

# Der Verwendungsanspruch gegen den Scheingläubiger

Bemerkungen anlässlich OGH 2 Ob 207/12y

*Stefan Perner, Klagenfurt, und Martin Spitzer, Wien*

Übersicht:

- I. Einleitung und Problemstellung
- II. Meinungsstand
- III. Kein Befreiungserfordernis
  - A. Unredlichkeit des Scheingläubigers
  - B. Interessenlage
  - C. Vergleich mit § 1042 ABGB
- IV. Verhältnis der Ansprüche im Dreieck
  - A. Die Funktion der „Genehmigung“
  - B. § 1041 ABGB und Hauptschuld
  - C. § 1041 ABGB und Rückforderung nach § 1431 ABGB
- V. Ergebnisse

## I. Einleitung und Problemstellung

Wer *Johannes Reich-Rohrwig* kennt, schätzt (oder fürchtet) ihn als leidenschaftlichen Parteienvertreter im Zivilverfahren mit einer ausgeprägten Affinität zum Prozessgewinn. Es lag daher nahe, eine Causa, die ihn und die Verfasser längere Zeit beschäftigt hat (OGH 2 Ob 207/12y<sup>1</sup>), und die nach Jahren (aus unserer Sicht) gut ausgegangen ist, zu beleuchten und damit erstens zum Obsiegen und zweitens zum Geburtstag zu gratulieren.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Aus einer Rechtsanwalts-KG steigt ein Anwalt aus. Er nimmt Mandanten und Akten aus der früheren gemeinsamen in die neue eigene Kanzlei mit. Im lang andauernden Schiedsverfahren zwischen KG und ausgestiegenem Partner stellt sich heraus, dass dieser für Leistungen während aufrechter KG Honorare „auflaufen“ ließ und sie nunmehr im eigenen Namen abrechnet. Wieviel und von wem verrät er – aus anwaltlicher Verschwiegenheit! – nicht. Nach aufwändigen Nachforschungen wird die Schiedsklage gegen den früheren Partner um die aufgelaufenen Honorare ausgedehnt, gleichzeitig werden aufgrund drohender Verjährung die Man-

---

1) ÖBA 2014/2014 (*Apathy*).

danten im gegenständlichen Verfahren auf Zahlung dieser Honorare geklagt.

Im Schiedsverfahren wendet der „Aussteiger“ nun ein, die Honorarzah-  
lungen der Mandanten an ihn wären nicht schuldbefreiend gewesen, sodass er  
nicht bereichert sei. Im nunmehr vom OGH entschiedenen Honorarprozess der  
KG gegen einen Mandanten wird vom ausgetretenen Kanzleipartner als Beklag-  
tenvertreter eingewendet, mit der Ausdehnung der Schiedsklage sei die Hono-  
rarzahlung an ihn genehmigt worden, die Honorarforderung daher erloschen.  
Folgte man dieser – durchaus originellen – Verteidigungsstrategie, wären beide  
Klagen abzuweisen, und zwar wegen der jeweils anderen. Dass diese „zivilrecht-  
liche Doppelmühle“ dem ABGB nicht bekannt ist und nicht funktionieren kann,  
wäre keiner besonderen Erwähnung wert und böte keinen ausreichenden Stoff  
für einen Festschriftbeitrag.

Stellt man aber einmal außer Streit, dass die Mandanten Nichtschulden be-  
zahlt haben, weil die Forderungen der KG zustanden (dies ist lebensnahe und  
entspricht der Auffassung des OGH im gegenständlichen Verfahren), öffnet sich  
das Feld für die Bearbeitung zweier Streitfragen des Verwendungsanspruchs: Da  
die Zahlung an den falschen Gläubiger (Scheingläubiger) grundsätzlich nicht  
schuldbefreiend ist, bestehen die Ansprüche gegen den Schuldner unverändert  
fort, von ihm könnte daher jedenfalls Leistung verlangt werden. Besteht neben  
diesem vertraglichen auch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der KG gegen  
den Scheingläubiger (s III.)? Bejaht man dies, stellt sich eine Folgefrage: Hindert  
die Geltendmachung dieses Anspruchs die Betreuung gegenüber dem Schuld-  
ner (Mandant; s IV.)?

Im Verhältnis von Gläubiger und Scheingläubiger ist an § 1041 ABGB zu  
denken, wonach derjenige, der eine fremde Sache zum eigenen Nutzen verwen-  
det, Ersatz zu leisten hat. Zunächst ist nach völlig hA<sup>2)</sup> der Begriff der Sache weit,  
nämlich iSd § 285 ABGB zu verstehen, sodass unstrittig auch fremde Forde-  
rungen „verwendet“ werden können. Die Einziehung einer fremden Forderung  
bildet dabei die geradezu typische widmungswidrige Verwendung einer Forde-  
rung. Einem Anspruch nach § 1041 ABGB scheint daher auf den ersten Blick  
nichts im Weg zu stehen.

Ein Problem könnte man aber darin erblicken, dass der Schuldner nicht  
schuldbefreiend geleistet hat. Schließlich steht dem durch Zahlung erlangten  
Vermögensvorteil des Scheingläubigers spiegelbildlich die Verbindlichkeit ge-  
genüber, dem Schuldner sein Geld wieder zurückzuerstatten (§ 1431 ABGB).  
Man könnte also die Auffassung vertreten, dass der Scheingläubiger gar nicht  
bereichert sei. Aus Perspektive des Bereicherungsgläubigers könnte man bezwei-  
feln, dass eine Entreicherung eingetreten ist: An seiner Lage, könnte man argu-  
mentieren, hat sich doch nichts geändert. Er kann nach wie vor gegen seinen  
Schuldner vorgehen.

