

# Leistung an Dritte und Insolvenz des Vertragspartners – ein Fall für den Durchgriff?

Anmerkungen zu 2 Ob 137/08y<sup>1)</sup>

Der Beitrag beleuchtet verschiedene Fälle der Zahlung an Dritte im Hinblick auf Unterschiede bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Daraus ergeben sich einerseits wertvolle Hinweise für die Vertragsgestaltung, andererseits werden Brüche in der hA deutlich.

Ass.-Prof. Dr. Martin Spitzer  
Universität Wien

## 1. Problemstellung

Die Kl hatte bei einer Online-Versteigerung über die Plattform der Bekl ein Produkt der O-GmbH erworben. Zwischen der Kl und O ist ein Kaufvertrag zustande gekommen, die Kl kam als Käuferin ihrer vereinbarten Vorleistungspflicht nach. Sie vereinbarte anschließend mit O als Verkäuferin aus eigenem Antrieb einen Abholungstermin in 6 Monaten,<sup>2)</sup> vor dem O allerdings in Konkurs fiel. Die Kl verlangt nun den Kaufpreis von der Plattformbetreiberin zurück.

## 2. OGH 2 Ob 137/08y

Im Verfahren wurden im Wesentlichen zwei Argumentationsstränge verfolgt: Einerseits die gröbliche Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) durch die in den AGB der Bekl vorgesehene Vorauszahlungspflicht; andererseits, dass die Bekl Treuhänderpflichten verletzt habe, da sie das Inkasso des Kaufpreises übernommen habe.

Der OGH hat sich ausführlich mit der Frage beschäftigt, ob die AGB des bekl Plattformbetreibers im Verhältnis Bieter–Verkäufer überhaupt Vertragsinhalt werden. ME ist ihm beizupflichten, dass das der Fall ist (Einbeziehungslösung) und dass sie nicht nur, wie in der dt Lehre – freilich unter besonderen Vorzeichen<sup>3)</sup> – vielfach vertreten,<sup>4)</sup> eine Auslegungshilfe des Kaufvertrages darstellen. Haben die AGB im konkreten Fall die Einbeziehungskontrolle überstanden, passieren sie auch die Inhaltskontrolle:<sup>5)</sup> Eine Vorauszahlungspflicht begründet –

wie der OGH ausführt – jedenfalls nicht per se eine gröbliche Benachteiligung.<sup>6)</sup>

Zum vorgebrachten Verstoß gegen Treuhänderpflichten hat der OGH mE ebenfalls ganz richtig erkannt, dass sich eine Treuhandschaft im vorliegenden Fall nicht begründen ließ, die Bekl wollte nie Treuhänderin der Kl werden und hat diesen Eindruck auch nie erweckt. Eine nähere Auseinandersetzung damit ist in Anbetracht des Einzelfallcharakters, den die Auslegung der AGB notwendig hat, nicht sinnvoll.

## 3. Stellungnahme

Was die Kl nicht begehrt hat, war die bereicherungsrechtliche Rückzahlung des Kaufpreises, obwohl ihr in Anbetracht der ausständigen Gegenleistung selbstverständlich ein Rücktritt vom Kaufvertrag zugestanden wäre. Davon hätte die Kl natürlich nichts gehabt, wenn sie den Kaufpreis – wie bei vielen Onlineversteigerungen üblich – direkt an den Verkäufer bezahlt hätte, da die Kondiktion (§ 1435 ABGB) zur Konkursforderung geworden wäre.

Im konkreten Fall hat aber der bekl Plattformbetreiber die Kaufpreisforderung kassiert. Das war – ausweislich der AGB – auch keine Besonderheit, denn „*der Kaufpreis ist an die [Bekl] zu zahlen, welche das Inkasso im Interesse der [Verkäufer<sup>7)</sup>] durchführt*“. Der – der Kl unbekannte – Hintergrund dieser Konstruktion war, dass die Kaufpreise nie an die Verkäufer weitergeleitet werden, sondern der Bezahlung von Werbeleistungen der Bekl an diese dienen sollten.

