

TE OGH 1977/11/22 5Ob677/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.1977

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Sobalik als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel, Dr. Marold, Dr. Samsegger und Dr. Griehsler als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Firma D* Gesellschaft m.b.H., *, vertreten durch Dr. Erich Schwinner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Firma Dr. H* Gesellschaft m.b.H., *, vertreten durch Dr. Manfred Lampelmayer, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 1,168.180,81 sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 12. Juli 1977, GZ 2 b R 162/77-24, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 21. Jänner 1977, GZ 19 Cg 11/76-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben. Die Urteile der Untergerichte werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die klagende Partei begehrt von der beklagten Partei die Zahlung von 1,168.180,81 S samt Anhang für gelieferten Süßstoff, welchen Anspruch die beklagte Partei zunächst bestritt. In der Tagsatzung vom 12. Oktober 1970 brachte der Beklagtenvertreter vor, er habe vom Beklagten eine Information erhalten, die er als Beilage 1 zum Akt lege. Protokolliert wurde, die beklagte Partei bringe vor wie in Beilage 1 und wende die dort geltend gemachten Gegenforderungen in Höhe von 1,500.000,-- S compensando gegen die Klagsforderung ein. Nach Inhalt der Beilage 1 brachte die beklagte Partei vor, daß die Klagsforderung nicht zu Recht bestehe, da Gegenforderungen die Klagssumme übersteigen. Im Herbst 1974 sei zwischen den Streitteilen eine Vereinbarung geschlossen worden, wonach die klagende Partei „A* und H*“ im Fachhandel vertreibe, während die beklagte Partei den Vertrieb der Produkte für den Lebensmittelhandel beibehalte. Im Hinblick auf diese Vereinbarung habe die beklagte Partei die entsprechenden innerbetrieblichen Umstellungen vorgenommen. Im Frühjahr 1975 sei diese Vereinbarung von der klagenden Partei grundlos und unberechtigt aufgekündigt worden; die Aufkündigung sei erfolgt, obwohl dem Geschäftsführer der beklagten Partei fix zugesagt worden wäre, daß eine Aufkündigungsmöglichkeit zwar formell in der Vereinbarung festgehalten werden müsse, tatsächlich aber eine Aufkündigung nicht erfolgen werde. Durch das Verhalten der klagenden Partei sei der beklagten Partei ein Schaden von 1,100.000,-- S entstanden. Hinzu komme, daß die klagende Partei Markennamen, welche auf die Firma der beklagten Partei angemeldet seien, benütze, ohne hierfür Entgelt zu

leisten; als Entgelt stehe der beklagten Partei ein Betrag von 400.000,- S zu. Der Klagevertreter bestritt dieses Vorbringen. Der beklagten Partei räumte das Erstgericht zur Erstattung eines schlüssigen Vorbringens betreffend die eingewendete Gegenforderung eine Frist von vier Wochen ein. Weiteres Vorbringen wurde von der beklagten Partei jedoch bis zum Schluß der Verhandlung nicht gestattet.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, ohne über die Gegenforderung abzusprechen. Die beklagte Partei habe es unterlassen, innerhalb der ihr vom Gericht eingeräumten Frist ein schlüssiges Vorbringen hie zu zu erstatten. Sie habe entgegen der Vorschrift des § 226 ZPO keine Tatsachen behauptet, aus denen sich Forderungen der beklagten Partei ableiten ließen, sondern nur Beträge genannt, die sie fordern zu können glaube. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, ohne über die Gegenforderung abzusprechen. Die beklagte Partei habe es unterlassen, innerhalb der ihr vom Gericht eingeräumten Frist ein schlüssiges Vorbringen hie zu zu erstatten. Sie habe entgegen der Vorschrift des Paragraph 226, ZPO keine Tatsachen behauptet, aus denen sich Forderungen der beklagten Partei ableiten ließen, sondern nur Beträge genannt, die sie fordern zu können glaube.

