jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2003/6/30 7Ob135/03h

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.06.2003

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schenk, Dr. Schaumüller und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Burghofer & Pacher Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Felix S*****, vertreten durch Dr. Hans Robicsek, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 34.090,77 sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 13. Februar 2003, GZ 16 R 10/03p-12, womit das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 28. Oktober 2002, GZ 5 Cg 281/01g-8, infolge Berufung des Beklagten abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, dem Beklagten die mit EUR 1.692,-- (darin enthalten EUR 282,-- USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Streitteile trafen am 8. 1. 1999 eine schriftliche Vereinbarung, wonach der Beklagte der Klägerin, die in Wien das Baugewerbe ausüben wollte und dazu einen gewerberechtlichen Geschäftsführer brauchte, der über einen entsprechenden Befähigkeitsnachweis verfügte, für ein monatliches Entgelt seinen Gewerbeschein "zur Verfügung stellen" und "nach außen hin" als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Klägerin fungieren sollte. Andere Leistungen des Beklagten waren nicht vorgesehen. Die Gewerbebehörde lehnte den Beklagten bescheidmäßig als gewerberechtlichen Geschäftsführer ab, weil er bereits bei zwei anderen Gesellschaften als solcher tätig war. Der betreffende, von der Klägerin bekämpfte Bescheid wurde schließlich mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. 6. 2001 bestätigt. Der Beklagte hatte der Klägerin von Jänner 1999 bis August 2000 auch zusätzliche, nicht vom "Dienstverhältnis" der Streitteile umfasste Leistungen erbracht, die separat abgerechnet und entlohnt wurden.

Mit der Begründung, der Beklagte sei im Hinblick auf die Entscheidung der Gewerbebehörde offensichtlich für die gewerberechtliche Geschäftsführung nicht geeignet gewesen, fordert die Klägerin die ihr im Zeitraum 1. 1. 1999 bis 20. 8. 2000 entstandenen "Kosten" (die an den Beklagten bezahlten "Gehälter") zurück. Es liege ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft iSd § 879 ABGB vor, weshalb die erhaltenen Zahlungen vom Beklagten zurückzuzahlen seienMit der Begründung, der Beklagte sei im Hinblick auf die Entscheidung der Gewerbebehörde offensichtlich für die gewerberechtliche Geschäftsführung nicht geeignet gewesen, fordert die Klägerin die ihr im Zeitraum 1. 1. 1999 bis 20. 8. 2000 entstandenen "Kosten" (die an den Beklagten bezahlten "Gehälter") zurück. Es liege ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft iSd Paragraph 879, ABGB vor, weshalb die erhaltenen Zahlungen vom Beklagten zurückzuzahlen seien.

Der Beklagte beantragte Klagsabweisung. Dem (der Höhe nach nicht bestrittenen) Rückforderungsanspruch stünden die §§ 1174 und 1432 ABGB entgegen. Die Klägerin habe über sämtliche Umstände Bescheid gewusst.Der Beklagte beantragte Klagsabweisung. Dem (der Höhe nach nicht bestrittenen) Rückforderungsanspruch stünden die Paragraphen 1174 und 1432 ABGB entgegen. Die Klägerin habe über sämtliche Umstände Bescheid gewusst.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die dem Beklagten nach dem Vertrag obliegende Leistung habe einzig darin bestanden, mit seinem Gewerbeschein die Konzession für die Klägerin "innezuhaben". Dazu sei der Beklagte aus ausschließlich seiner Sphäre zuzurechnenden Gründen nicht in der Lage gewesen. Er habe schuldhaft nicht berücksichtigt, dass die mehrmalige Zurverfügungstellung seiner Gewerbeberechtigung ein Problem darstellen könnte. Die Klägerin habe auf die Berechtigung des Beklagten zur gewerberechtlichen Geschäftsführung vertrauen dürfen. Damit lägen alle Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches der Klägerin vor.

