

(7 Ob 37/89 SZ 62/168 = JBl 1990, 316; 7 Ob 12/90 RdW 1992, 15; 7 Ob 2224/96 a SZ 70/15; 7 Ob 380/97 a SZ 71/37; 7 Ob 81/08 p; 7 Ob 127/99 y SZ 72/96: „ein Maßstab, der den Kriterien der §§ 914f ABGB weitgehend entspricht“; 7 Ob 41/01 g SZ 74/46). **ÖNormen** sind objektiv auszulegen (3 Ob 2327/96 v ecolex 1997, 87).

**Im Verbandsprozess** ist generalisierende Auslegung „im kundenfeindlichsten Sinne“ geboten (2 Ob 523/94 wbl 1994, 344; stRsp).

Zur (im Grundsatz zulässigen, wenngleich wegen des Vorranges des dispositiven Rechts besonders vorsichtig zu handhabenden) **ergänzenden Auslegung von AGB** *Rießmann*, BB 1987, 843; 2 Ob 28/93 JBl 1994, 44 (AÖSp), 7 Ob 41/01 g SZ 74/46; *Fenyves/Krejci*, VR 2009, 22 ff sowie die Rsp zu Zinsanpassungsklauseln (zB 1 Ob 68/05 i ÖBA 2006, 445 u 1 Ob 162/05 ÖBA 2006, 450 [Rummel]; 6 Ob 172/05 w JBl 2006, 658); ergänzende Auslegung verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG (zutr zB *Schauer*, RdW 2011, 267 zu Dauerrabattklauseln in Versicherungsverträgen; s auch *Schauer*, RdW 2012, 639; differenzierend *Vonkilch* in FS Kerschner 105 ff). Das gilt auch nach EuGH C-618/10, *Banesto* (zutr *Schauer*, RdW 2012, 639; s auch *Geroldinger*, ÖBA 2013, 27). Im **Verbandsprozess** ist ergänzende Vertragsauslegung „kein allgemeines Auslegungsmittel“ (8 Ob 49/12 g ÖBA 2012/1840, 619); das ergibt sich aus den dort verfolgten Zwecken, dem Grundsatz kundenfeindlichster Auslegung (Rz 35), dem Verbot geltungserhaltender Reduktion u insb der Aufgabe des Verbandsprozesses, der nicht ein bestimmtes Vertragsverhältnis befriedigend u möglichst geltungserhaltend idS konkreten Parteiinteressen regeln, sondern verpönte Klauseln aus dem Rechtsbestand eliminieren soll.

Auslegung der AGB gehört nach 3 Ob 388/59 HS 444/61 (für AÖSp) zur **rechtl Beurteilung**; es gilt allg das zu § 914 Rz 42 ff Ausgeführte; **Revisibilität** müsste wie bei sonstiger Überprüfung von Vertragsauslegung beschränkt sein (vgl idS RIS-Justiz RS0122393), insb die Beurteilung der „Ungewöhnlichkeit“ ist von der Kasuistik des Einzelfalls geprägt u daher grundsätzl keine erhebl Rechtsfrage (3 Ob 72/07 w); doch sollten die Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO generell bei **AGB mit weiter Verbreitung** öfter erfüllt sein als bei Individualverträgen; die neuere Judikatur lässt daher auch für die Auslegung die Revision großzügig zu (10 Ob 47/08 x ecolex 2009/331; 10 Ob 70/07 b ÖBA 2009/1588, 922; 3 Ob 35/10 h ÖBA 2011/1709, 267).

## Erfordernisse eines gültigen Vertrages:

### 1. Fähigkeiten der Personen;

**§ 865.** Kinder unter sieben Jahren und Personen über sieben Jahre, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind – außer in den Fällen des § 170 Abs. 3 – unfähig, ein Versprechen zu machen oder es anzunehmen. Andere Minderjährige oder Personen, denen ein Sachwalter bestellt ist, können zwar ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen; wenn sie aber eine damit verknüpfte Last übernehmen oder selbst etwas versprechen, hängt – außer in den Fällen des § 170 Abs. 3 und des § 280 Abs 2 – die Gültigkeit des Vertrages nach den in dem dritten und vierten Hauptstück des ersten Teiles gegebenen Vorschriften in der Regel von der Einwilligung des Vertreters oder zugleich des Gerichtes ab. Bis diese Einwilligung erfolgt, kann der andere Teil nicht zurücktreten, aber eine angemessene Frist zur Erklärung verlangen.

*IdF BGBl I 2013/15.*

**Literatur:** *Beclin*, Die wichtigsten Neuerungen durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, JAP 2001/02, 121; *M.Binder*, Der Minderjährigenschutz auf dem Prüfstand – am Beispiel der geplanten Aufhebung des § 866, in FS Kohlegger (2001) 43; *Dullinger*, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ 1986, 202; *Dullinger*, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, ÖJZ 1987, 33; *Dullinger*, Zur Prozeßfähigkeit minderjähriger und geistig behinderter Personen, RZ 1989, 6; *Dullinger*, Bankgeschäfte Minderjähriger, ÖBA 2005, 670, 791; *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293; *Fischer-Czermak*, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004, 302; *Fischer-Czermak*, Zur Haftung beschränkter Geschäftsfähiger aus culpa in contrahendo, in FS Reischauer (2010), 117; *Gitschthaler*, Prozess- und Verfahrensfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, RZ 2003, 175; *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004, 81, 121; *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485, 530; *Iro*, Verfügungen über Girokonten nicht voll Geschäftsfähiger, ÖBA 1986, 503; *Koziol*, Verbraucherschutz als Selbstzweck oder als Mittel sachgerechter Interessenwahrung? in FS Mayrhofer (2002) 103; *Kremzow*, Österreichisches Sachwalterrecht (1984); *Lukas*, Die Geschäftsfähigkeit und gesetzliche Vertretung Minderjähriger im österreichischen Privatrecht unter dem Blickwinkel der „UN-Konvention über die Rechte des Kindes“, in *Rauch-Kallat/Pichler* (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1994) 291; *Maurer/Tschugguel*, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis<sup>2</sup> (1997); *Mayr*, Bankgeschäfte Jugendlicher als rechtspolitisches Problem, ÖBA 1994, 695; *H. Pichler*, Bemerkenswertes im Recht der Geschäftsfähigkeit und der Ehemündigkeit, ÖAV 1973, 50; *H. Pichler*, Die Verträge Minderjähriger, ÖA 1979, 3; *Reindl*, Änderungen im Recht der Geschäftsfähigkeit? JBl 1970, 57; *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997); *Rubin*, Die Löschungsklage des Geschäftsunfähigen, ecoloex 2011, 684; *Schwimmann*, Die Institution der Geschäftsfähigkeit (1965); *Steinbauer*, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem neuen Sachwalterrecht, ÖJZ 1985, 385, 427; *Steininger*, Vertragsabschlüsse in Unkenntnis der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Partners, in FS Schwarz (1991) 543; *Strasser*, Spargeschäft mit Minderjährigen (1974); *Weitzenböck*, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 1; *Welser*, Die Neuordnung der Geschäftsfähigkeit und ihre Problematik, VR 1973, 146; *Welser*, Gegenständlich beschränkte (partielle) Testierunfähigkeit, NZ 1987, 169; *Wesely/Eugen*, Ich war es nicht! oder: Haftung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Geschäftsunfähige, MR 2003, 3; *Zemen*, Teilnichtigkeit bei Kreditverträgen beschränkter Geschäftsfähiger, ÖBA 1991, 507; s auch Literatur Vor §§ 151 – 153, bei § 151 sowie bei §§ 273 f (jeweils 3. Aufl).

