ Da der Handelnde die Genossenschaft mangels ihrer Rechtsfähigkeit nicht verpflichten konnte, besteht auch ein Haftungsanspruch gegen ihn nur in Höhe des Vertrauensschadens. Der Handelnde hat den Dritten im Vertrauen auf die Gültigkeit seines Vertrages mit der Genossenschaft getäuscht, ein Vertrag ist aber nicht zustande gekommen, da die Genossenschaft niemals bestanden hat.

Bei einem Expertenentwurf zu einem neuen GenG wird von der Normierung einer Handelndenhaftung wie bisher in § 8 GenG Abstand genommen.⁷⁵⁴ Die Genossenschaft habe - so die Autoren *Dellinger* und *Oberhammer* - kein festes Grundkapital. Das Argument einer zusätzlichen Sicherung für den Gläubiger, da vor Eintragung der Gesellschaft im Register die finanzielle Lage noch nicht gesichert ist, greift hier nicht. Eine derartige Reform des GenG wurde jedoch nicht durchgeführt. Die Handelndenhaftung findet sich weiter in § 8 GenG und der hier erwähnte Entwurf ist in der Schublade verschwunden.

Ausgeführt werden soll noch, dass an der (Teil)Rechtsfähigkeit der Vorgenossenschaft anscheinend keine Zweifel bestehen. Probleme wie sie sich im Vereinsrecht mit der Rechtsfähigkeit des Vorvereins ergeben, gibt es im Genossenschaftsrecht nicht und wurden auch noch nicht aufgegriffen. Dies mag an der engen Verwandtschaft der Genossenschaft mit Kapitalgesellschaften und an der meist wirtschaftlichen Zielsetzung liegen. Die Teilnahme einer Genossenschaft am Geschäftsverkehr mag auch im Vorstadium erforderlich und womöglich sogar wünschenswert sein.

20.2 Handelndenhaftung im PSG

20.2.1 Herrschende Lehre

§ 7 Abs 1 PSG beschäftigt sich mit der Entstehung der Privatstiftung als juristische Person. Auch die Privatstiftung erlangt vollständige Rechtspersönlichkeit erst mit ihrer Eintragung ins Firmenbuch.⁷⁵⁵ Auch sie kann bereits als Vorstiftung, also nach der Errichtung in Form einer Stiftungserklärung aber vor ihrer Eintragung, Verträge abschließen und Verbindlichkeiten

⁷⁵³ Diese Ausführungen stehen auch im Einklang mit der Anwendbarkeit der Handelndenhaftung bei der Vorgründungsgesellschaft (Punkt 18.7), beim Vorgründungsverein (Punkt 19.3.2) und auch bei der Vorgründungsstiftung (Punkt 20.2.3).

⁷⁵⁴ *Dellinger/Oberhammer*, Entwurf eines Genossenschaftsgesetzes (1996) § 12

⁷⁵⁵ *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (1995) § 7 Rz 11; *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (1993) § 7 PSG

eingehen.⁷⁵⁶ Als Handlungen der Vorstiftung sind etwa denkbar die Bestellung der ersten Organe, Prozeßhandlungen, die Errichtung eines Bankkontos usw. Dabei wird die Vorstiftung durch die zur Vertretung nach außen berufenen Organe vertreten. Die Vorstiftung ist im Gegensatz zum Vorverein eine notwendige Vorstufe zur Stiftung.

Die Rechtsnatur dieser Vorstiftung ist ähnlich wie die der Vorkapitalgesellschaften strittig.⁷⁵⁷ Die neuere Lehre geht davon aus, dass die für die Kapitalgesellschaft ausgearbeiteten Prinzipien auch auf die Stiftung und deren Vorstufe anzuwenden sind. Vom überwiegenden Teil der Lehre⁷⁵⁸ und der Rechtsprechung⁷⁵⁹ wird auch der Vorstiftung als Rechtsform sui generis bereits teilweise Rechtspersönlichkeit zugebilligt. Diese Meinung geht im Sinne der Vorgesellschaft davon aus, dass für die Vorstiftung bereits Rechtsgeschäfte abgeschlossen und Verbindlichkeiten begründet werden können.⁷⁶⁰

§ 7 Abs 2 PSG normiert eine Haftung der handelnden Personen, welche vor der Eintragung Handlungen namens der zu gründenden Privatstiftung setzen. Die handelnden Personen haften für alle von ihnen vorgenommenen Geschäfte persönlich zur ungeteilten Hand. Und auch diese Haftung ist der Handelndenhaftung in § 2 Abs 1 GmbHG und § 34 Abs 1 AktG nachgebildet. Folgt man der oben dargestellten hL, so ist für die Anwendung der Handelndenhaftung im Privatstiftungsrecht entscheidend, dass der Handelnde eine aufrechte Bevollmächtigung besitzt.⁷⁶¹ Der Begriff der Handelnden im PSG umfasst weiter die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstandes, auch wenn sie sich durch rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Hilfspersonen vertreten lassen.⁷⁶²

Es gilt: handelt der Vertreter für die Stiftung ohne Vertretungsbefugnis und fällt er daher nicht unter den Handelndenbegriff, haftet er als falsus. Personen, wie etwa die Stifter, kommen grundsätzlich als Handelnde nicht in Betracht.

