

während der Übergangszeit von der aktuellen zur Neuregelung gegen staatsanwaltschaftliche Sicherstellungsanordnungen vermehrt Einsprüche nach § 106 StPO erhoben werden. Denn mit solchen Einsprüchen können auch Verletzungen der Grundrechte nach § 1 DSGVO und Art 8 EMRK geltend gemacht werden (unter anderem OGH 11 Os 56/20z vom 13.10.2020 mwN). Es fragt sich somit, welchen Punkten der geäußerten Kritik schon auf Basis des geltenden Rechts Rechnung getragen werden kann und so Grundrechtsverletzungen möglichst vermieden werden können.

In inhaltlicher Hinsicht verlangt der VfGH einen präziseren Zuschnitt für die Datenauswertung. Schon vorweg soll festgelegt werden, welche Datenkategorien und Datenarten ausgewertet werden sollen. Vor allem kommt der Einschränkung auf bestimmte Zeiträume eine gewichtige Rolle als Kriterium zu, um eine uferlose Datenauswertung zu verhindern. Und schließlich ist auch der Zweck, für den die Auswertung überhaupt erfolgt, festzulegen (VfGH Punkt IV.2.2.9. Rz 79). Diese Vorgaben können sofort berücksichtigt werden, indem in jedem Sicherstellungsfall eben diese Kriterien in der staatsanwaltschaftlichen Anordnung festgelegt werden. Dabei ist den StAen mit Blick auf die besonderen Verhältnismäßigkeitserfordernisse zu empfehlen, in den Anordnungen auch darzulegen, weshalb die konkrete Auswertung in Bezug auf den konkreten Straftatverdacht zu Beweis Zwecken notwendig ist und ein besonderes öffentliches Interesse iS des § 1 Abs 2 DSGVO iVm Art 8 EMRK an der Aufklärung eben dieser Tat besteht, das den Grundrechtseingriff rechtfertigt. Besonders wichtig erscheint dies, wenn die Sicherstellung nicht das Mobiltelefon des Beschuldigten, sondern eines Dritten betrifft.

Auch wenn es aktuell keine Verpflichtung der StAen gibt, den Beschuldigten über die Form der Auswertung der erlangten Daten zu informieren, so verbietet die StPO eine solche Information auch nicht. Insofern könnten die StAen auch diesem Anliegen des VfGH nachkommen und Beschuldigte von der Art und der Form der Auswertung in Kenntnis setzen.

Am schwierigsten erscheint nach der aktuellen Rechtslage das Rechtsschutzproblem zu lösen zu sein, hat doch der VfGH ganz deutlich die richterliche Bewilligung als Vorabkontrolle eingemahnt (VfGH Punkt IV.2.2.9. Rz 78). Wie also könnte das Gericht als bewilligende Instanz schon derzeit befasst werden? Der VfGH weist durch seine Gegenüberstellung von Sicherstellung und Beschlagnahme (§ 115 StPO) selbst den Weg. Wird ein Mobiltelefon sichergestellt, so liegt eine vorläufige Begründung der Verfügungsmacht über Gegenstände iS des § 109 Z 1 lit a StPO vor. Demselben Zweck kann eine Beschlagnahme nach § 109 Z 2 lit a StPO dienen, geht es dort doch auch um die – soweit hier relevant – Begründung einer Sicherstellung nach § 109 Z 1 StPO, allerdings geknüpft an eine richterliche Entscheidung. Zumind. in besonders heiklen, also den sogenannten clamorösen, Fällen könnte in der Übergangszeit mit einer richterlichen Beschlagnahme anstelle einer staatsanwaltschaftlichen Sicherstellung vorgegangen werden.

Auch wenn somit einigen Aspekten der Entscheidung Rechnung getragen werden kann, besteht akuter Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, um Rechtssicherheit zu schaffen und verbindliche Vorgaben entsprechend dem VfGH-Erkenntnis gesetzlich zu verankern. Überlegungen, wie eine solche Neuregelung aussehen könnte, waren schon diskutiert worden (insbesondere *Zerbes/Ghazanfari*, AnwBl 2022, 640 sowie *dieselben*, Sicherstellung und Verwertung von Handydaten – Reformperspektiven, AnwBl 2023, 559; zu dieser Diskussion siehe weiters nur jüngst etwa *Fink*, Sicherstellung und Verwertung von Handydaten – Reformperspektiven, AnwBl 2023, 565;

*Marsch*, Sicherstellung und Verwertung von Handy-Daten, AnwBl 2023, 551; *Prior*, Sicherstellung und Auswertung elektronischer Daten, AnwBl 2023, 554), bevor die VfGH-Entscheidung erging und könnten anhand des VfGH-Erkenntnisses weiter vertieft werden.