**Übersicht**

	Rz
I. Allgemeines . . . . .	1
II. Geschäftsunfähigkeit . . . . .	2
III. Beschränkte Geschäftsfähigkeit . . . . .	6
IV. Schwebende Unwirksamkeit . . . . .	8
V. Genehmigung . . . . .	11
VI. Schutz Dritter . . . . .	20

**I. Allgemeines**

**1** § 865 ist **durch das KindRÄG 2001 nur terminologisch angepasst** worden; das **SWRÄG** hat die Verweisung (auf § 280) geändert. Die Norm regelt iVm §§ 170, 171, 175 die **Geschäftsfähigkeit Minderjähriger** u iVm § 280 die **von Personen unter Sachwalterschaft**. Nach § 280 begründet **Sachwalterbestellung** eine je nach Ausmaß der Behinderung u Anzahl der zu besorgenden Angelegenheiten abgestufte Geschäftsfähigkeit. Diese entspricht nach § 865 S 2 mindestens jener der unmündigen Minderjährigen, kann aber dem Umfang nach über diejenige eines mündigen Minderjährigen hinausgehen. Nach zutr hA geht aber S 1 dann vor, wenn diesen Personen der Gebrauch der Vernunft überhaupt fehlt (§ 273 Rz 7 mwN [3. Aufl]); *Koziol/Welser* I<sup>13</sup> 62; *Gitschthaler*, JBl 1991, 501; 5 Ob 512/92 SZ 65/138 [zur Voll-

machtserteilung]; 4 Ob 525/94 SZ 67/86; 1 Ob 62/01 a Miet 53.013). Die nach dem Gesetzestext denkbare Annahme, dass Sachwalterbestellung solchen Personen zu beschränkter Geschäftsfähigkeit verhilft, wird nicht mehr vertreten. **Prozesshandlungen** solcher Personen sind jedenfalls genehmigungsfähig (5 Ob 512/92 SZ 65/138).

Für **Testierfähigkeit** bestehen Sonderregeln, s bei §§ 566 ff u 1250. Zur Zurechnung eines **geschäftsunfähigen Organs einer Gesellschaft** 1 Ob 137/00 d EvBl 2001/93.

## II. Geschäftsunfähigkeit

**Personen unter sieben Jahren (Kinder) sind geschäftsunfähig**, s auch § 21 Rz 8 (3. Aufl). Sie **2** können – mit Ausnahme des § 170 Abs 3 – keinerlei rechtl relevante Willenserklärung abgeben, auch wenn sie nur vorteilhaft für sie wäre (2 Ob 487/61 JBl 1962, 500). *Welser*, VR 1973, 153 befürwortet aber mit Recht Analogie des § 170 Abs 3 (früher: § 151 Abs 3) für kleine Schenkungen. Heilung der Geschäfte von Kindern durch Genehmigung scheidet ebenso aus wie rückwirkende Bestätigung nach Eintritt der Geschäftsfähigkeit (6 Ob 322/65 SZ 38/217 = JBl 1966, 313; 3 Ob 16/76 JBl 1976, 489; 9 ObA 284/99a EvBl 2000/96 1 Ob 280/01 k EF 100.653 ua; zu einem Sonderfall unwirksamen Kuratorhandelns 4 Ob 546/71 JBl 1971, 473).

Die **Nichtigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen** u unverzichtbar (7 Ob 169/72 EvBl **3** 1973/86). Das von 3 Ob 601/89 SZ 63/35 geforderte „rechtliche Interesse an der Nichtigkeitsklärung“ (s schon – enger u mE zutr – 7 Ob 598/76 RZ 1977/60) kann nur aus verfahrensrechtl Gründen des konkreten Begehrens verlangt werden; an sich kann sich jedermann auf die Nichtigkeit berufen. Zum (fehlenden) Gutgläubensschutz s Rz 20. Eine **Verjährung der Geltendmachung** kommt entgegen 3 Ob 201/10 w JBl 2011, 182 nicht in Betracht (zutr *Geroldinger*, JBl 2011, 182 [Anm]; *Rubin*, *ecolex* 2011, 685); vielmehr verjähren nur die aus der Nichtigkeit folgenden Ansprüche; idR nach § 1478. Eine generelle Analogie zu § 1487 scheidet jedenfalls aus (zutr 3 Ob 201/10 w).

**Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind** ebenfalls (ohne Rücksicht auf **4** [damalige] Entmündigung [3 Ob 62/60 JBl 1960, 558, vgl auch zB 5 Ob 604/84 SZ 58/192 = JBl 1986, 778] bzw nunmehr Sachwalterbestellung, s Rz 1) **geschäftsunfähig**. Dafür bedarf es grundsätzl vollkommener Unfähigkeit, die Bedeutung rechtsgeschäftl Handlungen zu erkennen, also Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, die (so die Rsp vor dem SachwG) volle Entmündigung rechtfertigen würde, dh dem Geisteszustand eines noch nicht 7-jährigen entspricht (8 Ob 9/62 Miet 9357; 3 Ob 44/57 RZ 1957, 107; im Prinzip unstr).

**Darüber hinaus lässt neuere Rsp** (eingehend 1 Ob 748/76 JBl 1977, 537; seither 6 Ob 792/82 **5** SZ 55/166; 1 Ob 679/85 NZ 1987, 14; 3 Ob 601/89 SZ 63/35; 3 Ob 562/95 SZ 68/161; 8 ObA 223/95 DRdA 1996, 224 [*Dullinger*]; in concreto zutr, aber mit gefährl weitgehenden allg Formulierungen – „tangiert“ – 5 Ob 1531/93 RZ 1994/54 ua; seither zB 5 Ob 22/02 JBl 2002, 655 = ÖBA 2002, 1023; zutr strenge Anforderungen in 6 Ob 44/13 h JBl 2013, 721 in Klarstellung zu den vorigen E) mit *Ehrenzweig*, AT 180 u *Koziol/Welser* I<sup>13</sup> 60 auch durch Geisteskrankheit oder -schwäche oder eine psychische Krankheit bedingte **vollkommene Unfähigkeit, die Tragweite eines bestimmten Geschäfts einzusehen**, ausreichen, um Ungültigkeit zu bejahen (s auch 10 Obs 87/92 SSV-NF 6/52; § 21 Rz 5 [3. Aufl]; *Kremzow*, Sachwalterrecht 150; *Steinbauer*, ÖJZ 1985, 428; *Iro*, ÖBA 1986, 503; *Welser*, NZ 1987, 169; *Maurer/Tschugguel*, Sachwalterrecht<sup>2</sup> 72). Das kann man mit der neueren Rsp als **partielle Geschäftsunfähigkeit** bezeichnen (die von *Koziol/Welser* gewählte Bezeichnung „beschränkte“ Geschäftsfähigkeit sollte für die Regelfälle der Minderjährigkeit u Sachwalterschaft reserviert bleiben; schon weil es in den hier einschlägigen Fällen an der Möglichkeit der Genehmigung fehlt). Es erspart Umwege über § 869 (dort