⁷⁵⁶ OGH 6 Ob 189/01i = RdW 2002, 83 = ÖJZ 2002, 24 = WBl 2002, 93 = RWZ 2002, 3 ausführlich zu dieser Thematik; *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 7; *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz § 7; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 51 f

⁷⁵⁷ *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz 53 ff

⁷⁵⁸ *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 18; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz 54; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² (2007) § 7 Rz 9 ff

⁷⁵⁹ OGH 6 Ob 189/01i = RdW 2002, 83 = ÖJZ 2002, 24 = WBl 2002, 93 = RWZ 2002, 3

⁷⁶⁰ *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz 54

⁷⁶¹ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 7 Rz 13

⁷⁶² *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 7 Rz 12

Privatstiftungen können primär keine gewerbsmäßige Tätigkeit entfalten. Sie können nach § 9 Abs 1 Z 3 PSG zu gemein- und eigennützigen Zwecken gegründet werden. Der Stiftungszweck schließt gemäß § 1 Abs 2 Z 1 PSG eine gewerbsmäßige Tätigkeit aus, welche über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht. Privatstiftungen konnten daher die Kaufmannseigenschaft nur im Rahmen ihrer Nebentätigkeitsbefugnis erfüllen. War die Privatstiftung nach der alten Rechtslage auf diese Weise als Kaufmann zu qualifizieren, so haftete der vollmachtlos handelnde Vertreter nach der alten Rechtslage gemäß Art 8 Nr. 11 EVHGB. War die Privatstiftung als unwirksam Vertretene aber nicht als Kaufmann zu identifizieren, blieb es bei der Haftung als Scheinvertreter nach der zivilrechtlichen Haftung.

Arnold bemerkte, dass Art 8 Nr. 11 EVHGB nie eine geeignete Regelung für die Privatstiftung darstellte.⁷⁶³ Art 8 Nr. 11 EVHGB war für Handelsgeschäfte konzipiert. Eine Anwendung im Stiftungsrecht war immer problematisch, da die Privatstiftung in den meisten Fällen nicht als Kaufmann auftrat. Daher war die Anwendung des früheren Art 8 Nr. 11 EVHGB und das Vorliegen eines einseitigen Handelsgeschäftes allein vom „Zufall“⁷⁶⁴ abhängig. Entscheidend war für die strengere Haftung im Privatstiftungsrecht, ob der Vertragspartner Kaufmann gewesen ist und daher das Rechtsgeschäft zum Betrieb seines Handelsgeschäftes gehörte.

20.2.2 Mindermeinung

Auch im Recht der Privatstiftung wird entgegen der oben dargestellten herrschenden Ansicht⁷⁶⁵ eine andere Meinung zur Handelndenhaftung vertreten.⁷⁶⁶ *Werkusch* geht zwar davon aus, dass die Vorstiftung selbst als Rechtsträger sui generis eine gewisse Teilrechtsfähigkeit trifft. Die Vorstiftung kann daher durch die vor der Entstehung handelnden Personen berechtigt und verpflichtet werden und treten die Rechtswirkungen bei der Vorstiftung selbst ein.⁷⁶⁷

Eine Handelndenhaftung ist angesichts eines ipso-iure-Übergangs von Rechte und Verbindlichkeiten auf die rechtsgültig entstandene Stiftung, laut *Werkusch* nur notwendig, wenn eine Verpflichtung der Vorstiftung durch ein Handeln des Vertreters nicht erreicht werden kann. Dies könne etwa dann angenommen werden, wenn der Handelnde die Grenzen seiner Vertre-

⁷⁶³ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 7 Rz 10

⁷⁶⁴ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 7 Rz 10

⁷⁶⁵ OGH 6 Ob 189/01i = RdW 2002, 83 = ÖJZ 2002, 24 = WBI 2002, 93 = RWZ 2002, 3; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz 54; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 7 Rz 9 ff

⁷⁶⁶ *Werkusch* in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (2001) 99; *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 22

⁷⁶⁷ *Werkusch* in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 87

tungsmacht überschritt oder ihm gar keine Vertretungsmacht eingeräumt wurde. Es bedürfe daher der Handelndenhaftung nur in den Fällen, in denen der Vorstand der Vorstiftung seine Vertretungsmacht überschreitet oder wenn sich andere Personen ohne Vertretungsmacht als Stiftungsvorstand bezeichnen und für die Vorstiftung tätig werden.⁷⁶⁸ Weiters führt *Werkusch* an, dass die Handelndenhaftung für wirksam begründete Rechtsgeschäfte (wohl mit Vollmacht?) dann angenommen werden darf, wenn die Privatstiftung noch nicht eingetragen wurde oder keine Eintragung mehr erfolgt. Gilt nun die Handelndenhaftung, wenn eine aufrechte Bevollmächtigung besteht oder nicht? Soll sie vielleicht in beiden Fällen gelten?

