

TE OGH 1976/2/17 4Ob600/75

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.02.1976

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Leidenfrost als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzinger, Dr. Friedl, Dr. Resch und Dr. Kuderna als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C* Gesellschaft m.b.H., *, vertreten durch Dr. Gert F. Kastner und Dr. Hermann Tscharre, Rechtsanwälte in Innsbruck, wider die beklagte Partei H*, Kaufmann, *, vertreten durch Dr. Otto Sarlay, Rechtsanwalt in Innsbruck wegen Vertragszuhaltung (Streitwert S 3.508.400,--) infolge von Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 4. März 1975, GZ. 1 R 21/75-26 in der Fassung des Beschlusses vom 10. Oktober 1975, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 7. November 1974, GZ. 5 Cg 677/74-18, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. den Beschluß gefaßt:römisch eins. den Beschluß gefaßt:

Spruch

1.) Der Antrag der beklagten Partei auf Unterbrechung des Revisionsverfahrens wird abgewiesen.

Die Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

II. zu Recht erkannt:römisch zwei. zu Recht erkannt:

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei an Kosten des Revisionsverfahrens einen Betrag von S 16.797,88 (darin enthalten S 1.267,-- Umsatzsteuer und S 4.500,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Zwischen den Streitteilen wurde am 20. Juli 1972 eine als Vorvertrag bezeichnete Vereinbarung mit folgendem Wortlaut abgeschlossen:

„I.

Eigentumsverhältnisse

Herr H* ist Eigentümer der Liegenschaft in EZ. * KG. *, bestehend aus den Parzellen 530 Werkstätten, Magazin, Hofraum

531/1 Garten, Frühgarten

531/2 Wiese

531/3 Schupfe

532/1 Wiese

529/1 Bauareal

Mit dem Eigentum der Parzelle 530 ist ein Baubeschränkungsrecht auf Bauparzelle 520/7 in EZ. * KG. * verbunden.

Die 'C* Gesellschaft mb.H.' befaßt sich satzungsgemäß mit der Errichtung von Wohnungseigentum. Hinsichtlich der Verbauung der vorangeführten Grundstücke liegen bereits Pläne und ein Bauansuchen zur GZ. VI-972/1972 des Stadtmagistrates Innsbruck vor. Herr H* bestätigt von diesen Plänen und von der Bauausstattung der zu errichtenden Baulichkeiten Kenntnis zu haben.

II.römisch zwei.

Vertragsabrede

Herr H* verpflichtet sich, die Liegenschaft in EZ.* KG. * zu verkaufen und die 'C* Gesellschaft m.b.H.' verpflichtet sich, diese Liegenschaft zu kaufen. Die Vertragsbedingungen werden wie folgt festgelegt.

III.römisch drei.

Kaufsgegenstand

Kaufsgegenstand ist die Liegenschaft in EZ. * KG. *. Keinen Kaufsgegenstand bilden die auf dieser Liegenschaft errichteten Baulichkeiten, welche der Verkäufer über Aufforderung der Käuferin binnen drei Monaten zu entfernen hat.

IV.römisch vier.

Kaufpreis

Der Kaufpreis beträgt für die Parzellen 530, 531/1, 532/2, 531/3 und 532/1 im Gesamtausmaß von 1519 m² d.s. S 3.441.800,--; für die Parzelle 529/1 im Ausmaß von 238 m² a S 700,-- S 166.600,-- zusammen ein Pauschalpreis von S 3.508.400,-- (in Worten Schilling drei Millionenfünfhundertachttausendvierhundert.)

In Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt der Verkäufer 5 (fünf) südseitig (Hoftrakt) gelegene Appartements, verbunden mit 5 (fünf) Autoabstellplätzen im Betrage von S 1.600.000,--

S 1.908.400,--.

Die Lage und Beschaffenheit dieser Appartements ergibt sich aus dem in Punkt II erwähnten Plan und der dazugehörigen Baubeschreibung. Die Lage und Beschaffenheit dieser Appartements ergibt sich aus dem in Punkt römisch zwei erwähnten Plan und der dazugehörigen Baubeschreibung.

Der Restbetrag von S (in Worten: Schilling) ist bei grundbücherlicher Durchführung zur Zahlung fällig.

Zur Sicherstellung des Kaufpreises (Appartement) im Betrage von S 1.600.000,-- samt 8 % Verzugszinsen verpfändet die Käuferin den Kaufsgegenstand und bestellt gleichzeitig zur Deckung von Nebengebühren eine Nebengebührenkaution von S 160.000,-- und bestellt hierfür gleichfalls den Kaufgegenstand zum Pfande.

Der Verkäufer verpflichtet sich gegenüber der Käuferin einem Pfandrecht für eine Forderung von höchstens S 2.500.000,-- samt bankmäßigen Zinsen und einer Nebengebührenkaution von S 250.000,-- den Vorrang vor dem Pfandrecht für seine Kaufpreisrestforderung von S 1.600.000,-- samt Anhang einzuräumen.

V.römisch fünf.

Gewährleistung

Der Käuferin ist der Kaufsgegenstand bestens bekannt und verzichtet er auf jedwede wie immer geartete Gewährleistung, was Lage, Beschaffenheit oder irgend eine Eignung anbetrifft. Der Käuferin sind ferner allfällige Benützungsrechte der Eigentümer des Hauses * bezüglich der Grundparzelle 529/1 und der in der nordöstlichen Ecke dieser Parzelle erbauten Garage bekannt. Jegliche Rechte der Eigentümer des Hauses * werden seitens des Verkäufers bestritten. Die Gewährleistungspflicht der Käuferin erstreckt sich aber auch auf solche Rechte. Hingegen leistet der Verkäufer für das vorangegebene Ausmaß der Parzellen und für Lastenfreiheit Gewähr. Es ist der Käuferin gestattet, in Anrechnung auf den in Bargeld zu leistenden Kaufpreisteil die Kaufsliedenschaft lastenfrei zu stellen.

VI.römisch sechs.

Räumungsverpflichtung

Der Verkäufer verpflichtet sich auf seine Kosten, vom Kaufsgegenstand alle Baulichkeiten (Halle, Schuppen etc.) binnen drei Monaten nach Aufforderung durch die Käuferin zu entfernen und daher die Parzellen geräumt von jedweden Baulichkeiten zu übergeben.

VII.römisch sieben.

Weg und Gefahr

Weg und Gefahr, Nutzungen und Lasten gehen

a) hinsichtlich der Kaufsliegenschaft auf die Käuferin mit grundbücherlicher Eintragung

b) hinsichtlich der in Anrechnung auf den Kaufpreis dem Verkäufer zu übergebenden fünf Appartements, verbunden mit Auto-Abstellplätzen

mit der schlüsselfertigen Übergabe über.

Das auf dem Kaufsgegenstand zu errichtende Bauwerk wird im Frühjahr 1973 begonnen und ist spätestens schlüsselfertig bis zum 31. Dezember 1974 herzustellen und sind bis dorthin die in Anrechnung auf den Kaufpreis dem Verkäufer zustehenden 5 Appartements samt Auto-Abstellplätzen zu übergeben. Sofern die Käuferin diese Verpflichtung nicht termingemäß erfüllt, ist der Verkäufer berechtigt, anstelle der Appartements Barzahlung zu verlangen und sind ab 1. Jänner 1975 Verzugszinsen in der Höhe von 8 (acht) Prozent zu entrichten.

In diesem Falle versteht sich der Kaufpreisrest per 1. Jänner 1974 wertgesichert auf der Grundlage des Verbraucherpreisindex 1966, wobei als Ausgangsbasis die für den Monat Jänner 1974 veröffentlichte Indexziffer zu dienen hat. Gemäß einer Änderung der Indexziffer zum Zeitpunkt einer Zahlung gegenüber dem Ausgangs-Index verändert sich die Höhe der bezüglichen Verpflichtung.

VIII.römisch acht.

Verletzung über die Hälfte

Die Vertragsteile verzichten darauf, diesen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte des wahren Wertes anzufechten.

IX.römisch neun.

Wohnungseigentum

Dem Verkäufer ist bekannt, daß ob den auf dem Kaufsgegenstand errichteten Baulichkeiten Wohnungseigentum begründet wird.

Der Verkäufer willigt daher ein, daß ob den von ihm zu übernehmenden 5 (fünf) Appartements samt Auto-Abstellplätzen, sowie an den übrigen Teilen des Hauses Wohnungseigentum begründet wird.

X.römisch zehn.

Kosten und Gebühren

Die mit der Errichtung dieses Vertrages und dessen grundbücherlichen Durchführung verbundenen Kosten, Steuern und Gebühren jeder Art werden von der Käuferin getragen.

XI.römisch elf.

Vollmacht

Mit der Errichtung dieses Vertrages und des Hauptvertrages wird einvernehmlich Dr. * M*, Rechtsanwalt in * betraut, der auch ermächtigt wird, die Abgabenerklärung beim Finanzamt zu erstatten und den bezüglichen Steuerbescheid in Empfang zu nehmen.

Dr. * M* wird insbesondere ermächtigt, das in Punkt IX. erwähnte Wohnungseigentum zu begründen und für den Verkäufer den bezüglichen Wohnungseigentumsvertrag zu unterfertigen. Dr. * M* wird insbesondere ermächtigt, das in Punkt römisch neun. erwähnte Wohnungseigentum zu begründen und für den Verkäufer den bezüglichen Wohnungseigentumsvertrag zu unterfertigen.

XII.römisch zwölf.

Gerichtsstand

Für Streitigkeiten aus dem gegenständlichen Vertragsverhältnis unterwerfen sich die Vertragsteile der Zuständigkeit des sachlich kompetenten Gerichtes in Innsbruck.

XIII.römisch dreizehn.

Rechtswirksamkeit

Dieser Vorvertrag ist nur rechtswirksam, wenn eine Baubewilligung im Sinne des Ansuchens zu VI-972/1972 Stadtgemeinde * bewilligt wird, und zur Ausführung gelangt.

Geringfügige Änderungen und Vorschriften der Baubehörde sind für die Rechtswirksamkeit nicht zu beachten.

Die Vertragsteile verpflichten sich, den Hauptvertrag in einverleibungsfähiger Form zu unterfertigen."

Zu diesem Vorvertrag wurde zwischen den Streitteilen noch folgende Zusatzvereinbarung zum Vorvertrag abgeschlossen:

„1. Über Empfehlung ist aus steuerlichen Gründen der Abbruch der Baulichkeiten und die Räumung auf Kosten des Verkäufers H* durchzuführen. Diese Kosten werden ungefähr S 100.000,-- betragen.

2. Um Herrn H* entgegen den mündlichen Vereinbarungen nicht zu benachteiligen wurde deshalb im Vorvertrag der Kaufpreis für

1519 m² à S 2.200,-- = S 3.341.800,--

um S 100.000,--

auf S 3.441.800,--

erhöht.