Rz 6 aE) u korrespondiert mit der unstr Tatsache, dass – spiegelbildl – auch ein grundsätzl Geschäftsunfähiger, falls nicht ein Sachwalter bestellt ist, in einem „lichten Augenblick“ gültig handeln kann (*Ehrenzweig*, AT 179; § 21 Rz 6 [3. Aufl]). Außerdem kann Geschäftsunfähigkeit iSv § 865 **auch vorübergehend**, zB bei Volltrunkenheit, vorliegen (vgl 2 Ob 424/65 SZ 39/4). Bloßer **Intelligenzmangel**, der die Einsicht in ein bestimmtes Geschäft verhindert, macht dieses nicht ungültig (5 Ob 68/58 SZ 31/48 = EvBl 1958/219).

### III. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

- 6 Beschränkte Geschäftsfähigkeit** iSv §§ 170 f, 865 S 2 kann nie auf diese Weise, sondern – **außer durch Minderjährigkeit** – **nur durch Sachwalterbestellung** nach §§ 268 ff entstehen, vgl § 280 (früher durch beschränkte Entmündigung; verfehlt Instanzgericht in 7 Ob 89/73 SZ 46/70 = JBl 1974, 207 = EvBl 1973/315; wohl auch 3 Ob 4/12 b EvBl 2012/94; vgl auch *Dullinger*, DRdA 1996, 224 [Anm zu 8 ObA 223/95]; unzutr noch *Dullinger*, JBl 1991, 113 [Anm zu 1 Ob 529/90]; missverständlich auch *Apathy/Riedler* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 865 Rz 1; ausdrückl aM § 21 Rz 5 [3. Aufl]). **Leichtere Sinnesverwirrung**, zB infolge Trunkenheit, wird von der Rsp zT als mangelnde Ernstlichkeit iSv § 869 (dort Rz 6; sowie § 21 Rz 7 [3. Aufl]) gewertet. In Wahrheit greift aber neben den geschilderten Fällen **partieller** Geschäftsunfähigkeit wohl nur § 879, insb Abs 2 Z 4, ein.
- 7 Beschränkt geschäftsfähig** iSv § 170 Abs 2, § 171 sind Personen zwischen vollendetem 7. u 14. Lebensjahr (unmündige) u zwischen 14. u 18. Lebensjahr (mündige Minderjährige) sowie Personen, denen ein Sachwalter gem §§ 268 ff bestellt wurde (s aber Rz 1!). § 865 S 2 ermöglicht ihnen den eigenmächtigen Abschluss von Geschäften, die „**bloß zu ihrem Vorteil gemacht**“ sind u zum „**ordentlichen Wirtschaftsbetrieb**“ iSd § 167 Abs 3 gehören (dazu u zum Folgenden eingehend *Dullinger*, ÖJZ 1987, 33 ff; s auch § 154 Rz 13 [3. Aufl]). Die **Vertretungsmacht des gesetzl Vertreters** wird dadurch – anders als bei Eigenberechtigung nach § 170 Abs 2 u § 171 (dazu § 151 Rz 4; § 152 Rz 1; §§ 154 f Rz 1 a [je 3. Aufl]) – nicht beschränkt. Die **Ablehnung vorteilhafter Geschäfte durch den Minderjährigen** ist zustimmungsbedürftig. „**Bloß vorteilhaft**“ ist ein Geschäft nicht schon dann, wenn es wirtschaftl günstig ist (unstr), sondern nur bei Fehlen jegl rechtl, wirtschaftl u sonstigen Pflichten, Lasten oder Nachteile. Beim Kaufvertrag über ein Auto hindert daher schon die Gegenleistungspflicht die Wirksamkeit des Geschäfts, sodass es auf die mögl Haftung aus EKHG nicht ankommt (so aber wohl 2 Ob 261/52 SZ 25/87 = EvBl 1952/210). Unentgeltl Geschäfte, die Rückgabepflichten begründen (Leihe, Darlehen), bedürfen der Zustimmung (unstr). Bei Schenkungen wird die Eigenberechtigung nicht nur durch Auflagen ausgeschlossen (so aber *Strasser*, Spargeschäft 21), sondern auch durch öffentl- oder privatrechtl Lasten (zB Grunderwerbsteuer, Hypothek) sowie durch wirtschaftl (zB Tierhaltungskosten; so auch 1 Ob 719/80 SZ 54/20; *Koziol/Welser* I<sup>13</sup> 55 f) u sonstige Nachteile (zB Gesundheitsgefährdung). Eine Stiftungserklärung ist auch dann nicht bloß vorteilhaft, wenn der Minderjährige kein eigenes Kapital einbringt (6 Ob 332/98 m RZ 1999/69 = wbl 1999, 327). Gültig aufgrund familienrechtl Spezialregeln sind gewisse Erklärungen im höchstpersönl Bereich des Minderjährigen, zB die Namensbestimmung anlässl der Eheschließung, vgl § 93 Rz 3 (3. Aufl), oder zu medizinischen Eingriffen, s bei §§ 154 f (3. Aufl). Zur antizipierten Erbfolge *Eccher*, Erbfolge 185 ff.

### IV. Schwebende Unwirksamkeit

- 8** Andere Geschäfte der beschränkt Geschäftsfähigen sind ohne Mitwirkung des gesetzl Vertreters u allenfalls des Gerichts (§ 167 Abs 3) **schwebend unwirksam**. Da bis zur Genehmigung

