

immolex

NEUES MIET- UND WOHNRECHT

7-8/99

Herausgeber:
Dr. Herbert Rainer

Leitende Redakteure:
Dr. Franz Pfiel
Dr. Helmut Böhm
Dr. Ernst Gall
Mag. Walter Stingl

Ständige Mitarbeiter:
Dr. Johannes
Stabentheiner
Dr. Wolfgang Zankl
Heinz M. Jäger
Dr. Andreas Kletečka



**DAS
AKTUELLSTE
ZU**

**Mietrecht
Wohnungseigentum
Wohnbaugenossenschaften
Liegenschaftsrecht
Bauträger
Grundbuchsrecht
Makler
Hausverwalter
Hausbesorger
Steuern und Abgaben**

**IN DIESER
AUSGABE u. a.**

Exekutionsrecht

205

Ansprüche bei Einlagerung, Verwertung, Herausgabe und Beseitigung von geräumten Fahrnissen (THIELE)

Bauträger

216

Unliebsame Überraschungen beim Abruf von Haftrücklaßgarantien sind vermeidbar (TH. RABL)

Mietrecht

201

Immissionsabwehr gegenüber Dritten aufgrund familienrechtlicher Wohnverhältnisse?

Wohnungseigentum

215

Benützungsregelung an Parkplätzen, keine Bindungswirkung der Vorfragenbeurteilung durch Baubehörde

Steuern und Abgaben

220

Unter Denkmalschutz stehendes Gebäude und wirtschaftliche Einheit (§ 28 BewG)

auch noch zusätzlich die 14tägige Paritionsfrist zur Räumung des Bestandobjekts zur Verfügung stehen soll, ist ihm zu erwidern, daß der Gesetzgeber einen Bestandnehmer, der sich mit einer gerichtlichen Kündigung ohne Erhebung von Einwendungen abfindet, offenkundig nicht schlechterstellen wollte als einen Bestandnehmer, der einen Kündigungsprozeß nach ungerechtfertigten Einwendungen verliert, aber das Bestandobjekt gem § 573 Abs 1 ZPO dennoch erst 14 Tage nach Wirksamkeit bzw Rechtskraft eines solchen Urteils (§ 409 Abs 3 ZPO) zu räumen hat, wenn die Bestandzeit im Zeitpunkt der Urteilsfällung schon verstrichen ist.

Wird in einer gerichtlichen Aufkündigung der Zeitpunkt der (angestrebten) Beendigung des Bestandverhältnisses eindeutig bezeichnet und beantragt, dem Mieter aufzutragen, dieser Aufkündigung rechtzeitig durch Übergabe des Bestandobjekts Folge zu leisten, ist die

Räumungsfrist, wenn der Mieter keine Einwendungen erhoben hat und die Bestandzeit noch nicht verstrichen ist, unmittelbar aus § 573 Abs 2 ZPO abzuleiten. Danach ist das Bestandobjekt längstens binnen 14 Tagen nach Ablauf der Bestandzeit – also 14 Tage nach dem in der gerichtlichen Aufkündigung angegebenen Termin der Beendigung des Bestandverhältnisses – geräumt zu übergeben. In einem solchen Fall kann das Gericht die Aufkündigung ohne weiteres durch Beisetzung der gesetzlichent Frist des § 573 Abs 2 ZPO verdeutlichen.

Wird eine solche – als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit nicht erforderliche – Verdeutlichung erst nach Erlassung der gerichtlichen Aufkündigung mittels **Berichtigungsbeschlusses** vorgenommen, löst die Zustellung einer berichtigten Ausfertigung der gerichtlichen Aufkündigung keine neue Einwendungsfrist gem § 562 Abs 1 letzter Satz ZPO aus.



EXEKUTIONSRECHT

ANSPRÜCHE BEI EINLAGERUNG, VERWERTUNG, HERAUSGABE UND BESEITIGUNG VON GERÄUMTEN FAHRNISSEN

von RA Dr. Clemens THIELE, LL.M. Tax

FÜR DEN EILIGEN LESER:

Dieser Beitrag behandelt die auftretenden Probleme bei den im Zuge einer Delogierung einzulagernden Fahrnissen des Mieters. Der Ersatz für die dabei auflaufenden Kosten vom Delogierten ist zwar im Gesetz (§ 349 EO) vorgesehen, jedoch in der Praxis kaum durchsetzbar. Den einlagernden Vermieter, Lagerhalter und Spediteur trifft die strenge Sequesterhaftung (§ 968 ABGB) an den Gegenständen als Fortwirkung des Eigentumsrechtes des Mieters.

1. Einleitung

In der Praxis kommt es immer wieder zu Problemen mit der Einlagerung von anlässlich einer Delogierung geräumten Fahrnissen einer Wohnung. Wenn der freiwillig räumende Ex-Mieter im weiteren keine neue Wohnung gefunden hat, lagert er seine Fahrnisse beim Möbelspediteur ein. Für die Bezahlung der Lagerkosten fehlt ihm von vornherein oder alsbald das Geld.

Manchmal lassen besonders skrupellose Mieter ihre Fahrnisse in der Wohnung zurück und Überwälzen so das Problem des Abtransportes und der Einlagerung samt der Kostenfrage an den Vermieter. Mahnungen kommen mit dem Vermerk „Empfänger unbekannt verzogen“ zurück.

Vermieter, Lagerhalter oder Spediteure beauftragen in derartigen Fällen Anwälte, die aufgelaufenen Kosten einbringlich zu machen. Daneben möchten sie die Lagerfläche freimachen, da die Durchsetzung der jeweils neu entstehenden Lagergebühren äußerst fraglich ist.

Je nach mandantenbezogener Beratungssituation sollen nachfolgend im einzelnen die Ansprüche von Lagerhalter, Spediteur und Vermieter für eingelagerte Güter behandelt werden.

2. Einlagerung

a) Einlagerung ohne vorangehende Räumungsexekution

Außerhalb eines gerichtlich betriebenen Räumungsverfahrens ist bei der Verwertung der eingelagerten Fahrnisse größte Vorsicht geboten. An den Beginn der

Überlegungen soll daher die E des OGH vom 17.11.1987¹ gestellt werden, der im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrundeliegt:

Noch vor Abschluß des Mietvertrages gestattete der Vermieter den Einzug des Mieters. In weiterer Folge kam es aber nicht mehr zum Abschluß des schriftlichen Mietvertrages. Der Mieter hielt die vereinbarten Termine nicht ein. Der Vermieter ließ daraufhin das Türschloß auswechseln und forderte den „Benützer“ auf, seine Fahrnisse zu entfernen. Da dieser der Aufforderung nicht nachkam, ließ der Vermieter die Fahrnisse durch eine Spedition abholen, bei der sie eingelagert wurden. Von dort holte sie der Mieter nach Zahlung der Transportkosten und Einlagerungsspesen ab. Daraufhin klagte er den Vermieter auf eine Gesamtschadenssumme von S 113.516,- sA, die sich aus einer Abschlagszahlung zur Freigabe seines Hausrates an den Vermieter zusammensetzte, sowie aus den Transport- und Einlagerungskosten samt den Kosten für die zur Erreichung der Fahrnisse durchgeführte anwaltliche Korrespondenz und schließlich einen Schadensersatzbetrag für durch unsachgemäßen Abtransport beschädigte bzw in Verlust geratene Einrichtungsgegenstände.

