

# TE OGH 2004/12/7 5Ob82/04a

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.12.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann und Dr. Baumann und die Hofrättinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Johann L\*\*\*\*\* Rechtsanwalt, \*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der "W\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\*-GmbH, gegen die beklagte Partei Dr. Peter K\*\*\*\*\* vertreten durch Mag. Klaus Perktold, Rechtsanwalt in Innsbruck, und der Nebenintervenientin R\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Paul Grossmann, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen EUR 36.339,50 samt Anhang, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 13. Jänner 2004, GZ 1 R 234/03a-29, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 13. August 2003, GZ 14 Cg 141/02h-24, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Berufungsurteil wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichtes wieder hergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.779,64 (darin enthalten EUR 768,75 an USt und EUR 1.167,10 an Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Zunächst betrieb der Beklagte mit Elisabeth S\*\*\*\*\* unter der Bezeichnung K\*\*\*\*\* & S\*\*\*\*\* GesbR oder Dr. Peter K\*\*\*\*\* & Lisa S\*\*\*\*\* OEG das Wirtshaus St\*\*\*\*\* in A\*\*\*\*\*, wobei sie hinsichtlich des ausgestatteten Gastgewerbebetriebes einschließlich der Räumlichkeiten und einer funktionstüchtigen Registrierkasse mit der B\*\*\*\*\* GmbH einen Pachtvertrag abschlossen. Nach Ausscheiden von Elisabeth S\*\*\*\*\* pachteten der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* den Betrieb ab dem 1.9.1998. Es wurde mittelfristig daran gedacht, den Betrieb im Rahmen einer GmbH zu führen. Der Beklagte übernahm die kaufmännischen und buchhalterischen Aufgaben, Ernst H\*\*\*\*\* sollte das Gasthaus vor Ort führen. Es kann nicht festgestellt werden, ob das Gasthaus vom 1. 9. 1998 bis 1. 4. 1999 in der Form einer GesbR, Einzelfirma oder einer anderen Rechtsform betrieben wurde. Die Steuerberatungskanzlei ging von einem Einzelunternehmen aus.

Am 15. 9. 1998 beantragten der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* bei der Nebenintervenientin die Eröffnung eines Girokontos als Geschäftskonto für den Betrieb des Wirtshauses St\*\*\*\*\*. Mit Kontoeröffnungsantrag/Girokontovertrag vom gleichen Tag wurde für den Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\* ein Girokonto eingerichtet. Sie teilten dem Mitarbeiter der Nebenintervenientin mit, dass sie beabsichtigten, eine GmbH zum Betrieb der Gastwirtschaft zu gründen. Das Konto wurde unter der Namensbezeichnung "Dr. Peter K\*\*\*\*\* und Ernst H\*\*\*\*\* Gasthof S\*\*\*\*\*" geführt. Der Girokontovertrag wurde mit "Gasthof S\*\*\*\*\* Dr. Peter K\*\*\*\*\* und Ernst H\*\*\*\*\*" unterzeichnet. Die

Nebeninterventin verlangte als Sicherheiten die Unterfertigung von Wechselverpflichtungserklärungen vom Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\*. In der Folge erwarben sie je zur Hälfte die Gesellschaftsanteile an einer bereits registrierten Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie beriefen den bisherigen Geschäftsführer ab, änderten die Firma, den Sitz und den Unternehmensgegenstand. Es wurde im Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass die beiden Gesellschafter gemeinsam vertretungs- und zeichnungsbefugt seien (18. 1. 1999). Mit Antrag vom 19. 3. 1999 wurde die Eintragung der Änderung der Firma laut Gesellschaftsvertrag in "W\*\*\*\*\* GmbH" beantragt. Die Änderung wurde im Firmenbuch am 26. 3. 1999 eingetragen. Der Betrieb des Wirtshauses S\*\*\*\*\* wurde nunmehr von dieser GmbH geführt.

