

## B E S C H L U S S

Der Fürstliche Oberste Gerichtshof als Rekursgericht hat durch seinen ersten Senat unter dem Vorsitz des Präsidenten Univ.-Prof.iR Dr. Hubertus Schumacher sowie die Oberstrichter Dr. Wigbert Zimmermann, Dr. Thomas Hasler, lic. iur. Thomas Ritter und Dr. Thomas Risch als weitere Mitglieder des Senats, ferner im Beisein der Schriftführerin Astrid Wanger, in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\* **Aktiengesellschaft**, \*\*\*\*\*, 9495 Triesen, vertreten durch \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei B\*\*\*\* 9490 Vaduz, vertreten durch \*\*\*\*\*, und der auf Seiten der beklagten Partei beigetretenen Nebenintervenientin \*\*\*\* **AG**, \*\*\*\*\*-\*\*\*\*\*, 9490 Vaduz, vertreten durch \*\*\*\*\* wegen CHF 20'000.00 s.A. über den Rekurs der klagenden Partei (Rekursinteresse CHF 20'000.00 s.A.) gegen den Beschluss des Fürstlichen Obergerichts vom 04.08.2021, 02 CG.2020.237-30, mit dem der Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Fürstlichen Landgerichts vom 21.04.2021, 02 CG.2020.237-21, Folge gegeben und das erstinstanzliche Urteil unter Rechtskraftvorbehalt aufgehoben wurde, in nicht öffentlicher Sitzung (Videokonferenz gem Art 6 Covid-19-VJBG) beschlossen:

Dem Rekurs wird *k e i n e* Folge gegeben.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens stellen weitere Verfahrenskosten dar.

### B e g r ü n d u n g :

1. Im Rekursverfahren geht es im Kern um die Frage, ob für die über den Werkvertragsumfang hinausgehenden Leistungen der Klägerin, soweit sie noch nicht abgegolten sind, eine Anspruchsgrundlage besteht oder nicht.

Die Vorinstanzen sind von dem folgenden unstrittigen Sachverhalt ausgegangen:

*„Der \*\*\*\*\* der beklagten \*\*\*\*\* hat mit Vergabevermerk vom 08. Mai 2020 die Klägerin mit den Baumeisterarbeiten für das \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, Abbruch und Neubau Büro- und Aufenthaltsgebäude, beauftragt. Die Vergabesumme betrug CHF 148'961.15 (inkl MwSt).*

*Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft liechtensteinischen Rechts mit Sitz in \*\*\*\*\*, welche über eine Gewerbebewilligung ua für die Ausführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten verfügt. In der gegenständlichen Angelegenheit wurde die Klägerin durch ihren Geschäftsführer und einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* vertreten.*

*Die Vergabesumme basierte gemäss der Offerte Nr. 15296 auf folgenden Leistungen: CHF 6'000.00 für*

*Regiearbeiten (NPK Pos. 111), CHF 8'500.00 für Baustelleneinrichtung (NPK Pos. 113), CHF 26'220.00 für Kanalisationen und Entwässerungen (NPK Pos. 237) sowie CHF 110'715.00 für Ortbetonbau (NPK Pos. 241).*

*Der nachfolgende Werkvertrag zur Ausführung der „BKP 211 – Baumeisterarbeiten / Erschliessung“ am Bauobjekt „Abbruch und Neubau Büro- und Aufenthaltsgebäude \*\*\*\*\*“ wurde am 23. bzw. 27. Juni 2017 zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossen:*

*XXX*

*Dem Werkvertrag lagen die Angaben zum Projekt, die allgemeinen bauökologischen Ausschreibungsbedingungen des Auftraggebers, die Angaben zur Eignungsprüfung inkl. Beilagen und die Offerte Nr. 15296 vom 13. April 2017 der Klägerin, die nachfolgenden allgemeinen Bedingungen des Auftraggebers für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und die nachfolgenden besonderen Bedingungen des Auftraggebers für Bauaufträge als Beilagen bei:*

*Allgemeine Bedingungen des Auftraggebers für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (Auszug)*

*„....*

### *1.3. Preise und Verbindlichkeiten*

*Alle in der Offerte angegebenen Ausmasse sind Richtmasse. Mit der Preisangabe verpflichtet sich der Auftragnehmer, den Auftrag zu den offerierten Einheitspreisen auszuführen. Alle Lieferungen verstehen*

*sich franko Auftragsort. Die Mehrwertsteuer ist separat auszuweisen. Sämtliche Preise sind inklusive der leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe LSVA zu berechnen. Offerten behalten ihre Gültigkeit bis drei Monate nach Ablauf der Eingabefrist (Art 31 ÖAWG).*

...

#### *1.11. Zuschlagkriterien*

*Der Zuschlag wird der wirtschaftlich günstigsten Offerte erteilt. Der Zuschlag wird erteilt unter Berücksichtigung von Zuschlagskriterien wie der Dauer und des Termins der Ausführung, der Qualität, des Preises, der Rentabilität, der Betriebskosten, des Kundendienstes, der Versorgungs- und Betriebssicherheit, der Zweckmässigkeit, der Ästhetik, der Umweltverträglichkeit/Umwelteigenschaften, des technischen Wertes und der technischen Hilfe. Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sind in den Angaben zum Projekt angegeben.*

....

#### *1.16. Auftragsergänzung*

*Der Auftraggeber behält sich bei sämtlichen Arbeiten das Recht zur Auftragsergänzung vor (Art 24 Abs 2 und 3 ÖAWV, sowie Art 25 Abs 1 ÖAWV).*

...

### *2.2. Zahlungen, Zahlungsgarantien und Abzüge*

#### *2.1.1. Zahlungen*

...

*Auf Regiearbeiten, welche nicht in der Ausschreibung enthalten sind und zu den Ansätzen des genehmigten*

*Tarifes abgerechnet werden, gelten die in der Offerte festgelegten Rabatte und Abzüge. Regierechnungen sind monatlich zu stellen.*

...

