

Mánudaginn 3. nóvember 1997.

Nr. 433/1997.

Arnarborg ehf.

(Sigurður G. Guðjónsson hrl.)

gegn

Kaupgarði í Mjódd hf.

(Hróbjartur Jónatansson hrl.)

Kærumál. Innsetningargerð. Leigusamningur.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómarnir Garðar Gíslason, Arnljótur Björnsson og Markús Sigurbjörnsson.

Sóknaraðili skaut málinu til Hæstaréttar með kæru 13. október 1997, sem barst réttinum ásamt kærumálgögnum 17. sama mánaðar. Kærður er úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 30. september 1997, þar sem hafnað er kröfu sóknaraðila um, að nánar tiltekin tæki og aðrir munir verði teknir úr vörslum varnaraðila með beinni aðfarargerð. Kæruheimild er í 4. mgr. 84. gr. laga nr. 90/1989 um aðför, sbr. 102. gr. laga nr. 92/1991. Sóknaraðili krefst þess, „að honum verði með dómi heimilað að taka úr vörslum varnaraðila með beinni aðfarargerð það lausafé, sem tilgreint er í hinum kærða úrskurði og sóknaraðili á“, og auk þess, að varnaraðila verði gert að greiða honum málskostnað í héraði og kærumálskostnað.

Varnaraðili krefst staðfestingar hins kærða úrskurðar og kærumálskostnaðar.

Hinn 24. október sl. var kveðinn upp dómur í Héraðsdómi Reykjavíkur í máli, sem sóknaraðili höfðaði meðal annars gegn varnaraðila til greiðslu skuldar, að fjárhæð 20.194.064 krónur, sem sóknaraðili telur vera svonefnt yfirtökugjald í tengslum við leigusamning þann, er málsaðilar gerðu 4. september 1995. Var niðurstaða héraðsdóms sú, að hafnað var þeirri viðbáru varnaraðila, að skýra bæri samninga málsaðila svo, að yfirtökugjaldið hefði átt að vera endurgjald fyrir afnot af vélum og tækjum til verslunarrekstrar, er fjármögnunarleigusamningur frá 3. maí 1993 tók til, en hans er getið í hinum kærða úrskurði. Tók héraðsdómari framangreinda dómkröfu til greina ásamt nánar tilteknum ársvöxtum og dráttarvöxtum.

Ágreiningslaust er, að sóknaraðili er eigandi þeirra muna, sem hann krefst afhendingar á. Hins vegar heldur varnaraðili því meðal annars fram, að hvað sem líði eignarrétti að mununum, séu sumir þeirra ekki í vörslum varnaraðila, en aðrir séu ýmist varanlega skeyttir við hið leigða húsnæði eða þess eðlis, að verði þeir fjarlægðir með beinni aðfarargerð, geti hið leigða ekki talist vera verslunarhúsnæði í skilningi leigusamnings málsaðila 4. september 1995. Telur varnaraðili, að brottnám umdeilda muna jafngildi vanefndum leigusamningsins af hálfu sóknaraðila, en samningurinn taki eingöngu til húsnæðis til verslunarnota. Varnaraðili heldur því einnig fram, að ekki sé sannað, að hann hafi skuldbundið sig gagnvart sóknaraðila til að greiða sérstakt endurgjald fyrir afnot af umræddum munum.

Fallast verður á með vísun til þessara röksemda varnaraðila, að réttur sóknaraðila til muna, sem aðfararbeiðnin tekur til, sé ekki svo ljós eftir gögnum málsins, að lagaskilyrði séu til, að aðfarargerðin nái fram að ganga, sbr. 1. mgr. 78. gr. og 3. mgr. 83. gr. laga nr. 90/1989. Verður hinn kærði úrskurður því staðfestur.

Sóknaraðili verður dæmdur til að greiða varnaraðila kærumálskostnað, svo sem í dómsorði greinir.

D ó m s o r ð:

Hinn kærði úrskurður er staðfestur.

Sóknaraðili, Arnarborg ehf., greiði varnaraðila, Kaupgarði í Mjódd hf., 60.000 krónur í kærumálskostnað.

Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur 30. september 1997.

I.

Mál þetta var þingfest 12. ágúst 1997 og tekið til úrskurðar 9. september 1997 að loknum munnlegum málflutningi.

Endanlegar dómkröfur gerðarbeiðanda, Arnarborgar ehf., kt. 700993-2089, Starmýri, Reykjavík, eru þær, að hann krefst dómsúrskurðar um, að eftirtalin tæki verði tekin með beinni aðfarargerð úr vörslum gerðarþola og fengin gerðarbeiðanda:

— — —

Við munnlegan málflutning gerði gerðarbeiðandi kröfu um málskostnað úr hendi gerðarþola. Gerðarþoli mótmælti þeirri kröfu sem of seint fram kominni.

