

# TE OGH 1989/11/30 60b663/89

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.11.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schobel, Dr. Melber, Dr. Schlosser und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Anna S\*\*\*, Angestellte, 2344 Maria Enzersdorf, Mariazellergasse 10, vertreten durch Dr. Reinhard Armster, Rechtsanwalt in Maria Enzersdorf, wider die beklagte Partei Hubert K\*\*\*, Pensionist,

2380 Perchtoldsdorf, Aspettengasse 4, vertreten durch Dr. Raimund Mittag, Rechtsanwalt in Wien, wegen Herausgabe eines Sparbuches (Streitwert: 618.000 S), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 17. Mai 1989, GZ 18 R 90/89-20, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 30. Dezember 1988, GZ 26 Cg 6/89-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

1.) Die Revision wird, soweit sie Nichtigkeit geltend macht, zurückgewiesen.

2.) Im übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 17.636,40 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 2.939,40 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte war Eigentümer der Liegenschaft EZ 2813 KG Perchtoldsdorf mit dem Haus in der Wienergasse 71, in dem seine Ehegattin den Restaurant- und Diskothekenbetrieb "Romanum" führte. Die Klägerin war in diesem Betrieb angestellt. Ein Teil der Liegenschaft des Beklagten war an die C\*\*\* Gesellschaft mbH zum Betrieb eines China-Restaurants vermietet.

Die Klägerin begehrte, den Beklagten schuldig zu erkennen, ihr das Sparbuch Nr.267-793-038-00 der Ö\*\*\* L\*\*\* AG herauszugeben. Sie brachte vor, sie habe das Unternehmen "Romanum" und die Liegenschaft des Beklagten kaufen wollen. Die ab März 1987 diesbezüglich aufgenommenen Vorverhandlungen hätten schließlich zu keinem Vertragsabschluß geführt, weil weder über die Höhe des Kaufpreises noch über die sonstigen offenen Punkte, wie über die Höhe der von der Klägerin zu übernehmenden Grundbelastungen, deren Haftung für die Unternehmensverbindlichkeiten und die Höhe solcher Schulden sowie über die Kündbarkeit des Mietvertrages betreffend das China-Restaurant, Einigung erzielt worden sei. Da die Gattin des Beklagten beabsichtigt habe, in Pension zu gehen, sei die Klägerin zur Vermeidung einer auch nur kurzfristigen Schließung des "Romanum" bereit gewesen, den Betrieb einstweilen fortzuführen. Sie habe aber, weil die Verhandlungen zu keinem Erfolg geführt

hätten, das "Romanum" noch im Juni 1987 verlassen und den Beklagten aufgefordert, die Schlüssel abzuholen und das Sparbuch herauszugeben. Zur Übergabe des Sparbuchs mit einem Guthabensstand von 618.000 S an den Beklagten sei es deshalb gekommen, weil dieser anlässlich der einstweiligen Betriebsfortführung der Klägerin einen Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit gefordert habe. Er habe wörtlich erklärt: "Bevor ich überhaupt weiter verhandle, will ich ein Geld sehen". Die Klägerin habe aber zu ihrer Sicherheit vereinbarungsgemäß dem Beklagten nicht das Lösungswort des Sparbuchs verraten, um vereinbarungswidrige Abhebungen zu verhindern.

