

Ersatz der Kosten eines Vorprozesses beim Solidarschuldnerregress

Ass. Dr. Stefan Perner
Wien

Als ich am Beginn meiner Assistententätigkeit bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Gert Iro stand und mich um ein Dissertationsthema umsah, gab er mir den Anstoß, Probleme der Mehrheiten im Schuldverhältnis zu bearbeiten. Mit dem vorliegenden Beitrag, der diesen Bereich betrifft, möchte ich Herrn Professor Iro meine Glückwünsche aussprechen und mich sowohl für seine stete Förderung als auch für das unvergleichbare Klima an seinem Lehrstuhl herzlich bedanken.

1. Problemstellung

Hat ein solidarisch verpflichteter Schuldner den Gläubiger befriedigt, kann er bei den übrigen Mitschuldnern Rückgriff nehmen (§ 896 ABGB¹⁾). Der Beitrag behandelt die Frage, ob dies auch für Kosten gilt, die er zur Abwehr des Anspruchs aufgewendet hat.

Das Problem stellt sich immer dann, wenn der Regressnehmende den Vorprozess – zumindest teilweise – verloren hat. Bsp: A und B sind dem G solidarisch zur Zahlung von 100 verpflichtet. Da im Fälligkeitszeitpunkt nicht gezahlt wird, klagt G den A auf Zahlung, dieser unterliegt und wird auf Zahlung von 130 verurteilt (100 + Zinsen + gegnerische Prozesskosten). An eigenen Prozesskosten wendet A 20 auf. Da die Quoten im Innenverhältnis je 50 % betragen, möchte A bei B hälftig Rückgriff nehmen.

War A hingegen erfolgreich, schuldet er dem Gegner des Vorprozesses nichts – auch keinen Kostenersatz. Im Gegenteil, grundsätzlich bekommt er dann die eigenen Kosten von G ersetzt²⁾. Es ist aber durchaus denkbar, dass dieser Ersatz nicht seine vollen Aufwendungen abdeckt³⁾ (oder die Forderung nicht einbringlich ist). Auch dann stellt sich die Frage, ob er einen Teil seiner Aufwendungen von B regressieren kann⁴⁾.

Rechtsgrundlage für den Rückgriff der dem Gegner des Vorprozesses zu ersetzenden Kosten und sonstige Nebenforderungen kann in manchen Fällen § 896 sein. Hätte unser Gläubiger G zB alle beide Solidarschuldner gemeinsam geklagt, wären sie solidarisch zum Kostenersatz verpflichtet (§ 46 ZPO). Der Rückgriffsanspruch würde in diesem Fall auch die dem Gegner zu ersetzenden Prozesskosten umfassen, weil sich die Solidarschuld auf sie erstreckt. A könnte bei B hälftig Regress nach § 896 nehmen⁵⁾.

§ 896 bietet jedoch keine Grundlage für den Rückgriff wegen der *eigenen Kosten*, weil diese von der Solidarschuld niemals umfasst sind. Wegen der 20, die A in unserem Beispiel aufgewendet hat, kann er daher nicht nach § 896 Rückgriff bei B nehmen.

In der Folge wird der Ersatz der Kosten in Fällen erörtert, in denen § 896 den Ersatz nicht trägt. Nach einer Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung und Lehre wird dabei eine neue, bislang nicht beachtete Rechtsgrundlage für den Rückersatz herausgearbeitet.

2. Rechtsprechung⁶⁾

In Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung bejaht der OGH in mittlerweile gesicherter Judikatur den Anspruch des zahlenden Solidarschuldners auf anteiligen Ersatz der Prozesskosten und des Verspätungsschadens⁷⁾ gegen seinen nicht am Vorprozess beteiligten Gemeinschaftler⁸⁾. Rechtsgrundlage ist insb die nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) gem § 1037.

Der OGH zieht diesem Anspruch aber sehr enge Grenzen: Unabdingbare Voraussetzung für den Rückgriff ist, dass der Regressnehmende (A) seinem Mitschuldner (B) im Vorprozess den Streit verkündet hat⁹⁾. Ohne die Streitverkündung gewährt der OGH keinen Kostenregress. Der Grund dafür liegt in den Voraussetzungen für den Anspruch aus nützlicher Geschäftsführung. Nur bei Streitverkündung könne von der Führung eines fremden Geschäftes ausgegangen werden. Habe sich der Regresspflichtige (B) trotz Streitverkündung am Vorverfahren nicht beteiligt und überlasse er so dem beklagten Mitschuldner (A) die Klärung des gegen beide Schuldner bestehenden Anspruchs, sei er auch an jene Verfahrensergebnisse gebunden, die er bei Beteiligung hätte bekämpfen können¹⁰⁾. Für den

1) Paraphrasenzitate ohne nähere Angabe beziehen sich auf das ABGB.

2) Erfolgsprinzip, § 41 ZPO.

3) Etwa, weil er mit seinem Rechtsanwalt ein höheres als den Rechtsanwaltstarif vereinbart hat. Der übersteigende Anteil ist vom Kostenersatz nicht umfasst (§ 41 Abs 2 ZPO).

