

# TE OGH 1992/7/7 4Ob536/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.07.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith, Dr.Egermann Dr.Kodek und Dr.Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Peter Schmutzner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Dr.Erich D\*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs der Wilhelm P\*\*\*\*\*gesellschaft mbH & Co KG und der Wilhelm P\*\*\*\*\* 2. F\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Ernst Pammer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Herausgabe (Streitwert S 270.000), infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 12. März 1991, GZ 4 R 246/90-63, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Kreisgerichtes Wels vom 6.Juli 1990, GZ 9 Cg 5/90-55, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, dem Erstbeklagten und der zweitbeklagten Partei die mit je S 11.565 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin je S 1.927,50 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Republik Österreich erteilte der Zweitbeklagten den Auftrag zur Errichtung der Landwehrkaserne in K\*\*\*\*\*. Mit der Errichtung der einzelnen Kasernenobjekte beauftragte die Zweitbeklagte die Wilhelm P\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG (im folgenden: Gemeinschuldnerin) als Generalunternehmerin; mit der örtlichen Bauaufsicht sowie mit der technischen und geschäftlichen Oberleitung betraute sie die B\*\*\*\*\* GmbH & Co KG. Deren Angestellte Ing. Georg M\*\*\*\*\* und Ing. K\*\*\*\*\* führten diese Aufgaben tatsächlich aus. Vereinbart war, daß die Gemeinschuldnerin das Bauprojekt der Zweitbeklagten schlüsselfertig zu übergeben habe.

Im Projekt Landwehrkaserne K\*\*\*\*\* war die Errichtung eines Werkstättengebäudes inbegriffen. Grundlage des Generalunternehmerauftrages war ein Leistungsverzeichnis, in welchem sämtliche Lieferungen und Leistungen der Gemeinschuldnerin als Generalunternehmerin angeführt waren. Die Lieferung einer Krananlage für das Werkstättengebäude war Teil dieses Leistungsverzeichnisses. Zur Lieferung der Krananlage bediente sich die Gemeinschuldnerin der Klägerin als Subunternehmerin; sie beauftragte diese mit Auftragschreiben vom 29.11.1983 mit der Lieferung und Montage einer Krananlage um den Gesamtpreis von S 531.000. Von einem Eigentumsvorbehalt war im Auftragschreiben keine Rede. Für die gesamte Anlage war (zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin) eine förmliche Übergabe und Übernahme vereinbart; dazu ist es aber in der Folge nicht gekommen.

In Punkt 9 des mit der Zweitbeklagten geschlossenen Generalunternehmervertrages (Auftragsbestätigung vom

31.8.1983) hatte sich die Gemeinschuldnerin verpflichtet, in allen von ihr als Generalunternehmerin mit dem jeweiligen Subunternehmer abzuschließenden Verträgen die Auflagen ihres Bauvertrages im vollen Umfang ebenfalls festzulegen. Die Gemeinschuldnerin war demnach verpflichtet, auch die für sie selbst verbindlichen Rechtlichen Vertragsbestimmungen für den staatlichen Hochbau (RVstH) sowie alle sonstigen Auflagen ihren Subunternehmern zu überbinden. Nach Punkt 1.2. RVstH hatte die Gemeinschuldnerin als Auftragnehmerin zu erklären, über alle Mittel zur Ausführung der Leistungen zu verfügen und alle Maßnahmen zu treffen, um die Stoffe, zu deren Beistellung sie verpflichtet war, zeitgerecht zu beschaffen. Aus diesem Grund besorgte die Gemeinschuldnerin bei der Klägerin einen Kran und stellte ihn der Zweitbeklagten - mit Teilrechnungen - in Rechnung. Nach den Vertragsbedingungen hätte der Kran nach Fertigstellung und TÜV-Abnahme übergeben und übernommen werden sollen.

