

Univ.-Ass. Dr. CHRISTIAN ZIB, Universität Wien

## Zum Vertrauensschutz nach § 15 HGB im Zivilprozeß (I)

Nach der österreichischen Rechtsprechung kann eine Handelsgesellschaft unliebsame Prozesse verzögern, indem sie durch Abberufung und Neubestellung von Organwaltern ihre gesetzliche Vertretung nach Bedarf verändert oder – als Kapitalgesellschaft – ganz beseitigt. Da diese Tatsachen Außenstehenden bei Nichteintragung ins Handelsregister verborgen bleiben, werden Gericht und Gegner damit uU erst nach Durchführung eines nichtigen Verfahrens konfrontiert. Zeit und Prozeßkosten sind für den Gegner dann verloren. Dieses Ergebnis ist Folge einer überaus restriktiven Judikatur zum Schutz des Vertrauens auf das Handelsregister im Zivilprozeß.

### Inhaltsübersicht

#### Einleitung

- I. Rechtsprechung und Lehre
- II. Der Schutzgedanke des § 15 HGB
- III. Anknüpfung im Zivilprozeßrecht
- IV. Exkurs: Organhaftliche Vertreter als „Bevollmächtigte“ iSd ZPO?
- V. Amtswegige Anwendung des § 15 HGB
- VI. Wahlrecht
- VII. Ende der Schutzwirkung
  1. Erlöschen der Vertretungsbefugnis
  2. Verlust der Parteifähigkeit
  3. Zuständigkeit

### Einleitung

§ 15 Abs 1 HGB schützt das Vertrauen auf das Schweigen des Handelsregisters. Solange eine einzu- tragende Tatsache nicht eingetragen und bekanntge- macht ist, kann der Eintragungsverpflichtete sie einem Dritten nur bei dessen Kenntnis entgegensetzen. § 15 Abs 2 regelt das Ende dieses Schutzes. Die Frage der prozessualen Wirkung des § 15 HGB ist jedoch um- stritten: Während der OGH die Bestimmung nur bei Rechtsgeschäften und „damit zusammenhängenden Prozeßhandlungen“ eingreifen läßt, plädiert ein Teil der Lehre für einen weiteren Anwendungsbereich. Beide Meinungen werden nur ansatzweise begründet. Der vorliegende Beitrag versucht, Grundlage und Grenzen einer Publizitätswirkung des Handelsregi- sters im Zivilprozeß näher darzustellen.

### I. Rechtsprechung und Lehre

Hatte der OGH in AC 816 – den Quellen noch nahe – keine Bedenken, Art 25 AHGB im Zivilprozeß anzu- wenden<sup>1)</sup>, so beschränkt er in seiner neueren Judika- tur<sup>2)</sup> § 15 HGB auf „den rechtsgeschäftlichen Verkehr

<sup>1)</sup> E vom 8. 1. 1879. Art 25 AHGB entsprach § 15 HGB für den Spezialfall der Änderung einer Firma oder ihres Inha- bers. Der OGH hat die Bestimmung damals sogar für das Exekutionsverfahren herangezogen: Der betreibende Gläubiger könne Exekution in das bereits veräußerte Unternehmen des Verpflichteten führen, wenn der Inhaberwechsel weder eingetragen noch ihm bekannt ist. Ähnlich rund 100 Jahre später der BGH 9. 10. 1978 NJW 1979, 42.

<sup>2)</sup> So vor allem OGH 15. 10. 1974 SZ 47/110; daneben OGH 26. 2. 1918 ZBl 1918/203; 19. 4. 1934 ZBl 1934/286 (zu

und damit zusammenhängende Prozeßhandlungen, wie zB einen gerichtlichen Vergleich“. Nur in diesem Bereich bilde der Inhalt des Handelsregisters eine Grundlage für Entschlüsse dritter Personen und könne folglich von Geschäftsverkehr iSd § 15 (vgl dessen Abs 3) gesprochen werden. Demgegenüber seien Zu- stellungen öffentlich-rechtliche Hoheitsakte und vom Amtsbetrieb beherrscht, weshalb der Registerschutz dort nicht eingreifen könne. Auch sonst sei die ord- nungsgemäße Vertretung als amtswegig zu prüfende Prozeßvoraussetzung dem § 15 HGB nicht zugänglich. Diese Argumentation stößt in der österreichischen Lehre auf einigen Widerspruch<sup>3)</sup>. Ihr steht auch die HdM gegenüber, die Prozeßhandlungen und Vollstrek- kungsmaßnahmen ganz allgemein in den „Geschäfts- verkehr“ des § 15 HGB einbezieht<sup>4)</sup>.

### II. Der Schutzgedanke des § 15 HGB

Die vom OGH vertretene Ansicht, Prozeßhandlun- gen zählten nicht zum Geschäftsverkehr, ist jedoch nicht überzeugend. Aus der Redaktionsgeschichte des § 15 HGB ergibt sich, daß unter „Geschäftsverkehr“ jener Bereich zu verstehen ist, in dem Dritte mög- licherweise im Vertrauen auf den Registerstand disponie- § 16 GenG; 20. 10. 1967 SZ 40/132; 13. 2. 1986 GesRZ 1986, 151 = RZ 1986/55; OLG Wien 1. 4. 1971 NZ 1971, 169; 25. 4. 1983 SSV 1983/49. Dem folgen *Gellis-Feil*, Komm zum GmbHG<sup>2</sup> (1982) Anm 12 zu § 17, und *Friedl-Schinko* in *Straube, HGB* (1987) Rz 2 zu § 15. Der – nach hM nicht als Vertrauensschutznorm ausgestaltete – Kaufmannstatbestand des § 5 HGB wird hingegen allgemein auch im Zivilrechts- streit herangezogen (vgl OGH 26. 6. 1985 GesRZ 1985, 194; *Straube* in *Straube, HGB*, Rz 9 zu § 5).

<sup>3)</sup> Vgl schon *Sperl*, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege I/2 (1928) 208; *Schuhmacher*, ÖZW 1976, 88; *Schwarz*, RdA 1976, 21; *Ostheim* GesRZ 1982, 174; *Holzhammer*, Handelsrecht I<sup>2</sup> (1982) 29; *Kastner-Doralt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (1983) 289.

<sup>4)</sup> RGZ 127, 98; BGH 9. 10. 1978 NJW 1979, 42; LSG Bremen 22. 1. 1971 NJW 1971, 1584; *Hellwig*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901) 431; *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß (1908) 673; *Redlich*, Beiträge zur Bedeutung des § 15 HGB im Zivilprozeß (1931); *Würdinger* in *Großkomm*<sup>3</sup> (1967) Anm 2 zu § 15; *Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan*, HGB I<sup>5</sup> (1973) Rz 13 zu § 15 iVm Rz 9a zu § 5; *Hofmann*, Die Publizität des Handelsregisters, JA 1980, 264 (270); *Hüffer* in *Großkomm*<sup>4</sup> (1982) Rz 13 zu § 15; *Lindacher*, Die Scheinhandelsgesellschaft im Prozeß, ZZP 96 (1983) 486; *Hofmann*, Handelsrecht<sup>5</sup> (1987) 98; *Hopt-Mössle*, Handelsrecht (1986) Rz 188ff (192); *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>6</sup> (1987) 358; *Baumbach-Duden-Hopt*, HGB<sup>27</sup> (1987) Anm 2 E zu § 15 ua.

ren<sup>5)</sup>. Nach ganz hM normiert § 15 HGB deshalb typisierten Vertrauensschutz: Das Vertrauen des Dritten auf den Registerstand muß für seine Entschlüsse nicht konkrete, sondern nur mögliche Ursache sein. Kenntnis des Registerinhalts und Kausalität werden dann unwiderleglich vermutet<sup>6)</sup>. Die Möglichkeit, daß der Registerstand Entschlüsse eines Dritten beeinflusst, besteht aber nicht nur im rechtsgeschäftlichen Bereich.<sup>7)</sup> Sie besteht auch bei Prozeßhandlungen, weil das Handelsregister Auskunft über Prozeßvoraussetzungen im Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren gibt: über die Vertretungsbefugnis von Prokuristen, Komplementären, Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern und damit über die gewillkürte und gesetzliche Vertretung; über die Parteifähigkeit (oder Vollbeendigung) aufgelöster Ges; über die Kaufmannseigenschaft und den Ort der Niederlassung als Voraussetzung sachlicher und örtlicher Zuständigkeit<sup>8)</sup>; für die Frage der Vollstreckungsunterworfenheit eines Unternehmens über dessen Inhaber.