3. Es muß aber dafür Herr H* die Abbruch- und Räumungskosten aus Eigenem tragen.

Wenn die tatsächlichen Abbruch- und Räumungskosten mehr oder weniger als S 100.000,-- betragen, so ist der Zuschlag von S 100.000,-- zum Kaufpreis für

1519 m² d.s. S 3.341.800,--

entsprechend nach oben oder nach unten zu korrigieren, so daß letzten Endes Herr H* wirtschaftlich der vorerwähnte Kaufpreis von S 3.341.800,--

zuzüglich dem Kaufpreis für die Grundparzelle 529/1, dies sind S 700,-- pro m² d.s.f. 238 m² S 166.600,--

zufließt und die Kosten des Abbruches und der Räumung von der 'C* Gesellschaft m.b.H.'

getragen werden. S 3.508.400,--".

Die Klägerin brachte vor, der Beklagte habe sich geweigert, innerhalb der in einem Ergänzungsvertrag zum Vorvertrag und zur Zusatzvereinbarung festgesetzten Frist bis 31. Mai 1973, die später bis 30. Juni 1973 verlängert wurde, den Hauptvertrag abzuschließen, obgleich, dieser vollkommen den Vereinbarungen der Streitteile entspreche. Sie beantragte daher, den Beklagten schuldig zu erkennen, folgenden Kaufvertrag beglaubigt zu unterfertigen:

"I.

Eigentumsverhältnisse

Der Verkäufer ist Eigentümer der Liegenschaft in EZL. * KG. * bestehend aus den Parzellen 530, 531/1, 531/2, 531/3, 532/1 und 529/1.

Mit dem Eigentum der Parzelle 530 ist ein Baubeschränkungsrecht auf Parzelle 520/7 in EZL. * KG. * verbunden.

Die Käuferin befaßt sich satzungsgemäß mit der Errichtung von Wohnungseigentum.

II.römisch zwei.

Vertragsabrede

Der Verkäufer H* verkauft die Liegenschaft EZL. * KG. * und die Käuferin kauft diese Liegenschaft.

Keinen Kaufgegenstand bilden die auf dieser Liegenschaft errichteten Baulichkeiten.

III.römisch drei.

Kaufpreis

Der Kaufpreis beträgt für die Parzellen 530, 531/1, 532/2, 531/3 und 532/1 sämtliche KG *, welche ein Gesamtausmaß von 1.519 m² haben S 3.441.800,--

und für die Parzelle 529/2

KG. *, welche ein Ausmaß

von 238 m² hat S 166.600,--

so daß sich ein Gesamtpreis des Kauf-

gegenstandes von S 3.508.400,--

(i.W.: Schilling dreimillionenfünf-

hundertachttausendvierhundert) ergibt.

Bei Unterfertigung des Kaufvertrages ist

— abzüglich allfälliger vorheriger

Anzahlungen — ein Betrag

von S 1.908.400,--

zur Zahlung fällig.

Der Rest von S 1.600.000,--

ist bis spätestens 31. Dezember 1973 zur Zahlung

fällig.

Die Käuferin beabsichtigt auf dem Kaufgegenstand ein Wohn- und Geschäftshaus zu errichten und für die einzelnen Wohnungen und Geschäftsräume Wohnungseigentum zu begründen.

Mittels gesondertem Vertrag wird dem Verkäufer die Möglichkeit geboten, in Anrechnung auf den Restkaufpreis 5 (fünf) südseitig Hoftrakt gelegenen Appartements verbunden mit 5 (fünf) Autoabstellplätzen zu erwerben. Der Restkaufpreis ist ab Unterfertigung des Vertrages durch beide Vertragsteile mit 7 % (i.W. sieben Prozent) bis zur Zahlung bzw. bis zum Erwerb (Vertragsunterzeichnung) von Wohnungseigentum zu verzinsen.

Der Kaufpreisrest von S 1.600.000,-- samt 7 % Zinsen ist auf dem Kaufsgegenstand auf erster Satzpost grundbücherlich durch Einverleibung eines Pfandrechtes sicherzustellen. Der Verkäufer ist jedoch nach Maßgabe der Leistungen der Verkäufer (richtig wohl „der Käuferin“) verpflichtet sein Pfandrecht aufzulassen.

IV.römisch vier.

Gewährleistung

Der Käuferin ist der Kaufsgegenstand bestens bekannt und verzichtet sie auf jedwede wie immer geartete Gewährleistung was Lage, Beschaffenheit oder irgend eine Eignung anbetrifft. Der Käuferin sind die Benutzungsrechte der Eigentümer des Hauses * bezüglich der Gp 529/1 bekannt. Der Gewährleistungsverzicht der Käuferin erstreckt sich ausdrücklich auf die erwähnten Mitbenutzungsrechte der Gp 529/1 KG. *.

Der Verkäufer leistet jedoch Gewähr für die Lastenfreiheit des Kaufsgegenstandes.

V.römisch fünf.

Räumungsverpflichtung

Der Verkäufer verpflichtet sich auf seine Kosten alle auf dem Kaufsgegenstand befindlichen Baulichkeiten (Halle, Schupfen etc.) binnen 3 Monaten nach Aufforderung durch die Käuferin zu entfernen und daher die Parzellen geräumt von jedweden Baulichkeiten zu übergeben.

VI.römisch sechs.

Stichtag

Wag und Gefahr, Nutzungen und Lasten gehen auf die Käuferin mit dem Tage der grundbücherlichen Eintragung in ihr Eigentum über.

VII.römisch sieben.

Verletzungen über die Hälfte

Die Vertragsteile verzichten darauf, diesen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte des wahren Wertes anzufechten.

VIII.römisch acht.

Kosten und Gebühren

Die mit der Errichtung dieses Vertrages und dessen grundbücherlichen Durchführung verbundenen Kosten, Steuern und Gebühren jeder Art werden von der Käuferin getragen.

IX.römisch neun.

Vollmacht

Mit der Errichtung dieses Vertrages und der grundbücherlichen Durchführung, sowie mit der Einholung der erforderlichen verwaltungsrechtlichen Genehmigung wird einvernehmlich Dr. * M*, Rechtsanwalt in *, betraut, welcher auch ermächtigt wird die Abgabenerklärung zu erstatten und den bezüglichen Steuerbescheid in Empfang zu nehmen.

X.römisch zehn.

Gerichtsstand

Für Streitigkeiten aus dem gegenständlichen Vertragsverhältnisse unterwerfen sich die Vertragsteile der Zuständigkeit des sachlich kompetenten Gerichtes in Innsbruck.

XI.römisch elf.

Hinweis auf das Grundverkehrsgesetz

Die Käuferin erklärt, daß ihr nur österreichische Staatsbürger als Gesellschafter angehören.

XII.römisch zwölf.

Hinweis bezüglich der Grunderwerbssteuer

Der Kaufgegenstand dient zur Schaffung von Wohnungseigentum. Die Käuferin wird aus diesem Grunde die Befreiung von der Grunderwerbssteuer in Anspruch nehmen.

XIII.römisch dreizehn.

Aufsandungsklausel

Es erteilen sohin ihre ausdrückliche Einwilligung, daß ob der Liegenschaft * KG. * folgende Eintragungen vorgenommen werden können.

1) H*:

es wird das Eigentum für die Firma „C*-Gesellschaft m.b.H. einverleibt

2) die C*gesellschaft m.b.H.

es wird das Pfandrecht für die Kaufpreisrestforderung im Betrage von S 1.600.000,-- samt 7 % Zinsen für Herrn H* einverleibt.“

Der Beklagte beantragte das Klagebegehren abzuweisen.

Er wandte ein, der Vorvertrag sei nicht wirksam geworden, da die Klägerin keine Baubewilligung erwirkt habe. Die Klägerin sei auch nicht in der Lage, die im Punkt VII. festgelegten Termine einzuhalten. Der dem Beklagten von Dr. M* übermittelte Kaufvertrag habe als Vertragspartner im Kopf die Klägerin enthalten, während nach dem Inhalt der Aufsandungsklausel die „W*gesellschaft m.b.H.“ Vertragspartner gewesen sei, andererseits aber die Klägerin die

Einwilligung zur Einverleibung des Pfandrechtes für die Kaufpreisrestforderung abgab. Der Beklagte sei trotz Drängen Dr. M* nie bereit gewesen, den Kaufvertrag statt mit der Klägerin mit der „W*Gesellschaft m.b.H.“ abzuschließen. Dem Beklagten sei daher nicht zumutbar, den Vertrag zu unterfertigen. Der Ergänzungsvertrag zum Kaufvertrag enthalte überdies gegenüber dem Vorvertrag für den Beklagten nachteilige Bedingungen, da die Pläne abgeändert worden seien und keine Einrichtungsgegenstände mehr aufwiesen. Er wandte ein, der Vorvertrag sei nicht wirksam geworden, da die Klägerin keine Baubewilligung erwirkt habe. Die Klägerin sei auch nicht in der Lage, die im Punkt römisch sieben. festgelegten Termine einzuhalten. Der dem Beklagten von Dr. M* übermittelte Kaufvertrag habe als Vertragspartner im Kopf die Klägerin enthalten, während nach dem Inhalt der Aufsandungsklausel die „W*gesellschaft m.b.H.“ Vertragspartner gewesen sei, andererseits aber die Klägerin die Einwilligung zur Einverleibung des Pfandrechtes für die Kaufpreisrestforderung abgab. Der Beklagte sei trotz Drängen Dr. M* nie bereit gewesen, den Kaufvertrag statt mit der Klägerin mit der „W*Gesellschaft m.b.H.“ abzuschließen. Dem Beklagten sei daher nicht zumutbar, den Vertrag zu unterfertigen. Der Ergänzungsvertrag zum Kaufvertrag enthalte überdies gegenüber dem Vorvertrag für den Beklagten nachteilige Bedingungen, da die Pläne abgeändert worden seien und keine Einrichtungsgegenstände mehr aufwiesen.

Im Zuge des Rechtsstreites stellte die Klägerin ferner ein Eventualbegehren, welches sich vom Hauptbegehren nur dadurch unterscheidet, daß die Unterfertigung des Kaufvertrages Zug um Zug gegen Bezahlung von S 1.908.400,-- und gegen zur Verfügungstellung des von der Klägerin mit Datum 26. Juni 1973 unterfertigten Ergänzungsvertrages zum Kaufvertrag verlangt wird.

Der Beklagte sprach sich gegen die Zulassung des Eventualbegehrens aus, da dies eine unzulässige Klagsänderung bedeute.

Er wandte ferner Unmöglichkeit der Leistung seitens der Klägerin ein, da diese stark verschuldet sei.

Gegen diesen Einwand brachte die Klägerin vor, daß sie als außerbücherliche Eigentümerin die Liegenschaft an die Firma N*gesellschaft m.b.H. verkauft habe, die in der Lage sei, sämtliche Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag für die Klägerin zu erfüllen. Vertragspartner bleibe aber nach wie vor die Klägerin.