2) Siehe nur *Koziol in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>4</sup>  
(2014) § 1041 Rz 5 mwN.

## II. Meinungsstand

Tatsächlich wird das dargestellte Problem in Österreich intensiv diskutiert. In der Lehre vertritt etwa *Koziol* die Auffassung, dass eine unwirksame Verfügung „wohl“ nicht als Verwendung zu verstehen sei.<sup>3)</sup> Wenn der Verwendungsanspruch ein Rechtsfortwirkungsanspruch und der Verfügende mangels wirksamer Verfügung nicht endgültig bereichert sei, müsse ein Verwendungsanspruch ausscheiden. Der „schwebend“ Verkürzte hätte aber die Möglichkeit, die unwirksame Verfügung zu genehmigen und damit die Bereicherung endgültig zu machen.

Eine ähnliche Auffassung hat jüngst *Thöni* zur Zession vertreten: Es fehle an einer Bereicherung des Scheinzessionars, solange die Forderung des wirklichen Gläubigers aufrecht sei.<sup>4)</sup> Eine Bereicherung trete nur dann ein, wenn die Zahlung an den Scheingläubiger schuldbefreiend gewesen sei.

Wenn *Thöni* freilich auf *Reischauer* als Proponent dieser Ansicht verweist,<sup>5)</sup> geht dies uE fehl, da *Reischauer* diese Ansicht nicht vertritt, sondern sich nur mit ihren Folgen auseinandersetzt. Er behandelt im verwiesenen Beitrag<sup>6)</sup> den Fall, „dass jemand ein und dieselbe Forderung hintereinander an verschiedene Zessionare abtritt“. *Reischauer* untersucht dabei eigens die „Schuldbefreiung des Zessus als Voraussetzung des Anspruchs des Zedenten nach § 1041 ABGB?“ und führt aus: „Die neuere österreichische Lehre [...] geht – ohne dies zu begründen – davon aus, dass der Anspruch des wahren Zessionars an den Scheinzessionar schuldbefreiende Zahlung des Zessus an den Erstzessionar voraussetze“<sup>7)</sup>.

*Reischauer* liefert selbst aber auch keine Begründung für diese Auffassung, sondern stellt im Gegenteil sogar fest, dass eine dafür häufig angeführte Entscheidung<sup>8)</sup> dies nur in ihrem Leitsatz, nicht aber in den maßgebenden Entscheidungsgründen besagt: „Dort ist weder ausgesprochen, daß ein Anspruch nach § 1041 ABGB nur bei Schuldbefreiung gegeben ist, noch daß er jedenfalls dann gegeben ist“.

*Reischauer* überlegt in der Folge „wegen der Auffassung, dass der Verwendungsanspruch in unserer Fallkonstellation schuldbefreiende Wirkung voraussetze“, inwiefern die Schuldbefreiung durch Genehmigung erfolgen kann.<sup>9)</sup> Er referiert somit im Konjunktiv der indirekten Rede und baut seine Überlegungen zur Genehmigung auf der jedenfalls allseits geteilten Ansicht auf, dass der Scheinzessionar einem Bereicherungsanspruch dann ausgesetzt ist, wenn es zur Schuldbefreiung

3) *Koziol* in *KBB*<sup>4</sup> § 1041 Rz 9.

4) *Thöni* in *Fenyoes/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), *Klang-Kommentar zum ABGB*<sup>3</sup> (2011) § 1392 Rz 88, § 1395 Rz 32; offenlassend *Lukas* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), *ABGB-ON*<sup>1.01</sup> § 1394 Rz 13 (Stand Januar 2013, rdb.at).

5) Vgl *Thöni* in *Klang*<sup>3</sup> § 1392 Rz 88.

6) *Reischauer*, *Doppelzession, Bereicherung und unechte (angewandte) Geschäftsführung ohne Auftrag*, *ÖJZ* 1987, 257. Auch in *Rummel* (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/3*<sup>3</sup> (2002) § 1424 Rz 3 verweist *Reischauer* nur auf seinen Beitrag.

7) *Reischauer*, *ÖJZ* 1987, 257 (260).

8) OGH 8 Ob 534/85 HS 16.169 = *JB1* 1986, 235 (*Czermak*).

9) *Reischauer*, *ÖJZ* 1987, 257 (260).

gekommen ist. Dass das *nur dann* der Fall sein soll, sagt *Reischauer* mit keinem Wort.

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung 4 Ob 513/88 zu sehen,<sup>10)</sup> die aufgrund der im damaligen Fall nicht gegebenen Befreiungswirkung unter Berufung auf den von *Reischauer* aufgezeigten Weg davon ausging, dass die an sich unwirksame Zahlung „durch eine nachträgliche Genehmigung geheilt werden kann“. Dass es die Schuldbefreiung braucht, sagt diese E nicht, sodass weder aus ihr noch aus dem Beitrag von *Reischauer* eine Stütze des Befreiungserfordernisses folgt. Die spätere Rsp zum „Befreiungserfordernis“ ist nicht einheitlich,<sup>11)</sup> die gegenständliche Entscheidung 2 Ob 207/12y konnte die Frage offen lassen, weil es dort primär um die Frage ging, ob die vertraglichen Ansprüche gegen die Mandanten wegen der Klagseinbringung gegen den Scheingläubiger weggefallen sind. Die Verteidigungsstrategie der Mandanten lief ja darauf hinaus, dass die Einbringung der Klage als Genehmigung der Zahlung zu werten war.