Das Berufungsgericht gab der Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend machenden Berufung der beklagten Partei nicht Folge. Die Beilage 1 sei mit Rücksicht auf ihren Inhalt und das bei ihrer Vorlage erstattete Vorbringen der beklagten Partei als der Entwurf eines Verhandlungsprotokolles anzusehen, dessen Benützung nach § 477 Abs 1 Z 8 ZPO mit Nichtigkeit bedroht sei. Im vorliegenden. Fall könne jedoch von einer Nichtigkeit nicht gesprochen werden, weil das Erstgericht zwar die Beilage 1 zum Akt genommen und die Erklärung des Beklagtenvertreters, er trage vor wie in Beilage 1, protokolliert habe, aber auf das Vorbringen und den Inhalt der Beilage 1 nicht eingegangen sei, sondern beides als verfahrensrechtlich bedeutungslos angesehen habe; weder der Beweisbeschluß noch die Beweisaufnahme oder ein anderer gerichtlicher Akt nehme auf die Beilage 1 und die auf sie bezügliche Erklärung der beklagten Partei Bezug. Das Erstgericht habe demnach ausschließlich auf Grund des ordnungsgemäßen Vorbringens und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung entschieden; durch die Fristsetzung vom 12. Oktober 1976 habe es unmißverständlich erkennen lassen, daß es den Inhalt der Beilage 1 nicht berücksichtigt habe; es sei also kein Verfahrensteil von Nichtigkeit betroffen. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens liege im übrigen nicht vor. Das Berufungsgericht gab der Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend machenden Berufung der beklagten Partei nicht Folge. Die Beilage 1 sei mit Rücksicht auf ihren Inhalt und das bei ihrer Vorlage erstattete Vorbringen der beklagten Partei als der Entwurf eines Verhandlungsprotokolles anzusehen, dessen Benützung nach Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 8, ZPO mit Nichtigkeit bedroht sei. Im vorliegenden. Fall könne jedoch von einer Nichtigkeit nicht gesprochen werden, weil das Erstgericht zwar die Beilage 1 zum Akt genommen und die Erklärung des Beklagtenvertreters, er trage vor wie in Beilage 1, protokolliert habe, aber auf das Vorbringen und den Inhalt der Beilage 1 nicht eingegangen sei, sondern beides als verfahrensrechtlich bedeutungslos angesehen habe; weder der Beweisbeschluß noch die Beweisaufnahme oder ein anderer gerichtlicher Akt nehme auf die Beilage 1 und die auf sie bezügliche Erklärung der beklagten Partei Bezug. Das Erstgericht habe demnach ausschließlich auf Grund des ordnungsgemäßen Vorbringens und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung entschieden; durch die Fristsetzung vom 12. Oktober 1976 habe es unmißverständlich erkennen lassen, daß es den Inhalt der Beilage 1 nicht berücksichtigt habe; es sei also kein Verfahrensteil von Nichtigkeit betroffen. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens liege im übrigen nicht vor.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich die Revision der beklagten Partei, die die Revisionsgründe der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag geltend macht, das bekämpfte Urteil dahin abzuändern, daß das Urteil erster Instanz aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Verhandlung und Entscheidung aufgetragen werde, in eventu das Urteil des Berufungsgerichtes aufzuheben und die neuerliche Verhandlung und Entscheidung aufzutragen.

Die klagende Partei beantragt, die Revision zurückzuweisen bzw ihr keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt.

Gemäß § 210 Abs 2 ZPO dürfen Entwürfe zum Verhandlungsprotokoll nicht angenommen werden. Die Verletzung dieser Vorschrift ist gemäß § 477 Abs 1 Z 8 ZPO mit Nichtigkeit bedroht. Das Vorliegen dieses Nichtigkeitsgrundes wurde von der beklagten Partei in ihrer Berufung nicht behauptet, jedoch vom Berufungsgericht in Erfüllung der ihm obliegenden Prüfungspflicht nach § 471 Z 7 ZPO erörtert. Das Berufungsgericht verneinte, wenn auch unter Vertretung einer rechtsirrigen Auffassung, das Vorliegen dieses Nichtigkeitsgrundes. Ist das Berufungsgericht in die Prüfung der