Das Höchstgericht gab der Klage statt und führte zu den strittig gebliebenen Transport- und Lagerkosten aus, daß unzulässige Selbsthilfe iS des § 19 ABGB vorliegt, wenn der Liegenschaftseigentümer oder Bestandgeber bei titelloser Benützung die Sachen des Benützers nur wegschafft, um auf diese Weise einen Räumungsverzug zu beenden. Da die Rechtswidrigkeit der Selbsthilfe in diesem Fall bei entsprechender Sorgfalt erkannt werden kann, liegt ein Verschulden vor, das jedenfalls zum Ersatz des durch die Selbsthilfe verursachten Schadens gemäß §§ 1295 ff ABGB berechtigt. Die Schadenshaftung erstreckt sich auch auf zufälligen Verlust und zufällige Beschädigung von Sachen, wenn diese durch die Selbsthilfe verursacht und nicht untypische, unvorhersehbare Folgen darstellen.

Darüberhinaus wird der Vermieter, über dessen Auftrag die weggeschafften Gegenstände eingelagert worden sind, noch vom Spediteur bzw Lagerhalter zur Kasse gebeten. Zur Zahlung des Transport- und Lagerentgelts ist er nämlich bei außergerichtlicher Delogierung aus vertraglicher Vereinbarung persönlich verpflichtet.

Schadenshaftung des Vermieters auch für zufälligen Verlust oder Beschädigung von Sachen, wenn diese ohne Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe geräumt werden. Der Vermieter schuldet als Einlagerer persönlich dem Lagerhalter/Spediteur das Verwahrungsentgelt.

¹ 4 Ob 578/87, JBI 1988, 248.

b) Einlagerung nach gerichtlicher Delogierung

Erfolgt die Einlagerung der aus dem Bestandobjekt entfernten Fahrnisse im Zuge eines Räumungsexekutionsverfahrens, so liegt begreiflicherweise kein Fall der (unzulässigen) Selbsthilfe mehr vor, sondern eine titulierte, gerichtliche Delogierung.² Gemäß § 349 Abs 1 letzter Satz EO ist der Vermieter sogar verpflichtet für den Abtransport und eine allfällige Verwahrung der Gegenstände selbst zu sorgen, andernfalls der Vollzug der Räumung zu unterbleiben hat. Vom Gericht wird lediglich die Eignung des ausgewählten Verwahrers überprüft,³ und die betreibende Partei hat unbeschadet der späteren Einbringlichkeit *vorläufig* den Abtransport und die Verwahrung auf ihre Kosten vorzunehmen.

aa) Kostenersatzanspruch des Vermieters

Der im Zuge einer gerichtlichen Delogierung durchgeführte Transport selbst und die Verwahrung erfolgen ausschließlich im Interesse und auf Gefahr des Verpflichteten. Der betreibende Gläubiger tritt in keinerlei Verpflichtungsverhältnis zum Delogierten.

Gemäß § 349 Abs 2 letzter Satz EO stellen die Kosten der Verwahrung jedenfalls ersatzfähige Exekutionskosten des betreibenden Gläubigers dar, ohne Rücksicht darauf, ob die Verwahrung vom Vollstreckungsorgan angeordnet worden ist oder nicht.

Delogierter Mieter schuldet Transport- und Lagerkosten

Der Anspruch des betreibenden Gläubigers, dh des Vermieters, auf Ersatz der Lagerkosten besteht bei Erfüllung der in § 349 Abs 2 EO normierten Voraussetzungen auch dann, wenn die Fahrnisse des Verpflichteten dem betreibenden Gläubiger selbst in Verwahrung gegeben worden sind.⁴

Unabhängig davon schuldet der Verpflichtete das Entgelt für die Verwahrung unmittelbar dem Verwahrer.⁵

bb) Rechtsstellung des Verwahrers geräumter Fahrnisse

Derjenige, bei dem die geräumten Fahrnisse eingelagert werden, wird als Verwahrer gemäß § 968 ABGB angesehen, da er nach den Vorschriften der Exekuti-

² Deutlich OGH 18.12.1996, 3 Ob 11/97g, JBI 1997, 386 = RdW 1997, 530.

³ Bei Namhaftmachung von Speditionen oder gewerbsmäßigen Lagerhaltern gibt es dabei in der Praxis keinerlei Probleme.

⁴ LGZ Graz MietSlg 35.874.

⁵ LGZ Graz MietSlg 37.8839; LGZ Wien MietSlg 38.857.

onsordnung⁶ bestellt ist.⁷ Es handelt sich um eine kraft Gesetzes angeordnete Verwahrung.⁸ Zwischen dem Eigentümer bzw dem betreibenden Gläubiger und dem Sequester wird zwar kein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag geschlossen, doch richten sich die Tätigkeit des Verwahrers selbst sowie seine Rechte und Pflichten aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung und der Annahme eines **fingierten Vertragsverhältnisses**⁹ nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Der fingierte Verwahrungsvertrag kommt als echter Realvertrag mit Übergabe der Fahrnisse zustande.

Keine Amtshaftungsansprüche gegen den gerichtlichen Verwahrer

Amtshaftungsansprüche gegen den immerhin hoheitlich bestellten Sequester¹⁰ bestehen aber nicht.¹¹ Die Verwahrung selbst ist kein hoheitlicher Akt, denn nach dem Willen des Gesetzgebers soll mit Vollzug der Räumung die gerichtliche Mitwirkung bei Durchsetzung des Räumungsanspruches beendet werden.¹²

cc) Haftung des Verwahrers

Nach älterer Meinung¹³ haftet der betreibende Gläubiger weder für die beizustellenden Arbeiter als Erfüllungsgehilfen¹⁴ noch für die bei der Räumung an den Möbeln verursachten Schäden.¹⁵ Dies ungeachtet der ausdrücklichen Bestimmung des § 569 Abs 1 Geo, wonach die Verwahrung *zunächst* auf Kosten des betreibenden Gläubigers erfolgt.

Nach heute hM¹⁶ haftet der Verwahrer persönlich und unmittelbar dem Verpflichteten für den durch eine Vernachlässigung der pflichtgemäßen Obsorge bei Transport oder Lagerung verursachten Schaden. Der Ver-

wahrer vernachlässigt die Obsorge über die bei ihm eingelagerten Fahrnisse *jedenfalls*¹⁷ dann, wenn er diese entgegen der Bestimmung des § 349 Abs 2 EO *ohne* Einschaltung des Gerichts dem Verkauf zuführt.

Der nach § 349 EO bestellte Sequester ist nicht berechtigt, die übernommenen Sachen einem Dritten in Verwahrung zu geben. Dies folgt bereits aus dem Gebot des § 965 ABGB, wonach ein Verwahrer schadenersatzpflichtig wird, der die bei ihm hinterlegte Sache ohne Not einem Dritten in Verwahrung gegeben hat.¹⁸ Darüberhinaus interpretiert die Rsp die Bestimmung des § 349 Abs 2 EO als Schutzgesetz iSd § 1311 zweiter Satz ABGB, dessen Verletzung bei Weitergabe der eingelagerten Sachen schadenersatzpflichtig macht.¹⁹

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausmittlung des Schadenersatzbetrages ist gem. § 1332 ABGB der Zeitpunkt der Schädigung.²⁰ Ein Fehler des Vollstreckungsorganes bei Bewertung der in Verwahrung genommenen Gegenstände kann nicht zu Lasten des Verpflichteten gehen und daher auch den nach § 964 ABGB zu leistenden Schadenersatzbetrag nicht mindern.²¹

Handelt es sich um den Ersatz für das Abhandenkommen des ausdrücklich in Verwahrung gegebenen Gegenstandes, tritt eine Haftungsbeschränkung selbst dann nicht ein, wenn der Verwahrer nicht auf den höheren Wert des Gegenstandes hingewiesen worden ist.²²

Fristen und solidarische Haftung

Der Schadenersatzanspruch unterliegt aber dem Grunde nach bei gewerbsmäßigen Lagerhaltern und Spediteuren den einjährigen Verjährungsfristen der §§ 414 und 423 HGB, nicht jedoch der 30-tägigen Präklusivfrist des § 967 ABGB, da das Vertragsverhältnis ein gemischtes Vertragsverhältnis ist, bei dem nicht nur die Verwahrung als Hauptpflicht vereinbart ist, sondern auch das Räumen, Verpacken und Transportieren Hauptpflichten sind. Daher ist die Obsorge nicht nur

⁶ Vgl das Zitat des § 968 ABGB in § 259 Abs 3 EO.