Daher bezogen die Vorläuferbestimmungen des § 15 im AHGB Prozeßhandlungen in den Registerschutz mit ein, indem sie diese zu den „Rechtsgeschäften“ zählten<sup>9)</sup>. Da die Redaktoren des HGB den Begriff des „Geschäftsverkehrs“ nicht näher erörtert haben und mit § 15 Abs 3 nur die Maßgeblichkeit des Zweigregisters (anstatt wie bisher des Registers der Hauptniederlassung) betonen wollten<sup>10)</sup>, kann ihnen wohl nicht die Absicht zugesonnen werden, § 15 HGB gegenüber der bisherigen Rechtslage und seinem in der Denkschrift angeführten Schutzzweck einzuschränken. Sowohl der Zweck als auch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift decken daher die Einbeziehung von Prozeßhandlungen in den Geschäftsverkehr.

Seine Grenze findet der typisierte Vertrauensschutz erst dort, wo ein Vertrauen des Dritten auf das Handelsregister undenkbar ist. Dabei ist es belanglos, ob das Rechtsverhältnis zwischen dem Eintragungspflichtigen und dem Dritten dem Privatrecht oder – etwa als Prozeßrechtsverhältnis – dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Die Registerpublizität hat deshalb auf das Entstehen eines deliktischen Anspruchs aus einem Verkehrsunfall ebensowenig Einfluß wie im Steuer- und Sozialversicherungsrecht<sup>11)</sup>. Hier wie dort

entstehen die Ansprüche aufgrund des Gesetzes und ohne Disposition des Gläubigers. Schreitet der Gläubiger hingegen zur Durchsetzung seines Anspruchs, so disponiert er über seine Vermögensinteressen und genießt dabei den Schutz des § 15 HGB. So hat der BGH entschieden, daß der (Steuer-)Gläubiger kraft Registerpublizität exekutiv auf Geschäftsvermögen greifen kann, das zu einem vom Schuldner bereits veräußerten und übergebenen Unternehmen gehört<sup>12)</sup>. Auch verschiedene Gesellschafter und Organe könnten infolge dieser Judikatur für Neuschulden aus Steuer und Sozialversicherung haften, doch müßten die Voraussetzungen des § 15 HGB noch im Zeitpunkt der Vollstreckungsmaßnahme vorliegen. Hingegen kommt ein Vertrauensschutz bei Prozeßhandlungen nicht in Frage, wenn ein schutzbedürftiger Dritter am Verfahren gar nicht beteiligt ist. Dies wurde auch für das österreichische Recht schon entschieden, doch ist dabei eine Auseinandersetzung mit dem Schutzgedanken des § 15 HGB unterblieben<sup>13)</sup>.

Hat man den Regelungskern des § 15 HGB im typisierten Dispositionsschutz erkannt, dann scheint einer durchgehenden Anwendbarkeit im Zivilprozeß die Tatsache entgegenzustehen, daß das Verfahren nicht nur aus Dispositionen der Parteien besteht. Im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Bereich werden im Zivilprozeß nur gelegentlich Parteiaktionen gesetzt. Ihnen folgen dann Prozeßhandlungen des Gerichts<sup>14)</sup>. Der Staat ist jedoch bei der Ausübung der Rechtspflege kein zu schützender Dritter iSd § 15 HGB, weshalb das Gericht für seine Prozeßhandlungen keinen Vertrauensschutz genießt. Parteiaktionen bilden aber notwendigerweise früher oder später die Grundlage einer Prozeßhandlung des Gerichts. Fraglich ist, ob der Schutz des Dritten dabei verlorenght, ob also der Mangel einer Prozeßvoraussetzung, auf deren Vorliegen der Dritte nach dem Stand des Handelsregisters vertrauen kann, einen Nichtigkeitsgrund bildet. Der OGH hat in SZ 47/110<sup>15)</sup> Parteiaktionen und Gerichtshandlungen isoliert betrachtet und eine Zustellung an einen bereits abberufenen Geschäftsführer einer GmbH – weil öffentlich-rechtlicher Akt – nicht

spruchs nach dem GSVG. Hinsichtlich der Haftung für Sozialversicherungsbeiträge muß dasselbe gelten.

<sup>11)</sup> BGH 9. 10. 1978 NJW 1979, 42; ausdrücklich zust die meisten der in FN 4 genannten Autoren; aM BFH (FN 10). Die vollstreckungsrechtlichen Konsequenzen des Registerschutzes können im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher untersucht werden. Zur Frage der Vollstreckungsunterworfenheit sei nur erwähnt, daß der Rechtserwerb eines Dritten aufgrund § 15 HGB nicht nur zu Lasten des Eintragungsverpflichteten (zB des Unternehmenserwerbers), sondern auch zu Lasten Unbeteiligter (zB Zweiterwerber einzelner Vermögensstücke aus dem Unternehmen) geht; vgl Würdinger (FN 4) Anm 9f zu § 15; Hüffer (FN 4) Rz 30 zu § 15. Der Eingetragene kann aber zugunsten des Dritten wohl nur als Eigentümer jener Sachen gelten, die ihm aufgrund der Unternehmensveräußerung nicht mehr gehören, weil nur diese einzutragen ist.

<sup>12)</sup> OGH 22. 5. 1979 GesRZ 1979, 171 – Konkursantrag; OLG Wien 1. 4. 1971 NZ 1971, 169 – Ordnungsstrafe im Registerverfahren.

<sup>13)</sup> Auf die Klageeinbringung folgt die Zustellung der Ladung, des Zahlungsbefehls oder des Auftrags zur Klagebeantwortung; auf den Antrag auf Fällung eines VU folgt die Fällung und Zustellung des VU.

<sup>5)</sup> Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (1897) 28.

<sup>6)</sup> Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972) 181; Hüffer (FN 4) Rz 25 zu § 15.

<sup>7)</sup> Vgl §§ 51f, 75 JN (wobei allerdings die Sitzverlegung einer Kapitalges wegen § 38 AktG, § 49 GmbHG ohnehin erst mit Eintragung wirksam wird), §§ 87f, 88(2) JN; Hopt-Mössle (FN 4) Rz 188, 190.

<sup>8)</sup> Vgl Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (1858) 1005; Demelius in Staub-Pisko, Komm zum ADHGB (Ausgabe für Österreich) I/1<sup>3</sup> (1935) 237 mwN; AC 816. Die unterschiedliche Formulierung der Art 25, 46, 87, 115 und 135 AHGB – die nur teilweise auf „Rechtsgeschäfte“ abstellten – wäre sonst kaum erklärbar. In diesem Sinn dürfte auch § 16 (3) und (4) öGenG zu verstehen sein, der dem Wortlaut des Art 46 AHGB folgt.

<sup>9)</sup> Denkschrift (FN 5) 29.