### *2.3. Gerichtsstand*

*Der Gerichtsstand ist in Vaduz.“*

*Besondere Bedingungen des Auftraggebers für Bauaufträge (auszugsweise):*

*„1. Verhältnis gesetzliche Bestimmungen zu den SIA-Normen*

*Für diesen Vertrag gelten die gesetzlichen Bestimmungen des Fürstentums Liechtenstein. Das heisst, dass anders lautende oder widersprüchliche Auslegungen der SIA-Normen und Normen anderer Fachverbände gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen des Fürstentums Liechtenstein keine Anwendung finden und somit keine Gültigkeit haben.*

### *2. Auftragserweiterungen*

*Es wird ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass Erweiterungs- und zusätzliche Aufträge (also alle Arbeiten, die im Werkvertrag nicht angeführt sind) nicht anerkannt und somit nicht bezahlt werden, wenn diese nicht schriftlich (Fax oder Brief) vom \*\*\*\*\*, bzw bei Beträgen bis CHF 10'000.00 vom oben genannten Sachbearbeiter, erteilt wurden. Eine Auftragserteilung durch das von der \*\*\*\*\* beauftragte Ingenieur-, Architekturbüro, bzw Bauleitungsbüro ist nicht ausreichend.*

### *3. Rechnungslegung*

*Das beauftragte Unternehmen verpflichtet sich, alle ihm aus der Abwicklung dieses Auftrages/Werkvertrages zustehenden Ansprüche längstens innert sechs Monaten ab Abschluss seiner Arbeiten mit ordnungsgemässer Rechnungsstellung geltend zu machen. Wenn eine solche Rechnungsstellung innert dieser Frist nicht erfolgt, entfällt eine Zahlungspflicht der \*\*\*\*\* für Nachfristablauf verspätet gestellte Rechnungen.*

*...“*

*Das massgebende Kriterium der Beklagten für die Erteilung des Zuschlags an die Klägerin war der offerierte Preis. Dieser wurde bei den Zuschlagskriterien mit 100% gewichtet. Da die Offerte der Klägerin das wirtschaftlich günstigste Angebot war, wurde es den Offerten dreier anderer Unternehmen vorgezogen.*

*Im gegenständlichen Bauprojekt war \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* für die Beklagte als Sachbearbeiter und Projektverantwortlicher tätig.*

*Die Beklagte hatte für die Bauleitung die Nebenintervenientin, eine Aktiengesellschaft nach liechtensteinischem Recht mit Sitz in \*\*\*\*\*, vertreten durch \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, beauftragt. Als massgebende Ordnung wurde dabei die bei Vertragsabschluss gültige Ordnung für Arbeiten und Honorare der \*\*\*\*\*, Norm Nr. 102, des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) bestimmt. Der Auftrag umfasste die Grundleistungen für die BKP Pos. 1*

*Vorbereitungsarbeiten, 2 Gebäude, 4 Umgebung und 9 Ausstattung.*

*Die Nebenintervenientin war nicht dazu ermächtigt, nach erfolgter öffentlicher Ausschreibung ohne vorherige Absprache mit der Beklagten zusätzliche Aufträge an die Klägerin zu erteilen.*

*Als voraussichtliche Termine für Arbeitsbeginn und Arbeitsvollendung wurden Mai 2017 und Oktober 2017 definiert. Aufgrund von Verzögerung beim Abbruch und Aushub konnte die Klägerin mit ihren Arbeiten tatsächlich erst Ende Juni 2017 beginnen.*

*Im Zuge des Baufortschrittes kam es zu Anpassungen in der Ausführung des basierend auf der Offerte Nr. 15296 erteilten Auftrags. Die nordseitige Wand wurde durch eine einfache Böschung und die südseitige Bruchsteinmauer durch eine Sichtbetonwand ersetzt. Diese Anpassungen wurden durch die Nebenintervenientin in Auftrag gegeben und stellen übliche Anpassungen im Rahmen des erteilten Auftrags infolge des Baufortschritts und damit keine Auftragsweiterung oder Auftragsergänzung dar.*

*Des Weiteren wurden verschiedene Arbeiten durch die Klägerin erbracht, die von der Offerte Nr. 15296 nicht umfasst sind. Konkret betrifft dies die Positionen Abbrüche und Demontagen (NPK Pos. 117), Bauarbeiten für Werkleitungen (NPK Pos. 151), Baugruben und Erdbau (NPK Pos 211) sowie Maurerarbeiten (NPK Pos. 314). Diese Ausführungsanpassungen wurden allesamt durch die Nebenintervenientin ohne explizite zusätzliche Genehmigung durch die Beklagte in Auftrag gegeben.*

*Die NPK Pos. 211 war in einer Ausschreibung der Beklagten bereits vorgesehen. Die Durchführung wurde jedoch nicht an die Klägerin, sondern an die \*\*\*\*\* und \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* AG für ein Auftragsvolumen von CHF 49'406.85 vergeben. Im Bauablauf wurde die Klägerin durch die Nebenintervenientin beauftragt, auch einen Teil dieser Arbeiten durchzuführen.*

*Für die NPK Pos. 117 und 151 gab es weder eine Ausschreibung noch Offerten.*

*Anfang 2018 wurden die Arbeiten schliesslich zwei Monate später als geplant abgeschlossen. Die Verzögerung war jedoch nicht durch die Klägerin verursacht. Am 31. Januar 2018 war die Klägerin nochmals vor Ort, um das Tor bei der Garage und eine Türschwelle zu schleifen sowie die rechte Seite des Garagentors zu stocken. Am 01. Februar 2018 wurde schliesslich der Bauzaun durch die Klägerin entfernt.*

*Die Klägerin hat im Rahmen des Bauobjekts „Abbruch und Neubau Büro- und Aufenthaltsgebäude \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*“ keine Arbeiten verrichtet, die nicht auch von der Beklagten für die Umsetzung des Projekts gewünscht waren.*

*Die Klägerin erstellte am 31. Dezember 2017 erstmalig die Rechnung Nr. 711177821. Die Abrechnung belief sich abzüglich der durch die Klägerin bereits geleisteten Vorauszahlung von CHF 100'000.00 auf CHF 122'033.85 (inkl. MWSt). Die \*\*\*\*\* Anstalt, \*\*\*\*\*, 9495 Triesen wurde von der Klägerin für das Ausmass der erbrachten Leistungen beigezogen. Das erste Ausmass wurde durch die \*\*\*\*\* Anstalt am 19. Februar 2018 erstellt.*

*Am 20. März 2018 fand eine Besprechung zwischen der Klägerin, vertreten durch \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* und der Bauherrschaft, vertreten durch den \*\*\*\*\* und Bauleiter \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* statt. Anlässlich dieser Besprechung wurde das am 19. Februar 2018 erstellte Ausmass besprochen und entsprechende Korrekturen angebracht, insbesondere wurde ein Teil der Aushubarbeiten aus dem Ausmass herausgenommen und ein Zuschlag für Sichtschalung gestrichen. Basierend auf diesem bereinigten Ausmass und den dargelegten Regieleistungen im Umfang von CHF 12'315.85 stellte die Klägerin datiert auf den 26. März 2018 folgende Rechnung:*

**XXX**

*Die Klägerin machte also einen Gesamtbetrag von CHF 193'233.40 geltend, welcher CHF 44'272.25 über der ursprünglich abgegebenen Offerte lag.*

*Zusammen mit der Rechnung vom 26. März 2018 übermittelte die Beklagte der Klägerin die Regierapporte, welche Regiearbeiten in der Höhe von CHF 12'315.85 beinhalten.*

