

Zur Sittenwidrigkeit auf Schmiergeld beruhender Hauptverträge

H. Schlüter

Schmiergeld wird regelmäßig mit dem Ziel gezahlt, sich einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen, den man ohne diese Zahlung nicht erhalten hätte. Nicht selten ist ein derartiger Vorteil der Abschluss eines Vertrages, des sg. korruptiven Hauptvertrages.

Schmiergeldvereinbarungen sind nach deutschem Recht stets nichtig, entweder wegen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz iVm. §134 I BGB, oder wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten nach §138 I BGB¹.

Fraglich ist, ob ein korruptiver Hauptvertrag ebenfalls wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Bislang vertrat der BGH die Auffassung, dass ein korruptiver Hauptvertrag nur dann sittenwidrig sei, wenn er durch die Schmiergeldvereinbarung eine zu Lasten des Geschäftsherrn wirkende Ausgestaltung erfahren habe². Mittlerweile zeichnet sich jedoch eine Wende in der Rechtsprechung des BGH ab, die nachstehend besprochen werden soll.

I. Nach neuer Rechtsauffassung des BGB müssen für die Sittenwidrigkeit eines korruptiven Hauptvertrages gemäß §138 I BGB drei Voraussetzungen erfüllt sein³:

- Abschluss einer heimlichen Schmiergeldvereinbarung zwischen dem Vertreter eines Geschäftsherrn und einem Dritten.

¹ *Hefermehl* in Soergel §138 Rd.180; *Mayer-Maly* in MüKo §138 Rd.110; *Hefermehl* in Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, §12 Rd.25; *Krüger-Nieland/ Zöllner* in RGRK §138 Rd.177; *Brox* in Erman BGB, §138 Rd.68; *Damm* in AK BGB, §138 Rd.176; *Heinrichs* in Palandt §138 Rd.63; RGZ 132, 131; BGH NJW 1962, S.1099; BGH NJW 1968, S.1572; BGH NJW 1973 S.363; BGH NJW-RR 1987, S.42.

² Vergl. etwa BGH NJW 1989, S.26 (27); BGH NJW-RR 1999, S.442 (443).

³ Vergl. dazu BGH ZIP 2000, S.123 (125 a.E.)

- Eine zu Ungunsten des Geschäftsherrn wirkende Ausgestaltung eines zwischen Geschäftsherrn und dem bestechenden Dritten geschlossenen Hauptvertrages.
- Kausalität zwischen der Schmiergeldvereinbarung und der zu Ungunsten des Geschäftsherrn wirkenden Ausgestaltung des Hauptvertrages.

Liegen Anhaltspunkte für eine nachteilige Ausgestaltung des Hauptvertrages vor, wird diese von der Rechtsprechung prima facie vermutet⁴.

Einen gemäß §138 I BGB sittenwidrigen Hauptvertrag kann der Geschäftsherr gemäß §177 I BGB analog genehmigen⁵. Mit dieser Änderung der Rechtsauffassung schließt sich der BGH der Rechtsansicht einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung an⁶.

Ein Hauptvertrag, der mangels nachteiliger Ausgestaltung nicht sittenwidrig ist, soll neuerdings nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht schwebend unwirksam sein und von dem Geschäftsherrn gemäß §177 I BGB analog ebenfalls genehmigt werden können⁷. Auch nach einer Genehmigung habe der Geschäftsherr das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde nach §242 BGB, so der BGH in seinem „Architektenurteil“.

Fraglich ist, ob diese neue Rechtsauffassung des BGH die Tatbestandsvoraussetzungen des §138 I BGB erfüllt.

Sittenwidrigkeit des Hauptvertrages gemäß § 138 Abs. I BGB

Ein Hauptvertrag ist gemäß §138 I BGB sittenwidrig, wenn er gegen die „guten Sitten“ verstößt. Der Begriff der guten Sitten ist unbestimmt. Formeln,

⁴ Vergl. BGH ZIP 1999, S.1099.

⁵ BGH ZIP 2000, 123 (125 a.E.).

⁶ Für alle *Sack* in Staudinger, BGB §138, Rd.473; *Damm* AK BGB, §138, Rd.176; *Brox* in Erman, BGB, §138, Rd.473. Ob diese Rechtsauffassung dogmatisch begründbar ist, wird im Rechtsfolgenteil, Ziffer 6, geprüft.

⁷ BGH ZIP 1999, S.1099 (1100).

mit denen dieser Begriff näher definiert wird, gibt es viele⁸. Nach überwiegender Ansicht in der Literatur und in der ständigen Rechtsprechung richtet sich sein Inhalt nach der so genannten Anstandsformel. Entscheidend ist für den Inhalt der guten Sitten danach das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden⁹.

Die Anstandsformel bietet kaum weiterführende inhaltliche Kriterien zur Klärung der Frage, weshalb genau ein korruptiver Hauptvertrag sittenwidrig sein soll. Durch die Anstandsformel wird jedoch deutlich, dass ein Konsens vorliegen muss über das, was als „billig und gerecht“ angesehen wird¹⁰.

Weshalb korruptive Hauptverträge wegen ihrer zu Lasten des hintergangenen Geschäftsherrn wirkenden Ausgestaltung gegen die guten Sitten verstoßen, lässt sich mit dem globalen Bezug auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht befriedigend begründen. Zur Konkretisierung soll deshalb auf die Funktion der Generalklausel des §138 I BGB abgestellt werden.

Die Generalklausel des §138 I BGB ist ein gesetzliches Korrektiv der Parteiautonomie. Der Maßstab des Korrektivs wird anhand der Rezeption sozialer Verhaltensmaßstäbe ermittelt. Die Rezeptionsfunktion der Generalklausel des §138 I BGB führt nach *Teubner* dazu, dass soziale Normen, die sich durchgesetzt haben, nach einer juristischen, werthaften Analyse für die Rechtsfindung maßgebend sein sollen¹¹. Entscheidend für die Rezeption einer sozialen Norm ist der Dreiklang aus der Verhaltensregelmäßigkeit, der Verhaltensverbindlichkeit und der Verhaltensbewertung¹².

⁸ Dazu näher *Sack*, NJW 1985, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktor der guten Sitten, S.761.

⁹ RGZ 48, 114 (124); BGHZ 10, 228 (232); Weiterführend *Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Diss.; Kritisch *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, S.596 (597).

¹⁰ *Wolf* in *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 41, Rd. 9.

¹¹ *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S.91.

¹² *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S.117.

In diesem Sinne haben sich in vielen gesellschaftlichen Bereichen soziale Verhaltenskodizes gebildet und sich zu sozialen Normen verdichtet. Bei der Rezeption dieser sozialen Norm als „gute Sitte“ handelt es sich nach der Auffassung von *Weber* um „die Anerkennung der Durchschnittsauffassung der Interessenten, also eines generell und sachlich-geschäftlichen Merkmals wesentlich faktischer Art als des von den Interessenten befugtermaßen durchschnittlich erwarteten und deshalb von der Justiz zu akzeptierenden Normalmaßstabes“¹³.