auch keine Leistungspflicht des Partners (wie beim „negotium claudicans“ des röm Rechts) besteht, ist die Bezeichnung „hinkendes Rechtsgeschäft“ nicht glücl. Wird die notwendige Genehmigung des Gerichts versagt, so ist der Schwebezustand beendet, eine nachträgl einseitige Bestätigung des geschäftsfähig Gewordenen scheidet aus (vgl GlU 2963; 4 Ob 50/76 SZ 49/79). Bei **Beteiligung mehrerer**, von denen nur einzelne beschränkt geschäftsfähig sind, gilt § 878 S 2 analog (3 Ob 562/95 SZ 68/161; 5 Ob 57/02x JBl 2003, 53). **Einseitige Rechtsgeschäfte** sind grundsätzl gleichzubehandeln, doch darf der Schwebezustand für den Gegner keine Nachteile bringen, zB eine Frist verkürzen. In solchen Fällen ist das Geschäft – wie bei Beifügung einer Bedingung, vgl § 897 Rz 16 – unwirksam, wenn ihm nicht vorher oder noch rechtzeitig zugestimmt wurde. Für generelle Unwirksamkeit *Gschnitzer* in *Klang* IV/1<sup>2</sup> 88 FN 2; für Wirksamkeit *Wolff* in *Klang* I/1<sup>2</sup> 150. Wie hier im Ergebnis *Strasser*, Spargeschäft 27: Genehmigung wirke ex nunc (vgl auch 2 Ob 508/78 SZ 51/30: Vaterschaftsanerkenntnis alten Rechts). Zur **Vollmachtserteilung an Anwalt** 1 Ob 47/48 SZ 21/69; 7 Ob 530/55 SZ 28/259. Zum verwandten Problem der Bedingung § 897 Rz 16; zur Einwilligung in **Heilbehandlung** u **Schwangerschaftsabbruch** § 16 Rz 17 (3. Aufl); s bei §§ 154f (3. Aufl); *Resch*, Einwilligung 120 ff; zum **Zugang** von Erklärungen § 862a Rz 5; zur Inanspruchnahme von „**Mehrwertdiensten**“ (Sexhotlines etc) *Wesely/Eugen*, MR 2003, 3; 5 Ob 278/02x; zur **stillschweigenden Verlängerung eines Mietvertrages** 3 Ob 308/01 t JBl 2003, 182.

Der Minderjährige ist während des Schwebezustandes zwar gebunden (*Gschnitzer* in *Klang* IV/1<sup>2</sup> 89), doch ist Verletzung dieser Bindung praktisch sanktionslos (zutr *Strasser*, Spargeschäft 25). Hingegen sind **gesetzl Vertreter u Gericht** in ihrer Entscheidung **gegenüber dem Dritten völlig frei**. Der Dritte hat im Verfahren um gerichtl Genehmigung keine Parteistellung (1 Ob 18/46 EvBl 1946/144 = JBl 1946, 165; 2 Ob 561/50 SZ 23/240; 1 Ob 160/57 SZ 31/52; 3 Ob 4/12b EF-Z 2012/79); wohl aber Anspruch auf Bestätigung der Rechtskraft (LG Korneuburg 23 R 73/10p NZ 2011/82 [*Hoyer*]). Zur Pflicht, sich um Genehmigung zu bemühen, zu weitgehend 1 Ob 160/57 SZ 31/52, wonach diese auch den Minderjährigen treffen soll; zutr in casu für gesetzl Vertreter, da er auch selbst Vertragspartner war. Richtig 3 Ob 500/58 SZ 31/156: Der Dritte hat nur das Fristsetzungsrecht des § 865 (s Rz 10). **Ersetzung der Zustimmung** des gesetzl Vertreters durch das Gericht ist ausgeschlossen (§§ 176 ff Rz 5 [3. Aufl]; 10 Ob 117/07i Miet 60.085).

Da der **Partner** an seine Erklärung während des Schwebezustandes nach allg Regeln wie an ein Offert (§ 862 Rz 5) **gebunden** ist (3 Ob 31/55 EvBl 1955/202 = JBl 1955, 409; 1 Ob 160/57 SZ 31/52; s auch 4 Ob 525/94 SZ 67/86; aM ohne überzeugende Begründung *Steininger* in FS Schwarz 551; wie hier hL, *Lukas* in *Rauch-Kallat/Pichler*, Entwicklungen 323 f; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 865 Rz 8), kann er (nur) dem gesetzl Vertreter u damit mittelbar auch dem Gericht gem § 3 eine **angemessene Frist zur Genehmigung** setzen. Die Angemessenheit der Frist richtet sich (vergleichbar § 862, s dort Rz 3) nach den Umständen des Geschäfts, hier insb nach der Zahl der Zustimmungsberechtigten. Erfolgt die Genehmigung in dieser Frist nicht oder wird sie verweigert, so erlischt die Bindung. Eine zu kurze Frist ist unwirksam (3 Ob 17/08h EF-Z 2008/143 [*Hawel*]); ob sie sich durch Gewähren, ähnl § 918, dort Rz 15 (3. Aufl), verlängert, ist zweifelhaft, mit 3 Ob 17/08h aber richtigerweise abzulehnen.

## V. Genehmigung

Die nachträgl **Genehmigung** kann ebenso wie vorherige Einwilligung **dem Dritten oder dem Minderjährigen gegenüber** (ausdrücl oder konkludent) erklärt werden (4 Ob 525/94 SZ 67/86); bei Fristsetzung wird man aber verlangen müssen, dass die Genehmigung dem Gegner



fristgerecht zugeht. Mittels Fristsetzung kann der Dritte den Vertreter auch zur Wiederholung der dem Minderjährigen erklärten Genehmigung zwingen (*Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup> 89f*). **Vorherige Einwilligung** lässt das Geschäft von vornherein wirksam zustande kommen. Zum Verhältnis der Eltern zueinander u zur gerichtl Genehmigung, die nur ausdrückl durch Beschluss erfolgen kann, s §§ 154, 154a Rz 12 (3. Aufl ErgBd). **Nach Erlangung der Handlungsfähigkeit** kann nur noch der Minderjährige selbst genehmigen (LGZ Wien 41 R 88/82 Miet 34.184; s auch Rz 14 zum Schriftformerfordernis).

Genehmigung des **Verpflichtungsgeschäftes** deckt idR auch die Verfügung; das gilt auch für **gerichtl** Genehmigung gem § 167 Abs 3; aM *Iro*, ÖBA 1986, 507, der die Erfüllung generell als Maßnahme der ordentl Verwaltung idS § 164 ansieht (insoweit anders mit Recht §§ 149f Rz 2 [3. Aufl]).