*Total CHF 40'357.75 der Mehrkosten des bereinigten Ausmasses vom 26. März 2018 gegenüber der Offerte Nr. 15296 können auf die Positionen Baugruben und Erdbau (NPK Pos. 211), Abbrüche und Demontagen (NPK Pos. 117), Bauarbeiten für Werkleitungen (NPK Pos. 151) sowie Maurerarbeiten (NPK Pos. 314)*

*zurückgeführt werden. Diese Positionen waren wie bereits erwähnt in der Offerte Nr. 15296 nicht enthalten.*

*Die durch die Klägerin in Rechnung gestellten Kosten von CHF 32'087.55 für NPK Pos. 211, CHF 2'049.20 für NPK Pos. 117, CHF 893.00 für NPK Pos. 151 und CHF 5'328 für NPK Pos. 314 entsprachen marktüblichen Preisen.*

*Die Preisdifferenz zwischen der Offerte und der Rechnung vom 26. März 2018 hinsichtlich der bereits in der Offerte enthaltenen NPK Pos. 111, 113, 237, 241 beträgt CHF 4'649.70. Im Verhältnis zum Bruttobetrag (exkl MWSt) stellt dies eine Kostenüberschreitung von 3% dar.*

*Am 27. Juli 2018 fand eine Besprechung zwischen \*\*\*\*\* und der Beklagten, vertreten durch \*\*\*\*\* , statt, um die Baumeisterabrechnung zu besprechen. Streitpunkt der Besprechung waren die Regiearbeiten und der Umstand, dass bis zum Abschluss der Baumeisterarbeiten keine Regierapporte zur Genehmigung von der Klägerin abgegeben wurden.*

*Am 07. August 2018 übermittelte \*\*\*\*\* eine detaillierte Übersicht der Regiearbeiten an die Beklagte. Die Übersicht zeigt insbesondere die jeweiligen Auftraggeber auf.*

*Die Zahlung der Rechnung vom 26. März 2018 an die Klägerin wurde durch die Nebenintervenientin Anfang August 2018 freigegeben.*

*Nach erneuter Zahlungsanfrage durch die Klägerin an die Beklagte am 30. August 2018 lehnte die Beklagte die Bezahlung des offenen Betrages ab und verwies darauf,*

*dass der \*\*\*\*\* voraussichtlich im Oktober 2018 über die Bauabrechnung und den Nachtragskredit befinden könne.*

*Am 07. Januar 2019 ging bei der Klägerin eine Zahlung in der Höhe von CHF 73'233.40 ein. Die Beklagte hat somit in der Summe zusätzlich zum in der Offerte festgehaltenen Betrag von CHF 148'961.15 einen Betrag von CHF 24'272.25 bezahlt.*

*Mit Schreiben vom 31. Januar 2019 begründet die Beklagte, dass durch die Zahlung vom 07. Januar 2019 die vollumfänglichen Verpflichtungen aus dem Werkvertrag über CHF 148'961.15 und zusätzlich CHF 24'272.25 für Ausführungsanpassungen ausbezahlt worden sind. Die Beklagte lehnt ein weiteres Entgegenkommen und damit die Bezahlung des Betrags von CHF 20'000 ab.*

*Der Beklagten ist bewusst, dass die Leistungen Abbrüche und Demontagen (NPK Pos. 117), Bauarbeiten für Werkleitungen (NPK Pos. 151), Baugruben und Erdbau (NPK Pos. 211) sowie Maurerarbeiten (NPK Pos. 314) durch die Nebenintervenientin im Namen der Beklagten in Auftrag gegeben wurde, obwohl die Nebenintervenientin für diese Leistungen keine Vollmacht hatte und dass diese Leistungen für die Fertigstellung des Bauobjekts nötig waren.“*

2.1. Mit der am 28.08.2020 eingebrachten Klage begehrte die Klägerin, die Beklagte schuldig zu erkennen, ihr den Betrag von CHF 20'000.00 s.A. zu zahlen. Sie brachte dazu zusammengefasst und im Wesentlichen vor: Die Beklagte habe von dem für die erbrachten Leistungen

in Rechnung gestellten Werklohn einen Restbetrag von CHF 20'000.00 willkürlich und ungerechtfertigt nicht bezahlt. Soweit die Klägerin nicht in ihrer Offerte enthaltene Leistungen in Rechnung gestellt habe, habe es sich entgegen dem Standpunkt der Beklagten nicht um Auftragserweiterungen oder –ergänzungen gehandelt. Es sei im Sinn gängiger und akzeptierter Praxis und im Sinn der Optimierung des Bauablaufs und damit im zeitlichen und finanziellen Interesse der Beklagten um Verschiebungen von Arbeiten von anderen Gewerken und Auftragnehmern zur Klägerin gekommen. Dabei sei der Auftrag als Gesamtes nicht geändert worden. Die Klägerin habe davon ausgehen dürfen, dass die im Werkvertrag als Vertreterin der Beklagten genannte Nebenintervenientin die Koordination der Arbeiten übernehme und die Auftragsverschiebungen stets im Sinn der Beklagten gewesen seien, da sie gesamthaft gesehen innerhalb des Projekts kostenneutrale, im besten Fall sogar kostensenkende Auswirkungen zur Folge gehabt hätten.

Zudem sei die Beklagte durch die entsprechenden Auftragserteilungen der Nebenintervenientin als ihrer direkten Stellvertreterin gemäss § 1016 ABGB selbst dann verpflichtet worden, wenn diese ihre Vollmacht überschritten habe, zumal sich die Beklagte den aus der Ausführung der Arbeiten resultierenden Vorteil zugewendet und zudem diese Arbeiten nachträglich konkludent genehmigt habe. Sie habe nämlich auf die Schlussrechnung vom 26.03.2018 bis zum 07.01.2019 nicht reagiert und sodann einzig die Kostensteigerung bemängelt. Spätestens aber mit dem Schreiben vom

31.01.2019 habe die Beklagte die von ihrer Vertreterin in Auftrag gegebenen Ausführungsanpassungen genehmigt.

2.2. Die Beklagte bestritt, beantragte die kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete zusammengefasst ein: Im Zuge des Baufortschritts sei es im Rahmen der Position 111 „Regiearbeiten“ zwar zu kleineren, üblichen Anpassungen in der Ausführung des erteilten Auftrags gekommen, indem die nordseitige Wand durch eine einfache Böschung und die südseitige Bruchsteinmauer durch eine Sichtbetonwand ersetzt worden seien. Es sei aber zu keinen Erweiterungsaufträgen oder zusätzlichen Aufträgen zum abgeschlossenen Werkvertrag gekommen. Bei den von der Klägerin abgerechneten Mehrleistungen handle es sich um Auftragserweiterungen bzw –ergänzungen. Diesbezüglich hätte es der schriftlichen Genehmigung durch ihren \*\*\*\*\* bzw ihren Sachbearbeiter bedurft. Die Beklagte habe die von der Klägerin zusätzlich ausgeführten Arbeiten auch nie nachträglich konkludent genehmigt.

