

II. Verstoß gegen § 879 Abs 1 ABGB

Wie in der Einleitung erwähnt wurde, ist die Vertretungsmacht des organischen Vertreters als weitgehend unbeschränkt und unbeschränkbar ausgestaltet. Wird demnach nur das Außenverhältnis betrachtet, ist der Vertreter in der (inhaltlichen) Gestaltung eines Vertrags – den er namens der Gesellschaft schließt – gänzlich frei. Allerdings kennt die österreichische Rechtsordnung – und zwar ganz unabhängig vom Stellvertretungsrecht – Grenzen der Vertragsfreiheit. Die zentrale Norm stellt hier § 879 Abs 1 ABGB dar.⁸ Nach diesem sind Verträge nichtig, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen. Die folgende Untersuchung lenkt das Augenmerk vorerst auf den zweiten Teil dieser Bestimmung – die Sittenwidrigkeit. Es stellt sich nämlich die Frage, wie sich die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts mit den unternehmerischen Formalvollmachten im Allgemeinen und den Missbrauchsfällen im Besonderen verhält. Damit im engen Zusammenhang steht der Bezugspunkt der Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 879 Abs 1 ABGB: Geht es primär um das vorsätzlich schädigende Handeln des Vertreters, welches zur Sittenwidrigkeit und somit zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, oder knüpft die Prüfung der Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 1 ABGB doch vielmehr direkt am konkreten – zwischen Gesellschaft und Drittem zustande gekommenen – Vertrag an?

A. Bezugspunkt der Sittenwidrigkeitsprüfung

Um Erkenntnisse für die Auslegung des § 879 Abs 1 ABGB zu gewinnen, ist eine Auseinandersetzung mit dessen Entstehungsgeschichte vonnöten. Bei dieser wird deutlich, dass dem ABGB 1811 die explizite Nichtigkeitssanktion eines gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrags noch fremd war.⁹ In

⁸ Statt vieler *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 Rz 1; *Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 1.

⁹ Zur Entstehungsgeschichte siehe nur *Gschnitzer in Klang*, ABGB II/2, 180.

§ 878 ABGB 1811 wurde lediglich angeordnet, dass nichts Unerlaubtes Gegenstand eines Vertrags werden konnte. Wobei bereits nach *Zeiller*¹⁰ ein die guten Sitten zuwiderlaufender Inhalt unerlaubt war und folglich zur Ungültigkeit des Vertrags führte. In § 879 ABGB 1811 befanden sich darüber hinaus vier Sonderfälle von Verträgen, welche kraft positiver Anordnung für unerlaubt und deshalb ungültig erklärt wurden.¹¹

Der Ursprung des „modernen“ § 879 Abs 1 ABGB gründet sodann in der 3. TN. Im Zuge der Novelle wurde einerseits das „geradezu Unmögliche“ vom „Unerlaubten“ getrennt. Zum anderen wurde das „Unerlaubte“ wiederum in die Gesetz- und Sittenwidrigkeit zerlegt.¹² Nach der Vorstellung des Gesetzgebers (zur 3. TN) entspricht es der modernen Gesetzgebung, die Nichtigkeit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrags explizit auszusprechen.¹³ Durch den Verweis auf § 138 Abs 1 BGB und Art 20 OR wurde auch kein Geheimnis daraus gemacht, welche Zivilrechtsbücher als Maßstab für die „moderne Gesetzgebung“ dienten. Von einer Definition des „unsittlichen“ Vertrags wurde – wie auch im BGB und OR – bewusst Abstand genommen.