<sup>10)</sup> Denkschrift (FN 5) 29; RGZ 93, 238; BFH 13. 4. 1978 BB 1978, 1051; VwSlgNF 5611 F; VwGH 29. 6. 1982 GesRZ 1982, 259; LSG Bremen (FN 4); OLG Wien 25. 4. 1983 SSV 1983/49 – die E betrifft das Entstehen eines Pensionsan-

nach § 15 HGB behandelt. Die Zustellung hätte nach dem OGH nur an ein tatsächliches Organ erfolgen können. Wenn aber der Registerschutz durch öffentlich-rechtliche Hoheitsakte ausgeschaltet wird, dann müßte dies auch für die Entscheidung gelten.

Spätestens bei dieser würde dann § 15 HGB wirkungslos, und das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung müßte trotz Registereintragung bei sonstiger Nichtigkeit wahrgenommen werden. Diese Ansicht des OGH reduziert den Vertrauensschutz auch für Parteihandlungen auf ein Mindestmaß: Als Beispiel für die prozessuale Wirkung des § 15 verbleibt dem OGH konsequenterweise auch nur das Abschließen eines Vergleichs, weil dabei das Verfahren durch Parteierklärung und nicht durch Hoheitsakt beendet wird. Dagegen wäre beim prozessualen Anerkenntnis (Verzicht), das (der) nach ordnungsgemäßer Ladung von einem Scheinvertreter nach § 15 HGB erklärt wird, das Anerkenntnis(Verzichts)urteil mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet.

Diesen Ausschluß des Vertrauensschutzes durch öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt hat schon *Schuhmacher*<sup>14)</sup> kritisiert: Das Gericht stelle regelmäßig ohne weitere Erhebungen an die im Schriftsatz genannten Personen zu, transformiere also gleichsam die Parteihandlung in einen öffentlich-rechtlichen Akt. Warum der Verfasser des Schriftsatzes nicht in seinem Vertrauen geschützt werden soll, sei schwer einzusehen.

Die Kritik *Schuhmachers* ist berechtigt: Der öffentlich-rechtliche Akt der Zustellung zerfällt in die Zustellungsverfügung des Gerichtes und die Vornahme der Zustellung durch das Zustellorgan. Beide prüfen trotz Amtswegigkeit des Zustellwesens (§ 87 ZPO) idR nicht, ob der angegebene Vertreter auch der richtige ist. Was aber noch wichtiger ist: Die Staatsorgane können gar nicht – genauso wenig wie der Dritte – nachprüfen, wer wirklich vertretungsbefugt ist. Selbst ein Handelsregisterauszug desselben Tages kann schon überholt sein. Die hier in Frage kommenden Eintragungen wirken nur deklarativ<sup>15)</sup>. Gerade vor Änderungen, deren Eintragung nur deklarativ wirkt, soll § 15 HGB den Dritten schützen. Wenn aber der öffentlich-rechtliche Hoheitsakt der Zustellung an der Schutzbedürftigkeit des Dritten gar nichts ändern kann, dann kann er auch nicht Anlaß sein, den Vertrauensschutz auszuschließen. Der OGH ist daher von einer unrichtigen Prämisse ausgegangen: Die Frage, ob Prozeßhandlungen des Gerichtes die Anwendung des § 15 HGB ausschließen, kann nicht vorweg verneint werden, sondern es ist zu prüfen, ob sie den Schutzzweck dieser Vorschrift überflüssig machen. Das ist nicht der Fall. Dem Schutzzweck der Bestimmung

entspricht es besser, die Prozeßhandlungen des Gerichtes für den Vertrauensschutz nicht isoliert, sondern als Folge der sie bewirkenden – und geschützten – Parteihandlungen zu betrachten. Die Anwendbarkeit des § 15 HGB auf Prozeßhandlungen ist daher grundsätzlich zu bejahen.

Fraglich könnte für Zustellungen immerhin sein, ob der Dritte vom Registerstand überhaupt beeinflusst sein konnte, wenn er in seinem Schriftsatz die Zustellung an die gegnerische Gesellschaft verlangt, ohne bestimmte Organwalter anzugeben<sup>16)</sup>, und daraufhin einem registrierten Scheinvertreter zugestellt wird. Diese Frage des ausreichenden Zusammenhanges zwischen Registerstand und Disposition stellt sich aber ebenso im rechtsgeschäftlichen Bereich, wenn eine schriftliche Erklärung (zB Kündigung) an den Geschäftsherrn adressiert ist und einem Scheinvertreter zugeht. Da § 15 HGB abstraktes – also mögliches, aber nicht konkret zu prüfendes – Vertrauen schützt, muß der Registerschutz in den vorstehenden Fällen wohl eingreifen. Ein Vertrauen auf die Empfangsbefugnis jedes registrierten Vertreters ist auch bei allgemeiner Adresse möglich<sup>17)</sup>. Es kann daher keinen Unterschied machen, ob der Dritte an „die Ges“ adressiert oder alle registrierten Vertreter aufzählt<sup>18)</sup>. Das unterscheidet den Registerschutz von den reinen Rechtsscheintatbeständen.

### III. Anknüpfung im Zivilprozeßrecht

Ist nun § 15 HGB nach seinem Schutzgedanken auch auf Prozeßhandlungen anzuwenden, so bleibt noch zu prüfen, ob und wie sich dieser Schutzgedanke ins Zivilprozeßrecht fügt.

Die hier relevanten Prozeßvoraussetzungen der gewillkürten oder gesetzlichen Vertretung, der Parteifähigkeit sowie der zuständigkeitsbegründenden Kaufmannseigenschaft und Niederlassung sind nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen, soweit die ZPO nichts anderes anordnet<sup>19)</sup>.

Eine besondere Anordnung trifft § 36 ZPO für die durch Widerruf oder Aufkündigung herbeigeführte Aufhebung der Vollmacht zur Prozeßführung oder zur Vornahme einzelner Prozeßhandlungen: Die Aufhebung wird dem Prozeßgegner – und dem Gericht (§ 93 ZPO) – gegenüber erst wirksam, wenn sie ihnen durch Schriftsatz mitgeteilt wird. Dies erspart die Prüfung, ob der einmal aufgetretene Bevollmächtigte noch immer vertretungsbefugt ist, und dient dem Schutz des

<sup>14)</sup> Was die Judikatur trotz § 75 Z 1 ZPO zuzulassen geneigt ist: Vgl OGH 3. 8. 1978 Ind 1979/2, 9; HG Wien 18. 10. 1977 AnwBl 1978, 128; LGZ Wien 28. 6. 1984 MietSlg 36.837. Diese Judikatur überläßt es dem Zustellorgan, einen Vertreter zu finden. Dagegen zurecht *Fasching*, Komm zu den Zivilprozeßgesetzen II (1962) 533; *Reich-Rohrwig* (FN 15) 115; LGZ Wien 12. 8. 1981 Arb 10.033.

<sup>17)</sup> Hätte der Dritte vom Vollmangelsmangel eines eingetragenen Vertreters gewußt, dann hätte er möglicherweise anders adressiert; die Kausalität wird unwiderlegbar vermutet (vgl bei FN 6).

<sup>18)</sup> Auch *Hofmann*, Handelsrecht (FN 4) wendet § 15 HGB auf die Klagszustellung an den abberufenen Prokuristen an. Prokuristen werden aber wohl selten in der Klage angegeben sein.

<sup>19)</sup> Vgl §§ 1, 33(2) ZPO.

<sup>14)</sup> FN 3.