Über das vom Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\* eröffnete Konto wurden die Eingänge von Kundenzahlungen, Überweisungen, Gehaltszahlungen für Ernst H\*\*\*\*\* und Kreditkartenabrechnungen der nunmehrigen Gemeinschuldnerin abgewickelt. Es gab kein anderes Gesellschaftskonto. Ab September 1999 erfolgten Überweisungen mit Bezeichnungen wie "Wirtshaus St\*\*\*\*\* GmbH", "W\*\*\*\*\*", "W\*\*\*\*\* BetriebsGmbH", "S\*\*\*\*\* GmbH".

Am 23. 8. 1999 überwies der Beklagte S 400.000 = EUR 29.069,13 für private Zwecke von diesem Konto "aus dem Vermögen" der Gemeinschuldnerin, ohne Rücksprache mit dem zweiten Geschäftsführer zu halten, auf ein Konto der Bank Austria. Als Ernst H\*\*\*\*\* ihn diesbezüglich zur Rede stellte, erklärte der Beklagte, dass der Betrag irrtümlich falsch abgebucht worden sei und er eine Rücküberweisung veranlassen werde. Dies geschah aber trotz mehrerer Urgenzen durch Ernst H\*\*\*\*\* nicht.

Vor dem 9. 2. 1999 war die von der Gemeinschuldnerin mit dem Inventar gepachtete Kasse bereits defekt. Es wurde eine neue Kasse bestellt und hiefür am 9. 2. 1999 der Kaufpreis mit S 83.280 = EUR 6.052,19, lautend auf Dr. K\*\*\*\*\* & Elisabeth S\*\*\*\*\* OEG Wirtshaus St\*\*\*\*\* in Rechnung gestellt. Der Verpächter verlangte, dass die damaligen Pächter die Kasse ersetzen müssten. Da der Beklagte keine Zahlung leistete, schritt der Verkäufer zur Klagsführung. In diesem Verfahren trat Ruhen ein, da sich der Beklagte persönlich verpflichtete, Zahlung zu leisten. Da er diese Zusage nicht erfüllte, wurde er geklagt. In diesem Verfahren schloss er einen gerichtlichen Vergleich, in dem er sich zur Bezahlung des Kapitals samt Zinsen und Kosten verpflichtete. Am 31. 7. 2000 behob er von dem klagsgegenständlichen Konto bei der Nebeninterventin "aus dem Vermögen" der nunmehrigen Gemeinschuldnerin S 106.830,08 = EUR 7.763,64. Die Kasse wurde während des Betriebes des Gasthauses vom 1. 9. 1998 bis zur Konkursöffnung verwendet. Die Kasse befindet sich nicht in der Konkursmasse.

Ein neuer Sachbearbeiter der Nebeninterventin stellte fest, dass das gegenständliche Konto einen nicht geregelten Minusstand aufwies. Da ihm die bereits abgegebenen Wechselerklärungen nicht ausreichend schienen, weil darauf der Zusatz "Wirtshaus St\*\*\*\*\*" fehlte, bemühte er sich darum, neue Wechselwidmungserklärungen mit dem Zusatz "Wirtshaus St\*\*\*\*\*" vom Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\* zu erlangen, was auch geschah. Im Zuge eines späteren zeitmäßig nicht mehr genau festzustellenden Gespräches teilte der Beklagte dem Mitarbeiter der Nebeninterventin mit, dass eine GmbH gegründet worden sei und die Absicht bestehe, Teile des Betriebes oder den gesamten Betrieb in eine GmbH zu übertragen. Der Mitarbeiter der Nebeninterventin erwiderte, dass nach wie vor ein Jahresabschluss gebraucht werde, dass die Regelung nach wie vor offen sei und die Nebeninterventin prüfen müsse, in welcher Art und Weise eine Übertragung des Kontos stattfinden könne.

Im Laufe des Jahres 2001 ersuchte Ernst H\*\*\*\*\* einen Mitarbeiter der Nebeninterventin, die Bezeichnung des Kontos auf die Gemeinschuldnerin "richtigzustellen" und entsprechende Zahlscheine und Überweisungsformulare mit dieser Firmenbezeichnung zu drucken. Die Gemeinschuldnerin erhielt in der Folge Zahlscheine, auf welchen ihr Firmenwortlaut als Auftraggeberin angeführt wurde und Zahlscheine, in denen sie als Empfängerin mit dem gegenständlichen Konto genannt wurde. Der Steuerberater stellte bei den Buchungen fest, dass drei oder vier davon den Beklagten privat betreffen. Diese Buchungen wurden besprochen und der Beklagte erklärte selbst, dass dies seine Privatsachen gewesen seien.