⁷ SZ IX/235; mit allen Rechten und Pflichten der Sequestration vgl *Binder* in *Schwimmann*, ABGB² V § 968 Rz 2 und 11 ff.

⁸ MietSlg 31.813.

⁹ In der Begründung dieser dogmatisch umstrittenen Figur wird auf *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 657 verwiesen.

¹⁰ IdR also der Lagerhalter oder Spediteur, aber auch der betreibende Gläubiger selbst.

¹¹ OGH 2.5.1984, 1 Ob 9/84, SZ 57/83, unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Ansicht von *Vrba/Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsrecht, 107 f.

¹² Zu diesem „Beendigungsaspekt“ der Räumungsexekution siehe auch unten Pkt 3.c.

¹³ *Herz*, Die Einlagerung bei der Räumungsexekution, JBI 1956, 44.

¹⁴ ZB SZ XI/80.

¹⁵ So schon GIUNF 6.751.

¹⁶ RZ 1996/31; SZ 57/83; SZ 52/63; SZ 27/264; SZ 9/235; *Schubert* in *Rummel*, ABGB I², § 968 Rz 1; *Heller/Berger/Stix*, EO⁴, 1729, 2496.

¹⁷ OGH 28.4.1998, 1 Ob 186/97b, immolex 1998/179.

¹⁸ Bei Weitergabe haftet der Verwahrer für den dadurch entstandenen Schaden, der bei ihm nicht eingetreten wäre, vgl *Binder* in *Schwimmann*, ABGB² V, § 965 ABGB Rz 1 ff.

¹⁹ OGH 19.4.1979, 7 Ob 768/78, SZ 52/63.

²⁰ OGH 20.1.1988, 1 Ob 50/87.

²¹ Keine in der Sphäre des Hinterlegers liegenden Umstände (OGH 20.1.1988, 1 Ob 50/87).

²² EvBI 1977/264; SZ 37/151; 5 Ob 79/73; *Schubert* in *Rummel*, ABGB I², § 964 Rz 4.

Hauptpflicht, so daß die *Ausnahmebestimmung* des § 967 ABGB nicht zum Tragen kommt.²³

Bei der Beurteilung der Vernachlässigung der pflichtgemäßen Obsorge gestehen die Gerichte freilich zu, daß im Zuge einer zwangsweisen Räumung unter Berücksichtigung des dabei auftretenden besonderen überdurchschnittlichen zeitlichen Druckes und dem Bestreben, die Kosten möglichst gering zu halten, nicht jener Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist, wie bei einer vorbereiteten und organisierten Wohnungsräumung und Übersiedlung.²⁴

Läßt sich aber nicht feststellen, ob und inwieweit auch der Vollstrecker und sonstige bei der Delogierung Tätige neben dem Verwahrer ursächlich für den Schaden an den geräumten Fahrnissen waren, so haftet der Verwahrer jedenfalls aufgrund alternativer Kausalität, wobei der Umstand seines Regreßrechts gegenüber allfälligen solidarisch mithaftenden Mitschädigern ohne Bedeutung ist.²⁵

Möchte der betreibende Gläubiger die eingelagerten Sachen also verwerten, kann er dies gem. § 349 Abs 2 Satz 2 aE EO nur im Wege des gerichtlichen Verkaufsverfahrens durchführen.²⁶

3. Verwertung der geräumten Fahrnisse

a) Selbsthilfeverkauf durch den betreibenden Gläubiger?

Da idR ein Vermieter die Lagerung und Aufbewahrung von eingebrachten Sachen nicht gewerbsmäßig betreibt, sind auf ihn die Bestimmungen der §§ 416 ff HGB nicht anzuwenden.²⁷ Aber selbst gewerbsmäßigen Vermietern – auch Formkaufleuten iSd § 6 HGB – kommt die vereinfachte kaufmännische Zurückbehaltung und Verwertung der eingebrachten Sachen nicht zugute, da die zu sichernden Forderungen aus dem Bestandvertrag, maW offene Mieten, idR nicht aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft iSd §§ 343, 344 HGB stammen.²⁸

Zu prüfen bleiben daher nachfolgend die materiellen Voraussetzungen eines Selbsthilfeverkaufs außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereiches von § 373 HGB, sowie dessen Form.

b) Befreiungsverkauf durch den betreibenden Gläubiger?

Im bürgerlichen Recht läßt die Rsp²⁹ in engen Grenzen einen sog „Befreiungsverkauf“ des Schuldners zu, wenn sich die eingelagerte Sache sinnvollerweise nicht weiter verwahren läßt. Neben dem Fall des Verderbs nennt die hL auch den unverhältnismäßigen Kostenaufwand.³⁰ Der Verkauf der Ware stelle diesfalls eine Schadensabwehr gem § 1036 ABGB dar. Die Nützlichkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag, dh des Befreiungsverkaufes, ergebe sich dann, wenn die Lager- oder Transportkosten eine „unverhältnismäßige Höhe“ erreichen.³¹ Auf die vorliegenden Fälle der Einlagerung geräumter Fahrnisse passen die zur unmöglichen oder untunlichen Hinterlegung entwickelten Grundsätze recht gut. Beide Male trifft den Schuldner eine Sorgfaltspflicht zur entsprechenden Verwahrung gegenüber dem säumigen Gläubiger. Ungeachtet dessen, ob man für den bürgerlichen Befreiungsverkauf die gleichen Modalitäten wie beim handelsrechtlichen Selbsthilfeverkauf fordert oder nicht,³² wird man vom Verwahrer eine dem Verkauf vorangehende Benachrichtigung des Eigentümers erwarten können.³³ Diese wird freilich bei einem „flüchtigen“ Ex-Mieter untunlich iSd § 1234 dBGB³⁴ und daher entbehrlich sein.

c) Exekutive Verwertung nach § 349 Abs 2 EO

Gemäß § 349 Abs 2 EO sind die weggeschafften Gegenstände entweder dem Verpflichteten, seinem Bevollmächtigten, einem Familienangehörigen oder erwachsenen Dienstnehmer zu übergeben oder *auf Kosten des Verpflichteten* anderweitig in Verwahrung zu bringen.

Von der „anderweitigen Verwahrung“ sind dem Gericht bekannte Pfandgläubiger und andere Personen, die darauf Anspruch erheben können, zu verständigen. Wenn die verpflichtete Partei (Exmieter) die eingelagerten Gegenstände nicht abholt, oder mit der Bezahlung der Verwahrungskosten säumig ist, steht es der betreibenden Partei (Vermieter) frei, gemäß § 349 Abs 2 Satz 2 EO „nach vorheriger Androhung“ den Verkauf dieser Gegenstände bei Gericht zu beantragen.

Zu prüfen bleibt, ob diese Verständigung des Schuldners nunmehr begünstigt nach den Vorschriften der

²³ SZ 10/87; *Gschnitzer in Klang² IV/1*, 655; *Schubert in Rummel*, ABGB II, § 967 Rz 3.

²⁴ OLG Wien 13 R 93/96h und zust OGH 30.10.1996, 9 Ob 2169/96b, SZ 69/245.

²⁵ St Rsp JBI 1991, 110; EvBI 1994/13; SZ 69/245.

²⁶ „... auf Verfügung des Exekutionsgerichtes ... zu verkaufen“.

²⁷ Zu deren Inhalt im einzelnen siehe unten Pkt 3.d)aa).

²⁸ So aber eine der Tatbestandsvoraussetzungen des § 369 HGB; vgl *Schuhmacher in Straube*, HGB I², § 369 Rz 6; zur analogen Anwendung gleich unten Pkt 3.b).