1. Inhalt des Vertrags (Leistung und Leistungsmodalität)

Allerdings lassen sich dem HHB¹⁴ doch einige Anhaltspunkte zur Auslegung entnehmen. Als selbstverständlich galt, dass ein unsittlicher „Gegenstand“ des Vertrags dessen Sittenwidrigkeit begründe.¹⁵ Mit „Gegenstand“ ist hier im Wesentlichen der Inhalt des Vertrags gemeint. Dementsprechend ist das Rechtsgeschäft sittenwidrig, wenn sich eine Vertragspartei zu einer unsittlichen Leistung – beispielsweise die Bereitstellung einer Person für medizinische Experimente¹⁶ – verpflichtet.¹⁷ Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass Verträge, die eine unsittliche (Haupt-)Leistung zum Inhalt haben, ohnehin oftmals gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und

¹⁰ *Zeiller*, Comm III 45.

¹¹ *Gschnitzer in Klang*, ABGB II/2, 180; *Krasnopolski/Kafka*, Obligationenrecht 97; *Zeiller*, Comm III 47.

¹² Siehe auch *Gschnitzer in Klang*, ABGB IV/1² 177.

¹³ HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 138.

¹⁴ HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 139.

¹⁵ Vgl auch *Gschnitzer in Klang*, ABGB II/2, 185.

¹⁶ Beispiel übernommen von *Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 67 und *Bollenberger* in KBB, ABGB⁴ § 879 Rz 6.

¹⁷ Vgl *Bucher*, Obligationenrecht AT² 257; *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Rz 135; *Tuhr/Peter*, Obligationenrecht AT³ 256.

bereits deswegen gemäß § 879 Abs 1 Alternative 1 ABGB nichtig sind.¹⁸ Daneben führt auch eine sittenwidrige Leistungsmodalität zur Nichtigkeit des Vertrags.¹⁹ Exemplarisch kann man sich hier die überlange – den Vertragspartner in unvertretbare Weise einengende – Vertragsbindung vor Augen halten.²⁰

2. Kausalverbindung von Leistung und Gegenleistung

Unter Verweis auf *Lotmar*²¹ führen die Materialien²² aus, dass sich die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts aber auch durch die Kausalverbindung einer an sich zulässigen Leistung mit einer konkreten Gegenleistung ergeben könne. *Lotmar*²³ dachte hier unter anderem an die Einwilligung des Legatars zu der vom Erblasser gestellten Bedingung der Ehelosigkeit. Ganz im Sinne der Gesetzesverfasser sind auch die (Judikatur-)Beispiele von *Gschnitzer*²⁴, der etwa die entgeltliche Unterlassung einer Strafanzeige in diese Kategorie einordnet. Man kann in solchen Fällen also von einer sittenwidrigen Zweck-Mittel-Relation der – für sich betrachtet zulässigen – Leistungen sprechen, welche zur Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts führt.²⁵

3. „Fertiger“ Vertrag – keine sittenrichterliche Prüfung

Des Weiteren bringt der HHB²⁶ unmissverständlich zum Ausdruck, dass der „fertige“ Vertrag im Zentrum der Beurteilung stehe. Hingegen komme es auf die subjektiven Beweggründe nicht an. Eine in Deutschland vertretene Lehrmeinung, wonach bei § 138 Abs 1 BGB eine „sittenrichterliche Prüfung der Motive“ vorzunehmen wäre, wird vom Herrenhaus für die Auslegung des § 879 Abs 1 ABGB strikt abgelehnt. Wie sich zeigt, ist die eben erwähnte Lehrmeinung selbst für das deutsche Recht verfehlt. So führte die erste BGB-Kommission²⁷ aus: „[Nichtigkeit tritt ein], wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäftes unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausschei-

¹⁸ Vgl *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 183.

¹⁹ *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Rz 136.

²⁰ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 Rz 92; *Bollenberger* in *KBB*, ABGB⁴ § 879 Rz 7; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 87 f jeweils mwN.

²¹ *Lotmar*, Unmoralischer Vertrag 71 f.

²² HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 139.

²³ *Lotmar*, Unmoralischer Vertrag 72.

²⁴ *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB II/2, 194 und *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² 194.

²⁵ Vgl auch *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 191 („missbräuchliche Verknüpfung“); *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Rz 138.