Das Gericht zweiter Instanz gab der gegen die erstinstanzliche Entscheidung vom Beklagten erhobenen Berufung Folge und wies das Klagebegehren ab, wobei es die ordentliche Revision für zulässig erklärte. Durch die von den Streitteilen vereinbarte Vorgangsweise der "Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung" hätten die einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung (§§ 9, 39 GewO) umgangen werden sollen; die Vereinbarung sei also gesetzwidrig. Eine solche Vereinbarung sei vom Obersten Gerichtshof zuletzt in ständiger Rechtsprechung - übereinstimmend mit österreichischem und deutschem Schrifttum - als ex tunc nichtig qualifiziert worden. Da sich das auf eine fortgesetzte Täuschung der Gewerbebehörde gerichtete Verhalten der Streitteile als unerlaubte Handlung darstelle, scheitere der Rückforderungsanspruch der Klägerin an § 1174 Abs 1 ABGB. Der Ausschluss der Rückforderung des zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung bezahlten Entgeltes solle verhindern, dass die (drohende) Rückforderung für den Empfänger einen Anreiz zum verbotenen Verhalten darstelle. Die nach § 1174 Abs 1 ABGB erforderliche Kenntnis - zumindest in Form eines nach hM ausreichenden Kennenmüssens - des Verbots bzw der Gesetzwidrigkeit der mit dem Beklagten vereinbarten bloßen Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung, sei der Klägerin ohne weiteres zu unterstellen.Das Gericht zweiter Instanz gab der gegen die erstinstanzliche Entscheidung vom Beklagten erhobenen Berufung Folge und wies das Klagebegehren ab, wobei es die ordentliche Revision für zulässig erklärte. Durch die von den Streitteilen vereinbarte Vorgangsweise der "Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung" hätten die einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung (Paragraphen 9,, 39 GewO) umgangen werden sollen; die Vereinbarung sei also gesetzwidrig. Eine solche Vereinbarung sei vom Obersten Gerichtshof zuletzt in ständiger Rechtsprechung - übereinstimmend mit österreichischem und deutschem Schrifttum - als ex tunc nichtig qualifiziert worden. Da sich das auf eine fortgesetzte Täuschung der Gewerbebehörde gerichtete Verhalten der Streitteile als unerlaubte Handlung darstelle, scheitere der Rückforderungsanspruch der Klägerin an Paragraph 1174, Absatz eins, ABGB. Der Ausschluss der Rückforderung des zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung bezahlten Entgeltes solle verhindern, dass die (drohende) Rückforderung für den Empfänger einen Anreiz zum verbotenen Verhalten darstelle. Die nach Paragraph 1174, Absatz eins, ABGB erforderliche Kenntnis - zumindest in Form eines nach hM ausreichenden Kennenmüssens - des Verbots bzw der Gesetzwidrigkeit der mit dem Beklagten vereinbarten bloßen Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung, sei der Klägerin ohne weiteres zu unterstellen.

Zusätzlich scheitere der Rückforderungsanspruch auch an § 1432 ABGB, der ua die Kondiktion bei wissentlicher Zahlung einer Nichtschuld ausschließe. Dass es sich um eine Nichtschuld gehandelt habe, ergebe sich schon daraus, dass die vorliegende Vereinbarung von Anfang an nichtig gewesen sei, sodass sie auch keinen geeigneten Rechtstitel zum Fordern von Leistungen dargestellt habe. Das Vorbringen der Klägerin, sie sei davon ausgegangen, dass der Beklagte zur gewerberechtlichen Geschäftsführung "berechtigt" sei, ziele in Wahrheit bloß darauf ab, die Klägerin sei der Meinung gewesen, die Bestellung des Beklagten als gewerberechtlicher Geschäftsführer werde von der Gewerbebehörde akzeptiert werden. Für die Qualifikation des gegenständlichen (Schein-)Vertrages als nichtig sei aber ohne Bedeutung, ob die Gewerbebehörde den Charakter der Vereinbarung als Scheingeschäft erkenne oder nicht.Zusätzlich scheitere der Rückforderungsanspruch auch an Paragraph 1432, ABGB, der ua die Kondiktion bei wissentlicher Zahlung einer Nichtschuld ausschließe. Dass es sich um eine Nichtschuld gehandelt habe, ergebe sich schon daraus, dass die vorliegende Vereinbarung von Anfang an nichtig gewesen sei, sodass sie auch keinen geeigneten Rechtstitel zum Fordern von Leistungen dargestellt habe. Das Vorbringen der Klägerin, sie sei davon ausgegangen, dass der Beklagte zur gewerberechtlichen Geschäftsführung "berechtigt" sei, ziele in Wahrheit bloß darauf ab, die Klägerin sei der Meinung gewesen, die Bestellung des Beklagten als gewerberechtlicher Geschäftsführer

werde von der Gewerbebehörde akzeptiert werden. Für die Qualifikation des gegenständlichen (Schein-)Vertrages als nichtig sei aber ohne Bedeutung, ob die Gewerbebehörde den Charakter der Vereinbarung als Scheingeschäft erkenne oder nicht.

