

# TE OGH 1971/7/21 7Ob108/71 (7Ob125/71, 7Ob109/71, 7Ob126/71)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.07.1971

## Norm

ABGB §429

ABGB §1052

ABGB §1406

Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich Art8 Nr 20

## Kopf

SZ 44/118

## Spruch

Vereitelt der Übersender die tatsächliche Übergabe der von ihm abgesendeten Ware an den Empfänger nach Aufgabe der Sendung durch "Abfangen" und Zurückbehalten, macht er die in der Aufgabe der Sendung gelegene Traditionswirkung selbst wiederum zunichte

OGH 21. 7. 1971, 7 Ob 108, 109, 125, 126/71 (LGZ Wien 42 R 18/71; BG Innere Stadt Wien 26 C 287/70)

## Text

Die Klägerin begehrte die Verurteilung beider Beklagten zur Zahlung von S 7572.- (zu 26 C 287/70 des Erstgerichtes), sowie S 9241.80 (zu 26 C 345/70), je sA zu ungeteilten Hand. Sie brachte in beiden, in der Folge zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen vor, sie habe auf Bestellung der Beklagten insgesamt zehn Pelzmäntel zum vereinbarten Preis von S 9072.- zuzüglich S 8158.50 geliefert (bzw zu liefern versucht), aber nur auf die erste Lieferung eine Teilzahlung von S 1500.- erhalten, außerdem habe sie durch ihren Generalrepräsentanten in Österreich von den Beklagten zu zahlende Zollspesen in Höhe von S 1083.30 vorgeschossen. Bereits in den Klagen wurde erwähnt, daß der Generalrepräsentant der Klägerin vom Erstbeklagten für diese und zwei weitere Bestellungen eine Garantiesumme von S 10.000.- ausgehändigt erhalten habe, welche vereinbarungsgemäß nach Abwicklung sämtlicher Lieferungen mit ihm zu verrechnen sei.

Die Beklagten beantragten Klagsabweisung. Der Erstbeklagte wendete seine mangelnde Passivlegitimation ein, weil er mit dem von der Zweitbeklagten - mit seiner geschiedenen Ehefrau - abgeschlossenen Geschäft nichts zu tun gehabt, sondern für dieses Geschäft lediglich eine Kautions von S 10.000.- bei der Klägerin erlegt und sich damit einverstanden erklärt habe, daß "der Rechnungsbetrag" (gemeint allerdings vermutlich nur der auf die erste Teillieferung entfallende, zu 26 C 287/70 des Erstgerichtes eingeklagte Betrag) von dieser Kautions einbehalten werde und durch diese Erklärung die ihm gegenüber aus dem Kautionserlag ableitbare Forderung bezahlt sei.

Die Zweitbeklagte brachte vor, der Generalrepräsentant der Klägerin habe sich den "Zollzettel zurückgeholt", die Auslieferung der Ware verhindert und für deren Ausfolgung vereinbarungswidrig sofortige Barzahlung (überdies eines

höheren Preises) verlangt, wodurch der Zweitbeklagten ein Schaden in Höhe von S 4800.- entstanden sei, den sie compensando gegen die Klagsforderung einwende.

Das Erstgericht wies beide Klagebegehren ab. Nach seinen wesentlichen Feststellungen kam der Erstbeklagte im Sommer 1969 mit dem abschlußberechtigten Generalvertreter der Klägerin in Österreich namens Josef R ins Gespräch und schlug ihm vor, die von seiner geschiedenen Frau geführte Film-Boutique mit geeigneter Ware zu beliefern. R lehnte dies zunächst unter Hinweis auf die mangelnde Seriosität des von der Zweitbeklagten geführten Unternehmens ab, vereinbarte aber dann mit dem Erstbeklagten, das von der Zweitbeklagten geführte Unternehmen zu beliefern, wogegen sich der Erstbeklagte verpflichtete, für die Bezahlung (der Lieferungen) "aufzukommen". Daraufhin bestellte die Zweitbeklagte am 15. 9. 1969 bei der Klägerin (durch eine mit ihrem Vertreter R in Wien getroffene Vereinbarung) 10 Pelzmäntel zu einem Gesamtpreis von S 16.678.- zur möglichst raschen Lieferung gegen Bezahlung innerhalb von 40 Tagen (ab Lieferung), wobei den Zoll die Zweitbeklagte zu zahlen hatte.