4) Siehe FN 44.

5) Ein Rückgriff nach § 896 ist auch denkbar, wenn die Solidarschuldner (in unserem Bsp A und B) im Vorprozess nicht gemeinsam belangt werden. Solidarschuldner haften dem Gläubiger (G) unter bestimmten Umständen nach § 896 nämlich auch für Kosten, die bei Eintreibungsversuchen gegen die übrigen Gemeinschaftler (A, B) entstanden sind (zB Prozesskosten). Umfasst die Solidarhaftung des B auch diese Kosten, ist die Grundlage für deren Regress daher § 896. Vgl zu dieser Frage *Gamerith*, Die Kreditmithaftung geschiedener Ehegatten nach § 98 EheG, RdW 1987, 183 (190 f); ders in *Rummel*, ABGB¹ § 891 Rz 6; diessm folgend OGH 8 Ob 55/02z, EvBl 2003/5 = OBA 2003/1118, 461; aA *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986) 101 FN 2.

6) Eine ausführliche Darstellung und eingehende Analyse der einschlägigen Rsp des OGH findet sich bei *Pochmarski/Strauss*, Die Rechtsprechung des OGH zum Regress von Prozesskosten, JBl 2002, 353.

7) Gemeint ist der Aufwand des belangten Solidarschuldners, der in der Pflicht zur Zahlung des Verspätungsschadens an den Gläubiger besteht.

8) Erstmals 6 Ob 324/97h, SZ 70/241; in der Folge 7 Ob 277/98f, *ecolex* 2000/35; 7 Ob 203/98y, RdW 1999, 790; 1 Ob 232/99w, JBl 2000, 36 = RdW 2000/50; 6 Ob 68/99i; 2 Ob 332/99h, RdW 2000/237; 8 Ob 2/00b, JBl 2001, 172 = RdW 2001/228; 4 Ob 313/00h, SZ 74/6 = EvBl 2001/111 = RdW 2001/449; 4 Ob 62/01y, *ecolex* 2001/234; 7 Ob 43/02b, RdW 2002/591; 3 Ob 53/02v, RdW 2003/206 = bbl 2002/168; 3 Ob 313/01b, RdW 2003/355 = MR 2005, 476 = bbl 2003/86; 9 Ob 105/03m; 1 Ob 296/04t; 7 Ob 30/04v.

9) Vgl 7 Ob 277/98f, *ecolex* 2000/35; 1 Ob 232/99w, JBl 2000, 36 = RdW 2000/50 = *ecolex* 2000/2; 3 Ob 313/01b, RdW 2003/355 = MR 2005, 476 = bbl 2003/86; 7 Ob 30/04v; 7 Ob 18/06g. Auch *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 367, lesen dieses Ergebnis aus der Rsp des OGH ab.

10) 6 Ob 324/97h, SZ 70/241. Die Bindungswirkung bezieht sich freilich auf das Verhältnis zwischen Regressberechtigtem und -verpflichtetem, nicht aber zwischen Letzterem und dem Gläubiger des Vorprozesses

OGH ist also die durch Streitverkündigung verursachte Bindungswirkung, die der Vorprozess zwischen Gläubiger (G) und belangtem Solidarschuldner (A) im Verhältnis zwischen diesem und dem nun im Regressweg in Anspruch genommenen zweiten Solidarschuldner (B) entfaltet¹¹⁾, entscheidender Ansatzpunkt für die Nützlichkeit der Geschäftsführung.

Hat sich der zur Beteiligung aufgeforderte Mitschuldner tatsächlich am Prozess beteiligt, stehe aber mangels Führens eines fremden Geschäftes nur mehr ein Bereicherungsanspruch nach § 1041 zu¹²⁾. Auch die analoge Anwendung von § 1043 wird mitunter bejaht¹³⁾.

Habe der Regressverpflichtete gegenüber dem Regressberechtigten eine Vertragsverletzung begangen, wodurch Solidarschuld entstanden ist, könne überdies Schadenersatz begehrt werden¹⁴⁾. ZB: Der Subunternehmer verletzt seinen Vertrag mit dem Generalunternehmer schuldhaft, weshalb der Vertragspartner des Generalunternehmers (Werkbesteller) einen Schaden erleidet. Der Werkbesteller klagt den Generalunternehmer auf Schadenersatz und obsiegt (§ 1313a)¹⁵⁾. Der Generalunternehmer möchte beim Subunternehmer Regress (aufschadenersatzrechtlicher Grundlage) nehmen. Wurde früher generell judiziert, dass die bloße Schlechterfüllung des Vertrages zwischen Regressberechtigtem und -verpflichtetem allein noch keine solche Haftung auslöse¹⁶⁾, findet sich in jüngeren Entscheidungen eine eingehende Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhanges zwischen dem Kostenschaden und der verletzten Vertragspflicht; verneint wurde dieser Zusammenhang etwa bei aussichtsloser Prozessführung durch den Regressnehmenden¹⁷⁾.