Der Kran wurde im August 1984 montiert; etwas später wurde auch der Stromanschluß hergestellt. Die örtliche Bauaufsicht überwachte die Montage des Krans. Da die Gemeinschuldnerin insolvent wurde, fand die in den RVstH vorgesehene förmliche Übergabe und Übernahme nie statt. Auf der Baustelle wurde es so gehandhabt, daß monatlich eine Leistungsabnahme stattfand, welche die Basis für Teilrechnungen war. Ab Baubeginn wurden die ausgewiesenen Leistungen (von der Zweitbeklagten) überprüft und de facto übernommen. Die Zweitbeklagte zahlte der Gemeinschuldnerin die geprüften Rechnungsbeträge. Die Klägerin wiederum legte vereinbarungsgemäß der Gemeinschuldnerin Teilrechnungen, auf denen der Vermerk eines Eigentumsvorbehaltes aufgedruckt war. Die Gemeinschuldnerin hat die Schlußrechnung vom 27.2.1985 mit Schreiben vom 8.3.1985 nicht anerkannt und auch keine Zahlung geleistet.

Dr. S\*\*\*\*\* - der Vorgänger des Erstbeklagten als Masseverwalter - kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 19.8.1985 das Vertragsverhältnis auf. Der Masseverwalter hat niemals über den Kran verfügt, weil die Krananlage schon vor der Konkurseröffnung (17.7.1985) in die Gewahrsame der Zweitbeklagten übergegangen war. Im Zeitpunkt des Rücktrittes des Masseverwalters vom Vertrag war klar, daß es zu keiner förmlichen Übergabe kommen werde und die Leistungen gemäß Punkt 12.1.5 RVstH übernommen würden.

Ab Februar 1985 schien dem Geschäftsführer der Zweitbeklagten Dr.Ludwig H\*\*\*\*\* die finanzielle Lage der Gemeinschuldnerin bedenklich; er kümmerte sich ab diesem Zeitpunkt selbst um die Abwicklung. In dieser Endphase überprüfte er die Teilrechnungen der Gemeinschuldnerin, welche die ihr von der Klägerin gelegten Teilrechnungen weiterverrechnet hatte, sowie die Ordnungsmäßigkeit der ausgeführten Arbeiten. Die örtliche Bauaufsicht gab ihm bekannt, daß die Krananlage ordnungsgemäß montiert und von der Zweitbeklagten ab 1984 für betriebsinterne Zwecke benützt wurde, wenngleich die TÜV-Abnahme noch nicht erfolgt war. Für die Benützung des Krans im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit ist eine Benützungsbewilligung notwendig; hierfür ist eine TÜV-Genehmigung Voraussetzung.

Noch im Zuge des Baugeschehens nahm die örtliche Bauaufsicht die Lieferung und Aufstellung des Krans ab und anerkannte damit den von der Gemeinschuldnerin der Zweitbeklagten in Rechnung gestellten Betrag. Der Kran ist im Gesamtpauschale des Werkstättengebäudes - unter Punkt 55 "Sonstige Einrichtung" - enthalten.

Dr.Ludwig H\*\*\*\*\* machte dem Masseverwalter von einigen Aussonderungsansprüchen Mitteilung. Sicherungsmaßnahmen (Gendarmerieschutz) veranlaßte die Zweitbeklagte und nicht der Masseverwalter. Dieser traf keine Verfügungen über die Krananlage; er kümmerte sich um den Kran nicht mehr, ging es ihm doch nur darum, die Leistungen zum Stichtag der Konkurseröffnung abzurechnen. Eine förmliche Übergabe zwischen der Masse und der Zweitbeklagten ist nicht erfolgt. Nach dem Vertragsrücktritt des Masseverwalters vereinbarte er mit der Zweitbeklagten, daß diese die noch nicht erfüllten Lieferungen und Leistungen für die Fertigstellung der Objekte erbringe und deren Kosten zu Lasten der Pauschalpreise der Gemeinschuldnerin abrechne. Damit ergab sich tatsächlich die Notwendigkeit einer Bestandaufnahme, welche die vorgesehene förmliche Übergabe ersetzte.

