ART.-NR.: 490

THEMA

Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel

Verwendung einer Forderung durch den Scheingläubiger und Nutzen iSd § 1041 ABGB

» Zak 2020/490

Folgender Ausgangsfall bildet die Grundlage des Beitrags: Eine Forderung des A (Zedent) gegen C (Debitor cessus) wird an einen Zessionar B übertragen. Später stellt sich heraus, dass diese Zession (etwa aufgrund mangelnder Geschäftsfähigkeit oder eines Vollmachtmangels, welche das Deckungsverhältnis ungültig machen) unwirksam war. B verwendet bis dahin die (tatsächlich gar nicht auf ihn übergegangene) Forderung, indem er sie bei C einzieht (siehe Pkt 1.) oder aber in sonstiger Weise, indem er sie zB als Sicherheit benützt (siehe Pkt 2.).

Unter welchen Voraussetzungen hat hier der wahre Forderungsberechtigte (A) gegen den Scheinzessionar (B) einen Verwendungsanspruch (§ 1041 ABGB)?

1. Verwendungsanspruch bei Einziehung einer fremden Forderung

Unstrittig ist der Fall, wenn die Einziehung der Forderung beim Debitor C durch den Scheinzessionar nachträglich durch A genehmigt wurde. B hat hier aus einer fremden (dem A zustehenden) Forderung zuweisungswidrig einen Nutzen gezogen, bei dem aufgrund der Genehmigung durch A sichergestellt ist, dass C schuldbefreiend an B gezahlt hat. Durch die Zahlung des C ist die Forderung des A erloschen, an ihre Stelle tritt der Verwendungsanspruch. A kann – auf § 1041 ABGB gestützt – den von B eingezogenen Betrag von diesem herausverlangen.

Was aber gilt, wenn (noch) keine Genehmigung durch A erfolgt ist? Solange A die Einziehung der Forderung durch B nicht genehmigt, kann er, da die Zahlung des C an B nicht schuldbefreiend erfolgt ist, die Forderung nach wie vor von C einklagen. Er hat somit die Wahl, entweder die Einziehung als schuldbefreiende Zahlung zu genehmigen und B (gem § 1041 ABGB, siehe oben) in Anspruch zu nehmen oder aber aufgrund der ursprünglichen Forderung gegen C vorzugehen (welcher dann seinerseits bei B Regress nehmen wird).

An dieser lange Zeit völlig herrschenden[1] Auffassung wird aber, ausgehend von einer von *Apathy* entwickelten Argumentation, von einem Teil der neueren Lehre gezweifelt: Nach der Gegenmeinung soll der wahre Gläubiger (A) auch dann vom Scheinzessionar (B) die Herausgabe der Zahlung gem § 1041 ABGB verlangen können, wenn er dessen Verfügung nicht genehmigt. Bis zur tatsächlichen Leistung entweder durch den Scheinzessionar oder durch den Debitor cessus (C) liege eine Solidarschuld iSd § 892 ABGB vor.[2] Der OGH hat in jüngerer Zeit vereinzelt Sympathie für diese Ansicht erkennen lassen,[3] was im Schrifttum zum Teil auf Zustimmung[4] gestoßen ist, aber keineswegs alle überzeugt hat.[5]

So hat etwa *Reischauer* darauf hingewiesen, dass der *durch die Einziehung* der Forderung dem Scheingläubiger erwachsene Nutzen, der herausverlangt wird, nur dann aus der dem Gläubiger zustehenden Forderung stammt, wenn der Zahlung des Debitor cessus (C) infolge der Genehmigung des Gläubigers schuldbefreiende Wirkung zukommt.[6] Dann nämlich ist die Bereicherung des B aus dem Eingriff in die Sache des A erfolgt und begründet über den Gedanken der Rechtsfortwirkung den Verwendungsanspruch.[7] Letzteres ist dann zu bejahen, wenn die Zahlung (nachträglich) durch den wahren Forderungsberechtigten genehmigt wird.[8]

1 *Ehrenzweig*, System II/1² (1928) 722; *Welser/Czermak*, Zur Rechtsnatur des Factoring-Geschäftes, RdW 1985, 143; *Canaris*, Die Haftung des nichtlegitimierten Wechselinhabers gegenüber dem Remittenten bei unbefugter Einlösung des Papiers, ÖBA 1995, 75; *Rahmatian*, Der Bereicherungsausgleich in Zessionslagen (1996) 22 ff; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 1041 ABGB Rz 7; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1424 Rz 3; *Zehetner*, Zessionsrecht (2007) 120; *Thöni* in Klang³ § 1392 Rz 88; *Koziol* in KBB⁴ § 1041 Rz 9; so auch 4 Ob 513/88.

