

# TE OGH 2019/4/25 6Ob35/19v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.04.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr.

Schramm als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny sowie die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F\*\*\*\*\*, vertreten durch Galffy & Vecsey Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. X\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, 2. lic.iur. A\*\*\*\*\*, 3. Dr. B\*\*\*\*\*, beide \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Marie-Agnes Arlt, Rechtsanwältin in Wien, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Parteien C\*\*\*\*\* GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heinz Stöger, Rechtsanwalt in Wien, wegen 138.089,12 EUR sA, über die Revisionen der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. Juni 2018, GZ 1 R 23/18m-60, womit über Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 14. Dezember 2017, GZ 19 Cg 37/16m-53, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 2.941,75 EUR (darin 469,69 EUR deutsche USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger macht eine zedierte Forderung der österreichischen Y\*\*\*\*\* Privatstiftung in Abwicklung (in der Folge: „Stiftung“) geltend. Er begehrt von der Erstbeklagten die Rückzahlung von 138.089,12 EUR an rechtsgrundlos ausbezahlten Honoraren. Gegen die Zweit- und Drittbeklagten stützt er Ansprüche in derselben Höhe auf Pflichtverletzung wegen Handlungen ohne Vorstandsbeschluss. Die Leistungen der Erstbeklagten seien für die Stiftung nutzlos gewesen oder gar nicht erbracht worden: Die Stiftung sei in allen Gerichtsverfahren anwaltlich vertreten gewesen; der Anwaltswechsel sei überflüssig. Die Sonderprüfung habe keine neuen Erkenntnisse gebracht und nicht zur Abberufung des Vorstands geführt, weil der Vorstandswechsel durch eine Satzungsänderung erfolgt sei.

Die Erstbeklagte bestreitet die Klagsforderung und beantragte die Klagsabweisung. Der Kläger sei nicht aktivlegitimiert, weil die Stiftung als Altgläubiger bei der Abtretung der Klagsforderung von Vorstandsmitgliedern vertreten worden sei, die einem absoluten Bestellungsverbot unterlägen. Außerdem sei die Abtretung eine nichtige Streitanteilsvereinbarung (pactum de quota litis), eine unzulässige Zuwendung an den Stifter und eine verdeckte Zuwendung an den Kläger, weil sie nicht zu fremdüblichen Konditionen erfolgt sei. Die Leistungen der Erstbeklagten könnten aus Vertraulichkeitsgründen zwar nicht dargestellt werden, seien aber erstklassig und zum Schutz der Stiftung erforderlich gewesen. Die Honorarnoten seien anerkannt und bezahlt, eine Rüge inzwischen präkludiert. Das vereinbarte Stundenhonorar von 285 EUR netto sei angemessen.

Die zweit- und drittbeklagte Partei bestritten die Klagsforderung und beantragten gleichfalls Klagsabweisung. Der Klagsbetrag sei im Zuge der Aufdeckung von Malversationen des Vorstandsmitglieds Dr. Z\*\*\*\*\* entstanden. Dieser habe namens der Stiftung seine Kanzlei beauftragt und Honorare überwiesen, ohne dass entsprechende Vorstandsbeschlüsse gefasst worden seien, keine zeitnahen Jahresabschlüsse erstellt, Vorstandssitzungen tatsachenwidrig protokolliert und überhöhte Verwaltungskosten verursacht. Die Zweit- und Drittbeklagten hätten daher wegen Gefahr in Verzug die Erstbeklagte namens der Stiftung auch ohne Vorstandsbeschluss mit Nachforschungen und einem Sonderprüfungsantrag beauftragen können und dürfen, um Schäden von der Stiftung abzuwenden.

Außerdem verstoße die Abtretung der Klagsforderung an den Kläger gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, weil er Vater des Stiftungsvorstands Dr. D\*\*\*\*\* sei. Sie sei als abstraktes Rechtsgeschäft ungültig. Die Stiftung verzichte durch die Abtretung auf 25 % des Klagsanspruchs, sodass von Kollusion auszugehen sei.

Die Zweit- und Drittbeklagten wendeten außerdem 24.229,90 EUR an offener Vorstandsvergütung als Gegenforderung ein.

Das Erstgericht gab der Klage gegen alle Beklagten statt. Dabei ging es – zusammengefasst – von folgendem Sachverhalt aus:

Dr. E\*\*\*\*\* und mehrere Familienangehörige errichteten auf Anraten der F\*\*\*\*\* in H\*\*\*\*\* am 21. 12. 2000 unwiderruflich und auf unbestimmte Zeit die Stiftung mit Sitz in W\*\*\*\*\* mit der Widmung, das Stiftungsvermögen zu erhalten und zu vermehren und den vom Stifter nominierten Begünstigten eine Unterstützung für ihren Unterhalt zu ermöglichen.

Organe der im Firmenbuch eingetragenen Stiftung sind der auf unbestimmte Zeit bestellte Stiftungsvorstand, ein allfällig errichteter Beirat und die Stiftungsprüferin. Die Stiftungsprüferin ist die Nebenintervenientin. Ein Beirat bestand seit 2003 nicht mehr.

Der Stiftungsvorstand besteht aus vier Mitgliedern, wobei zwei Mitglieder von der F\*\*\*\*\* AG Gruppe (in der Folge: „F\*\*\*\*\*“) und zwei Mitglieder von der Z\*\*\*\*\* (in der Folge: „Z\*\*\*\*\*“, ebenso für die später nur von Dr. G\*\*\*\*\* geführte Kanzlei) zu berufen sind. Die Vorstandsmitglieder haben Anspruch auf angemessene, jedoch nicht ziffernmäßig bestimmte Entschädigung.

Zur Geschäftsführung ist geregelt, dass der Vorstand beschlussfähig ist, wenn in einer Sitzung mehr als die Hälfte der Mitglieder, darunter der Vorsitzende oder sein Stellvertreter, anwesend sind. Er fasst Beschlüsse mit einfacher Mehrheit, dem Vorsitzenden steht ein Dirimierungsrecht zu. Laut Stiftungszusatzurkunde hatte der Vorstand das Stiftungsvermögen zu verwalten und für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen, die Verwaltung des Stiftungsvermögens darf er aber auch delegieren. Er hat seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen und auch den Jahresabschluss und -voranschlag zu erstellen.

Eine interne Geschäftsverteilung existiert nicht. Tatsächlich übertrug der Vorstand die Vermögensverwaltung für ein Jahresentgelt von 1 % des Stiftungsvermögens einem Unternehmen aus dem F\*\*\*\*\*-Konzern. Dr. Z\*\*\*\*\* und der Zweitbeklagte erteilten namens der Stiftung dem Stifter Dr. E\*\*\*\*\* Vollmacht und Auftrag, die Vermögensverwalterin zu beraten und ihr in Einzelfällen Aufträge zu erteilen.

Die Vertretung nach außen erfolgt durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam.

