

Materielle Insichgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht

Bernhard Burtscher

Die Rechtsprechung hielt lange nur das formelle Selbstkontrahieren und die formelle Doppelvertretung für unzulässig. Die neuere Judikatur sieht hingegen auch „materielle“ Insichgeschäfte zunehmend kritisch. Der Beitrag vollzieht diese Entwicklung nach und entwickelt sie für Geschäfte mit (echten) Dritten weiter. Dabei sind die Regeln über Insichgeschäfte mit der Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht abzustimmen. Der Beitrag kommt zum Ergebnis, dass der Dritte bei evidenten Interessenkonflikten des Vertreters nicht schützenswert ist.

Stichwörter: Insichgeschäft; Interessenkonflikt; Unterbevollmächtigung; Treuhänder; Gesamtvertretung; Formvollmacht; Missbrauch der Vertretungsmacht; Verkehrsschutz; Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs; Vertrauensschaden; Privatstiftung, Einpersonengesellschaft; Vertrag zugunsten Dritter.

JEL-Classification: K 10, K 12, K 22.

Austrian rules on self-dealing have traditionally been limited to formal conflicts of interest. Recent court decisions, however, put substance over form. This article provides an in-depth analysis of this development and examines whether substantive conflicts of interest can also void contracts with third parties.

1. Einleitung

Insichgeschäfte sind grundsätzlich unzulässig.¹⁾ Diesen Standpunkt vertreten nicht nur die hA und die stRsp in Österreich; er findet sich in nahezu allen entwickelten Rechtsordnungen.²⁾ Markantes Beispiel dafür ist § 181 BGB, der Insichgeschäfte ausdrücklich untersagt.³⁾

Universales Ordnungsanliegen ist dabei – aus vertikal und horizontal vergleichender Perspektive – der Schutz des Geschäftsherrn.⁴⁾ So wurde die Einführung des § 181 BGB gerade damit begründet, dass Insichgeschäfte „stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung [...] mit sich bringen“.⁵⁾ Es

besteht die Befürchtung, dass der Vertreter die Interessen des Geschäftsherrn nicht optimal wahrnimmt,⁶⁾ weil er „gleichsam zwei Seelen in der Brust“⁷⁾ trägt. Dem Geschäftsherrn kann daher regelmäßig nicht zugesonnen werden, dass er dem Vertreter Insichgeschäfte gestattet.⁸⁾ Das gilt nach heute einhelliger Ansicht sowohl für das Selbstkontrahieren wie auch für die Doppelvertretung.⁹⁾

Eine ähnliche Gefährdungslage für den Geschäftsherrn kann freilich auch bestehen, wenn formal weder Selbstkontrahieren noch Doppelvertretung vorliegt. Während die Lehre daher schon länger solche „materiellen“¹⁰⁾ Insichgeschäfte identifiziert, vertrat der OGH bis in die 1990er-Jahre dennoch eine ganz und gar formale Position. Ein Insichgeschäft liege nur vor, wenn „ein Vertreter rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den Vertretenen durch Willenserklärung an sich selbst erzeugt“.¹¹⁾ Seither hat der OGH aber in mehreren Entscheidungen materielle Insichgeschäfte anerkannt.¹²⁾

Diese – von Einzelfallentscheidungen geprägte – Entwicklung soll hier in einen größeren Zusammenhang eingebettet (2.) und weitergedacht werden (3.).



Photo: Daniela Gruber

Dr. Bernhard Burtscher ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Postdoktorand am Propter Homines Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht der Universität Liechtenstein;
e-mail: bernhard.burtscher@uni.li.

2. Konturen des materiellen Insichgeschäfts

2.1. Eigen- und Unterbevollmächtigung

Erste Spuren dieser Entwicklung finden sich freilich in Deutschland. Während

- 1) Vgl nur *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁸ Rz 9/41 f; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 134; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 679 f. Eine allgemeine Bestimmung, die dies zum Ausdruck bringt, fehlt in Österreich. Dem ABGB ist freilich das moderne Stellvertretungsrecht mit seiner Trennung von Innen- und Außenverhältnis im Allgemeinen fremd; dazu *Knöchlein*, Stellvertretung 8 ff.
- 2) Grundlegend *U. Hübner*, Interessenkonflikt 28 ff, 40 ff.
- 3) Zum Verbot des Insichgeschäfts entschied sich der deutsche Gesetzgeber alsbald, nachdem die Dogmatik des ausgehenden 19. Jahrhunderts das Insichgeschäft als allgemeines Problem erkannt hatte; dazu *Römer*, ZHR 19, 67; *Rümelin*, Selbstkontrahieren. Freilich fanden sich bereits im Römischen Recht, dem das Institut der direkten Stellvertretung bekanntlich noch fremd war, erste Ansätze eines Verbots von Insichgeschäften, was die allgemeine Akzeptanz dieses Grundsatzes verdeutlicht, *U. Hübner*, Interessenkonflikt 28 ff. Im Vordergrund stand dabei der Schutz des Mündels vor Insichgeschäften des Tutors; ein Ansatz, den das ABGB in §§ 271 f ABGB (nunmehr § 277 ABGB) aufgriff. Diese Bestimmung dient in Österreich nach wie vor als Analogiegrundlage für ein allgemeines Verbot des Insichgeschäfts, *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁸ Rz 9/42.
- 4) *Hübner*, Interessenkonflikt 28 ff, 39 f.
- 5) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs I (1897) 175; *Bork*, Allgemeiner Teil⁴ § 34 Rz 1585; *Hupka*, Vollmacht 277, 283.
- 6) *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (2016) § 1017 Rz 12; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 680.
- 7) *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 228.
- 8) *Hupka*, Vollmacht 285 f; *Nowotny*, Anm zu 5 Ob 39/10m, GesRZ 2011, 46 (47); *Wünsch* in FS Hämmerle (1972) 451 (454).
- 9) Statt aller RIS-Justiz RS0019621; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1009 Rz 14 f; *P. Bydlinski* in *KBB*⁵ § 1017 Rz 5; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 12; aA noch *Strasser* in *Rummel*, ABGB³ I § 1009 ABGB Rz 22.
- 10) *U. Torggler*, ecolex 2009, 920; *Ebner*, Insichgeschäfte 203 ff; grundlegend *U. Hübner*, Interessenkonflikt 175 ff; in Ansätzen schon *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 228.
- 11) RIS-Justiz RS0031257.
- 12) Vgl die Nw bei RIS-Justiz RS0113487.

§ 181 BGB seinem Wortlaut nach nur Selbstkontrahieren und Doppelvertretung erfasst, traten schon bald die flagranten Möglichkeiten zur Umgehung dieser Bestimmung zutage. Eklatante Beispiele hierfür waren Geschäftsabschlüsse, bei denen sich der Vertreter bei Geschäften mit dem Geschäftsherrn entweder selbst vertreten ließ („Eigenbevollmächtigung“) oder er auf Seiten des Geschäftsherrn einen Untervertreter einschaltete („Unterbevollmächtigung“).¹³⁾

Könnte man bei der Eigenbevollmächtigung allenfalls noch von einem formellen Selbstkontrahieren sprechen, weil die Erklärungen des Eigenvertreters dem Vertreter zugerechnet wurden,¹⁴⁾ war dieser Weg bei der „Unterbevollmächtigung“ verschlossen. Das Reichsgericht hielt die Unterbevollmächtigung daher für zulässig, weil der Vertreter nicht auf beiden Seiten des Geschäfts tätig werde, sodass der Anwendungsbereich des § 181 BGB nicht eröffnet sei. Auf eine Interessenkollision komme es nicht an.¹⁵⁾

Dieses „rein formale, buchstabenge-treue Ordnungsdenken“¹⁶⁾ rief freilich im Schrifttum alsbald Kritik hervor. Dass der Vertreter bei Unterbevollmächtigung nicht auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts mitwirke, sei eine „Verkennung der Wirklichkeit“.¹⁷⁾ Der Vertreter verteile den Geschäftsabschluss bloß auf zwei Personen;¹⁸⁾ auch hier liege die Interessenkollision daher „auf der Hand“.¹⁹⁾ Es sei nämlich nicht zu erwarten, dass der Unterbevollmächtigte ausschließlich die Interessen des Geschäftsherrn verfolge, selbst wenn er dazu verpflichtet sei.²⁰⁾ Der BGH folgt dieser nunmehr herrschenden Lehre: § 181 BGB könne nicht durch einen „Kunstgriff“²¹⁾ des Vertreters umgangen werden.²²⁾ Damit hat die deutsche

Judikatur den Weg geebnet für eine teleologische Auslegung dieser Bestimmung.

Eine ähnliche Entwicklung lässt auch die jüngere österreichische Judikatur erkennen, wofür 5 Ob 99/02y ein erstes Beispiel bietet. Dort veranlasste eine leitende Angestellte einer Magistratsabteilung (MA) der Stadt Wien die Vermietung eines Magazins zu einem unüblich niedrigen Mietzins an sich selbst; auf Seiten der MA wurde der Mietvertrag von einem Referenten unterzeichnet. Der OGH hält den Vertrag für unwirksam, wenn der Referent in Ausführung einer „Weisung“ der leitenden Angestellten gehandelt habe; wegen der „gleichartigen Interessenlage“²³⁾ seien die Regeln über Insichgeschäfte sinngemäß anzuwenden. Auch wenn aus der Begründung nicht klar hervorgeht, ob diese „Weisung“ als Vollmachtserteilung zu qualifizieren war, macht der OGH damit klar, dass die Regeln über Insichgeschäfte nicht durch Zwischenschaltung einer Hilfsperson umgangen werden können.

Seine wahre Bedeutung entfaltet dieser Ansatz im Gesellschaftsrecht.²⁴⁾ So liegt ein unzulässiges Insichgeschäft nach der Judikatur etwa auch vor, wenn der Geschäftsführer einer GmbH einen Prokuristen bestellt, der die Gesellschaft bei einem Geschäft mit dem Geschäftsführer vertritt.²⁵⁾ Das liegt auch daran, dass der Prokurist – wie ein Untervertreter – dem Geschäftsführer weisungsgebunden ist²⁶⁾ und daher die Gefahr besteht, dass er dessen Interessen über jene der Gesellschaft stellt. Die Gefährdungslage für die Gesellschaft (die Geschäftsherrin) ist daher jener beim formellen Insichgeschäft ganz vergleichbar.