Am 10. 4. 2002 wurde über das Vermögen der nunmehrigen Gemeinschuldnerin der Konkurs eröffnet und der Kläger zum Masseverwalter bestellt. Die Nebeninterventin teilte dem Masseverwalter mit, dass die Gemeinschuldnerin bei ihr kein Konto besitze. Sie wandte sich hingegen an den Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\* und forderte sie auf, die fällige Überziehung auszugleichen. Am 13. 12. 2002 ergingen Wechselzahlungsaufträge, nach denen der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* zur Zahlung von EUR 216.171,88 sA verpflichtet wurden.

Die Nebenintervenientin meldete im Konkurs über das Vermögen der Gemeinschuldnerin keine Forderungen aus der gegenständlichen Kontoverbindung an. Bereits am 1. 4. 1999 wies das Konto einen Debetsaldo von S 600.000,-- = EUR 43.603,70 auf, der in den folgenden Jahren noch anstieg.

Der Kläger begehrte zuletzt die Bezahlung des Klagsbetrages wegen der vom Beklagten zu ausschließlich privaten Zwecken ungerechtfertigt getätigten Abhebungen vom Konto, dessen Inhaberin die Gemeinschuldnerin geworden sei. Der Beklagte sei selbst verpflichtet gewesen, den Kaufpreis für die Handkasse zu bezahlen, diese stehe im Eigentum des Verpächters. Die Behebungen vom Konto, das das einzige betriebliche Konto der Gemeinschuldnerin gewesen sei, stellten unzulässige Privatentnahmen des Beklagten dar, es handle sich nicht um das Privatkonto des Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\*\*, sondern um jenes der Gemeinschuldnerin. Es sei lediglich "vergessen" worden, das Konto auf die nunmehrige Gemeinschuldnerin "umzuschreiben". Andernfalls wäre der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* um die Einnahmen der Gemeinschuldnerin bereichert worden.

Der Beklagte beantragt die Klagsabweisung im Wesentlichen mit der Begründung, dass sich die Handkasse in der Konkursmasse befindet und es sich jedenfalls um Aufwendungen der Gemeinschuldnerin handle. Die Kasse sei vom Beklagten bezahlt worden, sodass er einen Ersatzanspruch habe, den er compensando bis zur Höhe des Klagsbetrages einwende. Der Beklagte hafte für die Rückzahlung des aushaftenden Debetsaldos des gegenständlichen Kontos. Dieses Konto habe nichts mit der Gemeinschuldnerin zu tun, die Nebenintervenientin habe auch keine Forderungen im Konkurs angemeldet. Durch die vorgenommenen Buchungen sei es zu keinerlei Mittelabfluss bei der GmbH gekommen, weil der Beklagte persönlich in die Haftung für genau diese Beträge genommen worden sei. Es liege keine Entreicherung der GmbH vor.

Die Nebenintervenientin beantragte die Klagsabweisung mit der Begründung, dass seit Eröffnung des Kontos am 15. 9. 1998 die Kontobezeichnung unverändert gleich geblieben sei und der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* für die Abdeckung des aushaftenden Kontosollsaldos solidarisch haften. Zwischen der Gemeinschuldnerin und der Nebenintervenientin bestehe hingegen kein bankvertragliches Rechtsverhältnis.

Weiters wandte der Beklagte compensando bis zur Höhe des Klagsbetrages "den gesamten Sollsaldo" des gegenständlichen Kontos und aus prozessualer Vorsicht auch noch seine Lohnansprüche aus Geschäftsführertätigkeit in der Höhe von EUR 37.527,67 für das Jahr 2000 ein. Ernst H\*\*\*\*\* habe Lohnansprüche in solcher Höhe lukriert, wohingegen der Beklagte für seine Tätigkeit von etwa 2 ½ Jahren bislang keinerlei Geschäftsführerbezüge erhalten hätte. Weiters wandte er noch EUR 7.763,64 ein, da es sich bei der Zahlung für die Handkasse um die Begleichung einer Nichtschuld gehandelt habe.