3. Lehre

Die Lehre stand dem Regress der durch den Vorprozess entstandenen Kosten früher einhellig positiv gegenüber. *Koziol*¹⁸⁾ gewährt einen Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag; wer dies ablehne, müsse § 1043 entsprechend anwenden. Der Anspruch sei (wohl unabhängig von einer Bindungswirkung) gegeben, wenn sich die Mitschuldner durch einen sorgfältig geführten Vorprozess einen Prozessaufwand ersparten. *Koziol* weist zur Stützung dieser Ansicht auch auf den in § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG geregelten Prozesskostenersatzanspruch hin. Demnach kann der Dienstnehmer (Dienstgeber) nach

Zahlung an den Geschädigten infolge rechtskräftiger Verurteilung (entsprechend den internen Anteilen) Regress auch für die notwendigen Prozesskosten nehmen.

*Huber*¹⁹⁾ steht sowohl § 1037 als auch § 1043 skeptisch gegenüber, möchte aber § 1041 heranziehen. Allerdings gibt er zu bedenken, dass dem Bereicherungsgläubiger der Nachweis des Bestehens der Anspruchsgrundlage nach § 1041 nicht leicht gelingen werde; *Huber* schlägt in weiterer Folge für im Innenverhältnis durch einen Vertrag verbundene Solidarschuldner eine Analogie zu § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG vor²⁰⁾; Voraussetzung für den Kosten-

regress sei die Streitverkündigung; dies gelte (arg § 1361) für alle Schuldnermehrheiten, bei denen letztlich einer die Schuld endgültig zu tragen habe²¹⁾.

*Apathy*²²⁾ gewährt einen Anspruch nach § 1037, wenn die Prozessführung die Interessen der mithaftenden Beteiligten de facto wahre; dafür spreche auch § 4 Abs 2 DHG. Auch *Game- rith*²³⁾ und *Schauer*²⁴⁾ begrüßen den Ansatz über die nützliche Geschäftsführung. Eine Analogie zum DHG lehnt *Gamerith*²⁵⁾ aber mE zu Recht ab: die genannten Sonderbestimmungen sind kein Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, sondern wollen vielmehr einen Ausgleich dafür schaffen, dass der in Anspruch genommene Schuldner mangels Einverständnisses des späteren Regressschuldners mit der Zahlung zur Prozessführung gezwungen ist, will er nicht seinen Regressanspruch verlieren. *Pochmarski/Strauss*²⁶⁾ stimmen – unter ausführlicher Darstellung und Analyse der höchstgerichtlichen Rsp – den Ansichten des OGH grundsätzlich zu. *Reischauer*²⁷⁾ referiert (zum Problem des Regresses des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen) den Meinungsstand zur Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherung; näher geht er auf Schadenersatz als Anspruchsgrundlage ein, den er allgemein dann bejaht, wenn der Regressgegner dem Regressnehmenden gegenüber eine Vertragsverletzung begangen hat; der Prozess sei eine typische Folge der Schlechterfüllung. Ein Ersatz der Kosten einer aussichtslosen Prozessführung sei aber nicht zu gewähren. Schadenersatz sei entgegen der Rsp für die Zeit vor Streitverkündigung aber nicht jedenfalls ausgeschlossen.

In jüngerer Zeit hat *Fötschl* den Ersatz aufgrund bereicherungsrechtlicher Grundlagen und der nützlichen Geschäftsführung gänzlich verneint²⁸⁾. *Fötschl* weist zunächst zutreffend darauf hin, dass die Voraussetzungen des Bereicherungsrechts sowie der GoA schwierig nachzuweisen sein werden. Gegen die GoA²⁹⁾ (§ 1037) führt er besonders ins Treffen, dass der belangte Solidarschuldner kein fremdes, sondern ein eigenes

Der Ersatzanspruch wurzelt im Gemeinschaftsverhältnis der Solidarschuldner.

(10 Ob 144/05g, Zak 2006/545); missverständlich daher die Wiedergabe von *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB² § 896 Rz 5: „(...) in einem Verfahren entstanden, das bindend über den Anspruch des Geschädigten gegen den am Prozess nicht beteiligten Mitschuldner abspricht.“

11) Leitentscheidung für die Bindungswirkung ist 1 Ob 2123/96d, SZ 70/60 = JBl 1997, 368.
12) 8 Ob 2/00b, JBl 2001, 172 = RdW 2001/228, *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, insb 363 f und 371, leiten aus der Judikatur des OGH ab, dass die eigenen Kosten des Regressberechtigten nach erfolgter Nebenintervention des Regresspflichtigen nicht ersatzfähig sind. Dazu 4.2.
13) 7 Ob 277/98f, *ecolex* 2000/35.
14) 2 Ob 256/00m, RdW 2001/158 = Rz 2001/9; 3 Ob 53/02v, RdW 2003/206 = bbl 2002/168.
15) Die Kostenregressfrage stellt sich nicht nur, wenn der General- und der Subunternehmer dem Werkbesteller solidarisch haften, sondern auch, wenn das Verhalten des Subunternehmers nur eine Haftung des Generalunternehmers gegenüber dem Werkbesteller auslöst (zB weil ein bloßer Vermögensschaden verursacht wird).
16) Vgl etwa 4 Ob 513, 514/95; 6 Ob 538/95 = SZ 68/186 = JBl 1996, 584; 9 Ob 76/00t.
17) 1 Ob 40/02t, JBl 2002, 658 = RdW 2002/643 = *ecolex* 2002/217 = bbl 2002/95; 3 Ob 53/02v, RdW 2003/206 = bbl 2002/168; zuletzt 4 Ob 197/05g; vgl auch 3 Ob 313/01b, RdW 2003/355 = MR 2005, 476 = bbl 2003/86; 7 Ob 18/06g.
18) Haftpflichtrecht³ I (1997) Rz 14/30.