<sup>15)</sup> Auch die Löschung eingetragener Notgeschäftsführer (§ 15a GmbHG) und Notvorstände (§ 76 AktG) hat nur deklarativen Charakter. Die Bestellung erlischt mit dem Wegfall des Bestellungsgrundes (*Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 100; *Kastner-Doralt* (FN 3) 285; *Wünsch*, GesRZ 1985, 157 (160); *Schiemer*, Handkomm zum AktG<sup>2</sup> (1986) Anm 2.5 zu § 76; OLG Wien 16. 1. 1984, 5 R 218/83). Hingegen ist die Vertretungsbefugnis der Kuratoren nach §§ 8, 116 ZPO dadurch abgesichert, daß ihre Funktion erst mit gerichtlicher Enthebung endet.

# Druckerei Berger Horn

**Buch- und Offsetdruck**

**Computergesteuerter Filmsatz**

**Leistungsfähige Buchbinderei**

**Endlosformulardruck**

**Rollenoffsetdruck**

**Ferdinand Berger & Söhne Gesellschaft m.b.H., 3580 Horn**

**WERK I**

**BUCH- + ANILINDRUCK**  
Wiener Straße 21-23  
Telefon (0 29 82) 41 61-0  
Telex 78613

**WERK II**

**ENDLOSDRUCK**  
Wiener Straße 79  
Telefon (0 29 82) 41 61-0  
Telex 78613

**WERK III**

**FILMSATZ + OFFSETDRUCK**  
Wiener Straße 80  
Telefon (0 29 82) 41 61-0  
Telefax (0 29 82) 41 61-268  
Telex 78613

**STADTBÜRO WIEN**  
1090 Wien  
Lustkandlgasse 45  
Telefon 34 01 58  
31 79 80

Gegners vor nichtigen Prozeßhandlungen. Nach hM hat der Prokurist im Rahmen seiner Prokura Prozeßvollmacht<sup>20)</sup>. Ein Grund, ihn anders als sonstige Bevollmächtigte iSd § 36 ZPO zu behandeln, ist auch nicht ersichtlich. Die Aufhebung seiner Bevollmächtigung ist daher nicht nur ins Handelsregister einzutragen, sondern wirkt – wenn er im Prozeß aufgetreten ist<sup>21)</sup> – dem Gegner gegenüber erst durch förmliche Mitteilung. § 36 zeigt, daß die ZPO hinsichtlich des Fortbestehens von Vertretungsmacht den Verkehrsschutzgedanken kennt. Sie regelt diesen Schutz aber nur für eine Vollmachtsaufhebung nach Verfahrenseinleitung und überläßt die Wirkung eines früheren Vollmachtswegfalls den einschlägigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts<sup>22)</sup>. Dort verwirklichen den in § 36 ZPO enthaltenen Gedanken § 1026 ABGB<sup>23)</sup> und – für einzutragende Tatsachen – § 15 HGB. Der Schutz beruht dabei nicht auf dem Prozeßrechtsverhältnis, sondern auf rechtsgeschäftlichem Kontakt bzw auf der Registrierungspflicht. Es kann daher angenommen

<sup>20)</sup> *Sperl* (FN 3) 214; *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> (1932) 154; *Kretz* in Staub-Pisko (FN 8) 320; *Fasching* (FN 16) II Anm 2 zu §§ 31, 32; *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> (1976) 98f.

<sup>21)</sup> Sei es auch nur durch Zustellung der Klage an ihn (§ 106 ZPO).

<sup>22)</sup> *Fasching* (FN 16) II Anm 2 zu § 36.

<sup>23)</sup> Die Parallele zu § 36 ZPO betonen *Demelius*, Der neue Zivilprozeß (1902) 206, und *Neumann*, Komm zu den Zivilprozeßgesetzen I<sup>4</sup> (1927) 512f, der § 1026 – obwohl dieser ausdrücklich von *Verträgen* spricht – im Zivilprozeß anwenden will.

werden, daß § 15 HGB und § 36 ZPO insofern ineinandergreifen, als für das Erlöschen der Prokura vor Verfahrenseinleitung § 15 HGB kraft § 33 (2) ZPO<sup>24)</sup> heranzuziehen ist<sup>25)</sup>.

Auf Organwalter einer Ges findet der Formzwang des § 36 ZPO keine Anwendung, weil diese nach hM nicht den Bevollmächtigten der §§ 26ff ZPO, sondern den gesetzlichen Vertretern zugerechnet werden<sup>26)</sup>. Die ZPO kennt keine Sonderregeln für die organ-schaftliche Vertretung.

Die prozeßrechtliche Relevanz der Registerpublizität ist aber über den Bereich der „Bevollmächtigung“ iSd ZPO hinaus auch für die anderen oben genannten Prozeßvoraussetzungen zu bejahen. Zwar hat die ZPO für sie keine dem § 36 vergleichbare Spezialbestimmung bereitgestellt, die die gleichen Wertungen im materiellen und im Prozeßrecht verdeutlichen und nur

<sup>24)</sup> Die ZPO regelt die „Dauer“ der Bevollmächtigung nur für den Zeitraum ab Verfahrenseinleitung (§§ 35f ZPO).

<sup>25)</sup> Ein Entzug des rechtlichen Gehörs liegt darin nicht. Die Partei wird nicht schlechter gestellt als durch die Unanfechtbarkeit einer unter einem Willensmangel zustandekommenen Prozeßvollmacht (zB eines Prokuristen). Auch dort bleibt ein Mangel in der Parteisphäre zugunsten der Klarheit der Prozeßsituation unberücksichtigt (*Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß (1957) 177; wohl auch *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts (1984) Rz 762).

<sup>26)</sup> *Fasching* (FN 16) II Anm 3 zu § 26; *Fasching* (FN 25) Rz 422; *Paschinger*, Die Gesellschaften und Genossenschaften im Zivilprozeß (1979) 6; aM *Sperl* (FN 3) 214. Dazu unten IV.

mehr einer Ergänzung bedürfen würde. Doch ist dies wohl darauf zurückzuführen, daß die Gefahr prozeßverzögernden Mißbrauchs naturgemäß bei der gewillkürten Vertretung am größten ist. Die gesetzliche Vertretung und Parteifähigkeit von Gesellschaften, die Kaufmännseigenschaft und der Ort einer Niederlassung sind aber vom Dritten und vom Gericht ebenso wenig nachprüfbar wie eine „Bevollmächtigung“. Auch für diese Tatsachen obliegt es deshalb nach dem Gesetz der Partei, die erforderliche Transparenz im Wege des Handelsregisters zu schaffen. Auch in diesen Fällen kann daher an bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen<sup>27)</sup> § 15 HGB mit herangezogen werden.

#### IV. Exkurs: Organschaftliche Vertreter als „Bevollmächtigte“ iSd ZPO?

Organvertreter wurden oben auf der Grundlage der hM nicht den Bevollmächtigten (§§ 26 ff ZPO), sondern den gesetzlichen Vertretern zugezählt. Es ist jedoch zu überlegen, ob für ihre Zuordnung zu einer der beiden Vertretergruppen nicht auf den Zweck der betreffenden Vorschrift abgestellt werden sollte<sup>28)</sup>. Für einen während des Verfahrens eintretenden Wegfall der Vertretungsmacht sieht die ZPO nämlich unterschiedliche Folgen vor: Wird eine „Bevollmächtigung“ aufgehoben, dann findet zum Schutz des Gegners § 36 ZPO Anwendung. Endet hingegen die gesetzliche Vertretungsmacht, so hat das Gericht bei sonstiger Nichtigkeit die Beiziehung eines allenfalls vorhandenen anderen gesetzlichen Vertreters zu veranlassen (§§ 6 f ZPO). Führt der Wegfall des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßunfähigkeit der Partei, dann ist das Verfahren ex lege (§ 158 ZPO) unterbrochen, wenn kein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist. Die Aufhebung gesetzlicher Vertretungsmacht wirkt also sofort. Das vom Mangel betroffene Verfahren ist nichtig. Der Verkehrsschutz muß hinter dem besonderen Schutz des Prozeßunfähigen (vgl § 21 ABGB) zurückstehen.