Für den Ausschluss der Rückforderbarkeit spreche auch noch die Erwägung, dass eine Bejahung eines Rückforderungsanspruches der Gesellschaft gegen den Scheingeschäftsführer zur Folge hätte, dass unter Umständen (erst) nach Jahren oder Jahrzehnten alle an einen gewerberechtlichen Geschäftsführer, dessen Tätigkeitsumfang den Erfordernissen des § 39 GewO nicht entspreche, geleisteten Zahlungen rückgefordert werden könnten. Ein derartiges Ergebnis erscheine nicht sachgerecht.Für den Ausschluss der Rückforderbarkeit spreche auch noch die Erwägung, dass eine Bejahung eines Rückforderungsanspruches der Gesellschaft gegen den Scheingeschäftsführer zur Folge hätte, dass unter Umständen (erst) nach Jahren oder Jahrzehnten alle an einen gewerberechtlichen Geschäftsführer, dessen Tätigkeitsumfang den Erfordernissen des Paragraph 39, GewO nicht entspreche, geleisteten Zahlungen rückgefordert werden könnten. Ein derartiges Ergebnis erscheine nicht sachgerecht.

Zur Begründung seines Ausspruches der Zulässigkeit der Revision führte das Berufungsgericht aus, zwar werde die Nichtigkeit eines bloß zur Umgehung gewerberechtlicher Erfordernisse abgeschlossenen Dienstvertrages in neuerer Lehre und Literatur (gemeint wohl Judikatur) einhellig bejaht. Die Frage der Rückforderbarkeit eines aus diesem Titel bezahlten Entgeltes sei jedoch in Lehre und Rechtsprechung noch nicht behandelt worden.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich dieRevision der Klägerin, die unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht und beantragt, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben (also das Ersturteil wiederhergestellt) werde.

Der Beklagte beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel der Klägerin entweder zurück- oder abzuweisen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist, da eine Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes im Sinne der Zulassungserwägung des Berufungsgerichtes aus Gründen der Rechtssicherheit angezeigt erscheint, zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Die gegenständlichen, von der Klägerin nun zurückgeforderten Zahlungen beruhten auf der zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarung vom 8. 1. 1999. Diese bestand darin, dass der Beklagte von der Klägerin (bei der Wiener Gebietskrankenkasse) als Dienstnehmer mit einer "theoretischen" Arbeitszeit von 20 Wochenstunden beschäftigt angemeldet und der Gewerbebehörde als gewerberechtlicher Geschäftsführer namhaft gemacht wurde. Damit sollte der Klägerin, die zur Betreibung des Bau-(meister-)gewerbes (als bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe [nach der Gewerberechtsnovelle 2002 nunmehr reglementiertes Gewerbe - § 94 Z 5 GewO]) einen Geschäftsführer mit entsprechendem Befähigungsnachweis bzw Gewerbeschein benötigte, die "Erfüllung" ihrer aus den §§ 9 und 39 GewO resultierenden Verpflichtungen ermöglicht werden (vgl 9 ObA 338/98s, ARD 5017/29/99 = DRdA 1999, 231 = infas 1999, 71 = ecolex 1999, 484 = wbl 1999, 418 = Arb 11.814). MaW sollten also durch die Vereinbarung der Streitteile die erwähnten einschlägigen Bestimmungen durch Vortäuschung eines diesen Normen entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses umgangen werden:Die gegenständlichen, von der Klägerin nun zurückgeforderten Zahlungen beruhten auf der zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarung vom 8. 1. 1999. Diese bestand darin, dass der Beklagte von der Klägerin (bei der Wiener Gebietskrankenkasse) als Dienstnehmer mit einer "theoretischen" Arbeitszeit von 20 Wochenstunden beschäftigt angemeldet und der Gewerbebehörde als gewerberechtlicher Geschäftsführer namhaft gemacht wurde. Damit sollte der Klägerin, die zur Betreibung des Bau-(meister-)gewerbes (als bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe [nach der Gewerberechtsnovelle 2002 nunmehr reglementiertes Gewerbe - Paragraph 94, Ziffer 5, GewO]) einen Geschäftsführer mit entsprechendem Befähigungsnachweis bzw Gewerbeschein benötigte, die "Erfüllung" ihrer aus den Paragraphen 9 und 39 GewO resultierenden Verpflichtungen ermöglicht werden vergleiche 9 ObA 338/98s, ARD 5017/29/99 = DRdA 1999, 231 = infas 1999, 71 = ecolex 1999, 484 = wbl 1999, 418 = Arb 11.814). MaW sollten also durch die Vereinbarung der Streitteile die erwähnten einschlägigen Bestimmungen durch Vortäuschung eines diesen Normen entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses umgangen werden:

§ 39 Abs 3 GewO 1994 verlangt vom gewerberechtlichen Geschäftsführer, dass er sich im Betrieb "entsprechend betätigt", worunter eine Tätigkeit zu verstehen ist, die es dem Geschäftsführer ermöglicht, die gewerbliche Tätigkeit des Betriebes ausreichend zu beobachten und zu kontrollieren. Der Geschäftsführer muss zu der vom Gesetz

geforderten Betätigung in der Lage sein und es darf keine "bloße Scheinerfüllung" der gesetzlichen Anforderungen vorliegen (9 ObA 139/99b, ARD 5092/16/00 = ecolex 2000, 308 [Mazal] = RdW 2000, 434 = Arb 11.922 = RIS-Justiz RS0016760 [T 3]). Der Zweck dieser gewerberechtlichen Bestimmung ist erkennbar darauf gerichtet, durch die Pflicht der ein Gewerbe ausübenden juristischen Person zur Bestellung eines Geschäftsführers, der die für die Gewerbeausübung vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen erfüllt und sich im Betrieb entsprechend betätigt, sicherzustellen, dass eine zur redlichen fachkundigen Ausübung des Gewerbes geeignete und dafür verantwortliche Person vorhanden ist. Dadurch sollen die Geschäftspartner der Gesellschaft (die Kunden) vor den nachteiligen Folgen des Fehlens eines sich entsprechend im Betrieb betätigenden gewerblichen Geschäftsführers bewahrt werden (RIS-Justiz RS0016760). Die GmbH, die sich eines Geschäftsführers bedient, der zwar die sonst für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen mitbringt, sich aber nicht entsprechend im Betrieb betätigt, weil ihn die Gesellschaft - wie hier - vertraglich von dieser Tätigkeit befreit hat, verstößt gegen § 39 Abs 3 GewO und begeht eine mit Strafe bedrohte Verwaltungsübertretung nach § 367 Z 6 GewO 1994 (nunmehr Z 7 GewO); (RIS-Justiz RS0016760).Paragraph 39, Absatz 3, GewO 1994 verlangt vom gewerberechtlichen Geschäftsführer, dass er sich im Betrieb "entsprechend betätigt", worunter eine Tätigkeit zu verstehen ist, die es dem Geschäftsführer ermöglicht, die gewerbliche Tätigkeit des Betriebes ausreichend zu beobachten und zu kontrollieren. Der Geschäftsführer muss zu der vom Gesetz geforderten Betätigung in der Lage sein und es darf keine "bloße Scheinerfüllung" der gesetzlichen Anforderungen vorliegen (9 ObA 139/99b, ARD 5092/16/00 = ecolex 2000, 308 [Mazal] = RdW 2000, 434 = Arb 11.922 = RIS-Justiz RS0016760 [T 3]). Der Zweck dieser gewerberechtlichen Bestimmung ist erkennbar darauf gerichtet, durch die Pflicht der ein Gewerbe ausübenden juristischen Person zur Bestellung eines Geschäftsführers, der die für die Gewerbeausübung vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen erfüllt und sich im Betrieb entsprechend betätigt, sicherzustellen, dass eine zur redlichen fachkundigen Ausübung des Gewerbes geeignete und dafür verantwortliche Person vorhanden ist. Dadurch sollen die Geschäftspartner der Gesellschaft (die Kunden) vor den nachteiligen Folgen des Fehlens eines sich entsprechend im Betrieb betätigenden gewerblichen Geschäftsführers bewahrt werden (RIS-Justiz RS0016760). Die GmbH, die sich eines Geschäftsführers bedient, der zwar die sonst für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen mitbringt, sich aber nicht entsprechend im Betrieb betätigt, weil ihn die Gesellschaft - wie hier - vertraglich von dieser Tätigkeit befreit hat, verstößt gegen Paragraph 39, Absatz 3, GewO und begeht eine mit Strafe bedrohte Verwaltungsübertretung nach Paragraph 367, Ziffer 6, GewO 1994 (nunmehr Ziffer 7, GewO); (RIS-Justiz RS0016760).

Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Gebot verstößt, nichtig. Nichtigkeit infolge Gesetzwidrigkeit ist nach Lehre und Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert ist oder der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäftes notwendig verlangt (RIS-Justiz RS0016837 und RS0016840; Apathy in Schwimann, ABGB2 V, Rz 3 zu § 879; Krejci in Rummel ABGB3 Rz 25 ff zu § 879, jeweils mwN aus der Rsp). Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute. Sie ist von Amts wegen wahrzunehmen und hat die Nichtigkeit des gesamten Geschäftes zur Folge. Auf die Nichtigkeit kann sich dann auch der Vertragspartner berufen, der diese beim Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (SZ 52/52; JBl 1988, 35; RdW 1990, 374; 9 ObA 338/98s; RIS-Justiz RS0016432; Rauch, Das Scheinarbeitsverhältnis, ASoK 1999, 249; Apathy aaO, Rz 34 zu § 879; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht2 I, 163).Gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Gebot verstößt, nichtig. Nichtigkeit infolge Gesetzwidrigkeit ist nach Lehre und Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert ist oder der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäftes notwendig verlangt (RIS-Justiz RS0016837 und RS0016840; Apathy in Schwimann, ABGB2 römisch fünf, Rz 3 zu Paragraph 879 ;, Krejci in Rummel ABGB3 Rz 25 ff zu Paragraph 879,, jeweils mwN aus der Rsp). Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute. Sie ist von Amts wegen wahrzunehmen und hat die Nichtigkeit des gesamten Geschäftes zur Folge. Auf die Nichtigkeit kann sich dann auch der Vertragspartner berufen, der diese beim Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (SZ 52/52; JBl 1988, 35; RdW 1990, 374; 9 ObA 338/98s; RIS-Justiz RS0016432; Rauch, Das Scheinarbeitsverhältnis, ASoK 1999, 249; Apathy aaO, Rz 34 zu Paragraph 879 ;, Koziol/Welser, Bürgerliches Recht2 römisch eins, 163).

Nach nunmehr stRsp verlangt der eben dargestellte Normzweck der in Rede stehenden Bestimmung des § 39 Abs 3 GewO - nämlich die Sicherung der Allgemeinheit und besonders der mit der Gesellschaft abschließenden Besteller vor

