

Die zivilrechtliche Behandlung von Insichgeschäften des Stellvertreters

Sophie Marie Rosalie Jira

11913790

DIPLOMARBEIT

Zur Erlangung des akademischen Grades

Mag.^a iur.

an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

Eingereicht bei Univ.-Prof. Dr. Martin Häublein

Institut für Zivilrecht

Innsbruck, Februar 2024

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt durch meine eigenhändige Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet habe. Alle Stellen, die wörtlich oder inhaltlich den angegebenen Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht.

Die vorliegende Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht als Magister-/Master-/Diplomarbeit/Dissertation eingereicht.

08.02.2024

Datum

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Sahil', written over a horizontal line.

Unterschrift

Genderhinweis

Um die Lesbarkeit sowie das textliche Verständnis der folgenden Arbeit zu erleichtern, wird die reguläre männliche Sprachform für personenbezogene Substantive und Pronomen verwendet. Dies impliziert keinesfalls eine Benachteiligung des weiblichen Geschlechts.

Danksagung

Mein herzlicher Dank gilt Univ.-Prof. Dr. Martin Häublein, der mich bei der Anfertigung dieser Arbeit hervorragend unterstützt hat und mir mit zahlreichen wertvollen Anregungen stets zur Seite stand.

Ein besonderer Dank gilt außerdem meiner Familie, die mich während des gesamten Studiums bedingungslos unterstützt hat.

Inhaltsverzeichnis

Eidesstattliche Erklärung	II
Genderhinweis	III
Danksagung.....	IV
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
1 Einleitung.....	1
1.1 Problemstellung.....	1
1.2 Gang der Untersuchung.....	1
2 Bevollmächtigungsrecht im Allgemeinen.....	3
2.1 Innenverhältnis	3
2.2 Außenverhältnis	4
2.3 Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung.....	5
2.3.1 Allgemeines.....	5
2.3.2 Abgabe einer eigenen wirksamen Willenserklärung	5
2.3.3 Offenlegung.....	6
2.3.4 Ausreichende Vertretungsmacht	6
2.3.5 Vertretungsfähiges Rechtsgeschäft	7
2.4 Arten der Stellvertretung	7
3 Insichgeschäfte: Definition und Abgrenzungen	9
3.1 Definition	9
3.2 Selbstkontrahieren.....	9
3.3 Doppelvertretung.....	10
3.4 Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Insichgeschäften	11
3.5 Zivilrechtliche Rechtsgrundlagen	11
4 Behandlung von Insichgeschäften in Lehre und Rechtsprechung.....	14
4.1 Allgemeines.....	14
4.1.1 Insichgeschäfte bei gesetzlicher Vertretungsmacht.....	14

4.1.2	Insichgeschäfte bei organschaftlicher Vertretungsmacht	15
4.1.3	Insichgeschäfte bei rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht	16
5	Innenverhältnis	18
5.1	Allgemeines	18
5.2	Unzulässigkeit des Insichgeschäftes	18
5.2.1	Geltungsgrund der Unzulässigkeit im Innenverhältnis	20
5.2.2	Rechtsfolge der Unzulässigkeit im Innenverhältnis	21
5.2.3	Schadenersatzpflicht des Stellvertreters gem § 1012 Halbs 1 ABGB	21
5.2.4	Auswirkungen der nachträglichen Sanierung des Rechtsgeschäftes (§ 1016 ABGB) auf die Schadenersatzverpflichtung (§ 1012 Halbs 1 ABGB)	23
5.3	Ausnahmsweise Zulässigkeit von Insichgeschäften	27
5.3.1	Allgemeines und Überblick	27
5.3.2	Reine Vorteilhaftigkeit für den Machtgeber	28
5.3.3	Abschluss zum Markt- oder Börsenpreis	30
5.3.4	Verbindlichkeiten und Forderungen des Machtgebers	31
5.3.5	Zustimmung des Machtgebers	32
5.3.5.1	Allgemeines	32
5.3.5.2	Vorabzustimmung	33
5.3.5.3	Reichweite	33
5.3.5.4	Zeitpunkt der Zustimmung	34
5.3.6	Ergebnis	34
6	Außenverhältnis	36
6.1	Besonderheit bei Insichgeschäften	36
6.2	Unwirksamkeit des Insichgeschäftes	36
6.3	Geltungsgrund der Unwirksamkeit im Außenverhältnis	37
6.4	Rechtsfolge der Unwirksamkeit im Außenverhältnis	38
6.5	Nachträgliche Sanierung schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte (§ 1016 ABGB)	39
6.5.1	Allgemeines	39
6.5.2	Sanierung durch nachträgliche Genehmigung	40
6.5.3	Sanierung durch Vorteilszuwendung	40
6.5.4	Ergebnis	40
7	Manifestationsakt	42

7.1	Allgemeines.....	42
7.2	Manifestationsakt und Innenverhältnis	42
7.3	Manifestationsakt und Außenverhältnis.....	43
7.4	Schutzzweck.....	46
7.5	Anforderungen an den Manifestationsakt	47
7.5.1	Anforderungen beim Verpflichtungsgeschäft	47
7.5.2	Anforderungen beim Verfügungsgeschäft	48
7.6	Privatrechtliche Verankerungen des Manifestationsaktes.....	49
7.7	Rechtsfolge fehlender Manifestation	50
7.8	Conclusio zum Erfordernis eines Manifestationsaktes	54
8	Aufschlüsselung der Rechtsfolgen von Insichgeschäften.....	56
8.1	Allgemeines.....	56
8.2	Auswirkungen der Zulässigkeit im Innenverhältnis.....	56
8.3	Auswirkungen der Unzulässigkeit im Innenverhältnis	57
8.4	Auswirkungen der Wirksamkeit im Außenverhältnis.....	59
8.5	Auswirkungen der Unwirksamkeit im Außenverhältnis.....	59
8.6	Ergebnis.....	60
9	Materielle Insichgeschäfte	61
9.1	Allgemeines.....	61
9.2	Definition	61
9.3	Erscheinungsformen des materiellen Insichgeschäftes	61
9.4	Fälle ohne Eigeninteresse des Vertragspartners.....	62
9.4.1	Hinzuziehung eines weiteren Vertreters.....	62
9.4.1.1	Allgemeines	62
9.4.1.2	Eigenbevollmächtigung	62
9.4.1.3	Unterbevollmächtigung.....	63
9.4.2	Zwischenschaltung eines Strohmannes	63
9.4.3	Zwischenergebnis: materielle Insichgeschäfte ohne Eigeninteresse des Vertragspartners.....	64
9.5	Fälle mit Eigeninteresse des Vertragspartners: echte Dritte	64

9.5.1	Allgemeines.....	64
9.5.1	Interessenkonflikt des Stellvertreters bei Geschäften mit echten Dritten.....	65
9.5.1.1	Allgemeines	65
9.5.1.2	Familia suspecta.....	65
9.5.1.3	Nahestehende Gesellschaften.....	67
9.5.2	Problemstellung.....	67
9.5.3	Missbrauch der Vertretungsmacht.....	68
9.6	Gesamtergebnis: materielle Insichgeschäfte	69
9.7	Manifestationsakt bei materiellen Insichgeschäften	70
10	Fazit	74
	Literaturverzeichnis.....	XII
	Judikaturverzeichnis.....	XIV

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
abw	abweichend
aE	am Ende
AktG	Aktiengesetz
allg	allgemein, -e, -es
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
bspw	beispielsweise
BWG	Bankwesengesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKEG	Eigenkapitalersatzgesetz
etc	et cetera
f	und die Folgende
ff	und die Folgenden
FS	Festschrift
gem	gemäß
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GKG	Gerichtskommissärsgesetz
GmbHG	GmbH-Gesetz
hA	herrschende Ansicht

HalbS	Halbsatz
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
immolex	Fachzeitschrift für Wohn- und Immobilienrecht
IO	Insolvenzordnung
iSd	im Sinne der/des
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB1	Juristische Blätter
krit	kritisch
mAn	meiner Ansicht nach
mE	meines Erachtens
MietSlg	mietrechtliche Entscheidungen
mMn	meiner Meinung nach
NO	Notariatsordnung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
PSG	Privatstiftungsgesetz
RdW	Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RS	Rechtssatz

Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S	Satz
s	siehe
stRsp	ständige Rechtsprechung
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uU	unter Umständen
uvm	und viele mehr
VerG	Vereinsgesetz
vgl	vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zust	zustimmend

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Das Stellvertretungsrecht bietet aufgrund seiner fragmentarischen Regelung viel Raum für Unsicherheiten der Rechtsanwender. Gänzlich ungeregt ließ der österreichische Gesetzgeber dabei die zivilrechtliche Behandlung von Insichgeschäften.

Das Schrifttum tangiert zivilrechtliche Insichgeschäfte häufig lediglich sehr oberflächlich und unvollständig, die konkrete Rechtsfolge wird dabei nicht einheitlich festgelegt. Auch Lehrbücher beschränken sich hinsichtlich der Ausführungen zu Insichgeschäften oft auf einen Zweizeiler, der Insichgeschäfte – ohne nähere Erläuterungen – im Ergebnis als „ungültig“, „unzulässig“ oder „sittenwidrig“ qualifiziert.¹ Eine einheitliche Behandlung und gleichbleibende Praxis wären jedoch in einer so zentralen Frage des bürgerlichen Rechts erforderlich, um der Rechtssicherheit zu entsprechen.

Die Arbeit verfolgt das Ziel, eine umfassende Klarstellung der zivilrechtlichen Behandlung von formellen Insichgeschäften zu gewähren. Dabei soll ferner auf das Erfordernis des Manifestationsaktes und die Analyse materieller Insichgeschäfte eingegangen werden.

Die vorliegende Arbeit trägt dazu bei, ein tieferes Verständnis für den Bereich der zivilrechtlichen Insichgeschäfte zu entwickeln und soll außerdem einen Beitrag zur weiteren Diskussion und Fortentwicklung des österreichischen Zivilrechts liefern.

1.2 Gang der Untersuchung

Anhand der im Folgenden skizzierten Untersuchung soll die zivilrechtliche Behandlung von Insichgeschäften beleuchtet werden und deren Rechtsfolgen umfassend erörtert werden. Dabei werden sowohl „formelle“ als auch „materielle“ Insichgeschäfte untersucht.

Zu Beginn dient eine Einführung in das Bevollmächtigungsrecht im Allgemeinen als Hinführung zur Problematik des Insichgeschäftes. Im Anschluss wird der Begriff des Insichgeschäftes erläutert und formelle und materielle Insichgeschäfte werden voneinander abgegrenzt.

Der Hauptteil dieser Arbeit fokussiert sich auf die „formellen“ Insichgeschäfte. Dazu werden zunächst die einzelnen Erscheinungsformen des Stellvertretungsrechts im Hinblick auf

¹ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 142; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/41 f.

Insichgeschäfte aufgezeigt, bevor anschließend das Hauptaugenmerk auf der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht liegt.

Sodann wird an der herrschenden Differenzierung zwischen dem Innen- und Außenverhältnis festgehalten. Diese Differenzierung trägt im allgemeinen Stellvertretungsrecht dem Verkehrs- und Vertrauensschutz Rechnung. Für Insichgeschäfte ist diese Abgrenzung nicht notwendig, weil der Verkehrs- und Vertrauensschutz idR keine Rolle spielt. Beim Selbstkontrahieren gibt es nämlich keinen Dritten. Das alleinige Schutzbedürfnis des Machtgebers ist beim Selbstkontrahieren daher besonders nachvollziehbar. Anders ist das bei der Doppel- und Mehrvertretung. Denn da gibt es einen Dritten, nämlich denjenigen, der vom Stellvertreter als Gegenpartei vertreten wird. Dennoch gilt dieser Dritte als nicht schutzwürdig oder -bedürftig. Die fehlende Schutzwürdigkeit des Dritten bei der Doppel- und Mehrvertretung wird damit begründet, dass ihm die Erklärung seines Stellvertreters zuzurechnen ist. Obwohl also die Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhältnis keine eigenständige Bedeutung für das Insichgeschäft hat, wird sie in der vorliegenden Arbeit dennoch beibehalten, um eine strukturierte und nachvollziehbare Erörterung der einzelnen Problemstellungen zu ermöglichen.

Im Innenverhältnis wird vorweg der Regelfall der Unzulässigkeit des Insichgeschäftes dargestellt, den Schwerpunkt bildet in der Folge die Herausarbeitung der ausnahmsweise zulässigen Fallkonstellationen.

Das nachfolgende Kapitel des Außenverhältnisses beschäftigt sich mit der Wirksamkeit des Insichgeschäftes. Wobei zunächst die schwebende Unwirksamkeit und deren Folgen erläutert werden, bevor das Erfordernis des Manifestationsaktes erörtert und im Anschluss kritisch hinterfragt wird.

Anschließend soll anhand einer Aufschlüsselung der möglichen Fallkonstellationen des Innen- und Außenverhältnisses aufgezeigt werden, wann die endgültige Wirksamkeit des Insichgeschäftes erreicht werden kann.

Schließlich werden im letzten Abschnitt „materielle“ Insichgeschäfte eingehend behandelt. Dabei werden die beiden Fallgruppen des materiellen Insichgeschäftes separat untersucht, um deren Eigenheiten und Rechtsfolgen herauszuarbeiten. Abschließend wird das Erfordernis des Manifestationsaktes bei materiellen Insichgeschäften beleuchtet.

2 Bevollmächtigungsrecht im Allgemeinen

Die §§ 1002 ff ABGB normieren das zivilrechtliche Bevollmächtigungsrecht. Das Bevollmächtigungsrecht erlaubt es dem Einzelnen, rechtsgeschäftlich andere Personen mit seiner Stellvertretung zu beauftragen. Die unmittelbare Stellvertretung ermöglicht die Geschäftsbesorgung in fremdem Namen. Dabei wird das rechtsgeschäftliche Handeln des Stellvertreters dem Machtgeber derart zugerechnet, dass dieser daraus unmittelbar – also ohne weitere Rechtsakte – berechtigt und verpflichtet wird (s § 1017 S 2 ABGB).² Aus diesem Grund birgt das Bevollmächtigungsrecht viele Gefahrenquellen für den gewaltunterworfenen Machtgeber und ist als besonders heikler Bereich anzusehen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund eines möglichen Konfliktes zwischen den Interessen des typischerweise gewaltunterworfenen Machtgebers und seinem Stellvertreter.

2.1 Innenverhältnis

Im allgemeinen Bevollmächtigungsrecht unterscheidet man das Innen- und Außenverhältnis. Das Innenverhältnis regelt die interne Beziehung zwischen dem Machtgeber und seinem Stellvertreter. Wohingegen das Außenverhältnis die Verbindung des Machtgebers zum Dritten, also dessen Vertragspartner, beschreibt.³ In den §§ 1002 ff ABGB regelt das Bevollmächtigungsrecht eine Kombination aus Auftrag und Vollmacht, obwohl diese beiden Bereiche *de lege lata* strikt voneinander zu trennen sind.

Im Innenverhältnis ist das „rechtliche Dürfen bzw Müssen“ des Stellvertreters geregelt, je nachdem ob es sich bloß um eine Ermächtigung oder um einen Auftrag handelt.⁴ Insofern sind die Rechte und Pflichten des Stellvertreters gegenüber seinem Machtgeber im Innenverhältnis festgelegt. § 1009 ABGB normiert eine umfassende Interessenwahrungspflicht des Stellvertreters und ist dementsprechend eine zentrale Norm des Innenverhältnisses. Verstöße des Stellvertreters gegen Beschränkungen, welche ihm der Machtgeber im Innenverhältnis auferlegt, führen als Pflichtwidrigkeiten zu einer etwaigen Schadenersatzpflicht des Stellvertreters gem § 1012 HalbS 1 ABGB.⁵ Hervorzuheben ist allerdings, dass eine solche Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis grundsätzlich nicht die Wirksamkeit der Vertretungshandlung im

² Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 626.

³ Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 639 f.

⁴ P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1002 Rz 2.

⁵ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1009 Rz 3.

Außenverhältnis berührt, denn Verstöße im Innenverhältnis entfalten prinzipiell keine Rechtswirkungen nach außen hin.⁶

2.2 Außenverhältnis

Das Außenverhältnis bestimmt das „rechtliche Können“ des Stellvertreters. Den Umfang des „rechtlichen Könnens“ steckt die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht ab. Der Stellvertreter wird durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Machtgebers bevollmächtigt.⁷ Dieses einseitige Rechtsgeschäft wird als Bevollmächtigung bezeichnet.⁸ Die Vollmacht ist rechtlich vom Innenverhältnis losgelöst und besteht damit abstrakt für sich.⁹ Ob nun das durch den Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft für und gegen den Machtgeber wirksam ist, entscheidet grundsätzlich¹⁰ allein das „rechtliche Können“, also die Vollmacht, im Außenverhältnis.¹¹ Dementsprechend haben Verstöße des Stellvertreters gegen Beschränkungen im Innenverhältnis keine Auswirkungen auf das Rechtsgeschäft mit dem Dritten, sondern führen lediglich zu internen Ersatzansprüchen gem § 1012 Halbs 1 ABGB. Pflichtwidrigkeiten des Stellvertreters im Innenverhältnis sollen nicht die Vertragsbeziehung zwischen Machtgeber und dem Dritten beeinflussen.¹²

Pointiert heißt das: Die Gültigkeit der Vertretungshandlung bestimmt sich allein nach dem Außenverhältnis. Verfügt der Stellvertreter über eine ausreichende Vollmacht, ist die Vertretungshandlung wirksam und berechtigt oder verpflichtet den Machtgeber unmittelbar, auch wenn er dabei gegen Beschränkungen im Innenverhältnis verstößt. Setzt jedoch der Stellvertreter eine Vertretungshandlung, ohne bevollmächtigt zu sein oder überschreitet er dabei die Grenzen seiner Vertretungsmacht, so handelt er als „falsus procurator“ vollmachtlos. In einer solchen Fallkonstellation wirkt demnach ein Mangel, der bereits im Innenverhältnis angelegt ist, sehr wohl auf das Außenverhältnis.

⁶ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 129.

⁷ Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 643.

⁸ Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 631; P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/18 f.

⁹ P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1002 Rz 4.

¹⁰ Eine Ausnahme bilden nach hM die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht, s dazu Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1017 Rz 64, 67 ff; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 677 f.

¹¹ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/4.

¹² Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1002 Rz 13.

2.3 Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung

2.3.1 Allgemeines

Damit der Stellvertreter rechtsgeschäftlich für eine andere Person, also in fremdem Namen, tätig werden kann, müssen vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Diese sollen im Folgenden kurz umrissen werden.

2.3.2 Abgabe einer eigenen wirksamen Willenserklärung

Der Stellvertreter hat eine eigene Willenserklärung gegenüber dem Dritten abzugeben. Dies unterscheidet ihn von einem Boten. Der Bote ist nämlich als reiner Überbringer einer fremden Erklärung anzusehen und hat damit keinen Entscheidungsspielraum. Er nimmt durch die Überbringung lediglich eine faktische Handlung vor.¹³

Damit der Stellvertreter eine eigene wirksame Willenserklärung abgeben kann, muss dieser nach hM zumindest beschränkt geschäftsfähig sein.¹⁴ Der Stellvertreter muss nämlich fähig sein, einen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen zu bilden. Diese Fähigkeit wird einem Geschäftsunfähigen abgesprochen.¹⁵ Häublein formuliert es besonders präzise: „Die Geschäftsunfähigkeit einer Person ist ein Wirksamkeitshindernis für deren Willenserklärungen.“¹⁶ Die volle Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters ist allerdings nicht zu fordern, da die Wirkungen des Rechtsgeschäfts lediglich in der Sphäre des Machtgebers eintreten.¹⁷

Beachtenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch der neue § 865 Abs 2 ABGB,¹⁸ der auch völlig Geschäftsunfähigen den Abschluss von rein vorteilhaften Rechtsgeschäften erlaubt. In diesen Fällen ist es sogar dem Geschäftsunfähigen möglich, eine wirksame Willenserklärung abzugeben.¹⁹ Für das Stellvertretungsrecht könnte dies bedeutsam sein, denn zwischen dem Stellvertreter und dem Dritten entsteht durch die Vertretungshandlung kein Rechtsverhältnis.²⁰ Für ihn ist das für den Machtgeber abgeschlossene Geschäft „rechtlich neutral“. Insofern könnte daraus gefolgert werden, dass auch ein Geschäftsunfähiger als Stellvertreter eingesetzt werden

¹³ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/11.

¹⁴ Häublein, Wirksame Willenserklärungen Geschäftsunfähiger – geht das? FS P. Bydlinski (2022) 385 f; Freudenthaler/Wiesinger, Die Stellvertretung, JAP 2005/2006/10; P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/22; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 629; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1002 Rz 45; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1018 Rz 25.

¹⁵ Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 629.

¹⁶ Häublein, Wirksame Willenserklärungen Geschäftsunfähiger – geht das? FS P. Bydlinski (2022) 383.

¹⁷ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/22; P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1018 Rz 1 f.

¹⁸ S § 865 Abs 2 ABGB nF in Kraft seit 1.7.2018.

¹⁹ Häublein, Wirksame Willenserklärungen Geschäftsunfähiger – geht das? FS P. Bydlinski (2022) 395.

²⁰ Ergibt sich bereits aus § 1017 S 2 ABGB; Rubin in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 25 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

kann, ohne die Integrität seiner Schutzrechte zu beeinträchtigen.²¹ Auch der Wortlaut des § 1018 ABGB scheint Geschäftsunfähige als Stellvertreter zuzulassen.

Die Abgabe einer wirksamen Willenserklärung des Stellvertreters ist das zentrale Erfordernis für die Schaffung des Vertragstatbestandes und bildet somit die Voraussetzung für das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes.²²

2.3.3 Offenlegung

Außerdem muss der Stellvertreter offenlegen, dass er in fremdem Namen tätig wird, damit das Geschäft tatsächlich zwischen dem Machtgeber und dem Dritten zustande kommt. Für den Dritten muss demnach erkennbar sein, dass der Stellvertreter im konkreten Fall die Willenserklärung im Namen des Machtgebers abgibt. Schließlich soll dieser wissen, wer sein Vertragspartner ist. Dabei kann die Offenlegung nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent gem § 863 Abs 1 ABGB erfolgen. Bleiben jedoch Zweifel, ist ein Eigengeschäft des Stellvertreters anzunehmen. Gewisse Ausnahmen von der Offenlegungspflicht, wie die Schlüsselgewalt gem § 96 ABGB oder das Geschäft für den, den es angeht,²³ sollen in dieser allgemeinen Darstellung außer Acht bleiben.

2.3.4 Ausreichende Vertretungsmacht

Um eine andere Person unmittelbar rechtsgeschäftlich zu berechtigen oder zu verpflichten, bedarf der Stellvertreter einer ausreichenden Vertretungsmacht, dh die Befugnis, überhaupt in fremdem Namen handeln zu können. Die Bevollmächtigung erfolgt durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Machtgebers. Die Einhaltung eines Formerfordernisses ist dabei grundsätzlich nicht notwendig. Mit Einräumung der Vollmacht wird der Stellvertreter berechtigt, den Machtgeber unmittelbar im Rechtsverkehr zu berechtigen und zu verpflichten. Eine Handlungsverpflichtung des Stellvertreters geht damit jedoch grundsätzlich nicht einher.²⁴ Die Erteilung der Vollmacht als einseitiges Rechtsgeschäft bedarf keiner Erklärung des Stellvertreters und kann diesen daher mangels erklärten Willens auch nicht zu einem Handeln verpflichten.²⁵

²¹ Häublein, VO-Skript zum AT des BürgR (WS 2023/24), Übersicht 11 unter XV 2.

²² Häublein VO-Skript zum AT des BürgR (WS 2023/24), Übersicht 11 unter XV 1.

²³ Freudenthaler/Wiesinger, Die Stellvertretung, JAP 2005/2006/10.

²⁴ Freudenthaler/Wiesinger, Die Stellvertretung, JAP 2005/2006/10.

²⁵ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/18.

Das Stellvertreterhandeln im Rahmen der Vertretungsmacht ist Wirksamkeitsvoraussetzung für das abgeschlossene Rechtsgeschäft. Fehlt dem Stellvertreter die Vertretungsmacht, hindert dies nicht das Zustandekommen des Vertrages, steht aber dessen Wirksamkeit entgegen.

2.3.5 Vertretungsfähiges Rechtsgeschäft

Zuletzt muss es sich um ein vertretungsfähiges Rechtsgeschäft handeln. Höchstpersönliche Geschäfte sind vom Bevollmächtigungsrecht ausgeschlossen und gelten als vertretungsfeindlich.²⁶

2.4 Arten der Stellvertretung

Stellvertretungsrechtlich unterscheidet man dem Grunde nach drei Erscheinungsformen der Vertretungsmacht: die gesetzliche Vertretungsmacht, die organschaftliche Vertretungsmacht und die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht des Stellvertreters. Je nach Entstehungsart der Vertretungsmacht wird die Unterscheidung in eine der drei Kategorien bestimmt. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt auf der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht.

Die gesetzliche Vertretungsmacht besteht bei Minderjährigen bereits von Gesetzes wegen. Typischerweise sind die mit der Obsorge betrauten Elternteile als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder vorgesehen. Handelt es sich um eine nicht voll geschäftsfähige erwachsene Person, kann ein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter bestellt werden.²⁷

Im Unterschied dazu wird die organschaftliche Vertretungsmacht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Bestellung eingeräumt. Juristische Personen können nur durch voll handlungsfähige natürliche Personen rechtsgeschäftlich tätig werden – dazu brauchen sie ihre Organwalter.²⁸ Die Bestellung des Organwalters erfolgt durch einen Beschluss des Willensbildungsorgans der juristischen Person. Damit verbindet die gesetzliche und die organschaftliche Vertretungsmacht die spezielle Rechtsposition des Stellvertreters kraft Gesetzes.²⁹

Grundverschieden ist die Situation bei der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht. Die Einräumung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht erfolgt als einseitiges Rechtsgeschäft durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Machtgebers, welche grundsätzlich an keine bestimmte Form gebunden ist.³⁰ Durch die Erteilung der Vertretungsmacht wird es dem

²⁶ *Freudenthaler/Wiesinger*, Die Stellvertretung, JAP 2005/2006/10.