Mit dem Masseverwalter wurde im Juli 1985 vereinbart, auf eine förmliche Übergabe und Übernahme zu verzichten. Zur Zeit der Einbringung der Klage (27.11.1985) befand sich der Kran in der Gewahrsame der Zweitbeklagten. Im April 1986 - fast ein Jahr nach Konkurseröffnung - wurde der Kran an die Bundesgebäudeverwaltung übergeben. Bei dieser Übergabe war der Masseverwalter nicht anwesend; er war dazu auch nicht eingeladen.

Die Teile des Krans können ohne Beschädigung des Gebäudes und jener Teile, auf denen der Kran ruht, entfernt werden. Nach Entfernung des elektrischen Anschlusses kann der Kran - bestehend aus Kastenträger, E-Zug, Laufkatze

einschließlich Elektroinstallation und Steuerung - mit einem hydraulischen Kran von der Kranbahn heruntergehoben und aus der Werkhalle hinausgefahren werden.

Die Klägerin begehrt die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des Krans mit seinen im einzelnen aufgezählten Bestandteilen. Da die im Vertrag vorgesehene Übergabe nach Endfertigstellung und TÜV-Abnahme nicht erfolgt sei, sei bis heute das Eigentum nicht auf die Beklagten übergegangen. Sollte der Erstbeklagte das Werk der Zweitbeklagten übergeben haben, dann wäre diese bösgläubig gewesen, weil sie gewußt habe, daß das Werk noch nicht fertiggestellt und nicht der Gemeinschuldnerin übergeben worden war. Die Krananlage sei - wie aus den von der Gemeinschuldnerin unbeanstandet angenommenen Teilrechnungen hervorgehe - unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden. Sollte eine faktische Übergabe (an die Zweitbeklagte) stattgefunden haben, dann habe die Klägerin daran nicht mitgewirkt. Die Zweitbeklagte habe es grob fahrlässig unterlassen, Nachforschungen über einen Eigentumsvorbehalt der Klägerin anzustellen; sie habe im Zeitpunkt der Übernahme der Krananlage (von der Gemeinschuldnerin) gewußt, daß diese mangels Übergabe nicht Eigentümerin war.

Beide Beklagte beantragen die Abweisung des Klagebegehrens. Der Erstbeklagte wendete ein, daß der Kran schon vor der Konkurseröffnung der Zweitbeklagten weitergeliefert worden sei. Als Masseverwalter sei er nicht mehr über den Kran Verfügungsberechtigt und daher nicht passiv legitimiert. Die Krananlage habe sich nie in seiner Gewahrsame befunden.

Die Zweitbeklagte machte geltend, daß sie mit der Klägerin in keinem Rechtsverhältnis stehe. Den Kran habe ihr nicht die Klägerin, sondern - vor der Konkurseröffnung - die Gemeinschuldnerin geliefert. Der Klägerin stehe - jedenfalls gegen die Zweitbeklagte - kein Eigentumsvorbehalt zu.