Frage einer allfälligen im erstinstanzlichen Verfahren unterlaufenen Nichtigkeit eingegangen und hat eine solche verneint, ist die Wahrnehmung dieser Nichtigkeit im Verfahren dritter Instanz nicht mehr möglich (SZ 44/76; RZ 1968, 108 uva). Das gilt auch dann, wenn die Verneinung der Nichtigkeit nur in den Entscheidungsgründen erfolgte, was mangels Geltendmachung durch eine Partei gar nicht anders möglich ist (RZ 1976/110; vgl. Fasching IV 299). Der Auffassung des Berufungsgerichtes, daß ein Vorbringen einer Partei in Form eines Entwurfes zum Verhandlungsprotokoll als nicht erstattet anzusehen ist, kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Der nur historisch erklärliche Zweck der Nichtigkeitsbestimmung des § 477 Abs 1 Z 8 ZPO ist es nicht, Parteien, die Entwürfe zum Verhandlungsprotokoll einlegen, vom erstatteten Vorbringen nur wegen dieser Art der Protokollierung auszuschließen und dieses Vorbringen als nicht erstattet anzusehen; sie sollte vielmehr den Verhandlungsrichter zwingen, die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens zu wahren. Es wurde anlässlich der Einführung der Zivilprozeßordnung 1896 nämlich als Gefahr angesehen, wenn ungebührlich lange mitgebrachte Schriftstücke zu den Protokollen genommen werden dürften; auch das zuvor angewendete Summarverfahren war vom Gesetz als ein rein mündliches gedacht gewesen; bei Einführung des neuen Gesetzes war jedoch in Erinnerung geblieben, wie es tatsächlich mit der Mündlichkeit beschaffen gewesen war, nachdem sich das Einlegen von vorbereiteten Schriftsätzen eingebürgert hatte (Neumann4 974, Fußnote 1 zu § 265 ZPO; vgl. auch Fasching II 994). Die Sanktion ist nicht die Ignorierung des in unzulässiger Weise angenommenen Vorbringens, sondern die Nichtigkeit des erstgerichtlichen Urteiles und des von der Nichtigkeit betroffenen Verfahrens (Fasching II 994; Neumann4 1300); das Verfahren ist also zu erneuern (§ 478 Abs 2 ZPO) und die Protokollierung des Vorbringens dem Gesetze gemäß vorzunehmen. Kann die Nichtigkeit aber nicht mehr wahrgenommen werden, ist der Verstoß gegen § 210 Abs 2 ZPO als geheilt und demnach das auf unzulässige Weise vom Gericht angenommene Vorbringen einer Partei jedenfalls dann, wenn im Protokoll festgehalten ist, daß die Partei wie im vorgelegten Entwurf vorbringe, als Akteninhalt anzusehen und die Aktenlage so zu behandeln, als hätte das Prozeßgericht den gesamten Inhalt des Entwurfs protokolliert. Wenn das Vorbringen der beklagten Partei laut Beilage 1 nun auch gewiß noch erörterungsbedürftig war, ist es doch entgegen der Auffassung des Erstgerichtes nicht unschlüssig; immerhin wird konkret behauptet, die klagende Partei habe einen bestehenden Vertrag vereinbarungswidrig aufgekündigt, woraus der beklagten Partei Schaden entstanden sei; auch der Anspruch aus dem angeblichen Gebrauch von Marken ist schlüssig geltend gemacht. Unter dem (unrichtig bezeichneten) Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit rügt es die Revision ausdrücklich, daß sich die Untergerichte nicht mit dem Vorbringen Beilage 1 befaßten. Der gerügte Mangel betrifft vor allem das berufsgerichtliche Verfahren, da allein das Berufungsgericht die Gegenforderungen als nicht erhoben betrachtete, wogegen sie das Erstgericht noch als nur nicht schlüssig geltend gemacht angesehen hatte. Da es auch nicht an der Schlüssigkeit des Vorbringens mangelt, erfaßt der von der Revision gerügte Mangel auch das erstgerichtliche Verfahren, so daß die Urteile der Untergerichte aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen ist. Bei diesem wird dann auch für eine Protokollierung des Vorbringens der beklagten Partei, das nicht den § 210 Abs 2 ZPO verletzt, Sorge zu tragen sein; ebenso wird die von der beklagten Partei vermißte Vernehmung ihres Geschäftsführers nachgeholt werden können. Gemäß Paragraph 210, Absatz 2, ZPO dürfen Entwürfe zum Verhandlungsprotokoll nicht angenommen werden. Die Verletzung dieser Vorschrift ist gemäß Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 8, ZPO mit Nichtigkeit bedroht. Das Vorliegen dieses Nichtigkeitsgrundes wurde von der beklagten Partei in ihrer Berufung nicht behauptet, jedoch vom Berufungsgericht in Erfüllung der ihm obliegenden Prüfungspflicht nach Paragraph 471, Ziffer 7, ZPO erörtert. Das Berufungsgericht verneinte, wenn auch unter Vertretung einer rechtsirrigen Auffassung, das Vorliegen dieses Nichtigkeitsgrundes. Ist das Berufungsgericht in die Prüfung der Frage einer allfälligen im erstinstanzlichen Verfahren unterlaufenen Nichtigkeit eingegangen und hat eine solche verneint, ist die Wahrnehmung dieser Nichtigkeit im Verfahren dritter Instanz nicht mehr möglich (SZ 44/76; RZ 1968, 108 uva). Das gilt auch dann, wenn die Verneinung der Nichtigkeit nur in den Entscheidungsgründen erfolgte, was mangels Geltendmachung durch eine Partei gar nicht anders möglich ist (RZ 1976/110; vergleiche Fasching römisch vier 299). Der Auffassung des Berufungsgerichtes, daß ein Vorbringen einer Partei in Form eines Entwurfes zum Verhandlungsprotokoll als nicht erstattet anzusehen ist, kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Der nur historisch erklärliche Zweck der Nichtigkeitsbestimmung des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 8, ZPO ist es nicht, Parteien, die Entwürfe zum Verhandlungsprotokoll einlegen, vom erstatteten Vorbringen nur wegen dieser Art der Protokollierung auszuschließen und dieses Vorbringen als nicht erstattet anzusehen; sie sollte vielmehr den Verhandlungsrichter zwingen, die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens zu wahren. Es wurde anlässlich der Einführung der Zivilprozeßordnung 1896 nämlich als Gefahr angesehen, wenn ungebührlich lange