Die Funktion der Rezeption einer Verhaltensnorm geht bei der Bewertung eines korruptiven Hauptvertrages in der Funktion der Korrektur der Parteiautonomie und damit in der Schutzfunktion des §138 I BGB auf, da das Verhaltensgebot, welches einem Vertreter den Abschluss eines nachteiligen Hauptvertrages verbietet, der rezipierten gesellschaftlichen Verhaltensregel entspricht, eine andere Person nicht zu schädigen. Sowohl der gesetzgeberische Befehl des Schutzes vor dem Missbrauch der Parteiautonomie als auch die rezipierte gesellschaftliche Verhaltensnorm, das Verbot der Schädigung eines anderen, haben sich in zwei von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen sittenwidrigen Verhaltens verdichtet:

- Die missbilligte Kommerzialisierung eines Verhaltens¹⁴, welches unabhängig von Geldzahlungen bleiben sollte¹⁵ und zu einer Schädigung fremder Interessen führt¹⁶.
- Die Schädigung des Geschäftsherrn durch die Kollusion des Vertreters mit einem Dritten¹⁷.

Die rechtliche Bewertung eines auf Schmiergeld beruhenden Hauptvertrages lässt sich diesen zwei anerkannten Rechtsprechungsfallgruppen

¹³ *Weber*, Rechtssoziologie, S. 334.

¹⁴ RGZ 161, 223 (229).

¹⁵ *Medicus*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, §46 Rd. 703; S. 260; *Sack* in *Staudinger* §138 Rd. 469-473.

¹⁶ *Krüger-Nieland/ Zöller*, in RGRK § 138 Rd. 163/177 f.

¹⁷ *Schramm* in *MüKo* § 164 Rz. 99

sittenwidriger Rechtsgeschäfte zuordnen. Zunächst soll die rechtliche Einordnung des korruptiven Hauptvertrages in die Fallgruppe der „missbilligten Kommerzialisierung“ untersucht werden.

Sittenwidrigkeit wegen der missbilligten Kommerzialisierung des Treuebruchs

Der Vertreter ist dem Vertretenen zu einer besonderen Treue verpflichtet. Die Treuepflicht kann sich aus Gesetz, Vertrag oder dauernder, besonders vertrauensvoller Zusammenarbeit ergeben. Durch die Schmiergeldvereinbarung wird der Vertreter von einem Dritten für den Treuebruch bezahlt, obwohl es gerade Inhalt der Treuepflicht ist, unabhängig von fremden Zahlungen zu agieren. Dieser Treuebruch erfolgt mit der Absicht persönlicher Bereicherung und schädigt nach allgemeiner Lebenserfahrung die Interessen des Geschäftsherrn¹⁸ oder gefährdet sie in unvertretbarer Weise. Seine Willenserklärung, die er für den Geschäftsherrn abgibt, hat er durch die Schmiergeldvereinbarung kommerzialisieren und damit seine Treuepflicht verletzt.

In diesem Sinne führte das RG schon 1939 aus:

„Heimliche Abmachungen nach Art des hier streitigen Vortrages widersprechen einfachsten und grundlegenden Regeln geschäftlichen Anstandes und kaufmännischer guter Sitte (...)“¹⁹.

Für die Bewertung des Hauptvertrages ist von besonderer Bedeutung, dass der Treuebruch auf einer Schmiergeldvereinbarung beruht, da den Vertreter dadurch der Vorwurf trifft, durch die missbräuchliche Ausnutzung der Vertrauensstellung zur heimlichen Erlangung von Vorteilen treuwidrig Gefahren für den Geschäftsherrn geschaffen zu haben²⁰. Der kommerzialisierter Treuebruch des Vertreters allein reicht zwar für die

¹⁸ vergl. z.B. RGZ 161, 229 (231).

¹⁹ RGZ 161, S.229 (233).

²⁰ Sack in Staudinger BGB, §138, Rd.470.

Sittenwidrigkeit der Schmiergeldvereinbarung aus²¹, nicht aber für den Verstoß des Hauptvertrages gegen die guten Sitten. Der Treuebruch erlangt aber als Element der Kollusion Bedeutung, da das schädigende Zusammenwirken des Vertreters mit dem Geschäftspartner auf der Schmiergeldvereinbarung beruht und aufgrund dieser Verletzung des qualifizierten Treueverhältnisses erst der Geschäftsherr durch den Abschluss eines nachteiligen Hauptvertrages geschädigt werden kann. Systematisch ist also die missbilligte Kommerzialisierung des Treuebruchs bei der Bewertung des Hauptvertrages ein Element der Kollusion.

Diese Auffassung vertrat das RG schon in seiner Entscheidung vom 1.6.1932, in der es heißt:

„Der eigennützige Vertrauensmissbrauch auf der einen, seine Ausnutzung zum Nachteil des Vertragspartners auf der anderen Seite, begründen die Nichtigkeit des so herbeigeführten Vertragsabschlusses nach §138 I BGB²².“

Anders sahen dies *Larenz* und der frühe 6. Senat des RG. *Larenz* vertrat den Standpunkt, jeder aufgrund einer Schmiergeldzahlung zustande gekommene Hauptvertrag sei schon dann nichtig, wenn sich der Angestellte oder Bevollmächtigte durch das Schmiergeld zum Abschluss habe bestimmen lassen, so dass das Geschäft als Ganzes auf dem sittenwidrigen Vorgehen einer Partei beruht²³.

Auch der VI. Senat des RG hatte in einem, in späteren Urteilen nicht berücksichtigten, *obiter dictum* Zweifel daran geäußert, dass das Merkmal des inhaltlich nachteiligen Vertrages das Problem der korruptiven Hauptverträge nicht befriedigend löse²⁴.

„Als ein auf Vertrauensmissbrauch beruhendes und deswegen sittenwidriges Geschäft wird von besonderen Umständen abgesehen ein Vertragsschluss auch dann angesehen werden können, wenn von

²¹ BGH NJW 1962, S.1099; BGH NJW 1968, S.1572; BGH NJW 1973, S.363; BGHZ 85, 75 (81); BGH NJW-RR 1987, S.42.

²² RGZ 136, 359 (360).

²³ *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, §22, S.443.

²⁴ RG, Das Recht 1923, Nr.853, S.241; RGZ 130, 131 (142).

dem gezahlten Gesamtbetrag dem Vollmachtgeber ein an und für sich ausreichender Betrag zufließt, im übrigen aber das Zustandekommen des Vertrags darauf zurückzuführen ist, dass der Bevollmächtigte vom Vertragsgegner Schmiergelder bezogen hat. (...) Die Frage braucht aber nach Sachlage nicht weiter verfolgt zu werden.“²⁵

Nach heute herrschender Ansicht in der Rechtsprechung und dem Schrifttum reicht die missbilligte Kommerzialisierung des Treuebruchs für die Sittenwidrigkeit des Hauptvertrages allein nicht aus²⁶. Sie ist jedoch für die zweite, die entscheidende Fallgruppe der nachfolgend beschriebenen Kollusion von besonderer Bedeutung.

Sittenwidrigkeit wegen der Schädigung des hintergangenen Geschäftsherrn

Kollusiv nennt man ein Verhalten, wenn bei Abschluss eines Vertrages der Vertreter der einen Vertragspartei mit dem Vertragspartner heimlich zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirkt²⁷. Der Verstoß gegen die guten Sitten iSd. § 138 I BGB ergibt sich aus dem Treuebruch des Bevollmächtigten und der bewussten Ausnutzung des Treuebruchs durch den Vertragspartner²⁸. Benachteiligt ein Vertreter den Geschäftsherrn aufgrund einer Schmiergeldvereinbarung mit dem Vertragspartner planmäßig durch den Abschluss eines ungünstigen Hauptvertrages, ist dieses Zusammenwirken des Vertreters und des Vertragspartners kollusiv²⁹.