Das Erstgericht wies das Hauptbegehren ab, gab jedoch dem Eventualbegehren statt. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Über das Vermögen der Klägerin wurde zu S 13/74 des Landesgerichtes Innsbruck am 7. März 1974 der Konkurs eröffnet. Der gegenständliche Anspruch wurde mit Beschluß desselben Gerichtes vom 24. Juni 1974 der Gemeinschuldnerin zur freien Verfügung überlassen.

Der Beklagte beauftragte und bevollmächtigte den Rechtsanwalt Dr. * M* mit der Verwertung seiner Liegenschaften EZ. *, KG. *. Da eine Vermietung oder Verpachtung nicht gelang, wurde versucht, einen Käufer zu finden. Dr. M*, der in den Jahren zuvor schon mit dem Geschäftsführer der Klägerin zu tun hatte, auch die Klägerin verschiedentlich vertreten hat und mit einem Geschäftsanteil von S 5.000,-- vom 22. Februar 1972 bis 4. Dezember 1973 Gesellschafter der Klägerin war, brachte die Klägerin als potenzielle Käuferin mit dem Beklagten zusammen. Es kam nun am 10. April 1972 — datiert mit 20. Juli 1972 — zum Abschluß der oben wiedergegebenen, als Vorvertrag bezeichneten Vereinbarung.

Zu diesem Vorvertrag schlossen die Streitteile noch die oben niedergegebene Zusatzvereinbarung ab.

Der Punkt XIII. des Vorvertrages wurde über Betreiben der Klägerin in den Vertrag aufgenommen, da auf Grund des Bebauungsplanes mit der Baugenehmigung Schwierigkeiten zu erwarten waren. Tatsächlich gab es auch solche Schwierigkeiten, wobei auch von Seiten einer Schwester des Beklagten Einwendungen erhoben wurden. Der Beklagte befand sich damals in angespannten finanziellen Verhältnissen, so daß er auf einen raschen Abschluß der Verhandlungen drang. Am 28. November 1972 wurden ihm von Dr. M* S 10.000,-- übergeben. Die finanziellen Verhältnisse des Beklagten besserten sich, nachdem die Schwester des Beklagten verstorben und ihm die Erbschaft angefallen war. Im Vorvertrag hatten die Parteien Dr. M* zur Vertragserrichtung bevollmächtigt. Dr. M* betrachtete sich aber nach wie vor als Vertreter des Beklagten und richtete sein Augenmerk darauf, daß dieser bei der Transaktion keinen Schaden erleide. Nachdem sich immer konkreter die Durchführbarkeit des Projektes herausstellte, kam es am 6. Februar 1973 zum Abschluß folgenden Ergänzungsvertrages: Der Punkt römisch dreizehn. des Vorvertrages wurde über Betreiben der Klägerin in den Vertrag aufgenommen, da auf Grund des Bebauungsplanes mit der

Baugenehmigung Schwierigkeiten zu erwarten waren. Tatsächlich gab es auch solche Schwierigkeiten, wobei auch von Seiten einer Schwester des Beklagten Einwendungen erhoben wurden. Der Beklagte befand sich damals in angespannten finanziellen Verhältnissen, so daß er auf einen raschen Abschluß der Verhandlungen drang. Am 28. November 1972 wurden ihm von Dr. M* S 10.000,-- übergeben. Die finanziellen Verhältnisse des Beklagten besserten sich, nachdem die Schwester des Beklagten verstorben und ihm die Erbschaft angefallen war. Im Vorvertrag hatten die Parteien Dr. M* zur Vertragserrichtung bevollmächtigt. Dr. M* betrachtete sich aber nach wie vor als Vertreter des Beklagten und richtete sein Augenmerk darauf, daß dieser bei der Transaktion keinen Schaden erleide. Nachdem sich immer konkreter die Durchführbarkeit des Projektes herausstellte, kam es am 6. Februar 1973 zum Abschluß folgenden Ergänzungsvertrages:

„I.

Der Vorvertrag erwähnte Hauptvertrag ist bis spätestens 31. Mai 1973 abzuschließen.

II.römisch zwei.

Die C* Gesellschaft m.b.H. wird sofort mit dem Abverkauf der Wohneinheiten beginnen. In den Verträgen mit den einzelnen Bewerbern um Wohnungseigentum ist vorgesehen, daß der sogenannte Grundanteil auf das Treuhandkonto 'Dr.* M* Treuhandkonto C*' einzuzahlen ist.

Der in Barem an H* zu bezahlende Kaufpreis von S 1.908.400,-- (in Worten Schilling eine Millionneunhundertundachttausendvierhundert) ist Zug um Zug per Unterfertigung des Hauptvertrages an Herrn H* porto- und spesenfrei auszusahlen.

Sollte die Unterfertigung des Hauptvertrages ohne Verschulden des Herrn H* nicht bis zum 31. Mai 1973 erfolgen, so ist dieser berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Diesfalls bestehen keine gegenseitigen Ansprüche.

III.römisch drei.

Lage und Beschaffenheit der infolge geänderter Baubewilligung in Anrechnung auf den Kaufpreis an H* zu übertragenden Wohnungseinheiten ist aus dem angeschlossenen Plan und der Baubeschreibung ersichtlich.

IV.römisch vier.

Im übrigen bleiben die Bestimmungen des Vorvertrages und der Zusatzvereinbarung aufrecht.“

Da Dr. M* Bedenken hatte, ob die Klägerin die vorgesehenen Zahlungen erbringen könne, schlug er die Errichtung eines Treuhandkontos laut Ergänzungsvertrag vor. Von der Eröffnung dieses Kontos wurde jedoch dann Abstand genommen, da sich herausstellte, daß die Klägerin den Kaufpreis bar werde erlegen können.

In der Folge trat ein gewisser W*, mit dem der Geschäftsführer der Klägerin die Firma W*-Gesellschaft m.b.H. gründete auf den Plan, der die Finanzierung des Projektes vorgenommen hätte. Dr. M* fiel nun auf, daß die Klägerin zwar sofort die Liegenschaft erhalten sollte, andererseits aber die Gegenleistung in Form der Garconnieren erst später erbracht werden sollte. Er schlug daher zugunsten des Beklagten vor, daß der Kaufpreisrest bereits mit Vertragsunterfertigung zu verzinsen sei. Desgleichen verlangte er für den Beklagten, daß der im Vorvertrag vorgesehene Vorrang für ein Darlehen von S 2,5 Millionen fallengelassen werde. Weiters wurde dem Beklagten ein Wahlrecht zur Abnahme der Garconnieren in Form eines Abfindungsbetrages eingeräumt, wobei auch vertragstechnische Momente mitspielten. Schließlich wurde der Punkt XIII. des Vorvertrages fallen gelassen, da man wußte, daß die Baugenehmigung erteilt werden wird. Auch die im Vorvertrag vorgesehene Nebengebührenkaution wurde fallen gelassen, da die finanzielle Abwicklung vorverlegt wurde und damit die Kautions entbehrlich schien. In der Folge trat ein gewisser W*, mit dem der Geschäftsführer der Klägerin die Firma W*-Gesellschaft m.b.H. gründete auf den Plan, der die Finanzierung des Projektes vorgenommen hätte. Dr. M* fiel nun auf, daß die Klägerin zwar sofort die Liegenschaft erhalten sollte, andererseits aber die Gegenleistung in Form der Garconnieren erst später erbracht werden sollte. Er schlug daher zugunsten des Beklagten vor, daß der Kaufpreisrest bereits mit Vertragsunterfertigung zu verzinsen sei. Desgleichen verlangte er für den Beklagten, daß der im Vorvertrag vorgesehene Vorrang für ein Darlehen von S 2,5 Millionen fallengelassen werde. Weiters wurde dem Beklagten ein Wahlrecht zur Abnahme der Garconnieren in Form eines Abfindungsbetrages eingeräumt, wobei auch vertragstechnische Momente mitspielten. Schließlich wurde der

Punkt römisch dreizehn. des Vorvertrages fallen gelassen, da man wußte, daß die Baugenehmigung erteilt werden wird. Auch die im Vorvertrag vorgesehene Nebengebührenkaution wurde fallen gelassen, da die finanzielle Abwicklung vorverlegt wurde und damit die Kautionsentbehrlichkeit schien.

Am 16. Mai 1973 kam es in der Kanzlei Dr. M* zu einer Besprechung zwischen den Streitparteien, an der auch W* teilnahm. Hier war davon die Rede, daß an Stelle der Klägerin die Firma W*-Gesellschaft m.b.H. als Käuferin auftreten solle, wobei diese den Vertrag so wie die Klägerin übernehmen sollte. Weiters wurde angeregt, daß an Stelle der dem Beklagten zu übergebenden Garconnieren Wohnungen übergeben würden, da diese einfacher zu finanzieren und zu verwerten wären. Einwendungen wurden dagegen zunächst von Seiten des Beklagten nicht erhoben. Da Dr. M* in der Folge verreisen wollte, war ihm an einer Friststreckung zur endgültigen Vertragserrichtung gelegen. Im übrigen war man sich aber einig, daß dem Beklagten eine sofortige Zahlung in der Höhe von S 100.000,-- oder S 200.000,-- angeboten wurde. Der Beklagte stimmte durch Unterfertigung des Ergänzungsvertrags vom 6. Februar 1973 einer Friststreckung zur endgültigen Vertragserrichtung bis 30. Juni 1973 zu. Am 28. Mai 1973 übermittelte Dr. M* dem Beklagten ein Vertragsmuster, in dem die Firma W* als Käuferin vorgesehen war. H* jun. begab sich darauf zu Dr. M* und stellte diesem gegenüber klar, daß mit W* kein Vertrag abgeschlossen werden sollte. Diesem Wunsch beugte sich Dr. M*, brachte jedoch zum Ausdruck, daß es finanziell günstiger wäre, mit W* abzuschließen. Am 2. Juni 1973 richtete Dr. M* folgendes Schreiben an den Beklagten:

„Ich habe mich am Freitag den 1. Juni 1973 wegen Unterfertigung des Ihnen übermittelten Kaufvertrages erkundigt und von Ihrer Frau erfahren, daß Sie 14 Tage verreist sind. Ihre Frau machte aber die Bemerkung, daß Sie gegen den Vertrag gewisse Bedenken haben, weil von Ihnen befragte Gewährsleute Herrn W* nicht kennen und außerdem die Rendite geschmälert worden ist.

Ich kann Ihnen versichern, daß Herr W* finanziell ein sehr starker Mann ist. Ich kann es ohne weiteres einrichten, daß Ihnen die Anzahlung von S 1.908.400,-- noch vor Ihrer Unterfertigung ausgezahlt wird. Damit fallen wohl alle Bedenken, die Sie in der Person des Herrn W* hören, weg, da ja der Rest zu verzinsen, auf erste Satzpost sicherzustellen und spätestens am 31. Dezember 1973 zu bezahlen ist.

