

Herausgegeben von
RA Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich
Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper
Univ.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger
Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Präsident des VfGH
Univ.-Prof. Dr. Stefan Grillner
Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des VwGH i. R.
Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas, Rektor der JKU
Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf
Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M.
Schriftleitung: Andreas Geroldinger und Meinhard Lukas

Juristische Blätter

Verlag Österreich

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Heft 5 Mai 2023 145. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 145 (5) 273-340 (2023)

Juristische Blätter 145, 273-280 (2023)
<https://doi.org/10.33196/jbl202305027301>
JBl 2023, 273

JBl

Vis.-Prof. Univ.-Prof. i.R. Dr. **Ferdinand Kerschner**, Linz

Zu einem systemkonformen österreichischen Bereicherungsrecht – dreizehn Thesen*)

Das in Österreich derzeit praktizierte und gelehrte Bereicherungsrecht bildet eine Mischung zwischen deutschen und österreichischen Normen zur Rückabwicklung rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen. Dieser Synkretismus führt einerseits zu Systembrüchen und ermöglicht andererseits weitgehend beliebige Ergebnisse. Ein systemkonformes Bereicherungsrecht kann nach dem Verfasser nur durch Rückbesinnung auf die Absicht des historischen Gesetzgebers (§ 6 ABGB) und den konkreten, im ABGB recht verstreuten Einzelbestimmungen (vor allem §§ 877, 921, 326 ff, 417, 1174, 1431-1437 und 1447 ABGB) erzielt werden. Eine allgemeine Verwendungsklage ist im ABGB nicht zu finden und war bewusst nicht gewollt (Zeiller¹). Anhand von dreizehn Thesen versucht der Autor wichtige gesetzeskonforme Pflöcke bzw Eckpfeiler des Bereicherungsrechts einzuschlagen: So wird etwa dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff näher nachgegangen, der über die Verteilung der Insolvenzrisiken entscheidet, aber auch dem spezifischen bereicherungsrechtlichen (Un-)Redlichkeitsbegriff, dem die konkreten, höchst strengen Rechtsfolgen anhaften.

Deskriptoren: Analogie im Verjährungsrecht; Bereicherungsrecht; gutgläubiger Verbrauch; Leistungsbegriff; Leistungskondition; Leistungsvorbehalt; nachträglicher Bereicherungswegfall; Verwendungsklage; Zweikonditionen- bzw Saldotheorie.
§§ 326 ff, 417, 877, 921, 1041 f, 1174, 1431-1437, 1447 ABGB; § 812 BGB.

Übersicht

- A. Zur Lage des Bereicherungsrechts in Österreich
- B. Zu den dreizehn Thesen
 1. These: Grundthese
 2. These: Allgemeine Verwendungsklage
 3. These: Weiter Leistungsbegriff
 4. These: Forderungen nicht verwendungsfest
 5. These: Nachträglicher zufälliger Nutzenwegfall befreit

*) Wesentlich überarbeiteter und mit Fußnoten versehener Vortrag, den der Verfasser am 06.12.2022 in Linz vor der Oberösterreichischen Juristischen Gesellschaft gehalten hat.

¹) Kommentar III/1 (1812) 328 ff.

6. These: Unredlichkeit bei Wissen bzw evidentem Wissenmüssen
7. These: Objektiv-konkreter Nutzenbegriff
8. These: Verwendung von Früchten und Nutzungen im Zweipersonenverhältnis
9. These: Gutgläubiger Verbrauch nur bei Sorglosigkeit
10. These: *condictio causa data causa non secuta* nur bei Vorbehalt
11. These: Zweikondiktionentheorie
12. These: Analogien zu kurzen Verjährungsregeln meist *contra legem*
13. These: Zur Bereicherung im öffentlichen Recht

A. Zur Lage des Bereicherungsrechts in Österreich

Das Bereicherungsrecht als solches scheint recht simpel und leicht verständlich zu sein: Wer unrechtmäßig durch eine rechtgrundlose Vermögensverschiebung etwas erhalten hat, muss diese Bereicherung zurückgeben. Anders als das Schadenersatzrecht ist das Bereicherungsrecht im ABGB nicht allgemein umfassend geregelt. Wir finden Bereicherungsnormen in den §§ 877, 921, 1174, 1431–1437, und 1447 ABGB (Leistungskonditionen) und spezialgesetzlich normierte Verwendungsansprüche im Sachenrecht, wie etwa §§ 415, 417, 418, 419, 420 ua ABGB.²⁾

Entgegen den Vorentwürfen zum ABGB wurde unter Einfluss Zeillers aber keine allgemeine Verwendungsklage normiert.³⁾ Gäbe es eine solche, wären die vielen Spezialregelungen im Sachenrecht ganz überflüssig. Dieses eher noch klare Bild entspricht nicht mehr der heute herrschend vertretenen Lage:⁴⁾ Das in Österreich praktizierte und gelehrte Bereicherungsrecht ist eines der schwierigsten und komplexesten Rechtsgebiete geworden. Einer der Hauptgründe dafür ist das „Eindringen“ des deutschen Bereicherungsrechts, das auf einer Grundregel in § 812 Abs 1 S 1 BGB aufbaut: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.“ Diese sehr allgemein gehaltene und vor allem durch „in sonstiger Weise“ höchst interpretationsbedürftige Dichotomie zwischen Leistungs- und Verwendungsklage lässt einen weiten Spielraum zu, der zu ganzen Bibliotheken literarischer rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen geführt hat.⁵⁾ Die Übernahme mancher bzw. vieler deutscher Theorien ins österreichische Recht hat in der österreichischen Rechtsanwendung zu einem *Synkretismus*, also einer *Vermischung zwischen deutschem und österreichischem Bereicherungsrecht* geführt, das fast notwendig beinahe jedes gewünschte Ergebnis ermöglicht. *Systembrüche* sind dadurch fast unvermeidbar geworden. Und dabei geht es auch oft in der Sache um die *Zuordnung von Insolvenzrisiken* größerer Vermögen.

Versucht man bezüglich der derzeitigen Lage des Bereicherungsrechts einen bildhaften Vergleich, so liegt ein solcher mit verschiedenen Kochrezepten nahe: Diese können vor allem in den Zutaten, aber auch bei den Methoden der Zubereitung ganz unterschiedlich sein: Bei „Mischkulanz“ der verschiedenen Rezepte („Regeln“) kommt es natürlich darauf an, wieviel an Zutaten der einen oder anderen Speise („Rechtsordnung“) man hineingibt. Das ermöglicht fast jedes Ergebnis. Es kann auch zu Ergebnissen führen, die keiner der beiden Rechtsordnungen entsprechen. Und das alles mag auch von manchen

Rechtsanwendern gewünscht sein, da man nicht selten vom Ergebnis aus die passenden Methoden wählt.