²⁶ HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 139.

²⁷ *Mugdan*, Mat zum BGB I 469.

„dung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletzt.“ Auch die zweite BGB-Kommission²⁸ stellte klar, dass die Wendung „gegen die guten Sitten“ den „richtigen objektiven Maßstab“ enthalte.²⁹ Demzufolge deutet alles darauf hin, dass subjektive Motive bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit außer Acht gelassen werden müssen;³⁰ vielmehr geht es um eine rein objektive Betrachtung des zustande gekommenen Vertrags.³¹

a) Kein Spannungsverhältnis mit dem Tatbestand des Wuchers

Fraglich ist indessen, ob ein derartiges Verständnis im Spannungsverhältnis mit dem Wuchertatbestand iSd § 879 Abs 2 Z 4 ABGB steht. Immerhin verlangt das Gesetz neben dem (objektiven) Wertmissverhältnis auch eine (subjektive) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Bewucherten sowie die Ausbeutung des Vertragspartners.³² Ohne auf die einzelnen Elemente näher eingehen zu müssen, wird sich zeigen, dass dieser Wertungswiderspruch nur ein vermeintlicher ist. Nach § 879 Abs 1 ABGB sind Verträge nichtig, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen. Sodann führt § 879 Abs 2 ABGB Verträge an – darunter auch den wucherischen –, welche insbesondere nichtig sind. Setzt man die ersten beiden Absätze des § 879 ABGB in ein systematisches Verhältnis, lässt dies nur zwei Interpretationsmöglichkeiten zu. Zum einen könnte man den Abs 2 in die Richtung auslegen, dass die dort genannten Verträge nichtig sind, weil sie gegen die guten Sitten verstoßen. Vertritt man diese Ansicht, würde der Wuchertatbestand tatsächlich mit einer „objektiven Auslegung“ der guten Sitten im Spannungsverhältnis oder gar im Widerspruch stehen. Ein systematischer Einklang dieser beiden Absätze lässt sich allerdings dadurch erzielen, indem man die in § 879 Abs 2 ABGB genannten Verträge deshalb als nichtig ansieht, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot – das eben in Abs 2 zum Ausdruck kommt – verstoßen.

Der aus heutiger Sicht trübe Blick auf die Systematik des § 879 ABGB wird durch ein Schielen auf das ABGB 1811 um einiges klarer. Bereits damals hieß es in § 879 „Insbesondere sind [...] folgende Verträge ungültig:“. Im Anschluss erfolgte die Aufzählung von jenen Verträgen, die sich noch

28 *Mugdan*, Mat zum BGB I 725.

29 Darauf hinweisend *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB (2011) § 138 Rz 76.

30 *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB II/2, 185; *W. Flume*, AT II³ 374; *Lindacher*, AcP 173, 125 ff; *Huguenin/Meise* in *BaslerKomm*, OR I⁶ Art 19, 20 Rz 36; *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Rz 138.

31 *Huguenin/Meise* in *BaslerKomm*, OR I⁶ Art 19, 20 Rz 36.

32 Allgemein zum Wucher siehe nur *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 Rz 257 ff.

heute überwiegend in § 879 Abs 2 ABGB befinden. Im Zusammenspiel mit § 878 ABGB 1811 – welcher die Ungültigkeit eines „unerlaubten“ Vertrags anordnete – kann zweifelsfrei festgehalten werden, dass § 879 ABGB 1811 Fälle der „Unerlaubtheit“ statuierte. Unerlaubt waren Verträge unter anderem dann, wenn sie kraft positiver Vorschrift für verboten und ungültig erklärt wurden.³³ Bereits *Zeiller*³⁴ machte darauf aufmerksam, dass das ABGB mehrere solche (zivilrechtlichen) Verbotsgesetze kennt.³⁵ Ein solches Verbot normierte eben auch § 879 ABGB 1811, indem es die aufgezählten Verträge als unerlaubt und ungültig klassifizierte.³⁶ In der Zeit des ABGB 1811 waren die in § 879 ABGB genannten Verträge demnach ungültig, weil dies das Gesetz anordnete.