Ein materielles Insichgeschäft liegt schließlich auch dann vor, wenn die

Gesellschaft bei Geschäften mit einem Gesamtvertreter durch einen anderen (unbefangenen) Gesamtvertreter vertreten wird. Auch das ist eine Art Untervertretung, weil die „Teilvertretungsmacht“ des unbefangenen Gesamtvertreters dem unbefangenen Gesamtvertreter „übertragen“ würde.²⁷⁾ Zwar könnte man sagen, dass der Gesamtvertreter in seiner Stellung unabhängiger sei, sodass die Gefahr von Interessenkonflikten geringer sei als bei anderen Untervertretern.²⁸⁾ Es besteht aber auch zwischen Gesamtvertretern die Gefahr gegenseitiger Gefälligkeiten und kollegialer Rücksichtnahme.²⁹⁾ Ordnet der Geschäftsherr Gesamtvertretung an, will er daher gerade nicht von einer Einzelperson vertreten werden. Man wird ihm deshalb den in der Gesamtvertretung liegenden Schutz nicht gerade bei besonders heiklen Geschäften entziehen dürfen.³⁰⁾

Daher wird etwa eine OG bei Geschäften mit einem Gesamtvertreter trotz § 125 Abs 2 S 2 UGB nicht vom anderen Gesamtvertreter wirksam vertreten.³¹⁾ Der OGH hat diesen Gedanken nunmehr auch auf die GmbH übertragen: Die GmbH könne bei Geschäften mit einem Geschäftsführer nur von einem unbefangenen Alleinvertreter vertreten werden.³²⁾ Den OGH stört dabei nicht, dass nach § 25 Abs 4 GmbHG für Rechtsgeschäfte eines Geschäftsführers mit der Gesellschaft die Vertretung durch „sämtliche übrige Geschäftsführer“ genügt.³³⁾ Die „übrigen Geschäftsführer“ seien nämlich nur alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer.³⁴⁾ Das ist mit Blick auf den Schutz des Geschäftsherrn auch nicht abwegig, weil die Gefahr kollegialer Rücksichtnahme auch hier besteht.³⁵⁾

13) Vgl. Schubert in MüKo, BGB⁸ § 181 Rz 47 ff; dazu auch Apathy in Schwimann/Kodek⁴ § 1009 Rz 14.
14) Hübner, Interessenkonflikt 176; Flume, Rechtsgeschäft⁴ 817 f; für eine Analogie zu § 181 hingegen Blomeyer, AcP 172, 1 (16 ff); Festner, Interessenkonflikte 192; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 264.
15) RGZ 56, 104; 103, 417; 108, 405; v. Tuhr, AT II/2 (1918) 368; krit Harder, AcP 170, 295 (299 ff).
16) Blomeyer, AcP 172, 1 (16); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 256.
17) Flume, Rechtsgeschäft⁴ 818 f.
18) Harder, AcP 170, 295 (300).
19) Schilken in Staudinger, BGB (2014) § 181 Rz 36.
20) U. Hübner, Interessenkonflikte 185 f; s auch Festner, Interessenkonflikte 187.
21) Schilken in Staudinger (2014) § 181 Rz 36; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil¹¹ Rz 962.
22) BGH NJW 1991, 691; OLG Hamm NJW 1982, 1105; KG NJW-RR 1999, 168; zust Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil¹¹ § 49 Rz 123. Das gilt auch für eine allfällige nachträgliche Genehmigung, Harder,

AcP 170, 295 (303 ff).
23) 5 Ob 99/02y; zust U. Torggler, ecolex 2009, 920 (922).
24) Das liegt auch daran, dass insbesondere organschaftliche Vertreter zur Unterbevollmächtigung überhaupt berechtigt sind, Festner, Interessenkonflikte 183 ff.
25) 3 Ob 2106/96v; 10 Ob 216/02s; Apathy in Schwimann/Kodek⁴ § 1009 Rz 16; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 117; für das Aktienrecht Kalss in MüKo, AktG⁵ § 112 Rz 40.
26) Schopper/Trenker in U. Torggler, UGB³ § 49 Rz 13.
27) U. Hübner, Interessenkonflikt 237.
28) BGHZ 64, 72 = NJW 1975, 1117; aA aber Maier-Reimer in Erman, BGB I¹⁵ § 181 Rz 12.
29) U. Hübner, Interessenkonflikt 238; Reinicke, NJW 1975, 1185 (1189); U. Torggler, ecolex 2009, 920 (922).
30) Reinicke, NJW 1975, 1185 (1188 f); U. Hübner, Interessenkonflikt 235 ff; vgl auch § 17 Abs 5 PSG, der in solchen Fällen die Genehmigung des Gerichts verlangt.
31) Nowotny, RdW 1987, 35; Koppensteiner/

Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 125 Rz 20 mwN; Eckert in U. Torggler, UGB³ § 125 Rz 11; aA BGHZ 64, 72 = NJW 1975, 1117.
32) 6 Ob 11/18p GesRZ 2018, 245 (krit Zehentmayer); 5 Ob 67/92; anders aber wohl 6 Ob 135/12i.
33) Krit Zehentmayer, GesRZ 2018, 245 (247 f).
34) 6 Ob 11/18p; 5 Ob 67/92; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/208 mwN; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 23; U. Torggler, ecolex 2009, 920 (922); aA Ebner, Insichgeschäfte 43 f.
35) Offen bleibt, ob die Zustimmung eines Alleinvertreters ausreicht (U. Hübner, Interessenkonflikt 235), oder ob (wenn mehr als ein Alleinvertreter berufen ist) wegen der Gefahr kollegialer Rücksichtnahme „sämtliche übrige Geschäftsführer“ zustimmen müssen, was § 25 Abs 4 GmbHG mehr Anwendungsbereich ließe, dafür U. Torggler, ecolex 2009, 920 (922); vgl auch § 17 Abs 5 PSG.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang freilich, dass der BGH gerade den gegenteiligen Standpunkt einnimmt. Er hält sowohl die Vertretung der Gesellschaft durch den Prokuristen³⁶⁾ als auch die Vertretung durch einen (nicht befangenen) Gesamtvertreter bei Geschäften mit einem anderen Gesamtvertreter für wirksam. Der OGH geht somit beim Schutz des Geschäftsherrn hier erheblich weiter als der BGH (dazu noch 2.4.).

2.2. Einschaltung eines „Strohmanns“

Von der Eigen- und Unterbevollmächtigung ist es nur ein kleiner Schritt zur Zwischenschaltung eines „Strohmanns“³⁷⁾ der das Geschäft (anders als der Eigen- oder Untervertreter) zwar im eigenen Namen abschließt, daran aber kein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Hier ist nach hA ebenfalls von einem Insichgeschäft auszugehen.³⁸⁾ Das entspricht der allgemeinen Regel,³⁹⁾ dass bei Umgehungsgeschäften jene Rechtsfolgen eingreifen, die das beabsichtigte Geschäft nach sich ziehen würde.⁴⁰⁾

Den OGH hat erstaunlicherweise gerade die umgekehrte Konstellation beschäftigt, dass der Vertreter selbst als Strohmann agiert. In 6 Ob 233/09x verkaufte ein Stiftungsvorstand mutmaßlich als Treuhänder eines Dritten einen Geschäftsanteil an die Stiftung. Der OGH unterstellt auch dieses Geschäft zu Recht den Regeln über Insichgeschäfte (§ 17 Abs 5 PSG), weil auch hier eine besondere Gefährdung für die Geschäftsherrin (die Privatstiftung) besteht.⁴¹⁾

Damit scheint der OGH auf den ersten Blick einen formalen Zugang zu wählen, weil das Geschäft erst wegen der formalen Zwischenschaltung des Vertreters überhaupt problematisch wurde. Auf den

zweiten Blick stellt der OGH aber auch hier auf einen materiellen Interessenkonflikt ab: Handelt der Stiftungsvorstand namens der Stiftung und agiert er gleichzeitig als Treuhänder eines Dritten, liegt nämlich wirtschaftlich eine Doppelvertretung vor, sodass die Annahme eines Insichgeschäfts fast zwingend ist.

2.3. Geschäfte mit Gesellschaften im Alleineigentum des Vertreters

Auf eine teleologische Betrachtungsweise setzt der OGH – im Übrigen wiederum anders als der BGH⁴²⁾ – auch in 2 Ob 52/16k. Dort verkaufte ein Stiftungsvorstand namens einer Privatstiftung Geschäftsanteile an eine GmbH, deren Alleingesellschafter er war. „Zumindest diesen Extremfall“ unterstellt der OGH auch den Regeln über Insichgeschäfte.⁴³⁾

Das ist überzeugend, weil sich der Stiftungsvorstand in einem massiven Interessenkonflikt befindet.⁴⁴⁾ Schließt er namens des Geschäftsherrn einen Vertrag mit „seiner“ Gesellschaft, ist das Gefährdungspotenzial für den Geschäftsherrn mindestens so groß wie bei Doppelvertretung.

Umgekehrt können die Interessen der Einpersonengesellschaft nicht für eine Wirksamkeit des Vertrags ins Treffen geführt werden, weil sie sich mit den Interessen des Alleingeschafters decken. Das zeigen § 18 Abs 5 und 6 GmbHG, wonach Insichgeschäfte des Alleingeschafters mit der GmbH zulässig sind.⁴⁵⁾ Diese Vorschriften kann man zwar mit Blick auf den Gläubigerschutz kritisch sehen.⁴⁶⁾ Daraus folgt aber für die hier interessierenden Fälle nichts. Im Gegenteil spricht auch der Gläubigerschutz eher dafür, dass solche „verdächtigen Geschäfte“ als materielle Insichgeschäfte unwirksam

sind (zu Geschäften mit dem Vertreter nur „nahestehender“ Verbände 3.4.2.).⁴⁷⁾

2.4. Zwischenergebnis

Damit hat die Rechtsprechung die Notwendigkeit einer „*extensiven Auslegung*“⁴⁸⁾ der Regeln über Insichgeschäfte mittlerweile in zahlreichen Fällen anerkannt. Als Hemmschuh für diese Entwicklung erwies sich lange § 181 BGB, den das Reichsgericht als „*formale Ordnungsvorschrift*“⁴⁹⁾ interpretierte. Es dauerte daher, bis das „*jus strictum*“ des § 181 BGB von der Rechtsprechung „*im Interesse materieller Gerechtigkeit durchbrochen*“ wurde.⁵⁰⁾

Lange warf § 181 BGB seinen langen Schatten dabei sogar nach Österreich und bewegte den OGH wohl zu der Aussage, dass es nur formelle Insichgeschäfte gebe.⁵¹⁾ Dieser Rechtssatz ist mittlerweile aber überholt. Der OGH propagiert nunmehr viel stärker als der BGH ein materielles Verständnis des Insichgeschäfts. Das zeigt sich anschaulich bei der „*Untervertretung*“ durch Prokuristen oder Gesamtvertreter und bei Geschäften mit Gesellschaften im Alleineigentum des Vertreters.

Letztlich fiel die Idee materieller Insichgeschäfte in Österreich daher doch auf fruchtbareren Boden als in Deutschland. Das kann auch nicht verwundern, vervollständigt sie doch nur das teleologische Verständnis des Insichgeschäfts, das Lehre und Rechtsprechung hierzulande auch sonst prägen.

Angelpunkt ist dabei stets der Schutz des Geschäftsherrn vor der angelegten Interessenkollision beim Insichgeschäft (dazu 1.). Zulässig sind Insichgeschäfte demnach ausnahmsweise, wo eine solche Gefahr gerade nicht droht,⁵²⁾ etwa weil das Geschäft nur zum Vorteil des

36) BGHZ 91, 334 = NJW 1984, 2085; *Maier-Reimer* in Erman, BGB I¹⁵ § 181 Rz 11 mwN.

37) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 190 f; *Ebner*, Insichgeschäfte 206 ff.