Auch wenn hier Details einer Neuregelung nicht weiterentwickelt werden können, um den Rahmen der Entscheidungsanmerkung nicht zu sprengen, steht nach der Entscheidung des VfGH wohl doch fest, dass ein Sonderregime für die Auswertung von Datenträgern, die einen tiefgreifenden Einblick in das Privatleben und die Persönlichkeit der von dieser Auswertung Betroffenen ermöglichen, unausweichlich ist. Der VfGH hat verschiedene Kriterien für die Verhältnismäßigkeitserwägungen iS eines beweglichen Systems genannt (VfGH insbesondere Punkt IV.2.2.11.5.). Dabei werden Erheblichkeitsschwellen in Gestalt von Anlasstaten bestimmter Schwere ebenso eine Rolle spielen müssen wie etwa die verbindliche Festlegung von Auswertungskriterien, Informationspflichten gegenüber dem Beschuldigten und den von der Datenauswertung betroffenen Dritten. Ebenso wichtig wird der wirksame Rechtsschutz sein, der nach dem VfGH nicht nur eine richterliche Vorabewilligung, sondern auch eine unabhängige Aufsicht impliziert. Mit dem bislang in solchen Zusammenhängen in der StPO etablierten Rechtsschutzbeauftragten wird wohl nicht das Auslangen zu finden sein, hat der VfGH doch in seiner Entscheidung zur Überwachung verschlüsselter Nachrichten deutlich gemacht, dass eine unabhängige Aufsicht „durch einen Richter oder eine mit gleichwertigen Unabhängigkeitgarantien ausgestattete Stelle“ verwirklicht wird (VfGH G 72-74/2019, G 181-182/2019 vom 11.12.2019, Punkt IV.2.4.4. Rz 195). Derzeit ist der Rechtsschutzbeauftragte nach § 47a StPO allerdings weder ein Richter noch mit gleichwertigen Garantien ausgestattet.

Der Gesetzgeber wäre gut beraten, die vom VfGH vorgezeichneten Rahmenbedingungen und Abwägungskriterien rasch in eine Regelung zu gießen. Denn gelingt das nicht, tritt das gesamte Regime, das Sicherstellungen zu Beweis Zwecken erlaubt, mit 31.12.2024 ersatzlos außer Kraft. Und dann könnten auch keine sonstigen Beweisgegenstände mehr sichergestellt werden.

Univ.-Prof. Hon.-Prof. Dr. *Susanne Reindl-Krauskopf*

## Ordentliche Gerichte

### Zivilsachen

*Verwendungsanspruch bei Eingriff in fremde Forderungsrechte?*

<https://doi.org/10.33196/jbl202403017501>

§ 371 Fall 2, §§ 877, 1041, 1431 ABGB; § 31, § 32 Abs 4, § 40 BWG idF BGBl I 118/2016; § 72 ZPO:

Der Verwendungsanspruch beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der ohne rechtfertigenden Grund Vorteile aus den einem anderen zugewiesenen Gütern gezogen hat, die erlangte Bereicherung dem „Verkürzten“ herauszugeben hat. „Sache“ ist im weiten Sinn des § 285 ABGB zu verstehen. Darunter fallen nicht nur körperliche Sachen, sondern unter anderem auch Forderungsrechte.

Die „Verwendung zum Nutzen eines anderen“ ist die zuweisungswidrige Nutzung eines Rechtsguts und kann durch einen Eingriff des Bereicherten in die einem anderen zugewiesenen Güter erfolgen.

Der Verwendungsanspruch scheidet nach hRsp nicht schon deshalb aus, weil dem Kläger im Rahmen der Rückabwicklung des wegen seiner Geschäftsunfähigkeit nichtigen Spareinlagevertrags nach § 877 ABGB ein Kondik-

tionsanspruch gegen die Bank zusteht. Der Vorrang der Leistungskondition gegenüber dem Verwendungsanspruch gilt nur im zweiseitigen Verhältnis.