Ein *aktuelles Anschauungsbeispiel* aus der Praxis soll diese „eklektische“ Methodenlehre belegen. Es geht dabei um die *bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von einer fondsgebundenen Lebensversicherung wegen unzureichender Information über die Rücktrittsmöglichkeiten durch die Versicherung*. Nicht nur ZivilrechtswissenschaftlerInnen haben dazu bereits publiziert, sondern auch Vertreter des öffentlichen Rechts und fast alle Höchstgerichte, einschließlich des EuGH.⁶⁾ Die soweit ersichtlich letzte einschlägige Entscheidung des OGH vom 28.04.2022, 7 Ob 208/21w fasst seine Judikatur zur Rückabwicklung nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zusammen. Zuerst aber das Ergebnis: Obwohl der klagende Versicherungsnehmer seine Lebensversicherung bereits gekündigt und den Rückkaufswert erhalten hat, könne er noch wegen fehlerhafter Rücktrittsbelehrung zurücktreten. Obwohl er bereits sieben Jahre wirksam lebensversichert war, erhält er insgesamt etwa € 51.000,- zurück, also fast alle seine geleisteten Versicherungsprämien von € 53.139,-, abzüglich nur der Versicherungssteuer und eines (geringen) Risikoanteils. Sonst zieht der OGH nichts ab, nicht den Wert des Versicherungseins, nicht die Aufwendungen der Versicherung, aber auch nicht Verwaltungs- und Abschlusskosten und auch nicht (allfällige) Fondsverluste. Der Einwand *nachträglichen zufälligen Wegfalls der Bereicherung* wird „nicht gestattet“. Die hA stützt dieses Ergebnis letztlich auf § 1041 aE ABGB, wonach – verkürzt formuliert – der Eigentümer den Wert der Verwendung verlangen kann, „*obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist*.“ Die dogmatische Ableitung der hA lautet zusammengefasst:

1. § 1041 ABGB sei der Sitz des allgemeinen Verwendungsanspruchs.⁷⁾ Wie in der 2. These (Punkt B.2.) näher begründet, trifft diese Behauptung dogmatisch in keiner Weise zu.
2. Die allgemeine Verwendungsklage wird allgemein wie in § 812 Abs 1 S 1 BGB (Verwendung „in sonstiger Weise“) verstanden.⁸⁾
3. Nach § 818 Abs 3 BGB mindert sich aber nach ausdrücklicher Vorschrift die Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners, „*soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist*.“
4. Im nächsten Schritt springt aber die hA auf § 1041 aE ABGB zurück, sodass doch die nachträgliche Nutzenvereitelung schadet.⁹⁾

⁶⁾ Siehe dazu zuletzt ausführlich der VfGH 26.09.2022, A 27/2021 mN der EuGH-Judikatur; aus dem Zivilrecht umfassend *Perner/Spitzer*, Rücktritt von der Lebensversicherung – Eine Standortbestimmung (2020); zuletzt wohl *I. Vonkilch*, Rechtsfolgen intransparenter Rückkaufswertklauseln in der Kapitallebensversicherung, ZFR 2021, 369 (379 ff); aus öffentlich- und zivilrechtlicher Sicht überzeugend auch *Potacs*, Rechtswirkungen eines „Spätücktritts“ contra legem?, VR 2021 H 9, 27 (27 ff).

⁷⁾ *Meissel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2017) § 1041 Rz 1.

⁸⁾ *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1041 Rz 1.

⁹⁾ Vgl zB *Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB⁶ (2020) § 1041 Rz 14 mit Verweis auf *Apathy*, Der Verwendungsanspruch (1988) 104 ff und OGH 24.09.1981, 7 Ob 628/81; ebenso *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} (2022) § 1437 Rz 4.

²⁾ Vgl näher *Kerschner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2018) Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 28.

³⁾ Näher dazu wieder *Kerschner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 5 und 7.

⁴⁾ Dazu zB *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ (2014) § 1041 Rz 1 ff; *Mader* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ (2016) Vor §§ 1431 ff Rz 17, je mwN.

⁵⁾ Vgl etwa das Literaturverzeichnis bei *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} (2022) Vor §§ 1431–1437.

5. Die Regel der Irrelevanz des nachträglichen Nutzenwegfalls (§ 1041 aE ABGB) sei analog auch auf die Leistungskondition anzuwenden.¹⁰⁾ Wir haben letztlich in methodischer Hinsicht eine Art Analogiekette mit teilweisem „reset“ und „Unterbrechungen“ vor uns: Den Ausgang der falschen Zubereitung bildet die „Zutat“ des § 1041 ABGB, die in Wahrheit auch auf einer falschen Analogie¹¹⁾ beruht, aber eigentlich zu § 818 Abs 3 BGB führen müsste, dessen Zutat aber nicht passt. Daher springt man wieder zurück auf § 1041 aE ABGB, wobei aber die Analogiebasis für § 1437 ABGB fehlt. Leistungskonditionen und Verwendungsansprüche haben nämlich *verschiedene Funktionen*; vgl dazu sogleich bei der Grundthese (Punkt B.1.). Damit hat sich der (un-)logische Zirkel geschlossen. Im Lebensversicherungsfall geht es ja um eine Leistungskondition.

Im Folgenden findet man keine hochdogmatischen Ableitungen, sondern die nach Ansicht des Verfassers maßgeblichen Grundfragen eines ABGB-systemkonformen Bereicherungsrechts. Auf die Entscheidung des 7. Senats zur Rückabwicklung einer fondsgebundenen Lebensversicherung¹²⁾ wird im Folgenden immer wieder Bezug genommen. Hier nur so viel zu den praktischen Folgen: Diese Judikatur erlaubt enorme Spekulationen der Versicherungsnehmer – auch jetzt noch! Das Anlagenrisiko verbleibt allein bei der Versicherung und der Versicherungsnehmer kann viele Jahre fast kostenlos lebensversichert sein!

B. Zu den dreizehn Thesen

1. These: Grundthese

Einerseits kennt das ABGB Leistungskonditionen, die auf Rückabwicklung eines *bewussten Verhaltens, das fremdes Vermögen vermehrt*, gerichtet sind. Eine bewusste Zweckrichtung (Zweckwidmung) ist anders als in Deutschland *nicht vorausgesetzt* und grundsätzlich auch nicht für die Rückabwicklung richtungsbestimmend. Leistungsempfänger ist grundsätzlich der, der die Leistung tatsächlich empfängt.

Zweck: Unabhängig (losgelöst) von dinglichen Rechten soll eine rasche, einfache Rückabwicklung möglich sein.

Andererseits steht bei *Nutzung fremder dinglicher Befugnisse*, nur zum Teil auch bei Eingriffen in fremde Forderungsrechte (in Deutschland: „in sonstiger Weise“) ein „Verwendungsanspruch“ als Auffangtatbestand zu, wenn keine bewusste Vermögensvermehrung vorliegt.

