

# TE OGH 2007/4/24 4Ob53/07h

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner als Vorsitzenden und durch die Hofräatin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Prunbauer Themmer & Toth Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Walter Z\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Burghardt, Rechtsanwalt in Wien, als Sachwalter, vertreten durch Dr. Eleonore Berchthold-Ostermann, Rechtsanwältin in Wien, als Verfahrenshelferin, diese vertreten durch Dr. Gabriele Baumann, Rechtsanwältin in Wien, wegen 12.820,36 EUR sA, über die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 18. Dezember 2006, GZ 12 R 56/06b-34, mit welchem der Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 3. Februar 2006, GZ 19 Cg 68/05t-24, nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben, und die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Beklagte reichte am 26. November 2004 in einer Filiale der Klägerin einen Verrechnungsscheck über 11.841 EUR zum Inkasso ein. Aussteller des Schecks war ein Unternehmen, bezogen war eine andere österreichische Bank, der Scheck war an den Beklagten indossiert. Der Scheckbetrag sollte auf einem Girokonto des Beklagten gutgebucht werden. Der Beklagte sagte der Bankangestellten, die den Scheck übernahm, es handle sich um einen hohen Betrag; sie möge den Scheck daher „prüfen“. Die Angestellte antwortete „selbstverständlich“; mehr wurde über den Scheck nicht gesprochen.

Die Klägerin schrieb den Scheckbetrag am selben Tag dem Girokonto des Beklagten gut, ohne zuvor eine Deckungszusage der bezogenen Bank einzuholen.

Der Beklagte prüfte am 29. November 2004 über das Internet seine Kontoauszüge und nahm dabei die Gutbuchung wahr. Auf dem Kontoauszug schien der Buchungstext „Scheckeinr. E.V.“ auf, in der Spalte „Buchungstag“ war der 26. November und in der Spalte „Wert“ der 1. Dezember angegeben.

Der Beklagte war der Meinung, die Abkürzung „E.V.“ habe für ihn keine Bedeutung. Er suchte noch am selben Tag die Filiale der Klägerin auf und sagte der Angestellten, der er schon den Scheck übergeben hatte, er wolle den Erlös ausbezahlt bekommen. Die Angestellte kam diesem Ersuchen nach.

Ebenfalls am 29. November 2004 legte die Klägerin den Scheck der bezogenen Bank zur Zahlung vor. Die bezogene Bank löste den Scheck allerdings nicht ein. Daher buchte die Klägerin den Scheckbetrag am 11. Dezember 2004 zurück und belastete das Konto des Beklagten mit 11.841 EUR sowie 27 EUR Spesen.

Da der Beklagte den Betrag nicht zurückzahlte, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 24. Februar 2005 den Kontovertrag „mit sofortiger Wirkung“. Am 12. April 2005 haftete am Konto ein Betrag von 12.820,36 EUR unberichtet aus.

Bei der Kontoeröffnung hatten die Parteien die Geltung der Geschäftsbedingungen der Klägerin vereinbart. Punkt 41 dieser Bedingungen lautete wie folgt:

(1) Schreibt das Kreditinstitut Beträge, die es auftrags des Kunden einzuziehen hat (insbesondere im Rahmen des Inkasso von Schecks ...) dem Konto des Kunden gut, bevor der einzuziehende Betrag beim Kreditinstitut eingelangt ist, so geschieht dies unter Vorbehalt des tatsächlichen Einlangens des gutgeschriebenen Betrags beim Kreditinstitut. Dies gilt auch dann, wenn der einzuziehende Betrag beim Kreditinstitut zahlbar sein sollte.

(2) Aufgrund des Vorbehalts ist das Kreditinstitut berechtigt, die Gutschrift durch einfache Buchung rückgängig zu machen, wenn der Einzug gescheitert ist oder aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Zahlungsverpflichteten, behördlicher Eingriffe oder anderer Gründe absehbar ist, dass das Kreditinstitut die unbeschränkte Verfügungsmöglichkeit über den einzuziehenden Betrag nicht erlangen wird. [...]"

Die Klägerin begeht 12.820,36 EUR sA. Nach Kündigung der Kontoverbindung müsse der Beklagte den Saldo abdecken; Überziehungskredite seien zur sofortigen Rückzahlung fällig. Der Scheckbetrag sei dem Konto des Beklagten nur unter dem Vorbehalt des tatsächlichen Einlangens gutgeschrieben worden. Wenn der Einzug scheitere, sei die Klägerin berechtigt, die Gutschrift durch einfache Buchung am Konto rückgängig zu machen. Der Vermerk „Scheckeinr. E.V.“ habe „Eingang vorbehalten“ bedeutet. Die Verfügung des Beklagten über den nur unter Vorbehalt gutgeschriebenen Betrag habe bis zur Einlösung auf einer Kreditierung beruht. Bei Nichteinlösung des Schecks entstehe ein vertraglicher, hilfsweise ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch gegen den Beklagten.