²⁷ *Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 632 ff.

²⁸ *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/23 f.

²⁹ *Rubin in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 32, 34 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

³⁰ *Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 643 f.

Machtgeber ermöglicht, seine rechtsgeschäftlichen Handlungsmöglichkeiten über die eigene Person hinaus erheblich auszudehnen. Diese Möglichkeit ist ein wichtiger Ausfluss der Privatautonomie.³¹

³¹ *Rubin* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 30 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

3 Insichgeschäfte: Definition und Abgrenzungen

3.1 Definition

Im Fokus dieser Arbeit steht die zivilrechtliche Behandlung von Insichgeschäften des Stellvertreters. Wie bereits dargestellt, normieren die §§ 1002 ff ABGB das Bevollmächtigungsrecht vor dem Hintergrund eines möglichen Interessenkonfliktes, der zum Nachteil des Machtgebers wirken könnte.

Das typische (formelle) Insichgeschäft kann in zwei Fallkonstellationen auftreten: Einerseits, wenn der Stellvertreter ein Rechtsgeschäft im Namen des Machtgebers mit sich selbst als Vertragspartner abschließt (Selbstkontrahieren); andererseits, wenn der Vertreter im Namen beider Vertragsparteien auftritt, dementsprechend auch vom Dritten bevollmächtigt wurde (Doppelvertretung).³² Kennzeichnend für ein Insichgeschäft ist demnach, dass der Vertreter „ohne Erklärungsgegner unmittelbare rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den Vertretenen herbeiführt“.³³ Der Stellvertreter tritt auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes auf. In der österreichischen Rechtsprechung heißt es: „Ein Insichgeschäft liegt nur dann vor, wenn ein Vertreter rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den Vertretenen durch Willenserklärung an sich selbst erzeugt.“³⁴

3.2 Selbstkontrahieren

Das Selbstkontrahieren stellt die prominenteste Erscheinungsform des formellen Insichgeschäftes dar. Dabei schließt der Stellvertreter das Rechtsgeschäft für den Machtgeber mit sich selbst als Vertragspartner ab. Dh, der Stellvertreter tritt zB gleichzeitig als Verkäufer in eigener Person und als Käufer vertretungsweise für den Machtgeber auf oder umgekehrt. Die Gefahr einer Interessenkollision ist dabei evident und besonders groß.³⁵ Das unmittelbare Eigeninteresse am Geschäftsschluss macht es für den Stellvertreter beinahe unmöglich, die Interessen des Machtgebers bestmöglich zu wahren. Dazu ist der Stellvertreter allerdings gem § 1009 ABGB verpflichtet. Im Regelfall steht sich der Stellvertreter selbst näher als seinem Machtgeber, dies wird häufig den Inhalt des Rechtsgeschäftes beeinflussen.³⁶ Insofern wird aufgrund der Gefahr einer Interessenkollision von der hM vertreten, dass das Insichgeschäft im Innenverhältnis unzulässig

³² P. Bydlinski in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1009 Rz 3.

³³ *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 32.

³⁴ RIS-Justiz RS0031257.

³⁵ *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 32.

³⁶ P. Bydlinski, *Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil*⁹ Rz 9/41.

und infolgedessen im Außenverhältnis unwirksam ist.³⁷ Bereits *Ehrenzweig* hat erkannt, dass nicht einmal eine Generalvollmacht des Stellvertreters, welche diesen zum Abschluss aller Geschäfte des Machtgebers berechtigen würde, eine Erlaubnis zum Selbstkontrahieren beinhaltet.³⁸

3.3 Doppelvertretung

Die zweite Erscheinungsform des formellen Insichgeschäftes ist die Doppel- oder Mehr(fach)vertretung. Eine solche liegt vor, wenn „ein Vertreter für zwei (oder mehrere) Vertretene, für die er vertretungsberechtigt ist, ein Geschäft abschließt, wenn also dieselbe Person beide Seiten vertritt.“³⁹ Auch in diesem Fall droht eine Interessenkollision des Stellvertreters. Hierbei besteht der Konflikt aber nicht zwischen den Machtgeberinteressen und seinen eigenen, sondern vielmehr zwischen den entgegengesetzten Machtgeberinteressen. Die beiden Vertragsparteien haben regelmäßig gegenläufige Interessen, welche beim Stellvertreter zusammenlaufen. Dieser ist im Innenverhältnis dazu verpflichtet, die Interessen sämtlicher Machtgeber bestmöglich wahrzunehmen. Dass ihm dies gelingen kann, ist jedoch zu bezweifeln. Ein Vertragsschluss zu optimalen Bedingungen für die eine Partei führt nämlich in den allermeisten Fällen zu eher suboptimalen Umständen für die andere Partei. Folglich kreiert der Stellvertreter durch sein Handeln für einen der Machtgeber die besten Konditionen des Vertrages, für den oder die anderen Machtgeber führt dies jedoch häufig zu einer ungünstigen Geschäftsbesorgung. Dies liegt in der Natur dieses Geschäftes, da die unterschiedlichen Machtgeber, wie bereits erwähnt, zumindest bei Austauschverträgen typischerweise gegenläufige Interessen verfolgen.⁴⁰ Hinzu kommt, dass nicht auszuschließen ist, dass der Stellvertreter einer Partei von vornherein nähersteht als der oder den anderen Parteien.⁴¹

³⁷ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/41; P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1017 Rz 5; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 34; uvm.

³⁸ *Ehrenzweig*, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts⁶ 262.

³⁹ RIS-Justiz RS0019621.

⁴⁰ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 44 f.

⁴¹ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/42.

3.4 Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Insichgeschäften

Innerhalb der Insichgeschäfte unterscheidet man zwischen formellen und materiellen.⁴² Unter einem formellen Insichgeschäft versteht man, wie bereits beschrieben, das Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung des Stellvertreters. Der Stellvertreter führt ein Rechtsgeschäft mit Wirkung für den oder die Vertretenen durch Willenserklärung an sich selbst herbei (s bereits Kapitel 3.1). Die dabei drohende Interessenkollision ist offensichtlich.

Die Gefahr einer Interessenkollision besteht jedoch nicht bloß bei formellen Insichgeschäften, sondern in ähnlicher Weise auch bei materiellen Insichgeschäften.⁴³ Dabei ist jedoch eine dritte Person am Vertragsschluss beteiligt. Bei materiellen Insichgeschäften gibt es also einen „externen“ Vertragspartner, dh der Stellvertreter bringt das Geschäft eben nicht bloß durch Willenserklärung an sich selbst zustande. Dennoch gibt es Fallkonstellationen, in denen der Machtgeber durch einen gleichartigen Interessenkonflikt gefährdet wird wie beim formellen Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung. Der gleichartige Interessenkonflikt kann aus dem Einsatz eines Eigen- oder Untervertreeters resultieren oder auch mit der besonderen Nahebeziehung zum Vertragspartner begründet werden.⁴⁴

Im Folgenden soll zunächst die Behandlung von formellen Insichgeschäften umfassend erörtert werden. Erst im Anschluss werden materielle Insichgeschäfte beleuchtet. (s unten Kapitel 9 ff).

3.5 Zivilrechtliche Rechtsgrundlagen

In Österreich fehlt es an einer allgemeinen gesetzlichen Regelung von Insichgeschäften. Im Unterschied dazu normiert das deutsche Recht im § 181 BGB eine ausdrückliche Regelung. Dabei scheint es, als würde der Wortlaut des § 181 BGB den Abschluss von Insichgeschäften verbieten. Es heißt nämlich, dass der Stellvertreter ein solches Geschäft grundsätzlich nicht vornehmen kann.⁴⁵ Dies darf allerdings nicht als gesetzliches Verbot verstanden werden, sondern muss als Beschränkung des „rechtlichen Könnens“ erkannt werden.⁴⁶ Demnach ist im deutschen Recht das Insichgeschäft nicht *per se* verboten, die Rechtsfolge eines

⁴² Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 15.

⁴³ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 56.

⁴⁴ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

⁴⁵ S § 181 BGB.

⁴⁶ Schäfer in Hau/Poseck, BeckOK BGB 68. Ed. 1.11.2023 § 181 Rz 2.

Insichgeschäftes ist vielmehr die schwebende Unwirksamkeit des abgeschlossenen Geschäftes. Um das Rechtsgeschäft rückwirkend rechtswirksam werden zu lassen, muss es der Vertretene – also der Machtgeber – nachträglich genehmigen. Im Ergebnis handelt es sich um eine normierte Beschränkung der Vertretungsmacht. Schließt der Stellvertreter das Insichgeschäft trotzdem ab, handelt er ohne Vertretungsmacht und es ist zunächst schwebend unwirksam.⁴⁷

Die österreichische Rechtsordnung sieht lediglich vereinzelt gesetzliche Regelungen für Insichgeschäfte vor. Dies vor allem im Bereich der gesetzlichen und organschaftlichen Vertretung. Für die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht, um die es in der vorliegenden Arbeit gehen soll, fehlt eine solche Regelung jedoch zur Gänze.

Bisweilen gibt es für die gewillkürte Stellvertretung gesetzliche Anhaltspunkte, die für die Unzulässigkeit eines Insichgeschäftes sprechen. Zunächst enthält der § 1013 S 2 ABGB das Verbot der Geschenkannahme des Stellvertreters. Durch dieses Verbot soll sichergestellt werden, dass der Vertreter bei Vertragsschluss mit dem Geschenkgeber nicht in einen Interessenkonflikt gerät. Daraus lässt sich der Größenschluss ziehen, dass wenn bereits die Geschenkannahme zum Schutz des Machtgebers verboten ist, dies umso mehr auch für den Abschluss eines Insichgeschäftes gelten muss.⁴⁸ Aufgrund des § 1009 ABGB wird der Stellvertreter verpflichtet, das Geschäft für den Machtgeber emsig und redlich zu besorgen. Darin wird auch die Verpflichtung zur Unterlassung gewisser Rechtsgeschäfte gesehen, „wenn diese der bestmöglichen Verfolgung des Machtgeberinteresses widersprechen würden“ – dazu zählen regelmäßig auch Insichgeschäfte.⁴⁹

Für Insichgeschäfte des gesetzlichen Vertreters einer schutzwürdigen Person sieht § 277 Abs 2 ABGB die Bestellung eines Kollisionskurators vor, um der Gefahr einer Interessenkollision zu begegnen. Auch § 6 Abs 4 VerG knüpft den Abschluss eines Insichgeschäftes an die Zustimmung einer anderen vertretungsbefugten Person. Unternehmensrechtlich ergänzt werden diese Anhaltspunkte durch §§ 400 ff UGB, welche den Selbsteintritt des Kommissionärs regeln. Insofern ist der Selbsteintritt des Kommissionärs nur möglich, wenn es sich um Waren oder Wertpapiere mit Börsen- oder Marktpreis handelt und der Kommissionär zusätzlich eine Ausführungsanzeige erstattet.⁵⁰

⁴⁷ Schubert in Münchener Kommentar zum BGB⁹ § 181 Rz 63 f.

⁴⁸ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 34.

⁴⁹ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1009 Rz 71.

⁵⁰ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 34 ff.

Diese Regelungen zeigen, dass auch in anderen privatrechtlichen Bereichen Insichgeschäften mit Skepsis begegnet wird und zusätzliche Anforderungen an diese gestellt werden. Laut *Baumgartner* und *U. Torggler* folgt die Unzulässigkeit von Insichgeschäften im österreichischen Recht aus einer Gesamtanalogie der soeben genannten gesetzlich normierten Anhaltspunkte.⁵¹

⁵¹ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 36.

4 Behandlung von Insichgeschäften in Lehre und Rechtsprechung

4.1 Allgemeines

Die österreichische Rechtsordnung kennt keine allgemeingültige Regelung für den Umgang mit Insichgeschäften. Aufgrund der rechtsgeschäftlichen Relevanz von Insichgeschäften im Rahmen der gewillkürten Stellvertretung soll in den folgenden Kapiteln unter Heranziehung der aktuellen Literatur und Rechtsprechung die zivilrechtliche Behandlung von Insichgeschäften in Österreich erörtert werden.

Zunächst sollen die einzelnen Erscheinungsformen des Stellvertretungsrechts überblicksweise im Hinblick auf Insichgeschäfte beleuchtet werden, bevor im Anschluss die gewillkürte Stellvertretung umfassend ausgeführt wird.

4.1.1 Insichgeschäfte bei gesetzlicher Vertretungsmacht

Insichgeschäfte sind im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vertretungsmacht geregelt. § 277 Abs 2 ABGB sieht vor, dass ein Kollisionskurator anstelle des gesetzlichen Vertreters für den Schutzberechtigten einzuschreiten hat, wenn eine Gefährdung der Interessen des Schutzberechtigten aufgrund eines Interessenkonflikts zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Vertretenen möglich ist, wobei hier wegen des erhöhten Schutzbedürfnisses ein sehr strenger Maßstab anzulegen ist.⁵² Wie bereits dargestellt, ist das Insichgeschäft das Paradebeispiel der Interessenkollision und damit typischerweise Anwendungsfall des Kollisionskurators. Durch den Einsatz eines Kollisionskurators wird die Gefahr der Interessenkollision dem Grunde nach beseitigt, da dem gesetzlichen Vertreter durch das Gesetz für den konkreten Fall die Vertretungsmacht genommen wird. Damit werden die Gefahren des Insichgeschäftes beseitigt.⁵³

Fraglich ist, ob § 277 Abs 2 ABGB mangels einer allgemeinen gesetzlichen Regelung von Insichgeschäften für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht analog zur Anwendung gelangt.⁵⁴ Ein Teil der Lehre spricht sich ausdrücklich für die Analogie aus.⁵⁵ Hartlieb und Zollner hingegen lehnen die analoge Bestellung eines Kollisionskurators für die gewillkürte Stellvertretung überzeugend ab. Sie führen an, dass der Kollisionskurator für die gesetzliche

⁵² Mondel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 277 Rz 64.

⁵³ Mondel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 277 Rz 49.

⁵⁴ Weitzenboeck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 277 Rz 14.

⁵⁵ Perner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at); Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680 aE; s auch RIS-Justiz RS0049147 noch zu § 271 ABGB.

Stellvertretung bei Gefahr einer Interessenkollision gerade deshalb zu bestellen ist, weil die vertretene Person mangels Geschäftsfähigkeit dem konkreten Geschäft nicht selbst zustimmen kann.⁵⁶ Das ist bei der gewillkürten Stellvertretung anders. Der geschäftsfähige Machtgeber kann selbst zustimmen. Auch *Baumgartner* und *U. Torggler* negieren die analoge Anwendung von § 277 Abs 2 ABGB. Sie meinen, die dadurch entstehenden Kuratorenkosten iSd § 283 ABGB liefen der bestmöglichen Geschäftsbesorgung gem § 1009 ABGB zuwider.⁵⁷

Eine analoge Anwendung von § 277 Abs 2 ABGB ist mE nicht zielführend. Um die ablehnende Haltung von *Hartlieb* und *Zollner* zu unterstreichen, ist zusätzlich anzuführen, dass die Vorabzustimmung des Machtgebers als Einwilligung zum Abschluss des Insichgeschäftes eine allgemein anerkannte zulässige Fallkonstellation des Insichgeschäftes darstellt (s unten Kapitel 5.3.5). Dementsprechend würde durch die zwingende Bestellung eines Kollisionskurators für Insichgeschäfte im Bereich der gewillkürten Stellvertretung die Privatautonomie des Machtgebers missachtet, der bei voller Geschäftsfähigkeit selbst zustimmen kann. Ihn gegen seinen Willen vor den Gefahren eines Insichgeschäftes zu schützen, wäre kein hinreichender sachlicher Grund für die Beschränkung der grundrechtlich geschützten Privatautonomie des Machtgebers.

4.1.2 Insichgeschäfte bei organschaftlicher Vertretungsmacht

Auch im Bereich des Gesellschaftsrechts bestehen vereinzelt Regelungen für Insichgeschäfte bei organschaftlicher Vertretungsmacht. Gesellschaftsrechtlich können Insichgeschäfte grundsätzlich durch die Beauftragung eines anderen Organs vermieden werden oder aufgrund der Zustimmung anderer Organträger zulässig sein.⁵⁸ Für den Alleingesellschafter einer GmbH sieht § 18 Abs 5 GmbHG ein Formerfordernis für den Abschluss von Insichgeschäften vor. Beabsichtigt der Alleingesellschafter einen Geschäftsschluss mit der Gesellschaft, unterliegt dieses Geschäft der Dokumentationspflicht. Die Dokumentationspflicht dient dabei dem Gläubigerschutz, stellt jedoch nach hM⁵⁹ keine Wirksamkeitsvoraussetzung dar (s dazu ausführlicher unter Gliederungspunkt 7.6). Ansonsten besteht im GmbH-Recht die haftungsrechtliche Regelung des § 25 Abs 4 GmbHG. Demnach darf der Geschäftsführer einer GmbH

⁵⁶ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 58.

⁵⁷ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 40.

⁵⁸ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴ 60.

⁵⁹ *Rieder* in *Folgar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 18 Rz 34 f; *U. Torggler*, Insichgeschäfte, insb Doppelvertretung bei der Einpersonen-GmbH, wbl 2000, 389 (393); *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 18 Rz 61; *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴ 251; OGH 17.12.2008, 2 Ob 246/08b.

Insichgeschäfte bloß mit Zustimmung des Aufsichtsrates oder mangels eines solchen nur mit Zustimmung sämtlicher übriger Geschäftsführer abschließen.

In der AG werden Insichgeschäfte dadurch vermieden, dass Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit einem Vorstandsmitglied durch den Aufsichtsrat abgeschlossen werden, der also gem § 97 Abs 1 AktG ausnahmsweise Vertretungsmacht erhält, um eine Interessenkollision zu vermeiden.⁶⁰

Stiftungsrechtlich gibt § 17 Abs 5 PSG vor, dass Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Stiftungsvorstand – soweit kein Aufsichtsrat eingerichtet ist – der Genehmigung aller anderen Mitglieder des Stiftungsvorstandes sowie der des Gerichtes bedürfen. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn das Rechtsgeschäft mit dem Stiftungszweck und dem Stifterwillen vereinbar ist.⁶¹

Ähnlich ist die Situation auch im Vereinsrecht. § 6 Abs 4 VerG sieht vor, dass Insichgeschäfte der Zustimmung eines anderen vertretungs- oder geschäftsführungsbefugten Organwalters bedürfen.

4.1.3 Insichgeschäfte bei rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht

In Bezug auf die gewillkürte Stellvertretung sieht das österreichische Recht keine gesetzliche Regelung für den Umgang mit Insichgeschäften vor. In diesem Bereich des Stellvertretungsrechts bestehen dementsprechend erhebliche Unsicherheiten.

Die hM spricht sich dafür aus, dass sowohl das Selbstkontrahieren als auch die Doppelvertretung durch den Stellvertreter aufgrund der typischerweise drohenden Interessenkollision unzulässig und unwirksam sind.⁶² Der Stellvertreter müsste gleichzeitig zwei entgegengesetzte Interessen vertreten, was ihm kaum gelingen kann.⁶³ Aufgrund der immanenten Gefahr einer Interessenkollision werden Insichgeschäfte teilweise auch als sittenwidrig eingestuft.⁶⁴

Die Gründe für die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes werden jedoch unterschiedlich festgemacht. Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass es dem Stellvertreter für das Insichgeschäft an der notwendigen Vertretungsmacht mangelt. Dies würde bedeuten, dass der

⁶⁰ Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴ 368.

⁶¹ RIS-Justiz RS0121199.

⁶² Hupka, Die Vollmacht 270; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Baumgartner/U. Torggler in Feinyes/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 34, 48; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 46.

⁶³ Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 99.

⁶⁴ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 142.

Stellvertreter vollmachtlos handelt, was in weiterer Folge der Wirksamkeit des Insichgeschäftes entgegensteht.⁶⁵ Zum anderen gibt es Meinungen, welche das Insichgeschäft aufgrund eines Missbrauchs der Vertretungsmacht als sittenwidrig deklarieren und damit das abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig werden lassen.⁶⁶ Nach einer dritten Meinung folgt die Unzulässigkeit aus einer Gesamtanalogie zu den bereits genannten gesetzlichen Anhaltspunkten im österreichischen Recht (s schon Kapitel 3.5).⁶⁷

In den folgenden Kapiteln werden Insichgeschäfte bei rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht umfassend durchleuchtet. Zuerst wird – entsprechend der herrschenden Differenzierung – das Innenverhältnis dargestellt, bevor im Anschluss das Außenverhältnis und der Manifestationsakt erörtert werden.

⁶⁵ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 47 f.

⁶⁶ Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 99 f.

⁶⁷ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 36.

5 Innenverhältnis

5.1 Allgemeines

Das Innenverhältnis beschreibt die interne Beziehung zwischen dem Machtgeber und seinem Stellvertreter (s oben Kapitel 2.1). Das Innenverhältnis bestimmt die Zulässigkeit der Rechtshandlungen des Stellvertreters. Welche Rechtsfolgen die Unzulässigkeit des Vertreterhandelns hat, wird sogleich aufgezeigt.

Davon zu unterscheiden ist das Außenverhältnis. Dabei wird das Verhältnis zwischen dem Machtgeber – also der *in concreto* vertretenen Person – und dem Dritten beleuchtet. Das Außenverhältnis bestimmt die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, welche der Stellvertreter namens des Machtgebers abschließt. Die Gültigkeit des durch den Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ist demnach grundsätzlich allein vom Außenverhältnis, also dem „rechtlichen Können“ des Stellvertreters, abhängig. Bemerkenswert ist, dass der Stellvertreter im Außenverhältnis vollmachtlos handelt, wenn ihm nicht ausreichend Vertretungsmacht für das konkrete Geschäft eingeräumt wurde. Sein „rechtliches Können“ reicht unter diesen Umständen nicht weit genug. In diesem Fall schlägt ein Mangel im Innenverhältnis auf das Außenverhältnis durch. Das Außenverhältnis wird in den Kapiteln 6 ff präzisiert.

Zuerst soll das Innenverhältnis, also die Beziehung zwischen Machtgeber und seinem Stellvertreter, umfassend beleuchtet werden. Dabei steht die Frage im Mittelpunkt, ob der Abschluss eines Insihgeschäftes im Innenverhältnis zulässig ist oder ob der Stellvertreter dabei pflichtwidrig handelt und infolgedessen Schadenersatzpflichten gegenüber dem Machtgeber gem §§ 1009, 1012 ABGB ausgelöst werden.⁶⁸

5.2 Unzulässigkeit des Insihgeschäftes

Die hL und die stRsp sprechen sich für die grundsätzliche Unzulässigkeit des Insihgeschäftes im Innenverhältnis aus.⁶⁹ Begründet wird die Unzulässigkeit mit der immanenten Gefahr einer Interessenkollision. Dieser Grundsatz ist bereits aus dem Gesetz ableitbar. § 1009 ABGB normiert die Treue- und Interessenwahrungspflicht des Stellvertreters. Die Direktive der Interessenwahrungspflicht des § 1009 ABGB lässt sich folgendermaßen beschreiben: „... die

⁶⁸ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 33.

⁶⁹ Bereits Hupka, Die Vollmacht 270; OGH 2.3.1982, 5 Ob 4/82, JBl 1984, 315; OGH 6.10.1987, 5 Ob 83/87; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 34; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 46; Perner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at); etc.

Interessen des Auftraggebers allen anderen Überlegungen voranzustellen und unter Zurückstellung eigener Interessen auf die sich aus der Besorgung fremder Geschäfte ergebende Möglichkeit zu verzichten, daraus persönlichen Nutzen zu ziehen, damit erst gar nicht die Versuchung aufkomme, den eigenen Interessen einen maßgeblichen Einfluss auf die notwendigen Entscheidungen zu gewähren“.⁷⁰ Damit lässt sich bereits aus der gesetzlich verankerten Interessenwahrungspflicht des § 1009 ABGB ableiten, dass Insichgeschäfte wegen der immanenten Gefahr einer Interessenkollision im Innenverhältnis grundsätzlich pflichtwidrig sein müssen.⁷¹ Es genügt dabei das Vorliegen einer abstrakten Gefahrensituation, eine konkrete Gefährdung des Machtgebers ist nicht notwendig.⁷²

Mit dem Abschluss eines Insichgeschäftes würde der Stellvertreter durch Erklärung an sich selbst rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den Machtgeber erzeugen. Das Gefahrenpotential für den gewaltunterworfenen Machtgeber ist dabei offensichtlich.⁷³ Daher gilt das Insichgeschäft im Innenverhältnis als unzulässig, wenn und gerade weil die Gefahr der Verkürzung der Interessen des Machtgebers grundsätzlich droht.⁷⁴

Beim Selbstkontrahieren ist die Gefahr eines Interessenkonfliktes besonders anschaulich. Dabei schließt der Stellvertreter das Rechtsgeschäft namens des Machtgebers gleichzeitig auch im eigenen Namen ab. Demnach verfolgt er bei Vertragsabschluss ein unmittelbares Eigeninteresse. Dass dabei die bestmögliche Wahrung der Interessen des Machtgebers schwierig wird, ist lesbar.⁷⁵

Nicht weniger eindeutig ist die Interessensgefährdung der Machtgeber bei der Mehrfachvertretung. Der Stellvertreter wird für beide Vertragsparteien tätig. Bei ihm laufen demnach die gegensätzlichen Interessen mehrerer Machtgeber zusammen. Dabei jegliche Interessen der Machtgeber gleichermaßen zu wahren, ist beinahe unmöglich. Es besteht die Gefahr, dass der Stellvertreter einem seiner Machtgeber nähersteht als dem anderen.⁷⁶ *Gschnitzer* betitelt das Gefährdungspotential der Doppelvertretung damit, dass der Stellvertreter „gleichsam zwei

⁷⁰ OGH 6.11.1979, 5 Ob 764/78, SZ 52/158; *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1009 Rz 10.