Gerðarþoli, Kaupgarður í Mjódd hf., kt. 570593-2429, Pönglabakka 1,

Reykjavík, gerir þær kröfur aðallega, að synjað verði um hina umbeðnu aðfarargerð og sóknaraðila gert að greiða varnaraðila málskostnað að mati réttarins. Til vara gerir hann þær kröfur, verði fallist á kröfur sóknaraðila, að kveðið verði á um í úrskurði, að aðfararfrestur verði 60 dagar frá uppkvaðningu úrskurðar. Þá krefst hann þess, að kveðið verði á um það í úrskurðarorði, að málskot til Hæstaréttar fresti aðfarargerð, þar til Hæstiréttur hafi kveðið upp dóm í málinu. Í varakröfu er þess krafist, að málskostnaður verði felldur niður.

II.

Gerðarbeiðandi kveður hér vera um að ræða tæki og áhöld, sem hann hafi eignast samkvæmt samningi við Landsbanka Íslands, dags. 23. apríl 1997, og tilgreind séu í sérstökum lista, dags. 1. mars 1994, með fjármögnunarleigusamningi Lindar hf. og Sigrúnar hf. frá 3. maí 1993. Hann kveðst vita til, að umræddir munir séu í húsnæði því, sem gerðarþoli hafi á leigu. Á fylgiskjali II með fjármögnunarleigusamningnum sé að finna grunnmynd af 1. hæð Pönglabakka 1 með staðsetningu stærstu tækjanna. Hafi það plagg verið unnið af starfsmönnum Landsbanka Íslands í tengslum við sölu lausafjárins til gerðarbeiðanda. Númer í svigum við einstaka liði í beiðni þessari vísi til númera í fylgiskjali með fjármögnunarleigusamningi þessum.

Gerðarbeiðandi kveður eignarleigufyrirtækið Lind hf. upphaflega hafa keypt umrædd tæki af KRON. Hinn 3. maí 1993 hafi Lind hf. gert eignarleigusamning (fjármögnunarleigusamning) um þau við Sigrúnu hf., sem rek-ið hafi verslunina Kjöt og fisk á 1. hæð og í hluta kjallara Pönglabakka 1, Reykjavík, á grundvelli leigusamnings frá 1. júní 1993 milli Sigrúnar hf. og Rekstrarfélagsins hf., sem sé dótturfélag Landsbanka Íslands.

Með samningi 1. október 1993 seldi Landsbanki Íslands gerðarbeiðanda 1. hæð og kjallara fasteignarinnar Pönglabakka 1, Reykjavík. Í 4. gr. kaupsamnings segir: „Kaupandi gengur inn í réttindi og skyldur seljanda samkvæmt þeim leigusamningum, sem í gangi eru varðandi húsnæðið, en þeir eru: 1) Húsaleigusamningur við Sigrúnu hf., kt. 450493-2289, dags. 1. júní 1993, um leigu á 1. hæð og hluta kjallara, 2) húsaleigusamningur við KÁ-ESS hf., kt. 690693-2089, dags. 1. september 1993, um leigu á kjötvinnslu í kjallara.

Kaupandi hefur kynnt sér lista yfir lausafé, er geymt er í hinni seldu eign, sem er eign Lindar hf. Listi þessi er fylgiskjal með samningi þessum. Rúllustigi fylgir 2. hæð eignarinnar. Lyftur eru sameiginlegar með viðkomandi hæðum.

Ef Landsbanki Íslands þarf að leysa til sín fjármögnunarleigusamning

vegna tækja og annars lausafjár í hinu selda, getur kaupandi gengið inn í þann samning.

Ef samningar takast ekki um yfirtöku á samningnum, hefur Landsbanki Íslands rétt til að ganga inn í leigusamning Sigrúnar hf.“

Verslunarrekstur Sigrúnar hf. að Þönglabakka gekk illa, og féllust forsvarmenn gerðarbeiðanda á að leysa Sigrúnu hf. undan samningsskyldum sínum samkvæmt húsaleigusamningnum 1. ágúst 1995. Skömmu síðar barst gerðarbeiðanda leigutilboð frá Ólafi D. Torfasyni fyrir milligöngu Firmsölunnar, en þar sagði: „Undirrit., Ólafur Torfason, ... gerir hér með eftirfarandi bindandi leigutilboð í verslunarhúsnæði að Þönglabakka 1 í Reykjavík. Nánar tiltekið er um að ræða það verslunarhúsnæði, sem um getur í húsaleigusamningi milli Rekstrarfélagsins hf. ... sem leigusala annars vegar og Sigrúnar hf. ... sem leigutaka hins vegar, dags. 1. júní 1993.

Leigutaki greiðir sem yfirtökugjöld á leigusamningi 20.000.000 kr., sem greiðast með 35 mánaðarlegum greiðslum, í fyrsta sinn ellefu mánuðum eftir undirritun leigusamnings. Gjald þetta byrjar að bera 7% ársvexti frá og með sex mánuðum eftir undirritun leigusamnings og verður jafnframt bundið til hækkunar breytingum, er verða á vísitölu neysluverðs frá og með sama tíma. Til tryggingar greiðslum þessum sem og til tryggingar leigugreiðslum setur leigutaki að handveði alla greiðsluseðla vegna skuldfærslu hjá greiðslukortafyrirtækinu Kreditkortum hf., sem falla til í verslun hans í húsnæðinu. ...