38) RGZ 56, 104; *U. Hübner*, Interessenkonflikt 190 f; *Festner*, Interessenkonflikte 194 ff, 203; zur Privatstiftung *Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ § 17 Rz 92a; *Briem*, ZUS 2012, 60 (63 f).

39) So behandelt auch § 80 Abs 3 S 2 AktG die Kreditgewährung an Dritte, die für Rechnung eines Vorstandsmitglieds handeln, gleich wie die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder selbst, *Ebner*, Insichgeschäfte 207.

40) *Bollenberger* in KBB⁵ § 916 Rz 5.

41) 6 Ob 233/09x ZfS 2010, 14 (*Lauß*) = GeS 2009, 394 (*Lauss*) = GesRZ 2010, 165 (*Hochedlinger*); *Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ § 17 Rz 92a.

42) BGH NJW 1991, 982; *Maier-Reimer* in Erman, BGB I¹⁵ § 181 Rz 9.

43) 2 Ob 52/16k GesRZ 2017, 333 (*H. Torggler*) = *ecolex* 2018/150 (zust

Rizzi); *Briem*, ZUS 2012, 60 (64 f); *Schereda*, RWZ 2015, 72 (74).

44) *Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ § 17 Rz 92a; *Ebner*, Insichgeschäfte 211; *U. Hübner*, Interessenkonflikt 193; *Kalss/Müller* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge² Rz 194; für das Aktienrecht *Kalss* in MüKo, AktG⁵ § 112 Rz 46; aA dennoch *Csoklich*, ZfS 2006, 97 (100).

45) *Aicher/U. Torggler*, GesRZ 1996, 197 (202).

46) *Wünsch* in FS Hämmerle 451 (467); *Fischer* in Gesammelte Schriften 225 (231); 3 Ob 51/85; s aber *U. Hübner*, Interessenkonflikt 193 und 17 f; Gläubigerinteressen könnten schon allein deshalb nicht maßgebend sein, weil Insichgeschäfte stets für die Gläubiger eines Kontrahenten vorteilhaft, für die Gläubiger des anderen Kontrahenten aber nachteilig sind. Außerdem zeige der Umstand, dass Insichgeschäfte vom Geschäftsherrn genehmigt werden können, dass das Verbot des Insichgeschäfts nicht

dem Gläubigerschutz diene. Erforderlich ist freilich zum Schutz der Gläubiger grundsätzlich ein Manifestationsakt, um Manipulationen vorzubeugen.

47) Dritte sind durch die Regeln über den Gutgläubenserwerb, die Gläubigeranfechtung etc ohnehin ausreichend geschützt, sodass den Interessen Dritter bei wertender Betrachtung keine maßgebende Rolle zukommt, *U. Hübner*, Interessenkonflikt 14 ff.

48) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 25.

49) *Fischer* in Gesammelte Schriften 225 (226).

50) *Blomeyer*, AcP 172, 1 (10).

51) RIS-Justiz RS0031257.

52) Das liegt schon deshalb nahe, weil die Rechtsprechung auch im unmittelbaren Anwendungsbereich der §§ 271 f ABGB, die als Analogiegrundlage für die Unzulässigkeit von Insichgeschäften dienen, stets das Vorliegen einer materiellen Interessenkollision verlangte, RIS-Justiz RS0058177.

Geschäftsherrn gemacht wird oder der Geschäftsgegenstand einen fixen Preis hat.⁵³⁾ Dann ist es aber nur folgerichtig, spiegelbildlich die Regeln zum Insichgeschäft dort anzuwenden, wo – trotz formaler Personenverschiedenheit – eine „materielle“ Interessenskollision und damit eine besondere Gefahr für den Geschäftsherrn droht.⁵⁴⁾

3. Geschäfte mit (echten) Dritten

Materielle Interessenskollisionen drohen freilich auch bei Geschäften mit Dritten. Man denke nur daran, dass der Vertreter ein Gut des Geschäftsherrn an seine Ehefrau verkauft⁵⁵⁾ (im Gesellschaftsrecht spricht man hier von „Related Party Transactions“⁵⁶⁾) oder zur Besicherung einer eigenen Schuld verpfändet. Dennoch hält der OGH in letzterem Fall die Verpfändung für wirksam: Es liege weder Selbstkontrahieren noch Doppelvertretung vor (ausf noch 3.4.3.; zu Geschäften mit Angehörigen 3.4.1.).⁵⁷⁾ Ob diese überraschende Volte zurück zu einer formellen Betrachtung des Insichgeschäfts bei Geschäften mit Dritten gerechtfertigt ist, ist im Folgenden näher zu prüfen.

3.1. Interessenlage

Dass sich die Interessenlage bei Geschäften mit (echten) Dritten von den bisher untersuchten Fallgruppen unterscheidet, ist dabei offenkundig. Während bislang nur Dritte am Vertragsabschluss beteiligt waren, die daran kein eigenes wirtschaftliches Interesse hatten (Eigen- und Untervertreter, „Strohänner“), ist das bei Geschäften mit (echten) Dritten anders.

Hier bedarf es daher einer Rechtfertigung dafür, warum dem (echten) Dritten „der Vertretene als Geschäftspartner entzogen“⁵⁸⁾ werden soll. Dabei geht es im Kern um Verkehrsschutz.⁵⁹⁾ Der Dritte darf sich grundsätzlich auf die Vertretungsmacht des Vertreters verlassen und muss nicht das „ganze Risiko von Treuwidrigkeiten“ des Vertreters tragen.⁶⁰⁾ Mit anderen Worten: Eine Interessenskollision beim Vertreter allein führt noch nicht zur Unwirksamkeit des Geschäfts mit dem (echten) Dritten.

Das dürfte der Grund dafür sein, warum der OGH die Verpfändung einer Liegenschaft des Geschäftsherrn durch den Vertreter zur Besicherung einer eigenen Schuld des Vertreters für wirksam hält.⁶¹⁾ Folgeschwer ist freilich, dass der OGH diesen Fall ausschließlich unter dem Blickwinkel des (formellen) Insichgeschäfts betrachtet und sich mit der Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht nicht einmal auseinandersetzt.⁶²⁾ Denn diese Lehre wurde ja gerade entwickelt, um Verkehrsschutz und Schutz des Geschäftsherrn vor Treuwidrigkeiten des Vertreters gegeneinander abzuwägen.⁶³⁾

3.2. Die Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht

Dabei ist der Begriff „Missbrauch“ freilich irreführend. Nach hA kommt es nämlich nicht auf subjektive Momente oder gar Schädigungsabsicht beim Vertreter an;⁶⁴⁾ es reicht vielmehr, dass der Vertreter im Innenverhältnis pflichtwidrig handelt.⁶⁵⁾

Von einer Pflichtwidrigkeit des Vertreters wird man in den hier interessierenden Fällen regelmäßig ausgehen können.⁶⁶⁾ Den Vertreter trifft schließlich als „Kardinalspflicht“⁶⁷⁾ eine umfassende Inte-

ressenwahrungspflicht gegenüber dem Geschäftsherrn (§ 1009 ABGB). Er schuldet „schlechthin die Pflicht rückhaltloser Unterordnung unter das Interesse des anderen“.⁶⁸⁾ Befindet er sich in einem materiellen Interessenkonflikt, wird er daher in der Regel den Geschäftsherrn umgehend darüber informieren⁶⁹⁾ und dessen Zustimmung zum konfliktgeladenen Geschäft einholen müssen.

Mangels einschlägiger Sonderregeln werden diese allgemeinen und strengen zivilrechtlichen Regeln grundsätzlich auch im Gesellschaftsrecht anwendbar sein,⁷⁰⁾ wo die hA befangene Organmitglieder grundsätzlich ebenfalls von der Organtätigkeit ausschließt.⁷¹⁾ Nicht ganz eindeutig ist das freilich seit Inkrafttreten des AktRÄG 2019 im Aktienrecht, weil § 95a AktG auch bei den – für Interessenkonflikte besonders anfälligen – „Related Party Transactions“ in börsennotierten Gesellschaften nur im Ausnahmefall die Einbindung des Aufsichtsrats zu verlangen scheint. Es ist aber fraglich, ob der Gesetzgeber wirklich eine (von der zugrundliegenden Aktionärsrechte-Richtlinie nicht geforderte) Einschränkung des nach allgemeinen Regeln bestehenden Schutzes vor Interessenkonflikten vorsehen wollte. Damit würde man nämlich erhebliche Wertungswidersprüche im Aktienrecht provozieren (etwa zu § 95 Abs 5 und § 80 AktG, die nach § 95a Abs 9 AktG ausdrücklich unberührt bleiben sollen).⁷²⁾

Ohne hierauf im Detail eingehen zu können, lässt sich daher grundsätzlich festhalten: der Vertreter, der sich in einem Interessenkonflikt befindet, muss die Zustimmung des Geschäftsherrn zum konfliktträchtigen Geschäft einholen. Sonst handelt er pflichtwidrig und „missbraucht“ seine Vertretungsmacht im

53) RIS-Justiz RS0108252; *Apathy* in Schwimann/Kodek⁴ § 1009 Rz 16; zum Markt- oder Börsenpreis 2 Ob 52/16k; krit aber *Hupka*, Vollmacht 283; *Knöchlein*, Stellvertretung 53 f; *Wünsch* in FS Hämmerle 451 (456); *Feltl/Told* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 116; diff auch *U. Hübner*, Interessenkonflikt 158 f.
54) Dagegen kann man auch nicht einwenden, dass damit ein Verlust an Rechtssicherheit einhergehe. Eine teleologische Ausdehnung der Regeln über Insichgeschäfte sorgt nämlich nicht für mehr Rechtsunsicherheit als die allseits akzeptierten teleologischen Einschränkungen dieser Regeln.
55) *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil¹¹ Rz 960; *Lennarts*, GesRZ-Sonderheft 2005, 41 (44); *Csoklich*, ZfS 2006, 97 (100).
56) Dazu *Zollner* in FS Nowotny 499.
57) 5 Ob 153/08y immolex 2009/88 (zust *Frischtauf*) = ÖBA 2009, 386 (krit *P. Bydlinski*).
58) *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil¹¹

Rz 963.
59) Dazu *U. Hübner*, Interessenkonflikt 195 ff; *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 386 (388).
60) *Bucher* in FS Bürgi 39 (51); *Frotz*, Verkehrsschutz 537.
61) 5 Ob 153/08y immolex 2009/88 (zust *Frischtauf*) = ÖBA 2009, 386 (krit *P. Bydlinski*).
62) *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 386 (388); s auch RGZ 58, 356, wo freilich sogar Kollusion vorlag.
63) Grundlegend *U. Hübner*, Interessenkonflikt 199 ff. *U. Torggler*, Anm zu 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 (273) sieht Insichgeschäfte im Kapitalgesellschaftsrecht überhaupt als Missbrauchsproblem; s auch *Ebner*, Insichgeschäfte 115 ff.
64) Statt aller *P. Bydlinski* in FS Bydlinski 19 (39 f); *Koppensteiner* in FS Bucher 407 (417); *Zehentmayer*, Missbrauch 95 ff; einschränkend *Baumgartner*, RdW 2019, 597 (598).
65) *Apathy* in Schwimann/Kodek⁴ § 1017 Rz 13; *Fleischer*, NZG 2005, 529 (535).
66) Es kann natürlich auch Ausnahmefälle

geben. Verkauft der Vertreter eine Sache des Geschäftsherrn bei einer öffentlichen Versteigerung im Rahmen eines transparenten Verfahrens an seine bestbietende Ehefrau, wird es schon an einer Pflichtverletzung fehlen, vgl *Tito v Waddell* (No. 2) [1977] Ch 106 per Megarry VC.
67) 9 Ob 37/05i; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1009 Rz 25.
68) *Schey*, Obligationsverhältnisse 531 f.
69) *P. Bydlinski* in KBB⁵ § 1009 Rz 2.
70) Vgl *U. Torggler*, ecolx 2009, 920.
71) Vgl statt aller *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht Rz 604; *Frotz/Schörghofer* in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² Rz 33 ff; *Keinert/Keinert-Kisin*, Interessenkonflikte 89 ff; ausf *Burtscher*, Multiorganschaft 28 ff: nur in Ausnahmefällen ist eine Offenlegung des Interessenkonflikts ausreichend.
72) Ausf dazu *Burtscher*, D&O-Versicherung: Gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit und Missbrauch der Vertretungsmacht (in Druck).