Die von Z\*\*\*\*\* berufenen Mitglieder des Vorstands waren einerseits Rechtsanwalt Dr. Z\*\*\*\*\* und andererseits nach einander verschiedene Mitarbeiter von Z\*\*\*\*\*: zuerst der (nunmehrige) Geschäftsführer der Erstbeklagten, danach Dr. S\*\*\*\*\* und später Dr. F\*\*\*\*\*. Dr. Z\*\*\*\*\* beantragte am 10. 5. 2013 die Löschung von Dr. P\*\*\*\*\*.

Der Zweit- und der Drittbeklagte waren von 2005 bis 31. 12. 2013 die von F\*\*\*\*\* berufenen Vorstandsmitglieder, der Zweitbeklagte war auch Vorstandsvorsitzender. Sie erhielten für ihre Vorstandstätigkeit 60.000 CHF jährlich, in den letzten Jahren vor 2013 reduzierten sie die Vergütung auf die Hälfte.

Der Zweit- und der Drittbeklagte hatten keinerlei Kenntnis des österreichischen Stiftungsrechts und waren von der F\*\*\*\*\* informiert, dass es in Person von Dr. Z\*\*\*\*\* im Vorstand einen Fachmann gebe. Da die Stiftung und Z\*\*\*\*\* ihren Sitz jeweils in W\*\*\*\*\* hatten, die Zweit- und Drittbeklagten dagegen in Liechtenstein, überließen sie Dr. Z\*\*\*\*\* die Geschäftsführung und kümmerten sich selbst praktisch um nichts. Sie beriefen keine Vorstandssitzungen ein; sie

prüften nicht, ob Zahlungen der Stiftung an Z\*\*\*\*\* eine wirksame Rechtsgrundlage hätten; sie ließen sich hinsichtlich verzögerter Jahresabschlüsse mit Ausreden abspeisen; sie versicherten sich nicht, ob Stiftungsprüfer bestellt seien und die Verfügungen des Stifters aufgrund seiner Vollmacht den Stiftungsregeln entsprächen.

Die Zweit- und Drittbeklagten merkten, dass sie zu Vorstandssitzungen öfters nicht geladen wurden oder es an einer Tagesordnung fehlte. Das kümmerte sie aber nicht. Beschlussfähige Vorstandssitzungen mit der erforderlichen Anwesenheit von mehr als zwei Vorstandsmitgliedern oder Umlaufbeschlüsse des Vorstands fanden nach dem 1. 7. 2004 nicht mehr statt.

Für das Konto der Stiftung Nr \*\*\*\*\* bei der F\*\*\*\*\* waren Dr. Z\*\*\*\*\* und der zweite Z\*\*\*\*\* zugehörige Vorstand gemeinsam zeichnungsberechtigt.

Dr. Z\*\*\*\*\* berichtete den Zweit- und Drittbeklagten bei formlosen Treffen von der Entwicklung des Stiftungsvermögens und machte Honorare geltend, gegen die die Zweit- und Drittbeklagten keine Einwände hatten.

Dr. Z\*\*\*\*\* verpfändete ohne Vorstandsbeschlüsse Stiftungsvermögen im Zusammenhang mit Geschäften von Firmen der Stifter an die F\*\*\*\*\*. Die Zweit- und Drittbeklagten waren davon in Kenntnis.

Dr. Z\*\*\*\*\* legte den Jahresabschluss für 2010 erst am 28. 9. 2012 der Nebenintervenientin als Stiftungsprüferin vor. Diese erhob wegen Abstimmungsdifferenzen Bedenken, sodass der Abschluss noch Ende 2012 ungeprüft war. Die Zweit- und Drittbeklagten wussten, dass die Jahresabschlüsse ab 2010 in Verzug waren.

Der Stifter Dr. E\*\*\*\*\* beauftragte 2011/12 den Kläger als seinen (deutschen) Rechtsanwalt, etwas gegen die hohen Kosten der Stiftung und die Einschränkungen seiner Verfügungsmöglichkeit über das Stiftungsvermögen zu unternehmen. Der Kläger nahm zunächst Kontakt mit Dr. Z\*\*\*\*\* und Vertretern der F\*\*\*\*\*, aber noch nicht mit den Zweit- und Drittbeklagten auf.

Ende 2012/Anfang 2013 schlug die F\*\*\*\*\* den Zweit- und Drittbeklagten vor zurückzutreten. Die Zweit- und Drittbeklagten wollten einerseits nicht ausscheiden und bekamen andererseits wegen ihrer Untätigkeit Bedenken, dass sie haftbar gemacht werden könnten, wenn sie die Stiftung verließen und dort etwas nicht stimmte: So wussten sie, dass der Jahresabschluss 2010 ausständig war, hatten sich aber immer vertrösten lassen. Dr. Z\*\*\*\*\* und die F\*\*\*\*\*, widersprachen einander, ob die Zweit- und Drittbeklagten an Vorstandssitzungen teilnehmen sollten. Dazu deutete Dr. P\*\*\*\*\*, der damals im Streit bei Z\*\*\*\*\* ausschied, den Zweit- und Drittbeklagten an, dass Dr. Z\*\*\*\*\* die Stiftung „wie eine Weihnachtsgans ausnehme“.

Der Geschäftsführer der Erstbeklagten hatte in seiner Zeit als Stiftungsvorstand nie an einer Vorstandssitzung teilgenommen. Stiftungs- und -zusatzurkunde waren ihm bekannt. Im April 2013 informierte er die Zweit- und Drittbeklagten von einer Klage des früheren Vorstandsmitglieds Dr. L\*\*\*\*\* gegen die Stiftung auf Vorstandshonorar. Zugleich äußerte er Bedenken wegen der Corporate Governance der Stiftung, insbesondere wegen Insihgeschäften des Vorstandsmitglieds Dr. Z\*\*\*\*\*. Er schlug vor, dass die Stiftung die Erstbeklagte beauftragen solle, „die Z\*\*\*\*\* zu stoppen“. So brauchten die Zweit- und Drittbeklagten trotz ihres (der eigenen Untätigkeit geschuldeten) Informationsmangels über die Lage der Stiftung und die rechtlichen Grundlagen selbst keine Mittel aufzuwenden.

Die Zweit- und Drittbeklagten hatten die Erstbeklagte, wie für diese erkennbar war, vor allem deswegen beigezogen, weil sie fürchteten, dass sie selbst, nachdem sie sich um die Stiftungsgeschäfte kaum gekümmert und Dr. Z\*\*\*\*\* machen lassen hatten, weiters von der österreichischen Rechtslage und den tatsächlichen Verhältnissen in der Stiftung wenig Ahnung hatten, in Haftung genommen werden könnten, wenn der Stiftung dadurch Schaden zugefügt worden sei. Die Erstbeklagte erörterte mit den Zweit- und Drittbeklagten die Möglichkeiten einer Sonderprüfung samt Anregung einer amtswegigen Abberufung von Dr. Z\*\*\*\*\*. Sie wies darauf hin, dass auch die Zweit- und Drittbeklagten als Vorstandsmitglieder die Abberufung von Dr. Z\*\*\*\*\* beantragen könnten.