Der Erstrichter wies (wie schon im ersten Rechtsgang) das Klagebegehren ab. Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte er noch fest, daß dem Vertrag der Klägerin mit der Gemeinschuldnerin die Ö-Norm B 2110 und die RVstH zugrunde gelegen war; die letzteren seien Vertragsbestandteil gewesen, weil sie im Anbotsschreiben vom 26.4.1983, Beilage 4, aufschienen. Rechtlich ging er davon aus, daß in den Vertragsbedingungen des Auftragschreibens von einem Eigentumsvorbehalt keine Rede gewesen sei. Da die Gemeinschuldnerin die Rechnung mit dem Hinweis auf den Eigentumsvorbehalt nicht akzeptiert habe, liege keine rechtswirksame Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes zugunsten der Klägerin vor. Diese könne ein Aussonderungsrecht im Konkursverfahren nur noch geltend machen, wenn sie beweise, daß die Sache noch in ihrem Eigentum stehe, also noch nicht übergeben worden sei, wobei auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung abzustellen sei. Zwischen den Beteiligten sei eine förmliche Übergabe in einem Zug vorgesehen gewesen; in der praktischen Durchführung sei aber dann anders vorgegangen worden. Damit sei schon vor Einbringung der Klage zwischen der Gemeinschuldnerin und der Zweitbeklagten zumindest konkludent eine Vereinbarung getroffen worden, die den ursprünglichen Vertragsinhalt über eine förmliche Übergabe abgeändert habe. Auch sei nachgewiesen, daß die Gemeinschuldnerin schon vor der Einbringung der Klage ihre Leistungen der Zweitbeklagten nach Teilabrechnung faktisch übergeben habe und die Zweitbeklagte sie übernommen habe; das betreffe auch die Leistungen der Klägerin. Damit sei aber schon vor der Einbringung der Klage das Eigentum auf die Gemeinschuldnerin übergegangen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Selbst wenn man unterstelle, daß bei Einbringung der Klage der Erstbeklagte noch passiv legitimiert gewesen wäre, sei die unbekämpft gebliebene Feststellung zu beachten, daß der Kran im April 1986 an die Bundesgebäudeverwaltung übergeben worden war. Daß diese nicht nach § 367 ABGB oder § 366 HGB Eigentum erworben hätte, sei nicht behauptet worden. Spätestens damit habe aber der Masseverwalter die Verfügungsmacht über die Krananlage verloren. Ob ein Fall der Veräußerung der streitverfangenen Sache durch den Masseverwalter während des Rechtsstreites vorliegt, sei unerheblich, weil § 234 ZPO bei einer Veräußerung nach Konkurseröffnung nicht anwendbar sei. Schon deshalb sei die Klage gegen den Erstbeklagten zu Recht abgewiesen worden.

Die Veräußerung des Krans an die Bundesgebäudeverwaltung stehe freilich im Hinblick auf § 234 ZPO der Passivlegitimation der Zweitbeklagten nicht entgegen. Ein Eigentumsvorbehalt sei zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin nicht wirksam vereinbart worden. Ein Eigentumsvorbehalt in der Faktura bedeute, wenn im Vertrag diesbezüglich nichts vereinbart war, die Abänderung eines schon perfekten Vertrages, welche - jedenfalls bis zum Eigentumsübergang durch Übergabe - zulässig ist, aber als Vertragsänderung der Zustimmung des Käufers

bedürfe. Das Schweigen des Käufers auf die Übersendung der mit einer Eigentumsvorbehaltsklausel versehenen Faktura könne nicht ohne weiteres als schlüssige Zustimmung zum Eigentumsvorbehalt angesehen werden. Der Käufer einer Ware müsse einem solchen Vermerk nur dann widersprechen, wenn zwischen ihm und dem Verkäufer eine länger dauernde Geschäftsverbindung besteht, die auf Lieferungen mit vereinbartem Eigentumsvorbehalt aufgebaut ist; sonst müsse sein Schweigen als Einverständnis mit dem Eigentumsvorbehalt gedeutet werden. Da eine allfällige frühere Geschäftsbeziehung der Klägerin mit der Gemeinschuldnerin weder behauptet noch festgestellt worden sei, habe das Schweigen der Gemeinschuldnerin auf die Zusendung solcher Fakturen keine nachträgliche Vertragsänderung bewirkt. Fehle aber ein Eigentumsvorbehalt im ursprünglichen oder einvernehmlich geänderten Vertrag, dann sei selbst ein vom Verkäufer bei Übergabe der Sache einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt nicht nur obligationswidrig, sondern auch sachenrechtlich wirkungslos. Mangels Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes gehe auch das Berufungsvorbringen, daß es die Zweitbeklagte grob fahrlässig unterlassen habe, zumutbare Nachforschungen über das Bestehen eines Eigentumsvorbehaltes anzustellen, ins Leere.