Dass die Befreiung von der Verbindlichkeit eine Voraussetzung für den Verwendungsanspruch sein soll, hat vor allem *Apathy* in seiner Monographie zum Verwendungsanspruch bestritten.<sup>12)</sup> *Welser* folgt der Auffassung von *Apathy*: Verwendung ist für ihn „jede dem Recht des Eigentümers widersprechende Nutzung. Sie kann [...] in einer Verfügung bestehen, die mit der ‚Zuweisung‘ des Rechts im Widerspruch steht, oder in einem originären Eigentumserwerb“. Zusätzlichen Nachdruck verleiht dieser Auffassung noch die Bezugnahme auf die abgeirrte Exekution.<sup>13)</sup> Jüngst hat sich *Lurger* diesem Standpunkt angeschlossen, weil der Berechtigte so gegen die Uneinbringlichkeit seines Anspruchs gesichert werde.<sup>14)</sup>

*Apathy* vermutet – wie auch *Reischauer* – den Ursprung der von ihm bekämpften Auffassung im BGB. Der Blick auf die deutsche Rechtslage ist für unser Problem tatsächlich sehr aufschlussreich.

§ 816 BGB positiviert nämlich ein „Befreiungserfordernis“, indem er anordnet: „Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet.“ Damit ist für das deutsche Recht klar gestellt, dass die Wirksamkeit der Zahlung (= Schuldbefreiung des Zahlers) Erfordernis des Verwendungsanspruchs ist, sodass eine Konkurrenz von Leistungskondition und Verwendungsanspruch ausgeschlossen ist.

§ 816 normiert weiters: „Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet.“ Damit ist im deutschen Recht auch geklärt, dass bei körperlichen Sachen die Wirksamkeit der Verfügung (= Gutgläubenserwerb des Dritten) Erfordernis des Ver-

10) Dasselbe gilt auch für die darauf verweisende Entscheidung OGH 10 Ob 9/04b.

11) Vgl die Darstellung der Judikatur in der Entscheidung selbst (Punkt 5).

12) Der Verwendungsanspruch (1988) 59 ff.

13) *Welser*, Bürgerliches Recht (Schuldrecht, Erbrecht)<sup>13</sup> (2007) 287.

14) *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 1041 Rz 9 (Stand Februar 2014, rdb.at); *Wilhelm*, Verwendungsanspruch – und die Magie der Konkludenz, *ecolex* 2014, 489 stimmt dieser Auffassung „im Gemüte“ zu.

wendungsanspruchs ist. Das BGB schließt damit auch eine Konkurrenz von Verwendungsanspruch und *rei vindicatio* aus.

Der Blick nach Deutschland hatte inspirierende Wirkung für österreichische Autoren.<sup>15)</sup> So vertritt *Ehrenzweig* in der zweiten Auflage seines Systems<sup>16)</sup> die Auffassung, dass Voraussetzung für die Verwendungsklage sei, dass der Gläubiger „um seine Forderung gekommen ist“. Als Begründung beruft sich *Ehrenzweig* auf § 816 BGB, ohne allerdings den methodischen Kunstgriff offenzulegen, der zur Anwendung dieser Bestimmung in Österreich führen soll.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Meinungsstand zu § 1041 ABGB nicht einheitlich ist. In der Folge ist der Blick vom deutschen Recht zu lösen und zu zeigen, dass die Interessenlage im dreipersonalen Verhältnis Gläubiger – Scheingläubiger – Schuldner dafür spricht, dass der Verwendungsanspruch von der „Befreiung“ des Schuldners unabhängig ist.

### III. Kein Befreiungserfordernis

#### A. Unredlichkeit des Scheingläubigers

Bemerkenswert ist zunächst, dass die Vertreter der Auffassung, wonach die „Befreiung“ des Schuldners eine Voraussetzung für den Anspruch nach § 1041 ABGB sei, im Fall der Schlechtgläubigkeit des Scheingläubigers eine abweichende Auffassung vertreten.

*Koziol* bejaht einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB nämlich dann, wenn sich jemand unredlich einen Vorteil zuwendet – der Herausgabeanspruch sei in diesem Fall auf § 1041 ABGB zu stützen.<sup>17)</sup> In vergleichbarer Weise gewährt *Ehrenzweig* in den Fällen, in denen es dem Bereicherten an gutem Glauben mangelt, dennoch einen Anspruch gegen Scheingläubiger oder unredlichen Veräußerer. Wer unredlich eine fremde Forderung einzieht oder eine fremde Sache veräußert, soll nämlich als unechter Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt werden, der unabhängig davon haftet, ob es zur Befreiung des Dritten gekommen ist.<sup>18)</sup> Dass die Geschäftsführungsabsicht fehlt, komme dem Bereicherten nicht zugute, denn „auf eigene Unredlichkeit aber darf sich niemand berufen“.<sup>19)</sup>

An die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe der Bereicherung nach § 1041 ABGB tritt nach *Ehrenzweig* also im Falle der Unredlichkeit des Scheingläubigers der inhaltsgleiche Anspruch auf Herausgabe des erlangten Vorteils nach §§ 335, 336, 1009 ABGB,<sup>20)</sup> für den vorliegenden Fall eine *façon de parler*.<sup>21)</sup>

Die vorgestellte Differenzierung ist auf Basis der von den Autoren verfolgten Argumentationslinie inkonsequent. Wenn es für das Bestehen des Anspruchs gegen den Scheingläubiger auf den bei diesem eingetretenen Nutzen

15) Zutreffend *Apathy*, Verwendungsanspruch 61.