Innenverhältnis, wenn der Geschäftsherr dem Geschäft nicht zugestimmt hätte.

Uneinheitlich beurteilt wird die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Pflichtverletzung des Vertreters auf das Außenverhältnis durchschlägt.⁷³⁾ Strittig ist hier, ob dem Dritten erst Kenntnis der Pflichtverletzung⁷⁴⁾ oder schon grob⁷⁵⁾ oder leicht⁷⁶⁾ fahrlässige Unkenntnis der Pflichtverletzung schadet.⁷⁷⁾ Diese Diskussion neu aufzurollen, wäre freilich me nicht zielführend.⁷⁸⁾ Die Palette denkbarer Fallgestaltungen ist so breit, dass sich die Rechtsprechung kaum pauschal auf einen Sorgfaltsmaßstab festlegen wird, um im Einzelfall noch Ermessensspielraum für sachgerechte Lösungen zu haben.

Man kann sich daher an dieser Stelle mit der etwas vergrößernden Formulierung begnügen, dass dem Dritten die Evidenz des Missbrauchs schadet.⁷⁹⁾ Es kommt darauf an, ob das Vertreterhandeln so fragwürdig erscheint, dass sich ein „reasonable man“ nicht auf das Geschäft einlassen würde.⁸⁰⁾ Wo sich dem Dritten die Pflichtverletzung des Vertreters „geradezu aufdrängen“⁸¹⁾ muss, ist er also nicht mehr schützenswert. Dann schlägt der Missbrauch der Vertretungsmacht ins Außenverhältnis durch, sodass der Vertreter im Ergebnis keine Vertretungsmacht hat und das Geschäft schwebend unwirksam ist.⁸²⁾

3.3. Präzisierung für materielle Insichgeschäfte

Die Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht könnte die hier untersuchten Geschäfte mit (echten) Dritten zweifellos sachgerechter lösen als ein rein formales Verständnis des Insichgeschäfts.⁸³⁾ Sie bedarf aber noch einer Präzisierung.

Entscheidend wäre nach allgemeinen „Missbrauchsregeln“, ob für den Dritten

die Pflichtverletzung des Vertreters evident ist. Die Pflichtverletzung des Vertreters liegt aber darin, dass er das Geschäft ohne Zustimmung des Geschäftsherrn (der dem Geschäft natürlich zustimmen könnte!) abschließt. Dass die Zustimmung des Geschäftsherrn fehlt, wird für den Dritten aber häufig gerade dann nicht evident sein, wenn er sich um eine entsprechende Kenntnis nicht bemüht. Daraus könnte man schließen, dass der Vertrag wirksam zustande komme.

Es ist aber zweifelhaft, ob man dem Dritten hier „Vogelstraußpolitik verstaten“ darf.⁸⁴⁾ Schließlich resultiert die Pflichtverletzung des Vertreters materiell aus einer Interessenkollision zum Geschäftsherrn. Daher kann der Dritte nicht ohne weiteres mit einer Zustimmung des Geschäftsherrn rechnen. Vielmehr wird man von ihm verlangen können, dass er sich beim Geschäftsherrn erkundigt, ob dieser mit dem erkennbar verdächtigen Geschäft einverstanden ist.⁸⁵⁾ Der Dritte ist daher mit *U. Hübner* schon dann nicht mehr schützenswert, wenn ihm die Interessenkollision des Vertreters evident ist.⁸⁶⁾ Somit reicht die (angelegte) Gefahr eines Missbrauchs der Vertretungsmacht, damit der Dritte misstrauisch werden muss.⁸⁷⁾ Bezugspunkt der Evidenzprüfung ist der – der eigentlichen Pflichtverletzung vorgelagerte – Interessenkonflikt des Vertreters.

Diese Überlegung lässt sich – wie *P. Bydlinski* herausgearbeitet hat – auch in eine Beweislastregel kleiden. Während grundsätzlich der Geschäftsherr beweisen muss, dass er dem von treuwidrig handelnden Vertreter abgeschlossenen Geschäft nicht zugestimmt hätte,⁸⁸⁾ liegt die Beweislast für die Zustimmung des Geschäftsherrn bei Vorliegen eines evidenten Interessenkonflikts beim Dritten (dazu näher 3.4.3.1.).⁸⁹⁾

Der Dritte wird damit moderat strenger behandelt als in sonstigen Missbrauchsfällen. Das erscheint aber deshalb gerechtfertigt, weil die Interessenkollision für den Dritten ein – im Gegensatz zu sonstigen Pflichtverletzungen des Vertreters – vergleichsweise leicht erkennbarer Umstand ist, der gleichzeitig für den Geschäftsherrn sichtlich besonders schwer wiegt. Es geht nicht darum, dass der Dritte schwer durchschaubare Interna erforschen muss; er darf sich nur bei angelegten Zweifeln am Willen des Geschäftsherrn nicht blind auf dessen Einverständnis verlassen.

Ob man dabei von einer modifizierten Missbrauchslehre oder von einer modifizierten Lehre des (materiellen) Insichgeschäfts spricht, erscheint im praktischen Ergebnis gleichgültig.⁹⁰⁾ Um den Gedanken näher zu konkretisieren, empfiehlt es sich im Folgenden nur, einige typische Fallgruppen herauszuarbeiten, in denen der Interessenkonflikt üblicherweise so stark und evident ist, dass der Dritte strenger zu behandeln ist als beim „einfachen“ Missbrauch der Vertretungsmacht.⁹¹⁾

3.4. Fallgruppen

3.4.1. Familia suspecta

Paradigmatisch dafür sind Geschäfte, die der Vertreter namens des Geschäftsherrn mit nahen Angehörigen abschließt (*familia suspecta*). Ihnen wird sich der Vertreter (wie etwa bei der Doppelvertretung einem weiteren Geschäftsherrn) besonders verbunden fühlen und umgekehrt.

Wegen dieses angelegten Interessenkonflikts liegt es intuitiv nahe, auch solche Geschäfte den Regeln über Insichgeschäfte zu unterwerfen. Die Literatur tut dies daher vielfach ohne weitere Voraussetzungen.⁹²⁾ zumal die Rechtsordnung selbst Geschäften mit nahen Angehörigen mit erheblicher Skepsis begegnet (so in

73) Dazu *P. Bydlinski* in *KBB*⁵ § 1016 Rz 5; *Kodek*, PSR 2019, 56 (58 ff); ausf zulezt auch 6 Ob 35/19v ZfS 2019, 46 (*Karollus*).

74) Bei Kenntnis besteht Einigkeit, dass der Dritte nicht schützenswert ist, RIS-Justiz RS0019576. Es wäre auch abwegig, den Geschäftsherrn an einen Vertrag zu binden, von dem der Dritte weiß, dass er ihn nicht schließen will; *P. Bydlinski* in FS *Bydlinski* 19 (31 ff); *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (694).

75) 4 Ob 2078/96h; 7 Ob 108/97a; 9 Ob 25/08d.

76) *Frotz*, Verkehrsschutz 537; *U. Hübner*, Interessenkonflikt 200.

77) Für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Vollmachten *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 133 f; *Burtscher/Spitzer*, SPRW 2014, 201 (210).

78) Eine ausf Darstellung des Meinungsstands findet sich zuletzt bei 6 Ob 35/19v

ZfS 2019, 46 (*Karollus*).

79) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 202; *Kodek*, PSR 2019, 56 (58); *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil¹¹ § 57 Rz 967; *Zehentmayer*, ZFR 2019, 398 (401). Zum Sonderproblem der Formalvollmachten s noch 3.4.3.2.

80) *Flume*, Rechtsgeschäft⁴ 790; vgl auch *Kodek*, PSR 2019, 56 (58 f).

81) 6 Ob 35/19v ZfS 2019, 46 (*Karollus*).

82) 6 Ob 35/19v ZfS 2019, 46 (zst *Karollus*).

83) *Bork*, Allgemeiner Teil⁴ § 34 Rz 1587 ff; *Flume*, Rechtsgeschäft⁴ 819 f; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil¹¹ § 57 Rz 963; *Schilken* in *Staudinger* (2014) § 181 Rz 43 ff; *Schubert* in *MüKo*, BGB⁸ § 181 Rz 44 ff; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil¹¹ § 49 Rz 124; für Österreich *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 386 (388); *U. Torggler*, *ecolex* 2009, 920; *Ebner*, *Insichgeschäfte* 220 f.

84) *Bauer-Mengelberg*, JW 1931, 2229 (2230).

85) *Bauer-Mengelberg*, JW 1931, 2229 (2230); *U. Hübner*, Interessenkonflikt 203.

86) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 199 ff.

87) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 204.

88) *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (694).

89) *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 386 (388); krit *Festner*, Interessenkonflikte 202.

90) Sowohl bei evidentem Missbrauch (*Schubert* in *MüKo*, BGB⁸ § 164 Rz 227; *Schilken* in *Staudinger* (2014) § 167 Rz 103) als auch bei Annahme eines Insichgeschäfts (dazu 5 Ob 179/09y) fehlt es letztlich an der Vertretungsmacht des „Vertreters“.

91) S schon *Frotz*, Verkehrsschutz 538; *U. Hübner*, Interessenkonflikt 204.

92) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 195 ff; offenlassend für die Privatstiftung aber *Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ § 17 Rz 92c; aA für die Privatstiftung *Csoklich*, ZfS 2006, 97 (100).

§§ 27 ff IO, § 1409 Abs 2 ABGB, § 80 AktG oder § 28 Abs 1 Z 5 BWG).⁹³⁾ Dahinter dürfte auch die Überlegung stehen, dass ein naher Angehöriger häufig nur als „Strohmann“ für den Vertreter agiert und solche Umgehungsgeschäfte ihrem wahren Gehalt entsprechend beurteilt werden sollen.