Der Vertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und der Zweitbeklagten - der Titel für den Eigentumserwerb der letzteren - beruhe unter anderem auf den RVstH. Ursprünglich sei die förmliche Übergabe des (gesamten) Bauprojektes schlüsselfertig von der Gemeinschuldnerin an die Zweitbeklagte (zum 28.12.1985) vereinbart gewesen. Die Feststellung im Ersturteil, daß nach den Vertragsbedingungen der Kran nach Fertigstellung und TÜV-Abnahme hätte übergeben (übernommen) werden sollen, beziehe sich auf das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin. Für einen allfälligen Eigentumserwerb der Zweitbeklagten sei aber nicht auf die (endgültige) Fertigstellung des Krans und die TÜV-Abnahme abzustellen. Zu prüfen sei demnach, ob die Gemeinschuldnerin oder der Erstbeklagte und die Zweitbeklagte nachträglich eine formlose Teilübergabe und Teilübernahme einzelner Teile des Bauvorhabens - insbesondere der Krananlage - vereinbart haben. Nach der (als unbedenklich zu übernehmenden) Feststellung des Erstgerichtes habe die Gemeinschuldnerin der Zweitbeklagten die Krananlage in Rechnung gestellt. Der Masseverwalter sei in keinen einzigen Bauvertrag eingetreten; er habe vielmehr ausnahmslos den Rücktritt vom Vertrag gemäß § 21 KO erklärt. Das gelte auch für den Vertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und der Zweitbeklagten. Durch eine solche Rücktrittserklärung des Masseverwalters werde der Vertrag nicht aufgehoben; es unterbleibe nur seine weitere Erfüllung. Das bedeute, daß alle Vertragsbestimmungen - also auch die RVstH - in der Beziehung zwischen Gemeinschuldnerin und Zweitbeklagter auch nachher noch aufrecht gewesen seien. Mit der Rücktrittserklärung des Masseverwalters sei für die Zweitbeklagte festgestanden, daß es zu einer förmlichen Übergabe der gesamten schlüsselfertigen Kasernenanlage nicht mehr kommen könne. Diese Rücktrittserklärung sei auch als Mitteilung von der Fertigstellung der (bis dahin erbrachten) Leistung der Gemeinschuldnerin anzusehen. Nach Punkt 12.1.5. der RVstH ersetze eine solche Fertigstellungsmitteilung die Übernahme; mit diesem Zeitpunkt gelte die Leistung als vom Auftraggeber übernommen. Die tatsächliche Benützung des Krans durch die Zweitbeklagte zwecks Weiterführung und Fertigstellung des Baues gelte freilich nach dieser vertraglichen Regelung nicht als Übernahme, so daß es nicht darauf ankomme, ob und ab wann die Zweitbeklagte den Kran benützt hat. Die Feststellung, daß die Zweitbeklagte noch im Juli 1985 mit dem Erstbeklagten vereinbart habe, auf eine förmliche Übergabe und Übernahme zu verzichten, sei demnach unbedenklich. Da sich die Klägerin auf einen Eigentumsvorbehalt nicht berufen könne, sei der Zweitbeklagten auch nicht Schlechtgläubigkeit beim Erwerb entgegenzuhalten. Daraus ergebe sich, daß die Zweitbeklagte spätestens nach der Konkurseröffnung, aber noch vor der Einbringung der Klage Eigentümerin der Krananlage geworden sei. Der Eigentumsklage sei daher ein Erfolg zu versagen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die außerordentliche Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen dahin abzuändern, daß dem Klagebegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Beide Beklagte beantragen, der Revision nicht Folge zu geben; der Erstbeklagte begehrt überdies die Revision als unzulässig zurückzuweisen.