Leigutaki tekur á sig fjármögnunarleigusamning við Lind hf. vegna áhalda, tækja og innréttinga, að eftirstöðvum um 22.000.000 kr., samkvæmt munnlegum upplýsingum starfsmanna Hamla hf.“

Með áritun 17. ágúst 1995 samþykkti gerðarbeiðandi tilboð þetta með þeirri breytingu, að tilboðsgjafi greiddi leigu frá og með 1. september 1995.

Gerðarbeiðandi kveður, að er ganga hafi átt frá formlegum leigusamningi á grundvelli tilboðsins í byrjun september 1995, hafi Ólafur D. Torfason óskað eftir því við gerðarbeiðanda, að í stað hans sem leigutaka kæmi gerðarþoli, er þá hafi heitið Garðakaup hf. og verið í eigu Ólafs D. Torfasonar og fjölskyldu hans. Hafi gerðarbeiðandi fallist á þessa málaleitan gegn því skilyrði, að Ólafur D. Torfason ábyrgðist sjálfur persónulega allar greiðslur, sem tilboðið frá 17. ágúst 1995 gerði ráð fyrir, að leigutaki greiddi leigusala, annars vegar mánaðarlega húsaleigu og hins vegar 35 greiðslur vegna yfirtökugjalds fyrir leiguhúsnæðið. Á þetta hafi Ólafur Torfason fallist, sbr. 9. gr. leigusamningsins, sem undirritaður var 4. september 1995, og hafi leiga verið greidd frá 1. september.

Gerðarþoli kveður málavexti hafa verið þá, að engar forsendur hafi ver-

ið fyrir Ólaf til að ganga til samninga vegna ýmissa atvika, og hafi gerðarþoli þá komið sem leigutaki í stað hans. Hafi aðilar verið sammála um, hvaða leigugjald skyldi greiða, og hafi það ætíð verið skilvíslega greitt af gerðarþola. Um það sé ekki ágreiningur, heldur hvort gerðarþoli skyldi frekar greiða gerðarbeiðanda. Sú málamiðlun hafi fundist að lokum, að gerðarþoli greiddi yfirtökugjald, 20.000.000 kr., fyrir þá aðstöðu, sem var í hinu leigða, þá hina sömu og fyrri leigutaki hafði haft. Í þessu hafi falist, að gerðarbeiðandi skyldi semja við Landsbanka Íslands um þau tæki, innréttningar og ekki síst það, sem varanlega væri skeytt við eignina, enda væri líklegt, að það fengist fyrir lítið fé. Hafi gerðarbeiðandi talið samningsaðstöðu sína góða um það, sem hann taldi, að væri varanlega skeytt við eignina, enda allsendis óvíst, hvort bankinn mætti fjarlægja slíkar viðskeytingar. Hafi gerðarbeiðandi því af augljósum ástæðum óskað eftir því, að skyldur hans um samninga við Landsbankann yrðu ekki settar inn í sérstakan samning um yfirtökugjald, þar sem slíkt myndi veikja til muna samningsaðstöðu hans gagnvart bankanum, þegar til samninga kæmi. Hafi því samningurinn um yfirtökugjald verið hafður með þeim hætti, sem raun beri vitni, gerður af Fimasölunni, sem hafi umfram allt þjónað hagsmunum gerðarbeiðanda.

Kveður gerðarþoli gerðarbeiðanda hafa látið undir höfuð leggjast að efna sinn hluta samningsins um fasteignina með því að aðhafast ekkert til að tryggja afnot varnaraðila að þeim tækjum, föstum og lausum, sem greindi í téðum fjármögnunarleigusamningi. Undan þessu hafi gerðarþoli kvartað án árangurs. Er Landsbanki Íslands hafi tilkynnt gerðarþola, að hann hygðist láta fjarlægja vélar og tæki, laust og fast, úr hinu leigða, hafi gerðarþoli reynt að hefja viðræður um kaup á hluta þeirra lausu tækja, sem hann hafði not fyrir. Ekki hafi náðst samningar. Þegar komið hafi að gjald-daga greiðslu samkvæmt yfirtökusamningnum, hafi gerðarþoli neitað að greiða með þeim rökum, að húseigandi hefði ekki tryggt gerðarþola verslunaraðstöðu og staði auk þess undir stöðugum hótunum frá Landsbanka Íslands um, að verslunaraðstaðan yrði að engu gerð.

Gerðarbeiðandi hafi nú reynt að fá gerðarþola borinn úr húsnæðinu og Héraðsdómur Reykjavíkur fallist á þá kröfu. Hæstiréttur hafi hins vegar hafnað útburði með þeim rökum, að samningar málsaðila hafi ekki að geyma skýringar á því, í hverju endurgjald gerðarþola felist fyrir þær 20.000.000 kr., sem hann greiði í yfirtökugjald.

Gerðarbeiðandi hefur nú höfðað dómsmál á hendur gerðarþola til heimtu 20.000.000 kr. auk vaxta og kostnaðar.

III.