Freilich können nicht alle Geschäfte mit nahestehenden Dritten schlechthin als Umgehungsgeschäfte desavouiert werden. Fehlt eine Umgehungsabsicht oder lässt sie sich nicht erweisen, kann auch die Ehefrau des Vertreters ein legitimes wirtschaftliches Eigeninteresse an dem Geschäft haben und damit (echte) Dritte sein.⁹⁴⁾ So hält etwa auch der neue § 95a AktG Geschäfte mit nahen Angehörigen von Vorstandsmitgliedern nicht schlechthin für unwirksam, sondern verlangt nur eine Zustimmung des Aufsichtsrats zu diesen Geschäften.⁹⁵⁾

Illustrativ kommt das auch in einer berühmten Entscheidung des englischen Court of Appeal zum Ausdruck. „If the question is asked: ‚Will a sale of trust property by the trustee to his wife be set aside?‘ nobody can answer it without being told more; [...] manifestly there are wives and wives.“⁹⁶⁾ Es ist daher auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, wobei insbesondere die Art des Geschäfts eine Rolle spielen wird. „In one case the trustee may have sold privately to his wife with whom he was living in perfect amity; in another the property may have been knocked down at auction to the trustee’s wife from whom he has been living separate and in enmity for a dozen years. So here one must look at the realities.“⁹⁷⁾

Selbstverständlich muss das österreichische Recht hier nicht dem englischen folgen. Wenn sich aber trotz der schon im Ansatz grundlegend verschiedenen Konzepte der angelsächsischen

agency und des hiesigen Stellvertretungsmodells gleichartige Lösungen für im Wesentlichen gleichartige konkrete Sachprobleme herauskristallisieren, dürfte das ein Indiz für ihre Richtigkeit sein.

Man wird daher Geschäfte mit nahen Angehörigen nicht schlechthin als unwirksam qualifizieren können. Vielmehr muss es nach dem bisher Gesagten auf die Evidenz des Interessenkonflikts ankommen.⁹⁸⁾ Es erscheint aber mit Blick auf das Naheverhältnis zwischen Vertreter und Angehörigem sachgerecht, den nahen Angehörigen – wie beim formellen Insichgeschäft – die Beweislast dafür tragen zu lassen, dass kein Interessenkonflikt besteht oder der Interessenkonflikt für ihn nicht evident war. Ein Vorbild dafür gibt es auch in § 1409 Abs 2 ABGB, wonach ein naher Angehöriger beim Erwerb eines Vermögens beweisen muss, dass ihm die Schulden des Übergebers nicht bekannt sein mussten.⁹⁹⁾

3.4.2. Nahestehende Gesellschaften

Die Rechtsprechung beschäftigt haben schließlich Geschäfte, die der Vertreter namens des Geschäftsherrn mit einer ihm nahestehenden Gesellschaft abschließt. Dabei sieht der OGH einen Interessenkonflikt nicht nur bei Geschäften mit einer im Alleineigentum des Vertreters stehenden Gesellschaft (dazu schon 2.3.),¹⁰⁰⁾ sondern schon bei geringerer Beteiligung des Vertreters. Das zeigt sich in 4 Ob 71/00w, wo der Geschäftsführer einer GmbH namens dieser GmbH Forschungsaufträge an eine Gesellschaft vergeben hatte, an der er zu 49% (mittelbar) beteiligt war. Der OGH wendet auch hier – wegen der gleichartigen Interessenkollision – die Regeln über Insichgeschäfte an.¹⁰¹⁾

Das Schrifttum hat sich dem überwiegend angeschlossen, wobei für die konkrete Abgrenzung „nahestehender“

Gesellschaften teilweise auf § 5 EKEG verwiesen¹⁰²⁾ oder eine beherrschende Stellung¹⁰³⁾ des Vertreters verlangt wird. Freilich kann ein Interessenkonflikt schon bei erheblich geringerer Beteiligung auftreten.¹⁰⁴⁾ *U. Torggler* lässt es daher zurecht genügen, dass der Vertreter an der nahestehenden Gesellschaft mit einer höheren Quote beteiligt ist als an der von ihm vertretenen Gesellschaft.¹⁰⁵⁾

Dieser Interessenkonflikt allein begründet aber noch nicht die Unwirksamkeit des Geschäfts;¹⁰⁶⁾ vielmehr genießt auch die nahestehende Gesellschaft Verkehrsschutz. So begnügt sich auch der OGH in 4 Ob 71/00w nicht damit, dass sich der Vertreter wegen seiner Beteiligung an der nahestehenden Gesellschaft in einer Interessenkollision befindet. Vielmehr hebt er hervor, dass diese Interessenkollision für den Geschäftsführer der nahestehenden Gesellschaft im konkreten Fall auch „evident“ war, weil dieser die nahestehende Gesellschaft gemeinsam mit dem Vertreter gegründet hatte, um mit der Geschäftsherrin ins Geschäft zu kommen.

Maßgebend für die Behandlung der Transaktion als materielles Insichgeschäft ist also wiederum die Evidenz des Interessenkonflikts für den Dritten.¹⁰⁷⁾ Daran kann es in vielen Fällen fehlen. Vergibt etwa der Vertreter einer GmbH einen lukrativen Auftrag an eine Aktiengesellschaft, an der er beteiligt ist, um den Aktienkurs zu steigern, ist das Geschäft wirksam, wenn die Vertreter der Aktiengesellschaft vom Eigeninteresse des befangenen Vertreters nicht wissen mussten.

Das entspricht im Übrigen auch wieder weitgehend dem englischen Recht, das zur Lösung dieser Fälle auf ein ausgeklügeltes Beweislastsystem zurückgreift: Der Geschäftsherr muss den Interessenkonflikt beweisen, während die nahestehende

93) Dazu und zu weiteren Bestimmungen *Ebner*, Insichgeschäfte 208 ff.

94) Vgl *Festner*, Interessenkonflikte 202 f.

95) Vgl aber *Kalss* in MüKo, AktG⁵ § 112 Rz 41; *Zollner/Dollenz*, Related Party Transactions – alte und neue Anforderungen an den Aufsichtsrat (Teil I), AR aktuell 2016, 10 (11 f), die solche Geschäfte vielfach § 97 AktG unterstellen wollen, sodass dem Vorstand hier sogar die Vertretungsmacht fehle.

96) *Tito v Waddell* (No. 2) [1977] Ch 106 per Megarry VC; dazu *Festner*, Interessenkonflikte 197 f.

97) *Tito v Waddell* (No. 2) [1977] Ch 106 per Megarry VC.

98) Darauf stellt letztlich auch *U. Hübner*, Interessenkonflikt 192 ab.

99) Vgl *Ebner*, Insichgeschäfte 228, die freilich für die konkrete Abgrenzung des betroffenen Personenkreises auf § 80 AktG abstellt (209 f). Diese Bestimmung ist sehr eng und erfasst nur Geschäfte mit dem Ehegatten und minderjährigen

Kindern des Vorstandsmitglieds. Ein erheblicher Interessenkonflikt kann aber schon bei deutlich entfernterem Verwandtschaftsverhältnis vorliegen. Ein enges Verständnis des Angehörigenbegriffs passt auch nicht zum weitergehenden Zugang der Rechtsprechung bei Geschäften mit nahestehenden Gesellschaften (dazu sogleich 3.4.2.), sodass eine Orientierung an § 1409 sachgerechter erscheint; krit aber für das Aktienrecht *Lutter*, Nochmal: Die geplante europäische Gesetzgebung zu „related party transactions“, EuZW 2014, 687 (687 f).

100) 2 Ob 52/16k.

101) 4 Ob 71/00w; *Apathy* in Schwimann/Kodek⁴ § 1009 Rz 14; *Koppensteiner/Riöffler*, GmbHG³ § 20 Rz 23.

102) *Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ § 17 Rz 92a; *Reich-Rohrwig* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 159; *Schereda*, RWZ 2015, 72 (74); krit *U. Torggler*, *ecolex* 2009, 920 (922).

103) *Briem*, ZUS 2012, 60 (64). Auch die

Rechnungslegungsstandards IAS 24.9, an denen sich § 95a AktG orientiert, verlangen beherrschenden oder maßgeblichen Einfluss. Das mag für das Rechnungslegungsrecht stimmig sein, erscheint aber für die Frage nach der Pflicht zur Vorlage an den Aufsichtsrat aus teleologischer Sicht zu großzügig. Zur Auslegung des § 95a AktG s schon 3.2.

104) *Ebner*, Insichgeschäfte 215 f; vgl auch *Lennarts*, GesRZ-Sonderheft 2005, 41 (44).

105) *U. Torggler*, *ecolex* 2009, 920 (922) mit *Blick* auf § 24 GmbHG; ihm folgend *Ebner*, Insichgeschäfte 213 ff; im Ansatz auch *Felll/Told* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 117, die freilich zusätzlich eine wirtschaftliche Kontrolle verlangen.

106) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 192 ff; *Festner*, Interessenkonflikt 198.

107) Vgl auch *Festner*, Interessenkonflikte 198.

Gesellschaft den Gegenbeweis führen kann, dass ihr dieser Interessenkonflikt nicht erkennbar war („fairness“)¹⁰⁸) oder der Geschäftsherr dennoch zugestimmt hätte. Die Anforderungen an die Beweisführung des Geschäftsherrn sind somit etwas höher als bei Geschäften mit dessen nahen Angehörigen, was sachgerecht erscheint.¹⁰⁹)

3.4.3. Besicherung eigener Schulden

Bislang hat sich also gezeigt, dass ein dem Vertreter „nahestehender“ Dritter nicht mehr schützenswert ist, wenn der (materielle) Interessenkonflikt des Vertreters für ihn evident ist. Völlig konträr entscheidet der OGH bei Geschäften mit „unabhängigen“ Dritten. Freilich sind Interessenkollisionen hier genauso denkbar: zwar nicht mit Blick auf die beteiligten Personen, aber mit Blick auf die Art des Geschäfts.

3.4.3.1. Kritik der Rechtsprechung

Ein anschauliches Beispiel dafür bietet die Besicherung eigener Schulden des Vertreters.¹¹⁰) So verpfändete in der schon mehrfach angesprochenen Entscheidung 5 Ob 153/08y der Vertreter eine Liegenschaft seiner (mit ihm verwandten) Geschäftsherrin zur Besicherung einer eigenen Schuld an eine Bank.

Der OGH hält die Pfandbestellung für wirksam. Zwar bestehe eine „Kollisionen nahegelegene Handlungsweise und eine Schädigungsgefahr für die Liegenschaftseigentümerin“. Dennoch sei die Interessenlage nicht der eines Insichgeschäfts gleichartig, weil das Vertreterhandeln „*„zwar Wirkungen für den Vertretenen und den Dritten [erzeuge], nicht aber für den Vertreter selbst.“*“ Der Vertreter verfüge

„selbst bei einer evidenten Schädigungsgefahr“ über ausreichende Vertretungsmacht.¹¹¹)

In dieser Entscheidung wirken die Reste jenes „buchstabengetreuen Ordnungsdenkens“¹¹²) fort, das der OGH an allen anderen Stellen längst aufgegeben hat. Erkennt man eine „evidente Schädigungsgefahr“ für den Geschäftsherrn, kann man sich aber nicht damit begnügen, dass das Geschäft „nicht für den Vertreter selbst“ wirke. Auch die Doppelvertretung wirkt etwa nicht für den Vertreter selbst, ist aber wegen ihres Gefährdungspotenzials für den Geschäftsherrn zweifellos unwirksam.