den nachteiligen Folgen des Fehlens eines sich entsprechend im Betrieb betätigenden gewerberechtlichen Geschäftsführers (9 ObA 338/98s) - die Nichtigkeit einer Vereinbarung wie der gegenständlichen, mit der das Fehlen einer gewerberechtlichen Erlaubnis oder Konzession durch ein vorgetäuschtes Anstellungsverhältnis ausgeglichen bzw umgangen werden soll (9 ObA 338/98s [unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Entscheidung GesRZ 1982, 178]; 9 ObA 34/99m, infas 1999, 100 = DRdA 1999, 392 = Arb 11.839; 9 ObA 139/99b; vgl auch schon EvBl 1974/221; Rebhahn, Der gewerberechtliche Geschäftsführer 57; ua). Im Hinblick auf diese auch von der Lehre gebilligte Judikatur hat das Berufungsgericht daher die Vereinbarung der Streitteile vom 8. 1. 1999 wegen ihrer erläuterten Gesetzwidrigkeit zutreffend nach § 879 Abs 1 ABGB als nichtig erachtet.Nach nunmehr stRsp verlangt der eben dargestellte Normzweck der in Rede stehenden Bestimmung des Paragraph 39, Absatz 3, GewO - nämlich die Sicherung der Allgemeinheit und besonders der mit der Gesellschaft abschließenden Besteller vor den nachteiligen Folgen des Fehlens eines sich entsprechend im Betrieb betätigenden gewerberechtlichen Geschäftsführers (9 ObA 338/98s) - die Nichtigkeit einer Vereinbarung wie der gegenständlichen, mit der das Fehlen einer gewerberechtlichen Erlaubnis oder Konzession durch ein vorgetäuschtes Anstellungsverhältnis ausgeglichen bzw umgangen werden soll (9 ObA 338/98s [unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Entscheidung GesRZ 1982, 178]; 9 ObA 34/99m, infas 1999, 100 = DRdA 1999, 392 = Arb 11.839; 9 ObA 139/99b; vergleiche auch schon EvBl 1974/221; Rebhahn, Der gewerberechtliche Geschäftsführer 57; ua). Im Hinblick auf diese auch von der Lehre gebilligte Judikatur hat das Berufungsgericht daher die Vereinbarung der Streitteile vom 8. 1. 1999 wegen ihrer erläuterten Gesetzwidrigkeit zutreffend nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB als nichtig erachtet.

Auf Grund einer nichtigen Vereinbarung können zwar keine Ansprüche auf Erfüllung des Vertrages und der damit etwa verbundenen Nebenverpflichtungen gestellt werden. Es hat aber (auch wenn das ABGB, anders als das BGB in § 817 S 1, keine allgemeine Norm kennt, die einen Anspruch auf Rückgabe des zu einem gesetz- oder sittenwidrigen Zweck Gegebenen begründet) grundsätzlich unter Bedachtnahme auf den Zweck der verletzten Norm, die die Ungültigkeit des Geschäftes bewirkt (RIS-Justiz RS0016325), eine Auseinandersetzung iS der §§ 877, 1431 und 1447 ABGB zu erfolgen. Demnach ist insbesondere die Rückforderung des beiderseitig Geleisteten zulässig (EvBl 1974/221 mwN aus Schrifttum und Judikatur).Auf Grund einer nichtigen Vereinbarung können zwar keine Ansprüche auf Erfüllung des Vertrages und der damit etwa verbundenen Nebenverpflichtungen gestellt werden. Es hat aber (auch wenn das ABGB, anders als das BGB in Paragraph 817, S 1, keine allgemeine Norm kennt, die einen Anspruch auf Rückgabe des zu einem gesetz- oder sittenwidrigen Zweck Gegebenen begründet) grundsätzlich unter Bedachtnahme auf den Zweck der verletzten Norm, die die Ungültigkeit des Geschäftes bewirkt (RIS-Justiz RS0016325), eine Auseinandersetzung iS der Paragraphen 877,, 1431 und 1447 ABGB zu erfolgen. Demnach ist insbesondere die Rückforderung des beiderseitig Geleisteten zulässig (EvBl 1974/221 mwN aus Schrifttum und Judikatur).

