



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Dr. A\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*, 2.) K\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*, 3.) J\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*, alle vertreten durch Dr. Andreas Cwitkovits, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Landeshauptstadt Linz, 4041 Linz, Hauptplatz 1, vertreten durch Dr. Bruno Binder, Rechtsanwalt in Linz, wegen Herausgabe oder 100.000 EUR sA, infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 12. April 2010, GZ 6 R 115/09p-25, womit das Urteil des Landesgerichts Linz vom 8. Mai 2009, GZ 1 Cg 1/09a-11, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts in seinem klagestattgebenden Teil wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit 27.233,68 EUR (davon 3.015,93 EUR Umsatzsteuer und 9.138,10 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Im Jahr 1951 übernahm die Neue Galerie der Stadt Linz von O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* insgesamt vier Leihgaben und zwar: Gustav Klimt „Zwei Liegende“, Zeichnung; Egon

Schiele „Junger Mann“, Aquarell; „Paar“, Zeichnung; „Tote Stadt“, Ölgemälde auf Pappe, Größe 37,5 bis 49 cm, links unten signiert.

O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* war Kunstmalerin und Kunstsammlerin. Sie verstarb 1965 und vererbte ihren gesamten Nachlass ihrem Neffen Dr. K\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*, dem Vater der Kläger. Seine Erbin war seine Ehefrau C\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*, die 2004 verstorbene Mutter der Kläger. Ihr Nachlass wurde den Klägern je zu einem Drittel eingantwortet.

Die Kläger beehrten von der beklagten Partei, ihnen die Zeichnung „Paar“ von Egon Schiele, Blatt unter Glas und Rahmen, herauszugeben oder Schadenersatz in Höhe von 100.000 EUR zu zahlen. Die 1947 gegründete Neue Galerie der Stadt Linz habe die Übernahme dieser von O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* als Leihgaben übergebenen Kunstwerke durch den Vertreter der Stadt Linz, Walter Kasten, dessen Handeln der beklagten Partei als Rechtsträgerin des Museums zuzurechnen sei, bestätigt. Walter Kasten sei ab 1947 stellvertretender Leiter und von 1957 bis 1973 Direktor der Neuen Galerie der Stadt Linz gewesen. Diese Galerie sei ab 1947 von der beklagten Partei ausdrücklich als Leihmuseum konzipiert worden; es seien von einer ganzen Reihe privater Leihgeber Kunstwerke übernommen worden. Keineswegs seien die darüber getroffenen Vereinbarungen jeweils vom Bürgermeister und zwei Gemeinderäten - also von drei Gemeindefunktionären, die nichts mit dem laufenden Museumsbetrieb zu tun gehabt hätten - unterfertigt worden. Derartiges wäre lebensfremd und im laufenden Museumsbetrieb nicht praktikabel. Eine von der beklagten Partei verlangte nähere Beschreibung der Bilder könnten die Kläger nicht geben, weil sie nur über die Beschreibung auf den von der beklagten Partei erstellten

Übernahmebestätigungen verfügten. Für die Zeichnung „Paar“ von Egon Schiele, deren Herausgabe begehrt werde, ergebe sich ein Verkaufserlös im Rahmen von rund 150.000 EUR bis 250.000 EUR. Sollte die beklagte Partei das Werk nicht herausgeben können, wäre der Mittelwert zu ersetzen, der gemäß § 273 ZPO zu ermitteln sei. Aus „Gründen der Vorsicht“ würden vorerst nur 100.000 EUR geltend gemacht. Die beklagte Partei schulde den Klägern als Eigentümer, aber auch als Verleiher die Herausgabe des Kunstwerks bzw den Geldersatz für dessen Verlust. Mangels vertraglicher Festlegung habe die Entlehnzeit durch die einseitige Erklärung der Verleiherseite geendet.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Kläger seien nicht Eigentümer der geforderten Zeichnung. Aus dem Umstand, dass sie keine Unterlagen für die Übernahme des Bildes habe, sei zu schließen, dass die Übernahme nicht für sie, sondern für Prof. Kasten oder Wolfgang Gurlitt selbst erfolgt sei. Der Abschluss von Verpflichtungsgeschäften für die beklagte Partei sei nach dem damals geltenden Gemeindestatut für die Landeshauptstadt Linz grundsätzlich den politischen Gemeindeorganen vorbehalten gewesen. In den Archiven fänden sich keinerlei Bezug habende Beschlüsse oder Anordnungen. Zudem habe § 13 Gemeindestatut für Urkunden, durch welche privatrechtliche Verpflichtungen der Gemeinde gegen dritte Personen hätten begründet werden sollen, besondere Formerfordernisse verlangt. Sie hätten vom Bürgermeister oder von dem zur Vertretung berufenen Stellvertreter und zwei Mitgliedern des Gemeinderats unterfertigt werden müssen. Eine solche Urkunde sei nicht vorhanden. Vereinbarungen unter Missachtung der Formvorschrift des damals geltenden § 13 Gemeindestatut