Kann der spezifische Zahlungsvorgang etwas an der Ausichtslosigkeit der Rückforderung ändern? Für die Zahlung des Kaufpreises an einen Dritten bieten sich verschiedene Alternativen an, die – mangels hinreichenden Vorbringens und damit Feststellungen – losgelöst vom konkreten Fall erörtert werden müssen.

### 3.1. Zahlstelle

Am einfachsten wäre der Fall gelagert, wenn die Bekl vom Verkäufer mit Vollmacht ausgestattet gewesen wäre. Dann wäre die Zahlung eine Leistung an den Verkäufer gewesen,<sup>8)</sup> eine

1) OGH 16. 4. 2009, 2 Ob 137/08y; in diesem Heft ZIK 2009/264, 171.

2) Inwiefern hier ein Besitzkonstitut in Betracht gekommen wäre, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Die Modalitäten der Abwicklung (Plattformbetreiber stellt ein Zertifikat zur Vorlage beim Verkäufer aus) würden eher dagegen sprechen.

3) In Deutschland ist in diesem Zusammenhang § 305 Abs 2 Z 1 BGB zu bedenken (vgl. *Basedow in Säcker/Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>5</sup> II [2007] § 305 Rz 54 ff), das Problem stellt sich in Österreich so nicht, vgl. *Leitner*, Das Transparenzgebot (2005) 6 bei und in FN 19a.

4) Zum Meinungsstand etwa *Rüfner*, Virtuelle Marktordnungen und das AGB-Gesetz, MMR 2000, 597; *Heiderhoff*, Die Wirkung der AGB des Internetauktionators auf die Kaufverträge zwischen den Nutzern, ZIP 2006, 793.

5) Schwierigkeiten gibt es in solchen Fällen beim Transparenzgebot und der Unklarheitenregel, da die Identifikation des „Aufstellers“ der AGB im Verhältnis Käufer–Verkäufer schwerfällt, s. *Leitner*, Transparenzgebot 62; vgl. dazu § 310 Abs 3 Z 1 BGB, *Basedow* in *MüKo*<sup>5</sup> II § 310 BGB Rz 53 ff und *Schlosser in Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2006) § 310 BGB Rz 54 ff.

6) Vgl. BGH NJW 1985, 850 zu einer regulären Versteigerung.

7) Zum von der Kl relevierten Problem des Verständnisses des in den AGB verwendeten Begriffes „Teilnehmer“ kann auf die Entscheidung des OGH verwiesen werden.

8) Vgl. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil<sup>14</sup> (1987) 244.

Einschaltung des Plattformbetreibers hätte also im Vergleich zur direkten Zahlung nichts geändert. Die Kondiktion wäre nämlich gegen den Geschäftsherrn zu richten gewesen.

### 3.2. Vertrag zugunsten Dritter

Die schuldbefreiende Zahlung an einen Dritten setzt aber nicht unbedingt eine Vollmacht des Empfängers voraus. Es reicht ja, wenn der Gläubiger (Verkäufer) dem Schuldner (Käufer) erlaubt, die Leistung in bestimmter Weise zu erbringen. Kann sich der Schuldner aussuchen, an wen er leistet (zB schuldbe- freiende Leistung des Kaufpreises auf ein Spendenkonto oder hier an die Bekl), liegt eine Art „Ermächtigung zugunsten Dritter“ vor,<sup>9)</sup> ist der Schuldner dagegen verpflichtet, an den Dritten zu zahlen, ein (unechter) Vertrag zugunsten Dritter, hat dieser Dritte auch noch ein eigenes Klagerecht, ein echter Vertrag zugunsten Dritter. Bei Ungültigkeit des Kaufvertrages wäre nach hA in all diesen Fällen entlang der Leistungsbeziehungen (ungültigen Vertragsbeziehungen) rückabzuwickeln, was im konkreten Fall eine Kondiktion gegen den Verkäufer bedeutet hätte.<sup>10)</sup>