Bei dieser Bewertung ist von besonderer Bedeutung, dass der Vertreter mit dem kollusiven Vertragsschluss gegen den ihm bekannten Willen des Geschäftsherrn verstößt und durch die heimliche Zusammenarbeit mit dem

²⁵ Die Bezugnahme des BGH auf das Nachteilserfordernis des späteren RG zeigt, dass obige Zweifel des RG keinen Wiederhall gefunden haben. Vergl. BGH NJW 1989, S.26. Insofern ist die Zeit über die Kommentierung *Hefermehls* hinweggegangen, in der er, entgegen der Ergebnisse der Entscheidung des BGH in NJW-RR 1990 S.442 (443) und BGH NJW 1962, S.1099, noch auf das obiter dictum verweist. Vergl. *Hefermehl* in Soergel §138 Rd.183.

²⁶ M.w.N. BGH NJW 1989, S.26.

²⁷ *Schramm* in MüKo, BGB, §164, Rd.99.

²⁸ Vergl. *Sack* in Staudinger, §138 Rz.354.

²⁹ BGH NJW 1989, S.26 (27).

korrupten Vertragspartner seine Pflicht als Vertreter zur Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn verletzt³⁰.

Die Sittenwidrigkeit eines korruptiven Hauptvertrages stellt sich als Sonderfall der Kombination zweier in der Rechtsprechung entwickelter Fallgruppen sittenwidrigen Verhaltens dar, nämlich der Fallgruppe einer „missbilligten Kommerzialisierung“ und der „Kollusion“. Diese Fallgruppen wurden aus den allgemeinen Grundsätzen zur Umstandssittenwidrigkeit abgeleitet. Ein Hauptvertrag, der aufgrund einer Schmiergeldvereinbarung eine zu Lasten des Geschäftsherrn wirkende nachteilige Ausgestaltung gefunden hat, ist umstandssittenwidrig³¹.

Die Umstandssittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich ergeben aus den objektiven Merkmalen des Rechtsgeschäfts wie Inhalt, Umständen, Auswirkungen und Verhalten der Beteiligten sowie aus subjektiven Merkmalen, insbesondere einem verwerflichen Zweck oder Beweggrund³². Bei Umstandssittenwidrigkeit ergibt sich die Sittenwidrigkeit also nicht unmittelbar aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern erst unter Beachtung der besonderen hinzutretenden Umstände, die den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts prägen³³.

Da die Sittenwidrigkeit eines korruptiven Hauptvertrages einerseits auf dem kommerzialisierten Vertrauensbruch des Vertreters durch die Schmiergeldvereinbarung und zum anderen auf dem sich daraus ergebenden Abschluss eines zu Ungunsten des Geschäftsherrn wirkenden Hauptvertrages beruht³⁴, ergibt sich der sittliche Unwert des Hauptvertrages also einerseits aus einem besonderen Umstand, der Schmiergeldvereinbarung, und andererseits aus einem inhaltlichen Merkmal, seiner zu Lasten des Geschäftsherrn wirkenden Ausgestaltung als Ausdruck des heimlichen Treuebruchs³⁵.

³⁰ Vergl. OLG Hamm, BB 1997, S.1062 (1063).

³¹ BGH NJW-RR 1990, S.442 (443).

³² *Hefermehl* in Soergel §138 Rd.29.

³³ *Sack* in Staudinger §138 Rd.2.

³⁴ BGH ZIP 1999, S.1099 (1100); BGH NJW 1989, S.26 (27).

³⁵ RGZ 136, 359 (360); BGH NJW-RR 1990, S.442 (443).

Es ist also erst die Kombination des kommerzialisierten Vertrauensbruchs und des intendierten Nachteils, die dem Hauptvertrag den sittenwidrigen Gesamtcharakter gibt³⁶. Dies deutete der BGH 1988 an, als er entschied:

„Das Sittenwidrige der kollusiven Absprache wirkt sich auch auf den Hauptvertrag aus, weil davon auszugehen ist, dass sich L als Vertreter der Bekl. in seiner Willensentschließung durch die vom Kl. zugesagte Zuwendung an seine Mutter gegen den Willen und zum Schaden des Geschäftsherrn hat beeinflussen lassen³⁷.“

Kollusives Verhalten verlangt, dass sich ein Vertreter *gegen den von ihm Vertretenen* verhält und der Vertragspartner daran mitwirkt³⁸. Ausdruck des Tätigwerdens „gegen den Vertretenen“ in diesem Sinne ist der Abschluss eines *nachteiligen* Hauptvertrages aufgrund der Schmiergeldvereinbarung mit dem Vertragspartner, der parteiisch ist.

Was unter einer nachteiligen Ausgestaltung des Hauptvertrages verstanden werden kann, lässt die Rechtsprechung offen. Bisher wurde darunter nur ein überhöhter Kaufpreis anerkannt³⁹. Dieser Nachteil des Geschäftsherrn ist materieller Natur. Hat der Geschäftsherr auf den Hauptvertrag hin den überhöhten Kaufpreis gezahlt, hat er einen materiellen Nachteil erlitten. Da allein schon der Abschluss des Hauptvertrages und der Anschein der möglicherweise überhöhten Forderung eine Gefährdung des Vermögens des Geschäftsherrn darstellt, wird als nachteilige Ausgestaltung des Hauptvertrages wohl jede Ausgestaltung zu verstehen sein, die das Vermögen des Geschäftsherrn konkret gefährdet.

Ob immaterielle, ideelle Nachteile ebenfalls Nachteile sind, die zur Sittenwidrigkeit des Hauptvertrages führen können, ist bisher noch nicht entschieden worden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass auch immaterielle Nachteile zu der Sittenwidrigkeit eines Hauptvertrages führen können, da die Rechtsprechung allgemein von einer „zu Ungunsten

³⁶ Reich, EWiR §138 BGB 20/88, S.1159 (1160).

³⁷ BGH NJW 1989, S.26 (27); BGH nimmt u. a. bezug auf RGZ 136, 359 (360).

³⁸ Vergl. Auch OLG Köln, NJW-RR 1992, S.623 (624).

³⁹ RGZ 134,43 (56); 136, 359; BGH NJW 1989, 26 (27).

des Geschäftsherrn wirkenden Ausgestaltung des Hauptvertrages“ spricht⁴⁰. Zu denken ist dabei z. B. an den Fall, in dem der Vertreter anstatt des Vertrauten seines Geschäftsherrn, den er im Hauptvertrag als Schlichter benennen sollte, aufgrund der Schmiergeldvereinbarung einen engen Studienfreund des korrupten Vertragspartners vereinbart.

Dass die individuelle Einschätzung des Nachteils für den BGH zumindest eine Rolle spielt, zeigt sein Urteil vom 6. 5. 1999, in dem er ausführt, die Sittenwidrigkeit solle „insbesondere so lange nicht ohne weiteres angenommen werden, als die betroffene Partei den Vertrag auch in Kenntnis aller Umstände für sinnvoll und ausgewogen hält“.⁴¹

Das Urteil des Geschäftsherrn über den Nachteil soll also für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit von Bedeutung sein. Wenn das Urteil des Geschäftsherrn aber für die Schwere des Nachteils eine Rolle spielt, muss es auch bei der Frage relevant sein, ob nur ein materieller Nachteil oder auch ein immaterieller, ideeller Nachteil des Hauptvertrages für die Sittenwidrigkeit ausreicht. Es ist also davon auszugehen, dass das Urteil des hintergangenen Geschäftsherrn nicht nur hinsichtlich der Quantität des Nachteils, sondern auch hinsichtlich dessen Qualität von Bedeutung ist. Deshalb könnte ein Hauptvertrag auch wegen einer immateriell oder ideell nachteiligen Ausgestaltung des Hauptvertrages sittenwidrig sein.