Die solcherart bestellte Ware wurde Anfang November 1969 in zwei wenige Tage aufeinanderfolgenden Teillieferungen zu je 5 Stück an die Zweitbeklagte gesendet. Die erste Teilsendung wurde von der Zweitbeklagten nach Bezahlung des Zolles übernommen. Als die zweite Sendung in Wien eintraf, war die Zweitbeklagte in Zahlungsschwierigkeiten, sodaß sich die Zollzahlung verzögerte. Im Hinblick auf "diese Schwierigkeiten" vereinbarte R mit dem Erstbeklagten, daß dieser bei ihm eine Kautions von S 10.000.- erlegt, auf welche die Klägerin bei Nichtzahlung "der gesamten bestellten Ware greifen kann". R sollte die ihm bar zugezählte Garantiesumme von S 10.000.- dem Erstbeklagten erst nach vollständiger Bezahlung der Ware durch die Zweitbeklagte auszahlen. R zahlte ferner den Zoll für die zweite Teillieferung in Höhe von S 1083.30 und legte "die Ware" - gemeint offenbar jene 5 Pelzmäntel, für die er den Zoll vorgestreckt hatte - bei sich auf Lager. Als die Zweitbeklagte von R die Herausgabe dieser 5 Pelzmäntel verlangte, erklärte er sich hiezu nur gegen sofortige Barzahlung der Ware bereit. Er hatte nämlich (anlässlich des Kautionserleges) mit dem Erstbeklagten vereinbart, die zweite Sendung erst herauszugeben, falls die erste Sendung bezahlt ist. Die Zweitbeklagte bezahlte an die Klägerin bisher nur S 1531.- (auf die erste Sendung).

Bei diesem Sachverhalt führte das Erstgericht in rechtlicher Hinsicht aus, auf Grund der zwischen der Klägerin (durch ihren Vertreter) und der Zweitbeklagten getroffenen Zahlungsverbarung sei die Klägerin vorleistungspflichtig. Da keine Anhaltspunkte dafür bestanden, daß die vereinbarte Leistung nicht als Einheit behandelt werden sollte, könne die Zweitbeklagte trotz Annahme der ersten Teillieferung ihre gesamte Gegenleistung solange zurückhalten, bis die Klägerin ihrer Vorleistungspflicht zur Gänze entsprochen, also sämtliche 10 Pelzmäntel ausgeliefert habe. In der Unterlassung der sofortigen Zollzahlung durch die Zweitbeklagte liege kein Annahmeverzug, diese Unterlassung könne das festgestellte Verhalten des Vertreters der Klägerin, die dieses Verhalten zu verantworten habe, nicht rechtfertigen, zumal die Vereinbarung des Vertreters der Klägerin mit dem Erstbeklagten nicht mit der Zweitbeklagten als Vertragspartnerin der Klägerin getroffen worden sei. Für den Ersatz des von Josef R bezahlten Zollesbetrages sei kein Rechtsgrund angegeben und ersichtlich.

Das Berufungsgericht gab mit dem angefochtenen Teilurteil der von der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Berufung teilweise Folge. Es vertrat die Auffassung, daß die Klägerin mit der von der Zweitbeklagten offenbar gebilligten Übersendung der 10 Pelzmäntel durch die Post ihrer Vorleistungspflicht nachgekommen sei und daß der Umstand, daß R die zweite Teillieferung "nachträglich" wieder an sich genommen habe, an der gänzlichen Erfüllung der Vorleistungspflicht durch die Klägerin nichts ändern könne, der vereinbarte Kaufpreis daher (abzüglich der festgestellten Teilzahlung) fällig sei. Die Klägerin müsse sich jedoch die vom Erstbeklagten erlegte Kautions (entsprechend einer Erklärung) als Zahlung anrechnen lassen, die restliche Kaufpreisforderung betrage daher nur mehr S 5147.-, wobei jedoch die bisher nicht behandelte Gegenforderung von S 4800.- eingewendet worden sei. Nur hinsichtlich der verbleibenden Differenz von S 347.- könne daher der Klage sofort stattgegeben werden. Den eingeklagten Zollesbetrag sei mangels einer Feststellung, daß der Erstbeklagte auch diesbezüglich eine Haftung übernommen habe, lediglich die Zweitbeklagte schuldig.