²⁹ GIU 4.142; grundlegend SZ 23/95 JBI 1950, 581 = HS 1.704 mit breiter Zustimmung der Lehre; wN zitiert bei *Ch. Rabl*, ÖJZ 1998, 688, 700 FN 139.

³⁰ *Reischauer in Rummel*, ABGB II, § 1419 Rz 11.

³¹ So *Dellinger*, Anm zu OGH in JBI 1988, 590, 592f.

³² Dafür: *Reischauer in Rummel*, ABGB II², § 1419 Rz 11; dagegen: *Dellinger*, Anm zu OGH in JBI 1988, 590, 592; vermittelnd *Ch. Rabl*, ÖJZ 1998, 688, 701.

³³ So schon *Mayerhofer*, Schuldrecht I, 464 analog zu § 373 HGB; zustimmend *Ch. Rabl*, ÖJZ 1998, 688, 701.

³⁴ Siehe unten Pkt 3.d)cc).

Ediktalzustellung vorgenommen werden könnte? Erst danach sind nämlich die eingelagerten Gegenstände für Rechnung des Verpflichteten zu verkaufen. Der nach Deckung der Verwahrungs- und Veräußerungskosten übrigbleibende Erlös ist gemäß § 349 Abs 3 EO für den Verpflichteten gerichtlich zu hinterlegen.

Für die „vorherige Androhung“ ist zunächst zu berücksichtigen, daß im Zuge der Delogierung gem § 349 EO die verpflichtete Partei ausdrücklich³⁵ darauf hingewiesen wird, daß eine (zB durch die Räumung bedingte) Änderung ihrer Anschrift dem Gericht unverzüglich mitzuteilen ist. Wird diese Mitteilung unterlassen und kann die neue Anschrift nicht ohne Schwierigkeiten festgestellt werden, so werden weitere zuzustellende Schriftstücke ohne Verständigung mit der Wirkung der Zustellung beim Postamt, beim Gemeindeamt oder bei der Behörde selbst zur Abholung bereitgehalten. Die so hinterlegten Schriftstücke gelten mit dem ersten Tag der Hinterlegung als zugestellt gem § 8 ZustG. Bleibt also die Abgabestelle unbekannt, hindert das die wirksame Zustellung keineswegs. § 8 Abs 2 ZustG enthält diese Sanktion für das Unterlassen der Meldepflicht. Die damit der Behörde erlaubte einfache Zustellung durch Hinterlegung darf sie aber nicht anwenden, ohne versucht zu haben, die neue Abgabestelle der betroffenen Partei auszuforschen.³⁶ Die Erhebungen müssen aber „ohne Schwierigkeiten“ möglich sein, dh die Behörde ist nur verpflichtet, einfache Hilfsmittel, zB Meldeauskünfte oder Mitteilungen an den Zusteller durch Nachbarn, Anfragen an die Gewerbebehörde, die Landesvertretung, den Sozialversicherungsträger udgl heranzuziehen.

Keine vereinfachte Zustellung an den flüchtigen Mieter

Nach stRsp ist die *Exekution durch zwangsweise Räumung* mit der Einweisung der betreibenden Parteien in den Besitz des zu übergebenden Mietgegenstandes beendet. Dazu ist eine Entfernung von Personen nicht erforderlich. Der Exekutionsvollzug ist beendet, auch wenn noch bewegliche Sachen des Verpflichteten zurückgeblieben sind.³⁷ Daran ändert der Umstand nichts, daß dem Verpflichteten der Zugang zur Liegenschaft weiterhin ermöglicht wurde, um ihm die Entfernung der noch dort lagernden beweglichen Sachen vor Durchführung des Verkaufs gemäß § 349 Abs 2 EO zu ermöglichen. Sieht man von der Bestimmung von Kosten oder von dem in § 349 Abs 2 EO geregelten Verkauf der verwahrten Gegenstände ab, so ist mit der Be-

endigung der Räumung auch die Tätigkeit des Exekutionsgerichtes beendet.³⁸

Der *Anspruch* der betreibenden Partei auf zwangsweise Räumung ist aber nach Ansicht des 3. Senats³⁹ damit tatsächlich noch nicht erloschen. Der Delogierte hat nämlich vor gerichtlicher Bestimmung der Lagerkosten und vor Beschlußfassung über den Verkauf der Fahrnisse gem § 349 Abs 2 EO noch ein Feststellungsinteresse iSd § 228 ZPO an dem sich aus der Verwertung der Fahrnisse und den zukünftig auflaufenden Kosten ergebenden Vermögensnachteil.

Die Zustellung an den Verpflichteten ohne vorausgehenden Zustellversuch gem § 8 Abs 2 ZustG ist aber für die Rsp nach Beendigung der Räumungsexekution durch Einräumung der Gewahrsame an den betreibenden Gläubiger nicht mehr zulässig. Dies gilt ausdrücklich für den Kostenbestimmungsbeschluß oder den Beschluß zur Einleitung des Verkaufsverfahrens nach § 349 Abs 2 EO.⁴⁰ Bei unbekanntem Aufenthalt des Verpflichteten ist gemäß § 116 ZPO ein Kurator zu bestellen.⁴¹ Diese von der Judikatur in ständiger Wiederholung seit 1969 vertretene Auffassung⁴² ist mE nicht haltbar. Den dazu exzellent herausgearbeiteten Gegenargumenten *P. Oberhammers*⁴³ gebührt volle Zustimmung. Gerade in jenen Fällen, wo im Zuge des Räumungsverfahrens eine schriftliche (sic!) Belehrung des Verpflichteten über § 8 ZustG erfolgt ist, würde gerade die unterlassene Bekanntgabe einer neuen (Zustell-)Adresse den Schuldner belohnen, und die Rechtsverfolgung des Gläubigers unverhältnismäßig erschweren. Getragen vom Prinzip des *venire contra factum proprium*⁴⁴ sollte § 8 ZustG angewendet werden können.⁴⁵ Begriffsjuristische Spitzfindigkeiten sind hier unangebracht und angesichts des klaren Pflichtenverstoßes des Delogierten teleologisch ebensowenig zu rechtfertigen⁴⁶ angesichts des Wertungswiderspruches zum von der Rsp anerkannten, nach wie vor

³⁵ In der Praxis mittels Merkblatt des Gerichtes.

³⁶ So die EB 162 BlgNR 15. GP.

³⁷ OGH 7.9.1994, 3 Ob 108/94; RPFISlgE 1992/23; MietSlg 27.752; 39.853.

³⁸ OGH 7.9.1994, 3 Ob 1068/94, wonach auch keine gesetzliche Grundlage dafür besteht, daß das Exekutionsgericht die Ausfolgung der anlässlich der Räumung verwahrten Gegenstände an einen Dritten anordnet, der daran Rechte behauptet. Der Dritte muß diese Rechte erforderlichenfalls im Rechtsweg geltend machen.

³⁹ 25.1.1995, 3 Ob 9/95.

⁴⁰ LGZ Wien MietSlg 36.835, 37.797, 38.813.

⁴¹ MietSlg 36.835, 38.813.

⁴² MietSlg 21.907.

⁴³ „Änderung der Abgabestelle“ durch Delogierung und Hinterlegung ohne vorausgegangenen Zustellversuch, wobl 1994, 18, 20 ff.

⁴⁴ Niemand darf aus eigenem treuwidrigen Verhalten, Vorteile für sich ziehen.

⁴⁵ Die Anwendung von § 116 ZPO und § 8 ZustG schließen einander aus; OLG Linz 10.04.1974, ZfRV 1975, 43; 16.01.1985 ÖA 1986, 25 = ÖJZ 1985, 261 = RZ 1986/3; vgl EB 162 BlgNR 15. GP.