Der bereicherungsrechtliche Leistungsbegriff ist entscheidend vor allem für die Verteilung der Insolvenzzrisiken. Er ist in § 1431 ABGB grundgelegt: „Wenn jemandem [...] eine Sache oder eine Handlung

geleistet worden ist, wozu er gegen den Leistenden kein Recht [...]“. § 1431 ABGB enthält gerade auch als *Grundfall* die *abgeirrte Leistung*: A will (mit Rechtsgrund) an B leisten, faktisch erhält aber C die Leistung (zB falsche Überweisung). Nach der hA zur zweckgerichteten Leistung hätte A keine Kondition gegen den faktischen Leistungsempfänger, sondern wegen der Zweckrichtung eine Kondition gegen B, ein wahrhaft absurdes Ergebnis.¹³⁾ Auch bei Leistung an den *falsus procurator* müsste nach hA der (nicht wirksam vertretene) Geschäftsherr Empfänger sein.¹⁴⁾ Hält man wie hier den realen Leistungsempfänger für den Konditionsschuldner, führt dies im Anweisungsfall zum Durchgriff auf diesen beim Doppelmangel.¹⁵⁾ Die Übernahme des zweckgerichteten Leistungsbegriffs aus Deutschland entbehrt – wie *Spielbüchler*¹⁶⁾ überzeugend nachgewiesen hat – jeder sachlichen Rechtfertigung. Anders als in Österreich, das im ABGB dem Prinzip der kausalen Tradition folgt, braucht die deutsche Rechtsordnung die Leistungskondition zur *Überwindung des Abstraktionsprinzips*.¹⁷⁾ Oder mit *M. Martinek*:¹⁸⁾ „Der Widerspruch der mangelhaften schuldrechtlichen Planungsgrundlage (Kausalgeschäft) und der sachenrechtlichen (Verfügungsgeschäft) soll damit aufgelöst werden.“ Selbst bei dieser anderen Ausgangslage mehrten sich in Deutschland die Gegner der Theorie der zweckgebundenen Leistung, allen voran *Canaris*.¹⁹⁾

2. These: Allgemeine Verwendungsklage

§ 1041 ABGB ist nicht Sitz einer allgemeinen Verwendungsklage, sondern ein Aufwändersatz-

¹⁰⁾ Die „Rettungsversuche“ in der Lehre sind nicht begründet, sondern bloße Behauptungen: Für einen Hauptfall des § 1431 ABGB soll plötzlich der interne Zuwendungswille und nicht die objektive Zweckbestimmung entscheidend sein; so *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 253 ff.

¹⁴⁾ Auch hier wieder ein Rettungsversuch: Die Fixierung der Empfängerposition soll als „nicht beigelegt“ betrachtet werden; vgl wieder *F. Bydlinski*, System 253 ff.

¹⁵⁾ Dagegen aber wieder der OGH 17.12.2020, 6 Ob 186/20a. Die gegen den Verfasser vorgebrachten Argumente richten sich gegen das von ihm (und anderen) vorgebrachte Wahlrecht, um das es im konkreten Fall aber gar nicht geht.

¹⁶⁾ Die Leistungskondition im System der kausalen Übereignung, *JBl* 2001, 38; ihm folgend *Kerschner*, Zum Leistungsbegriff im österreichischen Bereicherungsrecht, *JBl* 2013, 409 (414) und *Holzner*, Leistungskondition oder Verwendungsanspruch? Zwei Streitfragen als Folge eines missverstandenen Leistungsbegriffs, *JBl* 2020, 713 (713 ff).

¹⁷⁾ Vgl *H. Dernburg*, Das bürgerliche Recht – Die Schuldverhältnisse II/2⁴ (1915) § 374 S 722: Die Leistungskondition solle die vom Abstraktionsprinzip bewusst geschlagenen Wunden notdürftig heilen.

¹⁸⁾ Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, in *Staudinger*, BGB – Eckpfeiler (2005) 758.

¹⁹⁾ *Canaris*, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, in *FS Larenz* (1973) 857; *Kupisch*, Ungerechtfertigte Bereicherung – Geschichtliche Entwicklungen (1987) 14 ff und 63 ff; *Lieb* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, MünchKomm BGB⁸ (2020) § 812 Rz 31 („Irrweg“); neuerdings *Jahn*, Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis (2014) 68 ff, 75 ff ua.

¹⁰⁾ Vgl wieder *Koziol/Spitzer* in *KBB*, ABGB⁶ § 1437 Rz 5.

¹¹⁾ Nach der eindeutigen Absicht des Gesetzgebers handelt es sich dabei um keinen Bereicherungs- sondern Aufwändersatzanspruch; dazu näher unten 2. These (Punkt B.2.).

¹²⁾ OGH 28.04.2022, 7 Ob 208/21w.

anspruch in bestimmten Notfällen mit grundsätzlichem Berechnungsansatz beim Aufwand und nicht beim Nutzen des Bereicherten.

Ein *allgemeiner Verwendungsanspruch* ist dogmatisch nur mittels Rechtsanalogie zu begründen.²⁰⁾ Dazu *Spending*²¹⁾: „zwar in mancherlei Hinsicht von der hA abweichendes, aber in sich sehr stimmiges Gedankengebäude“ – „Rückbesinnung auf [...] Absicht des historischen Gesetzgebers“.

Das Wichtigste zuerst: Der Anspruch nach § 1041 ABGB ist ein *Aufwandersatzanspruch* und kein allgemeiner Verwendungsanspruch. Zugegebenermaßen ist der Wortlaut sehr offen formuliert, sodass es nicht überrascht, dass man daraus – wie bei § 1014 ABGB – eine Art „Wundernorm“ macht. Die systematische Stellung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), insbesondere aber die historische Absicht des Gesetzgebers (siehe § 6 ABGB!) sprechen für ein anderes, nämlich *ganz eingeschränktes Normzweckverständnis*, das auch die Irrelevanz des nachträglichen Wegfalls des Nutzens eindeutig erklärt.²²⁾ Es handelt sich um einen *die GoA ergänzenden Aufwandersatzanspruch*: Die von *Zeiller*²³⁾ zu § 1041 ABGB angeführten Beispiele sind alle *Hilfsleistungen in Notsituationen* (so an einen Geschäftsunfähigen, an einen Bewusstlosen und an einen Geschäftsführer, der Geschäfte eines Dritten besorgt). Das passt auf Fälle, die nach hA klar von einer allgemeinen Verwendungsklage erfasst sein sollen, wie Eingriff durch den Bereicherten oder Nutzen durch zufällige Ereignisse,²⁴⁾ überhaupt nicht. Die ratio der Besserstellung des Hilfe Leistenden ist ebenso evident: *Nicht er soll das Risiko des Wegfalls der Bereicherung tragen, sondern der in seiner Notsituation Begünstigte und der Helfende soll zur Hilfeleistung motiviert werden!*

Grundsätzliche Unterschiede zwischen Aufwand- und Verwendungsanspruch zeigen sich bei der Berechnung der Anspruchshöhe. Der (freiwillige und bewusste) Aufwand orientiert sich eben grundsätzlich und maßgeblich am Vermögensaufwand,²⁵⁾ der Bereicherungsanspruch aber am Nutzen des Bereicherten.