Zahl die Bank einem Dritten das Geld unter Vorlage der Sparbücher aufgrund des vermeintlich gültigen Spareinlagevertrags mit dem Kläger aus, so wird der Kläger dadurch nicht um seinen nach wie vor aufrecht bestehenden Kondiktionsanspruch gegen die Bank wegen Nichtigkeit des Spareinlagevertrags verkürzt. Seine bereicherungsrechtliche Forderung gegen die Bank ist durch deren Zahlung an den Beklagten nicht untergegangen.

Der Ausschluss des Kostenersatzes in § 72 Abs 3 letzter Satz ZPO gilt für das gesamte Verfahren erster Instanz und umfasst all jene Verfahrenshandlungen, die im Zusammenhang mit dem Verfahrenshilfsantrag stehen. Der Widerspruch gegen das Protokoll aufgrund eines sinnstörenden Fehlers ist nach TP 2 I 1 lit e RATG zu honorieren.

OGH 18.10.2023, 9 Ob 35/23x

(OLG Wien 09.05.2023, 16 R 50/23z; LG Korneuburg 20.12.2022, 5 Cg 56/19m)

[1] Der 1959 geborene Kläger eröffnete am 02.02.2005 bei einer Bank drei Kleinbetragssparbücher (Typ 1 – Inhabersparbücher).

[2] Aufgrund der beim Kläger seit seiner Geburt bestehenden kognitiven Einschränkungen kümmerte sich nach dem Tod seiner Mutter im Jahr 2013 seine Schwester M. um ihn und übernahm auch seine finanzielle Verwaltung.

[3] Im Jänner 2017 schenkte M. ihrem Sohn, dem Beklagten, der sich aufgrund ihrer Erkrankung um sie sorgte, sechs Sparbücher unter Bekanntgabe der Lösungswörter, darunter auch jene des Klägers. Für den Beklagten gab es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Geld vom Kläger stammen würde oder seine Mutter nicht Eigentümerin der Sparbücher gewesen wäre. Im Februar 2017 löste der Beklagte die Sparbücher des Klägers auf. Die Bank überwies das Realisat von gesamt € 39.500,- auf ein Konto des Beklagten.

[4] Der Kläger, der bis 1994 als Hilfsarbeiter tätig war und seither eine Pension bezieht, ist aufgrund seiner Intelligenzminderung seit seinem 18. Lebensjahr lediglich eingeschränkt geschäftsfähig. Er war und ist nicht in der Lage, komplexe Zusammenhänge richtig aufzufassen, zu beurteilen und weiterreichende Folgen von Verträgen richtig einzuschätzen. Zudem bestehen Hinweise auf eine erhöhte Suggestibilität. Er kann nur sogenannte „Taschengeldgeschäfte“ verrichten. Der Kläger war daher auch im Jahr 2005 nicht in der Lage, bisher noch nie von ihm durchgeführte Bankgeschäfte zu erledigen, weil ihm die dazu nötige Übersichtsgewinnung sowie das Verständnis für komplexere Transaktionen und Folgen seiner Handlungen gefehlt hat.

[5] Der Kläger begehrt vom Beklagten die Zahlung von € 39.500,- sA, insbesondere gestützt auf § 1041 ABGB. Der Beklagte habe die Gelder aus den von ihm angelegten Sparbüchern treuwidrig vereinnahmt und dadurch rechtswidrig in die ihm zustehenden Forderungen aus dem Spareinlagevertrag gegenüber der Bank, bei Rechtsunwirksamkeit des Spareinlagevertrags in seinen Kondiktionsanspruch gegen die Bank, eingegriffen.

[6] Der Beklagte bestreitet, beantragte Klagsabweisung und wandte (soweit im Revisionsverfahren noch relevant) ein, dass er mit Übergabe und Nennung des Lösungsworts derivativ Eigentümer der Sparbücher geworden sei. Selbst wenn seine Mutter nicht verfügungsberechtigt gewesen wäre, hätte er gutgläubig Eigentum erwerben können, weil seine Mutter „Vertrauensmann“ iS des § 367 ABGB gewesen sei. Außerdem sei das Geld mit jenem seiner Mutter vermengt worden. Er sei bei Übergabe der Sparbücher redlich gewesen und habe die Sparbücher von seiner Mutter als Gegenleistung für seine Unterstützung geschenkt erhalten.