⁴⁶ IdS unterstützenswert *P. Oberhammer*, wobl 1994, 18, 21 f.

bestehenden Feststellungsbegehren des betreibenden Gläubigers.

Zusammenfassung zum exekutiven Kostenersatz

Die Kosten der Einlagerung hat der säumige, da im Verzug befindliche Mieter zu tragen. Der Vermieter kann lediglich im Exekutionswege Kostenanspruch gem § 349 Abs 2 EO beantragen. In diesem Fall muß er sich wohl oder übel hinsichtlich des abwesenden Schuldners eines Zustellkura-tors bedienen, wodurch zusätzliche Kosten anfallen. Erst dann besteht die Möglichkeit die eingelagerten Sachen zu pfänden und aus dem im Wege der gerichtlichen Versteigerung erzielten Erlös Befriedigung zu erlangen. In der Zwischenzeit empfiehlt sich für den Vermieter, die Einlagerungskosten so gering wie möglich zu halten, zB Einstellen in einem ihm gehörigen Lager, jedoch unter Beachtung der Grundsätze sorgfältiger Verwahrung.

d) Besondere Verwertungsmöglichkeiten für Lagerhalter und Spediteure

aa) Rechtsgrundlagen

§ 416 HGB definiert den Lagerhalter als denjenigen, der gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt. Der Lagerhalter ist gemäß § 1 Abs 2 Z 6 HGB Muß-Kaufmann. Auf seine Geschäfte finden die §§ 417 bis 424 HGB Anwendung sowie aufgrund der Verweisung des § 417 HGB noch zusätzlich die Bestimmungen für den Kommissionär nach den §§ 388 bis 390 HGB. Subsidiär gelten die Bestimmungen der §§ 957 bis 967 ABGB über den Verwahrungsvertrag, soweit sie nicht durch ausdrückliche Vorschriften des HGB ausgeschlossen sind.

Bei Lagergeschäften der Spediteure gelangen schließlich die Allgemeinen Österreichischen Spediteurbedingungen,⁴⁷ insbes die §§ 43 bis 49 AÖSp zur Anwendung. Auf die Möbellagerung durch Spediteure können stattdessen auch die Einlagerungsbedingungen für den Möbeltransport (EIBMöTr) oder letztlich der Regeln über den Möbelversicherungsschein (Möbel-SVS⁴⁸) angewendet werden.⁴⁹ Diesfalls besteht gem § 1 Abs 2 EIBMöTr eine betragsmäßige Beschränkung der Haftung mit dem Lagergeld für zwölf Monate. Nach § 4a Abs 3 EIBMöTr ist der Spediteur von der Haftung

für jeden durch den Möbel-SVS gedeckten Schaden frei.

bb) Begünstigte Verwertung nach AÖSp, Möbel-SVS oder EIBMöTr?

Beauftragt nun im Delogierungsverfahren – wie in der Praxis üblich – die betreibende Partei (oder deren Vertreter) den Lagerhalter bzw Spediteur mit der Räumung der Wohnung, mit dem Transport der Fahrnisse zum Lager und mit der Verwahrung dieser Güter, so haftet der Lagerhalter bzw Spediteur als bestellter Verwahrer gem § 349 Abs 2 EO. Nach der Rsp des OGH⁵⁰ kommt unmittelbar ein Verwahrungsvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Lagerhalter/Spediteur zustande. Wenn es sich auf seiten des Verpflichteten um ein Verbrauchergeschäft handelt, unterliegen die maßgeblichen Einlagerungs- und Transportbedingungen der Inhaltskontrolle nach § 6 KSchG und § 879 ABGB. In einem solchen Falle gelangt aber § 6 Abs 2 Z 5 KSchG⁵¹ zur Anwendung. Danach ist eine Vertragsbestimmung, sofern der Unternehmer nicht beweist, daß sie im einzelnen ausgehandelt worden ist, iS des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach der eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an einer Sache, die er zur Bearbeitung übernommen hat, ausgeschlossen oder beschränkt wird. Entscheidend ist die Übernahme der Sache in die Unternehmer-sphäre, in seinen Arbeits- und Gefahrenbereich. Auch wenn keine Bearbeitung erfolgt, die Sache aber auf vergleichbare Weise der Gewahrsame des Verbrauchers entzogen und im Herrschaftsbereich des Unternehmers ist, was sowohl für die Räumung, die Verpackung und den Transport wie auch die Lagerung zu gelten hat, muß der Unternehmer erhöhte Sorgfalt prästieren.⁵² Gerade diese Situation ist im Geschäftsbe-reich von Spediteuren, soweit sie bei Delogierungen mitwirken, gegeben. In der Praxis fehlt es wohl stets an einem Aushandeln dieser Bestimmungen bei einem fiktiven (sic!) Vertrag.⁵³ In einer früheren E⁵⁴ hat der OGH denn auch deutlich aus dem Fingieren eines Verwahrungsvertrages kraft Gesetzes mE völlig überzeugend geschlossen, daß die Einlagerungsbedingungen für den Möbeltransport nie Vertragsinhalt werden. Das

⁵⁰ 30.10.1996, 9 Ob 2169/96b, EvBl 1997/34 = RdW 1997, 128 = ecolex 1997, 343 = JBl 1997, 387 = SZ 69/245 = wobl 1997/118, 279 m krit Anm Degelsegger.

⁵¹ Im einzelnen dazu *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB² VI, § 6 KSchG Rz 71 mwN.

⁵² *Krejci* in *Rummel*, ABGB II², § 6 KSchG Rz 198; so auch *Csoklich*, Die allgemeinen österreichischen Spediteurbedingungen im Lichte des Konsumentenschutzgesetzes, 59.

⁵³ Die erdrückende Beweislast für ein Aushandeln trifft den Verwahrer (OGH 8.11.1995, 3 Ob 537/94, ecolex 1996, 167; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II² § 6 KSchG Rz 152). Wie die AGB des Verwahrers in den Vertrag einbezogen werden könnten, ist in der Tat der wunde Punkt der E des OGH vom 30.10.1996, 9 Ob 2169/96b; insoweit zutreffend *Degelsegger* Anm zu OGH, wobl 1997, 280f.

⁵⁴ OGH 20.1.1988, 1 Ob 50/87.

⁴⁷ Abgedruckt bei *Schütz* in *Straube* HGB I², § 415 Anh I.

⁴⁸ Bedingungen des Möbel-, Speditions- und Versicherungsscheines.

⁴⁹ Dabei handelt es sich um vom Fachverband der Spediteure herausgegebene in der Wiener Zeitung veröffentlichte Allgemeine Geschäftsbedingungen; Text abgedruckt in *Wiesbauer/Zetter*, Transporthaftung Erg, 22 ff.

Vollstreckungsorgan, das gemäß § 349 Abs 2 EO die wegzuschaffenden beweglichen Sachen anderweitig in Verwahrung bringt, ist ja weder Vertreter noch Bote des Verpflichteten.⁵⁵

Auf die Unterfertigung der Lagerliste oder eine Kenntnis der Einlagerungsbedingungen durch den Vollstrecker kommt es nicht an, weil daraus nicht auf ein Aushandeln im einzelnen zu schließen ist. Auch eine erfolgte Unterzeichnung des Lagerscheines durch den Verpflichteten, der auch die Einlagerungsbedingungen enthält, vermag nach der Rsp an der Unwirksamkeit der damit nicht ausgehandelten Bestimmungen nichts zu ändern.⁵⁶ Der allfällige Schadenersatzanspruch des Eigentümers der Fahrnisse ist daher praktisch der Höhe nach durch AGB nicht beschränkbar.