seien jedenfalls nichtig. Ansprüche der Kläger seien verjährt, weil sich das Bild seit mehr als 30 Jahren nicht mehr im Besitz der beklagten Partei befinde. Eine Übergabe an die beklagte Partei wäre außerdem als Schenkung anzusehen. Das Klagebegehren sei letztlich zu unbestimmt, um eine eindeutige Identifizierung des Bildes zu erlauben.

Das Erstgericht wies das Herausgabebegehren und ein Zinsenmehrbegehren ab und verpflichtete die beklagte Partei, den Klägern 100.000 EUR sA zu zahlen.

Neben den eingangs wiedergegebenen Feststellungen ging es von folgendem Sachverhalt aus:

Die Neue Galerie der Stadt Linz, die heute „Lentos Kunstmuseum Linz“ genannt wird, wurde 1947 als Leihmuseum gegründet. Zu Beginn stellte Wolfgang Gurlitt seine Werke als Leihgaben der Galerie zur Verfügung. Neben ihm gab es auch immer andere Leihgeber.

Bei der Übernahme der Werke durch die Galerie wurden O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* Übernahmebestätigungen ausgestellt, die auf Briefpapier mit dem Wappen der Stadt Linz und dem Kopf „Neue Galerie der Stadt Linz, Gründer und Leiter Wolfgang Gurlitt“ geschrieben wurden. Die Übernahmebestätigungen unterfertigte Prof. Walter Kasten, der dazu auch befugt war. Er war ab 1947 stellvertretender Leiter und später Direktor der Neuen Galerie der Stadt Linz. In der Übernahmebestätigung vom 11. 1. 1951, die die Schiele-Zeichnung „Paar“ betrifft, scheint nach dem Namen von O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* die Adresse Hauptplatz 22 und in Klammer der Name Dr. E\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* auf. Dabei handelt es sich um den Bruder O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*s und dessen Wohnadresse. Der im Kopf der Übernahmebestätigungen genannte Wolfgang Gurlitt war Kunsthändler in Berlin und nach 1945 in München. Er war der Gründer und Leiter der Neuen Galerie in

Linz. 1949 veranstaltete er ua eine große Schiele-Ausstellung, in der auch zahlreiche Leihgaben aus Privatbesitz gezeigt wurden. Diese Ausstellung ist im Anschluss in eine Verkaufsausstellung übergegangen, wobei diesbezüglich immer wieder Werke nachgekauft und Leihgaben besorgt wurden. Bei der Schiele-Ausstellung befand sich auch ein Werk mit der Bezeichnung „Paar 1949“.