Insbesondere hinsichtlich möglicher immaterieller Nachteile ist jedoch das „Architektenurteil“ des BGH beachtlich, in dem es heißt, dass der Nachteil auch von gewisser Schwere sein muss, da nicht „jeglicher noch so geringe Nachteil eine Beurteilung als sittenwidrig erlauben würde“⁴². Wann ein Nachteil derart gering ist, führt der BGH nicht aus. Vermutlich wird es sich dabei wohl um Nachteile im Hauptvertrag handeln, die noch im marktüblichen Rahmen liegen. Ansonsten liefe diese Einschränkung auf den Schutz eines korruptiven Hauptvertrages hinaus. Dies ist nicht anzunehmen.

⁴⁰ So auch *Sack* in *Staudinger* §138, Rz.473.

⁴¹ BGH ZfP 1999, S.1099 (1100).

⁴² BGH ZfP 1999, S.1099 (1100).

Nach einer Schmiergeldvereinbarung und der nachteiligen Ausgestaltung des Hauptvertrages bedarf es als dritte und letzte Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit eines Hauptvertrages der Kausalität zwischen der Schmiergeldvereinbarung und der nachteiligen Ausgestaltung des Hauptvertrages. Für den Unwertgehalt des Hauptvertrages ist von großer Bedeutung, dass der Treuebruch auf einer Schmiergeldvereinbarung *beruht*⁴³. Dabei muss der bestochene Vertreter nicht der alleinige Entscheidungsträger hinsichtlich des Abschlusses des Hauptvertrages sein. Es reicht aus, wenn er bei der Vergabe von Aufträgen durch einen Dritten mitbestimmen kann und er ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der möglichst guten Erledigung des Auftrages hat⁴⁴. Der Beitrag des Vertreters darf aber nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfielen. Insoweit bedeutet Kausalität hier Ursachenzusammenhang iSd. *Conditio sine qua non*-Formel. Ein Hauptvertrag ist deshalb nicht sittenwidrig, wenn die Schmiergeldvereinbarung keinen Einfluss auf den Hauptvertrag gehabt hat oder gehabt haben kann, z. B. wenn die Schmiergeldvereinbarung erst nach dem Abschluss des Hauptvertrages geschlossen wurde⁴⁵.

Änderung der Beweislast

Ob die Schmiergeldvereinbarung zu einem nachteiligen Hauptvertrag geführt hat, lässt sich vor Gericht oft nicht mehr zweifelsfrei nachweisen. Deshalb sollen nach Ansicht des BGH die Grundsätze des *Prima-facie*-Beweises gelten. Der Beweis *prima facie* erlaubt es, aufgrund der Lebenserfahrung bei typischen Geschehensabläufen von einem feststehenden Verhalten auf einen bestimmten Erfolg zu schließen⁴⁶.

Nach Ansicht der Rechtsprechung ist es der typische Verlauf einer Schmiergeldvereinbarung, dass dem Geschäftsherrn, wenn er das Geschäft selbst geführt oder ein redlicher Vertreter für ihn gehandelt hätte, wertmäßig

⁴³ BGH NJW-RR 1990, S.442 (443).

⁴⁴ *Krüger-Nieland/ Zöller*, RGRK, §138 Rd.177; BGH NJW 1973, S.363.

⁴⁵ So BGH NJW-RR 1990, S.442 (443).

⁴⁶ *Gottwald* in *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, Zivilprozessrecht, §115, S.662.

mindestens der dem unredlichen Vertreter gewährte Vorteil als Gegenleistung angeboten worden wäre⁴⁷. Dabei liege der Nachteil regelmäßig darin, dass der Mehrbetrag, den der Hauptvertragspartner gezahlt hat, nicht als Vorteil an den Geschäftsherrn gelangt, sondern dem Vertreter zufließt⁴⁸, also nicht ein Hauptvertrag geschlossen wurde, der die Schmiergelder der Höhe nach umfasst⁴⁹.

Sache des Hauptvertragspartners ist es, im Wege des Gegenbeweises diese Vermutung zu erschüttern, indem er die ernsthafte Möglichkeit eines untypischen Geschehensablaufes darlegt⁵⁰. Dabei wird regelmäßig der Beweis der allgemeinen Üblichkeit des Vertragsinhalts, namentlich der Angemessenheit der vereinbarten Preise nicht genügen⁵¹.

Der Schmiergeld zahlende Vertragspartner muss vielmehr beweisen, dass seine Schmiergelder oder sonstige Zuwendungen an Angestellte oder Vertreter der Gegenpartei keine nachteiligen Einwirkungen zu Lasten des Geschäftsherrn auf den Inhalt des Vertrages hatten⁵², dass der Vertragsschluss also auch ohne das „Schmieren“ zu denselben Bedingungen zustande gekommen wäre⁵³.

Gelingt dies, muss die beweisbelastete Partei für die zunächst prima facie dargelegte nachteilige Ausgestaltung des Hauptvertrages selbst unmittelbar den Beweis erbringen⁵⁴.

Ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass der Hauptvertrag eine zu Ungunsten des Geschäftsherrn wirkende Ausgestaltung erfahren hat, greift die Nachteilsvermutung nicht⁵⁵.

⁴⁷ Siehe BGH NJW 1962, S.1099 (1100). Siehe aber auch die Zweifel des Reichsgerichts in MuW 19, 1919/20, S.146 (147). Es sei nicht sicher, ob ein Geschäftsherr tatsächlich um den Betrag des Schmiergeldes besser wegkomme, oder ob sich nicht nur um diese Summe der überhaupt erzielbare und erzielte Gewinn des Schmiergeldgebers mindere.

⁴⁸ RG SeuffA. 86, Nr.152, S.271 (273).

⁴⁹ RG MuW 1933, S.136 (138).

⁵⁰ Vergl. *Jauernig*, Zivilprozessrecht, §50, V, S.202.

⁵¹ RGZ 136, 359 (361).

⁵² Vergl. RGZ 136, 359 (360).

⁵³ RGZ 136, 359 (361).

⁵⁴ *Jauernig*, Zivilprozessrecht, §50, V, S.202.

In seiner Entscheidung vom 6. 5. 1999 führt der BGH zum Beweis des ersten Anscheins aus, dass ein Anhaltspunkt für die Nachteiligkeit des Hauptvertrages zu Lasten des Geschäftsherrn gegeben sein muss. Gebe es keinen dahingehenden Anhaltspunkt, fehle eine entscheidende Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit des Hauptvertrages⁵⁶. Das bedeutet, dass der BGH die Sittenwidrigkeit des Hauptvertrages nicht nur dann ablehnt, wenn ein Nachteil von gewisser Schwere fehlt, sondern dem hintergangenen Geschäftsherrn auch dann schon die Beweislast aufbürdet, wenn kein Anhaltspunkt für die Nachteiligkeit des Hauptvertrages vorliegt. Die Schmiergeldvereinbarung selbst stellt dabei entgegen der bisherigen Rechtsprechung keinen ausreichenden Anhaltspunkt dar⁵⁷.

Vor dem Hintergrund, dass nach dem Urteil des BGH vom 6. 5. 1999 ein Hauptvertrag nicht wegen jedes noch so geringen Nachteils sittenwidrig sein soll, bedarf es wohl nach Ansicht des BGH für die Anwendbarkeit der Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins eines Anhaltspunktes für einen Nachteil von gewisser Schwere.