An diesem Verständnis vermag aber auch die 3. TN – und die damit einhergehende Verankerung der guten Sitten in § 879 Abs 1 ABGB – nichts zu ändern. Vielmehr wird auch im HHB³⁷ von den gesetzlichen Verböten (!) des § 879 ABGB 1811 – fortan § 879 Abs 2 ABGB – gesprochen. In das System der gesetzlichen Verböte reiht sich sodann der in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB eingefügte wucherische Vertrag. Dadurch wird offensichtlich, dass die Berücksichtigung subjektiver Komponenten beim Wuchertatbestand nicht im Widerspruch zur objektiven Auslegung der guten Sitten steht. Handelt es sich doch bei den in § 879 Abs 2 ABGB genannten Fällen um keine exemplarische Aufzählung von sittenwidrigen Verträgen, sondern um gesetzlich angeordnete Verböte mit Nichtigkeitfolge.

b) Geschäftszweck versus Motiv

Solange das Motiv nicht nach den allgemeinen Regeln (§§ 861 ff ABGB) zum Vertragsinhalt oder zur Bedingung geworden ist, bleibt es nach der eben dargelegten Ansicht für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit unberücksichtigt. Ganz in diesem Sinn legt der HHB³⁸ dar, dass der vereinbarte Geschäftszweck – anders als das bloße Motiv – die Sittenwidrigkeit des Vertrags begründen kann; wird doch auch nur Erstgenannter aufgrund der Vereinbarung³⁹ zum

³³ *Krasnopolski/Kafka*, Obligationenrecht 97; *Zeiller*, Comm III 45.

³⁴ *Zeiller*, Comm III 47.

³⁵ Siehe auch *Ofner*, Protokolle II 403.

³⁶ Vgl *Krasnopolski/Kafka*, Obligationenrecht 97; *Zeiller*, Comm III 45, 47.

³⁷ HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 141.

³⁸ HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 139. Zum Verständnis des Geschäftszwecks siehe auch HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 152 („der Geschäftszweck, die causa des Vertrages, über welchen Konsens erklärt ist“).

³⁹ Es ist von Bedeutung, dass der Geschäftszweck auch tatsächlich vereinbart wird. Der bloße – wenn auch von beiden Parteien gewollte – Geschäftszweck wird näm-

Inhalt des Vertrags.⁴⁰ Besonders heikel sind allerdings jene Konstellationen, in denen der sittenwidrige Zweck zwar nicht rechtsgeschäftlich vereinbart wurde, der einen Vertragspartei aber die verwerflichen Motive des Geschäftspartners bekannt sind. Ist ein Kaufvertrag also sittenwidrig, wenn der Verkäufer weiß, dass der Käufer mit dem Kaufgegenstand einen verpönten Erfolg verwirklichen will? Auch hierüber gibt der HHB⁴¹ – wenn auch an anderer Stelle – Auskunft. Bei den Beratungen zu § 1174 ABGB wird ausgeführt, dass ein Darlehen, welches „wissentlich zur Bezahlung von Spielschulden gegeben [wird], nicht ohne weiteres als ‚gegen die guten Sitten verstößender‘ und deshalb nach § 879 a. b. G. B. ungültiger Vertrag bezeichnet werden [kann]; denn was vereinbart wird, die causa des Geschäfts, ist hier wie bei jedem Darlehen nur die durchaus erlaubte Kreditgewährung“. Sittenwidrig wäre es nach der Auffassung der Gesetzesverfasser der 3. TN indessen, wenn die Verwendung zum verbotenen Spiel Bedingung für die Kreditgewährung gewesen wäre.⁴² Diese Bemerkungen sind eindeutig und lassen nur einen Schluss zu. Die bloße Kenntnis des Vertragspartners, dass sein Geschäftspartner mit dem Vertrag einen verpönten Erfolg verwirklichen will, begründet noch keine Sittenwidrigkeit des Vertrags.⁴³ Anderes gilt nur, wenn der verpönte Zweck einvernehmlich zum Inhalt oder Bedingung des Vertrags erstarkt.⁴⁴