Ich bitte zu überlegen, daß bereits Hunderttausende in die Projektierung und Durchsetzung des Bauvorhabens hineingesteckt wurden. Dies konnte nur geschehen, daß Sie der mutmaßlichen Käuferin ein Optionsrecht eingeräumt, dessen Frist sie am 16. Mai 1973 bis 30. Juni 1973 verlängert haben. Im übrigen waren die Käufer schon vor dem 31. Mai 1973 bereit, den Vertrag sofort nach der Gutheißung durch Sie zu unterfertigen.

Ich bitte Sie bei der gegebenen Sachlage keine Schwierigkeiten zu machen. Ich bin der Ansicht, daß derzeit mühsam gewisse Bewilligungen von der Stadt erreicht werden konnten, was aber für ein späteres Bauvorhaben fraglich wäre. Die Situation wird also nur schlechter.

Ich gehe Mitte nächster Woche auf Urlaub und bin erst wieder am 25. Juni 1973 in meiner Kanzlei. Ich werde mir erlauben, mich an diesem Tage mit Ihnen in Verbindung zu setzen.“

Dr. M* begab sich nun auf Urlaub. Nach seiner Rückkehr kam es am 25. Mai 1973 richtig 25. Juni 1973, in seiner Kanzlei zu einer Besprechung, an der neben ihm der Sohn des Beklagten, der in dessen Auftrag gekommen war, und der Geschäftsführer der Klägerin teilnahmen. Dabei brachte der Sohn des Beklagten zum Ausdruck, daß der Vertrag nicht mit W* abgeschlossen werde. Er brachte auch vor, daß entgegen den ursprünglich vorgelegten Plänen und Zusagen auf den nunmehr vorliegenden Plänen die Garconnieren nicht mehr eingezeichnet seien. Vom Geschäftsführer der Klägerin wurde ihm jedoch versichert, daß sich an der ursprünglichen Abmachung, wobei als Vergleichsobjekt die von der Klägerin in der * errichteten Garconnieren herangezogen wurden, nichts geändert habe und ändern soll.

Dr. M* errichtete nun einen Kaufvertrag, wie er sich aus dem Urteilsbegehren der Klägerin ergibt.

Ferner errichtete Dr. M* den Ergänzungsvertrag zum Kaufvertrag mit folgendem Wortlaut:

„I.

Mit gleichzeitigem Kaufvertrag hat die Käuferin vom Verkäufer die Parzellen 530, 531, 531/2, 531/3, 532/1 und 529/1 vorkommend in EZI. * KG. * gekauft.

II. römisch zwei.

Die Käuferin räumt im Sinne des Vorvertrages dem Verkäufer das Recht ein, zu und in Anrechnung auf den

Restkaufpreis von S 1.600.000,-- (i.W. einmillionsechshunderttausend) in dem auf dem Kaufgegenstand zu errichtenden Wohnhaus 5 (fünf) südseitig (Hoftrakt) gelegenen Appartements verbunden mit 5 (fünf) Autoabstellplätzen im Wohnungseigentum zu erwerben. Die Lage und Beschaffenheit dieser Appartements ergibt sich aus den in Händen des Verkäufers befindlichen Plänen und der dazugehörigen Baubeschreibung.

III.römisch drei.

Das im Punkt II eingeräumte Recht ist bis zum 15. August 1973 auszuüben. Die Ausübung hat schriftlich mittels eingeschriebenen Briefes an die Käuferin oder an den Vertragsverfasser Dr. * M*, Rechtsanwalt in * zu erfolgen. Das im Punkt römisch zwei eingeräumte Recht ist bis zum 15. August 1973 auszuüben. Die Ausübung hat schriftlich mittels eingeschriebenen Briefes an die Käuferin oder an den Vertragsverfasser Dr. * M*, Rechtsanwalt in * zu erfolgen.

IV.römisch vier.

Im Falle der Ausübung dieses Rechtes ist der Vertrag bezüglich des Wohnungseigentums nach Rechtskraft des sogenannten Parifizierungsbescheides — in welchem die Miteigentumsanteile, des Wohnungseigentums festgesetzt werden — zu errichten.

V.römisch fünf.

Das auf dem Kaufsgegenstand zu errichtende Bauwerk ist schlüsselfertig bis zum 31. Dezember 1974 herzustellen und sind bis dorthin die in Anrechnung auf den Kaufspreis dem Verkäufer zustehenden 5 Appartements samt Autoabstellplätzen zu übergeben. Sofern die Käuferin diese Verpflichtung nicht termingemäß erfüllt, ist der Verkäufer berechtigt vom Kauf des Wohnungseigentums zurückzutreten und Barzahlung zu verlangen.

Diesfalls sind ab 1. Jänner 1975 Verzugszinsen in der Höhe von 8 % zu entrichten. Ebenso versteht sich diesfalls der Kaufpreisrest per 1. Jänner 1974 wertgesichert auf der Grundlage des Verbraucherpreisindex 1966 wobei als Ausgangsbasis die für den Monat Jänner 1974 veröffentlichte Indexziffer zu dienen hat. Sofern sich diese Indexziffer zum Zeitpunkt einer Zahlung gegenüber dem Ausgangsindex verändert haben sollte, verändert sich im gleichen Verhältnis die Höhe der bezüglichen Verpflichtung.

VI.römisch sechs.

Dem Verkäufer ist bekannt, daß ob den auf dem Kaufsgegenstand errichteten Baulichkeiten auch anderweitiges Wohnungseigentum gegründet wird. Der Ankäufer willigt daher ein, daß ob den von ihm zu übernehmenden 5 (fünf) Appartements samt Autoabstellplätzen sowie an den übrigen Teilen des Hauses Wohnungseigentum gegründet wird.

VII.römisch sieben.

Die mit Errichtung dieses Vertrages und dem Vertrag über die Erwerbung von Wohnungseigentum und dessen grundbücherliche Durchführung verbundenen Kosten, Steuern und Gebühren jeder Art werden von der Käuferin getragen.

VIII.römisch acht.

Mit Errichtung dieses Vertrages und des Wohnungseigentumsvertrages sowie mit dessen grundbücherlichen Durchführung wird einvernehmlich Dr. * M*, Rechtsanwalt in * betraut, welcher auch ermächtigt ist, die Abgabenerklärung beim Finanzamt zu erstatten und den bezüglichen Steuerbescheid in Empfang zu nehmen.“

Gleichzeitig erstellte Dr. M* einen gleichlautenden Vertrag in dem als Käuferin die Firma W*-Gesellschaft m.b.H. aufschien. Beide Verträge übermittelte Dr. M* der Kanzlei des Notars Dr. M*, da er dem Beklagten nach wie vor die Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Käufern lassen wollte, wobei es der Klägerin gleichgültig gewesen wäre, ob sich der Beklagte an sie oder an W* gehalten hätte.

Mit Schreiben vom 26. Juni 1973 teilte Dr. M* dem Beklagten folgendes mit:

„In der Kaufvertragsangelegenheit C* Gesellschaft m.b.H. habe ich gemäß den vorliegenden Vorverträgen den Kaufvertrag verfaßt und gleichzeitig zur Wahrung Ihrer Rechte auf Erwerb von Wohnungseigentum (5 Appartements samt Autoabstellplätzen) einen Zusatzvertrag errichtet.

Ich übermittle Ihnen von diesen Verträgen Durchschläge und bitte ich dieselben durchzusehen. Ich bin zwar der Ansicht, daß die von mir entworfenen Verträge vollinhaltlich den getroffenen Vereinbarungen entsprechen und Ihre Interessen so schützen, daß Sie keinen Schaden erleiden können.

Die Anzahlung von S 1.908.400,--

abzüglich einer Anzahlung

hierauf von S 10.000,--

daher S 1.898.400,--

wurde von der Käuferin bei mir als ihr mittels Vollmacht ausgewiesenen Vertreter erlegt und steht Ihnen vor der faktischen Unterfertigung der Verträge zur Verfügung.

Soferne Sie hinsichtlich der Formulierung innerhalb der getroffenen Abmachungen Änderungen wünschen, bitte ich mir dies unverzüglich bekanntzugeben, damit ich gegebenenfalls die Verträge neu schreiben lassen kann.

Die Verträge werden beim Notar Dr. M* hinterlegt und ist der Kaufvertrag bis spätestens Donnerstag den 28. Juni 1973 beglaubigt und der Ergänzungsvertrag einfach zu unterschreiben.

Ich erlaube mir, Ihnen nochmals die Zuhaltung der Verträge empfehlen zu dürfen, denn die Schadenersatzansprüche der Käuferin gehen in die Millionen. Soferne Sie die Zuhaltung ablehnen, lege ich die mir erteilten Vollmachten zurück. Sie müssen diesfalls gewärtig sein, daß die Käuferin durch einen anderen Anwalt einen Prozeß gegen Sie anstrebt, dessen Ausgang ich für sie ungünstig ansehe.“

Hinsichtlich der letzten drei Absätze dieses Briefes traf das Erstgericht allerdings andere Feststellungen, da in der Beilage aus der das Erstgericht die Feststellung des Inhaltes des Briefes traf, irrtümlich die Seite 2 mit der Seite 2 des Schreibens vom 2. Juni 1973 verwechselt wurde.

Diesem Schreiben war eine Vertragskopie angeschlossen, in der die Klägerin als Käuferin aufschien und dessen Aufsandungserklärung folgenden Wortlaut aufwies:

„Es erteilen sohin ihre ausdrückliche Einwilligung, daß ob der Liegenschaft * KG. * folgende Eintragungen vorgenommen werden können

1) H*:

es wird das Eigentum für die Firma W*-Gesellschaft m.b.H. einverleibt

2) die C* m.b.H.

es wird das Pfandrecht für die Kaufpreisrestforderung im Betrage von S 1.600.000,-- samt 7 % Zinsen für Herrn H*einverleibt.“

Gleichzeitig wurden dem Beklagten auch Pläne übermittelt, worin nur eine Garconniere als eingerichtet eingezeichnet war.