Diese Ansicht lässt auch offen, in welchem Umfang die Handelndenhaftung, ob nun auf das Erfüllungsinteresse oder nur den Vertrauensschaden, bestehen sollte, und lassen sich auch hieraus keine Rückschlüsse auf die Qualität der Haftung ziehen. Insgesamt mutet dieser Ansatz ziemlich unausgereift an, da von *Werkusch*⁷⁶⁹ ebenso erwähnt wird, dass andere Lehrmeinungen in den Fällen des vollmachtlosen Handelns die Scheinvertretungsregeln heranziehen. Klärende weitere Ausführungen finden sich nicht. Diese Mindermeinung ist daher nicht geeignet, ein Abgehen von der herrschenden Lehre zu rechtfertigen. Aufgrund der allgemein anerkannten Rechtsfähigkeit der Vorstiftung ist auch nicht davon auszugehen, dass sich eine ähnliche Rechtslage wie im Vereinsrecht ergibt.⁷⁷⁰

20.2.3 Vorgründungsstiftung

Letztlich soll noch die Haftungsstruktur im Zeitraum vor der Vorstiftung geklärt werden. Im Zeitraum vor der Errichtung der Stiftungserklärung besteht die Vorgründungsstiftung.⁷⁷¹ Die Stifter schließen sich bereits vor der Errichtung der Stiftungserklärung zum Zweck der Stiftungsgründung zusammen.⁷⁷²

⁷⁶⁸ *Werkusch* in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 99 f; So anscheinend auch *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 22 allerdings ohne näherer Begründung. Die Handelndenhaftung solle in den Fällen vonnöten sein, „in denen die Haftung der Stiftung nicht ausreicht“. So etwa bei Überschreiten der Vollmacht durch die Vorstandsmitglieder oder wenn überhaupt keine Vertretungsmacht eingeräumt wurde.

⁷⁶⁹ *Werkusch* in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 100 FN 197; Ua wird hierzu der bereits zuvor als Beleg für den Ersatz nach der Handelndenhaftung herangezogene *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar § 2 Rz 38 f angeführt.

⁷⁷⁰ Zu Problematik im Vereinsrechte siehe ausführlich unter Punkt 19.4.

⁷⁷¹ *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 7 ; *Hasch & Partner* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (2003)

44

⁷⁷² *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 7

Auch im Stiftungsrecht ist die Vorgründungsstiftung strikt von der Vorstiftung zu trennen. Die Vorgründungsstiftung ist keine notwendige Vorstufe zur Bildung einer Stiftung. Sie ist als GesbR zu sehen, ähnlich wie andere juristische Personen im Vorgründungsstadium.⁷⁷³

Im Bereich der Vorgründungsstiftung ist die Handelndenhaftung von vornherein nicht anwendbar.⁷⁷⁴ Hier kommen allein die scheinvertretungsrechtlichen Regelungen zur Anwendung. Da auch die Stiftung im Vorgründungsstadium nach der alten Rechtslage (bei Ausübung einer gewerbsmäßigen Nebentätigkeit) als OHG qualifiziert werden konnte, war in diesen Fällen die bisherige Regelung der EVHGB anzuwenden. Betrieb die Vorgründungsgesellschaft eine GesbR, so war der falsus nach der Regel der *cic* zu beurteilen und haftete dieser nur verschuldensabhängig auf das Vertrauensinteresse. Nunmehr haften die Vertreter, welche für die Vorgründungsstiftung handeln, egal ob ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis besteht oder nicht, allein nach § 1019.