Mangels wirksamen Ausverhandelns begünstigender AGB werden Spediteure und Lagerhalter auf die allgemeinen handelsrechtlichen Befriedigungsmöglichkeiten verwiesen.

cc) Pfandrecht des Lagerhalters bzw Spediteurs

§ 421 HGB räumt dem Lagerhalter wegen der Lagerkosten ein Pfandrecht sowie ein Zurückbehaltungsrecht an den eingelagerten Sachen ein. Beide Rechte entsprechen jenen des Spediteurs gem § 410 HGB. Zu beachten ist schließlich noch die zweite Verordnung über Ordererlagscheine vom 16.12.1931,⁵⁷ die hinsichtlich des Pfand- und Zurückbehaltungsrechtes auf die Bestimmungen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches sowie bezüglich des Not- bzw Selbsthilfeverkaufes auf § 373 HGB verweist. Geschützt werden nur konnexe Forderungen, dh also die Kosten der Einlagerung sowie der Transportkosten.

Der Lagerhalter erwirbt an den ihm vom Verwalter anlässlich einer zwangsweisen Räumung übergebenen Fahrnissen das gesetzliche Pfandrecht. Werden also einem Lagerhalter bzw Spediteur im Zuge einer durchgeführten Räumungsexekution die Fahrnisse des Delogierten gem § 349 Abs 2 EO in Verwahrung gegeben, so handelt der Gerichtsvollzieher insoweit weder im Namen der betreibenden Partei noch im Namen der verpflichteten Partei, sondern kraft Gesetzesbefehls, allerdings mit der zivilistischen Rechtsfolge, daß ein Verwahrungsverhältnis zwischen dem Verwahrer und dem Verpflichteten entsteht. § 349 Abs 2 EO normiert

also eine gesetzliche Verfügungsbefugnis des Vollstreckungsorgans, deren Vorhandensein dazu führt, daß der Lagerhalter sein gesetzliches Pfandrecht an dem Lagergut gem §§ 421, 366 Abs 3 HGB wirksam erworben hat und es auch dem Eigentümer der eingelagerten Gegenstände gegenüber wirksam zur Geltung bringen kann.⁵⁸ Gleichzeitig hat der Lagerhalter die Stellung eines Sequesters iS des § 968 ABGB, dessen Rechte und Verbindlichkeiten nach den Grundsätzen des Verwahrungsvertrages zu beurteilen sind.⁵⁹

Neben dem gesetzlichen Pfandrecht böte § 50 AÖSp für den einlagernden Spediteur eine Reihe von Erleichterungen wie zB ein Pfandrecht für fällige und nicht fällige Ansprüche, für inkonnexe Forderungen, eine kürzere Frist zur Androhung des Pfandverkaufes usw.⁶⁰ Mangels wirksamer Ausverhandlung gelangen aber die AÖSp gegenüber dem Verpflichteten nicht zur Anwendung. Spediteure und gewerbsmäßige Lagerhalter bleiben daher auf die gesetzlichen Verwertungsmöglichkeiten beschränkt.

Zusammenfassung zum Kostenersatz für Lagerhalter und Spediteure

- Außergerichtliche Pfandverwertung: auch ohne Exekutionstitel gem § 368 HGB iVm Art 8 Nr 14 EVHGB
- Zurückbehaltungsrecht: neben oder anstelle des Pfandrechtes gem §§ 370 ff HGB
- Kommissionelles Befriedigungsrecht gemäß § 399 HGB.

Gemäß Art 8 Nr 14 EVHGB erfolgt der Pfandverkauf sowie die Befriedigung aus einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht iSd § 371 Abs 2 HGB nach den Bestimmungen der §§ 1219 bis 1221, 1228 bis 1248 des deutschen BGB, wobei § 1244 dBGB mit der Maßgabe anzuwenden ist, daß an die Stelle der §§ 932 bis 934 und 936 dBGB die in Österreich geltenden Vorschriften der §§ 367, 368 ABGB sowie 366 HGB treten.⁶¹

Wenn also dem Lagerhalter oder Spediteur die Anschrift des Einlagerers bekannt ist, ist er in der Lage, nach den Vorschriften der §§ 1233 ff dBGB die Pfand-

⁵⁸ OGH 20.10.1954, 3 Ob 400/54, SZ 27/264.

⁵⁹ Siehe dazu eingehend oben Pkt 2.b)bb); SZ IX/235.

⁶⁰ Vgl zu den Unterschieden im einzelnen *Schütz* in *Straube*, HGB I², § 415 Anh I; zur insoweit gleichen deutschen Rechtslage *Büchner/Ketterl*, Das Pfandrecht des Spediteurs nach dem Handelsgesetzbuch (HGB) und den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp), TransportR 1986, 129.

⁶¹ Vgl Art 8 Nr 14 Abs 1 EVHGB.

⁵⁵ Inwieweit ein Amtshaftungsanspruch des bekl Speditionsunternehmens gegen die Republik Österreich bestand, war im Verfahren zu 1 Ob 50/87 nicht zu beurteilen; vgl dazu bereits SZ 57/83.

⁵⁶ OGH SZ 69/245.

⁵⁷ DRGBI I 1931, 763, abgedruckt bei *Straube*, HGB I², § 424 Anh.

verwertung durch Verkauf einzuleiten. Zu diesem Zweck muß dem Einlagerer gemäß § 1234 dBGB der Verkauf angedroht werden. Dabei ist der Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Der Verkauf darf nicht vor Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen gemäß § 1234 Abs 2 dBGB.

Der Verkauf des Pfandes erfolgt im Wege der öffentlichen Versteigerung. Zu beachten ist, daß der Einlagerer von dem Versteigerungstermin zu benachrichtigen ist gemäß § 1237 Satz 2 dBGB.

Stimmt die dem Lagerhalter bzw Spediteur zuletzt bekannt gegebene Anschrift nicht mehr, sind sie verpflichtet, die neue Anschrift herauszufinden. Sie müssen eine Meldeauskunft einholen oder sonstige Erhebungen pflegen. Bleibt diese Suche ergebnislos, ist der Einlagerer unauffindbar. Dann gilt für die Androhung des Verkaufes folgendes: Gemäß § 1234 Abs 2 Satz 2 2.Halbsatz dBGB kann die Androhung des Verkaufes unterbleiben, wenn sie „*untunlich*“ ist. Dies wird für den Fall bejaht, daß der Eigentümer des Lagergutes unbekannt ist.⁶² ME gilt dies auch, wenn die Anschrift des Einlagerers nicht (mehr) bekannt ist. Der österreichische Gesetzgeber⁶³ sieht nämlich keine Möglichkeit vor, rein privatrechtliche Erklärungen außerhalb eines Prozeßverhältnisses öffentlich zustellen. Man wird deshalb auch hier eine Ankündigung der Pfandverwertung als sinnlos und damit „*untunlich*“ iS von § 1234 Abs 1 Satz 2 2.Halbsatz dBGB ansehen können. Zu beachten ist, daß aber auch in diesem Fall gemäß § 1234 Abs 2 Satz 2 dBGB der Verkauf des Pfandgutes erst nach Ablauf eines Monats „von dem Eintritt der Verkaufsberechtigung an“ zulässig ist.

4. Herausgabe geringwertigen oder wertlosen Lagerguts

a) Herausgabe an den Verpflichteten

Ist die Anschrift des Einlagerers bekannt, so besteht die Möglichkeit, sich mit ihm über das weitere Schicksal solchen Lagerguts zu verständigen, welches entweder wertlos ist, oder einen solch geringen Wert hat, daß die mit der Versteigerung verbundenen Kosten durch den zu erwartenden Erlös nicht gedeckt sind.