Gerðarbeiðandi kveður hvorki Ólaf D. Torfason né gerðarþola hafa formlega fallið frá yfirtöku á fjármögnunarleigusamningnum við Lind hf., og ekki hafi gerðarþoli heldur hirt um að greiða leigu fyrir afnot tækjanna, enda þótt hann hæfi notkun þeirra, strax og hann hóf verslunarrekstur að Þönglabakka 1, Reykjavík. Gerðarþoli hafi hins vegar sent Landsbanka Íslands tilboð um kaup á 49 nánar tilgreindum leigumunum. Um 47 af leigumunum hafi í tilboðinu verið vísað til númers þeirra á fylgiskjali með fjármögnunarleigusamningi Lindar hf. og Sigrúnar hf.

Gerðarbeiðandi kveður ágreiningslaust vera með aðilum, að Landsbanki Íslands hafi verið eigandi alls þess lausafjár, sem fjármögnunarleigusamningur Sigrúnar hf. og Lindar hf. hafi tekið til. Gerðarbeiðandi hafi nú keypt lausafé þetta af eiganda þess, Landsbanka Íslands, eignarleigu, samkvæmt samningi 23. apríl 1997 og jafnframt fengið framseldan allan rétt leigusala samkvæmt upphaflegum fjármögnunarleigusamningi Lindar hf. við Sigrúnu hf., þ. á m. rétt til að innheimta leigu fyrir tækin.

Með áskorun 7. júlí 1997 til gerðarþola, sem birt hafi verið af stefnuvotti sama dag, hafi verið skorað á gerðarþola að greiða eða semja um gjaldfallna leigu fyrir afnot tækjanna frá 1. september 1995 til júlí 1997. Þessari áskorun hafi gerðarþoli svarað með símbréfi 19. júlí 1997. Sé í bréfi þessu sérstaklega tekið fram af hálfu lögmanns gerðarþola, að gerðarþoli sé með öllu óbundinn af fjármögnunarleigusamningnum. Í bréfi lögmannsins sé gerðarbeiðanda tilkynnt, að honum muni meinaður allur aðgangur að húsnæði því, sem lausaféð sé í og sé í eigu gerðarbeiðanda, en gerðarþoli hafi á leigu. Feli yfirlýsing þessi í sér, að gerðarþoli ætli sér að aftra því, að gerðarbeiðandi fái vörslur lausafjár, sem ekki sé ágreiningur um, að hann eigi.

Gerðarbeiðandi vísar á bug þeim fullyrðingum lögmanns gerðarþola, sem komi fram í bréfi hans frá 19. júlí 1997 í þá veru, að gerðarbeiðandi hafi skuldbundið sig til að tryggja gerðarþola afnot af öllum naglföstum innréttingum, vélum og tækjum í húsnæði því, sem hann seldi gerðarþola á leigu með húsaleigusamningi 4. september 1995. Bendir gerðarbeiðandi á 2. gr. leigusamningsins um það, hvað hafi verið leigt. Auk þess hafi Ólafi Torfasyni, forsvarsmanni gerðarþola, verið fullkunnugt um efni og skilmála fjármögnunarleigusamnings Lindar hf. og Sigrúnar hf., þegar hann hafi gert leigutilboð sitt. Stangist fullyrðing lögmanns gerðarþola á við eigin gerðir hans, því að sjálfur hafi gerðarþoli, eins og fram lögð gögn beri með sér, gert tilboð í nokkurn hluta leigumunanna. Slíkt hefði hann væntanlega ekki gert, ef hann hefði talið, að gerðarbeiðandi ætti að tryggja sér fullbúið verslunarhúsnæði með tækjum og tólum fyrir matvöruverslun.

Gerðarbeiðandi vísar til 78. gr. laga nr. 90/1989 um aðför kröfum sínum

til stuðnings svo og samningsins við Landsbanka Íslands 23. apríl 1997 og ákvæða fjármögnunarleigusamnings Lindar hf. og Sigrúnar hf., svo sem greinar 2.1., Uppsögn, og 2.7., Viðhald og viðgerð.

IV.

Gerðarþoli telur þá staðreynd, að gerðarbeiðandi hafi keypt umrædd tæki, engu breyta um innbyrðis stöðu aðila þessa máls. Með leigusamningi um Þönglabakka 1, Reykjavík, annars vegar og hins vegar samningi um svokallað yfirtökugjald hafi gerðarbeiðandi lofað að láta gerðarþola í té alla þá sömu aðstöðu til verslunarrekstrar sem fyrri leigusali, Sigrún hf., hafi haft í fasteigninni. Í því hafi falist, að gegn greiðslu leigugjalds og svokallaðs yfirtökugjalds hafi gerðarbeiðandi skuldbundið sig til að kaupa upp fjármögnunarleigusamning Landsbankans (Lindar hf.) og Sigrúnar hf. Hafi gerðarbeiðandi óskað eftir því, að skylda sín til að kaupa upp téðan fjármögnunarleigusamning yrði ekki sett á blað, þar sem samningsstaða sín gagnvart Landsbankanum myndi versna til muna. Á það hafi gerðarþoli fallist. Þegar á hafi reynt, hafi gerðarbeiðandi kosið að túlka samning um yfirtökugjald þannig, að greiðsla á 20.000.000 kr. væri svokallað lyklagjald eða einhvers konar aðgangsgjald fyrir gerðarþola að fá að gera leigusamning við gerðarbeiðanda. Af þeim ástæðum hafi gerðarbeiðandi vanefnt skuldbindingar sínar, sem lutu að téðum fjármögnunarleigusamningi, er aftur hafi leitt til hótana Landsbankans um að fjarlægja lausamuni úr fasteigninni. Hafi gerðarþoli oftsinnis skorað á gerðarbeiðanda að semja við Landsbankann, en án árangurs. Að lokum hafi gerðarþoli orðið að freista samninga við bankann, en ekkert hafi orðið af þeim, þar sem bankinn hafi viljað fá greiðslu fyrir allt naglfast, kælipressur og lagnir, sem gerðarþoli telur, að húseigandi eigi að tryggja afnot af í leigusamningi um fasteignina.