Der Kläger bestreitet die Gegenforderungen.

Das Erstgericht erkannte die Klagsforderung von EUR 36.339,50 sA als zu Recht, die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und verpflichtete den Beklagten im Sinne des Klagebegehrens unter Abweisung eines Zinsenmehrbegehrens. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass der Beklagte zugestanden habe, die betrieblichen Angelegenheiten des "Wirthauses St\*\*\*\*\*" über das gegenständliche Konto abgewickelt zu haben, die S 400.000 vom Konto für private Zwecke und das Entgelt für die Kasse transferiert zu haben, wobei die Abtretung der Gesellschaftsanteile am 26. März 1999 ins Firmenbuch eingetragen worden seien. Da die Entnahmen nach diesem Zeitpunkt erfolgt seien, sei davon auszugehen, dass es sich um Gesellschaftsvermögen handle. Die vertragliche Position im Zusammenhang mit einer Kontoverbindung könne auf einen Dritten nur dann übergehen, wenn eine Vertragsübernahme mit Zustimmung des Partners stattfinde. Mit "Umschreibenlassen" des Kontos sei eine Vertragsübernahme gemeint, die grundsätzlich die Zustimmung der Bank voraussetze. Man werde die Bestimmung allerdings so verstehen können, dass die Bank - vorbehaltlich ihrer Kündigungsbefugnis - ihre Zustimmung geben müsse, wenn keine gerechtfertigten Gründe zur Ablehnung des Übernehmers vorlägen. Dies sei zu Beginn des Jahres 2001 geschehen. Der Beklagte werde aus seiner persönlichen Haftungserklärung aus dem Wechsel in Anspruch genommen. Das Begehr eines Geschäftsführerbezuges sei nicht präzisiert und aufgeschlüsselt worden. Das Stehenlassen von Geschäftsführerbezügen sei als Eigenkapital ersetzendes Darlehen zu beurteilen. Nach den Feststellungen sei die Kasse nicht auf Rechnung der Gemeinschuldnerin angeschafft worden.

Das Berufungsgericht änderte das angefochtene Urteil im Sinne einer Klagsabweisung ab. In rechtlicher Hinsicht gelangte es zu dem Ergebnis, dass der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* am 15. 9. 1998 bestenfalls Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer OHG zum Betrieb des Wirthauses gewesen seien. Eine Verabredung

mehrerer Personen, eine GmbH zu gründen, werde als Vorgründungsgesellschaft bezeichnet und sei rechtlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, beim Betrieb eines Vollhandelsgewerbes aber eine OHG. Die Personen könnten bereits rechtsgeschäftlich tätig werden und die spätere GmbH allenfalls auch verpflichten. Allerdings könnten diese Rechtsausführungen zur Vorgründungsgesellschaft hier nicht Platz greifen, da die GmbH, die in der Folge die Gastwirtschaft betrieben habe, bereits gegründet und eingetragen gewesen sei. Die Gesellschafter der nunmehrigen Gemeinschuldnerin seien sohin im März 1999 mit den Inhabern des gegenständlichen Kontos ident gewesen. Diese nachträgliche Änderung des Firmennamens und der Rechtsform des Unternehmens ändere jedoch nichts an der Kontoinhaberschaft des Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\*. Die beiden Abhebungen seien zwar zeitlich nach der Firmenbucheintragung vom 26. 3. 1999 gelegen, an der Kontoinhaberschaft habe sich aber nichts geändert, insbesondere handle es sich nicht um Gesellschaftsvermögen, wobei im Zusammenhang mit diesem Konto von Gesellschaftsvermögen überhaupt nicht gesprochen werden können, da bereits zum 1. 4. 1999 ein Debetsaldo von mehr als S 600.000 verzeichnet gewesen sei, der in den folgenden Jahren laufend angestiegen sei. Der Beklagte habe nicht Gesellschaftsvermögen in Form von Privatentnahmen entnommen, sondern den Schultsaldo der GmbH vergrößert. Eine Vertragsübernahme im Jahr 2001 könne keine Änderung der rechtlichen Beurteilung bewirken. Mit der Abgabe der neuen Wechselwidmungserklärungen sei lediglich eine Sicherheitenverstärkung, nicht jedoch eine Kontoübertragung auf die GmbH erfolgt. Eine Vertragsübernahme mit Zustimmung des anderen Teiles könne darin nicht erblickt werden. Selbst wenn man in der Ausstellung von Zahlscheinen und Überweisungsformularen mit der Firmenbezeichnung der Gemeinschuldnerin eine Zustimmung zu einer Kontoübertragung erkennen wollte, würde dies nichts ändern, da diese erst nach den beiden Überweisungen erfolgt sei. Es wäre auch nicht einsichtig, dass ein Bankinstitut bei einem Sollsaldo von über S 2 Mio im Jahr 2001 auf zwei persönlich haftende natürliche Personen verzichten und sich mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Kontoschuldnerin zufrieden geben sollte. Kontoinhaber seien sohin nicht die Gemeinschuldnerin, sondern der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* gewesen. Bei den beiden Überweisungen handle es sich sohin um ihnen eingeräumte und angelastete Überziehungskredite, sodass sich für die Gemeinschuldnerin kein Abdeckungsanspruch begründen lasse.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, da die Bestimmung des Kontoinhabers von den Umständen des Einzelfalls abhängig sei.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers mit einem Abänderungsantrag, in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