Diese Bevorzugung des Vertretenen vor dem Prozeßgegner mag für die Abberufung und Neubestellung gesetzlicher Vertreter durch das Vormundschaftsgericht passen. An derartige Fälle hat das Gesetz wohl auch vorrangig gedacht<sup>29)</sup>. Eine gezielte Prozeßverschleppung durch den Prozeßunfähigen ist hier nicht zu besorgen, so daß ein Schutz des Gegners entfallen kann.

Anders ist die Interessenlage aber bei Organen: Die Ges kann ihre Organwalter selbst wechseln und sie kann dies durchaus gezielt tun. Wieso der Gegner nur bei Abberufung eines Prokuristen geschützt sein soll, nicht aber bei Abberufung eines von mehreren einzelvertretungsbefugten Organträgern oder beim Wechsel derselben – hier bleibt der Ges ja eine gesetzliche

Vertretung erhalten –, ist nicht recht erkennbar. Selbst wenn der einzige oder einer von nur gesamtvertretungsbefugten Organwaltern einer Kapitalges ausscheidet und die Ges damit nicht mehr vertreten werden kann<sup>30)</sup>, darf bezweifelt werden, ob die Rechtsfolge des § 158 ZPO – Unterbrechung des Verfahrens – angemessen ist. Zwar ist die Kapitalges dann prozeßunfähig, aber auch hier ist sie es deshalb, weil sie es selbst so wollte. Daß die ZPO als Anwendungsfall des § 158 die Verhinderung an der weiteren Prozeßstätigkeit „durch zwingende Ereignisse, sozusagen durch höhere Gewalt“ vor Augen hatte, sagen die Materialien ausdrücklich<sup>31)</sup>.

Auch der Unterschied zur Abberufung eines Rechtsanwalts im Anwaltsprozeß (§ 36 ZPO) will nicht ganz einleuchten. Dort mangelt der Partei ebenfalls die nötige Vertretung, aber nicht durch ein zwingendes Ereignis, sondern durch ein Ereignis in ihrer Sphäre. Das Gesetz läßt den Schutz des Gegners vorgehen. Daß auch die Aufkündigung der Vertretungsmacht durch den Vertreter der Sphäre des Vertretenen zuzurechnen ist, zeigt die Abwägung in §§ 36, 160 ZPO: Nur wenn ein gesetzlich nötiger Vertreter stirbt oder vertretungsunfähig wird, ist der Vertretene schutzbedürftiger als sein Gegner. Dementsprechend erscheint eine Anwendung des § 158 ZPO nur gerechtfertigt, wenn die Ges ihre organschaftliche Vertretung durch Tod oder Geschäftsunfähigkeit eines Organwalters verliert. Für Widerruf und Kündigung der Vertretungsbefugnis eines Organträgers dürften sich aber die Bestimmungen über Bevollmächtigte (§§ 36 f ZPO) besser eignen als die sofortige Wirkung der §§ 6 f, 158 ZPO. Die größere Selbständigkeit des organschaftlich Vertretenen im Vergleich mit dem gesetzlich Vertretenen erlaubt eine stärkere Betonung des Verkehrsschutzes<sup>32)</sup>. Die gewillkürte Aufhebung der Vertretungsmacht eines Organwalters würde dem Gegner gegenüber dann erst mit förmlicher Bekanntgabe wirken und ihm Anlaß geben, einer Nichtigkeit – nötigenfalls durch Anträge nach § 15a GmbHG, § 76 AktG, § 8 ZPO – vorzubeugen.

§ 15 HGB wäre bei dieser Auslegung nur für Aufhebungen der Vertretungsmacht vor Verfahrenseinleitung von Bedeutung. Danach ginge für gewillkürte und organschaftliche Vertreter § 36 ZPO vor – und zwar auch dann, wenn die frühere Aufhebung wegen eines zunächst eingreifenden Registerschutzes dem Gegner gegenüber erst nach Verfahrenseinleitung zum Tragen kommt. Die Beseitigung des Registerscheins allein würde in solchen Fällen die Vertretungsmacht noch nicht beenden.

<sup>27)</sup> Vgl Art IV Z 2, Art XXX EGZPO, § 1 ZPO.

<sup>28)</sup> So Hueck, Das Recht der OHG<sup>4</sup> (1971) 277 FN 2.

<sup>29)</sup> Die (sofortige) Wirkung des Mangels der gesetzlichen Vertretung wurde aus der AGO von 1781 übernommen; vgl Materialien zu den österreichischen Zivilprozeßgesetzen (1897) I, 198.

<sup>30)</sup> Vgl OGH 21. 11. 1978 GesRZ 1979, 34. Personenhandelsges bleiben dagegen gesetzlich vertreten, notfalls durch Gesamtvertretung aller Komplementäre; eine KG mit nur einem Komplementär wird aufgelöst, so daß den Kommanditisten als Liquidatoren Vertretungsmacht zukommt – dazu Koppensteiner in Straube (FN 2) Rz 6 zu § 125, Rz 7f zu § 127 mwN.

<sup>31)</sup> Materialien (FN 29) I, 254; § 158 ZPO = § 171 der RV.

<sup>32)</sup> Vgl Frotz (FN 6) 34 ff, 136.

nis aufgrund der weiteren Vermietung erfüllt, so daß in diesem Fall die Rückerstattung der Einfuhrumsatzsteuer für den Leasinggeber kein Problem darstellt. Wird das Anlagegut steuerlich also dem Vermögen des Leasinggebers zugeordnet, so hat er die aus der Vermietung anfallenden inländischen Einkünfte

als beschränkt Steuerpflichtiger zu versteuern.

\* Diese Arbeit wurde Monate vor der Steuerreform 1988 fertiggestellt. Aus satz- und drucktechnischen Gründen konnte eine Aktualisierung nur im nötigsten Ausmaß erfolgen.

Univ.-Ass. Dr. CHRISTIAN ZIB, Universität Wien

## Zum Vertrauensschutz nach § 15 HGB im Zivilprozeß (II)

Nach der österreichischen Rechtsprechung kann eine Handelsgesellschaft unliebsame Prozesse verzögern, indem sie durch Abberufung und Neubestellung von Organwaltern ihre gesetzliche Vertretung nach Bedarf verändert oder – als Kapitalgesellschaft – ganz beseitigt. Da diese Tatsachen Außenstehenden bei Nichteintragung ins Handelsregister verborgen bleiben, werden Gericht und Gegner damit uU erst nach Durchführung eines nichtigen Verfahrens konfrontiert. Zeit und Prozeßkosten sind für den Gegner dann verloren. Dieses Ergebnis ist Folge einer überaus restriktiven Judikatur zum Schutz des Vertrauens auf das Handelsregister im Zivilprozeß.

### Inhaltsübersicht

#### Einleitung

- I. Rechtsprechung und Lehre
- II. Der Schutzgedanke des § 15 HGB
- III. Anknüpfung im Zivilprozeßrecht
- IV. Exkurs: Organschaftliche Vertreter als „Bevollmächtigte“ iSd ZPO?
- V. Amtswegige Anwendung des § 15 HGB
- VI. Wahlrecht
- VII. Ende der Schutzwirkung
  1. Erlöschen der Vertretungsbefugnis
  2. Verlust der Parteifähigkeit
  3. Zuständigkeit

#### Zusammenfassung

### V. Amtswegige Anwendung des § 15 HGB

Für die Beurteilung des verfahrensgegenständlichen Anspruchs kann der Dritte bis zur Rechtskraft die Rechtsfolge (Schutz oder Nichtschutz nach § 15) wählen, indem er in der Klage (allenfalls in einer zweiten Klage) den entsprechenden Sachverhalt vorbringt und die gewünschte Rechtsfolge begehrt. Auf § 15 HGB muß er sich dabei nicht berufen: Ob die Bestimmung zu seinen Gunsten eingreift, prüft das Gericht von Amts wegen. Der Dritte muß aber die Tatsache des Registerstandes in den Prozeß einführen (Verhandlungsgrundsatz)<sup>33)</sup>.