Huber vertritt hierzu eine andere Ansicht und ist der Meinung, dass auch auf die Vorgründungsstiftung bereits die Handelndenhaftung anzuwenden ist und Vertreter in diesem Stadium nach § 7 Abs 2 PSG haften.⁷⁷⁵

ME ist im Hinblick auf einen Einklang und eine Vereinheitlichung der vertretungsrechtlichen Haftungsregelungen davon auszugehen, dass die Handelndenhaftung auf ein Handeln für die Vorgründungsstiftung nicht anzuwenden ist. Bei der Vorgründungsgesellschaft liegt nun nicht einmal mehr eine Stiftungserklärung vor. Soll ihr bereits die Organisationsstruktur einer fertigen Stiftung zugemessen werden? Immerhin haben die Stiftungsgründer noch keinen ernstlichen Willen gezeigt, eine Stiftung tatsächlich gründen zu wollen. Zu leicht kann es noch geschehen, dass von einer solchen Gründung Abstand genommen wird. In diesem Stadium scheint es auch nicht unbedingt erforderlich, bereits ein Vorstiftungshandeln an den Tag zu legen. Die fertige Stiftung sollte nicht durch solche „unnötigen“ Verbindlichkeiten belastet werden. Diese Ansicht wird wohl auch im Interesse des vertragsabschließenden Dritten liegen.

⁷⁷³ *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 8; Siehe auch die Ausführungen zur Vorgründungsgesellschaft (Punkt 18.7), zum Vorgründungsverein (Punkt 19.3.2) und zur Vorgründungsgenossenschaft (Punkt 20.1).

⁷⁷⁴ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 7 Rz 10

⁷⁷⁵ *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 7 Rz 8; Festgehalten werden soll nochmals, dass *Huber* die Handelndenhaftung für die Vorstiftung auf Vertreter angewendet haben möchte, welche ihre Vollmacht überschreiten oder gänzlich ohne Vollmacht handeln. Siehe hierzu die Ausführungen gleich oben unter Punkt 20.2.2. Dieses generelle Verständnis wird wohl seiner Ansicht nach auch für die Vorgründungsstiftung gelten.

21 Schlussbemerkungen

Durch die vorliegende Arbeit sollte eine möglichst umfassende Darstellung scheinvertretungsrechtlicher Handlungen sowohl im privaten als auch unternehmerischen Bereich und eine vergleichende Gegenüberstellung erfolgen. Von zentraler Bedeutung ist aber auch eine Abgrenzung der scheinvertretungsrechtlichen Haftungsbestimmung von der an vielen Stellen verankerten Handelndenhaftung. Als Abrundung wurden auch Sonderbestimmungen verwandter Rechtsgebiete in die Untersuchung miteinbezogen und eine Verknüpfung hergestellt.

Aufgrund der zahlreichen Probleme, welche durch die Haftungsregelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB aufgetreten sind, kann ganz klar festgehalten werden, dass die Aufhebung dieser Regelung begrüßt werden kann. Juristische Kunstgriffe mit denen der Regelung des Art 8 Nr. 11 EVHGB eine Sinnhaftigkeit zuerkannt und eine Eingliederung in die österreichische Rechtsordnung ermöglicht werden sollten, haben sich letztlich als wenig zielführend erwiesen. Nach einer Gesamtschau steht fest: Die Aufhebung der früheren handelsrechtlichen Sondernorm war im Sinne einer Rechtsvereinheitlichung und -bereinigung unbedingt notwendig. Denn letztlich konnte diese nach wie vor deutschen Regelung niemals ihren Platz finden, blieb ein Fremdkörper in der österreichischen Rechtsordnung und es kam ihr nie der Stellenwert zu, den sie als bürgerlich-rechtliche Norm in der deutschen Rechtslage nach wie vor hat.

Insbesondere die klärende Antwort des Gesetzgebers was Kausalitätsüberlegungen betrifft und die deutliche Absage, welche der verschuldensunabhängige Erklärungs haftung in Art 8 Nr. 11 erteilt wurde, waren wünschenswert. Die Regelung des § 1019 folgt nunmehr allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen und wurde mit diesem Anliegen auch in das allgemeine Zivilrecht eingebettet. Letztlich erfolgt daher eine Vereinheitlichung von Sachverhalten, welche ohnehin stets gleich zu behandeln gewesen wären.

Besonders hervorgehoben werden soll auch die Aufhebung der heftig umstrittenen Kulpakompensationsregelung in Abs 3 des Art 8 Nr. 11, welche nur eine verschärfte Bestimmung auch für den geschädigten Dritten darstellte und dem Wortlaut nach einen vollständigen Haftungsentfall bei jedwedem, auch geringfügigen Mitverschulden des Dritten vorsah. Keineswegs einheitlich war auch die Haftung des unwirksam Vertretenen nach den bisherigen zweigleisigen Haftungsbestimmungen.