Dieser Grundsatz erfährt gemäß § 1174 Abs 1 ABGB dann eine Ausnahme, wenn etwas zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben wurde. Diese Bestimmung wird von der hM dahin eng ausgelegt, dass sie nur anwendbar ist, wenn das Geleistete nach der Absicht der Parteien Belohnung/Entgelt für eine unerlaubte Tätigkeit sein soll (SZ 5/288; RIS-Justiz RS0022095). Zweck der Vorschrift ist es, keinen Anreiz zur Begehung (des verbotenen Verhaltens) zu bieten (Rummel in Rummel ABGB3 Rz 2 zu § 1174; Rebhahn in Schwimann ABGB2 VI Rz 3 zu § 1174). Zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung ist nur gegeben, was nach der Absicht der Beteiligten (nach dem Geschäftszweck - EvBl 1956/22) Entgelt (Belohnung) unerlaubter Tätigkeit sein soll. Die Rückforderung des Entgeltes für eine Sache bei verbotenen Austauschgeschäften ist hingegen durch § 1174 Abs 1 Satz 1 nach hM und stRsp nicht ausgeschlossen (Rummel aaO; Rebhahn aaO Rz 4, jeweils mwN)Dieser Grundsatz erfährt gemäß Paragraph 1174, Absatz eins, ABGB dann eine Ausnahme, wenn etwas zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben wurde. Diese Bestimmung wird von der hM dahin eng ausgelegt, dass sie nur anwendbar ist, wenn das Geleistete nach der Absicht der Parteien Belohnung/Entgelt für eine unerlaubte Tätigkeit sein soll (SZ 5/288; RIS-Justiz RS0022095). Zweck der Vorschrift ist es, keinen Anreiz zur Begehung (des verbotenen Verhaltens) zu bieten (Rummel in Rummel ABGB3 Rz 2 zu Paragraph 1174 ;, Rebhahn in Schwimann ABGB2 römisch VI Rz 3 zu Paragraph 1174,). Zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung ist nur gegeben, was nach der Absicht der Beteiligten (nach dem Geschäftszweck - EvBl 1956/22) Entgelt (Belohnung) unerlaubter Tätigkeit sein soll. Die Rückforderung des Entgeltes für eine Sache bei verbotenen Austauschgeschäften ist hingegen durch Paragraph 1174, Absatz eins, Satz 1 nach hM und stRsp nicht ausgeschlossen (Rummel aaO; Rebhahn aaO Rz 4, jeweils mwN).

All diesen grundsätzlichen Erwägungen, die im Wesentlichen auch schon vom Berufungsgericht angestellt und mit

Judikatur- und Literaturzitaten belegt wurden, widerspricht die Revisionswerberin gar nicht. Sie geht (und ging schon in der Klage) auch selbst ausdrücklich von der - absoluten - Nichtigkeit der gegenständlichen Vereinbarung aus und hält der Ansicht des Berufungsgerichtes, § 1174 ABGB verhindere die von ihr geforderte Kondiktion, im Wesentlichen nur die Behauptung entgegen, im gegenständlichen Fall liege "lediglich ein Austauschgeschäft - Gewerbeschein gegen Entgelt - vor"; der Beklagte habe keine unerlaubten Tätigkeiten für sie durchführen, sondern vielmehr "tatsächliche Handlungen unterlassen und "für sie nicht tätig sein" sollen.All diesen grundsätzlichen Erwägungen, die im Wesentlichen auch schon vom Berufungsgericht angestellt und mit Judikatur- und Literaturzitaten belegt wurden, widerspricht die Revisionswerberin gar nicht. Sie geht (und ging schon in der Klage) auch selbst ausdrücklich von der - absoluten - Nichtigkeit der gegenständlichen Vereinbarung aus und hält der Ansicht des Berufungsgerichtes, Paragraph 1174, ABGB verhindere die von ihr geforderte Kondiktion, im Wesentlichen nur die Behauptung entgegen, im gegenständlichen Fall liege "lediglich ein Austauschgeschäft - Gewerbeschein gegen Entgelt - vor"; der Beklagte habe keine unerlaubten Tätigkeiten für sie durchführen, sondern vielmehr "tatsächliche Handlungen unterlassen und "für sie nicht tätig sein" sollen.

Entgegen diesen Ausführungen können die gegenständlichen Zahlungen keineswegs als Entgelt für eine Sache bei einem verbotenen Austauschgeschäft angesehen werden, sondern stellen sich vielmehr nach der aus der Vereinbarung eindeutig zu erschließenden Absicht der Parteien als Belohnung (Entgelt) für eine unerlaubte "Tätigkeit" - nämlich die Vortäuschung einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung iSd § 39 GewO gegenüber der Gewerbebehörde dar. Da die von der Klägerin geleisteten Zahlungen also eine Entlohnung des gesetzwidrigen Verhaltens des Beklagten bezweckten, ist der Ansicht des Berufungsgerichtes, § 1174 Abs 1 ABGB schließe den gegenständlichen Rückforderungsanspruch aus, beizutreten.Entgegen diesen Ausführungen können die gegenständlichen Zahlungen keineswegs als Entgelt für eine Sache bei einem verbotenen Austauschgeschäft angesehen werden, sondern stellen sich vielmehr nach der aus der Vereinbarung eindeutig zu erschließenden Absicht der Parteien als Belohnung (Entgelt) für eine unerlaubte "Tätigkeit" - nämlich die Vortäuschung einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung iSd Paragraph 39, GewO gegenüber der Gewerbebehörde dar. Da die von der Klägerin geleisteten Zahlungen also eine Entlohnung des gesetzwidrigen Verhaltens des Beklagten bezweckten, ist der Ansicht des Berufungsgerichtes, Paragraph 1174, Absatz eins, ABGB schließe den gegenständlichen Rückforderungsanspruch aus, beizutreten.