Die Prozeßvoraussetzungen sind dagegen von Amts wegen zu ermitteln (§§ 6, 37, 158 ZPO). Sie fehlen aber nur, wenn der registerrechtliche Vertrauensschutz

nicht eingreift<sup>34)</sup>. Bei Bedenken gegen das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung<sup>35)</sup> muß das Gericht daher amtswegig den Registerstand überprüfen und § 15 HGB zugunsten des Dritten anwenden, sofern dieser bei seinen Prozeßhandlungen selbst vom Vorliegen der Prozeßvoraussetzung ausgegangen ist und Hinweise für eine Kenntnis des Dritten nicht vorliegen oder sich bei einer Vernehmung der Parteien nicht erhärten. Nur wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, daß der Dritte die Unvollständigkeit des Handelsregisters kannte, hat es das Fehlen der Prozeßvoraussetzung von Amts wegen wahrzunehmen. Die Kenntnis des Dritten wird idR nur der Eintragungsverpflichtete nachweisen können. Sollte ausnahmsweise der Dritte selbst sein Wissen von der Unvollständigkeit des Handelsregisters dartun – obwohl er bisher vom Vorliegen der Prozeßvoraussetzung ausgegangen ist –, so wird dies häufig ein Versuch zur Vereitelung eines unliebsamen Verfahrens sein, den das Gericht entsprechend zu würdigen hat.

### VI. Wahlrecht

Wie erwähnt setzt eine amtswegige Anwendung des § 15 HGB zugunsten des Dritten voraus, daß dieser die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes gewählt hat. Diese Wahl wird für das materielle Recht – Inhalt und Gegen des Anspruchs – erst nach der zugrundeliegenden Disposition, nämlich in der Klage oder Einwendung, getroffen.

Würde man dieses nachträgliche Wahlrecht in den Bereich der Prozeßhandlungen übertragen, dann benötigte das Gericht bei Hervorkommen des Mangels einer Prozeßvoraussetzung vom Dritten eine Stellungnahme, ob er den Vertrauensschutz für die bisherigen

<sup>33)</sup> K. Schmidt (FN 4) 359. Offenkundig iSd § 269 ZPO ist der Registerstand allenfalls, wenn das Register beim Prozeßgericht geführt wird (vgl. Neumann (FN 23) II<sup>4</sup> (1928) 989; Petschek-Stagel, Der österreichische Zivilprozeß (1963) 229). Er muß dann weder behauptet noch bewiesen werden (Fasching (FN 25) Rz 852).

<sup>34)</sup> Ähnlich wie nach § 36 ZPO ist ihr Bestehen dabei im Hinblick auf den konkreten Prozeßgegner zu beurteilen.

<sup>35)</sup> Und nur dann, vgl. Fasching (FN 25) Rz 728; OGH 13. 2. 1986 GesRZ 1986, 151.

Bereits in 4. Auflage— mit eingearbeitetem StRÄG 1987 !

MANZ Kurzkomentar

# Strafgesetzbuch (StGB)

4., erweiterte Auflage

von

**Dr. Egmont Foregger**

Bundesminister für Justiz

**Dr. Eugen Serini**

Sektionschef im BMJ i.R.

unter Mitwirkung von **Dr. Gerhard Kodek**, Generalanwalt  
in der Generalprokuratur beim OGH

1988. 8°. 952 Seiten. geb S 1.220.— BestNr. 151 212 12 br S 1.130.— BestNr. 151 212 11

In der vorliegenden 4. Auflage wird der bestens bewährte MANZ Kurzkomentar durch Einarbeitung des umfangreichen StRÄG 1987, das seit 1.3.1988 viele wichtige Änderungen brachte, auf neuesten Stand gebracht.

Die neuen, erst am 1.1.1989 in Kraft tretenden Umweltschutzdelikte wurden bereits kommentiert.

Auch alle seit der Voraufgabe ergangene wichtige Judikatur und Literatur wurde sowohl beim StGB als auch bei den Nebengesetzen eingearbeitet.

Die besonderen Vorzüge dieser Ausgabe:

- Alle wichtigen Nebengesetze
- Stellungnahme der Autoren zu den für die Praxis wichtigen Fragen
- Fortlaufende Erläuterungen
- Umfangreiches Sachregister

„... kommt für die Praxis besondere Bedeutung zu.“  
*Zeitschrift für Verkehrsrecht*

Bestellkarte beiliegend!

**MANZ**<sup>SCHE</sup> Verlags- und Universitätsbuchhandlung · A - 1014 Wien, Kohlmarkt 16

Prozeßhandlungen auch tatsächlich in Anspruch nimmt. Rechtsfolge wäre dann die Wirksamkeit der von § 15 HGB betroffenen Prozeßhandlungen. Das würde wieder dazu führen, daß der Dritte ein ihm nicht mehr genehmes Verfahren durch Verzicht auf den Vertrauensschutz gezielt vereiteln könnte. Dies widerspräche wohl dem Schutzgedanken des § 15 HGB. Naheliegender ist, daß § 15 HGB der Durchsetzung des materiellen Anspruchs dienen soll, dem Dritten aber nicht gestattet, durch seine Wahl eine Sachentscheidung zu verhindern. Dem entspricht es besser, für die Prozeßvoraussetzungen die Wahl des Dritten als durch sein Rechtsschutzbegehren (beim Beklagten die Bestreitung) getroffen und für das weitere Verfahren — bis zum Entfall des Vertrauensschutzes — bindend anzusehen. Rechtssicherheit und Prozeßökonomie gehen hier vor und verbieten eine Rechtsfolgenwahl mit Rückwirkung. Der Dritte ist zur Verfahrensbeendigung auf die Mittel verwiesen, die ihm die ZPO dafür zur Verfügung stellt. Ab Beseitigung des Registerscheins ist der Dritte hingegen für die Zukunft nicht mehr geschützt und muß sich daher auf die Wahrheit berufen<sup>36)</sup>.

## VII. Ende der Schutzwirkung

Der Vertrauensschutz erlischt idR (§ 15 Abs 2 HGB) mit Bekanntmachung der Registrierung oder Kenntnis

<sup>36)</sup> Vgl OGH 13. 2. 1986 GesRZ 1986, 151 = RZ 1986/55: Der Beklagte war dort schon von Anfang an weder gutgläubig noch Dritter iSd § 15 HGB.

des Dritten. Bisher kraft § 15 HGB vorhandene Prozeßvoraussetzungen fehlen ab nun, ihr Mangel ist amtswegig wahrzunehmen. Tritt er erst später zutage, dann ist das inzwischen betroffene Verfahren für nichtig zu erklären.

Da die Prozeßhandlungen des Gerichts nicht für sich, sondern nur als Folge der Parteihandlungen dem registerrechtlichen Vertrauensschutz unterliegen, beendet nicht die Kenntnis des Gerichts, sondern die des Dritten die Schutzwirkung. Wie im rechtsgeschäftlichen Bereich entfällt der Vertrauensschutz sofort, wenn seine Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Ein bisher durch § 15 HGB gedeckter Mangel einer Prozeßvoraussetzung tritt deshalb sofort und nicht erst bei der nächsten Prozeßhandlung des Dritten auf: Befindet sich ein zuzustellendes Schriftstück im Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Gegners (Bekanntmachung der Eintragung) auf dem Postweg, dann ist die Zustellung an den Scheinvertreter unwirksam und muß zu ihrer Wirksamkeit wiederholt werden oder nach § 7 ZustG heilen. Solange § 15 HGB eingreift, sind auch die Prozeßhandlungen des Eintragungsverpflichteten (seines Scheinvertreters) wirksam, weil der Dritte sie in seine Dispositionen einbezieht. Erlischt der Vertrauensschutz dagegen, während eine prozesuale Frist für den Eintragungsverpflichteten läuft, dann kann die Frist nur von einem tatsächlichen Vertreter wirksam wahrgenommen werden.