Der Beklagte wendet ein, er habe angesichts der Betragshöhe um eine genaue Überprüfung des Schecks ersucht. Am 29. Dezember 2004 habe er den Scheckbetrag bar ausgezahlt erhalten und noch am selben Tag nach Amsterdam „weitergeleitet“. Richtigerweise hätte die Klägerin den Scheckbetrag erst nach „ordnungsgemäßer Überprüfung“ des Schecks gutschreiben dürfen. Der Beklagte habe nicht annehmen können, dass der Scheck unter Anlastung von Spesen rückgebucht würde. Da die Klägerin den Scheckbetrag ohne ausreichende Überprüfung ausgezahlt und er den Betrag „gutgläubig“ weitergeleitet habe, hafte er nicht für den Klagsbetrag. Die Klägerin habe durch die Auszahlung sorgfaltswidrig gehandelt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Klägerin sei nach ihren Geschäftsbedingungen berechtigt gewesen, den Scheckbetrag unter Vorbehalt des Einlangens gutzuschreiben, obwohl der Betrag bei ihr noch nicht eingelangt gewesen sei. Der Beklagte habe daher damit rechnen müssen, dass die Gutschrift auf seinem Konto unter dem Vorbehalt des Einlangens gestanden sei. Die Klägerin sei auch berechtigt gewesen, die Barauszahlung vorzunehmen, weil selbst ein ungedeckter oder gesperrter Scheck honoriert werden dürfe. Eine Verpflichtung der Klägerin, die Barauszahlung wegen des Ersuchens um Prüfung nicht vorzunehmen, habe schon deshalb nicht bestanden, weil diese Äußerung nach dem maßgeblichen Horizont der Bank kein solches Verbot begründet habe.

Gegen diese Entscheidung erhob der Beklagte Berufung. Darin brachte er vor, dass er aufgrund einer psychischen Krankheit nicht prozessfähig sei. Das erstinstanzliche Verfahren sei daher nichtig iSv § 477 Abs 1 Z 5 ZPO. Daneben erhob er noch eine Beweis- und eine Rechtsrüge.

Das Berufungsgericht unterbrach das Verfahren und veranlasste nach§ 6a ZPO die Übermittlung des Akts an das Pflegschaftsgericht. Dieses bestellte einen Rechtsanwalt zum Sachwalter des Beklagten. Über Aufforderung durch das Erstgericht erklärte der Sachwalter, dass er die bisherige Verfahrensführung genehmige. Das Berufungsgericht

unterbrach das Verfahren und veranlasste nach Paragraph 6 a, ZPO die Übermittlung des Akts an das Pflegschaftsgericht. Dieses bestellte einen Rechtsanwalt zum Sachwalter des Beklagten. Über Aufforderung durch das Erstgericht erklärte der Sachwalter, dass er die bisherige Verfahrensführung genehmige.

Daraufhin bestätigte das Berufungsgericht die angefochtene Entscheidung.

Nichtigkeit liege nicht vor, da der Sachwalter das bisher geführte Verfahren uneingeschränkt genehmigt habe. Dadurch sei der Mangel nach § 477 Abs 1 Z 5 ZPO geheilt. Eine pflegschaftsgerichtliche Ermächtigung zur Genehmigung sei nur notwendig, wenn der Betroffene als Kläger auftrete; in der Beklagtenrolle bedürfe der Sachwalter keiner Prozessermächtigung. Auch wenn die Genehmigung der Berufung, soweit sie sich auf Nichtigkeit stütze, die Grundlage entziehe, sei sie nicht als Anerkenntnis oder als Zurückziehung eines Rechtsmittels zu beurteilen.