Í tengslum við útburðarkröfu gerðarbeiðanda á hendur gerðarþola, sem Hæstiréttur hafi synjað um, hafi Guðmundur Þórðarson hdl. gefið út eftirfarandi yfirlýsingu f. h. Fimasölunnar ehf.:

„Aðstaða sú, sem átt er við í skjali nr. 26, er lagt var fram í Héraðsdómi Reykjavíkur 25. október 1996, er afnot af lausum og föstum innréttingum og tækjum að Þönglabakka 1, Reykjavík.“

Afleiðingin sé sú, að eignarréttur gerðarbeiðanda að umræddum tækjum og innréttingum, föstum og lausum, veiti gerðarbeiðanda ekki þar með einhliða og ótvíræðan rétt til þess að krefjast afhendingar þeirra muna, sem hæfir séu til afhendingar. Ástæðan sé sú, að sóknaraðili hafi áður samið um að láta varnaraðila öll þessi afnot í té. Af þessum ástæðum og með tilliti til

þess, að rekið sé almennt einkamál milli aðila um hið svokallaða yfirtökugjald, sé ljóst, að réttindi sóknaraðila til þess að taka þessi tæki úr umráðum gerðarþola séu síður en svo skýr og ljós, og verði því að synja um kröfu gerðarbeiðanda.

Varðandi kröfu um innsetningu í naglfastan búnað kveður gerðarþoli í gildi vera milli aðila leigusamning um Þönglabakka 1, Reykjavík. Meðal skyldna gerðarbeiðanda samkvæmt honum sé að láta gerðarþola í té verslunarhúsnæði á 1. hæð auk kjallara. Þar komi og fram, að gerðarþoli skuli kosta viðhald á tilfærslum á leiðslum. Eðli máls samkvæmt láti gerðarbeiðandi því gerðarþola í té afnot af öllum leiðslum í hinu leigða. Fyrir liggi, að Landsbanki Íslands hafi átt allan þann fasta búnað, sem sé grundvöllur þess, að unnt sé að reka hið leigða sem verslunarhúsnæði, s. s. kælipressur, kæliklefa og allar lagnir, sem tilheyra búnaði þessum. Gerðarbeiðandi hafi eignast búnað þennan með samningi 23. apríl 1997, enda hefði honum verið fullkunnugt um eignarrétt Landsbankans að búnaði þessum, þótt fastur væri, er hann keypti fasteignina af Landsbankanum. Með téðum samningi frá 23. apríl hafi gerðarbeiðandi aðeins verið að fullnægja þeim skyldum gagnvart gerðarþola að þessu leyti í samræmi við leigusamning um verslunaraðstöðu í Þönglabakka 1. Ef þessi búnaður væri fjarlægður úr hinu leigða, gæti hið leigða ekki talist vera verslunarhúsnæði í þeirri merkingu, sem samningurinn geri ráð fyrir. Hér sé ekki verið að tala um lausar vélar, tæki og innréttingar, heldur hluti, sem venjulega fylgi fasteign og gerðarþoli mátti ætla, að honum væru tryggð afnot af með greiðslu leigugjalds. Hafi gerðarþoli sem leigutaki öll umráð fasteignarinnar að Þönglabakka 1 og þurfi ekki að þola það, að leigusali geti komið og rifið naglfastar vélar og lagnir úr sambandi og þannig rýrt fasteignina frá því, sem leigusamningur aðila kveði á um og sé forsenda fyrir rekstri verslunar gerðarþola í hinu leigða.

Gerðarþoli kveður ljóst vera, að hluti þess búnaðar, sem um ræði, sé ekki á sínum stað, enda komi það fram í samningi gerðarbeiðanda við Landsbankann, en þar segi m. a. í 3. gr., að fylgiskjal I sé listi yfir tæki, sem fylgt hafi fjármögnunarleigusamningi, er Lind hf. gerði við Sigrúnu hf. 3. maí 1995. Sé listinn til viðmiðunar, en seljandi ábyrgist ekki, að allir þeir munir, sem þar eru upp taldir, séu í hans eigu eða í húsnæðinu, og kaupandi muni ekki gera kröfur á hendur seljanda vegna búnaðar og tækja, sem eru á listanum, en séu ekki í húsnæðinu eða í eigu annarra en seljanda. Samkvæmt þessu kveður gerðarþoli óvíst, að þeir munir, er listinn vísi til, séu á staðnum nema að óverulegu leyti. Af þessum sökum sé ljóst, að í umráðum gerðarþola séu ekki allir þeir munir, sem fjármögnunarsamningurinn vísi

til, og því verði þeir ekki afhentir. Geti gerðarbeiðandi ekki beint kröfu sinni að gerðarpola með þeirri óvissu, sem einkenni málatilbúnað hans. Krafa gerðarbeiðanda verði að vera skýr og ná til ákveðinna muna, sem vafalaust séu í vörslum gerðarpola.