c) Strafrecht als Grenze

In diesem Zusammenhang muss jedoch Folgendes berücksichtigt werden: Wenngleich die Kenntnis der einen Vertragspartei von den unlauteren Motiven seines Geschäftspartners keine Sittenwidrigkeit des Vertrags begründet, kann eine solche Konstellation – zumindest wenn noch ein willentliches Element hinzutritt – trotzdem zur Nichtigkeit führen. Denkbar ist nämlich, dass dadurch gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 879 Abs 1 Alternative 1

lich nicht stets Vertragsinhalt, siehe dazu *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 914 Rz 9.

⁴⁰ *Huguenin/Meise* in BaslerKomm, OR I⁶ Art 19, 20 Rz 36.

⁴¹ HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 249; übersehend *Ehrenzweig*, System II/1² 161 FN 3.

⁴² HHB 78 BlgHH 21. Session (1912) 249.

⁴³ OGH 4 Ob 99/31 SZ 13/76; 4 Ob 511/31 ZBl 1932/80; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 59; *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Rz 139; *Tubr/Peter*, Obligationenrecht AT³ 258. Die bloße Bekanntgabe eines Motivs reicht für sich genommen nicht aus, um Inhalt des Vertrags zu werden, siehe nur OGH 3 Ob 62/14k; *Fenyves* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (2011) § 901 Rz 6; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 901 Rz 3.

⁴⁴ Vgl OGH 4 Ob 99/31 SZ 13/76; *Gschmizter* in *Klang*, ABGB II/2, 185; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 59; *W. Flume*, AT II³ 374; *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Rz 137.

ABGB verstoßen wird. Dem Justizstrafrecht kommt hier besondere Bedeutung zu. Zum einen stellt das Strafrecht regelmäßig gesetzliche Verbote iSd § 879 Abs 1 ABGB dar.⁴⁵ Des Weiteren erfasst es aufgrund der Beteiligungslehre (§§ 12, 14 StGB) nicht bloß den unmittelbaren Täter. Es wird sich noch zeigen, dass der Vertretungsmissbrauch ein besonders plakatives Beispiel für diese Fallgruppe bilden kann.

B. Keine spezifische Lösung des Vertretungsmissbrauchs

Aufgrund der eben angestellten Überlegungen wird deutlich, dass die Gute-Sitten-Klausel iSd § 879 Abs 1 ABGB dem Rechtsanwender nicht jene Mittel zur Verfügung stellt, wie es manche⁴⁶ im Zusammenhang mit dem Vertretungsmissbrauch gerne hätten. Im Übrigen hat man auch in Deutschland längst erkannt, dass das Sittenwidrigkeitsverdict des § 138 Abs 1 BGB (wenn überhaupt) nur den Gipfel des Eisbergs⁴⁷ erfassen kann und für einen Großteil der Missbrauchsfälle keine Handhabe bietet.⁴⁸

⁴⁵ Zeiller, Comm III 45; Ehrenzweig, System II/1² 161; Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 28.

⁴⁶ Siehe die Nachweise im folgenden Fließtext. Interessant ist auch, dass der Ansatz über § 879 Abs 1 ABGB immer noch häufig als „herrschend“ bezeichnet wird (nämlich auch von jenen, die dessen Anwendung im gegebenen Kontext ablehnen, vgl nur Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/434; U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger, UGB I/2 § 50 Rz 14). Es wird jedoch noch gezeigt werden, dass sich das Meinungsbild mittlerweile gewendet hat (siehe vor allem Kapitel IV).