- 12 Genehmigung macht das Geschäft rückwirkend voll wirksam.** Nach dem Tode des Pflegebefohlenen kann eine gerichtl Genehmigung nicht mehr erfolgen (5 Ob 391/59 SZ 32/106; 3 Ob 308/01 t JBl 2003, 182; ebenso für den gesetzl Vertreter die hL, zB *Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup> 90 mN*). **Bestätigung** durch den bisher beschränkt Geschäftsfähigen selbst nach Erlangung der Geschäftsfähigkeit steht Genehmigung gleich (2 Ob 508/78 SZ 51/30; 1 Ob 31/98 k ÖBA 1998, 722; unstr).
- 13** Die Sanierungswirkung von Bestätigung u Genehmigung gilt allerdings **nur bei noch aufrechtertem Schwebezustand**, wenn also nicht durch Versagung der Genehmigung die Bindung des anderen Teils schon erloschen war. Die **Rückwirkung der Genehmigung gegenüber außen stehenden Dritten** wird wohl wie in § 184 Abs 2 BGB zu beschränken sein: Keine rückwirkende Beseitigung eigener ggt Verfügungen oder solcher durch Zwangsvollstreckung (ebenso *Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup> 90*); darüber hinaus scheint 2 Ob 8/84 SZ 57/61 generell die Rückwirkung einer Genehmigung gegenüber Dritten in Zweifel zu ziehen, was durch die dortigen Zitate nicht gedeckt ist. Der E ist nur in concreto zuzustimmen: Keine Unterbrechung der Verjährung durch Klage eines Nichtberechtigten, dessen Aktivlegitimation erst durch Genehmigung saniert werden soll; vgl § 1497 Rz 6 (Abs 1 aE) (3. Aufl). Die E 5 Ob 57/02x SZ 2002/64, die sich eingehender mit dem Problem auseinandersetzt, bejaht Rückwirkung der Genehmigung des Gerichts, wenn dem Vermieter durch den genehmigten Eintritt des Minderjährigen in das Mietverhältnis kein Nachteil entsteht. Sie ist für das eben behandelte Problem der Rückwirkung **gegenüber Dritten** nicht wirkl einschlägig; Rückwirkung **inter partes** (wie in casu) ist ja unbestritten. Rückwirkung ohne Einschränkung bejaht LGZ Wien 38 R 187/01 h Miet 53.285.
- 14** Seit dem KindRÄG 2001 bedarf die Bestätigung des Geschäfts durch den volljährig Gewordenen selbst gem § 168 der **Schriftform** (dazu §§ 154, 154a Rz 17 d [3. Aufl ErgBd]).
- 15** Die **Genehmigung** des gesetzl Vertreters ist als einseitige Willenserklärung **wegen Irrtums anfechtbar** (§ 876; § 901 greift nur ein, wenn das zu genehmigende Geschäft **für den Minderjährigen** unentgeltl ist); erfolgte sie (auch als vorherige Einwilligung) gegenüber dem Pflegebefohlenen, wird man die Voraussetzungen der §§ 870 ff doch in der Person des Dritten prüfen müssen, sobald dieser auf die Gültigkeit des Geschäfts vertraut hat.
- 16** Die Genehmigung kann wegen **Sittenwidrigkeit** unwirksam sein. Bei Prüfung dieser Frage ist das Kindeswohl (§§ 138, 164) wichtiger Maßstab, insb in Kollisionsfällen wird Nichtigkeit anzunehmen sein. Bei vorheriger Zustimmung wird vor allem eine zu generelle Erklärung unter Vernachlässigung der Aufsichtspflicht an § 879 scheitern (*Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup> 88*; hL).

- Wegen § 865 S 3 ist mE auch **bedingte Genehmigung** zulässig, denn durch Fristsetzung kann der Vertragspartner sein Interesse an Klarstellung stets durchsetzen (aM *Gschnitzer in Klang* III<sup>2</sup> 658). **17**
- Für die **Reichweite der Genehmigung** kommt es im Prinzip auf deren Auslegung nach allg Regeln an (anders für Genehmigung **des Gerichts**, s *Rummel*, ÖBA 1996, 631 [Anm zu 10 Ob 509/96]). Die **Form** sollte sich – mangels gesetzl Regel wie § 182 Abs 2 BGB – generell nach dem Formzweck richten. **18**
- § **865 S 3 gilt analog** für andere Fälle, in denen ein Teil für ein Geschäft einer Genehmigung bedarf; so für Behörde 3 Ob 500/58 SZ 31/156 (ob man das als „beschränkte Geschäftsfähigkeit“ bezeichnen sollte, ist zweifelhaft; vgl zu § 867); für Konkursmasse 1 Ob 141/46 SZ 21/5; für Genehmigung der Wahl eines minderjährigen Arbeitnehmers, eine Entlassung als wirksam anzusehen, 8 Oba 297/99f EvBl 2000/179 = Arb 12.014; für Abhandlungsgericht 9 Ob 221/02 v EF 100.658. Über Genehmigung beim Geschäft des falsus procurator § 1016 Rz 12ff (3. Aufl). **19**

## VI. Schutz Dritter

- Der **gute Glaube des Dritten** an die Geschäftsfähigkeit oder das Vorliegen einer Genehmigung wird **nicht geschützt** (6 Ob 703/87 NZ 1989, 38; unstr). Zur ausnahmsweisen Sittenwidrigkeit einer Berufung auf Geschäftsunfähigkeit 6 Ob 322/65 SZ 38/217. **Sonderregel in Art 13 Rom I-VO**. Zur **Haftung** des beschr Geschäftsfähigen wegen **Irreführung** über die Geschäftsfähigkeit s Rz 24f. Zur Haftung einer **Gesellschaft** für Handlungen des geschäftsunfähigen Geschäftsführers 1 Ob 137/00 d SZ 73/186. **20**
- Zur **Erfüllung wirksamer Geschäfte durch Minderjährige** vgl § 1434 Rz 5 ff (3. Aufl); zur **Leistung an Minderjährige** § 1434 Rz 9 (3. Aufl); zur **Rückabwicklung unwirksamer Geschäfte** §§ 877, 1432 f; zum Wegfall der Bereicherung in solchen Fällen s § 877 Rz 6; allg § 1437 Rz 12 (3. Aufl). Bei Vorleistung gilt § 1434. **21**
- Zur Wirkung **nachträgl Handlungsunfähigkeit** vgl bei den einzelnen Rechtsgeschäften; zB § 862 für Antrag; § 1022 für Vollmacht, s §§ 1020 ff Rz 28 b; § 1018 Rz 3 (je 3. Aufl). **22**
- Beweislast** für Handlungsfähigkeit: 1 Ob 452/51 SZ 24/179; 2 Ob 2390/96a JBl 1997, 450; 3 Ob 211/08 p Miet 60.086. Danach wird grundsätzl **Handlungsfähigkeit vermutet**. Ist generelle Handlungsunfähigkeit nachgewiesen, muss lucidum intervallum beweisen, wer sich darauf beruft. Feststellung der persönl Eigenschaften beim Vertragsschluss ist Tatfrage, der daraus gezogene Schluss auf Handlungsfähigkeit **Rechtsfrage** (1 Ob 679/85 EF 48.575; 8 Ob 144/01 m EF 96.944). **23**
- Zur **Prozessfähigkeit** mündiger Minderjähriger § 2 ZPO; *Dullinger*, RZ 1989, 6; *Gitschthaler*, RZ 2003, 175.
- Durch die **Herabsetzung der Altersgrenze** auf das 18. Lebensjahr ist die **Vorschrift des § 866** über die Haftung des Minderjährigen für Täuschung über die Geschäftsfähigkeit laut den ErläutRV zum KindRÄG, 296 BlgNR 21. GP 62, „**entbehrlich**“; für eine Herabsetzung der in § 866 genannten Altersgrenze von 18 Jahren „besteht kein Anlass“ (aaO). Durch die Aufhebung ist allerdings die Frage aktuell geworden, ob bei einer **Täuschung oder fahrlässigen Irreführung über die Geschäftsfähigkeit** der Minderjährige schon ab dem 14. Lebensjahr (gem § 176) deliktisch haftet. Der Gesetzgeber hat offenbar einen besonderen Schutz des Minderjährigen nicht für nötig erachtet. Insofern wäre entgegen der vom KindRÄG 2001 angestrebten Stärkung der Stellung des Heranwachsenden eine **verschärfte Verantwortlichkeit** entstan- **24**

den (so wohl jetzt *Koziol* in FS Mayrhofer 106 f; ähnl *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530 u *Weitzenböck* in *Ferrari/Hopf*, Reform 4 mit Hinweis auf § 1304).