Legt man die bislang erarbeiteten Maßstäbe an, muss die Besicherung eigener Schulden des Vertreters daher grundsätzlich unwirksam sein. Wo, wenn nicht hier, befindet er sich nämlich in einem für den Dritten (den Gläubiger) evidenten Interessenkonflikt?¹¹³) Dabei kann man sich auch nicht darauf zurückziehen, dass eine Pfandbestellung für die Schuld eines nahen Verwandten nicht ungewöhnlich sei.¹¹⁴) Es macht nämlich einen gravierenden Unterschied, ob der Pfandbesteller oder der Schuldner selbst (als Vertreter des Pfandbestellers) die Pfandbestellung vornimmt.¹¹⁵)

Hier darf sich der Dritte daher nicht, wie es noch das Reichsgericht für ausreichend hielt,¹¹⁶) mit einer Auskunfts des Vertreters begnügen. Da das Geschäft schon auf den ersten Blick „verdächtig“¹¹⁷) ist, muss er vielmehr beim Geschäftsherrn nachfragen, ob dieser mit dem Geschäft einverstanden ist.¹¹⁸) Ist der Geschäftsherr einverstanden, ist das Geschäft ohnehin gültig. Die Beweislast dafür trägt aber mit *P. Bydliński* der

Dritte:¹¹⁹) Bestehen wegen des evidenten Interessenkonflikts Zweifel am Willen des Geschäftsherrn, liegt es nämlich an ihm, diese Zweifel auszuräumen.¹²⁰)

Damit hätte sich auch 1 Ob 576/85 sachgerecht lösen lassen. Dort gab ein Gesellschafter einer OG namens der OG eine Bürgschaftserklärung zur Besicherung eines Privatkredits ab. Der OGH hielt den Bürgschaftsvertrag für wirksam, weil nicht feststehe, dass der Vertreter gegen Pflichten im Innenverhältnis verstoßen habe. Es sei denkbar, dass die Geschäftsherrin (die OG) mit der Bürgschaftserklärung einverstanden sei.¹²¹) Nach der hier vertretenen Ansicht wäre es hingegen Sache des Dritten gewesen, dieses – nicht zu vermutende – Einverständnis nachzuweisen.

3.4.3.2. Problem der Formalvollmacht

Diese letzte Entscheidung wirft freilich ein weiteres Spezialproblem auf, das hier stellvertretend für alle Geschäfte mit Dritten untersucht werden soll:¹²²) Der Gesellschafter einer OG verfügt ebenso wie die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften über eine inhaltlich nicht beschränkbare Formalvollmacht.

Hier ist der Dritte im Allgemeinen besonders geschützt. Er darf sich auf die Vertretungsmacht seines Gegenübers verlassen und muss keine Nachforschungen über schwer durchschaubare Interna anstellen.¹²³) Ihm schadet daher erst Kenntnis von der Pflichtverletzung des Vertreters.¹²⁴)

Dieser Maßstab wird aber bei „verdächtigen“ Geschäften modifiziert. Hier treffen den Dritten nach der Judikatur auch bei Formalvollmachten Nachforschungsobliegenheiten.¹²⁵) Praktisch be-

108) Dazu *Festner*, Interessenkonflikte 199 ff.

109) Bei Geschäften mit „unabhängigen“ Dritten müsste der Geschäftsführer grundsätzlich auch die Evidenz des Interessenkonflikts nachweisen. Dieser Beweis wird dem Dritten freilich bei bestimmten Arten von Geschäften gelingen, dazu 3.5. Dann liegt die Beweislast dafür, dass der Geschäftsherr dem Geschäft dennoch zugestimmt hätte, beim Dritten, s 3.3.

110) Vgl dazu auch *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 171.

111) 5 Ob 153/08y immolex 2009/88 (zust *Frischauf*) = ÖBA 2009, 386 (krit *P. Bydliński*); *Eckert* in U. Torggler, UGB³ (2019) § 125 Rz 16; s auch 1 Ob 576/85 SZ 58/123; s zu einer Bürgschaft auch RGZ 71, 219; *Schilken* in Staudinger (2014) § 181 Rz 43. In Deutschland wird sogar eine Schuldübernahme, die der Vertreter namens des Geschäftsherrn zur Übernahme einer eigenen Schuld gegenüber dem Gläubiger erklärt, für wirksam gehalten, *Schilken* in Staudinger (2014) § 181 Rz 43 mwN; krit *Bauer-Mengelberg*, JW 1931, 2229; *Ebner*, Insichgeschäfte 218.

112) *Blomeyer*, AcP 172, 1 (16); krit schon *P. Bydliński*, ÖBA 2009, 386 (387).

113) *Bauer-Mengelberg*, JW 1931, 2229 (2230). Das Schweizer Bundesgericht hielt etwa die Wirksamkeit einer vom Geschäftsführer einer GmbH namens der GmbH erklärten Bürgschaft zur Besicherung einer Schuld des Geschäftsführers für so unerträglich, dass es in der Bürgschaft schlicht ein zweckwidriges Geschäft sah; krit *Bucher* in FS Bürgi 39 (51 ff).

114) 5 Ob 153/08y immolex 2009/88 (zust *Frischauf*) = ÖBA 2009, 386 (krit *P. Bydliński*); s auch RGZ 71, 219.

115) *P. Bydliński*, ÖBA 2009, 386 (388); s schon *U. Hübner*, Interessenkonflikt 203; *U. Torggler*, ecoplex 2009, 920 (922).

116) RGZ 71, 219.

117) *Hoeniger*, DJZ 1910, 1347 (1347 f).

118) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 203; vgl auch BGH VIII ZR 67/72 BeckRS 1973, 31125626; BGH VIII ZR 149/74 BeckRS 1976, 31122288.

119) *P. Bydliński*, ÖBA 2009, 386 (388).

120) Vgl auch *U. Hübner*, Interessenkonflikt 186 ff, wonach der Nachweis eines interessengerechten Geschäfts ausreicht.

Dann wird freilich vielfach schon kein evidenter Interessenkonflikt bestehen.

121) 1 Ob 576/85 SZ 58/123.

122) Die hier angestellten Überlegungen können daher auch auf Geschäfte mit nahen Angehörigen oder nahestehenden Gesellschaften (dazu 3.4.1. und 3.4.2.) übertragen werden.

123) *P. Bydliński* in FS Bydliński 19 (43); *Koppensteiner* in FS Bucher 407 (413); *Zehentmayer*, Missbrauch 91 mwN; s auch *Burtscher/Spitzer*, SPRW 2014, 201 (210).

124) Vgl statt aller *P. Bydliński* in FS Bydliński 19 (43); *Perner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1007 Rz 4. Auf Beweislastebene soll freilich Evidenz ausreichend sein, vgl dazu auch *Kodek*, PSR 2019, 56 (58); *Karollus*, ZfS 2019, 46 (57).

125) 1 Ob 576/85; 6 Ob 1731/95; 8 Ob 6/00s, wo freilich jeweils keine Nachforschungsobliegenheiten angenommen wurden; BGH VIII ZR 186/79 BeckRS 1980, 31076411; aA aber *Zehentmayer*, Missbrauch 88 ff; s auch *Giesen*, Organhandeln 89.

deutsamstes Beispiel dafür sind Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.¹²⁶⁾ Unwirksam wäre demnach etwa die Bestellung einer Sicherheit aus dem Gesellschaftsvermögen zur Besicherung eines Privatkredits eines Gesellschafters, wenn und weil die Pflichtverletzung des Vertreters für den Dritten hier evident ist. Dann muss aber die Bestellung einer Sicherheit zur Besicherung eines Privatkredits des Geschäftsleiters umso mehr unwirksam sein. Hier besteht für den Dritten ja ein noch deutlicheres Warnsignal, weil das Geschäft leichter zu durchschauen ist.

Der Dritte darf nicht mit einer Genehmigung des „verdächtigen“ Geschäfts rechnen, weil solche Geschäfte typischerweise nicht im Interesse des Geschäftsherrn liegen. Gleichzeitig wiegt die Interessenkollision des Vertreters für den Geschäftsherrn sichtlich besonders schwer, weil seine Interessen hier besonders stark gefährdet sind.¹²⁷⁾ Der Dritte darf sich also nicht blind auf die Formalvollmacht verlassen, sondern muss sich beim Geschäftsherrn erkundigen, ob dieser mit dem Geschäft einverstanden ist.

Wenn man sich dabei am Begriff der Erkundigungsobliegenheit stößt,¹²⁸⁾ kann man auch bei Formalvollmachten auf die von *P. Bydlinski* für einfache Vollmachten entwickelte Lösung auf Beweislastebene zurückgreifen. Wenn das Geschäft wegen eines evidenten Interessenkonflikts verdächtig ist und mit einer Zustimmung des Geschäftsherrn nicht zu rechnen ist, muss der Dritte beweisen, dass der Geschäftsherr dem Geschäft dennoch zugestimmt hätte.¹²⁹⁾

3.4.3.3. Fälle fehlender Evidenz

Eine unerträgliche Belastung des Dritten dürfte damit nicht verbunden sein, weil ihm nur evidente Interessenkonflikte zur Last fallen. Das zeigt 2 Ob 601/94, wo der Vertreter wiederum eine Liegenschaft seiner Geschäftsherrin an eine Bank verpfändet hatte. Besichert wurde damit aber dieses Mal kein Privatkredit des Vertreters, sondern der Kredit einer

GmbH, den der Vertreter namens dieser GmbH bei der Bank aufgenommen hatte.

Hier ist ein etwaiger Interessenkonflikt beim Vertreter für die Bank nicht evident, weil die Bestellung eines Pfandrechts für die Schuld eines Dritten nicht typischerweise gerade im Interesse des Vertreters liegt. Daher ist mit dem OGH die Pfandbestellung wirksam, was einen verallgemeinerungsfähigen Gedanken erkennen lässt: Wird der Vertreter gleichzeitig für zwei Geschäftsherrn (etwa im Rahmen eines schwer zu durchschauenden Firmengeflechts) tätig, ist der Interessenkonflikt beim Vertreter in der Regel nicht evident und das Geschäft (trotz der grundsätzlichen Gleichbehandlung der Doppelvertretung mit dem Selbstkontrahieren) wirksam.¹³⁰⁾

Davon gehen im Übrigen auch wieder die englischen Gerichte aus. In *Hambro v Burnand* schloss der Vertreter namens des Geschäftsherrn einen Garantievertrag zur Besicherung der Schuld einer Gesellschaft ab, deren *director* er war. Der Court of Appeal hielt den Garantievertrag für wirksam, weil die Garantiebegünstigte nicht über den Interessenkonflikt des Vertreters Bescheid wissen musste; Nachforschungsobliegenheiten bestünden nicht.¹³¹⁾ Das entspricht dem hier vertretenen Ansatz, der den Dritten somit nicht zur Erforschung schwer durchschaubarer Interessenlagen zwingt.