16) *Ehrenzweig*, System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts II/1<sup>2</sup> (1928) 722.

17) *Koziol* in KBB<sup>3</sup> § 1035 Rz 8.

18) *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup> 716.

19) *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup> 716.

20) Vgl *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) 168.

21) Vgl zur Abgrenzung wiederum *Meissel*, Geschäftsführung 210 ff.

ankommt, dieser aber mangels Endgültigkeit der Vermögensvermehrung nicht eingetreten sein soll, kann die Unredlichkeit des Scheingläubigers daran nichts ändern. Die Antwort auf die Frage, ob eine Bereicherung iSd § 1041 ABGB oder ein Nutzen iSd Bestimmungen zur Geschäftsführung eingetreten ist, ist vielmehr von solchen subjektiven Merkmalen unabhängig.

### B. Interessenlage

Anders als in Deutschland ist das „Befreiungserfordernis“ im ABGB nicht positiviert. Mit Recht empfindet *Apathy* die einfache Übernahme der deutschen Regelung nicht nur als methodisch unzulässig, sondern auch als teleologisch zu schlicht und daher nicht überzeugend.<sup>22)</sup> Der Tatbestand des § 1041 ABGB ist nach seiner Ansicht im Fall der Einziehung einer fremden Forderung unabhängig von einer Schuldbefreiung des Zahlers jedenfalls erfüllt, liege doch ein widmungswidriger Eingriff in die Rechtsposition des Gläubigers vor. Tatsächlich lässt sich mit diesem Hinweis der Einwand, dass keine „Bereicherung“ vorliege, entkräften. § 1041 ABGB setzt eine Verwendung voraus, die nicht erst bei Verlust der Berechtigung vorliegt, sondern bereits in der Anmaßung der Verfügungsbefugnis besteht.<sup>23)</sup>

Schwerer als der begrifflich anmutende Einwand gegen das Vorliegen einer „Bereicherung“ wiegt der Hinweis auf die Lage des Gläubigers, die sich nicht geändert hat, also die fehlende Entreicherung. Da die Leistung an den Scheingläubiger nicht schuldbefreiend war, kann der Gläubiger nach wie vor unverändert auf den Schuldner greifen, um seinen (hier: Honorar-)Anspruch durchzusetzen. Wieso sollte er parallel einen Bereicherungsanspruch gegen den Scheingläubiger haben?

Die Lösung ergibt sich aus einer Interessenabwägung im Verhältnis Gläubiger – Scheingläubiger. Zunächst zu den Interessen des Scheingläubigers: Zutreffend weist *Apathy* darauf hin, dass derjenige, der durch die Anmaßung der Verfügungsbefugnis unberechtigt eine Vermögensverschiebung herbeigeführt hat, schon aus diesem Grund nicht schutzwürdig erscheint. „Der Scheingläubiger ist weniger schutzwürdig als der wahre Gläubiger, da ihm eine Leistung zukommt, auf die er keinen Anspruch hat.“<sup>24)</sup> Dass es letztlich nicht überzeugt, nur bei schuldbefreiender Leistung einen Bereicherungsanspruch zu gewähren, begründet *Apathy*, indem er aufzeigt, dass es um verschiedene Rechtsverhältnisse geht: „Bei der Beurteilung, ob die Zahlung des debitor cessus schuldbefreiend wirkt, [kommt es] nicht auf die Schutzwürdigkeit des neuen Gläubigers, sondern auf die des Schuldners an.“ Hat aber „der Scheingläubiger im Verhältnis zum Berechtigten kein Recht auf das Erhaltene, so beschränkt sich [sein] schutzwürdiges Interesse darauf, nicht zweimal, also vom [...] Gläubiger und vom [...] Zessionsschuldner, in Anspruch genommen zu werden.“<sup>25)</sup> Zur Wahrung dieses Interesses ist es aber nicht notwendig, dass der Zahler von sei-

22) *Apathy*, Verwendungsanspruch 61 ff.

23) *Apathy*, Verwendungsanspruch 61.

24) *Apathy*, Verwendungsanspruch 61.

25) *Apathy*, Verwendungsanspruch 62.

ner Verpflichtung befreit wird und so seinen Rückforderungsanspruch verliert (dazu IV.).

Die Gewährung paralleler Ansprüche wird aber auch den Interessen des Gläubigers gerecht. Sobald der Schuldner an den wahren Gläubiger zahlt, tangiert diesen die Insolvenz des Zahlers nicht mehr. Wird an den Falschen gezahlt, trägt der wahre Gläubiger hingegen weiterhin das Insolvenzrisiko des Schuldners: Er hat zwar nach wie vor seinen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung, müsste diesen im Ernstfall aber mit den übrigen Konkursgläubigern teilen. Eine Rückzahlung des Empfangenen durch den Scheingläubiger (§ 1431) würde an die Masse gehen und wäre für den wahren Gläubiger nicht von Vorteil.