Würde ein Anhaltspunkt für das Vorliegen eines „noch so geringen Nachteils“ ausreichen, könnte die Sittenwidrigkeit eines Hauptvertrages gerichtlich festgestellt werden, weil dem Prozessgegner die Erschütterung der Beweisvermutung nicht gelingt.

Was der BGH unter einem Anhaltspunkt versteht und woraus sich der genau ergeben kann, lässt der BGH offen. Da die Zahlung des Schmiergelds nicht mehr als Anhaltspunkt ausreichen soll, muss sich ein Umstand aus dem Hauptvertrag selbst ergeben, der auf seine nachteilige Ausgestaltung als typische Folge der Schmiergeldvereinbarung hindeutet.

⁵⁵ BGH NJW-RR 1990, S.442 (443). In der entschiedenen Sache konnte ein Schmiergeldgeschäft keinen Einfluss auf den Hauptvertrag nehmen, da es nach seinem Abschluss angetragen wurde.

⁵⁶ BGH ZIP 1999, S.1099 (1100).

⁵⁷ Vergl. RGZ 136, S.359 (360); BGH NJW 1962, S.1099 (1100).

Rechtliche Bewertung nichtnachteiliger Hauptverträge

Ein Hauptvertrag, der keine zu Lasten des Geschäftsherrn wirkende Ausgestaltung durch die Schmiergeldvereinbarung gefunden hat, ist gemäß §138 I BGB nicht sittenwidrig⁵⁸. Der BGH merkte in seinem Urteil vom 6. 5. 1999 (Architektenurteil) an, dass ein Vertreter im Zweifel seine Vertretungsmacht missbraucht, wenn er einen Hauptvertrag mit dem Vertragspartner abschließt, der ihm Schmiergeld gezahlt hat, ohne den Geschäftsherrn über das Schmiergeld zu informieren⁵⁹. Daraus ergibt sich, dass der Hauptvertrag entsprechend §177 I BGB analog schwebend unwirksam wäre, was dem Geschäftsherrn die Möglichkeit einer Genehmigung des Rechtsgeschäfts eröffnet⁶⁰.

Aus dem Hinweis des BGH lässt sich entnehmen, dass das Gericht die Möglichkeit der Genehmigung des unter Missbrauch der Vertretungsmacht zustande gekommenen Hauptvertrages nach §177 I BGB bejaht⁶¹. Zur Begründung führt der BGH an, ein Vertreter sei im Zweifel nicht berechtigt, einen Vertrag mit demjenigen abzuschließen, der ihn vorher bestochen hat⁶². Damit ist zu erwarten, dass die bisherige Rechtslage nach der Hauptverträge mangels nachteiliger Ausgestaltung nicht als sittenwidrig galten und rechtswirksam waren, geändert wird⁶³.

Dogmatisch stützt sich diese Lösung auf die Grundsätze, denen zufolge ein Vertreter zwar im Außenverhältnis ein von der Vollmacht umfasstes Rechtsgeschäft tätigen kann, damit jedoch im Innenverhältnis pflichtwidrig handelt⁶⁴.

⁵⁸ BGH NJW-RR 1990, S.442 (443).

⁵⁹ BGH ZIP 1999, S.1099 (1101).

⁶⁰ So auch *Koebler*, §134 BGB, LM Nr.165, Blatt 5; BGH EWIR §134 BGB 1/ 2000 (*Gsell*), S.5.

⁶¹ Vergl. *Heinrichs* in Palandt, BGB §138 Rd.63.

⁶² BGH ZIP 1999, 1099 (1100); BGH NJW 2001, S.1056 (1067).

⁶³ vergl. zur früheren Rechtsprechung z. B. BGH NJW 1989, S.26 (27); BGH NJW-RR 1990, 442 (443).

⁶⁴ Vergl. BGH NJW 1994, S.2082 (2083); *Wolf* in Larenz/ Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, §46, S.895.

Überschreitet ein Vertreter bei seiner Tätigkeit im Innenverhältnis bestehende Schranken seiner Vertretungsmacht, berührt das allein noch nicht die Wirksamkeit seiner Erklärung im Verhältnis zu Dritten. Anders ist das, wenn der Vertragspartner von dem Missbrauch der Vertretungsmacht weiß oder wenn es sich ihm aufdrängen muss, dass der Vertreter die Grenzen missachtet, die seiner Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis gesetzt sind⁶⁵.

Die Genehmigung eines Hauptvertrages nach § 177 I BGB analog setzt voraus:

- Kenntnis der den Missbrauch der Vertretungsmacht betreffenden Umstände, insbesondere der Schmiergeldvereinbarung,
- Fortsetzungswille des Geschäftsherrn,
- keine weiteren Unwirksamkeitsgründe, insbesondere nach § 138 I BGB.

Bevor der Geschäftsherr seine Genehmigungsoption wirksam wahrnehmen kann, muss er also von der Schmiergeldvereinbarung und ihrer Auswirkungen auf den Hauptvertrag Kenntnis erlangt haben. Erst dann kann er dem Hauptvertrag durch seine Genehmigung Rechtswirksamkeit verleihen oder durch die Verweigerung der Genehmigung endgültig verweigern.

Der BGH weist in seiner Entscheidung vom 6. 5. 1999 darauf hin, dass ein Vertreter im Zweifel ohne vorherige Information seines Geschäftsherrn nicht befugt sei, für diesen einen Vertrag mit dem Vertragspartner abzuschließen, der den Vertreter gerade bestochen hat⁶⁶. Die Frage, ob der Missbrauch der Vertretungsmacht sich dem Vertragspartner aufdrängen muss oder Verdachtsmomente reichen, ist hier unerheblich, da der Vertragspartner in dieser Konstellation den Vertreter zu dem Missbrauch sogar selbst anstiftet. Dass die heimliche Annahme des Schmiergelds einen schweren Treueverstoß darstellt, muss dabei auch dem Vertragspartner als Partei der

⁶⁵ Vergl. BGH NJW 1984, S.1461 (1462); 1988, S.2241 (2243); OLG Hamm, BB 1997, S.1062 (1063).

⁶⁶ BGH ZIP 1999, S.1099 (1101).

Schmiergeldvereinbarung bewusst sein, schließlich kommt es ihm gerade auf den Treueverstoß an.

Hopt und *Mülbert* teilen diese Auffassung des BGH in Bezug auf Darlehensverträge. Wirken z. B. ein Bankangestellter und der Darlehensnehmer zu Lasten des Darlehensgebers zusammen, könnte nach ihrer Ansicht kaum einmal die Sittenwidrigkeit des gesamten Darlehens angenommen werden, weil die Nichtigkeitsfolge bei gewährtem Darlehen zum Nachteil des Darlehensgebers ausschlagen würde. Vielmehr sei dies ein Fall der Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht⁶⁷.

Sethe führt dazu erläuternd aus, der Darlehensgeber habe bei sittenwidrigen, valutierten Darlehensverträgen nur einen Kondiktionsanspruch gegen den Darlehensnehmer. Die Bank verliere unter Umständen die für die vertraglichen Ansprüche bestellten Sicherheiten, da es sich bei dem Kondiktionsanspruch um eine andere Art des Anspruchs handele und die für das Darlehen bestellten Sicherheiten sich nur auf den Kondiktionsanspruch erstreckten, wenn dies vereinbart sei und der Bürge auch für diese Ansprüche haften wollte⁶⁸.