Folgerung für den oben beschriebenen Lebensversicherungsfall: § 1041 ABGB kann in keiner Weise für die Leistungskondiktion die Irrelevanz des nachträglich zufälligen Wegfalls der Bereicherung erklären, vielmehr greift § 1447 ABGB ein, der den Bereicherten in Höhe des Nutzenwegfalls befreit. Schon im 19. Jahrhundert war die Rechtsnatur des Anspruchs nach § 1041 ABGB höchst um-

stritten.²⁶⁾ Im Anschluss an *Winiwarter*²⁷⁾ nähert sich *Krainz*²⁸⁾ dem heutigen Verständnis. ME konnte damals von einer diesbezüglichen hA – wie sie der heutigen entspricht – nicht die Rede sein. Und dass in der III. TN 1916 nichts über das Verständnis des § 1041 ABGB zu finden ist, kann schon gar nicht als Zustimmung des Gesetzgebers zum Verständnis des § 1041 ABGB als allgemeine Verwendungsklage gewertet werden.²⁹⁾

3. These: Weiter Leistungsbegriff

Weiter Leistungsbegriff, der *grundsätzlich bei der faktischen Leistung ansetzt (außer bei normativen Abweichungen)*.

Wie schon oben bei der 1. (Grund-)These angeführt, schränkt der Leistungsbegriff des § 1431 ABGB nicht ein, sondern ist der Auslegung zugänglich. Er setzt zwar prinzipiell bei der faktischen Leistung an, ist aber bei gesetzlichen oder vereinbarten Abweichungen offener.³⁰⁾ Bei „Leistungsketten“ (vermeintlicher/wirklicher Vertragspartner und tatsächlicher Empfänger) können mE sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare faktische Leistungsempfänger passivlegitimiert sein, was zu einem Wahlrecht des Leistenden führen kann.³¹⁾ Für einen weiten Leistungsbegriff und damit auch in mehreren Fällen für ein Wahlrecht haben sich besonders *Spielbüchler* und in der Folge ebenso *Holzner*³²⁾ mit weiterführender Begründung ausgesprochen. Gerade im Anweisungsfall sind die faktischen Wege „beschrieben“.

Damit ist aber nicht zugleich gesagt, dass der Leistungszweck irrelevant ist: Er dient der Abgrenzung von anderen Vorgängen und zur Feststellung der „Kausalität“ der Leistung.³³⁾ Das Ersuchen des Verfassers an die Gerichte: Man möge doch näher auch *Spielbüchler* und *Holzner* zum Doppelmandelfall studieren.³⁴⁾

4. These: Forderungen nicht verwendungsfest

Eingriffe in Forderungen sind nicht verwendungsfest (aA die hA³⁵⁾), da es dafür keine positiv-

²⁶⁾ Vgl näher *Apathy*, Verwendungsanspruch 11 ff.

²⁷⁾ *Winiwarter*, Das oesterreichische bürgerliche Recht IV (1844) 239, 243.

²⁸⁾ *Krainz/Pfaff*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II (1894) 317 f.

²⁹⁾ Das Schweigen des Gesetzgebers kann sehr viele Gründe gehabt haben; vgl näher dazu *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ (2014) §§ 6, 7 ABGB Rz 38.

³⁰⁾ Vgl dazu ausführlich *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 47 ff.

³¹⁾ Das gegen OGH 17.12.2020, 6 Ob 186/20a. Es könne nicht zwei Leistungsempfänger geben.

³²⁾ Siehe *Spielbüchler*, *JBl* 2001, 38 und *Holzner*, *JBl* 2020, 713 ff. Zweifel am engen zweckorientierten Leistungsbegriff bereits bei *Welser*, Vertretung durch Vollmacht (1970) 242 Fn 22. Zum Ganzen *Kerschner*, *JBl* 2013, 409 ff.

³³⁾ Vgl wieder *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 44.

³⁴⁾ Siehe die Fundstellen in Fn 32.

³⁵⁾ Siehe etwa *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} (2022) § 1041 Rz 5; *Rabl/Herndl* in *Rabl/Herndl/Riedler*, Schuldrecht BT⁷ (2021) Rz 15/17.

²⁰⁾ Siehe näher die Aufzählung der einschlägigen Normen im Sachenrecht des ABGB bei *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 28.

²¹⁾ Rezension von *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Großkommentar zum ABGB – *Klang*, *JBl* 2022, 613.

²²⁾ Zu alldem näher *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ (2019) Vor §§ 1041–1044 ABGB Rz 5–12.

²³⁾ *Commentar III/1* 329.

²⁴⁾ Siehe zB *Meissel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1041 Rz 3.

²⁵⁾ Nur in der Folge kann auch der Nutzen beim Begünstigten eine Rolle spielen.

rechtlichen Ansätze gibt. Möglich ist freilich außer bei Schädigungsabsicht (§ 1295 Abs 2 ABGB) bzw bei Forderungsuntergang (dann Eingriff) auch Schadenersatz wegen Vertragsverletzung.

Nirgends ist im ABGB ein Verwendungsanspruch gegen jemanden angeordnet, der (bloß) ein fremdes obligatorisches Recht, eine Forderung „beeinträchtigt“. Dafür finden sich keine positiv-rechtlichen Ansätze, jedenfalls hat bisher noch niemand soweit ersichtlich solche aufgezeigt. Selbst wenn man bei § 1041 ABGB die allgemeine Verwendungsklage ansetzt, dann ist dort nur vom „Eigentümer“ die Rede. Mit *Lurger*³⁶⁾ ist nur bei einem Forderungsuntergang ein Verwendungsanspruch gegeben, was man vor allem selbst aus § 1395 ABGB und analoger Anwendung ableiten kann. Auch der OGH verlangt teilweise für einen Verwendungsanspruch ein Erlöschen der Forderung.³⁷⁾ Weiters verneint der OGH in der Entscheidung 17.09.2014, 6 Ob 138/144 einen Verwendungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter (Eigentümer) wegen Verletzung eines vertraglichen Konkurrenzverbots: „[...] der vorliegende Fall scheitert am Zuweisungsgehalt des vertraglich vereinbarten Zustimmungsrechts“, obwohl der OGH zugleich „Forderungen“ als Sachen iS des § 1041 ABGB wertet.³⁸⁾ In diesem Fall war das vereinbarte Wettbewerbsverbot bzw Zustimmungserrecht in seinem Bestand ja unberührt geblieben (daher auch Unterlassungs-, Zinsminderungs- und Schadenersatzanspruch). Der Mieter konnte wohl nur schwer einen Schaden nachweisen.