Der Verwahrer (idR Lagerhalter bzw Spediteur) kommt nicht umhin, das Lagergut daraufhin zu überprüfen. Gerade eingelagertes Umzugsgut wird zu einem erheblichen Teil aus Gegenständen bestehen, die zwar dem Einlagerer lieb und teuer, für Dritte aber wertlos sind, und für die (wenn nicht auf dem Flohmarkt) kein

Erlös zu erzielen ist. Es versteht sich von selbst, daß der Lagerhalter in diesem Fall den Einlagerer verständigen und ihm Gelegenheit geben muß, die nicht verwertbaren Gegenstände am Lager abzuholen. In der Praxis zeigt sich aber, daß dies wiederum mit Kosten (zumindest für den Abtransport) verbunden sein mag, die der Verpflichtete möglicherweise nicht aufbringen kann oder will. Hier muß der Lagerhalter den Einlagerer in Annahmeverzug setzen. Er muß ihn auffordern, das nicht verwertbare Lagergut abzuholen. Die Rückgabe muß ihm iSd § 1419 ABGB angeboten werden. Dabei darf der Lagerhalter die Rückgabe des wertlosen oder nicht verwertbaren Lagerguts nicht davon abhängig machen, daß seine Forderungen befriedigt werden. Diese Unbedingtheit der Leistungsbereitschaft könnte sich mE aus dem exekutionsrechtlichen Prinzip der Kostendeckung ergeben: Danach hat eine Pfändung zu unterbleiben, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Überschuß über die Kosten der Exekution nicht erwarten läßt.⁶⁴ Immerhin kommt in § 27 Abs 2 EO ein Gedanke zum Ausdruck, der sich auch aus Treu und Glauben bzw dem Rechtsmißbrauchsverbot nach § 1295 Abs 2 ABGB ergibt: Wenn und soweit das Lagergut nicht mehr als Sicherheit, als Pfand verwertet werden kann, ist seine Zurückbehaltung auch für den Lagerhalter ohne schützenswertes Interesse.

Der Verwahrer muß also selbst mit der Rückgabe leistungsbereit bleiben, solange der nachweislich verständigte Verpflichtete nicht rücknahmeunwillig ist.

b) Gerichtliche Hinterlegung

Die (anwaltschaftliche) Beratungspraxis konfrontiert schließlich mit der Frage, was zu geschehen hat, wenn der Einlagerer wertloses oder nicht verwertbares Lagergut nicht zurücknimmt bzw wenn der Einlagerer untergetaucht ist, ihm die Rückgabe also nicht tatsächlich angeboten werden kann im Sinne von § 1413 ABGB?

In derartigen Fällen sieht § 1425 ABGB als Erfüllungssurrogat die gerichtliche Hinterlegung in zwei Formen vor, nämlich die gerichtliche Verwahrung und den gerichtlichen Erlag. Letzterer meint das In-Verwahrung-Nehmen durch das Gericht selbst und wird gem § 284 Abs 2 Geo von den Bezirksgerichten nur bei Geld, umsetzbaren Urkunden sowie Juwelen und anderen Kostbarkeiten (Pretiosen) durchgeführt. Alle anderen Gegenstände werden gem § 284 Abs 4 Geo einem vom Gericht zu bestellenden Verwahrer übergeben, der die Stellung eines Sequesters (sic!) iSd § 968 ABGB hat.⁶⁵

Bei hinterlegungsfähigen Gegenständen kann der Lagerhalter die Hinterlegung beim Bezirksgericht gem

⁶² Bassenge in Palandt, BGB⁵⁷, § 1234 Rz 1.

⁶³ Anders § 132 Abs 2 dBGB.

⁶⁴ Vgl §§ 27, 279 EO.

⁶⁵ Auf § 968 ABGB verweist schon Zeiller, Kommentar IV 134. Im übrigen siehe oben Pkt II.2.2.

§ 1425 ABGB verlangen. Die Hinterlegung ist danach zulässig, wenn der Gläubiger unbekannt, abwesend oder mit dem Angebotenen unzufrieden ist, oder wenn die Schuld „aus anderen wichtigen Gründen nicht bezahlt werden“ kann. Bei unbekanntem Aufenthalt des Gläubigers liegt also der Hinterlegungsgrund der Abwesenheit vor. Zu prüfen ist also, welche der eingelagerten Gegenstände nun hinterlegungsfähig sind. Der Lagerhalter wird schon im eigenen Interesse das Lagergut daraufhin überprüfen, ob sich irgendwelche Urkunden oder Wertpapiere in den Unterlagen befinden. Eine Verpflichtung, sonstige Unterlagen daraufhin zu überprüfen, ob sie als Urkunden irgendeinen Beweiswert haben und hinterlegungsfähig sind, ist aber nicht anzunehmen. Der Lagerhalter kann nämlich die Unterlagen kaum auf deren rechtliche Bedeutung überprüfen. Der damit verbundene Aufwand ist ihm nicht zuzumuten. Soweit wertlose oder geringwertige oder sonstige Güter nicht hinterlegungsfähig sind, hat die „gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung“ fortgesetzt zu werden.

Die gerichtliche Hinterlegung stellt ein Recht, aber keine Pflicht dar und setzt lediglich den Annahmeverzug des Gläubigers voraus, hier also des Eigentümers der eingelagerten Fahrnisse.⁶⁶

Hinweis für den Vertragsverfasser

Sowohl § 1425 ABGB als auch § 375 HGB stellen dispositives Recht dar. Die Vertragsparteien können alternative Regelungen treffen. Ein (sehr weit) vorausschauender Vertragserrichter wird daher eine Klausel in den Mietvertrag aufnehmen, die es dem Vermieter im Falle einer gerichtlichen Delogierung gestattet, die geräumten Fahrnisse freihändig ohne Verständigung des Mieters und ohne Rücksicht auf einen Börsen- oder Marktpreis zu verkaufen, und das Hyperocha an den Mieter herauszugeben.

5. Beseitigung wertlosen oder nicht verwertbaren Lagerguts

a) Vernichtungsanspruch des Verwahrers?

Soweit also wertlose oder geringwertige Güter nicht hinterlegungs- bzw verwahrungsfähig sind oder nicht gerichtlich erlegt werden wollen, mag der Lagerhalter es für selbstverständlich halten, daß er sie vernichtet.

Er könnte wie folgt argumentieren: Es spiele keine Rolle, ob der Lagerhalter berechtigt ist, wertlose Ge-

genstände zu vernichten bzw ob bei einer rechtswidrigen Vernichtung dem Grunde nach ein Schadenersatzanspruch gegeben wäre, weil doch der Höhe nach ein solcher Schaden ausgeschlossen sei, maW jedenfalls eine Gegenforderung des Lagerhalters, Speditors oder Vermieters bestehe. Die Frage nach dem Recht zur Vernichtung des wertlosen Lagergutes wäre dann rein theoretisch. Sie ist es aber nicht. Es kommt sehr wohl vor, daß der Einlagerer irgendwann doch wieder auftaucht und einen ihm angeblich entstandenen Schaden geltend macht. Ein meßbarer Schaden kann ja auch dadurch entstanden sein, wenn das Gut noch einen gewissen Wert hatte, der lediglich die Kosten der förmlichen Pfandverwertung nicht deckte. Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vernichtung der eingelagerten Güter ist schließlich noch an das erhöhte Affektionsinteresse iS des § 1331 ABGB zu denken.

Woraus ergäbe sich nun das Recht des Verwahrers, das wertlose Gut zu vernichten?

Zunächst ist festzuhalten, daß insoweit eine sachenrechtliche Regelungslücke vorliegt. Es ist unzulässig, bei Sachen, die ein Auftraggeber beim Auftragnehmer vergessen hat, eine Dereliktion iS von § 362 ABGB zu fingieren. Nicht möglich erscheint mE eine solche Fiktion erst recht in den Fällen, in denen ein mittelloser Einlagerer das Gut nicht vergessen hat, vielleicht sogar sehr gern herausverlangen würde, es aber nicht auslösen kann. Umso weniger ist es gerechtfertigt, in derartigen Fällen die §§ 388 ff ABGB über den Eigentumserwerb des Finders analog anzuwenden.