2 Ausführlich dazu *Apathy*, Der Verwendungsanspruch (1988) 59–65.

3 2 Ob 157/10t = Zak 2011/403, 216; 2 Ob 207/12y; die Frage dagegen offenlassend 2 Ob 175/18a.

4 *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1041 Rz 18; *Apathy*, ÖBA 2014/2014 (Anmerkung zu 2 Ob 207/12y); *Perner/Spitzer*, Der Verwendungsanspruch gegen den Scheingläubiger, FS Reich-Rohrwig (2014) 293; „im Gemüte zustimmend" auch *Wilhelm*, Verwendungsanspruch – und die Magie der Konkludenz, ecolex 2014, 489; *Spitzer/Koziol* in KBB⁶ § 1041 Rz 9; *Lurger* in ABGB-ON¹.⁰⁷ § 1041 Rz 9.

5 Weiterhin für das Erfordernis einer schuldbefreienden Leistung (hier: infolge Genehmigung) als Voraussetzung für einen Verwendungsanspruch auf den eingezogenen Betrag *Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 1041 Rz 6; *Meissel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1041 Rz 8; *Kerschner* in Klang³ § 1041 Rz 18; *Reischauer*, Zum Verhältnis des Verwendungsanspruchs (§ 1041 ABGB) zum Aufwandersatzanspruch (§ 1042 ABGB), Zak 2019/301, 164; *Neumayr* in KBB⁶ § 1392 Rz 4.

6 *Reischauer*, Zak 2019/301, 166.

7 Dazu etwa *Canaris*, ÖBA 1995, 78.

8 *Reischauer*, Zak 2019/301, 166. Zur Frage der schuldbefreienden Leistung bei einer dem (geschäftsfähigen) Zedenten zurechenbaren *Verständi-*

Zumindest missverständlich ist es aber, wenn *Reischauer* (in einer Zwischenüberschrift) andeutet, der Grund für die Erforderlichkeit der Genehmigung der Einziehung durch den Scheingläubiger sei, dass nur dann eine *Entreicherung* des Gläubigers vorliege und diese Voraussetzung für einen Verwendungsanspruch sei. Tatsächlich ist aber nicht entscheidend, ob eine Entreicherung des Bereicherungsgläubigers eingetreten ist, sondern ob ein *zuweisungswidriger Nutzen* beim Verwender aus der fremden Forderung vorliegt. Hinsichtlich des vollen eingezogenen Betrags besteht dieser dann, wenn die Zahlung des Debitors aufgrund der Genehmigung des Gläubigers mit schuldbefreiender Wirkung eingetreten ist.

Klarzustellen ist, dass bei der in diesem Zusammenhang erforderlichen Genehmigung nicht notwendigerweise auch das – ursprünglich gescheiterte – Grundgeschäft (Deckungsgeschäft), dh der der Zession zugrundeliegende Titel, genehmigt (und damit geheilt) werden muss, sondern lediglich die Verfügung des Scheinzessionars über die dem Gläubiger zugewiesene Forderung.

Eine nachträgliche Genehmigung der Verfügung liegt idR bereits in der Klagsführung des Gläubigers gegen den Scheinzessionar.[9] Für eine solche Auslegung spricht auch, dass ohne eine solche Genehmigung das auf den Substanzeingriff in die Forderung gerichtete Klagebegehren unschlüssig wäre. Daher wäre mE eine solche Genehmigung nur dann zu verneinen, wenn es *in concreto* Anhaltspunkte gibt, die eine gegenteilige Auslegung nahelegen.[10]

Ähnliches gilt auch dann, wenn die Forderung nicht beim Debitor eingezogen, sondern vom Scheinzessionar (B) in anderer Weise über diese verfügt wird, indem sie zB gegen andere Vermögenswerte mit einer vierten Person getauscht wird. Genehmigt A hier die Verfügung des Scheinzessionars B,[11] so steht A gegen B ein Verwendungsanspruch auf jene Werte zu, die dieser durch Verfügung über A's Sache erlangt hat. Wiederum ist im Sinne des oben Ausgeführten in der auf Bereicherungsrecht gestützten Klagsführung des Gläubigers gegen den Scheinzessionar auf Herausgabe der durch den Tausch erlangten Vermögenswerte eine nachträgliche Genehmigung der Verfügung zu sehen. Ob es tatsächlich zu einer (schuldbefreienden) Zahlung durch den Debitor kommt, ist in dieser Konstellation für den Verwendungsanspruch des Gläubigers gegen den Scheinzessionar nicht entscheidend.