Diesen praktisch nicht zu vernachlässigenden Nachteil mildert man in sachgerechter Weise ab, wenn man dem wahren Gläubiger den Anspruch nach § 1041 ABGB gibt. Der wahre Gläubiger ist durch das Wahlrecht nämlich gegen eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, der schon an einen Falschen gezahlt hat, insofern abgesichert, als er nach § 1041 ABGB auf den Scheingläubiger greifen kann. Somit zeigt sich, dass der Verwendungsanspruch dem Gläubiger nur verschafft, was ihm durch Zahlung an den Falschen genommen wurde: Schutz gegen eine Insolvenz seines Schuldners.

Es ist daher – schon weil es im österreichischen Recht keine dem § 816 BGB vergleichbare Norm gibt – *„im Interesse des Verkürzten geboten, dass er auch ohne Genehmigung der Verfügung durch den unberechtigten Veräußerer oder der Zahlung an den Scheingläubiger einen Anspruch nach § 1041 gegen den Veräußerer bzw Scheingläubiger geltend machen kann“*.<sup>26)</sup>

Tatsächlich hat auch der OGH genau diesen Gedanken schon einmal überzeugend gefunden und in 4 Ob 66/01m<sup>27)</sup> festgehalten, dass *„der leer ausgegangene Gläubiger den seines Erachtens zu Unrecht befriedigten Forderungsprätendenten gemäß § 1041 in Anspruch nehmen [kann]“*. Das Theater in der Josefstadt hatte ein Stück aufgeführt, von dem unklar war, wem die Werknutzungsrechte zustanden. Es behielt Tantiemen bis zur Klärung, „wer nun tatsächlich bezugsberechtigt ist“, ein, zahlte sie dann aber dennoch aus. Ein Verwendungsanspruch des materiell Berechtigten gegen den Empfänger dieser Zahlung wurde vom OGH zugestanden, *„wenn – wie hier – der Schuldner einer Forderung (die Theaterbetreiberin), dem gegenüber mehrere Forderungsprätendenten auftreten, nicht mit gerichtlichem Erlag (§ 1425 ABGB) vorgeht, sondern die Leistung an einen der Forderungsprätendenten erbringt“*.<sup>28)</sup> Diese Lösung sieht den Nutzen des Scheingläubigers in Anbetracht bestehender Rückforderungsansprüche somit nicht (erst) in einer absoluten Vermehrung des Vermögens, sondern bereits darin, dass er *„zumindest vorläufig etwas erlangt, was ihm nicht gebührt“*.<sup>29)</sup>

26) Apathy, Verwendungsanspruch 63.

27) SZ 74/121.

28) 4 Ob 66/01m SZ 74/121.

29) Apathy, Verwendungsanspruch 64.

### C. Vergleich mit § 1042 ABGB

Die hier vertretene Auffassung entspricht nicht nur der Interessenlage bei § 1041 ABGB, vielmehr schließt sich auch der Kreis zu einer – jedenfalls in diesem Punkt – vergleichbaren Problematik des Bereicherungsrechts: Nach § 1042 ABGB hat derjenige das Recht auf Rückersatz, der einen Aufwand macht, den ein anderer nach dem Gesetz hätte machen müssen. Nach der von *Auckenthaler* entwickelten Ansicht haftet nach § 1042 ABGB nicht nur, wer sich durch die Zuwendung des Dritten seinen Aufwand endgültig erspart hat, sondern auch, wer ihn sich bloß vorläufig erspart.<sup>30)</sup> So beurteilt man die irrtümliche Zahlung von Unterhalt durch den Scheinvater an das Kind unter einem zweifachen Blickwinkel: Einerseits steht dem Zahler die *condictio indebiti* gegen das Kind zu, andererseits kann er sich nach § 1042 ABGB an den wirklichen Vater und Unterhaltsschuldner halten, obwohl seiner (endgültigen) Bereicherung entgegensteht, dass das Kind im Falle der Rückabwicklung der Zahlungen an den Scheinvater seinen Unterhaltsanspruch gegen den wirklichen Vater geltend machen könnte.<sup>31)</sup>

Dass der Scheinvater insgesamt nur einmal Ersatz bekommen kann, muss als Selbstverständlichkeit nicht eigens erwähnt werden (zu den Details s. IV.). „Damit zeigt sich aber: Zur Wahrung der Interessen des Bereicherten braucht man nicht notwendig das Entstehen des Verwendungsanspruchs davon abhängen zu lassen, dass [der Schuldner] von seiner Verpflichtung befreit worden ist.“<sup>32)</sup>

Dem hat sich auch der OGH jüngst in seiner ausführlich begründeten Grundsatzentscheidung 2 Ob 157/10t zum Verhältnis von Leistungskondition und Aufwandersatzanspruch eindeutig angeschlossen,<sup>33)</sup> sodass *Koziol* der Ansicht, dass bereits die vorläufige Ersparnis des Aufwandes ausreiche, attestiert, heute zu überwiegen.<sup>34)</sup>

Dies ist gleichzeitig ein gewichtiges Indiz für die hier befürwortete Lösung des Problems bei § 1041 ABGB, weil nicht ersichtlich ist, warum man Verwendungs- und Aufwandersatzanspruch in dieser Frage nicht gleich behandeln sollte.<sup>35)</sup> Tatsächlich hat der 2. Senat des OGH im Ausgangsfall zu 2 Ob 207/12y die Parallele zu seiner eigenen Vorentscheidung in 2 Ob 157/10t gezogen, den letzten Schritt aber nicht getan. Ob aus den in OGH 2 Ob 157/10t entwickelten Grundsätzen „tatsächlich ausreichende Argumente“ für die Konkurrenz von Rückforderungs- und Verwendungsanspruch gewonnen werden könnten, „muss hier

30) Diesem folgend *Rummel* in *Rummel* II/3<sup>3</sup> § 1431 Rz 7; *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar IV<sup>4</sup> (2014) § 1042 Rz 5, der die *Verfasser* allerdings missversteht, wenn er *Perner/Spitzer*, Unterhaltserhöhung nach Körperverletzung und Regress – kein Problem des Bereicherungsrechts, EF-Z 2006, 36 (39) als Vertreter der Gegenauffassung zitiert. Die von *Auckenthaler* behandelte Frage konnte im Beitrag vielmehr ausdrücklich offen gelassen werden.