Diese Ansicht entfernt sich von der h. M. nicht sehr weit, da auch die Rechtsprechung für die Sittenwidrigkeit neuerdings die Bewertung des Geschäftsherrn berücksichtigt und bei Ablehnung der Sittenwidrigkeit die Grundsätze der Vertretungsmacht wegen der Genehmigungsoption heranzieht. Im Gegensatz zur Rechtsprechung beschränken sich *Hopt* und *Mülbert* nur auf Darlehensverträge.

Nachdem bislang die Rechtsgrundlage einer Bewertung korruptiver Hauptverträge untersucht worden ist, soll nachfolgend die Rechtsfolgende beleuchtet werden.

⁶⁷ *Hopt/ Mülbert*, Kreditrecht, §607, Rz.295.

⁶⁸ Vergl. *Sethe*, Die zivilrechtlichen Folgen nationaler und transnationaler Korruption, in: Pieth/ Eigen, Korruption im internationalen Geschäftsverkehr, S.449 (459).

Rechtsanwalt Dr. Harald Schlüter, MLE, Fachanwalt für Steuerrecht
Detmolderstr.43, 33604 Bielefeld, Tel. 0521/ 96641-0, Fax -90, h.schluefer@srd.net

Rechtsfolgen der rechtlichen Bewertung des Hauptvertrages nach deutschem Recht

Genehmigungsoption des Geschäftsherrn

Die Option eines Geschäftsherrn, einen Hauptvertrag, der auf einer Schmiergeldvereinbarung beruht, zu genehmigen, deutet sich in Deutschland in zwei obiter dicta des BGH aus dem Jahr 1999 an⁶⁹. Mit der Eröffnung der Genehmigungsmöglichkeit löst sich der BGH von seiner jahrzehntelangen gefestigten Rechtsauffassung.

Sittenwidrige Hauptverträge

Nach bisheriger Ansicht des BGH war ein korruptiver Hauptvertrag, der aufgrund einer Schmiergeldvereinbarung eine inhaltlich zu Ungunsten des Geschäftsherrn wirkende Ausgestaltung gefunden hat, gemäß § 138 I BGB sittenwidrig und nichtig. Bis 1999 ging der BGH also grundsätzlich von der Nichtigkeit des nachteiligen Hauptvertrages aus⁷⁰.

Seit dem Urteil vom 4. 11. 1999 wendet der BGH auf einen nach § 138 I BGB sittenwidrigen Hauptvertrag § 177 I BGB analog an⁷¹ und zitiert in dem Urteil ausdrücklich diese in dem Schrifttum weit verbreitete, aber nur sporadisch begründeten Meinung, der er sich anschließt⁷².

Unklar ist dabei, ob ein sittenwidriger Hauptvertrag bis zur Genehmigung vollständig unwirksam, wie es der Gesetzestext des § 138 I BGB vorsieht, oder ob er schwebend unwirksam ist, wie es der BGH durch die analoge Anwendung des § 177 I BGB nahe legt. Der BGH hat sich zu dieser Rechtsfrage noch nicht geäußert.

⁶⁹ BGH ZIP 1999, S.1099 (1100); BGH ZIP 2000, S.123 (125 a.E.).

⁷⁰ Vergl.dazu oben ausführlich, Länderbericht, Deutschland.

⁷¹ Vergl. *Sethe*, WuB IV, A. §138 BGB 1.00, S.323 (325 f.).

⁷² BGH ZIP 2000, S.123 (125 a.E.).

Es ist anzunehmen, dass der BGH die gesetzliche Rechtsfolge des § 138 I BGB der Nichtigkeit in eine schwebende Unwirksamkeit abändern wollte und den §138 I BGB entsprechend geltungserhaltend reduziert, da er dem hintergangenen Geschäftsherrn eine Genehmigungsoption nach § 177 I BGB analog eingeräumt und nicht § 141 I BGB analog herangezogen hat, wonach der Geschäftsherr den nichtigen Hauptvertrag ggf. hätte bestätigen können⁷³.

Die Genehmigungsoption des § 177 I BGB ist auf einen schwebend unwirksamen Vertrag gerichtet⁷⁴. Die schwebende Unwirksamkeit ist eine konzeptionelle Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit eines Rechtsgeschäfts, da ein endgültig unwirksames, also nichtiges Rechtsgeschäft nicht genehmigt und damit quasi wiederbelebt werden kann. Eine Genehmigung setzt also schon begrifflich voraus, dass die endgültige Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch nicht eingetreten ist, denn erst die endgültige Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach Verweigerung der Genehmigung steht nach allgemeiner Auffassung der Nichtigkeit gleich⁷⁵.

Insoweit ist festzuhalten, dass der BGH durch die Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung die gesetzliche Rechtsfolge der Nichtigkeit eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts iSd. § 138 I BGB bei korruptiven Hauptverträgen in eine schwebende Unwirksamkeit abgeändert hat.

Folge ist, dass ein sittenwidriger Hauptvertrag zwar unwirksam, aber nicht unheilbar nichtig ist, sondern durch die nachträgliche Genehmigung des Geschäftsherrn wirksam werden kann. Bis zur Genehmigung oder ihrer Verweigerung ist die Unwirksamkeit des Hauptvertrages jedoch in der Schwebelage. Das Vertretergeschäft entfaltet bis dahin keine Wirkung für und gegen den Geschäftsherrn.

Nichtnachteilige Hauptverträge

⁷³ Vergl.dazu OLG Köln NJW-RR 1992, S.623 (624); So im Ergebnis auch *Sethe*, WuB IV, A. §138 BGB 1.00, S.323 (325 f.).

⁷⁴ *Schramm* in MüKo, BGB §177, Rd.16.

⁷⁵ *Schramm* in MüKo, BGB, §177, Rd. 41.

Zu unterscheiden von der schwebenden Unwirksamkeit sittenwidriger Hauptverträge sind die nichtnachteiligen Hauptverträge, die wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht schwebend unwirksam sind.

Bislang war es so, dass ein auf Schmiergeld beruhender Hauptvertrag dann nicht sittenwidrig war, wenn ausgeschlossen werden konnte, dass er eine zu Ungunsten des Geschäftsherrn wirkende Ausgestaltung gefunden hatte⁷⁶. Ein solcher Hauptvertrag war rechtswirksam.

In seinem Urteil vom 6. 5. 1999, dem sg. Architektenurteil, hat der BGH festgestellt, dass ein nichtnachteiliger Hauptvertrag nicht automatisch rechtswirksam sein soll, sondern die Möglichkeit seiner Genehmigung oder Ablehnung gemäß § 177 I BGB analog durch den Geschäftsherr bestehe, da ein Vertreter regelmäßig nicht befugt sei, mit einem Vertragspartner einen Vertrag zu schließen, von dem er zuvor Schmiergeld erhalten habe⁷⁷.

Diese Genehmigungsoption des Geschäftsherrn ergibt sich mittelbar aus der Lehre von dem Missbrauch der Vertretungsmacht, in der die Möglichkeit der Genehmigung eines missbräuchlich herbeigeführten Rechtsgeschäfts nach § 177 I BGB analog anerkannt wird⁷⁸.

Die Genehmigung eines Hauptvertrages nach § 177 I BGB analog setzt voraus:

- Kenntnis der den Missbrauch der Vertretungsmacht betreffenden Umstände, insbesondere des Schmiergeldgeschäfts,
- Fortsetzungswille des Geschäftsherrn,
- keine weiteren Unwirksamkeitsgründe, insbesondere nach § 138 I BGB.

Bevor der Geschäftsherr seine Genehmigungsoption wirksam wahrnehmen kann, muss er also von der Schmiergeldvereinbarung und seinen

⁷⁶ BGH NJW-RR 1990, S.442 (443).