[7] Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren im zweiten Rechtsgang statt. [...]

[8, 9] Das *Berufungsgericht* gab der Berufung des Beklagten nicht Folge [und] ließ die ordentliche Revision zur Frage zu, ob der Verwendungsanspruch einem Geschäftsunfähigen, der einen unwirksamen Spareinlagevertrag eröffnet habe und daher die gezahlte Einlage von der Bank kondizieren könne, gegen denjenigen zustehe, der das Kleinbetragssparbuch der Bank unter Nennung des Lösungswortes präsentiert und das Guthaben redlich erhalten habe.

[10] In seiner dagegen gerichteten *Revision* beantragt der Beklagte die Abänderung des Berufungsurteils iS einer Klagsabweisung; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[11] Der Kläger beantragt in seiner *Revisionsbeantwortung*, die Revision des Beklagten als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

### Rechtliche Beurteilung

[12] Die Revision des Beklagten ist *zulässig* und *berechtigt*.

[13] In der Revision wird geltend gemacht, dass der Beklagte an dem ihm von der Bank ausgezahlten Geld gemäß § 371 Fall 2 ABGB gutgläubig Eigentum erworben habe. Die Übergabe der Sparbücher des Klägers durch seine Mutter sei ein teilentgeltliches Rechtsgeschäft gewesen. Ein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB stehe dem Kläger nicht zu, weil die Auszahlung der Sparguthaben zu keiner Änderung in der Vermögenslage des Klägers geführt hätte. Der Kläger habe aufgrund des nichtigen Spareinlagevertrags einen Kondiktionsanspruch gegen die Bank.

Dazu hat der Senat erwo-gen:

[14] 1. Nach der Rsp zu § 865 ABGB, der hier noch in der Fassung vor dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, BGBl I 59/2017, anzuwenden ist (§ 1503 Abs 9 Z 1 und 4 ABGB), war bei der Beurteilung der Geschäftsfähigkeit darauf abzustellen, ob eine Person die Tragweite eines konkreten Geschäfts und die Auswirkungen ihres Handelns abschätzen und dieser Einsicht gemäß disponieren kann (2 Ob 91/20a [Punkt 1.1.]; RS0009075 [T8; T12]). Bei der Prüfung der Geschäftsfähigkeit einer Person, für die kein Sachwalter bestellt war, war entscheidend, ob sie in der Lage war, die Tragweite des konkreten Rechtsgeschäfts zu beurteilen, ihre Wünsche und Vorstellungen zu erwägen und zu formulieren und auch zu beurteilen, inwieweit sie einem Rechtskundigen vertrauen kann, dass dieser ihre Interessen wahren werde (RS0009075). Auch ein Ausschluss der Fähigkeit, entsprechend dieser Einsicht zu disponieren, führte zur Geschäftsunfähigkeit (2 Ob 91/20a [Punkt 1.2.]).

[15] 2. Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass der zwischen dem Kläger (als erstidentifizierter Sparbuchinhaber iS des § 40 Abs 1 Z 1 BWG [idF vor Inkrafttreten des Finanzmarkt-Geldwäschegesetzes, BGBl I 118/2016, kurz aF]) und der Bank abgeschlossene Spareinlagevertrag aufgrund mangelnder Geschäftsfähigkeit des Klägers nichtig ist. Durch die dem Kläger ausgestellte Sparurkunde (§ 31 BWG aF) konnte aufgrund des unwirksamen Spareinlagevertrags kein Forderungsrecht des Klägers (und auch keiner anderen Person, die die Sparurkunde vorlegt und unter Nennung des Lösungsworts die Auszahlung der Einlage fordert [§ 32 Abs 4 BWG aF]) gegen die Bank begründet werden. In der Sparurkunde war von Anbeginn keine Forderung verbrieft (vgl 7 Ob 128/04f zur sog „Lugurkunde“ = ÖBA 2005, 408 [Apathy]; Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II<sup>2</sup> Rz 3/33); die Sparurkunde war – nach der Diktion des Berufungsgerichts – lediglich ein „inhaltsloser Mantel“.

