

# TE OGH 1997/7/23 7Ob2418/96f

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.07.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Warta als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Niederreiter, Dr.Schalich, Dr.Tittel und Dr.I.Huber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr.T\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Peter Schmautzer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Ing.Gottfried S\*\*\*\*\*, und 2. Rosalia S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Walter Kainz, Rechtsanwalt in Wien, wegen Abgabe einer Zustimmungserklärung (Streitwert S 147.281,--) infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 2.Juli 1996, GZ 11 R 125/96z-15, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 20.März 1996, GZ 7 Cg 144/95p-10, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 9.207,-- (darin S 1.534,50 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

### Entscheidungsgründe:

Der Kläger überwies dem ihm bekannten Wiener Rechtsanwalt Dr.Anton K\*\*\*\*\* am 27.6.1991 einen Betrag von 2 Mill.S auf dessen Konto bei der Zentralsparkasse, um damit den geplanten Ankauf einer Eigentumswohnung im 6.Wiener Gemeindebezirk finanzieren zu können. Obwohl ein Kaufvertragsabschluß bezüglich dieser Wohnung nicht zustandekam, beließ der Kläger den überwiesenen Betrag auf dem Konto Dris.K\*\*\*\*\*, um ihn für einen möglichen weiteren Wohnungsankauf verwenden zu können. Mit von Dr.Anton K\*\*\*\*\* errichtetem Kaufvertrag vom 30.5.1994 verkauften die beiden Beklagten ihre Eigentumswohnung in W\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\*gasse 17/3, um 2,2 Mill.S dem Kläger. Laut Punkt II dieses Kaufvertrages erfolgt die Bezahlung des Kaufschillings "mit Unterfertigung des Kaufvertrages zu Handen des Vertragserrichters Dr.Anton K\*\*\*\*\*", der ihn zu treuen Handen mit der Auflage übernimmt, ihn nach Vorliegen aller Voraussetzungen zur lastenfreien grundbürgerlichen Einverleibung des Eigentumsrechtes für den Käufer an die Verkäufer auszu folgen." Laut Punkt IV des Vertrages "gilt" der Kauf bis zum Vorliegen der Genehmigung des Magistrates der Stadt Wien nach dem Ausländergrunderwerbsgesetz "als aufschiebend bedingt abgeschlossen". Gemäß Punkt VII übernimmt der Käufer alle mit der Errichtung des Vertrages und dessen grundbürgerlicher Durchführung zusammenhängenden Kosten, Abgaben, Steuern und Gebühren. Die Übergabe der Wohnung in den Besitz des Klägers erfolgt nach Punkt III mit Unterfertigung des Kaufvertrages.Der Kläger überwies dem ihm bekannten Wiener Rechtsanwalt Dr.Anton K\*\*\*\*\* am 27.6.1991 einen Betrag von 2 Mill.S auf dessen Konto bei der Zentralsparkasse, um damit den geplanten Ankauf einer Eigentumswohnung im 6.Wiener Gemeindebezirk finanzieren

zu können. Obwohl ein Kaufvertragsabschluß bezüglich dieser Wohnung nicht zustandekam, beließ der Kläger den überwiesenen Betrag auf dem Konto Dris.K\*\*\*\*\*\*, um ihn für einen möglichen weiteren Wohnungsankauf verwenden zu können. Mit von Dr.Anton K\*\*\*\*\* errichtetem Kaufvertrag vom 30.5.1994 verkauften die beiden Beklagten ihre Eigentumswohnung in W\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\*gasse 17/3, um 2,2 Mill.S dem Kläger. Laut Punkt römisch II dieses Kaufvertrages erfolgt die Bezahlung des Kaufschillings "mit Unterfertigung des Kaufvertrages zu Handen des Vertragserrichters Dr.Anton K\*\*\*\*\*", der ihn zu treuen Handen mit der Auflage übernimmt, ihn nach Vorliegen aller Voraussetzungen zur lastenfreien grundbürgerlichen Einverleibung des Eigentumsrechtes für den Käufer an die Verkäufer auszufolgen." Laut Punkt römisch IV des Vertrages "gilt" der Kauf bis zum Vorliegen der Genehmigung des Magistrates der Stadt Wien nach dem Ausländergrunderwerbsgesetz "als aufschiebend bedingt abgeschlossen". Gemäß Punkt römisch VII übernimmt der Käufer alle mit der Errichtung des Vertrages und dessen grundbürgerlicher Durchführung zusammenhängenden Kosten, Abgaben, Steuern und Gebühren. Die Übergabe der Wohnung in den Besitz des Klägers erfolgt nach Punkt römisch III mit Unterfertigung des Kaufvertrages.

Der Kläger hatte Dr.Anton K\*\*\*\*\* angewiesen, die bei ihm erliegenden 2 Mill.S samt den bislang aufgelaufenen Zinsen zur Begleichung des Kaufvertrages zu verwenden. Anlässlich der Unterfertigung des Kaufvertrages teilte Dr.K\*\*\*\*\* den Beklagten mit, daß der Kläger bei ihm eine, ziffernmäßig nicht näher bezeichnete, Geldsumme deponiert habe. Ob der vom Kläger Dr.K\*\*\*\*\* überwiesene Geldbetrag (samt Zinsen) zu diesem Zeitpunkt noch auf einem Treuhandkonto des Dr.Anton K\*\*\*\*\* erlag, konnte nicht festgestellt werden. Dr.K\*\*\*\*\* übernahm es als Treuhänder neben der erwähnten Lastenfreistellung, für den Kläger einen genehmigenden Bescheid der Grundverkehrsbehörde zu besorgen und die Grunderwerbsteuer zu berichtigen und im Anschluß daran den Kaufpreis an die Beklagten auszuhändigen. Der Aufforderung Dris.K\*\*\*\*\*, S 446.441,25 zur gänzlichen Begleichung aller Kosten und Steuern zu bezahlen, kam der Kläger mit der entsprechenden Einzahlung vom 16.6.1994 nach. Die weitere Vertragsabwicklung wurde von Dr.K\*\*\*\*\* verzögert. Über Urgenz der Beklagten überwies er an sie am 21.12.1994 1 Mill.S, allerdings nicht vom Treuhandkonto des Klägers. Der weitere Kaufpreisrest ist nach wie vor offen. Ab Jänner 1995 war Dr.K\*\*\*\*\* nicht mehr erreichbar. Die Lastenfreistellung ihrer Liegenschaftsanteile an der gegenständlichen Wohnung wurde von den Beklagten in der Folge selbst vorgenommen. Mit Beschuß vom 25.4.1995 wurde für den unauffindbaren Dr.Anton K\*\*\*\*\* Dr.Armin K\*\*\*\*\* zum mittlerweiligen Stellvertreter bestellt. Dieser teilte dem Rechtsvertreter des Klägers mit, daß sich die Originalurkunden bezüglich des Liegenschaftserwerbs in seinen Händen befänden. Die Beklagten haben das Ersuchen des Klägers auf Ausfolgung dieser Unterlagen vor Bezahlung des Restkaufpreises abgelehnt.

Der Kläger begehrte die Erteilung der Zustimmung der Beklagten zur Herausgabe der bei Dr.Armin K\*\*\*\*\* erliegenden Originalurkunden, welche er zur Einverleibung seines Eigentumsrechtes an den gekauften Liegenschaftsanteilen im Grundbuch benötige. Bei diesen Originalurkunden handle es sich 1.) um den am 30.5.1994 zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Kaufvertrag, welcher bereits dem Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern am 10.6.1994 angezeigt und unter BRP 383402 verbucht wurde, 2.) um den Bescheid über die Genehmigung des Kaufvertrages nach dem Ausländergrunderwerbsgesetz,

3.) um die Löschungsquittung des Landes Wien und 4.) um die Löschungsquittung der Bank Austria AG. Er brachte dazu im wesentlichen vor, daß beide Vertragspartner Dr.Anton K\*\*\*\*\* als Treuhänder eingesetzt hätten und diese Vereinbarung auch im Punkt II. des Kaufvertrages festgehalten worden sei. Für die Auslegung eines hypothetischen Parteiwillens bestehe daher kein Raum. Im Kaufvertrag sei auch zum Ausdruck gebracht worden, daß ab Unterfertigung des Kaufvertrages die beim Treuhänder erliegende Summe nur mehr zugunsten der Beklagten zu verwalten sei und der Kläger ab diesem Zeitpunkt keinen Anspruch mehr auf das vor Abschluß des Kaufvertrages erlegte Treugut habe. Die Beklagten treffe daher das alleinige Risiko am Treuhanderlag.3.) um die Löschungsquittung des Landes Wien und 4.) um die Löschungsquittung der Bank Austria AG. Er brachte dazu im wesentlichen vor, daß beide Vertragspartner Dr.Anton K\*\*\*\*\* als Treuhänder eingesetzt hätten und diese Vereinbarung auch im Punkt römisch II. des Kaufvertrages festgehalten worden sei. Für die Auslegung eines hypothetischen Parteiwillens bestehe daher kein Raum. Im Kaufvertrag sei auch zum Ausdruck gebracht worden, daß ab Unterfertigung des Kaufvertrages die beim Treuhänder erliegende Summe nur mehr zugunsten der Beklagten zu verwalten sei und der Kläger ab diesem Zeitpunkt keinen Anspruch mehr auf das vor Abschluß des Kaufvertrages erlegte Treugut habe. Die Beklagten treffe daher das alleinige Risiko am Treuhanderlag.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Klagebegehrens und wendeten im wesentlichen ein, daß der Nachweis für den vollständigen Erlag des Kaufpreises in Höhe von S 2,200.000,-- beim Treuhänder Dr.Anton K\*\*\*\*\* fehle. Der

Kläger habe bereits im Jahr 1991 S 2,000.000,- für eine völlig andere Rechtssache an Dr.Anton K\*\*\*\*\* überwiesen; Dr.K\*\*\*\*\* sei ab diesem Zeitpunkt alleiniger Treuhänder des Klägers gewesen. Da die Beklagten an der Treuhandschaft zwischen dem Kläger und Dr.Anton K\*\*\*\*\* nicht beteiligt gewesen seien, könne das Risiko der Veruntreuung durch den Treuhänder auch nicht zu ihren Lasten gehen. Zum einen habe der Kläger als Käufer die Möglichkeit gehabt, den Vertragserichter und Treuhänder auszuwählen. Zum anderen sei der Vertragserichter Dr.Anton K\*\*\*\*\* ein persönlicher Freund des Klägers gewesen; die Beklagten hätten auf die Auswahl des Treuhänders keinen Einfluß gehabt. Das Risiko der Veruntreuung falle vielmehr in die Sphäre des Käufers. Dieser sei daher zur Zahlung des restlichen Kaufpreises verpflichtet. Im Falle des Nachweises des Klägers, daß der gesamte Kaufpreis doch mit Unterfertigung des Kaufvertrages treuhändig bei Dr.Anton K\*\*\*\*\* erlegt worden sei, wäre im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung der hypothetische Parteiwille der Vertragsteile zu ermitteln.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Veruntreuung von Treugut treffe bei einer mehrseitigen Treuhand, wie sie von den Streitteilen Dr.Anton K\*\*\*\*\* erteilt worden sei, jeweils den Treugeber, der nach der Sach- und Rechtslage Anspruch auf Ausfolgung des Treugutes hätte. Die Beklagten hätten den Nachweis für den Zeitpunkt der Veruntreuung nicht erbracht, sodaß diese Unklarheit zu ihren Lasten gehe. Den Beklagten sei es nicht gelungen, die von ihnen behaupteten anspruchsvernichtenden Tatsachen zu beweisen.

Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung mit dem angefochtenen Urteil in eine Klagsabweisung ab. Es erklärte die Erhebung der ordentlichen Revision für zulässig. Der Kläger habe zwar nachgewiesen, bereits am 27.6.1991 2 Mill.S an Dr.K\*\*\*\*\* überwiesen zu haben, doch seien zu dieser Zeit die Beklagten noch nicht in das Treuhandschaftsverhältnis einbezogen gewesen. Ihnen sei zwar bei Vertragsunterfertigung gesagt worden, daß sich bereits ein vom Kläger treuhändig erlegter Geldbetrag bei Dr.K\*\*\*\*\* befindet; über die Höhe dieses Betrages bzw über dessen tatsächlichen Erlag hätten sie jedoch nicht Bescheid gewußt. Aufgrund des Umstandes, daß der Kläger von 1991 bis 30.5.1994 alleiniger Treugeber Dr.Anton K\*\*\*\*\* war, wären alle Tatsachen im Zusammenhang mit dem Erlag des Geldes vom Kläger zu beweisen gewesen. Da die Beklagten erst mit Abschluß des Kaufvertrages vom 30.5.1994 zu weiteren Treugebern Dris.K\*\*\*\*\* geworden seien, könne ihnen entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichtes nicht die Beweislast für den Nachweis des Zeitpunktes der Veruntreuung zugewiesen werden. Aus Punkt II des Kaufvertrages lasse sich die Verpflichtung des Klägers auf Übergabe des Kaufpreises von 2,2 Mill.S an Dr.K\*\*\*\*\* zu treuen Handen entnehmen. Nur bei Erfüllung dieser Verpflichtung sei der Vertragswille der Beklagten darauf gerichtet gewesen, Dr.K\*\*\*\*\* von beiden Seiten als Treuhänder für diesen Zweck einzusetzen. Es erscheine daher erst ab Beginn dieses Vertragsverhältnisses zulässig, den Kaufvertragspartnern die Beweislast für das Erfüllen ihrer aus dem Kaufvertrag resultierenden Pflichten aufzubürden. Da die Beklagten bei Vertragsunterfertigung davon ausgegangen seien, daß der Kläger den Kaufpreis dem Treuhänder bereits übergeben habe, könne ihnen nicht die Beweislast für solche Tatsachen aufgebürdet werden, die sich schon im Vorfeld des Abschlusses des Kaufvertrages bzw. Treuhandvertrages ohne ihr Zutun ereignet hätten. Vielmehr müsse dem Kläger der Beweis dafür aufgebürdet werden, ob sein Treuhänder Dr.Anton K\*\*\*\*\* bei Kaufvertragsabschluß noch über das bei ihm erlegte Geld verfügte. Da es sich dabei um eine anspruchsgrundende Tatsache handle, wäre es Aufgabe des Klägers gewesen, sich bei Vertragsunterfertigung zu Beweiszwecken den (aufrechten) Erlag des Treuhandbetrages durch Vorweisen eines Beleges nachweisen zu lassen. Der Umstand, daß das Erstgericht nicht habe feststellen können, ob der vom Kläger überwiesene Betrag zum Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung noch in der Verfügungsmacht Dris.K\*\*\*\*\* stand, gehe daher zu Lasten des Klägers. Die gleichen Erwägungen gälten auch für das Risiko der Zurechnung des Verlustes des Treuhandgutes zufolge einer Veruntreuung durch den Treuhänder, weil die aus dem Wesen der Treuhand abgeleitete Risikoverteilung nach den Grundsätzen des § 1311 ABGB vorzunehmen sei. Der bloße Zufall des Verlustes des Treugutes treffe denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereigne. Die Rechtsprechung, daß die Veruntreuung des Geldes durch den Treuhänder grundsätzlich denjenigen treffe, der aufgrund des erteilten Auftrages den Anspruch auf Ausfolgung des treuhändig erlegten Betrages habe, könne daher nicht auf den gegenständlichen Fall herangezogen werden. Dementsprechend ergebe sich daraus rechtlich, daß dem Kläger erst nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises der begehrte Anspruch auf Ausfolgung der Originalurkunden zur Verbücherung seines Eigentumsrechtes zustehe. Zu dieser Lösung gelange man auch bei Anwendung der Gefahrentragungsregel des § 905 Abs 2 ABGB. Auch dort trage der Schuldner bis zur Zahlung in der vereinbarten Form die Gefahr des zufälligen Verlustes und müsse in diesem Falle noch einmal bezahlen. Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung mit dem angefochtenen Urteil in eine Klagsabweisung ab. Es erklärte die Erhebung der ordentlichen Revision für zulässig. Der Kläger habe zwar nachgewiesen, bereits am 27.6.1991 2 Mill.S an Dr.K\*\*\*\*\* überwiesen zu haben, doch seien zu dieser Zeit die

Beklagten noch nicht in das Treuhandschaftsverhältnis einbezogen gewesen. Ihnen sei zwar bei Vertragsunterfertigung gesagt worden, daß sich bereits ein vom Kläger treuhändig erlegter Geldbetrag bei Dr.K\*\*\*\*\* befindet; über die Höhe dieses Betrages bzw. über dessen tatsächlichen Erlag hätten sie jedoch nicht Bescheid gewußt. Aufgrund des Umstandes, daß der Kläger von 1991 bis 30.5.1994 alleiniger Treugeber Dr.Anton K\*\*\*\*\* war, wären alle Tatsachen im Zusammenhang mit dem Erlag des Geldes vom Kläger zu beweisen gewesen. Da die Beklagten erst mit Abschluß des Kaufvertrages vom 30.5.1994 zu weiteren Treugebern Dris.K\*\*\*\*\* geworden seien, könne ihnen entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichtes nicht die Beweislast für den Nachweis des Zeitpunktes der Veruntreuung zugewiesen werden. Aus Punkt römisch II des Kaufvertrages lasse sich die Verpflichtung des Klägers auf Übergabe des Kaufpreises von 2,2 Mill.S an Dr.K\*\*\*\*\* zu treuen Handen entnehmen. Nur bei Erfüllung dieser Verpflichtung sei der Vertragswille der Beklagten darauf gerichtet gewesen, Dr.K\*\*\*\*\* von beiden Seiten als Treuhänder für diesen Zweck einzusetzen. Es erscheine daher erst ab Beginn dieses Vertragsverhältnisses zulässig, den Kaufvertragspartnern die Beweislast für das Erfüllen ihrer aus dem Kaufvertrag resultierenden Pflichten aufzubürden. Da die Beklagten bei Vertragsunterfertigung davon ausgegangen seien, daß der Kläger den Kaufpreis dem Treuhänder bereits übergeben habe, könne ihnen nicht die Beweislast für solche Tatsachen aufgebürdet werden, die sich schon im Vorfeld des Abschlusses des Kaufvertrages bzw. Treuhandvertrages ohne ihr Zutun ereignet hätten. Vielmehr müsse dem Kläger der Beweis dafür aufgebürdet werden, ob sein Treuhänder Dr.Anton K\*\*\*\*\* bei Kaufvertragsabschluß noch über das bei ihm erlegte Geld verfügte. Da es sich dabei um eine anspruchsgrundende Tatsache handle, wäre es Aufgabe des Klägers gewesen, sich bei Vertragsunterfertigung zu Beweiszwecken den (aufrechten) Erlag des Treuhandbetrages durch Vorweisen eines Beleges nachweisen zu lassen. Der Umstand, daß das Erstgericht nicht habe feststellen können, ob der vom Kläger überwiesene Betrag zum Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung noch in der Verfügungsmacht Dris.K\*\*\*\*\* stand, gehe daher zu Lasten des Klägers. Die gleichen Erwägungen gälten auch für das Risiko der Zurechnung des Verlustes des Treuhandgutes zufolge einer Veruntreuung durch den Treuhänder, weil die aus dem Wesen der Treuhand abgeleitete Risikoverteilung nach den Grundsätzen des Paragraph 1311, ABGB vorzunehmen sei. Der bloße Zufall des Verlustes des Treugutes treffe denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereigne. Die Rechtsprechung, daß die Veruntreuung des Geldes durch den Treuhänder grundsätzlich denjenigen treffe, der aufgrund des erteilten Auftrages den Anspruch auf Ausfolgung des treuhändig erlegten Betrages habe, könne daher nicht auf den gegenständlichen Fall herangezogen werden. Dementsprechend ergebe sich daraus rechtlich, daß dem Kläger erst nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises der begehrte Anspruch auf Ausfolgung der Originalurkunden zur Verbücherung seines Eigentumsrechtes zustehe. Zu dieser Lösung gelange man auch bei Anwendung der Gefahrentragungsregel des Paragraph 905, Absatz 2, ABGB. Auch dort trage der Schuldner bis zur Zahlung in der vereinbarten Form die Gefahr des zufälligen Verlustes und müsse in diesem Falle noch einmal bezahlen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen diese Entscheidung erhobene Revision ist nicht berechtigt.

In den Entscheidungen SZ 26/206, EvBl 1972/19, 5 Ob 550/80, JBI 1981, 90, JBI 1995, 590, und zuletzt 10 Ob 2082/96s, hat der Oberste Gerichtshof die Frage, in wessen Vermögen sich der Verlust des Geldes beim Treuhänder ereignet und welche der Parteien gemäß § 1311 ABGB den Schaden zu tragen hat, grundsätzlich und stets gleichlautend davon abhängig gemacht, wer nach der von den Tatsacheninstanzen festgestellten Sachverhaltslage und dem Stand der Dinge einen Anspruch auf Ausfolgung des Geldes gegen den Treuhänder hatte (so auch Strasser in Rummel, ABGB I2, Rz 42 aE zu § 1002, Apathy in Schwimann ABGB2 § 1002 Rz 9 f). Nur wenn der zwischen den Vertragsteilen abzuschließende Kaufvertrag gar nicht zustande gekommen war (5 Ob 550/80) oder die für die Ausfolgung des Geldes gesetzten Bedingungen nicht eingetreten sind (EvBl 1980/162), wurde ausgesprochen, daß sich die Veruntreuung noch nicht in der Risikosphäre des ansonsten empfangsberechtigten Verkäufers abgespielt habe. Nach der Gefahrentragungsregel des § 905 Abs 2 ABGB trägt der Schuldner bis zur Zahlung in der vereinbarten Weise die Gefahr des zufälligen Verlustes (worunter auch der Fall einer Veruntreuung durch den Treuhänder subsumiert wird), muß also im Falle des zufälligen Verlustes noch einmal zahlen; daraus folgt aber, daß nach der Erfüllung in der vereinbarten Weise die Gefahr des zufälligen Verlustes nicht mehr vom Schuldner (hier also der klagenden Partei) zu tragen ist (JBI 1995, 590). Bei der mehrseitigen Treuhand erwirbt ein Verkäufer erst dann den Anspruch auf Ausfolgung des Treuhandlerlages, wenn der Käufer sowohl den Kaufpreis erlegt als auch alle weiteren Schritte gesetzt hat, die für die Einverleibung seines Eigentumsrechtes erforderlich sind wie zB die Zustimmung der Ausländergrundverkehrskommission. Mit dem Erwerb dieses unmittelbaren und von keiner weiteren Bedingung mehr

abhängigen Anspruches durch den Verkäufer tritt dann der "Zufall" des Verlustes gemäß § 1311 in den Entscheidungen SZ 26/206, EvBl 1972/19, 5 Ob 550/80, JBI 1981, 90, JBI 1995, 590, und zuletzt 10 Ob 2082/96s, hat der Oberste Gerichtshof die Frage, in wessen Vermögen sich der Verlust des Geldes beim Treuhänder ereignet und welche der Parteien gemäß Paragraph 1311, ABGB den Schaden zu tragen hat, grundsätzlich und stets gleichlautend davon abhängig gemacht, wer nach der von den Tatsacheninstanzen festgestellten Sachverhaltslage und dem Stand der Dinge einen Anspruch auf Ausfolgung des Geldes gegen den Treuhänder hatte (so auch Strasser in Rummel, ABGB I 2, Rz 42 aE zu Paragraph 1002, Apathy in Schwimann ABGB2 Paragraph 1002, Rz 9 f). Nur wenn der zwischen den Vertragsteilen abzuschließende Kaufvertrag gar nicht zustande gekommen war (5 Ob 550/80) oder die für die Ausfolgung des Geldes gesetzten Bedingungen nicht eingetreten sind (EvBl 1980/162), wurde ausgesprochen, daß sich die Veruntreuung noch nicht in der Risikosphäre des ansonsten empfangsberechtigten Verkäufers abgespielt habe. Nach der Gefahrtragungsregel des Paragraph 905, Absatz 2, ABGB trägt der Schuldner bis zur Zahlung in der vereinbarten Weise die Gefahr des zufälligen Verlustes (worunter auch der Fall einer Veruntreuung durch den Treuhänder subsumiert wird), muß also im Falle des zufälligen Verlustes noch einmal zahlen; daraus folgt aber, daß nach der Erfüllung in der vereinbarten Weise die Gefahr des zufälligen Verlustes nicht mehr vom Schuldner (hier also der klagenden Partei) zu tragen ist (JBI 1995, 590). Bei der mehrseitigen Treuhand erwirbt ein Verkäufer erst dann den Anspruch auf Ausfolgung des Treuhandlerlages, wenn der Käufer sowohl den Kaufpreis erlegt als auch alle weiteren Schritte gesetzt hat, die für die Einverleibung seines Eigentumsrechtes erforderlich sind wie zB die Zustimmung der Ausländergrundverkehrskommission. Mit dem Erwerb dieses unmittelbaren und von keiner weiteren Bedingung mehr abhängigen Anspruches durch den Verkäufer tritt dann der "Zufall" des Verlustes gemäß Paragraph 1311,

1. Satz ABGB im Vermögen des Verkäufers ein. Ob der Erlag von 2 Mill.S durch den Kläger auf ein Konto des Dr. Anton K\*\*\*\*\* als einseitige Treuhand bzw als Auftragsvertrag zu qualifizieren ist, kann dahingestellt bleiben, weil auf die einseitige Treuhand ohnedies die Regelungen des Auftragsvertrages Anwendung zu finden haben (vgl JBI 1958, 122 mwN sowie Apathy aaO Rz 10 sowie § 1017 Rz 8 mwN). Die Streitteile gingen erst mit Abschluß des Kaufvertrages ein mehrseitiges Treuhandverhältnis mit Dr.K\*\*\*\*\* ein, dem ein bereits erfolgter Erlag des Kaufschillings als feste Geschäftsgrundlage zugrundelag. Dem steht die Vertragsformulierung unter Punkt II des Kaufvertrages nicht entgegen, weil es den Beteiligten entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung ("Bezahlung" erfolgt mit Unterfertigung ...) klar war, daß der Kaufschilling weder in Form eines Barerlages noch durch eine Kreditgewährung seitens der beklagten Verkäufer beglichen werden sollte. Für das rechtswirksame Zustandekommen einer Vereinbarung ist der erkennbar erklärte Parteiwille maßgeblich, zu dessen Verständnis das Verhalten der Vertragsteile maßgeblich ist. Stimmt ein wenn auch deutlicher und klarer Ausdruck in einer schriftlichen Vereinbarung nicht mit der erwiesenen Absicht der Parteien überein, muß er im Sinne dieser Absicht korrigiert werden (vgl. Binder in Schwimann ABGB2 § 914 Rz 35 f). Die Ausführungen des Klägers, daß nach Punkt II des Kaufvertrages die Bezahlung des Kaufpreises durch den Kläger mit der Unterfertigung des Kaufvertrages zu Handen des Dr.K\*\*\*\*\* erfolgt, der ihn zu treuen Handen mit der Auflage übernimmt, ihn nach Vorliegen aller Voraussetzungen an die beiden Beklagten auszufolgen; daß den Beklagten im Gegensatz zu den Ausführungen des Berufungsgerichtes bekannt gewesen sei, daß der Kläger beim Treuhänder eine Geldsumme zur Begleichung des Kaufpreises erlegt habe und dementsprechend die Zahlung in Form der Übertragung des obligatorischen Herausgabebeanspruches des Klägers auf die Beklagten erfolgt sei und damit der Kläger sämtlichen ihn aus dem Kaufvertrag treffenden Verpflichtungen nachgekommen sei; und daß daher das Risiko der Undurchsetzbarkeit dieses Herausgabebeanspruches die Beklagten treffe, übergehen die vom Erstgericht getroffene Negativfeststellung, nach der nicht festgestellt werden konnte, ob der vom Kläger 1991 an Dr.K\*\*\*\*\* überwiesene Geldbetrag (samt Zinsen) im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses noch auf einem Treuhandkonto (d.h. in der Verfügungsmacht Dr.K\*\*\*\*\*) vorhanden war. Aus der zitierten Negativfeststellung ist die Möglichkeit abzuleiten, daß der vom Kläger 1991 bei Dr.K\*\*\*\*\* erlegte Betrag von letzterem schon vor Kaufvertragsabschluß veruntreut worden ist und dementsprechend der Kläger seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung nicht nachgekommen wäre. Für die Behauptung, seiner Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises nachgekommen zu sein, wäre aber tatsächlich der Kläger beweispflichtig gewesen, weil es sich um eine essentielle anspruchsgrundende Tatsache für die Rechtswirksamkeit des abgeschlossenen Kaufvertrages handelt. Darüber hinaus steht nicht fest, ob der Kläger der vertragsgemäß übernommenen Verpflichtung, die Grunderwerbssteuer zu bezahlen, tatsächlich nachgekommen ist. Die klagende Partei hat es auch unterlassen, das Fehlen der Feststellung, daß der gegenständliche Kauf von dem Magistrat der Stadt Wien nach dem Ausländergrunderwerbsgesetz genehmigt worden ist, zu rügen. Gemäß Punkt IV des Kaufvertrages wurde dieser aber bis zum Vorliegen dieser Genehmigung als aufschiebend bedingt abgeschlossen.

Nach dem vorliegenden Verfahrensstand ist daher trotz einer den letzten Punkt betreffenden gegenteiligen Klagsbehauptung davon auszugehen, daß der Kläger auch aus diesen beiden Gründen nicht alle ihn aus dem Kaufvertrag treffenden Verpflichtungen bislang erfüllt hat und den Beklagten daher noch kein unmittelbarer und von keinen weiteren Bedingungen abhängiger Ausfolgungsanspruch zusteht. Dementsprechend ist der "Zufall" durch Veruntreuung des erlegten Betrages durch Dr.K\*\*\*\*\* im Sinne des § 1311 erster Satz ABGB im Vermögen des Klägers eingetreten.<sup>1</sup> Satz ABGB im Vermögen des Verkäufers ein. Ob der Erlag von 2 Mill.S durch den Kläger auf ein Konto des Dr.Anton K\*\*\*\*\* als einseitige Treuhand bzw als Auftragsvertrag zu qualifizieren ist, kann dahingestellt bleiben, weil auf die einseitige Treuhand ohnedies die Regelungen des Auftragsvertrages Anwendung zu finden haben vergleiche JBl 1958, 122 mwN sowie Apathy aaO Rz 10 sowie Paragraph 1017, Rz 8 mwN). Die Streitteile gingen erst mit Abschluß des Kaufvertrages ein mehrseitiges Treuhandverhältnis mit Dr.K\*\*\*\*\* ein, dem ein bereits erfolgter Erlag des Kaufschillings als feste Geschäftsgrundlage zugrundelag. Dem steht die Vertragsformulierung unter Punkt römisch II des Kaufvertrages nicht entgegen, weil es den Beteiligten entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung ("Bezahlung" erfolgt mit Unterfertigung ...) klar war, daß der Kaufschilling weder in Form eines Barerlages noch durch eine Kreditgewährung seitens der beklagten Verkäufer beglichen werden sollte. Für das rechtswirksame Zustandekommen einer Vereinbarung ist der erkennbar erklärte Parteiwille maßgeblich, zu dessen Verständnis das Verhalten der Vertragsteile maßgeblich ist. Stimmt ein wenn auch deutlicher und klarer Ausdruck in einer schriftlichen Vereinbarung nicht mit der erwiesenen Absicht der Parteien überein, muß er im Sinne dieser Absicht korrigiert werden vergleiche Binder in Schwimann ABGB2 Paragraph 914, Rz 35 f). Die Ausführungen des Klägers, daß nach Punkt römisch II des Kaufvertrages die Bezahlung des Kaufpreises durch den Kläger mit der Unterfertigung des Kaufvertrages zu Handen des Dr.K\*\*\*\*\* erfolgt, der ihn zu treuen Handen mit der Auflage übernimmt, ihn nach Vorliegen aller Voraussetzungen an die beiden Beklagten auszufolgen; daß den Beklagten im Gegensatz zu den Ausführungen des Berufungsgerichtes bekannt gewesen sei, daß der Kläger beim Treuhänder eine Geldsumme zur Begleichung des Kaufpreises erlegt habe und dementsprechend die Zahlung in Form der Übertragung des obligatorischen Herausgabebeanspruches des Klägers auf die Beklagten erfolgt sei und damit der Kläger sämtlichen ihn aus dem Kaufvertrag treffenden Verpflichtungen nachgekommen sei; und daß daher das Risiko der Undurchsetzbarkeit dieses Herausgabebeanspruches die Beklagten treffe, übergehen die vom Erstgericht getroffene Negativfeststellung, nach der nicht festgestellt werden konnte, ob der vom Kläger 1991 an Dr.K\*\*\*\*\* überwiesene Geldbetrag (samt Zinsen) im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses noch auf einem Treuhandkonto (d.h. in der Verfügungsmacht Dr.K\*\*\*\*\*) vorhanden war. Aus der zitierten Negativfeststellung ist die Möglichkeit abzuleiten, daß der vom Kläger 1991 bei Dr.K\*\*\*\*\* erlegte Betrag von letzterem schon vor Kaufvertragsabschluß veruntreut worden ist und dementsprechend der Kläger seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung nicht nachgekommen wäre. Für die Behauptung, seiner Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises nachgekommen zu sein, wäre aber tatsächlich der Kläger beweispflichtig gewesen, weil es sich um eine essentielle anspruchsgrundende Tatsache für die Rechtswirksamkeit des abgeschlossenen Kaufvertrages handelt. Darüber hinaus steht nicht fest, ob der Kläger der vertragsgemäß übernommenen Verpflichtung, die Grunderwerbssteuer zu bezahlen, tatsächlich nachgekommen ist. Die klagende Partei hat es auch unterlassen, das Fehlen der Feststellung, daß der gegenständliche Kauf von dem Magistrat der Stadt Wien nach dem Ausländergrunderwerbsgesetz genehmigt worden ist, zu rügen. Gemäß Punkt römisch IV des Kaufvertrages wurde dieser aber bis zum Vorliegen dieser Genehmigung als aufschiebend bedingt abgeschlossen. Nach dem vorliegenden Verfahrensstand ist daher trotz einer den letzten Punkt betreffenden gegenteiligen Klagsbehauptung davon auszugehen, daß der Kläger auch aus diesen beiden Gründen nicht alle ihn aus dem Kaufvertrag treffenden Verpflichtungen bislang erfüllt hat und den Beklagten daher noch kein unmittelbarer und von keinen weiteren Bedingungen abhängiger Ausfolgungsanspruch zusteht. Dementsprechend ist der "Zufall" durch Veruntreuung des erlegten Betrages durch Dr.K\*\*\*\*\* im Sinne des Paragraph 1311, erster Satz ABGB im Vermögen des Klägers eingetreten.

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E46885 07A24186

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1997:0070OB02418.96F.0723.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19970723\_OGH0002\_0070OB02418\_96F0000\_000

**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)