Der Beklagte hielt dem den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegen. Er behauptete, er habe nicht mit der Klägerin allein verhandelt, sondern mit dem Ehepaar S\*\*\*, das ihm überdies die Absicht mitgeteilt habe, eine Gesellschaft mbH zu gründen, die das Kaufobjekt übernehmen und den Betrieb des Unternehmens weiterführen werde. Tatsächlich hätten die Eheleute S\*\*\* auch mit Gesellschaftsvertrag vom 7.5.1987 samt Nachtrag vom 19.5.1987 die "A. und G. S\*\*\* Gesellschaft mbH" errichtet, die am 9.6.1987 im Handelsregister Wien eingetragen worden sei. Gemäß Punkt VI Abs 2 des Gesellschaftsvertrages hätten alle seit dem 15.4.1987 im Hinblick auf die satzungsgemäße Tätigkeit der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte seitens der Klägerin als auf Rechnung der Gesellschaft durchgeführte Geschäfte zu gelten. Überdies sei bereits am 31.3.1987 mündlich ein verbindlicher Kaufvertrag abgeschlossen worden. Der Beklagte habe sich mit den Eheleuten S\*\*\* auf einen Kaufpreis von 7 Millionen Schilling geeinigt. Das Sparbuch sei ihm als Zeichen des Vertragsabschlusses übergeben worden und stelle mit der damaligen Einlage von 368.000 S ein Angeld dar. Die spätere Einzahlung von weiteren 250.000 S am 15.6.1987 sei bereits die erste Teilzahlung auf den Kaufpreis gewesen. Nach Abschluß des Kaufvertrages hätten die Eheleute S\*\*\* den Gastbetrieb weiter geführt und vorher auch noch umfangreiche Restaurierungsarbeiten durchführen lassen. Dabei seien sie sowohl nach innen als auch nach außen als Berechtigte und alleinige Eigentümer des Kaufobjektes aufgetreten und hätten als solche auch Rechtsgeschäfte mit Dritten geschlossen. Sie hätten aber den Betrieb derart schlecht und artfremd geführt, daß sich der Gästebesuch drastisch reduziert habe. Das sei der wahre Grund für die Betriebsaufgabe gewesen. Der Beklagte habe mit Schreiben vom 22.7.1987 den Käufern zur Erfüllung des Kaufvertrages eine Nachfrist von 18 Tagen gesetzt und für den Fall der Nichteinhaltung dieser Nachfrist den Vertragsrücktritt erklärt. Die Klägerin habe die Nachfrist nicht beachtet, weshalb sie - ebenso wie ihren Gatten und die Gesellschaft mbH - das alleinige Verschulden an der Aufhebung des Vertrages treffe. Schließlich machte der Beklagte "bis zur Höhe der Klagsforderung" aufrechnungsweise eine Schadenersatzgegenforderung von 3 Millionen Schilling geltend. Durch das Verschulden seiner "Vertragspartner" sei der Betrieb "Romanum" auf Jahre hinaus geschädigt und entwertet und überdies habe die Klägerin negative Auskünfte über die Vermögensverhältnisse bzw. die Betriebsführung des Beklagten verbreitet, wodurch Interessenten abgeschreckt worden seien. Das Objekt habe daher nur mehr um 4 Millionen Schilling verkauft werden können (ON 2, AS 15; ON 3, AS 19 f; ON 5, AS 27). Weiters habe der Beklagte Betriebskosten von insgesamt 108.200,29 S zahlen müssen, die während der Betriebszeit der Klägerin fällig geworden seien. Schließlich habe die Klägerin beim Verlassen des Hauses Gegenstände im Wert von ca 90.000 S mitgenommen (ON 5, AS 27 f).

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es traf noch folgende wesentliche Tatsachenfeststellungen:

Im Lastenblatt der Liegenschaft des Beklagten waren unter COZ 5 bis 7 Pfandrechte für die R\*\*\* W\*\*\* bis zu den Höchstbeträgen von 5.250.000 S und 1.250.000 S sowie für den Betrag von 423.236,80 S einverleibt.

Die Klägerin war dem Beklagten als mögliche Interessentin bekannt, weil sie bei ihm im März 1986 erstmals angefragt hatte, ob das Lokal zu verkaufen wäre. Die Vertragsverhandlungen begannen Ende März 1987. Damals war aber nicht bekannt, in welcher Höhe tatsächlich noch "Kredit auf der Liegenschaft lastet". Die Klägerin zog dann zu den Vertragsverhandlungen Mag. E\*\*\*, ihren Steuerberater, und später auch den Klagevertreter bei, in dessen Kanzlei etwa fünf bis sechs Vertragsgespräche stattfanden. Es kam aber nicht zum Abschluß einer Vereinbarung. Auch eine Einigung über die genaue Höhe des Kaufpreises konnte nicht erzielt werden. Im Gespräch waren 6, 7 bzw. 8 Millionen Schilling. Ein weiteres Hindernis für einen Vertragsabschluß war die der Klägerin bekannt gewordene Tatsache, daß beim Finanzamt Mödling ein Betriebsprüfungsverfahren anhängig war. Weiters wurde sie durch den Klagevertreter informiert, daß die Kündigung des chinesischen Mieters doch nicht so leicht möglich wäre, wie dies der Beklagte ihr gegenüber behauptet hatte.