Da Zweit- und Drittbeklagter davon ausgingen, dass Dr. Z\*\*\*\*\* einer Beauftragung der Erstbeklagten mit Schritten gegen ihn selbst nicht zustimmen werde, und unklar war, ob das vierte Vorstandsmitglied Dr. P\*\*\*\*\* noch Mitarbeiter der Z\*\*\*\*\* sei und damit einen Interessenskonflikt habe, entschieden alle drei Beklagten, dass Zweit- und Drittbeklagte die Erstbeklagte namens der Stiftung bevollmächtigte. So wurde auch eine Kostenbelastung der Zweit- und Drittbeklagten vermieden. Eine Gesellschaft im Eigentum der Zweit- und Drittbeklagten garantierte nur für die Barauslagen der Erstbeklagten und sagte Unterstützung bei der Einbringlichmachung ihres Honorars zu, falls es wegen der Zeichnungsberechtigungen für das Stiftungskonto (auch Dr. Z\*\*\*\*\*) nicht einbringlich sei.

Die Erstbeklagte übernahm aufgrund eines mündlichen Auftrags bereits ab April 2013 das „Mandat der Stiftung“. Es war ihr bekannt, dass es für ihre Beauftragung und Bevollmächtigung namens der Stiftung an einem satzungskonformen Vorstandsbeschluss und Quorum mangelte.

Am 15. 5. 2013 erteilten Zweit- und Drittbeklagte der Erstbeklagten im Namen der Stiftung schriftlich Rechtsanwaltsvollmacht. Der Auftrag an die Erstbeklagte umfasste:

- den Zweit- und Drittbeklagten nicht bekannte Gerichtsverfahren gegen die Stiftung und Missstände in diesem und anderen Zusammenhängen aufzudecken;
- für die Wiederherstellung einer rechtskonformen und ordnungsgemäßen Corporate Governance zu sorgen;
- die Vertretung der Stiftung in der Sonderprüfung, wobei die Erstbeklagte den im Firmenbuchverfahren antragsberechtigten Zweit- und Drittbeklagten einen kostenfreien Entwurf für ihren Antrag auf Sonderprüfung zur Verfügung stellte.

Dem Auftrag lagen die AGB der Erstbeklagten zugrunde, nach denen Schadenersatzansprüche binnen 6 Monaten nach Kenntnis verfallen.

Dr. Z\*\*\*\*\* und Dr. P\*\*\*\*\* wurden weder von der beabsichtigten Beschlussfassung verständigt noch fand eine solche unter ihrer Beziehung statt. Dr. P\*\*\*\*\* erfuhr nachträglich von der Beauftragung und teilte mit, dass man nach den Beschluss- und Vertretungsregeln die Entscheidung, die Erstbeklagte zwecks Abberufung von Dr. Z\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* zu betrauen, auch ohne sein Zutun hätte gültig fassen können. Er erachte seine Mitwirkung in den anhängigen Abberufungsverfahren als verzichtbar.

Die Zweit- und Drittbeklagten wechselten auf Empfehlung der Erstbeklagten am 21. 6. 2013 namens der Stiftung die bisherige Steuerberaterin und veranlassten, dass ein Steuerguthaben der Stiftung von 147.643,60 EUR statt auf das Stiftungskonto auf ein Anderkonto der Erstbeklagten überwiesen wurde.

Auf Anregung der Erstbeklagten verfügte die F\*\*\*\*\* am 24. 6. 2013, dass nur noch drei Vorstandsmitglieder gemeinsam über das Stiftungskonto verfügen konnten.

Die Erstbeklagte legte Honorarnoten für ihre Tätigkeit für die Stiftung in den Monaten Mai bis September 2013, konkret für eine Klage der Stiftung am 19. 7. 2013 gegen Dr. Z\*\*\*\*\* auf Unterlassung, sich noch als Bevollmächtigter der Stiftung auszugeben; für die Vorbereitung einer Klage gegen Dr. Z\*\*\*\*\* auf Herausgabe von Unterlagen; für Rechtsberatung der Stiftung durch Erhebungen beim Firmenbuch, Sonderprüfung, Gespräche mit Stiftungsprüfer und Steuerberater zur Ermittlung des Sachverhalts, mit der F\*\*\*\*\* und mit dem Kläger als Stiftervertreter, Kündigung der Bevollmächtigung der Z\*\*\*\*\* und des bisherigen Steuerberaters D\*\*\*\*\* und Bestellung des neuen Steuerberaters, sowie außergerichtliche Bemühungen zur Erlangung der Buchhaltungsakten.

Die Zweit- und Drittbeklagten gaben die Honorarnoten im Namen der Stiftung frei. Sie wurden aus den am Anderkonto erliegenden Stiftungsmitteln (früheres Steuerguthaben) bezahlt.

Anfang Juli 2013 nahm der Kläger im Auftrag des Stifters erstmals Kontakt mit dem Zweitbeklagten auf, um Informationen zur Stiftung einzuholen. Er teilte mit, dass der Stifter hohe Kosten vermeiden wolle, und bemühte sich erfolglos um eine gütliche Einigung mit Dr. Z\*\*\*\*\*. Er hatte Bedenken gegen die Beziehung der Erstbeklagten, weil sie von den Zweit- und Drittbeklagten als Vorstandsmitgliedern, die von der Stiftung ohne erkennbare Leistung profitiert hatten und ihm nicht unbefangen erschienen, betraut worden war und die Erstbeklagte aus seiner Sicht eher die Zweit- und Drittbeklagten vertrat.

Über Vorschlag des Klägers betrauten die Stifter nun Rechtsanwalt Dr. X\*\*\*\*\*, um die Stiftung „wieder flott zu bekommen“. Dieser schlug eine Satzungsänderung vor, um alle Altvorstände loszuwerden.

Zu einer vom Zweitbeklagten einberufenen Vorstandssitzung am 23. 9. 2013 erschienen nur die Zweit- und Drittbeklagten sowie Vertreter der Stiftungsprüferin und der Erstbeklagten. Beschlussfähigkeit war damit nicht gegeben. Der Zweit- und Drittbeklagte traten als Vorstandsmitglieder fristlos zurück und die Erstbeklagte legte ihr Mandat nieder.

Die Stiftung nahm den fristlosen Rücktritt nicht an, sodass der Zweit- und Drittbeklagte am 4. 11. 2013 noch im Firmenbuch eingetragen waren, und bestellte erst nach Ablauf von drei Monaten zwei neue Vorstandsmitglieder.