⁷¹ *Stanzl in Klang*² § 1009 818.

⁷² *Stanzl in Klang*² § 1009 818; RIS-Justiz RS0019639.

⁷³ *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 9 f; RIS-Justiz RS0019639; OGH 3.7.1985, 3 Ob 51/85.

⁷⁴ *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 34.

⁷⁵ *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 44.

⁷⁶ *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1009 Rz 72.

Seelen in der Brust“ trägt und es insofern unmöglich sei, die gegenläufigen Interessen bestmöglich zu wahren.⁷⁷

5.2.1 Geltungsgrund der Unzulässigkeit im Innenverhältnis

Woraus sich der Geltungsgrund der Unzulässigkeit des Insichgeschäftes im Innenverhältnis ergibt, wird in der Lehre uneinheitlich vertreten. In diesem Zusammenhang muss jedoch die zuvor genannte Interessenwahrungspflicht gem § 1009 ABGB eine bedeutende Rolle spielen, da diese bereits im Weitesten die Problematik des Insichgeschäftes adressiert und thematisiert.

Im Mittelpunkt der Argumentation steht dementsprechend § 1009 ABGB. Dieser normiert die zentralen Verpflichtungen des Stellvertreters im Innenverhältnis. Als Leitlinie der Geschäftsbesorgung ist die Treue- und Interessenwahrungspflicht des Stellvertreters zu deklarieren. Aus der Interessenwahrungspflicht ist ein umfassender Pflichtenkatalog ableitbar. Beispielsweise resultiert daraus eine umfängliche Loyalitätspflicht des Stellvertreters. Dieser schuldet seinem Machtgeber die bestmögliche Geschäftsbesorgung. Dabei hat er sämtliche Interessen denen des Machtgebers unterzuordnen – auch seine eigenen.⁷⁸ Aufgrund der augenscheinlichen Gefahr eines Interessenkonfliktes bei Insichgeschäften trifft den Stellvertreter eine aus der Treuepflicht resultierende Unterlassungsverpflichtung.⁷⁹ Insofern steht der zentrale Pflichtenkatalog des § 1009 ABGB der Zulässigkeit von Insichgeschäften entgegen.⁸⁰

Insgesamt bedeutet dies für das Innenverhältnis, dass die Befugnisse aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis eine Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes aufgrund der drohenden Interessensgefährdung von vornherein nicht decken. Beim Abschluss eines Insichgeschäftes würde der Stellvertreter aufgrund der internen Beschränkung seiner Befugnisse pflichtwidrig handeln. Die Rechtsfolge von pflichtwidrigem Stellvertreterhandeln wird im nächsten Gliederungspunkt dargestellt (s sogleich 5.2.2).

Eine andere Meinung begründet die Unzulässigkeit des Insichgeschäftes mit einer Analogie zu § 277 Abs 2 ABGB.⁸¹ Dem gesetzlichen Vertreter einer schutzwürdigen Person wird für den Fall eines Interessenkonfliktes die Vertretungsmacht entzogen und es muss ein Kollisionskurator für das betreffende Rechtsgeschäft bestellt werden, der zum Abschluss ermächtigt wird. Dem gesetzlichen Vertreter ist der Abschluss dieses Geschäftes wegen der drohenden

⁷⁷ Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 784.

⁷⁸ Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1009 Rz 7 f.

⁷⁹ Rubin in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1009 Rz 27 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

⁸⁰ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1009 Rz 71.

⁸¹ Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680 aE.

Interessenkollision nämlich untersagt.⁸² Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht ist eine analoge Anwendung von § 277 Abs 2 ABGB jedoch abzulehnen (s bereits Kapitel 4.1.1).

Baumgartner und *U. Torggler* folgend, lässt sich aus dem bisher Gesagten der dispositive Rechtssatz ableiten, dass die Geschäftsbesorgung des Stellvertreters im Wege des Insichgeschäftes „grundsätzlich nicht dem mutmaßlichen Geschäftsherrenwillen entspricht“.⁸³

Am plausibelsten erscheint mE die Verortung des Geltungsgrundes der Unzulässigkeit in § 1009 S 1 ABGB. Im Innenverhältnis ist der Stellvertreter gem § 1009 S 1 ABGB zur bestmöglichen Wahrung der Machtgeberinteressen verpflichtet. Die Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes entspricht aufgrund der drohenden Interessenkollision regelmäßig nicht dem Machtgeberwillen, was zu einer Beschränkung der auftragsrechtlichen Befugnisse führt. Insofern ist die Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes grundsätzlich nicht von den Befugnissen aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis erfasst.

5.2.2 Rechtsfolge der Unzulässigkeit im Innenverhältnis

Ungeachtet welcher Ansicht man folgt, überschreitet der Stellvertreter beim Abschluss eines Insichgeschäftes grundsätzlich seine auftragsrechtlichen Befugnisse.⁸⁴ Dh, es liegt eine pflichtwidrige Geschäftsbesorgung des Stellvertreters vor. Die Pflichtwidrigkeit betrifft zunächst lediglich das Innenverhältnis zwischen Machtgeber und Stellvertreter. Da die Vollmacht im Außenverhältnis abstrakt besteht,⁸⁵ entfaltet die interne Pflichtwidrigkeit grundsätzlich keine rechtlichen Wirkungen im Außenverhältnis. Die einzige Rechtsfolge, welche an die Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis geknüpft sein könnte, ist gem § 1012 Halbs 1 ABGB eine Schadenersatzverpflichtung des Stellvertreters gegenüber seinem Machtgeber (s sogleich Gliederungspunkte 5.2.3 und 5.2.4).⁸⁶ Dass bei Insichgeschäften die Unzulässigkeit im Innenverhältnis und die Unwirksamkeit im Außenverhältnis in Korrelation stehen, wird in den Kapiteln 6.2 ff umfassend erläutert.

5.2.3 Schadenersatzpflicht des Stellvertreters gem § 1012 Halbs 1 ABGB

§ 1012 Halbs 1 ABGB normiert eine Schadenersatzverpflichtung des Stellvertreters gegenüber seinem Machtgeber für Pflichtwidrigkeiten im Innenverhältnis. Beim Abschluss von

⁸² *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 46 aE.

⁸³ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 36.

⁸⁴ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1009 Rz 7 f; *Rubin* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1009 Rz 27 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

⁸⁵ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1002 Rz 5.

⁸⁶ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 46.

Insichgeschäften handelt der Stellvertreter immer dann pflichtwidrig, wenn nicht ausnahmsweise eine der sogleich benannten (s unten Kapitel 5.3 ff) zulässigen Fallkonstellationen des Insichgeschäftes vorliegt.⁸⁷ Dementsprechend steht § 1012 ABGB zwangsläufig mit der Interessenwahrungspflicht des Stellvertreters gem § 1009 ABGB in Verbindung. Letzterer sieht in Satz 3 explizit die Schadenersatzpflicht des Stellvertreters bei Überschreitung der Vollmachtsgrenzen vor. Wie bereits dargestellt, ist die Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes grundsätzlich nicht von den Befugnissen des Stellvertreters aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis erfasst. Wird ein solches dennoch abgeschlossen, handelt der Stellvertreter pflichtwidrig, weil er seine auftragsrechtlichen Pflichten missachtet.⁸⁸

Die Schadenersatzpflicht des Stellvertreters gem § 1012 Halbs 1 ABGB unterliegt den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen der §§ 1293 ff ABGB.⁸⁹ Dementsprechend trifft den Stellvertreter die Haftungsverpflichtung nur, wenn er den eingetretenen Schaden rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat. Mit anderen Worten: Es müssen die haftungsbe gründenden Anspruchsvoraussetzungen (dies sind: Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden) kumulativ erfüllt sein.

In diesem Kapitel wird die Haftung des Stellvertreters bei fehlender nachträglicher Sanierung geprüft. Dh, die Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen für die Ersatzpflicht des Stellvertreters erfolgt vor dem Hintergrund, dass der Stellvertreter das Insichgeschäft pflichtwidrig abschließt, dieses aber mangels nachträglicher Sanierung nicht rechtswirksam wird (s zur nachträglichen Sanierungsoption des Machtgebers und der dadurch erzielten Rechtswirksamkeit im Außenverhältnis, Kapitel 6.5). Unter Gliederungspunkt 5.2.4 wird sodann die Ersatzpflicht des Stellvertreters bei erfolgter nachträglicher Sanierung untersucht. Die Relevanz der nachträglichen Sanierung des Insichgeschäftes für die Ersatzpflicht im Innenverhältnis wird sogleich erläutert.

Zunächst muss dem Machtgeber durch die Pflichtverletzung des Stellvertreters ein klar zu bezeichnender Schaden entstanden sein, der geltend gemacht werden kann. Konkret geht es um jenen Schaden, der dem Machtgeber durch den Vertragsschluss des Stellvertreters mit sich selbst entsteht. Ein allfälliger Schaden, der dem Machtgeber durch die unterlassene

⁸⁷ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1012 Rz 22.

⁸⁸ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1012 Rz 2 ff.

⁸⁹ Rubin in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1012 Rz 2 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

Wahrnehmung einer besseren Geschäftschance aufgrund des Selbstkontrahierens des Stellvertreters entsteht, soll hier hingegen unberücksichtigt bleiben.

Die Ersatzpflicht des Stellvertreters scheitert grundsätzlich bereits am fehlenden Schadenseintritt beim Machtgeber. Ein Schaden kann in der Sphäre des Machtgebers nämlich nur dann eintreten, wenn das Insichgeschäft rechtswirksam geworden ist. Vor dessen Wirksamkeit wird der Machtgeber allerdings von der Rechtsordnung geschützt. Der Schadenseintritt wird durch die schwebende Unwirksamkeit des Insichgeschäftes vorerst verhindert (s die Ausführungen zum Außenverhältnis 6.4). Durch die Sanierungsmöglichkeit des § 1016 ABGB kann der Machtgeber sodann selbst über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes und infolgedessen den Eintritt des Schadens entscheiden (s sogleich Kapitel 5.2.4). Ohne Sanierung des Insichgeschäftes entsteht dem Machtgeber mangels Rechtswirksamkeit kein Schaden. Der Ersatzanspruch des Machtgebers scheitert damit bereits an dieser Anspruchsvoraussetzung.

Mangels eingetretenen Schadens erübrigt sich die Prüfung der restlichen Anspruchsvoraussetzungen. Um die Haftung des Stellvertreters aus § 1012 Halbs 1 ABGB zu begründen, müssten alle Anspruchsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Bei „Nichtsanierung“ des Insichgeschäftes entsteht daher keine Ersatzpflicht des Stellvertreters.

5.2.4 Auswirkungen der nachträglichen Sanierung des Rechtsgeschäftes (§ 1016 ABGB) auf die Schadenersatzverpflichtung (§ 1012 Halbs 1 ABGB)

Abweichend von der an sich auf das Innenverhältnis beschränkten Wirkung von Verstößen des Stellvertreters gegen § 1009 ABGB geht man bei Insichgeschäften davon aus, dass deren Abschluss nicht nur pflichtwidrig im Innenverhältnis, sondern auch vollmachtlos im Außenverhältnis erfolgt (s dazu § 1009 iVm § 1007 ABGB, Kapitel 6.3 ff). Folgt man der Ansicht, die § 1016 ABGB zur Heilung des Vertretungsmangels heranzieht⁹⁰ (s ausführlich 6.5), stellt sich die Frage, wie sich die nachträgliche Sanierung des Insichgeschäftes (§ 1016 ABGB) auf den Ersatzanspruch des Machtgebers (§ 1012 Halbs 1 ABGB) im Innenverhältnis auswirkt.

Zur Begründung der Ersatzpflicht des Stellvertreters müssen (wiederum) die vier Anspruchsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

⁹⁰ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1016 Rz 1; P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1016 Rz 1.

- Schaden

Anders als in der zuvor geprüften Konstellation (bei „Nichtsanierung“ des Insiggeschäftes, s. Gliederungspunkt 5.2.3) ist hier der Schadenseintritt regelmäßig zu bejahen. Erst durch die nachträgliche Sanierung des Machtgebers wird der Schwebezustand des Insiggeschäftes beendet und es erlangt rückwirkend Rechtswirksamkeit. Bis zur Sanierung ist der Schadenseintritt gehemmt. Die nachträgliche Sanierung des Insiggeschäftes ist die Voraussetzung für das Eintreten von Schäden in der Sphäre des Machtgebers. Daher kann dem Machtgeber erst aufgrund des pflichtwidrigen Geschäftsschlusses in Verbindung mit der nachträglichen Sanierung ein Schaden entstehen. Der konkrete Schaden, der dem Machtgeber mit Rechtswirksamkeit des Insiggeschäftes entstehen kann, ist vielfältig und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dieser kann finanzieller Natur sein, zB aufgrund ungünstiger Vertragsbedingungen oder überhöhter Preise. Ferner kann der Schaden auch immaterieller Natur sein, durch etwaige Reputationsverluste, insbesondere wenn das Insiggeschäft öffentlich bekannt wird.

- Kausalität

Fraglich ist sodann, ob das Verletzungsverhalten des Stellvertreters bei Sanierung des Insiggeschäftes durch den Machtgeber überhaupt noch kausal für den Schadenseintritt ist. Die Ursächlichkeit des Schädigers für den Schadenseintritt wird zunächst anhand der *conditio sine qua non* – Formel geprüft: Ursächlich ist das Verhalten des Stellvertreters, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Schadenseintritt entfällt.⁹¹ Das Verletzungsverhalten des Stellvertreters besteht in dem pflichtwidrigen Abschluss eines Insiggeschäftes. Denkt man sich den Abschluss des Insiggeschäftes weg, wäre in weiterer Folge kein Schaden eingetreten. Der pflichtwidrige Geschäftsschluss schafft die Sanierungsoption des Machtgebers und erst die Ausübung dieser Sanierungsmöglichkeit führt zum Schadenseintritt. Insofern ist der pflichtwidrige Abschluss des Insiggeschäftes durch den Stellvertreter *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt.

Im Anschluss daran wird die Schadenszurechnung durch die Adäquanztheorie begrenzt.⁹² Nicht jedes kausale Verhalten rechtfertigt eine Haftung des Schädigers (hier: des Stellvertreters). Für den Adäquanzzusammenhang des Verhaltens kommt es auf die Vorhersehbarkeit und die Wahrscheinlichkeit des Kausalverlaufes an. Nicht erfasst sind ganz atypische Kausalverläufe,

⁹¹ Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1295 Rz 4.

⁹² Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1295 Rz 6 f.

dh, Fälle, in denen der Eintritt des Schadens außerhalb jeder Lebenserfahrung liegt.⁹³ Es ist zu klären, ob der Stellvertreter beim pflichtwidrigen Abschluss des Insiggeschäftes nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge damit rechnen musste, dass der Machtgeber das (schwebend unwirksame) Geschäft nachträglich saniert und dies zum Schadenseintritt führt. Dies ist mE klar zu bejahen. Die nachträgliche Sanierung des schwebend unwirksamen Insiggeschäftes liegt keinesfalls außerhalb jeder Lebenserfahrung, sondern ist vielmehr eine vorhersehbare Folge des pflichtwidrigen Geschäftsschlusses und zählt damit zum adäquaten Kausalverlauf.

- Rechtswidrigkeit

Die Schadenersatzpflicht trifft den Stellvertreter nur, wenn dieser objektiv sorgfaltswidrig handelt. Objektive Sorgfaltswidrigkeit liegt vor, wenn der Stellvertreter gegen ein allgemein anerkanntes Ge- oder Verbot der Rechtsordnung verstößt, *in concreto* also anders handeln hätte sollen.⁹⁴ In Bezug auf Insiggeschäfte ist fraglich, ob die Pflichtwidrigkeit der Stellvertreterhandlung mit der Rechtswidrigkeit gleichzusetzen ist. Pflichtwidrigkeit liegt vor, wenn der Stellvertreter entgegen den Anweisungen und Beschränkungen des Machtgebers tätig wird. Im Falle des Insiggeschäftes handelt es sich um eine Pflichtwidrigkeit, wenn der Stellvertreter ein solches abschließt, obwohl keine der allgemein anerkannten zulässigen Fallkonstellationen des Insiggeschäftes (s unten Kapitel 5.3 ff) vorliegt.⁹⁵ Die grundsätzliche Unzulässigkeit des Abschlusses von Insiggeschäften ergibt sich aus § 1009 S 1 ABGB. Insofern ist der Abschluss von Insiggeschäften idR nicht vom Machtgeberwillen erfasst und infolgedessen nicht von den auftragsrechtlichen Befugnissen gedeckt. Schließt der Stellvertreter das Insiggeschäft dennoch ab, handelt er pflichtwidrig. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit gleichbedeutend sind, erscheint mE die in Österreich vorherrschende Verhaltensunrechtslehre: Für die Rechtswidrigkeit einer Handlung kommt es nicht auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges an, sondern ausschließlich auf „ein pflichtwidriges Verhalten“ des Schädigers.⁹⁶ Insgesamt lässt sich daraus folgender Schluss gewinnen: Schließt der Stellvertreter ein Insiggeschäft ab, obwohl kein ausnahmsweise zulässiger Sachverhalt vorliegt (s sogleich 5.3 ff), handelt er pflichtwidrig. Besser gesagt: Er handelt anders, als er hätte sollen und somit objektiv sorgfaltswidrig. Als Bezugspunkt für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit

⁹³ Wittwer in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁵ § 1295 Rz 12; Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1295 Rz 7 f.

⁹⁴ Wittwer in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁵ § 1294 Rz 4.

⁹⁵ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1012 Rz 22.

⁹⁶ Perner/Spitzer/Kodek in Bürgerliches Recht⁷ 332; s auch Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1294 Rz 7.

gilt der Zeitpunkt der Stellvertreterhandlung. Die nachträgliche Sanierung durch den Machtgeber ändert dementsprechend nichts an der Pflichtwidrigkeit der Vertreterhandlung.

Es bleibt zu klären, ob der Schaden noch im Rechtswidrigkeitszusammenhang der verletzten Norm steht. Damit der Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht, muss die verletzte Verhaltensanordnung speziell darauf abzielen, Schäden wie den eingetretenen zu verhindern.⁹⁷ Der Schutzzweck der verletzten Norm ist zu untersuchen: Dem Stellvertreter müsste der Abschluss von Insihgeschäften gerade deshalb (grundsätzlich)⁹⁸ untersagt sein, um zu verhindern, dass der Machtgeber durch die Ausübung der nachträglichen Sanierungsoption den Schadenseintritt veranlassen kann. Dies trifft nicht zu. Vielmehr ist dem Stellvertreter der Abschluss von Insihgeschäften nicht erlaubt, um den typischerweise gewaltunterworfenen Machtgeber vor Interessenskonflikten seines Stellvertreters zu schützen. Es erscheint nicht sachgerecht, den Schutzzweck derart weit zu interpretieren, dass dem Stellvertreter der Abschluss von Insihgeschäften gerade deshalb untersagt ist, um den Machtgeber vor dem Gebrauch seiner Sanierungsmöglichkeit zu schützen. Dh, die Ausübung der Sanierungsoption durch den Machtgeber unterbricht den Rechtswidrigkeitszusammenhang. Der Schaden in der Sphäre des Machtgebers tritt erst mit Sanierung des Insihgeschäftes ein und steht deshalb nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der verletzten Norm (s § 1009 ABGB).

Im Ergebnis ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang bei Ausübung der nachträglichen Sanierungsoption durch den Machtgeber regelmäßig⁹⁹ unterbrochen. Bei fehlendem Rechtswidrigkeitszusammenhang führt selbst die Rechtswidrigkeit der Vertreterhandlung nicht zur Haftungs begründung des Stellvertreters. „Die formale Übertretung einer Norm genügt hiezu nicht; es muss immer auch ihrem Schutzzweck zuwidergehandelt worden sein.“¹⁰⁰ Damit erübrigt sich die Prüfung der Verschuldensvoraussetzung des Stellvertreters, die Ersatzpflicht scheitert am fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang. Somit ist die Haftung des Stellvertreters gem § 1012 HalbS 1 ABGB auch bei erfolgter nachträglicher Sanierung des Machtgebers mangels Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen nicht gerechtfertigt.

⁹⁷ Wittwer in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁵ § 1294 Rz 6.

⁹⁸ Eine Ausnahme bilden die zulässigen Insihgeschäfte, s 5.3 ff. Ist die Geschäftsbesorgung im Wege des Insihgeschäftes zulässig, handelt der Stellvertreter innerhalb seiner auftragsrechtlichen Befugnisse und damit pflichtgemäß.

⁹⁹ Natürlich sind auch hier Sonderfälle denkbar, in denen der Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht. Bspw, wenn der Machtgeber das Geschäft nicht aufgrund der Vorteilhaftigkeit genehmigt, sondern weil er objektiven Zwängen gehorcht. Diese Sonderfälle sollen in dieser allgemeinen Darstellung unberücksichtigt bleiben.

¹⁰⁰ RIS-Justiz RS0022933.

Zusammengefasst heißt das: Erst durch die nachträgliche Sanierung des Insichgeschäftes im Außenverhältnis kann dem Machtgeber ein Schaden entstehen. Die Haftung des Stellvertreters scheitert jedoch idR am unterbrochenen Rechtswidrigkeitszusammenhang. Letztlich besteht weder bei Sanierung noch bei „Nichtsanierung“ eine interne Ersatzpflicht des Stellvertreters aufgrund des pflichtwidrigen Abschlusses des Insichgeschäftes.

Schließlich ist klarzustellen, dass dieser Ersatzanspruch für Insichgeschäfte regelmäßig bedeutungslos ist, da entweder gar keine Bindung an das Rechtsgeschäft eintritt oder der Machtgeber durch die nachträgliche Sanierung den Schadenseintritt selbst veranlasst. Im allgemeinen Stellvertretungsrecht, unter Ausklammerung des Insichgeschäftes, ist dessen Stellenwert wesentlich höher. Dort schafft § 1012 HalbS 1 ABGB für die Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht Abhilfe. Das formelle Insichgeschäft kennt allerdings die Rechtsfolge des Vollmachtmissbrauchs nicht, sondern der Machtgeber wird durch die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes geschützt.

5.3 Ausnahmsweise Zulässigkeit von Insichgeschäften

5.3.1 Allgemeines und Überblick

Insichgeschäfte gelten nicht ausnahmslos als unzulässig im Innenverhältnis. Es gibt sehr wohl Fallkonstellationen, in denen die Zulässigkeit eines Insichgeschäftes bejaht werden kann.¹⁰¹ Liegt ein zulässiges Insichgeschäft vor, handelt der Stellvertreter beim Abschluss eines solchen im Rahmen seiner auftragsrechtlichen Befugnisse und verhält sich insofern pflichtgemäß. Dementsprechend scheidet eine Ersatzpflicht des Stellvertreters gem § 1012 HalbS 1 ABGB für den Abschluss dieser Insichgeschäften von vornherein aus, da es an der Pflichtverletzung fehlt.

Ist das Insichgeschäft aufgrund einer der nachfolgend genannten Fallkonstellationen im Innenverhältnis ausnahmsweise zulässig, verstößt die Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes mangels einer drohenden Interessenkollision grundsätzlich nicht gegen den Machtgeberwillen. Dies hat auch für das Außenverhältnis bedeutende Konsequenzen: Der Abschluss des Insichgeschäftes ist in diesen Fällen auch vom Umfang der Vertretungsmacht erfasst.¹⁰² Es ist nämlich kein Grund für eine Beschränkung der Vertretungsmacht iSd § 1007 iVm § 1009

¹⁰¹ ZB RIS-Justiz RS0028129; RS0038756.

¹⁰² Ausdrücklich *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 49.

ABGB ersichtlich. Insofern handelt der Stellvertreter in den sogleich genannten Fällen weder pflichtwidrig noch vollmachtlos.

Zulässig ist ein Insichgeschäft immer dann, wenn nicht einmal die Gefahr einer Interessenkollision besteht.¹⁰³ Nach hA gibt es drei Fallkonstellationen, in denen ein Interessenkonflikt des Stellvertreters nicht einmal abstrakt droht: Dies ist der Fall, wenn das Rechtsgeschäft dem Machtgeber ausschließlich Vorteile bringt, zum Markt- oder Börsenpreis abgeschlossen wird oder wenn der Machtgeber dem Abschluss ausdrücklich zugestimmt hat.¹⁰⁴ Zudem soll als besondere Kategorie die Tilgung von Verbindlichkeiten und Erfüllung von Forderungen des Machtgebers behandelt werden.

5.3.2 Reine Vorteilhaftigkeit für den Machtgeber

Insichgeschäfte gelten aufgrund der immanenten Gefahr einer Interessenkollision zwischen den Interessen des Machtgebers und dem abschließenden Stellvertreter als unzulässig. Bei einem Insichgeschäft wird dem Stellvertreter unterstellt, es sei ihm unmöglich, die Machtgeberinteressen bestmöglich zu wahren, da er entweder ein unmittelbares Eigeninteresse (Selbstkontrahieren) oder mehrere gegenläufige Machtgeberinteressen (Mehrvertretung) verfolgt. Demnach ist es wenig überraschend, dass bei gänzlichem Fehlen der Gefahr einer Interessenkollision das Insichgeschäft als zulässig gilt.¹⁰⁵

Eine der drei zulässigen Fallgruppen stellt die reine Vorteilhaftigkeit für den Machtgeber dar.¹⁰⁶ Bringt das Insichgeschäft des Stellvertreters dem gewaltunterworfenen Machtgeber ausschließlich Vorteile, so besteht keine Gefahr eines Interessenkonfliktes und das Insichgeschäft ist im Innenverhältnis zulässig. Voraussetzung für die reine Vorteilhaftigkeit ist, dass dem Machtgeber durch das Geschäft „rechtliche Nachteile von vornherein, dh abstrakt, nicht drohen“¹⁰⁷. Entscheidend ist demnach, dass ausschließlich Rechte erworben werden und keine privaten oder öffentlich-rechtliche Pflichten mit dem Geschäft einhergehen.