Mit Dr. S\*\*\* als Vertreter der R\*\*\* W\*\*\* konnte

keine Einigung darüber erzielt werden, in welcher Weise die Klägerin den auf der Liegenschaft lastenden Kredit

übernehmen könne. Der Beklagte wünschte, daß er bzw seine Gattin aus der persönlichen Haftung durch eine Schuldübernahme der Klägerin entlassen werden. Dr. S\*\*\* forderte jedoch weitere Sicherheiten, unter anderem auch eine Bürgschaft des Ehegatten der Klägerin, welche dieser nicht geben wollte. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden. Am 25.5.1987 gab die R\*\*\* W\*\*\* den genauen Kreditkontostand bekannt.

Als über die Kreditübernahme keine Einigung erzielt werden konnte, wurde darüber gesprochen, daß ein "Unternehmenserwerb" in einem Zwangsversteigerungsverfahren erfolgen könnte, wobei die Klägerin keine Unternehmensschulden übernehmen müßte. Auch darüber wurde aber keine Einigung erzielt.

Diskussionspunkt bei den Vertragsverhandlungen war auch immer wieder die Frage der Nachfolgehaftung für Unternehmensschulden. Die Klägerin erlangte dazu Kenntnis von der Bekanntgabe der Marktgemeinde Perchtoldsdorf vom 2.6.1987, wonach "wegen großer Abgabenrückstände der bisherigen Konzessionsinhaberin aus wirtschaftlichen Gründen der Konzessionsneuerteilung nicht zugestimmt werden kann".

Da aber die Klägerin feste Kaufabsichten hatte, führte sie ab Anfang Mai 1987 den Betrieb weiter, weil der Beklagte einen solchen Weiterlauf des Betriebes wünschte. Anfang Mai 1987 übergab sie dem Beklagten, weil er "Geld sehen" und sich somit über die "Zahlungskräftigkeit" der Klägerin vergewissern wollte, ein Sparbuch mit Klausel und einem Einlagestand von 368.000 S, den sie am 15.6.1987 um 250.000 S erhöhte. Sie gab dem Beklagten das Losungswort des Sparbuchs nicht bekannt und war der Ansicht, auch ohne Sparbuch über den Betrag verfügen zu können.

Erst Ende Juni oder Anfang Juli 1987 entschied sich die Klägerin, wegen des beim Finanzamt Mödling laufenden Betriebsprüfungsverfahrens, wegen der Ungewißheit einer Kündigung des chinesischen Mieters und wegen der von der R\*\*\* W\*\*\* geforderten weiteren Sicherheiten endgültig, von einem Kauf Abstand zu nehmen.

Vorher hatte sie Investitionen durch Renovierung der Toilettenanlage und durch Neuverputzen einer Wand vornehmen lassen. Die Klägerin hatte Kostenvoranschläge für eine Lokaleinrichtung eingeholt und eine Kaffeemaschine, einen Geschirrspüler und eine Gläserspülmaschine gekauft. Die Geräte wurden später von den Lieferanten zurückgenommen und die Klägerin erhielt den Kaufpreis mit einem Abzug zurück. Während der Führung des Lokales bezog die Klägerin Waren auf eigene Rechnung, sie schloß jedoch keine Bezugsverträge ab. Weiters beantragte sie den Abschluß einer Geschäftsversicherung bei der A\*\*\*-E\*\*\* Versicherungs-AG. Die Klägerin und deren Ehegatte schlossen mit Notariatsakt vom 7.5.1987 einen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer Gesellschaft mbH mit dem Unternehmensgegenstand des Betriebes des Gastgewerbes verbunden mit dem Diskotheken- und Kegelbahnbetrieb.

Punkt VI Abs 2 des Gesellschaftsvertrages lautete:

"Alle seit dem 15.April 1987 im Hinblick auf die satzungsmäßige Tätigkeit der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte seitens Frau Anna S\*\*\* gelten als für Rechnung der Gesellschaft mbH durchgeführt."

Es war vorgesehen, daß diese Gesellschaft auch den Fleischhauereibetrieb des Ehegatten der Klägerin führen werde; dazu kam es aber nicht.

Mit Brief vom 6.7.1987 forderte der Klagevertreter den Beklagten auf, die von der Klägerin hinterlegten Schlüssel in seiner Kanzlei abzuholen. Er wies darauf hin, die Klägerin sei bereit, für die Benützung des Lokales einen angemessenen Bestandzins zu zahlen. Weiters forderte der Klagevertreter den Beklagten zur Rückgabe des Sparbuchs auf.