Für den Wegfall des Registerscheins nach Verfahrenseinleitung bedeutet dies:

### 1. Erlöschen der Vertretungsbefugnis

Wird dem Gericht zwischen Klagszustellung an den eingetragenen Vertreter und erster Tagsatzung bekannt, daß dessen Vertretungsmacht bereits erloschen ist, und hat § 15 HGB bisher eingegriffen<sup>37)</sup>, dann ist die Zustellung wirksam. Eine neuerliche Klagszustellung an einen „wirklichen“ Vertreter ist zweckdienlich, aber nicht erforderlich. Das Gericht hat den Kläger von der Aufhebung der Vertretungsbefugnis zu verständigen<sup>38)</sup>. Mit dessen Kenntnis – zB auch durch Akteneinsicht – entfällt der Vertrauensschutz. Gleiches gilt – allerdings mit besonderen Formerfordernissen zugunsten des Klägers – wenn § 36 ZPO Anwendung findet<sup>39)</sup>. Ab nun mangelt dem eingetragenen Vertreter die Vertretungsmacht. Bestreitet er bei der ersten Tagsatzung oder erscheint auf der Seite des Beklagten gar niemand, so ist ein VU zu fällen. Dieses muß einem wirklichen Vertreter zugestellt werden<sup>40)</sup>.

Ähnliches gilt für den Entfall des Registerscheins zwischen Erteilung des Auftrags zur Klagebeantwortung und Antrag auf Fällung eines VU sowie zwischen Zustellung eines Zahlungsbefehls und Erheben des Einspruchs. Die Frist läuft für den Eintragungspflichtigen. Für die Zustellung des VU gilt § 15 HGB nicht mehr. Legt der Vertreter des Beklagten in einer bestreitenden Klagebeantwortung bzw im Einspruch seine Abberufung dar, dann sind diese Akte wohl noch wirksam.

Bei fehlender Vertretungsbefugnis auf der Klägerseite hat § 15 HGB keine Wirkung, solange der Beklagte nicht durch eine Prozeßhandlung disponiert hat. Bis dahin besteht ein amtswegig zu berücksichtigender Vertretungsmangel (der aber idR unerkannt bleiben wird). Wenn dieser nicht beseitigt werden kann, ist die Klage zurückzuweisen. Mit Bestreitung des Beklagten in der ersten Tagsatzung, Klagebeantwortung oder Erheben des Einspruchs saniert § 15 HGB das bisherige Verfahren. Der weitere Bestand der Vollmacht ist durch § 36 ZPO<sup>41)</sup> und § 15 HGB gesichert.

Wird der Vertretungsmangel dem Gegner im weiteren Prozeßverlauf bekannt, so bleibt das bisherige Verfahren wirksam. Wenn der Registerschutz vor der Zustellung der Entscheidung an den eingetragenen Vertreter entfällt, ohne daß dies dem Gericht bekannt (und folglich berücksichtigt) wird, dann wird die Entscheidung nur scheinrechtskräftig: Der Eintragungspflichtige kann ihre Zustellung veranlassen und in seinem Rechtsmittel den betroffenen Verfahrensteil wegen Nichtigkeit anfechten. Zusätzlich steht ihm

<sup>37)</sup> So in SZ 47/110 (FN 2).

<sup>38)</sup> Diese Verständigungspflicht könnte man aus § 182 ZPO ableiten. Ihre Verletzung würde dann einen wesentlichen Verfahrensmangel bilden.

<sup>39)</sup> Die Vollmacht bestand kraft § 15 HGB bei Verfahrenseinleitung und ist daher nachträglich weggefallen. Wie erwähnt geht § 36 ZPO zumindest für den Prokuristen dem § 15 HGB vor.

<sup>40)</sup> Notfalls einem Kurator (§§ 8, 116 ZPO), Notgeschäftsführer (§ 15 a GmbHG) oder Notvorstand (§ 76 AktG).

<sup>41)</sup> Wobei § 36 ZPO für den Prokuristen wohl schon ab Gerichtshängigkeit eingreifen wird. Die Vorschrift soll nicht nur dem Gegner, sondern auch dem Gericht die Beurteilung der Vertretungsverhältnisse erleichtern und kann daher für den Kläger auch vor Klagszustellung herangezogen werden.

nach *Fasching* die Nichtigkeitsklage zur Verfügung, wenn er zum Verfahren überhaupt nicht zugezogen wurde<sup>42)</sup>, § 15 HGB also schon bei der Klagszustellung nicht eingegriffen hat.

Die *Prozeßunfähigkeit* einer (Kapital-)Gesellschaft<sup>43)</sup> ist – soweit Auswirkungen des Registerstandes behandelt werden – eine Folge des Vollmangels. Sie tritt zutage, wenn organschaftliche Vertreter in ausreichender Anzahl nicht mehr vorhanden sind. Ihre Rechtsfolge ist die Unterbrechung des Verfahrens (§ 158 ZPO) ab Entfall des Registerscheins.

### 2. Verlust der Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit geht bei Personenhandelsgesellschaften idR mit Beendigung der Liquidation – dh mit der Verteilung ihres gesamten Vermögens – verloren. Das Fortbestehen von Gesellschaftsverbindlichkeiten allein erhält die Parteifähigkeit nicht. Die Ges kann nicht mehr geklagt werden und einen laufenden Passivprozeß auch nicht mehr weiterführen. Ihre Löschung im Handelsregister ist nur deklarativer Natur<sup>44)</sup>. Zwar ist ein Prozeß gegen eine nicht vorhandene Partei – sofern die Parteibezeichnung nicht nach § 235 (5) ZPO berichtigt werden kann<sup>45)</sup> – ein rechtliches Nichts<sup>46)</sup>. Solange aber der Registerschutz eingreift, ist die Ges als noch bestehend und dementsprechend vertreten zu behandeln<sup>47)</sup>. Klagserhebung gegen die Ges nach Liquidationsende unterbricht somit bei gehöriger Fortsetzung des Verfahrens die Verjährung auch gegenüber den Gesellschaftern (§ 160 HGB)<sup>48)</sup>. Bei Entfall des Registerscheins tritt Parteiwechsel gem § 155 ZPO<sup>49)</sup> ein<sup>50)</sup>. Jedoch wird das Verfahren nicht unterbrochen, sondern die haftenden Gesellschafter treten sofort an die Stelle der Ges. Zwar betonen die deutsche Lehre<sup>51)</sup> und der BGH seit BGHZ 62, 131 zurecht § 124 HGB: Weder waren die Gesfter schon während des Bestandes der Ges die „wirkliche“ Prozeßpartei und würden daher nach Beendigung auto-

<sup>42)</sup> *Fasching* (FN 25) Rz 2044, 2047 mit Nachweis der ggt Jud.

<sup>43)</sup> Zu Personenhandelsges und zum mangelnden Schutzbedürfnis prozeßunfähiger Ges vgl oben IV.

<sup>44)</sup> *Torggler-Kucsko* in Straube (FN 2) Rz 2-4 zu § 157 mwN; *Baumbach-Duden-Hopt* (FN 4) Anm 1A zu § 157; konstitutive Wirkung der Löschung vertritt *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht (1986) 255.