Die **Gegenmeinung** (insb *M. Binder* in FS Kohlegger 43; *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002, 293 ff, 301; *Beclin*, JAP 2001/02, 122; *Koziol/Welser* I<sup>13</sup> 65) argumentiert im Anschluss an *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 5/10 ff im Wesentl damit, dass aus Gründen des Schutzes des beschränkt Geschäftsfähigen davon auszugehen sei, dass diesen **keine vertragl Aufklärungspflichten** über seine fehlende Geschäftsfähigkeit träfen. Nach dieser Meinung hätte § 866 früher die Haftung überhaupt erst (u das nur beschränkt für vorsätzl Irreführung) begründet. Die Vertreter dieser Auffassung konzedieren aber, dass eine Haftung des Minderjährigen wegen Betruges gem § 1311 iVm § 146 StGB oder gem § 1295 Abs 2 (u jedenfalls gem § 1310, zutr *Koziol/Welser*) bestehen könne. Damit sind die gravierendsten Fälle ohnehin erfasst; eine Haftung für „gewöhnliche“ Vertrauensschäden des Dritten, wie zB Aufwendungen zur Abwicklung des Vertrages, mag in der Tat dem Minderjährigenschutz zuwiderlaufen, doch fragt sich, ob vorsätzl Täuschung – etwa über die Genehmigung des gesetzl Vertreters oder über das Bestehen oder die Grenzen einer Sachwalterschaft – bei grundsätzl gegebener Deliktsfähigkeit (!) wenigstens insofern Privilegierung verdient. ME spricht bei Vorsatz mehr für eine Haftung auch des deliktfähigen Minderjährigen bzw Besachwalterten. Ähnl *Fischer-Czermak* in FS Reischauer 117 ff (Haftung nach § 874).

- 25 Eine Haftung des Minderjährigen für **fahrlässige Irreführung** wird weiterhin ausscheiden, da sie nicht deliktisch, sondern allenfalls aus culpa in contrahendo begründet werden könnte, was aber richtigerweise volle Geschäftsfähigkeit voraussetzt (aM *P. Bydlinski*, AT<sup>6</sup> Rz 2/39).
- 26 Die in den Voraufz zu § 866 Rz 6 noch referierten **Analogieüberlegungen** haben mit der Aufhebung des § 866 ihre unmittelbare Basis verloren. Soweit es dabei nach der Rsp um die Haftung von Behinderten unter Sachwalterschaft ging, gilt das oben Ausgeführte. Zur Deliktsfähigkeit dieser Personen vgl § 1310 Rz 7 (3. Aufl).

§ 866. [aufgehoben durch BGBl I 2000/135]

**§ 867. Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde (§ 27), oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§ 290).**

*Stammfassung.*

**Literatur:** *B. Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980); *M. Binder*, Arbeitsvertragslösung durch juristische Personen öffentlichen Rechts und Fehler im Organisationsablauf, RdW 1991, 113; *F. Bydlinski*, Das Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft in privatrechtlicher Sicht, WiPolBl 1966, Beil 3; *F. Bydlinski*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBl 1968, 9; *F. Bydlinski*, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in FS Klecatsky (1980) 129; *Dullinger*, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, ZfV 1997, 11; *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005); *Eccher/Purtscheller*, Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts (§ 867 ABGB), JBl 1977, 561; *Eisenberger/Steineder*, Privatrechtliche Vereinbarungen mit der Gemeinde zur Beseitigung von Umwidmungshindernissen, bbl 2011, 157; *Fröhler/Oberndorfer*, Recht und Organisation der Kommunalwirtschaft (1974); *Fröhler/Oberndorfer* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (1995); *Gampl*, Veräußerung und Belastung von Kirchenvermögen in rechtsdogmatischer Sicht, JBl 1985, 705; *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde (1981); *Just*, Das Vertrauen auf den äußeren Tatbestand bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand, ÖJZ 1952, 421; *Kalb/Potz/Schinkele*, Rechtsgeschäfte mit kirchlichen juristischen Personen, öarr 2001, 353, 407; *Kleewein*,



Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, JBl 2000, 562; *Klee-wein*, Instrumente der Raumordnung – Überblick und Ausblick, bbl 2014, 89; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993); *Krejci*, Vertretungsprobleme kommunaler Privatwirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe* (Hrsg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 119; *Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderats fehlt, *ecolx* 2012, 120; *Lukas*, Der objektivierte Wille des Gemeinderats, *ecolx* 2013, 985; *Matzka*, Vertrauensschutz als Kompetenztatbestand? *ZfV* 1980, 11, 111; *Mayr*, Verkehrsschutz gegenüber „gemeinnützigen“ juristischen Personen, *ÖJZ* 1993, 190; *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden (1967); *Pernthaler/Purtscheller*, Die Gemeinde im Spannungsfeld von privatrechtlicher Vertragsbindung und öffentlich-rechtlicher Aufgabenerfüllung, JBl 1979, 281; *Pree*, Die wichtigsten Neuerungen im katholischen Kirchenrecht, JBl 1987, 20 u 90; *Pree/Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen, seine Verwaltung und Vertretung<sup>2</sup> (2010); *Puck*, Nichthoheitliche Verwaltung, in *Ermacorua* ua (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979); *B. Raschauer*, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, *ÖZW* 1977, 1; *Riel*, Die Vertretungsbefugnisse des Bürgermeisters, *ÖJZ* 1951, 553; *Rill*, Gliedstaatsverträge (1972); *Rummel*, Zur Privatrechtsfähigkeit von Universitäten (1987); *Rummel/Lux*, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des europäischen Vergaberechts (2003); *Schernthanner*, Die Bundesstaatlichkeit des Finanzverfassungsrechts im Bereich von Kostentragung und Kostenteilung, JBl 1997, 82; *Schnizer*, Schuldrechtliche Verträge der katholischen Kirche in Österreich (1961); *Schnizer*, Konkordat, ABGB und Vertrauensschutz, JBl 1986, 545; *Schnizer*, Arbeitslohn von Ordensleuten, in FS Schwarz (1991) 173; *Schnizer*, Bestandverträge und kirchliche Vermögensverwaltung, in FS Primetshofer (1989) 209 (= ArchKirchR 38 [1989] 209); *Stoll*, Das Steuerschuldverhältnis (1972); *Thunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000); *Thunhart*, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBl 2001 69; *Vonkilch*, Zur privatrechtlichen Rechtsfähigkeit und Vertretung von Klubs und Fraktionen in den allgemeinen Vertretungskörpern, JBl 2000, 77; *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972); *Wilhelm*, Privatrechtliche Probleme der Subvention, in *Wenger* (Hrsg), Förderungsverwaltung (1973) 195; *Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht (1981); *Wilhelm*, Die Vertretung von Gemeinden in der Sicht der Rsp, NZ 2001, 149; *Winkler*, Die Rechtspersönlichkeit der Universitäten (1988); *Ziehensack*, Rechtsfähigkeit und Vertretung der Universitätsinstitute, *ÖJZ* 2000, 41; s auch die Literatur bei §§ 26 u 290 sowie zum Vergaberecht bei §§ 1165 f Rz 22 (je 3. Aufl).