19) Der Ersatzanspruch des Regreßgläubigers für im Vorprozess getätigte Aufwendungen unter besonderer Berücksichtigung des kranken Deckungsverhältnisses in der Kfz-Haftpflichtversicherung, ZVR 1986, 33.
20) ZVR 1986, 46 ff.
21) ZVR 1986, 48 f.
22) In *Schwimann*, ABGB² § 896 Rz 5; ebenso *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB² § 896 Rz 5.
23) In *Rummel*, ABGB² § 896 Rz 10.
24) In *Schwimann*, ABGB² § 11 EKHG Rz 51.
25) In *Rummel*, ABGB² § 896 Rz 10.
26) JBl 2002, insb 366 ff.
27) In *Rummel*, ABGB² § 1313 Rz 6.
28) Zur Ausgleichsfähigkeit von Kosten eines Vorprozesses, ÖJZ 2004, 781. Die schadenersatzrechtliche Problematik wird von *Fötschl* bewusst ausgespart (782).
29) Liegt ein Auftrag zur Prozessführung hingegen vor, gebührt ein anteiliger Ersatz der Kosten ohnehin bereits aus dem Auftragsverhältnis (§ 1014).

Geschäft führt – er ist ja selbst verpflichtet –, er keinen Fremdgeschäftsführungswillen haben werde und der Ersatz mit der Konzeption des § 1037, der die Vorteilhaftigkeit ex post beurteile, nicht vereinbar sei³⁰. Letztlich sei die „Entscheidung des Gesetzgebers zu akzeptieren“ und jeder Solidarschuldner habe „das mit seiner Stellung als Schuldner verbundene Risiko der Inanspruchnahme selbst zu tragen“³¹.

4. Eigene Ansicht³²

4.1. Das Gemeinschaftsverhältnis als Wurzel des Ersatzanspruchs

Oft ergibt sich die Ersatzfähigkeit der in einem Vorprozess entstandenen Kosten aus § 896 (siehe 1.). Auch in den Fällen, in denen § 896 den Rückersatz nicht trägt, ist die grundsätzliche Ersatzfähigkeit aus Gerechtigkeitsabwägungen durchaus wünschenswert. Überlässt etwa ein Solidarschuldner dem anderen trotz Aufforderung, sich am Prozess zu beteiligen, die Klärung strittiger Rechtsfragen und „lehnt sich zurück“, fragt sich auf den ersten Blick, wieso der Regress nicht stets auch die anteiligen Kosten eines sinnvollen Verfahrens umfassen soll³³. Die endgültige Tragung der Kosten des Vorprozesses von der Zufälligkeit der Inanspruchnahme durch den Gläubiger abhängig zu machen, wäre tatsächlich systemfremd³⁴. Die Regeln über das Innenverhältnis von Solidarschuldnern verfolgen den Zweck, die Lastentragung im Innenverhältnis gerade nicht davon abhängig zu machen, welcher Schuldner im Außenverhältnis zunächst in Anspruch genommen wird.

Zutreffend wurde jedoch hervorgehoben, dass die Ersatzfähigkeit vorprozessualer Kosten nicht leicht zu begründen ist (siehe 3.). Die gegen einen Ersatzanspruch aus der GoA vorgebrachten Argumente setzen an der Wurzel des Ersatzanspruchs an: keine Führung fremder Geschäfte, kein Fremdgeschäftsführungswille, keine Nützlichkeit. *Fötschl* meint, wer diese „gesetzgeberische Wertung als unbillig oder unbefriedigend bezeichnet, der sollte befriedigende Alternativen anbieten“³⁵. Eine solche ist nun herauszuarbeiten:

Dass der Fremdgeschäftsführungswille keineswegs eine überwindbare Hürde für einen Ersatzanspruch aus auftragsloser Geschäftsführung ist, belegen die Bestimmungen über die angewandte GoA³⁶. Ordnet etwa § 1097 an, dass der Bestandnehmer im Verhältnis zum Bestandgeber als Geschäftsführer zu behandeln ist, wenn jener Aufwendungen auf die Bestandsache getätigt hat, so verzichtet das ABGB aus gutem Grund auf einen Fremdgeschäftsführungswillen. Der Bestandnehmer wird in aller Regel im eigenen Interesse handeln; die §§ 1035 ff könnten kaum je einen Anspruch begründen. Sinnvoll wäre das nicht. § 1097 gewährt auch ohne Fremdgeschäftsführungswillen

dann Ersatz, wenn man zwingend auch ein fremdes Geschäft führen muss, um seine eigenen Interessen zu verfolgen. Das ist auch schlüssig: Wer sich bewusst auf ein Geschäft einlässt, das immerhin teilweise das eigene Vermögen betrifft, wird in der Regel besser wirtschaften als derjenige, der ausschließlich fremde Geschäfte führt. Eine gewisse Richtigkeitsgewähr des Geschäftes ist indiziert.