Wohin die Gewährung von Verwendungsansprüchen bei „Eingriffen“ in Forderungen führen kann, erweist sich an einer These von *Meissel*.³⁹⁾ Wegen unwirksamer Zession ist die Forderung gar nicht auf den „Verwender“ übergegangen. Er wollte die „Scheinforderung“ als Sicherungsmittel für einen Kredit verwenden. Völlig zu Recht hat *Reheis*⁴⁰⁾ dagegen eingewendet, dass man eine nicht übergegangene Forderung vom „Scheinzessionär“ nicht wirksam nutzen kann. Und eine bloße „Berühmung“ stellt ebenso keinen „Nutzen“ dar. Es bleibt dabei: Eingriffe in Forderungen sind nur bei Einziehung fremder Forderungen und beim Empfang einer schuldbefreienden Zahlung des Schuldners verwendungsfest.

5. These: Nachträglicher zufälliger Nutzenwegfall befreit

Nachträglicher zufälliger Nutzenwegfall befreit den Redlichen (§ 1447 ABGB) – § 1041 ABGB will den in der Not Helfenden begünstigen; vgl schon zur Grundthese (Punkt B.1.).

§ 1041 ABGB ist keine taugliche Grundlage für eine allgemeine Verwendungsklage, daher greift

³⁶⁾ In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1041 ABGB Rz 10; aber auch *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ (2019) § 1041 ABGB Rz 17 f.

³⁷⁾ Vgl OGH 15.11.2000, 3 Ob 259/00k.

³⁸⁾ Zu dieser Entscheidung näher *Kerschner*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 138/14h, *JBI* 2015, 310 mwN.

³⁹⁾ Verwendung einer Forderung durch den Scheingläubiger und Nutzen iSd § 1041 ABGB, *Zak* 2020, 284.

⁴⁰⁾ Zur Verwendung einer unwirksamen zedierten Forderung durch den Scheingläubiger, *Zak* 2021, 264 (264 f).

auch nicht § 1041 aE ABGB (Irrelevanz des nachträglichen Nutzenwegfalls): Ja, wo ist dann der Einwand nachträglichen Nutzenwegfalls im ABGB normiert? Bei den einzelnen Verwendungsansprüchen im Sachenrecht ist davon nichts zu finden. Vielmehr findet sich die ganz allgemeine Grundregel dazu in § 1447 ABGB: „Der zufällige gänzliche Untergang einer Sache hebt alle Verbindlichkeiten [...] auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit oder die Zahlung der Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird.“ Und § 1447 ABGB wird zu Recht grundsätzlich auf alle Verbindlichkeiten und somit auch auf Bereicherungsansprüche angewendet.⁴¹⁾ In unserem Lebensversicherungsfall sind also alle Verluste – die inter partes als zufällig zu behandeln sind – entgegen dem 7. Senat⁴²⁾ zulasten des Versicherungsnehmers bereicherungsminierend!

6. These: Unredlichkeit bei Wissen bzw evidentem Wissenmüssen

Nach *hA*⁴³⁾ wird *Unredlichkeit* mit *Fahrlässigkeit* gleichgesetzt; anders unter anderem *Spielbüchler*, *Holzner*, *Reischauer* und *Kerschner*.⁴⁴⁾ *Unredlichkeit* nur bei *Wissen* bzw *evidentem Kennen- bzw Wissenmüssen* – nur so sind die extrem rigorosen Rechtsfolgen des § 335 ABGB erklärbar.

Den Unredlichen trifft nach § 335 bzw § 417 ABGB eine extrem strenge Haftung.⁴⁵⁾ Für alle Vorteile, die beim Leistenden eingetreten wären, trifft ihn die Haftung für gemischten Zufall, der die Sache beim Eigentümer nicht getroffen hätte (auch für inadäquate Folgen), er hat stets Ersatz nach dem höchsten Preis zu leisten. So ist es mit den Wertungen der §§ 1331, 1332 ABGB in keiner Weise mehr vertretbar, diese ganz strengen Sanktionen auch beim leicht fahrlässigen Handeln eintreten zu lassen.

Auch durch das HaRÄG ist – entgegen mancher – keine Änderung der Rechtslage eingetreten. Den Materialien ist keineswegs zu entnehmen, dass er

⁴¹⁾ Vgl etwa *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 1447 Rz 3; *P. Bydlinski* in *KBB*, ABGB⁵ § 1447 Rz 1; *F. Bydlinski* in *Klang*, ABGB IV/2² (1978) 516; weiters auch *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1437 Rz 4. Die Gegenmeinung von *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ (2016) § 1447 Rz 1 ist völlig begründungslos, ob auch unbegründbar.

⁴²⁾ OGH 28.04.2022, 7 Ob 208/21w.

⁴³⁾ *Anzenberger* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁵ (2020) § 326 Rz 5 f; *Kodek* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ (2011) § 326 ABGB Rz 10 ff, jeweils mZn zur *hA*.

⁴⁴⁾ *Spielbüchler*, *Der Dritte im Schuldverhältnis* (1973) 286 ff; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 326 Rz 2; *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2016) § 326 Rz 2; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 368 Rz 2; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2018) § 932 Rz 337; *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ (2018) § 1437 ABGB Rz 15 ff; ferner auch *Geroldinger*, *Der mutwillige Rechtsstreit* (2017) 322 f; *Radler*, *Kondiktion auf Sachen von volatitem Wert* (2014) 74 ff. *Eccher* lässt in *KBB*, ABGB³ § 326 Rz 1 grobe Fahrlässigkeit genügen; vgl auch *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 368 Fn 5.

⁴⁵⁾ Siehe etwa näher *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1437 ABGB Rz 13 ff mwN.

damit alle Redlichkeitstatbestände des ABGB ändern wollte.⁴⁶⁾

Radler⁴⁷⁾ hat überzeugend und ausführlich nachgewiesen, dass der Gesetzgeber nichts am Verständnis des § 326 ABGB ändern wollte. Die Gegenargumente von Schmid⁴⁸⁾ haben vor allem deshalb nicht überzeugt, weil die §§ 329 ff ABGB einen viel weiteren Anwendungsbereich als die §§ 367 ff ABGB haben. Daher: *Unredlich ist nur der, der gewusst hat, und der, dem man nicht glaubt, dass er nichts gewusst hat.* Die Formulierung des § 326 ABGB hängt mit den strengen Beweisregeln zur Zeit der Entstehung des ABGB (noch keine freie Beweiswürdigung) zusammen.

Conclusio: Nach dem ABGB gibt es also einen *fahrlässig Handelnden, der redlich ist.*

7. These: Objektiv-konkreter Nutzenbegriff

Dem österreichischen Bereicherungsrecht liegt ein *objektiv-konkreter Nutzenbegriff* (§ 305 ABGB: „besondern Verhältnisse“) zugrunde – erste Berechnungsorientierung ist allerdings der gewöhnliche Wert (§ 306 ABGB: „der gemeine Preis zur Richtschnur“).