Rechtlich meinte das Erstgericht, es sei weder der Abschluß eines Kaufvertrages noch die Hingabe des Sparbuchs als Angeld nachgewiesen worden. Mangels anderer Vereinbarung sei daher das von der Klägerin zur Bekräftigung ihrer Zahlungsfähigkeit übergebene Sparbuch an sie zurückzustellen. Für das Herausgabebegehrten sei die Klägerin aktiv legitimiert, weil der Zweck der Gesellschaftsgründung mangels Abschlusses des Kaufvertrages nicht eingetreten sei. Überdies sei die Klägerin eindeutig selbst als Verhandlungspartnerin des Beklagten aufgetreten und sie habe ihm das Sparbuch auch ohne Hinweis auf ein Handeln für die Gesellschaft übergeben. Der Beklagte sei daher zu dessen Rückgabe an die Klägerin ungeachtet allfälliger interner Abreden zwischen ihr und ihrem Gatten verpflichtet. Auf die Gegenforderung des Beklagten könne nicht Bedacht genommen werden, weil keine "Gleichartigkeit der Forderungen" im Sinne des § 1438 ABGB gegeben sei. Ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten als Verwahrer sei nach§ 1440 ABGB ausgeschlossen.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes 300.000 S

übersteige. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis eines mangelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweiswürdigung. Es meinte, davon ausgehend, sei es zwischen den Parteien auch zu keinem schlüssigen Vertragsabschluß gekommen. Die kurzfristige Weiterführung des Betriebes durch die Klägerin lasse keineswegs den zwingenden Schluß auf eine Einigung zwischen den Parteien zu. Vielmehr sei die Klägerin am Unternehmenserwerb interessiert gewesen und habe gehofft, mit dem Beklagten noch zu einer Einigung zu kommen. Überdies habe sie dem Beklagten entgegenkommen wollen, der an einer Betriebsschließung nicht interessiert gewesen sei. Gerade die Übergabe des Sparbuchs ohne Bekanntgabe des Losungswortes spreche im übrigen gegen einen konkludenten Vertragsabschluß. Da die Klägerin nach den Feststellungen dem Beklagten gegenüber nur im eigenen Namen, aber nie als Geschäftsführerin der in Gründung befindlichen Gesellschaft mbH aufgetreten sei, habe das Erstgericht auch zutreffend die Aktivlegitimation bejaht. Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages könnten die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nicht beeinflussen, zumal selbst aus den vom Beklagten herangezogenen Beweisaussagen keineswegs hervorgehe, daß ihm die Klägerin das Sparbuch mit dem Hinweis auf ein Handeln für die Vorgesellschaft übergeben oder daß sie sonst ihm gegenüber als Geschäftsführerin dieser Vorgesellschaft bzw der Gesellschaft mbH aufgetreten wäre.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision des Beklagten aus den Revisionsgründen des § 503 Abs 1 Z 1 bis 4 ZPO mit dem Antrag auf Abänderung des Urteiles im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung, hilfsweise auf Urteilsaufhebung.

Die Klägerin stellt den Antrag, der Revision des Beklagten nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Dem Einwand, das Urteil des Berufungsgerichtes sei im Sinne des§ 477 Abs 1 Z 9 ZPO nichtig, weil es auf die Gegenforderungen des Beklagten und auf die von ihm in diesem Zusammenhang geltend gemachten Feststellungsmängel überhaupt nicht eingegangen sei, ist entgegenzuhalten, daß dieser Nichtigkeitsgrund nur dann vorliegt, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, daß sie sich nicht überprüfen läßt (Fasching, Zivilprozeßrecht, Rz 1760; EFSIg 47.258 ua).