Dass der belangte Solidarschuldner keinen Ersatz bekommt, weil er auch selbst verpflichtet ist und somit kein fremdes Geschäft führt (führen möchte), kann daher sowohl vom Ergebnis als auch von den Zielsetzungen der Regelungen des ABGB über auftragslose Geschäftsführung nicht überzeugen. Entscheidendes Merkmal ist doch, dass ein Gemeinschaftsverhältnis nützliche Aufwendungen für einen angestrebten Erfolg tätigt, von dem alle etwas haben sollen. Die Nützlichkeit liegt darin, dass der beklagte Solidarschuldner einen sinnvollen Prozess führt, also einen solchen, dessen negativer Ausgang nicht im Vorhinein klar ist, zB weil schwierige Sachverhalts- und Rechtsfragen zu lösen sind. Der Versuch der Klärung liegt im Interesse aller. Zwar entfaltet das Ergebnis dieses Verfahrens keine Bindungswirkung im „Außenverhältnis“ zwischen dem Gläubiger und den nicht beklagten Solidarschuldnern. Auch wenn ein Solidarschuldner als Nebenintervenient beiträgt, ist er nämlich hinsichtlich der Ergebnisse des Vorprozesses nur im Innenverhältnis zum Beklagten des Vorprozesses gebunden. Es ist also selbst bei einer Abweisung der Klage im Vorprozess durchaus möglich, dass der abgewiesene Kläger sich an einen anderen Solidarschuldner wendet, es also „nochmals versucht“. Dieser Umstand hindert aber nicht, die Prozessführung trotzdem ex ante als nützlich erscheinen zu lassen. Der Regressgläubiger könnte die Gelegenheit de facto durch erfolgreiche Abwehr der (zu hohen) Forderungen so erledigen, dass sich der Gläubiger auf einen zweiten Prozess nicht mehr einlassen wird³⁷.

Im Recht der Gemeinschaft (§§ 825–858) findet sich eine Bestimmung, die dem eben beschriebenen Problem – fremdes und eigenes Interesse können nicht getrennt werden, Ersatz ist trotzdem wünschenswert – Rechnung trägt. § 837 Satz 3³⁸ gewährt einem Miteigentümer, der die gemeinschaftliche Sache auftragslos verwaltet, unter gewissen Umständen einen Aufwandsersatzanspruch gegen seine Gemeinschaftler³⁹. Die objektive Formulierung des § 837 Satz 3 legt den Schluss nahe, dass die Behandlung des Miteigentümers als Geschäftsführer unabhängig von der Frage ist, ob er mit Fremdgeschäftsführungswillen agiert⁴⁰. Das Gesetz verzichtet aber nicht nur auf

37) Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 14/30; *Huber*, ZVR 1986, 47.

38) Zu § 837 Satz 3 siehe insb *H. Böhm/W. Faber*, Vermietung im Miteigentums- bzw Mischhaus, wobl 2001, 189 (195); *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag 166 f; *Gamerith in Rummel*, ABGB¹ § 837 Rz 13 f mwN; *Sailer* in KBB, ABGB² § 837 Rz 6; *Klang* in *Klang III*² 1120 f; *Perner*, Gemeinschaftliche Forderungen (2004) 151 ff; *ders*, Zur Geltendmachung von aus dem Erwerbsvorgang zustehenden Forderungen von Miteigentümern, wobl 2004, 169 (175 f); vgl auch *Schauer*, Verwalterbestellung und konkurrierendes Verwaltungshandeln von Miteigentümern, wobl 1999, 384 (391).

39) Nach der hL begründet § 837 Satz 3 unter bestimmten Voraussetzungen sogar ein Individualrecht eines Teilhabers zu auftragsloser Verwaltungsführung und gibt ihm Vertretungsmacht nach außen; vgl *Schauer*, wobl 1999, 391: „durch Stillschweigen der übrigen Teilhaber artikuliert latente Einstimmigkeit“; *H. Böhm/W. Faber*, wobl 2001, 195: Satz 3 gebe dem einzelnen Teilhaber Vertretungsmacht, wenn dieser bereits vor dem Abschluss faktische Verwaltungshandlungen gesetzt hat. Die unwidersprochene faktische Verwaltungsausübung gebe nämlich eine gewisse Rechtsscheingrundlage ab, die den Dritten typischerweise auf Vertretungsmacht vertrauen ließe. Gegen die hA *Perner*, Gemeinschaftliche Forderungen 151 ff; *derselbe*, wobl 2004, 175 f; diesem folgend *Iro*, Sachenrecht² Rz 5/21; zweifelnd schon *Sailer* in KBB, ABGB² § 837 Rz 6.

40) Siehe *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag 166 f.

30) *Fötschl*, ÖJZ 2004, 782 ff.