Der Zug um Zug zu entrichtende Teilkaufpreis von S 1.908.400,-- war in Form eines Verrechnungsschecks abzüglich der geleisteten S 10.000,-- am 28. November 1972 beim Notar Dr. M* hinterlegt. Das Geld befand sich auf dem Konto des Dr. M*. Auf diesen Umstand wurde H* jun. bei seiner Vorsprache in der Kanzlei des Vertragsverfassers am 25. Juni 1973 hingewiesen. Der Beklagte rührte sich nun in der Folge überhaupt nicht mehr. Er begab sich auch nicht zum Notar oder beanstandete die ihm übermittelten Verträge oder Pläne. Nach seinen Angaben wäre er zu diesem Zeitpunkt auch bei Übermittlung ordnungsgemäßer Vertragsdurchschriften und Pläne nicht mehr bereit gewesen, den Vertrag zu unterfertigen. Die Baubewilligung wurde Anfang September 1973 zugestellt. Bereits zur Zeit der Vertragsverhandlungen befand sich die Klägerin in finanziellen Schwierigkeiten. Aus diesem Grund trat W* als Finanzier oder eventueller Vertragspartner auf. Um ihren Verpflichtungen aus den Vereinbarungen mit dem Beklagten nachkommen zu können, schloß die Klägerin am 24. August 1973 mit der Firma N*gesellschaft m.b.H. einen Kaufvertrag ab, worin sie ihre Ansprüche gegen den Beklagten im Falle des Obsiegens an N* verkaufte, wobei dieser sämtliche Verpflichtungen zu erfüllen zusagte. Diese Vereinbarung ist nach wie vor aufrecht. Die Ausführung des Objektes soll — sowie ursprünglich bereits vorgesehen — die Firma F* Gesellschaft m.b.H., Bauunternehmen, in * bewerkstelligen.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, daß es sich um eine Mischung zwischen einem Kauf- und Tauschvertrag handle, wobei die Elemente des Kaufvertrages überwiegen. Die Parteien seien sich über das Kaufobjekt und den Kaufpreis immer einig gewesen. Nur hinsichtlich der Berichtigung des Kaufpreises seien Modifizierungen

vorgenommen worden, die fast durchwegs im Interesse des Beklagten gelegen seien. Hinsichtlich des ihm übersandten mangelhaften Vertrages sei der Beklagte verpflichtet gewesen, den Vertragsverfasser auf diesen Umstand aufmerksam zu machen. Die Unsicherheitseinrede verhindere nicht die Verurteilung zur Erbringung der Leistung. Wenn auch bezweifelt werden könne, ob die Klägerin noch leistungsfähig sei, so sei durch die Verurteilung Zug um Zug eine Absicherung gegeben. Was die Errichtung und Übergabe der Garconnieren anlange, so habe der Beklagte die grundbücherliche Sicherheit auf Grund der Ersatzleistung, wobei an der Bonität des Grundstückes nicht gezweifelt werden könne. Überdies sei durch den Schuldbetritt der Firma N* eine weitere Absicherung gegeben. Durch den Erlag des Barpreises habe auch im Zeitpunkt der vorgesehenen Vertragsunterfertigung Sicherheit für den Beklagten bestanden. Das Eventualbegehren stelle keine Klagsänderung dar, da die Klägerin damit nur die Sicherheit auf Grund der Unsicherheitseinrede anbiete.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten teilweise Folge und änderte das erstgerichtliche Urteil dahin ab, daß im Kaufvertrag folgende Ergänzungen durchzuführen sind:

„III. letzter Absatz 1. Satz hat zu lauten:

Der Kaufpreisrest von S 1.600.000,-- samt 7 % Zinsen und einer Nebengebührenkaution von S 160.000,-- ist auf dem Kaufgegenstand auf erster Satzpost grundbücherlich sicherzustellen.

Punkt XIII. 3. Absatz hat zu lauten: Punkt römisch dreizehn. 3. Absatz hat zu lauten:

2.) C* m.b.H.:

es wird das Pfandrecht für die Kaufpreisrestforderung des Herrn H* im Betrag von S 1.600.000,-- samt 7 % Zinsen und eine Nebengebührenkaution von S 160.000,-- einverleibt.“

Das Berufungsgericht sprach ferner aus, daß der Wert über den das Berufungsgericht entschieden hat S 50.000,-- und der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 1.000,-- übersteige. Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes, welche seiner Ansicht nach auf Grund eines mangelfreien Verfahrens getroffen worden seien. Rechtlich vertrat es die Auffassung, daß es sich bei dem Vorvertrag um keinen echten Vorvertrag, sondern um eine Punktation handle. Dies ergebe sich daraus, daß sich die Parteien über Kaufpreis und Kaufgegenstand einig gewesen seien, im Vorvertrag kein Zeitpunkt für den Abschluß des Hauptvertrages enthalten sei und im Ergänzungsvertrag ein Vertragsrücktritt vorgesehen sei, was bei einem Vorvertrag überflüssig wäre. Auch aus der Klage selbst ergebe sich, daß die Zuhaltung des Vertrages, nämlich durch beglaubigte Unterfertigung begehrt werde. Da eine Punktation vorliege, könne die Einrede, daß inzwischen die Umstände dergestalt verändert worden seien, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Teiles verloren wird, nicht erhoben werden. Die Fehler des Vertragsverfassers Dr. M* könnten der Klägerin nicht angelastet werden. In bezug auf die Lage, Beschaffenheit und Einrichtung der Garconnieren bestehe zwischen der Vereinbarung und dem Ergänzungsvertrag keine Abweichung. Allerdings bestehe aber eine Abweichung zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag darin, daß im Hauptvertrag eine Sicherstellung der Nebengebührenkaution nicht enthalten sei. Dem habe der Beklagte nicht zugestimmt, weshalb dieser fehlende Punkt dem Parteiwillen entsprechend in den Vertrag aufzunehmen sei. Die Unsicherheitseinrede könne sich nur auf einen Vorvertrag im Sinne des § 936 ABGB beziehen. Unmöglichkeit der Leistung liege nicht vor, da der vorerst zu leistende Kaufpreisteil bereits vor der vorgesehenen Unterfertigung des Vertrages treuhändig bei Dr. M* erlag und noch erliege. Der Kaufpreisrest sei aber grundbücherlich abgesichert. Auch wenn das Geld der Klägerin von der Firma N* Gesellschaft m.b.H. zur Verfügung gestellt werde, sei dies kein Grund für den Beklagten, die Erfüllung des Vertrages zu verweigern, da er die Gegenleistung von seinem Vertragspartner erhalte. Die Vereinbarungen zwischen der Klägerin und der Firma N* könnten den gegenständlichen Vertrag nicht berühren. Die Bedingung des Punkte XIII. sei ausschließlich im Interesse der Klägerin aufgenommen worden. Da sie inzwischen eingetreten sei, brauche sie auch nicht in den Kaufvertrag aufgenommen zu werden. Das Berufungsgericht sprach ferner aus, daß der Wert über den das Berufungsgericht entschieden hat S 50.000,-- und der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 1.000,-- übersteige. Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes, welche seiner Ansicht nach auf Grund eines mangelfreien Verfahrens getroffen worden seien. Rechtlich vertrat es die Auffassung, daß es sich bei dem Vorvertrag um keinen echten Vorvertrag, sondern um eine Punktation handle. Dies ergebe sich daraus, daß sich die Parteien über Kaufpreis und Kaufgegenstand einig gewesen seien, im Vorvertrag kein Zeitpunkt für den Abschluß des Hauptvertrages enthalten sei und im Ergänzungsvertrag ein Vertragsrücktritt vorgesehen sei, was bei einem

Vorvertrag überflüssig wäre. Auch aus der Klage selbst ergebe sich, daß die Zuhaltung des Vertrages, nämlich durch beglaubigte Unterfertigung begehrt werde. Da eine Punktation vorliege, könne die Einrede, daß inzwischen die Umstände dergestalt verändert worden seien, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Teiles verloren wird, nicht erhoben werden. Die Fehler des Vertragsverfassers Dr. M* könnten der Klägerin nicht angelastet werden. In bezug auf die Lage, Beschaffenheit und Einrichtung der Garconnieren bestehe zwischen der Vereinbarung und dem Ergänzungsvertrag keine Abweichung. Allerdings bestehe aber eine Abweichung zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag darin, daß im Hauptvertrag eine Sicherstellung der Nebengebührenkaution nicht enthalten sei. Dem habe der Beklagte nicht zugestimmt, weshalb dieser fehlende Punkt dem Parteiwillen entsprechend in den Vertrag aufzunehmen sei. Die Unsicherheitseinrede könne sich nur auf einen Vorvertrag im Sinne des Paragraph 936, ABGB beziehen. Unmöglichkeit der Leistung liege nicht vor, da der vorerst zu leistende Kaufpreisteil bereits vor der vorgesehenen Unterfertigung des Vertrages treuhändig bei Dr. M* erlag und noch erliege. Der Kaufpreisrest sei aber grundbücherlich abgesichert. Auch wenn das Geld der Klägerin von der Firma N* Gesellschaft m.b.H. zur Verfügung gestellt werde, sei dies kein Grund für den Beklagten, die Erfüllung des Vertrages zu verweigern, da er die Gegenleistung von seinem Vertragspartner erhalte. Die Vereinbarungen zwischen der Klägerin und der Firma N* könnten den gegenständlichen Vertrag nicht berühren. Die Bedingung des Punkte römisch dreizehn. sei ausschließlich im Interesse der Klägerin aufgenommen worden. Da sie inzwischen eingetreten sei, brauche sie auch nicht in den Kaufvertrag auf genommen zu werden.

Rechtliche Beurteilung

Dieses Urteil wird von beiden Parteien mit Revision bekämpft.

Die Klägerin bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes insoferne, als das Ersturteil abgeändert wurde aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, mit den Anträgen, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß das Ersturteil wieder hergestellt werde oder es aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an eines der Untergerichte zurückzuverweisen. Die Klägerin führt in der Revision jedoch aus, daß sie diese nur für den Fall erhebe, daß das Urteil des Berufungsgerichtes aufgehoben oder in irgend einer Form zum Nachteil der Klägerin abgeändert würde. Anderenfalls gelte die Revision für zurückgezogen und möge über sie nicht entschieden werden.

Der Beklagte beantragt in seiner Revision zunächst die Unterbrechung des Verfahrens und Abtretung des Aktes an die Staatsanwaltschaft Innsbruck. Er bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes seinem gesamten Inhalt nach aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und des Berufungsurteiles, der Aktenwidrigkeit, der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und der Nichtigkeit nach §§ 503 Z. 1 und 477 Z. 9 ZPO mit den Anträgen das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß das Klagebegehren abgewiesen werde oder es aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Beklagte beantragt in seiner Revision zunächst die Unterbrechung des Verfahrens und Abtretung des Aktes an die Staatsanwaltschaft Innsbruck. Er bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes seinem gesamten Inhalt nach aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und des Berufungsurteiles, der Aktenwidrigkeit, der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und der Nichtigkeit nach Paragraphen 503, Ziffer eins und 477 Ziffer 9, ZPO mit den Anträgen das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß das Klagebegehren abgewiesen werde oder es aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Beide Parteien beantragen, der Revision ihres Gegners nicht Folge zu geben, wobei der Beklagte auch darauf verweist, daß die Revision der Klägerin nicht zulässig sei ohne daß er jedoch den Antrag auf Zurückweisung der Revision stellt.

Zum Unterbrechungsantrag des Beklagten:

Der Beklagte beantragt die Unterbrechung des Verfahrens und die Abtretung des Aktes an die Staatsanwaltschaft Innsbruck, da zwischen der Aussage des Zeugen Dr. * M* und dem Handelsregisterakt HRB. 1430 ein unerklärlicher Widerspruch bestehe und deshalb gegen Dr. M* eine Strafanzeige wegen Verdachtes der falschen Zeugenaussage erstattet worden sei. Im Falle einer Verurteilung dieses Zeugen werde jedoch dessen Glaubwürdigkeit allgemein erheblich erschüttert, was für das Verfahren von wesentlicher Bedeutung sei.