Die Kläger fanden im Nachlass ihrer Mutter die Übernahmebestätigungen auf. Zum Schreiben des Klagevertreters vom 3. 5. 2006 gab die beklagte Partei an, dass die leihweise übernommenen Bilder nicht auffindbar seien und sie über deren Verbleib keine Hinweise habe. Weiters forderte sie die Kläger auf, eine konkrete Beschreibung der Bilder nachzuliefern, weil durch die Übernahmebestätigungen eine hinreichende und eindeutige Bestimmung der Bilder nicht möglich sei. Der Wert von Schiele-Zeichnungen beläuft sich auf 150.000 EUR bis 250.000 EUR. Dass die Leihgeberin O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* auch die Eigentümerin der Schiele-Zeichnung war, konnte nicht festgestellt werden. Die verfahrensgegenständlichen Bilder konnten bei der beklagten Partei nicht mehr aufgefunden werden.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass zwischen O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* und der beklagten Partei ein Leihvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei, dem kraft ergänzender Vertragsauslegung eine Kündigungsbefugnis unter Einhaltung einer angemessenen Lösungsfrist inhärent sei. Der Leihvertrag setze neben der Willenseinigung der Parteien die Übergabe der Sache an den Entlehner voraus und sei daher ein Realvertrag. Dieser bedürfe keines vorangehenden Verpflichtungsgeschäfts. Es sei insofern als ausreichend anzusehen, dass die

Übernahmebestätigung von Prof. Kasten unterschrieben worden sei. Eine Genehmigung des Bürgermeisters sei somit nicht erforderlich gewesen. Prof. Kasten sei seit 1947 stellvertretender Leiter der Neuen Galerie der Stadt Linz gewesen. Die Übernahme der Bilder durch ihn sei daher jedenfalls der beklagten Partei zurechenbar. Aufgrund des Leihvertrags hätten die Kläger unabhängig davon, ob O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* Eigentümerin des Bildes gewesen sei, einen Herausgabeanspruch gegen die beklagte Partei. Da sich das Bild nicht mehr in deren Besitz befinde und der beweispflichtigen beklagten Partei der Nachweis, dass sie an der mangelhaften Verwahrung, die zum Verlust des Bildes geführt habe, kein Verschulden treffe, nicht gelungen sei, sei sie den Klägern schadenersatzpflichtig. Sie habe ihnen den erzielbaren Verkaufserlös des verlorenen Bildes zu ersetzen, der anknüpfend an den im Privatgutachten ermittelten Marktwert für eine Zeichnung von Schiele von 150.000 EUR bis 250.000 EUR gemäß § 273 ZPO mit 100.000 EUR festzusetzen sei. Der Anspruch auf Rückgabe der Sache verjähre nach 30 Jahren. Sei die Sache - wie im Anlassfall - durch Verschulden des Entlehners untergegangen, sei die Dreijahresfrist nach § 1489 ABGB einzuhalten. Da die beklagte Partei mit Schreiben vom 3. 5. 2006 mitgeteilt habe, dass sich das Bild nicht mehr in ihrem Besitz befinde, und die Klage am 7. 1. 2009 eingebracht worden sei, hätten die Kläger den Schadenersatzanspruch innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist geltend gemacht.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Berufungsgericht auch im zweiten Rechtsgang der Berufung der beklagten Partei gegen den klagestattgebenden Teil des Urteils des Erstgerichts Folge und wies das Zahlungsbegehren ab. Der Rüge der beklagten Partei, die Neue Galerie sei bis

zur Übernahme der Sammlung Wolfgang Gurlitt in den Jahren 1952/53 durch die beklagte Partei keine Einrichtung der beklagten Partei, sondern eine Galerie Wolfgang Gurlitts gewesen und Prof. Kasten sei jedenfalls vor der Übernahme der Sammlung bzw der Galerie nicht Vertreter der beklagten Partei gewesen, hielt es entgegen, die Feststellungen des Erstgerichts zeigten, dass die Neue Galerie der Stadt Linz seit ihrer Gründung im Jahr 1947 eine Einrichtung der beklagten Partei gewesen sei, die zunächst nur geliehene Werke zur Verfügung hatte, insbesondere jene des Leiters Wolfgang Gurlitt. Gerade die in der Berufung angeführten Umstände sprächen dafür, dass die Neue Galerie seit ihrer Gründung eine Einrichtung der beklagten Partei gewesen sei, deren Leiter Gurlitt und dessen Stellvertreter Prof. Kasten gewesen seien. Gemäß § 13 Abs 1 des im Jahr 1951 geltenden Gemeindestatuts für die Landeshauptstadt Linz hätten Urkunden, durch welche privatrechtliche Verpflichtungen der Gemeinde gegen dritte Personen begründet werden sollten, vom Bürgermeister oder dem zur Vertretung berufenen Bürgermeisterstellvertreter und zwei Mitgliedern des Gemeinderats unterfertigt werden müssen. Diese Bestimmung sei als Vertretungsregel zu verstehen. Bedürfe der Abschluss eines schriftlichen Vertrags der Kollektivvertretung, sei es ein nicht zu unterstellender Wertungswiderspruch, wollte man annehmen, ein solcher Vertrag könnte durch eine mündliche Erklärung des Bürgermeisters gerade wegen seiner Mündlichkeit gültig sein. § 13 Gemeindestatut beschränke die im § 50 Gemeindestatut normierte Befugnis des Bürgermeisters, die Gemeinde nach außen zu vertreten. Die beklagte Partei hätte daher beim Abschluss des Leihvertrags über die Schiele-Zeichnung mit O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* vom Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und zwei