31) *Fötschl*, ÖJZ 2004, 789.

32) Die schadenersatzrechtliche Dimension des Problems wird hier ausgeklammert, insofern wird auf die unter 2. und 3. referierte Rsp und Lehre verwiesen.

33) Vgl etwa Art 37 CMR, wonach der Frachtführer Rückgriff hinsichtlich „der Entschädigung, der Zinsen und der Kosten gegen die an der Beförderung beteiligten Frachtführer“ nehmen kann.

34) Siehe *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rz 14/30. Dagegen *Fötschl*, ÖJZ 2004, 788, für den dieses Risiko Ergebnis einer gesetzgeberischen Wertung ist, zu der keine befriedigende Alternative ersichtlich sei (789).

35) ÖJZ 2004, 788.

36) Dazu insb *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) 53 ff. Zur angewandten GoA werden in Österreich § 336 (unredlicher Besitzer), § 418 (unredlicher Bauführer), § 517 (Fruchtnießer) und § 1097 gezählt.

den Fremdgeschäftsführungswillen, es ist auch beim Ersatz der Auslagen großzügiger als bei der nützlichen GoA. Zum Unterschied von § 1037 kommt es auf den Erfolg der Maßnahme (ex post) nämlich grundsätzlich nicht an, sondern nur darauf, ob sie im Zeitpunkt ihrer Vornahme (ex ante) nützlich war⁴¹⁾. Der Ersatzanspruch entsteht daher auch mit Tätigkeit des Aufwandes.

Ganz im Einklang mit dem zur angewandten GoA Ausgeführten liegt die Rechtfertigung der Privilegierung darin, dass der auftragslos handelnde Gemeinschaftler nur teilweise ein fremdes Geschäft führt – auf den eigenen Miteigentumsanteil bezogen handelt es sich um die Besorgung eigener Geschäfte, was Richtigkeitsgewähr indiziert. Die Privilegierung ist sogar eine *doppelte*: Fremdgeschäftsführungswille ist keine Voraussetzung, die Nützlichkeit wird ex ante berechnet. Das Gesetz trägt dem Problem Rechnung, dass bei einem Geschäft, das einem eigenen und einem fremden Interesse gleichermaßen dient, der Fremdgeschäftsführungswille praktisch nur sehr schwierig nachzuweisen oder gar nicht vorhanden sein wird, aus sachlichen Gesichtspunkten aber mindestens ebenso gute Gründe für einen Ersatzanspruch sprechen wie bei gewollter Fremdgeschäftsführung. In der Gemeinschaft kann das fremde vom eigenen Interesse eben nicht getrennt werden.

Dass die (versuchte) Abwehr der Forderung durch einen Mitschuldner nicht die „Verwaltung“ einer körperlichen Sache ist, stört nicht. Bereits eine wertende Betrachtung vermag die Anwendung des § 837 Satz 3 als sachgerecht erscheinen lassen. Für den Ausgleich der Beteiligten untereinander kann es doch keinen Unterschied machen, ob der Aufwand die gemeinschaftliche körperliche oder eine unkörperliche Sache betrifft. Genau diesen Inhalt kann man der gesetzlichen Regelung ohnehin entnehmen: § 888 bestimmt, dass die Grundsätze der „Gemeinschaft des Eigentumes“ bei der Solidarschuld anzuwenden sind⁴²⁾. Nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser sollte die gemeinschaftliche Berechtigung an dinglichen und an persönlichen Rechten denselben Grundsätzen folgen – gerade was das Verhältnis der Teilhaber untereinander betrifft⁴³⁾. Mit anderen Worten passt § 837 Satz 3 nicht nur inhaltlich auf unseren Fall, er ist sogar direkt anwendbar. Der Ersatzanspruch des belangten Solidarschuldners wurzelt im *Gemeinschaftsverhältnis der Mitschuldner*⁴⁴⁾.

Wendet man § 837 Satz 3 an, benötigt man das Vehikel der *Streitverkündung* nicht, um die mit § 1037 verbundenen Schwierigkeiten zu überwinden. Die Nützlichkeit des getätigten Aufwandes ist nämlich ex ante zu prüfen, die Fremdgeschäftsführung

ist keine Voraussetzung. Nach dieser Ansicht ist die Streitverkündung daher weder Formal- noch einzige Voraussetzung des Ersatzes⁴⁵⁾. Sie ist aber – insofern ist der zitierten Rsp (vgl 2.) zuzustimmen – natürlich nicht ohne Bedeutung. Die Streitverkündung ist sinnvoll, weil sie den Rechtsstreit (im Vorprozess) früher und nachhaltiger zu klären geeignet ist. Würde der Streit nicht verkündigt, so ist die Sinnhaftigkeit der Tätigkeit des Aufwandes – die der Regressgläubiger vor und nach Streitverkündung zu beweisen hat – einer besonders strengen Kontrolle zu unterziehen und wird im Regressprozess der in Anspruch genommene Solidarschuldner oft einwenden können, dass der getätigte Aufwand nicht sinnvoll war⁴⁶⁾.