Durch eine Änderung der Stiftungsurkunde schieden alle bisherigen Stiftungsvorstände aus. 2014 wurden Dr. G\*\*\*\*\* und Dr. D\*\*\*\*\*, der Sohn des Klägers, in den Vorstand bestellt.

Auf Basis eines einstimmigen Beschlusses des neuen Stiftungsvorstands trat die Stiftung mit Zessionsvertrag vom 28. 1. 2016 dem Kläger ohne Entgelt und Gewährleistung ihre Ansprüche gegen die Erstbeklagte auf Rückforderung unberechtigt und rechtsgrundlos ausbezahlter Honorare von 138.089,12 EUR und den entsprechenden Anspruch gegen Zweit- und Drittbeklagte aus dem Titel der Pflichtverletzung zur Geltendmachung auf eigene Kosten und eigenes Risiko ab. Von einbringlich gemachten und zugeflossenen Beträgen sind 75 % an die Stiftung auszuführen. Wird von einer Verfolgung der Ansprüche Abstand genommen, ist der Kläger zur Rückabtretung verpflichtet. Der Zession war der Entwurf dieser Klage angeschlossen.

Rechtlich würdigte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahingehend, Zweit- und Drittbeklagter seien bei der Beauftragung der Erstbeklagten im Namen der Stiftung zwar vertretungsbefugt gewesen, hätten jedoch im Innenverhältnis zur Stiftung die formale Einberufung aller Vorstandsmitglieder unterlassen und das Anwesenheitsquorum verletzt. Der Geschäftsführer der Erstbeklagten habe diese Mängel gekannt. Die Beauftragung der Erstbeklagten sei daher nicht wirksam, weshalb auch ein in den AGB der Erstbeklagten enthaltenes Rückforderungsverbot ohne Bedeutung sei.

Die Beauftragung der Erstbeklagten sei nicht im Interesse der Stiftung gewesen, sondern habe lediglich die Säumnis des Zweit- und Drittbeklagten als Vorstandsmitglieder ausgleichen sollen. Eine nachträgliche Genehmigung durch die Stiftung sei nicht erfolgt; daher seien die Beklagten der Stiftung ersatzpflichtig. Die Abtretung der Schadenersatzansprüche an den Kläger sei wirksam, weil sowohl Dr. D\*\*\*\*\* jun als auch Dr. G\*\*\*\*\* wirksam zu Stiftungsvorständen bestellt worden seien. Keiner von beiden sei im Bestellungszeitpunkt Rechtsvertreter des Stifters gewesen. Die Gegenforderung bestehe derzeit nicht zu Recht, weil eine Vorstandsvergütung des Zweit- und Drittbeklagten erst durch das Gericht bestimmt werden müsse.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung.

Nach Verwerfung der Berufung, soweit sie sich auf Nichtigkeit stützte, sowie Verwerfung der Beweis- und Mängelrügen erwog es in rechtlicher Sicht, die Abtretung der Klagsforderung an den Kläger sei wirksam. Entscheidend sei hier der Zweck des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB. Im vorliegenden Fall könne allenfalls lediglich die Vereinbarung des Erfolgshonorars, nicht aber die Abtretung selbst nichtig sein. Die bloße Abtretung des Anspruchs führe nicht zu einer Schlechterstellung der Privatstiftung, sondern – wegen der erfolgten Geltendmachung im Prozess – zu deren Besserstellung.

Nach dem festgestellten Sachverhalt bestehe der Stiftungsvorstand aus vier Mitgliedern und sei beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder anwesend sei. Könnten diese Voraussetzungen nicht erfüllt werden, führe dies keineswegs dazu, dass die übrigen Vorstandsmitglieder nun ungeachtet der Mindestzahl laut Stiftungserklärung beschlussfähig wären. Fehlten die vorgeschriebenen Mitglieder von Stiftungsorganen und würden diese nicht nach den Bestellungsregeln laut Stiftungserklärung ergänzt, habe das Firmenbuchgericht diese nach § 27 Abs 1 PSG zu bestellen. Dies gelte jedenfalls bei Ausscheiden von Mitgliedern des Stiftungsvorstands, müsse aber ebenso bei Stimmrechtsausschluss gelten.

Der bloße Umstand, dass Vorstandsmitglieder in vertretungsbefugter Zahl vorhanden waren, ändere nichts daran, dass eine entsprechende satzungsgemäße Willensbildung im Innenverhältnis fehle. Es liege daher ein sogenannter Vollmachtsmissbrauch vor.

Die Vorgangsweise der beklagten Parteien könne auch nicht durch Gefahr in Verzug gerechtfertigt werden. Auf Anregung der Erstbeklagten sei schon am 24. 6. 2013 veranlasst worden, dass nur noch drei Vorstandsmitglieder gemeinsam über das Stiftungskonto verfügen konnten. Daher bestand keine Gefahr eines unberechtigten Zugriffs von Dr. Z\*\*\*\*\* auf Stiftungsvermögen, der durch Überweisung von Stiftungsgeldern auf ein Anderkonto der Erstbeklagten begegnet werden musste.

Nach neuerer Auffassung sei ein Geschäft bereits dann unwirksam, wenn der Vertreter objektiv pflichtwidrig handle und die Pflichtwidrigkeit dem Dritten bekannt oder für ihn offenkundig war. Diesfalls sei der Dritte nicht schutzwürdig. Im vorliegenden Fall habe die Erstbeklagte positive Kenntnis vom objektiv pflichtwidrigen Handeln des Zweit- und

Drittbeklagten, weil der Geschäftsführer der Erstbeklagten die Satzung der Stiftung aus seiner Zeit als Vorstandsmitglied kannte. Es sei ihm daher klar gewesen, dass der Vorstand nicht beschlussfähig gewesen sei und die Zweit- und Drittbeklagten die Erstbeklagte im Namen der Stiftung beauftragen konnten, aber nicht durften.

Die Ausführungen, wonach die von Zweit- und Drittbeklagten beauftragten Leistungen im überwiegenden Interesse der Stiftung lägen, fänden im festgestellten Sachverhalt keine Grundlage.

Zweit- und Drittbeklagter hätten ohne entsprechenden Vorstandsbeschluss veranlasst, dass ein Steuerguthaben der Stiftung zunächst auf ein Anderkonto der Erstbeklagten überwiesen und später mit nicht bestehenden Honorarforderungen der Erstbeklagten verrechnet wurde. Damit sei der Stiftung ein Schaden in dieser Höhe entstanden.

Die Handlung des Zweit- und Drittbeklagten sei auch kausal. Der Argumentation in der Berufung, auch bei Einberufung einer Vorstandssitzung hätten der Zweit- und Drittbeklagte die Erstbeklagte mit dem Dirimierungsrecht des Vorsitzenden jedenfalls beauftragen können, übersehe, dass eine Beschlussfähigkeit des Vorstands erst gegeben gewesen wäre, wenn außer dem Zweit- und Drittbeklagten noch ein weiteres Vorstandsmitglied erschienen und zur Stimmabgabe befugt gewesen wäre. Dies sei aber nicht einmal behauptet worden.