Klausel 41 der Geschäftsbedingungen entspreche im Wesentlichen dem dispositiven Recht. Der Inkassovertrag sei in der Regel eine Nebenabrede zum Girovertrag. Die Inkassobank habe aufgrund des Auftrags alle für die Einlösung des Schecks nötigen Maßnahmen zu setzen, insbesondere den Scheck der bezogenen Bank vorzulegen. Sei die Inkassobank nicht gewillt, dem Einreicher den Scheckbetrag bis zur Einlösung zu kreditieren, so nehme sie den Scheck ohne Gutschrift auf dem Konto zum Inkasso entgegen. Der Einreicher habe gemäß § 1009 ABGB einen Anspruch auf Herausgabe des von der Inkassobank erlangten Nutzens. Wenn zwischen der Inkassobank und dem Einreicher ein Girovertrag bestehe, könne die Bank dieser Pflicht durch Gutschrift nachkommen.

Reiche der Scheckberechtigte den Scheck bei der bezogenen Bank ein und schreibe die bezogene Bank den Betrag seinem Konto gut, so handle es sich um eine Gutschrift im dreipersonalen Verhältnis; die Gutschrift begründe dann eine abstrakte Verpflichtung der gutschreibenden Bank gegenüber dem einreichenden Kontoinhaber. Werde aber - wie hier - eine Inkassobank eingeschaltet, die nicht mit der bezogenen Bank ident sei, so bestehe die Anweisungslage nur zwischen dem Aussteller, der bezogenen Bank und der Inkassobank. Die Gutschrift auf dem Konto des einreichenden Kunden durch die Inkassobank erfolge nicht aufgrund einer Anweisung der bezogenen Bank, sondern allein aufgrund der zwischen der Inkassobank und ihrem Kunden bestehenden Geschäftsbeziehung. Es handle sich daher um eine Gutschrift im zweipersonalen Verhältnis, die nur deklarative Bedeutung habe. Aus dem Grundgeschäft sei die Inkassobank nur zur Herausgabe des von ihr für den Einreicher erlangten Nutzens verpflichtet. Die Inkassobank könne daher selbst nach einer Gutschrift noch geltend machen, dass sie von der bezogenen Bank in Wahrheit nichts erhalten habe. Damit könne sie aber auch unabhängig von Klausel 41 die erteilte Gutschrift widerrufen, wenn sie tatsächlich keinen Nutzen erzielt habe, den sie dem Einreicher herauszugeben hätte.

Wenn die Klägerin dem Beklagten vor der Einlösung eine Gutschrift erteilt und auch die Verfügung über diesen Betrag ermöglicht habe, so sei das als Kreditierung anzusehen. Mangels Vereinbarung eines Kreditrahmens sei der Beklagte verpflichtet, den durch die Rückbuchung entstandenen offenen Saldo abzudecken.

Die Klägerin sei zwar berechtigt gewesen, dem Beklagten die Verfügung über die Schecksumme vor Einlösung des Schecks durch die bezogene Bank zu verweigern. Eine Verpflichtung dazu könne aber weder aus den Geschäftsbedingungen noch aus dem dispositiven Recht abgeleitet werden.

Das Vorbringen des Beklagten sei auch als Geltendmachung einer Warnpflichtverletzung zu verstehen. Solche Pflichten bestünden, wenn erkennbar sei, dass sich der Verhandlungspartner im Vertrauen auf eine abgegebene Erklärung - auch schlüssig durch ein bestimmtes Verhalten - anschicke, selbst Verbindlichkeiten einzugehen; insbesondere dann, wenn er zum Ausdruck bringe, dass er auf einen bestimmten Punkt besonderen Wert lege und daher informiert werden wolle. Auf dieser Grundlage sei aber die Inkassobank ohne ausdrücklichen oder schlüssigen Auftrag des Scheckeinreichers nicht dazu verpflichtet, eine verbindliche Erklärung der bezogenen Bank über die Deckung einzuholen. Aus dem bloßen Ersuchen, den Scheck zu „prüfen“, sei keine Verpflichtung der Klägerin abzuleiten gewesen, den Beklagten darauf hinzuweisen, dass eine Einlösung des Schecks zum Zeitpunkt der von ihm getroffenen Verfügung noch nicht gesichert gewesen sei. Der Beklagte habe der Klägerin nicht mitgeteilt, dass er über den Betrag in einer Weise verfügen werde, die einen Rückerstattung praktisch unmöglich mache.

Die Revision sei zuzulassen, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die vom Sachwalter erklärte Genehmigung der bisherigen Verfahrensführung doch einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe.

In seiner Revision macht der Beklagte Nichtigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend. Die von seinem Sachwalter erklärte Genehmigung habe der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurft.