In den freigestellten Revisionsbeantwortungen beantragt die Beklagte, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Die Nebenintervenientin beteiligte sich am Revisionsverfahren nicht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und auch berechtigt.

Nach den Feststellungen pachteten der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* das Gastwirtschaftsunternehmen. Da keine besondere Rechtsform feststellbar ist, und nach den Feststellungen "mittelfristig daran gedacht war, den Betrieb im Rahmen einer GmbH zu führen", jedoch weder ein formgültiger Vorgründungsvertrag noch ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, führten sie das Unternehmen hier in der Form einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht allenfalls in der Form einer OHG (vgl 1 Ob 70/99x, vgl RIS-Justiz RS0022293, RS0109826). Nach den Feststellungen betrieb dann die nunmehrige Gemeinschuldnerin das Unternehmen, nachdem die beiden Gesellschafter der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht die Geschäftsanteile der Gemeinschuldnerin je zur Hälfte erwarben. Dies geschah offenbar "informell", da nicht einmal der Steuerberater nachvollziehen konnte, wie der "Unternehmensübergang" vor sich ging. Da aber unstrittig ist, dass das Unternehmen nunmehr von der gemeinschuldnerischen GmbH geführt wurde, muss es wohl "übertragen" worden sein und ist daher von der Übernahme des Unternehmens auf rechtsgeschäftliche Art auszugehen, mag diese auch nur stillschweigend erfolgt sein. Der Übernahme- oder Einbringungsvertrag kann entgeltlich oder unentgeltlich oder auch schlüssig geschlossen worden sein (vgl 6 Ob 34/00v, 1 Ob 11/01a). Weiters steht fest, dass jenes Konto, das vom Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\* im eigenen Namen, aber mit dem Zusatz "Gasthof St\*\*\*\*" eröffnet wurde, das einzige Geschäftskonto der nunmehrigen Gemeinschuldnerin ist. Die Unternehmensübertragung bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge, sondern Einzelrechtsnachfolge (RIS-Justiz RS0115146, RS0010021, Reich-Rohrwig, Exekutionsführung nach Betriebsaufspaltung,