Gerðarþoli kveður aðfararbeiðni bera með sér, að búið sé að tilgreina munina að einhverju leyti með tegundarnúmerum og slíkum einkennum. Ljóst sé, að slík auðkenni sé ekki að finna á lista yfir lausamuni, sem fylgdi fjármögnunarleigusamningi. Númer þessi séu fengin með þeim hætti, að gerðarbeiðandi hafi gengið um verslun gerðarpola og skráð tegundar- og slík önnur einkenni á því, sem á vegi hans hafi orðið, án nokkurs samráðs við gerðarpola. Afleiðingin sé sú, að gerðarbeiðandi hafi annars vegar ekki gert greinarmun á þeim tækjum og innréttingum, sem fylgi fjármögnunarleigusamningnum, og hins vegar þeim, sem varnaraðili hafi sjálfur keypt.

18. ágúst 1995 hafi gerðarþoli gert kaupsamning við forsvarsmann fyrri leigutaka, Sigrúnar hf., um eftirfarandi: Öll tæki og innréttingar, laus og föst, sem eru í fyrrum verslun seljanda að Þönglabakka 1, Reykjavík, önnur en þau, sem tilgreind eru í kaupleigusamningi milli Sigrúnar hf. og Lindar hf. Kaupverð hafi verið 4.737.682 kr., sem gerðarþoli hafi greitt. Sé því ljóst, að ýmsir munir og innréttingar séu gerðarbeiðanda óviðkomandi.

Þá kveðst gerðarþoli hafa lagt í verulegar endurbætur á lausafé því, sem hann noti af þeim munum, sem tilgreindir eru í fjármögnunarleigusamningnum. Í bréfi sínu til lögmanns Landsbanka Íslands 17. apríl 1996 sé því lýst yfir vegna hótana Landsbankans um að fjarlægja muni úr hinu leigða húsnæði, að hann hafi lagt í kostnað við endurbætur og viðgerðir á tilgreindum munum, alls fyrir 3.000.785 kr. Þar af hafi hann endurbætt afgreiðsluborð fyrir 1.878.033 kr., sem hann eigi að sjálfsögðu og gerðarbeiðandi eigi ekkert tilkall til.

Með hliðsjón af kaupum gerðarpola á ýmsum lausamunum svo og því, hvað vanti af þeim munum, sem tilgreindir séu í fjármögnunarleigusamningi og aðfararbeiðni, gerir gerðarþoli eftirfarandi athugasemdir:

Hvað snerti Shannon-skjalaskápa, 2 stk. (104), sé annar í geymslu í kjallara, hinn ekki, sbr. samantekt LÍ.

Franke-djúpsteikingarpottur í eldhúsi á 1. hæð: Á honum kveðst gerðarþoli hafa kostað viðgerð og keypt varahluti fyrir um 90.000 kr.

Caddie-vöruvagn (138) er ekki á staðnum, sbr. samantekt LÍ.

Hobart-buffhamar (150), 2 stk. Hobart-hakkavélar (168, 170): Hvorki buffhamar né hakkavél nr. 170 sé á staðnum, sbr. samantekt LÍ. Vél nr. 168 er ónýtt.

IWO-kæli- og frystitæki í kjallara og á 1. hæð ásamt frystivélum (116, 117,

118 og 160), þ. á m. 18 kælipressur: Hér sé um að ræða naglföst kæli- og frystitæki. Þau séu því varanlega skeytt við fasteignina og teljist því til hennar og verði ekki fjarlægð úr henni sem lausafé. Kveður gerðarþoli Kælismiðjuna Frost hafa skoðað kælibúnaðinn að beiðni eignarleigu Landsbankans og skilað mati, þar sem m. a. komi fram, að einingar í frysti- og kælitækjum þoli ekki flutning, en séu í nothæfu ástandi á þessum stað. Jafnframt komi fram, að kælitækin séu í sæmilegu ástandi og myndu þola flutning. Sé samkvæmt þessu ljóst, að öll þessi tæki og tilheyrandi búnaður séu varanlega skeytt við fasteignina, enda komi það beinlínis fram í bréfi Tryggva Gunnarssonar til lögmanns gerðarþola 11. október 1996, þar sem hann segi m. a.: „Þannig eru frystivélar, kælar, lagnir og búnaður, sem þeim tengist, og ýmis annar búnaður, sem tengdur hefur verið við fasteignina, eign umbj. míns.“

Af þessu leiði, að mikill hluti þessa búnaðar verði ekki losaður frá fasteigninni og fluttur burtu nema til þess að fara á hauga. Hinn hluti þeirra, sem þoli flutning, beri með sér að vera varanlega skeyttur við fasteignina og að vandkvæðum sé bundið að flytja hann í burtu.