Dass die Erstbeklagte den Klagsbetrag als Honorar erhalten habe, sei nicht bestritten worden. Das Vorbringen, die Klagsforderung stelle keinen Schaden, sondern nur einen vorläufigen Aufwand dar, weil die Summe als vorprozessuale Kosten im Verfahren gegen Dr. Z\*\*\*\*\* geltend gemacht werden könne, entferne sich vom festgestellten Sachverhalt.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil Lehre und Judikatur zu Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts bei pflichtwidrigem Handeln eines Formalvertreters im Fluss seien und auch keine Entscheidungen zur Auswirkung von Interessenkonflikten von Stiftungsvorstandsmitgliedern bei der Beschlussfassung aufgefunden werden konnten.

Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionen sind aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; sie sind aber nicht berechtigt.

#### 1. Zur Aktivlegitimation des Klägers

1.1. Zu Unrecht wenden sich der Zweit- und der Drittbeklagte gegen die Aktivlegitimation des Klägers.

1.2. Der erkennende Senat hat bereits ausgesprochen, dass ein allfälliger Verstoß gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB nur vom Mandanten des „Rechtsfreunds“, nicht aber von der Gegenpartei geltend gemacht werden kann (6 Ob 224/12b). Auf die diesbezüglichen Revisionsausführungen ist daher nicht weiter einzugehen.

#### 2. Innen- und Außenverhältnis

2.1. Wie auch sonst im Zivil- und Gesellschaftsrecht ist auch bei der Privatstiftung zwischen dem Außen- und dem Innenverhältnis zu unterscheiden (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 27). Ist die Vertretungshandlung der nach außen tretende Akt, versteht man unter Geschäftsführung die Verwirklichung des Gesellschafts- bzw Stiftungszwecks im Innenverhältnis (Arnold aaO). Der Vorstand vertritt nach § 17 PSG die Privatstiftung. Jedem Akt ordnungsgemäßer Vertretung im Außenverhältnis hat grundsätzlich eine entsprechende Geschäftsführungshandlung im Innenverhältnis vorauszugehen (Arnold aaO).

2.2. Nach § 28 Z 2 PSG sind, sofern die Stiftungserklärung nichts anderes vorsieht, Beschlüsse des Stiftungsvorstands mit einfacher Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder zu fassen, wobei bei Stimmgleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt. Bei der Beschlussfassung haben alle Mitglieder mitzuwirken (Arnold aaO § 17 Rz 28).

2.3. Die Willensbildung des Stiftungsvorstands – wie diejenige aller Kollegialorgane – vollzieht sich durch Beschlussfassung (Feltl, Der Beschluss als Instrument organschaftlicher Willensbildung im Privatrecht, Festschrift Aicher 79 ff; J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 155). Feltl (aaO 88) hat – im Anschluss an deutsche Literaturstimmen – gezeigt, dass auch bei Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften im Interesse des Individual- und Minderheitenschutzes hier bestimmte Basisregeln hinsichtlich des Verfahrens eingehalten werden müssen.

2.4. Hierzu zählen das Recht jedes Mitglieds des betreffenden Kollektivs auf Einberufung einer Versammlung zur Besprechung und Entscheidung über grundlegende Angelegenheiten, das Recht jedes Mitglieds auf rechtzeitige Einladung und korrekte Information über die Beschlussgegenstände sowie das Recht jedes Mitglieds auf Teilnahme an

und Meinungsäußerung in der entsprechenden Versammlung, selbst wenn das Mitglied ausnahmsweise von der Stimmabgabe ausgeschlossen ist (Fehl aaO 88 f). Dies gilt freilich nur, sofern nicht etwa – wie im § 105 Abs 3 AktG – speziellere gesetzliche Regeln bestehen (Fehl aaO 89 FN 78).

2.5. Dabei ist auch zu bedenken, dass der Stiftungsvorstand nach der Gesetzeskonzeption ein sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgan der Privatstiftung ist (Arnold aaO § 15 Rz 9 und § 28 Rz 13). Die interne Selbstkontrolle des Stiftungsvorstands ist ein wesentliches Element der Privatstiftung und würde bei Fehlen des Erfordernisses der Beiziehung aller Mitglieder ausgehöhlt werden (Arnold aaO § 28 Rz 13).

2.6. Lediglich soweit der Stiftungsvorstand einzelne seiner Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften organschaftlich ermächtigen kann (§ 17 Abs 3 Satz 2 PSG), umfasst dies auch die interne Willensbildung (Arnold aaO § 17 Rz 33).

2.7. Bei Auftreten von Interessenkonflikten hat das Vorstandsmitglied diese offen zu legen; ihn kann ein Stimmverbot, unter bestimmten gravierenden Umständen ein Teilnahmeverbot an den Vorstandssitzungen und schließlich sogar die Pflicht zum Rücktritt treffen (Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 7/97; vgl auch J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG6 § 70 Rz 160).

2.8. Dies kann dazu führen, dass der Stiftungsvorstand nicht (mehr) beschlussfähig ist. Einer derartigen Konstellation ist durch Bestellung weiterer Vorstandsmitglieder, allenfalls durch Bestellung eines Kurators, zu begegnen. Gerade bei einer einschneidenden Maßnahme wie (der Vorbereitung) einer Klagsführung gegen andere Vorstandsmitglieder ist die Einhaltung der im Innenverhältnis bestehenden Organisationsvorschriften unverzichtbar.

2.9. Nach völlig einhelliger Auffassung werden Schadenersatzansprüche der Privatstiftung vom Stiftungsvorstand geltend gemacht (Arnold aaO § 29 Rz 13; H. Torggler, *ecolex* 1998, 130 [132]). Gegebenenfalls hat das Gericht die Mitglieder des Stiftungsvorstands nach § 27 Abs 2 PSG abzurufen und zwecks Geltendmachung der Schadenersatzansprüche durch neue zu ersetzen (Arnold aaO). Auf diese Weise kann dem Erfordernis der ordnungsgemäßen Willensbildung im Innenverhältnis auf gesetzeskonforme Weise Rechnung getragen werden. Erforderlichenfalls könnte für die Privatstiftung auch ein Kollisionskurator bestellt werden (vgl 6 Ob 46/15f ErwGr 10.5 und 10.10).

2.10. Keinesfalls ist es demgegenüber zulässig, dass eine Minderheit des Vorstands diesfalls „im Alleingang“ vorgeht. Gerade im Hinblick auf das bei Privatstiftungen bestehende strukturelle Kontrolldefizit kommt der Selbstkontrolle des Vorstands durch seine Mitglieder zentrale Bedeutung zu. Durch den von Zweit- und Drittbeklagten auf Vorschlag der Erstbeklagten unternommenen „Alleingang“ würden zwingende Kontrollmechanismen der Privatstiftung unterlaufen. Dabei bestünde die Möglichkeit widersprüchlicher Vertretungshandlungen, unkoordinierter Außenhandlungen etc. Wäre die von den Beklagten gewählte Vorgangsweise zulässig, könnte dies dazu führen, dass Vorstandsmitglieder jeweils gegeneinander Schadenersatzansprüche geltend machen, wobei sich jeder darauf beruft, die Privatstiftung zu vertreten.