Auch der Einwand der Revisionswerberin, für eine Rückforderbarkeit spreche die Überlegung, dass derartige (Umgehungs-)Vereinbarungen nur verhindert werden könnten, wenn der (Schein-)Geschäftsführer nicht dadurch belohnt werde, dass er die ihm geleisteten Gelder behalten dürfe, verfängt nicht. Würde die Rückforderbarkeit der Belohnung doch für den Empfänger der verbotenen Leistung (hier die Klägerin) jedenfalls einen Anreiz zum verbotenen Verhalten bieten. Dies soll aber, wie bereits erwähnt, durch § 1174 ABGB erster Fall gerade verhindert werden.Auch der Einwand der Revisionswerberin, für eine Rückforderbarkeit spreche die Überlegung, dass derartige (Umgehungs-)Vereinbarungen nur verhindert werden könnten, wenn der (Schein-)Geschäftsführer nicht dadurch belohnt werde, dass er die ihm geleisteten Gelder behalten dürfe, verfängt nicht. Würde die Rückforderbarkeit der Belohnung doch für den Empfänger der verbotenen Leistung (hier die Klägerin) jedenfalls einen Anreiz zum verbotenen Verhalten bieten. Dies soll aber, wie bereits erwähnt, durch Paragraph 1174, ABGB erster Fall gerade verhindert werden.

Die Klägerin betont auch in der Revision mehrmals selbst, dass kein gültiger Vertrag zwischen den Streitteilen zustandekam, will ihre Rückzahlungsforderung dessen ungeachtet aber auch auf Schadenersatz stützen. Sie übersieht dabei, dass ihr Vorwurf, der Beklagte habe sie durch sein "gegen die Zweckvereinbarung verstoßendes Verhalten" geschädigt, mangels Zustandekommens einer vertraglichen Bindung, gegen die verstoßen hätte werden können, keine Berechtigung zukommen kann.

Soweit die Revisionswerberin in diesem Zusammenhang unterstellt, der Beklagte habe von vornherein gewusst, dass die Gewerbebehörde seiner Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer nicht zustimmen (die von den Streitteilen beabsichtigte Täuschung also nicht erfolgreich sein) werde, setzt sie sich darüber hinweg, dass Derartiges nicht festgestellt, ja von ihr in erster Instanz nicht einmal behauptet wurde. Auf dieses daher gegen das Neuerungsverbot verstoßende Vorbringen ist nicht weiter einzugehen.

Gegen die - von ihr offenbar nicht geteilte - Auffassung des Berufungsgerichtes, der Rückforderungsanspruch der Klägerin scheitere auch an § 1432 ABGB, bringt die Revisionswerberin konkret nichts vor. Da, wie dargetan,§ 1174 Abs 1 ABGB dem Kondiktionsbegehren entgegensteht und schon aus diesem Grund der Revision ein Erfolg jedenfalls

versagt bleiben muss, kann eine Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes dazu unterbleiben.Gegen die - von ihr offenbar nicht geteilte - Auffassung des Berufungsgerichtes, der Rückforderungsanspruch der Klägerin scheitere auch an Paragraph 1432, ABGB, bringt die Revisionswerberin konkret nichts vor. Da, wie dargetan, Paragraph 1174, Absatz eins, ABGB dem Kondiktionsbegehren entgegensteht und schon aus diesem Grund der Revision ein Erfolg jedenfalls versagt bleiben muss, kann eine Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes dazu unterbleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPODie Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 41 und 50 ZPO.

Textnummer

E70199

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2003:0070OB00135.03H.0630.000

Im RIS seit

30.07.2003

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2012

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