Rein vorteilhaft für den Machtgeber sind regelmäßig Schenkungen des Stellvertreters an seinen Machtgeber. Die einzige Beschränkung dabei ist, dass diese keinesfalls mit einer nachträglichen

¹⁰³ Stanzl in Klang² § 1009 818; Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² 785; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 37.

¹⁰⁴ P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1017 Rz 5; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 49; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Perner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

¹⁰⁵ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 49 ff; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 37; RIS-Justiz RS0028129.

¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0019639; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680.

¹⁰⁷ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/41 aE.

Belastung des Machtgebers einhergehen dürfen.¹⁰⁸ Pointiert heißt das: Bringt die Schenkung des Stellvertreters ausnahmslos Vorteile für den Machtgeber mit sich, so liegt ein zulässiges Insichgeschäft vor. Hervorzuheben ist dabei, dass diese Ausnahmeregelung nur auf Selbstkontrahierungsfälle des Stellvertreters anwendbar ist. Im Falle der Mehrvertretung ist die reine Vorteilhaftigkeit ausgeschlossen. Der Stellvertreter kann nicht einen Machtgeber aus dem Vermögen eines anderen Machtgebers beschenken.¹⁰⁹

Als Schenkungen, welche zugleich mit einer Belastung oder Verpflichtung für den Machtgeber einhergehen, könnten beispielsweise angeführt werden: Die Schenkung eines Pferdes,¹¹⁰ eines PKWs oder einer Liegenschaft.¹¹¹ Diese Schenkungen wären aufgrund der nachgelagerten Verpflichtung oder Belastung des Machtgebers – beispielsweise zur Fütterung und Erhaltung des Tieres, zur allfälligen Erhaltung des PKWs oder zur Zahlung anfallender öffentlich-rechtlicher Abgaben – nicht ausnahmslos mit Vorteilen verbunden und können damit nicht unter die reine Vorteilhaftigkeit subsumiert werden.

Die Zulässigkeit dieser Fallkonstellation wird durch § 865 Abs 2 ABGB legitimiert. Ein rein vorteilhaftes Versprechen kann demnach jede Person annehmen. Der Maßstab der Vorteilhaftigkeit ist dabei sehr streng. Es wird auch hier vorausgesetzt, dass das Versprechen mit keinen wirtschaftlichen oder rechtlichen Belastungen und Beschränkungen für die Person einhergeht. Liegt ein ausschließlich vorteilhaftes Versprechen vor, kann jede Person ein solches annehmen, dafür sei nicht einmal Entscheidungsfähigkeit erforderlich.¹¹² Dabei ist allerdings folgendes klarzustellen: Die Schenkung ist ein Vertrag und damit ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Der Beschenkte muss also zumindest entscheiden können, ob er das Geschenk annehmen möchte. Die Anforderungen an die Entscheidungsfähigkeit können dabei auf ein Mindestmaß reduziert, aber nicht gänzlich beseitigt werden.¹¹³ Im Falle des Insichgeschäftes kann der Machtgeber nicht über die Annahme der rein vorteilhaften Schenkung entscheiden, da das Geschäft bei ausreichender Manifestation sogleich wirksam wird (s Kapitel 8.2).

¹⁰⁸ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 51; Baumgartner/U. Torggler in Feinyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 37; Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 69.

¹⁰⁹ Für das deutsche Recht: U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 86, dieser Gedanke ist jedenfalls auf das österreichische Recht übertragbar.

¹¹⁰ OGH 18.2.1981, 1 Ob 719/80.

¹¹¹ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 51.

¹¹² Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 865 Rz 31.

¹¹³ Häublein, Wirksame Willenserklärungen Geschäftsunfähiger – geht das? FS P. Bydliński (2022) 395 f.

Liegt ein – für den Machtgeber – wirtschaftlich und rechtlich rein vorteilhaftes Geschäft vor, ist die Zulässigkeit des Insichgeschäftes im Innenverhältnis zu bejahen.

5.3.3 Abschluss zum Markt- oder Börsenpreis

Die zweite Fallkonstellation eines zulässigen Insichgeschäftes stellt nach hM der Abschluss zum Markt- oder Börsenpreis dar.¹¹⁴ Diese Ausnahme unterliegt allerdings Beschränkungen. Die Zulässigkeit des Insichgeschäftes bei Abschluss zum Markt- oder Börsenpreis wird deshalb grundsätzlich bejaht, weil die Gegenleistung in diesem Fall nicht vom Stellvertreter festgesetzt wird, sondern aufgrund der an diesem Tag geltenden Markt- und Börsenpreisen feststeht. Damit ist die Preisfestsetzung der Willkür des Stellvertreters entzogen. Die Gefahr eines Interessenskonfliktes bleibt jedoch nach verbreiteter Auffassung dann bestehen, wenn der Stellvertreter über den Geschäftsabschluss dem Grunde nach entscheidet.¹¹⁵ Hat der Stellvertreter die Möglichkeit, über das „Ob“ des konkreten Geschäftsabschlusses zu entscheiden, könnte dies wiederum zur Beeinträchtigung der Interessen des Machtgebers führen. Steht es demnach dem Stellvertreter frei, dem Grunde nach über den Geschäftsabschluss zu entscheiden, bleibt eine Restgefahr für den Machtgeber übrig und die Zulässigkeit des Insichgeschäftes kann nicht ohne weiteres angenommen werden.

Im Umkehrschluss ist der Abschluss des Insichgeschäftes zum Markt- oder Börsenpreis jedenfalls zulässig, wenn der Stellvertreter nicht über das „Ob“ des Geschäftsabschlusses entscheiden kann, wenn es also einen expliziten Ein- oder Verkaufsauftrag vom Machtgeber gibt.¹¹⁶ Diese These wird durch § 400 Abs 1 UGB untermauert. Der Kommissionär handelt aufgrund eines konkreten Auftrages, damit wird diesem nicht die Entscheidung über das „Ob“ des Geschäftsabschlusses überlassen. Dem Kommissionär steht bei Waren mit Markt- oder Börsenpreis der Selbsteintritt in das Geschäft frei. Dies allerdings unter der Prämisse, dass wenn für den Kommittenten ein günstigerer Preis erzielt werden hätte können, ihm dieser gem § 401 Abs 1 UGB auch zusteht und geschuldet wird. Dieser Schutzmechanismus könnte mE für Insichgeschäfte analogiefähig sein, wenn diese aufgrund eines Ein- oder Verkaufsauftrages des Machtgebers zum Markt- oder Börsenpreis abgeschlossen werden.¹¹⁷

¹¹⁴ P. Bydlinski in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1017 Rz 5; *Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; OGH 16.4.1996, 4 Ob 2024/96t, SZ 69/90; OGH 15.12.1999, 6 Ob 73/99z; etc.

¹¹⁵ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 52; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 38; *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 71 f.

¹¹⁶ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 52; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 38.

¹¹⁷ S auch *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 38.

Zusätzlich ist anzuführen, dass einige Autoren die Auffassung vertreten, dass Geschäfte, die als „alltägliche Geschäfte“ des Machtgebers qualifiziert werden, jederzeit als Insichgeschäfte zum aktuellen Markt- oder Börsenpreis abgeschlossen werden können.¹¹⁸ Dh, ein konkreter Ein- oder Verkaufsauftrag des Machtgebers ist in diesen Fällen nicht notwendig. Dafür soll unterstreichend § 18 Abs 6 GmbHG herangezogen werden.¹¹⁹ Dieser normiert, dass bei Geschäften des „gewöhnlichen Geschäftsbetriebs“, welche als Insichgeschäft abgeschlossen werden, die Dokumentationspflicht in der Einpersonen-GmbH entfällt. Der Begriff des „alltäglichen Geschäftes“ ist terminologisch unscharf und lässt damit viel Spielraum für Interpretation. Trotz der terminologischen Unsicherheiten ist diese Ausnahme mE anzuerkennen. Nach hier vertretener Ansicht ist ein Geschäft als „alltäglich“ einzuordnen, wenn dessen Abschluss zum Geschäftsalltag des Machtgebers gehört. Wichtig dabei ist die Einhaltung der „marktüblichen Bedingungen“.¹²⁰ Schließlich kann festgehalten werden, dass der Abschluss eines „alltäglichen Geschäftes“ des Machtgebers als Insichgeschäft zulässig ist, wenn es einem Fremdvergleich standhält – wenn also das Geschäft zu denselben Konditionen auch mit einer „externen“ Vertragspartei abgeschlossen worden wäre und daher den marktüblichen Bedingungen entspricht.¹²¹

5.3.4 Verbindlichkeiten und Forderungen des Machtgebers

Nach einer weit verbreiteten Meinung zählt die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Machtgebers gegenüber dem Stellvertreter ebenfalls zu den zulässigen Fallkonstellationen des Insichgeschäftes.¹²² Ausdrücklich gesetzlich geregelt ist die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Form des Insichgeschäftes im deutschen Recht. § 181 BGB sieht vor, dass die Erfüllung einer Verbindlichkeit jedenfalls ein zulässiges Insichgeschäft des Stellvertreters darstellt. Voraussetzung, um von einer Verbindlichkeit iSd § 181 BGB zu sprechen, ist, dass diese bereits bestehen muss, frei von Einreden und fällig ist. Der Grund dieser Ausnahmeregelung liegt darin, dass der Machtgeber schon mit der Verbindlichkeit belastet war und der Stellvertreter lediglich durchführt, „was ohnehin schon vereinbart ist“.¹²³

¹¹⁸ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 52 aE; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 38.

¹¹⁹ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 38 aE.

¹²⁰ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 52.

¹²¹ Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 189.

¹²² Swoboda in Klang² 806; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 53; RIS-Justiz RS0019639; tw zust Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 67 f; aA Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 39.

¹²³ Schubert in Münchener Kommentar zum BGB⁹ § 181 Rz 99, 101.

Anders wird dies teilweise in der österreichischen Lehre beurteilt. *Baumgartner* und *U. Torggler* sprechen sich gegen die Zulässigkeit der Erfüllung von Verbindlichkeiten des Machtgebers gegenüber dem Stellvertreter in Form des Insichgeschäftes aus. Begründet wird die Einschränkung mit einer Parallele zum Markt- und Börsenpreis. Das „Ob“ der konkreten, eventuell bevorzugten Schuldentilgung wäre wieder vom Stellvertreter abhängig. Insofern würde auch hier eine Restgefahr der Interessenbeeinträchtigung des Machtgebers bestehen bleiben.¹²⁴ Die Argumentation der beiden Autoren ist mE nicht schlüssig. Das primäre Schutzsubjekt ist nämlich der Machtgeber. Ist die Forderung des Stellvertreters richtig und fällig, besteht keine Gefahr einer Interessensbeeinträchtigung des Machtgebers. Übrig bleibt lediglich eine allfällige Gefährdung der Interessen anderer Gläubiger des Machtgebers. Diese könnten durch eine bevorzugte Schuldentilgung das Nachsehen haben. Die Ausnahmeregelung bezweckt jedoch nicht den Schutz von Gläubigerinteressen.¹²⁵ Insofern zählt die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Machtgebers – vorausgesetzt diese besteht und ist fällig – zu den zulässigen Fallkonstellationen des Insichgeschäftes.

Einhellig ist die Meinung zur Erfüllung von Forderungen des Machtgebers im Wege des Insichgeschäftes. Dabei entsteht keine Gefahr für den Machtgeber. Durch die Erfüllung der Forderung wird die Position des Machtgebers ausschließlich verbessert. Jedenfalls erspart bleiben ihm die Unannehmlichkeiten der Forderungsbetreibung.¹²⁶

5.3.5 Zustimmung des Machtgebers

5.3.5.1 Allgemeines

Uneingeschränkt zulässig ist der Abschluss eines Insichgeschäftes, sobald die Zustimmung des Machtgebers vorliegt.¹²⁷ Getreu dem rechtlichen Grundsatz *volenti non fit iniuria* – übersetzt, „dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht“ – droht keine Gefahr der Beeinträchtigung der Machtgeberinteressen, wenn sich dieser durch seine Zustimmung für die Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes ausspricht. Dies entspricht auch dem verfolgten Schutzzweck, den gewaltunterworfenen Machtgeber vor der Willkür des Stellvertreters zu schützen. Man unterscheidet die Vorabzustimmung des Machtgebers von der nachträglichen Genehmigung iSd

¹²⁴ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 39.

¹²⁵ S auch *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 67.

¹²⁶ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 37; *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 66 ff; *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 53.

¹²⁷ *Stanzl* in Klang² § 1009 818; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁶ 263; RIS-Justiz RS0028129; RIS-Justiz RS0019350; *U. Torggler*, Insichgeschäfte, insb Doppelvertretung bei der Einpersonen-GmbH, wbl 2000, 389 (391): „volenti non fit iniuria“; *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 16; *P. Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1009 Rz 3; uvm.

§ 1016 ABGB.¹²⁸ Die Vorabzustimmung des Machtgebers bezieht sich bereits auf die Zulässigkeit im Innenverhältnis. Erteilt der Machtgeber vorweg seine Zustimmung zur Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes, liegt ein im Innenverhältnis zulässiges Insichgeschäft vor. Damit handelt der Stellvertreter beim Abschluss des Geschäftes im Rahmen seiner auftragsrechtlichen Befugnisse und eben nicht pflichtwidrig.

Dahingegen ist die nachträgliche Genehmigung des Machtgebers iSd § 1016 ABGB lediglich auf die Sanierung der Wirksamkeit des Geschäftes im Außenverhältnis gerichtet. Die pflichtwidrige Geschäftsbesorgung im Innenverhältnis bleibt davon unberührt (s bereits Kapitel 5.2.4). Die nachträgliche Genehmigung wird im Zusammenhang mit dem Außenverhältnis umfassend behandelt (s unten Kapitel 6.5). Hier soll zunächst die Vorabzustimmung des Machtgebers im Innenverhältnis erörtert werden.

5.3.5.2 Vorabzustimmung

Durch die Vorabzustimmung erklärt sich der Machtgeber mit der Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes schon Vorweg einverstanden. Dadurch handelt der Stellvertreter beim Abschluss des Insichgeschäftes pflichtgemäß. Die Zustimmung des Machtgebers hat als empfangsbedürftige Willenserklärung dem Stellvertreter zuzugehen. Aufgrund fehlender Formvorschriften kann die Zustimmung des Machtgebers auch konkludent iSd § 863 Abs 1 ABGB erfolgen.¹²⁹ Für den Fall der Mehrvertretung ist erforderlich, dass alle beteiligten Machtgeber der Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes zustimmen.¹³⁰

5.3.5.3 Reichweite

Zu klären bleibt, wie weit die Vorabzustimmung des Machtgebers reicht. Hierbei spielt die Auslegung der Willenserklärung eine wichtige Rolle. Laut *Baumgartner* und *U. Torggler* soll diese sogar soweit reichen, dass Insichgeschäfte durch eine Vorabzustimmung generell erlaubt werden können.¹³¹ Dies wird in der Lehre jedoch teilweise kritisch gesehen, da durch eine generelle Vorabzustimmung im Sinne einer Generalvollmacht zum Abschluss von Insichgeschäften wiederum die Gefahr einer unvorhersehbaren Beeinträchtigung der Machtgeberinteressen bestehen könnte.¹³² Die Auslegung einer Vorabzustimmung hat damit jedenfalls in engen Grenzen zu erfolgen. Die Privatautonomie des Machtgebers darf dabei jedoch nicht unterlaufen

¹²⁸ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 54.

¹²⁹ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 16.

¹³⁰ RIS-Justiz RS0038756.

¹³¹ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 42.

¹³² *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 57; *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 16.

werden. Es muss ihm also möglich bleiben, die Durchführung von Insichgeschäften weitgehend zu erlauben.¹³³

Schließt man demnach die pauschale Vorabzustimmung zum Abschluss von Insichgeschäften aus, bleibt zu klären, ob bereits eine Gattungsvollmacht dem Machtgeber ausreichend Schutz bietet oder ob es dafür sogar einer Spezialvollmacht für das einzelne Insichgeschäft bedarf. Folgt man der Ansicht, dass die Gattungsvollmacht den Machtgeber ausreichend schützt, ist der Stellvertreter durch die Gattungsvollmacht ermächtigt, eine bestimmte Art von Geschäften im Wege des Insichgeschäftes abzuschließen.¹³⁴ Die Gattungsvollmacht erscheint mE als ausreichend, um den gebotenen Machtgeberschutz zu gewährleisten. Enger sehen dies *Apathy* und *Burtscher*, welche anhand eines Größenschlusses aus § 1008 ABGB ableiten, dass für den Abschluss von Insichgeschäften eine Spezialvollmacht für das konkrete Geschäft erteilt werden muss.¹³⁵

5.3.5.4 Zeitpunkt der Zustimmung

Fraglich ist, wann eine Vorabzustimmung des Machtgebers zu erfolgen hat. Damit eine solche Vorabzustimmung überhaupt vorab erfolgen kann, muss die Möglichkeit der Geschäftsbesorgung im Wege des Insichgeschäftes an den Machtgeber herangetragen werden. Liegt ein konkreter Anlassfall vor, kann der Machtgeber dem betroffenen Geschäftsabschluss im Wege des Insichgeschäftes *ad hoc* zustimmen. Dadurch wird dem Stellvertreter eine Spezialvollmacht für dieses Geschäft eingeräumt. Ohne Anlassfall kann der Machtgeber nur insofern vorab zustimmen, als er den Stellvertreter zum Abschluss von Insichgeschäften für eine gewisse Geschäftsgattung ermächtigt. Die Möglichkeit einer pauschalen Vorabzustimmung zum Abschluss von sämtlichen Insichgeschäften wäre, wie bereits erläutert, nach hier vertretener Ansicht zu weitreichend.¹³⁶

5.3.6 Ergebnis

Insgesamt bleibt für alle zulässigen Fallkonstellationen des Insichgeschäftes zu sagen: Den Beweis, dass es sich um ein zulässiges Insichgeschäft handelt, hat derjenige zu erbringen, der sich auf dessen Zulässigkeit beruft.¹³⁷ Dies entspricht der Grundregel der Beweislastverteilung im

¹³³ *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 57 aE.

¹³⁴ *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 57.

¹³⁵ *Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1008 Rz 5 aE.

¹³⁶ *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 56 f.

¹³⁷ *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 43.

österreichischen Recht. Derjenige, der sich auf einen für ihn günstigen Umstand stützt, hat die tatsächlichen Voraussetzungen dafür zu behaupten und zu beweisen.¹³⁸

Schließlich soll nochmals hervorgehoben werden, dass die Zulässigkeit des Insichgeschäftes im Innenverhältnis erhebliche Auswirkungen auf das Außenverhältnis hat. Mangels einer drohenden Interessenkollision ist der Abschluss des Insichgeschäftes von der Vertretungsmacht des Stellvertreters erfasst. Zu beachten gilt allerdings, dass der Manifestationsakt dennoch eine (regelmäßig heilbare) Wirksamkeitsvoraussetzung im Außenverhältnis bildet. Dh, trotz Zulässigkeit im Innenverhältnis und Deckung durch die Vertretungsmacht im Außenverhältnis, ist für die Wirksamkeit des Insichgeschäftes zusätzlich der Manifestationsakt erforderlich (s unter Gliederungspunkt 7.3 und 8.2).

¹³⁸ Rosenbergsche Formel: RIS-Justiz RS0037797; RIS-Justiz RS0039939.

6 Außenverhältnis

6.1 Besonderheit bei Insichgeschäften

Das Außenverhältnis beschreibt die Beziehung des Machtgebers zu seinem Vertragspartner. Die Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis trägt im allgemeinen Stellvertretungsrecht dem Verkehrsschutz Rechnung. Dieser spielt jedoch bei Insichgeschäften lediglich eine untergeordnete Rolle. Im Vordergrund steht der Schutz des oder der Machtgeber. Denn bei Insichgeschäften fehlt regelmäßig ein schutzwürdiger und -bedürftiger Dritter. Im Falle des Selbstkontrahierens ist der Stellvertreter selbst Vertragspartner des Machtgebers, es gibt demnach keinen Dritten. Bei der Doppel- und Mehrvertretung ist das anders. Hier gibt es einen Dritten, nämlich denjenigen, den der Stellvertreter als Gegenpartei vertritt. Dieser ist jedoch nicht schutzbedürftig, weil er vom Stellvertreter repräsentiert wird, weshalb ihm auch dessen Kenntnis von den gesamten Umständen zuzurechnen ist. Insofern kommt der Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhältnis bei Insichgeschäften mangels einer schutzwürdigen dritten Person nicht die gleiche Bedeutung zu, wie bei anderen Pflichtwidrigkeiten des Stellvertreters. Dennoch orientiert sich diese Arbeit an der herrschenden Unterscheidung, vor allem, um eine strukturierte Darstellung der Probleme zu gewährleisten.

Außerdem ist an dieser Stelle festzuhalten, dass hinsichtlich der Rechtsfolge nicht zwischen Selbstkontrahieren und Mehrvertretung unterschieden wird. Gerechtfertigt wird diese Gleichbehandlung eben mit der fehlenden Schutzwürdigkeit des Dritten bei der Mehrvertretung. Beide Erscheinungsformen des formellen Insichgeschäftes sind nach hM grundsätzlich unwirksam, wenn und weil eine Interessenkollision droht.¹³⁹

6.2 Unwirksamkeit des Insichgeschäftes

Wie bereits dargestellt, sieht der österreichische Gesetzgeber für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht keine gesetzlich verankerten Regelungen bezüglich der Wirksamkeit von Insichgeschäften vor.

Nach zutreffender hL und stRsp sind Insichgeschäfte, die nicht ausnahmsweise zulässig sind, im Außenverhältnis zunächst schwebend unwirksam, da typischerweise die Gefahr eines

¹³⁹ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 48; dies gilt auch für das deutsche Recht: U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 85.

Interessenkonfliktes besteht.¹⁴⁰ Der Stellvertreter handelt in diesen Fällen ohne Vertretungsmacht. Es wird davon ausgegangen, dass der Abschluss eines Insiggeschäftes aufgrund der immanenten Gefahr einer Interessenkollision typischerweise nicht vom Machtgeberwillen erfasst ist und daher die rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht eine Geschäftsbesorgung im Wege des Insiggeschäftes nicht abdeckt.¹⁴¹

Eine andere Lehrmeinung betitelt Insiggeschäfte aufgrund des drohenden Interessenkonfliktes als sittenwidrig,¹⁴² was jedoch deren Nichtigkeit zur Folge hätte. Damit bestünde keine Genehmigungsmöglichkeit für den Machtgeber, obwohl dieser ein berücksichtigungswürdiges Interesse am Bestand des Insiggeschäftes haben könnte. Folglich überzeugt diese Klassifikation nicht, denn die Sanierungsoption ist ein wesentlicher Ausfluss der Privatautonomie des Machtgebers.

6.3 Geltungsgrund der Unwirksamkeit im Außenverhältnis

Die Unwirksamkeit des Insiggeschäftes wird aus einer Zusammenschau von § 1009 iVm § 1007 ABGB abgeleitet. § 1007 ABGB normiert, dass die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht in unterschiedlichem Umfang ausgestaltet werden kann und sich damit von der organchaftlichen Formalvollmacht erheblich unterscheidet. Daraus wird der Schluss gezogen, dass aufgrund der immanenten Gefahr eines Interessenkonfliktes der Abschluss eines Insiggeschäftes nicht vom Machtgeberwillen erfasst ist und insofern auch nicht von der Vertretungsmacht des Stellvertreters gedeckt ist.¹⁴³ Schon für *Hupka* stand fest, dass „die Vollmacht zur Vertretung gegen sich selbst in allen jenen Fällen abgesprochen wird, in denen für den Prinzipal die Gefahr einer Übervorteilung besteht“¹⁴⁴.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Vertretungsmacht des Stellvertreters aufgrund des drohenden Interessenkonfliktes den Abschluss von Insiggeschäften nicht erfasst. Die Rechtsfolge von vollmachtlosem Stellvertreterhandeln wird sogleich aufgezeigt (s im nachfolgenden Kapitel).

¹⁴⁰ *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 48; *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 48; OGH 2.3.1982, 5 Ob 4/82, JBl 1984, 315; OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y, immolex-LS 2010/66, MietSlg 62.518; etc.

¹⁴¹ *Hupka*, Die Vollmacht 287 aE; *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 47 f.

¹⁴² *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 142.

¹⁴³ *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 34 ff; *Hupka*, Die Vollmacht 284 ff, 337; *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 47.

¹⁴⁴ *Hupka*, Die Vollmacht 286 aE.

Hervorzuheben ist, dass die Unzulässigkeit im Innenverhältnis und die Unwirksamkeit im Außenverhältnis auf denselben Rechtsgrund zurückzuführen sind.¹⁴⁵ Die Zusammenschau von § 1009 iVm § 1007 ABGB verdeutlicht dies. Die Interessenwahrungspflicht nach § 1009 ABGB verpflichtet den Stellvertreter zur bestmöglichen Geschäftsbesorgung iSd des Machtgeberinteresses, wobei der Abschluss von Insichgeschäften aufgrund der drohenden Interessenkollision regelmäßig nicht dem Machtgeberwillen entspricht. Im Außenverhältnis ist der Umfang der rechtsgeschäftlich eingeräumten Vertretungsmacht beliebig ausgestaltbar, also auch beschränkbar iSd § 1007 ABGB. Daraus lässt sich folgendes Ergebnis ableiten: Mangels Konformität mit dem Machtgeberwillen (§ 1009 ABGB) ist der Abschluss von Insichgeschäften auch nicht von der Vertretungsmacht des Stellvertreters erfasst (§ 1007 ABGB). Bei dennoch abgeschlossenen Insichgeschäften handelt der Stellvertreter somit nicht nur pflichtwidrig im Innenverhältnis, sondern auch vollmachtlos im Außenverhältnis.