⁴⁷ Nach hA wird nur der Kollisionsfall über § 138 Abs 1 BGB gelöst: BGH VI ZR 233/87; VIII ZR 218/01; II ZR 371/12; KG Berlin 16 U 28/05; R. Fischer in FS Schilling 3 FN 2; Fleischer, NZG 2005, 530; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG I³ § 82 Rz 13; Habersack/Foerster in Großkomm AktG IV/1⁵ § 82 Rz 11; Harm P. Westermann, JA 1981, 523; Henn, Hdb Aktienrecht⁷ Rz 586; John in FS Mühl 352; Jüngst, Mißbrauch 58, 133 f; Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁵ § 37 Rz 54; Hefermehl in Geßler et al, AktG II § 82 Rz 39; Hillmann in EBJs, HGB I³ § 126 Rz 23; Hüffer, AktG⁹ § 82 Rz 6; Krebs in MünchKomm HGB I⁴ Vor § 48 Rz 68; Medicus, AT¹⁰ Rz 966; Mertens/Cahn in KölnKomm AktG II/1³ § 82 Rz 45; W.-H. Roth in Koller et al, HGB⁸ § 50 Rz 11; Schott, AcP 171, 389; C. Schubert in Oetker, HGB⁴ § 48 Rz 39; Sonnenschein/Weitemeyer in Heymann, HGB I² § 50 Rz 24, 28; Spindler in MünchKomm AktG II⁴ § 82 Rz 59; Stephan/Tieves in MünchKomm GmbHG II² § 37 Rz 173, 180; H. Stoll in FS Lehmann 137; C. Wagner in Röbricht/Westphalen/Haas, HGB⁴ Vor § 48 Rz 58. Nach der Gegenansicht ist § 138 Abs 1 nicht einmal zur Bewältigung der Kollusion geeignet, siehe die deutschen Nachweise in FN 49 und 696.

⁴⁸ Zur Lösung der (sonstigen) Missbrauchsfälle wird in Deutschland entweder auf § 242 BGB (dazu Kapitel III) oder auf teleologische Überlegungen (dazu Kapitel IV) zurückgegriffen.

1. Leistung ist nur selten sittenwidrig

Der Inhalt des – vom missbräuchlich handelnden Vertreter – abgeschlossenen Vertrags verstößt zumeist nicht gegen die guten Sitten.⁴⁹ In der Regel wird es sich dabei nämlich um Austauschgeschäfte (Kauf-, Werk-, Darlehens-, Leasingvertrag usw) handeln. Die aus solchen Verträgen geschuldete Leistung begründet gerade keine Sittenwidrigkeit,⁵⁰ daran vermag auch die wirtschaftliche Nachteiligkeit des Geschäfts nichts zu ändern. Außerdem ist es für die Fälle des Vertretungsmisbrauchs nicht typisch, dass Leistung und Gegenleistung in einem sittenwidrigen Kausalverhältnis im oben genannten Sinn stehen.

2. Vertreterhandeln ist nicht Bezugspunkt

Des Weiteren – und das ist ein ganz wesentlicher Aspekt – stellt die Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB keine spezifische Waffe gegen das „missbräuchliche“ Vertreterhandeln dar, weil das Verhalten der am Vertragsabschluss Beteiligten eben nicht originärer Bezugspunkt der Sittenwidrigkeitsprüfung ist.⁵¹

Als besonders missglückt muss demnach die Entscheidung **1 Ob 770/35 Rspr 1936/2, 2** bezeichnet werden. In dieser judiziert der OGH erstmals, dass der Vorstand, der zum eigenen Vorteil die Gesellschaft schädigt,⁵² gegen die guten Sitten iSd § 879 Abs 1 ABGB verstoße und dadurch die Nichtigkeit der abgegebenen Erklärung bewirke. Dem Vertragspartner könne die Einrede der Nichtigkeit jedoch nur entgegengehalten werden, wenn er Kenntnis „von der ganzen Sachlage“ hat. Nach der Ansicht des OGH haben sich das Organ und der Vertragspartner in einer solchen Konstellation einer Kollusion, also eines unerlaubten Zusammenwirkens, schuldig gemacht.