### 3.3. Anweisung

Ähnlich gelagert wäre der Fall, dass die Bekl zum Empfang ermächtigt wäre.<sup>11)</sup> Eine solche Ermächtigung<sup>12)</sup> ist typisch für Fälle der Anweisung, die eine doppelte Ermächtigung enthält (§ 1400 Satz 1 ABGB): Der Anweisende (Verkäufer) ermächtigt den Angewiesenen (Käufer), die Leistung an den Anweisungsempfänger (Plattform) zu erbringen, der wiederum ermächtigt wird, die Leistung in Empfang zu nehmen. So können mit einer faktischen Leistung zwei Schuldverhältnisse (Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis) erfüllt werden. Ist – wie im konkreten Fall – das Deckungsverhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem (Kl) mangelhaft, erfolgt die Kondiktion aber nach hA entlang der juristischen Leistungsbeziehungen, die Kl müsste also wiederum von der Verkäuferin kondizieren.<sup>13)</sup>

### 3.4. Zession

Wäre die Bekl hingegen durch Zession selbst Gläubigerin der Forderung geworden, hätte sich nach dem Rücktritt die Frage gestellt, ob die Kl den bezahlten Kaufpreis von ihr oder vom Zedenten (Verkäufer) zurückverlangen könnte.

9) Vorsicht ist geboten, da *Larenz*, SAT<sup>14</sup> 217 vom „ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter“ spricht, wenn er von einer Leistungspflicht an den Dritten ohne eigenes Klagerecht spricht, was nach unserer Diktion ein unechter Vertrag zugunsten Dritter wäre. Eine bloße Ermächtigung zugunsten Dritter (in Gestalt einer *facultas alternativa*) ist privatautonom aber unproblematisch.  
10) *Koziol* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) Vor §§ 1431-1437 ABGB Rz 7; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Bd<sup>3</sup> II/3 (2002) Vor § 1431 Rz 16 f, jeweils mwN.  
11) Zur Abgrenzung informativ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup> (2008) 608.  
12) Damit ist nicht die Einziehungsermächtigung gemeint, deren Zulässigkeit nach österr Recht strittig ist, vgl *Grillberger*, Zur Einziehung fremder Forderungen im eigenen Namen, ÖJZ 1978, 141; *ders*, Anm zu OGH, ÖBA 1990/208, 220; *Apathy*, Anm zu OGH, ÖBA 1987, 57; *Lukas*, Zession und Synallagma (2000) 110 ff; s aber *Frotz*, Kreditsicherungsrecht (1960) 250 f; *Koziol*, Rechtsfragen beim Factoring-Geschäft, QuHGZ 1972, 322.  
13) *Koziol* in *KBB<sup>2</sup>* Vor §§ 1431-1437 Rz 5; *Rummel* in *Rummel<sup>3</sup>* Vor § 1431 II/3 Rz 14; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup>, 606 f; aA *Spielbühler*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 184 ff.

#### 3.4.1. Grundsatz

Die Frage ist in Österreich zwar umstritten, die überwiegende Auffassung geht aber dahin, die Kondiktion gegen den Zessionar zu gewähren.<sup>14)</sup>

Endgültige Sicherheit besteht darüber nicht. Die Divergenz zwischen Anweisung und Zession ist augenfällig, offen ist die Frage ihrer sachlichen Rechtfertigung.<sup>15)</sup> In Deutschland wird die Zulässigkeit der Durchgriffskondiktion bei der Zession deshalb als Frage „von hoher Aktualität“ geführt,<sup>16)</sup> was ua durch die jüngste (extensive) Bekräftigung einer älteren Rechtsprechungslinie<sup>17)</sup> des BGH belegt wird,<sup>18)</sup> die die Rückforderung beim Zessionar kritisch sieht und die in der Literatur erhebliche Zustimmung gefunden hat.<sup>19)</sup>

Tatsächlich könnte der Zessionar im konkreten Fall den Durchgriff als unerfreulich empfinden: Der Zedent hat ihm vorgeleistet, weil er seine Kaufpreisleistung abgetreten hat, um Werbeleistungen zu erhalten.<sup>20)</sup> Der Zessus hat seinerseits vorgeleistet, um danach die Ware zu bekommen. Damit wäre der einzige, der nie ein Vorleistungsrisiko eingegangen ist, der Zessionar. Bejahete man ihm gegenüber die Kondiktion, hätte der Zessus sein Risiko auf den Zessionar abgewälzt, der sich nur mehr an den Zedenten halten könnte. Dies wiegt umso schwerer, wenn der Zessionar – wie hier – im Vertrauen auf die Zession bereits Leistungen erbracht hat.

#### 3.4.2. Ausnahme

Tatsächlich gibt es auch ein Art Vertrauensschutzkonzept zugunsten des Zessionars, das freilich kaum entwickelt und überaus unsicher ist: Bemerkenswert ist nämlich eine selten thematisierte Einschränkung des Grundsatzes der Kondiktion gegen den Zessionar in Fällen, in denen der Grund für die Rückforderung ein Rücktritt des Zessus wegen Ausbleibens der Gegenleistung des Zedenten ist. Dann könne man den Zessionar nur in Anspruch nehmen, wenn er die synallagmatisch verknüpfte Verpflichtung kannte oder kennen musste.<sup>21)</sup>

Diese Einschränkung, die auch in der jüngeren Jud Niederschlag gefunden hat,<sup>22)</sup> erscheint auf den ersten Blick seltsam. Sie lässt sich weder aus dem Bereicherungsrecht noch aus dem Zessionsrecht noch aus dem postulierten Grundsatz der Kondiktion beim Zessionar ableiten und hängt damit etwas „in der Luft“. Das Einfallstor für subjektive Elemente wie Kennen und Kennenmüssen bleibt jedenfalls verborgen, damit stellt sich aber die Frage der Rechtfertigung von Vertrauensschutz für den Zessionar überhaupt.<sup>23)</sup>

14) *Koziol* in *KBB<sup>2</sup>* Vor §§ 1431-1437 Rz 9; vgl ausf auch *Apathy/Riedler*, SBT<sup>3</sup> (2008) Rz 15/45 f.  
15) Für diese *Karollus*, Bereicherungsausgleich bei Zahlung an den Zessionar – Die Rechtsprechung des BGH als Vorbild? JBl 1994, 573, insb 579 f, vgl aber auch die Korrespondenz von *Holzner*, JBl 1995, 401.  
16) *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht<sup>10</sup> (2006) Rz 1504.  
17) Die sog „Versicherungsleistungsfälle“, vgl BGHZ 105, 365; 122, 46.  
18) BGH NJW 2005, 1369. Der BGH vermeidet dabei die von *Karollus*, JBl 1994, 579 kritisierten Überlegungen zum Leistungsbegriff und argumentiert stärker wertungsorientiert (so auch die zust Besprechung von *Lorenz*, LMK 2005, 84).  
19) Vgl den (zust) Befund bei *Lorenz* in *Staudinger*, BGB (2007) § 812 Rz 41 ff mwN; gegen den BGH insb *Flume*, Der Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen, AcP 199 (1999) 1 (18 ff).  
20) Die Vorleistung in diesem Verhältnis ist aus der Entscheidung freilich nicht völlig eindeutig zu beurteilen.  
21) OGH 7 Ob 732/79 JBl 1981, 98 (*Kantner*); 5 Ob 710/79 SZ 53/1; *Koziol* in *KBB<sup>2</sup>* Vor §§ 1431-1437 Rz 9.  
22) OGH 9 Ob 122/03m: „Der Schluss, dass die [...] abgetretenen Forderungen auch von der nachträglichen Erbringung von Gegenleistungen des Zedenten abhängig sind, liegt daher auf der Hand. Auf eine besondere „Schlechtgläubigkeit“ des Zessionars kommt es nicht an.“  
23) Vgl *Spunda*, Kondiktionsschuldner bei zedierter Garantieforderung, ÖBA 2004, 377.

Ein Blick auf den Ursprung dieser These verrät, dass sich die Rsp aus der Kommentierung von *F. Bydlinski* zum drittfinanziertem Kauf im *Klang*-Kommentar<sup>24)</sup> entwickelt, diese Passage aber wohl nicht richtig gedeutet hat. Für *Bydlinski* stand nicht der Schutz des Zessionars im Vordergrund, sondern die Analyse der (damals) umstrittenen Struktur des drittfinanzierten Kaufes mit ihren bereicherungsrechtlichen Folgen. Er hat sich also eher bemüht, überhaupt einen Anspruch gegen den Zessionar (Finanzierer) zu begründen. Dies zeigt die Leitentscheidung des OGH<sup>25)</sup> anschaulich, wenn sie sagt, der Zessionar sei „zumindest“ in den Fällen zur Rückzahlung verpflichtet, in denen ihm die Umstände bekannt waren.

Doch selbst wenn man ein Konzept des Vertrauensschutzes für richtig hielte, wäre es interessant gewesen, wie der OGH die mangels Vorbringens nicht gegenständliche Frage der Rückforderung beurteilt hätte: An der Kenntnis der

Bekl von der synallagmatischen Verknüpfung besteht kein Zweifel, hat sie diese Verknüpfung durch ihre Plattform doch erst zustande gebracht. Unter der (fraglichen) Prämisse des Vertrauensschutzes wäre es dann aber doch interessant, ob spätere Änderungen der Bedingungen – im konkreten Fall ein unüblich später Liefertermin – auch noch zu ihren Lasten gehen sollen.

#### 4. Konsequenzen für die Praxis

Beim Vertragsabschluss schielen die Parteien selten schon auf eine Rückabwicklung. Der Beitrag zeigt daher für den Fall der Leistung an Dritte, wie verschieden die Rechtsfolgen abhängig von der konkreten Gestaltung ausfallen können. Dabei fällt einerseits die Divergenz zwischen Zession und Anweisung auf, macht doch die hA hinsichtlich des Konditionsschuldners hier einen Unterschied. Andererseits stellt sich bei einer Abtretung die Frage, ob das Vertrauen des Zessionars bei einer Rückabwicklung zu berücksichtigen ist. Die bisherigen Ansätze lassen diesbezüglich viele Fragen offen.

24) *F. Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> IV/2 (1978) 307, 420 ff.

25) OGH 7 Ob 732/79 JBl 1981, 98 (*Kantner*).



#### Der Autor:

Ass.-Prof. Dr. Martin Spitzer, Institut für Zivilrecht, Universität Wien.

**Kontakt:** martin.spitzer@univie.ac.at

#### Publikationen des Autors:

*Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup> (2008); § 99 JN als „Botschaftsgerichtsstand“? *Zak* 2009, 103; Ein Bruderzwist im Fürstenhaus, *ÖJZ* 2009, 445; Spartenübergreifende Wissenszurechnung bei Versicherern, *VR* 12/08, 20; Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität, *ÖJZ* 2008, 871.

#### Impressum:

**Herausgeber und Verleger (Medieninhaber):** LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 1030 Wien, Marxergasse 25, Tel. 534 52-0, Fax DW 140 (Redaktion) – Geschäftsleitung: Mag. Peter Davies, MBA – Abbonentenservice: DW 5555, Fax DW 141 – Anzeigen: Wolfgang Kreissl (E-Mail: wolfgang.kreissl@lexisnexis.at, DW 1116, Fax DW 148) – Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2009 – Verlags- und Herstellungsort: Wien – Die Zeitschrift erscheint 6-mal im Jahr – Einzelheftpreis 2009: 22 €; Jahresabonnement 2009: 111,- € (für KSV-Mitglieder 94,- €) inkl. 10 % MWSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten – Bankverbindungen: Postsparkasse 710610; Raiffeisenlandesbank 494.849 – Abbestellungen sind nur zum Jahresschluss möglich, wenn sie spätestens 1 Monat vorher bekannt gegeben werden – Druck: Prime Rate GmbH, Megyeri út 53, H-1044 Budapest.

**Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden.

Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) in allen Sprachen ein.

Mit der Einreichung von Beiträgen von Arbeitsgruppen leistet der Einreichende dafür Gewähr, dass die Publikation von allen beteiligten Autoren genehmigt wurde und dass alle mit der Übertragung sämtlicher Rechte an den Verlag einverstanden sind.

Mit dem vom Verlag geleisteten Honorar ist die Übertragung sämtlicher Rechte abgegolten. Aufgrund der Honorierung erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts nicht mit Ablauf des dem Jahr des Erscheinens des Beitrags folgenden Kalenderjahres (§ 36 UrhG). Für die Verwertung durch Datenbanken gilt dieser Zeitraum keinesfalls.

**Trotz sorgfältigster Bearbeitung erfolgen alle Angaben ohne Gewähr. Eine Haftung des Verlages und der Autoren ist ausgeschlossen.**