6.4 Rechtsfolge der Unwirksamkeit im Außenverhältnis

Schließt der Stellvertreter ein Insichgeschäft ab, handelt er im Außenverhältnis vollmachtlos, also ohne Vertretungsmacht. Die Rechtsfolge einer vollmachtlosen Stellvertreterhandlung ist in §§ 1016, 1019 ABGB normiert. Ein Rechtsgeschäft, welches der Stellvertreter ohne Vertretungsmacht abschließt, ist im Außenverhältnis zunächst schwebend unwirksam.¹⁴⁶ In der Schwebe befindet sich das Insichgeschäft so lange, bis entweder die endgültige Wirksamkeit oder dessen Unwirksamkeit feststeht. Im Schwebezustand kann lediglich der Machtgeber über das betreffende Rechtsgeschäft disponieren.¹⁴⁷ Der Machtgeber könnte es gem § 1016 ABGB rückwirkend rechtswirksam werden lassen, indem er das Geschäft nachträglich genehmigt oder sich den daraus entstandenen Vorteil zuwendet (dazu sogleich unter Gliederungspunkt 6.5). Unterbleibt die nachträgliche Sanierung iSd § 1016 ABGB, sieht § 1019 ABGB die falsus procurator Haftung gegenüber dem Dritten vor. Für das formelle Insichgeschäft ist eine Haftung des Stellvertreters nach § 1019 ABGB jedoch als obsolet anzusehen. Kennzeichnend für formelle Insichgeschäfte ist gerade das Fehlen eines schutzwürdigen Dritten (s bereits zu Beginn der Ausführungen des Außenverhältnisses 6.1). Der Stellvertreter bringt das Insichgeschäft mit Willenserklärung an sich selbst zustande. Einen dritten Erklärungsempfänger gibt es dabei

¹⁴⁵ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 49 aE.

¹⁴⁶ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 53; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 48.

¹⁴⁷ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1016 Rz 13. Dem entspricht auch das deutsche Recht: Bayreuther, Münchener Kommentar zum BGB⁹ § 184 Rz 4.

nicht. Insofern scheidet die falsus procurator Haftung gem § 1019 ABGB im Zusammenhang mit formellen Insichgeschäften jedenfalls aus.¹⁴⁸

Festgehalten werden kann somit, dass das Insichgeschäft aufgrund der Unzulässigkeit im Innenverhältnis grundsätzlich auch im Außenverhältnis unwirksam ist. Wegen der evidenten Gefahr einer Interessenkollision fehlt dem Stellvertreter beim Abschluss des Insichgeschäftes die notwendige Vertretungsmacht. Im Außenverhältnis bewirkt diese vollmachtlose Stellvertreterhandlung die schwebende Unwirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes.¹⁴⁹

6.5 Nachträgliche Sanierung schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte (§ 1016 ABGB)

6.5.1 Allgemeines

Das abgeschlossene Insichgeschäft kann aufgrund der Unzulässigkeit im Innenverhältnis und dem daraus resultierenden vollmachtlosen Stellvertreterhandeln im Außenverhältnis vorerst nicht wirksam werden. Es ist schwebend unwirksam. Das ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft des Stellvertreters verpflichtet und berechtigt den Machtgeber zunächst nicht.¹⁵⁰ Um dem Machtgeber den entsprechenden Rechtsschutz zu gewähren, kann nur er selbst im Schwebezustand über das Schicksal des Rechtsgeschäftes entscheiden.¹⁵¹ Dem Machtgeber steht es frei, den Vollmachtmangel gem § 1016 ABGB nachträglich zu heilen und das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft dadurch rückwirkend rechtswirksam werden zu lassen.¹⁵² Durch die Rückwirkung wird fingiert, dass das Insichgeschäft bereits seit dessen Abschlusszeitpunkt als wirksam anzusehen ist.¹⁵³ Die Sanierung kann in Form der nachträglichen Genehmigung des Geschäftes erfolgen oder durch die Vorteilszuwendung aus dem abgeschlossenen (zunächst schwebend unwirksamen) Rechtsgeschäft.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Ergibt sich im Umkehrschluss aus: *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1019 Rz 18.

¹⁴⁹ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 53.

¹⁵⁰ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1016 Rz 1 f.

¹⁵¹ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1016 Rz 8.

¹⁵² *Stanzl* in Klang² § 1009 819. Dies entspricht im Wesentlichen der Rechtslage im deutschen Recht. § 181 BGB normiert die schwebende Unwirksamkeit von Insichgeschäften des Stellvertreters, wobei es dem Machtgeber möglich bleibt, durch nachträgliche Genehmigung die Wirksamkeit herzustellen: *Schubert* in *Münchener Kommentar zum BGB*⁹ § 181 Rz 63 f.

¹⁵³ RIS-Justiz RS0019572; *P. Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1016 Rz 4; ebenso im deutschen Recht: *Bayreuther* in *Münchener Kommentar zum BGB*⁹ § 184 Rz 13.

¹⁵⁴ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1016 Rz 2.

6.5.2 Sanierung durch nachträgliche Genehmigung

Die nachträgliche Genehmigung des Insihgeschäftes hat in Form einer Willenserklärung zu erfolgen. Bloßes Schweigen scheidet grundsätzlich aus.¹⁵⁵ Eine konkludente Genehmigung wäre jedoch denkbar.¹⁵⁶ Dabei hat die Handlung des Machtgebers so eindeutig zu sein, dass es keinen vernünftigen Grund gibt, am Genehmigungswillen zu zweifeln (s § 863 Abs 1 ABGB).¹⁵⁷ Bloßes Schweigen kann ausnahmsweise dann als konkludente nachträgliche Genehmigung gewertet werden, wenn dem Stillschweigen „keine andere Bedeutung als die einer Zustimmung beigelegt werden kann“. ¹⁵⁸ Dies beispielsweise aufgrund der bisherigen Gepflogenheiten, wenn der Vertretene zur Äußerung bei Ablehnung verpflichtet ist. Die Willenserklärung des Machtgebers ist zugangsbedürftig. Sie muss beim Selbstkontrahieren den Stellvertreter und im Falle der Mehrvertretung den Stellvertreter oder die anderen Machtgeber erreichen. Bei der Mehrvertretung ist die Genehmigung aller beteiligten Machtgeber erforderlich.¹⁵⁹

6.5.3 Sanierung durch Vorteilszuwendung

Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der Vorteilszuwendung um eine reine Willensbetätigung des Machtgebers. Der Unterschied zur oben genannten Willenserklärung liegt im Kundgabezweck: Bei der Willensbetätigung fehlt ein solcher. Für die Vorteilszuwendung muss der Genehmigungswille des Machtgebers vorhanden sein. Der Genehmigungswille setzt voraus, dass der Machtgeber Kenntnis von der vollmachtlosen Stellvertretung hat und sich trotzdem den Vorteil aus dem Rechtsgeschäft zuwenden möchte.¹⁶⁰

6.5.4 Ergebnis

Durch die nachträgliche Sanierung iSd § 1016 ABGB wird das zunächst schwebend unwirksame Rechtsgeschäft rückwirkend rechtswirksam und der Machtgeber wird daraus direkt berechtigt und verpflichtet.¹⁶¹

Erfolgt keine nachträgliche Sanierung durch den Machtgeber, dh unterbleibt eine allfällige Vorteilszuwendung oder Genehmigung, ist das abgeschlossene Rechtsgeschäft endgültig

¹⁵⁵ Schurr in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁵ § 1016 Rz 2.

¹⁵⁶ RIS-Justiz RS0014374.

¹⁵⁷ Allg zur konkludenten Willenserklärung: *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 54.

¹⁵⁸ RIS-Justiz RS0014147.

¹⁵⁹ *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 48.

¹⁶⁰ *Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1016 Rz 23.

¹⁶¹ Zu beachten ist hier noch der sogleich vorgestellte Manifestationsakt, dieser wird von der hL als Wirksamkeitsvoraussetzung eingestuft. ME ist die Erforderlichkeit des Manifestationsaktes im Außenverhältnis kritisch zu hinterfragen (s im folgenden Kapitel 7).

unwirksam. Auch dadurch wird der Schwebezustand des Rechtsgeschäfts beendet. Wurden bereits Leistungen erbracht, werden diese bereicherungsrechtlich rückabgewickelt, da sie gem § 1431 ABGB ohne Rechtsgrund erfolgt sind.¹⁶² Eine Scheinvertreterhaftung gem § 1019 ABGB scheidet, wie bereits erwähnt, im Zusammenhang mit formellen Insichgeschäften mangels einer schutzwürdigen dritten Person aus (s bereits Kapitel 6.4).¹⁶³

¹⁶² Dazu allg *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1016 Rz 9; handelt es sich um körperliche Sachen, konkurriert der bereicherungsrechtliche Herausgabeanspruch regelmäßig mit der *rei vindictio* (§ 366 ABGB) s *Koziol/Spitzer* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1431 Rz 6.

¹⁶³ Folgt im Umkehrschluss aus: *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1019 Rz 18.

7 Manifestationsakt

7.1 Allgemeines

Der Manifestationsakt wird im Schrifttum¹⁶⁴ und der Rechtsprechung¹⁶⁵ als zentrales Erfordernis im Zusammenhang mit Insichgeschäften deklariert. Als Manifestationsakt wird die Äußerung des Abschlusswillens des Stellvertreters gegenüber dem Machtgeber verstanden. Die Äußerung hat „in einer eine unkontrollierbare Zurücknahme ausschließenden Form“¹⁶⁶ zu erfolgen. Der Abschlusswille des Stellvertreters muss also feststehen und dem Machtgeber gegenüber so klar geäußert werden, dass ihn der Stellvertreter nicht einseitig willkürlich revidieren kann.¹⁶⁷ Bereits *Ehrenzweig* betonte, dass „der innere, nicht geäußerte Entschluss des Vertreters nicht ausreichen kann“, um das Insichgeschäft wirksam werden zu lassen.¹⁶⁸

Der Manifestationsakt spielt sowohl im Innenverhältnis als auch im Außenverhältnis eine bedeutende Rolle.¹⁶⁹

7.2 Manifestationsakt und Innenverhältnis

Zunächst ist fraglich, welche Bedeutung dem Manifestationsakt im Innenverhältnis zukommt. *Baumgartner* und *U. Torggler* ordnen den Manifestationsakt im Innenverhältnis als nachgelagerte Rechenschaftspflicht gegenüber dem Machtgeber ein.¹⁷⁰ Dabei stützen sie sich unter anderem auf § 1012 Halbs 2 ABGB, aus dem eine umfassende Rechenschafts- und Berichtspflicht des Stellvertreters im Innenverhältnis abgeleitet wird.¹⁷¹ Diese Rechtsgrundlage ist mE unpassend, da die hL davon ausgeht, dass die in § 1012 Halbs 2 ABGB genannte Rechnungslegung, aus der die Rechenschafts- und Berichtspflicht abgeleitet wird, schriftlich zu erfolgen hat.¹⁷² Das stimmt nicht mit den Anforderungen an den Manifestationsakt überein, der auch mündlich erfolgen kann (s Gliederungspunkt 7.5). Der Manifestationsakt würde durch eine Formpflicht

¹⁶⁴ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 59; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 51; *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at); etc.

¹⁶⁵ RIS-Justiz RS0019684; RS0108252.

¹⁶⁶ OGH 3.7.1985, 3 Ob 51/85; RIS-Justiz RS0049183.

¹⁶⁷ *P. Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1017 Rz 5; *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at); *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 24; *Told/Warto*, Organhaftung 100 f; etc.

¹⁶⁸ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁶ 263.

¹⁶⁹ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 45, 51.

¹⁷⁰ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 45.

¹⁷¹ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1012 Rz 11.

¹⁷² *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1012 Rz 35; *P. Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1012 Rz 3.

nur unnötig aufgeblasen. Vorzugswürdig erscheint es daher, das Manifestationserfordernis im Innenverhältnis auf die Treue- und Interessenwahrungspflicht des § 1009 ABGB zu stützen. Aus § 1009 ABGB lässt sich ein umfassender Pflichtenkatalog des Stellvertreters ableiten. Beispielsweise enthält § 1009 ABGB eine Aufklärungs- und Informationsverpflichtung. Diese verpflichtet den Stellvertreter, seinen Machtgeber über die laufende Geschäftsbesorgung aufzuklären und regelmäßig Rücksprache zu halten, insbesondere im Hinblick auf mögliche Gefährdungen. *Hartlieb* und *Zollner* sprechen davon, dass der Stellvertreter „umgehend über drohende Interessenkollisionen zu informieren“ hat.¹⁷³ Insofern lässt sich das Manifestationserfordernis jedenfalls unter das aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis resultierende Pflichtenprogramm des § 1009 ABGB subsumieren. Mangels Manifestation handelt der Stellvertreter entgegen seinen auftragsrechtlichen Verpflichtungen und könnte damit eine allfällige Ersatzverpflichtung gem § 1012 HalbS 1 ABGB auslösen.

7.3 Manifestationsakt und Außenverhältnis

Die Rechtsmeinungen zum Manifestationsakt im Außenverhältnis sind besonders kontrovers. Dabei gibt es zwei bedeutende Ansätze: Einerseits wird der Manifestationsakt als Wirksamkeitsvoraussetzung eingestuft, andererseits bereits als Abschlussvoraussetzung des In sich geschäftes. Die jeweilige dogmatische Einordnung hat bedeutende Konsequenzen für die Rechtsfolgen und soll deshalb im Folgenden beleuchtet werden.

Die hL und die hier vertretene Auffassung ordnen den Manifestationsakt als Wirksamkeitsvoraussetzung des In sich geschäftes im Außenverhältnis ein.¹⁷⁴ Dabei ist das Erfordernis eines solchen Manifestationsaktes des Stellvertreters offensichtlich. Grundsätzlich kommt ein Rechtsgeschäft durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien zustande. Die Willenserklärungen der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien haben jedenfalls in irgendeiner Weise nach außen hin sichtbar zu werden, da sie der jeweils anderen Partei zugehen müssen und für einen Vertragsabschluss gem § 861 ABGB auch übereinstimmen müssen. Ganz anders verhält sich die Situation beim In sich geschäft. Ohne Vorschreibung des Manifestationsaktes würde das In sich geschäft nach außen hin regelmäßig nicht sichtbar werden und insofern

¹⁷³ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1009 Rz 43 ff, 46.

¹⁷⁴ *Hupka*, Die Vollmacht 288; *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 786; *P. Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 1009 Rz 3; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/43; *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 17; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 51; auch die Rsp RIS-Justiz RS0049183.

dem typischen Vertragsschlussmechanismus trotzen. Das Insichgeschäft käme durch eine rein innerliche Entschlussfassung des Stellvertreters zustande, da dieser auf beiden Seiten des Vertrages tätig wird. Insofern fehlt beim Insichgeschäft der Austausch von empfangsbedürftigen, übereinstimmenden Willenserklärungen der (verschiedenen) Vertragsparteien. Der Stellvertreter bringt das Insichgeschäft allein durch Willenserklärung an sich selbst zustande.¹⁷⁵

Um den Machtgeber dennoch angemessen zu schützen, hat sich der Manifestationsakt als Wirksamkeitsvoraussetzung etabliert. Dadurch wird unterbunden, dass der Stellvertreter den Machtgeber durch seinen rein innerlichen, nicht nach außen tretenden Entschluss rechtsgeschäftlich rechtswirksam verpflichten kann. Die Einordnung als Wirksamkeitsvoraussetzung bewirkt, dass der Stellvertreter das Rechtsgeschäft auch ohne Manifestation zustande bringen kann. Der Stellvertreter bringt das Insichgeschäft nämlich durch Erklärung an sich selbst zustande. Dh, die fehlende Manifestation steht der Schaffung des Tatbestandes des Geschäftes nicht im Weg. Lediglich die nachgelagerte Wirksamkeit des bereits abgeschlossenen Insichgeschäftes ist von der Setzung des Manifestationsaktes abhängig.¹⁷⁶

An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass sich das zustande gekommene Insichgeschäft infolge des vollmachtlosen Abschlusses im Schwebezustand befindet. Möchte der Machtgeber die Bindung an das Insichgeschäft erwirken, muss er es nachträglich sanieren (s § 1016 ABGB). Dies zeigt, dass die Einordnung der Manifestation als Wirksamkeitsvoraussetzung es dem Stellvertreter zwar ermöglicht, das Insichgeschäft ohne Manifestationsakt zustande zu bringen, dadurch wird jedoch nichts an dessen vollmachtlosem Abschluss geändert. Im Außenverhältnis gibt es somit zwei nebeneinander bestehende Herausforderungen: Einerseits den Vertretungsmangel beim Abschluss des Insichgeschäftes – dessen Abschluss gerade wegen der Einordnung der Manifestation als Wirksamkeitsvoraussetzung unabhängig von deren Vorliegen möglich ist – und andererseits das Erfordernis des Manifestationsaktes des Stellvertreters.

Eine abzulehnende Mindermeinung sieht den Manifestationsakt hingegen als Abschlussvoraussetzung des Insichgeschäftes im Außenverhältnis an.¹⁷⁷ *Perner* vertritt, dass erst durch die Setzung des Manifestationsaktes eine Willenserklärung des Stellvertreters vorliege. Zuvor handle

¹⁷⁵ RIS-Justiz RS0031257.

¹⁷⁶ *Hupka*, Die Vollmacht 288; *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 59; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 51.

¹⁷⁷ *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 32; auch *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at), welcher erst im Manifestationsakt die Willenserklärung verortet.

es sich bloß um einen inneren Willen, dem rechtsgeschäftlich keine Bedeutung beigemessen werde.¹⁷⁸ Ohne Manifestationsakt wäre das Insichgeschäft damit noch nicht einmal zustande gekommen, da es an der notwendigen, ernstlichen und wahren Einwilligung des Stellvertreters fehlen würde. Ohne Manifestation würde demnach keine Willenserklärung vorliegen. Über eine nachgelagerte Wirksamkeit des Insichgeschäftes müsste somit nicht einmal gesprochen werden, da ein nicht abgeschlossenes Rechtsgeschäft *per definitionem* niemals in das Stadium der Wirksamkeit eintreten könnte. Auch *Ebner* spricht sich dafür aus, dass das Insichgeschäft ohne Setzung des Manifestationsaktes überhaupt nicht abgeschlossen werden könne.¹⁷⁹

Die Einstufung des Manifestationsakt als Abschlussvoraussetzung knüpft bereits an ein früheres Stadium an als die Wirksamkeitsvoraussetzung. Fehlt der Manifestationsakt, würde es nach der von den genannten Autoren vertretenen Auffassung bereits am Tatbestand des Geschäftes fehlen. Mangels Manifestation käme also kein Rechtsgeschäft zustande. In weiterer Folge würde dies bedeuten, dass auch eine nachträgliche Sanierung des Insichgeschäftes gem § 1016 ABGB durch den Machtgeber nicht möglich wäre: Was nicht existiert, kann auch nicht saniert werden. Im Ergebnis würde die Qualifikation des Manifestationsaktes als Abschlussvoraussetzung bedeuten, dass das Insichgeschäft nur dann (vollmachtlos) abgeschlossen werden könnte, wenn der Manifestationsakt anforderungsgemäß gesetzt wurde. Nur bei entsprechender Manifestation könnte anschließend der Vertretungsmangel des vollmachtlos abgeschlossenen Insichgeschäftes gem § 1016 ABGB saniert werden. Andernfalls würde ohne Manifestation bereits der Tatbestand des Geschäftes fehlen und eine Sanierung wäre nicht möglich.

Die dogmatische Einordnung des Manifestationsaktes als Abschlussvoraussetzung überzeugt nach hier vertretener Auffassung nicht. Würde das Manifestationserfordernis bereits die auf Abschluss gerichtete Stellvertretererklärung betreffen und insofern die Voraussetzung für das Zustandekommen des Insichgeschäftes bilden, gebe es bei fehlender Manifestation kein Rechtsgeschäft, welches saniert werden könnte. Dadurch würde dem Machtgeber eine wesentliche Dispositionsbefugnis entzogen, welcher gerade im Hinblick auf die Privatautonomie erhebliche Bedeutung zukommt. Insofern ist der Manifestationsakt im Außenverhältnis als Wirksamkeitsvoraussetzung einzuordnen.

¹⁷⁸ *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

¹⁷⁹ *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 32.

7.4 Schutzzweck

Schutzsubjekt des obligatorischen Manifestationsaktes ist primär der Machtgeber, also derjenige, der durch die Handlungen des Stellvertreters direkt berechtigt und verpflichtet werden soll.¹⁸⁰ Der Manifestationsakt hat dabei zentrale Bedeutung für die Rechtssicherheit.¹⁸¹ Durch den Manifestationsakt des Stellvertreters soll sichergestellt werden, dass der gewaltunterworfenen Machtgeber keinen heimlichen Manipulationen des Stellvertreters ausgesetzt ist. Würde man für die Wirksamkeit des Insiggeschäftes den inneren Entschluss des Stellvertreters allein genügen lassen, hätte dieser die Möglichkeit, nachträglich, eigenmächtig und beliebig seine Willenserklärung zurückzuziehen oder abzuändern, wenn ihm das Rechtsgeschäft im Nachhinein doch nachteilig für sich selbst erscheint oder er bessere Angebote findet.¹⁸²

Dabei drängt sich folgende Frage auf: Schützt man den Machtgeber vor Manipulationen des Stellvertreters (zB der Rücknahme des Geschäftes oder der unwahren Behauptung, es sei ein Insiggeschäft geschlossen worden) wirklich effektiv dadurch, dass man das abgeschlossene Geschäft bei fehlender Manifestation für unwirksam erklärt? Durch die Unwirksamkeit würde der Machtgeber nichts gewinnen. Diese Frage zielt auf die Rechtsfolge bei fehlender Manifestation ab und wird unter dem Gliederungspunkt 7.7 ausführlich behandelt.

Hervorzuheben ist außerdem, dass der Manifestationsakt nicht allein dem Schutz des Machtgebers dient. Auch der Schutz des Rechtsverkehrs kann im Einzelfall eine Rolle spielen. Dabei geht es vor allem um die Gläubiger des Machtgebers und auch des Stellvertreters. Sie haben beispielsweise im Falle der Zession oder einer Exekutionsführung ein besonders nachvollziehbares Interesse am Bestand und der Wirksamkeit des Geschäftes.¹⁸³ Zudem kann die Offenlegung des Abschlusswillens des Stellvertreters auch für ihn selbst vorteilhaft sein. Dies jedenfalls im Hinblick auf eine mögliche Behauptungs- und Beweislast, welche denjenigen trifft, der sich auf die Wirksamkeit des Insiggeschäftes beruft. Dies wird idR der Stellvertreter sein. Damit kann im Manifestationsakt jedenfalls auch ein Mittel zur Beweiserleichterung gesehen werden.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 51.

¹⁸¹ Stanzl in Klang² § 1009 819; OGH 12.4.2000, 4 Ob 71/00w.

¹⁸² Ebner, Insiggeschäfte des GmbH Geschäftsführers 25; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 51; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 59.

¹⁸³ Hupka, Die Vollmacht 280 ff; U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 164.

¹⁸⁴ Ebner, Insiggeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 25.

7.5 Anforderungen an den Manifestationsakt

7.5.1 Anforderungen beim Verpflichtungsgeschäft

Da der Manifestationsakt vorrangig den gewaltunterworfenen Machtgeber vor heimlichen Manipulationen des Stellvertreters schützen soll, sind die Anforderungen, denen dieser entsprechen muss, hoch. Damit ein gültiger Manifestationsakt vorliegt, muss der Abschlusswille des Stellvertreters so klar und deutlich geäußert werden, „dass nachträgliche Änderungen des Inhalts und Zweifel über den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen sind“.¹⁸⁵ Durch den Manifestationsakt soll der Inhalt des Vertrages nach außen sichtbar werden und damit unzweifelhaft und endgültig feststehen.

Für einen angemessenen Manifestationsakt ist – *nomen est omen* – ein Akt, also eine aktive Handlung des Stellvertreters erforderlich.¹⁸⁶ Diese aktive Handlung muss den feststehenden Abschlusswillen des Stellvertreters eindeutig nach außen hin kommunizieren. Jedenfalls als ausreichender Manifestationsakt ist die Willensäußerung des Stellvertreters gegenüber einer Person des öffentlichen Glaubens in Form eines Notariatsaktes oder einer notariellen Beurkundung anzusehen. Ebenso zulässig ist die mündliche Artikulation des Abschlusswillens gegenüber dem Machtgeber, um dessen Schutz es schließlich primär geht.¹⁸⁷ Unzureichend wäre hingegen die ausdrückliche Willenserklärung des Stellvertreters, wenn kein Erklärungsempfänger anwesend ist, welcher diese bezeugen könnte.¹⁸⁸ Den Anforderungen der Rechtssicherheit entspricht auch die Errichtung einer Urkunde iSd § 18 Abs 5 GmbHG. Durch die schriftliche Dokumentation des Geschäftes wird es nach außen hin sichtbar und ist insofern geeignet auch etwaige Drittinteressen zu schützen. Ferner ist die Aufnahme des Rechtsgeschäfts in die Geschäftsbücher als ausreichend anzusehen.¹⁸⁹ Zudem erfüllt nach verbreiteter Auffassung auch die Anwesenheit von Zeugen bei Vertragsabschluss die Voraussetzung eines gültigen Manifestationsaktes, zumindest, wenn diese unparteiisch sind.¹⁹⁰ Im Gegensatz dazu vertritt *Hupka* die Ansicht, dass die Äußerung des Abschlusswillens in Anwesenheit von unbeteiligten Dritten ungenügend sei, denn dies biete „keine Gewähr für das Vorhandensein des Willens, sich unmittelbar rechtlich zu binden“.¹⁹¹ In der rechtsgeschäftlichen Praxis ist es fraglich, ob die

¹⁸⁵ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 51 f.