§ 1431 aE ABGB stellt allgemein auf einen „verschafften Nutzen“ ab. Damit kann schon nach dem Wortlaut nur der tatsächliche, konkrete Nutzen gemeint sein, der nicht mit der „besonderen Vorliebe“ iS des § 305 ABGB zu verwechseln ist. Seit 1978 vertritt der Verfasser die Auffassung, dass im Bereicherungsrecht der Nutzen *objektiv-konkret* zu berechnen ist,⁴⁹⁾ also im Rahmen konkreter individueller Vermögensverhältnisse nach objektiven Wertmaßstäben (also nicht nach einem allfälligen Liebhaberwert). Es geht also um die *besonderen (Vermögens-)Verhältnisse beim Bereicherten*.

Ein (abstraktes) *Beispiel:* Der objektive Nutzen des Bereicherten sei 100, sein konkreter Nutzen 120: Hier wäre der Redliche bei abstrakter Berechnung um 20 bereichert. Wäre der konkrete Nutzen 80, wäre der Bereicherte bei abstrakter Berechnung um 20 entreichert.

Berücksichtigt man die „besondern Verhältnisse“ gemäß § 305 ABGB („nimmt man aber auf die besonderen Verhältnisse [...] Rücksicht [...]“), so ist stets „ein außerordentlicher Preis“ und nicht der „ordentliche und gemeine Preis“ iS des § 305 ABGB zu ersetzen. Nach nunmehr ganz hA sind die §§ 305, 306 ABGB auch auf Bereicherungsansprüche anzuwenden.⁵⁰⁾ Aus § 306 ABGB ergibt sich auch die *Beweislastverteilung:* Der Bereicherte hat einen niedrigeren Nutzen, der Verkürzte hingegen einen höheren Nutzen zu beweisen.

⁴⁶⁾ Siehe schon näher Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1437 ABGB Rz 14 und insbesondere 18.

⁴⁷⁾ Kondiktion auf Sachen von volatilem Wert 74 ff.

⁴⁸⁾ Redlichkeit im Bereicherungsrecht (2016) 74 ff.

⁴⁹⁾ Vgl erstmals Kerschner, Zur Höhe des Benützungsentgelts bei Nichtrückstellung der Bestandsache nach Vertragende, JBl 1978, 411 (415 ff).

⁵⁰⁾ Vgl etwa Kisslinger (jetzt Schickmair) in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2011) § 306 Rz 11; Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1437 Rz 6; ausführlich auch Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1437 ABGB Rz 30 ff mwN.

8. These: Verwendung von Früchten und Nutzungen im Zweipersonenverhältnis

Zu Recht sind Früchte und Nutzungen nach hA nur im Dreipersonenverhältnis nicht zu ersetzen, *wohl aber im Zweipersonenverhältnis* (so schon Zeiller⁵¹⁾);⁵²⁾ die *Pauschalverrechnungsthese* des OGH⁵³⁾ kann nur in Sonderfällen greifen.

§ 330 ABGB schließt allein im Dreipersonenverhältnis den Anspruch auf Früchte und Nutzungen als Ausgleich für den verlorenen Kaufpreis aus, nicht aber im Zweipersonenverhältnis.⁵⁴⁾ Bei diesem sind also Früchte und Nutzungen herauszugeben bzw zu ersetzen.⁵⁵⁾ In unserem Lebensversicherungsfall OGH 28.04.2022, 7 Ob 208/21w liest man aber offensichtlich das Gegenteil: „Bei der Rückabwicklung von Geldleistungen ist Rückzahlung geschuldet; dabei sind redliche Vertragspartner *nicht zur Erstattung der von ihnen gezogenen Früchte und Nutzungen verpflichtet.*“ Das entspricht weder dem Wortlaut, noch der Systematik, noch der Absicht des Gesetzgebers!

Möglicherweise hat der 7. Senat eine besondere Form des Ausgleichs der gegenseitigen Früchte und Nutzungen, eine Art „Aufrechnung“ gemeint, nämlich die sogenannte, vom OGH noch immer vertretene „Pauschalverrechnungsthese“. Aber auch dieser Ansatz ist positiv-rechtlich im Allgemeinen nicht zu begründen.⁵⁶⁾ Nur ausnahmsweise ist diese These im Ergebnis berechtigt.⁵⁷⁾ Keine dieser Ausnahmen liegt aber im Lebensversicherungsfall vor.

9. These: Gutgläubiger Verbrauch nur bei Sorglosigkeit

Gutgläubiger Verbrauch (Empfang?) von Leistungen mit Unterhaltscharakter befreit den Bereicherten nach hA,⁵⁸⁾ was bereicherungsrechtlich dogmatisch aber nicht begründbar ist – mE ist nur ein Schadenersatzanspruch des Bereicherten gegen den rechtsgrundlos Leistenden denkbar (nur bei dessen Sorgfaltswidrigkeit).

Ein verstärkter Senat hat 1929 entschieden, dass bei Leistungen mit Unterhaltscharakter (vor allem Unterhalt, aber auch Arbeitsentgelt) der Konditionsschuldner den gutgläubigen Verbrauch (heute

⁵¹⁾ Siehe Zeiller, Kommentar IV (1813) 165: „*Hiermit kann er (scil der redliche Empfänger) also einem mit der Eigentumsklage belangten redlichen Besitzer nicht gleichgestellt werden (§§ 329 und 330).*“

⁵²⁾ Dazu Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2018) § 1431 ABGB Rz 51.

⁵³⁾ OGH 15.01.1987, 7 Ob 672/86.

⁵⁴⁾ So nochmals Zeiller, Kommentar IV 165; siehe oben Fn 51.

⁵⁵⁾ Siehe näher Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1437 ABGB insbesondere Rz 10 ff und 43 mwN.

⁵⁶⁾ Vgl ausführlich dazu Kerschner, Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, JBl 2001, 762; diesem folgend Wendehorst, Leistungskondiktion und Rückabwicklung von Verträgen, in FS Koziol (2010) 425 (444 uam).

⁵⁷⁾ Vgl näher Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2022) § 877 ABGB Rz 32; diesem weitgehend folgend Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2011) § 330 ABGB Rz 20.

⁵⁸⁾ Ausführlichst zur Frage Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1437 ABGB Rz 53 ff.

oft nach der Rsp auch schon allein den gutgläubigen Empfang) einwenden könne.⁵⁹) Trotz vieler Gegenargumente (verstärkter Senat geht ohnehin von Versehen des Leistenden aus/wesentliche Änderung der maßgebenden Verhältnisse seit 1929/Wegfall der [falschen] Judikatur „nemo pro praeterito alitur“/reine Billigkeitsüberlegungen) hält die hRsp noch immer an der bisherigen Auffassung fest. Sie beruht dogmatisch allein auf der These *Wilburgs*⁶⁰) einer verschuldensunabhängigen Vertrauenshaftung, die im ABGB keine Stütze findet.