Die Revision ist zwar zulässig, weil in der angefochtenen Entscheidung nicht alle erheblichen Rechtsfragen behandelt wurden; sie ist aber nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen vereinbarte der Erstbeklagte mit der Zweitbeklagten im Juli 1985 - also noch vor der Einbringung der Klage -, daß von einer förmlichen Übergabe und Übernahme Abstand genommen werde, die

Zweitbeklagte die noch fehlenden Leistungen für die Fertigstellung der Objekte selbst erbringe und die damit verbundenen Kosten von den Pauschalpreisen der Gemeinschuldnerin abgezogen wurden. Auch wenn die Bestimmung des Punktes 12.1.5. RVstH nicht anzuwenden wäre, würde das am Ergebnis nichts ändern: Der Wille der Vertragsparteien, daß nun die Zweitbeklagte Eigentum an der Krananlage erwerben solle, liegt auf der Hand. Nachdem die Zweitbeklagte, welche schon vor der Konkurseröffnung über das Vermögen ihrer Subunternehmerin laufend deren Leistungen abgenommen und damit faktisch auch die jeweils fertigen Teile der Krananlage in ihre Gewahrsame genommen hatte, erwarb sie nur das Eigentumsrecht an der (beweglichen) Sache, muß doch die Erklärung des Masseverwalters bei Überlegung aller Umstände (§ 863 ABGB) als Besitzauflassung verstanden werden, also dahin, daß nunmehr die Zweitbeklagte, welche die Sache schon bisher innehatte, sie nun künftig aus einem dinglichen Recht besitzen solle (§ 428, Fall 2, ABGB). In diesem Fall überträgt die Einigung (der unbedingte Abschluß des Verfügungsgeschäftes) das Recht; das Ergebnis ist jenes der körperlichen Übergabe (Spielbüchler in Rummel, ABGB2 Rz 3 zu § 428; SZ 52/12 ua). Steht - wie hier - der Übertragungswille des Erstbeklagten außer Zweifel, dann hat er seine Erklärung auf eine "erweisliche" Art im Sinn des § 428 ABGB abgegeben (SZ 31/161; JBl 1982, 311 ua). Die Zweitbeklagte verfügte sohin nicht nur über einen Titel zum Eigentumserwerb - den Vertrag mit der Gemeinschuldnerin -; vielmehr liegt auch eine geeignete Erwerbungsart vor.

Einer Erörterung bedarf indes die - von den Vorinstanzen nicht näher untersuchte - Frage, ob der Eigentumserwerb der Zweitbeklagten nicht allenfalls am Mangel eines Rechtes der Gemeinschuldnerin gescheitert ist. Die Übereignung ist ja grundsätzlich nur dann wirksam, wenn der Veräußerer Eigentümer der Sache war oder vom Eigentümer zur Veräußerung ermächtigt wurde (Koziol-Welser9 II 75 mwN). Daß diese Voraussetzungen auf die Gemeinschuldnerin zutreffen, kann nach der derzeitigen Aktenlage nicht gesagt werden. Der Klägerin ist darin beizupflichten, daß die von den Vorinstanzen festgestellte Vereinbarung über das Abgehen von dem Erfordernis einer förmlichen Übernahme und Übergabe nur zwischen den Beklagten getroffen wurde. Daß die Klägerin - ausdrücklich oder schlüssig - gleichfalls auf die von ihr mit der Gemeinschuldnerin vereinbarte förmliche Übergabe verzichtet hätte, ist nicht zu erkennen. Die vom Erstgericht getroffene Feststellung, daß auch dem Vertrag zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin die RVstH zugrunde gelegen seien, hat die Klägerin im Berufungsverfahren - ua mit dem zutreffenden Hinweis, daß sich das vom Erstgericht in diesem Zusammenhang angeführte Anbotsschreiben vom 26.4.1983 auf das Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinschuldnerin und der Zweitbeklagten bezogen habe (Beilage ./4) - bekämpft; das Berufungsgericht hat sich mit dieser Rüge nicht auseinandergesetzt. Blieb