Gemeinderatsmitglieder vertreten werden müssen. Dieser Leihvertrag habe nämlich privatrechtliche Verpflichtungen der beklagten Partei begründet. Als Entlehnerin habe sie insbesondere die Verpflichtung getroffen, die mit der ordentlichen Erhaltung der Sache verbundenen Kosten zu tragen und die Sache nach Beendigung der Entlehnzeit zurückzustellen. Daher hätten die in § 13 Gemeindestatut genannten Zeichnungspersonen beim Vertragsabschluss gemeinschaftlich tätig werden müssen. Da dies unstrittig nicht geschehen sei, sei der öffentlich-rechtlichen Beschränkung für die Willensbildung der beklagten Partei nicht entsprochen worden. Diese Beschränkung müssten die Kläger gegen sich gelten lassen. Der Nachweis, dass Walter Kasten, der im Jahr 1951 Kustos und stellvertretender Leiter der Neuen Galerie gewesen sei, von den im Gemeindestatut berufenen Organen rechtsgeschäftlich zum Abschluss des Leihvertrags bevollmächtigt worden wäre, sei den für das Zustandekommen des Leihvertrags beweispflichtigen Klägern nicht gelungen. Der Umstand, dass Prof. Kasten die Übernahmebestätigungen der Neuen Galerie unterfertigt habe, die die Kläger zutreffend als Wissenserklärung beurteilten, reiche nicht aus, seine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung zum Abschluss des Leihvertrags zu begründen. Von den vertretungsbefugten Organen (Bürgermeister, dessen Stellvertreter und zwei Gemeinderäte) herbeigeführte Umstände, die geeignet gewesen wären, in O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* den begründeten Glauben zu erwecken, Prof. Kasten sei zum Abschluss des Leihvertrags befugt gewesen, seien im Verfahren nicht hervorgekommen. Allein der Umstand, dass Prof. Kasten als Kustos und stellvertretender Leiter der Neuen Galerie bei der beklagten Partei beschäftigt gewesen sei, habe keinen solchen Vertrauenstatbestand geschaffen. Das Verhalten des

Scheinvertreters sei für die Beurteilung der Frage, ob eine Anscheinsvollmacht vorliege, unerheblich. Daher könne der Umstand, dass Prof. Kasten die Übernahmebestätigung unterfertigt habe, keine Anscheinsvollmacht begründen.

Das Berufungsgericht sprach aus, die ordentliche Revision sei zulässig, weil eine oberstgerichtliche Entscheidung zur Auslegung der im § 13 Gemeindestatut in der im Jahr 1951 geltenden Fassung enthaltenen, bloß die Fertigung von Urkunden betreffende Kollektivzeichnungsvorschriften nicht habe aufgefunden werden können.

Die Revision der Kläger ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Frage, ob das rechtsgeschäftliche Handeln Prof. Kastens der beklagten Partei zuzurechnen ist, unzutreffend gelöst hat; sie ist auch berechtigt.

1. Vorweg ist festzuhalten, dass die neuen tatsächlichen Behauptungen und Urkunden in der Revision und der Revisionsbeantwortung wegen des Neuerungsverbots (§ 504 Abs 2 ZPO) im Revisionsverfahren nicht beachtlich sind.