ME kann es allein um die *Sorgfaltspflichten des Leistenden gehen, Vertrauensschäden des Leistungsempfängers zu vermeiden*. Bei einseitigen Leistungen (insbesondere aus Unterhaltspflichten) wird ein „Verschulden in eigenen Angelegenheiten“ analog § 1304 ABGB die Leistungspflicht entsprechend mindern können.⁶¹)

10. These: *condictio causa data causa non secuta nur bei Vorbehalt*

Condictio causa data causa non secuta nur bei (freilich auch bei konkludentem) *Vorbehalt* – nur ein solcher Vorbehalt des Leistenden führt zur Einschränkung des § 1432 ABGB.

Es geht in Analogie zu § 1435 ABGB um Fälle, in denen eine rechtsgrundlose Leistung in Erwartung einer Gegenleistung (zu der der Empfänger sich nicht rechtlich verpflichten kann oder will) erbracht wird und diese erwartete Gegenleistung dann ausbleibt:⁶²) Etwa Pflegeleistungen in (enttäuschter) Erwartung testamentarischer Zuwendung,⁶³) bei Vorleistungen, Leistungen in außereheleicher Lebensgemeinschaft bzw Erwartung des dauernden Ehebestandes, beim Bau eines Hauses, bei Arbeitsleistungen in Erwartung eines späteren Vermögensvorteils und andere mehr. Der Rückforderungsanspruch bei solchen rechtsgrundlosen Leistungen ist dogmatisch deshalb näher zu begründen, weil es sich nicht um irrtümliche (dann § 1431 ABGB), sondern um wissentliche Leistungen einer Nichtschuld handelt (dann eigentlich Rückforderungsausschluss nach § 1432 ABGB⁶⁴)). Mein Ansatz⁶⁵) ist ein einfacher: Der Rückforderungsan-

spruch kann sich nur aus dem Leistungswillen des Kondiktionsgläubigers selbst ergeben: Muss dieser gar nichts leisten, so kann er auch unter einer „Bedingung“ leisten: Er muss die Erfüllungswirkung seiner Leistung einschränken und zwar durch einen Vorbehalt, der auch konkludent sein kann und vielfach in der Praxis auch nur schlüssig sein wird: Der Empfänger darf aufgrund des ihm zugegangenen Vorbehalts nicht mehr darauf vertrauen, ohne Gegenleistung (oder sonstigen Umstand) die Leistung behalten zu können. *Eine Zustimmung seinerseits ist aber nicht erforderlich*. Auch eine Ablehnung bzw ein Widerspruch verhindert den Rückforderungsanspruch nicht.

11. These: *Zweikondiktionentheorie*

Bei Rückabwicklung gegenseitiger Verträge gilt im Fall des nachträglichen zufälligen Untergangs einer Leistung die *Zweikondiktionentheorie* (so auch die hA) und nicht die Saldotheorie. Der Gläubiger, dessen Leistung noch vorhanden ist, kann diese nach der Zweikondiktionentheorie zurückfordern, nach der Saldotheorie hat von vornherein nur der eine Anspruch, dessen Leistung mehr wert war, daher nur Anspruch auf den Saldo unabhängig vom nachträglichen Untergang. Die Saldotheorie kommt aus Deutschland über Salzburg nach Österreich. Norminell vertritt zwar der OGH wie die hL die Zweikondiktionentheorie, in der Sache und im Ergebnis aber oft die Saldotheorie.⁶⁶)

Zur Rückabwicklung beim Spättritt in der Lebensversicherung dürfte wohl auch – nach dem Vorbild des BGH⁶⁷) – letztlich der OGH⁶⁸) die Saldotheorie „anwenden“: Dem Anspruch auf Rückzahlung aller Versicherungsprämien sei (nur) ein sehr geringer, schwer einzuordnender „Risikoanteil“ abzuziehen. Dem liegt möglicherweise die Überlegung zugrunde, dass nach Rücktritt der Nutzen des Versicherungsnehmers (Versichertsein) weggefallen ist. Den Saldo bilden dann fast alle Versicherungsprämien.

Da bei Wegfall des Vertrags ex tunc die vertraglichen Gefahrtragungsregeln schlechthin nicht mehr greifen können, führt mE kein Weg an der in Österreich herrschenden Zweikondiktionentheorie vorbei.⁶⁹) Die Zweikondiktionentheorie ist auch in einer Reihe gesetzlicher Gefahrtragungsregeln grundgelegt: Wenn schon der Verleiher als Eigentümer die Gefahr zufälligen Untergangs der verliehenen Sache trägt, obwohl die Leihe allein im Interesse des Entlehners erfolgt (§ 979 ABGB), so muss dies umso mehr beim entgeltlichen Rechtsgeschäft der Fall

⁵⁹) OGH Präs 1025/28 = SZ 11/86 – Judikat Nr 33 neu; vgl die maßgeblichen Leitsätze bei *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1437 ABGB Rz 55.

⁶⁰) Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1934) 149 ff; *Wilburg* in *Klang*, ABGB VI² (1951) 480 ff.

⁶¹) So schon grundgelegt bei *Kerschner*, *Irrtumsanfechtung* insbesondere beim unentgeltlichen Rechtsgeschäft (1984) 123.

⁶²) Siehe ausführlich dazu *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ (2018) § 1435 ABGB Rz 21 ff; den Bereicherungsanspruch wegen fehlenden Vorbehalts nun völlig zutreffend ablehnend der 2. Senat OGH 17.01.2023, 2 Ob 217/22h.

⁶³) Zum Verhältnis zum Pflegevermächtis *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1435 ABGB Rz 12 ff.

⁶⁴) Zu den Begründungsversuchen der hA näher *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1435 ABGB Rz 42.

⁶⁵) *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1435 ABGB Rz 43.

⁶⁶) Vgl zuletzt *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1431 ABGB Rz 42–50 mwN.

⁶⁷) So BGH VII ZR 313/69 = BGHZ 57, 137 (147 f): „aus Billigkeitsgründen vorzunehmende Gesetzeskorrektur [...]“; vgl dazu *Armbrüster*, *Rückabwicklung von Lebensversicherungen in Deutschland und Österreich* (2017) 1 ff (4 ff) zum Kapitel Prämienrückgewähr und Saldotheorie.

⁶⁸) 28.04.2022, 7 Ob 208/21w.

⁶⁹) So zuletzt wieder *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 932 Rz 330 ff mwN; siehe auch *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 877 ABGB Rz 31.

sein.⁷⁰⁾ Allein bei *Ersparnisbereicherung* beim Sachempfänger – dieser hätte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sonst ein eigenes Rechtsgut verwendet – ist die Rechtslage anders.⁷¹⁾

12. *These: Analogien zu kurzen Verjährungsregeln meist contra legem*

Analogien zu kurzen Verjährungsfristen sind meist contra legem – diese Judikatur⁷²⁾ führt zu „Eigentumseingriffen“ nach Art 5 StGG (jedes vermögenswerte Privatrecht).