Als wichtigste Ergebnisse der vorliegenden Arbeit können wohl folgende Punkte festgehalten werden:

- Letztlich hat die Gegenüberstellung des Art 8 Nr. 11 mit seinen wertpapierrechtlichen Schwesternregelungen zu dem Ergebnis geführt, dass diese wohl im Zuge der Aufhebung der EVHGB vom Gesetzgeber übersehen wurden und dieser Schritt wohl als nächster überlegenswert scheint.
- Festgehalten werden kann auch, dass im Bereich der Handelndenhaftung ausgehend vom Vereinsrecht ein vorsichtiges Umdenken erfolgt und ist man bemüht, auch hier eine Haftung im vorgesellschaftlichen Bereich alleine auf das Vertrauensinteresse des Dritten zu etablieren.

Die Einführung des § 1019 kann sicherlich als entscheidender Schritt gesehen werden, da dieser zur Klärung zahlreicher Fragen beigetragen hat. Fest steht, dass diese Gesetzesänderung weit reichende Auswirkungen auf verwandte Rechtsgebiete hatte.

Es bleibt also gespannt abzuwarten, welche Entwicklungen die neue Scheinvertretungsregelung bereithält. Letztlich ist die Lehre und Rechtsprechung zur *vic* insbesondere auch zur Haftung des *falsus procurator* im Zivilrecht derart gefestigt, dass diese Regelung trotz ihrer Neueinführung und erstmaligen Kodifizierung bereits von Kinderbeinen an äußerst gefestigt ist.

Literaturverzeichnis

Aicher in Rummel, Kommentar zum ABGB, 1. Band, 3. Auflage, Wien 2000

Aicher/Schuhmacher, Wertpapierrecht, Wien 2006

Apathy, Der Verwendungsanspruch, Wien 1988

Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, Band IV, 3. Auflage, Wien 2006

Arnold, Privatstiftungsgesetz, 2. Auflage, Wien 2007

Beclin, Die wichtigsten Neuerungen durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz, JAP
2001/2002, 121

Binder, Der Minderjährigenschutz auf dem Prüfstand – Am Beispiel der geplanten Aufhebung
des § 866 ABGB, in: Ebert (Hrsg), Pro iustitia et scientia Festschrift für Karl
Kohlegger Wien 2001, 43

Binder, Zur Konversion von Rechtsgeschäften, Wien 1982

Brändle/Schnetzler, Das österreichische Vereinsrecht, 2. Auflage, Wien 2000

Brändle/Schnetzler, Das österreichische Vereinsrecht, 3. Auflage, Wien 2002

Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch (Hrsg), Privatstiftungsgesetz, Wien 1993

Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz,
Wien 1994

Dehn/Krejci (Hrsg), Das neue UGB, Wien 2005

Dellinger, Genossenschaftsgesetz, Wien 2005

Dellinger, Vorstand- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall, Band 25, Wien 1991

Dellinger/Oberhammer, Entwurf eines Genossenschaftsgesetzes, Wien 1996

Dittrich/Tades, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 33. Auflage, Wien 1989

- Dittrich/Tades, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 36. Auflage, Wien 2003
- E. Bydlinski, Interesseersatz im Handelsrecht, JBl 1989, 409
- Eccher in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, 2. Auflage,
Wien 2007
- Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Band 1.Hälfte,
Allgemeiner Teil, Wien 1951
- F. Bydlinski, Der Inhalt des guten Glaubens beim Erwerb vom Vertrauensmann des
Eigentümers, JBl 1967, 355
- F. Bydlinski, Gesamtvertretung und Verkehrsschutz, JBl 1983, 627
- F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien New York 1991
- F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden
Rechtsgeschäftes, Wien New York 1967
- F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien New York 1996
- Fantur, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft, Wien 1997
- Feil, Genossenschaftsrecht, Eisenstadt 1991
- Fellner, Zum Verhältnis von Anscheinsvollmacht und falsus-procurator-Haftung, JBl 2003,
621
- Fessler/Keller, Österreichisches Vereinsrecht, 7. Auflage, Wien 1990
- Fessler/Keller, VerG Kommentar um Vereinsgesetz 2002, Wien 2004
- Fessler/Keller/Krejci/Zetter, Reform des Vereinsrechts, Wien 1997
- Fessler/Kölbl, Österreichisches Vereinsrecht, 5. Auflage, Wien 1984
- Fischer-Czermak, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-
Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293

Frotz, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für cic, in: Faistenberger/Mayrhofer (Hrsg), Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Wien 1969, 163

Geist in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, Teil 1 Teilband 1, 4. Auflage, Wien 2006

Geist, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft, Wien 1991

Geist, Vorverein – Der OGH im Kampf mit einem Phantom?, JBl 1994, 635

Geist/Lindner, UGB Unternehmensgesetzbuch idF HaRÄG 2005, Graz 2006

Gelbmann, Weitere haftungsrechtliche Probleme des Vereinsgesetzes 2002, JAP 2002/2003, 198

Gschnitzer in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4/1. Halbband, 2. Auflage, Wien 1968

Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Wien New York 1992

Gschnitzer, Österreichisches Sachenrecht, 2. Auflage, Wien New York 1985

Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien New York 1991

Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht, 3. Band Handelsgeschäfte, 3. Auflage, Graz Wien Köln 1979

Harrer in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, Band VI, 3. Auflage, Wien 2006

Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH, Wien 1990

Hasch & Partner (Hrsg), Privatstiftungsgesetz, Wien 2003

Hauser, Österreichisches Wechsel- und Scheckrecht, 2. Auflage, Wien 1999

Hefermehl/Baumbach, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 13. Auflage, München 1981

Heinrich Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 1932, 136

Helmich, Zur Konkurrenz von Verwendungsanspruch und Leistungskondiktion, eolex 2004, 780

- Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Das Recht der Vereine, 2. Auflage, Wien 2002
- Holeschofsky, Bemerkungen zur Haftung des für die Vor-GmbH Handelnden, GesRZ 1988, 163
- Holzhammer, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht, 8. Auflage, Wien New York 1998
- Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 530
- Huber in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Privatstiftungsgesetz, Wien 1995
- Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen, Wien 1982
- Iro/Apathy (Hrsg), Bürgerliches Recht IV Sachenrecht, 3. Auflage, Wien New York 2008
- Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz 1.Teil/1. Teilband, 4. Auflage, Wien 2006
- Kalss/Schauer, Allgemeines Handelsrecht, Wien New York 2002
- Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und HGB-Reform, RdW 2004, 137
- Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, Wien 1990
- Kerschner in Jabornegg, Kommentar zum HGB - Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht, Wien New York 1997
- Kerschner, Gedanken zur Haftung des falsus procurator nach Handelsrecht – de lege lata und de lege ferenda, JBl 2003, 901
- Kerschner, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft, Wien 1984
- Khachik, Die wichtigsten Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts durch das Handelsrecht, JAP 2005/2006, 32

Klang in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band,
2. Auflage, Wien 1950

Klicka in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, Band II, Wien 2005

König/Reichel-Holzer, Das Unternehmensgesetzbuch, Wien 2006

Koppensteiner, Acht Thesen zur Haftungsverfassung der Vor-GmbH, JBl 1991, 352

Koppensteiner/Rüffler, GmbH Gesetz Kommentar, Wien 2007

Koziol in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien
2007

Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209

Koziol, Der Garantievertrag, Wien 1981

Koziol, Die Schadensminderungspflicht, JBl 1972, 225

Koziol, Ersatz der getätigten Aufwendungen statt des Nichterfüllungsschadens?, RdW 1993,
354

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Wien 1997

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II Besonderer Teil, 2. Auflage, Wien 1984

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band 1, 13. Auflage, Wien 2006

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band 2, 13. Auflage, Wien 2007

Kramer in Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, Wien 2003

Krejci, Abschied von der falsus-procurator-Haftung nach Art 8 Nr. 11 EVHGB, in: Fischer-
Czermak ua (Hrsg), Festschrift Welser, Wien 2004, 559

Krejci, Das Unternehmensgesetzbuch (UGB), VR 2006, 17

Krejci, Gesellschaftsrecht I, Wien 2005

Krejci, Handelsrecht, 3. Auflage, Wien 2005

Krejci, Zum Organisationsrecht wirtschaftlich tätiger ideeller Vereine, in: Korinek/Krejci
(Hrsg), Der Verein als Unternehmer, Wien 1998, 67

Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, Vereinsgesetz 2002 Kommentar, Wien 2002

Krejci/Schmidt, Vom HGB zum Unternehmergebiet, Wien 2002

Kurzwelly, Die Haftung Minderjähriger bei Täuschung über die Geschäftsfähigkeit im deutschen, österreichischen, schweizerischen, französischen und englischen Recht, Bonn 1977

Lachmair, Das neue Vereinsgesetz 2002, RdW 2002, 392

Lachmair, Der Verein als Unternehmensform, Wien 2003

Liehr/Tolar, Der Verein, 4. Auflage, Wien 2002

Lukas, Zur Haftung beim anfänglichen unbehebbareren Mangel, JBl 1992, 11

Mader in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, Band VI, 3. Auflage, Wien 2006

Mandl, Die Haftung des Vereinsvorstandes, Wien 2000

Mummenhoff, Verkehrsschutz im österreichischen und deutschen Vereinsgründungsrecht, JBl 1987, 278

Nitsche, Stellvertretung im Wechselrecht, in: Doralt/Nowotny (Hrsg), Kontinuität und Wandel, FS für Walther Kastner, Wien 1992, 317

Ostheim, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeiten von Vereinen, in:

Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer, Wien 1988, 177

Ostheim, Gedanken zu § 2 GmbHG idF der Novelle BGBl 1980/320, GesRZ 1982, 124

Ostheim, Marginalien zum Ersatz entgangenen Gewinns im bürgerlichen Recht,

Handelsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Gedenkschrift für Fritz Schönherr, Wien 1986, 367

Ostheim, Probleme bei Vertretung durch Geschäftsunfähige, AcP 169 (1969) 193

Ostheim, Probleme der Vorgesellschaft der GmbH, JBl 1978, 337

Ostheim, Zur Haftung für cic bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 570

- P. Bydlinski in Harrer/Mader, Die HGB Reform in Österreich, Wien 2005
- P. Bydlinski in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien 2007
- P. Bydlinski, Bürgerliches Recht, Band I Allgemeiner Teil, Wien New York 2000
- P. Bydlinski, Die Reform des deutschen Handelsgesetzbuches: Vorbild für Österreich?, JBl 1998, 405
- Perner, Die Haftung des Scheinvertreters nach dem UGB (§ 1019 ABGB), RdW 2007/15, 14
- Pimmer, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 9. Auflage, Wien 1992
- Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1923
- Posch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar Band I, 3. Auflage, Wien 2005
- Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht, 1. Band, 2. Auflage, Wien 1997
- Reidinger/Ofner/Rudolf/Meissel, Bürgerliches Recht Teil II, 7. Auflage, Wien 2003
- Reischauer in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage, Wien 2000
- Reischauer in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 2. Auflage, Wien 1992
- Roth, Eckdaten einer österreichischen HGB-Reform, JBl 2004, 409
- Roth, Grundriss des österreichischen Wertpapierrechts, 2. Auflage, Wien 1999
- Rummel in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band/3. Teil, 3. Auflage, Wien 2002
- Rummel in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage, Wien 2000
- Rummel, Privates Vereinsrecht im Konflikt zwischen Autonomie und rechtlicher Kontrolle, in FS Strasser, Wien 1983, 816 f
- Rummel/Bumberger, Musterfall Diplomprüfung Privatrecht I, JAP 2000/2001, 224

- Schauer in Krejci (Hrsg), Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 2007
- Schauer, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 23
- Schauer, Die Reform des deutschen Handelsrechts und ihr möglicher Einfluss auf das österreichische Recht in Festschrift 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien, Wien 1998
- Schauer, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 64
- Schauer, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB?, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer, Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Wien 2003, 137
- Schauer, Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – Kastners Vorschläge und die heutige Perspektive, GesRZ 2003, 3
- Schiemer, Handkommentar zum Aktiengesetz, Wien 1980
- Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1997
- Schmidt, Grundlagen eines neuen Vereinsrechts in Österreich, GesRZ 1991, 6
- Schuhmacher in Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, Wien 1987
- Schuhmacher in Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, Wien 2003
- Spielbüchler in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage, Wien 2000
- Stanzl in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Band, 2. Auflage, Wien 1951
- Stanzl in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4/1. Halbband, 2. Auflage, Wien 1968
- Stanzl, Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht, Graz 1957

Steininger, Vertragsabschlüsse in Unkenntnis der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Partners, in: Martinek ua (Hrsg) Arbeit, Recht und Gesellschaft Festschrift für Walter Schwarz, Wien 1991, 543

Strasser in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch,
1. Ergänzungsband, 3. Auflage, Wien 2000

Strasser, Rechtsprobleme des Spargeschäftes der Kreditinstitute mit Minderjährigen, Wien 1974

Thiele in Säcker, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, München 1978

Thunhart, Die Beachtlichkeit des Irrtums als Interessensabwägung - § 871 ABGB, ÖJZ 2000, 447

Torggler, Abschied vom Handelsrecht?, Wien 2005

Weilinger, Zur rechtlichen Einordnung der Vorgesellschaft – vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (I), GesRZ 1996, 146

Weilinger, Zur rechtlichen Einordnung der Vorgesellschaft – vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (II), GesRZ 1996, 229

Weitzenböck, Die Handlungsfähigkeit nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in: Ferrari (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechtes, Wien 2001

Welser, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281

Welser, Die cic im österreichischen Recht, LJZ 1984, 101

Welser, Die Haftung des handelsrechtlichen Scheinvertreters in Art 8 Nr. 11 EVHGB, GesRZ 1975, 2

Welser, Drei Fragen des Stellvertretungsrecht, JBl 1972, 337

Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung, Wien 1994

Welser, Vertretung ohne Vollmacht, Wien 1970

Werkusch in Doralt/Kalss (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, Wien 2001

Wilhelm, Ersatz des Erfüllungsinteresses wegen Verschulden beim Vertragsschluss, WBI
1987, 173

Wilhelm, Müllabfuhr Unternehmensgesetzbuch, ecolex 2004,1

Winkler, Kaufmann quo vadis? – Zur geplanten Reform des Kaufmannbegriffs, Wien 1999