die - festgestellte - Vereinbarung zwischen Klägerin und Gemeinschuldnerin, daß eine förmliche Abnahme stattzufinden habe, aufrecht, dann bestand ein Vorbehalt in bezug auf die Übernahme, welche im Zweifel die Annahme der Übergabe verbietet (SZ 61/164; Spielbüchler aaO Rz 3 zu § 426). Der Inhaber - die Gemeinschuldnerin - hätte demnach die (Teile der) Krananlage nach der Lieferung nur im Namen der Klägerin innegehabt (SZ 61/164). Daß sie von der Klägerin ermächtigt worden wäre, die Krananlage schon vor der förmlichen Übergabe (der Zweitbeklagten) weiterzuveräußern, steht nicht fest.

Zu prüfen bleibt demnach, ob die Zweitbeklagte dennoch jedenfalls kraft guten Glaubens Eigentum erworben hat; das ist zu bejahen:

Veräußert ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine bewegliche Sache, dann wird gemäß § 366 Abs 1 HGB das Eigentum auch dann erworben, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß der Erwerber beim Erwerb nicht im guten Glauben ist. In diesem Fall wird aber - anders als nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu § 367 ABGB (SZ 39/65 und 189; EvBl 1974/181 ua; Ehrenzweig I/2, 190; F.Bydlinski, JBl 1967, 355; Koziol-Welser aaO 80; Schumacher in Straube, HGB, Rz 1 zu § 366) - nicht nur der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers geschützt, sondern auch der gute Glaube an dessen Verfügungsbefugnis, also an die Befugnis zur Verfügung über die Sache im eigenen Namen (Schumacher aaO Rz 8). Da die Gemeinschuldnerin als Handelsgesellschaft jedenfalls Kaufmannseigenschaft hat (§ 6 HGB) und § 366 HGB demnach hier angewendet werden kann, braucht auf die umstrittene Frage, ob beim Erwerb vom befugten Gewerbsmann (§ 367, zweiter Fall, ABGB) nicht doch schon das Vertrauen in dessen Verfügungsberechtigung für den guten Glauben ausreicht (Frotz, FS Kastner 131 ff (152 f); Spielbüchler aaO Rz 6 zu § 367; Koziol-Welser aaO) nicht eingegangen zu werden.

Die Redlichkeit des Erwerbers ist im Zweifel zu vermuten (Spielbüchler aaO Rz 5 zu § 367). Daß der Erwerber nicht im guten Glauben gehandelt hat, müßte - wie sich nicht nur aus §§ 328, 368 und 1477 ABGB, sondern auch aus § 366 Abs 1 HGB ergibt - der die Herausgabe der Sache begehrende Kläger beweisen; einen solchen Beweis hat aber die Klägerin

nicht angetreten. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte muß demnach davon ausgegangen werden, daß die Zweitbeklagte die Gemeinschuldnerin für berechtigt halten konnte, die Krananlage weiterzuveräußern.