[16] 3. Durch die Unwirksamkeit des Spareinlagevertrags mangelte es aber auch am sachenrechtlichen Titel für eine Übertragung der (hier forderungslosen) Inhaberpapiere (vgl 4 Ob 170/11w Punkt 1.2.2.) an den Kläger, sodass dieser bei Übergabe der Sparurkunden nicht Eigentümer geworden sein kann. Daher konnte im Übrigen auch – abgesehen von der Geschäftsunfähigkeit des Klägers – eine derivative Übertragung des Eigentums an den (forderungslosen) Sparbüchern an seine Schwester M. nicht erfolgen. Dies hat wiederum zur Folge, dass auch M. dem Beklagten nicht derivativ Eigentum an den (forderungslosen) Sparbüchern verschaffen konnte.

[17] 4. Davon geht auch der Beklagte in seiner Revision aus, in der er sich auf einen Gutgläubenserwerb nach § 371 Fall 2 ABGB stützt. Ob in Ansehung der Sparurkunden und des Titelgeschäfts die Voraussetzungen hier erfüllt sind, kann aber dahingestellt bleiben, weil der Beklagte lediglich Eigentum an den (forderungslosen) Sparbüchern erwerben hätte können.

[18] 5. Damit bleibt zu prüfen, ob dem Kläger gegen den Beklagten hinsichtlich der diesem von der Bank (irrtümlich) ausgezahlten Beträge ein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB zusteht.

[19] 5.1. Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Anderen verwendet worden ist, kann der Eigentümer sie in Natur, oder, wenn dies nicht mehr geschehen kann, den Wert verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist (§ 1041 ABGB). Der Verwendungsanspruch beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der ohne rechtfertigenden Grund Vorteile aus den einem anderen zugewiesenen Gütern gezogen hat, die erlangte Bereicherung dem „Verkürzten“ herauszugeben hat. „Sache“ ist im weiten Sinn des § 285 ABGB zu verstehen. Darunter fallen nicht nur körperliche Sachen, sondern unter anderem auch Forderungsrechte (RS0019971; 5 Ob 525/94 = RS0019926 [T9]; 10 Ob 23/11x Punkt 3.2.). „Eigentümer“ iS des § 1041 ABGB ist jeder, dem ein Rechtsgut zugeordnet ist. Eine solche Zuweisung bewirken alle absoluten Rechte, wie die dinglichen Rechte, die Persönlichkeitsrechte, die Immaterialgüterrechte, aber auch die Rechtszuständigkeit eines Gläubigers. Die „Verwendung zum Nutzen eines anderen“ ist die zuweisungswidrige Nutzung eines Rechtsguts und kann durch einen Eingriff des Bereicherten in die einem anderen zugewiesenen Güter erfolgen (RS0019971; RS0019926; vgl *Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB<sup>7</sup> § 1041 Rz 1, 5 und 8 ff; *Apathy/Perner* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> § 1041 Rz 1 und 4 ff; *Rummel* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1041 Rz 2 ff und 6 f, jeweils mwN).

[20] 5.2. Der Verwendungsanspruch scheidet – entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten – nach hRsp nicht schon deshalb aus, weil dem Kläger im Rahmen der Rückabwicklung des wegen seiner Geschäftsunfähigkeit nichtigen Spareinlagevertrags nach § 877 ABGB (vgl RS0108234) ein Kondiktionsanspruch gegen die Bank zusteht (RS0016328). Der Vorrang der Leistungskondiktion gegenüber dem Verwendungsanspruch gilt nur im zweiseitigen Verhältnis (1 Ob 353/97m; 3 Ob 82/10w Punkt II.2.; RS0110365; *Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB<sup>7</sup> § 1041 Rz 1; *Meissel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1041 Rz 11 mwN zum mehrpersonalen Verhältnis bei Ex-tunc-Auflösung des Vertrags zwischen dem Verkürzten und einem Dritten).