¹⁸⁶ Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 27.

¹⁸⁷ Stanzl in Klang² § 1009 819.

¹⁸⁸ Swoboda in Klang² 806.

¹⁸⁹ Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 101.

¹⁹⁰ Swoboda in Klang² 806; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 61; eingeschränkt zust Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 27 ff.

¹⁹¹ Hupka, Die Vollmacht 278.

Manifestation des Stellvertreters gegenüber einer unbeteiligten dritten Person als ausreichend anzusehen ist. Es ist mE zu bezweifeln, ob dieser unabhängige Dritte eine unkontrollierte Manipulation oder die heimliche einseitige Zurücknahme der Erklärung des Stellvertreters verhindern könnte, da für eine Nichtbeteiligung des Dritten gerade der Abstand zum Rechtsgeschäft und den Parteien kennzeichnend ist.

7.5.2 Anforderungen beim Verfügungsgeschäft

Soll nicht nur der Titel des Rechtsgeschäftes in Form eines Insichgeschäftes abgeschlossen werden, sondern auch der Modus, sind jedenfalls auch beim Verfügungsgeschäft die Anforderungen des Manifestationsaktes einzuhalten.¹⁹² Dementsprechend muss das Verfügungsgeschäft unzweifelhaft und unwiderruflich feststehen. Der Zweck des Verfügungsgeschäftes liegt in der Publizität. Für die Außenwelt soll der Rechtsübergang ersichtlich gemacht werden.¹⁹³ Das Bestehen der Möglichkeit einer Rechtsübertragung im Wege des Insichgeschäftes hat der OGH schon vor vielen Jahren bestätigt.¹⁹⁴

Das Beispiel der sachenrechtlichen Übereignung soll zur Veranschaulichung dienen. Beim Selbstkontrahieren fallen dabei die Rollen des Tradenten und des Empfängers in einer Person zusammen, bei der Mehrvertretung werden sie durch dieselbe Person vertreten. Die Übereignung im Wege des Insichgeschäftes hat jedenfalls den sachenrechtlichen Übereignungsvoraussetzungen iSd §§ 426 ff ABGB zu entsprechen.¹⁹⁵ Unzureichend wäre die bloß innere Änderung des Besitzwillens.¹⁹⁶ Um das Verfügungsgeschäft in Form des Insichgeschäftes abzuschließen, muss der sachenrechtliche Übertragungsakt zweifelsfrei gesetzt werden und darf nicht unkontrollierbar zurückgenommen werden können. Für Insichgeschäfte wäre zB die Übergabe durch Erklärung gem § 428 ABGB naheliegend. Konkret ist an eine Sache zu denken, die der Stellvertreter schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohne Besitzwillen innehatte (*traditio brevi manu*). Hier hat der die Sache innehabende Stellvertreter unwiderruflich und zweifelsfrei zu erklären, dass er fortan Besitzer der Sache ist, um dem Manifestationserfordernis bei Verfügungsgeschäften zu entsprechen.

¹⁹² Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 31.

¹⁹³ Barta, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken 87.

¹⁹⁴ OGH 3.7.1985, 3 Ob 51/85, RdW 1986, 39 – bereits durch die Entscheidung im Jahr 1985 bestätigt der OGH die grundsätzliche Möglichkeit der sachenrechtlichen Übertragung iSd Modus im Wege eines Insichgeschäftes.

¹⁹⁵ RIS-Justiz RS0011144; OGH 3.7.1985, 3 Ob 51/85; Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 31 f.

¹⁹⁶ Hupka, Die Vollmacht 279.

7.6 Privatrechtliche Verankerungen des Manifestationsaktes

Fraglich bleibt, auf welche Rechtsgrundlage das Erfordernis des Manifestationsaktes gestützt werden kann. Da die österreichische Rechtsordnung keine gesetzlichen Regelungen für die gewillkürte Stellvertretung im Zusammenhang mit Insichgeschäften vorsieht, lässt sich auch das Erfordernis des Manifestationsaktes auf keine explizite Rechtsgrundlage des Privatrechts zurückführen.

Ausdrücklich normiert ist eine Dokumentationspflicht für Insichgeschäfte des Alleingesellschafters einer Einpersonen-GmbH. § 18 Abs 5 GmbHG sieht vor, dass der einzige Gesellschafter unverzüglich eine Urkunde über das abgeschlossene Insichgeschäft zu errichten hat, um nachträgliche Änderungen des Inhaltes oder Zweifel über den Abschlusszeitpunkt auszuschließen. Das Schutzsubjekt dieser Regelung sind ausschließlich die Gläubiger der Gesellschaft.¹⁹⁷ Insofern geht es dabei lediglich um den Drittschutz. Bei zivilrechtlichen Insichgeschäften steht jedoch der Schutz des Machtgebers im Mittelpunkt (s bereits unter Gliederungspunkt 7.4). Aufgrund der Divergenz der Schutzsubjekte ist § 18 Abs 5 GmbHG keinesfalls analogiefähig und nicht als Rechtsgrundlage für den Manifestationsakt der gewillkürten Stellvertretung heranzuziehen.¹⁹⁸

Baumgartner und *U. Torggler* stützen das Erfordernis des Manifestationsaktes auf die Rechtsgrundlage der §§ 861 ff, 869 ABGB.¹⁹⁹ Damit solle lediglich den allgemeinen privatrechtlichen Voraussetzungen eines Vertragsabschlusses iSd §§ 861 ff, 869 ABGB entsprochen werden. Erst durch den Manifestationsakt des Stellvertreters könne gewährleistet werden, dass eine ernstliche, bestimmte und wahre Einwilligung des Vertragspartners – wie es § 869 ABGB fordert – vorliegt. *Baumgartner* und *U. Torggler* sprechen insofern von einer „situationsadäquaten Anwendung“ der §§ 861 ff, 869 ABGB.²⁰⁰ Nach hier vertretener Ansicht schließt die Einordnung des Manifestationsaktes als Wirksamkeitsvoraussetzung die Verortung des Rechtsgrundes in §§ 861, 869 ABGB aus. Die §§ 861, 863 und 869 ABGB knüpfen an das Zustandekommen eines Vertrages an. Im Zentrum dieser Regelungen steht die Willenserklärung. Der Manifestationsakt als Wirksamkeitsvoraussetzung hat jedoch keinen Einfluss auf das Zustandekommen des Insichgeschäftes und besteht losgelöst von der Willenserklärung. Der Tatbestand des Insichgeschäftes kann nämlich auch ohne Manifestation des Stellvertreters erzeugt werden

¹⁹⁷ *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 18 Rz 49; *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 105.

¹⁹⁸ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1017 Rz 60.

¹⁹⁹ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 51 f.

²⁰⁰ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 51 f.

(s bereits im Kapitel 7.3). Dh, das Geschäft kann zunächst im Geheimen zustande kommen und erst durch die nachgelagerte Manifestation rechtswirksam werden. Aus diesem Grund erscheint es nicht sachgerecht, die Manifestation auf die Rechtsgrundlage der §§ 861 ff, 869 ABGB zu stützen. Passend wäre diese Rechtsgrundlage für die Einordnung des Manifestationsaktes als Abschlussvoraussetzung. Dabei enthält der Manifestationsakt nämlich die erforderliche Willenserklärung. Nun bleibt zu bemängeln, dass *Baumgartner* und *U. Torggler* den Manifestationsakt ebenfalls als Wirksamkeitsvoraussetzung des Insichgeschäftes einstufen.²⁰¹ Die „situationsadäquate Anwendung“ von §§ 861 ff, 869 ABGB erscheint insofern widersprüchlich. Dadurch wird die Argumentation der beiden Autoren unschlüssig.

Das Auffinden einer Rechtsgrundlage für die Erforderlichkeit der Manifestation im Innenverhältnis bereitet keinerlei Probleme. Im Innenverhältnis kann der Manifestationsakt auf den Pflichtenkatalog des Stellvertreters gem § 1009 ABGB gestützt werden (s bereits unter Gliederungspunkt 7.2). Für das Außenverhältnis lässt sich keine explizite Rechtsgrundlage benennen. Vielmehr ist das Manifestationserfordernis dabei aus der im allgemeinen Privatrecht verankerten Rechtssicherheit ableitbar.

7.7 Rechtsfolge fehlender Manifestation

Im Innenverhältnis führt die fehlende Manifestation zu einer Pflichtverletzung des Stellvertreters. Dieser ist aufgrund des zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses zur Manifestation seines Abschlusswillens und zur Informationserbringung verpflichtet.

Im Außenverhältnis macht es für die Rechtsfolge fehlender Manifestation einen erheblichen Unterschied, ob der Manifestationsakt als Abschluss- oder Wirksamkeitsvoraussetzung eingeordnet wird.

Nach abzulehnender Mindermeinung bildet die Manifestation bereits eine Abschlussvoraussetzung für das Insichgeschäft.²⁰² Demnach enthalte der Manifestationsakt die Willenserklärung. Fehle der Manifestationsakt, fehle auch die für den Vertragsschluss notwendige Willenserklärung. Ohne Manifestation könne der Tatbestand des Insichgeschäftes nicht geschaffen werden

²⁰¹ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 51.

²⁰² *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 32; *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

und es liege ein rechtliches „Nichts“ vor. Eine nachträgliche Sanierung durch den Machtgeber wäre ausgeschlossen: Was nicht existiert, kann auch nicht saniert werden.

Die zutreffende hL ordnet die Manifestation als Wirksamkeitsvoraussetzung des Insichgeschäftes im Außenverhältnis ein.²⁰³ Dies hat zur Folge, dass das Insichgeschäft auch ohne Manifestation zustande kommen kann. Vom Schrifttum bisher unbeantwortet blieb allerdings die Frage, was die konkrete Rechtsfolge fehlender Manifestation ist. Dabei sind lediglich zwei Möglichkeiten denkbar:

Einerseits könnte die fehlende Manifestation die endgültige Unwirksamkeit des Insichgeschäftes zur Folge haben und damit ein absolutes Wirksamkeitshindernis sein. Das würde dazu führen, dass der Machtgeber das grundsätzlich²⁰⁴ vollmachtlos abgeschlossene Insichgeschäft nur sanieren kann, wenn der Manifestationsakt anforderungsgemäß gesetzt wurde. Fehlt die Manifestation, ist das abgeschlossene, zunächst schwebend unwirksame Rechtsgeschäft endgültig unwirksam. Dadurch würde der Machtgeber allerdings nichts gewinnen, sondern die Sanierungsmöglichkeit des § 1016 ABGB verlieren. Die fehlende Manifestation wäre nicht heilbar und insofern ein absolutes Wirksamkeitshindernis für das Insichgeschäft. Von zentraler Bedeutung wäre in dieser Konstellation die Fixierung eines Zeitpunktes für die spätestmögliche Manifestation. Nach Überschreitung dieses Fixpunktes ist eine nachträgliche Manifestation ausgeschlossen und das Insichgeschäft endgültig unwirksam.

Andererseits könnte das Fehlen der Manifestation eben kein absolutes Wirksamkeitshindernis darstellen, sondern lediglich den Schwebezustand des Insichgeschäftes erhalten. In diesem Fall wäre der fehlende Manifestationsakt „heilbar“. Konkret bedeutet dies: Das (grundsätzlich) ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Insichgeschäft ist vorerst schwebend unwirksam, jedoch kann der Vertretungsmangel vom Machtgeber gem § 1016 ABGB nachträglich saniert werden. Verabsäumt der Stellvertreter die Setzung des Manifestationsaktes, würde dies nichts am Schwebezustand des abgeschlossenen Insichgeschäftes ändern, da das Fehlen des Manifestationsaktes kein absolutes Wirksamkeitshindernis darstellt. Der Vertretungsmangel wird durch die Ausübung der nachträglichen Sanierungsoption des § 1016 ABGB geheilt. Die Manifestationspflicht des Stellvertreters endet *ex lege*, wenn die nachträgliche Sanierung des

²⁰³ Hupka, Die Vollmacht 288; Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 786; P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1009 Rz 3; P. Bydlinski, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹ Rz 9/43; Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 17; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 51; auch die Rsp RIS-Justiz RS0049183.

²⁰⁴ Das Insichgeschäft wird nicht stets vollmachtlos abgeschlossen. S zum Manifestationserfordernis bei Fallkonstellationen ohne Vertretungsmangel 8.2.

Machtgebers erfolgt, ohne dass dieser die Informationserbringung des Stellvertreters einfordert. Dies ist mE aus dem objektiven Recht ableitbar. Zweck der Manifestation ist es nämlich primär, den Machtgeber vor heimlichen Manipulationen des Stellvertreters zu schützen. Saniert der Machtgeber das Insichgeschäft, ohne eine Auskunft des Stellvertreters zu verlangen, gibt es keinen Grund, weiterhin auf die Erfüllung der Manifestation zu bestehen.

Für die Definition der konkreten Rechtsfolge bei fehlender Manifestation ist mAn auf den jeweiligen Schutzzweck des Manifestationsaktes im Einzelfall abzustellen. Im Regelfall des Insichgeschäftes sind allein die Interessen des Machtgebers schutzbedürftig (s bereits im Kapitel 7.4). Insofern entspricht es dem Grundsatz der Privatautonomie, dem Machtgeber auch bei fehlender Manifestation die Dispositionsbefugnis über die nachträgliche Sanierung (§ 1016 ABGB) des Insichgeschäftes einzuräumen. Dh, das Fehlen des Manifestationsaktes ist in diesen Regelfällen kein absolutes Wirksamkeitshindernis. Vielmehr endet die Manifestationspflicht *ex lege* mit Sanierung des Vertretungsmangels, wenn der Machtgeber dabei keine näheren Informationen des Stellvertreters verlangt. Die damit einhergehende Konsequenz ist, dass dem Manifestationsakt in diesen Regelfällen keine eigenständige Bedeutung für die Wirksamkeit im Außenverhältnis zukommt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Machtgeber das vollmachtlos abgeschlossene Insichgeschäft, unabhängig von der Manifestation, nachträglich sanieren muss, um es rechtswirksam werden zu lassen. Bei korrekter Manifestation saniert der Machtgeber lediglich den Vertretungsmangel; bei fehlender Manifestation geht mit der nachträglichen Sanierung regelmäßig das Ende der Manifestationspflicht einher. Im Ergebnis liegt die Bedeutung des Manifestationsaktes in diesen Fällen lediglich im Innenverhältnis. Dort führt das Fehlen der Manifestation zur pflichtwidrigen Geschäftsbesorgung des Stellvertreters.

Anderes muss jedoch gelten, wenn auch Drittinteressen involviert sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Gläubiger der Vertragsparteien aufgrund einer Zession oder Exekutionsführung ein offensichtlich nachvollziehbares Interesse am Bestand abgeschlossener Insichgeschäfte haben.²⁰⁵ Sobald Drittinteressen betroffen sind, ist das Fehlen des Manifestationsaktes ein absolutes Wirksamkeitshindernis für das Insichgeschäft. Eine Heilung der fehlenden Manifestation (wie bei den soeben dargestellten Regelfällen) würde dem Verkehrsschutz zuwiderlaufen. Sind auch Drittinteressen betroffen, ist an das Fehlen des Manifestationsaktes die Rechtsfolge der endgültigen Unwirksamkeit des Insichgeschäftes zu knüpfen.

²⁰⁵ U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 164; Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 25.

Überdies könnte man zur Auflösung dieser Problematik erwägen, einen Vergleich zu formpflichtigen Rechtsgeschäften zu ziehen. Die Einhaltung der Formpflicht ist (ebenso wie die Setzung des Manifestationsaktes) als Wirksamkeitsvoraussetzung für das abgeschlossene Rechtsgeschäft anzusehen.²⁰⁶ Die Manifestationspflicht des Stellvertreters ist meiner Einschätzung nach, mangels einheitlicher Anforderungen (s dazu bereits Kapitel 7.5), weniger als eine Formpflicht, weshalb die Möglichkeit eines Größenschlusses bestehen könnte. Unterliegt ein Rechtsgeschäft einer Formpflicht und wird diese nicht eingehalten, leidet das Geschäft an einem Formgebrechen. Die Rechtsfolge eines formungültigen Rechtsgeschäftes hängt vom jeweiligen Formzweck ab. Der Grundsatz lautet allerdings: „Formverstöße führen zur Ungültigkeit (= Nichtigkeit) des Geschäfts.“²⁰⁷ Übrig bleibt jedoch eine Naturalobligation gem § 1432 ABGB, dh formungültige Erklärungen bringen den Tatbestand eines Rechtsgeschäftes zustande und sind kein absolutes Nichts. Dementsprechend können formnichtige Rechtsgeschäfte regelmäßig geheilt werden. Ein Formmangel heilt im Ausmaß der tatsächlich erbrachten Leistung.²⁰⁸ Daraus könnte nun folgender Größenschluss gezogen werden: Ist die Heilung eines formnichtigen Rechtsgeschäftes möglich, muss dies umso mehr für das Fehlen des Manifestationsaktes gelten, der etwas Geringeres als eine Formpflicht darstellt. Diese Analogie impliziert, dass die fehlende Manifestation heilbar ist und daher kein absolutes Wirksamkeitshindernis darstellt. Die Heilung der nicht erfolgten Manifestation würde allerdings die tatsächliche Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung des Machtgebers erfordern. Konkret würde das für Insichgeschäfte bedeuten: Das Insichgeschäft könnte trotz fehlender Manifestation abgeschlossen werden, ist jedoch aufgrund des (grundsätzlich) vollmachtlosen Stellvertreterhandelns lediglich schwebend unwirksam. Das Fehlen der Manifestation würde nichts an diesem Schwebezustand ändern. Dh, der Machtgeber kann den Vertretungsmangel nachträglich sanieren. Die fehlende Manifestation würde jedoch erst durch die tatsächliche Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung geheilt werden. Im Ausmaß der erbrachten Leistung wäre das Insichgeschäft sodann endgültig wirksam.

Ein Analogieschluss zu formpflichtigen Geschäften würde zwar die Heilbarkeit der fehlenden Manifestation unterstreichen, ist jedoch nach hier vertretener Auffassung dennoch abzulehnen. Die Übertragung der Prinzipien von formpflichtigen Geschäften auf Insichgeschäfte stößt nämlich auf Unverhältnismäßigkeit. Bei formwidrigen Geschäften sind die Parteien bereits am

²⁰⁶ P. Bydlinski in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 883 Rz 3.

²⁰⁷ P. Bydlinski, *Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil*⁹ Rz 7/28.

²⁰⁸ S § 1432 ABGB; P. Bydlinski, *Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil*⁹ Rz 7/30.

fehlerhaften Vertragsschluss beteiligt, weshalb die tatsächliche Leistungserbringung für die Heilung des Formmangels notwendig ist. Im Gegensatz dazu „erklärt“ sich der Machtgeber bei Insichgeschäften durch die nachträgliche Sanierung erstmalig selbst zu diesem Geschäft. Diese erstmalige „Erklärung“ genügt, um die Heilung der fehlenden Manifestation zu veranlassen. Zweck der Manifestationspflicht ist es nämlich, den Machtgeber vor heimlichen Manipulationen des Stellvertreters zu schützen. Ist der Machtgeber bereit, das abgeschlossene (schwebend unwirksame) Insichgeschäft zu sanieren, um es rückwirkend rechtswirksam werden zu lassen und verlangt er auch zu diesem Zeitpunkt noch keine Angaben des Stellvertreters, besteht kein Grund, weiterhin auf die Erfüllung der Manifestation zu bestehen. Insofern ist bereits in der vorbehaltlosen Ausübung der Sanierungsoption des Machtgebers das *ex lege* Ende der Manifestationspflicht zu verorten.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die fehlende Manifestation kein absolutes Wirksamkeitshindernis für das Insichgeschäft darstellt, solange ausschließlich die Interessen des Machtgebers schutzbedürftig sind. Erfolgt selbst bei Gebrauch der Sanierungsoption (§ 1016 ABGB) keine Aufforderung zur Auskunftserteilung, tritt *ex lege* das Ende der Manifestationspflicht ein. Bestehen hingegen Drittinteressen, ist das Fehlen der Manifestation ein absolutes Wirksamkeitshindernis für das Insichgeschäft.

7.8 Conclusio zum Erfordernis eines Manifestationsaktes

Bereits zu Beginn dieser Arbeit wurde eine gewisse Skepsis gegenüber der Notwendigkeit des Manifestationsaktes artikuliert (s bereits unter Gliederungspunkt 1.2). Nach ausführlicher Untersuchung hat sich ergeben, dass die dem Manifestationsakt im Schrifttum zugesprochene signifikante Bedeutung²⁰⁹ zu bezweifeln ist.

Unzweifelhaft steht fest, dass der Manifestationsakt eine Verpflichtung im Innenverhältnis darstellt. Der Stellvertreter schuldet die Manifestation aus dem zugrundeliegenden Auftragsverhältnis. Die fehlende Manifestation führt zur pflichtwidrigen Geschäftsbesorgung. Eine interne Pflichtverletzung kann allenfalls Schadenersatzansprüche gem § 1012 Halbs 1 ABGB des Machtgebers auslösen. Dies hat jedoch keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Geschäftes im Außenverhältnis.

²⁰⁹ RIS-Justiz RS0019684; RS0059793; RS0108252.

Das dogmatische Einordnungsdilemma im Außenverhältnis wurde bereits aufgelöst (s. unter Gliederungspunkt 7.3). Der Manifestationsakt ist als Wirksamkeitsvoraussetzung einzuordnen. Klarzustellen ist allerdings, dass dem Manifestationsakt im Außenverhältnis keine eigenständige Bedeutung zukommt, solange Drittinteressen keine Rolle spielen. Im Regelfall dient die Manifestationspflicht ausschließlich dem Schutz des Machtgebers, daher muss diesem auch bei fehlender Manifestation eine Sanierungsmöglichkeit zugestanden werden. Die mangelnde Bedeutung der Manifestation ergibt sich demnach wie folgt: Der Machtgeber muss den grundsätzlich vorliegenden Vertretungsmangel (ein solcher besteht nicht immer: s. Fallkonstellationen, in denen der Abschluss des Insihgeschäftes von der Vertretungsmacht gedeckt ist, Kapitel 5.3 ff. und 8.2) nachträglich sanieren, um die Rechtswirksamkeit des Insihgeschäftes zu erzielen. Eine allfällig fehlende Manifestation erfährt durch den vorbehaltlosen Gebrauch der Sanierungsoption regelmäßig „Heilung“. Fordert der Machtgeber bei Sanierung des Insihgeschäftes keine Informationen des Stellvertreters, gilt dies als *ex lege* Ende der Manifestationspflicht.

Insgesamt ist der Manifestationsakt als Verpflichtung des Stellvertreters im Innenverhältnis zu deklarieren, hat aber – vorausgesetzt es gibt keine berücksichtigungswürdigen Drittinteressen – keine eigenständige Bedeutung für die Wirksamkeit des Insihgeschäftes im Außenverhältnis.

8 Aufschlüsselung der Rechtsfolgen von Insichgeschäften

8.1 Allgemeines

In diesem Kapitel soll die bisher strikte Trennung von Innen- und Außenverhältnis aufgehoben werden und anhand einer Zusammenschau beider Verhältnisse, deren Rechtsfolge dargestellt werden. Einerseits ist die Trennung der beiden Verhältnisse nicht realitätsnah, andererseits hat die Differenzierung für Insichgeschäfte keine Bedeutung (s bereits im Kapitel 6.1).

Im Nachfolgenden soll nun durch Aufschlüsselung der möglichen Fallkonstellationen des Innen- und Außenverhältnisses aufgezeigt werden, wann die endgültige Rechtswirksamkeit des Insichgeschäftes erreicht werden kann.

8.2 Auswirkungen der Zulässigkeit im Innenverhältnis

Zuerst soll die Fallkonstellation behandelt werden, in der das Insichgeschäft bereits im Innenverhältnis zulässig ist. Das ist der Ausnahmefall, da Insichgeschäfte aufgrund der immanenten Gefahr eines Interessenkonfliktes grundsätzlich unzulässig sind.²¹⁰ Zulässig kann ein Insichgeschäft nur sein, wenn die Gefahr einer Interessenkollision nicht besteht. Anerkannt sind dabei vier Fallkonstellationen: Die reine Vorteilhaftigkeit des Insichgeschäftes für den Machtgeber, der Abschluss zum Markt- oder Börsenpreis, die Tilgung von Verbindlichkeiten sowie die Erfüllung von Forderungen und die Einwilligung des Machtgebers zum Abschluss des Insichgeschäftes.²¹¹ Die jeweils zulässigen Fallkonstellationen gelten nicht uferlos, sondern unterliegen Beschränkungen, wobei auf das bereits Ausgeführte verwiesen wird (s dazu Kapitel 5.3 ff).

Liegt nun ein im Innenverhältnis zulässiges Insichgeschäft vor, wird aufgrund der Zulässigkeit eine mögliche Pflichtwidrigkeit, wie sie sonst mit dem Abschluss von Insichgeschäften einhergeht, beseitigt. Damit entfällt auch eine allfällige Haftung des Stellvertreters gem § 1012 ABGB für pflichtwidrige Abschlüsse von Insichgeschäften (s zur geringfügigen praktischen Bedeutung dieses Anspruches bereits 5.2.3 und 5.2.4). Insofern handelt der Stellvertreter bei zulässigen Insichgeschäften innerhalb seiner auftragsrechtlichen Befugnisse und daher pflichtgemäß.

²¹⁰ Hupka, Die Vollmacht 270; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Baumgartner/U. Torggler in Feinyes/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §1007 Rz 34; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 46.