Bis zur Übermittlung der Endabrechnung am 12.03.2018 sei die Beklagte nie über irgendwelche Auftragserweiterungen oder –abweichungen orientiert worden. In der Endabrechnung der Klägerin seien aus dem Nichts heraus Mehrkosten von CHF 73'072.70 (+ 49,05% gegenüber der Offerte) in Rechnung gestellt worden. Über Nachfrage habe ihr die Klägerin am 26.03.2018 einen angepassten Betrag von CHF 193'233.40, also immer noch CHF 44'272.25 oder 29,72% mehr als den verbindlichen Offertbetrag in Rechnung gestellt. Nach einer Besprechung mit der Klägerin habe diese schliesslich

unter Berücksichtigung der erwähnten Ausführungsanpassungen bei der nordseitigen Wand und südseitigen Bruchsteinmauer die vereinbarten CHF 148'961.15 sowie einen marktüblichen Preis von CHF 24'272.25, enthaltend Regiearbeiten im Umfang von CHF 5'902.00, für die von der Bauleitung ohne Rücksprache mit ihr zusätzlich in Auftrag gegebenen Positionen „Baugruben und Erdbau“, „Abbrüche und Demontagen“, „Bauarbeiten für Werkleitungen“ sowie „Maurerarbeiten“ bezahlt.

Es sei von einer Geschäftsführung ohne Auftrag auszugehen, weshalb die Beklagte der Klägerin gemäss § 1040 ABGB für die erbrachten Zusatzarbeiten an sich nichts zu bezahlen habe. Sie habe der Klägerin kulanthalber einen zusätzlichen Betrag von CHF 24'272.25 bezahlt. Abgesehen davon habe die Klägerin die beträchtliche Überschreitung des Kostenvoranschlags nie angezeigt und daher den Anspruch wegen der Mehrarbeiten gemäss § 1159 Abs 2 ABGB verloren.

2.3. Die Nebenintervenientin wendete zudem noch ein, die Klage sei unschlüssig, weil nicht ersichtlich sei, für welche konkreten Leistungen die geltend gemachten CHF 20'000.00 ersetzt verlangt würden. Wenn auch zutreffe, dass die von der Klägerin erbrachten Zusatzarbeiten von ihr (der Nebenintervenientin) veranlasst worden seien, habe die Klägerin offensichtlich die erforderliche Zustimmung der Beklagten nicht eingeholt, obwohl sie gewusst habe, dass diese Zustimmung erforderlich sei. Die Nebenintervenientin

habe davon keine Kenntnis gehabt, wobei es auch nicht ihre Aufgabe gewesen sei, sich darum zu kümmern.

3. Das Fürstliche Landgericht gab mit Urteil vom 21.04.2021 dem Klagebegehren zur Gänze statt und verpflichtete die Beklagte weiters, der Klägerin die mit CHF 6'064.05 bestimmten Verfahrenskosten zu ersetzen.

Es ging in rechtlicher Hinsicht davon aus, dass die von der Klägerin über den vertraglich festgelegten Umfang hinausgehenden Leistungen, nämlich Abbrüche und Demontagen (NPK Pos. 117), Bauarbeiten für Werkleitungen (NPK Pos. 151), Baugruben und Erdbau (NPK Pos. 211) sowie Maurerarbeiten (NPK Pos. 314), im Auftrag der dazu nicht bevollmächtigten Nebenintervenientin erfolgt seien. Allerdings habe sich die Beklagte den aus der Vollmachtsüberschreitung entstandenen Vorteil zugewendet und sei dadurch gemäss § 1016 ABGB „verbunden“ worden. Zudem sei es auch aus bereicherungsrechtlichen Überlegungen stossend, wenn sich die Beklagte zwar auf Formmängel bei der Auftragserteilung berufe, gleichzeitig aber die ihrer Ansicht nach durch rechtswidrige Aufträge erbrachten Leistungen der Klägerin annehme. Der Klagsanspruch bestehe somit zu Recht.

4. Das Fürstliche Obergericht gab mit Beschluss vom 04.08.2021 der Berufung der Beklagten Folge, hob die erstinstanzliche Entscheidung auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Es setzte der Entscheidung einen Rechtskraftvorbehalt bei.

Gemäss den vereinbarten „Besonderen Bedingungen des Auftraggebers für Bauaufträge“ sei für „Erweiterungs- und zusätzliche Aufträge“ eine schriftliche Genehmigung des \*\*\*\*\* bzw des zuständigen Sachbearbeiters der Beklagten notwendig gewesen. Eine Auftragserteilung durch die Nebenintervenientin sei nicht ausreichend gewesen. Die Klägerin habe auch nicht gutgläubig davon ausgehen können, dass die Nebenintervenientin bevollmächtigt sei, mit ihr im Namen und auf Rechnung der Beklagten entsprechende Werkverträge abzuschliessen, womit es an der wesentlichen Voraussetzung für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht fehle. Abgesehen davon sei die Feststellung unbekämpft geblieben, wonach die Beklagte gewusst habe, dass die Nebenintervenientin zur Auftragserteilung nicht bevollmächtigt gewesen sei.

Entgegen dem Rechtsstandpunkt der Beklagten liege ein Anwendungsfall des § 1016 ABGB vor.

§ 1016 ABGB erfasse nicht nur jene Fälle, in denen der Scheinvertreter eine ihm erteilte Vollmacht überschreite, sondern sei vielmehr auch anzuwenden, wenn dem Scheinvertreter überhaupt keine Vollmacht eingeräumt worden sei, dieser also vollmachtlos handle. Das vollmachtlose Handeln der Nebenintervenientin sei der Beklagten rechtsgeschäftlich nicht zurechenbar gewesen. Vielmehr seien die von der Nebenintervenientin namens der Beklagten mit der Klägerin abgeschlossenen Werkverträge schwebend unwirksam gewesen und sei es der Beklagten freigestanden, den Vollmangelmangel nachträglich (durch Genehmigung oder