4.2. Der Umfang des Ersatzanspruchs

Die Höhe des Ersatzanspruchs richtet sich nach den *Anteilen* der Mitschuldner *im Innenverhältnis*⁴⁷⁾. Vom Ersatz aller Kosten bis zum Ersatz gar keiner Kosten ist alles denkbar: Würde der Solidarschuldner belangt, der die Schuld im Innenverhältnis zur Gänze tragen soll, hat er keinen Ersatzanspruch gegen den nicht belangten Gemeinschaftler; sein Anteil beträgt im Innenverhältnis ja 100 %. Der belangte Solidarschuldner, der im Innenverhältnis vollen Regress nehmen kann, kann die gesamten im Vorprozess getätigten nützlichen Aufwendungen verlangen. Würde wie in unserem Beispiel (1.) ein Solidarschuldner belangt, der die Schuld im Innenverhältnis zur Hälfte tragen soll, so kann er grundsätzlich die Hälfte seiner nützlichen Aufwendungen ersetzt verlangen.

Besonderes leiten aber *Pochmarski/Strauss*⁴⁸⁾ aus der Judikatur des OGH für den Ersatz der *eigenen Kosten* ab, wenn der Regresspflichtige im Vorprozess als Nebenintervenient beigetreten ist. Die eigenen Kosten des Regressberechtigten seien nach erfolgter Nebenintervention des Regresspflichtigen nicht ersatzfähig. Das erscheint in dieser Allgemeinheit zu weitgehend und ist aus der Judikatur des OGH mE nicht abzuleiten. Das Höchstgericht geht in seinen Entscheidungen davon aus, dass ein solcher Ersatzanspruch nicht besteht, wenn die Kosten des Regresspflichtigen annähernd *gleich hoch* sind wie die vom Regressberechtigten aufgewendeten⁴⁹⁾. Die gegenseitigen Ansprüche heben sich dann also auf, was bei dem Gegner zu ersetzenden Kosten eben nicht der Fall sein kann, schuldet diese doch stets nur der belangte Solidarschuldner. Dass der OGH die Ersatzfähigkeit der eigenen Kosten auf Basis der GoA aber etwa verneinen würde, wenn der Nebenintervenient kaum eigene Kosten hat, weil er sich auf die Prozessführung durch den Regressberechtigten „verlässt“, ist nicht anzunehmen und wäre auch nicht richtig⁵⁰⁾.

41) *Klang* in *Klang III*? 1120; diesem folgend *Perner*, Gemeinschaftliche Forderungen 101 FN 286, 154; *ders.*, wobl 2004, 176. Die Privilegierung gilt nicht in den Fällen, in denen der Miteigentümer gegen den erklärten Willen seiner Gemeinschaftler handelt (vgl *Klang* in *Klang III*? 1120). Vgl auch OGH 1 Ob 226/06a.

42) Vgl *Perner*, Gemeinschaftliche Forderungen 36 ff (insb 37).

43) *Perner*, Gemeinschaftliche Forderungen 37. *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB² § 888 Rz 1, tritt aufgrund des Verweises in § 888 für eine direkte Anwendung der §§ 825 ff ein (ebenso nun *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ § 888 Rz 1).

44) Hat der im Vorprozess Beklagte die Forderung gänzlich abgewehrt, ist er nicht Solidarschuldner. Man könnte nun argumentieren, dass daher auch keine Gemeinschaft nach §§ 888 ff besteht, weshalb § 837 auf diese Sachverhaltsgruppe nicht anwendbar ist. Das wäre nicht nur mit der ex ante-Konzeption der Bestimmung schwer vereinbar, sondern auch nicht sachgerecht, weil kein Grund dafür ersichtlich ist, dass gerade demjenigen der Regress verwehrt wird, der im Ergebnis am meisten – nämlich gänzliche Abweisung des Begehrens – erreicht hat. § 837 Satz 3 müsste jedenfalls sinngemäß zur Anwendung kommen. Vgl auch *Perner*, Gemeinschaftliche Forderungen 101 FN 286. Freilich ist genau zu prüfen, ob die aufgewendeten Kosten, die am Regressnehmenden „hängen geblieben“ sind, nützlicher und notwendiger Aufwand sind.

45) Siehe zu dieser Frage eingehend *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 367 ff.

46) Vgl auch § 3 Abs 4, § 4 Abs 4 DHG, nach denen die unterlassene Streitverkündung dem Dienstnehmer (Dienstgeber) nicht den Regress – auch nicht der Prozesskosten – nimmt, sondern dem im Vorprozess nicht Beteiligten bloß alle Einwendungen belässt, die er hatte vorbringen können.

47) Vgl die umfassende Analyse der Judikatur des OGH von *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 369 ff.

48) JBl 2002, insb 363 f und 371.

49) 3 Ob 2/00b, JBl 2001, 172 = RdW 2001/228.

50) Wird auf schadenersatzrechtlicher Grundlage Rückgriff genommen, sind die eigenen Kosten überdies unabhängig von den Kosten des Gegners im Regressprozess ersatzfähig, 3 Ob 53/02v, RdW 2003/206 = bbl 2002/168, unter Bezugnahme auf *Pochmarski/Strauss*, JBl 2002, 366 f.