[21] Da aber im vorliegenden Fall mit dem (unwirksamen) Spareinlagevertrag zwischen dem Kläger und der Bank kein Forderungsrecht des Klägers aus den Sparurkunden verbrieft wurde, konnte der Beklagte gar nicht in die Rechtszuständigkeit (das „Eigentum“ an der Forderung) des Klägers eingreifen (vgl 10 Ob 1/07f betreffend eine unwirksame Sicherungszession). Überdies er-

gab sich der „Nutzen“ für den Beklagten nicht aus den (forderungslosen) Sparurkunden selbst, sondern er erlangte den geldwerten Vorteil nur deshalb, weil ihm die Bank in Unkenntnis der Nichtigkeit des Spareinlagevertrags irrtümlich – ohne Rechtsgrundlage – bei Vorlage der forderungslosen Sparurkunden Zahlung geleistet hat.

[22] 6.1. Damit stellt sich noch die – vom Kläger in seiner Revisionsbeantwortung zwar nicht aufgegriffene, aber vom OGH im Rahmen seiner allseitigen Prüfpflicht (RS0043352) zu beurteilende – Rechtsfrage, ob der Beklagte (rechtswidrig) in den dem Kläger gegen die Bank zustehenden Kondiktionsanspruch nach § 1431 ABGB eingegriffen und daraus einen unberechtigten Nutzen gezogen hat. Darauf hat sich der Kläger auch im erstinstanzlichen Verfahren gestützt.

[23] 6.2. Wie bereits oben (Punkt 5.1.) erläutert, ist auch die Verwendung von Forderungsrechten des Verkürzten vom Anwendungsbereich des § 1041 ABGB umfasst. Für den Anspruch nach § 1041 ABGB dem Grunde nach kommt es auch nicht darauf an, ob der Bereicherte von der Verwendung der fremden Sache wusste (vgl RS0020150). Für einen Eingriff des Beklagten in den Kondiktionsanspruch des Klägers gegen die Bank finden sich im festgestellten Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte. Vielmehr hat die Bank dem Beklagten das Geld unter Vorlage der Sparbücher aufgrund des vermeintlich gültigen Spareinlagevertrags mit dem Kläger ausgezahlt. Der Kläger wurde daher durch die Auszahlung nicht um seinen nach wie vor aufrecht bestehenden Kondiktionsanspruch gegen die Bank wegen Nichtigkeit des Spareinlagevertrags verkürzt (vgl 3 Ob 259/00k Punkt 4.). Seine bereicherungsrechtliche Forderung gegen die Bank ist durch deren Zahlung an den Beklagten nicht untergegangen (vgl *Kerschner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1041 ABGB Rz 18 mwN; vgl auch *Reischauer*, Zum Verhältnis des Verwendungsanspruchs [§ 1041 ABGB] zum Aufwandersatzanspruch [§ 1042 ABGB], Zak 2019, 164 zur Zahlung ohne Schuldbefreiung [kein Eingriff in die Rechtszuständigkeit]). Auch der Kläger geht in seiner Revisionsbeantwortung davon aus, dass ihm dieser Anspruch gegen die Bank (noch immer) zusteht.

[24] Der Revision des Beklagten war daher Folge zu geben und das Klagebegehren in Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen abzuweisen.

[25] Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen beruht auf den §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Der Widerspruch gegen das Protokoll aufgrund eines sinnstörenden Fehlers ist antragsgemäß nach TP 2 I 1 lit e RATG zu honorieren (9 ObA 185/05d; 4 Ob 66/10z Punkt 8.3.; *Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>3</sup> Rz 1.256). Die Benachrichtigung vom 05.05.2020 über die erfolgreiche Zustellung einer Zeugenladung war nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Der Ausschluss des Kostenersatzes in § 72 Abs 3 letzter Satz ZPO gilt für das gesamte Verfahren erster Instanz und umfasst all jene Verfahrenshandlungen, die im Zusammenhang mit dem Verfahrenshilfeantrag stehen (*Fucik* in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 72 Rz 4 mwN; *Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>3</sup> Rz 1.119). [...]

\* \* \*

In der vorliegenden Entscheidung verneint der 9. Senat einen Verwendungsanspruch gemäß § 1041 ABGB, weil zum einen mangels Gültigkeit des Spareinlagevertrags nie wirksam eine Forderung verbrieft worden ist, in die man eingreifen hätte können, und zum anderen durch Zahlung der Bank an den Dritten gegen Vorlage der Sparurkunde der Kondiktionsanspruch des Geschäftsunfähigen nach § 1431 ABGB gegen die Bank nicht untergegangen ist. Das scheint nahezulegen, dass der OGH nun

auch für einen Forderungseingriff einen Untergang der Forderung voraussetzt. Dem 9. Senat ist gänzlich im Ergebnis, weitgehend auch in der Begründung zuzustimmen.