2. Entgegen der Meinung der beklagten Partei hat der Oberste Gerichtshof im ersten Rechtsgang im Beschluss vom 18. 2. 2010, 6 Ob 249/09z, bereits entschieden, dass die von den Klägern aufgestellten Behauptungen (Benennung des Künstlers, der Werkgattung, des Sujets des Werks und des erzielbaren Verkaufserlöses) im Anlassfall für die Bemessung des Werts der Zeichnung genügen.

3. Die (rechtliche) Schlussfolgerung der beklagten Partei aus der Textierung der Übernahmebestätigung, O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* habe nicht in eigenem Namen, sondern im Namen von Dr. E\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* gehandelt, vermag der Oberste Gerichtshof in Übereinstimmung mit den

Vorinstanzen nicht zu teilen, deutet doch die Beifügung des Namens Dr. E\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* in Klammern nach der Anschrift unter Berücksichtigung des übrigen Inhalts der Bestätigung nicht einmal an, dass für Dr. E\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* gehandelt wurde, sondern weisen diese Angaben nur auf den Aufenthaltsort O\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*s in Linz hin.

4. Gemäß § 971 ABGB muss die Leihe zeitlich beschränkt sein. Nach herrschender Ansicht ist aber auch eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung auf unbestimmte Zeit gegen Kündigung wegen der Rechtsähnlichkeit mit einer Leihe nach den Vorschriften über den Leihvertrag zu behandeln (*Stanzl in Klang<sup>2</sup> IV/1, 680; Schubert in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 971 Rz 4; Binder in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 971 Rz 14; Pletzer in Schwimann, ABGB-TaKomm, § 971 Rz 9; Griss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 971 Rz 4; Karner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON [1.00] § 971 Rz 5*). Der Oberste Gerichtshof billigt die im Revisionsverfahren auch nicht angegriffene Beurteilung des Erstgerichts, dass die Kunstwerke auf unbestimmte Zeit zum Gebrauch überlassen wurden und eine Lösungsbefugnis unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist nach § 914 ABGB zu unterstellen ist (vgl. *Binder in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 971 Rz 14 mwN*).

5. Durch die Verwendung des Briefpapiers der Neuen Galerie, die nach den unbekämpfbaren Feststellungen der Vorinstanzen seit ihrer Gründung im Jahr 1947 eine Einrichtung der beklagten Partei war, und die Textierung sowie die Fertigung der Übernahmsbestätigung ist klar erkennbar, dass der stellvertretende Leiter der Galerie für die beklagte Partei den Leihvertrag abschließen wollte, wie das Erstgericht zutreffend im Rahmen der Beweiswürdigung ausführte. Somit wurde dem Offenlegungsgrundsatz Genüge

getan. Seine Willenserklärung ist entgegen der Auffassung der beklagten Partei und des Berufungsgerichts der beklagten Partei auch zurechenbar.

6.1. Zwar hat gemäß § 867 ABGB derjenige, der mit einer Gemeinde oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts einen Vertrag abschließt, die für ihre Willensbildung geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen zu beachten und auch dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie nicht gekannt hat (RIS-Justiz RS0014699), weil die in Organisationsvorschriften enthaltenen Beschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe zum Schutz der Interessen der juristischen Person öffentlichen Rechts auch im Außenverhältnis wirksam sind (10 Ob 42/07k; 1 Ob 137/03h mwN), doch besteht neben der organschaftlichen Vertretung wie bei anderen juristischen Personen auch die Möglichkeit der Vertretung durch sonstige Personen, die von den satzungsmäßig berufenen Organen dazu rechtsgeschäftlich bevollmächtigt wurden (1 Ob 137/03h). Hoheitsträger können auch konkludente Erklärungen abgeben, wenn das zur Geschäftserklärung berufene Organ ein § 863 ABGB entsprechendes Verhalten setzt und der durch Gesetz oder andere bekannt gemachte Vorschriften festgelegte Umfang der Vertretungsmacht nicht überschritten wird (8 ObA 214/98y SZ 72/114 mwN; 9 ObA 332/99k; *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 867 Rz 5). Es ist anerkannt, dass auch juristische Personen öffentlichen Rechts durch stillschweigende Erklärung (Duldung) oder Verwalterbestellung oder Anscheinsvollmacht (§ 1029 ABGB) durch das vertretungsbefugte Organ Vertretungsmacht einräumen können (2 Ob 182/01f; *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 867 Rz 7 mwN).