<sup>45)</sup> Dies ist aber nur möglich, wenn die bereits vollbeendete Ges geklagt wird. Außerdem kann bei fortgeschrittenem Verfahren ohne Nachholung früherer Verfahrensschritte nur auf denjenigen „Gesellschafter“ berichtigt werden, der bisher am Verfahren beteiligt war, weil eine Vertretungsbefugnis für die anderen „Gesellschafter“ nicht mehr besteht. Anders liegt der Fall nur bei einer Klage gegen eine OHG/KG, die – ohne unter § 5 HGB zu fallen – zur GesBR herabgesunken ist: Die im GesVertrag der OHG/KG vereinbarte Vertretungsregelung bleibt dann aufrecht (OGH 26. 6 1985 GesRZ 1985, 194).

<sup>46)</sup> *Fasching* (FN 25) Rz 329.

<sup>47)</sup> *Ostheim*, GesRZ 1982, 174; RGZ 127, 98; einschränkend *K. Schmidt* (FN 4) 358.

<sup>48)</sup> *Koppensteiner* in Straube (FN 2) Rz 2 zu § 160; *Schilling* in Großkomm<sup>2</sup> (1970) Anm 12 zu § 157.

<sup>49)</sup> Vgl *Fasching* (FN 25) Rz 385; *Fasching* (FN 16) II 762.

<sup>50)</sup> Vgl *Lindacher* (FN 4) 501.

<sup>51)</sup> *Fischer*, Großkomm<sup>3</sup> (1973) Anm 33 zu § 124; *K. Schmidt* (FN 44) 1005 ff, beide mwN.

matisch an deren Stelle treten, noch sind sie deren Gesamtrechtsnachfolger. Vielmehr liegt nach dieser Ansicht ein gewillkürter Parteiwechsel vor, der vom Gericht zuzulassen ist und dann nicht der Zustimmung der Gesfter bedarf. Verneint man aber für das österreichische Zivilprozeßrecht die Zulässigkeit eines gewillkürten Parteiwechsels außerhalb der vom Gesetz ausdrücklich gestatteten Fälle<sup>52)</sup>, dann muß zur Erhaltung der bisherigen Prozeßergebnisse für den Kläger wohl auf § 155 ZPO zurückgegriffen werden<sup>53)</sup>. Wenn kraft § 15 HGB auch das Urteil noch gegen die Ges ergeht, werden den Gesftern dadurch jene Einwendungen abgeschnitten, die im Gesellschaftsprozeß vorzubringen gewesen wären (§ 129 HGB)<sup>54)</sup>.

Kapitalgesellschaften verlieren ihre Rechtspersönlichkeit durch den Doppeltatbestand der restlosen Abwicklung und Löschung im Handelsregister<sup>55)</sup>. Die Registrierung von Verschmelzung und Umwandlung hat sogar konstitutiven Charakter. § 15 HGB wäre für diese Körperschaften daher allenfalls im Zeitraum zwischen Eintragung und Bekanntmachung des Erlö-

<sup>52)</sup> So *Fasching* (FN 25) Rz 388; aM *Holzhammer* (FN 20) 95.

<sup>53)</sup> Zur Ähnlichkeit der Wertung *Henckel*, ZGR 1975, 232 (236).

<sup>54)</sup> *Schilling* (FN 48).

<sup>55)</sup> *Reich-Rohrwig* (FN 15) 723, 726; *Rowedder-Koppensteiner*, GmbHG (1985) Rz 17 zu § 74; *Schiemer* (FN 15) Anm 5.2 zu § 214; *K. Schmidt* (FN 44) 250.

schens von Bedeutung und könnte dem Gläubiger zu dem für eine Einzelanfechtung von Liquidationsgeschäften erforderlichen Titel verhelfen (§ 8 AnfO).

### 3. Zuständigkeit

Genießt der Kläger für zuständigkeitsbegründende Tatsachen im Zeitpunkt der Gerichtshängigkeit den Schutz des § 15 HGB, dann tritt perpetuatio fori (§ 29 JN) ein. Spätere Kenntnis oder Registereintragung ändern die Zuständigkeit deshalb nicht mehr.

### Zusammenfassung

Der Vertrauensschutz nach § 15 HGB erstreckt sich nach seinem Zweck auch auf Prozeßhandlungen. Für die hilfsweise Beurteilung von Prozeßvoraussetzungen nach bürgerlichem Recht ist diese Bestimmung daher mit heranzuziehen. Dies bewirkt, daß Prozeßvoraussetzungen zugunsten des Dritten amtswegig nach dem Registerstand zu beurteilen sind. Das Gericht hat bei Bedenken die Voraussetzungen des Publizitätsschutzes von Amts wegen zu prüfen. Mit Kenntnis des Dritten bzw Eintragung und Bekanntmachung wird der bisherige Handelsregisterstand für die Zukunft unbeachtlich. Ein zurückwirkendes Wahlrecht des Dritten zwischen Schutz und Nichtschutz besteht im Zivilprozeß jedoch nicht. Bei der Beurteilung von Einzelfragen ist von einem typisierten Dispositionsschutz als Regelgehalt des § 15 HGB auszugehen.

Dr. PETER HOLESCHOFSKY, Richter

## Bemerkungen zur Haftung des für die Vor-GmbH Handelnden

(Zur Entscheidung des OGH AZ 6 Ob 659/85)\*

Die Probleme im Zusammenhang mit dem Werden einer juristischen Person stehen im Brennpunkt der Diskussion. Die Meinungen sind kaum mehr übersehbar, die Differenzierungen inzwischen äußerst subtil geworden. Im Rahmen einer Entscheidungsbesprechung können nur Grundtendenzen nachgezeichnet und – allenfalls – einige wenige Akzente gesetzt werden. Dennoch aber soll in der folgenden Betrachtung aus aktuellem Anlaß der Versuch unternommen werden, der Sinnhaftigkeit der strikten Haftung des Handelnden, wie sie die GmbH-Nov 1980 eingeführt hat, nachzuspüren.

### I. Historische Vorbemerkung

Zunächst hält der OGH in 6 Ob 659/85 dem Revisionswerber zutreffend den Unterschied entgegen, der mit der Streichung des Verweises auf Art 55 AHGB durch die Nov 1980 eingetreten ist.

Die Haftung des Handelnden ist Ausdruck des Konzessionssystems und geht auf Art 181 des preußischen Entwurfes zum ADHGB zurück; die für die AG gedachte Bestimmung des Art 211 Abs 2 ADHGB sollte „verhüten, daß Aktiengesellschaften vor erteilter landesherrlicher Genehmigung faktisch als solche ihre Geschäfte beginnen. Die bei offenen und stillen Handelsgesellschaften für den gleichen Fall angedrohten Rechtsnachteile (Art 93, 146, 161) passen nicht auf Aktiengesellschaften, deren Statut vor erteilter lan-

desherrlicher Genehmigung überhaupt noch nicht als vorhanden angesehen werden kann“<sup>1)</sup>. Wer gegen die hier angesprochene landesherrliche Autorität<sup>2)</sup> dadurch verstößt, daß er auftritt, „als sei die Gesellschaft schon rechtsförmlich konstituiert“<sup>3)</sup> wird demnach

<sup>1)</sup> Siehe S 167f.

<sup>2)</sup> PrEntw, Motive 91, zitiert nach *Fabricius*, Vorgesellschaften bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Ein Irrweg? in FS-Kastner (1972) 85 (93).

<sup>3)</sup> Vgl aber auch Art 37 des code de commerce: „La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement...“.

<sup>4)</sup> ADHGB-Protokolle, 318, zitiert nach Karsten *Schmidt*, Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften (1972) 276.