Wie auch in OGH 17.09.2014, 6 Ob 138/14h – betreffend die Frage des Vorliegens eines Verwendungsanspruches des Mieters gegen den Vermieter (Eigentümer) wegen Verletzung eines vertraglichen Konkurrenzverbots – qualifiziert der OGH zunächst Forderungen als Sachen iS des § 1041 ABGB. Diese Einstufung ist so allgemein und weit uE nicht zutreffend. Wenn man erkennt und auch anerkennt, dass § 1041 ABGB aus historisch-systematischen Überlegungen auf Aufwändersatzansprüche bei gewissen Nothilfefällen beschränkt ist und eine allgemeine Verwendungsklage nur qua Rechtsanalogie begründet werden kann (vgl *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup> [2019] § 1041 ABGB Rz 34), so ist die Heranziehung des weiten Sachbegriffs des § 285 ABGB für einen Verwendungsanspruch nicht zielführend (selbst zu § 1041 ABGB verweist *Zeiller* [Commentar III (1812) 324] nur auf „Verwendung seines Eigentums oder seiner Kräfte“). Sieht man die dogmatischen „Wurzeln“ der Verwendungsklage in einer Rechtsanalogie zu besonderen Verwendungsansprüchen im Sachenrecht sowie den Sonderregelungen im Immaterialgüterrecht, so kann ein Verwendungsanspruch nur dann bestehen, wenn in eine absolut geschützte Rechtsposition eingegriffen wird. Für obligatorische Rechte finden sich keine besonderen Verwendungsansprüche, ein Verwendungsanspruch für Eingriffe in Forderungen lässt sich daher so per analogiam nicht schließen.

Forderungen wirken als relative Rechte grundsätzlich nur zwischen den Beteiligten (inter partes). Dass Dritte in ein obligatorisches Recht im Regelfall gar nicht eingreifen können, soll folgendes Beispiel illustrieren:

Ein Dritter C nutzt die von B gemietete Wohnung oder Lager des A und bleibt dort aufgrund einer Geschäftsreise des B längere Zeit unbemerkt. Wem kommt hier ein Verwendungsanspruch gegen C zu, dem Vermieter A oder dem Mieter B?

UE steht hier ausschließlich A, dem Eigentümer der Wohnung, ein Verwendungsanspruch zu. Es wird in A's absolutes Eigentumsrecht eingegriffen, dem A ist schließlich die Sache (= Wohnung) absolut zugewiesen. Er hat sein Nutzungsrecht nur dem B eingeräumt, nicht aber dem C. Nur relativ gegenüber B ist sein Eigentumsrecht eingeschränkt, nicht aber gegenüber C! Das bloß obligatorische Bestandrecht zwischen A und B besteht weiterhin. Ebenso wenig wurde durch die rechtswidrige Nutzung in das Bestandrecht des B eingegriffen. B kann vom Vermieter A verlangen, dass er C auf Räumung klagt, er selbst kann Besitzstörung (30 Tage ab Kenntnis der Störung und des Störers) geltend machen.

Selbst wenn der Mieter B heimkehrt und die Wohnung aufgrund der „Besetzung“ des Dritten nicht nutzen kann, liegt kein Eingriff in das Bestandrecht vor. Der Bestandnehmer kann all seine Bestandrechte gegen den Bestandsgeber (etwa auch nach § 1096 ABGB) geltend machen. Getrennt davon zu betrachten sind Ansprüche des Mieters gegenüber dem Dritten infolge eines wissentlichen Eingriffs in ein fremdes Forderungsrecht.

Vergleicht man die Rechtsposition des Mieters mit dem Kläger des Ausgangssachverhaltes, ist ein Unterschied augenscheinlich: Dem Mieter B sollte aufgrund des Mietvertrages nie ein dingliches Recht übertragen werden. Wie schon *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup> § 1041 ABGB Rz 35 festgehalten hat, sind bloße obligatorische Rechte, die mit der Innehabung einer Sache verbunden sind, mangels Analogiefähigkeit zu § 372 ABGB, der nur den werdenden Eigentümer schützen will, grundsätzlich nicht publizianisch geschützt. Anders ist

die Situation zu beurteilen, wenn das Titelgeschäft auf die Übertragung des Eigentums gerichtet ist; vgl schon die These bei *Kerschner*, aaO Rz 35: „[...]“, dass der Verwendungsanspruch nur soweit zusteht, als der Verwendungskläger für den wahren Eigentümer zu halten ist.“

Um dem auf den Grund zu gehen, ist auf den Prototyp des Untergangs einer Forderung durch schuldbefreiende Sachleistung an den „Scheingläubiger“ nach dessen Forderungsabtretung zu sehen.

Der debitor cessus zahlt an den Zedenten, der die Forderung an den Zessionar bereits abgetreten hat, ohne aber den Schuldner von der Forderung zu verständigen:

Der redliche Zessus will ja an den wahren Gläubiger zahlen, dieser soll auch Eigentümer werden. Man kann offenlassen, ob hier sogar von einer Eventualbesitzanweisung an den Zedenten im Zessionsfall ausgegangen werden könnte. Maßgeblich ist, dass der Zessionar Eigentümer werden soll. Im Fall der schuldbefreienden Leistung an den Zedenten wird in das Recht des werdenden Eigentümers gemäß § 1395 ABGB, also des Zessionars eingegriffen. Das klingt alles insgesamt etwas kompliziert und ist es auch.

Der Kläger (entspricht dem wahren Gläubiger im obigen Grundfall) ist weiterhin Kondiktionsgläubiger gegenüber der Bank. Der Dritte hat durch die Leistung der Bank an ihn in keinerlei publizianisches Recht des Klägers eingegriffen. Damit kann die Lücke einer Regelung des Verhältnisses zwischen Kläger und Beklagten nicht durch sinngemäße Anwendung des § 372 ABGB geschlossen werden. Es fehlt sowohl am Eingriff als auch an einer verwendungsfesten „publizianischen“ Rechtsposition. Ergebnis der Analogie zu § 372 ABGB:

Ein Verwendungsanspruch würde in unserem Fall einen Eingriff in die Rechtsposition eines werdenden Eigentümers voraussetzen, der den Forderungsuntergang bewirkt. Das ist hier nicht der Fall.

Was hier für Sachleistungen paradigmatisch gilt, ist auch auf andere Leistungen zu übertragen, soweit dabei in eine ähnliche publizianische Leistung eingegriffen wird. Im Ergebnis deckt sich das wohl weitgehend mit der These *Reischauer*s, der für einen Verwendungsanspruch einen Eingriff in das absolute Recht der Forderungszuständigkeit voraussetzt (siehe *Reischauer*, Doppelzession und Schadenersatz [§§ 1393 ff, §§ 1294 f, §§ 1331 f ABGB], RZ 1987, 215, 239 [216] und *denselben*, Zum Verhältnis des Verwendungsanspruchs [§ 1041 ABGB] zum Aufwändersatzanspruch [§ 1042 ABGB], Zak 2019, 164).

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Kondiktionsforderung des Klägers gegen die Bank ist nicht untergegangen, es liegt somit kein Eingriff in ein quasidingliches Recht analog § 372 ABGB vor. Der 9. Senat hat völlig richtig entschieden.

Nachsatz: Der Bank wird natürlich eine Leistungskondiktion gegen den Beklagten zustehen. Sie hat an den Falschen geleistet.

Vis.-Prof. Univ.-Prof. i.R. Dr. *Ferdinand Kerschner* /  
Mag. *Karl Stöhr*

*Schadenersatz für wrongful birth und wrongful conception*

<https://doi.org/10.33196/jbl202403017801>

**§ 1295 ABGB; § 97 StGB:**

Sowohl bei einem medizinischen Eingriff, der die Empfängnisverhütung bezweckt (zB Vasektomie oder Eileiterunterbindung), als auch bei der Pränataldiagnostik sind die finanziellen Interessen der Mutter (der Eltern) an der Verhinderung der Empfängnis bzw - bei Vorliegen der embryopathischen Indikation - der Geburt eines (weiteren) Kindes vom Schutzzweck des ärztlichen Behandlungsvertrags umfasst.