Ein Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens ist zwar grundsätzlich auch im Stadium des Revisionsverfahrens zulässig (Fasching II, 917; Arb. 8522 u.a.), hier jedoch nicht gerechtfertigt. Im Revisionsverfahren können nämlich die

tatsächlichen Feststellungen der Unterinstanzen nicht mehr überprüft werden (Fasching aaO; Arb. 8522). Selbst im Falle einer Verurteilung des Zeugen Dr. M* durch das Strafgericht könnte daher der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, von den Feststellungen der Unterinstanzen (auch so weit sie auf Aussagen jenes Zeugen beruhen) nicht abgehen. Ein Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens ist zwar grundsätzlich auch im Stadium des Revisionsverfahrens zulässig (Fasching römisch zwei, 917; Arb. 8522 u.a.), hier jedoch nicht gerechtfertigt. Im Revisionsverfahren können nämlich die tatsächlichen Feststellungen der Unterinstanzen nicht mehr überprüft werden (Fasching aaO; Arb. 8522). Selbst im Falle einer Verurteilung des Zeugen Dr. M* durch das Strafgericht könnte daher der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, von den Feststellungen der Unterinstanzen (auch so weit sie auf Aussagen jenes Zeugen beruhen) nicht abgehen.

Der Unterbrechungsantrag war daher abzuweisen.

Zur Revision der Klägerin:

Die Klägerin erklärt ausdrücklich, daß sie ihre Revision vorsichtshalber nur für den Fall erhebe, daß das Urteil des Berufungsgerichtes durch den Obersten Gerichtshof auf Grund der Revision des Beklagten aufgehoben oder in irgend einer Form zum Nachteil der Klägerin abgeändert würde. Es handelt sich daher im vorliegenden Fall um eine sogenannte bedingte Revision, die nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung unzulässig ist (Fasching III, 11 und IV, 26 f. Pollak System2 S. 367, 370, 574, JB1. 1957, 213 f.; NZ. 1965 S. 61 f.; JB1. 1969, 345 u.a. zuletzt 4 Ob 516, 517/75). Die Klägerin erklärt ausdrücklich, daß sie ihre Revision vorsichtshalber nur für den Fall erhebe, daß das Urteil des Berufungsgerichtes durch den Obersten Gerichtshof auf Grund der Revision des Beklagten aufgehoben oder in irgend einer Form zum Nachteil der Klägerin abgeändert würde. Es handelt sich daher im vorliegenden Fall um eine sogenannte bedingte Revision, die nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung unzulässig ist (Fasching römisch drei, 11 und römisch vier, 26 f. Pollak System2 S. 367, 370, 574, JB1. 1957, 213 f.; NZ. 1965 S. 61 f.; JB1. 1969, 345 u.a. zuletzt 4 Ob 516, 517/75).

Die unzulässige Revision war daher zurückzuweisen.

Zur Revision des Beklagten:

Eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und des Berufungsurteiles erblickt der Beklagte zunächst darin, daß beide Unterinstanzen übersehen hätten, daß im Beschluß des Konkursgerichtes vom 24. Juni 1974, S. 13/74 eine angebliche Forderung der Klägerin im Rechtsstreit 5 Cg 260/73 des Landesgerichtes Innsbruck aus der Konkursmasse ausgeschieden wurde, jenes Verfahren jedoch einen völlig anderen Rechtsstreit betreffe, so daß keine wirksame Ausscheidung des gegenständlichen Verfahrens aus der Konkursmasse erfolgt sei. Es ist nun zwar richtig, daß durch einen offenbaren Schreib- oder Diktatfehler des Konkursgerichtes nicht die gegenständliche Forderung sondern eine angeblich zu 5 Cg 260/73 streitverfangene Forderung ausgeschieden wurde. Das Konkursgericht hat diesen Fehler jedoch bereits mit Beschluß vom 28. Mai 1975, S 13/74-43, berichtigt, womit das bisherige Verfahren saniert wurde. Es liegt daher weder eine Nichtigkeit noch eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens vor.

Eine Aktenwidrigkeit erblickt die Revision in den Ausführungen des Berufungsgerichtes, daß der Kaufvertrag die Zug um Zug Leistung der Kaufsumme vorsehe, der Notar den Verrechnungsscheck über die Kaufsumme in Händen habe und der Geldbetrag auf dem Konto des Rechtsanwaltes Dr. M* erliege. Der Beklagte verweist in diesem Zusammenhang darauf, daß es sich hierbei nur um einen Teil der Kaufsumme handle, während der Restbetrag von S 1.600.000,-- erst durch die Errichtung der Garconnieren abgegolten werden sollte. Die gerügte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Die Ausführungen des Berufungsgerichtes erfolgten im Rahmen der Würdigung der Aussage des Geschäftsführers der Klägerin. Daß mit dem Wort „Kaufsumme“ nur bei der Unterfertigung des Vertrages bar auszuzahlende Betrag gemeint ist, geht mit voller Deutlichkeit aus zahlreichen anderen Stellen des Berufungsurteiles hervor. Es liegt daher höchstens ein Vergreifen im Ausdruck, nicht aber eine echte Aktenwidrigkeit vor.

Eine Nichtigkeit nach § 477 Z. 9 ZPO erblickt die Revision ferner darin, daß das Berufungsgericht einerseits die Ansicht vertreten habe, der Vorvertrag sei in Wahrheit eine Punktation, andererseits ausführte, es ergebe sich aus der Klage selbst, daß die Zuhaltung des Vertrages, nämlich durch beglaubigte Unterfertigung begehrt werde. Damit stehe das Urteil im Widerspruch mit sich selbst, da einerseits ausgeführt werde, der Vorvertrag verpflichte dazu, den endgültigen Vertrag abzuschließen, andererseits aber die Verpflichtung, den endgültigen Vertrag abzuschließen, als Folge einer Punktation aufgefaßt werde. Die geltend gemachte Nichtigkeit liegt nicht vor. Eine Nichtigkeit nach § 477 Z. 9 ZPO ist nämlich nur dann gegeben, wenn ein Widerspruch im Spruch selbst oder ein gänzlicher Mangel der Gründe vorliegt,

nicht aber wenn eine mangelhafte oder in ihren Schlußfolgerungen vielleicht fehlerhafte und unlogische Begründung gegeben wird (Fasching IV, 138; JBl. 1950 S. 214; EvBl. 1958 Nr. 11 u.a.). Ein Widerspruch im Spruch ist nicht gegeben. Ob aber der Wortlaut des Klagebegehrens ein Indiz dafür bedeutet, daß der Vorvertrag in Wahrheit eine Punktation darstellt, ist eine Schlußfolgerung, die selbst dann, wenn es sich um einen logischen Fehlschuß handeln sollte, keinesfalls mit Nichtigkeit bedroht ist. Gleiches gilt für die vom Berufungsgericht übernommene Feststellung, daß die Eröffnung des Kontos bei Dr. M* unterblieb „da sich herausstellte, daß die Klägerin den Kaufpreis bar erlegen kann“. Der Beklagte meint in diesem Zusammenhang, es sei nicht klargelegt, wieso dies trotz Konkurses und der Erklärung, daß keine Barmittel von Bedeutung vorhanden seien, möglich gewesen wäre. Auch damit wird jedoch nur ein Begründungsmangel geltend gemacht, der keinen Nichtigkeitsgrund nach § 477 Z. 9 ZPO darstellt. Eine Nichtigkeit nach Paragraph 477, Ziffer 9, ZPO erblickt die Revision ferner darin, daß das Berufungsgericht einerseits die Ansicht vertreten habe, der Vorvertrag sei in Wahrheit eine Punktation, andererseits ausführte, es ergebe sich aus der Klage selbst, daß die Zuhaltung des Vertrages, nämlich durch beglaubigte Unterfertigung begehrt werde. Damit stehe das Urteil im Widerspruch mit sich selbst, da einerseits ausgeführt werde, der Vorvertrag verpflichte dazu, den endgültigen Vertrag abzuschließen, andererseits aber die Verpflichtung, den endgültigen Vertrag abzuschließen, als Folge einer Punktation aufgefaßt werde. Die geltend gemachte Nichtigkeit liegt nicht vor. Eine Nichtigkeit nach Paragraph 477, Ziffer 9, ZPO ist nämlich nur dann gegeben, wenn ein Widerspruch im Spruch selbst oder ein gänzlicher Mangel der Gründe vorliegt, nicht aber wenn eine mangelhafte oder in ihren Schlußfolgerungen vielleicht fehlerhafte und unlogische Begründung gegeben wird (Fasching römisch vier, 138; JBl. 1950 S. 214; EvBl. 1958 Nr. 11 u.a.). Ein Widerspruch im Spruch ist nicht gegeben. Ob aber der Wortlaut des Klagebegehrens ein Indiz dafür bedeutet, daß der Vorvertrag in Wahrheit eine Punktation darstellt, ist eine Schlußfolgerung, die selbst dann, wenn es sich um einen logischen Fehlschuß handeln sollte, keinesfalls mit Nichtigkeit bedroht ist. Gleiches gilt für die vom Berufungsgericht übernommene Feststellung, daß die Eröffnung des Kontos bei Dr. M* unterblieb „da sich herausstellte, daß die Klägerin den Kaufpreis bar erlegen kann“. Der Beklagte meint in diesem Zusammenhang, es sei nicht klargelegt, wieso dies trotz Konkurses und der Erklärung, daß keine Barmittel von Bedeutung vorhanden seien, möglich gewesen wäre. Auch damit wird jedoch nur ein Begründungsmangel geltend gemacht, der keinen Nichtigkeitsgrund nach Paragraph 477, Ziffer 9, ZPO darstellt.

Aber auch die Rechtsrüge ist nicht begründet.

Wenn der Beklagte unter diesem Revisionsgrund zunächst meint, die Klage sei nicht schlüssig, weil im Punkt 4. der Klagserzählung dargestellt werde, daß der in Geld zu leistende Gegenwert von der Klägerin bei Vertragserrichtung bar zu bezahlen im Urteilsbegehren aber nicht von Barzahlung sondern von Fälligkeit die Rede sei, so kann darin keine Unschlüssigkeit erblickt werden, sieht doch das Eventualbegehren, um welches es hier ausschließlich geht, die Unterfertigung des Kaufvertrages Zug um Zug gegen Bezahlung des Betrages von S 1.908.400,-- vor.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Vereinbarung vom 20. Juli 1972 um einen Vorvertrag oder aber — wie das Berufungsgericht meint — um eine Punktation oder vielleicht sogar um einen Hauptvertrag handelt, dem nur die Aufsandungserklärung fehlte. Denn selbst wenn man davon ausgeht, daß nur ein Vorvertrag vorlag, der erst durch die in den Ergänzungsvertrag vom 6. Februar 1973 aufgenommene Frist zum Abschluß des Hauptvertrages wirksam wurde, könnte der Kläger den Abschluß des Hauptvertrages nur dann verweigern, wenn sich die Umstände inzwischen, das heißt zwischen dem Zeitpunkt des Vorvertrages und jenem des Hauptvertrages geändert hätten (Gschnitzer in Klang2 IV/1, S. 578). Daß aber eine solche Änderung der Umstände zwischen dem Abschluß des Ergänzungsvertrages vom 6. Februar 1973 und der Frist bis zum 31. Juni 1973 eingetreten sei, kann nicht gesagt werden. Die von Dr. M* verursachte Übermittlung eines verstümmelten Vertragsentwurfes hat die Klägerin nicht zu vertreten und der dabei unterlaufene Irrtum wäre auch leicht aufzuklären gewesen. Der Versuch an Stelle der Klägerin einen anderen Käufer namhaft zu machen, ist ebensowenig ein Grund dafür, daß der Beklagte das Zutrauen verloren hätte, da sich die Klägerin dem Verlangen des Beklagten, der auf ihr als Vertragspartnerin beharrte, gebeugt hat.