⁷⁷ BGH ZIP 1999, S.1099.

⁷⁸ *Schramm* in MüKo, BGB §164, Rd.102 a.

Auswirkungen auf den Hauptvertrag Kenntnis erlangt haben. Erst dann kann er dem Hauptvertrag durch seine Genehmigung Rechtswirksamkeit verleihen oder durch die Verweigerung der Genehmigung endgültig verweigern⁷⁹.

Vor der Genehmigung ist der Hauptvertrag schwebend unwirksam, entfaltet also keine Rechtswirkung für und gegen die betroffenen Parteien. Durch die Genehmigung wird der Schwebезustand beendet und der Hauptvertrag rückwirkend von Anfang an rechtswirksam. Verweigert der Geschäftsherr seine Genehmigung, ist der Hauptvertrag endgültig unwirksam, und zwar rückwirkend von Anfang an. Die endgültige Unwirksamkeit steht der Nichtigkeit gleich⁸⁰.

Kündigung des Hauptvertrages gemäß §242 BGB

Der BGH führte in seinem Urteil vom 6.5.1999 aus, das Recht des Geschäftsherrn zur außerordentlichen Kündigung des zuvor genehmigten, nicht nachteiligen Hauptvertrages bleibe unberührt⁸¹.

Als Vorteil dieser Auffassung ist anzusehen, dass der Hauptvertrag durch eine derartige Kündigung vernichtet werden könne und der Geschäftsherr statt bereicherungsrechtlicher nun vertragliche Ansprüche gegen den korrupten Geschäftspartner habe⁸².

Sethe wendet dagegen ein, die Genehmigung eines korruptiven Hauptvertrages und dessen anschließende Kündigung wegen des korruptiven Zustandekommens stelle ein unzulässiges widersprüchliches Verhalten dar, welches der BGH wohl nur aus Billigkeitsgründen hinnehme. Gleichwohl sei diese Lösung nicht weiterführend, da sie keine Garantie dafür biete, dass ein Geschäftsherr zunächst den Hauptvertrag genehmige und ihn dann kündige. Es wäre davon auszugehen, dass der Geschäftsherr den

⁷⁹ Vergl. dazu *Heinrichs* in Palandt, BGB §177, Rd.6.

⁸⁰ *Schramm* in MüKo, BGB, §177, Rd.41.

⁸¹ BGH ZIP 1999, S.1099 (1100).

⁸² *Koebler*, LM §134 BGB, Nr. 165 Blatt 6.

Hauptvertrag aus wirtschaftlichen Gründen genehmige, ihn anschließend aber nicht kündige⁸³.

Der Auffassung des BGH ist jedoch beizupflichten, da sie dem geschädigten Geschäftsherrn den Weg in die vertragliche Rückabwicklung ebnet und so einen sachgerechten Interessenausgleich schafft.

Dogmatische Kritik an der analogen Anwendung des § 177 I BGB

Gegen die Ansicht einer analogen Anwendung des § 177 BGB auf *sittenwidrige* Hauptverträge spricht, dass die Rechtsfolge des § 138 I BGB gerade nicht zur Disposition der Parteien stehen soll, sondern gesetzlich vorgeschrieben ist⁸⁴.

Damit § 177 BGB, gemäß der Ansicht des BGH⁸⁵ und weiter Teile des Schrifttums, im Wege der Einzelanalogie auf sittenwidrige Hauptverträge angewendet werden kann, müsste § 138 I BGB auf der Rechtsfolgenseite eine planwidrige Regelungslücke aufweisen.

Eine Gesetzeslücke liegt dann vor, wenn das Gesetz eine Bestimmung vermissen lässt, die es nach dem Zweck der Regelung, nach dem ihr zugrunde liegenden „Plan“ des Gesetzgebers, enthalten sollte⁸⁶.

Fraglich ist, ob die fehlende Genehmigungsfähigkeit eines sittenwidrigen Hauptvertrages eine planwidrige Regelungslücke des § 138 I BGB ist. Der Gesetzestext des § 138 I BGB spricht eindeutig davon, dass alle sittenwidrigen Rechtsgeschäfte von Anfang an nichtig sind. Der Eintritt dieser Rechtsfolge steht nach klarem Wortlaut der Norm nicht zur Disposition einer Partei.

⁸³ Vergl. *Sethe*, WuB IV A §138 BGB 1.00, S.323 (327).

⁸⁴ Vergl. auch *Mayer-Maly* in MüKo, BGB, §138, Rd.132.

⁸⁵ Auch mit umfassenden Nachweisen des Schrifttums, BGH ZiP 2000, S.123 (125 a.E.); vergl. auch *Sethe*, WuB IV, A. §138 BGB 1.00, S.323 (325 f.).

⁸⁶ *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, §4 II S.80.

Eine Regelungslücke könnte deshalb darin gesehen werden, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung der Norm, die zur Erreichung ihres Zwecks nötig gewesen wäre, nicht vorgenommen hat. Ob das der Fall ist, soll sich nach den Leitgedanken und den Regelungszielen beurteilen, die dem Gesetz zugrunde liegen⁸⁷.

Die Einschränkung der Nichtigkeitrechtsfolge bei sittenwidrigen Hauptverträgen im Wege einer analogen Anwendung der Genehmigungsregelung beruht auf dem Gedanken des Schutzes von Individualinteressen und der Parteiautonomie.

Der Gesetzgeber versucht mit § 138 I BGB den Missbrauch der Privatautonomie zu verhindern⁸⁸. Durch das Postulat der Sittlichkeit soll der sittlichen Ordnung Geltung verschafft werden, soweit sie nicht gesetzlich verankert ist. Keine Wirkung entfalten aus diesem Grund Rechtsgeschäfte, die der allgemeinen Rechtsüberzeugung zuwiderlaufen⁸⁹. Die diskriminierende Rechtsfolge der Nichtigkeit soll weiterhin vor dem Abschluss verwerflicher Rechtsgeschäfte abschrecken⁹⁰.

An dieser Stelle wird deutlich, dass Parteiinteressen, die auf den Erhalt des Rechtsgeschäfts gerichtet sind, grundsätzlich nicht Inhalt des Regelungszwecks von § 138 I BGB sind. Im Mittelpunkt steht das Ziel, sittenwidrigen Rechtsgeschäften die Wirksamkeit zu verweigern, und zwar unabhängig von dem Parteiwillen. Das lässt sich insbesondere aus dem Sanktionsgedanken⁹¹ ableiten. Ließe man nämlich eine Genehmigung sittenwidriger Rechtsgeschäfte zu, käme es zu einer individuellen Bewertung des sittlichen Unwerts eines Rechtsgeschäfts durch den Hintergangenen, die im Widerspruch zu der Wertung der Rechtsordnung steht und zu dem Gedanken von den guten Sitten, deren Inhalt auf einem gesellschaftlichen Konsens beruht.

⁸⁷ Vergl. *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, §4 II S.80.

⁸⁸ *Heinrichs* in Palandt, BGB, §138 Rd.1.

⁸⁹ vergl. *Krüger-Nieland/ Zöller*, RGRK, §138, Rd.1.

⁹⁰ *Krüger-Nieland/ Zöller*, RGRK, §138 Rd.2.

⁹¹ *Lindacher*, Grundsätzliches zu §138 BGB, AcP 173 (1973), S.124 (130).

Deshalb kann es auch nicht allein auf die individuellen Interessen des Geschäftsherrn, wie z.B. an Gewährleistungsrechten oder der Vermeidung einer Rückabwicklung, ankommen.