Da keine solche Genehmigung erteilt worden sei, leide das Berufungsurteil an Nichtigkeit iSv § 477 Abs 1 Z 5 ZPO. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen Aktiv- und Passivprozessen sei unbillig. Das Berufungsgericht habe auch die Frage der Warnpflichtverletzung falsch beurteilt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil die Frage, ob die von einem gesetzlichen Vertreter erklärte Genehmigung der Führung eines Passivprozesses einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bisher nicht ausdrücklich beantwortet wurde. Die Revision ist auch - wenngleich nicht aus diesem Grund - im Sinn des Aufhebungsantrags berechtigt.

#### A. Zur behaupteten Nichtigkeit

1. Nichtigkeit des Berufungsverfahrens und damit der Revisionsgrund des § 503 Z 1 ZPO Zechner in Fasching/Konecny2 IV/1 § 503 ZPO Rz 66 mwN läge vor, wenn die vom Sachwalter des Beklagten erklärte Genehmigung des bisherigen Verfahrens der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts bedürft hätte. Denn in diesem Fall hätte das Berufungsgericht über das Rechtsmittel einer Partei entschieden, die bei Erhebung des Rechtsmittels nicht gehörig vertreten war, ohne dass dieser Mangel nachträglich geheilt worden wäre (§ 477 Abs 1 Z 5 ZPO).

2. Nach § 282 Abs 1 idF KindRÄG 2001 iVm § 154 Abs 3 ABGB bedürfen Vertretungshandlungen des Sachwalters in Vermögensangelegenheiten der Genehmigung des Gerichts, sofern die Angelegenheit nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört. Unter dieser Voraussetzung gehören dazu insbesondere die „Erhebung einer Klage und alle verfahrensrechtlichen Verfügungen, die den Verfahrensgegenstand an sich betreffen.“ Nach den Materialien (AB zum KindG 1977; 587 BlgNR 14. GP 11) ergibt sich daraus, dass die Prozessführung in Verfahren, die nicht vom Pflegebefohlenen eingeleitet wurden, keiner Genehmigung des Gerichts erforderlich ist; in Passivprozessen müsse das Gericht nur solchen Verfahrenshandlungen zustimmen, die über den Verfahrensgegenstand an sich verfügt. Damit folge der Vorschlag der herrschenden Lehre, wonach der Vormund für das Führen von Passivprozessen des Mündels keiner Genehmigung nach § 233 ABGB aF bedürfe.2. Nach § 282 Abs 1 in der Fassung KindRÄG 2001 in Verbindung mit § 154 Abs 3 ABGB bedürfen Vertretungshandlungen des Sachwalters in Vermögensangelegenheiten der Genehmigung des Gerichts, sofern die Angelegenheit nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört. Unter dieser Voraussetzung gehören dazu insbesondere die „Erhebung einer Klage und alle verfahrensrechtlichen Verfügungen, die den Verfahrensgegenstand an sich betreffen.“ Nach den Materialien Ausschussbericht zum KindG 1977; 587 BlgNR 14. GP 11) ergibt sich daraus, dass die Prozessführung in Verfahren, die nicht vom Pflegebefohlenen eingeleitet wurden, keiner Genehmigung des Gerichts erforderlich ist; in Passivprozessen müsse das Gericht nur solchen Verfahrenshandlungen zustimmen, die über den Verfahrensgegenstand an sich verfügt. Damit folge der Vorschlag der herrschenden Lehre, wonach der Vormund für das Führen von Passivprozessen des Mündels keiner Genehmigung nach § 233 ABGB aF bedürfe.

Rsp und Lehre folgten dieser Auffassung. So führte der Oberste Gerichtshof in 1 Ob 689/87 (= EFSIg 56.719) ganz allgemein aus, dass die Vertretung eines Minderjährigen im Passivprozess keiner besonderen Genehmigung bedürfe; das gelte auch für „prozessrechtliche Dispositionenakte“ des Vertreters. Zu beurteilen war dabei die zu einem Versäumungsurteil führende Nichteinlassung des Vertreters in einen Prozess. In 7 Ob 354/98d (= ÖBA 1999/823) wurde ausgesprochen, dass für die Einlassung in einen Passivprozess keine Genehmigungspflicht bestehe (ebenso schon RIS-Justiz RS0049146 zu § 233 ABGB aF); eine Ausnahme gelte nur bei einem (hier nicht erkennbaren) Interessenwiderstreit zwischen dem Pflegebefohlenen und seinem Vertreter.