Die **Verweisung** des § 867 auf **öffentl-rechtl Vorschriften**, was die Gültigkeit von Verträgen der öffentl Hand angeht, bezieht sich (nur) auf **Rechtsgeschäfte des Privatrechts**. Wie in § 290 wird man öffentl-rechtl Sonderregeln als Ausnahme vom grundsätzl geltenden allg Zivilrecht ansehen müssen (vgl § 290 Rz 1 [3. Aufl]).

**Gemeinden** meint **alle jur Personen des öffentl Rechts** (zutr *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte 20 mwN; vgl 1 Ob 18/08 s bbl 2008/173 – Agrargemeinschaft). Rechtsweggarantie in § 20 (s dort). Zur Abgrenzung von der Hoheitsverwaltung s § 1 Rz 8 ff (3. Aufl); zum öffentl-rechtl Vertrag *Eberhard*, Vertrag; s auch § 859 Rz 66 ff. Körperschaften des Privatrechts sind selbstverständl nicht betroffen (8 ObA 177/00 p ZAS 2002/5 [*Vonkilch*] – Verein; insofern keine Änderung durch das VerG 2002).

StRsp (1 Ob 68/74 SZ 47/59 = EvBl 1974/272 = JBl 1974, 619; 2 Ob 110/75 SZ 48/71 = EvBl 1976/31 = JBl 1975, 650; 6 Ob 576/80 SZ 53/85 = EvBl 1980/214; 8 ObA 230/99 b; 4 Ob 46/99 i; 2 Ob 129/12 b EvBl 2013/135) wendet § 867 auch auf Rechtsgeschäfte von Organen der **anerkannten Religionsgemeinschaften** an. Insofern sollen für die katholische Kirche – gem Konkordat 1933 – die innerkirchl Regeln allein maßgebend sein; Vertrauensschutz ausscheiden; nach *Gampl*, JBl 1985, 705 soll § 867 für die katholische Kirche unanwendbar sein; es gelte allein Konkordat 1933, was einen gewissen Vertrauensschutz erlaube, Erfüllungsansprüche zwar nur, wenn es nicht um „Veräußerung oder Belastung von Kirchenvermögen“ gehe, sonst aber wenigstens (wohl wegen culpa in contrahendo) Schadenersatz, krit *Schnizer*, JBl 1986, 545, zum von *Gampl* verwendeten engen „Veräußerungs“-Begriff; krit auch *Pree*, JBl 1987, 20; *Primetshofer*, JBl 1987, 312 (Anm zu 8 Ob 643/85 = SZ 59/62 = EvBl 1987/74); LGZ Wien 41 R 257/91

Miet 43.065; *Schnizer* in FS Primetshofer 209 ff. Die Anwendbarkeit des § 867 offenlassend, aber im Ergebnis iSd stRsp 4 Ob 6/02 i ÖBA 2004, 111 (*Popp*) für die katholische Kirche.

- 3 Gem § 100 Abs 2 lit a des Vbg GemG (LGBI 1985/40) gilt § 867 in **Vorarlberg** für den selbständigen Wirkungsbereich des Landes nicht; mE bringt das keine sachl Änderung (ebenso *Eccher/Purtscheller*, JBl 1977, 566 FN 60).
- 4 In öffentl-rechtl **Organisationsnormen** sind **oft keine abschließenden Aussagen über die Gültigkeit von privatrechtl Akten** getroffen, vgl *Eccher/Purtscheller*, JBl 1977, 566, die **aber** auch auf § 115 Abs 4 (nunmehr: § 123 Abs 4) Tir GemO verweisen (FN 76); s auch die Angaben bei *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte 43; *Wilhelm*, Vertretung 6 f zu § 39 (jetzt: § 42) Sbg GemO; § 106 Abs 3 oö GemO 1990; § 104 Abs 5 Krnt GemO; § 87 Abs 4 bgl GemO; § 90 Abs 3 nö GemO; § 91 Abs 3 Vbg GemG (alle zum **Genehmigungsvorbehalt der LReg**); *Thunhart*, JBl 2001, 72. Die Verweisung des § 867 ist also insofern oft nur klarstellend (nach manchen auch inhaltslos bzw überflüssig: *Wilhelm*, Vertretung 40 ff; krit *Gschnitzer*, AT<sup>2</sup> 306; *Lukas*, *ecolex* 2012, 120). Es fragt sich daher, wie weit im Übrigen die Nichtbeachtung solcher Regeln Rechtsgeschäfte nichtig oder schwebend unwirksam macht.
- 5 Dabei können sich Probleme der sog **Ultra-vires-Lehre** ergeben, wenn das Geschäft überhaupt nicht in den gesetzl festgelegten Aufgabenbereich der betroffenen jur Person fällt (vgl § 26 Rz 24 [3. Aufl] u Rz 8). Denkbar ist auch, dass bestimmte Aufgaben von der jur Person **nur hoheitl** wahrgenommen werden dürfen (Rz 9). Weiters kann die jur Person, in deren Namen gehandelt wird, an die Mitwirkung einer anderen jur Person gebunden sein, wobei verschiedene gesetzl Formulierungen solche **Mitwirkungsrechte** umschreiben (Einvernehmen, Zustimmung, Genehmigung ua), Rz 10. Schließt können Probleme daraus entstehen, dass das handelnde Organ – im Rahmen grundsätzl Kompetenz der jur Person – **nicht oder nicht allein zuständig** ist (Rz 11 ff). Das kann wiederum die interne Entscheidungsbefugnis oder/u die Vertretungsmacht nach außen betreffen. Vertretungsregeln sind häufig in Schriftformklauseln „verpackt“ (vgl etwa § 55 Abs 4 Tir GemO 2001). Bestimmungen, wonach die Befugnis, gewisse **Urkunden zu fertigen**, an bestimmte Organe verliehen ist (Fälle bei *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte 52), bedürfen überhaupt erst einer privatrechtl Einordnung. Das Gleiche gilt für **inhaltl Determinierungen von Rechtsgeschäften**, etwa Darlehensaufnahmen, Bürgschaften, Belastung von Liegenschaften usw. In allen diesen Fällen kollidiert das Interesse des Dritten an der Gültigkeit des Geschäfts (Verkehrsschutz) mit dem der öffentl Hand an der Einhaltung ihrer Zuständigkeits- u sonstigen Organisationsregeln.
- 6 Ein Teil der Rsp nimmt – bei gleichzeitiger zutr Betonung, dass auch die öffentl Hand bei Rechtsgeschäften des Privatrechts an die Vorschriften des Privatrechts gebunden sei – den **strengstmögl Standpunkt** ein, wonach jede Nichtübereinstimmung der internen Willensbildung oder Vertretung nach außen mit den öffentl-rechtl Normen Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts bedeute. Differenzierende Gegenmeinungen seien gar „mit dem klaren Gesetzeswortlaut unvereinbar“. Dennoch empfiehlt sich eine **abgestufte Lösung** je nach Schwere des Verstößes; wofür man sich auf einen anderen Teil der Rsp berufen kann, dessen abw Meinung von den erstgenannten E nicht beachtet zu werden scheint. Wie hier *Eccher/Purtscheller*, JBl 1977, 566 ff.
- 7 Die in den strengsten E herangezogene **Analogie zu den Regeln des Minderjährigenschutzes** (zB 2 Ob 110/75 SZ 48/71 = JBl 1975, 650 = EvBl 1976/31), die stets zur Unwirksamkeit des „organisationswidrigen“ Rechtsgeschäftes führen müsste, ist wegen Fehlens einer vergleichbaren Schutzwürdigkeit mE problematisch (zutr weisen *Eccher/Purtscheller*, JBl 1977, 566 auf das gegenläufige Prinzip der Autonomie hin; vgl aber noch *Zeiller*, Comm I 132 f (zu § 27) u