31) *Auckenthaler*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980) 59 ff, 90 ff.

32) *Apathy*, Verwendungsanspruch 64.

33) Ausführlich 2 Ob 157/10t JBl 2011, 591 (*Rummel*) = ÖBA 2011, 820 (*Apathy*) = EvBl 2011/133 (*Fidler*, 982).

34) *Koziol* in *KBB*<sup>4</sup> § 1042 Rz 2 mwN. Vgl zu diesem Thema schon *Koziol*, Unterhaltsansprüche für die Vergangenheit und Regressansprüche eines Drittzahlers, JBl 1978, 626 (631–633).

35) So auch *Apathy*, Anmerkung zu 2 Ob 207/12y, ÖBA 2014, 379.



nicht abschließend beurteilt werden“. Dass es nicht zum Schwur kam, liegt daran, dass der OGH nicht den im Schiedsverfahren geltend gemachten Verwendungsanspruch gegen den ausgestiegenen Rechtsanwalt beurteilen musste, sondern im Honorarprozess gegen den Mandanten über die ungleich unkritischere Honorarforderung entscheiden konnte (s bereits oben I.). Dazu musste er nur ausführen, dass die Ansprüche durch die Zahlung an den falschen Gläubiger nicht erloschen und dass die Klagsführung im Schiedsverfahren nicht als konkludente Genehmigung der Zahlung (§ 863 ABGB) gewertet werden konnte,<sup>36)</sup> sodass der Zahlungsanspruch keinesfalls untergegangen sei.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auch die Rechtsprechung zum Aufwendersatzanspruch nach § 1042 ABGB eine Stütze für die hier vertretene Auffassung bietet, wonach die Befreiung des Schuldners keine Voraussetzung für das Bestehen des Verwendungsanspruchs ist.

#### IV. Verhältnis der Ansprüche im Dreieck

##### A. Die Funktion der „Genehmigung“

In Lehre und Rechtsprechung – jüngst wieder in OGH 2 Ob 207/12y – wird die Frage diskutiert, wann eine Genehmigung der Zahlung des Schuldners an den Scheingläubiger durch den Bereicherungsgläubiger anzunehmen ist. Im Besonderen wird gefragt, ob die Einbringung einer Klage nach § 1041 ABGB als Genehmigung der vorerst unwirksamen Zahlung zu werten ist. Die Untersuchung der Voraussetzung einer solchen Genehmigung kann allerdings nicht erfolgen, ohne dass man sich mit ihren Folgen auseinander setzt:

Verneint man – so wie hier vertreten – das Befreiungserfordernis, stellt sich nämlich die Frage, ob die Klagsführung eine Genehmigung der Zahlung an den Scheingläubiger ist und damit die Honorarforderungen untergehen lässt. Sieht man die Befreiung hingegen als Voraussetzung für das Bestehen des Verwendungsanspruchs (so – wegen § 816 BGB – in Deutschland, vgl II.), *ändert sich ihre Hauptfunktion plötzlich*. Es geht dann nicht mehr primär darum, ab wann der alternative Anspruch (durch Genehmigung) untergeht, sondern die Genehmigung bringt den deckungsgleichen Anspruch überhaupt erst zum Entstehen. Sie ist also Voraussetzung des Verwendungsanspruchs.

Diesen strukturellen Unterschied der Funktion einer möglichen Genehmigung nach deutschem und österreichischem Recht muss man im Hinterkopf behalten, wenn man sich dem Verhältnis der Ansprüche im Dreieck zuwendet.

##### B. § 1041 ABGB und Hauptschuld

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass dem wirklichen Gläubiger „zwei Wege zum Ziel“ offenstehen. Er kann entweder den Scheingläubiger mittels § 1041 ABGB in Anspruch nehmen oder er kann die noch offene Forderung beim Schuldner liquidieren.

<sup>36)</sup> Zustimmend *Apathy*, ÖBA 2014, 379; *Wilhelm*, *ecolex* 2014, 489.

Dass der Gläubiger dabei nicht nach § 1041 ABGB und zusätzlich aufgrund des Hauptschuldverhältnisses einkassiert und auch den Betrag behält, ist freilich ebenso offensichtlich, wie dass die Auflösung des Konflikts nicht dazu führen kann, dass der Gläubiger weder gegen den Scheingläubiger noch gegen den Hauptschuldner vorgehen darf.

Das ist keine Besonderheit des vorliegenden Falles: Tatsächlich liegt hier nämlich ein Fall der Gesamtschuld vor.<sup>37)</sup> Voraussetzung für Gesamtschuld ist ja, dass die Verpflichtungen der Liquidierung des „identischen Gläubigerinteresses“ dienen.<sup>38)</sup> Diese Voraussetzung ist erfüllt.