Auch im Schrifttum besteht kein Zweifel, dass für Passivprozesse grundsätzlich keine Genehmigungspflicht besteht (vgl. nur Fucik in Rechberger3 § 4 ZPO Rz 2; Nademleinsky in Schwimann3 § 154 Rz 25; Pichler in Fenyves/Welser, Klang3 § 154 Rz 22; Schubert in Fasching/Konecny2 I/2 § 4 ZPO Rz 18; Stabentheiner in Rummel3 § 154 Rz 15). Auch im Schrifttum besteht kein Zweifel, dass für Passivprozesse grundsätzlich keine Genehmigungspflicht besteht vergleiche nur Fucik in Rechberger3 § 4 ZPO Rz 2; Nademleinsky in Schwimann3 § 154 Rz 25; Pichler in Fenyves/Welser, Klang3 § 154 Rz 22; Schubert in Fasching/Konecny2 I/2 § 4 ZPO Rz 18; Stabentheiner in Rummel3 § 154 Rz 15).

3. Ein Genehmigungserfordernis wäre daher nur dann anzunehmen, wenn die Genehmigung der Prozessführung eine Verfügung über den Verfahrensgegenstand an sich wäre. Darunter sind nach Rsp und Lehre positive Verfügungen des gesetzlichen Vertreters über den prozessgegenständlichen Anspruch zu verstehen, etwa Verzicht, Anerkenntnis oder Vergleich (7 Ob 45/05a mwN; in diesem Sinn schon GIUNF 3808 = JB 180; Fucik aaO; Gitschthaler, Prozess- und

Verfahrensfähigkeit minderjähriger und besachwalterter Personen, RZ 2003, 175, 184; Schubert aaO § 4 Rz 22; Stabentheiner aaO). Keine solche Dispositionshandlung ist eine Außerstreitstellung oder das Unterlassen einer Prozesshandlung, insbesondere eines Rechtsmittels (8 Ob 76/65 = SZ 38/40; RIS-Justiz RS0049083; zuletzt 7 Ob 45/05a mwN).

Es trifft nun zwar zu, dass der Oberste Gerichtshof zu § 233 ABGB af angenommen hat, für einen Rechtsmittelverzicht sei eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich (ausgehend von GIUNF 3771; ausführlich 3 Ob 194/50 = SZ 23/103; RIS-Justiz RS0049127; zuletzt 1 Ob 28/75). Das steht allerdings, wie Kremzow (Österreichisches Sachwalterrecht [1984] 109) zutreffend aufzeigt, in einem Wertungswiderspruch zur oben dargestellten Rsp, dass das (bloße) Unterlassen von Rechtsmitteln keiner Genehmigung bedürfe.

4. Die Genehmigung der bisherigen Prozessführung bedarf nach der Rsp in Aktivprozessen des Pflegebefohlenen der gerichtlichen Genehmigung (6 Ob 708/89). Begründet wird das damit, dass die nachträgliche Genehmigung der Klagsführung die gleiche Tragweite habe wie die Klagserhebung selbst. Diese - auch nach Auffassung des erkennenden Senats zutreffende - Erwägung trägt das Genehmigungserfordernis allerdings nur im Aktivprozess. Daher vertreten Gitschthaler (Die Verständigungspflicht des § 6a ZPO idF des SachwG, JBI 1991, 298, 302; ders, Glosse zu OLG Linz 3 R 40/95, JBI 1997, 183) und Kremzow (aaO 164) im Ergebnis die Auffassung, dass im Passivprozess keine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich sei. Auch Schubert (aaO § 6a ZPO Rz 9) führt unter Berufung auf Gitschthaler aus, dass ein während eines Prozesses bestellter Sachwalter - gemeint offenkundig: nur - zum Einholen einer pflegschaftsgerichtlichen Ermächtigung zur Klagsführung anzuhalten sei.<sup>4</sup> Die Genehmigung der bisherigen Prozessführung bedarf nach der Rsp in Aktivprozessen des Pflegebefohlenen der gerichtlichen Genehmigung (6 Ob 708/89). Begründet wird das damit, dass die nachträgliche Genehmigung der Klagsführung die gleiche Tragweite habe wie die Klagserhebung selbst. Diese - auch nach Auffassung des erkennenden Senats zutreffende - Erwägung trägt das Genehmigungserfordernis allerdings nur im Aktivprozess. Daher vertreten Gitschthaler (Die Verständigungspflicht des § 6a ZPO in der Fassung des SachwG, JBI 1991, 298, 302; ders, Glosse zu OLG Linz 3 R 40/95, JBI 1997, 183) und Kremzow (aaO 164) im Ergebnis die Auffassung, dass im Passivprozess keine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich sei. Auch Schubert (aaO § 6a ZPO Rz 9) führt unter Berufung auf Gitschthaler aus, dass ein während eines Prozesses bestellter Sachwalter - gemeint offenkundig: nur - zum Einholen einer pflegschaftsgerichtlichen Ermächtigung zur Klagsführung anzuhalten sei.

Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Denn die Genehmigung der bisherigen Prozessführung kann nicht anders behandelt werden als die Prozessführung selbst. Hätte der gesetzliche Vertreter das Verfahren ohne Genehmigung selbst führen können, muss es ihm auch möglich sein, die Führung des Verfahrens durch den Pflegebefohlenen ohne Mitwirkung des Pflegschaftsgerichts zu genehmigen. Denn die Genehmigung der bisherigen Prozessführung ist keine Verfügung über den Streitgegenstand, sondern eine Prozesshandlung, die die Erfolgsaussichten des Pflegebefohlenen - ebenso wie die Erstattung oder Nichterstattung eines Vorbringens oder die Außerstreitstellung einer Tatsachenbehauptung - positiv oder negativ beeinflussen kann. Nach der Wertung des Gesetzes soll aber die tatsächliche Durchführung des Verfahrens - anders als dessen Einleitung durch den Pflegebefohlenen oder eine Verfügung über den Streitgegenstand - in die alleinige Verantwortung des gesetzlichen Vertreters fallen. Das muss aus Rechtssicherheitsgründen auch dann gelten, wenn sich eine Prozesshandlung im Einzelfall negativ auf die Erfolgsaussichten des Pflegebefohlenen auswirkt.

5. Aus diesen Erwägungen folgt, dass die vom Sachwalter erklärte Genehmigung der Prozessführung auch ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung wirksam war. Die in der Revision geltend gemachte Nichtigkeit liegt daher nicht vor.

Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden: Die Genehmigung der bisherigen Prozessführung durch einen nach § 6a ZPO bestellten Sachwalter bedarf im Passivprozess des Pflegebefohlenen keiner pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung. Das gilt auch dann, wenn sich die Genehmigung negativ auf dessen Erfolgsaussichten auswirkt.

## B. Zur Rechtsrüge

1. Soweit der Beklagte in seiner Rechtsrüge neuerlich die Unwirksamkeit der Genehmigung behauptet, ist er auf die Ausführungen zur Nichtigkeit des Berufungsverfahrens zu verweisen. Sekundäre Feststellungsmängel zu seiner im Zeitpunkt der Scheckeinlösung angeblich fehlenden Geschäftsfähigkeit liegen nicht vor, da der Beklagte, wie die

Revision ohnehin zugesteht, in erster Instanz kein diesbezügliches Vorbringen erstattet hat.

2. Das Berufungsgericht hat das Bestehen eines Anspruchs bejaht und das Vorliegen einer Warnpflichtverletzung, die allenfalls eine Gegenforderung auf vertraglichen Schadenersatz begründen könnte, verneint.

Gegen die zutreffende Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Gutbuchung keine abstrakte Verpflichtung der Bank begründet habe und damit grundsätzlich ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin bestehe (vgl dazu zuletzt 4 Ob 129/06h), wendet die Revision nur ein, dass das für den Beklagten „und andere juristisch nicht umfassend gebildete Personen“ nicht verständlich sei. Damit zeigt sie aber nicht auf, aus welchen Gründen die Ausführungen des Berufungsgerichts in diesem Punkt unrichtig sein sollten. Die Rechtsrüge ist daher insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt (RIS-Justiz RS0043603). Gegen die zutreffende Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Gutbuchung keine abstrakte Verpflichtung der Bank begründet habe und damit grundsätzlich ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin bestehe vergleiche dazu zuletzt 4 Ob 129/06h), wendet die Revision nur ein, dass das für den Beklagten „und andere juristisch nicht umfassend gebildete Personen“ nicht verständlich sei. Damit zeigt sie aber nicht auf, aus welchen Gründen die Ausführungen des Berufungsgerichts in diesem Punkt unrichtig sein sollten. Die Rechtsrüge ist daher insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt (RIS-Justiz RS0043603).