Der erkennende Senat knüpft offensichtlich am Verhalten des Vorstands an und beurteilt dieses als sittenwidrig. Wenn der OGH bereits daraus die Nichtigkeit der abgegebenen Erklärung folgert, ist es nicht nachvollziehbar, weshalb überdies noch die Kenntnis des Dritten verlangt wird. Erklärbar ist

⁴⁹ *P. Bydliński* in FS F. Bydliński 41 f; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/434; *Joost* in *Canaris/Habersack/C. Schäfer*, Großkomm HGB II⁵ § 50 Rz 51; *Lieder*, JuS 2014, 685 f. Vgl auch *K. Schmidt*, Handelsrecht⁶ § 16 Rz 74.

⁵⁰ Vgl *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen Rz 138.

⁵¹ Vgl *Harrer* in *Schwimann*, ABGB VI³ § 1295 Rz 147; *E. Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VI⁴ § 1295 Rz 147; *Lieder*, JuS 2014, 685 f; *Sack/Fischinger* in *Staudinger*, BGB (2011) § 138 Rz 78.

⁵² Wobei nach der Ansicht des OGH ein Schädigungsversuch bereits genügt.

das wohl nur damit, dass den ersten Senat seine eigene Lösung – Abstellen auf das Vertreterverhalten – nicht gänzlich überzeugt und er daher eine zweite Ebene – den Blick auf den Dritten – einzieht. Das ändert aber nichts daran, dass er dem Vertrag, der das eigentliche Bezugsobjekt der Sittenwidrigkeitsprüfung iSd § 879 Abs 1 ABGB bildet, keine Aufmerksamkeit schenkt. Zuletzt ist noch auf die Terminologie hinzuweisen. In der vorliegenden Situation – Kenntnis des Dritten von der Schädigungsabsicht des Vertreters – darf daran gezweifelt werden, ob tatsächlich von Kollusion (also gemeinsamem Vorgehen) gesprochen werden sollte. Allerdings hat sich die Verwendung dieser Begrifflichkeit⁵³ im juristischen Sprachgebrauch etabliert.

3. Erkennbarkeit bzw Kenntnis des missbräuchlichen Vertreterhandelns führt nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrags

In den allgemeinen Ausführungen wurde dargelegt, dass die Motive der am Geschäftsabschluss teilnehmenden Person für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ohne Belang sind. Überträgt man diesen Ansatz auf die Fälle des Vertretungsmissbrauchs wird deutlich, dass die Schädigungsabsicht des Vertreters für sich genommen keine Sittenwidrigkeit des Vertrags begründen kann. Ebenso entbehrt es jeglicher gesetzlichen Grundlage, dass der Vertrag deshalb sittenwidrig sein soll, weil der Dritte die Schädigungsabsicht des Vertreters erkennen hätte können.⁵⁴ Als Negativbeispiele sind die drei „USIA“⁵⁵-Entscheidungen⁵⁶ zu nennen, wenngleich sich diese aufgrund der historischen Besonderheit und der damit verbundenen politischen Brisanz von den sonstigen Entscheidungen abheben.

In der russischen Besatzungszone wurden hunderte Unternehmen beschlagnahmt und von sowjetischen Stellen aus geleitet. Deswegen wurden

⁵³ Die konkrete Konstellation wird zumeist als Kollusion iwS bezeichnet; zu den unterschiedlichen Definitionen der Kollusion siehe *Brinkmann*, ZJS 2014, 471 ff.