Die Verjährungsregeln des ABGB sehen sich einer intensiven rechtspolitischen Diskussion „ausgesetzt“. Das gilt aber auch schon *de lege lata*, da die Judikatur seit Längerem eine ganz starke Tendenz zur Annahme kurzer, meist dreijähriger Fristen hat. Das trifft auch bzw gerade bei Bereicherungsansprüchen zu, die grundsätzlich in dreißig Jahren verjähren.⁷³⁾ Eigentlich müsste die Rsp nicht das ganze Alphabet durchgehen, aber einen Schritt ist sie auch wieder in unserem Lebensversicherungsfällen gegangen: Der Anspruch des Versicherungsnehmers auf Vergütungszinsen verjähre – entgegen früherer Judikatur – in drei Jahren.⁷⁴⁾

Die Analogie zu § 1486 ABGB ist höchst gewagt, geht es doch – wie bei der Rückforderung überhöhter Kreditzinsen – um *einen einheitlichen* Bereicherungsanspruch. Letztlich, wenngleich typisiert, lassen sich Bereicherungsansprüche auf das Eigentumsrecht zurückführen, das durch rechtsgrundlose Leistung oder Eingriff beeinträchtigt ist. Solche Eingriffe betreffen ein verfassungsrechtlich geschütztes Privatrecht, das im Kern sogar unverjährbar ist und nicht mit dem „bloßen“ Verlust eines Forderungsrechts (wodurch erst ein Vermögenszuwachs erfolgen soll!) zu vergleichen ist. Sieht man diesen eigentumsrechtlichen Eingriff, so sollte man dies auch bei der Verjährungsdiskussion rechtspolitisch bedenken. Die Rückforderung überhöhter Kreditzinsen zeitlich mit drei Jahren zu begrenzen, kann mE durch eine Analogie zu § 27 Abs 3 MRG (überhöhte Mietzinsen) bzw gar zu § 5 Abs 4 KleingartenG⁷⁵⁾ wegen völlig anderer Wertungen niemals begründet werden.

13. *These: Zur Bereicherung im öffentlichen Recht*

Mangels Sondernormen und mangels Eingreifens des Art 137 B-VG im Einzelfall sind Bereicherungsansprüche bei öffentlich-rechtlichen (unwirksamen) Titeln auch nach ABGB zu be-

urteilen – so ebenso der OGH nun zumindest zu § 1042 ABGB⁷⁶⁾ und allgemein *Lurger*⁷⁷⁾: *Über (Un-)Wirksamkeit des (öffentlich-rechtlichen) Titels entscheidet die Verwaltungsbehörde (vorher Unzulässigkeit des Rechtsweges), über Rückabwicklung aber das Zivilgericht nach Privatrecht.*

Bei rechtsgrundlosen öffentlich-rechtlichen Leistungen kann die Rückabwicklung durch öffentlich-rechtliche Sondernormen geregelt sein und allenfalls auch die Zuständigkeit zur Entscheidung bei den Verwaltungsbehörden oder beim VfGH (Art 137 B-VG) sondergesetzlich angeordnet sein. Es finden sich aber immer wieder Fälle, in denen weder das eine noch das andere der Fall ist. Dann hat über die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung ausschließlich die Verwaltungsbehörde bzw der VfGH, über das Rückabwicklungsverhältnis jedoch das Gericht zu entscheiden.⁷⁸⁾ So hat der OGH in 1 Ob 195/10y⁷⁹⁾ einen Anspruch nach § 1042 ABGB auch bei öffentlich-rechtlicher causa bejaht: Es ging um einen Aufwendersatzanspruch der OÖ Krankenfürsorgeanstalt für Landesbedienstete gegen die Sozialversicherungsanstalt für Bauern wegen Leistungen an die bei letzterer Anstalt versicherte Empfängerin. In der Sache haben sich nun auch *Lurger*⁸⁰⁾ und wohl auch *Mader*⁸¹⁾ der eben vertretenen Auffassung angeschlossen. Im Übrigen bejahen der OGH und insbesondere *Reischauer*⁸²⁾ und *Huemer*⁸³⁾ bei öffentlich-rechtlichen Forderungen bei Forderungsübergang gemäß § 1422 bzw § 1358 ABGB die gerichtliche Zuständigkeit! Auch hier müssen die Zivilgerichte den Bestand bzw Nichtbestand der öffentlich-rechtlichen Forderung prüfen!

„Da die Verwaltungsvorschriften für das Verhältnis der Privaten untereinander kein Verfahren vorsehen, muss der Rechtsweg offen sein.“⁸⁴⁾ Das muss auch im Verhältnis Privater zu „Staat“ als Privatem im Bereicherungsrecht gelten.

Korrespondenz: Vis.-Prof. Univ.-Prof. i.R. Dr. *Ferdinand Kerschner*, Institut für Umweltrecht, Johannes Kepler Universität Linz, Altenberger Straße 69, 4040 Linz, Österreich; E-Mail: ferdinand.kerschner@jku.at.

⁷⁰⁾ Vgl weiters das Risiko dem Eigentümer der Sache zuzuordnenden §§ 964, 1104 und 1112 ABGB.

⁷¹⁾ Siehe näher *Kerschner*, Der OGH auf dem Weg zur Saldotheorie?, JBl 1988, 624 (629 f); diesem folgend *Reischauer* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 932 Rz 339; ebenso *Rabl/Herndl* in *Rabl/Herndl/Riedler*, Schuldrecht BT⁷ Rz 15/37.

⁷²⁾ Näher dazu mwN *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2012) § 1478 ABGB Rz 22.

⁷³⁾ Vgl näher schon bei *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 60 ff.

⁷⁴⁾ Vgl zuletzt OGH 24.04.2020, 7 Ob 10/20a.

⁷⁵⁾ RIS-Justiz RS0117773.

⁷⁶⁾ 23.02.2011, 1 Ob 195/10y.

⁷⁷⁾ In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} Vor §§ 1431–1437 Rz 17.

⁷⁸⁾ Vgl näher *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 67 ff, insbesondere Rz 72, dort auch zur Verfahrensunterbrechung bzw zum Feststellungsbescheid. Eine unbedingte Verknüpfung zwischen öffentlich-rechtlichem Grund und Rückabwicklungsverhältnis ist abzulehnen.

⁷⁹⁾ JBl 2012, 57 (*Kerschner*).

⁸⁰⁾ In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} Vor §§ 1431–1437 Rz 17.

⁸¹⁾ In *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ Vor §§ 1431 ff Rz 22.

⁸²⁾ In *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2020) § 1422 Rz 166 ff mN der Judikatur.

⁸³⁾ In *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2020) § 1358 ABGB Rz 29 f mN der Judikatur.

⁸⁴⁾ So zutreffend *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1422 Rz 184 unter Verweis auf *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1358 Rz 7 und *Mader*, Anmerkung zu OGH 14 Oba 80/87 und 14 Oba 86/87, DRdA 1989, 296 (300).