Nývirði búnaðarins sé sagt vera 29.100.000 kr., og staðfesti þær tölur svo og yfirlýsingar kælismiðjunnar um einingar í frysti- og kæliklefum með óyggjandi hætti, að krafa gerðarbeiðanda leiði til stórfelldra skemmda á hagsmunum hans. Beri slík afstaða því vitni, að gerðarbeiðandi sé að ganga fram í máli þessu með afar sérkennilegum og óskynsamlegum hætti.

Þá kveður gerðarþoli ljóst, að hluti þeirra tækja, sem gerðarbeiðandi heimti úr fórum gerðarþola, séu ekki í þeim hluta fasteignarinnar Þönglabakka 1, sem gerðarþoli hafi til umráða, heldur í öðrum hluta hennar, sem gerðarbeiðandi hafi fullan aðgang að, sbr. bréf Tryggva Gunnarssonar til lögmanns gerðarbeiðanda 2. febrúar 1997. Í bréfi því sé að finna mat Landsbankans á verðmæti kæli- og frystipressna auk vatnskælibúnaðar og stýribúnaðar. Komi fram í 2. tl. þess bréfs, að tveir frystiklefar og tveir kæliklefar séu á athafnasvæði KÁESS, sem rekið hafi kjötvinnslu í húsinu og verið leigutaki hjá gerðarbeiðanda. Allt að einu sé verið að krefja gerðarþola um skil á klefum þessum, sem reyndar séu naglfastir og varanlega skeyttir við fasteignina, svo sem áður hafi komið fram. Sýni þetta, hversu málatalibúnaður sóknaraðila sé óvandaður.

Gerðarþoli kveður aðfararbeiðni gerðarbeiðanda afar illa unna, eins og sjá megi af framangreindu, og virðist sem ekkert samráð hafi verið haft við Landsbankann um að kanna, um hvaða hluti væri að ræða og hverja ekki.

Þá vill gerðarþoli vekja athygli á því, að ótímabær aðfarargerð muni hafa í för með sér verulegt tjón fyrir sig og alla þá birgja, sem hann skipti við, svo og þá tugi starfsmanna, sem starfi hjá gerðarþola.

Með tilliti til málsástæðna og lagaraka varnaraðila sé ljóst, hvað sem öðru líði, að réttur gerðarbeiðanda til að heimta umrædda muni úr fórum gerðarþola sé alls ekki skýr eða ótvíráður, eins og áskilið sé í 78. gr. aðfararlaga. Sé miklu heldur um að ræða mun fleiri rök fyrir því að telja gerðarbeiðanda óheimilt að gera þvílíkar kröfur með tilliti til gildandi samninga aðila um verslunarhúsnæðið. Sé því ekki unnt að fallast á, að réttindin séu fengin gerðarbeiðanda, án þess að dómur fjalli efnislega um réttarstöðu aðila að umræddum samningi um yfirtökugjald og felli dóm um þá ákvörðun gerðarbeiðanda að rifta leigusamningnum og sömuleiðis rétt gerðarbeiðanda á hendur gerðarþola. Beri því að synja um gerðina, enda ágreiningur um afnotarétt gerðarþola að téðum munum til almennrar dómsmeðferðar í héraði og dóms að vænta innan skamms.

Verði fallist á kröfu sóknaraðila, kveðst gerðarþoli reisa kröfu um 60 daga aðfararfrest á því, að hann fái ekki afhent sams konar lausafé og hér um ræðir nema með 60 daga fyrirvara, sbr. yfirlýsingu Verslunartækni hf., sem sé helsti seljandi innréttunga og tækja til verslunarrekstrar. Því sé gerðarþola nauðsynlegt að fá slíkt svigrúm til að hindra, að verslunarreksturinn stöðvist með óhjákvæmilegum afleiðingum fyrir fjárhag gerðarþola svo og kröfur birgja og ekki síst atvinnusamninga starfsfólks síns og með hliðsjón af því, hversu lengi afnot varnaraðila hafi varað, og jafnframt, að deilt sé um rétt gerðarbeiðanda til þessara muna.

Þá rökstyður gerðarþoli með sama hætti og um aðfararfrestinn kröfu um, að aðför verði frestað, meðan málskot standi yfir. Að auki megi benda á, að ef Hæstiréttur hnekkir niðurstöðu héraðsdóms um innsetningu í téða muni, sé ljóst, að tjón það, sem af innsetningu myndi hljóta, yrði óbætangelgt. Yrði af innsetningunni, myndi verslunarrekstur leggjast af og óvíst, hvort unnt reyndist að endurreisa hann þrátt fyrir synjunardóm Hæstaréttar. Með tilliti til allra atvika málsins, samskipta aðila og samninga og þá fjárhagslegu hagsmuni, sem í húfi eru, sé bæði sanngjarnt og rétt að láta gerðarbeiðanda fremur bíða niðurstöðu Hæstaréttar en láta gerðarþola þola ótímabæra innsetningu.

Að öðru leyti vísar gerðarþoli til 78. gr. svo og 84. gr. laga nr. 80/1989, að því er varði aðfararfrest og frestun vegna málskots. Um málskostnað er vísað til XXI. kafla laga nr. 91/1991, sbr. og III. kafla laga nr. 25/1987.