6.2. Wer einem anderen eine Verwaltung

anvertraut hat, von dem wird vermutet, dass er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu tun, was die Verwaltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist (§ 1029 Abs 1 Satz 2 ABGB [vor BGBl I 2005/120: § 1029 Satz 2 ABGB]). Verwalter ist, wer aufgrund des Willens des Geschäftsherrn zu selbständigen wirtschaftlichen Entscheidungen hinsichtlich eines Vermögenssubstrats befugt ist (6 Ob 605/83; 7 Ob 3/94; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON [1.00] § 1029 Rz 3; nach *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 1029 Rz 3 bedürfte es einer längerfristigen Betrauung). Das Anvertrauen einer Verwaltung geht in aller Regel mit einer Bevollmächtigung einher, weil zur Erhaltung (Verbesserung) eines Vermögenssubstrats meist auch Rechtsgeschäfte mit Dritten erforderlich sind, sodass von vornherein nur die Reichweite der Vollmacht in Frage steht (*Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON [1.00] § 1029 Rz 3; *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 1029 Rz 3; vgl *Strasser* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> vor §§ 1027-1033 Rz 1). Um die Rechtsfolgen des § 1029 Abs 1 Satz 2 ABGB eintreten zu lassen, muss mit dem Anvertrauen der Verwaltung eine Vollmachtserteilung nicht ausdrücklich verbunden werden, die Betrauung der Verwaltung darf nur nicht erkennbar auf das Innenverhältnis beschränkt, also eine Bevollmächtigung irgendwelcher Art nicht ausgeschlossen sein (*Strasser* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> §§ 1027-1033 Rz 7). Gedeckt sind von der Verwaltervollmacht Tätigkeiten der ordentlichen Verwaltung, wenn diese gewöhnlich mit der betreffenden Verwaltungsart verbunden sind (6 Ob 2085/96b SZ 69/249; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON [1.00] § 1029 Rz 4).

6.3. Der Errichtung der Neuen Galerie liegt die Vereinbarung der beklagten Partei mit Wolfgang Gurlitt vom

14. 11. 1946 zugrunde, die selbst nach dem Standpunkt der beklagten Partei auch noch im Jahr 1951 gültig war (vgl. Berufung ON 14 S 5 = AS 109). Sie wurde also von den vertretungsbefugten Organen der beklagten Partei abgeschlossen. Nach dem in der Urkunde ./DD, auf die sich auch die beklagte Partei stützt, wiedergegebenen wesentlichen Inhalt dieser Vereinbarung hatte der darin mit der Leitung der Galerie betraute Wolfgang Gurlitt als Grundstock eine bestimmte Anzahl von Ölgemälden, Aquarellen, Zeichnungen und graphischen Blättern als Leihgaben zur Verfügung zu stellen und jährlich vier Wechselausstellungen auszurichten; er war berechtigt, einen Vertreter zu bestellen. Die beklagte Partei hat nicht behauptet, dass die Betrauung mit der Leitung der als Leihmuseum gegründeten Neuen Galerie nur auf das Innenverhältnis beschränkt war (in der Berufung verweist sie nur darauf, dass in der Vereinbarung nicht vorkomme, dass Gurlitt oder sein Stellvertreter, Prof. Kasten, ermächtigt worden wären, im Namen der beklagten Partei Verträge - welcher Art auch immer - abzuschließen). Im Hinblick darauf, dass die Neue Galerie als „Leihmuseum“ gegründet wurde und der Leiter zudem jährlich vier Wechselausstellungen auszurichten hatte, waren auch Verträge mit Dritten über die Leihe von Kunstwerken zur Erreichung des von der beklagten Partei mit der Neuen Galerie verfolgten Zwecks notwendig. Dass eine Bevollmächtigung zum Abschluss von Leihverträgen in der Vereinbarung mit Gurlitt ausgeschlossen wurde, ist weder behauptet noch festgestellt. Festgestellt wurde, dass es außer Gurlitt immer andere Leihgeber gegeben hat. Die beklagte Partei hat nicht behauptet, dass ihre zur Vertretung berufenen Organe jemals einen dieser Leihverträge mit Dritten abgeschlossen hätten. Sie hat vielmehr die Behauptungen der Kläger, dass die mit