Zu untersuchen bleibt daher nur noch, ob durch eine zwischen dem Zeitpunkt des Vorvertrages und jenem des Hauptvertrages erfolgte Verschlechterung der finanziellen Situation der Klägerin eine solche Änderung der Umstände eingetreten ist. Diesbezüglich hat nun der Beklagte die Unterfertigung des Vertrages nicht etwa mit jener Begründung abgelehnt und er hat auch im Prozeß zunächst keine Einwendungen in dieser Richtung erhoben. Erst in der Tagsatzung vom 6. Februar 1974 (ON. 11 S. 124) brachte der Beklagte vor, daß die Klägerin stark verschuldet und auf Grund dieser schlechten finanziellen Situation gar nicht in der Lage sei, die von ihr zu erbringenden Leistungen für den Fall der

Vertragszuhaltung zu erbringen, so daß Unmöglichkeit der Leistung vorliege. Damit wurde aber nicht eingewendet, daß die Klägerin bereits zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages und jenem des in Aussicht genommenen Hauptvertrages finanziell schwach geworden wäre und der Beklagte deshalb das Zutrauen verloren und den Hauptvertrag nicht abgeschlossen habe. In der letzten mündlichen Streitverhandlung vom 30. Oktober 1974 brachte der Beklagte ferner vor (ON. 16 S 171 d.A. in Verbindung mit dem Schriftsatz ON. 17 S. 170 d.A.), im Konkursverfahren sei hervorgekommen, daß die Klägerin offenbar seit langem, also sogar schon offenbar im Juni 1973 ganz außergewöhnlich überschuldet gewesen sei und ihr daher schon zu diesem Zeitpunkt die Erbringung einer größeren Barleistung nicht möglich gewesen wäre. Auch damit wird nicht behauptet, daß der Beklagte deshalb das Zutrauen verloren habe, sondern es wird nur vorgebracht, daß eine Geldleistung der Klägerin nicht mehr möglich gewesen sei, eine Behauptung die durch die Feststellung der Untergerichte, wonach die Barzahlung zugunsten des Beklagten erlegt wurde, widerlegt ist. Darüberhinaus lag aber im Hinblick darauf, daß die Klägerin trotz der von den Untergerichten festgestellten finanziellen Schwierigkeiten, welche schon während der Vertragsverhandlungen bestanden, diesen Betrag erlegte, während hinsichtlich des Restbetrages die bürgerliche Sicherstellung gegeben war, im Juni 1973 auch objektiv kein Grund für den Verlust des Zutrauens vor. Dem Beklagten konnte es nämlich gleichgültig sein, aus welchem Vermögen letzten Endes der erlegte Betrag stammte, wenn dieser Betrag nur zu seiner Verfügung stand.

Der Beklagte meint nun, da er sich auf keine bestimmte Gesetzesstelle berufen habe, wäre der vorliegende Sachverhalt nach allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen gewesen und verweist in diesem Zusammenhang auf die Bestimmungen der §§ 907 und 1052 ABGB. Sowie § 21 Abs. 3 KO. Es ist zwar richtig, daß das Gericht den Sachverhalt — soferne sich eine Partei nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Rechtsgrund berufen hat — nach allen rechtlichen Gesichtspunkten überprüfen muß. Damit ist jedoch für den Beklagten nichts gewonnen. Eine Anwendung des § 21 Abs. 3 KO scheidet schon deshalb aus, weil § 21 KO voraussetzt, daß es sich um einen Anspruch handelt, der in die Masse fällt, hier jedoch das Konkursgericht die im Streit verfangene Forderung ausgeschieden hat. Aber auch auf § 907 ABGB kann sich der Beklagte nicht mit Erfolg berufen. Nach dieser Bestimmung ist bei einem Vertrag, der ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen wurde, der Teil, dem die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht mehr gebunden, wenn die Wahl durch den zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke vereitelt wird. Der Beklagte meint, da die Klägerin sich im Konkurs befinde, könne sie selbst die fünf Garconnieren nicht mehr herstellen, zur Firma N* stehe der Beklagte jedoch in keinerlei Rechtsbeziehungen, so daß ihm die Wahlmöglichkeit zwischen dem Begehren auf Barzahlung des restlichen Kaufpreises oder auf Erhalt der Garconnieren genommen sei. Eine Vereitelung der Wahlmöglichkeit durch zufälligen Untergang eines der Wahlstücke liegt jedoch hier nicht vor, da derzeit kein Anlaß zur Annahme besteht, daß die Firma N* auf Grund des zwischen ihr und der Klägerin abgeschlossenen Vertrages die Garconnieren nicht herstellen werde. Der Beklagte meint nun, da er sich auf keine bestimmte Gesetzesstelle berufen habe, wäre der vorliegende Sachverhalt nach allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen gewesen und verweist in diesem Zusammenhang auf die Bestimmungen der Paragraphen 907 und 1052 ABGB. Sowie Paragraph 21, Absatz 3, KO. Es ist zwar richtig, daß das Gericht den Sachverhalt — soferne sich eine Partei nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Rechtsgrund berufen hat — nach allen rechtlichen Gesichtspunkten überprüfen muß. Damit ist jedoch für den Beklagten nichts gewonnen. Eine Anwendung des Paragraph 21, Absatz 3, KO scheidet schon deshalb aus, weil Paragraph 21, KO voraussetzt, daß es sich um einen Anspruch handelt, der in die Masse fällt, hier jedoch das Konkursgericht die im Streit verfangene Forderung ausgeschieden hat. Aber auch auf Paragraph 907, ABGB kann sich der Beklagte nicht mit Erfolg berufen. Nach dieser Bestimmung ist bei einem Vertrag, der ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen wurde, der Teil, dem die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht mehr gebunden, wenn die Wahl durch den zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke vereitelt wird. Der Beklagte meint, da die Klägerin sich im Konkurs befinde, könne sie selbst die fünf Garconnieren nicht mehr herstellen, zur Firma N* stehe der Beklagte jedoch in keinerlei Rechtsbeziehungen, so daß ihm die Wahlmöglichkeit zwischen dem Begehren auf Barzahlung des restlichen Kaufpreises oder auf Erhalt der Garconnieren genommen sei. Eine Vereitelung der Wahlmöglichkeit durch zufälligen Untergang eines der Wahlstücke liegt jedoch hier nicht vor, da derzeit kein Anlaß zur Annahme besteht, daß die Firma N* auf Grund des zwischen ihr und der Klägerin abgeschlossenen Vertrages die Garconnieren nicht herstellen werde.

Zu prüfen bleibt daher vor allem, ob der Beklagte sich mit Erfolg auf § 1052 ABGB. berufen kann. Auch dies ist zu verneinen. Danach kann der zur Vorleistung Verpflichtete seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teiles gefährdet ist, die

ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mußten. Es ist nun richtig, daß im Hinblick auf die im Zuge dieses Prozesses erfolgte Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Klägerin die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1052 ABGB. gegeben wären. Da nur ein Teil des Kaufpreises Zug um Zug gegen Unterfertigung des Vertrages ausbezahlt wird, stellt diese eine Vorausleistung des Beklagten dar, weshalb die Klägerin für den Restkaufpreis, den der Beklagte nach seiner Wahl entweder bar oder in Form von fünf Garconnieren verlangen kann, Sicherheit leisten muß. Die geforderte Sicherheitsleistung ist jedoch gegeben. Nach dem Inhalt des (vom Berufungsgericht ergänzten) Kaufvertrages kann nämlich die Einverleibung des Eigentumsrechtes für die Klägerin (und damit auch für alle Rechtsnachfolger) nur gegen Einverleibung des Pfandrechtes für den Kaufpreisrest von S 1.600.000,-- samt 7 % Zinsen und einer Nebengebührensicherstellung von S 160.000.-- auf erster Satzpost erfolgen. Damit ist aber jedenfalls die Barzahlung des Kaufpreisrestes voll gesichert. Aber auch bezüglich des bestehenden Wahlrechtes des Beklagten besteht eine ausreichende Sicherheit. Das Recht, an Stelle des Kaufpreisrestes fünf Garconnieren zu übernehmen, kann seiner Natur nach nicht anders sichergestellt werden, als durch eine adäquate Geldsumme, wie sie dem einverleibten Pfandrecht entspricht. Es ist daher für die Frage der Sicherstellung des Beklagten auch bedeutungslos, ob der Vertrag zwischen der Klägerin und der Firma N* zu einem Schuldbeitritt der Letzteren geführt hat oder allenfalls ein Vertrag zugunsten Dritter (des Beklagten) vorliegt und ob der Beklagte auf Grund dieses Vertrages einen unmittelbaren Anspruch gegen die Firma N* auf vertragsgemäße Errichtung der Garconnieren besitzt oder dies nicht der Fall ist. Zu prüfen bleibt daher vor allem, ob der Beklagte sich mit Erfolg auf Paragraph 1052, ABGB. berufen kann. Auch dies ist zu verneinen. Danach kann der zur Vorleistung Verpflichtete seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teiles gefährdet ist, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mußten. Es ist nun richtig, daß im Hinblick auf die im Zuge dieses Prozesses erfolgte Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Klägerin die Voraussetzungen für die Anwendung des Paragraph 1052, ABGB. gegeben wären. Da nur ein Teil des Kaufpreises Zug um Zug gegen Unterfertigung des Vertrages ausbezahlt wird, stellt diese eine Vorausleistung des Beklagten dar, weshalb die Klägerin für den Restkaufpreis, den der Beklagte nach seiner Wahl entweder bar oder in Form von fünf Garconnieren verlangen kann, Sicherheit leisten muß. Die geforderte Sicherheitsleistung ist jedoch gegeben. Nach dem Inhalt des (vom Berufungsgericht ergänzten) Kaufvertrages kann nämlich die Einverleibung des Eigentumsrechtes für die Klägerin (und damit auch für alle Rechtsnachfolger) nur gegen Einverleibung des Pfandrechtes für den Kaufpreisrest von S 1.600.000,-- samt 7 % Zinsen und einer Nebengebührensicherstellung von S 160.000.-- auf erster Satzpost erfolgen. Damit ist aber jedenfalls die Barzahlung des Kaufpreisrestes voll gesichert. Aber auch bezüglich des bestehenden Wahlrechtes des Beklagten besteht eine ausreichende Sicherheit. Das Recht, an Stelle des Kaufpreisrestes fünf Garconnieren zu übernehmen, kann seiner Natur nach nicht anders sichergestellt werden, als durch eine adäquate Geldsumme, wie sie dem einverleibten Pfandrecht entspricht. Es ist daher für die Frage der Sicherstellung des Beklagten auch bedeutungslos, ob der Vertrag zwischen der Klägerin und der Firma N* zu einem Schuldbeitritt der Letzteren geführt hat oder allenfalls ein Vertrag zugunsten Dritter (des Beklagten) vorliegt und ob der Beklagte auf Grund dieses Vertrages einen unmittelbaren Anspruch gegen die Firma N* auf vertragsgemäße Errichtung der Garconnieren besitzt oder dies nicht der Fall ist.