V.

Ágreiningslaust er með aðilum máls þessa, að gerðarbeiðandi er eigandi þeirra muna, sem hann krefst afhendingar á, hvort sem um er að ræða muni, sem eru skeyttir við fasteignina, eða þá, sem eru lausir og eru í hinu

leigða. Ágreiningur er hins vegar um efni þeirra samninga, er aðilar gerðu um leigu á verslunarhúsnæði því, sem gerðarþoli tók á leigu hjá gerðarbeiðanda með samningnum 4. september 1995.

Í húsaleigusamningi aðila er skilgreint, hvaða húsnæði um er að ræða, hver sé réttur til afnota af sameign í kjallara auk afnotaréttar af bílastæðum og lóð. Í leigusamningnum er ekkert tekið fram um afnot af þeim munum, sem um er deilt í máli þessu, en á þeim tíma, sem leigusamningurinn er gerður, eru þeir munir í eigu Landsbanka Íslands, áður Lindar hf. Samhliða húsaleigusamningi gerðu aðilar með sér samning, þar sem leigutaki, gerðarþoli, skyldi greiða 20.000.000 krónur í yfirtökugjald af húsnæðinu. Ekki kemur fram í samningi þessum, fyrir hvað verið er að greiða, en samkvæmt yfirlýsingu aðstandenda Fimasölunnar ehf., sem annaðist gerð umrædds samnings um yfirtökugjald, staðfesta þeir, að yfirtökugjaldið hafi verið hugsað sem greiðsla fyrir þá aðstöðu, sem til var og verslunin Kjöt og fiskur hafði á leigu í húsnæðinu. Með yfirlýsingu lögmanns Fimasölunnar ehf., Guðmundar Þórðarsonar hdl., 10. desember 1996, kveður hann með orðinu „aðstöðu“ í fyrrgreindri yfirlýsingu vera átt við afnot af lausum og föstum innréttingum og tækjum að Pönglabakka 1, Reykjavík.

Í kaupsamningi gerðarbeiðanda við Landsbanka Íslands um muni þá, sem hér eru til umfjöllunar, segir m. a.: „Með fjármögnunarleigusamningi nr. 1-05-93-022-00, dags. 3. maí 1993, seldi Lind hf., nú seljandi, Sigrúnu hf. á leigu tæki og innréttingar til rekstrar stórmarkaðar að Pönglabakka 1, Reykjavík. Um var að ræða nánast öll tæki og innréttingar, svo sem alla kæla og frysta, eldhústæki, búðarhillur, lagerhillur, vogir, vinnslutæki o. s. frv., sem þarf til rekstrar stórmarkaðar. Staðið var í skilum með greiðslur samkvæmt samningi þessum, uns Kaupgarður, núverandi leigutaki hússins, tók við rekstri þess 1. september 1995. Síðan hafa aðilar árangurslaust reynt að ná samningum um kaup eða leigu fyrir tækin. Þar sem við blasir, að seljandi fjarlægji tækin, sem myndi leiða til þess, að rekstur stórmarkaðarins stöðvaði um ófyrirsjáanlegan tíma með tilheyrandi áhrifum á greiðslugetu Kaupgarðs, hefur kaupandi, sem er húseigandi Pönglabakka 1, ákveðið að festa kaup á tækjunum.“ Kaupverðið var 8.000.000 krónur auk virðisaukaskatts. Samkvæmt þessu ákvæði samningsins eru gerðarbeiðandi og viðsejandi hans sammála um, að umrædd tæki séu nauðsynleg til rekstrar stórmarkaðar.

Engin gögn hafa verið lögð fram í málinu, sem sýni ótvírætt, að gerðarþoli sé í vanskilum með leigugreiðslur vegna umræddra lausafjármuna eða hvort samningar aðila hafi falið í sér, að gerðarþoli hefði afnot umræddra muna, en hann hefur haft afnot þeirra, frá því að hann tók við leiguhúsnæð-

inu 1. september 1995. Hefur gerðarbeiðandi höfðað dómsmál á hendur gerðarþola vegna vanskila á áðurgreindum yfirtökusamningi, en það ágreiningsmál hefur ekki verið til lykta leitt.

Samkvæmt því, sem nú hefur verið rakið, þykir vera slíkur vafi um rétt gerðarbeiðanda í málinu, að varhugavert telst að láta umbeðna aðfarargerð fara fram, sbr. 3. mgr. 83. gr. laga nr. 90/1989, og verður því hafnað kröfu gerðarbeiðanda um beina aðfarargerð á hendur gerðarþola.

Eftir atvikum þykir hæfilegt, að gerðarbeiðandi greiði gerðarþola 75.000 krónur í málskostnað.

Ingibjörg Benediktsdóttir héraðsdómari kveður upp úrskurð þennan.

Ú r s k u r ð a r o r ð:

Kröfu gerðarbeiðanda, Arnarborgar ehf., á hendur gerðarþola, Kaupgarði í Mjódd hf., er hafnað.

Gerðarbeiðandi greiði gerðarþola 75.000 kr. í málskostnað.