Der Subsumtion unter die Gesamtschuld könnte allenfalls im Weg stehen, dass die beiden Ansprüche zwar demselben Gläubigerinteresse dienen, jedoch nicht auf demselben Rechtsgrund beruhen (Vertrag – Bereicherung). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass nach ganz hA die Rechtsfolgen der §§ 891 ff ABGB (ob direkt oder analog) auch bei nicht auf Vertrag beruhenden, etwa zufällig entstandenen unechten Gesamtschulden eingreifen.<sup>39)</sup> Obwohl die Frage nach den Entstehungsgründen der Gesamtschuld in Österreich an sich umstritten ist,<sup>40)</sup> wird also nicht bezweifelt, dass ein einheitlicher Rechtsgrund nicht Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsfolgen der §§ 891 ff ABGB ist.<sup>41)</sup> Die Bestimmungen über die Gesamtschuld kommen daher (zumindest analog) zur Anwendung, weil das Gläubigerinteresse beiden Verpflichteten gegenüber identisch ist.

Der bei der Solidarschuld entstehende Interessenkonflikt zwischen den Beteiligten wird durch § 891 ABGB aufgelöst. Die Rechtsfolgen der Gesamtschuld treten unabhängig vom Grund ihrer Entstehung ein.<sup>42)</sup> Primär gilt, dass der Gläubiger das Wahlrecht hat, welchen Schuldner er in Anspruch nimmt.<sup>43)</sup> Fraglich ist nun, welche Rechtsfolgen die Geltendmachung eines Anspruchs auf den anderen hat.

Es kann kaum überraschen, dass die im ABGB grundlegende Lösung nicht lautet, dass der Gläubiger beide Ansprüche verliert, wenn er beide Schuldner in Anspruch nimmt. § 891 ABGB verfolgt – aus gutem Grund – ein völlig anderes Konzept: Wer das Wahlrecht hat, zwei Personen für eine Leistung in Anspruch zu nehmen, kann dies tun, solange er noch keine Leistung erhalten hat. Erst die Erfüllung, nach völlig unstrittiger Ansicht nicht schon die Klagseinbringung gegen einen der Mitschuldner, entfaltet Wirkung gegen die übrigen.<sup>44)</sup> Nicht einmal die Verurteilung eines Verpflichteten befreit die übrigen Solidarschuldner.<sup>45)</sup> Das Wahlrecht des Gläubigers, welchen Solidarschuldner er in Anspruch nimmt, be-

37) Vgl *Auckenthaler*, Irrtümliche Zahlung 88.

38) *Lukas*, Von liquidierbaren Drittschäden, anzurechnenden Vorteilen und unechten Gesamtschulden, JBI 1996, 481, 567 (572).

39) OGH 5 Ob 114/03f SZ 2003/172; 8 Ob 58/08v bbl 2005, 167; *P. Bydlinski* in KBB<sup>4</sup> § 891 Rz 2.

40) Vgl nur die Nachweise bei *Perner* in Klang<sup>3</sup> § 891 Rz 25.

41) OGH 2 Ob 561/94 SZ 67/153 unter Berufung auf *Gamerith* in *Rummel* I<sup>3</sup> (2000) § 891 Rz 2.

42) *Perner* in Klang<sup>3</sup> § 891 Rz 41; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 891 Rz 6.

43) Siehe *Perner* in Klang<sup>3</sup> § 891 Rz 41.

44) *Gschmitzer* in Klang IV/1<sup>2</sup> 297 f.

45) *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986) 95.

steht also nach einhelliger Ansicht bis zu seiner vollständigen Befriedigung.<sup>46)</sup> Hat man aber einmal erkannt, dass das Wahlrecht bis zur vollständigen Befriedigung aufrecht bleibt, so folgt daraus notwendig, dass eine Klagseinbringung gegen den einen Solidarschuldner auch nicht als Genehmigung der Zahlung und damit als Verzicht auf den anderen Anspruch gedeutet werden kann, weil ein solches Verständnis das gesetzgeberische Konzept – in geradezu abenteuerlicher Weise – ins Gegenteil verkehren würde; selbstverständlich wird eine solche Verzichtswirkung auch von niemandem vertreten.<sup>47)</sup>

Es überrascht daher auch nicht, dass die Entscheidung 2 Ob 207/12y auf dieser Linie liegt, wenn dort ausgesprochen wird, dass in der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Scheingläubiger keineswegs eine Genehmigung der Zahlung und damit ein Verzicht auf Ansprüche gegen den ursprünglichen Schuldner liegen muss.<sup>48)</sup>

Es zeigt sich im Ergebnis auch eine interessante Parallele zur Situation in Deutschland. Wie gezeigt, ist nach § 816 BGB die Wirksamkeit der Verfügung und damit die Genehmigung eine Voraussetzung des Verwendungsanspruchs. Obwohl dies gesetzlich positiviert ist, ist die Lehre nahezu ausschließlich mit der Frage beschäftigt, „wie man dem Berechtigten die Wahl zwischen Kondiktion gemäß § 816 Abs 1 und Vindikation nach § 985 möglichst lange erhalten kann“<sup>49)</sup>. Zu Recht wird Zurückhaltung bei der Annahme stillschweigender Genehmigungen angemahnt, da sonst dem Berechtigten die Möglichkeit zu früh versperrt werde, gegen den Erwerber vorzugehen; dies könne sich bei Insolvenz des Nichtberechtigten zu Lasten des Berechtigten auswirken.<sup>50)</sup> Daraus folgt – bei gesetzlichem Genehmigungserfordernis für Ansprüche gegen den Scheingläubiger – dass dem Berechtigten die Wahlmöglichkeit möglichst lange erhalten bleiben soll, was in der Praxis durch eine Verurteilung des Verfügenden zur Leistung Zug um Zug gegen Erteilung der Genehmigung erfolgt, um nicht bereits in der Einbringung der Klage die Genehmigung zu erblicken. Damit hat der Berechtigte sein Wahlrecht bis zum Erhalt der Leistung – ein aufgrund der Interessenlage nicht bloß zufällig mit § 891 ABGB übereinstimmendes Ergebnis.