Wünsch, Die Haftung der Gründer einer GmbH, GesRZ 1984, 1

Zib/Verweijen, Das neue Unternehmensgesetzbuch, Wien 2006

CURRICULUM VITAE

Persönliche Daten:

Name Mag. Kerstin Pfleger
Geburtsdatum 16.09.1981 in Steyr

Ausbildung:

10/2005 - 02/2009 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften; Italienisch-Studium an der Universität Wien
03/2007 - 12/2007 Gerichtsjahr
02/2005 - 05/2005 Auslandssemester in Budapest (Schwerpunkt Europarecht)
10/2000 - 06/2005 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
1992 - 2000 Bundesgymnasium Steyr Werndlpark

Bisherige Tätigkeiten:

seit 04/2008 Rechtsanwaltsanwärtlerin in der Rechtsanwaltskanzlei Mag. Dr. Hombauer in 1030 Wien
01/2008 - 03/2008 Juristin beim Fonds Soziales Wien
12/2005 - 12/2006 ehrenamtliche Mitarbeiterin des Klagsverbandes zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern
10/2005 - 02/2007 juristische Mitarbeiterin der Schlichtungsstelle der Regulierungsbehörde für Rundfunk und Telekommunikation
12/2003 - 01/2005 juristische Mitarbeiterin in der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Duschel & Mag. Hanten in 1220 Wien

Kenntnisse:

Juristische Zusatzqualifikationen
Schwerpunktausbildung Europarecht

Diplomarbeiten:
Unregelmäßige Dienstbarkeiten im Bereich Sachenrecht
Verfassungsmäßigkeit von Gemeinschaftsrecht im Bereich Europarecht

Publikationen

Verfassen von Fachartikel im Bereich des Gleichbehandlungsrechtes, publiziert auf www.klagsverband.at, www.bizeps.at, www.nwv.at

Sprachen

Englisch, Italienisch, Ungarisch

ABSTRACT

Die Scheinvertreterhaftung hat in den letzten Jahren einen bemerkenswerten Wandel durchgemacht. Die heftig umstrittene Regelung des Art 8 Nr. 11 der 4. EVHGB ist im Zuge der österreichischen Handelsrechtsreform aufgehoben worden. Diese Regelung sah nach der alten Rechtslage eine verschärfte Haftung des Scheinvertreters vor, die im österreichischen Recht stets als Fremdkörper galt, da sie in zahlreichen Punkten in starkem Widerspruch zum allgemeinen Schadenersatzrecht stand. Problematisch war auch die Zweigleisigkeit der alten Scheinvertreterhaftung, da Art 8 Nr. 11 lediglich im vormals handelsrechtlichen Bereich seine Anwendung fand. Im zivilrechtlichen Bereich wurde eine Haftung des falsus procurator aber als Fall der culpa in contrahendo gehandhabt und führte unter anderen Voraussetzungen zu völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen. Im Zuge der Handelsrechtsreform wurde Anfang 2007 durch § 1019 ABGB erstmalig eine zivilrechtliche Scheinvertreterhaftung normiert, die der bisherigen nicht kodifizierten zivilrechtlichen Haftung folgte.

Spezielle Haftungsnormen für den falsus procurator finden sich daher nur mehr im Wechsel- und Scheckrecht. Diese Regelungen weisen aber nach wie vor eine starke Ähnlichkeit zur aufgehobenen Scheinvertreterhaftung im früheren Handelsrecht auf. Fraglich ist, inwiefern eine verschärfte Haftung des falsus procurator durch die besonderen Bedürfnisse des Wertpapierrechts gerechtfertigt ist oder ob es sich um ein Überbleibsel handelt, dass der Gesetzgeber schlichtweg übersehen hat.

Schließlich soll der Scheinvertreterhaftung die Haftung des Handelnden gegenübergestellt werden, welche sich primär im Kapitalgesellschaftsrecht findet, die aber auch im Vereinsrecht und im Recht der Genossenschaften und Privatstiftungen verankert wurde. Die Handelndenhaftung normiert eine Haftung von Personen, die vor Entstehung der juristischen Person im Stadium der Vorgesellschaft in deren Namen handeln. Untersucht wird, ob die Veränderungen in der Scheinvertreterhaftung auch Auswirkungen auf die Handelndenhaftung haben oder die Handelndenhaftung davon unberührt bleibt, da sie auf anderen Gesichtspunkten beruht.

Letztlich ist bei der Haftung des Scheinvertreters das letzte Wort wohl noch nicht gesprochen. Die Aufhebung des Art 8 Nr. 11 könnte nur der Anfang eines Paradigmenwechsels sein.