Daß das Erstgericht über die Gegenforderungen des Beklagten nicht spruchgemäß erkannt hat, könnte nur einen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens bilden, den der Beklagte mit seiner Berufung aber nicht gerügt hat. Er kann diesen Vorwurf daher auch nicht mehr als Mangel des berufungsgerichtlichen Verfahrens geltend machen und übersieht überhaupt, daß selbst eine derartige allfällige Mängelhaftigkeit noch keine Nichtigkeit begründen könnte. Im übrigen vermag der Beklagte mit seinen Ausführungen keineswegs eine derart lückenhafte Begründung des Berufungsgerichtes aufzuzeigen, daß diese nicht mit Sicherheit überprüft werden könnte. Er erkennt vielmehr selbst, daß das Berufungsgericht die erstinstanzliche Rechtsansicht über die fehlende Aufrechenbarkeit der Gegenforderungen wegen mangelnder Gleichartigkeit gebilligt hat, und bringt dagegen auch nur Argumente vor, die der Sache nach dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zugehören. Ob die Begründung des Berufungsgerichtes ausreichend ist, wird daher bei Behandlung der Rechtsrüge zu prüfen sein. Eine allfällige mangel- oder lückenhafte Begründung bildet aber keine Nichtigkeit (Fasching, aaO; 6 Ob 683/87).

Der Revisionsgrund nach § 503 Abs 1 Z 1 ZPO liegt daher nicht vor.

Mit seiner Mängel- und Aktenwidrigkeitsrüge wendet sich der Beklagte überwiegend gegen die in dritter Instanz nicht mehr überprüfbare Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Soweit er Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens geltend macht, deren Vorliegen das Berufungsgericht bereits verneint hat, können auch diese in dritter Instanz nicht mehr nach § 503 Abs 1 Z 2 ZPO geltend gemacht werden (SZ 48/142; EFSIg 44.102, 49.387 ua).

Im übrigen liegen die vom Beklagten geltend gemachten Mängelhaftigkeiten oder Aktenwidrigkeiten nicht vor § 510 Abs 3 ZPO).

Auch die Rechtsrüge der Revision erweist sich aus folgenden Gründen als unzutreffend:

Grundsätzlich kommt ein Vertrag durch die Einigung über den Vertragsinhalt und die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Abschlußwillens zustande (SZ 49/162; JBI 1981, 645; JBI 1989, 244 ua). Eine Einigung der Parteien über den Vertragsinhalt ist erst dann anzunehmen, wenn über sämtliche Vertragsbestimmungen Einigkeit

besteht (SZ 54/112; JBI 1981, 645; JBI 1989, 244 uva). Zum Zustandekommen eines Kaufvertrages - auch über eine Liegenschaft - genügt gemäß § 1054 ABGB allerdings die Einigung über Kaufgegenstand und Kaufpreis (SZ 44/73, SZ 54/112 uva). Daß Nebenpunkte nicht besprochen wurden, steht der Annahme des Zustandekommens eines Kaufvertrages an sich nicht entgegen. Die fehlenden Punkte sind vielmehr aus dem Willen der Parteien zu erschließen oder aus dem Gesetz zu ergänzen (vgl. Mayer-Maly in Klang2 IV/2, 218; SZ 44/73; SZ 49/142; EvBl 1978/139). Voraussetzung für die Annahme des Zustandekommens eines Vertrages in diesen Fällen ist aber, daß die Nebenpunkte gar nicht erörtert, also nicht zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen gemacht wurden. War hingegen eine Vereinbarung über offen gebliebene Punkte - auch unwesentliche - vorbehalten, dann kommt der Vertrag erst zustande, wenn sich die Parteien auch darüber geeinigt haben (SZ 44/73; EvBl 1978/139; SZ 54/112); dann ist nämlich davon auszugehen, daß die Parteien den Vertrag ohne die Einigung über die Nebenpunkte nicht schließen wollten (SZ 44/73; EvBl 1978/139; JBI 1989, 244). Der Grundsatz, daß Vorverhandlungen bis zur Einigung über in Erörterung gezogene Nebenpunkte andauern, wird auch von der Lehre gebilligt (Rummel in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 861; Aicher in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 1054; Bydlinski in Klang2, IV/2, 104 FN 1 und 471 FN 296; Mayer-Maly, aaO, 217 f). Soweit daher ein Teil bei Abschluß des Vertrages erkennbar auf einen bestimmten Vertragspunkt Wert gelegt hat, fehlt es an der erforderlichen Willensübereinstimmung, solange nicht über diesen Punkt Einigung erzielt wurde (9 Ob A 275,276/88).