Entsprechend dieser Rechtsansicht verurteilte das Berufungsgericht beide Beklagten zur ungeteilten Hand zur Zahlung von S 347.- sA, die Zweitbeklagte allein zur Zahlung weiterer S 1083.30 sA, hob das erstgerichtliche Urteil hinsichtlich eines Teilbetrages von S 4800.- unter Rechtskraftvorbehalt auf und bestätigte im übrigen die abweisende Entscheidung des Erstgerichtes.

Die Klägerin bekämpft, abgesehen von einem Teilbetrag von S 583.50, den abweisenden Teil der

berufungsgerichtlichen Entscheidung mit Revision, ferner den Aufhebungsbeschluß mit Rekurs. Sie beantragt aus dem Revisionsgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung die Verurteilung beider Beklagten zur Zahlung weiterer S 10.000.- und die Verurteilung des Erstbeklagten (zur ungeteilten Hand mit der Zweitbeklagten) zur Zahlung weiterer S 1083.30. Im Rekurs beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

Die Beklagten fechten den stattgebenden Teil des berufungsgerichtlichen Urteiles mit der wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Revision an und beantragen die Bestätigung - richtig Wiederherstellung - des Ersturteiles.

Nur die Klägerin erstattete eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision der Beklagten Folge und änderte den stattgebenden Teil des angefochtenen Teilurteiles in Ansehung des Betrages von S 347.- sA dahin ab, daß das die Beklagten seien zur ungeteilten Hand schuldig, einen (weiteren) Betrag von S 347.- samt 4% Zinsen seit 25. 12. 1969 zu bezahlen, abgewiesen wird und hob ihn in Ansehung des Betrages von S 1083.30 sA auf; in diesem Umfang wurde auch das Urteil des Erstgerichtes aufgehoben und die Rechtssache insoweit zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Der Revision der Klägerin wurde nicht Folge gegeben.

Dem Rekurs der Klägerin wurde Folge gegeben, Pkt 2. der angefochtenen Entscheidung (der Aufhebungsbeschluß) wurde aufgehoben und dem Berufungsgericht in diesem Umfang eine neuerliche Entscheidung aufgetragen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Zur Revision der Klägerin:

Diese Revision ist im Ergebnis nicht gerechtfertigt.

Zunächst war festzuhalten, daß im vorliegenden Fall zufolge § 36 ABGB österreichisches Recht zur Anwendung kommt.

Davon ausgehend, ist der Klägerin hinsichtlich des Kautionserlages einzuräumen, daß seine Beurteilung als Zahlung durch den von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt nicht gedeckt wäre. Nur unter der Voraussetzung, daß der festgestellte Kautionserlag ausschließlich die Lieferung der gegenständlichen 10 Pelzmäntel betraf, könnte der wiedergegebenen Prozeßerklärung des Erstbeklagten, nach deren Inhalt die Klägerin als Gläubigerin den ursprünglich als Kautionserlag übergebenen Betrag nunmehr als Zahlung behalten solle, schuldbefreiende Wirkung zukommen, nicht aber dann, wenn diese Kautionserlage auch der geordneten Abwicklung anderer Geschäfte dienen sollte, wie es die Klägerin behauptete, worüber jedoch entsprechende Feststellungen fehlen. Eine nähere Untersuchung dieser Frage ist jedoch entbehrlich, weil beim festgestellten Sachverhalt aus nachstehenden Erwägungen der Auffassung des Erstgerichtes beizutreten ist, daß der eingeklagte Kaufpreis noch nicht fällig ist:

Nach den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen war die Bestellerin der 10 gegenständlichen Pelzmäntel und damit Vertragspartnerin der Klägerin die Zweitbeklagte. Die Erklärung des Erstbeklagten für die Bezahlung der von der Zweitbeklagten bestellten Ware aufzukommen, wurde bereits von den Vorinstanzen richtig als Schuldbeitritt im Sinne des § 1406 Abs 2 ABGB beurteilt. Nach der zwischen den Vertragspartnern getroffenen Vereinbarung ist die Zweitbeklagte erst 40 Tage nach Lieferung der von ihr bestellten Ware zur Bezahlung verpflichtet, die Klägerin war daher, wie bereits die Vorinstanzen richtig erkannten, vorleistungspflichtig. Demnach war die Klägerin zufolge der mit der Zweitbeklagten getroffenen Vereinbarung nicht berechtigt, später (durch ihren Vertreter) plötzlich auf einer Zug um Zug-Leistung zu bestehen. Die Berechtigung dieses Vorgehens des Generalrepräsentanten der Klägerin, das die Klägerin zufolge § 1017 ABGB gegen sich gelten lassen muß, kann hier auch nicht aus § 1052 2. Satz ABGB abgeleitet werden, da der Klägerin bzw ihrem Vertreter R die Vermögensverhältnisse der Zweitbeklagten bei Vertragsabschluß festgestelltermaßen bekannt waren. Ebenso wenig konnte die Klägerin durch eine Vereinbarung mit dem Erstbeklagten - rechtlich einem Dritten, vgl hiezu § 1406 ABGB - die der Zweitbeklagten als Vertragspartnerin zustehenden Rechte auf Inanspruchnahme der Vorleistung zu deren Nachteil einseitig abändern. Dem Umstand, daß die Zweitbeklagte in der Folge außer einem Betrag von S 1531.- keine Zahlung leistete, kann schon angesichts der Feststellung, daß die zweite

Teillieferung wenige Tage nach der ersten in Wien eintraf und daher die Zweitbeklagte in diesem Zeitpunkt selbst bei Annahme getrennter Fälligkeitstermine noch mehr als einen Monat Zeit zur Zahlung gehabt hätte, keinerlei rechtliche Bedeutung für die Verweigerung der Ausfolgung der zweiten Teillieferung zukommen.

Der Vertreter der Klägerin R hat somit durch die Übernahme der zweiten Teillieferung in seine Gewahrsame und durch die Verweigerung ihrer Herausgabe an die Zweitbeklagte ohne sofortige Barzahlung gegenüber der Zweitbeklagten eindeutig vertragswidrig gehandelt.

Es wurde nun weder behauptet noch festgestellt, daß dieses vereinbarungswidrige Vorgehen des Vertreters der Klägerin - die Behebung der 5 Mäntel beim Zoll, die Übernahme in seine Gewahrsame und die Verweigerung ihrer Ausfolgung - im ausdrücklichen oder auch nur stillschweigenden Einverständnis der Zweitbeklagten geschehen wäre. Von einer Übergabe des Leistungspflichtigen an den Leistungsempfänger durch Aufgabe bei der Post kann nun grundsätzlich nur gesprochen werden, wenn der Übersender die Sendung nicht selbst wieder abfängt und bei sich behält, bevor sie in die tatsächliche Gewahrsame des Empfängers gelangt ist. Falls dagegen der Übersender die tatsächliche Übergabe der von ihm abgesendeten Ware an den Empfänger nach Aufgabe der Sendung durch "Abfangen" und Zurückbehalten vereitelt, macht er die in der Aufgabe der Sendung gelegene Traditionswirkung selbst wiederum zunichte. Demzufolge hat die Klägerin im vorliegenden Fall die ihr vereinbarungsgemäß zukommende Vorleistungspflicht nur teilweise, nämlich hinsichtlich der ersten Teillieferung von 5 Pelzmänteln erfüllt, zum andern Teil - hinsichtlich der zweiten Teillieferung, deren Zugang an die Zweitbeklagte der Vertreter der Klägerin verhinderte - hingegen nicht erfüllt. In einem derartigen Fall ist der andere Vertragsteil nach den zutreffenden Ausführungen des Erstgerichtes trotz Annahme einer Teillieferung berechtigt, die gesamte Gegenleistung bis zur vollständigen Erfüllung der Vorleistungspflicht zurückzuhalten (ebenso Wahle in Klang[2] IV/2 78 ff, insbes 82, SZ 4/116 ua). Daß die 2. Teillieferung etwa nicht mehr effektuierbar wäre, hat niemand behauptet. Der eingeklagte Warenkaufpreis ist daher noch nicht fällig.