den Leihgebern von Kunstwerken getroffenen Vereinbarungen keineswegs jeweils vom Bürgermeister und zwei Gemeinderäten - also von drei Gemeindefunktionären, die nichts mit dem laufenden Museumsbetrieb zu tun gehabt hätten - unterfertigt worden, nicht konkret bestritten. Wolfgang Gurlitt wurde demnach im Sinn der Ausführungen unter 6.2. von der beklagten Partei Verwaltungsvollmacht nach § 1029 Abs 1 Satz 2 ABGB eingeräumt, von der der zur ordentlichen Verwaltung zählende Abschluss von Leihverträgen gedeckt war. Da dem Verwalter die Bestellung eines Stellvertreters von der beklagten Partei ausdrücklich gestattet worden war (vgl § 1010 ABGB), konnte der stellvertretende Leiter der Neuen Galerie die beklagte Partei beim Abschluss des Leihvertrags mit der Rechtsvorgängerin der Kläger wirksam vertreten. Der Vertrag, aus dessen Verletzung die Kläger den Schadenersatzanspruch ableiten, ist mit der beklagten Partei wirksam abgeschlossen worden.

7.1. Den Entlehner trifft nach § 979 ABGB eine im Vertrag begründete Verschuldenshaftung. Er haftet für verschuldeten Verlust und verschuldete Beschädigung des Leihstücks (RIS-Justiz RS0019043). Ihn trifft gemäß § 1298 ABGB die Beweislast, dass weder er noch ein Erfüllungsgehilfe die Beschädigung oder den Verlust verschuldet haben (RIS-Justiz RS0019043). Diesen Beweis hat die beklagte Partei gar nicht angetreten.

7.2. Der Schadenersatzanspruch gemäß § 979 ABGB steht - wie der Oberste Gerichtshof bereits entschieden hat - dem Verleiher zu, auch wenn er nicht Eigentümer der Sache ist, weil nicht das Eigentum, sondern der Leihvertrag Grundlage dieses Anspruchs ist. Der Mangel einer Vertragsbeziehung zum Eigentümer soll aber nicht dazu führen, dass der verantwortliche Schädiger von seiner

Schadenersatzpflicht aus dem Vertrag befreit wird. Die dingliche Rechtslage bewirkt, dass der normalerweise beim Verleiher eintretende Schaden von einem Dritten, dem Eigentümer, zu tragen ist. In diesem Fall der Schadensüberwälzung ist dem Vertragspartner die Schadensliquidation im Drittinteresse gestattet, zumal anzunehmen ist, dass der Verleiher ohnehin dem Eigentümer gegenüber verantwortlich ist und damit selbst einen Schaden erleidet (1 Ob 610/87 SZ 60/157 mwN). Die Meinung der beklagten Partei, das Erstgericht hätte nur zur gerichtlichen Hinterlegung des Ersatzbetrags verurteilen dürfen, könnte sie doch auch vom Eigentümer des Bildes auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, vermag der Oberste Gerichtshof nicht zu teilen, liquidiert doch der Verleiher den Schaden des Eigentümers.

7.3. Der Schadenersatzanspruch ist entgegen der Ansicht der beklagten Partei auch nicht gemäß § 1489 Satz 2 ABGB verjährt. Die beklagte Partei meint, ursächlich für den eingetretenen Schaden sei nämlich eine Verletzung der Verwahrungspflicht (positive Vertragsverletzung) vor fast sechzig Jahren, sei doch nach den Feststellungen die 1951 übernommene Zeichnung nicht im Inventar und/oder Werkverzeichnis erfasst worden und überhaupt bei der beklagten Partei nicht auffindbar. Abgesehen davon, dass die Unterlassung der Eintragung in Verzeichnissen nicht kausal für den Verlust der Gewahrsame an dem Leihstück und das Nichtwiederauffinden ist, kann dem nicht gefolgt werden: Bei Vertragsverletzungen beginnt nach herrschender Ansicht die lange Verjährung des aus dem Leistungsanspruch abgeleiteten Schadenersatzanspruchs zugleich mit der Verjährung des Leistungsanspruchs, nicht mit der Vertragsverletzung. Ist der Leistungsanspruch verjährt, endet zugleich die Verjährung des



