

2. Die Eispenderin möchte, weil sie selbst nicht in der Lage ist, ein Kind auszutragen, das von der anderen Frau ausgetragene und zur Welt gebrachte Kind dann wieder zurückerhalten.

Beide Varianten werfen vorerst die Frage auf, wer eigentlich die Mutter eines solchen Kindes ist, jene Frau, von der das Ei stammt oder jene, die das Kind trägt und zur Welt bringt. Der alte Satz „mater semper certa est“ wird hier ins Gegenteil verkehrt, weil in diesem Zusammenhang nur noch eines sicher ist, nämlich der Samenspende als biologischer Vater. Man wird zunächst nicht leugnen können, daß die Eispenderin biologisch jedenfalls als Mutter zu bezeichnen ist, stammt doch das Kind von ihr ab. Rechtsfolgen, die sich aus der Blutsverwandtschaft ergeben, werden zwischen der Eispenderin und dem Kind jedenfalls wirksam werden. Unsicher ist es aber, ob nicht auch jene Frau, die das Kind austrägt und zur Welt bringt, Mutter ist. Dies könnte man juristisch dann behaupten, wenn nachgewiesen wäre, daß die Tatsache des Austragens einen (mit-)bestimmenden Einfluß auf die Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes hat. Es gibt in der medizinischen Fachliteratur bereits ernst zu nehmende Stimmen²⁷⁾, die behaupten, daß in der Zeit der Schwangerschaft nicht unerhebliche hormonelle, psychosomatische und psychosoziale Einflüsse von der Mutter her auf den Nasciturus wirken und die Persönlichkeit des späteren Menschen entscheidend prägen. Sollte sich dies in der Zukunft in der medizinischen Wissenschaft exakt nachweisen lassen, wird man sich im Rechtsleben daran gewöhnen müssen, daß es auch Fälle gibt, in denen ein Mensch zwei Mütter haben kann.

Konkret zum ersten Problem der „embryo-donation“, nämlich zum Fall, daß die Frau, die das Kind zur Welt bringt, dieses dann haben will, ist zu sagen, daß es hier dann zu einem Konflikt kommen kann, wenn auch die Eispenderin ihre Mutterrechte geltend machen will. Abhilfe wird hier de lege lata nur eine Inkognito-Adoption bieten können, wozu die Eispenderin sicherlich auch schon pränatal ihre Zustimmung erklären kann. In extremen Fällen wird auch denkbar sein, daß man mit einer Konsenssupplierung vorgeht, wenn die Adoption durch jene Frau, die das Kind austrägt und zur Welt bringt, eher zum Wohl des Kindes ist, als ein Verbleiben (bzw eine Rückkehr) des Kindes bei der (bzw zur) Eispenderin.

Schwieriger wird der Fall dann, wenn jene Frau, die das Kind trägt und zur Welt bringt, auf diese Funktion beschränkt bleiben soll, also quasi nur vorübergehend als sog Mietmutter, Surrogatmutter oder Gebäramme Verwendung finden soll. Schwierig ist dabei einerseits die Beurteilung des zwischen den beiden Frauen bestehenden Vertragsverhältnisses (Uterus-Miete? Werkvertrag?, Verwahrungsvertrag?, Pflagenasciturus- oder Kostnasciturusvertrag?), und andererseits kann sich der Fall ereignen, daß die Frau, die das Kind zur Welt

bringt, dann entgegen dem ursprünglichen Plan das Kind plötzlich behalten möchte. Dieser Fall wird, so lange man eine echte Mutterschaft der Frau, die das Kind zur Welt gebracht hat, leugnet, eher zugunsten der Eispenderin als Mutter zu entscheiden sein. Kann man aber aufgrund der medizinisch noch zu führenden Nachweise auch die Frau, die das Kind geboren hat, als Mutter bezeichnen, dann hat man einen in seiner Brisanz durchaus beachtlichen Interessenskonflikt zwischen zwei Müttern zu bewältigen, wobei die alte Methode Salomons sicher nicht unbedingt als interessensadäquat zu empfehlen sein wird, geht es ja vor allem um das Wohl des Kindes!

Ein näheres Eingehen auf all diese Fragen würde aber den Rahmen dieses Referates sprengen und muß einer eigenen Untersuchung vorbehalten bleiben.

Endgültige Zuweisung bei einstweiligem Unterhalt

Von Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangsfall
- II. Rückforderungsanspruch
 1. Herrschende Rechtsprechung und Lehre
 2. Rückabwicklung wegen fehlgeschlagener Leistung
 3. Das Jud 33 als Ausnahme von der Regel der Rückabwicklung
 4. Die Entwicklung des Jud 33 im Arbeitsrecht
 5. Anwendung auf unterhaltsrechtliche Sachverhalte
 6. Das Jud 33 und der einstweilige Unterhalt
 7. Schadenersatzrechtliche Begründung der Rückforderung
- III. Nachforderungsanspruch
- IV. Resümee

I. Ausgangsfall

Bei Unterhaltsschulden kommt es nicht selten vor, daß sich nachträglich herausstellt, daß der geleistete Unterhalt nicht zurecht erbracht worden ist. Typische Fälle sind, wenn der Scheinvater dem Kind Unterhalt zahlt oder der Mann an die Frau Unterhalt leistet, obwohl diese eine Lebensgemeinschaft eingegangen ist. Ein Fall, in dem häufig eine Unterhaltszahlung erfolgt, von der sich im Nachhinein ergibt, daß sie nach dem materiellen Recht nicht oder nicht in diesem Ausmaß gebührt hätte, ist auch der des einstweiligen Unterhalts während eines Scheidungsverfahrens.

Wie in der E des OGH 16.12.1981, 6 Ob 815/81¹⁾ kann eine Ehe dem Grunde nach geschieden werden, während über das Verschuldensausmaß erst später entschieden wird. In einem solchen Fall ist es nunmehr einhellige Rechtsprechung²⁾, daß die Unterhaltsbemessung nicht nach

²⁷⁾ G. Dörner, Sexualhormonabhängige Gehirndifferenzierung und Sexualität (1972); derselbe, Hormones and Brain Differentiation (1976).

¹⁾ Veröffentlicht in diesem Heft der JBl 1984 198.

²⁾ Anders noch EvBl 1971/62 = EFSlg 14.523; wie

§ 94 ABGB wie in aufrechter Ehe vorgenommen werden kann, da die Ehe schon geschieden ist. Für den Scheidungsunterhalt wäre es aber notwendig, das Verschulden zu kennen; und das steht gerade noch nicht endgültig fest, weshalb ein Anspruch nach dem Verschuldensauspruch des letzten Verfahrensstandes erfolgt. Dieser einstweilige Unterhalt regelt die Unterhaltsbeziehungen bis zur jeweils nächsten abweichenden Feststellung des Verschuldens, längstens aber bis zur endgültigen Regelung des nahehelichen Unterhalts.

Der einstweilige Unterhalt stimmt mit dem endgültigen dann überein, wenn die Vorinstanzen die Verschuldensfrage ebenso wie die letzte Instanz beurteilt haben. Das ist aber durchaus nicht immer gegeben. Der Unterhaltsanspruch der Frau beträgt, ja nachdem, ob ihr Verschulden überwiegt, ein gleichteiliges Verschulden gegeben ist oder den Mann das überwiegende Verschulden trifft, entweder null, oder es wird ein Teilbetrag nach Billigkeit zuerkannt, wenn auch die unterhaltspflichtigen Verwandten mittellos sind (§ 68 EheG), oder ihr Unterhaltsanspruch reicht an den in aufrechter Ehe heran (§ 66 EheG). Schon eine Akzentverschiebung in der Verschuldensbeurteilung kann also zu einem anderen Unterhaltsanspruch führen, wobei die Unterinstanzen im Vergleich zur letztinstanzlichen Entscheidung zu viel oder zu wenig zusprechen können.

Zunächst soll der Fall behandelt werden, daß zu viel Unterhalt bezahlt wurde.

II. Rückforderungsanspruch

1. Herrschende Rechtsprechung und Lehre

Sowohl die weitaus überwiegende Judikatur³⁾ als auch die bisher unwidersprochene Literatur⁴⁾ nehmen an, daß der einstweilige Unterhalt provisorischen Charakter nur in dem Sinn habe, daß er für eine begrenzte Zeit zugesprochen werde, nämlich von der Geltendmachung bis zur rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsstreits, daß aber der bereits zugesprochene Unterhalt unabhängig vom Ausgang des endgültigen Verschuldensauspruchs gebühre. Gingen die Unterinstanzen von einem überwiegenden Verschulden des Mannes aus und wurde darauf aufbauend der Frau ein einstweiliger Unterhalt nach § 66 EheG zugesprochen, so könne sie ihn auch dann behalten, wenn sich nachträglich herausstellt, daß das Verschulden der Frau überwog und ihr daher von Anfang an kein Unterhalt zugestanden wäre.

Es gibt in der Judikatur aber auch gewisse Hinweise für eine Einschränkung: Einzelne Ent-

scheidungen⁵⁾ führen aus, daß der einstweilige Unterhalt in der Regel endgültig zukomme, ohne allerdings die Ausnahmen auch nur anzudeuten. Soweit die Ausnahmen konkretisiert werden, wird gesagt, daß die Rückforderung ausgeschlossen sei, soweit der Unterhalt verbraucht wurde⁶⁾; manche Entscheidungen⁷⁾ gehen dann noch einen Schritt weiter und lassen die Rückforderung nur bei gutgläubigem Verbrauch nicht zu. Die Judikatur beruft sich in den Begründungen meist auf die Grundsätze des Jud 33⁸⁾ und die Ausführungen Wilburgs in Klang² VI 480 ff.

Die Lehre⁹⁾ beschränkt sich im wesentlichen auf die Wiedergabe der Judikatur und weist lediglich darauf hin, daß der einstweilige Unterhalt gemäß § 382 Z 8 EO gegenüber allen anderen einstweiligen Verfügungen insofern eine Besonderheit darstelle, als es nicht wie sonst bloß um eine Verhinderung der Vereitelung des Anspruchs gehe, über den im Hauptverfahren zu entscheiden sei, sondern hier eine endgültige Leistung zugesprochen werde. Schwind¹⁰⁾ begründet dies damit, daß die einstweiligen Verfügungen regelmäßig auf Vermögensrechte bezogen seien und bei Familienrechten eine Abweichung geboten sei. Während die Lehre die Endgültigkeit des einmal zugesprochenen Unterhalts aus dem Exekutionsrecht zu erklären versucht, ist es in der Judikatur unbestritten, daß bezüglich Bemessung¹¹⁾ und Rückforderbarkeit im Fall der fehlenden materiell-rechtlichen Berechtigung¹²⁾ der in einem Provisorialverfahren zugesprochene Unterhalt wie der in einem regelmäßigen Verfahren ermittelte zu behandeln ist.

Dem ist zuzustimmen. Denn, ob eine Leistung, deren materiellrechtliche Begründetheit entweder von vorneherein nicht bestand oder nachträglich wegfiel, zurückgefordert werden kann, ist eine materiell-rechtliche Frage und zwar primär eine des Bereicherungsrechts¹³⁾.

2. Rückabwicklung wegen fehlgeschlagener Leistung

Besteht der Rechtsgrund für eine erbrachte Leistung von vorneherein nicht oder fällt er nachträglich weg, so kommt es zur Rückabwicklung, es sei denn, der Rückfordernde ist nicht schutzwürdig, was etwa dann der Fall ist, wenn er wissentlich

⁵⁾ SZ 43/182; EFSig 36.927.

⁶⁾ EFSig 28.200, 33.858.

⁷⁾ EFSig 24.909, 29.476, 38.659.

⁸⁾ SZ 11/86.

⁹⁾ Vgl die in FN 4 Zitierten sowie Schwind, Abgesonderter Wohnort und einstweiliger Unterhalt, ÖJZ 1949, 145.

¹⁰⁾ ÖJZ 1949, 145.

¹¹⁾ EFSig 32.205.

¹²⁾ EFSig 29.476.

¹³⁾ Im Punkt II 7 wird später noch untersucht, ob eine Rückzahlungspflicht auch schadenersatzrechtlich zu begründen ist. Doch soll dieser Gesichtspunkt vorläufig noch ausgeklammert bleiben.

in der E JBl 1984, 198 auch schon SZ 38/209; SZ 43/77; EFSig 30.637, 36.926.

³⁾ GIUNF 7.632; ZBl 1929/128; ZBl 1932/339; AnwZ 1933/266; EFSig 34.621, 39.363; vgl auch SZ 52/121.

⁴⁾ Hagen, Die Regelungsfunktion der einstweiligen Verfügung, JBl 1971, 342; Heller—Berger—Stix, Kommentar zur EO⁴ (1976) 2771; Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht² (1980) 301.

eine Nichtschuld leistet (§ 1432 ABGB)¹⁴⁾. Beim einstweiligen Unterhalt kommen für die Rückforderung von zuviel gezahltem Unterhalt mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht: Wenn man auf den materiellen Rechtsgrund abstellt, so ergibt sich bei Ablehnung eines Unterhaltsanspruchs durch das Endurteil, daß nie ein materieller Rechtsgrund bestanden hat. In einem solchen Fall sieht § 1431 ABGB eine Rückforderung bei Irrtum vor. Lehre¹⁵⁾ und Rechtsprechung¹⁶⁾ halten den Zwang dem Irrtum gleich und begründen das mit einem Analogieschluß zur Rechtsgeschäftslehre¹⁷⁾ bzw mit einem Größenschluß¹⁸⁾.

Nimmt man aber an, daß der Exekutionstitel des einstweiligen Unterhalts einen Rechtsgrund für die Leistung darstellt, ist die Anwendung des § 1435 ABGB zu prüfen. Wie häufig im Bereicherungsrecht erfordert der Wegfall des materiellen Rechtsgrundes eine Rückabwicklung, obgleich der formelle Rechtszustand noch aufrecht geblieben ist. Ein solcher Fall ist auch bei den §§ 414 ff ABGB gegeben¹⁹⁾. Wie das Sachenrecht verlangt auch das Exekutionsrecht ein großes Maß an Rechtssicherheit, weshalb fehlerhafte Anordnungen trotz des Fehlers aufrecht bleiben. Das vermag aber die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Wegfall des materiellen Grundes nicht zu verhindern.

Beim Zuspruch einstweiligen Unterhalts drängt sich noch eine Parallele zum Sachenrecht auf. Wie die Besitzzuweisung im Besitzstörungsverfahren ist auch der einstweilige Unterhaltszuspruch vorläufiger Natur. Auch wenn der Beschluß, mit dem der Besitz zugewiesen wird, niemals formell aufgehoben wird, so hindert er doch nicht die Herausgabe der Sache, wenn der Eigentümer im petitorischen Verfahren obsiegt, da der Besitzschutz seinem Verständnis als einstweiliger Regelung entsprechend in jedem Fall der endgültigen Entscheidung zu weichen hat. Warum beim Verfahren auf Zuspruch eines einstweiligen Unterhalts, bei dem wie im Besitzstörungsverfahren nur parate Beweise gewürdigt werden²⁰⁾ und der Raschheit gegenüber der Richtigkeit der Vorzug gegeben wird²¹⁾, dem Grunde²²⁾ nach anderes gelten soll, ist nicht recht einsichtig. Es ist daher davon auszugehen, daß ein Rückforderungsanspruch nach § 1435 ABGB (causa finita) besteht, wenn

sich herausstellt, daß der vom einstweiligen Unterhaltszuspruch vorausgesetzte materielle Unterhaltstitel nicht besteht. Daß der Beschluß, mit dem der einstweilige Unterhalt zugesprochen wurde, nicht formell aufgehoben wird²³⁾, kann daran nichts ändern.

Als weitere Anspruchsgrundlage ist noch § 877 ABGB zu nennen, wo es auf einen Irrtum bei der Leistung nicht ankommt²⁴⁾.

Ob man die Leistungskondiktion auf § 877, § 1431 oder § 1435 ABGB stützt, ist eher eine Konstruktionsfrage. Alle Anspruchsgrundlagen führen zu dem Ergebnis, daß die Kondiktion dem Grunde nach zu bejahen ist und die Grundsätze des Jud 33 anzuwenden sind²⁵⁾.

3. Das Jud 33 als Ausnahme von der Regel der Rückabwicklung

Steht fest, daß eine Leistung rechtsgrundlos erfolgte und die Rückabwicklung vorzunehmen ist, stellt sich als nächstes die Frage des Umfangs dessen, was der Bereicherungsschuldner herauszugeben hat. Das Bereicherungsrecht will dem Schuldner die Vorteile, die ihm auf Grund einer ihm nicht gebührenden Leistung zugekommen sind, wieder entziehen. Primär geht der Bereicherungsanspruch wie auch der Schadenersatzanspruch auf Naturalrestitution²⁶⁾. Ist das nicht möglich, ist das an die Stelle der ursprünglichen Leistung getretene Substitut bzw eine Abgeltung in Geld zu leisten. In Österreich ist ein sehr weiter Bereicherungsbegriff herrschend²⁷⁾. Wurde die Geldleistung für den Unterhalt verwendet, so wird die Bestreitung des Unterhalts als Vorteil angesehen; eine Rückabwicklung ist somit nicht prinzipiell ausgeschlossen.

Weiters stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem eine Bereicherung vorliegen muß. Ist eine Naturalrestitution nicht möglich, so wird nach überwiegender Ansicht angenommen²⁸⁾, daß es genügt, daß ein Nutzen einmal eingetreten ist, mag er auch in der Folge vereitelt worden sein. Wilburg²⁹⁾ meint, daß diese Festschreibung zwar nicht ohne Willkür sei, räumt aber ein, daß es aus prozeßökonomischen Gründen geboten erscheint, von einer Wertverfolgung ad infinitum abzusehen. Der Richter kann

¹⁴⁾ Koziol—Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts⁶ I (1983) 311.

¹⁵⁾ Koziol—Welser I 325; Wilburg in Klang² VI 463.

¹⁶⁾ SZ 43/60; EFSig 33.859; EvBl 1979/171.

¹⁷⁾ Wilburg in Klang² VI 496.

¹⁸⁾ Wenn schon bei Irrtum eine Rückforderung zulässig ist, dann muß das erst recht bei Zwang gelten.

¹⁹⁾ Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934) 21, 29.

²⁰⁾ Zuletzt EFSig 39.484, 39.493.

²¹⁾ Vgl EFSig 39.469 f.

²²⁾ Zur Frage des Ausmaßes des Rückforderungsanspruchs wird sogleich in Punkt II 3 eingegangen.

²³⁾ Wilburg in Klang² VI 464 referiert, daß sich Lehre und Rechtsprechung bei einem nachträglich aufgehobenen Urteil auf § 1435 ABGB berufen. Wie im Besitzstörungsverfahren kommt auch beim Zuspruch eines einstweiligen Unterhalts eine formelle Aufhebung schon deshalb nicht in Betracht, da der Zuspruch selbst bereits sein Ende in sich trägt.

²⁴⁾ Rummel in Rummel § 877 Rz 1; Koziol—Welser⁶ I 327.

²⁵⁾ Vgl dazu Wachter, Urteilsanmerkung zu RdA 1982/6, 115.

²⁶⁾ Bei körperlichen Sachen wird hier meist auch die rei vindicatio zur Verfügung stehen. Vgl dazu Wilburg in Klang² VI 475.

²⁷⁾ Wilburg, Bereicherung 125 f.

²⁸⁾ Vgl dazu Wilburg in Klang² VI 479 FN 329.

²⁹⁾ In Klang² VI 479.

sich also begnügen, den ersten Vorteil zu erfassen und muß nicht die Kette wie bei „Hans im Glück“ weiterverfolgen, bis sich letztlich der ursprünglich vorhandene Vorteil uU in Nichts aufgelöst hat. ME ist diese Begrenzung aber nicht nur aus Praktikabilitätsgründen zu befürworten, sondern es sprechen dafür auch andere Gründe. Es ist Ehrenzweig³⁰⁾ zu folgen, wenn er meint, daß die Hingabe von Geld und die Möglichkeit der freien Verwendung für den mündigen Bürger an sich schon ein Vorteil ist. Wie jemand sein Geld verwendet, das ist primär seine Sache, dafür soll er die Verantwortung tragen. Er soll dieses Verwendungsrisiko grundsätzlich nicht auf den Leistenden abwälzen können.

Ergeben sich somit aus dem sehr weiten Bereicherungsbegriff kaum Anhaltspunkte, die für einen Ausschluß der Rückabwicklung sprechen, so ist dieser aber noch nicht endgültig zu verneinen. Es ist weiters zu prüfen, ob der Bereicherte einen durch die fehlerhafte Leistung bzw durch deren Herausgabe hervorgerufenen Vertrauensschaden erlitten hat, den er gleichsam aufrechnungsweise geltend machen kann. In dem dem Jud 33³¹⁾ zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die Rückforderung von zuviel gezahltem Lohn. Der OGH hat in dieser Entscheidung — wie er auch selbst zugibt — die Rückforderung aus Billigkeitsgründen abgelehnt. Für diese Lösung hat Wilburg³²⁾ später die dogmatischen Grundlagen geliefert. Während für den Ersatz des Schadens sonst stets Verschulden erforderlich ist, läßt er eine Anrechnung des Vertrauensschadens hier auch dann zu, wenn zwar nur ein objektiv verkehrswidriges Verhalten vorliegt, dafür aber im Sinn eines beweglichen Zusammenspiels der Kräfte andere Elemente stärker ausgeprägt sind und so für eine Tragung des Vertrauensschadens durch den Bereicherungsgläubiger sprechen³³⁾:

Geschützt werden soll nur der gutgläubige Empfänger, denn nur er verdient den Schutz der Rechtsordnung. Da der Bereicherungsgläubiger den Schaden zu tragen hat, wenn er objektiv verkehrswidrig gehandelt hat, fordert Wilburg³⁴⁾ als Korrektiv, daß der Empfänger der Leistung den Ersatz seines Vertrauensschadens nur dann begehren kann, wenn ihm kein objektiv verkehrswidriges Verhalten vorwerfbar ist. Während der Begriff der Redlich-

keit sonst auf subjektive Kriterien abstellt³⁵⁾, wird der Ersatz des Vertrauensschadens, den der Empfänger einer Leistung erleidet, schon dann verneint, wenn „die Anfechtbarkeit seines Erwerbs objektiv erkennbar gewesen ist“³⁶⁾.

Weiters verlangt Wilburg noch eine besondere Nähe zwischen Leistung und Verbrauch, dem im Zeitpunkt der Rückforderung kein Gegenwert mehr gegenübersteht. Besonders deutlich ist das in dem Fall³⁷⁾, in dem ein Student seine Reise nach Palästina ausdehnt, nachdem ihm der Bankier über seine Rückfrage versichert hat, daß die Geldüberweisung richtig sei oder in den Fällen eines Urlaubszuschusses³⁸⁾. Als letztes, subsidiäres Merkmal stellt Wilburg auf den im Zivilrecht sonst meist irrelevanten Gesichtspunkt der sozialen Tragfähigkeit ab. Dabei ist zu bedenken, daß das Judikat 33 zu einem Dienstvertrag erging und hier die soziale Tragfähigkeit eine größere Rolle spielt als im allgemeinen Zivilrecht³⁹⁾.

4. Die Entwicklung des Judikats 33 im Arbeitsrecht

Wenn auch heute die Lehre⁴⁰⁾ annimmt, daß es sich bei der Anrechnung von Vertrauensschäden nicht um ein spezifisches Phänomen des Dienstvertrages⁴¹⁾ handelt, so ist doch festzuhalten, daß die für die Frage der Nachteilsausgleichung in der Folge richtungweisende Entscheidung aus diesem Bereich kommt. In letzter Zeit haben sich vor allem Zemen⁴²⁾ und Wachter⁴³⁾ mit der Weiterentwicklung des Judikats 33 in der Rechtsprechung kritisch auseinandergesetzt. Beide Autoren orten besondere Probleme bei der Beweisbarkeit, die die Rechtsprechung weitgehend dem Bereicherungsgläubiger auferlegt.

Die irrümliche Mehrauszahlung von Lohn ist als verkehrswidriges Verhalten des Leistenden anzusehen; das ist meist der Stein, der die Lawine ins Rollen bringt. Die Gutgläubigkeit des Empfängers ist nach § 328 ABGB zu vermuten. Weiters vermutet die Rechtsprechung⁴⁴⁾, daß die Leistung

³⁵⁾ Dazu Wachter, Zur Nichtrückforderbarkeit irrümlich bezahlten Arbeitsentgelts bei gutgläubigem Verbrauch, in Strasser-FS (1983) 173 ff.

³⁶⁾ Wilburg in Klang² VI 487.

³⁷⁾ JBl 1879, 367.

³⁸⁾ Vgl dazu ZAS 1975/16 mit Kommentar von Steindl; RdA 1982/6 mit Anmerkung von Wachter = ZAS 1982/2 mit Kommentar von Runggaldier = JBl 1983, 164.

³⁹⁾ So auch SZ 11/86.

⁴⁰⁾ Bydlinski, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969) 167; Mayer-Maly, Anmerkung RdA 1979, 200; Wachter, Strasser-FS 171; Zemen, Der Schutz des Empfängers bei rechtsgrundlosen, jedoch gutgläubig verbrauchten Leistungen, ZAS 1979, 163.

⁴¹⁾ Die Entscheidung SZ 14/65 wendete die Grundaussagen des Jud 33 aber deshalb nicht an, da das Jud 33 nur für die Bezüge von Bundesbahnbeamten gelte.

⁴²⁾ ZAS 1979, 163 ff.

⁴³⁾ Strasser-FS 147 ff.

⁴⁴⁾ EFSlg 33.858.

³⁰⁾ System des allgemeinen Privatrechts² (1928) II/1, 740.

³¹⁾ SZ 11/86.

³²⁾ Bereicherung 145 ff; derselbe in Klang² VI 480 ff.

³³⁾ Wenn Wilburg, Bereicherung 141 ff, für die Tragung des Vertrauensschadens ein objektiv verkehrswidriges Verhalten fordert, so bedeutet das gegenüber der damaligen deutschen Lehre, die jeden Nachteil anrechnete, (zur heutigen Auffassung der deutschen Lehre vgl Larenz, Schuldrecht¹² II [1981] 577 f) eine Einschränkung der Tragung des Nachteils durch den Bereicherungsgläubiger und nicht so sehr eine Ausdehnung der Schadenstragung auch bei fehlendem Verschulden.

³⁴⁾ Wilburg in Klang² VI 481.

infolge der Mehrauszahlung verbraucht wurde, und zwar so, daß im Zeitpunkt der Rückforderung kein Vermögensvorteil mehr vorhanden ist. Besinnt man sich darauf, daß es sich nur insoweit um eine Begrenzung des Bereicherungsanspruches handelt, als eine Anrechnung von Vertrauensschäden zugelassen wird, so stehen für die Begründung der von der Rechtsprechung aufgestellten Vermutungen jedenfalls nicht die allgemeinen Beweislastregeln zur Verfügung. Nach diesen hätte der Geschädigte seinen Schaden zu beweisen, und das nicht nur bezüglich des Umfangs, sondern auch der Kausalität. In beiden Punkten wird von der Rechtsprechung die Beweislast, wenn schon nicht umgedreht, so doch durch einen sehr weitgehenden Prima-facie Beweis wesentlich modifiziert. Die Stellungnahmen von Wachter und Zemen dazu fallen unterschiedlich aus:

Während Wachter⁴⁵⁾ auf das Erfordernis der Kausalität des Mehrverbrauchs sowie die objektive Verkehrswidrigkeit bei der Veranlassung verzichtet und so schon durch Eliminierung zweier Tatbestandsmerkmale die Beweisprobleme erheblich mildert, wählt Zemen⁴⁶⁾ einen anderen Weg:

Er folgt dem Ansatz Wilburgs, daß unter bestimmten Voraussetzungen der Vertrauensschaden anzurechnen ist. Wegen der Beweisprobleme, denen sich der Richter gegenüber sieht, schlägt Zemen eine gewisse Objektivierung in Form eines Unterhaltsstandards vor⁴⁷⁾. Unter Berücksichtigung des Entstehungsdatums des Judikats 33 stellt er fest, daß heute im Unterschied zu Zeiten wirtschaftlicher Depression das Arbeitsentgelt den Unterhaltsstandard häufig erheblich übersteige. Im Rahmen dieses Unterhaltsstandards sei nach ihm die widerlegliche Vermutung eines gutgläubigen Verbrauchs anzunehmen. Für die Differenz zum Arbeitsentgelt hingegen solle der Empfänger die Beweislast des gutgläubigen Verbrauchs tragen.

Diesen Ausführungen ist dem Grunde nach zu folgen, sie sind aber noch ausbaufähig. Es wird insbesondere zu zeigen sein, daß die von der Judikatur für den Prima-facie-Beweis verwendeten Prämissen häufig nicht zutreffen. Wenn Zemen einen objektivierten Unterhaltsstandard annimmt, der heute wie damals bestehe, so klingt darin der Gedanke des Regelbedarfs an, also die Überlegung, daß der Unterhaltsbedarf für ein Kind bzw einen Erwachsenen absolut festgesetzt werden kann⁴⁸⁾. Das berücksichtigt aber mE zu wenig die inzwischen im Unterhaltsrecht vorherrschende Prozentjudikatur, die ein Ansteigen des Unterhalts mit zunehmendem Einkommen befürwortet. In Zeiten steigender wirtschaftlicher Prosperität nehmen also nicht nur die Einkommen zu, sondern auch der Unterhaltsverbrauch.

⁴⁵⁾ Strasser-FS 172.

⁴⁶⁾ ZAS 1979, 163 ff.

⁴⁷⁾ ZAS 1979, 168 f.

⁴⁸⁾ Zu den Änderungen bei der Unterhaltsbemessung vgl Schüch, Die neue Rechtsprechung in Unterhaltssachen minderjähriger Kinder im Sprengel des LGZRS Wien, ÖAV 1976, 109 ff.

Weiters ist zu untersuchen, wie gerade der Übergenuß verwendet wurde⁴⁹⁾. Dabei ist nicht der einzelne Schilling zu verfolgen⁵⁰⁾, was auch gar nicht möglich ist, sondern die durch den Mehrermpfang⁵¹⁾ ausgelöste Verwendung. Dabei kann man davon ausgehen, daß jemand zunächst seine Grundbedürfnisse deckt und erst von dem, was übrig bleibt, etwas spart, also nicht dem Konsum zuführt. Für eine Objektivierung bietet sich als grobe Richtschnur die volkswirtschaftliche Sparfunktion an: Bei niedrigen Einkommen wird die Sparquote null sein; bei mittleren Einkommen bewirkt vielleicht gerade der Übergenuß, daß eine Ersparnisbildung möglich ist; bei sehr hohen Einkommen wird ein zusätzliches Einkommen sich überhaupt nicht auf den Lebens-(spricht:) Unterhaltsstandard auswirken, der zusätzliche Einkommenszufluß erhöht nur noch die Ersparnisbildung. Dieser an der volkswirtschaftlichen Sparfunktion angelehnte Prima-facie-Beweis kann allenfalls noch nach dem Lebensalter abgestuft werden. Bei jungen Menschen fallen typischerweise höhere Ausstattungsinvestitionen (insbesondere bei der Wohnung) an. Hier ist einmal zu konstatieren, daß auch bei einem relativ hohen Einkommen für eine echte Ersparnisbildung nichts bleibt, andererseits die für das Wohnen notwendigen hohen Ausstattungsinvestitionen im Vordergrund stehen und zusätzliche Aufwendungen für Reisen oder qualitativ bessere Ernährung erst wieder mit steigendem Einkommen vorgenommen werden.

Dieser Ansatz ermöglicht eine feinere Abstimmung für das schon von Bydlinki⁵²⁾ vertretene Ergebnis, daß das Judikat 33 bei leitenden Angestellten nicht zur Anwendung gelangen kann. Bei diesen bedarf es für die Begründung der Nichtanrechnung von Vertrauensschäden keines Rückgriffs auf den im Zivilrecht ansonsten nur rudimentär vorhandenen Grundsatz der sozialen Tragfähigkeit⁵³⁾. Denn bei Beziehern sehr hoher Einkommen fehlt es schon an einem Schaden, da der Übergenuß typischerweise keinen Einfluß auf den Lebensstandard hat, sondern — wie oben schon erwähnt — nur zu einer erhöhten Ersparnisbildung führt.

Aber selbst wenn das Einkommen so gering ist, daß keine Ersparnisbildung möglich war, sind dennoch Überlegungen anzustellen, wie der Unterhalt verwendet wurde. So ist es heute durchaus noch als Unterhalt anzusehen, wenn ein Moped oder eine

⁴⁹⁾ Es wird also die durch das zusätzliche Einkommen bewirkte Veränderung der Ausgaben untersucht. In den Wirtschaftswissenschaften bezeichnet man das als Marginalbetrachtung.

⁵⁰⁾ Schwind, Urteilsanmerkung IPRA 1983, 27, drückt das durch die plastische Formulierung aus, daß der Schilling kein Mascherl hat.

⁵¹⁾ Auch Larenz, Schuldrecht II 572, betont, daß es bei Geldleistungen nicht auf die einzelnen Geldstücke ankommt, sondern auf den in ihnen verkörperten Wert.

⁵²⁾ Arbeitsrechtskodifikation 167.

⁵³⁾ §§ 1306 a, 1310 ABGB.

Stereoanlage angeschafft wird. In diesen Gütern ist ein Wert gebunden, der auch im Zeitpunkt der Rückforderung noch als Bereicherung vorhanden ist, so daß die Annahme der Rechtsprechung, daß das für den Unterhalt verwendete Geld ohne Vorhandensein eines Gegenwerts verbraucht wurde, nicht (mehr) stets zutrifft.

Zuletzt soll noch eine Überlegung zur zeitlichen Abfolge von Konsum und Ersparnisbildung ange stellt werden. Wachter⁵⁴⁾ meint, daß mit zunehmendem Zeitablauf von der Auszahlung anzunehmen ist, daß der Übergenuß verbraucht worden sei. Neben all den bereits dargestellten Einschränkungen ist mE zu betonen, daß bei einer monatlichen Auszahlung des Empfangs nur auf einen monatlichen Zeitraum des Verbrauchs abgestellt werden darf. Die Zugrundelegung der volkswirtschaftlichen Sparfunktion ergibt dann pro Monat zB eine Ersparnisbildung von 15%. Wird der Übergenuß auch erst ein halbes Jahr nach der Auszahlung zurückgefordert, so hat es doch prima facie bei der monatlichen Ersparnisbildung von 15% zu bleiben. Die Annahme, daß der in einem Monat übriggebliebene Übergenuß im nächsten Monat verbraucht wird und dafür der laufende Gehalt gespart wird, widerspricht nicht nur dem Lebensalltag, sondern verstößt auch gegen das oben aufgestellte Postulat, daß zu prüfen ist, wie sich gerade der Vermögenszuwachs (Übergenuß) beim Empfänger ausgewirkt hat.

Erscheint es bei regelmäßig wiederkehrenden Übergüssen gerechtfertigt, prima facie anzunehmen, daß diese eine Erhöhung des Unterhaltsstandards bewirken⁵⁵⁾, wenn das auch nicht mit der Zwangsläufigkeit der Fall ist, wie das die Rechtsprechung annimmt, nämlich, daß der Mehrerhalt immer zu einem Mehrverbrauch führt, dem im Zeitpunkt der Rückforderung keine Vermögensmehrung gegenübersteht, so ist für eine solche Annahme bei einer einmaligen irrtümlichen Leistung nicht die gleiche Berechtigung vorhanden. Wenn, um ein Schulbeispiel zu verwenden, irrtümlich ein Los treffer ausbezahlt wird⁵⁶⁾, so ist es dem Empfänger mE in Entsprechung allgemeiner schadenersatzrechtlicher Beweislastregeln⁵⁷⁾ durchaus zumutbar, den Nachweis für die Verwendung seines Geldes zu führen. Insbesondere, wenn der Irrtum binnen kurzem aufgeklärt wird, so kann der Nachweis über die durch den Empfang verursachten Mehrausgaben durchaus geführt werden.

5. Anwendung des Jud 33 auf unterhaltsrechtliche Sachverhalte

Während die Entscheidung SZ 14/65 den im Jud 33 angesprochenen Nachteilsausgleich noch mit der Begründung ablehnte, daß dieser nur auf

⁵⁴⁾ Strasser-FS 179.

⁵⁵⁾ Nur bei sehr hohen Einkommen bewirken Übergüsse keinen Einfluß auf den Lebensstandard.

⁵⁶⁾ Vgl Wilburg, Bereicherung 154; denselben in Klang² VI 481 f.

⁵⁷⁾ Vgl Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht² I (1980) 326 ff.

Dienstverträge der Bundesbahnbeamten anzuwenden sei, hat Wilburg, wie oben⁵⁸⁾ dargestellt, begründet, daß es sich dabei um die Anwendung eines allgemeineren Grundsatzes handelt.

Die Rechtsprechung ist in der Folge nicht einheitlich verlaufen, was an Hand des Sachverhalts, daß der Mann an die Frau Unterhalt zahlt, obwohl diese eine Lebensgemeinschaft mit einem anderen Mann eingegangen ist, dargestellt werden soll:

Nach ständiger Rechtsprechung⁵⁹⁾ ruht der Unterhaltsanspruch der Frau, wenn sie eine Lebensgemeinschaft mit einem anderen Mann eingeht⁶⁰⁾. Zahlt der geschiedene Ehemann irrtümlicherweise dennoch Unterhalt, so hat der OGH in einer Folgeentscheidung⁶¹⁾ zum Judikat 33 die Rückforderung verneint, sie dann aber in SZ 35/5 mit der Begründung bejaht, daß der OGH schon in SZ 14/65 mit ausführlicher Begründung dargestellt hat, daß das Judikat 33 auf Unterhaltszahlungen nicht anwendbar sei und der OGH keinen Grund sieht, von dieser Rechtsansicht neuerlich abzuweichen. Eine neuere Entscheidung des LGZRS Wien⁶²⁾ läßt unter Berufung auf die Entscheidung SZ 13/262 eine Rückforderung nur dann zu, wenn der Empfänger noch bereichert ist, was der Bereicherungsgläubiger aber nicht beweisen konnte.

Neuere Entscheidungen⁶³⁾ berufen sich alle mehr oder minder nicht nur auf eine Vorjudikatur — wie SZ 35/5 zeigt, jeweils auf die, die das gewünschte Ergebnis belegt — sondern auch auf die Ausführungen Wilburgs⁶⁴⁾. Greift man von diesen nicht nur das eine oder andere für das Ergebnis gerade sympathische Element heraus, sondern wendet man sie in ihrer Gesamtheit an, kommt man häufig zu anderen Ergebnissen als die Rechtsprechung.

Versteht man mit Wilburg die Nachteilsausgleichung als Ausnahmeregel von der Rückabwicklung, die soweit zur Anwendung kommt, als vom Bereicherungsgläubiger ein ihm zurechenbarer Vertrauensschaden verursacht wurde, so erscheinen die Fälle der Lebensgemeinschaft in einem anderen Licht: Für die Zurechnung eines Vertrauensschadens wird ein zumindest objektiv verkehrswidriges Verhalten verlangt. Vergleicht man die Zahlung des Unterhalts des geschiedenen Mannes an die Frau mit der Lohnauszahlung des Dienstgebers, so muß man feststellen, daß es zwar primär oder ausschließlich Sache des Dienstgebers ist, die Richtigkeit des ausbezahlten Lohnes zu überprüfen⁶⁵⁾, daß das gleiche aber bei dem Unterhalt zahlenden

⁵⁸⁾ Vgl die Ausführungen oben unter II 3.

⁵⁹⁾ SZ 27/134; EFSIg 29.651; ÖRZ 1982/11.

⁶⁰⁾ Ob das gänzliche Ruhen des Unterhaltsanspruchs auch heute noch angemessen ist, kann in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert werden.

⁶¹⁾ SZ 13/262.

⁶²⁾ EFSIg 33.858.

⁶³⁾ Vgl etwa auch EvBl 1965/2 = JBl 1965, 37.

⁶⁴⁾ In Klang² VI 480 ff.

⁶⁵⁾ Vgl dazu Bydliński, Arbeitsrechtskodifikation 167.

Mann nicht gesagt werden kann. ME trifft nicht ihn eine Obliegenheit, vor jeder Unterhaltsüberweisung nachzuforschen, ob seine Frau in der Zwischenzeit eine Lebensgemeinschaft eingegangen ist. Vielmehr wäre es Sache der Frau, den Mann darüber aufzuklären, daß die geleisteten Unterhaltszahlungen ihr nicht mehr zustehen. Gerade die Ehe ist ein Rechtsverhältnis, das trotz Beendigung noch Nachwirkungen erzeugt⁶⁶⁾, sodaß man auch nach Scheidung von einer — wenn auch verdünnten — Fürsorge- und Treuepflicht ausgehen kann. Verstößt die Frau dagegen, so handelt sie — zumindest — objektiv verkehrswidrig und nicht der den Unterhalt leistende Mann.

Überdies ist es fraglich, ob die Frau bei der Entgegennahme nicht Zweifel an der Richtigkeit der Leistung haben mußte, was ihre Redlichkeit ausschließen würde. Ein unredlicher bzw. objektiv verkehrswidrig handelnder Empfänger einer Leistung hat aber grundsätzlich keinen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens. Die in einer Lebensgemeinschaft lebende Frau hat daher unabhängig vom Verbrauch die Geldleistungen, die sie von ihrem Mann als Unterhalt bezogen hat, an diesen zurückzugeben.

Ein gewisses Unbehagen bleibt bei diesem Ergebnis aber insofern, als Wilburg selbst⁶⁷⁾ die Entscheidung SZ 13/262, die die Rückforderbarkeit von Unterhaltszahlungen an eine in einer Lebensgemeinschaft lebende Frau ablehnt, gutgeheißen hat. Hält man aber an seinen Thesen fest, so ist mE die Entscheidung nicht zu billigen.

6. Das Jud 33 und der einstweilige Unterhalt

Wie bereits eingangs dargestellt, sieht die Rechtsprechung im einstweiligen Unterhalt teils einen Titel für das endgültigen Behalten der Leistung⁶⁸⁾, teils wird eine Rückforderung nur bei Vorhandensein der Bereicherung gewährt⁶⁹⁾, teils wird für die Verneinung der Rückabwicklung gutgläubiger Verbrauch verlangt⁷⁰⁾.

Die Meinung, die im Zuspruch eines einstweiligen Unterhalts einen endgültigen Titel sieht, ist abzulehnen, da der Zuspruch eines einstweiligen Unterhalts in einem Schnellverfahren erfolgt, das die Rechtsordnung sonst nur in den Fällen zuläßt, in denen nachträglich eine Korrekturmöglichkeit besteht. Eine endgültige Vermögensverschiebung, die sich uU nur auf die Aussage des durch sie begünstigten Gläubigers stützt⁷¹⁾, findet sich sonst nirgends in der Rechtsordnung.

⁶⁶⁾ Vgl dazu EvBl 1983/55.

⁶⁷⁾ In Klang² VI 483. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß er sie als Gegenbeispiel zur Entscheidung SZ 14/65 anführt, bei der die Gründe für die Rückforderung (staatlicher Zwang zur Leistung) so stark ausgeprägt sind, daß auch eine Rückabwicklung zu Lasten eines Minderjährigen geboten erscheint.

⁶⁸⁾ Vgl FN 3.

⁶⁹⁾ Vgl FN 6.

⁷⁰⁾ Vgl FN 7.

⁷¹⁾ Der Gegner muß nicht unbedingt gehört werden. So EFSlg 28.135, 34.731, 39.478 f; aA SZ 43/154; EFSlg 37.052, 37.054.

Die Rechtsprechung, die die Rückabwicklung dem Grunde nach zuläßt, und zu einer Ablehnung des Bereicherungsanspruchs nur durch Anerkennung eines gleich hohen Vertrauensschadenersatzes kommt, beruft sich auf die von Wilburg im Anschluß an das Jud 33 gemachten Ausführungen⁷²⁾. Der Teil der Rechtsprechung, der eine Rückabwicklung nur in den Fällen zuläßt, in denen eine Bereicherung noch vorhanden ist, bedürfte nicht einmal der Stütze Wilburgs. Ist die Leistung nämlich noch vorhanden, so gibt es keinen Vertrauensschaden und somit auch keinen Grund, die Rückforderung des Geleisteten zu verweigern.

Der Teil der Rechtsprechung, der zusätzlich noch einen gutgläubigen Verbrauch fordert, erfaßt damit aber auch nur eines der von Wilburg angeführten Elemente. Da es um den Ersatz von Vertrauensschäden geht, wird dafür ein wenn schon nicht schuldhaftes, so doch objektiv verkehrswidriges Verhalten des Leistenden verlangt. Der zu einem einstweiligen Unterhalt Verpflichtete muß aber bereits zahlen, noch ehe er seinen Standpunkt darlegen konnte. Zum Teil wird seine Vernehmung für nicht erforderlich gehalten⁷³⁾; jedenfalls hindert ein von ihm eingebrachtes Rechtsmittel seine Zahlungspflicht nicht⁷⁴⁾. Außerdem erfolgt der Zuspruch einstweiligen Unterhalts auf Grund eines Schnellverfahrens, das eine geringe Richtigkeitsgewähr in sich trägt. Dazu kommt, daß der Schuldner auf Grund eines Zwangs leistet⁷⁵⁾, wogegen, wie Wilburg⁷⁶⁾ im Anschluß an die Entscheidung SZ 14/65 ausführt, eine starke Reaktion der Rechtsordnung geboten erscheint. Liegt schon kein verkehrswidriges Verhalten des Leistenden vor und spricht auch die Leistung unter Zwang für eine Rückforderbarkeit, so läßt sich für dieses Ergebnis auch noch ein weiterer Grund anführen:

Wilburg⁷⁷⁾ verneint den Ersatz des Vertrauensschadens, wenn der Gläubiger einen Vorbehalt macht, daß er die Leistung in dem Fall, daß sie rechtsgrundlos erfolgt ist, zurückfordern wird, da dann die Gutgläubigkeit des Empfängers zu verneinen sei. Die Rechtsprechung folgt dem in den Fällen, in denen der Verpflichtete im Exekutionsverfahren eine Oppositionsklage einbringt⁷⁸⁾. Obsiegt der Verpflichtete, so wird die Gutgläubigkeit des Empfängers ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Oppositionsklage verneint. Damit wird aber lediglich beachtet, daß der Empfänger ab dem Zeitpunkt nicht mehr als redlich angesehen wird, ab dem ihm der Leistende kund-

⁷²⁾ In Klang² VI 480 ff; derselbe, Bereicherung 141 ff.

⁷³⁾ Vgl FN 71.

⁷⁴⁾ SZ 8/243; SZ 23/106.

⁷⁵⁾ Die Zahlung zur Abwendung einer Exekution steht der Wegnahme des Geleisteten auf Grund eines Exekutionstitels gleich. Vgl dazu SZ 43/60.

⁷⁶⁾ In Klang² VI 483.

⁷⁷⁾ In Klang² VI 457.

⁷⁸⁾ Vgl EFSlg 22.667, 24.909 f, 33.860; ÖAV 1974, 27 = EvBl 1972/158.

tut, daß er die Leistung in Wahrheit nicht schuldet. Ob der Leistende einen solchen Vorbehalt aber erst im Exekutionsverfahren oder schon im Erkenntnisverfahren macht, kann für die materiellrechtlichen Folgen keinen Unterschied machen; und wie soll der Verpflichtete seinen Vorbehalt stärker ausdrücken, als daß er sich auf einen Prozeß einläßt und in diesem seine Verpflichtung bestreitet?

7. Schadenersatzrechtliche Begründung der Rückforderung

Neben der dargestellten bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlage für die Rückforderung kann eine solche auch aus dem Schadenersatzrecht abgeleitet werden. Die Rechtsordnung läßt bei den einstweiligen Verfügungen eine vorläufige Regelung des Rechtszustands durch ein Eilverfahren zu. Der Grund dafür liegt darin, daß die Durchsetzung des Anspruchs im ordentlichen Rechtsgang zu spät käme.

Wird dem Verpflichteten zugemutet, eine für ihn ungünstige Rechtslage zu dulden, oder sogar wie beim einstweiligen Unterhalt eine Leistung zu erbringen, ohne daß er seinen Rechtsstandpunkt gehörig darlegen konnte, so wird ihm andererseits gemäß § 394 EO ein vom Verschulden des Antragstellers unabhängiger Schadenersatzanspruch eingeräumt⁷⁹⁾. Manche Entscheidungen zum einstweiligen Unterhalt betonen daher auch die Vorläufigkeit und begründen die Exequierbarkeit vor Rechtskraft gerade damit, daß eine nachträgliche Korrektur möglich ist⁸⁰⁾.

Auch der Umstand, daß die einstweilige Verfügung des vorläufigen Unterhalts nicht formell aufgehoben wird, kann an diesem Ergebnis nichts ändern. Während andere einstweilige Verfügungen ihrer Struktur nach auf Dauer angelegt sind und weiter gelten würden, würde man sie nicht formell aufheben, trägt der einstweilige Unterhalt sein Ende in sich und endet mit dem rechtskräftigen Ausspruch des Verschuldens und der damit einhergehenden endgültigen Fixierung des Unterhaltsanspruchs. § 394 EO verlangt auch keine formelle Aufhebung der einstweiligen Verfügung, sondern nur, daß der durch die einstweilige Verfügung gesicherte Anspruch rechtskräftig aberkannt wird. Das trifft aber im Fall eines anders lautenden Endurteils zu!

Sowohl das Schadenersatzrecht wie auch das Bereicherungsrecht führen somit zum Ergebnis, daß die geleisteten Unterhaltszahlungen zurückverlangt werden können, wenn sich herausstellt, daß der geleistete Unterhalt durch das Endurteil nicht oder nicht in diesem Ausmaß gedeckt ist.

III. Nachforderungsansprüche

Durch den einstweiligen Unterhalt kann, ver-
glichen mit dem Endurteil, nicht nur zuviel, es

⁷⁹⁾ Vgl dazu Heller—Berger—Stix, EO III 2859; Holzhammer, Zwangsvollstreckungsrecht 313; Pfersmann, Zum Kostenersatzanspruch gemäß § 394 EO nach Aufhebung einer ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung, ÖJZ 1982, 638.

⁸⁰⁾ So ausdrücklich SZ 8/243.

kann auch zuwenig zugesprochen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, daß den Mann ein größeres Verschulden trifft. Die herrschende Rechtsprechung würde sich in diesem Fall uU auf § 1418 ABGB⁸¹⁾ berufen und einen Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit ablehnen. Die Unhaltbarkeit dieser Argumentation hat bereits Koziol⁸²⁾ nachgewiesen. Es ist mit ihm auch beim vorläufigen Unterhalt davon auszugehen, daß die Differenz zwischen dem nach § 382 Z 8 lit a EO zugesprochen und dem durch das Endurteil bestimmten höheren Unterhalt dem Unterhaltsgläubiger zusteht; es sei denn, der Unterhaltsgläubiger hat auf weitere Unterhaltsansprüche verzichtet, was aber nicht zu vermuten ist⁸³⁾.

Doch auch nach der herrschenden Rechtsprechung könnte ein Zuspruch begründet werden: Der Satz „nemo pro praeterito alitur“ gilt nämlich nicht, wenn der Unterhaltsanspruch schon gerichtlich eingeklagt wurde. Es stellt sich die Frage, ob eine Geltendmachung des einstweiligen Unterhalts ausreicht. Dagegen könnte sprechen, daß der Zuspruch in der Regel durch das Begehren begrenzt ist. Was über den einstweiligen Unterhalt hinaus später verlangt wird, könnte ein Mehrbegehren darstellen, worauf dann wieder der Satz zu „nemo pro praeterito alitur“ angewendet würde.

Bedenkt man allerdings, daß die Rechtsprechung die Erhebung der Klage verlangt, um den Beklagten vor „Überraschungen“ zu bewahren⁸⁴⁾, so könnte die gerichtliche Geltendmachung des einstweiligen Unterhalts ausreichen, da auch diesem Umstand Signalwirkung zukommt. Weiters ist zu berücksichtigen, daß der Kläger mit seinem Klagebegehren in der Luft hängt, da auch er das für den Zuspruch maßgebliche Kriterium der Verschuldensaufteilung noch nicht kennt. Die möglichen Auswirkungen des Verschuldensauspruchs bzw dessen Änderung im Laufe des Verfahrens reichen von einem überwiegenden Verschulden des Unterhaltsschuldners, bei dem sich der Unterhaltsumfang dem während aufrechter Ehe annähert, bis zum überwiegenden Verschulden des präsumtiven Unterhaltsgläubigers, was den Unterhaltsanspruch zur Gänze zum Erliegen bringt. Klagt der Unterhaltsgläubiger den höchstmöglichen Unterhalt ein, so würde ihn das Prozeßkostenrisiko im Fall eines anderen Ausgangs des Hauptprozesses treffen. Da die Rechtsordnung nicht zu unberechtigten Klagen herausfordern will⁸⁵⁾, ist davon auszugehen, daß der Antrag auf Zuerkennung eines einstweiligen Unterhalts auch nach der herrschenden Rechtsprechung als gerichtliche Geltendmachung des endgültigen Unterhaltsanspruchs anzusehen ist.

⁸¹⁾ SZ 37/172; SZ 44/29.

⁸²⁾ Unterhaltsansprüche für die Vergangenheit und Regreßansprüche eines Drittzahlers, JBl 1978, 626.

⁸³⁾ Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 12 ff.

⁸⁴⁾ Nachweise bei Koziol, JBl 1978, 626.

⁸⁵⁾ Vgl EFSig 36.252 (7); EvBl 1982/32.

IV. Resümee

Der Exekutionstitel, mit dem ein einstweiliger Unterhalt zugesprochen wird, ist entsprechend seiner systematischen Einordnung im Abschnitt über die einstweiligen Verfügungen eine vorläufige und nicht eine endgültige Entscheidung des Rechtszustands. Die Vorläufigkeit bezieht sich aber nicht nur auf die zeitliche Erstreckung, dh daß der Anspruch nur bis zur endgültigen Entscheidung gilt, sondern auch auf die geleisteten Beträge selbst. Stellt sich heraus, daß durch das Endurteil mehr oder weniger zugesprochen wird, so bestehen Nachforderungs- bzw Rückforderungsansprüche. Da eine Begrenzung des bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs im Wege des Nachteilsausgleichs ein zumindest objektiv verkehrswidriges Verhalten voraussetzt, von einem solchen aber bei staatlichem Zwang — und uU sogar ohne Anhörung des Verpflichteten — nicht gesprochen werden kann, ist der geleistete Unterhalt in voller Höhe zurückzuzahlen; zu eben diesem Ergebnis führt auch der Schadenersatzanspruch gemäß § 394 EO.

Die Rechtslage nach Wegfall eines drittfinanzierten Kaufvertrages

Zugleich eine Besprechung der E 6 Ob 714/80¹⁾

Von Univ.-Ass. Dr. Alexander Reidinger, Wien

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
- II. Zahlung der Bank im eigenen Namen an den Verkäufer
- III. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei der Darlehenskonstruktion eines drittfinanzierten Kaufes
 1. Die Kondiktion des Verkäufers auf die Kaufsache
 2. Die Kondiktion des Käufers gegen den Verkäufer auf die Anzahlung
 3. Die Kondiktion des Käufers auf die der Bank geleisteten Raten
 - a) Auflösung des Darlehensvertrages
 - b) Der Finanzierer als Kondiktionsschuldner
 4. Der Anspruch der Bank gegen den Verkäufer auf Rückzahlung
- IV. Kein ipso-iure Wegfall des Darlehensvertrages zwischen Käufer und Finanzierer
- V. Sonstige Anspruchsgrundlagen des Käufers gegen den Verkäufer
 1. Haftung des Verkäufers aus culpa in contrahendo
 2. „Gestuffer“ Regreßanspruch nach Bezahlung einer („unechten“) Gesamtschuld

I. Vorbemerkungen

Das vorliegende Urteil des OGH, den beklagten Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises sA zu verurteilen, ist wegen der ausführlichen höchstrichterlichen Behandlung strittiger Fragen sehr bemerkenswert.

Der OGH erkennt zu Recht auf Irrtumsanfechtung

¹⁾ Veröffentlicht in diesem Heft der JBl 1984, 200.

ung des Kaufvertrages zwischen Kläger und Beklagtem. Der Irrtum war (zumindest) vom Verkäufer (V) veranlaßt und berechnete somit den Käufer (K) zur Anfechtung.

Ferner erkennt der OGH — teilweise in Abweichung von seiner eigenen Vorjudikatur —, daß dieses Anfechtungsrecht weder durch Benützung der Kaufsache (PKW Mercedes) noch durch fahrlässige Beschädigung derselben untergeht. ME ist für einen solchen Rechtsverlust auch keine rechtliche Grundlage ersichtlich. Weiters ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, daß der OGH zur sogenannten Saldotheorie^{1a)} tendiert (arg: wertungsgerecht), womit er sich im Gegensatz zur hL²⁾ und seiner eigenen Vorjudikatur setzt. Die Lösung dieser Frage war aber für die gegenständliche E nicht notwendig, weil der Kläger und Revisionswerber nur den „Saldo“ einklagte³⁾. Soweit kann dem OGH gefolgt werden.

Keineswegs selbstverständlich, sondern höchst überprüfungsbedürftig und mE verfehlt ist aber die These des OGH, daß bei einem drittfinanzierten Kauf dem Käufer gegen den Verkäufer die Kondiktion auf den Kaufpreis zusteht. Der OGH hat nämlich nicht beachtet, daß bei dem vorliegenden drittfinanzierten Rechtsgeschäft nur ein Teil der Leistung (Übergabe des Ford Capri 1300 und Abtretung einer Ersatzforderung) aus dem gem § 1055 ABGB als Kaufvertrag zu qualifizierenden Vertrag an den Verkäufer erfolgte, die 24 Ratenzahlungen aber an die drittfinanzierende Bank. Daher ist nach einer erfolgreichen Anfechtung des Kaufvertrages und der daraus folgenden Rechtsgrundlosigkeit der Leistungen die Teilzahlungsbank insoweit Bereicherungsschuldnerin und sie wäre (für den Fall, daß sie in einem anderen Prozeß Beklagte wäre) zur Rückzahlung zu verpflichten, nicht der Verkäufer. Dies war in einer anderen E auch die Meinung des OGH⁴⁾. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist nun zu begründen.

II. Zahlung der Bank im eigenen Namen an den Verkäufer

Der Sinn eines drittfinanzierten Kaufes ist es, daß der Verkäufer sofort den Kaufpreis von dem finanzierenden Kreditinstitut (F) erhält, wobei in dieser Entscheidungsbesprechung die Rechtslage nach der Darlehenskonstruktion⁵⁾ zu erörtern ist. Eine der dabei in der Literatur umstrittenen Fragen ist das Auslegungsproblem, ob die Zahlung (Überweisung) der Bank an den Verkäufer im eigenen Namen oder im Namen des Käufers er-

^{1a)} Einführend dazu Koziol—Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts⁶ I 330 f.

²⁾ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB² IV/2, 516 FN 450, 428 FN 184; Wilburg in Klang VI 485; Koziol—Welser, Grundriß I 330 f.

³⁾ Zu diesem Problemkreis vgl jüngst Harrer, Rückabwicklungsprobleme beim fehlerhaften Kauf, JBl 1983, 238.

⁴⁾ In ÖRZ 1979/68.

⁵⁾ Dazu vgl va Bydlinski in Klang IV/2, 386 ff; Zawischa, Drittfiananzierung und Konsumentenschutzgesetz, QuHGZ 1980 H 3, 89.

tatur und autoritäre Regime, gegen ein System, wo die Staatsordnung Selbstzweck wird, ist einfach die garantierte volle Freiheit für die Parteien. Der erste Schritt bei jeder Errichtung von autoritären oder diktatorischen Systemen ist bekanntlich die Beseitigung der Vielfalt und der Freiheit der politischen Parteien. Deswegen muß die Verfassung diese extreme Freiheit der Parteigründung und Parteibetätigung garantieren. Nicht der Staat läßt die Parteien zu, sondern die Bürger, die sich in Parteien zusammenschließen, tragen den Staat.

Meine Damen und Herren! Es gibt natürlich die Sorge und den Einwand, es könnten einmal gefährliche Parteien gegründet werden, gewalttätige, anarchistische, brutale Parteien. Das ist sicher möglich, das ist denkbar. Es gibt ja derartige Ansätze zu solchen Erscheinungen. Aber ich glaube, daß dieses Argument nicht so sehr ins Gewicht fallen kann.

Wenn solche Kräfte im politischen Leben auftreten, durch Verbot oder Nichtzulassung von Parteien im Behördenweg wird man ihnen nie beikommen können. Eher muß man sagen: Im Gegenteil, die Ausschaltung solcher Gruppen vom demokratischen Wettbewerb gäbe ihnen unter Umständen die Legitimation, die Spielregeln der Demokratie zu überspringen und unter Berufung auf irgendeinen Volkswillen oder sonst etwas, womöglich die Macht anzustreben und sie sich zu erzwingen.

Wenn die Demokratie nicht so stark ist, daß sie mit solchen Gruppen fertig wird, dann ist sie ohnedies zum Tode verurteilt. Außerdem gibt uns die Rechtsordnung den Zugriff auf den einzelnen Rechtsbrecher, wenn er sich in einer freien Partei organisiert. . . ."

Der Bundesverfassungsgesetzgeber hat sohin nicht etwa übersehen, den BMI oder eine andere Behörde zu berufen, autoritativ in die Parteigründung einzugreifen. Vielmehr lag es gerade in der Absicht des Bundesverfassungsgesetzgebers, eine derartige Befugnis nicht zu erteilen. In die vom Verfassungsgesetzgeber gewährleistete Parteiengründungsfreiheit darf demnach kein Organ der Vollziehung, also weder ein Gericht noch eine Verwaltungsbehörde, eingreifen (vgl. Schambeck, Die Stellung der politischen Parteien nach österr. Verfassungsrecht, Hermens-FS [1976] 61 ff).

Das ParteienG ermächtigt sohin (entgegen Berchtold, Das ParteienG — ein Überblick, ÖVA 1976, 33 ff) den BMI nicht, die Hinterlegung einer Satzung zu verweigern; das Gesetz ermöglicht (entgegen Ermacora, Verfassungsänderungen 1975, JBl 1976, 85 f) ferner keiner Behörde — auch nicht der BReg —, die Gründung einer politischen Partei zu verbieten; das Gesetz räumt (entgegen Matzka, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Wahlrechtes neofaschistischer Gruppen, in: Am Beispiel der ANR, Neonazismus in Österreich, hrsg vom Dokumentationsarchiv des österr. Widerstandes, 46) schließlich keiner Behörde — auch nicht dem BMI oder der BReg — die Befugnis ein, allgemeinverbindlich (bescheidmäßig) festzustellen, daß „etwa infolge des faschistischen Charakters einer Organisation, deren ‚Versuch‘, sich durch Vornahme der in § 1 Abs 4 ParteienG vorgesehenen Handlungen als politische Partei zu konstituieren, ‚gescheitert‘ ist, daß also die Rechtsfolge der Rechtspersönlichkeit als politische Partei nicht eingetreten ist“.

c) Zwar trifft es zu, daß, wenn eine Satzung die in der vorstehenden lit a aufgezählten Voraussetzungen nicht erfüllt, die Veröffentlichung und Hinterlegung der Satzung beim BMI die in § 1 Abs 4 letzter Satz ParteienG vorgesehene Rechtsfolge — Erlangen der Rechtspersönlichkeit als politische Partei — nicht bewirkt (vgl. Matzka aaO 45 f). Aus dem unter II/3/b

Gesagten aber folgt, daß — wenn anders den im § 1 ParteienG normierten Voraussetzungen für die Gründung einer politischen Partei unter diesen Umständen überhaupt normative Bedeutung zukommen soll — alle Verwaltungsbehörden und alle Gerichte für Zwecke der bei ihnen anhängigen Verfahren incidenter zu beurteilen haben, ob die Behauptung einer dort auftretenden Personengruppe, als politische Partei Rechtspersönlichkeit zu besitzen, zutrifft oder nicht.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der BMI durch die bescheidmäßige Verweigerung der Hinterlegung der Satzung einer politischen Partei eine ihm gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch genommen hat. Der Bfr wurde sohin durch den angefochtenen Bescheid im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt (vgl. zB VfSlg 8828/1980). Der bekämpfte Bescheid war daher aufzuheben.

e) Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf das übrige Beschwerdevorbringen einzugehen.

Ordentliche Gerichte

Zivilsachen

✓ § 94 ABGB; §§ 66 und 68 EheG; §§ 382 Z 8 lit a EO: Wurde die Ehe rechtskräftig aus Verschulden des Beklagten geschieden, so sind ab diesem Zeitpunkt nicht mehr die Regeln für den Unterhalt in aufrechter Ehe, sondern die Bestimmungen für den Unterhalt nach Scheidung maßgeblich, auch wenn über Vorliegen und Grad eines Mitverschuldens der Klägerin noch entschieden werden muß. Bei der Zuerkennung vorläufigen Unterhaltes durch einstweilige Verfügung ist bei diesem Verfahrensstand Alleinverschulden des Beklagten zugrunde zu legen. Beim einstweiligen Unterhalt ist eine bei aufrechter Ehe getroffene Unterhaltsvereinbarung der Parteien beachtlich 1).

OGH 16. 12. 1981, 6 Ob 815/81

Mit Urteil v 18.10.1980 schied das Erstgericht die von den Streitparteien am 2.1.1965 vor dem Standesamt T. geschlossene Ehe aus beiderseitigem Verschulden. Das Unterhaltsbegehren der Klägerin wurde mit diesem Urteil abgewiesen.

Der gegen dieses Urteil lediglich von der Klägerin erhobenen Berufung gab das Berufungsgericht mit Beschluß v 5.2.1981 Folge und hob das Ersturteil, das in seinem Ausspruch über die Scheidung der Ehe der Streitparteien wegen Verschuldens des Beklagten als nicht in Beschwerde gezogen unberührt geblieben war, in seinem übrigen Umfang (Ausspruch eines Mitverschuldens der Klägerin, Abweisung des Unterhaltsbegehrens und Kostenentscheidung) auf und verwies die Rechtssache unter Setzung eines Rechtskraftvorbehaltes insoweit an das Erstgericht zurück. Gegen diesen Beschluß erhob der Beklagte Rekurs an den OGH.

Mit dem beim Erstgericht am 24.6.1981 eingelangten Schriftsatz v 19.6.1981 beantragte die Klägerin, mit einstweiliger Verfügung den Beklagten schuldig zu erkennen, der Klägerin ab sofort einen monatlichen Unterhalt von S 4.000,— zu bezahlen, und zwar bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die gegenständliche Klage.

Zur Begründung brachte die Klägerin im wesentlichen vor, der Beklagte habe seit April 1981, die aus Anlaß eines Unterhaltsprozesses beim BG I., in welchem seit 17.1.1979 Ruhen des Verfahrens eingetreten sei, außergerichtlich getroffene Vereinbarung, ihr

1) Vgl dazu den Aufsatz von Huber, Endgültige Zuweisung bei einstweiligem Unterhalt, veröffentlicht in diesem Heft der JBl 1984, 132.

einen monatlichen Unterhalt von S 2.000,— zu bezahlen, nicht mehr eingehalten. Da zufolge Entscheidung des OLG I. als Berufungsgerichtes v 5.2.1981 die Verschuldensfrage noch nicht rechtskräftig festgestellt sei, ergebe sich die Unterhaltspflicht des Beklagten aus § 94 ABGB, zumindest jedoch aus § 68 bzw § 66 EheG. Der Beklagte sei zur Leistung des begehrten vorläufigen Unterhaltes in der Lage, da er monatlich „sicherlich bei ca S 25.000,—“ verdiene. Die Klägerin habe kein Einkommen und auch kein Vermögen. Sie sei nicht in der Lage, einer Beschäftigung nachzugehen, da sie für den gemeinsamen neunjährigen Sohn, der bei ihr wohne, sorgen müsse. Die außergerichtlich getroffene Vereinbarung sei nicht mehr wirksam, da sich die Verhältnisse geändert hätten und der Beklagte seine Zahlungen eingestellt habe.

In seiner Äußerung sprach sich der Beklagte gegen die beantragte einstweilige Verfügung aus und brachte im wesentlichen vor:

Die Ehe der Streitteile sei nunmehr dem Bande nach rechtskräftig geschieden, das Unterhaltsbegehren der Klägerin zunächst abgewiesen. Die Zahlung eines Unterhaltes zum gegenwärtigen Zeitpunkt käme einem Anerkenntnis gleich, weshalb er die Zahlungen eingestellt habe. Die außergerichtlich getroffene Vereinbarung aus Anlaß des früheren Verfahrens sei nicht mehr wirksam, da mit dieser nur der Unterhalt während des aufrechten Bestandes der Ehe geregelt worden sei. Der monatliche Nettoverdienst des Beklagten belaufe sich lediglich auf S 13.968,94, wovon S 8.281,42 auf in der Äußerung näher dargelegte Fixkosten entfielen.

Das Erstgericht wies die beantragte einstweilige Verfügung ab und beurteilte den oben festgehaltenen unstrittigen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht wie folgt:

Da die Ehe der Streitteile dem Bande nach geschieden sei, komme § 94 ABGB nicht zur Anwendung. Aber auch § 66 EheG sei nicht anwendbar, da, von den im Ersturteil v 18.10.1980 getroffenen Feststellungen ausgehend, von einem alleinigen Verschulden des Beklagten nicht gesprochen werden könne. Gestützt auf die Bestimmung des § 68 EheG stehe der Antragstellerin jedoch kein Unterhaltsanspruch zu, da ihr eine Teilzeitbeschäftigung zugemutet werden könne, wie dies im vorgenannten Urteil bereits festgestellt worden sei. Seither hätten sich zugunsten der Klägerin keine Änderungen ergeben, weshalb die einstweilige Verfügung nicht zu bewilligen gewesen sei.

Das Rekursgericht gab dem dagegen erhobenen Rekurs teilweise Folge und trug dem Beklagten auf, ab 29.6.1981 bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das gestellte Unterhaltsbegehren der Klägerin einen vorläufigen Unterhalt von S 2.000,— zu bezahlen, und zwar die bis zur Rechtskraft des Beschlusses fällig werdenden Beträge sofort und die in Zukunft fällig werdenden Beträge am Ersten eines jeden Monats im vorhinein. Das Mehrbegehren auf Zahlung eines vorläufigen monatlichen Unterhaltes von weiteren S 2.000,— wies es ab. Das Rekursgericht vertrat die Auffassung, § 94 ABGB sei nicht mehr anzuwenden, weil nach dem Spruch des in Rechtskraft erwachsenen erstgerichtlichen Urteiles die Scheidung der Streitteile aus dem Verschulden des Beklagten ausgesprochen sei. Bei der Entscheidung über das gestellte vorläufige Unterhaltsbegehren der Klägerin kämen nur die Regeln der §§ 66 ff EheG in Betracht. Die Klägerin sei als geschiedene Ehegattin im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Verfahren auf Leistung des Unterhaltes zur Antragstellung gemäß § 382 Z 8 a EO berechtigt. Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes sei bei der Entscheidung aber nicht § 68 EheG anzuwenden. Ent-

scheidend für die Anwendung der Bestimmungen der §§ 66 und 68 EheG sei der Verschuldensauspruch im Scheidungsurteil. Die Ehe der Streitteile sei aus dem Verschulden des Beklagten geschieden, über dessen Mitschuld antrag aber noch nicht rechtskräftig entschieden. Dies bedeute, daß die Ehe derzeit aus dem Alleinverschulden des Beklagten geschieden und daher § 66 EheG anzuwenden sei. Es sei allein der Verschuldensauspruch im Scheidungsurteil maßgebend und darüber hinaus zu bedenken, daß es sich um die Bewilligung eines vorläufigen Unterhaltes handle, dessen endgültige Bestimmung von der Entscheidung über die Unterhaltspflicht abweichen könne. Bezüglich der Höhe sei von der getroffenen außergerichtlichen Vereinbarung auszugehen, da die Klägerin die behauptete Änderung der Verhältnisse durch keinerlei konkrete Umstände bescheinigt habe, aber auch der Beklagte seine Zahlungseinstellung mit rechtlichen Erwägungen und nicht damit begründet habe, zur Leistung nicht in der Lage zu sein. Die Zuerkennung eines vorläufigen Unterhaltes von S 2.000,— sei angemessen und entspreche der Leistungsfähigkeit des Beklagten.

Der Rekurs des Beklagten ist zulässig, weil die zu lösende Rechtsfrage, ob das Begehren der Antragstellerin auf Bewilligung eines vorläufigen Unterhaltes nach § 66 oder § 68 EheG zu beurteilen ist, den Grund des Anspruches betrifft (vgl EvBl 1959/296; 7 Ob 155/65); aber nicht berechtigt.

Der Antragsgegner vertritt im wesentlichen die Auffassung, es sei davon auszugehen, daß der Ausspruch über die Scheidung rechtskräftig, über die Verschuldensfrage aber infolge des noch nicht rechtskräftigen Aufhebungsbeschlusses noch nicht entschieden worden sei. Entscheidungsgrundlage müßte zumindest bis zur Rechtsmittelerledigung (im Scheidungsverfahren) der einstweilige Verschuldensauspruch im Scheidungsurteil, also die Feststellung beiderseitigen, gleichzeitigen Verschuldens, sein.

Der Beklagte übersieht bei diesen Ausführungen, daß mangels Bekämpfung des Urteiles I. Instanz durch ihn die Ehe rechtskräftig aus seinem Verschulden geschieden ist und das weitere Verfahren nur mehr die Frage betrifft, ob die Klägerin ein Mitverschulden trifft, bejahendenfalls, ob gleichzeitiges Verschulden vorliegt oder das Verschulden des Beklagten überwiegt (vgl SZ 25/331). Es kann daher jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, daß eine Scheidung ohne Verschuldensauspruch vorliege. Es kann aber auch nicht mit der Begründung, im erstgerichtlichen Urteil sei ein gleichzeitiges Verschulden der Parteien ausgesprochen worden, ein solches im Verfahren über die beantragte einstweilige Verfügung zugrundegelegt werden. Das erstgerichtliche Urteil ist, soweit es über das Verschulden der Klägerin abgesprochen hat, durch das Berufungsgericht aufgehoben worden. Für die Wirkung dieser Aufhebung ist es ohne Bedeutung, ob der Beschluß des Berufungsgerichtes rechtskräftig ist.

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Ehe aus dem Verschulden des Beklagten rechtskräftig geschieden ist, wenn auch über das allfällige Mitverschulden der Klägerin und den Grad desselben noch nicht abgesprochen ist. Wegen der bereits rechtskräftigen Scheidung kann ein Unterhalt nicht mehr nach den für die aufrechte Ehe geltenden gesetzlichen Bestimmungen verlangt werden. Da aber auch noch der für die abschließende Beurteilung des Unterhaltsanspruches für die Zeit nach der Scheidung wesentliche vollständige Verschuldensauspruch fehlt, kann zunächst nur ein vorläufiger Unterhalt festgesetzt oder eine bestehende vorläufige Unterhaltsregelung als weiter anwendbar angesehen werden, wobei jedoch die rechts-

kräftig erfolgte Ehescheidung beachtet werden muß (EFSlg 30.637). Bei der Bestimmung des vorläufigen Unterhaltes durch einstweilige Verfügung gemäß § 382 Z 8 a EO vor endgültiger Entscheidung über den vollständigen Verschuldensanspruch kann aber denotwendigerweise nicht der sonst für die Unterhaltsbeurteilung nach einer Scheidung aus Verschulden erforderliche Ausspruch über das Allein- oder überwiegende Verschulden eines Ehegatten oder das gleichzeitige Verschulden beider Ehegatten als Voraussetzung für eine Unterhaltsfestlegung verlangt werden. Liegt ein (Teil-) Urteil von der Art des gegenständlichen vor, wonach die Ehe aus dem Verschulden des Beklagten (rechtskräftig) geschieden ist, während über ein allfälliges Mitschulden der Klägerin noch zu entscheiden ist, dann muß dies bei Bestimmung des vorläufigen Unterhaltes gemäß § 382 Z 8 a EO genügen, um die Bestimmung des § 66 EheG zugrunde zu legen. Die Heranziehung dieser Bestimmung durch das Rekursgericht erfolgte daher ohne Rechtsirrtum.

§§ 870 ff, 874, 877, 933, 934, 1298, 1041, 1311 und 1447 ABGB; § 1 Abs 3 und § 2 Abs 2 RatG 1961; § 40 KSchG; Art 8 Nr 6 der 4. EVHGB: Ein durch den Verkäufer veranlaßter Irrtum des Käufers über eine für die Verkehrstauglichkeit eines Kfz wesentliche Sacheigenschaft gewährt diesem ein Recht zur Vertragsanfechtung. Die Rückstellung der zum eigenen Vorteil erhaltenen Leistung ist nicht als gesetzliche Voraussetzung für die Ausübung des Anfechtungsrechtes zu verstehen. Selbst eine grob fahrlässig herbeigeführte Beschädigung der Kaufsache durch den Käufer führt nicht zum Verlust seines Anfechtungsrechtes. Vielmehr ist zu prüfen, ob bei Unmöglichkeit der Naturalrückstellung der Käufer wegen zufälligen Unterganges befreit oder kondiktionsrechtlich zum Wertersatz (auf den gemeinen Wert des erhaltenen Kfz im Zeitpunkt der Übernahme) verpflichtet ist. Letzteres ist dem Verkäufer, wenn ihm nicht weitergehende Schadenersatzansprüche zustehen, zumutbar und jedenfalls maßgebend, wenn der Käufer selbst einer ihn treffenden Gefahrtragung Rechnung trägt. — Der Käufer kann — selbst bei einem durch eine Bank drittfinanzierten Kauf — seine Leistungen gegen den Verkäufer kondizieren. Die Kreditspesen gebühren ihm nur unter den Voraussetzungen der §§ 870 und 874 ABGB.

OGH 26. 11. 1980, 6 Ob 714/80 ¹⁾

Der Kläger schloß am 12. 11. 1976 mit dem beklagten Autohändler einen Vertrag über den Erwerb eines gebrauchten Kfz, Mercedes 220 D/8, Baujahr 1968, gegen Zahlung eines Betrages von S 31.000,—, Übergabe eines unfallbeschädigten Kfz, Ford Capri 1300, in die Verfügungsgewalt des Händlers sowie Abtretung des Ersatzanspruches aus einem Verkehrsunfall gegen den Haftpflichtversicherer des zweiten unfallbeteiligten Kfz.

In der hierüber mittels formularmäßigen Kaufvertrages errichteten und mit 11. 11. 1976 datierten Urkunde wurde der PKW Marke Mercedes als „ein gebrauchtes Kraftfahrzeug wie besichtigt, probegefahren, ohne Garantie und Gewährleistung“ beschrieben. Als vereinbarte Zusatzleistung des Händlers ist nach den Formularwörtern: „Dazu wird mitgeliefert“ vermerkt: „Überprüfung!“. In den auf der Rückseite der Urkunde abgedruckten Verkaufs- und Lieferbedingungen sind nach jeweils fettgedruckten Schlagwörtern folgende Bestimmungen enthalten:

¹⁾ Vgl dazu den Aufsatz von Reidinger, Die Rechtslage nach Wegfall eines drittfinanzierten Kaufvertrages, in diesem Heft der JBl 1984, 190.

„Inhalt und Umfang der Lieferung: Mündliche Angaben des Verkäufers über Gewicht, Dimensionen, Zahl der Pferdestärken, über das Baujahr, über den Typ, über den Betriebsstoffverbrauch usw, auch über die Dauer und das Maß der Benutzung, sind unverbindlich und nur als annähernd zu betrachten.

Gewährleistung: Das Fahrzeug ist verkauft wie es geht und steht unter Ausschluß jeder Gewährleistung. Ansprüche auf Wandlung, Minderung oder Schadenersatz sind, soweit das gesetzlich zulässig ist, ausgeschlossen.“

Der vom Kläger auf Grund des Vertrages vom 12. 11. 1976 übernommene PKW Marke Mercedes wurde kurze Zeit später schwer beschädigt.

Mit der am 20. 7. 1977 eingebrachten Klage begehrte der Kläger — außer dem Ersatz von Sachverständigenkosten in der Höhe von S 1500,—, — einen Betrag von S 48.960,— samt Verzugszinsen ab 1. 6. 1977.

Der Kläger erklärte, den am 12. 11. 1976 geschlossenen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte des wahren Wertes anzufechten; er machte geltend, daß der Beklagte ihn über Fahrleistung und Zustand des PKW Mercedes 220 D in Irrtum geführt und listigerweise eine Überprüfung dieses Fahrzeuges zur Erlangung der Überprüfungsplakette zugesagt sowie als erzielbare Versicherungsleistung einen viel niedrigeren als den tatsächlich erhaltenen Betrag vorgespiegelt habe. Weiters berief sich der Kläger darauf, daß die Geschäftsgrundlage zur Aufrechterhaltung des Vertrages vom 12. 11. 1976 fehle. Er habe auf Garantie und Gewährleistung nicht verzichtet. Wörtlich führte der Kläger aus, daß er den Verkehrsunfall mit dem PKW Mercedes 220 D „möglicherweise auf Grund des schlechten Allgemeinzustandes“ dieses Fahrzeuges erlitten habe.

Rechnerisch stellte der Kläger — unter Ausschaltung des Betrages von S 1500,— als Ersatz für Sachverständigenkosten, in Ansehung dessen die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen wurde — den Klagsbetrag als Differenz zwischen einem angenommenen Wert seines PKW, Ford Capri, von S 22.000,—, zuzüglich seiner Kreditrückzahlungsverpflichtungen von insgesamt S 36.960,—, somit einem Betrag von S 58.960,— und dem behaupteten Zeitwert des PKW Mercedes 220 D von S 10.000,— dar.

Der Beklagte wendete ein, daß der Kläger den PKW Mercedes 220 D vor dem Vertragsabschluß mehrmals gründlich untersucht und anlässlich mehrerer Probefahrten geprüft habe; er habe die vorhandenen Roststellen gesehen und ihretwegen auch einen Preisnachlaß von S 2000,— erwirkt; der Beklagte habe keinerlei Zusagen über die bisherige Fahrleistung dieses Fahrzeuges gemacht; der Vertrag sei in keiner Weise von einer Beibringung der Begutachtungsplakette abhängig gemacht worden, der Beklagte habe lediglich die Überprüfung nach Ablauf der Gültigkeit der vorhandenen Plakette zugesagt; der Kläger habe auf Garantie und Gewährleistung verzichtet, ebenso auf Schadenersatz. Der PKW Mercedes 220 D habe zur Zeit des Vertragsabschlusses einen Zeitwert von S 38.000,— bis S 44.000,— besessen, der Wert eines eingebauten Radios habe S 4000,— betragen. Der Kläger habe gewußt, daß die Versicherungsleistung etwa S 10.000,— betragen werde. Er habe keinerlei Verständigungsschwierigkeiten wegen mangelhafter Beherrschung der deutschen Sprache gehabt. Der Kläger habe mit dem PKW Mercedes 220 D noch im November 1976 einen im alkoholisierten Zustand selbstverschuldeten Unfall erlitten. Für den Unfall sei der Erhaltungszustand des Fahrzeuges in keiner Weise ursächlich gewesen. Der Wrackwert des PKW