2.11. Entgegen dem Standpunkt der Beklagten kann auch keine Rede davon sein, dass die gewählte Vorgangsweise durch besondere Dringlichkeit (vgl zu Notfällen P. Bydlinski, Der sogenannte „Mißbrauch“ unbeschränkbarer Vertretungsmacht, in FS F. Bydlinski 19 ff [35]) gerechtfertigt gewesen wäre. Vielmehr erstreckte sich die Tätigkeit der Erstbeklagten nach deren eigenem Vorbringen über einen Zeitraum von nahezu einem halben Jahr, ohne dass in dieser Zeit auch nur der Versuch unternommen worden wäre, eine Beschlussfassung im Gesamtvorstand herbeizuführen.

2.12. Auch aus der Business Judgment Rule (vgl 6 Ob 160/15w) ist für den Rechtsstandpunkt der Beklagten nichts zu gewinnen, anerkennt diese doch einen Freiraum für unternehmerische Entscheidungen nur, soweit dieser vom zwingenden Recht, zu dem auch die einschlägigen Organisationsvorschriften gehören, gewährt wird. Die Verletzung zwingender rechtlicher Vorgaben, etwa im Stiftungsrecht eine Missachtung der Ausschüttungssperre gemäß § 17 Abs 2 Satz 2 PSG, begründet eine Pflichtwidrigkeit (6 Ob 160/15w ErwGr 6.2.; Karollus, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, insbesondere im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstands für die Stiftungs-Governance, in FS Reischauer [2010] 209 [234]).

2.13. Im Hinblick auf das dargelegte Governance-Regime der Privatstiftung ist für die Beklagten auch durch ihre Berufung auf den angeblichen Grundsatz, dass die Schadensabwehr der Einhaltung der Form vorgehen müsse, nichts zu gewinnen.

2.14. Die Entscheidung 6 Ob 4/19k erging im Zusammenhang mit der Passivlegitimation eines Stiftungskurators in einem Schadenersatzprozess und ist für den vorliegenden Fall daher nicht aussagekräftig. Die Frage der Beschlussfassung im Vorstand hatte sich in diesem Verfahren nicht gestellt.

2.15. Nach dem Gesagten hätte die Beauftragung der Erstbeklagten einer Beschlussfassung im Gesamtvorstand der Privatstiftung bedurft. Wenngleich dem Stiftungsvorstand grundsätzlich uneingeschränkte Vertretungsmacht zukommt (Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 17 Rz 4; Arnold, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 5), stellt sich damit die Frage, ob bzw in welcher Weise sich im vorliegenden Fall die Überschreitung der im Innenverhältnis bestehenden Vorschriften für die Willensbildung der Privatstiftung auf das Außenverhältnis auswirkte.

### 3. Meinungsstand

#### 3.1. Judikatur zum allgemeinen Zivilrecht

3.1.1. Die historische Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung zum Missbrauch der Vertretungsmacht haben Wilhelm (Der Vollmachtsmißbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449, 464 f; Auer, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138 [138 ff]; Koppensteiner, Über Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im Gesellschaftsrecht. FS Bucher [2009] 407 [411 ff]) nachgezeichnet.

3.1.2. Zur Vollmacht nach dem ABGB wurde in der älteren Judikatur zunächst darauf abgestellt, dass Vertreter und Dritter absichtlich zusammengewirkt haben, um den Vertretenen zu schädigen (Kollusion, RS0019576 [T5]). In der Folge wurde jedoch präzisiert, dass der Vertretungsakt auch ohne arglistiges Zusammenwirken ungültig ist, wenn der Dritte den (bewussten) Missbrauch, das pflichtwidrige Handeln des Vertreters zum Nachteil des Vertretenen kannte oder ihm der Missbrauch nur aus grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb (RS0019576 [T6]) bzw sich der Missbrauch für den Dritten „geradezu aufdrängen musste“ (9 ObA 68/14m ErwGr 1.6.). (Nur) bei besonderen Umständen, die den Verdacht eines Missbrauchs der Vertretungsmacht nahelegen, besteht eine Erkundigungspflicht des Dritten; für die Unwirksamkeit des Geschäfts mit dem Dritten genügt demnach dessen grob fahrlässige Unkenntnis vom Missbrauch der Vertretungsmacht (RS0019576 [T9]; zuletzt 8 Ob 18/17f).

3.1.3. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die institutionell gesicherte Vertretungsmacht nur den redlichen Geschäftsverkehr erleichtern und die redlich an ihm Beteiligten schützen, nicht aber unredliche Geschäfte ermöglichen soll: Erkennt der Geschäftspartner im einzelnen Fall, dass der Vertreter zum Nachteil des von ihm Vertretenen und damit pflichtwidrig handelt, dann verdient nicht er, sondern der Vertretene Schutz; das gilt insbesondere dann, wenn der Vertreter und der Dritte absichtlich zusammengewirkt haben, um den Vertretenen zu schädigen, also bei Kollusion (RS0016733; vgl auch RS0016736). Das Wort „insbesondere“ in diesem Rechtssatz zeigt, dass es sich beim kollusiven Zusammenwirken zur Schädigung des Vertretenen nicht um eine zwingende Voraussetzung zur Verneinung der Vertretungsmacht, sondern bloß um ein Beispiel eines Anwendungsfalls der fehlenden Schutzwürdigkeit des Dritten handelt (U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 151 Rz 17).

3.1.4. Zusammengefasst wird daher nach der Judikatur im Bereich der ABGB-Vollmacht der Dritte jedenfalls bei positiver Kenntnis des Vollmachtsmissbrauchs nicht geschützt (vgl auch 1 Ob 600/94). Für dieses Ergebnis spricht, dass dem Dritten in einer solchen Situation jegliche Schutzwürdigkeit fehlt. Nach der (jüngeren) Judikatur ist auch geklärt, dass ein kollusives Zusammenwirken zwischen Vertreter und Drittem mit dem (gemeinsamen) Vorsatz, den Vertreter zu schädigen, nicht erforderlich, sondern nur ein Beispielfall der dargestellten Judikatur ist.

#### 3.2. Literatur zum allgemeinen Zivilrecht

3.2.1. Nach älterer Auffassung (Strasser in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1017 Rz 23 und Strasser/Jabornegg in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 50 Rz 15 ff; vgl auch Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I15 [2019] Rz 678; abw aber Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG I15 § 74 Rz 72) fallen unter den „Vollmachtsmissbrauch“ nur Konstellationen, in denen das Geschäft nicht bloß pflichtwidrig, sondern auch mit materiellen und/oder immateriellen Nachteilen für den Geschäftsherrn verbunden ist und wenn obendrein auf Seite des Vertreters in Bezug auf die Pflichtwidrigkeit und die Nachteilszufügung Vorsatz vorliegt.