2. Bloße Benützung einer fremden Forderung

Im Übrigen ist aber eine Verwendung iSd § 1041 ABGB nicht nur dann zu bejahen, wenn es zu einem Eingriff in die fremde Sache (zB durch Einziehung mit schuldbefreiender Wirkung) gekommen ist, sondern es kann ein Nutzen anerkanntermaßen auch in einem bloßen Gebrauch einer Sache liegen.[12] Nutzen iSd § 1041 ABGB ist weit zu verstehen[13] und muss nicht zwingend in einem (wirksamen) Eingriff in das fremde Forderungsrecht bestehen.[14]

Auch wenn die Zession der Forderung zunächst fehlgeschlagen ist und der Zessionar nur scheinbar Gläubiger wurde, so handelt es sich nicht um eine *Scheinforderung*, sondern eine gegen C existierende Forderung und damit um eine (allerdings weiterhin dem A zugewiesene) unkörperliche Sache, die von einem dazu nicht Berechtigten gebraucht werden kann. Dies mag zB durch Verwendung der Forderung als Sicherheit für einen vom Scheinzessionar angestrebten Kredit erfolgen; dient dem Scheingläubiger die ihm an sich nicht zustehende Forderung erfolgreich als (zwischenzeitliche) Sicherheit, so kann er aus ihr uU einen monetären Nutzen (zB durch Ersparnis einer ansonsten notwendigen, für ihn mit Kosten verbundenen Bankgarantie) ziehen. In einer solchen Konstellation ist es denkbar, dass – ohne Genehmigung der Zession der Forderung selbst – allein für die Benützung der fremden (unkörperlichen) Sache ein Benutzungsentgelt gem § 1041 ABGB zusteht. Nicht immer ist es also erforderlich, dass die Verfügung als solche genehmigt wird, vielmehr kommt es darauf an, ob der gem § 1041 ABGB eingeklagte Nutzen seiner Natur nach nur bei nachträglicher Genehmigung eintritt oder auch ohne eine solche (was bei bloßer Benutzung der Forderung ohne Eingriff in diese möglich ist).

gung des Schuldners von der Scheinzession infolge Rechtsscheinhaftung *Karollus*, Zum Schutz des Schuldners bei unrichtiger Abtretungsanzeige, ÖJZ 1992, 677; diesem zustimmend 1 Ob 172/98w; 8 Ob 29/09m; *Thöni* in Klang[3] (2011) § 1395 Rz 25; *Neumayr* in KBB[6] § 1395 Rz 3.

9 Vgl 4 Ob 513/88; auch 2 Ob 207/12y spricht nicht grundsätzlich dagegen, sondern betont lediglich, dass dies nicht „stets" der Fall sein muss.

10 So lag insb in dem der E 2 Ob 207/12y zugrundeliegenden Fall eine Sonderkonstellation vor, die den OGH dazu bewog – anders als die Vorinstanzen – im Einzelfall keine Genehmigung anzunehmen. Will der Kläger (wie in 2 Ob 207/12y) zugleich Scheinzessionar (B) und Schuldner (C) klagen, dann kann im Übrigen nach der hier vertretenen Auffassung eine Lösung darin liegen, dass man sich in der Klage gegen den Scheinzessionar der in Deutschland für diesen Fall anerkannten Konstruktionen einer Genehmigung Zug um Zug oder einer auflösend bedingten Genehmigung bedient: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2[13] (1994) 182; *Schwab* in Münchener Kommentar BGB[7] § 816 Rz 35; *Wendehorst* in *Hau/Poseck*, BGB-OK[54] § 816 Rz 13.

11 Auf der Basis der oben angeführten neueren Lehre (siehe die in FN 4 angeführten Autoren) wäre eine solche Genehmigung nicht einmal erforderlich, um einen Verwendungsanspruch zu bejahen; dennoch könnte auch nach dieser Auffassung mit der tatsächlichen Zahlung des Scheinzessionars der ursprüngliche Gläubiger nicht nochmals gegen den (Schein-) Erwerber der Forderung oder gegen den Schuldner vorgehen.

12 Zutreffend *Apathy*, Verwendungsanspruch (1988) 61.

13 *Lurger* in ABGB-ON[1.07] § 1041 Rz 9.

14 AA *Kerschner* in Klang[3] § 1041 Rz 17 f, der aber entgegen der hA (siehe nur die Nachweise bei *Kerschner* in Klang[3] § 1041 Rz 17 FN 50) überhaupt skeptisch ist, ob Forderungen „Sachen" iSd § 1041 ABGB seien.

Der Autor:
Univ.-Prof. Dr. **Franz-Stefan Meissel** lehrt Römisches Recht und Zivilrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.
franz.stefan.meissel@univie.ac.at
lesen.lexisnexis.at/autor/Meissel/Franz-Stefan

Foto: Weinwurm