Vorteilszuwendung) zu sanieren. Bei Gebietskörperschaften wie der Beklagten könne die Genehmigung nur vom jeweiligen organschaftlichen Vertreter in vertretungsbefugter Zusammensetzung erklärt werden, nicht aber durch andere Organe. Gemäss Art 40 Abs 2 lit k und l GemG falle die Vergabe öffentlicher Arbeiten und Lieferungen sowie die Beschlussfassung über den Abschluss von Verträgen in die Kompetenz des \*\*\*\*\*. Nach Art 52 Abs 3 GemG sei der \*\*\*\*\* berechtigt, Ausgaben für den \*\*\*\*\* im Einzelfall bis zu CHF 10'000.00 vorzunehmen, wobei in der \*\*\*\*\* diese Kompetenz bis zu einem Betrag von CHF 30'000.00 erweitert werden könne. Davon habe die Beklagte in ihrer \*\*\*\*\* Gebrauch gemacht. In concreto fehle es an Feststellungen, welches Organ der Beklagten – \*\*\*\*\* oder \*\*\*\*\* – hier zur nachträglichen Genehmigung des vollmachtlosen Handelns der Nebenintervenientin zuständig gewesen sei und ob eine (ausdrückliche oder konkludente) Genehmigung durch das zuständige Organ im Sinn des § 1016 Halbsatz 2 Fall 1 ABGB tatsächlich erfolgt sei. Die insoweit beweisbelastete Klägerin habe aber dazu auch kein (ausreichendes) Vorbringen erstattet. Für die Annahme einer Vorteilszuwendung im Sinn des § 1016 Halbsatz 2 Fall 2 ABGB seien bei Gebietskörperschaften wie der Beklagten die Vorteilszuwendung durch das zuständige vertretungsbefugte Organ sowie dessen Wissen und Sanierungswille massgeblich. Auch dazu fehlten im Sinne einer abschliessenden rechtlichen Beurteilung Feststellungen, nämlich dahingehend, wann welches Organ welche Zueignungshandlung mit welchem Wissen und

Willen gesetzt habe, wobei auch hier die beweisbelastete Klägerin keine (ausreichenden) Behauptungen aufgestellt habe. Die vom Erstgericht getroffene Feststellung, „die Beklagte“ habe gewusst, dass die gegenständlichen Leistungen der Klägerin von der insofern vollmachtlos handelnden Nebenintervenientin aufgetragen worden seien, vermöge für sich allein genommen die rechtliche Annahme der nachträglichen Sanierung des vollmachtlosen Handelns der Nebenintervenientin durch Genehmigung oder Vorteilszuwendung nicht zu tragen. Auch aus dem, allerdings nicht ausdrücklich festgestellten Umstand allein, dass „die Beklagte“ das \*\*\*\*\* mittlerweile bezogen habe, könne rechtlich nicht auf eine nachträgliche Sanierung geschlossen werden.

Zusammengefasst sei zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung die erstinstanzliche Entscheidung aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Nach ergänzendem Vortrag durch die Parteien habe das Erstgericht die Sachverhaltsgrundlage entsprechend zu verbreitern.

Soweit sich die Klägerin in ihrer Berufungsmitteilung erstmals und damit prozessual unzulässig auf einen bereicherungsrechtlichen Anspruch stütze, sei zu erwägen, dass ein solcher nur dann bestünde, wenn von einer endgültigen Unwirksamkeit der von der Nebenintervenientin vollmachtlos mit der Klägerin abgeschlossenen Werkverträge auszugehen wäre. Die Klägerin könnte sich zudem wohl kaum darauf berufen, sie habe „irrtümlich“ im Sinn von § 1431 ABGB

geleistet, zumal ihr bewusst sein habe müssen, dass die Nebenintervenientin zur Auftragserteilung gar nicht bevollmächtigt gewesen sei.

5. Gegen diese Entscheidung richtet sich der fristgerecht erhobene, auf den Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte „Revisionsrekurs“ der Klägerin, der in den Antrag mündet, den obergerichtlichen Aufhebungsbeschluss aufzuheben und der Berufung der Beklagten keine Folge zu geben, also den erstinstanzlichen Zuspruch wiederherzustellen.

Die Beklagte und auch die Nebenintervenientin bestreiten in ihren rechtzeitig erstatteten Rechtsmittelbeantwortungen das Vorliegen des geltend gemachten Rechtsmittelgrundes und beantragen, dem „Revisionsrekurs“ der Klägerin keine Folge zu geben.

6. Die Klägerin bringt in ihrem „Revisionsrekurs“ zusammengefasst und im Wesentlichen vor:

Aufgrund der unklaren Definition, was eine Auftragserweiterung darstelle, bzw des Umstands, dass es sich um übliche Anpassungen im Rahmen des Baufortschritts gehandelt habe, diese Leistungen für die Fertigstellung des Bauobjekts notwendig gewesen seien und eine Verzögerung jedenfalls nicht im Sinn der Beklagten gewesen wäre, habe die Klägerin entgegen den Ausführungen des Fürstlichen Obergerichts gutgläubig davon ausgehen dürfen, dass die Nebenintervenientin berechtigt gewesen sei, diese Aufträge zu erteilen. Es liege somit eine Anscheinsvollmacht im Sinn des § 1029 ABGB vor, die Beklagte sei deshalb aus den Aufträgen

durch die Nebenintervenientin berechtigt und verpflichtet worden.

Entgegen der Ansicht des Obergerichts könne ein blosses Stillschweigen eine nachträgliche Genehmigung darstellen, wenn zwischen dem Dritten und dem unwirksam Vertretenen ein besonderes Schuldverhältnis bestehe, aus dem die Antwortpflicht abzuleiten sei, und sofern der unwirksam Vertretene von der Vollmachtsüberschreitung Kenntnis habe. Es liege eine stillschweigende, konkludente nachträgliche Genehmigung vor, da nur die Regiearbeiten streitig gewesen seien. Der Klägerin sei in Aussicht gestellt worden, dass der \*\*\*\*\* im Oktober 2018 über die Bauabrechnung und den Nachtragskredit befinden werde. Sie habe damit jedenfalls im Nachhang der \*\*\*\*\* mit einer Rückmeldung rechnen dürfen bzw wäre die Beklagte nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs zu einer Antwort verpflichtet gewesen.

Die Klägerin habe aufgrund der vereinbarten besonderen Bedingungen und des Umstands, dass \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* der zuständige Sachbearbeiter gewesen sei, darauf schliessen dürfen, dass dieser berechtigt gewesen sei, allfällige Auftragsergänzungen und -erweiterungen zu erteilen bzw zu genehmigen. In der Besprechung vom 27.07.2018 seien die hier strittigen NPK Positionen 117, 151, 211 und 314 genehmigt worden. Neben der gesetzlichen Zuständigkeit des \*\*\*\*\* und des \*\*\*\*\* habe das Erstgericht ausreichende Feststellungen getroffen, um die Frage der Berechtigung zur nachträglichen Genehmigung und die Frage, ob die Genehmigung durch dieses Organ tatsächlich erfolgt sei, zu klären. Eine

nachträgliche Genehmigung könne im Übrigen auch durch Erfüllung erteilt werden. Am 07.01.2019 sei bei der Klägerin kommentarlos eine Zahlung von CHF 73'233.40 eingegangen. Die Beklagte habe den pauschalen Abzug von CHF 20'000.00 damit begründet, dass aus ihrer Sicht mit dieser Zahlung sämtliche Ausführungsanpassungen bezahlt worden seien. Es sei jedoch nie erklärt worden, dass die Ausführungsanpassungen nicht in ihrem Sinn oder nicht gewollt gewesen seien. Das Fürstliche Obergericht habe den pauschalen Abzug nicht richtig gewürdigt. Die Beklagte habe jedenfalls mit ihrer Teilzahlung und ihrem Schreiben vom 31.01.2019 die Ausführungsanpassungen genehmigt. Strittig verblieben sei nur der für die Ausführungsanpassungen zu zahlende Preis. In Sinn des § 1152 ABGB sei ein marktübliches Entgelt zu bezahlen. Nach den Feststellungen entsprächen die in Rechnung gestellten Kosten marktüblichen Preisen. Die Beklagte habe daher den Betrag von CHF 20'000.00 an die Klägerin zu zahlen.