3.2.2. Die neuere Lehre steht demgegenüber überwiegend auf dem Standpunkt, dass es für die Unwirksamkeit des



Vertretungsakts bereits ausreiche, wenn der Vertreter durch seine Handlung interne Beschränkungen missachte und der dritte Vertragspartner davon Kenntnis hatte; keine Rolle spielten demgegenüber die konkreten Absichten bzw der Verschuldensgrad des Vertreters, umso weniger die Kenntnis des Dritten davon (vgl Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 1007 Rz 4 und § 1017 Rz 11; vgl auch Schauer, wobl 2006, 97). Der Dritte sei ganz allgemein dann nicht schutzwürdig, wenn der Vertreter interne Beschränkungen nicht einhalte und dies dem Dritten bei Vertragsabschluss bekannt sei oder nach den Umständen offenbar auffallen musste, wobei ihm ohne besondere Verdachtsmomente keine übermäßige Nachforschungspflicht auferlegt werden dürfe (Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 1017 Rz 13; ähnlich Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht [1972] 621 ff).

3.2.3. Zum selben Ergebnis gelangt Baumgartner (Die Abstraktheit der Vollmacht iSd § 1017 S 3 ABGB als Grundlage für den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht im Privatrecht, JBl 2018, 681). Demnach reicht die objektive Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis und die Kenntnis des Dritten davon, wenn der Machthaber konkrete Handlungsvorgaben aus dem Innenverhältnis (insbesondere Zustimmungsvorbehalte) überschreite.

3.2.4. Nach Lukas (Von geheimen und offenen Vollmachten – Ein Beitrag zur systemkonformen Einordnung des sogenannten Vertretungsmissbrauchs, FS Torggler [2013] 815) sei im Bereich des ABGB – anders als bei den Formalvollmachten des Gesellschaftsrechts – die Vollmacht keineswegs abstrakt; der redliche Dritte werde aber (nur) im Vertrauen auf eine Vollmacht bzw auf einen bestimmten Umfang der Vollmacht geschützt.

### 3.3. Judikatur zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

3.3.1. Die Formalvollmachten des Gesellschaftsrechts, namentlich die Prokura sowie die Vertretungsmacht der Organe bei Verein, OG/KG, GmbH, AG, SE und Genossenschaft unterscheiden sich von der Vollmacht im ABGB dadurch, dass sie nach außen hin unbeschränkbar sind (vgl § 20 Abs 2 GmbHG, § 74 Abs 2 AktG).

3.3.2. Zur Vertretungsmacht des Prokuristen nach §§ 49 f UGB wurde entschieden, dass die Schutzwürdigkeit des Dritten grundsätzlich nur bei arglistigem Zusammenwirken des Prokuristen mit dem Dritten zum Nachteil des Inhabers des Handelsgewerbes, also im Kollisionsfall, entfalle (RS0019733). Nach der Entscheidung 1 Ob 617/79 SZ 52/90 muss der Dritte aber auch hier eine Beschränkung des Umfangs der gesetzlichen Vertretungsmacht bereits dann gegen sich gelten lassen, wenn er ein bewusstes Handeln des Prokuristen zum Nachteil des Inhabers des Handelsgewerbes erkennen konnte; begründet wird dies damit, dass der Vertrauensschutz des Dritten dann nicht eingreift, wenn der Dritte nicht schutzwürdig ist. Eine Nachprüfungspflicht des Dritten, ob Beschränkungen des Prokuristen im Innenverhältnis bestehen, wird nur dann angenommen, wenn der Dritte nach den Umständen darauf schließen musste, dass der Prokurist die ihm zustehende Vertretungsmacht treuwidrig zum Nachteil des Inhabers des Handelsgewerbes missbrauchte (RS0019688; ähnlich Schinko in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 50 Rz 2).

3.3.3. Auch zur Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der OG nach § 126 UGB entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass sich der Dritte dann nicht auf die Vertretungsmacht des Gesellschafters berufen kann, wenn er bewusst mit diesem zum Nachteil der Gesellschaft zusammenwirkte, den Missbrauch kannte oder der Missbrauch für jeden Einsichtigen evident wäre bzw sich dem Dritten geradezu aufdrängen muss (RS0061587). Den Dritten trifft eine Prüfpflicht, wenn besondere Umstände ihm den Verdacht eines bewussten Missbrauchs der Vertretungsmacht nahelegen (RS0061579; vgl auch zum Verein RS0019717). Beim Missbrauch der Vertretungsmacht genügt dabei grob fahrlässige Unkenntnis des Vollmachtsmissbrauchs für die Unwirksamkeit des Geschäfts mit dem Dritten (RS0061579 [T1]).

3.3.4. Bei der GmbH wird die Unwirksamkeit eines mit dem Geschäftsführer abgeschlossenen Vertrags in den Fällen einer absichtlichen Schadenszufügung seitens des Dritten durch arglistiges Zusammenwirken mit dem Geschäftsführer zum Nachteil der Gesellschaft (§ 1295 Abs 2 ABGB) aus der Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1, § 1295 Abs 2 ABGB) abgeleitet (RS0026587; 1 Ob 243/71; 8 ObA 72/99t). Zur Formalvollmacht nach § 74 Abs 2 AktG führt die Entscheidung 7 Ob 46/75 hingegen aus, ein Vertretungsmissbrauch könne einem Dritten gegenüber geltend gemacht werden, wenn dieser darum wusste oder hätte wissen müssen (diese Entscheidung zitierend auch Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 74 Rz 9).

3.3.5. Nach der Rechtsprechung zur Rückgabepflicht eines Dritten nach § 83 GmbHG in Fällen verbotener Einlagenrückgewähr sind Dritte jedenfalls bei Kollusion, aber auch in jenen Fällen rückgabepflichtig, in denen der Gesellschafter bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte davon gewusst hat oder sich der

Missbrauch ihm geradezu aufdrängen musste (RS0105536 [T2]). Dies ist dann der Fall, wenn die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht, sodass sich die Wirksamkeit des Vertrags nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht beurteilt (RS0105536 [T4]). In mehreren jüngeren Entscheidungen des Senats wurde ausgesprochen, dass der Dritte bei positiver Kenntnis des Umstands, dass ein Vorgang eine verbotene Einlagenrückgewähr verwirkliche, rückgabepflichtig sei (6 Ob 48/12w; 6 Ob 14/14y ErwGr 1.5; 6 Ob 232/16k ErwGr 4.1).