## 2. Zur Revision der Beklagten:

Ihre Revision ist in Ansehung des Betrages von S 347.- gerechtfertigt, wie sich bereits aus den Rechtsausführungen zu 1. ergibt. Aus diesen Ausführungen ergibt sich ferner die grundsätzliche Verpflichtung der Zweitbeklagten zur Bezahlung der von der Klägerin (durch ihren Vertreter) ausgelegten Zollgebühren, die mit der Fälligkeit der Kaufpreisforderung nichts zu tun haben. Die Berechtigung dieses Teiles der Klagsforderung hängt jedoch vom Bestand der eingewendeten Gegenforderung ab, über die nach den insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes noch abzusprechen ist. Die Rechtssache ist daher in diesem Umfang noch nicht spruchreif.

## 3. Zum Rekurs der Klägerin:

Dieser ist nur im Ergebnis gerechtfertigt, weil die Rechtssache in Ansehung des Betrages von S 4800.- entsprechend den Rechtsausführungen zu 1. im Sinne einer Bestätigung des erstgerichtlichen Urteiles spruchreif ist (die Bekämpfung eines Aufhebungsbeschlusses gem § 519 Z 3 ZPO kann auch zur Schlechterstellung des Rechtsmittelwerbers führen, vgl hiezu EvBl 1956/155, GR 1965 S 63 ua).

Schon deshalb ist die von den Vorinstanzen ausgesprochene Klagsabweisung gerechtfertigt, ohne daß die rechtliche Bedeutung des Kautionserlages und die Erklärung des Erstbeklagten, daß dieser Betrag als Zahlung verwendet werden könne, abschließend beurteilt werden müßte.

Aus der festgestellten Erklärung des Erstbeklagten, für die Bezahlung der gelieferten Waren aufzukommen, kann im Zweifel nur ein Schuldbeitritt hinsichtlich der Schulden für Warenlieferungen, nicht aber ein solcher in Ansehung jener Zollgebühren angenommen werden, welche die Klägerin nach den getroffenen Feststellungen überhaupt nicht zu begleichen hatte, so daß also diesbezüglich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gar keine Forderung entstanden wäre. Der Vertreter der Klägerin handelte nämlich beim festgestellten Sachverhalt als Geschäftsführer der Zweitbeklagten ohne deren Auftrag, wenn er die von ihr zu tragenden Zollgebühren vorstreckte. Dies führt zwar zufolge der §§ 1036, 1037 ABGB zur Bejahung einer Zahlungspflicht der Zweitbeklagten, nicht aber zu einer diesbezüglichen Verpflichtung des Erstbeklagten.

Der Revision der Klägerin war daher nicht Folge zu geben.

## **Anmerkung**

**Schlagworte**

Abfangen der an den Empfänger abgesendeten Ware durch Übersender,, Vereitlung der Traditionswirkung der Absendung, Kaufvertrag, Vereitlung der Übergabe der von ihm an den Empfänger, abgesendeten Ware durch Übersender, Verlust der Traditionswirkung, Traditionswirkung der Aufgabe einer Warensendung, Vereitlung der -, durch Abfangen der Ware durch den Übersender vor Übergabe durch den, Empfänger, Übergabe der an den Empfänger abgesendeten Ware durch Übersender,, Vereitlung der -, Verlust der Traditionsauswirkung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1971:0070OB00108.71.0721.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19710721\_OGH0002\_0070OB00108\_7100000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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