Der Beklagte meint ferner, die Verpflichtung der Klägerin zur allfälligen Überlassung von fünf Garconnieren in Anrechnung auf den Kaufpreis enthalte die Wesenszüge eines Werkvertrages. Der Beklagte sei keineswegs verpflichtet, zur Kenntnis zu nehmen, daß die Garconnieren von einer anderen Firma gebaut werden, mit der er nie etwas zu tun hatte, da ein Bauauftrag eine Sache des Vertrauens und der wohl überlegten Auswahl des Vertragspartners sei. Auch dem kann nicht gefolgt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die gegenständliche Vereinbarung überhaupt einem Werkvertrag entspricht. Selbst wenn dies der Fall wäre, so verpflichtet auch ein Werkvertrag gemäß § 1165 ABGB den Unternehmer nur, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen. Nun haben aber die Untergerichte festgestellt, es sei auch schon ursprünglich vorgesehen gewesen, daß die Firma N* die Ausführung des Objektes bewerkstelligen werde. Nichts anderes bewirkt aber der Vertrag zwischen der Klägerin und jener Firma. Die Firma N* hat im Punkt XVIII. zwar die Verpflichtung der Klägerin gegenüber dem Beklagten übernommen, doch hat andererseits die Klägerin im gegenständlichen Verfahren ausdrücklich erklärt, daß sie mit Wirkung für den Beklagten keinerlei Pflichten an einen Dritten abtrete, sondern nach wie vor Vertragspartnerin des Beklagten bleibe (S. 171 d.A.). Eine Vereinbarung, daß die Klägerin höchstpersönlich den Bau ausführen muß und sich keines Substituten bedienen darf, geht aber weder aus den Verträgen hervor, noch wurde dies von den Untergerichten festgestellt. Selbst wenn man daher jenen Teil der Vereinbarung als Werkvertrag qualifizieren wollte,

bestünde für den Beklagten kein Recht zum Vertragsrücktritt. Wenn der Beklagte in diesem Zusammenhang meint, die Klägerin werde, wenn sie dann überhaupt noch existiere, der Firma N* nicht weh tun, wenn die Garconnieren dem Vertragsinhalt nicht entsprächen, so handelt es sich dabei um eine durch nichts gestützte Annahme. Der Beklagte meint ferner, die Verpflichtung der Klägerin zur allfälligen Überlassung von fünf Garconnieren in Anrechnung auf den Kaufpreis enthalte die Wesenszüge eines Werkvertrages. Der Beklagte sei keineswegs verpflichtet, zur Kenntnis zu nehmen, daß die Garconnieren von einer anderen Firma gebaut werden, mit der er nie etwas zu tun hatte, da ein Bauauftrag eine Sache des Vertrauens und der wohl überlegten Auswahl des Vertragspartners sei. Auch dem kann nicht gefolgt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die gegenständliche Vereinbarung überhaupt einem Werkvertrag entspricht. Selbst wenn dies der Fall wäre, so verpflichtet auch ein Werkvertrag gemäß Paragraph 1165, ABGB den Unternehmer nur, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen. Nun haben aber die Untergerichte festgestellt, es sei auch schon ursprünglich vorgesehen gewesen, daß die Firma N* die Ausführung des Objektes bewerkstelligen werde. Nichts anderes bewirkt aber der Vertrag zwischen der Klägerin und jener Firma. Die Firma N* hat im Punkt römisch achtzehn. zwar die Verpflichtung der Klägerin gegenüber dem Beklagten übernommen, doch hat andererseits die Klägerin im gegenständlichen Verfahren ausdrücklich erklärt, daß sie mit Wirkung für den Beklagten keinerlei Pflichten an einen Dritten abtrete, sondern nach wie vor Vertragspartnerin des Beklagten bleibe (S. 171 d.A.). Eine Vereinbarung, daß die Klägerin höchstpersönlich den Bau ausführen muß und sich keines Substituten bedienen darf, geht aber weder aus den Verträgen hervor, noch wurde dies von den Untergerichten festgestellt. Selbst wenn man daher jenen Teil der Vereinbarung als Werkvertrag qualifizieren wollte, bestünde für den Beklagten kein Recht zum Vertragsrücktritt. Wenn der Beklagte in diesem Zusammenhang meint, die Klägerin werde, wenn sie dann überhaupt noch existiere, der Firma N* nicht weh tun, wenn die Garconnieren dem Vertragsinhalt nicht entsprächen, so handelt es sich dabei um eine durch nichts gestützte Annahme.

Überdies besitzt der Beklagte im Hinblick auf das einverleibte Pfandrecht, welches erst nach erfolgter Gegenleistung zu löschen ist, ein gewisses Druckmittel, um die vertragsmäßige Errichtung der Garconnieren zu erwirken. Was aber die Lage und Ausstattung der Garconnieren anlangt, so hat der Beklagte im Punkt IV. des sogenannten Vorvertrages ausdrücklich bestätigt, daß sich die Lage und Beschaffenheit dieser Appartements aus den im Punkt II. (gemeint ist offensichtlich Punkt I.) dieses Vertrages erwähnten Plänen und der dazugehörigen Baubeschreibung ergebe und in Punkt I. bestätigt, daß er von diesen Plänen und von der Bauausstattung der zu errichtenden Baulichkeiten Kenntnis habe. Überdies besitzt der Beklagte im Hinblick auf das einverleibte Pfandrecht, welches erst nach erfolgter Gegenleistung zu löschen ist, ein gewisses Druckmittel, um die vertragsmäßige Errichtung der Garconnieren zu erwirken. Was aber die Lage und Ausstattung der Garconnieren anlangt, so hat der Beklagte im Punkt römisch vier. des sogenannten Vorvertrages ausdrücklich bestätigt, daß sich die Lage und Beschaffenheit dieser Appartements aus den im Punkt römisch zwei. (gemeint ist offensichtlich Punkt römisch eins.) dieses Vertrages erwähnten Plänen und der dazugehörigen Baubeschreibung ergebe und in Punkt römisch eins. bestätigt, daß er von diesen Plänen und von der Bauausstattung der zu errichtenden Baulichkeiten Kenntnis habe.

Da die Untergerichte überdies noch feststellten, der Geschäftsführer der Klägerin habe versichert, daß sich an der ursprünglichen Abmachung nichts geändert habe und nichts ändern solle, wobei als Vergleichsobjekte die von der Klägerin in der * errichteten Garconnieren herangezogen wurden, kann auch nicht gesagt werden, daß über die Garconnieren keine Einigung zustande gekommen sei. Auch durch die Tatsache, daß das Recht des Beklagten, für den Restkaufpreis Garconnieren zu übernehmen, im nunmehrigen Kaufvertrag nur grundsätzlich, ansonsten aber in einer Sondervereinbarung enthalten ist, wurde die bestehende Vereinbarung zwischen den Streitteilen nicht geändert. Daß aber der Schreibfehler in der Aufsandungsklausel des von Dr. M* dem Beklagten übermittelten Vertrages leicht hätte aufgeklärt werden können und daher keinen gerechtfertigten Grund darstelle, die Unterfertigung des Vertrages zu verweigern, haben die Untergerichte bereits überzeugend dargetan. Schließlich hätte eine einfache Anfrage bei Dr. M* den unterlaufenen Fehler aufgeklärt.

Soweit der Beklagte die Feststellungen der Untergerichte bekämpft, Punkt XIII des Vorvertrages wäre später fortgefallen, ficht er damit in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Untergerichte an. Gleiches gilt für die Bekämpfung der Feststellung, die Eröffnung eines Kontos bei Dr. M* sei unterblieben „da sich herausstellte, daß die Klägerin den Kaufpreis bar erlegen kann“. Alle Ausführungen der Revision zur Frage, ob noch eine gültige Baubewilligung vorliegt, gehen schließlich an der Feststellung vorbei, daß es sich bei Punkt XIII des Vorvertrages um

eine ausschließlich im Interesse der Klägerin aufgenommene Bedingung gehandelt hat. Soweit der Beklagte die Feststellungen der Untergerichte bekämpft, Punkt römisch dreizehn des Vorvertrages wäre später fortgefallen, ficht er damit in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Untergerichte an. Gleiches gilt für die Bekämpfung der Feststellung, die Eröffnung eines Kontos bei Dr. M* sei unterblieben „da sich herausstellte, daß die Klägerin den Kaufpreis bar erlegen kann“. Alle Ausführungen der Revision zur Frage, ob noch eine gültige Baubewilligung vorliegt, gehen schließlich an der Feststellung vorbei, daß es sich bei Punkt römisch dreizehn des Vorvertrages um eine ausschließlich im Interesse der Klägerin aufgenommene Bedingung gehandelt hat.

Die Revision des Beklagten erweist sich somit nicht als gerechtfertigt.

Bei der Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war zu berücksichtigen, daß beide Streitteile mit ihren Revisionen keinen Erfolg hatten. Der Klägerin war daher die Differenz der Kosten der beiderseitigen Revisionsbeantwortungen zuzusprechen (EvBl. 1966 Nr. 381 u.a), wobei als Bemessungsgrundlage für die Revisionsbeantwortung der Beklagten die Höhe der Nebengebührenkaution im Betrag von S 160.000,-- diente und auch auf dieser Basis die Eingabengebühr für nur einen Bogen berücksichtigt wurde (§ 18 Abs. 2 Z. 6 GJGebGes.). Bei der Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war zu berücksichtigen, daß beide Streitteile mit ihren Revisionen keinen Erfolg hatten. Der Klägerin war daher die Differenz der Kosten der beiderseitigen Revisionsbeantwortungen zuzusprechen (EvBl. 1966 Nr. 381 u.a), wobei als Bemessungsgrundlage für die Revisionsbeantwortung der Beklagten die Höhe der Nebengebührenkaution im Betrag von S 160.000,-- diente und auch auf dieser Basis die Eingabengebühr für nur einen Bogen berücksichtigt wurde (Paragraph 18, Absatz 2, Ziffer 6, GJGebGes.).

Textnummer

E800142

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1976:0040OB00600.75.0217.000

Im RIS seit

08.01.2025

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2025

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