Auch in Bezug auf die Thematik der Vorteilszuwendung habe das Erstgericht ausreichende Feststellungen getroffen, um beurteilen zu können, ob das zuständige Organ die Zueignungshandlungen gesetzt habe. Unter Bedachtnahme auf die weiters vom Erstgericht getroffenen Feststellungen, wonach die Klägerin keine Arbeiten verrichtet habe, die nicht auch von der Beklagten für die Umsetzung des Projekts gewünscht gewesen seien, die durch die Klägerin in Rechnung gestellten Kosten für die NPK Positionen 211, 117, 151 und 314 marktüblichen Preisen entsprochen hätten und der Beklagten bewusst gewesen sei, dass die Leistungen durch die

Nebenintervenientin im Namen der Beklagten in Auftrag gegeben worden seien, obwohl die Nebenintervenientin für diese Leistungen keine Vollmacht gehabt habe, und dass diese Leistungen für die Fertigstellung des Bauobjekts notwendig gewesen seien, müsse auf eine nachträgliche Genehmigung der Beklagten geschlossen werden.

7. Die Beklagte hält in ihrer „Revisionsrekursbeantwortung“ den Ausführungen der Klägerin im Wesentlichen folgende Argumente entgegen:

Mit ihren Ausführungen, bei den strittigen Positionen handle es sich um „übliche Anpassungen ausserhalb der Genehmigungspflicht“, entferne sich die Klägerin vom festgestellten Sachverhalt. Die Formulierung in Art 2 der Besonderen Bedingungen „Auftragserweiterungen“ sei klar und eindeutig. Die Klägerin habe sich bei Erhalt der Zusatzaufträge durch die Nebenintervenientin nicht auf den äusseren Tatbestand verlassen können. Sie sei bei Erbringung der von der \*\*\*\*\* nicht genehmigten Zusatzaufträge nicht gutgläubig und daher auch nicht schutzwürdig gewesen. Das Obergericht habe die Gutgläubigkeit der Klägerin und damit das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anscheinsvollmacht zu Recht verneint.

Eine konkludente Genehmigung liege nicht vor. Die Beklagte habe unmittelbar nach Kenntnis der Mehrkosten (durch Erhalt der Rechnung im März 2018) reagiert, indem sie die Mehrkosten bemängelt und die Bezahlung des Klagsbetrags verweigert habe. Durch die Nichtgenehmigung der Beklagten sei der Schwebezustand

weggefallen und das Geschäft (die Zusatzaufträge) unwirksam geworden. Es sei eine Tatfrage, welche Schwellenwerte im konkreten Fall durch das vollmachtlose Handeln überschritten worden seien, um die konkrete Zuständigkeit innerhalb der \*\*\*\*\* (Sachbearbeiter, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*) bestimmen zu können. Bislang sei nicht festgestellt worden, welche Organe zu einer solchen Genehmigung überhaupt befugt gewesen wären.

Entgegen der Ansicht der Klägerin sei auch eine nachträgliche Genehmigung durch Erfüllung der Beklagten (durch kommentarlose Zahlung) nicht erfolgt. Die getroffenen Feststellungen erlaubten auch nicht die Annahme, das vollmachtlose Handeln der Nebenintervenientin sei durch Vorteilszuwendung nachträglich saniert worden. Ein Wissen der \*\*\*\*\* enthalte noch keinen Willen des Geschäftsherrn (der \*\*\*\*\*), das Geschäft durch Zueignung zu sanieren. Auch liege in der blossen Benützung des Vorteils per se noch keine Genehmigung durch Vorteilszuwendung.

Zusammengefasst habe das Fürstliche Obergericht der Berufung der Beklagten zu Recht Folge gegeben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

8. Die Nebenintervenientin verfolgt in ihrer „Revisionsrekursbeantwortung“ folgende Gegenargumentation:

Das Berufungsgericht sei im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Nebenintervenientin nach Massgabe der zwischen den Streitteilen getroffenen

Regelungen im Werkvertrag keine Vollmacht erteilt gewesen sei und die Klägerin nicht gutgläubig davon ausgehen habe könne, die Nebenintervenientin hätte eine solche Vollmacht von der Beklagten erhalten. Vielmehr habe der Klägerin bewusst sein müssen, dass die Nebenintervenientin lediglich als Bauleiterin auf Grundlage der in diesem Zusammenhang vereinbarten SIA-Normen eingesetzt gewesen sei und in dieser Funktion keine Kenntnis vom Inhalt des Werkvertrags zwischen den Streitparteien haben könne. Die Klägerin hätte also die Vorgaben des Werkvertrags beachten müssen. Die Nebenintervenientin sei in diesem Zusammenhang nicht gehalten gewesen, irgendwelche Abklärungen vorzunehmen. Die Sichtweise des Berufungsgerichts sei nicht zu beanstanden.

9. Der Rekurs – zur einheitlichen Terminologie „Rekurs“ bei Rechtsmitteln gegen die vom Berufungsgericht im Berufungsverfahren gefällten Beschlüsse siehe LES 2019, 236/1 = GE 2020, 62 – ist im Sinn des § 487 Abs 1 Z 3 ZPO zulässig; er ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Der Fürstliche Oberste Gerichtshof hat erwogen:

9.1. Soweit sich die Klägerin darauf beruft, es habe eine unklare Definition bestanden, was eine Auftragserweiterung darstelle, und es habe sich bei den hier strittigen Positionen um übliche, nicht der Genehmigungspflicht unterliegende Anpassungen im Rahmen des Baufortschritts gehandelt, geht sie nicht vom festgestellten Sachverhalt aus. Zum einen ergibt sich aus dem festgestellten Art 2 der „Besonderen Bedingungen

des Auftraggebers für Bauaufträge“ klar und eindeutig, dass unter der Wortfolge „Erweiterungs- und zusätzliche Aufträge“ alle Arbeiten zu verstehen sind, die im Werkvertrag nicht angeführt sind, zum anderen wurde unbekämpft festgestellt, dass nur die Bauarbeiten, mit denen die nordseitige Wand durch eine einfache Böschung und die südseitige Bruchsteinmauer durch eine Sichtbetonwand ersetzt wurden, übliche Anpassungen im Rahmen des erteilten Auftrags darstellten; weiters, dass die Positionen Baugruben und Erdbau (NPK Pos. 211), Abbrüche und Demontagen (NPK Pos. 117), Bauarbeiten für Werkleitungen (NPK Pos. 151) und Maurerarbeiten (NPK Pos. 314) nicht in der Offerte der Klägerin Nr 15296 enthalten waren und damit auch nicht Eingang in den Werkvertrag gefunden haben. Die diesbezügliche Rechtsrüge ist nicht gesetzmässig ausgeführt und insoweit unbeachtlich (*Becker in Schumacher*, HB LieZPR Rz 26.40 mwN aus der Rsp; *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> IV/1 § 503 ZPO Rz 134; RIS-Justiz RS0043312 [T 14]).