²¹¹ P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1017 Rz 5; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 49; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Perner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

Auch für das Außenverhältnis hat die Zulässigkeit im Innenverhältnis eine bedeutende Konsequenz: Handelt es sich mangels drohender Interessenkollision um ein ausnahmsweise zulässiges Insichgeschäft, widerspricht dessen Abschluss regelmäßig nicht dem Machtgeberwillen. Deshalb ist anzunehmen, dass die Vertretungsmacht des Stellvertreters das *in concreto* zulässige Insichgeschäft abdeckt. Dh, der Stellvertreter handelt beim Abschluss des zulässigen Insichgeschäftes nicht vollmachtlos. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht des Stellvertreters den Abschluss zulässiger Insichgeschäfte nicht erfasst.

Der Manifestationsakt ist als Wirksamkeitsvoraussetzung im Außenverhältnis erforderlich, um den Machtgeber wirksam zu berechtigen und zu verpflichten.²¹² Wie bereits dargestellt, ist das Fehlen der Manifestation jedoch kein absolutes Wirksamkeitshindernis, sondern regelmäßig „heilbar“. Mit der nachträglichen Sanierung des Vertretungsmangels durch den Machtgeber geht idR das Ende der Manifestationspflicht einher (s bereits Kapitel 7.7). In dem hier speziell gelagerten Fall deckt jedoch die Vertretungsmacht den Abschluss des Geschäftes. Einer nachträglichen Sanierung des Insichgeschäftes bedarf es daher nicht. Damit entfällt allerdings auch die *ex lege* Heilung einer nicht geleisteten Manifestation bei vorbehaltloser, nachträglicher Sanierung des Machtgebers. Aus diesem Grund ist es in dieser speziellen Konstellation erforderlich, dass der Machtgeber auf die Erfüllung der Manifestationspflicht verzichtet, um die Heilung einer fehlenden Manifestation zu ermöglichen. Angesichts der Tatsache, dass bei zulässigen Insichgeschäften kein Interessenkonflikt droht, müssten die Anforderungen an einen konkludenten Verzicht des Machtgebers eher moderat angelegt werden.

8.3 Auswirkungen der Unzulässigkeit im Innenverhältnis

Im Normalfall ist der Abschluss von Insichgeschäften im Innenverhältnis unzulässig.²¹³ Die Unzulässigkeit im Innenverhältnis wird mit der immanenten Gefahr einer Interessenkollision begründet. Ist das Insichgeschäft bereits im Innenverhältnis unzulässig, folgt daraus bei den noch abgeschlossenen Insichgeschäften eine pflichtwidrige Geschäftsbesorgung des Stellvertreters. Die Pflichtwidrigkeit und die allfällige Haftungsverpflichtung des § 1012 ABGB

²¹² RIS-Justiz RS0059793.

²¹³ Hupka, Die Vollmacht 270; OGH 2.3.1982, 5 Ob 4/82, JBl 1984, 315; Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 34; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 46; Perner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12 (Stand 1.4.2016, rdb.at); etc.

betreffen lediglich das Innenverhältnis.²¹⁴ An dieser Stelle sei jedoch nochmals auf die geringfügige praktische Bedeutung dieses Ersatzanspruches hingewiesen, weil das Fehlen von Vertretungsmacht idR dazu führt, dass der Machtgeber an das pflichtwidrige Geschäft nicht gebunden ist, ihm also kein Schaden entsteht (s Gliederungspunkte 5.2.3 und 5.2.4).

Die Unzulässigkeit im Innenverhältnis und die Unwirksamkeit im Außenverhältnis korrelieren miteinander. Im Außenverhältnis ist das Insichgeschäft grundsätzlich aufgrund einer Zusammenschau von § 1009 iVm § 1007 ABGB unwirksam. Der Stellvertreter handelt beim Abschluss eines Insichgeschäftes nicht nur pflichtwidrig im Innenverhältnis, sondern auch vollmachtlos, also ohne Vertretungsmacht im Außenverhältnis. Die Rechtsfolge des vollmachtlosen Vertreterhandelns ist die schwebende Unwirksamkeit des Geschäftes.²¹⁵ Dem Machtgeber steht es sodann frei, diesen Schwebezustand zu beenden. Er kann die (schwebende) Unwirksamkeit nachträglich sanieren, indem er gem § 1016 ABGB das Insichgeschäft genehmigt oder sich den daraus entstandenen Vorteil zuwendet.²¹⁶ Durch die nachträgliche Sanierung iSd § 1016 ABGB wird das Insichgeschäft rückwirkend, also vom Zeitpunkt des Abschlusses an, rechtswirksam.²¹⁷

Wiederum hängt die Bedeutung des Manifestationsaktes von bestehenden Drittinteressen ab. In der hier vorgestellten Fallkonstellation muss der Machtgeber für die Wirksamkeit des Insichgeschäftes von seiner Sanierungsmöglichkeit Gebrauch machen, um den Vertretungsmangel zu sanieren. Zugleich tritt durch diese Sanierung (bei etwaigem Fehlen der Manifestation) regelmäßig auch das Ende der Manifestationspflicht ein.

Festzuhalten ist somit, dass gleichgültig, ob das Insichgeschäft im Innenverhältnis zulässig oder unzulässig ist, jedenfalls die Möglichkeit besteht, dass das Rechtsgeschäft endgültig rechtswirksam wird.

²¹⁴ Rubin in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1012 Rz 1 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

²¹⁵ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 48; Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 53.

²¹⁶ Stanzl in Klang² § 1009 819; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 48. Dem entspricht auch die deutsche Rechtslage: Schubert in Münchener Kommentar zum BGB⁹ § 181 Rz 63 f.

²¹⁷ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1016 Rz 28.

8.4 Auswirkungen der Wirksamkeit im Außenverhältnis

Damit drängt sich die Frage auf, ob allein das Außenverhältnis die endgültige Rechtswirksamkeit des Insihgeschäftes bestimmt. Die Wirksamkeit des Insihgeschäftes im Außenverhältnis kann folgendermaßen erreicht werden:

Das zunächst vollmachtlos abgeschlossene Rechtsgeschäft kann vom Machtgeber gem § 1016 ABGB saniert werden und erlangt dadurch rückwirkend Rechtswirksamkeit. Durch eine vorbehaltlose nachträgliche Sanierung endet *ex lege* auch die Manifestationspflicht bei nicht geleisteter Manifestation.

Die zweite Möglichkeit die Rechtswirksamkeit im Außenverhältnis zu erreichen, besteht darin, dass bereits die Zulässigkeit im Innenverhältnis die Wirksamkeit des Insihgeschäftes im Außenverhältnis begründet. Ist das Insihgeschäft aufgrund einer der anerkannten Fallkonstellationen im Innenverhältnis ausnahmsweise zulässig (s bereits Kapitel 5.3 ff), ist auch der Abschluss des Geschäftes von der Vertretungsmacht des Stellvertreters erfasst. Dabei muss jedoch zusätzlich der Manifestationsakt berücksichtigt werden, um den Machtgeber rechtswirksam an das Insihgeschäft zu binden. In dieser speziellen Konstellation kommt dem Manifestationsakt nämlich ausnahmsweise eigenständige Bedeutung zu. Einer nachträglichen Sanierung des Vertretungsmangels bedarf es in dieser besonderen Konstellation nicht, was die eigenständige Bedeutung des Manifestationsaktes verdeutlicht. Dementsprechend muss eine fehlende Manifestation separat geheilt werden. Für die Heilung der nicht erbrachten Manifestation bedarf es in dieser Sonderkonstellation eines Verzichtes des Machtgebers auf die Erfüllung der Manifestationspflicht (s bereits Gliederungspunkt 8.2).

8.5 Auswirkungen der Unwirksamkeit im Außenverhältnis

Die endgültige Unwirksamkeit des Insihgeschäftes resultiert aus der fehlenden nachträglichen Sanierung durch den Machtgeber. Das (grundsätzlich) ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Insihgeschäft ist vorerst „nur“ schwebend unwirksam.²¹⁸ Während des Schwebezustandes hat der Machtgeber die Dispositionsbefugnis über das Rechtsgeschäft. Macht der Machtgeber von

²¹⁸ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 53; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 48.

seiner Sanierungsmöglichkeit keinen Gebrauch, wird der Schwebezustand beendet und das In-sichgeschäft ist endgültig rechtsunwirksam.²¹⁹

8.6 Ergebnis

Schließlich lässt sich daraus folgendes Ergebnis gewinnen: Für die Rechtswirksamkeit des In-sichgeschäftes ist die nachträgliche Sanierung durch den Machtgeber ausschlaggebend. Mit seiner Sanierungsoption (§ 1016 ABGB) kann der Machtgeber den Vertretungsmangel heilen. Verlangt der Machtgeber bei Sanierung des In-sichgeschäftes keine Informationserbringung des Stellvertreters, kennzeichnet der Sanierungszeitpunkt zugleich das Ende der Manifestationspflicht. Der Machtgeberwille ist insofern maßgeblich.

²¹⁹ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1016 Rz 9.

9 Materielle Insichgeschäfte

9.1 Allgemeines

Die Abgrenzung zwischen formellen und materiellen Insichgeschäften wurde bereits skizziert (s oben Kapitel 3.4). In diesem Abschnitt soll die zivilrechtliche Behandlung von materiellen Insichgeschäften beleuchtet werden. Nach einhelliger Meinung der Lehre und Rechtsprechung sind die soeben aufgestellten Regeln für formelle Insichgeschäfte ebenso auf Rechtsgeschäfte, die zwar nicht in Form des Selbstkontrahierens oder der Doppelvertretung abgeschlossen werden, jedoch einem gleichartigen Interessenkonflikt unterliegen, anzuwenden.²²⁰ Denn auch bei materiellen Insichgeschäften gilt der gewaltunterworfenen Machtgeber als schutzbedürftig.²²¹

9.2 Definition

Um ein materielles Insichgeschäft handelt es sich, wenn formell gerade keine Doppelvertretung oder Selbstkontrahieren des Stellvertreters vorliegt, für den Machtgeber jedoch eine gleichartige Interessenbeeinträchtigung droht.²²² Dies ist der Fall, wenn zwar formal keine Personenidentität herrscht, jedoch materiell eine „Personenidentität besteht, die lediglich nach außen verdeckt ist“.²²³ Pointiert heißt das: Der Vertragspartner ist bei materiellen Insichgeschäften zwar formal ein Dritter, die Gefahr der Interessenkollision ist aber dieselbe wie bei einem formellen Insichgeschäft.²²⁴ Aufgrund dieser weiten Definition kann das materielle Insichgeschäft in der Praxis in einer Vielzahl von Erscheinungsformen auftreten.

9.3 Erscheinungsformen des materiellen Insichgeschäftes

Innerhalb der materiellen Insichgeschäfte werden grundlegend zwei Kategorien unterschieden: Die erste Kategorie umfasst Konstellationen, in denen der „externe“ Vertragspartner kein eigenes Interesse am Geschäftsabschluss verfolgt. Dabei geht es um Fälle, in denen eine Hilfsperson zwischengeschaltet wird, die ausschließlich im Interesse des Stellvertreters kontrahiert (s sogleich Kapitel 9.4). Die zweite Kategorie materieller Insichgeschäfte bilden Konstellationen, in

²²⁰ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 56 ff; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 66; Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901; U. Torggler, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, eolex 2009, 920; Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 203 ff; RIS-Justiz RS0113487; bestätigend für das deutsche Recht: U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 194.

²²¹ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

²²² Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 56.

²²³ Schubert in Münchener Kommentar zum BGB⁹ § 181 Rz 48.

²²⁴ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 66.

denen der Vertragspartner ein unmittelbares Eigeninteresse (meist wirtschaftlicher Art) verfolgt (s Kapitel 9.5). Diese beiden Kategorien werden im Folgenden aufgrund ihrer Divergenz und den damit einhergehenden Eigenheiten separat behandelt.

9.4 Fälle ohne Eigeninteresse des Vertragspartners

9.4.1 Hinzuziehung eines weiteren Vertreters

9.4.1.1 Allgemeines

Zunächst soll die materielle Interessenkollision im Zusammenhang mit der Zwischenschaltung eines vom Stellvertreter zur Umgehung der Rechtsfolgen des formellen Insichgeschäftes hinzugezogenen Vertreters behandelt werden. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist der Stellvertreter dennoch auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes maßgeblich beteiligt, insofern liegt regelmäßig eine materielle Interessenkollision vor.²²⁵ Der hinzugezogene „externe“ Vertragspartner verfolgt nämlich kein ernstzunehmendes Eigeninteresse am jeweiligen Geschäftsschluss.

9.4.1.2 Eigenbevollmächtigung

Im Falle der Eigenbevollmächtigung lässt sich der Stellvertreter für den Abschluss seines Rechtsgeschäftes mit dem Machtgeber selbst vertreten. Damit liegt kein Selbstkontrahieren im formellen Sinn vor, da der Stellvertreter das Rechtsgeschäft namens des Machtgebers nicht mit sich selbst abschließt, sondern die Erklärung seinem zwischengeschalteten Eigenvertreter zugeht.²²⁶ Dass dabei die Gefahr einer Interessenkollision für den Machtgeber regelmäßig dieselbe bleibt, wie wenn der Stellvertreter formell selbstkontrahiert, ist offensichtlich. Die Willenserklärung des Eigenvertreters wird dem Stellvertreter zugerechnet.²²⁷ Der Eigenvertreter handelt aufgrund von Weisungen des Stellvertreters, welcher wiederum ein unmittelbares Eigeninteresse am Abschluss des Rechtsgeschäftes hat. Dementsprechend ist die bestmögliche Geschäftsbesorgung gem § 1009 ABGB für den Machtgeber zu bezweifeln und dem formellen Selbstkontrahieren des Stellvertreters gleichzuhalten.²²⁸

²²⁵ Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² 784.

²²⁶ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 65.

²²⁷ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901; U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 176.

²²⁸ S dazu auch für das deutsche Recht: U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 175 ff.

9.4.1.3 Unterbevollmächtigung

Weniger eindeutig verhält sich die Situation bei der Unterbevollmächtigung. In diesem Fall wird für den Machtgeber ein vom Stellvertreter eingesetzter Untervertreter tätig. Dh, der eigentliche Stellvertreter schließt das Rechtsgeschäft im eigenen Namen mit dem von ihm bevollmächtigten Untervertreter des Machtgebers ab. Somit liegt wiederum keine Personenidentität vor und dementsprechend kein formelles Insichgeschäft.²²⁹ Die bestmögliche Geschäftsbesorgung für den Machtgeber ist jedoch auch hier gefährdet. Der Stellvertreter teilt den Geschäftsabschluss zur Umgehung der Rechtsfolgen des Insichgeschäftes lediglich auf zwei Personen auf.²³⁰ Die Gefahr einer Beeinflussung des Unterververtreters ist jedenfalls dann offensichtlich, wenn der Stellvertreter aufgrund seiner Position weisungsbefugt ist.²³¹ Das plakativste Beispiel eines vom Stellvertreter ernannten Unterververtreters ist der vom Geschäftsführer beauftragte Prokurist. In diesem Fall wird der Prokurist als Untervertreter für das vertretene Unternehmen tätig und der Geschäftsführer schließt das Rechtsgeschäft im eigenen Namen für sich selbst ab.

Die Voraussetzung dafür, dass der Stellvertreter überhaupt einen Untervertreter einsetzen kann, ist eine vom Machtgeber erteilte Substitutionsbefugnis. Diese Einschränkung erschwert die Hinzuziehung eines Unterververtreters von vornherein.²³²

9.4.2 Zwischenschaltung eines Strohmannes

Eine weitere Erscheinungsform des materiellen Insichgeschäftes, bei welcher der Vertragspartner kein eigenes Interesse am Geschäftsschluss verfolgt, ist die Einschaltung eines Strohmannes aufseiten des Stellvertreters. Dieser Fall ist zwar ähnlich gelagert wie die Eigenbevollmächtigung, im Unterschied dazu wird der Strohmann jedoch im eigenen Namen tätig. Der Strohmann ist als indirekter (genannt auch: mittelbarer) Vertreter des Stellvertreters zu qualifizieren. Er schließt das Rechtsgeschäft vorerst im eigenen Namen ab, bevor er in einem nachgelagerten Schritt weisungsgemäß alle erworbenen Rechte und Pflichten auf den Stellvertreter überträgt.²³³ Der Strohmann verfolgt kein Eigeninteresse an dem Rechtsgeschäft, sondern handelt im Interesse des vom Machtgeber eingesetzten Stellvertreters. Im Ergebnis liegt dabei dieselbe Gefahr einer Interessenkollision vor, wie wenn der Stellvertreter formell

²²⁹ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 63.

²³⁰ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

²³¹ Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 15; OGH 11.6.2002, 5 Ob 99/02y.

²³² U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 183.

²³³ Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 207.

selbstkontrahiert. Dementsprechend gelten die Rechtsfolgen des formellen Insichgeschäftes analog auch für die Einschaltung eines Strohmannes aufseiten des Stellvertreters.²³⁴

9.4.3 Zwischenergebnis: materielle Insichgeschäfte ohne Eigeninteresse des Vertragspartners

Die soeben genannten Erscheinungsformen des materiellen Insichgeschäftes machen deutlich, dass auch bei Zwischenschaltung einer Hilfsperson derselbe Interessenkonflikt vorliegt wie beim formellen Selbstkontrahieren des Stellvertreters. Die bestmögliche Wahrung der Machtgeberinteressen kommt zu kurz, da das Eigeninteresse des Stellvertreters den Geschäftsabschluss dominiert, wenn auch nicht so offensichtlich wie bei formellen Insichgeschäften. Die hinzugezogene Hilfsperson verfolgt nämlich ausschließlich die Interessen des Stellvertreters. Im Ergebnis wäre eine ungleiche Behandlung ungerechtfertigt. Daher finden die Rechtsfolgen des formellen Insichgeschäftes auf die soeben genannten Erscheinungsformen (ohne Eigeninteresse des Vertragspartners) unverändert Anwendung (s bereits die Ausführungen zu formellen Insichgeschäften).²³⁵

Hervorzuheben ist bereits an dieser Stelle, dass der Stellvertreter das Rechtsgeschäft gerade nicht durch Erklärung an sich selbst zustande bringt. Aufgrund der Beteiligung der dritten Person am Vertragsschluss ist die Erforderlichkeit eines Manifestationsaktes für materielle Insichgeschäfte zu hinterfragen (s unten Kapitel 9.7).

9.5 Fälle mit Eigeninteresse des Vertragspartners: echte Dritte

9.5.1 Allgemeines

Im Gegensatz zu den bisher behandelten Fallkonstellationen, wo der Dritte lediglich formal am Vertragsschluss beteiligt ist, jedoch kein eigenes Interesse an dem Geschäftsabschluss verfolgt, ist das bei „echten“ Dritten divergent. Diese Dritten haben ein echtes Eigeninteresse am Rechtsgeschäft.²³⁶ Aufgrund dieser Divergenz spricht man auch von der „modifizierten“ Lehre des materiellen Insichgeschäftes.²³⁷ Der Vertragsschluss des Stellvertreters mit solchen Dritten, die im Folgenden kurz „echte Dritte“ genannt werden, ist im allgemeinen Stellvertretungsrecht der Normalfall und hat auf den ersten Blick mit Insichgeschäften wenig zu tun. Wie der

²³⁴ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (903).

²³⁵ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 15; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 56 ff; *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901; *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 205 ff.

²³⁶ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

²³⁷ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

nachstehende Abschnitt jedoch zeigen wird, kann auch der Geschäftsabschluss mit echten Dritten uU mit einem Interessenkonflikt des Stellvertreters einhergehen, diese Fälle sind nachfolgend genauer zu beleuchten.

9.5.1 Interessenkonflikt des Stellvertreters bei Geschäften mit echten Dritten

9.5.1.1 Allgemeines

Es gibt mehrere nennenswerte Fallgruppen, bei denen der Stellvertreter trotz Geschäftsschluss mit einem echten Dritten einer Interessenkollision unterliegt.²³⁸ Im Folgenden sollen jedoch lediglich die beiden plakativsten Fälle dargestellt werden.

9.5.1.2 Familia suspecta

Zuerst ist der Geschäftsabschluss des Stellvertreters namens des Machtgebers mit einem nahen Angehörigen des Stellvertreters zu nennen. Der Kreis der nahen Verwandtschaft wird dabei als *Familia suspecta* bezeichnet. Demzufolge steht auf der einen Seite des Vertrages der Machtgeber – vertreten durch seinen Stellvertreter – und auf der anderen Seite ein naher Angehöriger des Stellvertreters. Dieser nahe Angehörige schließt das Rechtsgeschäft als echter Dritter²³⁹ in eigenem wirtschaftlichem Interesse ab. Der Vertragsschluss mit der *Familia suspecta* könnte jedoch für den Machtgeber zu einer ähnlichen Interessengefährdung wie bei der formellen Doppelvertretung führen.²⁴⁰ Da es sich bei dem Vertragspartner um einen nahen Verwandten des Stellvertreters handelt, hat dieser regelmäßig auch ein Interesse an günstigen Konditionen für sein Familienmitglied und könnte dadurch in einen Interessenkonflikt geraten. Ebenfalls nicht auszuschließen ist, dass der Stellvertreter seinem Angehörigen nähersteht als dem Machtgeber und deshalb die Interessen des Machtgebers nicht bestmöglich verfolgt.

Außerdem ist anzumerken, dass sich die Verwandtschaft oft besonders gut für den Einsatz als Strohmann eignet. Dabei wäre der Dritte zwar am Geschäftsabschluss beteiligt, würde aber kein eigenes Interesse verfolgen. Insofern wäre dies wiederum ein Fall von materiellem Selbstkontrahieren des Stellvertreters (s bereits zu materiellen Insichgeschäften ohne Eigeninteresse des Vertragspartners, Kapitel 9.4.2).²⁴¹

²³⁸ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (907 ff); s auch in ähnlicher Weise für das deutsche Recht *U. Hübner*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 205 ff.

²³⁹ Dabei ist die Bezeichnung „echter Dritter“ für nahe Angehörige vermeintlich unglücklich gewählt. Die Bezeichnung soll jedoch das echte Eigeninteresse dieser Person verdeutlichen – unabhängig von einer familiären Nahebeziehung.

²⁴⁰ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

²⁴¹ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (906).

Die österreichische Rechtsordnung sieht bereits an mehreren Stellen Regelungen für den Abschluss von Rechtsgeschäften mit nahen Angehörigen vor:

Beispielsweise legt § 6a Abs 1 GKG iVm § 33 NO fest, dass Geschäfte zwischen der vom Gerichtskommissär abzuhandelnden Verlassenschaft und diesem selbst oder einer ihm nahestehenden Person unzulässig sind.

§ 80 Abs 3 AktG normiert, dass die Regelung bezüglich der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft ebenso für eine Kreditgewährung an nahe Angehörige der Vorstandsmitglieder anzuwenden ist.

Zudem befindet sich eine derartige Regelung in § 28 Abs 1 Z 5 BWG. Diese Norm schreibt vor, dass für Rechtsgeschäfte zwischen dem Kreditinstitut und der *Familia suspecta* des Geschäftsleiters dieselben Voraussetzungen gelten wie für einen direkten Geschäftsabschluss mit dem Geschäftsleiter und dem Kreditinstitut.

Mit diesen und weiteren gesetzlichen Normierungen drückt der österreichische Gesetzgeber seine Skepsis gegenüber Rechtsgeschäften mit der *Familia suspecta* aus und knüpft deshalb an diese Personengruppe dieselben Rechtsfolgen wie an das Rechtsgeschäft mit der unmittelbaren Person. Offensichtlich, um Umgehungsgeschäfte zu vermeiden. Zu beachten ist jedoch, dass der Gesetzgeber die Personengruppe der *Familia suspecta* nicht einheitlich definiert. Insofern ist fraglich, wer zum Personenkreis der *Familia suspecta* bei materiellen Insichgeschäften zählt.

Burtscher stellt klar, dass „ein erheblicher Interessenkonflikt“ jedenfalls auch bei weiter entfernten Verwandtschaftsverhältnissen vorliegen kann.²⁴² Für die Abgrenzung des konkreten Personenkreises der *Familia suspecta* bei materiellen Insichgeschäften orientiert er sich an § 1409 ABGB, der seinerseits wiederum auf die Legaldefinition des § 32 IO verweist. Demnach sind alle Personen als *Familia suspecta* anzusehen, die mit dem Stellvertreter oder dessen Ehegatten in gerader Linie oder bis zum vierten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind sowie Wahl- und Pflegekinder und Lebensgefährten.

Baumgartner und *U. Torggler* halten die analoge Anwendung des § 6a Abs 1 GKG iVm § 33 Abs 1 NO als „sachnächste Vorschrift“ zur gewillkürten Stellvertretung am geeignetsten,

²⁴² *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (906) Fn 99.

um den Personenkreis der *Familia suspecta* zu ermitteln.²⁴³ Dieser ist dem des § 32 IO sehr ähnlich.²⁴⁴

Welche Rechtsfolgen an einen solchen Interessenkonflikt des Stellvertreters bei Geschäften mit echten Dritten geknüpft sind, wird unter Gliederungspunkt 9.5.3 genau erläutert.

9.5.1.3 Nahestehende Gesellschaften

Eine ähnliche Konstruktion liegt vor, wenn der Stellvertreter namens des Machtgebers ein Rechtsgeschäft mit einer ihm nahestehenden Gesellschaft abschließt. Gesellschaftsrechtlich spielen dabei nicht bloß Gesellschaften, die sich im Alleineigentum des Stellvertreters befinden, eine Rolle. Eine Interessenkollision liegt bereits vor, wenn der Stellvertreter „an der nahestehenden Gesellschaft mit einer höheren Quote beteiligt ist als an der von ihm vertretenen Gesellschaft“.²⁴⁵ Für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht müssen dabei andere Regeln gelten, da man dem Stellvertreter aufgrund der fehlenden Beteiligung am Machtgeber auch bei einer sehr geringen Beteiligung an der kontrahierenden Gesellschaft bereits einen Interessenkonflikt vorwerfen könnte. Dies würde zu weit gehen. Im Schrifttum haben sich deshalb als Maßstab zur Deklaration als materielles Insichgeschäft die Kriterien des § 5 EKEG etabliert.²⁴⁶ Dementsprechend geht man von einem solchen aus, wenn der Stellvertreter an der kontrahierenden Gesellschaft kontrollierend, mit einem Anteil von wenigstens 25% beteiligt ist oder er in der Lage ist, einen beherrschenden Einfluss auf diese Gesellschaft auszuüben.