3.4.4. Verträge zugunsten des Vertreters

Der Dritte darf aber bei evidenten materiellen Interessenkonflikten nicht die Augen verschließen. Ein weiteres Paradebeispiel dafür sind Fälle, in denen der Vertreter namens und auf Kosten des Geschäftsherrn mit dem Dritten einen Vertrag zu seinen eigenen Gunsten abschließt.

Dennoch nehmen die Gerichte auch hier eine ganz formale Haltung ein, wie 9 ObA 136/99m zeigt. Dort schloss der Geschäftsführer einer GmbH namens und auf Rechnung dieser GmbH eine „Rückdeckungsversicherung“ ab. Nutznießer des Versicherungsvertrags war der

Geschäftsführer selbst, weil er durch die Versicherung seine Pensionsansprüche gegenüber der GmbH absicherte. Der OGH hält den Vertrag dennoch für wirksam, weil weder Selbstkontrahieren noch Doppelvertretung vorliege.¹³²⁾ Gleich entscheidet das OLG Hamm, das auch den Abschluss einer Lebensversicherung auf Kosten einer Gesellschaft durch ihren Geschäftsleiter zu dessen Gunsten für unbedenklich hält.¹³³⁾

Diese Entscheidung hat bereits *U. Hübner* zurecht kritisiert: Ein Vertrag zugunsten des Vertreters verkörpere geradezu den „Prototyp evidenten potentiellen Machtmißbrauchs zum eigenen Vorteil des Vertreters“.¹³⁴⁾ Der Dritte darf nicht ohne weiteres damit rechnen, dass der Geschäftsherr die Kosten für ein Geschäft tragen will, das ausschließlich den Vertreter begünstigt. Er darf sich hier also nicht blind auf dessen (Formal-)Vollmacht verlassen.

Nicht unproblematisch ist vor diesem Hintergrund auch der Abschluss einer D&O-Versicherung durch einen Geschäftsleiter.¹³⁵⁾ Schließlich ist auch die D&O-Versicherung ein Vertrag zugunsten des Geschäftsleiters, weil sich dieser auf Kosten der Gesellschaft selbst versichert.¹³⁶⁾ Auch der OGH sieht hier in einer rezenten Entscheidung – anders als noch in seiner Entscheidung zur Rückdeckungsversicherung – die Nähe zum Insichgeschäft sehr wohl. Er hält den Versicherungsvertrag dennoch für wirksam, weil der Abschluss der D&O-Versicherung kein Privatgeschäft des Geschäftsleiters sei, sondern im Zusammenhang mit seiner Organfunktion stehe.¹³⁷⁾

Damit dürfte gemeint sein, dass der Geschäftsleiter eine D&O-Versicherung nicht ausschließlich im Eigeninteresse, sondern auch im Gesellschaftsinteresse abschließt.¹³⁸⁾ Damit ist die D&O-Versicherung nicht gerade der „Prototyp eines verdächtigen Geschäfts“. Es ist also – anders als etwa bei Abschluss einer Lebensversicherung auf Kosten der Gesellschaft – nicht abwegig, dass die Gesellschaft (durch das zuständige Organ)¹³⁹⁾ diesem völlig marktüblichen

126) RIS-Justiz RS0105536: schaden soll dem Dritten dabei grobe Fahrlässigkeit; aA *Zehentmayer*, Missbrauch 88 ff, 157 ff.

127) So im Ergebnis auch *U. Hübner*, Interessenkonflikt 232.

128) So *Zehentmayer*, Missbrauch 88 ff; *ders.*, ZFR 2019, 398 (401).

129) *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 386 (388): Dieser Ansatz wird freilich zu ganz ähnlichen Ergebnissen führen wie die Annahme von Nachforschungsobliegenheiten; krit *Festner*, Interessenkonflikte 202.

130) So schon *U. Hübner*, Interessenkonflikt 203.

131) *Hambro v Burnand* [1904] 2 K.B. 399;

dazu *Festner*, Interessenkonflikte 206 ff. 132) 9 ObA 136/99m; krit *U. Torggler*, *ecolex* 2009, 920 (922).

133) OLG Hamm BB 1956, 900.

134) *U. Hübner*, Interessenkonflikt 209; s auch *U. Torggler*, *ecolex* 2009, 920 (922).

135) *Briem*, ZUS 2012, 60 (64); *Ebner*, *Insichgeschäfte* 222; *Hochedlinger*, *ecolex* 2008, 143 (145).

136) *Ramharter*, D&O-Versicherung Rz 2/13 ff.

137) 8 Ob 35/18t GesRZ 2018, 187 (*Csoklich*) = RWZ 2018, 284 (*Wenger*) = ZFR 2018/189 (*Hafner*) = ZfS 2018, 48 (*Kepplinger*).

138) Dazu ausf *Burtscher*, D&O-Versicherung: Gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit und Missbrauch der Vertretungsmacht (in Druck).

139) Zur internen Zuständigkeitsverteilung bei Abschluss der D&O-Versicherung statt aller *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (55 f); *Hafner/Perner*, ZFR 2018, 368 (370 f); *Burtscher*, D&O-Versicherung: Gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit und Missbrauch der Vertretungsmacht (in Druck).

Geschäft zustimmen wird. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme des OGH, dass die Formalvollmacht den Vertragsabschluss deckt, legitim.¹⁴⁰⁾ Unwirksam wäre das Geschäft demnach nur, wenn der Versicherer positive Kenntnis von der fehlenden Zustimmung des zuständigen Organs hätte.¹⁴¹⁾

3.5. Grenzen des materiellen Insichgeschäfts

Das Beispiel der D&O-Versicherung zeigt freilich, dass die Grenzen des materiellen Insichgeschäfts bei Geschäften mit Dritten verschwimmen. Das verdeutlicht auch 6 Ob 35/19v,¹⁴²⁾ wo zwei Stiftungsvorstände namens und auf Rechnung der Privatstiftung einen Anwalt damit beauftragten, Missstände in dieser Privatstiftung aufzuklären. Daran hatten sie auch ein ausgeprägtes Eigeninteresse, weil sie eine persönliche Haftung für die unter ihrer Ägide erfolgten Malversationen befürchteten.

Es stellt sich die Frage, ob dieses – für den Dritten im Anlassfall auch evidente – Eigeninteresse ausreicht, um dem Dritten Nachforschungsobliegenheiten aufzuerlegen. Dazu musste der OGH im Anlassfall nicht Stellung nehmen, weil der Dritte (der beauftragte Anwalt) im konkreten Fall sogar positiv wusste, dass die Stiftungsvorstände interne Zuständigkeitsregeln missachtet hatten. Im Allgemeinen wird man aber nicht schon immer dann von einem materiellen Insichgeschäft ausgehen können, wenn der Vertreter auch ein Eigeninteresse am Geschäftsabschluss hat.¹⁴³⁾ Ist das Geschäft geeignet, sowohl den Interessen des Vertreters als auch jenen des Geschäftsherrn zu dienen, muss der Dritte die Zustimmung des Geschäftsherrn nicht für schlechthin unwahrscheinlich halten.¹⁴⁴⁾

Damit tun sich durchaus schwierige Abgrenzungsfragen auf, was aber nicht gegen den hier vorgeschlagenen Ansatz spricht. Trennscharfe Abgrenzungen sind

ja nie möglich, weil die hier untersuchten Fallgruppen unter dem Aspekt des Missbrauchs der Vertretungsmacht ohnehin immer einer differenzierten Beurteilung im Einzelfall bedürfen. Der Rechtssicherheit dienlicher dürfte es daher sein, wenn man – wie hier – gewisse Fallgruppen verdächtiger Geschäfte herausarbeitet, bei denen der Dritte typischerweise misstrauisch werden muss, weil er nicht mit der Zustimmung des Geschäftsherrn zum Geschäft rechnen darf.¹⁴⁵⁾ Damit erhält das materielle Insichgeschäft eine schärfere Kontur, während die genaue Abgrenzung der Rechtsprechung im Einzelfall überlassen bleiben muss.

4. Schadenersatzansprüche

Liegt ein materielles Insichgeschäft vor, fehlt es dem „Vertreter“ an Vertretungsmacht, sodass der Vertrag mit dem Dritten nicht wirksam zustande kommt. Bereits Geleistetes ist daher bereicherungsrechtlich zurückzustellen (§ 1431 ABGB).¹⁴⁶⁾ Es stellt sich dann noch die Frage, ob der Dritte Schadenersatzansprüche gegen den Vertreter und allenfalls auch gegen den Geschäftsherrn (wegen eines zugerechneten Verschuldens des Vertreters) hat.

In Betracht kommt dabei nur ein Ersatz des Vertrauensschadens (§ 1019 ABGB), weil bei pflichtgemäßem Verhalten des Vertreters der Vertrag gerade nicht zustande gekommen wäre. Freilich ist ein Ersatz des Vertrauensschadens ausgeschlossen, wenn der Dritte Kenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht hatte.¹⁴⁷⁾ Der Dritte hat also keine Ersatzansprüche, wenn er weiß, dass der Geschäftsherr das in Aussicht genommene Geschäft nicht abschließen will. Ist dem Dritten die fehlende Zustimmung des Geschäftsherrn wegen Fahrlässigkeit nicht bekannt, kommt es hingegen nach hA zur Schadensteilung gem § 1304 ABGB.¹⁴⁸⁾

Gleichsam in der Mitte liegen die hier interessierenden Fälle, in denen die Pflichtverletzung für den Dritten evident ist und der Vertrag mit ihm deshalb nicht zustande kommt. Hier ist die Ungültigkeit des Geschäfts und damit auch der Schaden des Dritten auf dessen fehlende Schutzwürdigkeit zurückzuführen, was nach *Koziol* zumindest Ersatzansprüchen gegen den Geschäftsherrn entgegensteht.¹⁴⁹⁾ Eine tragfähige Begründung für dieses plausible Ergebnis sieht er insbesondere darin, dass die Pflichtverletzung des Vertreters für den Dritten ohnehin evident sei, sodass der Geschäftsherr dem Dritten keine Aufklärung über die internen Befugnisse des Vertreters schulde.¹⁵⁰⁾ Fehlt es an einer entsprechenden Aufklärungspflicht des Geschäftsherrn, kann ihm auch das Verhalten des Vertreters nicht zugerechnet werden, sodass der Geschäftsherr dem Dritten nicht haftet.¹⁵¹⁾

Folgt man diesem Ansatz, spricht viel dafür, dass der Dritte auch in den hier interessierenden Fällen keine Ersatzansprüche hat. Zwar ist für ihn häufig nicht die Pflichtverletzung des Vertreters, sondern nur der Interessenkonflikt beim Vertreter evident (dazu 3.3.). Das dürfte aber keinen Unterschied machen: Der Dritte ist nicht schützenswert, weil er nicht auf die (bei evidenten Interessenkonflikten nicht zu vermutende) Zustimmung des Geschäftsherrn vertrauen darf.