9.2. Gemäss Punkt 2. der „Besonderen Bedingungen des Auftraggebers für Bauaufträge“ konnten Erweiterungs- und zusätzliche Aufträge nur schriftlich vom \*\*\*\*\* bzw bei einer Auftragssumme bis CHF 10'000.00 vom Sachbearbeiter erteilt werden. Eine Auftragserteilung durch die von der Beklagten mit der Bauleitung beauftragte Nebenintervenientin war nicht ausreichend. Es fehlte der Nebenintervenientin bei der Auftragserteilung an einer ausdrücklich gewährten Vollmacht. Als mögliche Anspruchsgrundlagen kommen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, die Anscheinsvollmacht gemäss § 1029 ABGB und die

nachträgliche Genehmigung oder Vorteilszuwendung gemäss § 1016 ABGB in Frage.

#### 9.2.1. Zur Anscheinsvollmacht

9.2.1.a) Eine Anscheinsvollmacht (=Vollmacht wegen Vertrauens auf den äusseren Tatbestand) setzt voraus, dass Umstände vorliegen, die geeignet sind, im Dritten den begründeten Glauben an die Berechtigung des Vertreters zum Abschluss des beabsichtigten Geschäfts zu erwecken (RIS-Justiz RS0019609). Die dogmatische Rechtfertigung für diese Figur wurzelt in der Tatsache, dass eine Vollmacht auch intern erteilt werden kann. Das Vertrauen des Dritten auf äussere Umstände ist daher schützenswert, weil ihm der interne Erklärungssachverhalt nicht zugänglich ist. Demnach entsteht Vertretungsmacht nicht nur durch interne oder externe Willenserklärung des Vollmachtgebers, sondern auch durch Vollmachtscundgabe (Wissenserklärung). Die damit einhergehende Einschränkung der Privatautonomie des Vertretenen ist dadurch gerechtfertigt, dass er ein Verhalten setzt, das einem gutgläubigen Dritten die Annahme rechtfertigt, er habe Vollmacht erteilt, der Vertreter sei also abschlussberechtigt (*Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek ABGB*<sup>5</sup> § 1029 Rz 9 mwN aus der öLehre und öRsp).

9.2.1.b) Für eine Anscheinsvollmacht müssen drei Voraussetzungen gegeben sein: Das Vorliegen eines Vertrauenstatbestands (=Bestehen eines konkreten Rechtsscheins), die zurechenbare Verursachung dieses Anscheins durch denjenigen, in dessen Namen gehandelt wurde sowie gutgläubiges Vertrauen auf den Anschein

durch den Dritten (*P. Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 1019 Rz 6; *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek ABGB*<sup>5</sup> § 1029 Rz 9 ff).

Geschützt wird nur der redliche Dritte, der tatsächlich vertraut. Bereits leichte Fahrlässigkeit schadet (8 Ob 45/14x; *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 1029 Rz 9; *Perner* in *Kletecka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.02</sup> Rz 10). Umso weniger kann sich auf § 1029 ABGB berufen, wem eine Vollmachtsbeschränkung bekannt ist (5 Ob 264/61 Miet 8583).

9.2.1.c) Die Rechtsprechung hat Rechtsscheinvollmachten bei Auftreten von Personen als Stellvertreter in verschiedenen Konstellationen anerkannt; so etwa bei einem mit der Bauführung betrauten \*\*\*\*\* hinsichtlich des Abschlusses von Werkverträgen mit Bauhandwerkern. Es liegt darin ein vom Bauherrn geschaffener äusserer Tatbestand, auf den sich die Bauhandwerker mangels gegenteiliger Kenntnis und Prüfungspflicht verlassen dürfen (RIS-Justiz RS0019538).

9.2.1.d) Hier hat die Klägerin aufgrund des mit der Beklagten abgeschlossenen Werkvertrags und der diesem zugrundeliegenden „Besonderen Bedingungen des Auftraggebers für Bauaufträge“ gewusst, dass die Nebenintervenientin gerade keine Aufträge erteilen durfte. Sie war also über deren fehlende Vollmacht orientiert und konnte daher nicht auf ihre Vertretungsmacht vertrauen. Die Klägerin gilt nicht als „redliche Dritte“, sodass die Anscheinsvollmacht als mögliche Anspruchsgrundlage entgegen ihrer Rechtsansicht ausscheidet.

### 9.2.2. Zur nachträglichen Genehmigung und Vorteilszuwendung

9.2.2.a) § 1016 ABGB regelt die Folgen vollmachtlosen Handelns (Scheinvertretung; *falsa procuratio*) im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Dritten (Aussenverhältnis). Wenn der Machthaber im Zeitpunkt der Abgabe seiner Erklärung keine ausreichende Vollmacht hat, so ist seine Vertretungshandlung unwirksam (*P. Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 1016 Rz 2; *Perner* in *Kletecka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.02</sup> § 1016 Rz 1 [Stand 01.04.2016, rdb.at]; *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB*<sup>5</sup> § 1016 Rz 1). Da und solange der unwirksam Vertretene die Möglichkeit der Sanierung des Vollmangels hat, wird das Geschäft als schwebend unwirksam angesehen (4 Ob 581/78; 6 Ob 232/96p *ecolex* 1997, 494 *Wilhelm*).

Ein Vollmangelsmangel kann nachträglich saniert werden. Die „klassische“ Genehmigung erfolgt durch Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung des – zunächst unwirksam – Vertretenen (bei juristischen Personen des zuständigen Organs). Eine solche Genehmigung muss das gesamte Geschäft betreffen (RIS-Justiz RS0019669 [T 5]); sie ist aber auch stillschweigend möglich. Den allgemeinen Regeln entsprechend (§ 863 ABGB) genügt Schweigen allein regelmässig nicht. Es ist nur dann als Genehmigung zu werten, wenn eine Pflicht zum Widerspruch besteht (*Perner* in *Kletecka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.02</sup> § 1016 Rz 13; *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 1016 Rz 4 *mzN* aus der *öJudikatur*).