in ecolex 1998, 915 mwN). Von der Übertragung war auch stillschweigend das gegenständliche Konto der vormaligen Gesellschaft nach bürgerlichen Recht umfasst, zumal das Konto für die Abwicklung der Geschäfte des nunmehr von der GmbH übernommenen Wirtshaus St\*\*\*\*\* schon bisher diente und die GmbH über kein anderes Gesellschaftskonto verfügte. Für eine Schuld- bzw Vertragsübernahme wäre die Zustimmung des Vertragspartners, hier der Nebeninterventientin, notwendig (Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 4/6). Die fehlende Zustimmung des Gläubigers hindert nach ständiger Rechtsprechung aber nicht die Wirksamkeit der zwischen Schuldner und Übernehmer getroffenen Vereinbarung, sondern macht sie nur in dem Sinn "unvollständig", als sie den Gläubiger nicht bindet. Die mit der Vertragsübernahme verbundene Schuldübernahme entfaltet nach ständiger Rechtsprechung in einem solchen Fall bloß die Rechtswirkungen einer Erfüllungsübernahme (6 Ob 39/01f mwN; RIS-Justiz RS0032629). Nach den Feststellungen pachteten der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* das Gastwirtschaftsunternehmen. Da keine besondere Rechtsform feststellbar ist, und nach den Feststellungen "mittelfristig daran gedacht war, den Betrieb im Rahmen einer GmbH zu führen", jedoch weder ein formgültiger Vorgründungsvertrag noch ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, führten sie das Unternehmen hier in der Form einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht allenfalls in der Form einer OHG vergleiche 1 Ob 70/99x, vergleiche RIS-Justiz RS0022293, RS0109826). Nach den Feststellungen betrieb dann die nunmehrige Gemeinschuldnerin das Unternehmen, nachdem die beiden Gesellschafter der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht die Geschäftsanteile der Gemeinschuldnerin je zur Hälfte erwarben. Dies geschah offenbar "informell", da nicht einmal der Steuerberater nachvollziehen konnte, wie der "Unternehmensübergang" vor sich ging. Da aber unstrittig ist, dass das Unternehmen nunmehr von der gemeinschuldnerischen GmbH geführt wurde, muss es wohl "übertragen" worden sein und ist daher von der Übernahme des Unternehmens auf rechtsgeschäftliche Art auszugehen, mag diese auch nur stillschweigend erfolgt sein. Der Übernahme- oder Einbringungsvertrag kann entgeltlich oder unentgeltlich oder auch schlüssig geschlossen worden sein vergleiche 6 Ob 34/00v, 1 Ob 11/01a). Weiters steht fest, dass jenes Konto, das vom Beklagten und Ernst H\*\*\*\*\* im eigenen Namen, aber mit dem Zusatz "Gasthof St\*\*\*\*\*" eröffnet wurde, das einzige Geschäftskonto der nunmehrigen Gemeinschuldnerin ist. Die Unternehmensübertragung bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge, sondern Einzelrechtsnachfolge (RIS-Justiz RS0115146, RS0010021, Reich-Rohrwig, Exekutionsführung nach Betriebsaufspaltung, in ecolex 1998, 915 mwN). Von der Übertragung war auch stillschweigend das gegenständliche Konto der vormaligen Gesellschaft nach bürgerlichen Recht umfasst, zumal das Konto für die Abwicklung der Geschäfte des nunmehr von der GmbH übernommenen Wirtshaus St\*\*\*\*\* schon bisher diente und die GmbH über kein anderes Gesellschaftskonto verfügte. Für eine Schuld- bzw Vertragsübernahme wäre die Zustimmung des Vertragspartners, hier der Nebeninterventientin, notwendig (Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht römisch eins Rz 4/6). Die fehlende Zustimmung des Gläubigers hindert nach ständiger Rechtsprechung aber nicht die Wirksamkeit der zwischen Schuldner und Übernehmer getroffenen Vereinbarung, sondern macht sie nur in dem Sinn "unvollständig", als sie den Gläubiger nicht bindet. Die mit der Vertragsübernahme verbundene Schuldübernahme entfaltet nach ständiger Rechtsprechung in einem solchen Fall bloß die Rechtswirkungen einer Erfüllungsübernahme (6 Ob 39/01f mwN; RIS-Justiz RS0032629).