### C. § 1041 ABGB und Rückforderung nach § 1431 ABGB

Schließlich ist auch noch auf die Rechtsposition des Scheingläubigers einzugehen. So wie der Umstand, dass der Gläubiger die Wahl zwischen zwei Schuldnern hat, nicht dazu führt, dass er berechtigt ist, zwei Leistungen zu behalten, führt der Umstand, dass der Scheingläubiger zwei Gläubigern (nach § 1041 ABGB bzw nach § 1431 ABGB) verpflichtet ist, nicht dazu, dass er zweimal zahlen muss.

46) Siehe nur Riedler in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 891 Rz 5.

47) Vgl Riedler in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 891 Rz 5.

48) Vgl zu einer ähnlichen – und vom OGH auch gleich beurteilten – Situation beim Eigentumsvorbehalt jüngst 8 Ob 94/09w und dazu *Spitzer*, Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht – Eigentumsvorbehalt, Hypotheken, Sicherungszession, ÖBA 2014, 172 (173 f).

49) *Schwab* in *Habersack* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>6</sup> (2013) § 816 Rz 34.

50) Vgl *Wendehorst* in *Bamberger/Roth* (Hrsg), Kommentar zum BGB II<sup>3</sup> (2012) § 816 Rz 12.

Die dogmatische Begründung für die Auflösung dieses zweiten dreipersonalen Verhältnisses in Konstellationen wie der vorliegenden haben *Auckenthaler*<sup>51)</sup> und *Apathy*<sup>52)</sup> geliefert: Die beiden Gläubiger sind Gesamtgläubiger nach § 892 ABGB. Der Scheingläubiger ist nur zu einer Leistung verpflichtet, er muss nur einmal zahlen. Grundsätzlich kann er sich aussuchen, wem er die Leistung erbringen möchte.<sup>53)</sup>

Vom freien Wahlrecht macht das Gesetz aber eine wesentliche Ausnahme: Nach § 892 ABGB hat der Schuldner nämlich „das Ganze demjenigen [...] zu entrichten, der ihn zuerst darum angeht.“ Ab dem Zeitpunkt des „Angehens“ hat der Schuldner nicht mehr das Recht, frei zu wählen, welchem Gesamtgläubiger er die Leistung erbringt, vielmehr kann er nur mehr dem „angehenden“ Gesamtgläubiger leisten und wirkt nach einhelliger Ansicht nur mehr die Leistung an ihn schuldbefreiend.<sup>54)</sup> Diese als Konzentrationswirkung des Angehens bezeichnete Rechtsfolge tritt spätestens mit Klagseinbringung ein.<sup>55)</sup>

## V. Ergebnisse

Der Verwendungsanspruch des wahren Gläubigers gegen den Scheingläubiger hängt nicht davon ab, dass der Schuldner durch Zahlung von seiner Verbindlichkeit befreit wurde. Bei unwirksamer Zahlung hat der Gläubiger vielmehr die Wahl, ob er seinen (nach wie vor bestehenden) Anspruch gegen den Schuldner durchsetzt, oder ob er sich mittels § 1041 ABGB gegen den Scheingläubiger richtet. Scheingläubiger und Schuldner sind solidarisch verpflichtet (§ 891 ABGB).

Der Entscheidung OGH 2 Ob 207/12y ist insofern zuzustimmen, als die Klagseinbringung gegen den Scheingläubiger nicht als „Genehmigung“ der unwirksamen Zahlung zu verstehen ist, die den alternativen Anspruch erlöschen lässt. Die Konkurrenz der Ansprüche ist vielmehr auf Basis der Regelungen des ABGB zur Solidarschuld zu lösen. Der Gläubiger hat daher bis zu seiner vollständigen Befriedigung das Wahlrecht, welchen Solidarschuldner er in Anspruch nimmt.

Es zeigt sich also, dass sich das in diesem Beitrag behandelte Problem zufriedenstellend lösen lässt, wenn man die Lösung auf dem ABGB aufbaut. Bei Rückgriffen auf das BGB ist hingegen Vorsicht geboten – gerade dort, wo das deutsche Regelungskonzept inhaltlich gescheitert ist.<sup>56)</sup>

51) Irrtümliche Zahlung 90f.

52) Verwendungsanspruch 64.

53) Vgl nur Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 892 Rz 2; Perner in *Klang*<sup>3</sup> § 892 Rz 2.

54) *Gamerith* in *Rummel I*<sup>3</sup> § 892 Rz 2; *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 892 Rz 1f; Perner in *Klang*<sup>3</sup> § 892 Rz 8; Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 892 Rz 2.

55) Siehe zB *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 892 Rz 2; Perner in *Klang*<sup>3</sup> § 892 Rz 9f.

56) So zu § 816 BGB zutreffend *Apathy*, Verwendungsanspruch 62.