Der Genehmigungserklärung gleichwertig ist die Vorteilszuwendung. Diese setzt eine Zuwendungshandlung des vorerst unwirksam Vertretenen und einen Genehmigungswillen auf seiner Seite voraus. ZB: Benützung der Mietsache, Aneignung von Erlösen aus Aktienverkäufen durch Gesellschaft (*Perner in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1016 Rz 4). Anders als die Genehmigung ist die Vorteilszuwendung aber keine empfangsbedürftige Erklärung, sondern eine Willensbetätigung. Es kommt auf den Willen des Geschäftsherrn an, das Geschäft zu genehmigen (*Apathy/Burtscher in Kodek/Schwimann*, ABGB<sup>5</sup> § 1016 Rz 7). Damit die Vorteilszuwendung als Genehmigung wirkt, muss der Geschäftsherr davon wissen, dass in seinem Namen kontrahiert wurde und dass der Vorteil aus diesem Geschäft stammt, das er nunmehr will (RIS-Justiz RS0125514; RS0014363). Bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts erfolgt die mögliche Vorteilszuwendung durch das zuständige Organ (*Bollenberger/P. Bydlinski in KBB*<sup>6</sup> § 867 Rz 3 mwN aus der öRsp).

9.2.2.b) Nach den hier massgeblichen Feststellungen war die bereinigte Rechnung vom 26.03.2018 über CHF 93'233.40 Gegenstand einer Besprechung zwischen den Streitteilen (\*\*\*\*\* auf Klägerseite und \*\*\*\*\* auf Beklagtenseite) am 27.07.2018. Streitpunkt dabei waren die Regiearbeiten und der Umstand, dass der Klägerin bis zum Abschluss der Baumeisterarbeiten keine Regierapporte zur Genehmigung vorgelegt wurden. Nachdem die Beklagte am 07.08.2019 eine detaillierte Übersicht der Regiearbeiten erhalten, die

Nebenintervenientin die Zahlung der Rechnung vom 26.03.2018 an die Klägerin im August 2018 freigegeben und die Klägerin am 30.08.2018 erneut eine Zahlungsanfrage erstattet hatte, lehnte die Beklagte die Bezahlung des offenen Betrags ab, verwies aber darauf, dass der \*\*\*\*\* voraussichtlich im Oktober 2018 über die Bauabrechnung und den Nachtragskredit befinden könne. Schliesslich ging am 07.01.2019 bei der Klägerin eine Zahlung von CHF 73'233.40 ein, womit die Beklagte in Summe den im Werkvertrag vereinbarten Betrag von CHF 148'961.15 mit CHF 24'272.25 „überzahlt“ hat. In ihrem Schreiben vom 31.01.2019 lehnte die Beklagte ein weiteres Entgegenkommen und damit die Zahlung des – nunmehr klagsgegenständlichen – Betrags von CHF 20'000.00 ab.

Die Beklagte hat durch die Zahlung vom Januar 2019 in Verbindung mit ihrem Schreiben vom 31.01.2019 das vollmachtlose Geschäft im Umfang von CHF 24'272.25 genehmigt und gleichzeitig ein weiteres Entgegenkommen, nämlich im Umfang des darüber hinausgehenden Betrags, klar abgelehnt. Für eine nachträgliche schlüssige Genehmigung des klagsgegenständlichen Betrags gemäss § 1016 Halbsatz 2 Fall 1 ABGB besteht bei dieser Sachlage kein Raum. Die diesbezügliche Argumentation der Klägerin entbehrt einer tragfähigen Grundlage. Damit erweist sich aber die hier vom Berufungsgericht aufgetragene Sachverhaltserweiterung nach Erörterung und allfälliger Ergänzung des Vorbringens (siehe Erw 5.3.1) als nicht mehr notwendig.

9.2.2.c) Zutreffend sind hingegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Thematik der Vorteilszuwendung (§ 1016 Satz 2 Fall 2 ABGB). Für eine abschliessende rechtliche Beurteilung fehlen tatsächlich Feststellungen, wann die Beklagte bzw ihr vertretungsbefugtes Organ welche Zueignungshandlung mit welchem Wissen und Willen gesetzt hat. Insbesondere wird es darauf ankommen, ob das \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* von der Beklagten bzw ihren Bediensteten bezogen wurde und ob und seit wann es von ihr/ihnen benützt wird. Entgegen der Ansicht der Klägerin reichen die bislang getroffenen Feststellungen, dass die Klägerin keine Arbeiten ausgeführt hat, die von der Beklagte nicht gewünscht waren, die von der Klägerin in Rechnung gestellten Kosten marktüblichen Preisen entsprachen und der Beklagten bewusst war, dass die Leistungen von der vollmachtlosen Nebenintervenientin in Auftrag gegeben wurden und für die Fertigstellung des Bauprojekts nötig waren, für die Annahme einer Zuwendungshandlung der vorerst unwirksam vertretenen Beklagten und eines Genehmigungswillens auf ihrer Seite nicht aus. Das Berufungsgericht hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass es an einem ausreichend konkreten Vorbringen der diesbezüglich behauptungs- und beweisbelasteten Klägerin mangelt. Insoweit bedarf es im zweiten Rechtsgang auch der ergänzenden Erörterung mit den Parteien.

9.3. Im Ergebnis hat daher der Rekurs der Klägerin erfolglos zu bleiben.

10. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Fürstlicher Oberster Gerichtshof,  
1. Senat

Vaduz, am 15. Dezember 2021

Der Präsident

Univ.Prof.iR Dr. Hubertus Schumacher

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Astrid Wanger



Rechtsmittel:

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel zulässig.

**SCHLAGWORTE:**

Werkvertrag, Erweiterung; Anscheinsvollmacht;  
nachträgliche Genehmigung, Vorteilszuwendung

§ 1029 ABGB, § 1016 ABGB

**RECHTSSATZ:**

Der Genehmigungserklärung gem § 1016 Satz 2 Fall 1 ABGB gleichwertig ist die Vorteilszuwendung gem § 1016 Satz 2 Fall 2 ABGB. Diese setzt eine Zuwendungshandlung des vorerst unwirksam Vertretenen und einen Genehmigungswillen auf seiner Seite voraus. Anders als die Genehmigung ist die Vorteilszuwendung aber keine empfangsbedürftige Erklärung, sondern eine Willensbetätigung. Es kommt auf den Willen des Geschäftsherrn an, das Geschäft zu genehmigen. Damit die Vorteilszuwendung als Genehmigung wirkt, muss der Geschäftsherr davon wissen, dass in seinem Namen kontrahiert wurde und dass der Vorteil aus diesem Geschäft stammt, das er nunmehr will. Bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts erfolgt die mögliche Vorteilszuwendung durch das zuständige Organ.