Darüber hinaus sprechen weitere Regelungsziele des § 138 I BGB gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. So sind auch die Interessen der Allgemeinheit Schutzobjekt des § 138 I BGB.⁹² Bei Verträgen zielt § 138 I BGB auf den Schutz der Allgemeinheit und Dritter ab, da die Freiheit des Einzelnen zur Rechtsgestaltung ihre Grenze in der Freiheitsbeschneidung des anderen und den Grundwerten der Rechts- und Sittenordnung findet. Ziel ist es, rechtsgeschäftliches Handeln allgemeinverträglich in die soziale Ordnung einzufügen⁹³.

Die Genehmigungsfähigkeit eines sittenwidrigen Hauptvertrages pauschal zu bejahen hieße, die Interessen der Allgemeinheit pauschal einzuschränken⁹⁴. Der Gedanke, dass nichtige Rechtsgeschäfte durch eine Willenserklärung eines Beteiligten Rechtskraft entfalten können, ist der deutschen Rechtsordnung nicht fremd. Nach § 141 BGB bedarf es dafür der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts durch denjenigen, der es vorgenommen hat⁹⁵. Beruht die Nichtigkeit des zu bestätigenden Rechtsgeschäfts auf einem Verstoß gegen die guten Sitten, so hat die Rechtsprechung festgelegt, dass die Nichtigkeit nur dann aufgehoben werden kann, wenn die Gründe für die Sittenwidrigkeit nicht mehr fortbestehen⁹⁶.

Wenn man diesen Rechtsgedanken auf die analoge Anwendung des § 177 I BGB überträgt, dann hieße das, eine Genehmigung könnte nur dann erfolgen, wenn der sittliche Wert des Rechtsgeschäfts den Anforderungen der sozialen Ordnung auch entspräche. Durch eine Genehmigung verliert ein sittenwidriges Rechtsgeschäft aber nicht generell seinen sittlichen Unwert, da

⁹² Wolf in Larenz/ Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, §41, S.743; Hefermehl in Soergel §138 Rd.7.

⁹³ Hefermehl in Soergel, BGB, §138 Rd.1.

⁹⁴ Vergl. auch Sethe, WuB IV, A. §138 BGB 1.00, S.323 (325 f.).

⁹⁵ Siehe auch §7 Verbraucherkreditgesetz.

⁹⁶ BGHZ 60, 102 (108); Heinrichs in Palandt, BGB, §141 Rd.5 m.w.N.

mit § 138 I BGB grundsätzlich nicht nur Parteiinteressen, sondern auch Allgemeininteressen geschützt werden sollen⁹⁷. Eine Verletzung von Allgemeininteressen kann der Geschäftsherr aber nicht genehmigen, da er hinsichtlich der Rechtsgüter der Allgemeinheit und Dritter keine Dispositionsbefugnis hat.

§ 138 I BG enthält also keine planwidrige Regelungslücke, die bei sittenwidrigen Hauptverträgen eine uneingeschränkte Einzelanalogie des § 177 I BGB erlaubte. Dieser Änderung der Rechtsprechung des BGH stehen schon allein deshalb schwerwiegende dogmatische Bedenken entgegen.

Ein weiteres Argument ergibt sich aus der Norm des § 177 I BGB, der von dem BGH analog angewandt wird, selbständige Voraussetzung einer Genehmigung gemäß § 177 I BGB ist:

- Kenntnis der den Missbrauch der Vertretungsmacht betreffenden Umstände, insbesondere der Schmiergeldvereinbarungen,
- Fortsetzungswille des Geschäftsherrn,
- keine weiteren Unwirksamkeitsgründe, insbesondere nach § 138 I BGB⁹⁸.

Angesichts dieser Voraussetzungen erscheint es schwer nachvollziehbar, weshalb ein Hauptvertrag, der wegen seiner inhaltlich zu Lasten des Geschäftsherrn wirkenden Ausgestaltung sittenwidrig ist, trotzdem genehmigungsfähig sein soll. Dies widerspricht der dritten Voraussetzung einer Genehmigung nach § 177 I BGB, nach der das Rechtsgeschäft nicht aus sonstigen Gründen, insbesondere nicht nach § 138 I BGB, unwirksam sein darf⁹⁹. Da die Sittenwidrigkeit korruptiver Hauptverträge nicht nur allein darauf beruht, dass das Vermögen des Geschäftsherrn gefährdet wird, sondern auch darauf, dass die Rechtsgemeinschaft in ihren oben beschriebenen Interessen verletzt ist, bestehen die Gründe der Sittenwidrigkeit auch nach einer Billigung des Geschäftsherrn fort, sodass

⁹⁷ *Hefermehl* in Soergel §138 Rd.7.

⁹⁸ *Schramm* in MüKo, BGB, §177 Rd.38.

⁹⁹ Vergl. *Schramm*, in MüKo BGB, §177, Rd.38.

eine Genehmigung schon nach den allgemeinen Grundsätzen des § 177 I BGB nicht infrage käme.

Doch auch ein drittes Argument spricht gegen eine analoge Anwendung des § 177 I BGB auf sittenwidrige Hauptverträge. Früher ging der BGH davon aus, dass sittenwidrige Hauptverträge auch nichtig seien¹⁰⁰. Mit der Einführung der Genehmigungsoption ersetzt der BGH den klaren Wortlaut einer gesetzlichen Norm, die keinen Normzweckvorbehalt enthält¹⁰¹, durch eine Regelung, die den Eintritt einer der Gesetzesnorm direkt widersprechenden Rechtsfolge ermöglicht. Dies lässt sich auch nicht damit begründen, §138 I BGB enthalte als Generalklausel einen besonderen Spielraum für Rechtsfortbildung, weshalb § 177 I BGB analog auf §138 I BGB angewandt werden könne. Die „bewusst offen gelassene Gesetzeslücke“¹⁰² besteht nur auf der Tatbestandsseite. Nur hier kann die Rechtsprechung den Begriff der „guten Sitten“ auslegen. Die Rechtsfolgenseite enthält keine Generalklausel. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit steht fest. Die Rechtsauffassung des BGH widerspricht deshalb m.E. dem Gesetz¹⁰³. Der BGH sollte in diesem Punkt zu seiner alten Rechtsprechung zurückkehren.

Mag die Genehmigung nicht-nachteiliger korruptiver Hauptverträge durch den Geschäftsherrn auch unter Anwendung der Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht zu begrüßen sein¹⁰⁴, so ist die analoge Anwendung des § 177 I BGB bei sittenwidrigen Hauptverträgen¹⁰⁵ abzulehnen, da sie keinen Rückhalt im Gesetz findet. Eine solche Rechtsfolge kann nur durch eine Gesetzesreform eingeführt werden. Die Rechtsfortbildung des BGH führt deshalb zu einer unbefriedigenden Rechtsunsicherheit. Im Hinblick auf die Genehmigungsoption ist der Gesetzgeber gefragt, nicht der BGH.

¹⁰⁰ Vergl. z. B. BGH NJW, 1989, S.26 (27).

¹⁰¹ Vergl. *Mayer-Maly* in MüKo, BGB, §138 Rd.132.

¹⁰² Vergl. *Sack* in Staudinger, §138, Rd.24.

¹⁰³ So im Ergebnis auch *Sethe*, WuB, IV A §138 BGB 1.00, S.323 (326).

¹⁰⁴ Vergl. BGH ZIP 1999, S.1099 (1100).

¹⁰⁵ BGH ZIP 2000, S.123 (125 a.E.).