*Gschnitzer*, AT<sup>2</sup> 294 ff, deren Auffassung **in der Sache** weniger von der hier vertretenen abweicht, als es die Formulierungen nahelegen). Vielmehr hat man die einschlägigen Vorschriften, zB der Gemeindeordnungen, auf ihren Zweck zu prüfen. Dieser kann für bestimmte Geschäfte die Mitwirkung von Kontrollorganen als unverzichtbar erweisen; im anderen Extrem aber auch eine interne Geschäftsverteilung als reine Zweckmäßigkeitabgrenzung vorsehen oder bloß einen bestimmten Aktenlauf als Regel anstreben. Dazwischen sind verschiedene Abstufungen der Mitwirkungskompetenz denkbar; sie sind stets wertend dem Vertrauensschutzprinzip entgegenzusetzen. Für diese grundsätzl These können zB die sehr weitgehende, später mehrfach abgelehnte E 2 Ob 233/53 JBl 1954, 18 (krit *Gschnitzer*), aber auch 1 Ob 403/61 JBl 1962, 381 = EvBl 1962/29; 6 Ob 55/65 SZ 38/50; 1 Ob 68/74 SZ 47/59; 4 Ob 73/69 JBl 1970, 158 (unter Berufung auf *Stanzl* in *Klang* IV/1<sup>2</sup> 855) genannt werden. Im Einzelfall haben diese E zumeist u mE auch mit Recht Vertrauensschutz abgelehnt. 1 Ob 76, 77/75 JBl 1976, 96 hingegen verzichtet auf einen (an sich vorgeschriebenen) Gemeinderatsbeschluss, wo es um eine Prozessvollmacht geht; anders 1 Ob 76, 77/75 NZ 1981, 78; 6 Ob 59/06 d EvBl 2006/139; s aber VwGH (verst Sen) 2671/78 JBl 1981, 50 (*Wilhelm*).

Die **Ultra-vires-Lehre** (§ 26 Rz 24 [3. Aufl]) wird man für **jur Person des öffentl Rechts** 8 anerkennen müssen, sodass Rechtsgeschäfte außerhalb der gesetzl verliehenen Privatrechtsfähigkeit der handelnden jur Person jedenfalls unwirksam sind, wobei allerdings Privatrechtsfähigkeit u öffentl-rechtl Kompetenzen durchaus nicht parallel laufen müssen (im Privatrecht dürfte ein vergleichbares Phänomen beschränkter Rechtsfähigkeit nur bei der Wohnungseigentümergeinschaft gem § 18 WEG 2002 u der durch den Betriebsrat vertretenen Belegschaft [8 ObA 197/98 y JBl 2000, 49] bekannt sein; zu Parlamentsklubs und Fraktionen vgl *Vonkilch*, JBl 2000, 77). Das Vertrauen des Dritten in die Gültigkeit solcher Geschäfte kann nur durch Schadenersatzansprüche geschützt werden; zutr *Ostheim*, Rechtsfähigkeit 144 ff; *Eccher/Purtscheller*, JBl 1977, 567; aM *Straube*, ÖJZ 1978, 346, der aber auch Fälle der zu Rz 10 f erörterten Art hierher zu rechnen scheint; nicht differenzierend zwischen jur Person des öffentl u privaten Rechts auch *Koziol/Welser* I<sup>3</sup> 74. Für **Gemeinden** nehmen *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte 32 umfassende Privatrechtsfähigkeit an; ebenso *B. Binder*, Staat als Träger von Privatrechten 135 ff für sämtl Gebietskörperschaften. Seit dem UG 2002 (s insb § 4) sind die **Universitäten** vollrechtsfähige Körperschaften öffentl Rechts, sodass sich keine Sonderprobleme mehr stellen. Zur **Teilrechtsfähigkeit gem § 2 UOG 1975** u zur Entwicklung seither vgl Rz 5 (3. Aufl).

Die Frage, **ob die jur Person** des öffentl Rechts überhaupt (bei bestehender Kompetenz für hoheitl Handeln) auf einem bestimmten Gebiet **privatrechtl tätig werden darf**, ist nur nach öffentl Recht zu beurteilen. Nach hA besteht Wahlrecht der Verwaltung zwischen privatrechtl u hoheitl Handlungsform, soweit nicht letztere zwingend vorgeschrieben ist, was durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln ist; so zB *Rill*, Gliedstaatsverträge 39; *Puck* in *Ermacor* ua, Allg VerwR 297 f; *Fröhler/Oberndorfer*, Kommunalwirtschaft 45 ff; 1 Ob 526/92 SZ 65/40; 1 Ob 178/98 b SZ 71/194. Für weitgehenden Zwang je nach Inhalt der Staatstätigkeit *Raschauer*, ÖZW 1977, 1; ähnl *Adamovich/Funk*, Allg VerwR<sup>3</sup> 146; 1 Ob 30/91 SZ 64/92 („keine generelle Wahlfreiheit“); ausgewogen *Antoniolli/Koja*, Allg VerwR<sup>3</sup> 30 f; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 184 ff; *Eberhard*, Vertrag, insb 176 ff. Für das Steuerrecht sehr einschränkend *Stoll*, Steuerschuldverhältnis 81 ff. 1 Ob 27/76 SZ 49/162 hält privatrechtl Verträge zwischen Wassergenossenschaft u Dritten über Wasserversorgung für unzulässig. Ein Vertrag unter Verstoß gegen das Gebot hoheitl Handelns ist nach § 879 zu beurteilen (1 Ob 526/92 SZ 65/40; 10 Ob 519/94 SZ 69/25; 2 Ob 511/95 RdW 1995, 216; vgl zum Verstoß gegen § 2 F-VG auch 8 Ob 557/93 SZ 68/248; 10 Ob 530/94 JBl 1997, 582; *Scherthanner*, JBl 1997, 82; zu sog