9.5.2 Problemstellung

Die soeben genannten Fallkonstellationen unterscheiden sich grundlegend von der zuvor dargestellten Kategorie (Fälle ohne Eigeninteresse des Vertragspartners 9.4), da es sich hier um den Vertragsschluss mit einem echten Dritten handelt, welcher ein eigenes Interesse, insbesondere wirtschaftlicher Art, verfolgt. In den beschriebenen Konstellationen (*Familia suspecta*, nahestehende Gesellschaften) unterliegt der Stellvertreter einem Interessenkonflikt, obwohl es sich um einen Geschäftsschluss mit einem echten Dritten handelt. Nun ist fraglich, welche Rechtsfolgen an einen Interessenkonflikt des Stellvertreters beim Vertragsschluss mit einem echten Dritten zu knüpfen sind. Hervorgehoben werden muss nochmals, dass der Stellvertreter

²⁴³ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 57.

²⁴⁴ S § 33 NO.

²⁴⁵ Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 15.

²⁴⁶ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 72 aE; Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (906); Arnold in Arnold, Privatstiftungsgesetz⁴ § 17 Rz 92a; krit U. Torggler, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, ecolex 2009, 920 (922).

„den Vertrag nicht allein zustande bringt, sondern ein Dritter mitwirkt“²⁴⁷. Dieser Dritte ist im konkreten Falle nicht bloß am Vertragsschluss beteiligt, sondern verfolgt ein unmittelbares Eigeninteresse. Eine analoge Anwendung der Regelungen des formellen Insichgeschäftes erscheint in diesen Fällen nicht sachgerecht. Dabei bliebe nämlich der Vertrauensschutz des (echten) Dritten gänzlich unberücksichtigt. Hier bedarf es vielmehr einer Rechtfertigung, dem Dritten ein wirksames Rechtsgeschäft zu versagen und dessen Vertrauensschutz zu vernachlässigen.²⁴⁸ Kurzum stellt sich die Frage: Wann ist es gerechtfertigt, den Vertrauensschutz des Dritten für den Schutz des Machtgebers hintenanzustellen?

9.5.3 Missbrauch der Vertretungsmacht

Eine sachgerechte Lösung für den Fall eines Interessenkonfliktes des Stellvertreters beim Vertragsschluss mit echten Dritten bietet die Lehre über den Missbrauch der Vertretungsmacht. Dabei wird der Vertrauensschutz des echten Dritten entsprechend gewürdigt und dennoch werden die Machtgeberinteressen geschützt.²⁴⁹

Ein Vollmachtmissbrauch liegt vor, wenn das durch den Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft zwar gegen das Innenverhältnis verstößt, im Außenverhältnis jedoch von der Vertretungsmacht erfasst ist. Dies führt grundsätzlich dazu, dass der Machtgeber lediglich im Innenverhältnis Ersatz gem § 1012 Halbs 1 ABGB verlangen kann. Ein Vollmachtmissbrauch führt allerdings dann zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes, wenn Stellvertreter und Dritter in Schädigungsabsicht zusammenwirken (Kollusion). Unabhängig von einer Schädigungsabsicht des Stellvertreters ist das abgeschlossene Rechtsgeschäft außerdem unwirksam, wenn dem Dritten die Pflichtwidrigkeit erkennbar war.²⁵⁰

In der hier behandelten Konstellation verhindert die Interessenkollision des Stellvertreters die bestmögliche Geschäftsbesorgung und Interessenwahrung des Machtgebers. Insofern verstößt der Abschluss des materiellen Insichgeschäftes gegen § 1009 ABGB. Der Stellvertreter hätte die Zustimmung des Machtgebers einholen müssen, um den Vollmachtmissbrauch zu vermeiden.²⁵¹

²⁴⁷ Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 67.

²⁴⁸ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

²⁴⁹ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1017 Rz 68 ff; Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 15.

²⁵⁰ Apathy/Burtscher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 13, 15; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 141.

²⁵¹ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901.

Fraglich ist, wann dieser Vollmachtmisbrauch auf das Außenverhältnis durchschlägt und folglich der Dritte nicht mehr schutzwürdig erscheint. *Burtscher* stellt klar, dass es dafür auf die Evidenz der Pflichtverletzung für den echten Dritten ankommt.²⁵² Der echte Dritte ist demnach nicht mehr schutzbedürftig und der Missbrauch schlägt auf das Außenverhältnis durch, wenn die Interessenkollision des Stellvertreters für den Dritten augenfällig sein muss. Demzufolge müsste der Dritte bereits bei einer offensichtlich drohenden Interessenkollision des Stellvertreters skeptisch werden. Ist das Vertrauen des Dritten aufgrund der Evidenz des Interessenkonfliktes nicht schützenswert, wirkt sich der Missbrauch auf das Außenverhältnis aus. Infolgedessen hat der Stellvertreter, wie beim Abschluss eines formellen Insichgeschäftes, für den konkreten Vertragsschluss mit dem Dritten keine Vertretungsmacht inne. Dies bewirkt die schwebende Unwirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Liegt demnach ein solcher Evidenzfall vor, ist der Machtgeber schützenswerter als der Dritte.²⁵³ Entscheidend für die Anwendung der Rechtsfolgen des Vollmachtmisbrauchs auf das konkrete Geschäft ist, ob der Interessenkonflikt für den Dritten (Vertragspartner) evident ist oder sein muss.²⁵⁴

9.6 Gesamtergebnis: materielle Insichgeschäfte

Insgesamt ist festzuhalten, dass das Charakteristische an materiellen Insichgeschäften der „externe“ Vertragspartner des Stellvertreters ist. Dennoch liegt in den soeben aufgezählten Fällen regelmäßig eine Interessenkollision des Stellvertreters vor, welche insoweit dem Selbstkontrahieren oder der Doppelvertretung gleicht, als dass aufgrund besonderer, fallspezifischer Umstände die bestmögliche Wahrung der Machtgeberinteressen äußert zweifelhaft erscheint.

Im Hinblick auf die Eigenbevollmächtigung, die Unterbevollmächtigung und die Zwischenschaltung eines Strohmannes (s bereits Kapitel 9.4 ff) ist die Gleichartigkeit des Interessenkonfliktes des Stellvertreters offensichtlich. In allen drei Fällen bedient sich der Stellvertreter zur Wahrung seiner eigenen Interessen einer dritten Person, um die Rechtsfolgen des Insichgeschäftes zu umgehen. Dass in diesen Fällen der Interessenkonflikt identisch mit jenem ist, dem der Stellvertreter beim formellen Selbstkontrahieren unterliegen würde, ist unstrittig.²⁵⁵

²⁵² *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (905).

²⁵³ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (905).

²⁵⁴ *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (906).

²⁵⁵ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 1017 Rz 15; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 56 ff; *Burtscher*, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901; *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 205 ff.

Dementsprechend rechtfertigt die Gleichartigkeit der Fallkonstruktion die analoge Anwendung der Regelungen des formellen Insichgeschäftes.

Davon abzugrenzen ist der Geschäftsabschluss mit echten Dritten (s dazu Kapitel 9.5 ff). Der echte Dritte kennzeichnet sich dadurch, dass er ein unmittelbares Eigeninteresse verfolgt und eben nicht bloß substituierend die Interessen des Stellvertreters wahrnimmt. Die soeben genannten Rechtsgeschäfte mit echten Dritten gleichen hinsichtlich des Interessenkonfliktes materiell jenem der Doppelvertretung. Als Paradebeispiel kann der Vertragsschluss des Stellvertreters namens des Machtgebers mit der *Familia suspecta* des Stellvertreters angeführt werden. Aufgrund der vermuteten Nahebeziehung zur *Familia suspecta* wird dem Stellvertreter ein Interessenkonflikt unterstellt. Dieser gleicht jenem bei der formellen Doppelvertretung. Gewissermaßen trägt der Stellvertreter „zwei Seelen in seiner Brust“²⁵⁶ und versucht die Interessen beider Vertragsparteien gleichzeitig zu wahren. Daraus resultiert der Interessenkonflikt. Die Besonderheit bei Geschäften mit echten Dritten liegt allerdings im Vertrauensschutz. Das Vertrauen des Dritten ist aufgrund seines ernstlichen und unmittelbaren Eigeninteresses am Geschäftsschluss schutzwürdig und -bedürftig. Im Hinblick auf die analoge Anwendung der Rechtsfolgen des formellen Insichgeschäftes auf diesen Fall hat es U. Hübner treffend formuliert: „Gewährleistung des Verkehrsschutzes als Voraussetzung und Grenze einer Normenextension“.²⁵⁷ Der Verkehrsschutz müsse als „Teilaspekt der Rechtssicherheit“²⁵⁸ angesehen werden. Insofern erscheint es sachgerechter, die Lehre des Missbrauches der Vertretungsmacht heranzuziehen. Dabei schlägt der Vollmachtmissbrauch nur auf das Außenverhältnis durch, wenn dem Dritten der Interessenkonflikt evident sein muss,²⁵⁹ wobei kaum etwas anderes denkbar ist.

9.7 Manifestationsakt bei materiellen Insichgeschäften

Das mE fragwürdige Erfordernis des Manifestationsaktes bei formellen Insichgeschäften wurde bereits umfassend erörtert (s dazu Kapitel 7). Der Grundgedanke hinter dem Manifestationsakt ist dabei einleuchtend: Die Äußerung des Abschlusswillens des Stellvertreters soll verhindern, dass dieser willkürlich oder manipulativ von dem Geschäft Abstand nehmen kann.²⁶⁰ Den

²⁵⁶ Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 9; Gschnitzer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts² 784.

²⁵⁷ U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 195.

²⁵⁸ U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht 196.

²⁵⁹ Burtscher, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (905 ff).

²⁶⁰ Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1007 Rz 51.

Ursprung des Erfordernisses bildet also der Umstand, dass der Stellvertreter das Rechtsgeschäft durch Willenserklärung an sich selbst, die nach außen nicht notwendig wahrnehmbar ist, zustande bringt. Bei formellen Insichgeschäften fehlt dem Manifestationsakt jedoch grundsätzlich die eigenständige Bedeutung, was mAn dessen Relevanz als Wirksamkeitsvoraussetzung in Frage stellt. Dies liegt daran, dass die Manifestationspflicht regelmäßig mit der nachträglichen Sanierung des Insichgeschäftes endet. Demnach stellt eine nicht geleistete Manifestation (idR) kein absolutes Wirksamkeitshindernis dar (s dazu bereits Gliederungspunkt 7.7).

Im Falle des materiellen Insichgeschäftes besteht eine völlig andere Ausgangslage: Am Vertragsschluss ist eine dritte Person beteiligt. Es gibt also einen Erklärungsempfänger, dem die Willenserklärung des Stellvertreters auch zugehen muss, um das Rechtsgeschäft zustande zu bringen. Nun stellt sich aufgrund der Beteiligung des Dritten am Geschäftsschluss die Frage nach der Erforderlichkeit des Manifestationsaktes für materielle Insichgeschäfte. Aufgrund der Partizipation des „externen“ Vertragspartners wird der Abschlusswille des Stellvertreters nach außen sichtbar. Dies verringert regelmäßig die Gefahr einer manipulativen und einseitigen Zurücknahme der Erklärung des Stellvertreters.

Im Schrifttum bestehen zur Erforderlichkeit des Manifestationsaktes bei materiellen Insichgeschäften divergierende Meinungen. *Baumgartner* und *U. Torggler* sprechen sich für die generelle Entbehrlichkeit des Manifestationsaktes bei materiellen Insichgeschäften aus.²⁶¹ Begründend führen sie aus, dass es einen „externen“ Erklärungsempfänger gibt und der Stellvertreter das Rechtsgeschäft gerade nicht durch Erklärung an sich selbst abschließt. Insofern handle es sich um den „Normalfall“ des Vertragsschlusses iSd §§ 861 ff, 869 ABGB.²⁶²

Abweichend davon meint *Ebner*, dass der Manifestationsakt nicht nur für formelle Insichgeschäfte unerlässlich ist, sondern auch für materielle. Ihr zufolge ist der Manifestationsakt grundsätzlich auch für jedes materielle Insichgeschäft als Abschlussvoraussetzung anzusehen. Die Beteiligung der dritten Person am Geschäftsabschluss kann nicht *per se* die Erforderlichkeit des Manifestationsaktes beseitigen.²⁶³ *Ebner* vertritt nämlich die Auffassung, dass der Manifestationsakt gegenüber einer unabhängigen dritten Person gesetzt werden muss, um den Schutz des

²⁶¹ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 61.

²⁶² *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1007 Rz 61; zust auch *U. Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, *ecolex* 2009, 920 (921).

²⁶³ *Ebner*, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 227.

Machtgebers entsprechend zu gewährleisten.²⁶⁴ Für die Eigen- und Untervertretung kann diese Unabhängigkeit des Dritten jedoch nicht angenommen werden. Die Gefahr einer Manipulation kann für diese Fallgruppen nicht als geringer angesehen werden als beim formellen Selbstkontrahieren. Insofern sei die Setzung des Manifestationsaktes notwendig. Anders verhält es sich bei Vertragsschlüssen mit einem „außenstehenden Dritten“, in diesen Fällen gilt der Manifestationsakt mit der Abgabe der Willenserklärung automatisch als gesetzt.²⁶⁵

Für die Erforderlichkeit der Manifestation bei materiellen Insichgeschäften ist nach hier vertretener Auffassung auf dessen Zweck abzustellen. Der Manifestationsakt soll dem Machtgeber Schutz vor versteckten Manipulationen des Stellvertreters bieten, indem der Abschlusswille des Stellvertreters so deutlich nach außen getragen wird, dass eine manipulative Handlung des Stellvertreters ausgeschlossen ist. Nun bietet sich mAn für die Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit des Manifestationsaktes wiederum eine Unterscheidung der beiden Fallgruppen des materiellen Insichgeschäftes an:

Die Fallgruppe der materiellen Insichgeschäfte ohne Eigeninteresse des Vertragspartners ist gekennzeichnet durch die Zwischenschaltung einer Hilfsperson des Stellvertreters. Zu dieser Fallgruppe zählen der Eigen- und Untervertreter sowie der Strohmann. Allen ist dabei gemein, dass sie kein eigenes Interesse am Rechtsgeschäft verfolgen. Sie handeln ausschließlich im Interesse des Stellvertreters. Die Gleichartigkeit der Interessenkollision begründet die unveränderte Anwendung der Regelungen des formellen Insichgeschäftes. Fraglich ist nun, ob die Zwischenschaltung einer dritten Person als „externer“ Erklärungsempfänger ausreicht, um die Erforderlichkeit des Manifestationsaktes zu beseitigen. Dies ist mMn zu verneinen. Die dritte am Vertragsschluss beteiligte Person verfolgt die Interessen des Stellvertreters und ist somit nicht geeignet, den Machtgeber vor manipulativen Handlungen desselben zu schützen. Damit ist zum Schutz des Machtgebers auch für diese Fallgruppe die Setzung des Manifestationsaktes erforderlich.

Für die zweite Fallgruppe, die Geschäfte mit echten Dritten, spielt der Verkehrs- und Vertrauensschutz des Dritten die zentrale Rolle. Der echte Dritte verfolgt ein unmittelbares Eigeninteresse am Geschäftsschluss und handelt dementsprechend gerade nicht im Interesse des Stellvertreters. Die dennoch drohende Interessenkollision des Stellvertreters wurzelt dabei, ähnlich

²⁶⁴ Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 227; abw dazu Hupka, Die Vollmacht 278, welcher die Setzung des Manifestationsaktes gegenüber unbeteiligten Dritten als unzureichend ansieht; s dazu auch meine Ausführungen oben Kapitel 7.5.

²⁶⁵ Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers 229.

wie bei der formellen Doppelvertretung, am Bedürfnis des Stellvertreters auch die Interessen des echten Dritten zu berücksichtigen. Dennoch ist nach hier vertretener Auffassung die Setzung eines separaten Manifestationsaktes für Geschäfte mit echten Dritten entbehrlich. Der Dritte hat in diesem Fall ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Abschluss und am Bestand des Geschäftes. Damit ist eine einseitige und manipulative Zurücknahme der Willenserklärung des Stellvertreters auszuschließen. Insofern ist durch die Abgabe der Willenserklärung des Stellvertreters dem Zweck des Manifestationsaktes ausreichend genüge getan. Einer zusätzlichen, besonderen Manifestation bedarf es nicht.

10 Fazit

Schließlich bleibt festzuhalten, dass die herrschende Differenzierung zwischen dem Innen- und Außenverhältnis für Insichgeschäfte obsolet ist. Im allgemeinen Stellvertretungsrecht dient die Unterscheidung dem Verkehrs- und Vertrauensschutz des dritten Vertragspartners. Das typische (formelle) Insichgeschäft ist gerade durch das Fehlen einer schutzwürdigen dritten Person gekennzeichnet. Beim Selbstkontrahieren fungiert der Stellvertreter selbst als Vertragspartner des Machtgebers, sodass kein Dritter involviert ist. Bei der Doppel- und Mehrvertretung existiert zwar ein Dritter, nämlich die vom Stellvertreter vertretene Gegenpartei. Dennoch ist auch diese Partei nicht schutzwürdig, da ihr die Erklärungen des Stellvertreters gleichermaßen zuzurechnen sind. Insofern erweist sich diese Differenzierung als bedeutungslos.

Außerdem rechtfertigt die Zurechnung der Willenserklärung des Stellvertreters an den Machtgeber die Gleichbehandlung von Selbstkontrahieren und Mehrvertretung. Bei der Mehrfachvertretung ist kein Machtgeber schutzwürdiger als der andere, da beiden die Erklärung des gemeinsamen Stellvertreters zuzurechnen ist. Insofern sind grundsätzlich beide Erscheinungsformen des formellen Insichgeschäft unzulässig und unwirksam.

Die interne Haftungsverpflichtung des Stellvertreters gem § 1012 Halbs 1 ABGB hat für den pflichtwidrigen Abschluss von Insichgeschäften bloß marginale Bedeutung. Ohne nachträgliche Sanierung durch den Machtgeber gem § 1016 ABGB tritt der Schaden in der Sphäre des Machtgebers gar nicht ein. Sohin kann die nachträgliche Sanierung als Bedingung für den Schadenseintritt deklariert werden. Saniert der Machtgeber das Insichgeschäft und tritt der Schaden ein, scheitert der Ersatzanspruch jedoch grundsätzlich am unterbrochenen Rechtswidrigkeitszusammenhang. Folglich entsteht ohne nachträgliche Sanierung keine Bindung des Machtgebers an das Insichgeschäft und daher fehlt der Schaden. Hingegen tritt bei erfolgter Sanierung zwar der Schaden ein, für die Haftungsbegründung des Stellvertreters fehlt es dann allerdings regelmäßig am Rechtswidrigkeitszusammenhang.

Zum Erfordernis des Manifestationsaktes bleibt nach hier vertretener Auffassung festzuhalten, dass dieser regelmäßig nur eine Verpflichtung des Stellvertreters im Innenverhältnis darstellt. Im Außenverhältnis hat der Manifestationsakt grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung. Die mangelnde Relevanz im Außenverhältnis folgt aus der Heilbarkeit einer fehlenden Manifestation. Solange keine Drittinteressen involviert sind, ist das Fehlen der Manifestation kein absolutes Wirksamkeitshindernis für das Insichgeschäft. Der Machtgeber muss für die Bindung an das Rechtsgeschäft den Vertretungsmangel nachträglich sanieren. Diese nachträgliche Sanierung markiert regelmäßig das *ex lege* Ende der Manifestationspflicht, sofern der Machtgeber

bei bisher nicht geleisteter Manifestation auch zu diesem Zeitpunkt keine Auskunftserteilung vom Stellvertreter einfordert. Insofern kommt die tatsächliche Bedeutung des Manifestationsaktes lediglich im Innenverhältnis zum Ausdruck.

Zuletzt sind materielle Insihgeschäfte aufgrund ihres Umgehungspotentials besonders zu berücksichtigen. Für die Zwischenschaltung einer Hilfsperson des Stellvertreters sind die vorgestellten Rechtsfolgen des formellen Insihgeschäftes unverändert anzuwenden. Unterliegt der Stellvertreter einem Interessenkonflikt beim Geschäftsschluss mit einem echten Dritten, der ein unmittelbares Eigeninteresse verfolgt, sind aufgrund des maßgeblichen Verkehrsschutzes die Regelungen des Missbrauches der Vertretungsmacht anzuwenden. Die Schutzwürdigkeit des „echten“ Dritten hängt dabei von der Evidenz der Interessenkollision ab.

Abschließend bleibt festzustellen, dass aufgrund fehlender gesetzlicher Verankerung und Uneinigkeiten zwischen Lehre und Rechtsprechung erhebliche Unsicherheiten im Bereich der zivilrechtlichen Insihgeschäfte bestehen und weiterhin entstehen. Eine klare Regelung des Gesetzgebers würde Abhilfe verschaffen. Von großer Bedeutung dabei wäre eine unmissverständliche Bestimmung in Bezug auf das Erfordernis des Manifestationsaktes.

Literaturverzeichnis

Arnold, Nikolaus, Privatstiftungsgesetz Kommentar⁴, 2022.

Barta, Heinz, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken², 2004.

Burtscher, Bernhard, Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, 2019.

Bydlinski, Peter, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁹, Band 1, 2021.

Bydlinski, Peter/Perner, Stefan/Spitzer, Martin (Hrsg), KBB⁷ – Kurzkomentar zum ABGB, 2023.

Häublein, Martin, VO-Skript zum AT des BürgR (WS 2023/24).

Häublein, Martin, Wirksame Willenserklärungen Geschäftsunfähiger – geht das? in *Dehn/Heinrich-Pendl/Jesser-Huß/Pendl/Schoditsch/Terlitza* (Hrsg), Festschrift für Peter Bydlinski, 2022.

Ebner, Daniela, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers, 2014.

Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁶: Band 1 Allgemeiner Teil, 1925.

Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (Hrsg), Großkommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ – Klang Kommentar – ABGB §§ 1002 bis 1044, 2019.

Foglar-Deinhardstein, Heinrich/Aburumieh, Nora/Hoffenscher-Summer, Alexandra (Hrsg), GmbHG Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2017.

Freudenthaler, Christoph/Wiesinger, Harald, Die Stellvertretung, JAP 2005/2006/10.

Gschnitzer, Franz/Faistenberger, Christoph/Barta, Heinz (Hrsg), Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts², 1966.

Harrer, Friedrich/Neumayr, Matthias/Told, Julia (Hrsg), Organhaftung – Verantwortlichkeit im Unternehmen, 2022.

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg), BeckOK BGB: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 68. Edition 1.11.2023.

Hupka, Josef, Die Vollmacht. Eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.

Hübner, Ulrich, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht: Eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des § 181 BGB, 1977.

Klang, Heinrich, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², 4. Band, 1951.

Kletecka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2017.

Lukas, Meinhard/Geroldinger, Andreas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ – Rummel/Lukas/Geroldinger, 2022.

Perner, Stefan/Spitzer, Martin/Kodek, Georg, Bürgerliches Recht⁷, 2022.

Ratka, Thomas/Rauter, Roman/Völkl, Clemens, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht⁴, Band 2 Gesellschaftsrecht, 2020.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁹, 2021.

Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵, Band 6, 2021.

Schwimann, Michael/Neumayr, Matthias (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁵, 2020.

Straube, Manfred/Ratka, Thomas/Rauter, Roman Alexander (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2023.

Torggler, Ulrich, Insichgeschäfte, insb Doppelvertretung bei der Einpersonen-GmbH, wbl 2000, 389.

Torggler, Ulrich, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen Insichgeschäften“, ecolex 2009, 920.

Welser, Rudolf/Koziol, Helmut/Kletecka, Andreas, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁵, Band I, 2018.

Welser, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁴, Band II, 2015.

Judikaturverzeichnis

RIS-Justiz RS0031257.

RIS-Justiz RS0019621.

RIS-Justiz RS0049147.

RIS-Justiz RS0121199.

RIS-Justiz RS0019639.

RIS-Justiz RS0022933.

RIS-Justiz RS0028129.

RIS-Justiz RS0038756.

RIS-Justiz RS0019350.

RIS-Justiz RS0037797.

RIS-Justiz RS0039939.

RIS-Justiz RS0019572.

RIS-Justiz RS0014374.

RIS-Justiz RS0014147.

RIS-Justiz RS0019684.

RIS-Justiz RS0108252.

RIS-Justiz RS0049183.

RIS-Justiz RS0011144.

RIS-Justiz RS0059793.

RIS-Justiz RS0113487.

OGH 17.12.2008, 2 Ob 246/08b.

OGH 2.3.1982, 5 Ob 4/82.

OGH 6.10.1987, 5 Ob 83/87.

OGH 6.11.1979, 5 Ob 764/78.

OGH 28.1.1992, 5 Ob 1084/91.

OGH 3.7.1985, 3 Ob 51/85.

OGH 18.2.1981, 1 Ob 719/80.

OGH 16.4.1996, 4 Ob 2024/96t.

OGH 15.12.1999, 6 Ob 73/99z.

OGH 25.3.2010, 5 Ob 179/09y.

OGH 12.4.2000, 4 Ob 71/00w.

OGH 11.6.2002, 5 Ob 99/02y.