Anders verhält es sich beim Vorbringen der Revision, der Beklagte habe gegenüber der Klägerin sehr wohl „zu verstehen gegeben“, „dass er auf die gesicherte Einlösung des Schecks baue, womit die vom Berufungsgericht ausführlich erörterte Warn- und Aufklärungspflicht der Klägerin begründet“ sei. Die Tatsachengrundlage dieser Rechtsbehauptung wird zwar nicht ausdrücklich genannt. Zumindest im Zweifel ist aber anzunehmen, dass sich die Revision hier auf die Feststellung des Erstgerichts bezieht, der Beklagte habe eine Angestellte der Klägerin ersucht, sie möge den Scheck wegen des hohen Betrags „prüfen“. Ein entsprechendes Rechtsmittelvorbringen hat der Beklagte, wenngleich verborgen in der Beweisrüge, schon in der Berufung erstattet (vgl RIS-Justiz RS0043573; zuletzt 8 Ob 120/06i). Damit ist die Rechtsrüge der Revision zu diesem Einwand gesetzmäßig ausgeführt. Anders verhält es sich beim Vorbringen der Revision, der Beklagte habe gegenüber der Klägerin sehr wohl „zu verstehen gegeben“, „dass er auf die gesicherte Einlösung des Schecks baue, womit die vom Berufungsgericht ausführlich erörterte Warn- und Aufklärungspflicht der Klägerin begründet“ sei. Die Tatsachengrundlage dieser Rechtsbehauptung wird zwar nicht ausdrücklich genannt. Zumindest im Zweifel ist aber anzunehmen, dass sich die Revision hier auf die Feststellung des Erstgerichts bezieht, der Beklagte habe eine Angestellte der Klägerin ersucht, sie möge den Scheck wegen des hohen Betrags „prüfen“. Ein entsprechendes Rechtsmittelvorbringen hat der Beklagte, wenngleich verborgen in der Beweisrüge, schon in der Berufung erstattet vergleiche RIS-Justiz RS0043573; zuletzt 8 Ob 120/06i). Damit ist die Rechtsrüge der Revision zu diesem Einwand gesetzmäßig ausgeführt.

3. Das Berufungsgericht hat die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu den Warnpflichten einer Bank bei Einlösung eines Schecks und die dieser Rsp zugrunde liegenden allgemeinen Erwägungen richtig wiedergegeben. Danach ist eine Bank, bei der ein Scheck zum Inkasso eingereicht wird, ohne ausdrücklichen oder schlüssigen Auftrag des Scheckeinreichers nicht verpflichtet, eine verbindliche Erklärung der bezogenen Bank über die Deckung einzuholen (7 Ob 561/85 = RdW 1985, 370; 7 Ob 681/86). Um eine Warnpflicht zu begründen, müsste der Einreicher in irgendeiner Form zum Ausdruck bringen, dass er aus bestimmten Gründen auf die gesicherte Einlösung des Schecks baue, dass bestimmte Dispositionen seinerseits davon abhingen (7 Ob 681/86).

Diese Entscheidungen betrafen einen Sachverhalt, in denen ein Autohändler bei einer Bank drei von einem Geschäftspartner ausgestellte Schecks eingereicht hatte, die - wie hier - zwar zunächst auf seinem Konto gutgebucht wurden, sich aber nachträglich als nicht gedeckt erwiesen. Im Vertrauen auf die Gutbuchungen hatte er Waren geliefert, für die er dann wegen Insolvenz seines Geschäftspartners keine Gegenleistung erhielt. Der Einreicher hatte die Bank allerdings weder ausdrücklich noch schlüssig ersucht, eine Deckungszusage einzuholen. Auch hatte er der Bank nicht mitgeteilt, dass die Einlösung für seine eigenen Dispositionen von Bedeutung war; es stand vielmehr fest, dass er am Einholen einer Deckungszusage „nicht interessiert“ gewesen war. Bei Einreichen der Schecks zur Einziehung hatte er zudem Formulare mit dem ausdrücklichen Aufdruck „Eingang vorbehalten“ erhalten.

Demgegenüber hatte der Beklagte im vorliegenden Verfahren eine Mitarbeiterin der Beklagtenausdrücklich ersucht, sie möge den Scheck wegen des hohen Betrags „prüfen“, und die Angestellte hatte darauf mit „selbstverständlich“ geantwortet. Dieses Ersuchen musste die Angestellte als schlüssigen Auftrag zum Einholen einer Deckungszusage verstehen. Denn ersucht ein Bankkunde bei Einreichung eines (formal unbedenklichen) Schecks ausdrücklich um

dessen „Prüfung“, so kann sich das nur auf die Prüfung von dessen Werthaltigkeit (Deckung) beziehen. Damit musste die Angestellte aber auch damit rechnen, dass der Beklagte aufgrund des Schecks disponieren würde. Denn wäre es ihm nur um das Inkasso gegangen, hätte er keinen Anlass für ein solches Ersuchen gehabt.