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen entgegen der Meinung des Beklagten zutreffend erkannt, daß die Verhandlungen noch nicht zum Zustandekommen eines Vertrages geführt haben. Es konnte nämlich dabei jemals weder eine Einigung über die Höhe des Kaufpreises erzielt werden noch über die der Klägerin - für den Beklagten erkennbar, weil Gegenstand sämtlicher Vertragsverhandlungen - wesentlichen Punkte der Übernahme der auf der Liegenschaft lastenden Kreditverbindlichkeiten durch sie, ihre Haftung für die Unternehmensverbindlichkeiten und deren Höhe sowie die Kündbarkeit des Mietvertrages über das China-Restaurant. Unter diesen Umständen ist auch in der kurzfristigen Betriebsweiterführung der Klägerin ab Anfang Mai 1987 noch kein Beginn der Erfüllung durch sie zu sehen, der in der Regel für einen entsprechenden Bindungswillen spräche (9 Ob A 275,276/88), weil dies noch während der bis dahin einigungslos verlaufenen und auch fortgesetzten Vertragsverhandlungen geschah und damit erkennbar nur dem Wunsch des Beklagten Rechnung getragen wurde, der eine, wenn auch nur kurzfristige Betriebsstillegung aus verständlichen Gründen vermeiden wollte. Andererseits hatte die Klägerin damals feste Kaufabsichten und beide Teile rechneten offenbar damit, es werde schon noch in absehbarer Zeit in allen offenen Punkten Einigkeit erzielt werden. Die Hingabe des Sparbuchs an den Beklagten kann daher auch nicht die Funktion eines Angeldes gemäß § 908 ABGB gehabt haben, weil ein solches ein gültiges Rechtsgeschäft voraussetzt (Koziol-Welser, Grundriß8, I, 199; Gschnitzer in Klang2, IV/1, 388; RZ 1979/78; SZ 54/46; JBI 1989, 244). Es ist somit - die hier fehlende - Perfektion des Vertrages Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des Angeldes (JBI 1982, 255). Das hier im Hinblick auf einen erst zu perfektionierenden Vertrag übergebene Sparbuch, welches damit lediglich zur Sicherstellung der Erfüllung eines erst künftig abzuschließenden Vertrages dienen sollte und dessen Kautionsfunktion daher unter der Bedingung des späteren Vertragsabschlusses stand, kann somit mangels nachträglichen Zustandekommens eines solchen Vertrages schon nach Bereicherungsgrundsätzen gemäß § 1435 ABGB vom Beklagten mit Erfolg zurückverlangt werden (vgl JBI 1989, 244). Auf das Eigentum der Klägerin an diesem Sparbuch kommt es dabei entgegen der Meinung des Revisionswerbers schon deshalb nicht an, weil nach ihrem maßgeblichen Sachvorbringen gar keine Eigentumsklage nach § 369 ABGB vorliegt, sondern ein bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsanspruch geltend gemacht wurde, dessen Voraussetzungen aber nach den bisherigen Ausführungen gegeben sind. Soweit der Beklagte im Hinblick auf die von der Klägerin und ihrem Ehegatten während der Vertragsverhandlungen gegründete Kapitalgesellschaft darauf beharrt, daß die Klägerin für die vorliegende Herausgabeklage nicht aktiv legitimiert sei, ist er auf den wesentlichen Grundsatz des Stellvertretungsrechtes (Offenlegungsgrundsatz) zu verweisen, demzufolge derjenige, der nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter eines anderen oder als Organ einer juristischen Person rechtsgeschäftlich handeln will, dies auf unzweifelhafte Weise zum Ausdruck bringen muß. Legt der Vertreter daher nicht offen, daß er im Namen eines anderen handeln will, so kommt das Geschäft im eigenen Namen zustande. Einer Offenlegung der Stellvertretung (oder des organschaftlichen Handelns) bedarf es nur dann nicht, wenn der Geschäftspartner ohne weiteres oder doch aus den besonderen Umständen erkennen kann, daß der Vertreter nicht im eigenen Namen handeln will. Das trifft etwa auf das offene oder verdeckte (echte) Geschäft für den, den es angeht (vgl hiezu Welser, Vertretung ohne Vollmacht, 248 f; Koziol-Welser, aaO, 170 f), aber auch auf das "unternehmensbezogene Geschäft" zu. Ein solches ist

anzunehmen, wenn der Handelnde offenkundig, (das heißt erkennbar) im Namen eines bestimmten Unternehmens abschließt und damit den jeweiligen Unternehmensträger berechtigt und verpflichtet (SZ 57/198; JBI 1989, 39 = GesRZ 1989, 44). Gleiches gilt auch für die Aufnahme und Fortführung von Vertragsverhandlungen sowie für das Handeln im Namen einer durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages errichteten, aber mangels Eintragung in das Handelsregister noch nicht entstandenen Gesellschaft mbH (Vorgesellschaft oder Gründergesellschaft; vgl § 2 GmbHG und Hämerle-Wünsch, Handelsrecht3, Bd 2, 401 ff; Kastner, Gesellschaftsrecht4, 281).