Soweit sich die Klägerin darauf beruft, die Zweitbeklagte hätte Nachforschungen über das Recht der Gemeinschuldnerin anstellen müssen, bezieht sie sich auf jene Rechtsprechung, die den Käufer beim Erwerb von Gegenständen, die häufig unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden, zu besonderen Nachforschungen und zur Überprüfung von Behauptungen des Veräußerers, er sei Eigentümer, durch Einsicht in Rechnungen, Zahlungsbelege und andere Unterlagen verpflichtet (HS 10.758/19; JBl 1986, 234 und 235 mit Glosse von Czermak ua; Schumacher in Straube aaO Rz 11 zu § 366). Dieser Rechtsprechung lagen jedoch stets Fälle zugrunde, in denen die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen von Kaufleuten im Betrieb ihres Handelsgewerbes erworben, in der Folge entweder Banken zur Sicherung von Kreditforderungen übereignet oder verpfändet oder vom Vorbehaltskäufer nicht in seinem ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb veräußert worden waren. Wie weit diese Grundsätze auch dann anzuwenden sind, wenn zwar tatsächlich kein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, der Eigentumserwerb des Bestellers aber bis zu einer förmlichen Übergabe hinausgeschoben ist (SZ 61/164), bedarf hier keiner näheren Erörterung. Der genannte Rechtssatz kann nämlich - wie der Oberste Gerichtshof schon in SZ 60/120 ausführlich dargelegt hat - nicht angewendet werden, wenn die Weiterveräußerung der Waren im ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns an Letztabnehmer erfolgt, ist es doch verkehrsüblich, daß der Vorbehaltsverkäufer den Vorbehaltskäufer, der die Ware zum Zweck der Weiterveräußerung erwirbt, zur Veräußerung der Vorbehaltsware im ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb ermächtigt, damit der Vorbehaltskäufer in die Lage versetzt wird, sich jene Mittel zu beschaffen, mit denen er den Vorbehaltskäufer befriedigen kann. Wurde aber die Verkaufsermächtigung ausnahmsweise nicht erteilt oder hat sich der Vorbehaltskäufer nicht im Rahmen seiner Verfügungsbefugnis gehalten, dann greift der Gutgläubensschutz des § 366 Abs 1 HGB ein. Anders läge der Fall nur, wenn der Veräußerer die Ware erkennbar nicht zum Zweck der Veräußerung, sondern für seinen eigenen Bedarf als Letztabnehmer (zB als Anlagegut) erworben hat, weil in diesen Fällen für den Lieferanten keine Veranlassung besteht, dem Käufer die Ermächtigung zur Weiterveräußerung zu erteilen (SZ 60/120 mit Nachweisen aus dem Schrifttum). Im vorliegenden Fall hat - für alle Beteiligten erkennbar - die Gemeinschuldnerin die Krananlage bei der Klägerin nur zu dem Zweck bestellt, sie in der von ihr im Auftrag der Beklagten errichteten Kaserne aufzustellen. Die Zweitbeklagte konnte daher erwarten, daß die Gemeinschuldnerin unabhängig davon, wie weit sie ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin erfüllt hat, berechtigt sei, die Krananlage, aber auch schon Teile davon, vor ihrer Fertigstellung, weiterzuveräußern, um dadurch Geld hereinzubringen, mit welchem sie ihrerseits die Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin erfüllen konnte.

Hat demnach die Zweitbeklagte Eigentum an der Krananlage auch dann erworben, wenn die Gemeinschuldnerin noch nicht Eigentümerin der Anlage geworden war, dann braucht auf die von der Klägerin neuerlich aufgeworfene Frage der wirksamen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes - welche das Berufungsgericht im übrigen ohnehin im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SZ 52/120; SZ 55/134 ua) gelöst hat - nicht mehr näher eingegangen zu werden.

Da die Zweitbeklagte schon vor Einbringung der Klage Eigentümerin der Krananlage geworden war, haben die Vorinstanzen das Klagebegehren gegen beide Beklagte mit Recht abgewiesen. Soweit das Begehren gegen den Erstbeklagten gerichtet war, war es überdies auch deshalb nicht berechtigt, weil die Herausgabe einer Sache nur verlangt werden kann, wenn der Beklagte zumindest im Zeitpunkt der Zustellung der Klage im Besitz der Sache war (§ 369 ABGB; SZ 27/154; SZ 61/164; JBl 1990, 371). Das war aber hier nicht der Fall. Die Frage, ob die Klage gegen den erstbeklagten Masseverwalter allein schon wegen des erst im Zuge des Prozesses erfolgten Eigentumserwerbs der Republik Österreich abzuweisen war, § 234 ZPO also wegen der spezielleren Norm des § 44 KO nicht anwendbar ist (in diesem Sinne 5 Ob 6/65; SZ 39/163), bedarf daher keiner Prüfung.

Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E29249

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

ECLI:AT:OGH0002:1992:00400B00536.92.0707.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19920707\_OGH0002\_00400B00536\_9200000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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