### 3.4. Literatur zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

3.4.1. Nach Auer (Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138) ist Missbrauch der Vertretungsmacht neben dem unstreitigen Fall der Kollusion auch dann anzunehmen, wenn auf Seiten des Vertreters eine zumindest objektiv pflichtwidrige Handlung vorliegt, die der Dritte in den Fällen organschaftlicher Vertretungsmacht und bei der Prokura positiv kennt bzw darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte (objektivierte Evidenz) bzw in den Fällen präsumtiver Vollmachten darüber hinaus grob fahrlässig nicht kennt.

3.4.2. Auch zum Gesellschaftsrecht vertritt die überwiegende Literatur (vgl die Zusammenfassung bei Thöni in Zib/Dellinger, UGB § 126 Rz 83 ff; Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 126 Rz 2; Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 126 Rz 11; Schinko in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 50 Rz 2; ebenso zum Liquidator U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I4 § 151 Rz 18), dass auf der Seite des Vertreters objektive Pflichtwidrigkeit genüge; der Dritte ist demnach nicht schutzwürdig, wenn ihm interne Beschränkungen der Vertretungsmacht dem Dritten positiv bekannt oder evident seien. Die Meinung, wonach die Vertretungshandlung lediglich bei kollusivem Zusammenwirken unwirksam sei (in diese Richtung etwa Strasser in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1017 ABGB Rz 23b; Harrer, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens 251 ff; ähnlich Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/242 ff), wird als „nur noch vereinzelt“ bzw nicht herrschend bezeichnet (Thöni aaO Rz 93; Dellinger/Kallab in Zib/Dellinger, UGB § 151 UGB Rz 9 ff).

3.4.3. Nach neuerer Auffassung ist die Unbeschränkbarkeit des Vertreterhandelns nicht Selbstzweck, sondern trete nur nach Maßgabe des Gesetzeszwecks ein, der Unsicherheit des Verkehrs in Bezug auf die internen Verhältnisse Rechnung zu tragen (U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger, UGB<sup>2</sup> § 50 Rz 14 ff; ähnlich N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 35 unter Hinweis auf BGH ZR 353/95; ähnlich zu § 74 AktG J. Reich-Rohrwig/Dibon in Artmann/Karollus, AktG II § 74 Rz 37 ff; abw Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 74 Rz 9 f).

3.4.4. Teilweise wird in der Literatur vertreten, die im Gesellschaftsrecht geltenden Grundsätze seien mit denjenigen des allgemeinen Zivilrechts zu harmonisieren (Krejci, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer, GesRZ 1984, 146; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 56).

3.4.5. Nach Koppensteiner/Rüffler (GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 26) liegt Missbrauch der Vertretungsmacht mit der Konsequenz der Unwirksamkeit des Vertrags ohne Rücksicht auf Schädigungsabsicht schon bei Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis und positiver Kenntnis des Dritten davon vor, da die Formalvollmacht einen Dritten schützen solle, der einem Informationsdefizit unterliege; die Bestimmung büße daher ihren Anwendungssinn ein, wenn ein solches Defizit infolge positiver Kenntnis nicht vorliege.

3.4.6. Zum Verein stellt Bernsteiner in Schopper/Weilinger, VereinsG § 6 Rz 70 ff (Rz 76) auch im Rahmen von Formalvollmachten auf die subjektive Sicht des Dritten (und somit dessen Schutzwürdigkeit) als maßgebliches Kriterium ab, sodass auch „einfache“ Überschreitungen der Geschäftsführungsbefugnis auf das Außenverhältnis durchschlagen könnten. Grundsätzlich sollten aber nur die aktive Kenntnis des Dritten von der Unzulässigkeit des Geschäftsabschlusses dessen Unwirksamkeit nach sich ziehen und dem Dritten insbesondere keine Nachforschungspflichten auferlegt werden.

3.4.7. Auch nach Burtscher/Spitzer (Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201 [209]) sind Verkehrsteilnehmer, die Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns haben, nicht schützenswert (ebenso zu § 19 Abs 1 GenG Strommer in Dellinger, GenG<sup>2</sup> § 17 Rz 5 für den Fall, dass dem Dritten ausnahmsweise die bereits erfolgte Verweigerung der intern erforderlichen Zustimmung bekannt sei). Ausgehend vom Spannungsfeld, in dem sich das Stellvertretungsrecht bewege, müsse in den Fällen der Kenntnis des Dritten sein Schutz zurücktreten und die Abwägung zugunsten der Autonomie des Geschäftsherrn ausfallen. Dieser könne daher vom objektiv pflichtwidrig handelnden Vertreter nicht gebunden werden, wenn dem Dritten diese Pflichtwidrigkeit bekannt war. Weitere Voraussetzungen seien beim Vertreter nicht zu verlangen.

3.4.8. Auch für die Privatstiftung stellen Bollenberger/Csoklich (Kreditaufnahme und Sicherheitenbestellung durch Privatstiftungen, ÖBA 2001, 435 [445]) für die Unwirksamkeit von Handlungen eines Vertreters nicht nur auf den „Schaden“ der Stiftung, sondern ganz allgemein auf die Pflichtwidrigkeit des Geschäfts ab. Diese Autoren behandeln dabei jedoch nur eine Verletzung des Stiftungszwecks, nicht auch die Überschreitung von (sonstigen) Beschränkungen im Innenverhältnis.

3.4.9. Zusammenfassend wird damit nach überwiegender Auffassung auch im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht der Dritte jedenfalls dann nicht geschützt, wenn ihm bekannt war, dass der Vertreter objektiv pflichtwidrig handelte.

#### 4. Stellungnahme

4.1. Der erkennende Senat schließt sich der herrschenden Lehre und Rechtsprechung an. Der Normzweck unbeschränkter organschaftlicher Vertretungsmacht liegt darin, eindeutig festzulegen, dass potentielle Geschäftspartner nicht gehalten sind, interne Zuständigkeitsregeln der Gesellschaft, namentlich die Geschäftsführungsbefugnis des handelnden Organs zu prüfen (Koppensteiner aaO 413). Konsequenz dieses Normzwecks ist, dass Dritte, die wissen, dass das Organ interne Pflichten verletzt, nicht schutzwürdig sind. Ihnen gegenüber kommt das gesetzgeberische Motiv, Erkundigungsobliegenheiten seien zu vermeiden, nicht zum Tragen (Koppensteiner aaO 414; Zehentmaier, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht 73 ff). Zutreffend hat P. Bydlinski (in FS F. Bydlinski [2002] 19, 38 ff) darauf hingewiesen, dass die Anerkennung eines Vertrags, bei dem der eine Teil weiß, dass der andere ihn nicht will, mit sonst anerkannten wesentlichen Prinzipien des Privatrechts kollidieren würde. Auch aus der Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung nach § 1016 ABGB ergibt sich, dass in erster Linie der Vertretene selbst entscheiden soll (vgl U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger, UGB<sup>2</sup> § 126 Rz 16 aE).

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)