mitgebrachte Schriftstücke zu den Protokollen genommen werden dürften; auch das zuvor angewendete Summarverfahren war vom Gesetz als ein rein mündliches gedacht gewesen; bei Einführung des neuen Gesetzes war jedoch in Erinnerung geblieben, wie es tatsächlich mit der Mündlichkeit beschaffen gewesen war, nachdem sich das Einlegen von vorbereiteten Schriftsätzen eingebürgert hatte (Neumann4 974, Fußnote 1 zu Paragraph 265, ZPO; vergleiche auch Fasching römisch zwei 994). Die Sanktion ist nicht die Ignorierung des in unzulässiger Weise angenommenen Vorbringens, sondern die Nichtigkeit des erstgerichtlichen Urteiles und des von der Nichtigkeit betroffenen Verfahrens (Fasching römisch zwei 994; Neumann4 1300); das Verfahren ist also zu erneuern (Paragraph 478, Absatz 2, ZPO) und die Protokollierung des Vorbringens dem Gesetze gemäß vorzunehmen. Kann die Nichtigkeit aber nicht mehr wahrgenommen werden, ist der Verstoß gegen Paragraph 210, Absatz 2, ZPO als geheilt und demnach das auf unzulässige Weise vom Gericht angenommene Vorbringen einer Partei jedenfalls dann, wenn im Protokoll festgehalten ist, daß die Partei wie im vorgelegten Entwurf vorbringe, als Akteninhalt anzusehen und die Aktenlage so zu behandeln, als hätte das Prozeßgericht den gesamten Inhalt des Entwurfs protokolliert. Wenn das Vorbringen der beklagten Partei laut Beilage 1 nun auch gewiß noch erörterungsbedürftig war, ist es doch entgegen der Auffassung des Erstgerichtes nicht unschlüssig; immerhin wird konkret behauptet, die klagende Partei habe einen bestehenden Vertrag vereinbarungswidrig aufgekündigt, woraus der beklagten Partei Schaden entstanden sei; auch der Anspruch aus dem angeblichen Gebrauch von Marken ist schlüssig geltend gemacht. Unter dem (unrichtig bezeichneten) Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit rügt es die Revision ausdrücklich, daß sich die Untergerichte nicht mit dem Vorbringen Beilage 1 befaßten. Der gerügte Mangel betrifft vor allem das berufungsgerichtliche Verfahren, da allein das Berufungsgericht die Gegenforderungen als nicht erhoben betrachtete, wogegen sie das Erstgericht noch als nur nicht schlüssig geltend gemacht angesehen hatte. Da es auch nicht an der Schlüssigkeit des Vorbringens mangelt, erfaßt der von der Revision gerügte Mangel auch das erstgerichtliche Verfahren, so daß die Urteile der Untergerichte aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen ist. Bei diesem wird dann auch für eine Protokollierung des Vorbringens der beklagten Partei, das nicht den Paragraph 210, Absatz 2, ZPO verletzt, Sorge zu tragen sein; ebenso wird die von der beklagten Partei vermißte Vernehmung ihres Geschäftsführers nachgeholt werden können.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 52 ZPODie Kostenentscheidung stützt sich auf Paragraph 52, ZPO

Textnummer

E800891

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1977:0050OB00677.77.1122.000

Im RIS seit

24.11.2025

Zuletzt aktualisiert am

24.11.2025

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at