5. Ergebnisse

1. Die miteigentumsrechtlichen Bestimmungen des ABGB kommen auf das Innenverhältnis von Solidarschuldnern zur Anwendung (§ 888). § 837 Satz 3 ist daher taugliche Rechtsgrundlage für den Regress der Kosten eines Vorprozesses beim Solidarschuldnerregress.

2. § 837 Satz 3 gewährt großzügigeren Ersatz als der bisher überwiegend angewendete § 1037, weil Fremdgeschäftsführungswille keine Voraussetzung für den Ersatz ist und die Nützlichkeit des Aufwands ex ante bewertet wird.
3. Der Regressgläubiger hat die Voraussetzungen des Anspruchs zu beweisen. Dass der Regressnehmende dem im Regress Belangten im Vorprozess den Streit verkündigt hat, ist aber keine zwingende Voraussetzung für den Rückgriff.

**Der Autor:**

Dr. Stefan Perner ist Assistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien bei Univ.-Prof. Dr. Gert M. Iro und o. Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves. Er beschäftigt sich vor allem mit Fragen des Schuld- und Versicherungsvertragsrechts.

Publikationen des Autors (zu verwandten Themen):

Gemeinschaftliche Forderungen (2004); Zur Geltendmachung von aus dem Erwerbsvorgang zustehenden Forderungen von Miteigentümern, wobl 2004, 169; Die Haftung von Mitschuldnern bei Verletzung vertraglicher Verbindlichkeiten, JBl 2005, 629.

■ RdW 2008/10, 53

Verbraucherschutz als Gerechtigkeitserfordernis?

Bemerkungen zu OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 221/06p

Der vorliegende Beitrag widmet sich ausgewählten Aspekten der E OGH 4 Ob 221/06p. Der Verfasser hofft, mit diesem Beitrag das Interesse des Jubilars zu wecken, nicht zuletzt deshalb, weil dem Verbraucherrecht hohe Relevanz für das Bankvertragsrecht zukommt, das einen der Schwerpunkte der wissenschaftlichen Tätigkeit Gert Iros darstellt.

Dr. Rainer Gehring
St. Pölten

1. Einleitung

Der OGH hatte sich aufgrund einer Verbandsklage der Arbeiterkammer mit den AGB einer Bank zu beschäftigen. Sämtliche von der Klägerin beanstandeten Klauseln wurden für unzulässig erklärt. Im Folgenden sollen einzelne Aspekte der E 4 Ob 221/06p näher betrachtet werden.

2. Die unwirksamen Klauseln im Einzelnen

2.1. Kosten von Betriebs- und Einbringungsmaßnahmen

Der OGH sprach aus, dass eine Klausel, in der sich der Kreditnehmer verpflichtet, der Bank sämtliche bei der Verfolgung ihrer Ansprüche auflaufenden Kosten für alle Interventionen zu ersetzen, die Letzterer im Zusammenhang mit der Forderungsbetreibung notwendig und zweckmäßig erscheinen, einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 15 KSchG darstellt¹⁾ (Klausel 5).

ME wird dabei jedoch nicht ausreichend gewürdigt, dass § 6 Abs 1 Z 15 KSchG nur auf nachträgliche Betriebs- und Eintreibungsvereinbarungen anwendbar ist, also nur auf solche Vereinbarungen, die erst nach Eintritt des Verzuges getroffen

wurden. Für vor Verzugsseintritt geschlossene Vereinbarungen gilt diese Bestimmung hingegen nicht. Dies ist nicht nur hM²⁾ und ergibt sich aus den Materialien³⁾, sondern ist auch dem klaren Gesetzeswortlaut zu entnehmen. Nach diesem ist die Vertragsbestimmung schließlich nicht schon dann unwirksam, wenn sie (die Klausel) den Verbraucher nach Eintritt des Verzuges zur Zahlung von gewissen Betriebs- und Einbringungskosten verpflichtet, sondern nur dann, wenn „er [also der Verbraucher] sich nach Eintritt des Verzugs“ zur Begleichung derartiger Kosten verpflichtet.

2.2. Auflösungsrecht des Unternehmers

Eine weitere Klausel, die verschiedene Umstände nennt, die den Kreditgeber jeweils berechtigen, den Kredit vorzeitig fällig zu stellen (Fälligstellungsklauseln)⁴⁾, wurde wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG für ungültig erklärt (Klausel 9).

Das Höchstgericht verweist in seiner Begründung auf die in Lehre und Rsp anerkannte Möglichkeit, Dauerschuldverhält-

2) Krejci in Runmel, ABGB II/4¹ Rz 145h ff zu § 6 KSchG; Mayrhofer/Mitsch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang² Rz B 1 zu § 6 Abs 1 Z 15 KSchG; Langer in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG² (2004) Rz 75 zu § 6; Wukoschitz, Verbraucherschutz versus Vertragsfreiheit, RdW 1997, 264.

3) EB z RV 311 BldNR 20. GP 22.

4) Zum genauen Wortlaut vgl 4 Ob 221/06p.

1) Daneben auch einen solchen gegen § 879 Abs 3 ABGB.