Während damit eine schadenersatzrechtliche Zurechnung des Vertreters an den Geschäftsherrn ausscheiden dürfte, ist noch nicht über (anteilige) Ersatzansprüche gegen den Vertreter selbst entschieden. Dieser Aspekt bedürfte vielmehr einer näheren Untersuchung. Es wäre aber zumindest denkbar, dass den Vertreter eigene quasi-vertragliche Aufklärungspflichten gegenüber dem Dritten treffen.¹⁵²⁾ Davon gehen Lehre und Rechtsprechung nämlich insbesondere bei Verfolgung eines ausgeprägten wirtschaftlichen Eigeninteresses am Zu-

140) Ausf *Burtscher*, D&O-Versicherung: Gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit und Missbrauch der Vertretungsmacht (in Druck). Weil auch die gegenteilige Ansicht vertretbar ist, ist dem Versicherer freilich anzuraten, die Genehmigung des zuständigen Organs zum Abschluss des Versicherungsvertrags einzuholen.

141) Zur Beweiserleichterung wird vielfach darauf abgestellt, ob die fehlende Zustimmung „evident“ ist, dazu schon 3.2.

142) Dazu ausf *Kodek*, PSR 2019, 56 (56 ff); *Zehentmayer*, ZFR 2019, 398.

143) In diese Richtung aber *Hoeniger*, DJZ 1910, 1347 (1348).

144) Vgl auch *Canaris*, Bankvertragsrecht³ Rz 171; BGH WM 1958, 871.

145) *Frotz*, Verkehrsschutz 538; *U. Hübner*, Interessenkonflikt 204. Man kann auch sagen, dass dem Geschäftsherrn in diesen

Fällen der Beweis eines für den Dritten evidenten Interessenkonflikts regelmäßig gelingt.

146) Vgl dazu auch 6 Ob 35/19v ZfS 2019, 46 (*Karollus*).

147) *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1019 Rz 3 mwN; *Welser*, Vertretung 151; vgl auch die ausdrückliche Anordnung in § 179 Abs 3 BGB.

148) *Apathy* in *Schwimm/Kodek*⁴ § 1019 Rz 5; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1019 Rz 3; *Welser*, Vertretung 153 ff.

149) *Koziol*, Zurechnung Rz 119.

150) *Koziol*, Zurechnung Rz 119. Damit vergleichbar ist die Diskussion zur fehlenden Aufklärungspflicht bei erkennbarer Unmöglichkeit des Vertrags, dazu *Bollenberger* in *KBB*⁵ § 878 Rz 7 mwN.

151) Geht man hingegen von einer Auf-

klärungspflicht des Geschäftsherrn aus, stellt sich die schwierige Frage, ob das Verhalten des Scheinvertreters dem Geschäftsherrn noch zugerechnet werden kann oder ob es nur „anlässlich“ der Pflichterfüllung gesetzt wurde; zu dieser „abstrakt kaum zu ziehen[den]“ Grenze *Welser*, Vertretung 107 und für die Zurechnung von Organen ausf *Burtscher*, Multiorganschaft 61 ff, 144 ff. Während grundsätzlich eine Zurechnung vorsätzlicher Handlungen nicht ausgeschlossen ist, spricht hier gegen eine Zurechnung des „Vertreters“ und damit eine Risikozuweisung an den Geschäftsherrn, dass die Pflichtverletzung des Vertreters für den Dritten evident ist.

152) Vgl *Karollus*, ZfS 2019, 46 (57).

standekommen des Vertrags aus.¹⁵³⁾ Das könnte in den hier interessierenden Fällen, in denen der Vertreter am Geschäft mit dem Dritten ein erhebliches Eigeninteresse hat, für (anteilige) Ersatzansprüche des Dritten gegen den Vertreter sprechen.

5. Fazit

Die Untersuchung hat damit folgende Ergebnisse gebracht:

1. Während der OGH die Regeln über Insichgeschäfte lange nur auf formelle Insichgeschäfte anwendete, wählt er seit geraumer Zeit einen materiellen Zugang.
2. Auch Geschäfte unter Beteiligung eines Eigen- oder Unterbevollmächtigten oder eines „Strohmanns“ sind daher wie Insichgeschäfte zu behandeln. Dasselbe gilt für Geschäfte mit im Alleineigentum des Vertreters stehenden Gesellschaften.
3. Unwirksam sind schließlich Geschäfte mit nahen Angehörigen des Vertreters, wenn diesen die Interessenkollision des Vertreters evident ist. Gleiches gilt für Geschäfte mit nahestehenden Gesellschaften.
4. Bislang schreckt die Rechtsprechung aber vor dem letzten Schritt zurück und hält Geschäfte mit unabhängigen Dritten auch bei evidenten Interessenkollisionen für wirksam. Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass diese Position nicht aufrechterhalten werden kann. Ist dem Dritten der Interessenkonflikt des Vertreters evident, darf er sich nicht auf dessen (auch organschaftliche) Vertretungsmacht verlassen. Der Vertrag mit dem Dritten kommt daher grundsätzlich nicht zustande.
5. In allen Fällen steht dem Dritten aber der Beweis offen, dass der Geschäftsherr den Vertrag trotz des Interessenkonflikts abgeschlossen hätte.
6. Bei Unwirksamkeit des Geschäfts hat der Dritte keinen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gegen den Geschäftsherrn; denkbar sind aber (anteilige) Ersatzansprüche gegen den „Vertreter“.

6. Literaturverzeichnis

Aicher / Torggler U., Insichgeschäfte des GmbH-Alleingesellschafters nach dem EU-GesRÄG, GesRZ 1996, 197.

Arnold, Privatstiftungsgesetz – Kommentar³ (2013).

Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht (2017).

Baumgartner, Die Abstraktheit der Vollmacht iS des § 1017 S 3 ABGB als Grundlage für den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht im Privatrecht, JBl 2018, 681.

Blomeyer, Die teleologische Korrektur des § 181 BGB, AcP 172 (1972) 1.

Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs⁴ (2016).

Briem, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 60.

Bucher, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, FS Bürgi (1971) 39.

Burtscher, D&O-Versicherung: Gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit und Missbrauch der Vertretungsmacht (in Druck).

Burtscher, Haftung bei Multiorganschaft (2019).

Burtscher / Spitzer, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201.

Bydlinski P., Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil⁸ (2018).

Bydlinski P., Der sogenannte „Mißbrauch“ unbeschränkbarer Vertretungsmacht, FS Bydlinski (2002) 19.

Canaris, Bankvertragsrecht³ (1988).

Csoklich, Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZFS 2006, 97.

Ebner, Insichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers (Diss Uni Wien, 2014).

Erman, BGB Kommentar I¹⁵ (2017).

Festner, Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht (2006).

Fischer, Zur Anwendung von § 181 BGB im Bereich des Gesellschaftsrechts, Gesammelte Schriften (1985) 225.

Fleischer, Reichweite und Grenzen der unbeschränkten Organvertretungsmacht im Kapitalgesellschaftsrecht, NZG 2005, 529.

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft⁴ (1992).

Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972).

Frotz/Schörghofer, Interessenkonflikte, in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat² (2016).

Giesen, Organhandeln und Interessenkonflikt (1984).

Gruber/Harrer, GmbHG Kommentar² (2018).

Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (1966).

Hafner / Perner, D&O-Versicherung: Struktur und Inhalt, ZFR 2018, 368.

Harder, Das Selbstkontrahieren mit Hilfe eines Untervertreeters, AcP 170 (1970) 295.

Hochedlinger, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, ecolex 2008, 143.

Hoenerger, Kann der Generalbevollmächtigte im Namen des Vertreters für seine eigene Schuld bürgen? DJZ 1910, 1347.

Hübner U., Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977)

Hupka, Die Vollmacht (1900).

Kalss/Müller, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018).

Kalss / Nowotny / Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017).

Keinert/Keinert-Kisin, Interessenkonflikte (2018).

Keppinger, Eigenhaftung von Gehilfen für fehlerhafte Beratung (2016).

Kletečka / Schauer, ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.

Knöchlein, Stellvertretung und Insichgeschäft (1994).

Kodek G., Zur Vertretung der Privatstiftung - zwei Entscheidungen aus Österreich und Liechtenstein, PSR 2019, 56.

Koppensteiner, Über Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im Gesellschaftsrecht, FS Bucher (2009) 407.

Koppensteiner / Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007).

Koziol, Zurechnung ungetreuer Bank-Mitarbeiter (2004).

Koziol / Bydlinski P. / Bollenberger, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017).

Lennarts, Unternehmensleitung und Interessenkonflikte, GesRZ-Sonderheft 2005, 41.

Medicus / Petersen, Allgemeiner Teil des BGB¹¹ (2016).

Nowotny, Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, RdW 1987, 35.

Perner / Spitzer / Kodek, Bürgerliches Recht⁵ (2016).

Ramharter, D&O-Versicherung (2018).

Reinicke, Gesamtvertretung und Insichgeschäft, NJW 1975, 1185.

Römer, Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, ZHR 19 (1874) 67.

Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Selbstvertreters nach gemeinem Recht (1888).

153) Dazu 9 Ob 5/10s EvBl 2011/54 (Brunner) = JBl 2011, 445 (Dullinger); Karner in KBB⁵ § 1300 Rz 5 mwN; weiterführend Keppinger, Eigenhaftung.

Rummel, ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000).

Säcker / Rixecker / Oetker / Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB⁸.

Schereda, Insichgeschäfte des Stiftungsvorstands, RWZ 2015, 72.

Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts (1890).

Schmidt K., Gesellschaftsrecht⁴ (2002).

Schwimann / Kodek, Praxiskommentar ABGB⁴ IV (2014).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Straube / Ratka / Rauter, Wiener Kommentar zum UGB I⁴ (2009).

Torggler U., Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung – Zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013) 35.

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

Torggler U., UGB Kommentar³ (2019).

v. *Tuhr*, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts II/2 (1918).

Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970).

Welser / Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018).

Wolf / Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts¹¹ (2016).

Wünsch, Zur Lehre vom Selbstkontrahieren im Gesellschaftsrecht, FS Hämmerle (1972) 451.

Zehentmayer, Missbrauch der organ-schaftlichen Vertretungsmacht (2017).

Zehentmayer, Missbrauch der Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands, ZFR 2019, 398.

Zollner, Related Party Transactions – Überlegungen zur geplanten Reform der Aktionärsrechterichtlinie, FS Nowotny (2015) 499.

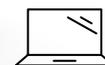
BörseG und MAR - in einem Band

Linde

Topaktuell
mit BörseG-
Novelle 2019
und KMG
2019!



**BörseG Börsegesetz 2018 | MAR
Marktmissbrauchsverordnung**
Klöss/Oppitz/Torggler/Winner (Hrsg.)
2019, 1.632 Seiten, geb.
ISBN 978-3-7073-3093-9
€ 268,-



Digital erhältlich
auch als Einzeltitel

Steuern.
Wirtschaft.
Recht.
Am Punkt.

Jetzt bestellen:
lindeverlag.at, office@lindeverlag.at, T 01 24 630, F 01 24 630-23