⁵⁴ So aber *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 71–74 Rz 72; anders jedoch *Strasser* in *Jabornegg*, HGB § 50 Rz 16; *Strasser/Jabornegg* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 50 Rz 16. Auch in Deutschland ist ganz unstrittig, dass die Sittenwidrigkeit nicht durch die bloße Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht begründet werden kann, siehe die Nachweise in FN 47. Einzig *Markus Roth* (in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ § 126 Rz 11) will § 138 Abs 1 BGB selbst dann anwenden, wenn der Dritte das missbräuchliche Verhalten des Vertreters grob fahrlässig nicht erkennt.

⁵⁵ Die Abkürzung kann am besten mit „Verwaltung des sowjetischen Vermögens in Österreich“ übersetzt werden.

⁵⁶ OGH 4 Ob 45/56; 4 Ob 24/56; 4 Ob 49/56. Siehe aus der jüngeren Zeit auch OLG Wien 12 R 11/06k.

auch die Generaldirektoren dieser Unternehmen von der russischen Besatzungsmacht bestellt. Der OGH entschied mehrmals, dass die von diesen Generaldirektoren gesetzten Rechtshandlungen auch nach 1955 grundsätzlich wirksam sind. Anderes gelte nach Ansicht des vierten Senats, wenn der Generaldirektor das Unternehmen durch ein Rechtsgeschäft absichtlich schädigt, also seine Vertretungsmacht missbraucht, und dies dem Vertragspartner erkennbar war. Dieser Umstand mache den Vertragsabschluss gemäß § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrig.⁵⁷

Zuvor wurde aber schon dargelegt, dass nicht einmal die Kenntnis des Vertragspartners von den verpönten Motiven seines Gegenübers zur Sittenwidrigkeit des Vertrags führt.⁵⁸ Die Sittenwidrigkeitsgrenze wird erst überschritten, wenn das sittenwidrige Motiv zum Vertragsinhalt oder zur Bedingung erstarkt. Zur Begründung der Sittenwidrigkeit des Vertrags genügt es daher nicht, dass der Dritte vom Schädigungsbewusstsein oder der Schädigungsabsicht des Vertreters Kenntnis hat.⁵⁹

Demzufolge muss auch die Ansicht des achten Senats in **OGH 8 Ob 505/78** als verfehlt bezeichnet werden. Vorweg führt der OGH aus, dass dem Dritten selbst die positive Kenntnis von etwaigen Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis grundsätzlich nicht schade. Diese Aussage ist aus der Warte des § 879 Abs 1 ABGB auch korrekt. Es wird sich allerdings noch zeigen, dass in solchen Fällen eine teleologische Reduktion der Vertretungsmacht geboten ist.⁶⁰ Sodann kommt der erkennende Senat zum Ergebnis, dass das Begehren auf Vertragserfüllung gegen die guten Sitten nach § 879 Abs 1 ABGB verstoße, wenn der geschäftsführende Gesellschafter (beim Vertragsschluss) „bewusst zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt hat und der Dritte davon gewusst hat“. Es ist zu kritisieren, dass der OGH wiederum nicht den Vertrag selbst – sondern diesmal das Leistungsbegehren – als sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB bezeichnet. Aber auch im Ergebnis ist es eben nicht richtig, wenn die Sittenwidrigkeit bereits bei Kenntnis des Dritten vom Schädigungsbewusstsein des Vertreters angenommen wird. Unzutreffend ist demnach auch die Auffassung des sechsten Senats in **OGH 6 Ob 287/00z**, wonach die Sittenwidrigkeit des Geschäfts bereits anzunehmen sei, wenn sich dem Dritten das missbräuchliche Vertreterhandeln geradezu aufgedrängt hat.

⁵⁷ Besonders deutlich in OGH 4 Ob 49/56; siehe auch 4 Ob 45/56; 4 Ob 24/56.

⁵⁸ Siehe Kapitel II.A.3.b).

⁵⁹ So aber *Hofmann*, Missbrauch 142 f. Die von ihr geforderte „inhaltliche Sittenwidrigkeit“ wird dadurch gerade noch nicht erreicht.

⁶⁰ Siehe dazu Kapitel IV.C.