Nach den vorliegenden Feststellungen in der Form ihrer Verdeutlichung durch das Berufungsgericht ist aber klargestellt, daß die Klägerin dem Beklagten gegenüber immer nur im eigenen Namen und nie als Geschäftsführerin einer erst zu errichtenden oder bereits errichteten Vorgesellschaft aufgetreten ist. Danach besteht auch nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß der Beklagte damals überhaupt bereits Kenntnis vom Abschluß des Gesellschaftsvertrages zwischen der Klägerin und deren Ehegatten gehabt hätte. Es können daher auf den vorliegenden Sachverhalt auch nicht die Grundsätze über das Handeln im Rahmen eines "unternehmensbezogenen Geschäftes" Anwendung finden. Die Vorinstanzen haben somit zutreffend erkannt, daß der Beklagte aus Punkt VI Abs 2 des Gesellschaftsvertrages vom 7.5.1987 für sich allein den Mangel der Aktivlegitimation der Klägerin keineswegs mit Erfolg ableiten kann.

Auf die als Gegenforderungen eingewendeten Geldforderungen des Beklagten war schon deshalb nicht Bedacht zu nehmen, weil das übergebene Sparbuch keine "Barkaution" war, sondern die Sicherung des (hier: bedingten) Pfandnehmers in der durch die Sparurkunde verbrieften Forderung gegen eine Kreditunternehmung bestand und an der Realisierung dieser Forderung unter Umständen - vor allem dann, wenn wie im vorliegenden Fall das Losungswort nicht bekanntgegeben wurde - doch die Klägerin als (bedingte) Pfandbestellerin mitwirken mußte. Damit besteht bei der in Form eines Sparbuchs gegebenen (bedingten) Kaution, soweit das Guthaben - wie hier - noch nicht realisiert wurde, mangels Gleichartigkeit der gegenüberstehenden Forderungen keine Möglichkeit, allfällige Geldersatzforderungen des Pfandnehmers gegen den Anspruch auf Ausfolgung des Sparbuchs aufzurechnen, also das Pfandrecht - so wie beim unregelmäßigen Geldpfand - unmittelbar dadurch zu verwirklichen, daß gegen den Rückforderungsanspruch des Schuldners jene Forderungen aufgerechnet werden, zu deren Sicherstellung das Pfand bestimmt ist (EvBI 1956/151; SZ 51/67; JBI 1987, 248; JBI 1988, 721 = EvBI 1989/38). Dazu kommt, daß ein als Kaution hingegebenes Sparbuch überhaupt ein regelmäßiges Pfand (§ 296 EO) ist, das der Pfandnehmer nicht durch Aufrechnung, sondern nur durch Behebung des Guthabens verwerten kann (JBI 1988, 721 = EvBI 1989/38).

Im vorliegenden Fall ist das Sparbuch dem Beklagten überdies nicht zur Sicherung der nunmehr geltend gemachten Gegenforderungen übergeben worden, sondern zur Sicherung seiner im Falle des Vertragsabschlusses entstehenden Kaufpreisforderungen. Schon aus diesem Grunde scheidet eine Verwertung der durch den Nichteintritt der für die Verpfändung maßgeblichen Bedingung eines künftigen Vertragsabschlusses zwischen den Streitteilen überhaupt frei gewordene Pfandsache aus. Die aus anderen Rechtstiteln abgeleiteten Geldgegenforderungen des Beklagten können daher schon deshalb, weil zu deren Sicherstellung das Sparbuch nicht bestimmt war, mangels Gleichartigkeit der gegenüberstehenden Forderungen keinesfalls gegen den Anspruch der Klägerin auf Ausfolgung des Sparbuchs aufgerechnet werden.

Der Revision war aus allen diesen Gründen ein Erfolg zu versagen. Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E19794

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0060OB00663.89.1130.000

#### **Dokumentnummer**

JT\_19891130\_OGH0002\_0060OB00663\_8900000\_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)