Will man nicht zu Fiktionen greifen, böte sich eine Lösung nur über allgemeine Rechtsgrundsätze an: Der Eigentümer/Einlagerer, der das Lagergeld nicht mehr bezahlt und untertaucht, kann nicht erwarten, daß der Vermieter/Lagerhalter das Gut auf eigene Kosten unbeschränkt aufbewahrt und riskiert, für die weitere Aufbewahrung keine Vergütung zu bekommen.⁶⁷ Wenn der Lagerhalter deshalb wertloses Gut vernichtet oder zB ohne die Förmlichkeiten der §§ 1233 ff BGB veräußert (zB auf dem Flohmarkt), würde der Einlagerer widersprüchlich und arglistig handeln, wenn er deswegen Schadenersatz geltend macht. Dabei wird man dem Lagerhalter auch ein gewisses Ermessen bei der Bewertung des Lagergutes einräumen müssen. Inwieweit ihm zugemutet werden kann, ein selbständiges Beweissicherungsverfahren einzuleiten oder einen Sachverständigen zu beauftragen, um sich die Wertlosigkeit des zu beseitigenden Lagergutes bestätigen zu lassen, kann aber letztlich dahingestellt bleiben, aus den nachfolgend darzulegenden Gründen.

⁶⁶ Eingehend jüngst *Ch. Rabl*, Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf und Preisgabe – Rechtsbehelfe im Annahmeverzug des Gläubigers, ÖJZ 1998, 688, 689.

⁶⁷ IdS OLG Düsseldorf VersR 1979, 286 unter Bezugnahme auf § 242 BGB.

b) Preisgaberecht des betreibenden Gläubigers?

Die österr Rsp steht grundsätzlich, wie *Ch. Rabl*⁶⁸ nachgewiesen hat, einem bürgerlich-rechtlichen Preisgaberecht durchaus positiv gegenüber, wenngleich eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung desselben nicht vorliegt. Bei im Zuge einer gerichtlichen Delogierung eingelagerten Fahrnissen besteht aber mE dafür kein Raum, insbesondere wegen des nachwirkenden Mieterschutzes.

Die Entscheidung des OGH vom 17.11.1987⁶⁹ kann mE insoweit fruchtbar gemacht werden, als auch nach einer vollzogenen Räumungsexekution die Vernichtung der eingelagerten Fahrnisse eine unzulässige Selbsthilfe darstellt. § 349 Abs 2 EO dient letztlich dem Schutz des Eigentümers vor einer Verletzung seines Eigentumsrechts an den in Verwahrung gegebenen Sachen.⁷⁰ Eine Reihe von Bestimmungen der Exekutionsordnung⁷¹ lassen überdies die Absicht des Gesetzgebers für den Zweck jeder Exekutionsführung erkennen: Einerseits soll dem Gläubiger möglichst rasch zur Befriedigung seines Anspruchs verholfen werden, andererseits aber soll gegen den Verpflichteten nicht mehr Zwang ausgeübt werden als der beabsichtigte Zweck, die Exekution erfolgreich zu gestalten, erfordert. Dies ist bei der Exekutionsbewilligung, beim Exekutionsvollzug *und auch nachher* zu beachten.⁷² Dieser Gesichtspunkt, den Verpflichteten nicht stärker zu belasten als nötig, spricht entscheidend dafür, den Eingriff in das Eigentumsrecht des Verpflichteten auf das absolut notwendige Maß zu beschränken.

Kein Preisgaberecht des Vermieters

ME ist daher ein Preisgaberecht des Vermieters als schuldrechtlicher Behelf der Besitzauflassung gegen den die Annahme der eingelagerten Gegenstände verzögernden Delogierten abzulehnen. Es würde sonst dazu führen, daß der betreibende Gläubiger die geräumten Fahrnisse aufgeben dürfte, um ihrer Sorge ledig zu sein. Die Unmöglichkeit der Leistung (dh die Rückgabe) wäre vom Verwahrer bewußt herbeigeführt worden, und dennoch könnte er die ihm für die Erfüllung seiner Leistung (Sequestration) geschuldete Gegenleistung in Form von Transport- und Lagerkosten fordern.⁷³ Das Interesse des Eigentümers würde damit

in keiner Weise beachtet, während der Einlagerer dessen Schädigung bewußt in Kauf nähme.

Entgegen der Ansicht der Befürworter der Preisgabe⁷⁴ ist der Sequester grundsätzlich auch im Annahmeverzug des Delogierten zur Rückgabe und damit auch zur Aufbewahrung der geräumten Fahrnisse verpflichtet. Will er seinen Anspruch auf die Transport- und Lagerkosten nicht gefährden, muß er leistungsbereit bleiben und damit das Interesse des Eigentümers an den eingelagerten Sachen beachten.⁷⁵

6. Zusammenfassung

Abschließend ist zur Kostendeckung aus eingelagerten Fahrnissen festzuhalten, daß der Lagerhalter oder Spediteur den verhältnismäßig unproblematischen Weg der außergerichtlichen Pfandverwertung nach handelsrechtlichen Grundsätzen gehen können.

Der mit den Kosten der Einlagerung nach einem Räumungsvollzug belastete Vermieter hat es da erheblich schwerer, zu seinem Geld zu kommen, wenn er keine vertragliche Vorsorge getroffen hat. Ein eigenmächtiger Selbsthilfeverkauf oder ein bloßes Beseitigen des (wertlosen) Lagerguts könnten wegen unzulässiger Selbsthilfe in erheblichem Maß – bis zum Wert der besonderen Vorliebe – schadenersatzpflichtig machen.

§ 349 Abs 2 EO sieht zwar eine Ersatzpflicht des Delogierten für die Transport- und (laufenden) Verwahrungskosten vor. Diese können aber als weitere Exekutionskosten vom unbekannt verzogenen Verpflichteten nur im teuren Wege der Kuratorbestellung gem § 116 ZPO eingefordert werden, da die allzu begriffsjuristisch argumentierende Rsp das Exekutionsverfahren bereits mit der Räumung des Objektes enden läßt.

Den Verwahrer der geräumten Fahrnisse trifft die strenge Haftung des Sequesters gem § 968 ABGB. Die Möglichkeiten der gerichtlichen Hinterlegung sind beschränkt. Eine Entsorgung selbst objektiv wertloser oder nicht hinterlegbarer Gegenstände scheitert am fortwirkenden Eigentumschutz des Verpflichteten.

Über den Autor:

Dr. Clemens THIELE, LL.M. Tax ist Rechtsanwalt in Salzburg bei Zumtobel · Kronberger & Partner. Er ist Fachbuchautor und Verfasser zahlreicher Beiträge zu verschiedensten Rechtsbereichen.

Kontaktadresse: 5020 Salzburg, Giselakai 51, e-mail: Anwalt.Thiele@eurolawyer.at

⁶⁸ Völlig zutreffend in ÖJZ 1998, 688, 702.

⁶⁹ JBl 1988, 248; siehe oben Pkt 2.a).

⁷⁰ Jüngst immolex 1998/179; vgl auch SZ 52/63.

⁷¹ ZB §§ 14, 27 Abs 1, 41 Abs 2, 96, 263 EO.

⁷² Hervorhebung vom Verfasser: OGH 14.9.1994, 1 Ob 505/94, SZ 67/126, unter Bezugnahme auf frühere Rsp (BankArch 1993, 732; SZ 57/39 = JBl 1985, 103; EvBl 1967/33) und *Heller/Berger/Stix*, EO⁴, 283, 341 f.

⁷³ SZ 5/188; MietSlg 21.261 = HS 7.279.

⁷⁴ *Gschnitzer* in *Klang*² IV/2, 321; *Mayrhofer*, Schuldrecht I, 464; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II², § 1419 Rz 10 mwH.

⁷⁵ In diesem Sinne auch *Ch. Rabl*, ÖJZ 1998, 688, 702f.