Auf dieser Grundlage durfte der Beklagte nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs (vgl RIS-JustizRS0016390) darauf vertrauen, dass ihn die zuständigen Mitarbeiter der Klägerin über eine zum Zeitpunkt der Gutschrift nicht gesicherte Deckung aufklären würden. Dafür hätte es schon genügt, wenn die Bankangestellte anlässlich der Übergabe des Schecks auf die mögliche Rückbuchung eines (vorläufig) gutgebuchten Betrags hingewiesen hätte. Das auf dem Kontoauszug aufgedruckte Kürzel „Scheckeinr. E.V.“ reicht dafür keinesfalls aus. Auf dieser Grundlage durfte der Beklagte nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs vergleiche RIS-Justiz RS0016390 darauf vertrauen, dass ihn die zuständigen Mitarbeiter der Klägerin über eine zum Zeitpunkt der Gutschrift nicht gesicherte Deckung aufklären würden. Dafür hätte es schon genügt, wenn die Bankangestellte anlässlich der Übergabe des Schecks auf die mögliche Rückbuchung eines (vorläufig) gutgebuchten Betrags hingewiesen hätte. Das auf dem Kontoauszug aufgedruckte Kürzel „Scheckeinr. E.V.“ reicht dafür keinesfalls aus.

4. Anders als vom Berufungsgericht angenommen, hat die Bank somit eine Warnpflicht verletzt. Das begründet allerdings keinen rechtsvernichtenden Einwand gegen den Zahlungsanspruch aus der Kontobeziehung, sondern allenfalls eine zur Aufrechnung geeignete Schadenersatzforderung. Voraussetzung dafür wäre der Nachweis eines durch die Warnpflichtverletzung verursachten Schadens (vgl dazu allgemein Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht2 [1997] Rz 3/44 ff mwN).4. Anders als vom Berufungsgericht angenommen, hat die Bank somit eine Warnpflicht verletzt. Das begründet allerdings keinen rechtsvernichtenden Einwand gegen den Zahlungsanspruch aus der Kontobeziehung, sondern allenfalls eine zur Aufrechnung geeignete Schadenersatzforderung. Voraussetzung dafür wäre der Nachweis eines durch die Warnpflichtverletzung verursachten Schadens vergleiche dazu allgemein Koziol in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht2 [1997] Rz 3/44 ff mwN).

Der Beklagte brachte dazu in erster Instanz (nur) vor, dass er den Betrag „gutgläubig weitergeleitet“ habe. Einen konkreten Schaden behauptete er damit noch nicht. Damit war seine Einwendung unschlüssig, was an sich zur Bestätigung der stattgebenden Entscheidungen der Vorinstanzen führen müsste. Allerdings darf auch der Oberste Gerichtshof die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht überraschen, die sie nicht beachtet und auf die sie die Gerichte auch nicht aufmerksam gemacht haben (9 ObA 66/90, 10 ObS 291/01v; 9 Ob 251/01d; 4 Ob 235/06x). Es geht zwar nicht an, Urteile der Vorinstanzen aufzuheben, um einer Partei ein Vorbringen zu ermöglichen, das sie bisher nicht einmal angedeutet hat (RIS-Justiz RS0037300 T23). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Denn aus dem erstinstanzlichen Vorbringen des Beklagten geht doch mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass er sich durch das Verhalten der Klägerin und die darauf folgende „gutgläubige“ Überweisung geschädigt sieht.

5. Aufgrund dieser Erwägungen sind die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben. Das Erstgericht wird den Beklagten aufzufordern haben, seine Einwendung (Aufrechnungseinrede) schlüssig zu stellen. Kommt er dieser Aufforderung nach, wird das Erstgericht nach Erörterung mit den Parteien zu entscheiden haben, ob das Beweisverfahren zu ergänzen ist oder ob die bereits aufgenommenen Beweise für die nach dem Vorbringen erforderlichen Feststellungen ausreichen.

Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:Erteilt ein Kunde, der einen Scheck zum Inkasso einreicht, der Inkassobank ausdrücklich oder schlüssig den Auftrag, eine Erklärung der bezogenen Bank über die Deckung des Schecks einzuholen, so muss die Bank den Kunden vor einer möglichen Rückbuchung warnen, wenn sie die Schecksumme vor dem Vorliegen einer Deckungszusage auf dessen Konto gutbucht.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO.

#### **Textnummer**

E84048

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:0040OB00053.07H.0424.000

**Im RIS seit**

24.05.2007

**Zuletzt aktualisiert am**

16.11.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)