Unabhängig davon also, ob in der Entgegennahme von Überweisungen bereits ab September 1999, die auf einen Kontoinhaber mit GmbH-Zusatz schließen ließen (Feststellungen des Erstgerichtes Urteilsausfertigung S 25 erster Absatz), eine Zustimmung der Nebeninterventientin zur Vertragsübernahme zu erblicken ist oder nicht, erfolgte durch die Übertragung des Unternehmens durch die Gesellschafter der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht auf die nunmehrige Gemeinschuldnerin, deren Geschäftsführer sie waren, zumindest eine Verpflichtung der Gemeinschuldnerin im Sinne einer Erfüllungsübernahme im Innenverhältnis. Dies bedeutet, dass im Innenverhältnis zwischen den früheren Gesellschaftern der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht und der nunmehrigen Gemeinschuldnerin das Konto als jenes der Gemeinschuldnerin zu beurteilen ist, über das sämtliche Zahlungsbelange das Unternehmen Gasthof St\*\*\*\*\* betreffend abgewickelt wurden. Kontobewegungen betreffen also das Gesellschaftsvermögen der Gemeinschuldnerin. Der Beklagte war daher nicht berechtigt, für private Zwecke das Konto zu belasten, da er damit die Gemeinschuldnerin zur Rückzahlung verpflichtet, entweder der Bank gegenüber bei vollständiger Vertragsübernahme oder zumindest den der Bank haftenden Kontoinhabern gegenüber bei unvollständiger Vertragübernahme. Der Umstand, dass der Beklagte und Ernst H\*\*\*\*\* der Bank gegenüber (auch) zur Sicherstellung des Kreditsaldos Wechselblankoakzepte unterfertigten, ändert daran nichts. Die Schuldnerin aus den Kontoverbindlichkeiten ist nämlich letztlich die Gemeinschuldnerin, der Beklagte haftet aus dem Wechselakzept.

Dementsprechend erklärte der Beklagte auch gegenüber Ernst H\*\*\*\*\* und dem Steuerberater, dass er jene Beträge,

die er für private Zwecke vom Konto der nunmehrigen Gemeinschuldnerin abgehoben habe, dieser zurückerstattet werde, was jedoch nicht geschah.

Ausgehend von den Feststellungen des Erstgerichtes erfolgten auch die Zahlungen im Zusammenhang mit der Anschaffung einer Handkasse zur Tilgung einer den Beklagten persönlich treffenden Schuld. Dieser und Elisabeth S\*\*\*\*\*, die früheren Pächter des Wirthauses St\*\*\*\*\*, waren nämlich aufgrund des Pachtvertrages verpflichtet, die defekte Handkasse zu ersetzen. Es handelt sich daher nicht um eine Verpflichtung der nunmehrigen Gemeinschuldnerin, sondern um eine persönliche Schuld des Beklagten, insbesondere auch aufgrund seines Anerkenntnisses.

Die Klagsforderung besteht daher zu Recht.

Der Beklagte machte in seiner Berufung keine Ausführungen zu den eingewandten Gegenforderungen. Wurde aber das Ersturteil nur in einem bestimmten Punkt wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung angefochten, dann können andere Punkte in der Rechtsrüge der Revision nicht mehr geltend gemacht werden (Kodek in Rechberger2, § 503 ZPO, Rz 5). Im Übrigen wurden die Gegenforderungen im erstinstanzlichen Verfahren - ausgenommen zur Handkasse (vergleiche aber dazu die obigen Ausführungen, dass der Beklagte eine eigene Verpflichtung erfüllte) - in keiner Weise aufgeschlüsselt oder präzisiert. Der Beklagte machte in seiner Berufung keine Ausführungen zu den eingewandten Gegenforderungen. Wurde aber das Ersturteil nur in einem bestimmten Punkt wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung angefochten, dann können andere Punkte in der Rechtsrüge der Revision nicht mehr geltend gemacht werden (Kodek in Rechberger2, Paragraph 503, ZPO, Rz 5). Im Übrigen wurden die Gegenforderungen im erstinstanzlichen Verfahren - ausgenommen zur Handkasse (vergleiche aber dazu die obigen Ausführungen, dass der Beklagte eine eigene Verpflichtung erfüllte) - in keiner Weise aufgeschlüsselt oder präzisiert.

Es war daher das erstinstanzliche Urteil wieder herzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 50., 41 ZPO.

**Textnummer**

E75504

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:0050OB00082.04A.1207.000

**Im RIS seit**

06.01.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

29.02.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

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