Ersatzanspruchs (*Klang* in *Klang*<sup>2</sup> VI 638; *Koziol*, *Haftpflichtrecht*<sup>3</sup> I Rz 15/21 mwN; *M. Bydlinski* in *Rummel*, *ABGB*<sup>3</sup> § 1489 Rz 6; *Mader/Janisch* in *Schwimann*, *ABGB*<sup>3</sup> § 1489 Rz 26). Für die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung gilt dies nicht (*Koziol*, *Haftpflichtrecht*<sup>3</sup> I Rz 15/21 mwN; *M. Bydlinski* in *Rummel*, *ABGB*<sup>3</sup> § 1489 Rz 6; *Mader/Janisch* in *Schwimann*, *ABGB*<sup>3</sup> § 1489 Rz 26). Der Entlehner ist verpflichtet, die geliehene Sache nach Beendigung der Entlehnzeit zurückzustellen (§ 973 ABGB). Die Rückgabe wird insbesondere bei Verlust unmöglich. Ist der Verlust vom Entlehner verschuldet, verletzt er die Rückgabepflicht schuldhaft. Der in diesem Fall zustehende Anspruch auf Wertersatz ist aus der Nichterfüllung des Rückgabeanspruchs des Verleihers, nicht aber aus einer positiven Vertragsverletzung (worunter eine schuldhafte Leistungsverweigerung gerade nicht fällt, 3 Ob 544/94 SZ 67/146) abgeleitet (vgl. § 980 ABGB; *Binder* in *Schwimann*, *ABGB*<sup>3</sup> § 980 Rz 2, wonach sich der Wertersatz als bedingte Leistung an Erfüllung statt iSd § 1414 ABGB begreifen lässt). Die Beweislast für den Verjährungsbeginn trägt derjenige, der sich auf die Verjährung beruft (10 Ob 23/04m), das ist der beklagte Schädiger (1 Ob 15/08z; 3 Ob 70/03w). Der Anspruch des Verleihers auf Rückgabe der Sache verjährt in 30 Jahren (*Schubert* in *Rummel*, *ABGB*<sup>3</sup> § 982 Rz 3; *Binder* in *Schwimann*, *ABGB*<sup>3</sup> § 982 Rz 4; *Pletzer* in *Schwimann*, *ABGB-TaKomm*, § 982 Rz 2; *Griss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*<sup>3</sup> § 982 Rz 3; *Karner* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON* [1.00] § 982 Rz 2). Den Beweis, dass die Zeichnung vertragsgemäß vor mehr als 30 Jahren vor Klagseinbringung rückzustellen war, hat die beklagte Partei nicht einmal angetreten. Sie bestreitet auch nicht, dass die

kurze Verjährungsfrist nach § 1489 Satz 1 ABGB bei Klageeinbringung noch nicht abgelaufen war.

8. Soweit die beklagte Partei die Anwendung des § 273 ZPO durch das Erstgericht rügt, ist sie darauf zu verweisen, dass es einen Verfahrensmangel darstellt, wenn die Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle zu Unrecht angenommen werden (RIS-Justiz RS0040282; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 273 Rz 3 mwN). Das Berufungsgericht hat einen in der Anwendung des § 273 ZPO liegenden Verfahrensmangel verneint. Vom Berufungsgericht verneinte Mängel des Verfahrens erster Instanz können nach ständiger Rechtsprechung im Revisionsverfahren nicht geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963).

9. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Die Pauschalgebühr für das Revisionsverfahren ist von jedem Rechtsmittelwerber nur einmal zu entrichten; dies gilt auch dann, wenn die dritte Instanz im Zuge des Rechtsstreits mehrmals angerufen wird (TP 3 Anm 4 GGGT).

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 18. Juli 2011  
Dr. P i m m e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: